



FORNYINGS- OG  
ADMINISTRASJONSDEPARTEMENTET

Rettleiar

# Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar





FORNYINGS- OG  
ADMINISTRASJONSDEPARTEMENTET

Rettleiar

# Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar





# Innhald

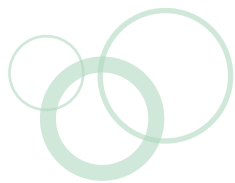
Forord	9
Kapittel 1 Innleiing	11
Kapittel 2 Verksemder og kontraktar som er omfatta	13
2.1 Kven er omfatta av regelverket?	13
2.1.1 Stat, fylkeskommunar og kommunar	13
2.1.2 Offentlegrettslege organ	13
2.1.3 Innkjøpsentralar	15
2.2 Kva for kontraktar er omfatta?	16
2.2.1 Kva er ein kontrakt?	16
2.2.2 Dei mest sentrale unntaka i forskrifta	18
2.2.3 Utbyggingsavtalar	26
Kapittel 3 Eigenregi og tenestekonsesjonar	29
3.1 Eigenregi	29
3.1.1 Innleiing	29
3.1.2 Kravet til kontroll med leverandøren	30
3.1.3 Omsetningskriteriet	33
3.1.4 Nokre spesielle problemstillingar	36
3.2 Tenestekonsesjonar	37
3.2.1 Innleiing	37
3.2.2 Unntaket for tenestekonsesjonskontraktar	38
3.2.3 Tildeling av tenestekonsesjonar må skje i tråd med dei grunnleggjande prinsippa i EØS-avtalen	40
3.2.4 Spesielt om tenestekonsesjon som einerett	42
Kapittel 4 Bruksområde for dei ulike delane av forskrifta	43
4.1 Strukturen i forskrifta	43
4.2 Terskelverdiar	44
4.2.1 Kva terskelverdiar gjeld?	44
4.2.2 Korleis berekne terskelverdiar?	45
4.2.3 Kva er «éi anskaffing» når fleire einingar gjer innkjøp?	50
4.2.4 Løpande kontraktar	50
4.3 Prioriterte og uprioriterte tenester	52
4.3.1 Generelt	52
4.3.2 Blanding av prioriterte og uprioriterte tenester	53
4.4 Blanda kontraktar	53



<b>Kapittel 5 Alminnelege reglar</b>	<b>56</b>
5.1 Grunnleggjande krav til alle anskaffingar	56
5.1.1 Kva dei grunnleggjande prinsippa har å seie	56
5.1.2 Forholdsmessigprinsippet	58
5.1.3 Krav til konkurranse	58
5.1.4 God forretningskikk	59
5.1.5 Likebehandling og ikkje-diskriminering	60
5.1.6 Føreseielegheit	62
5.1.7 Transparens og etterprøvingstilgang	63
5.2 Samfunnsomsyn	65
5.2.1 Universell utforming	65
5.2.2 Etske krav til produksjonen av varer og tenester	66
5.3 Anskaffingsprotokoll	68
5.4 Bruk av rådgivarar	69
5.4.1 Generelt	69
5.4.2 Kven føreseigna rettar seg mot	69
5.4.3 Nærmare om å «kunne utelukke konkurransen»	69
5.5 Offentlegheit og teieplikt	73
5.5.1 Reglane etter offentleglova av 1970	73
5.5.2 Reglane etter den nye offentleglova	73
5.5.3 Kven avgjer kva som er underlagt teieplikt?	74
<b>Kapittel 6 Konkurransereformer</b>	<b>75</b>
6.1 Innleiing	75
6.2 Kort presentasjon av dei ulike anskaffingsprosedyrane	75
6.2.1 Anskaffingar etter forskrifta del I	75
6.2.2 Open anbodskonkurranse	75
6.2.3 Avgrensa anbodskonkurranse	76
6.2.4 Konkurranseprega dialog	76
6.2.5 Konkurransse med forhandling	76
6.3 Kva konkurranseform bør oppdragsgivaren velje?	77
<b>Kapittel 7 Når kan dei ulike anskaffingsprosedyrane brukast?</b>	<b>79</b>
7.1 Oversikt over når ein kan bruke dei ulike anskaffingsprosedyrane	79
7.2 Anskaffingar under 500 000 kroner	80
7.3 Anskaffingar under EØS-terskelverdi og uprioriterte tenester	80
7.3.1 Hovudregel: Anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling	80
7.3.2 Unntak: Kjøp etter forskrifta del I	80
7.4 Anskaffingar over EØS-terskelverdiane	88
7.4.1 Hovudregel: Anbudskonkurranse	88
7.4.2 Unntak: Konkurransseprega dialog eller konkurranse med forhandling	88
7.4.3 Konkurransseprega dialog	88
7.4.4 Konkurransse med forhandlingar etter føregåande kunngjering	90
7.4.5 Konkurransse med forhandling utan føregåande kunngjering	93



<b>Kapittel 8 Rammeavtalar og dynamisk innkjøpsordning</b>	<b>103</b>
8.1 Innleiing om rammeavtalar	103
8.1.1 Ny regulering	103
8.1.2 Bruk av rammeavtalar	103
8.2 Kva er rammeavtalar?	104
8.2.1 Tre typar rammeavtalar	104
8.2.2 Kjøpeplikt/leveringsplikt	104
8.3 Generelle reglar for inngåing av rammeavtalar	104
8.3.1 Alminnelege prosedyrereglar	104
8.3.2 Kravet til konkurranse	105
8.3.3 Lengda på rammeavtalar	105
8.3.4 Kven kan bruke rammeavtalen (-avtalane)?	106
8.3.5 Vesentlege endringar	106
8.3.6 Spesielt om inngåing av rammeavtalar med fleire leverandørar – krav til kor mange som skal delta	107
8.4 Tildeling av kontraktar innanfor rammeavtalar	107
8.4.1 Éin leverandør	107
8.4.2 Fleire leverandørar, generelt	108
8.4.3 Fleire leverandørar, faste vilkår	108
8.4.4 Fleire leverandørar, ikkje faste vilkår	109
8.5 Dynamisk innkjøpsordning	111
8.5.1 Generelt	111
8.5.2 Samanlikning mellom dynamiske innkjøpsordningar og rammeavtalar	112
<b>Kapittel 9 Konkurransetilvilkår</b>	<b>113</b>
9.1 Innleiing	113
9.2 Konkurransesgrunnlag	113
9.3 Kvalifikasjonskrav	114
9.3.1 Generelt om kvalifikasjonskrav	114
9.3.2 Nokre spesielle problemstillingar	115
9.3.3 Om forholdet mellom kvalifikasjonskriterium og tildelingskriterium	117
9.4 Utveljing av leverandørar i konkurranse med avgrensa deltakartal	119
9.4.1 Generelt	119
9.4.2 Om nedre og eventuelt øvre grense	119
9.4.3 Kunngjeringa	120
9.4.4 Objektive og ikkje-diskriminerande kriterium eller reglar	120
9.5 Tekniske spesifikasjonar	122
9.5.1 Generelt	122
9.5.2 Hovudregel i forskrifta del III	123
9.5.3 Bruk av standardar i forskrifta del III	123
9.5.4 Forbod mot å vise til eit bestemt merke	124
9.5.5 Om etiske krav	125
9.6 Alternative tilbod	125
9.6.1 Generelt	125
9.6.2 Kva er eit alternativt tilbod?	125



9.6.3	Nokre aktuelle bruksområde for alternative tilbod	125
9.6.4	Krav til prosedyren ved opning for alternative tilbod	127
9.6.5	Nokre spesielle problemstillingar	128
9.7	Vedståingsfrist	129
9.8	Kontraktsvilkår	129
9.8.1	Kontraktsstandardar	129
9.8.2	Etikk som kontraktsvilkår	131
<b>Kapittel 10 Kunngjering av konkurransen</b>		<b>132</b>
10.1	Kunngjeringskrav	132
10.2	Kjøparprofil	133
10.3	Frivillig kunngjering	133
10.4	Kunngjering av konkurranse	133
10.5	Korleis kunngjere	134
10.6	Anskaffingsreferanse, CPV – Common Procurement Vocabulary	134
10.7	Avvising av kunngjeringar	135
<b>Kapittel 11 Fristar</b>		<b>136</b>
11.1	Innleiing	136
11.1.1	Generelt om fristberekninga	136
11.1.2	Konsekvensen av at det er sett fristar	136
11.2	Anskaffingar under EØS-terskelverdiane – forskrifta del II	136
11.2.1	Frist for førespurnad om deltaking og innlevering av tilbod	136
11.3	Anskaffingar over EØS-terskelverdiane – forskrifta del III	138
<b>Kapittel 12 Generelle føresegner knytte til gjennomføringa av konkurransen</b>		<b>140</b>
12.1	Kort om dei grunnleggjande krava	140
12.2	Reglar om kommunikasjon	140
12.2.1	Generelle krav til kommunikasjon ved offentlege anskaffingar	140
12.3	Særleg krav til elektroniske system	143
12.3.1	Særleg om krav til elektronisk signatur	143
12.4	Tilbodet	144
12.4.1	Utforming av tilbodet	144
12.4.2	Tilbakekalling og endring av tilbod	145
12.4.3	Registrering av innkomne tilbod	145
12.4.4	Tilbodsopning ved anbodskonkurransar	146
12.5	Forhandlingar, avklaringar o.a.	146
12.5.1	Forhandlingsforbodet ved anbodskonkurransar	146
12.5.2	Tillatne avklaringar og retting av openberre feil i anbodskonkurransar	147
12.5.3	Tilleggsfrist for ettersending av dokument	150
12.5.4	Supplerande opplysningar om leverandørkvalifikasjonar	151
12.6	Endring av eksisterande kontraktar	151



<b>Kapittel 13 Avvising</b>	<b>153</b>
13.1 Innleiing	153
13.1.1 Plikt og rett til å avvise	153
13.1.2 Er avvingsføresegnene uttømmende?	154
13.1.3 Tidspunkt for vurdering og grunngiving	155
13.2 Avvising på grunn av forhold ved leverandøren	155
13.2.1 Plikt til å avvise	155
13.2.2 Rett til å avvise	158
13.3 Avvising på grunn av forhold ved tilbudet	161
13.3.1 Plikt til å avvise	161
13.3.2 Rett til å avvise	164
13.4 Framgangsmåten ved avvising	167
<b>Kapittel 14 Gjennomføring av konkurransen</b>	<b>169</b>
14.1 Innleiing	169
14.2 Anskaffing etter forskrifta del I	169
14.2.1 Innleiing	169
14.2.2 Praksis ved EF-domstolen og fortolkingsfråsegna frå Kommisjonen	170
14.2.3 Våre kommentarar til fortolkingsfråsegna frå Kommisjonen	171
14.2.4 Anskaffing under 500 000 kroner	171
14.2.5 Særleg om etiske krav til anskaffing etter forskrifta del I	173
14.2.6 Skatteattest og HMS i forskrifta del I	174
14.3 Gjennomføring av konkurranseprega dialog	176
14.3.1 Innleiing	176
14.3.2 Kunngjering	176
14.3.3 Dialogfasen	176
14.3.4 Avslutting av konkurransen	180
14.4 Gjennomføring av konkurranse med forhandling	180
14.4.1 Innleiing	180
14.4.2 Eitt- eller totrinnsprosedyre	181
14.4.3 Gjennomføringa av forhandlingane	182
<b>Kapittel 15 Avslutting av konkurransen</b>	<b>186</b>
15.1 Kriterium for val av tilbud	186
15.1.1 Tildelingskriterium	186
15.1.2 Prioritering og vektning i del II i forskrifta	190
15.1.3 Vektning i forskrifta del III	190
15.2 Avlysing og totalforkasting	195
15.2.1 Generelt	195
15.3 Elektronisk auksjon	195
15.3.1 Kva er elektronisk auksjon?	195
15.3.2 Når kan elektronisk auksjon brukast?	196
15.3.3 Gjennomføring av auksjon	197
15.3.4 Avslutting av auksjonen	200
15.3.5 Tildeling av kontrakt	200

Kapittel 16 Tilbakemelding til leverandørane	201
16.1 Generelt	201
16.2 Melding om tildelingsavgjerd	201
16.2.1 Rimeleg tid	201
16.2.2 Innhaldet i melding om tildelingsavgjerd	201
16.2.3 Klagefrist	202
16.2.4 Betydninga av at det blir meldt frå om tildelingsavgjerd	202
16.3 Grunngeving	202
16.3.1 Grunngeving når leverandørar blir avviste	202
16.3.2 Grunngeving når konkurransen blir avlyst	203
16.3.3 Grunngeving når eit tilbod blir avvist	203
16.3.4 Kravet til nærmare grunngeving	203
Kapittel 17 Andre prosedyrar	204
17.1 Plan- og designkonkurransar	204
17.2 Byggje- og anleggskonsesjonar	205
Kapittel 18 Klageinstansar, gebyr ved brot på regelverket	207
18.1 Klageinstansar	207
18.1.1 Klage til klagenemnda for offentlege anskaffingar	207
18.1.2 Reise sak for norske domstolar	208
18.1.3 Klage til overvåkingsorganet i EFTA	208
18.1.4 Klage på oppdragsgivarar i andre EU- eller EFTA-land	209
18.2 Gebyr ved ulovlege direkteanskaffingar	209
Litteraturliste	211



## Forord

Kjære leser,

Du held no i handa ei ny og omfattande rettleiing til regelverket for offentlege innkjøp. Eg er glad for å kunne by på denne samtidig med at eit fornya og forbetra innkjøpsregelverk trer i kraft. Målet er at rettleiinga skal vise veg på eit viktig og til tider komplisert område, og bli eit nyttig verktøy for dei som arbeider med dette til dagleg.

Regjeringa er opptatt av å ha eit regelverk som virkar godt, av di det offentlege nyttar meir enn 200 milliardar kroner på kjøp av varer og tenester, bygg og anlegg. Det vert då avgjerande å sikre ein god bruk av desse ressursane gjennom at leverandørane møter sunn konkurranse om leveransar til offentlige verksemdar.

Eg nyttar høve til å framhalde at offentlege innkjøp må skje på ein måte som vekker tillit i omverda. Sida det finn stad store verdioverføringar mellom leverandørar og stat og kommunar, er det særskild viktig at denne aktiviteten skjer på ein etisk og ryddig måte. For å synleggjere dette, er formålsparagrafen i loven utvida. Lova seier no at regelverket skal *«bidra til at det offentlege opptre med høy integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte»*. For å underbyggje kravet om ryddige innkjøpsprosessar, gjer rettleiinga ein grundig handsaming av prinsippa om likebehandling, føreseielegheit, transparens og konkurranse.

Ei anna nyskaping i regelverket er eit krav om at innkjøparar skal ta omsyn til universell utforming i planlegginga av alle innkjøp. Dette skal føre til at produkt og omgjevnader vert utforma slik at dei kan nyttast av alle, noko som vil medvirke til at ein møter færre funksjonsbarrierar i det offentlege.

Innkjøp er eit område som i dei seinare åra har fått stadig meir merksemd hos offentlege verksemdar. Det er trong for høg kompetanse, både innkjøpsfagleg og i høve til regelverket. Eg vonar at denne rettleiinga kan medvirke til å heve kvaliteten på innkjøpsarbeidet ytterlegare, og at området vert gitt naudsynt merksemd både i stat og kommunar.

Eg ynskjer dykk lukke til, og voner at rettleiinga kjem til nytte.

Oslo, november 2006

Heidi Grande Røys

Fornyings- og administrasjonsminister





## Kapittel 1

# Innleiing

I Noreg gjer offentleg sektor innkjøp for godt over 200 milliardar kroner kvart år. Det utgjer ca. 15 prosent av bruttonasjonalproduktet. Regelverket for offentlege anskaffingar skal sikre at desse midlane blir best mogleg utnytta gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentleg sektor gjennom sine anskaffingar er med på å utvikle eit konkurransedyktig norsk næringsliv.

Gjennom EØS-avtalen og WTO-avtalen er Noreg internasjonalt forplikta til å følgje visse framgangsmåtar ved offentlege anskaffingar over fastsette terskelverdiar. I tillegg har vi nasjonale reglar under desse terskelverdiene med større valfridom og fleksibilitet for innkjøparane. I samband med revideringa av EU-direktiva<sup>1</sup> for innkjøp vedtok Noreg ny forskrift om offentlege anskaffingar 7. april 2006. Nokre av dei nye prosedyrane i EU-direktivet, til dømes e-auksjonar, dynamiske innkjøpsordningar og konkurranseprega dialog, er det valfritt for Noreg å gjennomføre. Vi har valt å innføre alle dei frivillige føresegnene. Formålet er å leggje til rette for moderne og effektive innkjøpsprosessar og å gi innkjøparane auka fleksibilitet. Per i dag har vi ikkje detaljkunnskap om korleis desse reglane skal forståast, eller korleis desse prosedyrane bør gjennomførast. Vi har derfor ikkje grunnlag for å gi detaljert rettleiing om dette. Etter kvart som prosedyrane blir tekne i bruk og vi får meir kunnskap, vil vi oppdatere den elektroniske versjonen av rettleiaren.

Departementet har laga ein omfattande rettleiar der den primære målgruppa er innkjøparar i offentleg sektor som jobbar med innkjøp til dagleg. Rettleiaren vil òg vere nyttig for bedrifter som ønskjer å levere til det offentlege. Som ansvarleg for regelverket for offentlege anskaffingar har departementet i denne rettleiaren lagt vekt på å forklare korleis reglane skal forståast. For å lette forståinga av jussen har vi òg laga eksempel på kva som er tillate, og kva som ikkje er tillate. Når det gjeld råd om den meir praktiske planlegginga, gjennomføringa og oppfølginga av innkjøp, viser vi til «Beste praksis»-rettleiaren.<sup>2</sup>

Departementet har søkt å kartleggje og vurdere relevante rettskelder og å leggje fram vår forståing av reglane på grunnlag av dette. Vi gjer likevel merksam på at det blir domstolane som får det avgjerande ordet når det gjeld tolkinga av regelverket. Vurderingane i rettleiaren er derfor av rådgivande karakter. I alle tilfelle er det viktig at dei som er innkjøpsansvarlege, set seg godt inn i reglane.

<sup>1</sup> Direktiv 2004/18/EU.

<sup>2</sup> [http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre\\_dok/veiledninger/024081-120019/dok-bn.html](http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre_dok/veiledninger/024081-120019/dok-bn.html).

Vi har òg brukt eksempel frå ulike rettskelder, mellom anna dommar frå EF-domstolen og KOFA-fråsegner, som illustrasjon på problemstillingar. Departementet gjer merksam på at rettsområdet er i utvikling, og at utfallet i dei refererte sakene ikkje nødvendigvis er gyldig for all framtid. Referansar til slike saker kan heller ikkje alltid takast til inntekt for at departementet er einig i avgjerdene.

Under arbeidet med rettleiaren har vi hatt stor nytte og glede av konstruktive innspel frå ei referansegruppe. Referansegruppa har vore samansett av representantar for E-handelssekretariatet, DepKjøp, Statsbygg, Sykehuset innlandet HF, KS, Oslo kommune, Aust-Agder fylkeskommune, Næringslivets Hovedorganisasjon, Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg og Servicebedriftenes Landsforening. Vi presiserer at innhaldet i rettleiaren står for departementets rekning.

Når det gjeld oppdragsgivarar som driv verksemd innanfor forsyningssektorane (vatn- og energiforsyning, transport og posttenester), er dette regulert i ei eiga forskrift av 7. april 2006. I denne rettleiaren går vi ikkje inn på reglane i forsyningsforskrifta.

Rettleiaren finst òg i elektronisk versjon på heimesidene til Fornyings- og administrasjonsdepartementet.<sup>3</sup> Den elektroniske rettleiaren blir oppdatert etter kvart som ny praksis og kunnskap kjem til. Departementet tek ikkje ansvar for innhaldet på dei internettsidene som vi viser til.

<sup>3</sup> <http://www.odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30005559/bn.html>



## Kapittel 2

# Verksemder og kontraktar som er omfatta

### 2.1 Kven er omfatta av regelverket?

Kven som er omfatta av regelverket, følgjer av forskrifta § 1–2. Forskrifta gjeld for offentlege oppdragsgivarar. Bakgrunnen for det er at det offentlege ikkje i same grad som private er utsett for marknadskreftene når det tek sine avgjerder. Forskrifta skal derfor sikre at det offentlege vel sine leverandørar på ein måte som sikrar mest mogleg effektiv ressursbruk, samtidig som leverandørane blir behandla likt.

#### 2.1.1 Stat, fylkeskommunar og kommunar

Reglane omfattar for det første alle etatar og organ i staten, fylkeskommunane og kommunane. Det gjeld til dømes skular og bibliotek. I tillegg omfattar reglane mellom anna verksemder som ikkje er organiserte som eigne rettssubjekt. Det gjeld til dømes direktorat, fylkesmenn, ombodsmenn, forvaltningsbedrifter og kommunale føretak.

Det har ikkje noko å seie om organet eller verksemnda har stort fagleg, økonomisk eller administrativt sjølvstende. Sjølv om organet eller verksemnda driv forretningsmessig verksemd, kjem reglane til å gjelde.

#### 2.1.2 Offentlegrettslege organ

Forskrifta omfattar òg offentlegrettslege organ. Det er organ eller verksemder som er organiserte som eigne rettssubjekt, til dømes aksjeselskap eller stiftingar, og som er nært knytte til det offentlege. Grunnen til at slike verksemder blir omfatta, er mellom anna eit ønske om å hindre at andre omsyn enn reint forretningsmessige får innverknad på kven verksemnda vel som leverandør.

For å bli omfatta av forskrifta må organet tene allmenne behov og ikkje vere av industriell eller forretningsmessig art. Vidare må organet vere eit sjølvstendig rettssubjekt og i hovudsak vere kontrollert eller finansiert av andre offentlege styresmakter eller offentlegrettslege organ.

#### Allmenne behov og ikkje av industriell eller forretningsmessig art

Allmenne behov er eit omgrep som etter praksis frå EF-domstolen skal tolkast vidt.<sup>1</sup> Om dette vilkåret er oppfylt, må avgjerast etter ei samla vurdering. Ei sentral vurdering er om selskapet skal vareta behov i samfunnet framfor å tene interessene til juridiske personar eller enkeltpersonar. Vanlegvis er dette behov som det offentlege ønskjer å ha ein avgjerande innverknad på eller å innfri sjølv fordi dei tenestene private næringsdrivande

<sup>1</sup> Jf. mellom anna C-18/01 Taitotalo-avgjerda, premiss 41–45.

tilbyr, ikkje er tilstrekkelege ut frå allmenne omsyn. Dette kan til dømes vere utdanning og helse- og omsorgstenester. At andre private verksemder kan dekkje behovet, er ikkje til hinder for at verksemda tener «allmenne behov».<sup>2</sup>

Når det gjeld kriteriet om at verksemda ikkje må vere av industriell eller forretningsmessig art, er spørsmålet om selskapet er av ein slik art at det samla sett ligg føre ein risiko for at det kan leiast til å ta andre omsyn enn reint økonomiske.

For å avgjere om ei verksemd er av industriell eller forretningsmessig art eller ikkje, må det gjerast ei konkret heilskapsvurdering der vilkåra for aktivitetane i verksemda (mellom anna konkurransesituasjonen), den kommersielle risikoen og omstenda då verksemda blei stifta, er sentrale moment. EU-domstolen uttrykker dette slik i domskonklusjonen i Taitotalo-avgjerda<sup>3</sup>:

*«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 oprettelsen 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 verksemda er utsett for sterk konkurranse frå andre aktørar, trekkjer det i retning av at ho ikkje blir omfatta av forskrifta. Dersom selskapet har monopol eller er 100 prosent eigd av det offentlege, blir verksemda som regel omfatta.

Andre relevante moment i vurderinga kan til dømes vere prisinga av produkta og tenestene i verksemda og om det ligg føre løyve eller konsesjonsordningar for verksemda, noko som kan tale for at verksemda er eit offentlegrettsleg organ. Til dømes er AS Vinmonopolet og helseføretaka omfatta.

Sjå elles fortolkingsfråsegna frå departementet med omsyn til dette vilkåret på departementet si heimeside.<sup>4</sup>

### **Sjølvstendig rettssubjekt**

Det neste vilkåret som må vere oppfylt for at verksemda skal reknast som eit offentlegrettsleg organ, er at ho må vere eit sjølvstendig rettssubjekt. Eit rettssubjekt er ein juridisk person som kan ha sjølvstendige rettar og plikter. Eksempel på rettssubjekt er aksjeselskap, ansvarlege selskap, stiftingar og interkommunale føretak.

<sup>2</sup> C-360/96 Arnhem-avgjerda.

<sup>3</sup> C-18/01, premiss 59.

<sup>4</sup> [http://odin.dep.no/filarkiv/220208/Norsk\\_Tipping\\_AS.pdf](http://odin.dep.no/filarkiv/220208/Norsk_Tipping_AS.pdf).

### **Verksemnda må i hovudsak vere finansiert eller kontrollert av andre offentlege styresmakter eller offentlegrettslege organ**

Det siste vilkåret som må vere oppfylt, er at verksemnda anten

- i hovudsak er finansiert av offentlege styresmakter eller organ, eller
- er forvaltningsmessig kontrollert av slike styresmakter eller organ, eller
- har eit administrasjons-, leiings- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnemnde av slike organ.

Dette vilkåret omfattar med andre ord tre alternativ, og det er nok at eitt av dei er oppfylt i tillegg til dei andre vilkåra i § 1–2 andre ledd. Felles for dei tre alternativa er at det ligg føre ei tilknytning mellom organet og den kontrollerande offentlege verksemnda som gjer at det offentlege kan påverke avgjerdene i organet.

Offentleg eigarskap i selskapet vil oftast vere utslagsgivande for at ei verksemd blir omfatta av reglane, sidan eigarskapen normalt gir rett til å oppnemne styremedlemmer i verksemnda. Aksjonæravtalar eller vedtekter kan likevel avgrense innverknaden på verksemnda. Vurderinga må derfor skje konkret i kvart tilfelle. Når det gjeld alternativet der forvaltninga er underlagd offentleg kontroll, vil det oftast vere eit administrativt kontroll- eller instruksjonsmynde. Alternativet der verksemnda er finansiert med meir enn halvdel, kan gjelde både låneopptak i verksemnda og direkte tilskot til drifta. At inntektene til ei verksemd i det vesentlege stammar frå det offentlege fordi verksemnda har det offentlege som største kunde, fell i utgangspunktet ikkje inn under omgrepet «finansiert». Dette er betaling for innkjøp og inneber ikkje i seg sjølv at det offentlege kan seiast å ha ein slik innverknad på avgjerdene i verksemnda at det har kontroll.

I vurderinga av om interkommunale selskap er offentlegrettslege organ, er det eit spørsmål om graden av innverknad skal vurderast i høve til kvar enkelt kommune som deltek i samarbeidet, eller det offentlege sett under eitt. Ordlyden og omsynet bak føresegna tyder ikkje på at det er noko krav at eitt organ aleine har den nødvendige innverknaden. Dei ulike kommunane som deltek i eit interkommunalt selskap, kan derfor identifiserast med kvarandre.

Departementet har i nokre saker gitt rettleiande fråsegner om kor vidt konkrete verksemnder er omfatta av regelverket eller ikkje. Nærmare informasjon er å finne på departementet si heimeside.<sup>5</sup>

### **2.1.3 Innkjøpssentralar**

Bruk av innkjøpssentralar har tidlegare ikkje vore regulert i anskaffingsregelverket.

Reglane om innkjøpssentralar går fram av §§ 4–1 bokstav g og 3–13 i forskrifta. Ein

innkjøpssentral er ein oppdragsgivar som

- skaffar varer og tenester som er meinte for andre oppdragsgivarar, eller
- tildeler offentlege kontraktar eller inngår rammeavtalar for varer, tenester eller bygg og anlegg for offentlege oppdragsgivarar.

5 <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentleg/p30000502/bn.html>.

Det inneber at innkjøpssentralar både kan verke som lagerførande grossistar og som formidlarar av rammeavtalar eller kontraktar.

Det følgjer av forskrifta at oppdragsgivarar som har gjort innkjøp frå eller gjennom innkjøpssentralar, blir rekna for å ha følgd reglane i forskrift om offentlege anskaffingar dersom innkjøpssentralen har følgd desse reglane. Ein oppdragsgivar som nyttar innkjøpssentralar, treng med andre ord ikkje sjølv å følgje anskaffingsregelverket.

Føresegna omfattar til dømes tilfelle der oppdragsgivaren legg inn ei bestilling på varer eller tenester hos innkjøpssentralen, som sentralen så kjøper og sel vidare til oppdragsgivaren. Like eins kan oppdragsgivaren kjøpe utstyr frå lageret til innkjøpssentralen. Føresetnaden er heile tida at innkjøpssentralen har følgd forskrift om offentlege anskaffingar under innkjøpa. Det går likevel fram av definisjonen av innkjøpssentral i § 4–1 bokstav g at innkjøpssentralar ikkje kan kjøpe byggje- og anleggsarbeid for å selje det vidare til ein oppdragsgivar, men berre kan gjere avtalar om slike anskaffingar på vegner av oppdragsgivaren.

Regelverket opnar heller ikkje for at innkjøpssentralen kan selje sine egne varer eller tenester ved bruk av egne ressursar til andre oppdragsgivarar. Til dømes kan ikkje innkjøpssentralen selje rettleiing knytt til innkjøp til oppdragsgivaren utan at oppdragsgivaren har hatt ein konkurranse om dette.

I vurderinga av om innkjøpssentralen har følgd forskrifta, er det dei kjøpa sentralen gjer, som må vurderast, ikkje dei oppdragsgivaren gjer. Til dømes må ein leggje saman dei kjøpa sentralen gjer, for å avgjere om reglane om berekning av terskelverdi er følgde, og ikkje berre sjå på kva den konkrete oppdragsgivaren har kjøpt.

For å vere ein innkjøpssentral må sentralen sjølv vere ein oppdragsgivar etter anskaffingsregelverket. Sentralen kan til dømes vere eigd av ein eller fleire andre offentlege oppdragsgivarar. Regelverket stiller derimot ikkje krav om at innkjøpssentralen må ha ein viss del av aktivitetane sine knytt til den eller dei oppdragsgivarane som eig sentralen. Sentralen kan derfor selje til andre offentlege oppdragsgivarar òg. Det inneber til dømes at ein statleg innkjøpssentral kan selje til kommunar.

## **2.2 Kva for kontraktar er omfatta?**

I dette kapitlet går vi gjennom kva for kontraktar som er omfatta av regelverket. Problemstillingar knytte til eigenregi og tenestekonsesjonar høyrer òg saman med dette temaet, men er skilde ut i eit eige kapittel, sjå kapittel 3.

### **2.2.1 Kva er ein kontrakt?**

For at regelverket skal gjelde, må det liggje føre ein kontrakt. Ifølgje forskrifta er ein kontrakt ein skriftleg, gjensidig tyngjande avtale mellom ein eller fleire oppdragsgivarar og ein eller fleire leverandørar, jf. § 4–1 bokstav a.

Det er altså berre gjensidig tyngjande avtalar som er omfatta. I dette ligg at begge partar må vere forplikta av avtalen, og at skyldnadene må vere avhengige av kvarandre.<sup>6</sup> Oppdragsgivaren yter normalt vederlag ved å betale ein sum pengar, men det kan òg nyttast andre former for økonomisk motyting, til dømes at det blir gitt avkall på noko ein elles ville ha fått.

### Støtte

Av omgrepet «gjensidig tyngjande» følgjer at ein-sidig tildeling av støtte frå ein oppdragsgivar ikkje er omfatta av kontraktsomgrepet. Slike tildelingar kan likevel komme inn under reglane om offentleg støtte. Meir informasjon om støtteregeleane er å finne på departementet si heimeside.<sup>7</sup> Dersom oppdragsgivaren tek atterhald om rett til visse motytingar, noko som er vanleg mellom anna ved tildeling av offentlege forskings- og utviklingskontraktar, kan saka likevel falle inn under anskaffingsregelverket. Det avgjerande her blir om det kan seiast å ligge føre eit forhold som er gjensidig tyngjande.

I KOFA sak 2003/228 hadde ein kommune invitert tre selskap til å søkje om å få byggje og drive ein privat barnehage på ei tomt i privat eige i kommunen. Alle dei tre interessentane blei godkjende og fekk tilsegn om kommunal lånegaranti dersom dei ønskte det. Kommunen skulle medverke ved å dekkje utgifter til søskenmoderasjon og skulle stille kommunal garanti dersom långivaren til utbyggjaren kravde det. Klagaren meinte at kommunen hadde brote regelverket for offentlege anskaffingar ved ikkje å lyse ut konkurranse. Spørsmålet var om forholdet mellom den private barnehageutbyggjaren og kommunen var av ein slik karakter at det utgjorde ein gjensidig tyngjande avtale. Klagenemnda meinte at det ikkje var naturleg å sjå det slik at oppdragsgivaren skaffa barnehagetenester. Nemnda sa at dei støtteordningane som låg føre, medrekna kommunal garanti, kunne ha preg av å vere gjensidig tyngjande, men at dei neppe kunne sjåast som kontraktsrettsleg vederlag. Det låg altså ikkje føre nokon gjensidig tyngjande kontrakt mellom kommunen og den private utbyggjaren, og forholdet var derfor ikkje omfatta av anskaffingsregelverket.

### Gåver

Reine gåver til ein oppdragsgivar fell utanom kontraktsomgrepet sidan oppdragsgivaren ikkje yter vederlag. Inneheld avtalen derimot både eit gåveelement og ei form for vederlag, ligg det føre ein gjensidig tyngjande kontrakt. Eit eksempel på gåve er eit fond som gir eit beløp til eit helseføretak til innkjøp av teknisk utstyr til sjukehuset. Dersom givaren har bestemt kva som skal skaffast, og frå kven, blir det rekna som ei gåve til sjukehuset sjølv om sjukehuset skal skaffe utstyret sjølv. Det er likevel ikkje utenkjeleg at det må gjennomførast ein konkurranse der givaren til dømes har bestemt kva merke som

<sup>6</sup> Sjå EF-domstolen C-107/98, premiss 48.

<sup>7</sup> <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/Konkurransepolitikk/stotte/bn.html>.

skal kjøpast inn for donasjonen, dersom det ikkje er sagt kva for ein leverandør det skal kjøpast frå og det finst fleire leverandørar av dette merket. Dersom givaren har overlatt til oppdragsgivaren å bestemme kva som skal kjøpast, og frå kven, må det haldast konkurranse.

### **Krav om skriftleg form**

Det følgjer av kontraktsdefinisjonen i forskrifta at den aktuelle kontrakten må vere skriftleg. Både formålet med regelverket og vanlege omgåingsomsyn tilseier likevel at krava ikkje kan vere strenge på dette punktet. I forskrifta § 4–1 bokstav h er det gitt følgjande definisjon på kva som er skriftleg: «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 ikkje kravet om skriftleg form setje reelle grenser for kva kontraktar som blir omfatta av regelverket. Det førekjem normalt ikkje anskaffingar som blir omfatta av forskrifta utan at dei er nedteikna skriftleg. Dessutan tilseier omgåingsomsyn at dersom ein oppdragsgivar skulle gjere ein slik avtale munnleg, så gjeld regelverket likevel.

### **Avtale mellom to sjølvstendige rettssubjekt**

For at det skal ligge føre ein kontrakt i anskaffingsregelverkets forstand, må avtalen vere inngått mellom to sjølvstendig rettssubjekt. Det betyr til dømes at ein avtale mellom to statlege direktorat ikkje er ein gjensidig tyngjande kontrakt i regelverkets forstand, då begge er ein del av staten og er å rekne som delar av same rettssubjektet. Ein slik avtale fell derfor inn under eigenregiunntaket, sjå kapittel 3.

Kommunar og fylkeskommunar blir rekna som sjølvstendige rettssubjekt. Det inneber at avtalar mellom kommunar tel som gjensidig tyngjande kontraktar som blir omfatta av regelverket. Kommunale føretak blir ikkje rekna som sjølvstendige rettssubjekt, og slike føretak kan derfor inngå avtalar med ein annan del av same kommunen, til dømes eit anna kommunalt føretak, utan at det blir omfatta av regelverket. Sjå elles kapittel 2.1.3 om innkjøpsentralar, som gir kommunar høve til å samarbeide om innkjøp utan å komme i konflikt med regelverket.

Departementet har elles offentleggjort eit par fortolkingsfråsegner om kva som er ein gjensidig tyngjande kontrakt, sjå departementet si heimeside.<sup>8</sup>

### **2.2.2 Dei mest sentrale unntaka i forskrifta**

Regelverket omfattar alle typar anskaffingar av varer, tenester og bygge- og anleggsarbeid, uavhengig av verdien på anskaffinga og om kontrakten gjeld kjøp, leige eller leasing. I forskrifta § 1–3 andre ledd er det likevel ført opp nokre unntak. Sjølv om ei anskaffing er omfatta av eitt av unntaka, gjeld som hovudregel lov om offentlige anskaffelser. Det vil seie at oppdragsgivaren må følgje dei grunnleggjande krava i § 5 om konkurranse, likebehandling, transparens, etterprøvingstilgang osv., sjå kapittel 4. Dette gjeld ikkje for anskaffingar som det kan gjerast unntak for etter artikkel 123 i EØS-avtalen, jf. lov om offentlige anskaffelser § 3.

<sup>8</sup> <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentleg/p30000502/bn.html>.

Alle unntak i § 1–3 andre ledd følgjer av EØS-direktiva. Vi vil her gå djupare inn i nokre av unntaka; andre blir ikkje nemnde eller blir berre overflatisk omtala.

### **Særskilde tryggingstiltak og visse forsvarsanskaffingar**

Forskrifta gir unntak for anskaffingar som vedgår vesentlege tryggingssinteresser og visse forsvarsanskaffingar, jf. § 1–3 andre ledd bokstav a. Unntaket gjeld òg for anskaffingar som er erklærte hemmelege, eller som berre kan utførast under særskilde tryggingstiltak. Unntaket kan til dømes brukast på anskaffingar av våpen og ammunisjon. Grunngevinga for unntaket er at innsyn i omstenda rundt anskaffinga kan vere skadeleg ut frå tryggingss- og forsvarsomsyn. Forsvarsdepartementet har utarbeidd eigne anskaffingsreglar for dei forsvarsanskaffingane som er unnatekne, sjå deira heimeside.<sup>9</sup>

### **Kontraktar om erverv eller leige av fast eigedom**

Forskrifta gjeld ikkje for kontraktar om erverv eller leige av jord, eksisterande bygningar eller annan fast eigedom, eller om rettar til slik eigedom. Grunngevinga for unntaket er at anskaffinga som regel er avhengig av geografisk plassering og derfor ikkje har med grenseoverskridande handel å gjere.

Unntaket gjeld berre sjølve ervervet. Dersom det må skaffast andre tenester i tilknytning til ervervet, må regelverket følgjast. Når det gjeld kontraktar om finansielle tenester som blir teikna samtidig med, før eller etter kontrakten om erverv eller leige, følgjer det direkte av ordlyden i forskrifta, jf. § 1–3 andre ledd bokstav b andre punktum.

Etter ordlyden i forskrifta gjeld unntak berre for leige av eksisterande bygningar. Kontraktar om bygg som skal førast opp seinare, eller som er under oppføring, er derfor i utgangspunktet ikkje unnatekne. Det kan likevel oppstå tilfelle der det kan stillast spørsmål ved om unntaket bør tolkast utvidande, slik at framtidige bygg òg kan bli omfatta.

Problemstillinga er omdiskutert i juridisk teori, og somme hevdar at intensjonen må vere at unntaket ikkje berre skal omfatte bygningar som eksisterer på kontraktstidspunktet, men òg bygningar som eksisterer på tidspunktet for «overdraginga» av kontrakts-gjenstanden.<sup>10</sup> Dersom ein legg denne forståinga til grunn, vil til dømes ein oppdragsgivar som inngår kontrakt om å leige ein del av eit næringsbygg som er under oppføring, bli omfatta av unntaket, så sant oppdragsgivaren ikkje har så stor innverknad på byg-gjeprosessen at det kan seiast å liggje føre ein byggje- og anleggskontrakt.<sup>11</sup> Andre forfattarar viser til at unntaka i regelverket generelt skal tolkast restriktivt, og at det ikkje ligg føre reelle omsyn eller andre rettskjelder som talar for ei utvidande tolking.<sup>12</sup>

Departementet kan ikkje sjå nokon klar grunn for det skjeringspunktet som ordlyden legg opp til. Men sidan det ikkje ligg føre dommar frå EF-domstolen i dette spørsmålet, må problemstillinga reknast som uavklart.

<sup>9</sup> <http://odin.dep.no/fd/norsk/dok/regelverk/010051-990014/dok-bn.html>.

<sup>10</sup> Mellom andre Arrowsmith, s. 360.

<sup>11</sup> Sjå kapittel 4 om blanda kontraktar og KOFA sak: 2005/297.

<sup>12</sup> Dragsten Lindalen, s. 622 flg.

Når det gjeld spørsmålet om kor vidt ein kontrakt er ein byggje- og anleggskontrakt eller ein leigeavtale, viser vi til kapittel 4.4.

#### **Enkelte finansielle tenester**

Kontraktar om finansielle tenester, mellom anna forsikrings-, bank- og investeringstenester, er som hovudregel omfatta av forskrifta, jf. vedlegg 5 til forskrifta, kategori 6. Forskrifta får likevel ikkje verknad for kontraktar om finansielle tenester i samband med emisjon, kjøp, sal og overdraging av verdipapir eller andre finansielle instrument, særleg transaksjonar som blir utførte for å skaffe pengar eller kapital, eller for sentralbanktenester, jf. § 1–3 bokstav e. Grunngevinga for unntaket er at desse tenestene kan ha særleg konstitusjonell og politisk betydning, og at det derfor kan vere ønskjeleg å gi unntak frå anskaffingsprosedyrane for dei. Unntaket kan òg grunngivast med at openheit rundt rådgivings-tenester kan gjere det vanskeleg å utføre den aktuelle finansielle transaksjonen.

Den nye forskrifta konkretiserer dei finansielle tenestene som fell inn under unntaket, ved å seie at føresegna særleg gjeld transaksjonar som blir utførte av offentlege oppdragsgivarar for å skaffe til vegar pengar eller kapital. Dette tillegget er ei presisering av unntaket, ikkje ei utviding.

Unntaket omfattar både rådgiving og sjølve avtalen om emisjon, kjøp, sal og overføring av verdipapir. Unntaket må såleis i alle tilfelle omfatte

- obligasjonsbaserte lån (lån som er skaffa fram gjennom sal av obligasjonar)
- rådgiving om sal av aksjar
- børsmeklarverksemd og anna meklarverksemd
- avtalar om emisjon av verdipapir
- avtalar om handel med og overføring av verdipapir
- handel med investeringsforeiningsbevis og liknande

Unntaket gjeld ikkje berre for finansielle tenester, men òg for andre tenester som blir kjøpte i samband med finansielle tenester, til dømes juridisk bistand.

Når det gjeld vanlege banktenester, til dømes låneopptak, betalingsformidling og garanti, må anskaffingsregelverket følgjast.

#### **Enkelte forskings- og utviklingskontraktar (FoU)**

I § 1–3 andre ledd bokstav j gir forskrifta unntak for enkelte kontraktar om forskings- og utviklingstenester når oppdragsgivaren ikkje fullt ut betaler for tenesta eller tenesta ikkje fullt tilfell oppdragsgivaren til bruk i verksemda hans. Føresegna er eit unntak og må ikkje tolkast utvidande.

FoU-kontraktar er unnatekne frå regelverket fordi det ofte krevst eit samarbeid mellom partane som har meir til felles med eit partnarskaps- og investeringsliknande forhold enn med eit forhold mellom ein leverandør og ein kjøpar. Om ein kallar ein forskings- og utviklingskontrakt samarbeid, felles prosjekt, støtte, anskaffingskontrakt eller anna, spelar inga rolle. Det er realiteten som avgjer om forholdet er omfatta av anskaffingsregelverket.

I fortalen til direktivet<sup>13</sup> blir det uttrykt at fremjing av forskning og utvikling er eit veremiddel for å styrkje den vitskapelege og teknologiske basen for europeisk industri.<sup>14</sup> Anskaffingsforskrifta skal ikkje dekkje forskings- og utviklingsprogram som staten delfinansierer. Slike forskings- og utviklingsprogram er definerte som forskings- og utviklingskontraktar, unnateke i tilfelle der utbytte av kontrakten fullt ut tilfell oppdragsgivaren til bruk i hans verksemd, eller når oppdragsgivaren ikkje fullt ut betaler for tenesta. Denne forklaringa er viktig for å forstå unntaket, men bør ikkje lesast avgrensande i høve til ordlyden i føresegna.

### Omgrepet forskning og utvikling

For at ein kontrakt skal reknast som ein FoU-kontrakt, må han innehalde eit forskings- eller utviklingselement. Kontrakten kan til dømes omfatte utvikling av ny teknologi, nye produkt, nye tenester, nye bruksområde for kjend teknologi eller utvikling av ny kunnskap. Det avgjerande er om kontrakten reelt sett er ein forskings- og utviklingskontrakt, ikkje kva oppdragsgivaren kallar kontrakten.

Til dømes vil ikkje ei rein innsamling og systematisering av data vere omfatta av unntaket. Det gjeld sjølv om kompetansen typisk finst i eit forskingsmiljø og tenesta seinare skal nyttast til forskingsformål. Berre dersom innsamla data skal vidarebehandlast ved hjelp av ein metode som er under utvikling, kan forholdet under visse omstende bli omfatta. Unntaket omfattar heller ikkje typiske utgreiingar og avhandlingar såframt dei ikkje inneheld klare forskings- og utviklingselement.

#### KOFA sak 2004/206:

Saka gjaldt kartlegging av biologisk mangfald i det jordbruksbaserte kulturlandskapet. Kartlegginga skulle gå ut på å finne fram til verdifulle lokalitetar for biologisk mangfald i dette kulturlandskapet og å skildre og verdsetje dei ut frå visse kriterium oppførte i ei felthandbok for kartlegging av biologisk mangfald i det jordbruksbaserte kulturlandskapet. Data frå kartlegginga skulle leggjast inn i ein eigen database, Naturbasen, som er tilgjengeleg på Internett. Dataa blei dermed tilgjengelege for andre brukarar, til dømes kommunar, Vegvesenet og Forsvaret, som eit kunnskapsgrunnlag for miljøomsyn i arealplanlegging, arealbruk og arealinngrep og for utarbeiding av miljøplanar i landbruket og tildeling av tilskot. Klagenemnda kom til at dette ikkje var forskning og utvikling.

Kontrakten må med andre ord ha til formål å skaffe fram noko som ikkje allereie er tilgjengeleg i marknaden. Departementet legg òg til grunn at unntaket berre omfattar kontraktar der forskings- eller utviklingsdelen utgjør eit hovudelement. Kontraktar om

<sup>13</sup> Premiss 23

<sup>14</sup> Sjå Expert group report, Public Procurement for Research and Innovation, Developing procurement practices favourable to R&D and innovation, September 2005. Rapporten tek ikkje opp unntaket i direktivet for FoU, men fokuserer på korleis offentlege anskaffingar og regelverket kan brukast for å fremje innovasjon i næringslivet.

å utføre ei vanleg teneste som inneber mindre element av utvikling, kan med andre ord ikkje reknast for å oppfylle kravet til nyskaping som følgjer av føresegna, sjå fortolkningsfråsegn på departementet si heimeside.<sup>15</sup>

### Oppdragsgivaren betaler ikkje fullt ut

Føresegna stiller opp to alternative vilkår for at FoU-tenesta skal vere unnateken. For det første fell anskaffinga inn under unntaket dersom oppdragsgivaren ikkje fullt ut betaler for tenesta. Med «betaler» forstås ein òg andre bidrag, til dømes at lokale eller forskingsutstyr blir stilt til rådvelde. Situasjonar der oppdragsgivaren ikkje fullt ut betaler, kan oppstå på ulike måtar.

Eitt slikt tilfelle er når leverandøren medverkar saman med oppdragsgivaren. Leverandøren dekkjer sjølv 20 prosent av utviklingskostnadene med ei ny teneste, mens oppdragsgivaren sine kjøp av tenesta, medrekna utviklinga, finansierer 80 prosent.

Eit særleg spørsmål er når forskingsinstitusjonar sjølve medverkar til finansieringa med egne grunnløyvingar. Ein oppdragsgivar kan ikkje omgå anskaffingsregelverket ved først å gi ei grunnløyving, som så gjer det mogleg å bruke FoU-unntaket for å tildele oppdragsforskning. Rettstilstanden på dette området er uklar, men departementet meiner at det bør visast varsemd. For å kunne rekne grunnløyvingar som eigenfinansiering bør det i alle fall vere ein viss avstand mellom tildelinga av grunnløyvingane og tildelinga av oppdragsforskninga. Eit anna moment kan vere om forskingsinstitusjonen står fritt til å bruke grunnløyvinga.

#### Anskaffing



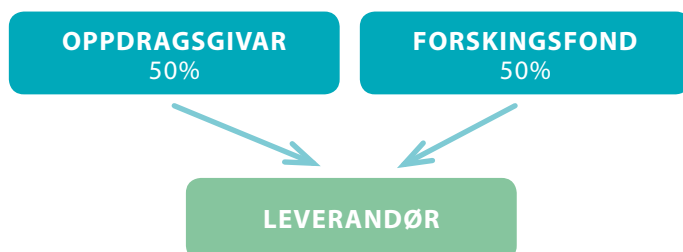
#### Unntak 1



15 [http://odin.dep.no/filarkiv/220227/KRD\\_-\\_Prosjekt\\_Bostedslose.pdf](http://odin.dep.no/filarkiv/220227/KRD_-_Prosjekt_Bostedslose.pdf).

Ein annan mogleg situasjon er når ein tredjepart medverkar økonomisk til forskinga eller utviklinga. Oppdragsgivaren dekkjer 50 prosent, eit forskingsfond resten.

**Unntak 2**



Eit tredje tilfelle er når oppdragsgivaren får økonomisk støtte som heilt eller delvis dekkjer anskaffinga. Også då kan unntaket nyttast. Dersom ein kommune skal kjøpe eit nytt reinseanlegg, og får støtte frå Innovasjon Noreg til å kjøpe eit reinseanlegg som krev utvikling av ein ny reinseteknologi, kan det vere unnateke frå regelverket sjølv om pengestraumen formelt sett kjem frå oppdragsgivaren. Dette må vurderast konkret.

**Unntak 3**



Dersom ein oppdragsgivar bruker ein underordna oppdragsgivar til å bestille ei utgreiing, vil dette ikkje tilfredsstillе vilkåret om at oppdragsgivaren ikkje fullt ut betaler.

**Ikkje unntak**



Truleg vil alle FoU-kontraktar som blir finansierte over offentlege ordningar og program, vere omfatta av unntaket dersom dei har eit reelt element av støtte frå det offentlege, jf. EØS-avtalen artikkel 61 flg.<sup>16</sup> Føresetnaden er at støtte blir gitt på bakgrunn av vanlege målsetjingar om kompetanse- og teknologiutvikling og ikkje ut frå forretningsmessige vurderingar. Reint kommersielle kontraktar, der oppdragsgivaren skal ha eit oppdrag utført for å dekkje eigne behov, blir altså normalt rekna som ei prioritert teneste som er omfatta av regelverket, mens ikkje-kommersielle kontraktar normalt er unnatekne.

#### **Tenesta tilfall ikkje oppdragsgivaren fullt ut**

Sjølv om oppdragsgivaren fullt ut betaler for tenesta, blir ho likevel omfatta av unntaket dersom tenesta ikkje fullt ut tilfall oppdragsgivaren. Kravet inneber at også andre enn oppdragsgivaren skal bruke tenesta. Kravet er til dømes oppfylt dersom forskinga skal utvikle produkt eller teknologi som gir konkrete eller direkte fordelar for andre offentlege organ eller for marknaden generelt. Publisering av forskingsresultata kan innebære at tenesta ikkje fullt ut tilfall oppdragsgivaren.<sup>17</sup> Dette må vurderast konkret. Ei tilsvarende problemstilling oppstår når fleire går saman om å kjøpe ei forskningsteneste, mens berre éin av dei formelt står som oppdragsgivar. Kven som skal reknast som oppdragsgivar i slike situasjonar, altså kven tenesta tilfall, er ikkje avklart. Dersom dei andre betaler til oppdragsgivaren, er det normalt ikkje grunnlag for unntak frå anskaffingsregelverket då dette i praksis vil bli rekna som bruk av fullmektig.

Dersom FoU-kontrakten inneber at forskingsleverandøren blir sitjande med eventuelle opphavsrettar, kan det tale for at tenesta ikkje fullt ut tilfall oppdragsgivaren. Slik kan det vere sjølv om oppdragsgivaren tek imot utføringa av sjølve tenesta som er utvikla. Dette spørsmålet er uavklart.

I den konkrete vurderinga vil det kunne leggjast vekt på kven som tek initiativet til oppdraget, og kven som har utforma spesifikasjonane for det.

#### **Spesiell EØS-terskelverdi for FoU-tenester**

Dersom FoU-kontrakten fullt ut er betalt av oppdragsgivaren og fullt ut tilfall oppdragsgivaren til bruk i verksemda hans, er anskaffinga ei prioritert teneste, jf. vedlegg 5 til forskrifta, kategori 8, og følgjer del III i forskrifta dersom anskaffinga overstig EØS-terskelverdien.

Etter forskrifta § 2–2 andre ledd er EØS-terskelverdien for sentrale statlege styresmakter ved anskaffing av FoU-tenester lik EØS-terskelverdien for andre oppdragsgivarar. Dette er dermed eit unntak frå den generelt lågare terskelverdien for sentrale statlege styresmakter.

<sup>16</sup> Sjå avsnittet nedst om offentlig støtte ved FoU.

<sup>17</sup> Kunnskapsdepartementets standardkontrakt for oppdragsforskning (<http://odin.dep.no/kd/norsk/aktuelt/nyheter/070021-210061/dok-bn.html>) inneheld i punkt 10 føresegner om offentliggjerjing. Her heiter det at sluttrapporten normalt skal offentliggjerast. Oppdragstakaren har rett til offentliggjerjing sjølv om oppdragsgivaren ikkje ønskjer offentliggjerjing. Bruk av denne standardkontrakten, med punktet om offentliggjerjing, inneber ikkje i seg sjølv at kontrakten er unnateken etter regelverket. Dette må vurderast konkret.

### Vare- og bygge- og anleggsanskaffingar med FoU-element

Unntaket for forskings- og utviklingskontraktar gjeld berre for kjøp av tenester. Bygge- og anleggskontraktar og varekontraktar er omtala i kapittel 7.4.

### Kontraktar om einerett

Forskrifta gir unntak for kontraktar som oppdragsgivaren tildeler ein annan offentleg oppdragsgivar med einerett til å yte den aktuelle tenesta, jf. § 1–3 andre ledd bokstav h. Det er eit krav at eineretten er kunngjord i lov, forskrift eller administrativt vedtak, og at kontrakten er i samsvar med EØS-avtalen. Unntaket gjeld berre for tenestekontraktar.<sup>18</sup>

Kravet til einerett inneber eit krav om at leverandøren faktisk utfører dei aktuelle tenestene som eineleverandør.

Det er altså tre vilkår som må vere oppfylte for at unntaket skal gjelde:

- Kontrakten blir tildelt eit organ som sjølv er ein offentleg oppdragsgivar.
- Organet må ha ein kunngjord einerett til å utøve aktuell type verksemd.
- Eineretten må vere i samsvar med EØS-avtalen.

### Offentleg oppdragsgivar

Den som blir tildelt kontrakten, må sjølv vere ein offentleg oppdragsgivar etter § 1–2 i forskrifta, sjå kapittel 2.1. Det har samanheng med at grunngivinga for unntaket er at styresmakta eller organet som blir tildelt kontrakten, sjølv må følgje anskaffingsreglane ved sine innkjøp. Kontraktar mellom det private og det offentlege vil derfor framleis bli tildelte på bakgrunn av økonomiske og forretningsmessige vurderingar.

### Kunngjering

Eineretten må gå fram av kunngjord lov, forskrift eller administrativt vedtak. Eineretten må med andre ord kunne konstaterast objektivt og kan til dømes ikkje berre vere nedfelt i ein privatrettsleg avtale mellom to offentlege oppdragsgivarar. Eineretten må vere offentleggjord og vere klart definert og avgrensa.

### Samsvar med EØS-avtalen

Det er eit krav at eineretten er i samsvar med EØS-avtalen.

Tildeling av einerett er i utgangspunktet ein restriksjon på retten til å yte tenester, jf. EØS-avtalen art. 36. Etableringa av ein einerett må derfor vere grunngitt i tvingande eller allmenne omsyn som er tilstrekkeleg tungtvegande til at dei går framom omsynet til fri rørsle for tenester, jf. EØS-avtalen artikkel 36 til 39, forbodet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i artikkel 4, og konkurransereglane i del IV og særleg artikkel 59 i avtalen. Det må likevel vurderast om dei ikkje-økonomiske omsyna er tilstrekkeleg tunge til å kunne gripe inn i den frie rørsle for tenester. Vidare er det eit krav at tildeling av ein einerett må vere nødvendig for å vareta dei aktuelle omsyna, og at måla ikkje kan nåast med andre og mindre inngripande middel.

<sup>18</sup> Om kva som er ein tenestekontrakt, sjå kapittel 4.

EF-domstolen har godkjent ei rekkje formål som allmenne omsyn som kan gi grunnlag for avgrensingar i retten til fri rørsle av tenester. Dette er mellom anna arbeidstakarvern, forbrukarvern, miljøvern, trafikktryggleik, samanheng i skattesystemet og vern om rettspleia. Innanfor helsesektoren har omsynet til å halde oppe ei stabil lege- og sjukehussteneste og omsynet til å kunne tilby behandling eller medisinsk kompetanse på det nasjonale territoriet vore godtekne som allmenne omsyn som kan avgrense tenestefridommen. I tillegg vil omsyn som kjem inn under offentleg orden, tryggleik og folkehelse, jf. EØS-avtalen artikkel 39, utgjere allmenne omsyn.

Økonomiske omsyn kan ikkje reknast som eit allment omsyn.

Å gi einerett til eit organ og samtidig forby andre å tilby same tenesta kan vere i strid med EØS-avtalen. EF-domstolen har slått fast at det kan vere misbruk av dominerande stilling dersom det offentlege organet ikkje sjølv har kapasitet til å dekkje etterspørselen. Med etterspørselen må her forståast etterspørselen frå private.

### **2.2.3 Utbyggingsavtalar**

Ein utbyggingsavtale er ein avtale om utbygging av eit konkret område, der ein eller fleire utbyggjarar og/eller grunneigarar gjennomfører utbygging innanfor ramma av ein kommunal arealplan, det vil seie arealdelen til kommuneplan, reguleringsplan eller utbyggingsplan, jf. plan- og bygningslova § 64. Det som elles kjenneteiknar utbyggingsavtalar, er at kommunen bruker si rolle som planstyresmakt etter plan- og bygningslova som grunnlag for avtale. Kommunen si rolle i avtalen er altså knytt til vedtaking av plan eller aksept for gjennomføring av plan (oppfylling av rekkjefølgjekrav). Det kan skje i kombinasjon med økonomiske eller andre skyldnader eller bidrag frå kommunen si side, men som oftast er eit planvedtak den einaste måten kommunen er delaktig i avtalen på. Utbyggjaren på si side forpliktar seg til å gjennomføre eller koste tiltak som kommunen elles har ansvaret for. Det kan til dømes vere opparbeiding av friareal og leikeplassar. Avtalane kan gjelde opparbeiding som utbyggjaren i alle tilfelle kunne påleggjast med heimel i plan- og bygningslova, men dei kan òg gå lenger.

Utbyggingsavtalar er regulerte i plan- og bygningslov kapittel XI-A Utbyggingsavtalar.<sup>19</sup> Formålet med reguleringa er å hindre at kostnader blir overførte til den som kjøper bustad, og å sikre at utbyggjarane og kommunen veit kva dei har å halde seg til. Reglane set grenser for kva plikter avtalen kan påleggje ein utbyggjar/grunneigar.

#### **Forholdet til regelverket for offentlege anskaffingar**

Regelverket for offentlege anskaffingar gjeld i utgangspunktet for alle offentlege anskaffingar, også byggje- og anleggskontraktar, men det er ikkje avklart i kor stor grad utbyggingsavtalar er omfatta. Om utbyggingsavtalar er omfatta, er avhengig av om avtalen kan reknast som ein byggje- og anleggskontrakt, jf. forskrifta § 4–1 bokstav c. For at det skal liggje føre ein slik kontrakt, må avtalen vere gjensidig tyngjande, jf. forskrifta § 4–1 bokstav a.

<sup>19</sup> Denne delen av lova tredde i kraft 1. juli 2006.

I spørsmålet om kor vidt ein utbyggingsavtale kan seiast å utgjere ein gjensidig tyngjande avtale, er vurderinga av kommunen si yting sentral. I motsetnad til vanlege byggje- og anleggskontraktar er den avtala ytinga frå kommunen si side oftast ikkje av økonomisk karakter, men består gjerne av eit planvedtak eller eit byggjeløyve. Vi har få andre haldepunkt i rettspraksis enn EF-domstolens avgjerd i Scala-saka<sup>20</sup>. Saka gjaldt eit privat prosjekt for utvikling av eit tidlegare industriområde i Milano i Italia. Etter italiensk rett er det eit vilkår for å få tildelt byggjeløyve at tiltakshavaren betaler for ein del av utviklinga av infra- og servicestrukturen i området. Kommunen gav avkall på bidrag til offentleg opparbeiding av infrastruktur, og dette blei sett på som betaling etter avtalen. Kontrakten kunne såleis reknast for å vere gjensidig tyngjande og dermed omfatta av anskaffingsdirektivet. Saka har likevel ikkje direkte overføringsverdi til norske forhold då premissane er nært knytte til italiensk lovgiving. I motsetnad til det som er tilfellet i italiensk rett, kan ikkje norske kommunar einsidig påleggje grunneigarar å betale for infrastruktur.

Norske kommunar kan derimot påleggje grunneigaren å byggje ut teknisk infrastruktur som veg, vatn og avløp etter plan- og bygningslova § 67. Pålegget blir ikkje omfatta av regelverket for offentlege anskaffingar fordi det ikkje er ein gjensidig tyngjande kontrakt etter anskaffingsregelverket. For utbyggingsavtalar som erstattar pålegg etter plan- og bygningslova § 67, kan ein tenkje seg ein parallell til Scala-dommen og sjå på ei fråskrivning av retten til å gi pålegg som det bidraget kommunen yter. At kommunen lèt vere å bruke påleggskompetansen, er likevel noko heilt anna enn å gi avkall på eit pengekrav. Eit avkall på eit pengekrav vil lettare kunne sjåast som ein del av ein gjensidig tyngjande avtale. Men ein utbyggingsavtale kjem i staden for einsidige offentlegrettslege pålegg om opparbeiding og kan erstattast med til dømes eit vilkår etter plan- og bygningslova § 67. Avtalen gjer at partane kan justere opparbeidinga slik dei finn det tenleg. Slik departementet ser det, tilseier det at ein ikkje ser på ein utbyggingsavtale som ein gjensidig tyngjande avtale dersom han berre erstattar kompetansen etter lova til å gi pålegg om teknisk infrastruktur.

I ei utgreiing for Bygningslovutvalet<sup>21</sup> hevdar professor Lasse Simonsen at det er nødvendig å sjå bakom den formelle argumentasjonen til EF-domstolen. Ifølgje Simonsen er den reelle motytinga frå kommunen byggjeløyvet, ikkje avkallet på pengebidrag. Arrowsmith støttar dette synet; det standpunktet at eit byggjeløyve ikkje er eit «vederlag» i anskaffingsdirektivets forstand, kan ifølgje forfattaren vanskeleg sameinast med Scala-dommen.<sup>22</sup> Sjølv om det verkar framandt i norsk rett, kan ein derfor ikkje sjå bort frå at ein domstol vil sjå på eit reint byggjeløyve som eit ledd i ein gjensidig tyngjande kontrakt.

Det som er nemnt ovanfor, viser at det er rettsleg uvisst om utbyggingsavtalar der grunneigaren skal utføre eit byggje- og anleggsarbeid, blir omfatta av regelverket om offentlege anskaffingar. For å vere på den sikre sida kan kommunane velje å leggje anskaffingsregelverket til grunn.

20 C-399/98.

21 Sjå <http://www.dep.no/krd/bygningslov/index-b-n-a.html>.

22 Arrowsmith pkt. 6.203-6.204

**Konsekvensar**

Konsekvensen av at reglane om offentlege anskaffingar blir lagde til grunn, er at anskaffinga skal skje i konkurranse, vanlegvis med kommunen som oppdragsgivar. Scala-dommen opnar likevel for at regelverket er oppfylt når grunneigaren gjennom avtalen blir pålagt å innfri krava i anskaffingsregelverket på vegner av kommunen. Det inneber at reglane ikkje skal brukast på utbyggingsavtalen, men at grunneigaren og utbyggjaren i staden må følgje regelverket når dei gjennomfører sine anskaffingar etter avtalen.

Når kommunen skal gjennomføre ei anskaffing, kan han i staden velje å utføre arbeidet i eigenregi<sup>23</sup>. Eit spørsmål er om ein utbyggjar som etter utbyggingsavtale gjennomfører ein konkurranse på vegner av kommunane, kan utføre arbeida sjølv. Dette er svært tvilsamt ut frå Scala-dommen. Det er òg svært tvilsamt om utbyggjaren sjølv kan delta i konkurransen (såkalla eigenregitilbod).

Meir informasjon om utbyggingsavtalar er å finne på heimesidene til Kommunal- og regionaldepartementet.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Sjå kapittel 3 om eigenregi.

<sup>24</sup> <http://odin.dep.no/krd/norsk/tema/bolig/016031-990083/dok-bn.html#5>.



## Kapittel 3

# Eigenregi og tenestekonsesjonar

### 3.1 Eigenregi

#### 3.1.1 Innleiing

Korleis det offentlege organiserer verksemda si, er ikkje regulert av regelverket om offentlege anskaffingar. Det er det offentlege organet sjølv som avgjer om ei yting bør utførast av eige personale («eigenregi»), eller om det bør nyttast ein ekstern leverandør. Dersom ei yting blir levert i eigenregi, fell dette utanom regelverket. Det blir då ikkje inngått kontrakt mellom to ulike juridiske personar om ei anskaffing. Det har ikkje noko å seie om to einingar innanfor same oppdragsgivar inngår ein avtale. Det vil ikkje utgjere ein gjensidig tyngjande avtale etter regelverket og ikkje vere omfatta av regelverket.<sup>1</sup> Spørsmål om kva som er ein kontrakt etter regelverket om offentlege anskaffingar, jf. definisjonen i forskrifta § 4–1 bokstav a, er det gjort greie for i kapittel 2.2.1.

Unntaket for eigenregi gjeld i nokre tilfelle òg mellom to separate juridiske personar.<sup>2</sup> Spørsmålet om kor vidt anskaffingsregelverket skal gjelde, bør ikkje vere avhengig av korleis oppdragsgivaren har organisert aktiviteten sin. Dette kapitlet tek føre seg eigenregi mellom to separate personar basert på eit kontraktsrettsleg forhold.<sup>3 4</sup> For at unntaket for eigenregi skal gjelde mellom to sjølvstendige personar som inngår ein kontrakt, er det to vilkår som må vere oppfylte:

- Oppdragsgivaren må utøve ein tilsvarende kontroll over leverandørselskapet som over eiga verksemd.
- Den vesentlege delen av aktiviteten til leverandøren må vere knytt til den kontrollerande oppdragsgivaren.

1 «Klassisk eigenregi» eller «eigentleg eigenregi» innanfor ein juridisk person blir ikkje vidare behandla.

2 Eigenregi mellom to separate juridiske personar blir til tider omtala som «kvasi-eigenregi» eller «ueigentleg eigenregi», i motsetnad til eigentleg eigenregi internt hos ein juridisk person. Fordi eigenregi er eit innarbeidd omgrep også for såkalla kvasi-eigenregi, blir omgrepet eigenregi i rettleiaren brukt i tydinga «mellom to separate personar».

3 Generaladvokat Leger seier i C-94/99 ARTE, premiss 59 og 66, at kvasi-eigenregi er unnateke frå regelverket fordi det på grunn av den kontrollen oppdragsgivaren har med eigen leverandør, og det manglande sjølvstendet for leverandøren som følgjer av dette, eigentleg ikkje ligg føre nokon reell kontrakt. Gjensidig tyngjande kontrakt, slik det er definert i anskaffingsregelverket, inneber ein reell kontrakt. Men ei slik underliggjande forståing går ikkje tydeleg fram av rettspraksis. Uttrykket «eigenregi» blir derfor brukt i tilfelle der to sjølvstendige personar inngår kontrakt.

4 Når samarbeid mellom to ulike offentlege styresmakter skjer gjennom ein gjensidig tyngjande avtale i anskaffingsrettens forstand, har EF-domstolen slått fast at eit slikt samarbeid må vurderast etter dei vanlege eigenregikriteria, jf. C-84/03 Kommissjonen mot Spania, premiss 38.

Dette unntaket er utvikla av EF-domstolen gjennom fleire dommar.<sup>5</sup> <sup>6</sup> Denne utviklinga skjer kontinuerleg, og det er ikkje gitt reglar om eigenregi. Det er derfor fleire sider ved rettstilstanden som er uavklarte, og rettstilstanden blir òg modifisert etter kvart. Departementet prøver å vere tydeleg der EF-domstolen har gitt svar, og vil elles føreslå moglege løysingar ut frå den situasjonen som ligg føre i dag.<sup>7</sup>

Eigenregi er eit unntakstilfelle der anskaffingsdirektiva ikkje gjeld, og skal tolkast restriktivt. Oppdragsgivaren må kunne grunngi bruken.<sup>8</sup>

### 3.1.2 Kravet til kontroll med leverandøren

#### Generelt

Når ein skal vurdere om oppdragsgivaren utøver ein kontroll tilsvarande den han fører med si eiga verksemd, skal ein sjå på alle relevante lovføresegner, vedtekter og andre faktiske omstende. Oppdragsgivaren må kunne påverke avgjerdene i selskapet. Oppdragsgivaren må ha avgjerande innverknad både på strategien til selskapet og på viktige avgjerder.<sup>9</sup> <sup>10</sup>

#### Selskapslovgiving og vedtekter

For å kunne vurdere kor stor kontroll eigaren har, må ein både sjå på selskapslovgivinga for den aktuelle selskapsforma og på dei konkrete vedtektene i selskapet. I Carbotermo-saka<sup>11</sup> slår EF-domstolen fast at den kontrollen ein kommune har med to italienske selskap, i hovudsak er avgrensa til den råderetten fleirtalet av eigarane i selskapet har etter selskapsretten. Det inneber ein sterkt avgrensa innverknad på avgjerdene i selskapa. Slik kontroll er ikkje tilstrekkeleg.

Saka C-458/03 Parking Brixen, gjaldt eit italiensk aksjeselskap organisert etter ei spesiell lov. EF-domstolen gjekk konkret inn på selskapsvedtektene og kommenterte at når styret hadde råderett til å stille garanti på inntil 5 millionar euro eller å gjennomføre andre tilsvarande forretningstransaksjonar utan førehandsgodkjenning frå generalforsamlinga, var det eit teikn på at selskapet hadde ein høg grad av sjølvstende i høve til aksjonærene. Vedtektene kravde at kommunen skulle eige ein absolutt majoritet av aksjane og utnemne fleirtalet i styret. Kommunen skulle òg utnemne to av tre representantar i eit tilsynsorgan. EF-domstolen kom til at eigenregi ikkje var aktuelt i dette tilfellet.

5 C-107/98 Teckal, Generaladvokatens fråsegn i C-108/98 RISSAN, Generaladvokatens fråsegn i C-94/99 ARGE, C-26/03 Stadt Halle, C-231/03 Coname (Storkammer), C-458/03 Parking Brixen, C-29/04 Kommisjonen mot Austerrike, C-410/04 ANAV og C-340/04 Carbotermo.

6 Ved revideringa av anskaffingsdirektiva som blei slutført i 2004, føreslo Kommisjonen å ta inn ein artikkel også i det klassiske direktivet om vilkåra for bruk av eigenregi. Det blei ikkje oppnådd semje om dette i Rådet, og forslaget blei stroke under behandlinga, jf. COM 2003 (503) endeleg.

7 Kapitlet er oppdatert per 15. oktober 2006.

8 C-26/03 Stadt Halle, premiss 46–47 og C-458/03 Parking Brixen, premiss 63

9 C-340/04 Carbotermo, premiss 36

10 Kravet til kontroll er strengare enn innanfor konkurranseretten. Generaladvokatens fråsegn i C-458/03 Parking Brixen, premiss 52.

11 C-340/04 premiss 38 og C-458/03 Parking Brixen, premiss 65–71

Nokre moment i tilhøvet mellom norske selskaps-/samarbeidsformer og kontrollkriteriet:<sup>12</sup>

- Kommunelova § 27 opnar for å etablere eit interkommunalt samarbeid mellom kommunar og fylkeskommunar. Samarbeidet inneber at det blir utarbeidd vedtekter, at det blir etablert eit felles styre, og at det blir ytt innskot eller kan takast opp lån. Samarbeidsorganet kan drive ulike typar samarbeidstiltak, og det kan overførast ansvar og mynde i saker som vedgår drifta og organiseringa av verksemda. Samarbeid etter kommunelova § 27 vil normalt oppfylle kravet til kontroll.
- Aksjeselskap er organiserte etter lov om aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Departementet meiner at selskapsforma aleine ikkje gjer eigenregi uaktuelt for norske aksjeselskap, men at det må gjerast ei konkret vurdering, jf. momenta i sakene C-458/03 og C-340/04.
- Interkommunale selskap er organiserte etter lov om interkommunale selskap. Etter denne lova kan eigarkommunane styre og kontrollere føretaket i større grad enn eit aksjeselskap.<sup>13</sup> Departementet meiner at ein eigarkommune i utgangspunktet vil oppfylle kontrollkriteriet for bruk av eigenregi til eit interkommunalt selskap.

### Aktivitetar som føretaket driv

Kva typar aktivitet eit føretak driv med, kan òg vere relevant for kontrollkriteriet. Dersom eit selskap driv med aktivitetar utover dei tradisjonelle serviceoppgåvene for eigaren, kan det tale mot kontroll. Det talar òg mot kontroll dersom selskapet driv aktivitet i eit geografisk område utanfor regionen til den kontrollerande eigaren.<sup>14</sup> Kontroll er lettare å konstatere når føretaket utfører aktivitetar for eigaren, sidan eigaren då gjennom bestillarrolla utøver ei form for kontroll med føretaket.<sup>15</sup> Dersom føretaket opererer på eiga hand med annan aktivitet, blir det stilt større krav til den kommersielle kontrollen med selskapet. Kommersiell aktivitet kan få betydning både for kontrollkriteriet og for omsetningskriteriet.

### Kontroll utøvd i fellesskap

Etter rettspraksis var det lenge uklart om fleire offentlege eigarar kunne utøve kontroll i fellesskap. EF-domstolen har no sagt klart frå om at kontroll kan utøvast av fleire offent-

12 Sjå Fredrik B. Werpen, Anskaffelser i «egenregi» og «kvasi-egenregi» fra interkommunale samarbeid, Lov og Rett, 2005 nr. 05-06, s. 328–341, som gir ei nærmare vurdering av ulike norske selskapsformer i forhold til eigenregireglane. Artikkelen er skriven for Coname, Parking Brixen og ANAV og Carbotermo. Sjå òg Knut Høivik, Interkommunalt selskap eller aksjeselskap, Lov og Rett, 2005 nr. 9, s. 531–549, der det er gjort ei meir generell samanlikning av IKS og AS.

13 Sjå Graver s. 25 om dette.

14 C-458/03, premiss 67

15 Generaladvokat Legers fråsegn i C-94/99 ARGE, premiss 74–75

lege styresmakter saman.<sup>16</sup> <sup>17</sup> EF-domstolen har likevel avvist at kontrollkravet er oppfylt i tilfelle der kontrollen er for spreidd, jf. eksempla nedanfor. Det er i teorien blitt antyda at kontroll er utelukka ved eit «meget betydeligt antal»<sup>18</sup> eigarar.

#### Rettspraksis frå EF-domstolen I

Sak C-231/03 Coname (Storkammer), gjaldt ei sak frå Italia der ein kommune eigde 0,97 prosent av aksjane i eit selskap. Dei andre eigarane var andre kommunar i provinsen der kommunen låg. Kommunen hadde tildelt ein tenestekonsesjon for drifta av metangassanlegget i området. Domstolen avviste her at kontrollkriteriet var oppfylt.

#### Rettspraksis frå EF-domstolen II

I sak C-107/98 Teckal, var kommunen De Viano medeigar i ei italiensk form for interkommunalt selskap.<sup>19</sup> Selskapet hadde 45 eigarar, og kommunen De Viano eigde 0,9 prosent. Eigenregi var her ikkje mogleg.

#### Eksempel der eigenregi er tillate:

Kommune A eig, saman med sju andre kommunar, det interkommunale avfallsselskapet «Reint og ryddig IKS», organisert etter lov om interkommunale selskap. Kommune A er den minste kommunen i samarbeidet og har ein eigarpost i samsvar med dette. Kommune A vil etter departementet si oppfatning kunne tildele oppdraget med å samle inn og behandle hushaldsavfallet i kommune A til Reint og ryddig IKS etter unntaket for eigenregi.

#### Eksempel der eigenregi ikkje er tillate:

Kommune A er medeigar i det landsomfattande returordningsselskapet «Kjemikalieretur AS». Kjemikalieretur AS samlar inn kjemikalier frå alle sine 150 eigarar. Kommune A kan ikkje tildele oppdrag til Kjemikalieretur AS i eigenregi.

### Krav om faktisk kontroll

Kriteria som er vurderte ovanfor, gjeld kor vidt oppdragsgivaren har ein rettsleg kontroll med leverandøren. Høvet til å bruke unntaket for eigenregi varierer ikkje frå kontrakt til

16 C-340/04, premiss 37, «Den omstændighed, at den ordregivende myndighed, **alene eller sammen med andre offentlige myndigheder**, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, tyder på, uden at være afgørende, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, ...»

17 Dette er òg blitt lagt til grunn i ot.prp. nr. 53 (1997–1998) avsnitt 7.3.2. I Danmark er oppgåver som kommunale felleskap utfører for dei kontrollerande eigarkommunane, generelt unnatekne frå anskaffingsregelverket, jf. lov nr. 378 af 14/06/1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder § 1 stk. 2. Dette er òg lagt til grunn i Sverige, jf. SOU 2001:31, s. 294.

18 Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, København 2003, s. 94

19 Sjå beskriving av selskapet i domspremiss 11–16 og generaladvokatens fråsegn premiss 11–21.

kontrakt, men blir vurdert for selskapet i seg sjølv.<sup>20</sup> Det synest dermed ikkje å vere noko krav at denne kontrollen skal vere utøvd ved tildelinga av den aktuelle kontrakten.

### Indirekte eigarskap

Dersom leverandørselskapet er indirekte kontrollert gjennom eit anna selskap, kan det gjere ein sterk kontroll vanskeleg.<sup>21</sup>

### Private medeigarar

Eigenregi er ikkje mogleg ved tildeling av kontraktar til selskap som har private eigarar.<sup>22</sup> EF-domstolen har slått ned på forsøk på å omgå dette forbodet ved at oppdragsgivaren har inngått kontrakt før privatisering.<sup>23</sup> EF-domstolen har òg sagt at dersom selskapet i kontraktsgjennomføringsperioden er ope for privat kapital, vil det innebære at tildelinga av kontrakten skjer utan kunngjering til eit selskap som kan bli eit offentleg-privat selskap. Dersom privat eigarskap er mogleg, er eigenregi derfor utelukka.<sup>24</sup>

## 3.1.3 Omsetningskriteriet

### Generelt

Det andre vilkåret for eigenregi er at den vesentlege delen av omsetninga til leverandøren må vere knytt til den kontrollerande oppdragsgivaren. Formålet er å sikre at offentleg eigde leverandørar som opererer i ein marknad ved å tilby sine tenester til private eller offentlege styresmakter, har dei same konkurransevilkåra som andre leverandørar. At leverandøren har eit offentleg opphav og er av offentleg karakter, er ikkje tilstrekkeleg til å skilje han frå andre tenesteytarar når han tilbyr same form for tenesteytingar med eit tilsvarande kommersielt siktemål.<sup>25</sup>

Eigenregiunntaket må tolkast i lys av formålet med EØS-regelverket om offentlege anskaffingar, som er å skape ein felles indre marknad og motverke konkurransevriding.<sup>26</sup>

Omsetningskriteriet skal hindre konkurransevriding mellom selskap. Dersom eit selskap får ein del av oppdraga sine frå eigaren utan konkurranse, oppstår faren for at selskapet får for godt betalt og vil ha ein konkurransefordel når det opptre i den kommersielle marknaden. Når selskapet sel i ein konkurranseutsett marknad, er det såleis avskore frå eigenregi.<sup>27</sup>

20 Generaladvokat Stix-Hackls fråsegn i C-340/04, premiss 65–68.

21 C-340/04, premiss 39.

22 Stadt Halle, premiss 49 og C 410/04, premiss 31.

23 C-29/04 Kommisjonen mot Austerrike. Den austerriske kommunen Mödling tildelte ein avfallshandteringskontrakt til eit heileigd AS. To veker etter tildelinga av oppdraget selde kommunen 49 % av aksjane til eit privat selskap. Eit par veker etter dette tok selskapet til å utføre tenesta.

24 C-231/03 Coname, premiss 26, og C-410/04, premiss 32.

25 Generaladvokatens fråsegn i C-94/99 ARGE, premiss 77.

26 C-340/04 Carbotermo, premiss 59 og C-26/03 Stadt Halle, premiss 44.

27 Anskaffingsreglane verkar her i eit samspel med regelverket om offentleg støtte og konkurranseregane for å sikre konkurranse mellom private og offentlege føretak på like vilkår.

### Kvantitativt om omsetningskravet

Kravet til storleiken på omsetninga til den kontrollerande oppdragsgivaren er uttrykt på ulike måtar. I ny rettspraksis frå EF-domstolen er kravet formulert slik:

*... såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.*

EF-domstolen har ikkje sagt kor stor prosentdel det dreier seg om.<sup>28</sup> Ei absolutt fast grense vil heller ikkje vere naturleg etter dagens rettspraksis sidan kvar situasjon må vurderast konkret idet det òg blir teke omsyn til kvalitative moment som nemnt nedanfor.<sup>29</sup>

Som det går fram av sitatet, kan omsetningskravet vurderast både positivt og negativt. Det positive i kravet ligg i at aktiviteten hovudsakleg må vere bestemt for oppdragsgivaren. Det negative ligg i at annan aktivitet berre må vere av marginal karakter. Desse to krava heng saman. Når det gjeld omsynet til å unngå konkurransevriding, er det derimot karakteren av omsetninga til andre som er problematisk. I sitatet ovanfor seier EF-domstolen det slik at annan aktivitet berre må vere av marginal karakter.

### Kvalitative moment

Ved vurderinga av omsetningskriteriet er det klart at ein ikkje berre skal sjå matematisk på omsetningstal. Det skal òg gjerast ei vurdering av alle relevante kvalitative moment.<sup>30</sup> Det er uavklart kva for moment som skal telje med i denne vurderinga. Formålet med vurderinga er å sikre konkurranse i marknaden og å unngå at leverandøren får fordelar ved å få tildelt delar av sine oppdrag utan konkurranse. Eit moment som vil spele inn, er om det uavhengig av det eigenregileverandøren sel til marknaden, eksisterer ein marknad for den aktuelle tenesta der andre leverandørar konkurrerer. Her er det ikkje avgjerande, men relevant, om det er privat etterspørsel i marknaden eller berre offentleg etterspørsel. Vurderinga ser ikkje berre på forholdet mellom eigar og eigenregileverandør, men òg på marknadsposisjonen til eigenregileverandøren. Der marknaden kan utføre tenesta, er eigenregi vanskelegare.

Eigenregi kan vere enklare når leverandøren, ved sal til tredjeperson, opererer innanfor eigarens geografiske region og avgrensa tenestekområde. Dersom det er rasjonelt at leverandøren utnyttar overskotskapasitet etter leveransar til eigaren, er dette mindre problematisk enn om leverandøren går inn i heilt uavhengige aktivitetar.

28 «Hovudsakleg» er tidlegare formulert i ulike kjelder som «over 50 %», «essential», «significantly», «the biggest part», «predominantly», «almost exclusively», «exclusively», «almost all» og «all».

29 Forsyningsforskrifta § 1–7 (kontraktar som blir tildelte tilknytte føretak) og § 1–8 (kontraktar som blir tildelte av eller til eit fellesføretak) inneheld detaljerte reglar om eigenregi. EF-domstolen har på si side sagt at eigenregireglane i forsyningsforskrifta ikkje kan brukast analogisk på eigenregiunntaket for den klassiske forskrifta. Sjå sak C-340/04, premiss 50–57, der EF-domstolen avviser ei analogisk tolking fordi det gjeld ulike selskapsformer, forsyningsforskrifta inneheld ei plikt til å melde frå til Kommisjonen ved bruk av unntaket, unntak skal tolkast innskrenkande og lovgivaren valde å ikkje la reglane gjelde for klassisk sektor då dei nye direktiva blei vedtekne i 2004.

30 C-340/04, premiss 64.

Eksempel på aktivitet overfor tredjeperson som kan tillatast:

Reint og ryddig IKS er tildelt kontrakt etter eigenregiinntaket på innsamling og behandling av hushaldsavfall frå alle husstandar i kommune A. Kommune A ligg avsides til på ei øy og har spreidd busetnad. Når søppelbilen er ute og køyrer sine ulike ruter, har han derfor ledig kapasitet. For å utnytte denne ekstrapasiteten rasjonelt tek søppelbilen òg med seg næringsavfall for det lokale næringslivet langs den ruta han likevel køyrer for å samle inn hushaldsavfallet. Reint og ryddig IKS utnyttar dermed overskotskapasitet innanfor sitt geografiske område.

Eksempel på aktivitet overfor tredjeperson som kan vere problematisk:

Reint og ryddig IKS gjer det godt og bestemmer seg for å utvide verksemda til òg å omfatte innsamling av avfall i eit område som er geografisk skilt frå eigarkommunane. Det har inga naturleg tilknytning til den aktiviteten Reint og ryddig IKS driv for eigarane.

### Kven oppdragsgivaren er, og kva det har å seie for omsetningskriteriet

Dersom det er fleire kontrollerande styresmakter, blir omsetningskriteriet vurdert samla for desse, slik at det er den totale omsetninga deira som er avgjerande.<sup>31</sup>

Når leverandøren ikkje leverer direkte til oppdragsgivaren, må det avgrensast kven som skal identifiserast med oppdragsgivaren, og som leverandøren derfor kan omsetje til. Det avgjerande er omsetning som leverandøren oppnår i kraft av avgjerder om kontraktstildelingar som den kontrollerande oppdragsgivaren tek. Det er ikkje avgjerande om oppdragsgivaren tek imot ytinga sjølv, eller om ho går til andre brukarar. Det er ikkje relevant kven som betaler leverandøren. Det er heller ikkje relevant i kva geografisk område leverandøren leverer ytingane han er tildelt av oppdragsgivaren.<sup>32</sup> Dette kan derimot vere relevant for ytingar til ein tredjeperson, mellom anna for kontrollkriteriet, jf. kapittel 3.1.2.

### Selskapet samla sett

Omsetningsvurderinga gjeld alle typar aktivitetar som selskapet utfører. Dersom selskapet driv med aktivitetar innanfor både søppel, parkering og breiband, må det sjåast samla. Det er ikkje mogleg å ha eigenregi for søppel, men ikkje for breiband og parkering.

<sup>31</sup> Teckal premiss 50, C-29/04 Kommissjonen mot Austerrike, premiss 34 og C-340/04, premiss 69.

<sup>32</sup> C-340/04, premiss 65–67.

### 3.1.4 Nokre spesielle problemstillingar

#### Eigenregi i staten

Staten i Noreg er for ein juridisk person å rekne. Med juridisk person forstår vi at eininga er sjølvstendig med råderett over eigen formuesmasse. Departement, underliggjande etatar, direktorat og forvaltningsbedrifter er ein del av statens juridiske person. Statleg eigde aksjeselskap, stiftingar og selskap med avgrensa ansvar for staten er ikkje ein del av statens juridiske person. Anskaffingar innanfor statens juridiske person kan utførast i eigenregi.<sup>33</sup>

Sjå fråsegner frå departementet om eigenregi internt i staten på departementet si heimeside.<sup>34</sup>

#### Utskiljing av aktivitet

Dersom ein aktivitet blir skild ut til ei verksemd som ikkje tilfredsstillir krava til eigenregi, kan verksemda berre i avgrensa grad ta med seg kontraktar som ein del av utskiljinga. Kontraktar som er avgrensa i tid og omfang, vil normalt ikkje vere problematiske sjølv om kontraktstida går utover omorganiseringa. Dersom omorganiseringa var i gang på tidspunktet for kontraktstildeling, kan det stillast spørsmål om kontraktslengda. Spørsmålet om kor vidt tanken har vore å omgå reglar ved å inngå kontrakt før utskiljinga, vil spele inn her.

Det er usikkert i kva grad dette blir påverka av at kontrollkriteriet ikkje lenger er oppfylt, sett i forhold til at omsetningskriteriet ikkje lenger er oppfylt. Det kan òg reise spørsmål om statsstøtte.

#### Om offentlig støtte ved eigenregi

Dersom unntaket for eigenregi blir brukt til å tildele ein kontrakt utan konkurranse til eit føretak som ikkje utelukkande leverer til oppdragsgivaren, kan det oppstå spørsmål om ulovleg offentlig støtte. Dersom leverandøren som får eigenregioppdraget, blir overkompensert, kan det vri konkurransen ved at eigenregioppdraget blir brukt til å kryssubsidiere anna verksemd på den opne marknaden.

Sjølv om forbodet mot offentlig støtte i utgangspunktet ikkje stiller formelle krav til prosedyren ved tildeling av eit oppdrag, gjeld likevel EØS-avtalen artikkel 61 (1) for den økonomiske realiteten i ein avtale. Innanfor eit gjensidig tyngjande kontraktsforhold er det sentrale spørsmålet om vederlaget er å rekne som marknadsmessig. Eit oppdrag som inneheld støtteelement, kan falle inn under forbodet mot offentlig støtte.

Støtteproblematikken er i praksis uaktuell dersom eit offentlig føretak får ein kontrakt etter konkurranse. Vederlaget er då per definisjon marknadsmessig, og avtalen inneheld ikkje støtteelement. I «reine» eigenregitilfelle er eininga som får kontrakten, normalt ikkje

33 I Danmark, der ein òg legg til grunn at staten er ein juridisk person, blir kvart ministerområde med tilhøyrande underliggjande etatar sett på som ei eining med omsyn til eigenregiregelen. (Konkurrencestyrelsens rettleiing kapittel 3.2)

34 <http://odin.dep.no/filarkiv/234885/Finansdepartementet.pdf> og <http://odin.dep.no/filarkiv/220399/Samferdselsdept.pdf>.

å sjå på som eit eige føretak som leverer varer/tenester på ein marknad. EØS-avtalen artikkel 61 (1) gjeld ikkje i tilfelle der støttemottakaren ikkje er eit «føretak».

Problematikken er derimot aktuell dersom eigenregileverandøren leverer tenester til sin offentlege eigar og elles opptre på ein marknad. Dersom føretaket leverer ei teneste av «allmenn økonomisk» betydning, må finansieringa av tenesta vurderast i lys av regelverket for tilskot til tenester av allmenn økonomisk betydning. Dersom selskapet leverer ordinære tenester til det offentlege, kan kryssubsidieringss spørsmålet òg melde seg dersom kontrakten ikkje er tildelt etter konkurranse. Sjølv om regelverket for offentleg støtte ikkje stiller formelle krav til separate rekneskapar, bør det førast slike rekneskapar for å kunne dokumentere at ulovleg kryssubsidiering ikkje skjer.

## 3.2 Tenestekonsesjonar

### 3.2.1 Innleiing

Ein tenestekonsesjon er det same som ein tenestekontrakt, men vederlaget for tenesta som skal utførast, består anten utelukkande av retten til å utnytte tenesta eller av ein slik rett kombinert med betaling. Ein tenestekonsesjon er til dømes ein avtale om drift av ein parkeringsplass mot rett til å krevje inn parkeringsavgift. Tildeling av tenestekonsesjonar er unnateke frå anskaffingsregelverket, og her ser vi først på spørsmålet om når unntaket for tenestekonsesjonskontraktar kan nyttast.

Sjølv om tenestekonsesjonar er unnatekne frå anskaffingsregelverket, må dei tildelast i tråd med visse grunnleggjande prinsipp, og desse krava er omhandla i den andre delen av kapitlet. Spørsmål om konsesjonar generelt blir ikkje behandla her.<sup>35</sup>

Krava til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar er utvikla gjennom rettspraksis. Utviklinga skjer fortløpande.<sup>36</sup> I dette kapitlet fokuserer vi på avklaringar som er komne i rettspraksis. EU-kommisjonen arbeider med å klargjere reglane om tildeling av konsesjonar og har uttrykt ønske om å føreslå lovgiving på dette området.<sup>37</sup>

Aktuelle rettskjelder:

Kommisjonens fortolkingsfråsegn frå april 2000, C-108/98, C-324/98 Telaustria, C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, C-231/03 Coname (Storkammer), C-458/03 Parking Brixen, C-410/04 ANAV, COM (2005) 569 Kommunikasjon frå Kommisjonen om det vidare arbeid med offentleg privat samarbeid og konsesjonar frå 15. november 005 med vidare tilvisninger.

35 Sjå Hans Petter Graver, Konsesjoner og konkurranse om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser, Lov og Rett, 2004 nr. 4–5, s. 224–244, som inneheld ein brei gjennomgang av konsesjonar.

36 Dette kapitlet er oppdatert per 1. oktober 2006.

37 COM (2005) 569, avsnitt 3.2

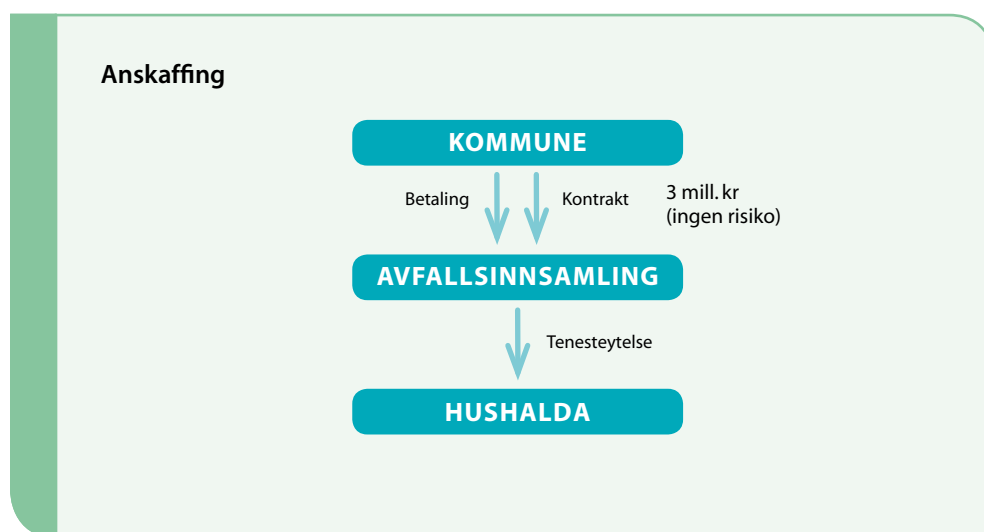
### 3.2.2 Unntaket for tenestekonsesjonskontraktar

Forskrifta inneheld ein definisjon av tenestekonsesjonskontrakt i § 4–1 bokstav e. Tenestekonsesjonskontraktar blir unnatekne frå regelverket i § 1–3 andre ledd bokstav j. Dermed følgjer det no klart av regelverket sjølv at tenestekonsesjonar er unnatekne frå regelverket. Byggje- og anleggskonsesjonar er definerte i § 4–1 bokstav f og regulerte i § 24–1. Dette avsnittet behandlar tenestekonsesjonar. Det er likevel dei same omsyna som ligg bak unntaket for tenestekonsesjonar som for byggje- og anleggskonsesjonar. Tolkingmoment for byggje- og anleggskonsesjonar kan dermed vere av interesse for forståinga av tenestekonsesjonar.

I forskrifta er ein tenestekonsesjon definert som det same som ein tenestekontrakt, men vederlaget for tenesta som skal utførast, består anten utelukkande av retten til å utnytte tenesta eller ein slik rett saman med betaling.

Ein tenestekonsesjon er såleis kjenneteikna ved at konsesjonshavaren får retten til å utnytte tenesta. Konsesjonshavaren må ha risiko for å sikre inntening til å etablere og drive tenesta. Overtakinga av risiko må vere reell. Eit moment kan vere om konsesjonshavaren faktisk har finansiell styrke til å ha risikoen, eller om oppdragsgivaren i praksis må ta rekninga til slutt.

Det er retten til å utøve tenesta som skal danne grunnlaget for betalinga.<sup>38</sup> Mottakarane av ytinga betaler heilt eller delvis vederlag for tenesta til konsesjonshavaren. Dette i motsetnad til ein kontrakt etter regelverket, som inneber ei motyting som oppdragsgivaren betaler direkte til leverandøren.<sup>39</sup> Dette er ikkje til hinder for at den offentlege oppdragsgivaren som tildeler tenestekonsesjonskontrakten, skyt til midlar for at tenesta skal bli utført.

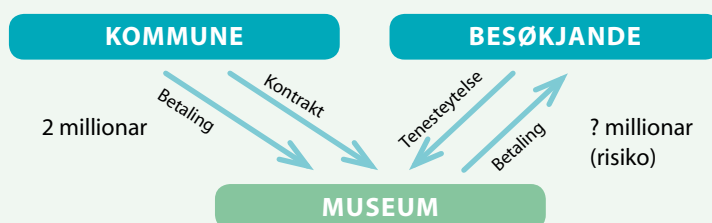


<sup>38</sup> C-410/04 ANAV, premiss 16 og C-358/03 Parking Brixen, premiss 40.

<sup>39</sup> C-458/03 Parking Brixen, premiss 39.

Ein kommune set bort drifta av eit museum. Kommunen yter eit visst årleg beløp, og besøkjande betaler inngangspengar. Konsesjonshavaren ber den økonomiske risikoen for at det kjem tilstrekkeleg mange besøkjande til å sikre inntening.

### Tenestekonsesjon I



Ein tenestekonsesjon kan òg liggje føre når konsesjonshavaren betaler det offentlege for å ha rett til å utføre den aktuelle tenesta. Betalinga går då frå brukarane til konsesjonshavaren, som betaler ein viss sum vidare til oppdragsgivaren. I eit slikt tilfelle går betalingsstraumen motsett veg av betalingsstraumen i ein tenestekontrakt.

Ein kommune tildeler ein tenestekonsesjonskontrakt for drifta av ein parkeringsplass. Parkeringsselskapet er ansvarleg for å drive parkeringsplassen og krevje inn parkeringsavgift. Selskapet betaler eit visst årleg beløp til kommunen. Parkeringsselskapet er avhengig av at bilistane bruker parkeringsplassen, og at selskapet blir drive på ein god måte.

### Tenestekonsesjon II



### 3.2.3 Tildeling av tenestekonsesjonar må skje i tråd med dei grunnleggjande prinsippa i EØS-avtalen

#### Generelt

Sjølv om ein tenestekonsesjon fell utanfor verkeområdet til lova og forskrifta, gjeld dei alminnelege prinsippa i EØS-avtalen om fri rørsle av varer, tenester, kapital og personar, ikkje-diskriminering o.a.<sup>40 41</sup> Desse alminnelege prinsippa set på den eine sida forbod mot «materieell» diskriminering; dei seier kva ein ikkje kan gjere. Det inneber at det til dømes ikkje kan leggjast vekt på lokal eller nasjonal tilhøyr ved tildelinga. EF-domstolen har på den andre sida utleidd «prosessuelle» krav – om kva oppdragsgivaren aktivt må gjere – til sjølve gjennomføringa av anskaffinga.<sup>42</sup> EØS-avtalen artikkel 31, 36 og 40 stiller krav om likebehandling. EF-domstolen har slått fast at kravet om likebehandling gjeld sjølv om det ikkje ligg føre forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.<sup>43</sup>

Innhaldet i krava som EF-domstolen har utleidd av dei grunnleggjande prinsippa og føresegnene om dei fire fridommane i EØS-avtalen, er ikkje nødvendigvis det same som følgjer av dei grunnleggjande krava i § 5 i lova og § 3–1 i forskrifta. Dei grunnleggjande EØS-prinsippa som gjeld for tildeling av tenestekonsesjonar som ikkje er omfatta av direktivet, stiller meir overordna og mindre detaljutleidd krav til tildeling av konsesjonar enn dei grunnleggjande prinsippa som følgjer av § 5 i lova og § 3–1 i forskrifta ved tildeling av tenestekontraktar. Ein bør derfor vere varsam med å bruke praksis knytt til desse føresegnene på tenestekonsesjonar.<sup>44</sup>

EF-domstolen har påpeika at det kan tenkjast at leverandørar i andre medlemsland ikkje vil vere interesserte i kontraktar av avgrensa økonomisk interesse. Verknadene for samhandelen vil då vere for usikre og indirekte til at det utgjer ei avgrensing av den frie samhandelen.<sup>45</sup> Tildeling av slike små tenestekonsesjonar blir ikkje omfatta av krava etter EØS-retten. Det er usikkert kvar denne grensa går. Sjå kapittel 14.2 om del I anskaffingar.

#### Likebehandling, ikkje-diskriminering og transparens

Ved tildeling av tenestekonsesjonar gjeld eit krav om likebehandling og ikkje-diskriminering. For å sikre desse prinsippa har EF-domstolen utleidd eit krav om transparens. Fordi ein konsesjonskontrakt kan ha interesse for føretak som ligg i andre EØS-land, kan tildelinga av ein slik kontrakt medføre forskjellsbehandling av verksemder i andre land dersom kravet om transparens ikkje er innfridd.<sup>46</sup> Verksemder i andre land blir då i praksis

40 Unitron Scandinavia, C-324/98 Telaustria, premiss 60, C-231/03 Coname (Storkammer), premiss 16 og C-458/03 Parking Brixen, premiss 46 og C-410/04 ANAV, premiss 18.

41 Den vanlege læra om unntak frå dei grunnleggjande fridommane som dels går fram av EØS-avtalen, dels av rettspraksis frå EF-domstolen, dels av unntaket for tryggleik etter EØS-avtalen artikkel 123 og dels av unntaket for offentlege føretak i EØS-avtalen artikkel 59, vil òg gjelde for tenestekonsesjonar. EF-domstolen har i sak C-231/03, Coname, s. 23, sagt at eigenregi og kan gi grunn til unntak frå den domstolskapte læra om tildeling av tenestekonsesjonar.

42 Generaladvokat Stix-Hackls fråsegn i C-231/03 Coname.

43 C-458/03 Parking Brixen, premiss 48 og C-410/04 ANAV, premiss 20.

44 KOFA kom i sak 2003/250, seinare tilslutta i 2005/24 og 2005/86, til at lov om offentlege anskaffelser ikkje regulerer tenestekonsesjonar ettersom ordlyden i § 3 om at lova gjeld «anskaffelser», er uklar, og det ville ha vore naturleg at lovgivaren då lova blei vedteken, hadde sagt uttrykkeleg frå dersom det var meint at tenestekonsesjonar skulle vere omfatta av lova.

45 C-231/03 Coname, premiss 20.

46 C-231/03 Coname, premiss 17.

avskorne frå å seie seg interesserte i den aktuelle tenestekonsesjonen. Det kan utgjere ei indirekte forskjellsbehandling som er i strid med EØS-avtalen.

Transparens skal gjere det mogleg for ei verksemd i ein annan EØS-stat å få tilgang til dei nødvendige opplysningane om konsesjonskontrakten før kontrakten blir tildelt. Det skal sikre at interesserte leverandørar kan melde si interesse i å bli tildelt konsesjonen.<sup>47</sup>

For tenestekonsesjonar av ein viss storleik har EF-domstolen slått fast at det ligg føre ei plikt til å offentleggjere konsesjonen på ein slik måte at verksemdar i andre medlemsstatar får høve til å melde si interesse. For å kunne vurdere om tildelinga er av interesse, er det òg eit krav om å gi tilgang til nødvendige opplysningar. Kravet til transparens inneber òg at det skal vere mogleg å «kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske».<sup>48</sup> Dette innsynet skal medverke til å opne marknaden for tenestekonsesjonar for konkurranse.<sup>49</sup>

Graden av offentleggjering skal vere passande overfor alle potensielle leverandørar. Det skal vere eit rimeleg forhold mellom korleis tildelinga av tenestekonsesjonen skjer, og den aktuelle tenestekonsesjonen. Ved denne vurderinga kan det vere aktuelt å sjå på kontraktsverdien, kontraktsgjensstanden og kompleksiteten i anskaffinga. Formålet er å kunne avgjere om ein kontrakt er av interesse for samhandelen eller ikkje.

I Parking Brixen-saka<sup>50</sup> hadde ein italiensk kommune tildelt ein tenestekonsesjon til eit selskap for å drive ein parkeringsplass i ni år. Parkeringsplassen utgjorde eit areal på ca. 5000 m<sup>2</sup> og hadde plass til ca. 200 bilar. Selskapet skulle òg låne ut sykklar gratis frå plassen, tillate organisering av ein marknad på plassen ein gong i veka og overta ansvaret for dei tilsette som arbeidde der. I tillegg skulle selskapet betale kommunen 151 700 euro i året.

EF-domstolen sa om kravet til transparens i denne saka:

*Det er dog ikke i overensstemmelse med de i artikel 43 EF og artikel 49 EF fastsatte krav samt principperne om ligebehandling, om forbud mod diskrimination og om gennemsigtighed slet ikke at afholde offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskoncession som den i hovedsagen omhandlede.*

47 C-231/03 Coname, premiss 21.

48 C-410/04 ANAV, premiss 21.

49 C-458/03 Parking Brixen, premiss 49, jf. Telaustria premiss 61 og 62.

50 Sak C-458/03.

Bari kommune i Italia tildelte ein tenestekonsesjon til å drive kollektivtrafikken i kommunen. Storleiken på kontrakten går ikkje fram av dommen. EF-domstolen slo fast:<sup>51</sup>

*Den totale mangel på afholdelse af offentligt udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig tjenesteydelseskonsesjon som den i hovedsagen omhandlede er ikke forenelig med de i artikel 43 EF og 49 EF fastsatte krav og heller ikke med principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemskuellighed.*

Tildeling av ein konsesjon er dermed ikkje friteke for krav til transparens sjølv om anna norsk lovgiving ikkje krev kunngjering.<sup>52</sup> Kravet til transparens følgjer av EØS-lova som gjer EØS-avtalen til norsk lov.

### **3.2.4 Spesielt om tenestekonsesjon som einerett**

Tildeling av tenestekonsesjon inneber i praksis ofte ein særrett eller einerett.<sup>53</sup> Ei bedrift får einerett til å trafikkere ferjestrekninga A–B. Ein slik einerett utgjer ein restriksjon på etableringsfridommen og fridommen til å levere tenester. Ei slik avgrensing må derfor vere grunnlagt i eit allment omsyn og stette krava til proporsjonalitet. Vidare vil det vere avgrensingar etter konkurranseretten til å forby kommersielle aktørar å utføre ei teneste når einerettsaktøren ikkje klarer å dekkje etterspørselen. Vurderinga er her avhengig av kva avgrensingar som er nødvendige for å sikre utføringa av særlege oppgåver etter EØS-avtalen artikkel 59.

51 C-410/04 ANAV, premiss 22.

52 C-458/03 Parking Brixen, premiss 52

53 Sjå nærmare om denne problemstillinga i Graver s. 12–13.



## Kapittel 4

# Bruksområde for dei ulike delane av forskrifta

### 4.1 Strukturen i forskrifta

Forskrifta er delt inn i fire delar som regulerer ulike typar anskaffingar etter art og verdi, jf. § 2–1. I forskrifta er det ført opp ulike terskelverdier som har betydning for kva delar av forskrifta som gjeld. Dei aktuelle terskelverdiane for når oppdragsgivaren må kunngjere i EØS-området (EØS-terskelverdiane), er viste i tabellen nedanfor.

#### Del I:

Gjeld alle anskaffingar uavhengig av verdi. Oppdragsgivaren kan velje å berre følgje del I dersom anskaffingsverdien er 500 000 kroner («nasjonal terskelverdi») eller mindre, eller dersom nokon av unntaksføresegnene i § 2–1 andre ledd er oppfylte. Sjå nærmare informasjon i kapittel 7. Oppdragsgivaren kan òg velje å berre følgje del I (med nokre unntak, jf. § 2–1 tredje ledd andre punktum) for kontraktar om utføring av helse- og sosialtenester som blir kjøpte frå ein ideell organisasjon.



#### Del I og II:

Gjeld for anskaffingar mellom 500 000 kroner og EØS-terskelverdiane. Uprioriterte tenester er òg regulerte i del I og II (med nokre få tilleggskrav som følgjer av del III) uavhengig av verdien på anskaffinga. Kontraktar om telefon-, teleks-, mobilradio-, personsøkings- og satellittenester skal følgje del I og II uavhengig av verdien på anskaffinga.



#### Del I og III:

Gjeld for anskaffingar over EØS-terskelverdiane.

#### Del I og IV:

Regulerer plan- og designkonkurransar og byggje- og anleggskonsesjonar. Som eit alternativ til å følgje del II eller III i forskrifta kan oppdragsgivaren velje å følgje del I og IV for byggje- og anleggskontraktar til sosiale formål.

## 4.2 Terskelverdiar

### 4.2.1 Kva terskelverdiar gjeld?

EØS-terskelverdiane går fram av forskrifta § 2–2. Desse terskelverdiane blir justerte annakvart år. Fornying- og administrasjonsdepartementet føretekk endringane i terskelverdiane og publiserer dei på heimesidene sine<sup>1</sup>. Nedanfor følgjer ei oversikt over EØS-terskelverdiane (ekskl. mva) for 2007:

Vare- og tenestekjøp hos sentrale statlege etatar	1 100 000 kroner
Vare- og tenestekjøp hos andre offentlege oppdragsgivarar	1 700 000 kroner
Årleg rettleiande kunngjering om planlagde vare- og tenestekjøp <sup>2</sup>	6 150 000 kroner
Delkontraktar (varer og tenester) som kan haldast utanom EØS-kunngjering	650 000 kroner
Byggje- og anleggsprosjekt for alle oppdragsgivarar	43 500 000 kroner
Årleg rettleiande kunngjering for byggje- og anleggsarbeid	43 500 000 kroner
Delarbeid (bygg og anlegg) som kan haldast utanom EØS-kunngjering	8 250 000 kroner

I utgangspunktet skal den samla verdien av delarbeid leggjast til grunn ved utrekninga av terskelverdiane. I forskrifta er det likevel opna for at byggje- og anleggsarbeid med ein anslått verdi på under 8 250 000 kroner ekskl. mva., eller vare- og tenestekontraktar med ein anslått verdi på under 650 000 kroner, kan inngåast etter del II i forskrifta, sjølv om den samla verdien overstig EØS-terskelverdiane. Det føreset at den samla verdien av desse kontraktane ikkje overstig 20 prosent av den samanlagde verdien av alle delkontraktar.

#### Eksempel:

Ein oppdragsgivar planlegg eit byggjeprosjekt med ein totalverdi på 50 millionar kroner. Rørleggjararbeida utgjør 6 millionar kroner. Dette er under grensa på 8 250 000 kroner og overstig heller ikkje 20 prosent av totalverdien for alle delarbeida. Oppdragsgivaren kan då halde rørleggjararbeida utanom EØS-kunngjeringa.

<sup>1</sup> <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentleg/p30005558/bn.html>.

<sup>2</sup> Terskelverdi for enkelte forskings- og utviklingstenester som nemnt i vedlegg 5 kategori 8 (forskins- og utviklingstenester) eller som nemnt i CPC-ref. 7524, 7525 og 7526 under vedlegg 5 kategori 5 (teletenester), og for etterfølgjande kunngjering av uprioriterte tenester (jf. vedlegg 6 og § 18–4) og for varekontraktar for forsvarsområdet som ikkje er varer som er omfatta av Noregs bilag 1 vedlegg 1 til WTO-avtalen om offentlege innkjøp, er 1,7 millionar kroner også for statlege styresmakter.

#### 4.2.2 Korleis berekne terskelverdiar?

Reglane om berekning av terskelverdiar er fastsette i forskrifta § 2–3. Oppdragsgivaren pliktar å gjere ei forsvarleg vurdering av verdien på anskaffinga for å sjå om anskaffinga kjem over eller under dei aktuelle terskelverdiane, og for å kunne slå fast kva for reglar som gjeld for den aktuelle anskaffinga. Reglane om berekning av terskelverdiar gjeld både EØS-terskelverdiane og den nasjonale terskelverdien.

##### Generelle føresegner

Ved berekning av terskelverdiar må oppdragsgivaren anslå verdien av anskaffinga. I den nye forskrifta er det presisert at oppdragsgivaren må gjere eit overslag over det samla beløpet, eksklusive meirverdiavgift, som oppdragsgivaren kan komme til å betale for dei kontraktane som utgjer anskaffinga.

Det er eit generelt forbod i lov om offentlige anskaffelser § 5 mot å dele opp anskaffingar for å unngå å komme inn under føresegner i lova eller forskrifta. Oppdragsgivaren må derfor ikkje dele opp anskaffinga på ein kunstig måte for å tilpasse seg terskelverdiane. Anskaffingar kan berre delast opp der det ligg føre saklege grunnar for det. Det medfører likevel ikkje at ein ikkje kan dele opp anskaffinga i delkontraktar som leverandørane kan gi tilbod på, men ein må då berekne verdien samla for desse kontraktane dersom det kan reknast som «éi anskaffing». Eit naturleg utgangspunkt i vurderinga av kva som utgjer éi anskaffing, er om den planlagde anskaffinga samla har til formål å dekkje eit bestemt behov.

Ei rekkje av føresegnene om berekning av terskelverdi som er omhandla i det følgjande, er konkretiseringar av den generelle regelen om at oppdragsgivaren skal anslå den samla verdien av anskaffinga, og at det ikkje skal gjerast på ein slik måte at regelverket ikkje gjeld (hindre omgåing).

Oppdragsgivaren må gjere eit kommersielt overslag over kva han meiner anskaffinga vil vere verd. Tidlegare anskaffingar av same typen, anskaffingar hos andre offentlege oppdragsgivarar og marknadsundersøkingar blir sentrale moment i ei slik vurdering. Ved tvil bør ein utarbeide eit notat som viser kva for vurderingar som er gjorde. Det gjeld særleg når ein er usikker på om anskaffinga kjem over eller under aktuelle terskelverdiar, og for anskaffingar som ein gjer jamleg. Det vil særleg vere aktuelt i samband med innføring av sanksjonar mot ulovlege direkteanskaffingar, sjå kapittel 18.

Oppdragsgivaren må gjere ei forsvarleg skjønnsvurdering når verdien av anskaffinga skal bereknast. Om tilboda i etterkant likevel viser seg å liggje over terskelverdiane, er ikkje dette avgjerande dersom oppdragsgivaren har gjort ei forsvarleg skjønnsvurdering. Dersom tilboda ligg høgt over overslaga, kan det derimot vere grunn til å spørje om overslaga oppdragsgivaren har gjort, har vore forsvarlege.

To saker frå Danmark kan illustrere kva forarbeid oppdragsgivaren bør gjere ved berekning av terskelverdiar:

I Klagenævnet for Udbud blei det i ei sak slått fast at oppdragsgivaren ikkje hadde skaffa seg eit tilstrekkeleg sikkert grunnlag for å berekne terskelverdiane. Alle dei tre tilboda som kom inn, var meir enn dobbelt så høge som den prisen oppdragsgivaren hadde fått opplyst etter ein telefon til ein annan oppdragsgivar. Den oppringde oppdragsgivaren hadde ikkje oppgitt avtaleprisane sine, men berre gitt eit overslag.

I ei anna sak som Konkurrencestyrelsen behandla, som gjaldt oppføring av skulebygg, var det ikkje grunnlag for å kritisere den skjønnsvurderinga oppdragsgivaren hadde gjort ved berekninga av terskelverdiar i samband med oppføringa av eit skulebygg. Her hadde oppdragsgivaren budsjettert på ein forsiktig og romsleg måte, men hadde ikkje hatt til formål å omgå terskelverdiane. Tilboda som kom inn i etterkant, låg òg under terskelverdiane.

Les meir i rettleiaren frå Konkurrencestyrelsen i Danmark.<sup>3</sup>

#### **Tidspunkt for vurderinga**

Overslaget over verdien av anskaffinga må vere forsvarleg på tidspunktet for kunngjering. I praksis er dette når oppdragsgivaren sender inn kunngjerings skjemaet til Doffin.

For anskaffingar som ikkje krev kunngjering, må tidspunktet då oppdragsgivaren «etter en forsvarlig vurdering av markedet begynner å innhente tilbud», leggjast til grunn, jf. forskrifta § 2–3 andre ledd. Det kan til dømes vere når oppdragsgivaren etter å ha undersøkt tidlegare prisar, eventuelt kva andre oppdragsgivarar har betalt for liknande anskaffingar, tek kontakt med leverandørar for å få pristilbod.

#### **Kva skal takast med i berekninga av terskelverdiar?**

Utgangspunktet for berekning av terskelverdien er det overslaget oppdragsgivaren gjer over den samla verdien av anskaffinga. Omgåingsreglane legg òg sterke føringar for kva som skal takast med i berekninga av anskaffingsverdien. Nedanfor er det gjort greie for nokre anskaffingar, og det er nemnt nokre eksempel som må takast med når verdien av anskaffinga skal bereknast. Opplistinga er ikkje uttømmende.

#### **Opsjonar**

Verdien av alle opsjonar og eventuelle forlengingar av kontraktar skal takast med når verdien av anskaffinga skal bereknast.

<sup>3</sup> <http://www.ks.dk/udbud/vejledning1>

**Eksempel:**

Ein kommune har inngått avtale om snøbrøyting i eitt år, med opsjon på forlenging i eitt år. Kontraktssummen per år er 400 000 kroner. Ved berekning av anskaffingsverdien må oppdragsgivaren leggje til grunn 800 000 kroner, som er det høgaste beløpet kommunen kan komme til å betale dersom opsjonen blir nytta. Dersom oppdragsgivaren i tillegg har opsjon på å utvide kontrakten til andre vegstrekningar, må verdien av desse òg leggjast til ved berekninga.

I nokre tilfelle vil det vere aktuelt å gi ein leverandør eit oppdrag som er ei gjentakning av liknande kontraktar som har vore utførte tidlegare. Meir om når dette kan gjerast, går fram av kapittel 7 om konkurranse med forhandling utan kunngjering på førehand. I slike tilfelle må oppdragsgivaren ta med moglege tilbakevendande arbeid i berekninga av terskelverdiar når den første kontrakten skal inngåast.

**Andre eksempel:**

- Premiar og betaling til deltakarane. Det kan vere aktuelt dersom det er spesielt ressurskrevjande for leverandørane å utarbeide tilbod, til dømes i eit OPS-prosjekt, og det er aktuelt å betale leverandørane for jobben med å utarbeide tilbod. Eit anna eksempel er arkitektkonkurransar (sjå nedanfor) der nokre av deltakarane blir premierte.
- Materiale som oppdragsgivaren stiller til rådvelde for leverandøren ved utføring av arbeidet. Dette kan til dømes vere aktuelt ved byggje- og anleggskontraktar der oppdragsgivaren har eigne materiale som leverandøren kan bruke i byggjearbeida.
- Forsikringstenester. Her er det forsikringspremien og andre former for vederlag det vil vere relevant å ta med i berekninga. Departementet legg til grunn at eigendelar som oppdragsgivaren må betale, skal takast med i berekninga. Forsikringssummen skal ikkje takast med.
- Banktenester. Renter og gebyr er typiske kostnader som skal takast med ved berekning av terskelverdiar ved anskaffing av banktenester.
- Plan- og designkonkurranse. Ved plan- og designkonkurranse må oppdragsgivaren ta med både premiar til deltakarane og verdien av tenestekontraktar som kan bli tildelte etter plan- og designkonkurransen. Det kan til dømes vere tilfelle når ein oppdragsgivar har utlyst ein arkitektkonkurranse der deltakarane i konkurransen får betalt for å delta. Med mindre oppdragsgivaren i kunngjeringa har utelukka at arkitektfirmaet kan få eit etterfølgjande oppdrag, må verdien av det etterfølgjande oppdraget òg takast med i berekninga av terskelverdiar.

**Forprosjekt og hovudprosjekt**

Ei problemstilling som kan vere aktuell ved byggje- og anleggskontraktar der ein først har eit forprosjekt, er om ein alltid må ta omsyn til eit eventuelt etterfølgjande byggjeprosjekt ved berekninga av anskaffingsverdi. I mange tilfelle vil det vere uklart om ein får løyvingar til byggjeprosjektet før forprosjektet er gjennomført. Resultata ein kjem fram til i forprosjektet, kan avgjere om hovudprosjektet blir gjennomført, og korleis kostnadsrammene for hovudprosjektet blir. I slike tilfelle må oppdragsgivaren gjere ei forsvarleg vurdering av kor sannsynleg det er at hovudprosjektet blir gjennomført. Vurderinga må ikkje bere preg av at oppdragsgivaren ønskjer å dele opp anskaffinga for å komme under terskelverdiane.

**Tildeling av fleire enkeltkontraktar samtidig**

Ei anskaffing kan omfatte fleire enkeltkontraktar som må sjåast i samanheng når oppdragsgivaren bereknar terskelverdiane.

**Tenester og byggje- og anleggskontraktar**

Forskrifta stiller krav om at når ei teneste eller eit byggje- og anleggsarbeid er delt inn i fleire delarbeid som det skal inngåast særskilde kontraktar for samtidig, skal verdioverlaget for kvar kontrakt takast med i berekninga. Eit byggje- og anleggsarbeid er i forskrifta definert som eit sett byggje- og anleggsaktivitetar (jf. vedlegg 1 til forskrifta) som «i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon».

Saka frå EF-domstolen som er referert nedanfor, kan illustrere kva moment som er relevante når ein skal vurdere kva for ytingar som må sjåast i samanheng ved berekning av terskelverdiar. Departementet understrekar at berekning av terskelverdiar alltid må ta utgangspunkt i ei konkret vurdering. Derfor er det vurderingsmomenta i desse sakene som er interessante, ikkje nødvendigvis resultatet i avgjerdene.

**C-16/98 Sydev**

Eit fransk føretak (samansett av ulike felleskommunale samanslutningar) med namnet Sydev, som skulle drive med elektrisitetsforsyning, annonserte 37 konkurransar om el-forsyningsarbeid og vegbelysningsarbeid. Arbeida skulle gjennomførast over ein treårsperiode. Spørsmålet domstolen tok stilling til, var kva som skulle vurderast som eitt arbeid ved berekninga av terskelverdiane. Domstolen vurderte om arbeida fylte ein teknisk og økonomisk funksjon.

Vegbelysningsarbeidet blei av domstolen ikkje vurdert som «eitt arbeid» fordi arbeida med vegbelysninga i dei ulike kommunane ikkje var avhengige av kvarandre. At arbeida blei annonserte av éin oppdragsgivar, var ikkje utslagsgivande.

Domstolen vurderte el-forsyningsarbeida som eitt arbeid fordi dei ulike ytingane var sterkt knytte til kvarandre. I premiss 65 nemner domstolen nokre moment som er sentrale i vurderinga:

*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.*

#### Oppsummering:

Moment som kan vere relevante for å vurdere om delarbeid skal sjåast i samanheng ved berekninga av terskelverdiar, er

- om dei ulike ytingane er sterkt avhengige av kvarandre – om dei ikkje aleine kan oppfylle ein teknisk eller økonomisk funksjon
- om det er behov for sterk koordinering mellom arbeida
- om det er éin oppdragsgivar som gjennomfører konkurransen for alle ytingane; i så fall er det eit indisium for at det er «eitt arbeid», men ikkje avgjerande
- om ytingane er likearta
- om arbeida skal inn i eitt felles prosjekt

#### Tildeling av fleire varekontraktar

Dersom ei planlagd anskaffing av einsarta varer kan føre til tildeling av fleire enkeltkontraktar samtidig, skal det samla verdioverslaget for enkeltkontraktane leggjast til grunn ved berekning av terskelverdiane. Vurderinga må gjerast konkret for kvar anskaffing. I vurderinga av kva som er einsarta varer, kan det vere til hjelp å sjå på

- om varene dekkjer same behovet
- korleis slike anskaffingar er blitt gjorde tidlegare
- om det finst leverandørar som kan levere heile anskaffinga
- korleis anskaffinga er behandla i rekneskapen (ein eller fleire postar)
- korleis ein etter ei kommersiell vurdering kan oppnå betre og meir kostnads-effektive anskaffingar

#### Høve til å levere deltilbod

Sjølv om fleire kontraktar skal sjåast i samanheng når terskelverdiane blir berekna, er det viktig å understreke at det er fullt mogleg å opne for at leverandørar kan gi tilbod på delar av anskaffinga. Det kan vere viktig for å sikre konkurranse om oppdraget og for å gi små og mellomstore bedrifter høve til å delta i konkurransen.

### 4.2.3 Kva er «éi anskaffing» når fleire einingar gjer innkjøp?

I nokre innkjøpsverksemdar kan det vere fleire desentraliserte einingar innanfor same juridiske eininga som gjer innkjøp. Det kan typisk vere aktuelt i staten, eller i ein stor kommune der til dømes ein skule gjer innkjøp av same art som andre skular. Ei aktuell problemstilling er då om anskaffingar som dei ulike einingane gjer, må sjåast i samanheng når terskelverdiane skal bereknast. Forskrifta gir ikkje svar på denne problemstillinga. I ein slik samanheng må det vurderast kva som utgjer anskaffinga. Departementet har i ei fortolkningsfråsegn til Vest-Agder fylkeskommune oppsummert nokre føresetnader som må vere oppfylte for at ein ikkje skal sjå innkjøp hos fleire einingar i samanheng ved berekning av terskelverdi.

I vurderinga blir det lagt vekt på om det er innkjøpsuavhengige einingar som føretek anskaffinga. Sentrale moment i vurderinga er

- om eininga har eige budsjett og sjølvstendig innkjøpsansvar
- om anskaffinga berre er til denne eininga
- om avgjerda om inngåing av kontrakt blir teken utelukkande av denne eininga for denne typen anskaffing – det vil seie at eininga ikkje treng godkjenning for anskaffinga

Dersom ei eining koordinerer kjøp for fleire andre einingar, til dømes gjennom ein felles rammeavtale, må verdien av alle dei planlagde innkjøpa sjåast i samanheng når terskelverdiane skal bereknast. Det gjeld sjølv om dei ulike einingane elles har sjølvstendig innkjøpsansvar. Reglane om omgåing må òg takast i betraktning dersom motivet for at einingane inngår individuelle kontraktar, er å omgå regelverket. Les meir om departementet si vurdering i brevet til Vest-Agder fylkeskommune.<sup>4</sup>

Sjå òg avgjerd av 17. juli 2002 frå Klagenævnet for Udbud i Danmark.<sup>5</sup>

Det viktige i om innkjøpseininga har eit sjølvstendig budsjett og innkjøpsansvar, er òg framheva i ot.prp. nr. 62 (2005–2006) Om lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, sjå kapittel 18.

### 4.2.4 Løpande kontraktar

#### Tenestekontraktar

For løpande tenestekontraktar utan ein fastsett samla pris er det i forskrifta fastsett nokre reglar om korleis terskelverdiane skal bereknast i desse tilfella, jf. § 2-3 niande og tiande ledd. Er det fastsett ein samla pris, blir den lagd til grunn for berekninga. Det kan til dømes vere tilfelle ved løpande advokatbistand når oppdragsgivaren har sett ei øvre økonomisk ramme for bistanden.

For tenestekontraktar som er tidsavgrensa, og som gjeld i 48 månader eller mindre, skal berekningsgrunnlaget ta utgangspunkt i det anslåtte beløpet for heile tida kontrakten gjeld for. Om avtalen inneheld ei tidsavgrensing, må avgjerast ut frå ei tolking av den konkrete kontrakten.

<sup>4</sup> [http://www.odin.dep.no/filarkiv/220235/Vest-Agder\\_fylkeskommune.pdf](http://www.odin.dep.no/filarkiv/220235/Vest-Agder_fylkeskommune.pdf)

<sup>5</sup> <http://www.klfu.dk/index.htm?http%3A//www.klfu.dk/Indhold.htm>.

**Eksempel:**

Ein kommune inngår ein vedlikehaldsavtale for kopimaskiner for tre år. Prisen er fastsett til ein fast sum for kvar gong det er behov for vedlikehald. Oppdragsgivaren må då på forsvarleg grunnlag og ut frå kor ofte det sannsynlegvis vil vere behov for vedlikehald, anslå eit samla beløp for heile treårsperioden.

Dersom avtalen ikkje er avgrensa i tid, eller gjeld for meir enn 48 månader, og det ikkje er fastsett ein samla pris, er det i forskrifta fastsett at ein skal berekne terskelverdiane ut frå ein månadleg rate multiplisert med 48. Dette kan til dømes vere tilfelle når avtalen i utgangspunktet gjeld i to år, men det går fram at avtalen kan «forlenges etter nærmere avtale mellom partene», utan at det er sett noka totalramme for avtalelengda. I dette tilfellet må oppdragsgivaren ta utgangspunkt i ein månadleg rate og multiplisere dette med 48.

Avtalar med uavgrensa avtaleperiode kan vere i strid med kravet til konkurranse, sjå meir om dette i kapittel 5.

**Vare- og tenestekontraktar som blir inngått regelmessig**

Ved kjøp av varer og tenester som oppdragsgivaren gjer regelmessig, stiller forskrifta krav om at ein skal ta omsyn til andre liknande regelmessige anskaffingar når terskelverdiane skal bereknast. I motsett fall ville oppdragsgivaren kunne omgå konkurransekrava i regelverket ved stadig å peike på at anskaffingane er for små i forhold til terskelverdiane. Typiske kontraktar som blir inngått regelmessig, er driftsrelaterte anskaffingar, til dømes av rekvisita.

Terskelverdien kan i desse tilfella bereknast på to måtar:

- Ut frå den samla faktiske verdien av påfølgjande kontraktar av same type som er tildelte dei siste tolv månadene, eventuelt i siste rekneskapsåret, om mogleg justert for endringar som kan førekomme i framtidige leveransar, jf. § 2-3 ellefte ledd bokstav a
- Ut frå den samla anslåtte verdien av dei påfølgjande kontraktane som blir tildelte i løpet av tolv månader frå den første leveransen, jf. § 2-3 ellefte ledd bokstav b

Forskjellen mellom desse to metodane er at det første alternativet legg historiske opplysningar til grunn, mens det andre alternativet baserer seg på eit overslag over forventa kontraktsverdi. Oppdragsgivaren må vurdere kva for ein av desse metodane som passar best ut frå dei faktiske forholda ved anskaffinga, så lenge det ikkje blir gjort for å omgå regelverket.

Dersom det skal inngåast ein rammeavtale for desse anskaffingane, er det no fastsett eigne føresegner om berekning av terskelverdiar for rammeavtalar og dynamiske innkjøpsordningar.

**Rammeavtalar og dynamisk innkjøpsordning**

Rammeavtalar og dynamiske innkjøpsordningar er ordningar der oppdragsgivaren inngår ein avtale (utan at alle vilkåra for dei endelege kontraktane treng vere regulerte) med ein eller fleire leverandørar for ein bestemt periode, eller lèt leverandørar bli tekne opp i ei innkjøpsordning for ein bestemt periode, sjå kapittel 8. Felles for både rammeavtalar og dynamiske innkjøpsordningar er at oppdragsgivaren bruker ordninga som grunnlag for å inngå konkrete kontraktar i løpet av den tida ordninga gjeld for. Som hovudregel skal desse ordningane ikkje gjelde i meir enn fire år. Ved inngåing av rammeavtalar og dynamiske innkjøpsordningar må oppdragsgivaren gjere eit forsvarleg overslag og leggje til grunn den høgaste verdien av alle forventa kontraktar i heile perioden som avtalen eller ordninga gjeld for, jf. forskrifta § 2-3 femtande ledd.

Det er ikkje avgjerande om avtalen er forpliktande i den forstand at oppdragsgivaren har ei plikt til å gjere alle dei relevante innkjøpa gjennom ordninga eller rammeavtalen.

**Eksempel:**

Eit sjukehus inngår ein rammeavtale om medisinsk utstyr for tre år, med opsjon på eitt år til. Her må oppdragsgivaren anslå verdien av alle forventa kontraktar innanfor ein fireårsperiode ved berekning av terskelverdiane. Dersom dette er anskaffingar som tidlegare har vore gjorde regelmessig, kan ein bruke historiske opplysningar som grunnlag. I slike tilfelle må ein korrigere for eventuelt auka eller redusert behov for utstyret i avtaleperioden.

**4.3 Prioriterte og uprioriterte tenester****4.3.1 Generelt**

For anskaffingar av tenester skil forskrifta mellom såkalla prioriterte og uprioriterte tenester. Dei prioriterte tenestene er omfatta av direktiva og skal følgje del III i forskrifta dersom anskaffinga overstig EØS-terskelverdiane. Uprioriterte tenester er regulerte i del II, men skal i tillegg følgje reglane om tekniske spesifikasjonar i § 17-3 og kunnjingering av konkurranseresultat i § 18-3 i del III dersom anskaffinga overstig EØS-terskelverdiane. Det er 16 kategoriar tenestekjøp som blir rekna som prioriterte tenester:

Vedlikehald og reparasjon	Marknads- og opinionsundersøkingar
Landtransport	Rådgiving i leing og administrasjon o.a.
Lufttransport	Arkitektverksemd
Posttransport	Reklametenester
Teletenester	Bygningsreingjering og eigedomsforvaltning
Finansielle tenester	Forlags- og trykkeriverksemd
EDB og tilknytte tenester	Kloakk- og avfallstøemming
Forsknings- og utviklingstenester	
Rekneskap, revisjon og bokføring	

Ei meir presis oppgåve over kva for tenester som er prioriterte og uprioriterte, går fram av vedlegg 5 og 6 til forskrifta. Normalt bruker ein CPV-nomenklaturen i samband med offentlege anskaffingar, og særleg ved kunngjering av kontraktar. For å avgjere om ei teneste er prioritert eller uprioritert, kan det i tvilstilfelle vere nødvendig å bruke den såkalla CPC-nomenklaturen.<sup>6</sup> Ved motstrid mellom CPV- og CPC-nomenklaturen er det CPC-nomenklaturen som avgjer om ei teneste er prioritert eller uprioritert.

Den danske rettleiaren gir òg nærmare informasjon om dei ulike tenestekategoriene og utdjuar mellom anna kva som blir rekna som finansielle tenester<sup>7</sup>.

#### **4.3.2 Blanding av prioriterte og uprioriterte tenester**

Viss ei anskaffing inneheld både prioriterte og uprioriterte tenester, skal reglane om prioriterte tenester følgjast dersom verdien av dei prioriterte tenestene er høgare enn verdien av dei uprioriterte tenestene. Dette går fram av forskrifta § 2–4 tredje ledd.

### **4.4 Blanda kontraktar**

Vare-, teneste- og byggje- og anleggskontraktar er underlagde til dels ulike terskelverdiar og reglar. I nokre tilfelle er det derfor nødvendig å klassifisere den konkrete kontrakten for å kunne avgjere kva for reglar som gjeld ved anskaffinga. Det er særleg viktig for å avgjere om ein kontrakt er eit tenestekjøp, ettersom ein då må vurdere om tenesta er uprioritert eller prioritert, noko som er regulert i høvesvis del II og III i forskrifta. Det er òg viktig å avgjere om ein kontrakt er ein byggje- og anleggskontrakt, då slike kontraktar har vesentleg høgare terskelverdiar enn andre anskaffingar. Det er òg andre reglar i forskrifta som berre gjeld visse typar kontraktar, til dømes reglane om bruk av forhandla kjøp i del III, som gjer det viktig å klassifisere kontrakten. Nedanfor blir nokre problemstillingar som knyter seg til klassifisering av kontraktar, omtala.

Dei ulike kontraktstypene er definerte i forskrifta:

§ 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

<sup>6</sup> <http://www.ks.dk/udbud/faq/Leksikon/CPC/>

<sup>7</sup> <http://www.ks.dk/udbud/vejledning1>

§ 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)

### **Avgrensing mellom vare- og tenestekontraktar**

Ein kontrakt kan gjelde både leveransar av varer og tenesteytingar. Heile kontrakten blir rekna for ein varekontrakt dersom verdien av varene er større enn verdien av tenestene, jf § 2-4 første ledd. Det gjeld uavhengig av om det er prioriterte eller uprioriterte tenester. Omvendt blir kontrakten rekna for ein tenestekontrakt dersom verdien av tenestene er større enn verdien av varene.

Ein kontrakt som gjeld varer, men som i tilknytning til vareleveransen inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, er å rekne som ein varekontrakt, jf. § 2–4 første ledd. Føresegna er ei gjennomføring av direktivet<sup>8</sup>, og slik departementet forstår denne føresegna, gjeld ho uavhengig av kva del av kontrakten som har størst verdi.<sup>9</sup> Det sentrale spørsmålet er om monterings- og installasjonsarbeidet skjer i «tilknytning» til varekontrakten.

Det kan vere tilfelle ved kjøp av datautstyr der leverandøren òg skal montere utstyret hos oppdragsgivaren. Rettleiaren frå Konkurrencestyrelsen i Danmark nemner ei rekke saker der ein har teke stilling til avgrensing mellom varekontraktar og andre typar kontraktar.<sup>10</sup>

### **Avgrensing mellom tenestekontraktar og byggje- og anleggskontraktar**

Ein kontrakt som gjeld tenester, men som i tilknytning til dette omfattar byggje- og anleggsarbeid, blir rekna som ein tenestekontrakt, jf. § 2–4 andre ledd.<sup>11</sup> Føresegna nedfeller tidlegare praksis. Dette kan typisk vere aktuelt å vurdere ved drift av eigedom der det òg skal utførast byggje- og anleggsarbeid. For å vurdere om kontrakten er ein tenestekontrakt eller ein byggje- og anleggskontrakt, må ein sjå på kva som er hovudformålet med kontrakten, og kva som berre skjer i «tilknytning» til hovudformålet med kontrakten. Denne tolkinga blei lagd til grunn av EF-domstolen i Gestion Hotelera-saka.<sup>12</sup>

#### **Gestion Hotelera-saka**

Styresmaktene på Kanariøyane hadde i denne saka gitt ein leverandør i oppdrag å renovere eit hotell for eit fastsett minimumsbeløp og innreie eit kasino. Etterpå skulle leverandøren drive begge stadene. Domstolen slo fast at kontrakten ikkje er ein byggje- og anleggskontrakt dersom byggje- og anleggsarbeidet berre skjer i tilknytning til eller er underordna andre oppdrag, og ikkje er hovudformålet med kontrakten.

8 Artikel 1 nr. 2 bokstav c

9 Denne tolkinga blir òg lagd til grunn av Sue Arrowsmith, s. 333.

10 [http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap\\_4/](http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap_4/)

11 Sjå òg nr. 9 og 10 i fortalen til direktivet.

12 C-331/92.

**Byggje- og anleggskontrakt eller leigekontrakt?**

Kontraktar om erverv eller leige av jord, eksisterande bygningar eller annan fast eigedom er unnatekne frå forskrifta, jf. § 1–3 andre ledd bokstav b. For nærmare informasjon om unntaket viser vi til kapittel 2. Ei problemstilling som kan oppstå, er om avtalar der utleigaren først skal føre opp ein bygning, eller gjere vesentlege byggje- og anleggsarbeid etter at leigeavtalen er inngått, er ein reell leigeavtale eller ein byggje- og anleggskontrakt.

Spørsmålet må avgjerast etter ei heilskapsvurdering, der eit viktig spørsmål er formålet med kontrakten og om formålet speglar seg av i kontraktsføresegnene. Faren for omgåing av regelverket bør her tilleggast stor vekt. Sentrale moment<sup>13</sup> i totalvurderinga er:

- Kor stor innverknad oppdragsgivaren har på byggjearbeida. Viss oppdragsgivaren har stor grad av innverknad på arbeidet, trekkjer det i retning av at det er ein byggje- og anleggskontrakt.
- Kven som har risikoen for byggjekostnadene, og fordeling av andre typar risiko. Dersom leigesummen er fastsett ut frå stipulerte kostnader og leverandøren må bere ein stor del av risikoen for dei faktiske byggjekostnadene, talar det for at det er ein ordinær leigeavtale.
- Formålet med bygget. Stor grad av spesialtilpassing til oppdragsgivarens behov kan tale for at det er eit byggje- og anleggsarbeid. Dersom spesialtilpassingane til oppdragsgivarens behov ikkje kan gjerast i eksisterande bygningsmasse og leverandøren må føre opp nybygg, er det eit ekstra moment som dreg i retning av at det er ein byggje- og anleggskontrakt.
- Tida kontrakten gjeld for. Ein kortvarig avtale kan trekkje i retning av at det ligg føre ein leigekontrakt.
- Ein opsjon for oppdragsgivaren på å kjøpe bygget kan tale for at det er eit byggje- og anleggsarbeid.
- Dersom leverandøren skal behalde areal i bygget sjølv, og eventuelt leige det ut til andre, tel dette i retning av at det er ein leigekontrakt.

<sup>13</sup> Momenta er henta frå departementet si fortolkingsfråsegn (brev til Buskerud fylkeskommune av 10. januar 1997) og er òg omtala i juridisk teori. Sjå mellom anna Amdal og Roll-Matthiesen s. 97 og 98 og Dragsten og Lindalen s. 455–462.



## Kapittel 5

# Alminnelege reglar

### 5.1 Grunnleggjande krav til alle anskaffingar

I dette kapitlet vil vi fokusere på tema som gjeld alle anskaffingar, mellom anna grunnleggjande prinsipp, samfunnsmessige omsyn og enkelte generelle saksbehandlingsreglar.

#### 5.1.1 Kva dei grunnleggjande prinsippa har å seie

Visse grunnleggjande prinsipp gjeld for alle anskaffingar utan omsyn til art og verdi. Det gjeld mellom anna krava til konkurranse, god forretningskikk, at anskaffingane er forholdsmessige, at leverandørar blir behandla likt, og at oppdrag er føreseielege, transparente og kan etterprøvast. Nokre av prinsippa er delvis overlappande. Krava er nedfelte i § 5 i lova og § 3–1 i forskrifta.

Nokre av dei grunnleggjande prinsippa er tydeleg nedfelte i EF-traktaten, til dømes ikkje-diskrimineringsprinsippet. Hovudsakleg er det likevel EF-domstolen som har utvikla prinsippa, som han har utleidd frå EF-traktaten. EF-domstolen bruker dei grunnleggjande prinsippa aktivt i fortolkinga av EU-regelverk om offentlege anskaffingar. Ein gjennomgang av praksis i klagenemnda viser at nemnda òg bruker dei grunnleggjande prinsippa svært aktivt i fortolkinga av det norske regelverket. I tillegg til å vise til prinsippa som er nedfelte i regelverket, viser nemnda ofte til korleis EF-domstolen har fortolka prinsippa for å komme fram til ei nærmare forståing av innhaldet i dei. Dei grunnleggjande prinsippa har derfor ein svært sentral plass ved fortolking av det norske anskaffingsregelverket.

Dei grunnleggjande krava kan sjåast som ei forlenging av føresegna om formålet med lova<sup>1</sup>, der det går fram at regelverket skal bidra til auka verdiskaping i samfunnet basert på forretningsmessig praksis og likebehandling. Regelverket skal òg bidra til at det offentlege opptre med stor integritet, slik at publikum har tillit til at offentlege anskaffingar skjer på ein samfunnstenleg måte.

Formålet med dei grunnleggjande prinsippa er mellom anna å vareta rettstryggleiken til aktørane i anskaffingsprosessen og å sikre at alle potensielle leverandørar får same høve til å få kontraktar med det offentlege. Vidare skal krava sikre effektiv ressursbruk i offentleg sektor.

Oppdragsgivaren må følgje dei grunnleggjande krava same kva for ein del av forskrifta som regulerer anskaffinga, og same kva for ein anskaffingsmetode som blir vald. Dei grunnleggjande krava må oppfyllest på alle stadium i anskaffingsprosessen.

<sup>1</sup> Jf. § 1 i lova.

Visse kontraktar er haldne utanfor bruksområdet til anskaffingsforskrifta. Som hovudregel er dei likevel omfatta av anskaffingslova<sup>2</sup>. I utgangspunktet vil dei grunnleggjande krava derfor gjelde sjølv om anskaffinga ikkje er omfatta av forskrifta, men berre av lova.

Dei grunnleggjande prinsippa har hovudsakleg to funksjonar:

- *Føringar for anskaffingsprosedyren*

For det første kan ein i visse tilfelle utleie av dei grunnleggjande prinsippa korleis ei anskaffing skal gjennomførast, når det ikkje er eksplisitt regulert i regelverket. Dei grunnleggjande prinsippa kan dermed bli eit sjølvstendig rettsleg grunnlag for plikter og rettar i anskaffingsprosessen.

At dei grunnleggjande prinsippa gir føringar for anskaffingsprosessen, er særleg synleg når anskaffinga skal skje etter del I i forskrifta. I del I er det få detaljerte prosedyrekrav til korleis anskaffingar skal gjennomførast. Dette er for å gi oppdragsgivaren større fleksibilitet. Derfor er det hovudsakleg dei grunnleggjande prinsippa som set rammene for korleis anskaffinga skal gjennomførast. Innanfor rammene kan oppdragsgivaren i stor grad velje korleis anskaffinga skal gjennomførast. Les meir om kjøp etter del I i forskrifta i rettleiaren kapittel 14.2.

I del II og III i forskrifta vil dei grunnleggjande prinsippa utfylle prosedyrereglane. I praksis gjeld det særleg for konkurransar med forhandling ettersom denne prosedyren ikkje er så detaljregulert som anbodskonkurransar. Dei grunnleggjande krava kan derfor tene som sjølvstendig rettsleg grunnlag for korleis konkurranse med forhandling skal gjennomførast.

- *Fortolkingsmoment*

For det andre er dei grunnleggjande prinsippa fortolkingsmoment til korleis anskaffingsregelverket skal forståast.

Reglane i anskaffingsregelverket er i stor grad utslag av dei grunnleggjande prinsippa som er omtala nedanfor. Dersom det oppstår tvil om korleis ei føresegn i regelverket skal forståast, følgjer det av praksis frå EF-domstolen at dei grunnleggjande prinsippa er tungtvegande fortolkingsmoment. Dette er òg gjenteke i avgjerder frå KOFA.

Er det tvil om kor vidt ei handling eller avgjerd er i samsvar med regelverket, skal handlinga derfor vurderast opp mot dei grunnleggjande prinsippa.

I det følgjande gir vi ei kort oversikt over innhaldet i dei grunnleggjande prinsippa. Innhaldet i prinsippa er i ei stadig rettsutvikling, der særleg rettspraksis ved EF-domstolen er retningsgivande for kva krav som kan utleiast av prinsippa.

<sup>2</sup> Jf. § 3 i lova. Sjå kapittel 2 i rettleiaren om kvar lova og forskrifta skal gjelde.

### 5.1.2 Forholdsmessigprinsippet

Oppdragsgivaren skal gjennomføre konkurransen på ein måte som står i forhold til anskaffinga, jf. forskrifta § 3–1 femte ledd. Dette blir kalla forholdsmessigprinsippet eller proporsjonalitetsprinsippet.

Det følgjer av dette prinsippet at krava til framgangsmåte hos oppdragsgivaren aukar proporsjonalt med verdien av anskaffinga. Prinsippet kjem derfor inn ved fortolkinga av dei andre grunnleggjande prinsippa som blir gjennomgått nedanfor.

Forholdsmessigprinsippet kjem til uttrykk i fleire av føresegnene i forskrifta. Det er mellom anna i samsvar med prinsippet at oppdragsgivaren ikkje må stille meir omfattande krav til leverandørane enn det som er nødvendig og rimeleg i forhold til anskaffinga, jf. forskrifta § 8–4 andre ledd og § 17–5 andre ledd. Sjå elles departementets «Beste praksis»-rettleiar.<sup>3</sup>

#### Eksempel:

Kommune A skal kjøpe inn to nye spesialtilpassa kontorstolar til ein berekna verdi på 10 000 kroner, mens kommune B skal skaffe møblar til det nye rådhuset til ein berekna verdi på 450 000 kroner. Begge anskaffingane følgjer del I i forskrifta. Det følgjer av forholdsmessigprinsippet at krava til framgangsmåte hos oppdragsgivaren aukar proporsjonalt med verdien av anskaffinga. Prinsippet tilseier at det blir stilt strengare krav til anskaffingsprosessen i kommune B enn i kommune A, då anskaffinga har høgare verdi. Til dømes kan kommune B måtte invitere fleire leverandørar til konkurransen enn kommune A.

### 5.1.3 Krav til konkurranse

Oppdragsgivaren pliktar å sørge for at anskaffinga så langt som mogleg baserer seg på konkurranse, jf. lova § 5 andre ledd og forskrifta § 3–1 første ledd. Bakgrunnen for kravet er at konkurransar blir rekna som eit eigna verkemiddel for å sikre ein mest mogleg effektiv ressursbruk i det offentlege og bidra til auka verdiskaping i samfunnet i samsvar med lovformålet.

Kravet til konkurranse gjeld for alle anskaffingar utan omsyn til art og verdi. Oppdragsgivaren pliktar derfor òg «så langt det er mulig» å sikre konkurranse om anskaffingar som følgjer framgangsmåten i forskrifta del I, til dømes for anskaffingar med ein verdi på under 500 000 kroner. Sjå rettleiaren kapittel 14.2 om anskaffingar etter forskrifta del I.

Forholdsmessigprinsippet tilseier at kravet til korleis konkurransen skal gjennomførast, og kor mange aktørar som skal vere med i konkurransen, aukar med verdien og betydninga av anskaffinga.

<sup>3</sup> [http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre\\_dok/veiledninger/024081-120019/hov004-bn.html](http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre_dok/veiledninger/024081-120019/hov004-bn.html).

Kravet til konkurranse gjeld berre «så langt det er mulig». Hovudregelen er altså at konkurranse skal haldast. I visse unntakstilfelle vil oppdragsgivaren kunne tildele ein kontrakt til ein leverandør utan konkurranse, så sant det ligg føre heimel for det i anskaffingsregelverket. Eit typisk eksempel er når det berre er éin leverandør i marknaden og oppdragsgivaren kan skaffe ytinga direkte frå leverandøren.<sup>4</sup> Dersom anskaffinga gjeld eit uvesentleg beløp, kan forholdsmessigprinsippet i visse tilfelle òg tilseie at det er nok å kontakte éin leverandør. Fleire eksempel på kjøp etter forskrifta del I er å finne i rettleiaren kapittel 14.2.

#### Eksempel:

Ein kommune skal kjøpe inn cateringtenester til den årlege sommarfesten for ca. 25 000 kroner. I mange tilfelle er det tilstrekkeleg å sjekke prisar og menyar frå til dømes to eller tre leverandørar på Internett, via e-post e.l. for å tilfredsstille kravet til konkurranse.

#### KOFA sak 2003/243:

Ein kommune skulle skaffe breibandstenester. I prosjektbeskrivinga blei totalverdien anslått til ca. 4,25 millionar kroner. Den aktuelle anskaffinga var ikkje omfatta av verken anskaffingsforskrifta eller forsyningsforskrifta, berre av lov om offentlige anskaffelser. Oppdragsgivaren valde éin leverandør utan å halde konkurranse. Klagenemnda kom til at oppdragsgivaren hadde brote det generelle kravet til konkurranse då dei ikkje vurderte alternative leverandørar.

### 5.1.4 God forretningsskikk

Oppdragsgivaren skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. lova § 5 første ledd. Kravet til god forretningsskikk inneber at oppdragsgivaren må innrette seg slik ein aktsam profesjonell aktør ville ha gjort, på alle stadium i anskaffingsprosessen. Oppdragsgivaren må sørje for at saksbehandlinga er forsvarleg og sakleg, og at anskaffinga skjer på ein økonomisk og ressurseffektiv måte.

Kravet om god forretningsskikk kjem til uttrykk i mange av føresegnene i forskrifta. Det gjeld mellom anna reglane om habilitet, opplysningsplikt og teieplikt og reglane om korleis forhandlingar skal gjennomførast. Krava om føreseielegheit, transparens og etterprøvingstilgang samsvarar med kravet om å opptre i samsvar med god forretningsskikk.

<sup>4</sup> Jf. forskrifta § 2–1 andre ledd bokstav a (sjå rettleiaren kapittel 7.3.) og § 14–4 bokstav c (sjå rettleiaren kapittel 7.4).

**Eksempel:**

Ein skule skal kjøpe inn byggje- og anleggsarbeid til ein berekna verdi på 300 000 kroner. Anskaffinga følgjer forskrifta del I, som ikkje inneheld eksplisitte krav til oppdragsgivaren om å gi beskjed til deltakarane i konkurransen om kva for leverandør han har valt, med ei kort grunngiving for dette. Fem leverandørar utarbeider eit tilbod på byggje- og anleggsarbeida som skal gjerast på skulen. Når skulen har tildelt kontrakten, tilseier god forretningsskikk at oppdragsgivaren melder frå til alle deltakarane i konkurransen om kva leverandør som blei vald, med ei grunngiving for dette.

**KOFA sak 2006/31:**

Oppdragsgivaren gjennomførte ein konkurranse med forhandling om levering av analysetenester. Eit stykke ut i prosessen bad oppdragsgivaren ein av leverandørane om å gi visse opplysningar. Leverandøren svarta på førespurnaden same dagen. Oppdragsgivaren valde å ikkje ta omsyn til dei nye opplysningane under evalueringa av tilboda fordi det ville forseinke prosessen. Klagenemnda meinte at oppdragsgivaren si grunngiving for tildeling av kontrakten viste at avgjerda kunne ha fått eit anna utfall om det hadde blitt lagt vekt på dei nye og vesentlege opplysningane. Nemnda meinte at oppdragsgivaren hadde brote kravet til god anbods- og forretningsskikk ved å be om informasjon og deretter ikkje leggje vekt på han i evalueringa av tilboda.

**5.1.5 Likebehandling og ikkje-diskriminering**

Oppdragsgivaren skal sikre at alle leverandørane blir behandla likt gjennom heile anskaffingsprosessen, jf. lova § 5 første ledd og forskrifta § 3–1 andre ledd. Det gjeld mellom anna ved val av prosedyre, ved utarbeiding av kunngjering og konkurransegrunnlag, i kvalifiseringsprosessen og i tildelingsprosessen.

Mange av føresegnene i regelverket spring ut av kravet om likebehandling. Det gjeld mellom anna reglane om kommunikasjon og kunngjering og kravet om at kontrakt skal tildelast på grunnlag av objektive kriterium som er fastsette på førehand.

Kravet til likebehandling gjeld uavhengig av nasjonalitet. Det er uttrykkeleg bestemt at oppdragsgivaren ikkje skal diskriminere leverandørar på grunn av nasjonalitet eller lokalt tilhøyr, jf. forskrifta § 3–1 andre ledd og lova § 5 femte ledd bokstav a. Forbodet inneber at oppdragsgivaren ikkje kan fastsetje krav eller kriterium og må avstå frå handlingar og unnlatingar som medfører at utanlandske leverandørar blir diskriminerte, og/eller at norske leverandørar blir favoriserte. Forbodet om ikkje-diskriminering må sjåast som eit utslag av prinsippet om likebehandling. Dei to prinsippa er derfor nært knytte til

kvarandre. Forbodet om ikkje-diskriminering gjeld berre når forskjellsbehandlinga er knytt til nasjonalitet eller lokalt tilhøyr, mens likebehandlingsprinsippet gjeld all forskjellsbehandling.

Krava til likebehandling og ikkje-diskriminering forbyr både openlys forskjellsbehandling og alle former for skjult forskjellsbehandling som reelt sett fører til det same resultatet. Eit eksempel på skjult forskjellsbehandling/diskriminering kan vere at ein oppdragsgivar stiller krav til leverandøren om lokalt nærvær når det etter ei objektiv vurdering ikkje er nødvendig. Eit slikt krav favoriserer norske/lokale leverandørar og er i strid med likebehandlingsprinsippet og kravet om ikkje-diskriminering.

Dersom det ligg føre saklege og objektive grunnar for det, er det i visse unntakstilfelle tillate å behandle norske og utanlandske leverandørar ulikt. Det er til dømes tillate å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk sjølv om det i realiteten favoriserer norske leverandørar. Bakgrunnen er at det blir rekna som for ressurskrevjande å omsetje konkurransegrunnlaget til andre språk. Omsetjing av konkurransegrunnlaget, til dømes til engelsk, kan likevel i ein del tilfelle stimulere til ein breiare konkurranse og på den måten føre til betre og billigare innkjøp for oppdragsgivaren.

I Nucleus-dommen i Rt. 2001 s. 1062 skulle ein fylkeskommune etablere eit psykiatrisk senter, og inviterte tre arkitektkontor til å delta i ein konkurranse om idéskisser (det vil seie eit forprosjekt) til anlegget. Fylkeskommunen valde ei idéskisse og utlyste så ein avgrensa anbodskonkurranse. Leverandøren som hadde laga «vinnarutkastet», deltok i den etterfølgjande konkurransen saman med ni andre kvalifiserte leverandørar. Høgsterett kom til at fylkeskommunen i den etterfølgjande konkurransen hadde brote likebehandlingsprinsippet på to måtar:

- Ved å leggje vekt på at den valde leverandøren hadde vunne prosjekt-konkurransen som var halden på førehand, og kunne bruke denne erfaringa i det vidare prosjektet. Høgsterett meinte at oppdragsgivaren ved tildelinga måtte sjå bort frå deltaking i idékonkurransen, slik at deltakarane i denne konkurransen ikkje blei betre stilte enn dei andre leverandørane.
- Ved å leggje vekt på at leverandøren hadde ei geografisk tilknytning til utbyggingsstaden, sjølv om det ikkje gjekk fram av konkurransegrunnlaget at det var eit krav. (Høgsterett tok ikkje stilling til om det hadde vore høve til å stille eit slikt krav om lokalt nærvær.)

**Eksempel:**

Ein kommune får eit skriftleg spørsmål frå ein leverandør om korleis eit spesielt punkt i konkurransegrunnlaget er å forstå. Kommunen ser behovet for å presisere konkurransegrunnlaget. Ein måte å gjere det på som sikrar likebehandlingsprinsippet, er å sende spørsmålet (anonymisert) med svar skriftleg og samtidig til alle leverandørane. Alle leverandørar må få lik informasjon på same tidspunkt. Dersom ein leverandør får informasjon tidlegare enn dei andre, kan det bli ein konkurransefordel.

**KOFA sak 2003/128:**

Klagenemnda kom til at det var lovstridig å leggje vekt på at leverandøren var ny i den norske marknaden, då det stengde utanlandske leverandørar ute. Klagenemnda kom til at forbodet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet var brote.

**KOFA sak 2004/77:**

Oppdragsgivaren hadde i oversendingsbrevet til brukarutvalet gitt inntrykk av at dagens leverandør skulle behaldast dersom det ikkje var grunn til å skifte. Det gav den eksisterande leverandøren ein fordel, og kravet til likebehandling var brote.

**5.1.6 Føreseielegheit**

Oppdragsgivaren skal sikre at omsynet til føreseielegheit er vareteke gjennom heile anskaffingsprosessen, jf. lova § 5 tredje ledd og forskrifta § 3–1 fjerde ledd. Kravet inneber at anskaffingsprosessen skal vere føreseieleg for leverandørane.

Fleire av reglane i anskaffingsregelverket spring ut av kravet om føreseielegheit. Det gjeld mellom anna plikta for oppdragsgivaren til å informere marknaden om korleis anskaffingsprosedyren skal gjennomførast, kva kvalifikasjonskrav som blir stilte, og kva oppdragsgivaren vil leggje vekt på i tildelingsfasen.

Føreseielegheit gjer det mogleg for leverandørane å vurdere om dei vil delta i konkurransen. For at leverandørane skal vere interesserte i å bruke tid og ressursar på å utarbeide tilbod, er det ein føresetnad at dei stolar på at oppdragsgivaren følgjer dei rammene som er fastlagde i konkurransegrunnlaget/kunngjeringa og i anskaffingsregelverket. Kravet er derfor konkurransefremjande.

Føreseielegheit er òg ein føresetnad for at leverandørane i ettertid skal kunne kontrollere om oppdragsgivaren faktisk har følgd regelverket, og fremjar såleis omsynet til transparens og etterprøvingstilgang.

Føreseielegheit fremjar òg likebehandling av leverandørane sidan oppdragsgivaren ikkje kan endre premissane og vilkåra for konkurransen for å tilgodesjå ein spesiell leverandør.

KOFA sak 2005/116:

Klagaren deltok i ein open anbodskonkurranse om anskaffing av reinhaldsartiklar. For å samanlikne pristilboda tok den innklaga utgangspunkt i forbrukstala for året før. Klagenemnda fann at denne berekninga var sakleg og forsvarleg, men slo fast at den innklaga hadde brote kravet til føreseielegheit ved ikkje å gi tilbydarane informasjon om kva forbrukstal prisevalueringa skulle gjerast på grunnlag av.

KOFA sak 2005/50:

Den innklaga gjennomførte ein open anbodskonkurranse for byggje- og anleggsarbeid i samband med utbygging og rehabilitering av ein vidaregåande skule. I evaluering av tilboda hadde den innklaga lagt vekt på opplysningar som ikkje gjekk fram av tilboda, mellom anna opplysningar som var innhenta frå Internett, og egne erfaringar. Klagenemnda kom til at dette var i strid med dei krava lova stiller til føreseielegheit, likebehandling og etterprøvingstilgang.

### **5.1.7 Transparens og etterprøvingstilgang**

Oppdragsgivaren skal sjå til at etterprøvingstilgang er sikra gjennom heile anskaffingsprosessen, jf. lova § 5 tredje ledd og forskrifta § 3–1 sjuande ledd. Det inneber at oppdragsgivaren må kunne dokumentere kva som har gått føre seg i anskaffingsprosessen. Oppdragsgivaren må derfor heile tida sikre at vurderingar og dokumentasjon som har betydning for gjennomføringa av konkurransen, ligg føre skriftleg og i tilstrekkeleg klar og utfyllande form til at ein tredjeperson eller eit klageorgan i ettertid kan få ei god forståing av dei vurderingar oppdragsgivaren har gjort. Kravet om høve til etterprøving stiller òg krav til at kunngjeringa og konkurransegrunnlaget o.a. må vere klart og utfyllande formulert.

Oppdragsgivaren skal òg sikre at omsynet til transparens blir vareteke gjennom heile anskaffingsprosessen, jf. lova § 5 tredje ledd og forskrifta § 3–1 sjuande ledd. Det kan for det første innebere eit krav om openheit rundt sjølve konkurransen, til dømes gjennom ei kunngjering. For det andre kan transparensprinsippet gi grunnlag for innsynsrett i dokument som viser korleis anskaffingsprosessen har gått føre seg, med tanke på å

kontrollere at oppdragsgivaren har følgd anskaffingsregelverket. Kravet til transparens er såleis nært knytt til kravet om etterprøvingstilgang. Transparens er ein føresetnad for at leverandørane skal kunne etterprøve oppdragsgivaren.

Begge krava har hovudsakleg to formål. Det første er å hindre unødige tvistar. Dersom ein leverandør kjenner seg urett behandla, vil innsynsrett i mange tilfelle hindre ein unødig tvist fordi leverandøren ser at oppdragsgivaren har følgd anskaffingsregelverket. Det andre formålet er å sikre ei effektiv handheving av regelverket og vareta rettstryggleiken til leverandørane. Krava om etterprøvingstilgang og transparens sikrar derfor at dei andre grunnleggjande prinsippa, til dømes krava til konkurranse og likebehandling, blir varetekne.

Fleire reglar i anskaffingsregelverket kan sjåast som utslag av krava til etterprøvingstilgang og transparens. Det gjeld til dømes reglane om at oppdragsgivaren må føre protokoll over anskaffingar over 100 000 kroner, og at oppdragsgivaren pliktar å gi leverandørar beskjed om kva leverandør dei har valt, med grunngiving av valet.

**KOFA sak 2003/247:**

Klagenemnda kom til at den innklaga ikkje hadde innfridd kravet til etterprøvingstilgang i to tilfelle: Den innklaga gjennomførte ein konkurranse med forhandling om levering av kurs i kommunikasjon for arbeidssøkjande. Det fanst ingen notat om eventuelle forhandlingar eller om tidspunkt for kontakt mellom partane, og nemnda kom til at dette var i strid med kravet om etterprøvingstilgang. Oppdragsgivaren hadde valt eit tilbod som låg fire til fem gonger over dei andre tilboda i pris, utan at den innklaga kunne grunngi det på ein tilfredsstillande måte. Nemnda konkluderte derfor med at skjønnsutøvinga hadde vore vilkårleg, og at val av tilbod var i strid med krava til føreseielegheit, transparens og etterprøvingstilgang.

**KOFA sak 2006/53:**

Ein kommune gjennomførte ein open anbodskonkurranse i samband med inngåing av hovudbankavtale. Kommuneadministrasjonen gjorde ei evaluering av kva for eit tilbod som var det økonomisk mest fordelaktige. Kommunestyret valde leverandør i strid med tilrådinga frå administrasjonen, utan at det blei oppgitt nokon grunn. Det var heller ikkje ført anskaffingsprotokoll eller lagt fram andre dokument som viste korleis kommunestyret hadde evaluert saka. I samband med klagesaka forklarte kommunen rett nok kvifor det var valt ein annan leverandør, men klagenemnda fann likevel at kravet til etterprøvingstilgang ikkje var innfridd.

## 5.2 Samfunnsomsyn

### 5.2.1 Universell utforming

#### Kva er universell utforming?

Universell utforming er definert i forskrifta § 4–1 bokstav l som «utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig».<sup>5</sup> Definisjonen omfattar alle typar anskaffingar.

*Formålet med universell utforming er å forenkle livet for alle ved å sikre at produkt, kommunikasjonsmiddel, bygde omgivelser osv. blir meir tilgjengelege for fleire, helst utan ekstra kostnader.*

Målgruppa for universell utforming er alle menneske, i alle aldrar og storleikar og med ulike ferdigheiter, og tanken er at dei ikkje skal ha behov for tilpassing eller spesiell utforming. Likskap inneber her at alle skal ha same høve til å delta på ulike samfunnsarenaer, til dømes utdanning, arbeid og fritid, utan å vere avhengige av spesialløyningar og særtiltak.<sup>6</sup>

Eksempel på universell utforming er nettsider som kan lesast av alle, og potteplanter i kontorlandskap som ikkje gir frå seg pollen.

#### Krav til å ta omsyn til universell utforming ved planlegging av anskaffingar

Etter lova § 6 og forskrifta § 3–1 åttande ledd skal oppdragsgivaren ta omsyn til universell utforming ved planlegging av anskaffinga. Ved å ta omsyn til universell utforming allereie når ein planlegg anskaffinga, sikrar ein at universell utforming blir vareteke på ein best mogleg måte med lågast mogleg kostnad. Det er opp til den enkelte oppdragsgivaren å bestemme kva framgangsmåtar eller løyningar som best kan vareta omsynet til universell utforming.

Ved sida av plikta til å ta omsyn til universell utforming i planleggingsfasen fastset forskrifta §§ 8–3 og 17–3 første ledd tredje punktum at dei tekniske spesifikasjonane, når det er mogleg, skal utformast slik at det blir teke omsyn til kriterium for tilgjenge for funksjonshemma og universell utforming.<sup>7</sup>

#### Rettleiar frå Deltasenteret

Deltasenteret, som er ein del av Sosial- og helsedirektoratet, har i samband med vedtakinga av føresegnene i lov og forskrift om offentlege anskaffingar utarbeidd ein rettleiar om universell utforming i offentlege anskaffingar.<sup>8</sup> Rettleiaren gir ei god innleiing i temaet universell utforming og tek spesielt føre seg nokre anskaffingsområde der universell utforming er spesielt viktig. Deltasenteret<sup>9</sup> har òg anna og meir utfyllande produktorientert rettleiingsmateriale om universell utforming.

<sup>5</sup> Definisjonen i forskrifta er henta frå forslaget i NOU 2005:8 Syse-utvalet i utkast til diskriminerings- og tilgjengelegheitslova § 9 andre ledd.

<sup>6</sup> Beskriving henta frå Deltasenterets rettleiing i universell utforming

<sup>7</sup> Føresegna gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 23 nr. 1.

<sup>8</sup> [http://www.shdir.no/publikasjoner/veiledere/universell\\_utforming\\_i\\_offentlege\\_anskaffingar\\_38663](http://www.shdir.no/publikasjoner/veiledere/universell_utforming_i_offentlege_anskaffingar_38663)

<sup>9</sup> <http://www.shdir.no/deltasenteret/>

### 5.2.2 Etske krav til produksjonen av varer og tenester

#### Generelt

Oppdragsgivarar viser aukande interesse for å stille etiske krav til produksjonen av varer og tenester, men vilkåra for å stille slike krav er omdiskuterte. I kva grad og korleis det kan gjerast i dei ulike fasane av anskaffinga, blir drøfta i dei respektive kapitla. Her følgjer ei generell innføring i temaet.

Med etiske krav meiner vi her krav av samfunnsmessig og sosial art, uavhengig av eigenskapane ved vara eller tenesta. I praksis er det særleg ved produksjon i land utanfor EØS-området med lågare sosiale standardar slike krav er aktuelle. Det kan tenkjast mange ulike former for etiske krav. Dei mest grunnleggjande etiske krava er dei som følgjer av dei grunnleggjande menneskerettane, til dømes etter FNs menneskerettskonvensjon, og av arbeidstakarrettane etter grunnleggjande ILO-konvensjonar, til dømes forbod mot barnarbeid.

Ei anna form for etiske krav er dei som følgjer av tiltak for rettferdig handel. Eitt eksempel er krava i merkeordninga Max Havelaar, som er nemninga som blir brukt i Noreg i dag om merkeordningar under FLO (Fair Trade Labelling Organisations International). Rettferdig handel blir sett i samband med tiltak for å sikre betre handelsvilkår og styrkje rettane til produsentar i utviklingsland, som elles kan bli marginaliserte i verdshandelen. Slike krav kan omfatte sikring av primærprodusentens sosiale vilkår, arbeidstakarrettar, HMS, miljø o.a. Det kan vere snakk om minimumskrav og krav til utvikling over tid. Rettferdige krav vil òg typisk omfatte krav til handelsvilkår i kjeda frå primærprodusent til detaljist og prisen til primærprodusenten.

Ved vurderinga av kva for etiske krav som kan stillast ved offentlege anskaffingar, er det viktig å skilje mellom ulike former for etiske krav.

Grunnleggjande menneskerettar og arbeidstakarrettar må respekterast av alle. Det er såleis ikkje diskriminerande å stille slike krav same kvar eit produkt har sitt opphav. Dette omfattar dei grunnleggjande ILO-konvensjonane.<sup>10 11</sup> Dei grunnleggjande konvensjonane gjeld

- retten til å vere organisert i ei fagforeining (ILO-konvensjon nr.87 av 9.7.1948)
- retten til kollektive forhandlingar (ILO-konvensjon nr.98 av 1.7.1949)
- forbod mot tvangsarbeid (ILO-konvensjon nr.29 av 28.6.1930 og 105 av 25.6.1957)
- forbod mot all forskjellsbehandling i arbeid og lønn (ILO-konvensjon nr.100 av 29.6.1951 og 111 av 25.6.1958)

10 Sjå Kommissjonens kommunikasjon om grunnleggjande arbeidstakarrettar, [http://europa.eu.int/comm/trade/issues/global/development/docs/comcls\\_ein.pdf](http://europa.eu.int/comm/trade/issues/global/development/docs/comcls_ein.pdf).

11 Desse konvensjonane framgår òg av forsyningsdirektivet 2004/17/EF vedlegg XXIII. Etter forsyningsdirektivet artikkel 59 fjerde og femte ledd kan EU ekskludere leverandørar frå tredjeland dersom EU-leverandørar har problem med å konkurrere om kontraktar i desse tredjelanda fordi konkurrentane ikkje rettar seg etter dei grunnleggjande ILO-konvensjonane. Det følgjer indirekte av dette at EU-leverandørar heller ikkje kan nytte underleverandørar som opererer i strid med grunnleggjande ILO-konvensjonar.

- fastsetjing av minstealder for å hindre barnarbeid (ILO-konvensjon nr.138 av 26.6.1973)
- forbod mot dei verste formene for barnarbeid (ILO-konvensjon nr.182 av 17.6.1999)

Ifølgje ILO-erklæring av juni 1998 må alle respektere desse grunnleggjande prinsippa.

Krav utover dette, til dømes kriteria som følgjer av tiltak for å fremje rettferdig handel, inneber at det blir stilt sosiale krav til produksjonen i andre land. Det skal lite til før dette er i strid med forbodet mot diskriminering.

### Rettskjeldesituasjonen

Direktiv, domstolspraksis og kommisjonsrettleiing seier lite om når etiske krav kan stillast. For pliktene etter WTO-innkjøpsavtalen (GPA) er situasjonen endå meir uklar. Det er derfor vanskeleg å gi rettleiing om dette temaet. Styresmaktene i fleire EU-medlemsstatar har likevel forsøkt å gi rettleiing, sjå rettleiing frå den danske Konkurrencestyrelsen frå 2004 om sosiale omsyn<sup>12</sup>, svenske Nämnden för offentlig upphandling i NOUinfo juni 2006 o.a.<sup>13</sup> og britiske Office of Government Commerce.<sup>14 15</sup>

### Etiske krav i dei ulike fasane

Oppdragsgivaren kan vareta etiske krav til leverandørane sine ved å nytte seg av retten til å avvise leverandørar som har gjort seg skuldige i alvorleg forsømming av faglege og etiske krav i vedkommande bransje, sjå kapittel 13.2. Oppdragsgivaren kan òg nytte seg av kontraktsvilkår om at leverandørane skal respektere visse grunnleggjande arbeidstakarrettar, sjå kapittel 9.8. For anskaffingar under 500 000 kroner er det òg utvida høve til å vareta etiske krav, sjå kapittel 14.2. Sjå elles om tekniske spesifikasjonar i kapittel 9.5, kvalifikasjonskrav i kapittel 9.3 og tildelingskriterium i kapittel 15.1.

### Merkeordningar og dokumentasjon

Dersom eit krav er lovleg når det gjeld innhaldet, oppstår spørsmålet om kva slags dokumentasjon oppdragsgivaren kan krevje på at kravet er oppfylt. Det kan ikkje stillast krav om at produkt skal vere merkte etter bestemte merkeordningar, til dømes Max Havelaar eller SA 8000. Oppdragsgivaren kan berre gi opp ulike merkeordningar som aktuell dokumentasjon på at krav som han har fastsett, er oppfylte. Leverandøren må likevel få høve til å dokumentere på annan måte at krava er innfridde.

Oppdragsgivaren må stille krav og vere førebudd på å ta imot dokumentasjon som han er i stand til å evaluere og eventuelt følgje opp i kontraksperioden. Dersom det blir stilt krav som oppdragsgivaren ikkje klarer å etterprøve, kan det vere brot på likebehandlingsprinsippet. Dokumentasjonskrav må heller ikkje vere diskriminerande.

<sup>12</sup> [www.ks.dk/udbud/](http://www.ks.dk/udbud/)

<sup>13</sup> [www.nou.se](http://www.nou.se)

<sup>14</sup> [http://www.ogc.gov.uk/embedded\\_object.asp?docid=1001597](http://www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1001597)

<sup>15</sup> For rettleiing på fransk, sjå råda frå Belgia: [www.guidedesachatsdurables.be](http://www.guidedesachatsdurables.be)

**Utfordringa ved etiske krav**

Utfordringa ved etiske krav er ikkje berre å følgje opp den leverandøren som oppdragsgivaren direkte har med å gjere, men at heile den bakanforliggjande leverandørkjeda skal vere omfatta. Eit eksempel kan vere ein oppdragsgivar som skal kjøpe arbeidstøy og vil at det skal vere produsert utan bruk av barnarbeid. For den norske offentlege innkjøparen vil det vere utfordrande å skulle følgje opp eit slikt krav på grunn av manglande kunnskap og ressursar. Oppdragsgivaren må dermed innrette seg etter leverandøren. Denne rettleiaren prøver å gi juridisk rettleiing om rammene for kva krav oppdragsgivaren kan stille til leverandøren. Når ein stiller etiske krav til leverandørar, er det viktig å stille krav som er praktisk gjennomførlege, og som på ein konstruktiv måte tener formålet med slike krav. Meir om etisk handel er mellom anna å finne på [www.etiskforbruk.no](http://www.etiskforbruk.no), [www.etiskhandel.no](http://www.etiskhandel.no), [www.maxhavelaar.no](http://www.maxhavelaar.no), [www.flo.org](http://www.flo.org) og [www.sa-intl.org](http://www.sa-intl.org).

**5.3 Anskaffingsprotokoll**

Det er innført eit krav om enkel protokollplikt for alle anskaffingar over 100 000 kroner ekskl. mva., jf. forskrifta § 3–2. Protokollplikta er noko meir omfattande for anskaffingar etter del II og III enn for anskaffingar etter del I.

For at protokollplikta skal kunne etterlevast på ein brukarvennleg og kostnadseffektiv måte, har departementet laga skjema som oppdragsgivaren kan velje å bruke. Skjemaa følgjer som vedlegg til forskrifta og er lagde ut på heimesidene til departementet.<sup>16</sup> Brukarar kan fylle ut desse malane og vere trygge på at dei tilfredsstillar krava etter forskrifta. Dersom ein vel å ikkje bruke malane frå departementet, er det viktig at ein i alle tilfelle svarar på dei spørsmåla som er stilte i dei.

Forskrifta pålegg oppdragsgivaren å føre protokoll gjennom heile anskaffingsprosessen. Det bidreg til at ulike instansar (nasjonale og internasjonale) kan føre kontroll med at oppdragsgivaren har teke avgjerdene sine i samsvar med regelverket. Protokollen gir større transparens og auka etterprøvingstilgang i anskaffingsprosessen og kan såleis tene til å motverke kameraderi og korrupsjon.

16 Sjå <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p10002770/p30009088/bn.html>

## 5.4 Bruk av rådgivarar

### 5.4.1 Generelt

Forskrifta § 3–8 regulerer bruk av rådgivarar ved utarbeiding av spesifikasjonar. Ved utarbeiding av spesifikasjonar skal ikkje oppdragsgivaren bruke rådgivarar som kan ha ei økonomisk interesse i anskaffinga, dersom det skjer på ein måte som kan utelukke konkurransen.<sup>17</sup>

Føresegna er eit utslag av kravet til likebehandling. Likebehandlingskravet føreset at opplysningar om vilkår og krav til produktet blir gjorde kjende for alle leverandørar samtidig. Rådgivarar som hjelper oppdragsgivaren med planlegging og/eller utforming av konkurransegrunlaget, mellom anna behovsavklaring og kravspesifikasjon, kan gjennom dette arbeidet få konfidensiell informasjon eller meir informasjon om anskaffinga enn andre potensielle tilbydarar. Leverandørane er ofte under tidspress. Rådgivarar som deltek i den etterfølgjande konkurransen, vil få ein konkurransefordel ved at dei får lengre tid på seg til å førebu og utarbeide tilbodet, i tillegg til at dei kan sitje med kjennskap til detaljar om kva som vil vere vesentleg i samband med utforminga av tilbodet.

Rådgivaren kan gjennom arbeidet sitt òg ha hatt høve til å påverke utforminga av krav til fordel for eiga verksemd, og oppdragsgivaren misser fordelene ved at nøytrale rådgivarar naturleg nok vil sjå annleis på alternative løysingar.

### 5.4.2 Kven føresegna rettar seg mot

Regelen om bruk av rådgivarar ved utarbeiding av spesifikasjonar rettar seg mot oppdragsgivaren. Oppdragsgivaren skal ikkje søkje eller ta imot råd frå personar som kan ha ei økonomisk interesse i anskaffinga. Oppdragsgivaren må såleis vere kritisk til kven han søkjer eller tek imot råd frå.

Dersom oppdragsgivaren har teke imot råd på ein måte som inneber at konkurransen kan bli utelukka etter § 3–8, skal oppdragsgivaren avvise rådgivaren som deltakar i sjølve konkurransen, jf. forskrifta §§ 11–10 og 20–12 første ledd bokstav f. Dette kan ramme leverandøren i tilfelle der sjølve konkurransen er av langt større økonomisk verdi enn rådgivingsoppdraget. I tilfelle der aktuelle rådgivarar står i fare for å bli avviste frå sjølve konkurransen, bør oppdragsgivaren gjere leverandørane merksame på dette.

### 5.4.3 Nærmare om å «kunne utelukke konkurransen»

Føresegna gjeld etter ordlyden i tilfelle der konsekvensen av å gjere seg nytte av råda i ein anskaffingsprosess kan vere at konkurransen blir utelukka.

EF-domstolen har i dei sameinte sakene *Fabricom C-21/03* og *C-34/03* sagt at det må gjerast ei konkret vurdering av den aktuelle situasjonen. I saka for EF-domstolen hadde

<sup>17</sup> Føresegna følgjer av dei norske skyldnadene etter WTO-avtalen om offentlege anskaffingar (GPA) artikkel 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 referert i direktiv 2004/18/EF fortalens premis 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.»

belgisk lovgiving ei avvingsføresegn som ekskluderte personar som hadde ytt visse tenester for oppdragsgivaren i samband med det aktuelle prosjektet. Kommisjonen argumenterte for at dette var i tråd med EF-retten fordi ei automatisk avvising medførte at ein hindra mogleg diskriminering, og at dette førte til auka samhandel. Generaladvokaten argumenterte òg for at den belgiske regelen var i tråd med EF-retten fordi han sikra føreseielegheit og transparens. EF-domstolen meinte derimot at ein slik regel var for streng, og at det måtte gjerast ei konkret vurdering i kvar situasjon. Automatisk avvising innebar at ulike forhold blei behandla likt. Likebehandlingsprinsippet inneber ikkje berre at like forhold ikkje må behandlast ulikt, men òg at ulike forhold ikkje må behandlast likt.

Råd om utforminga av heile eller delar av kravspesifikasjonen eller dei tekniske spesifikasjonane vil vere av ein slik art at konkurransen må kunne seiast å bli utelukka dersom det dreier seg om konkret detaljert rettleiing, ikkje berre informasjon om kva som er moglege alternative løysingar eller standardløysingar.

Konkurransen kan òg vere utelukka i tilfelle der konkurransen blir vesentleg avgrensa. Det er likevel viktig at oppdragsgivaren kan utnytte den kompetansen leverandørane sit inne med under planlegginga av ei anskaffing. Ein rådgivar som ønskjer å delta i konkurransen om ein kontrakt, kan derfor gi råd om til dømes generelle tekniske spesifikasjonar som ikkje er særigne for rådgivarens eige produkt, utan at det i seg sjølv fører til utelukking.

For å vurdere om ein rådgivar kan delta i planlegginga av anskaffingsprosessen og i utforminga av krava utan at det får innverknad på den etterfølgjande konkurranse-situasjonen, må det gjerast ei konkret vurdering av omstenda rundt anskaffinga.

Desse spørsmåla kan gi rettleiing om i kva grad rådgivinga kan avgrense konkurransen vesentleg:

- Kor lett er det for andre å tilfredsstillе dei tekniske spesifikasjonane som er valde?
- Er dei valde spesifikasjonane naturlege ut frå behova til oppdragsgivaren?
- Får rådgivaren ein stor tidsfordel ved utarbeidinga av sitt eige tilbod?
- Har rådgivaren fått informasjon om oppdraget som ikkje har vore tilgjengleg for dei andre tilbydarane?
- Korleis påverkar valet utsiktene for at rådgivaren skal vinne konkurransen?

**Eksempel:**

Ein bank kan ofte vere både investeringsrådgivar og forvaltar av midlar, til dømes i aksjefond, men fonda kan ha ulik struktur med omsyn til plassering i bransjar, selskap og geografiske område.

Dersom ein bank opptrer som rådgivar i utarbeidinga av kravspesifikasjonane for profilen på investeringa som skal gjerast, kan dette blir gjort på ein måte som gjer at konkurransegrunnlaget blir «skreddarsydd» til eigne fond, og at andre forvaltarar blir utelukka frå konkurransen. I så fall kan dette vere i strid med reglane.

**KOFA sak 2005/241:**

Saka gjaldt ein konkurranse med forhandling om totalentreprise for bygging av eit nytt hotell, og det var opna for at tilbydarane kunne bruke rådgivarane til den innklaga. Konkurransegrunnlaget slo fast: «...totalentreprenøren står eventuelt fritt til å benytte de rådgiverne byggherren har benyttet frem til inngåelse av kontrakt med totalentreprenøren.»

Klagenemnda sa at det ikkje kan utleiast eit generelt forbod mot at tilbydarar bruker rådgivarane til den innklaga, og at det dermed heller ikkje kan vere forbode å opplyse om dette i konkurransegrunnlaget. Det avgjerande i spørsmålet om kor vidt kravet til likebehandling er brote, er om enkelte tilbydarar faktisk kan få ein konkurransefordel ved å kunne bruke rådgivarane til den innklaga. Dette må avgjerast ut frå ei samla vurdering av dei faktiske omstenda i saka. Om denne samla vurderinga sa klagenemnda: «... 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:**

Saka gjaldt krav til utjamning av eventuelle konkurransefordelar ved å opplyse om visse forhold i konkurransegrunnlaget:

Oppdragsgivaren hadde brukt eit konsulentfirma til å utarbeide konkurransegrunnlag for ein totalentreprise og å evaluere tilboda. Oppdragsgivaren utlyste så ein konkurranse for byggjeleing. Klagenemnda slo fast at konsulentfirmaet, etter å ha evaluert det valde tilbodet om totalentreprise, etter

nemnda si vurdering sat inne med ein del viktig informasjon om denne kontrakten som dei andre tilbydarane mangla. Det gjaldt særleg opplysningar om totalsum for byggjearbeida og summar for dei enkelte delane. Slik konkurransegrunnlaget var utforma, fann nemnda at rådgivaren derfor hadde betre føresetnader for å utforme tilbod enn dei andre tilbydarane. Det medfører ikkje nødvendigvis at rådgivaren skulle ha vore avvist. Krava til konkurranse og likebehandling tilseier at oppdragsgivaren innanfor rimelege grenser prøver å utlikne dei fordelane ein enkelt leverandør kan ha, slik at vedkommande òg kan delta i konkurransen. Klagenemnda la til grunn at det hadde vore mogleg å utlikne rådgivarens kunnskapsfordel ved å ta med dei vesentlegaste opplysningane frå entreprisekontrakten i konkurransegrunnlaget for byggeleiing. Då dette ikkje var gjort, var konkurransegrunnlaget i strid med kravet til likebehandling.

KOFA sak 2004/215:

Saka gjaldt krav til utjamning av eventuelle konkurransefordelar:

Ein oppdragsgivar hadde tidlegare engasjert eit firma til å lage eit notat om korleis ein skulle overføre erfaringar frå eit tidlegare prosjekt i kongekrabbenæringa til større delar av sjømatnæringa. Notatet blei drøfta i eit par møte, og firmaet gjorde ei rekkje endringar basert på kva som var interessant for oppdragsgivaren. Same dato som oppdragsgivaren fekk notatet i hende, starta oppdragsgivaren arbeidet med å utforme kunngjering og konkurransegrunnlag for ein vidare konkurranse. Delar av oppsummeringsnotatet blei kopierte og tekne inn som beskriving i konkurransegrunnlaget for den påklaga anbodskonkurransen. Klagenemnda slo fast at oppdragsgivaren hadde fått eit notat frå ein av leverandørane som inneheldt konkrete tilrådingar om tilbodsinnhentinga, og formålet med oppdraget slik det står skildra i konkurransegrunnlaget, er heilt og fullt sitert frå notatet. Oppdragsgivaren hevda at formuleringane som var tekne frå notatet, innholdsmessig er å finne att i marinstrategien til den innklaga sjølv og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Nemnda fann at utarbeidinga av notatet ikkje var eigna til å medføre nemneverdig risiko for konkurransevriding til fordel for rådgivaren.

Om utjamning av eventuelle konkurransefordelar sa KOFA:

Lovens § 5 oppstiller et generelt forbud mot forskjellsbehandling. 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.

Av forskriftens §14-1 (2) fremgår det at tilbudsfristen skal settes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger. Ved denne vurderingen måtte innklagede ta hensyn til at de øvrige leverandørene kunne ha behov for ekstra tid for å kompensere for den fordel NN måtte ha hatt gjennom sitt tidligere arbeide med prosjektet.

## **5.5 Offentlegheit og teieplikt**

### **5.5.1 Reglane etter offentleglova av 1970**

Utgangspunktet er at alle dokument i forvaltninga er offentlege, jf. offentleglova § 2. Eit generelt unntak frå denne føresegna er at tilbudsdokument og anskaffingsprotokoll ikkje treng vere offentleg, jf. forskrift 14. februar 1986 nr. 351 punkt V, nr. 12.

Oppdragsgivarar kan likevel etter eiga vurdering gi innsyn i desse dokumenta, jf. reglane om meiroffentlegheit i offentleglova § 2 tredje ledd. Ein føresetnad for offentleggjering er at det ikkje dreier seg om opplysningar som er underlagde teieplikt etter lova, jf. offentleglova § 5a første ledd. Det gjeld mellom anna opplysningar om tekniske innretningar og framgangsmåtar og om drifts- eller forretningsforhold som det vil vere av konkurransemessig betydning å halde hemmelege av omsyn til den opplysningane vedgår, jf. forskrifta § 3–6 og forvaltningslova § 13.

### **5.5.2 Reglane etter den nye offentleglova**

Ei ny lov om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd er vedteken, men har per november 2006 ikkje teke til å gjelde.

Også i den nye offentleglova er hovudregelen at dokument i forvaltninga er offentlege, jf. § 3. Til val av leverandør er gjort, gjeld det framleis eit generelt unntak for innsyn i tilbod og protokollar, jf. den nye lova § 23. I denne fasen gjeld òg reglane om meiroffentlegheit.

Med den nye offentleglova gjeld ikkje lenger noko generelt unntak for innsyn i tilbod og protokollar etter at val av leverandør er gjort. Etter dette er tilbod og protokollar derfor i utgangspunktet offentlege, og eventuelle unntak må heimlast særskilt. Unntak frå offentlegheit kan til dømes heimlast i føresegna om teieplikt i forvaltningslova § 13, eller ut frå omsynet til ei forsvarleg gjennomføring av økonomiforvaltninga i organet, jf. ny offentleglov § 23 første ledd.

Skjeringspunktet som er valt i den nye lova § 23, medfører altså at tilbod og protokollar skal vere offentlege før kontrakt blir underteikna, med andre ord allereie i tidsrommet mellom val av leverandør og underteikning av kontrakt, den såkalla Alcatel-pausen, jf. NOU 2003:30. Forarbeida grunngir den auka innsynsretten med at innsyn i innkjøpsprosessen kan føre til at det ikkje blir teke utanforliggjande omsyn når offentlege midlar blir disponerte, og at det kan motverke korrupsjon og andre uheldige forhold. Lovgivaren var klar over at ei utskiljing av opplysningar som er underlagde teieplikt i tilboda, etter situasjonen kan vere ressurskrevjande, men la likevel avgjerande vekt på fordelane

ved ein gjennomsiktig innkjøpsprosess som gjer at leverandørar, politikarar og publikum kan kontrollere at det ikkje blir teke utanforliggjande omsyn.

### **5.5.3 Kven avgjer kva som er underlagt teieplikt?**

Det er ikkje noko i vegen for å la leverandørane uttale seg om kva for opplysningar dei meiner bør vere unnatekne, men forvaltninga må alltid gjere ei sjølvstendig vurdering av kor vidt opplysningar skal vere offentlege eller ikkje.



## Kapittel 6

# Konkurransereformer

### 6.1 Innleiing

I dette kapitlet er desse anskaffingsprosedyrane behandla:

- Anskaffingar etter forskrifta del I
- Open anbodskonkurranse
- Avgrensa anbodskonkurranse
- Konkurranseprega dialog
- Konkurranse med forhandling etter føregående kunngjering
- Konkurranse med forhandling utan føregående kunngjering

I kapittel 6.2 gir vi ein kort presentasjon av prosedyrane.

I kapittel 6.3 drøfter vi nokre moment som oppdragsgivaren bør leggje vekt på ved val av konkurranseform.

I kapittel 7 går vi gjennom vilkåra som må vere oppfylte for at dei ulike anskaffingsprosedyrane skal kunne brukast.

### 6.2 Kort presentasjon av dei ulike anskaffingsprosedyrane

#### 6.2.1 Anskaffingar etter forskrifta del I

Det som kjenneteiknar anskaffingsprosedyren etter forskrifta del I,<sup>1</sup> er at det ligg føre få eksplisitte krav til korleis oppdragsgivaren skal gjennomføre ei anskaffing. Det er mellom anna ikkje stilt krav om kunngjering. Oppdragsgivaren har derfor stor grad av fleksibilitet med omsyn til korleis konkurransen skal gjennomførast, men må mellom anna sørge for å innfri dei grunnleggjande krava til konkurranse, likebehandling, føreseielegheit, transparens og etterprøvingstilgang. Sjå nærmare i kapittel 14.2 om kva reglar som gjeld for desse anskaffingane.

#### 6.2.2 Open anbodskonkurranse

Ein open anbodskonkurranse er ein prosedyre som gir alle interesserte leverandørar høve til å levere tilbod. Det skjer inga prekvalifisering<sup>2</sup>, og leverandørane må levere

<sup>1</sup> Kjøp etter forskrifta del I blir ofte omtala som «direkte anskaffingar». Departementet meiner at dette omgrepet kan vere misvisande; det kan leie tanken i retning av at oppdragsgivaren kan gå direkte til éin leverandør utan å halde konkurranse. Utgangspunktet for desse anskaffingane er òg at det skal haldast konkurranse. For å unngå mistydingar vel departementet derfor å bruke samleomgrepet «kjøp etter forskrifta del I» om desse anskaffingane.

<sup>2</sup> Prekvalifisering vil seie at oppdragsgivaren vel kva for leverandørar som skal få delta i konkurransen, blant dei leverandørane som blir rekna som kvalifiserte. Med andre ord er det berre dei kvalifiserte leverandørane som er inviterte av oppdragsgivaren, som kan levere tilbod. Sjå meir om prekvalifisering under «Avgrensa anbodskonkurranse» kapittel 6.2.3 og 7.

etterspurd dokumentasjon på at dei er kvalifiserte, samtidig som dei leverer tilbod. Oppdragsgivaren må behandle alle tilbod som kjem inn. Det er ulovleg å forhandle med leverandørane.

### **6.2.3 Avgrensa anbodskonkurranse**

Avgrensa anbodskonkurranse er ein prosedyre der berre dei leverandørane som er inviterte av oppdragsgivaren, får gi tilbod. Det blir først gjennomført ei prekvalifisering, der alle interesserte leverandørar kan levere førespurnad om å få delta i konkurransen, med dokumentasjon på at dei er kvalifiserte. Oppdragsgivaren vurderer så om leverandørane oppfyller kvalifikasjonskrava som er sette opp i kunngjeringa og konkurransegrunnlaget. Deretter inviterer oppdragsgivaren dei kvalifiserte leverandørane, eller eit utval av dei, til å levere tilbod. Oppdragsgivaren må som eit minimum kunngjere den nedre grensa for kor mange leverandørar som skal inviterast, og hovudtrekka i utveljingsmetoden eller kriteria som skal leggjast til grunn for valet. Talet på leverandørar som blir plukka ut, må vere tilstrekkeleg til å sikre reell konkurranse.<sup>3</sup> Det er ulovleg å forhandle med leverandørane.

### **6.2.4 Konkurransprega dialog**

Konkurransprega dialog kan brukast ved særleg komplekse anskaffingar der det er uråd for oppdragsgivaren å beskrive kva som skal kjøpast. Typiske tilfelle er særleg komplekse IT-kontraktar og OPS-kontraktar. Oppdragsgivaren beskriv i kunngjeringa kva behov anskaffinga skal dekkje, og kva kvalifikasjonskrav som blir stilte til leverandørane. Deretter blir det gjennomført ei prekvalifisering, og oppdragsgivaren innleier så ein dialog med dei kvalifiserte leverandørane om moglege løysingar. I dialogfasen kan alle sider ved kontrakten drøftast med leverandørane (også pris). Når dialogfasen er over og leverandørane har levert tilbod, er det derimot ikkje lenger lovleg å forhandle.<sup>4</sup>

### **6.2.5 Konkurranse med forhandling**

Konkurranse med forhandling kan valfritt brukast i forskrifta del II og kan unntaksvis brukast i del III. Prosedyren gir oppdragsgivaren høve til å forhandle med leverandørane om alle sider ved tilboda, noko som ikkje er lovleg i dei andre konkurranseformene. Etter forskrifta del II kan oppdragsgivaren velje om alle interesserte leverandørar får levere tilbod<sup>5</sup>, eller om det skal veljast ut nokre leverandørar som skal få levere tilbod (prekvalifisering). Ved anskaffingar etter forskrifta del III må det veljast ut leverandørar som får delta i konkurransen.

<sup>3</sup> Ved avgrensa anbodskonkurranse må minst tre leverandørar inviterast etter forskrifta del II, og minimum fem leverandørar etter forskrifta del III, jf. § 7–6 tredje ledd og § 17–7 tredje ledd. Ved konkurranseprega dialog må minst tre leverandørar inviterast.

<sup>4</sup> Jf. forskrifta § 20–9 andre og fjerde ledd.

<sup>5</sup> Denne framgangsmåten blir ofte omtala som «eittrinnsprosedyren», i motsetning til «tottrinnsprosedyren», der det blir gjennomført ei prekvalifisering og valt ut nokre leverandørar, jf. forskrifta § 5–1.

### 6.3 Kva konkurranseform bør oppdragsgivaren velje?

I dette punktet ser vi på kva konkurranseform som innkjøpsfagleg sett gir ei mest mogleg effektiv anskaffing i det konkrete tilfellet. I kapittel 1.7 går vi gjennom dei rettslege vilkåra som må vere oppfylte for at dei ulike konkurranseformene skal kunne brukast.

Når oppdragsgivaren først har valt og kunngjort ei konkurranseform, er han bunden av dette. Dersom oppdragsgivaren vil endre konkurranseforma og det ikkje unntaksvis er heimeleg for det, må konkurransen avlysast før ny blir sett i gang.

Det er fleire forhold som kan verke inn på valet av konkurranseform. Nedanfor følgjer nokre moment som oppdragsgivaren bør vurdere (lista er ikkje meint å vere uttømmende):

- *Kva gjeld anskaffinga?*

Kva konkurranseform som bør veljast, er ofte avhengig av kva slags anskaffing det er snakk om. Det kan til dømes komme an på om det er ei enkel standardvare eller ei kompleks yting eller oppgåve som skal leverast. Visse konkurranseformer er spesielt eigna for komplekse kontraktar. Det gjeld til dømes konkurranseprega dialog, plan- og designkonkurransar og i nokre tilfelle konkurranse med forhandling. Derimot er open anbodskonkurranse eigna for kontraktar der tilboda er enkle å samanlikne. Ved mellom anna standardiserte og tilbakevendande innkjøp kan det vere formålstenleg å bruke dynamisk innkjøpsordning, elektroniske auksjonar eller rammeavtalar.

- *Korleis er den aktuelle marknaden?*

Marknadsforholda i ein bestemt bransje har òg sitt å seie for valet av konkurranseform. Dersom det er mange aktørar i ein marknad, kan det i nokre tilfelle tale for avgrensa anbodskonkurranse der oppdragsgivaren kan bestemme talet på leverandørar som skal levere tilbod. Dersom det er få leverandørar i den aktuelle marknaden, kan derimot open anbodskonkurranse sikre ein breiast og mest mogleg effektiv konkurranse.

Innkjøparen må likevel alltid ta omsyn til anskaffingsarten. Dreier det seg om ein enkel kontrakt der tilboda lett kan samanliknast med kvarandre, kan open anbodskonkurranse vere ein fordel anten det er få eller mange aktørar på marknaden.

- *Kor ressurskrevjande blir konkurranseforma?*

Ressurssituasjonen har stor betydning ved val av konkurranseform og er særleg relevant når det skal veljast mellom open og avgrensa anbodskonkurranse. Ved open anbodskonkurranse kan alle interesserte leverandørar levere tilbod, mens ein ved avgrensa anbodskonkurranse kan setje ei grense for kor mange leverandørar som skal vere med. Det reduserer ressursbruken for oppdragsgivaren, mellom anna ved utsending av konkurransegrunnlag og evaluering av tilbod.

Det er òg viktig å ta omsyn til kostnadene leverandørane har med å utarbeide tilboda, og til ulempene for leverandørane med å vere bundne av tilbodet i den tida det tek å gjennomføre anskaffingsprosessen. Dersom utarbeiding av tilbod blir ein omfattande prosess for leverandørane, kan omsynet til ressurs sparing på leverandørsida òg tale for å bruke avgrensa anbodskonkurranse.

Konkurranseprega dialog eller konkurranse med forhandling er som oftast meir ressurskrevjande å gjennomføre enn ein anbodskonkurranse.

• *Kor lang tid har oppdragsgivaren på seg før anskaffinga må vere på plass?*

Dersom marknadssituasjonen tilseier at det ikkje kjem inn mange tilbod, kan ein open anbodskonkurranse gjennomførast på kortare tid enn ein avgrensa anbodskonkurranse ettersom sistnemnde må gjennomførast i to omgangar. Konkurranse med forhandling og konkurranseprega dialog er òg normalt meir ressurskrevjande og tek lengre tid enn ein open anbodskonkurranse.

• *Er det formålstenleg å prekvalifisere leverandørane?*

Å avgrense talet på deltakarar gjennom prekvalifisering kan vere praktisk både ved omfattande og mindre omfattande anskaffingar. Det typiske bruksområdet er likevel når det er kostnadskrevjande for oppdragsgivaren å handtere mange tilbod, eller når ein vil unngå unødig ressursbruk på leverandørsida. Ved omfattande og kompliserte anskaffingar og/eller når marknadssituasjonen tilseier at det kan komme inn svært mange tilbod, kan det derfor vere tenleg å gjennomføre ei prekvalifisering ved å bruke avgrensa anbodskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurranseprega dialog.

Dersom oppdragsgivaren må gi opplysningar som krev tryggingklareringar eller liknande, kan det vere tenleg å gjennomføre ei prekvalifisering.

• *Blir konkurransen mest effektiv med eller utan forhandlingar?*

Forhandlingar kan berre nyttast ved konkurranse med forhandling og konkurranseprega dialog. Ved forhandlingar kan anskaffinga tilpassast oppdragsgivarens behov gjennom anskaffingsprosessen, men det blir som oftast meir ressurskrevjande å gjennomføre forhandlingar enn ein anbodskonkurranse. Dersom oppdragsgivaren ikkje har omfattande marknadskunnskap eller forhandlingskompetanse, kan ein profesjonell leverandør få ein fordel i forhandlingane. Sidan effektive anskaffingar er eit formål med lova, bør oppdragsgivaren berre bruke denne konkurranseforma når det eksisterer eit reelt behov for å forhandle.



## Kapittel 7

# Når kan dei ulike anskaffingsprosedyrane brukast?

### 7.1 Oversikt over når ein kan bruke dei ulike anskaffingsprosedyrane

Nedanfor følgjer ei oversikt over når ein kan bruke anskaffingsprosedyrane i forskrifta del I, II og III.

#### **Forskrifta del I**

Ved anskaffingar

- 1) under 500 000 kroner,
- 2) mellom 500 000 kroner og EØS- terskelverdiane og
- 3) anskaffingar av uprioriterte tenester (uavhengig av verdi)

kan oppdragsgivaren, dersom vilkåra i § 2–1 andre ledd er oppfylte, velje mellom desse prosedyrane:

- Framgangsmåten etter forskrifta del I
- Open anbodskonkurranse
- Avgrensa anbodskonkurranse
- Konkurransen med forhandling

#### **Forskrifta del II**

Ved anskaffingar under EØS-terskelverdiane<sup>1</sup> og uprioriterte tenester (uavhengig av verdi)<sup>2</sup>

kan oppdragsgivaren velje mellom

- open anbodskonkurranse
- avgrensa anbodskonkurranse
- konkurranse med forhandling

#### **Forskrifta del III**

Ved anskaffingar over EØS-terskelverdiane kan oppdragsgivaren velje mellom

- open anbodskonkurranse
- avgrensa anbodskonkurranse
- konkurranseprega dialog dersom vilkåra i § 14–2 er oppfylte
- konkurranse med forhandling med føregående kunngjering dersom vilkåra i § 14–3 er oppfylte
- konkurranse med forhandling utan føregående kunngjering dersom vilkåra i § 14–4 er oppfylte

<sup>1</sup> Unntaksvis kan forskrifta del I følgjast dersom vilkåra i § 2–1 andre ledd er oppfylte.

<sup>2</sup> Unntaksvis kan forskrifta del I følgjast dersom vilkåra i § 2–1 andre ledd er oppfylte.

## 7.2 Anskaffingar under 500 000 kroner

Anskaffingar under 500 000 kroner ekskl. mva. kan følgje forskrifta del I. Sjølv om anskaffinga kan følgje forskrifta del I, står oppdragsgivaren fritt til å velje å følgje forskrifta del II eller III. Dersom oppdragsgivaren først har kunngjort at anskaffinga skal gjennomførast etter del II eller III, kan han ikkje seinare velje å følgje krava i del I. Oppdragsgivaren må sørgje for å gjere det klart gjennom kunngjering og konkurransegrunnlag kva konkurranseform som er vald.

Kjøp etter forskrifta del I blir ofte omtala som «direkte anskaffingar». Departementet meiner at dette omgrepet kan vere misvisande, fordi det kan leie tanken i retning av at oppdragsgivaren kan gå direkte til éin leverandør utan å halde konkurranse. Utgangspunktet er at det skal vere ein reell konkurranse før anskaffinga. For å unngå mistydingar vel derfor departementet å nytte samleomgrepet «kjøp etter forskrifta del I» for desse anskaffingane. Sjå nærmare om korleis kjøp etter forskrifta del I skal gjennomførast, i kapittel 14.2.

## 7.3 Anskaffingar under EØS-terskelverdi og uprioriterte tenester

### 7.3.1 Hovudregel: Anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling

Anskaffingar mellom 500 000 kroner og EØS-terskelverdiane<sup>3</sup>, og uprioriterte tenester uavhengig av verdi, skal som hovudregel følgje prosedyrane i forskrifta del II. Oppdragsgivaren kan då velje mellom open og avgrensa anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 5–1.<sup>4</sup> Som argument for å sidestille konkurranseformene er det lagt til grunn at større fleksibilitet for oppdragsgivaren er i samsvar med lovformålet om effektive anskaffingar.

Sjølv om oppdragsgivaren i utgangspunktet kan velje den konkurranseforma han vil, tilseier lovformålet at han bør velje den konkurranseforma han trur fører til den mest effektive anskaffinga. Sjå kapittel 6.3, der det er nemnt ulike moment som oppdragsgivaren bør vurdere ved val av konkurranseform.

### 7.3.2 Unntak: Kjøp etter forskrifta del I

I visse unntakstilfelle kan oppdragsgivaren kjøpe inn etter forskrifta del I, jf. forskrifta § 2–1 andre punktum bokstav a til f og tredje ledd. Føresegnene er eit unntak frå hovudregelen om at prosedyrane i del II skal følgjast. Nedanfor følgjer nokre kommentarar til unntaka.

<sup>3</sup> EØS-terskelverdiane går fram av forskrifta § 2–2.

<sup>4</sup> Konkurranseprega dialog er ikkje gjennomført i del II fordi oppdragsgivaren kan bruke prosedyren «konkurranse med forhandling». Dette er ein friare prosedyre enn konkurranseprega dialog, sjå kapittel 6.2. Ein føreset at konkurranse med forhandling kan nyttast til å gjennomføre eit innkjøp etter modellen for konkurranseprega dialog. Oppdragsgivaren står dermed fritt til å nytte framgangsmåten ved konkurranseprega dialog også under EØS-terskelverdiane.

**Berre éin leverandør i marknaden**

Dersom anskaffinga berre kan gjerast hos éin leverandør i marknaden, kan oppdragsgivaren følgje forskrifta del I, jf. forskrifta § 2–1 andre punktum bokstav a. Det er i samsvar med formålet i regelverket om effektive anskaffingar då ein konkurranse i slike tilfelle ville vere bortkasta tid og ressursar.

Det er ikkje tilstrekkeleg at oppdragsgivaren meiner at berre éin leverandør kan oppfylle behova hans, eller at han berre veit om éin leverandør fordi han manglar kunnskap om marknaden.

Det må liggje føre objektive årsaker til at berre éin leverandør kan oppfylle ytinga. Det kan til dømes tenkjast at berre éin leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det berre er éin leverandør som framstiller produktet. Ettersom den tekniske ekspertisen er i stadig utvikling, skal det svært mykje til for å gjere sannsynleg at andre leverandørar eller grupper av leverandørar ikkje kan levere den aktuelle ytinga.

Det kan òg vere kunstnarlege grunnar til at det berre finst éin leverandør, til dømes ved kjøp av kunst og utsmykking. Kjøp av kunst kan anten gjelde kjøp av eit ferdig produkt, til dømes eit måleri, eller eit arbeid som ein kunstnar skal utføre, til dømes utsmykking av ein bygning. Bakgrunnen er at valet av slike ytingar oftast er basert på den subjektive kunstoppfatninga til oppdragsgivaren, meir enn kva som er mest økonomisk fordelaktig. Denne subjektive oppfatninga kan såleis vege tungt.

Dersom ein leverandør har einerett på ytinga, og ytinga derfor berre kan leverast av denne leverandøren, er vilkåret oppfylt. Med einerett er typisk meint immaterielle rettar som patent, varemerke, mønstervern o.a. Det er lagt til grunn at det ikkje er tilstrekkeleg at leverandøren har einerett i juridisk forstand – det er eit krav at det faktisk ikkje er andre leverandørar som kan tilby ytinga. Unntaket gjeld ikkje dersom den som har einerett, har gitt andre lisens til å tilby ytinga, sidan det då er fleire leverandørar som kan tilby ytinga.

Det må vere klart at berre éin leverandør kan oppfylle anskaffinga, på det tidspunktet oppdragsgivaren skal tildele kontrakten. Om det berre er éin leverandør som har nødvendig konsesjon til å levere den etterspurde ytinga, er ikkje det nok til å oppfylle kravet dersom andre leverandørar kan få konsesjon før kontrakt blir tildelt.

Det er ikkje tilstrekkeleg å bevisje at éin leverandør kan levere ytinga meir effektivt enn andre, det må bevisast at det berre er éin leverandør som kan produsere det som er etterspurt.

Det er ikkje avklara kva marknad oppdragsgivaren må undersøkje for å kunne konstatere at det berre finst éin leverandør. Omsynet til konkurranse og likebehandling tilseier likevel at det ikkje er nok å undersøkje den lokale marknaden, til dømes i ein by eller ein kommune. Ettersom det gjeld anskaffingar under EØS-terskelverdi, er det som eit utgangspunkt tilstrekkeleg å godtgjere at det berre er éin leverandør i den norske

marknaden. Oppdragsgivaren må likevel gjere ei konkret vurdering i kvart enkelt tilfelle då marknaden kan variere med arten og verdien av anskaffinga. Krava til proporsjonalitet, konkurranse og ikkje-diskriminering kan tale for at oppdragsgivaren i visse tilfelle òg må undersøkje marknaden i EØS-området for å godtgjere at vilkåret er oppfylt.

**Tillate:**

Ein kjend internasjonal kunstnar har laga eit måleri med motiv henta frå ein kommune i Nord-Noreg. Kommunen ønskjer å kjøpe måleriet for å ha det i det nye rådhuset, både fordi dei synest biletet er vakkert, og fordi det har god marknadsføringsverdi for kommunen. Kommunens subjektive oppfatning av kva slags kunst som vil eigne seg til rådhuset, veg tungt i slike tilfelle og talar her for at dei kan kjøpe biletet direkte frå galleriet som har det utstilt.

**Ikkje tillate:**

Eit direktorat skal kjøpe nye kaffimaskiner. Innkjøpsansvarleg Per les fleire forbrukarrapportar, som konkluderer med at Maskin X «lagar den beste kaffien og krev minst vedlikehald». Det er berre éin leverandør som sel denne maskina, Maskin AS. Men Per kan ikkje kjøpe kaffimaskinene direkte frå denne leverandøren ettersom fleire leverandørar kan tilby liknande kaffimaskiner. Per kan heller ikkje utforme konkurransegrunnlaget slik at berre Maskin AS kan få kontrakten, til dømes ved å utforme dei tekniske spesifikasjonane slik at berre denne leverandøren kan oppfylle vilkåra. Sjå nærmare i kapittel 9.5 om kva for tekniske spesifikasjonar oppdragsgivaren kan bruke.

**KOFA sak 2004/45:**

Anskaffinga gjaldt kjøp av IT-opplæring, og oppdragsgivaren tok direkte kontakt med éin leverandør. Det var ikkje tilstrekkeleg å vise til at den valde leverandøren hadde utvikla eit relevant produkt. Oppdragsgivaren kunne ikkje godtgjere at det ikkje fanst andre leverandørar som hadde eller kunne utvikle liknande produkt som ville dekkje behovet like godt. Klagenemnda kom til at føresegna var broten.

**Usedvanleg fordelaktig tilbod**

Dersom det ligg føre eit usedvanleg fordelaktig tilbod som gjer det mogleg å skaffe noko til ein pris vesentleg under normal marknadspris, og det ikkje er tid til å gjennomføre ein anbodskonkurranse eller konkurranse med forhandling i det tidsrommet tilbodet gjeld, kan anskaffinga gjerast etter del I, jf. forskrifta § 2-1 andre punktum bokstav b. Eit usedvanleg fordelaktig tilbod kan til dømes ligge føre i samband med at ei verksemd går konkurs eller innstiller drifta.

Formålet med føresegna er å gi oppdragsgivaren høve til å nytte seg av kortvarige tilbod som ligg vesentleg under marknadspris.

For å vurdere om det ligg føre eit usedvanleg fordelaktig tilbod, er det dei normale marknadsprisane for tilsvarende ytingar som skal leggjast til grunn.

Tilbodet må dessutan gjelde i eit avgrensa tidsrom, som må vere kortare enn den tida det tek å gjennomføre ein ordinær anskaffingsprosedyre. Vi nemner her at konkurranse etter del II lèt seg gjennomføre relativt raskt sidan det ikkje er sett nokon minimumsfristar, jf. rettleiaren kapittel 11.

**Kan ikkje utsetjast grunna uføresette omstende**

Dersom ei anskaffing ikkje kan utsetjast på grunn av uføresette omstende i den tida det tek å gjennomføre konkurransen, kan anskaffinga gjennomførast etter forskrifta del I, jf. forskrifta § 2-1 andre punktum bokstav c.

For at føresegna skal kunne brukast, må det ligge føre uføresette omstende, det vil seie forhold som oppdragsgivaren ikkje har herredømme over. Dette kan til dømes vere tilfelle dersom det på grunn av såkalla force majeure liknande forhold, altså hendingar som jordskjelv, flaum, brann eller liknande, er nødvendig å gjennomføre ei anskaffing for å få hand om livsnødvendige varer som medisinar, matforsyning eller liknande. Oppbyggingsarbeid etter ein naturkatastrofe som det ikkje er nødvendig å starte med før etter ein vanleg anskaffingsprosedyre, er ikkje omfatta av unntaksføresegna. Med andre ord kan det tenkjast tilfelle der delar av eit prosjekt kan gjennomførast etter unntaksføresegna (medisinar, mat), mens andre delar (oppbyggingsarbeid) må følgje dei ordinære prosedyrane.

Andre uføresette hendingar enn force majeure liknande forhold kan òg oppfylle vilkåret om uføresette omstende. Eit slikt tilfelle kan vere dersom ein leverandør uventa går konkurs, eller dei tilsette streikar, og anskaffinga ikkje kan utsetjast i den tida det tek å gjennomføre ein konkurranse. Sterkt politisk press for å få eit prosjekt raskt gjennomført er derimot ikkje tilstrekkeleg grunnlag for å nytte unntaksføresegna.

Det må gjerast ei konkret vurdering av om anskaffinga objektivt sett ikkje kan utsetjast i den tida det tek å gjennomføre ein konkurranse. Oppdragsgivaren må kunne gjere sannsynleg at å bruke dei ordinære fristane i del II vil få alvorlege konsekvensar. Eit eksempel kan vere at liv og helse står på spel, eller at eigedom kan bli øydelagd. At anskaffinga blir

dyrare eller meir ineffektiv ved ein konkurranse etter forskrifta del II, er ikkje tilstrekkeleg grunn for å nytte føresegna. I samband med dette kan det nemnast at konkurranse etter del II kan gjennomførast relativt raskt sidan ingen minimumsfristar gjeld, sjå rettleiaren kapittel 11.

Det må vere ein årsakssamanheng mellom dei uføresette omstenda og behovet for anskaffinga. Med andre ord må årsaka til at fristane i del II<sup>5</sup> ikkje kan overhaldast, ligge i dei særlege omstenda. Dersom årsaka til at det hastar, er at oppdragsgivaren burde ha planlagt anskaffingane sine betre, kan ikkje føresegna nyttast. Oppdragsgivaren kan misse retten til å bruke unntaksføresegna dersom det går for lang tid før ein gjennomfører anskaffingar som dei uføresette omstenda har gitt opphav til. I slike tilfelle har oppdragsgivaren hatt tid til å gjennomføre ein hasteprosedyre.

Det avgjerande for vurderinga er kva ein normalt påpasseleg oppdragsgivar etter ei objektiv vurdering burde ha føresett.

Dei grunnleggjande prinsippa, særleg proporsjonalitetsprinsippet<sup>6</sup>, talar for at føresegna berre kan nyttast til å inngå meir kortsiktige kontraktar. Unntaksføresegna bør ikkje brukast til å inngå meir langsiktige kontraktar enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. For meir langsiktige kontraktar bør oppdragsgivaren innan rimeleg tid halde ein konkurranse i samsvar med dei alminnelege reglane i forskrifta.

#### KOFA sak 2003/163:

I denne saka oppgav oppdragsgivaren som grunn til ein kort tilbudsfrist at ein måtte rekke søknadsfristen for tilskot frå Husbanken. Klagenemnda meinte at vilkåra for å bruke føresegna ikkje var oppfylte, då årsaka til den korte fristen var at oppdragsgivaren ikkje hadde planlagt prosjektet godt nok.

#### Behov for tilleggsytingar frå same leverandør grunna uføresette omstende

I visse tilfelle kan oppdragsgivaren bruke ein tidlegare leverandør for å få levert nødvendige tilleggsytingar som ikkje er omfatta av den opphavlege kontrakten, jf. forskrifta § 2–1 andre punktum bokstav d. Omgrepet «konkurranse med forhandling» er ikkje dekkjande i ein slik situasjon ettersom det ikkje er snakk om ein reell konkurranse sidan oppdragsgivaren vil inngå forhandlingar med den opphavlege leverandøren. Dei grunnleggjande krava i anskaffingsregelverket må likevel vere oppfylte sjølv om det berre blir forhandla med éin leverandør.

For at føresegna skal kunne brukast, må det for det første ligge føre uføresette omstende, det vil seie forhold som oppdragsgivaren ikkje har herredømme over. Det

<sup>5</sup> Sjå forskrifta §§ 10–1 og 10–2.

<sup>6</sup> Jf. forskrifta § 3–1 femte ledd.

avgjerande for vurderinga er kva ein normalt påpasseleg oppdragsgivar etter ei objektiv vurdering burde ha føresett.

Vidare må anskaffinga gjelde ei tilleggsyting til ein tidlegare kontrakt. Den aktuelle ytinga som skal skaffast, må ha ein naturleg samanheng med den opphavlege hovudytinga. Om det er snakk om ei tilleggsyting eller ei ny anskaffing, må avgjerast konkret. Dersom ytinga er nødvendig for å oppfylle funksjonen til den opphavlege anskaffinga, kan det tale for at ytinga er å rekne for ei tilleggsyting.

Tilleggsytinga må dessutan vere nødvendig for å fullføre den opphavlege kontrakten. Dersom det til dømes blir vedteke nye offentlegrettslege reglar som stiller andre krav til arbeidet enn det som var føresett, er tilleggsytinga nødvendig for å fullføre kontrakten.

Tilleggsytinga må kjøpast frå den leverandøren som leverte hovudytinga. I utgangspunktet inneber det at anskaffinga må leverast av det rettssubjektet som leverte hovudytinga. Dersom leverandøren til dømes har gått konkurs, kan ikkje føresegna brukast. Dersom ei anna verksemd tek over verksemda til leverandøren, meiner departementet at føresegna kan tolkast utvidande, slik at oppdragsgivaren kan inngå kontrakt med den overtakande leverandøren.

#### **Mislykka føregåande konkurranse**

Dersom det etter ein føregåande anbodskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikkje ligg føre tilbod, eller tilboda som ligg føre, ikkje er eigna, kan oppdragsgivaren gjennomføre kjøpet etter forskrifta del I, jf. forskrifta § 2–1 andre punktum bokstav e.

I slike tilfelle har anskaffinga allereie vore kunngjord, og normalt vil ikkje ei ny utlysing føre til eit anna resultat. Unntaksføresegna gir derfor oppdragsgivaren ein siste sjanse til å finne ein leverandør. Men kravet om konkurranse gjeld i slike tilfelle òg, sjå kapittel 5.1.3. Oppdragsgivaren må derfor kontakte fleire leverandørar.

Dersom oppdragsgivaren i den føregåande konkurransen ikkje fekk inn tilbod i det heile, er vilkåret i unntaksføresegna oppfylt.

Dersom dei tilboda oppdragsgivar har fått inn, er heilt ueigna til å oppfylle behova oppdragsgivaren har gjort greie for i konkurransegrunnlaget og kunngjeringa, kan framgangsmåten i del I brukast. Det må gjerast ei objektiv vurdering av om tilboda oppfyller dei krava oppdragsgivaren har stilt. Eit tilbod er til dømes ueigna dersom oppdragsgivaren i konkurransegrunnlaget ber om tilbod på fargeskrivarar, men får tilbod om svart-kvitt-skrivarar.

Unntaksføresegna kan ikkje brukast dersom oppdragsgivaren ombestemmer seg med omsyn til kva som skal skaffast, eller årsaka til at konkurransen blei mislykka, var at konkurransegrunnlaget var misvisande eller upresist. I slike tilfelle må oppdragsgivaren avlyse konkurransen og setje i gang ein ny ordinær konkurranse.

**Anskaffing frå børs, råvarebørs eller liknande**

Ved anskaffing av varer eller tenester frå børs, råvarebørs eller liknande marknad kan anskaffinga følgje forskrifta del I, jf. forskrifta § 2–1 andre punktum bokstav f.

Etablerte marknadsplassar sikrar at prisen på varer eller tenester tilsvarar det marknaden til kvar tid er interessert i å kjøpe og selje ytinga for. Derfor er det unødvendig å gjennomføre ein konkurranse etter anskaffingsregelverket dersom anskaffinga skjer frå børs, råvarebørs eller liknande.

Typiske varer som blir omsette på slike veletablerte marknadsplassar, er kaffi, te, korn, metall og straum.

Anskaffing av meklartenester for å kjøpe på slike børsar er ikkje omfatta av unntaket og må følgje dei alminnelege prosedyrane i forskrifta del II.

**Kjøp av helse- og sosialtenester frå ein ideell organisasjon****Innleiing**

Kjøp av helse- og sosialtenester skal normalt følgje forskrifta del I og II. Dersom slike tenester blir kjøpte frå ideelle organisasjonar, kan oppdragsgivarane i staden følgje berre del I, jf. forskrifta § 2–1 (3). Den generelle bakgrunnen for unntaksføresegna er at ein med kravet til open konkurranse risikerer at ein ikkje i tilstrekkeleg grad tek omsyn til ønsket om samfunnsmessig engasjement og samarbeid med ideelle organisasjonar.

Typiske tenester som blir kjøpte innanfor helse- og sosialsektoren, er sjukehusenester, legetenester, fysioterapi, sosial omsorg i institusjon, førebyggjande arbeid, oppfølging av utsette grupper og pleie og omsorg for ulike grupper trengande.

Unntaket inneber at det i utgangspunktet er nok at oppdragsgivaren følgjer dei grunnleggjande krava som blir stilte til alle anskaffingar, sjå kapittel 5, og dei få andre formalkrava som er stilte i del I (protokollplikt, HMS- og skatteattest). Når det gjeld kravet til konkurranse ved kjøp som overstig EØS-terskelverdi, følgjer det av ei fortolkingsfråsegn frå Kommisjonen at oppdragsgivaren ikkje berre kan plukke ut enkelte leverandørar, men må sørge for ei breiare offentleggjering. Sjå KOFA sak: 2005/180 og kapittel 14.2.

Dersom anskaffinga overstig EØS-terskelverdi, gjeld òg forskrifta § 17–3 (krav til ytinga og tekniske spesifikasjonar) og § 18–4 (kunngjering av konkurranseresultat).

**Kva organisasjonar kan reknast som ideelle etter forskrifta?**

Omgrepet «ideelle organisasjonar» er ikkje definert i forskrifta. Verkeområdet for føresegna må derfor utleiast gjennom tolking. Tolkingsgrunnlaget ligg delvis i forhistoria til at unntaket blei teke inn i forskrifta. Offentleg sektor har tradisjonelt hatt eit tett samarbeid med organisasjonar der frivillig arbeid og velgjerdsarbeid er karakteristisk for verksemda. Røde Kors, Frelsesarmeen og Kirkens Bymisjon har ofte vore trekte fram som eksempel på slike verksemdar. Verksemdene skil seg frå kommersielle verksemdar ved at

dei ikkje har profitt som formål, eventuelt at overskot utelukkande går til å drive og tilby humanistiske og sosiale tenester til ålmenta eller spesielle grupper utan at mottakaren yter eit fullt ut rekningssvarande vederlag.

Verksemder som blir dekte av unntaksføresegna, fell som hovudregel inn under reglar som gir skattefritak eller vesentleg skattelette for slike aktivitetar. Merk likevel at omgrepet «ideelle organisasjonar» ikkje er særskilt samordna med skatte- og avgiftsreglar for frivillige og allmennyttige organisasjonar, men at grunnane til lempingar i skattereglane for denne typen verksemder ofte òg gjer seg gjeldande for målgruppa for unntaksføresegna.

Eit anna karaktertrekk ved ideelle organisasjonar er at dei ofte er organiserte som stiftingar. Departementet vil likevel ikkje utelukke at andre organisasjonsformer, til dømes aksjeselskap, òg kan karakteriserast som ideelle organisasjonar. I denne samanhengen kan vedtektene til organisasjonen vere til hjelp med å identifisere kva formål organisasjonen er stifta for. Ei formålsbestemming kan likevel ikkje vere avgjerande då mange organisasjonar har teke inn humanistiske visjonar utan at det er det sentrale formålet med verksemda. Det typiske for verksemder som blir omfatta, er likevel at heile organisasjonen utan økonomiske motiv arbeider for å dekkje sosiale behov i samfunnet eller hos visse utsette grupper, og at dette er det sentrale formålet til organisasjonen. Sjå òg NOU 2006:15 Frivillighetsregister, der ei arbeidsgruppe kom til at visse aksjeselskap bør kunne registrere seg i det påtenkte registeret. I grunngivinga skriv dei: *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.* Desse momenta får òg betydning ved ei vurdering av om eit aksjeselskap kan vere omfatta av unntaksføresegna i forskrifta om offentlege anskaffingar.

Vurderingar av om ei utanlandsk verksemd fell inn under unntaket for ideelle organisasjonar, må basere seg på dei same momenta som for norske verksemder.

### **Ideelle organisasjonar som offentlegrettslege organ**

Ein del verksemder som blir rekna for å vere ideelle organisasjonar etter unntaksføresegna, kan alt etter omstenda sjølv vere omfatta av regelverket når dei gjer sine anskaffingar, jf. omgrepet «offentlegrettsleg organ» i § 1–2 andre ledd, sjå kapittel 2.1. Sjå òg fortolkningsfråsegn på departementet si heimeside,<sup>7</sup> som omhandlar finansieringsvilkåret i § 1–2 (2) med omsyn til ideelle organisasjonar.

7 [http://odin.dep.no/filarkiv/288686/Fortolkningsuttalelse\\_off\\_anskaffelser\\_bergenkomm.pdf](http://odin.dep.no/filarkiv/288686/Fortolkningsuttalelse_off_anskaffelser_bergenkomm.pdf),

## 7.4 Anskaffingar over EØS-terskelverdiane

### 7.4.1 Hovudregel: Anbodskonkurranse

Hovudregelen ved anskaffingar over EØS-terskelverdiane er ifølgje forskrifta del III at det skal nyttast open eller avgrensa anbudskonkurranse, jf. forskrifta § 14–1 første ledd. Konkurranse med forhandling og konkurranseprega dialog kan berre nyttast i visse unntakstilfelle. Årsaka til det er at anbudskonkurransar blir rekna for å vere den konkurranseforma som best varetek dei grunnleggjande prinsippa om likebehandling, transparens, føreseielegheit og etterprøvingstilgang.

Det ligg føre ein særregel for oppdragsgivarar som driv aktivitet som høyrer inn under forsyningssektoren.<sup>8</sup> Dei kan velje å nytte konkurranse med forhandling med føregåande kunngjering utan at vilkåra i § 14–3 er oppfylte, jf. forskrifta § 2–1 åttande ledd.

### 7.4.2 Unntak: Konkurranseprega dialog eller konkurranse med forhandling

Unntaksvis kan det nyttast konkurranseprega dialog eller konkurranse med forhandling. Desse unntaka blir kommenterte nærmare i kapittel 7.4.3 til 7.4.5.

### 7.4.3 Konkurranseprega dialog

#### Bakgrunn

Oppdragsgivarar som skal gjennomføre særleg komplekse prosjekt eller anskaffingar, kan vere i ein situasjon der dei objektivt sett ikkje er i stand til å fastsetje kva krav som må vere oppfylte for å dekkje behova deira, eller vite kva marknaden kan tilby av tekniske og/eller finansielle og juridiske løysingar. For at oppdragsgivaren skal få kunnskap om kva løysingar som finst på marknaden, er det derfor ein fordel å kunne føre ein dialog med leverandørane på eit tidleg stadium i anskaffinga.

Ettersom det er ulovleg å forhandle med leverandørane i anbudskonkurransar og konkurranse med forhandling berre kan nyttast i snevre unntakstilfelle, har det vakse fram eit behov for å innføre ein meir fleksibel prosedyre for desse kontraktane. Forskrifta inneheld derfor ein ny innkjøpsprosedyre, konkurranseprega dialog, etter mønster av EUs nye anskaffingsdirektiv.<sup>9</sup>

#### Særleg komplekse kontraktar

Hovudvilkåret som må vere oppfylt for at konkurranseprega dialog skal kunne nyttast, er at det er ein særleg kompleks kontrakt som skal tildelast. Forskrifta definerer i kva tilfelle ein kontrakt blir rekna som særleg kompleks. Det første alternativet er når oppdragsgivaren objektivt sett ikkje er i stand til å presisere dei tekniske eigenskapane som skal

<sup>8</sup> Ein del oppdragsgivarar som tidlegare var omfatta av forsyningsforskrifta, skal no følgje forskrifta om offentlege anskaffingar. Nærmare informasjon om endringa er å finne på <http://www.odin.dep.no/odinarkiv/norsk/bondevikll/mod/presse/050001-070068/dok-bn.html> oppdragsgivere.

<sup>9</sup> Prosedyren «konkurranseprega dialog» blei innført i direktiv EF/18/2004, og det er valfritt for dei enkelte EU-/EØS-statane å gjennomføre konkurranseforma. Noreg valde å innføre prosedyren for å gi innkjøparane større valfridom og fleksibilitet ved særleg komplekse kontraktar.

til for å innfri behova til oppdragsgivaren og formålet med anskaffinga, jf. § 15–4 tredje ledd. Det andre alternativet er når oppdragsgivaren objektivt sett ikkje er i stand til å presisere dei rettslege og/eller finansielle forholda i samband med eit prosjekt. Det finst førebels ikkje domsavgjerdar eller annan praksis som viser kva som ligg i desse omgrepa. Ein kan få ei viss rettleiing i Kommisjonens notat, jf. CC/2005/04.

Det går fram av Kommisjonens notat at desse vilkåra må tolkast i lys av fortalen til direktivet, premiss 31. Oppdragsgivarar kan utan eiga skuld vere i ein situasjon der dei finn det objektivt sett umogleg å fastsetje kva vilkår som må vere oppfylte for å dekkje deira behov, eller vite kva marknaden kan tilby av tekniske og/eller finansielle og juridiske løysingar.

For å vurdere om vilkåra er oppfylte, må oppdragsgivaren objektivt sett ikkje vere i stand til å beskrive ytinga på førehand. Etter Kommisjonens notat er dette avhengig av den konkrete marknaden, men ein må òg ta omsyn til kapasiteten til oppdragsgivaren. Kommisjonen framhevar at oppdragsgivaren har ei plikt til etter beste evne å prøve å presisere dei tekniske vilkåra o.a., og dersom han er i stand til det, er vilkåret for å nytte konkurranseprega dialog ikkje oppfylt.

Det er ikkje tilstrekkeleg at ein konkret oppdragsgivar synest det er vanskeleg å gjennomføre ein anbodskonkurranse, til dømes fordi han har avgrensa innkjøpserfaring. Eit moment i den konkrete vurderinga kan vere om oppdragsgivaren har høve til å skaffe seg profesjonell hjelp ved utarbeidinga av spesifikasjonane og vilkåra for anskaffinga.

### **Teknisk kompleksitet**

Teknisk kompleksitet som kan gi grunn til å bruke konkurranseprega dialog, kan oppstå i to tilfelle:

- Oppdragsgivaren er ikkje i stand til å definere teknikken som skal til for å dekkje behova. Det skjer relativt sjeldan ettersom oppdragsgivarar til dømes kan beskrive dei tekniske spesifikasjonane heilt eller delvis som funksjonalitetskrav.
- Oppdragsgivaren klarer ikkje å bestemme kva for ei av fleire moglege løysingar som er best eigna til å dekkje behova.

#### **Tillate:**

Det skal byggjast eit vegsamband mellom fastlandet og ei øy på Vestlandet. Oppdragsgivaren veit ikkje om den beste løysinga er å byggje bru eller tunnel, sjølv om oppdragsgivaren er i stand til å skrive spesifikasjonane både for bru og tunnel. I eit slikt tilfelle kan konkurranseprega dialog nyttast.

**Juridisk eller finansiell kompleksitet**

Juridisk eller finansiell kompleksitet som kan gi grunnlag for å bruke konkurranseprega dialog, kan til dømes finne stad ved særleg komplekse IT-kontraktar eller OPS-kontraktar. Merk at ikkje alle IT-kontraktar eller OPS-kontraktar er komplekse nok til å oppfylle vilkåret.

**Tillate:**

Ein kommune ønskjer å få oppført ein skule og vil at leverandøren skal stå for bygginga og drifta av skulen i 20 år, medrekna alt vedlikehald, kantinedrift o.a. Slike avtalar har ofte spesielt komplekse finansielle og juridiske vilkår og kan oppfylle vilkåret.

**7.4.4 Konkurrans med forhandlingar etter føregående kunngjering****Generelt om unntaksheimelen i § 14–3**

EF-domstolen har fleire gonger understreka at dei tilsvarande føresegnene i EU-direktiva er uttømmende unntaksreglar som må tolkast restriktivt, og at det er oppdragsgivaren som må vise at vilkåra er oppfylte.

Dersom vilkåra for å nytte konkurranse med forhandling i § 14–3 er oppfylte, må konkurransen kunngjerast.<sup>10</sup> Dei andre reglane i anskaffingsregelverket gjeld så langt det passar. Mellom anna gjeld reglane om minimumsfristar i desse tilfella.

**Ukorrekte eller uakseptable tilbod**

Dersom det har vore halde anbodskonkurranse eller konkurranseprega dialog, og tilboda som er komne inn, er ukorrekte eller uakseptable, kan oppdragsgivaren bruke konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 14–3 bokstav a. Det er eit krav at alle tilbod er ukorrekte eller uakseptable, men ikkje at dei er det av same grunn.

Eit tilbod er ukorrekt dersom det har formelle feil eller manglar. Formkrava kan anten følgje av regelverket for offentlege anskaffingar eller av kunngjeringa og/eller konkurransegrunnlaget. Eksempel på ukorrekte tilbod kan vere tilbod som ikkje er innleverte innan tilbodsfristen, eller tilbod som inneheld vesentlege atterhald.

Eit tilbod er uakseptabelt dersom det ikkje oppfyller dei kvalifikasjonskrava eller tildelingskriteria som er fastsette i anskaffingsregelverket, kunngjeringa og/eller konkurransegrunnlaget. Eksempel på ukorrekte eller uakseptable tilbod kan vere når det ikkje er lagt fram skatteattest eller tilbodet ikkje oppfyller krava som er stilte til ytinga i kravspesifikasjonen.

<sup>10</sup> Jf. forskrifta § 14–3 første ledd, jf. § 18–3.

Overgangen mellom ukorrekte og uakseptable tilbod er flytande. Kva kategori som skal brukast i tvilstilfelle, har likevel berre teoretisk interesse då konsekvensen blir den same, nemleg at oppdragsgivaren kan nytte konkurranse med forhandling med føregåande kunngjering.

Når ein skal avgjere om tilboda er ukorrekte eller uakseptable, må ei objektiv vurdering leggast til grunn. Dersom behova til oppdragsgivaren har endra seg, eller konkurransen er mislykka fordi oppdragsgivaren har utarbeidd eit upresist konkurransegrunnlag, kan ikkje føresegna nyttast. Det same gjeld dersom oppdragsgivaren har hatt urealistiske forventningar til kva marknaden kan tilby, og anskaffinga er underbudsjettert. I slike tilfelle kan oppdragsgivaren avlyse konkurransen<sup>11</sup> og eventuelt gjennomføre ein ny anbuds-konkurranse eller konkurranseprega dialog.

Oppdragsgivaren kan ikkje gjere vesentlege endringar i dei opphavlege kontraktsvilkåra. Vilkåra som var fastsette i det opphavlege konkurransegrunnlaget, kunngjeringa o.a., blir såleis avgjerande for kva oppdragsgivaren kan forhandle om. Det må gjerast ei konkret vurdering med omsyn til kva som skal reknast som vesentlege endringar. Dersom endringane er så store at anskaffinga får ein annan karakter, og det er grunn til å tru at andre leverandørar hadde ønskt å vere med i konkurransen, tyder det på at endringane er vesentlege. I slike tilfelle står ein overfor ei ny anskaffing som må følgje hovudregelen om anbuds-konkurranse (dersom ikkje vilkåra for å bruke konkurranse med forhandling eller konkurranseprega dialog er oppfylte).

#### **Anskaffingsart eller tilknytt risiko tillèt ikkje samla prisfastsetjing på førehand**

I særlege tilfelle der anskaffingsart eller tilknytt risiko ikkje tillèt samla prisfastsetjing, kan oppdragsgivaren nytte konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 14–3 bokstav b.

Føresegna gjeld for både vare-, teneste- og byggje- og anleggskontraktar.

For visse kontraktar kan det vere vanskeleg for oppdragsgivaren å anslå kva anskaffinga kjem til å koste, og for leverandørar å gi eit tilbod med bindande prisar utan å ta så mange atterhald at det blir uråd å samanlikne tilboda. Det gjeld til dømes særleg komplekse entreprisekontraktar der det er mange risikoelement som det må takast høgd for. Vidare kan særleg komplekse OPS-kontraktar òg bli omfatta sidan dei kan ha kompliserte tekniske, rettslege og finansielle vilkår knytte til seg. Ikkje alle OPS-kontraktar eller entreprisekontraktar er komplekse nok til å falle inn under den snevre unntaksregelen. Det må gjerast ei konkret vurdering.

Det er ikkje tilstrekkeleg at oppdragsgivaren subjektivt finn det vanskeleg å fastsetje ein pris. Det følgjer av ordlyden i føresegna at det berre er i unntakstilfelle føresegna kan brukast. Det typiske bruksområdet blir særleg komplekse anskaffingar.

<sup>11</sup> Jf. forskrifta § 22–1.

KOFA sak 2005/68:

Saka gjaldt bruk av konkurranse med forhandling for å etablere eit OPS til prosjektering, bygging, finansiering og drift av eit bygg med ulike funksjonar. Verken utforminga av bygget, eigarskapen eller kontraktstida var endeleg fastsett på førehand. Den innklaga hevda at det var nødvendig å sjå tilboda før kontrakten kunne utformast endeleg. Klagenemnda fann ikkje grunnlag for å setje den innklaga si vurdering til sides når han hevda at kontraktsarten og risikoen ikkje tillét ei samla prisfastsetjing på førehand, og kom til at prosedyreforma ikkje var i strid med regelverket.

### **Tenestearten tilseier at det ikkje kan fastsetjast nøyaktige spesifikasjonar på førehand**

Dersom tenestearten tilseier at det ikkje kan fastsetjast nøyaktige spesifikasjonar på førehand, kan oppdragsgivaren nytte konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 14–3 bokstav c.

Føresegna gjeld berre for tenestekontraktar.

Forskrifta har som utgangspunkt at anskaffingar skal spesifiserast gjennom ein behovsspesifikasjon eller ved at det blir oppgitt funksjonskrav. Dersom tenestene som skal kjøpast, er av ein slik art at det ikkje i tilstrekkeleg grad kan fastsetjast nøyaktige spesifikasjonar som gjer det mogleg å velje det beste tilbodet i ein anbodskonkurranse, kan det nyttast konkurranse med forhandling.

Det er eit krav at tenestearten er årsaka til at det ikkje i tilstrekkeleg grad kan fastsetjast nøyaktige spesifikasjonar. Dersom oppdragsgivaren manglar kompetanse til å spesifisere ytinga, er ikkje vilkåret oppfylt. I sak 2003/184 har klagenemnda sagt at utgangspunktet for vurderinga må vere kva ein normalt dyktig innkjøpar utan spesialkunnskap på området kan prestere.

Unntaksføresegna viser til intellektuelle tenester og finansielle tenester. Det inneber ikkje at alle kjøp av slike tenester kan skje ved kjøp etter forhandling; det må gjerast ei konkret vurdering av om dei strenge vilkåra er oppfylte.

KOFA sak 2003/184:

Klagenemnda kom til at det ikkje kunne nyttast konkurranse med forhandling for den konkrete anskaffinga av forsikringsmeklartenester. Nemnda kunne ikkje sjå at det var vanskeleg å spesifisere ytinga, og vurderte ikkje dei aktuelle tenestene som kompliserte nok. Det blei vist til at det hadde vore mogleg for oppdragsgivaren å oppgi ønskt prisstruktur med prismatrise. Nemnda meinte at oppdragsgivaren med få og enkle grep kunne ha spesifisert ytinga.

**Byggje- og anleggskontraktar som berre har FoU-formål**

Konkurranse med forhandling kan nyttast dersom det skal kjøpast eit byggje- og anleggsarbeid som berre skal brukast til forskning, eksperimentering, undersøking eller utvikling, såkalla FoU-formål, jf. forskrifta § 14–3 bokstav d. Leverandøren skal altså utvikle eit nytt byggje- og anleggsarbeid som oppdragsgivaren har behov for, og som ikkje finst tilgjengeleg på marknaden. Dersom arbeidet skal utførast for å påvise kva kommersielt potensial det har, kan ikkje føreseigna brukast.

Føreseigna gjeld berre byggje- og anleggskontraktar. Varekontraktar med FoU-formål er regulerte i § 14–4 bokstav e, sjå rettleiaren kapittel 7.4.5. Enkelte kontraktar om forskings- og utviklingstenester kan fritakast frå forskrifta, jf. § 1–3 andre ledd bokstav g og rettleiaren kapittel 2.2.2.

Det er ikkje tilstrekkeleg å kalle kontrakten ein FoU-kontrakt, det er det reelle innhaldet i avtalen som er avgjerande. Oppdragsgivaren må kunne gjere sannsynleg at resultatet av arbeidet vil føre til ny kunnskap eller teknologi eller til ny bruk av eksisterande teknologi. Dersom kontrakten heilt eller delvis har eit kommersielt formål, er vilkåret ikkje oppfylt.

Dersom oppdragsgivaren seinare ønskjer å kjøpe bygget eller anlegget som er utvikla gjennom FoU-kontrakten, må dei alminnelege reglane om anbodskonkurranse følgjast.

**7.4.5 Konkurrans med forhandling utan føregåande kunngjering****Generelt om unntaksheimelen i § 14–4**

EF-domstolen har fleire gonger understreka at dei tilsvarande føresegnene i EU-direktiva er uttømmmande unntaksreglar som må fortolkast restriktivt, og at det er oppdragsgivaren som må vise at vilkåra er oppfylte.

Dersom vilkåra for å bruke konkurranse med forhandling i § 14–4 er oppfylte, er det ikkje noko krav at konkurransen skal kunngjerast først. Konkurrans med forhandling utan føregåande kunngjering inneber derfor eit større avvik frå dei grunnleggjande krava i regelverket om føreseielegheit og transparens enn når det tidlegare har vore kunngjering. Det tilseier at denne unntaksføreseigna er endå snevrare enn § 4–3.

Sjølv om det ikkje ligg føre ei plikt til å kunngjere konkurransen etter den aktuelle føreseigna, er ikkje oppdragsgivaren friteken frå dei grunnleggjande krava i anskaffingsregelverket. Oppdragsgivaren må derfor mellom anna sørge for å halde konkurranse og behandle leverandørane likt så langt det lèt seg gjere.

**Ukorrekte eller uakseptable tilbud**

Dersom det har vore halde ein anbodskonkurranse eller konkurranseprega dialog, og tilboda som kom inn, var ukorrekte eller uakseptable, kan oppdragsgivaren bruke konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 14–4 bokstav a. Sjå omtalen i kapittel 7.4.4 av kva som ligg i vilkåra i den liknande føresegna i § 14–3 bokstav a.

I tillegg til vilkåra som er behandla ovanfor, er det eit krav ifølgje § 14–4 bokstav a at oppdragsgivaren inviterer alle leverandørane som var med i den føregående konkurransen, til å delta, så sant dei oppfylte kvalifikasjonskrava og leverte tilbod i samsvar med dei formelle krava til anskaffingsprosedyren.

**Mislykka føregående konkurranse**

Dersom det etter ein føregående anbodskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikkje ligg føre tilbod, eller tilboda som ligg føre, ikkje er eigna, kan oppdragsgivaren i visse tilfelle bruke konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 14–4 bokstav b.

I forskrifta § 2–1 tredje ledd bokstav e finst ei tilsvarande føresegn som heimlar kjøp etter forskrifta del I for anskaffingar under EØS-terskelverdi. Sjå kapittel 6.2.1.

Føresegna overlappar til ein viss grad føresegnene i § 14–3 bokstav a og § 14–4 bokstav a. Tilboda blir rekna som ueigna når dei ikkje oppfyller formålet med anskaffinga slik det går fram av kunngjeringa og konkurransegrunnlaget. Det må gjerast ei objektiv vurdering av om tilboda oppfyller dei oppsette krava. Eit tilbod er til dømes ueigna dersom oppdragsgivaren i konkurransegrunnlaget ber om tilbod på fargeskrivarar, men får tilbod om svart-kvitt-skrivarar.

Det er eit krav at det ikkje blir gjort vesentlege endringar i dei opphavleg kontraktsvilkåra, slik at det i realiteten dreier seg om ei ny anskaffing. Bakgrunnen for det er at det kan tenkjast at marknaden responderer annleis på dei nye konkurranseføresetnadene. Grunnlaget for den opphavlege konkurransen utgjør kontraktsvilkåra, medrekna kunngjering, eventuelt kvalifiseringsgrunnlag, konkurransegrunnlag o.a.

**Berre éin leverandør i marknaden**

Dersom anskaffinga berre kan gjerast hos éin leverandør i marknaden, anten det er av tekniske eller kunstnarlege årsaker eller for å verne om ein einerett, kan oppdragsgivaren gjennomføre anskaffinga gjennom konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 14–4 bokstav c. Dette er i samsvar med formålet i regelverket om effektive anskaffingar sidan det i slike tilfelle er bortkasta bruk av tid og ressursar å halde ein konkurranse.

Omgrepet «konkurranse med forhandling» er rett nok ikkje dekkjande i ein slik situasjon då det ikkje er snakk om ein reell konkurranse sidan oppdragsgivaren vil gå i forhandlingar med berre den eine leverandøren. Dei grunnleggjande krava i anskaffingsregelverket må likevel oppfyllast sjølv om det berre blir forhandla med éin leverandør.

Sjå den liknande føresegna i § 2–1 første ledd bokstav a, som gjeld anskaffingar under EØS-terskelverdi, jf. rettleiinga kapittel 7.3.2.

Det er ikkje tilstrekkeleg at oppdragsgivaren meiner at berre éin leverandør kan oppfylle behovet, eller at oppdragsgivaren berre veit om éin leverandør fordi han har manglande kunnskap om marknaden. Det er oppdragsgivaren som må vise at vilkåra i føresegna er oppfylte. Det må liggje føre objektive årsaker, til dømes rettslege skrankar, til at berre éin leverandør kan oppfylle ytinga.

Det held ikkje å bevisе at éin leverandør kan levere ytinga meir effektivt enn andre, det må bevisast at det berre er éin leverandør som kan produsere det som er etterspurt.

Oppdragsgivaren må kunne godtgjere at det berre finst éin leverandør i heile EØS-området. Det er altså ikkje tilstrekkeleg at det berre er éin leverandør i Noreg som kan levere ytinga. For at oppdragsgivaren skal kunne gjere sannsynleg at dette kravet er oppfylt, trengst det altså inngåande kjennskap til alle potensielle leverandørar i heile EØS-området.

Årsaka til at berre éin leverandør kan oppfylle krava, må anten liggje i det tekniske eller kunstnarlege eller i behovet for å verne om ein einerett.

Det kan til dømes tenkjast at berre éin leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det berre er éin leverandør som produserer produktet. Ettersom den tekniske ekspertisen er i stadig utvikling, skal det svært mykje til for å gjere sannsynleg at andre leverandørar eller grupper av leverandørar ikkje kan og ikkje kjem til å kunne levere den aktuelle ytinga.

Dei kunstnarlege grunnane som kan godtgjere at det berre finst éin leverandør, gjeld vanlegvis kjøp av kunst og utsmykking. Kjøp av kunst kan anten gjelde eit ferdig produkt, til dømes eit måleri, eller eit arbeid som ein kunstnar skal utføre, til dømes utsmykking av ein bygning. Bakgrunnen for unntaket er at valet av slike ytingar oftast er basert på den subjektive oppfatninga til oppdragsgivaren, ikkje på kva som er mest økonomisk fordelaktig.

Dersom éin leverandør har einerett på ytinga og ytinga derfor berre kan leverast av vedkommande, er vilkåret oppfylt. Med einerett er det typisk meint immaterielle rettar som patent, varemerke og mønstervern. Det er lagt til grunn at det ikkje er nok at leverandøren har einerett i juridisk forstand, men at det faktisk ikkje må vere andre leverandørar som kan tilby ytinga. Unntaket gjeld ikkje dersom den som har einerett, har gitt andre lisens til å tilby ytinga, ettersom det då er fleire leverandørar som kan tilby ytinga.

**Tillate:**

Ein kjend internasjonal kunstnar har laga eit måleri med motiv henta frå ein kommune i Nord-Noreg. Kommunen ønskjer å kjøpe måleriet for å ha det i det nye rådhuset, både fordi dei synest biletet er vakkert, og fordi det har god marknadsføringsverdi for kommunen. Kommunens subjektive oppfatning av kva slags kunst som vil eigne seg til rådhuset, veg tungt i slike tilfelle og talar her for at dei kan kjøpe biletet direkte frå galleriet som har det utstilt.

**Ikkje tillate:**

Det skal kjøpast nye kaffimaskiner i alle departementa. Innkjøpsansvarleg Per les fleire forbrukarrapportar, som konkluderer med at Maskin X «lagar den beste kaffien og krev minst vedlikehald». Det er berre éin leverandør som sel denne maskina, Maskin X AS. Men Per kan ikkje kjøpe kaffimaskinene direkte frå denne leverandøren ettersom fleire leverandørar kan tilby liknande kaffimaskiner. Per kan heller ikkje utforme konkurransegrunnlaget slik at berre Maskin X AS kan få kontrakten, til dømes ved å utforme dei tekniske spesifikasjonane slik at berre denne leverandøren kan oppfylle vilkåra. Sjå nærmare i kapittel 9.5 om kva tekniske spesifikasjonar oppdragsgivaren kan bruke.

**KOFA sak 2004/45:**

Anskaffinga gjaldt kjøp av IT-opplæring, og oppdragsgivaren tok direkte kontakt med éin leverandør. Det var ikkje tilstrekkeleg å vise til at den valde leverandøren hadde utvikla eit relevant produkt. Oppdragsgivaren kunne ikkje godtgjere at det ikkje fanst andre leverandørar som hadde eller kunne utvikle liknande produkt som kunne dekkje behova til oppdragsgivaren like godt. Klagenemnda kom til at føresegna var broten.

**Særlege forhold gjer det umogleg å halde fristane**

Dersom det på grunn av særlege forhold som ikkje skuldast oppdragsgivaren, og som oppdragsgivaren ikkje kunne ha føresett, er umogleg å halde fristane i forskrifta, kan oppdragsgivaren bruke konkurranse med forhandling utan føregåande kunngjering, jf. §14–4 bokstav d.

Det må for det første liggje føre særlege forhold, noko som skal mykje til. Det mest praktiske er truleg å krevje at liv og helse står på spel. Det er til dømes tilfelle dersom det på grunn av såkalla force majeure liknande forhold, altså hendingar som jordskjelv, flaum, brann eller liknande, er nødvendig å gjennomføre ei anskaffing for å få hand om livsnødvendige varer som til dømes medisinar, matforsyning eller liknande. Oppbyggingsarbeid etter ein naturkatastrofe som det ikkje er nødvendig å starte med

før etter ein vanleg anskaffingsprosedyre, blir ikkje omfatta av unntaksføresegna. Med andre ord kan det tenkjast tilfelle der delar av eit prosjekt kan gjennomførast etter unntaksføresegna (medisinar, mat), mens andre delar (oppbyggingsarbeid) må følgje dei ordinære prosedyrane.

Andre uføresette omstende enn force majeure liknande forhold kan òg oppfylle vilkåret om slike særlege forhold. Det kan til dømes vere tilfelle dersom leverandøren til oppdragsgivaren uventa går konkurs, eller dei tilsette hos leverandøren streikar og det medfører fare for liv eller helse. Sterkt politisk press for å få eit prosjekt raskt gjennomført er derimot ikkje tilstrekkeleg grunnlag for å bruke unntaksføresegna.

Oppdragsgivaren må kunne gjere sannsynleg at dei særlege forholda ikkje skuldast oppdragsgivaren. Dersom årsaka til at det hastar, er at oppdragsgivaren burde ha planlagt anskaffingane betre, kan ikkje føresegna brukast.

Oppdragsgivaren må òg kunne gjere sannsynleg at han ikkje kunne ha føresett dei særlege forholda. Det avgjerande for vurderinga er kva ein normalt påpasseleg oppdragsgivar etter ei objektiv vurdering burde ha føresett.

Vidare er det eit krav at det må vere ein årsakssamanheng mellom dei særlege forholda og behovet for anskaffinga. Med andre ord må årsaka til at fristane etter forskrifta ikkje kan haldast, liggje i dei særlege omstenda. Det er òg krav om ein viss nærleik i tid mellom dei særlege forholda og behovet for anskaffinga. Oppdragsgivaren kan misse retten til å bruke unntaksføresegna dersom det går for lang tid før han gjennomfører anskaffingar som dei særlege forholda gir opphav til. I slike tilfelle har oppdragsgivaren hatt høve til å gjennomføre ein hasteprosedyre. Derfor ligg det ikkje lenger føre nokon årsakssamanheng mellom dei særlege forholda og det at fristane i forskrifta ikkje kan brukast.

Oppdragsgivaren må òg kunne gjere sannsynleg at fristane for anbodskonkurranse eller konkurranse med forhandling med føregåande kunngjering ikkje kan brukast, det vil seie at det vil få alvorlege konsekvensar dersom fristane for desse konkurranseformene blir følgde. Eit eksempel er at det er nødvendig for å sikre liv, helse eller oppdragsgivarens eigeidom. Det er ikkje tilstrekkeleg at det blir meir kostbart eller meir ineffektivt å gjennomføre anskaffinga gjennom ein anbodskonkurranse (eller konkurranse med forhandling etter føregåande kunngjering) etter fristane i forskrifta kapittel 19. Unntaksføresegna må sjåast i samanheng med høvet til å bruke hasteprosedyren etter § 19-5. Dersom oppdragsgivaren har tid til å bruke hasteprosedyren etter § 19-5, kan ein ikkje heimle konkurranse med forhandling i denne unntaksføresegna. I slike tilfelle er det ikkje umogleg å halde fristane i forskrifta.

Dei grunnleggjande prinsippa, særleg proporsjonalitetsprinsippet,<sup>12</sup> talar for at føresegna berre kan nyttast til å inngå meir kortsiktige kontraktar. Unntaksføresegna bør ikkje nyttast til å inngå meir langsiktige kontraktar enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Oppdragsgivaren bør innan rimeleg tid halde ein konkurranse i samsvar med dei alminnelege reglane i forskrifta for langsiktige kontraktar.

12 Jf. forskrifta § 3-1 femte ledd.

C-328/92 for EF-domstolen: Oppdragsgivaren ønskte å sikre leveringstryggleiken for medisin. EF-domstolen meinte at dette ikkje var «særlege forhold» så lenge det ikkje hadde oppstått ein reell mangel på dei aktuelle medisinane.

### Varekontraktar som berre har FoU-formål

Konkurranse med forhandling utan føregåande kunngjering kan nyttast dersom det skal kjøpast ei vare som utelukkande skal nyttast til forskning, eksperimentering, undersøking eller utvikling, såkalla FoU-formål, jf. forskrifta § 14–4 bokstav e.

Føresegna gjeld berre for varekontraktar. Byggje- og anleggskontraktar med FoU-formål er regulerte i § 14–3 bokstav d, sjå rettleiaren kapittel 7.4.3. Enkelte kontraktar om forskings- og utviklingstenester kan fritakast frå forskrifta, jf. § 1–3 andre ledd bokstav g og rettleiaren kapittel 2.2.2.

Føresegna kan nyttast når leverandøren skal utvikle eit nytt produkt eller ei løysing som oppdragsgivaren har behov for, og som ikkje finst tilgjengeleg på marknaden. Dersom det skal produserast ei vare med tanke på å finne ut kva kommersielt potensial vara har, kan ikkje føresegna brukast. Dersom oppdragsgivaren seinare ønskjer å kjøpe det som er utvikla, gjennom FoU-kontrakten, må dei alminnelege reglane om anbodskonkurranse følgjast.

Det er ikkje tilstrekkeleg å kalle kontrakten ein FoU-kontrakt, det er det reelle innhaldet i avtalen som er avgjerande. Oppdragsgivaren må kunne gjere sannsynleg at resultatet av arbeidet vil føre til ny kunnskap eller teknologi eller til ny bruk av eksisterande teknologi. Dersom kontrakten heilt eller delvis har eit kommersielt formål, er ikkje vilkåret oppfylt. Ein kan ikkje bruke føresegna dersom ein vil produsere vara for kommersielt vidare-  
sal, sjølv om formålet er å dekkje kostnadene med utviklinga av vara eller å påvise det kommersielle potensialet til vara.

### Tilleggsleveransar i ein varekontrakt frå den opphavlege leverandøren

Dersom oppdragsgivaren har inngått ein varekontrakt med ein leverandør, kan han i visse tilfelle skaffe tilleggsleveransar frå den same leverandøren, jf. forskrifta § 14–4 bokstav f. Bakgrunnen for føresegna er at det i desse tilfella kan vere økonomisk mest fordelaktig for oppdragsgivaren å kjøpe varene hos den opphavlege leverandøren. Oppdragsgivaren bør likevel alltid vurdere om anbodskonkurranse vil sikre ei meir effektiv anskaffing.

Omgrepet «konkurranse med forhandling» er ikkje dekkjande i ein slik situasjon då det ikkje er snakk om ein reell konkurranse sidan oppdragsgivaren vil inngå forhandlingar med den opphavlege leverandøren. Dei grunnleggjande krava i anskaffingsregelverket må likevel overhaldast sjølv om det berre blir forhandla med éin leverandør.

Føresegna gjeld berre varekontraktar. Tileggsarbeid i ein teneste- eller byggje- og anleggskontrakt er regulerte i forskrifta § 14–4 bokstav j.

For at det skal vere snakk om ein tileggsleveranse, må det vere ein naturleg samanheng mellom den opphavlege hovudleveransen og den nye. Det følgjer av føresegna at tileggsleveransen delvis må ha ei fornying eller utviding av tidlegare leveransar til formål. Delvis fornying inneber utskifting av éin del med ein tilsvarande, til dømes fordi den opphavlege delen er øydelagd eller utsliten. Ei utviding av tidlegare leveransar inneber ei supplering av hovudleveransen.

Anskaffinga må skje hos den leverandøren som leverte hovudytinga. I utgangspunktet betyr det at anskaffinga må gjerast hos det rettssubjektet som leverte hovudytinga. Dersom leverandøren til dømes har gått konkurs, kan ikkje føresegna brukast. Dersom verksemda til leverandøren blir overteken av ei anna verksemd, meiner departementet at føresegna må forståast slik at oppdragsgivaren kan inngå kontrakt med den overtakande leverandøren.

Vidare er det eit krav at skifte av leverandør anten medfører at oppdragsgivaren kjøper utstyr som er teknisk uforlikeleg med eksisterande teknisk utstyr, eller påfører oppdragsgivaren urimeleg store tekniske vanskar. Utstyret er teknisk uforlikeleg når det ikkje er kompatibelt og oppdragsgivaren ikkje kan bruke det eksisterande utstyret. Det er ikkje tilstrekkeleg at oppdragsgivaren får komplikasjonar i ein overgangsfase ved skifte av leverandør, noko som er heilt normalt. Dei tekniske vanskanane må vere vesentleg større enn det som er normalt.

Kontraktar etter denne føresegna skal normalt ikkje gå over meir enn tre år. Utgangspunktet for fastesetjinga av fristen er tidspunktet då den opphavlege hovudkontrakten blei inngått.<sup>13</sup>

Det må liggje føre saklege og gode grunnar for å overstige treårsgrensa. Det følgjer òg av kravet om at oppdragsgivaren må opptre med god forretningsskikk, som tilseier at ei lengre kontraktstid må vere forretningsmessig forsvarleg.

#### **Vara blir kjøpt på varebørs**

Ved anskaffing av varer eller tenester på børs, råvarebørs eller liknande marknad kan oppdragsgivaren bruke konkurranse med forhandling, jf. forskrifta § 14–4 bokstav g.

Etablerte marknadsplassar sikrar at prisen på varer eller tenester tilsvarar det marknaden til kvar tid er interessert i å kjøpe og selje ytinga for. Det er derfor unødvendig å gjennomføre ein ordinær konkurranse etter anskaffingsregelverket.

Omgrepet «konkurranse med forhandling» er ikkje heilt dekkjande i ein slik situasjon då det ikkje er snakk om forhandlingar når oppdragsgivaren kjøper vara på børs.

<sup>13</sup> EF-domstolen slo i C-385/02 fast at utgangspunktet for fastsetjinga av fristen er tidspunktet då den opphavlege kontrakten blei inngått.

Anskaffing av tenester for å kjøpe på børs er ikkje omfatta av unntaket og må derfor følgje dei alminnelege anskaffingsprosedyrane i forskrifta del III.

#### **Vara kan skaffast på særskild fordelaktige vilkår**

Dersom vara kan skaffast på særskild fordelaktige vilkår, til dømes dersom leverandøren innstiller verksemda eller går konkurs, kan oppdragsgivaren nytte konkurranse med forhandling utan føregående kunngjering, jf. forskrifta § 14–4 bokstav h.

Formålet med føresegna er å gi oppdragsgivaren høve til å gjere seg nytte av særskild fordelaktige tilbod som ligg vesentleg under marknadspris.

For å vurdere om det ligg føre eit særskild fordelaktig tilbod, er det dei normale marknadsprisane for tilsvarende ytingar som skal leggjast til grunn.

#### **Tenestekontraktar som skal inngåast etter plan- og designkonkurranse**

Konkurranse med forhandling utan føregående kunngjering kan brukast ved tenestekontraktar som blir inngått etter ein plan- og designkonkurranse der det er fastsett at kontrakten skal tildelast vinnaren eller ein av vinnarane i konkurransen, jf. forskrifta § 14–4 bokstav i.<sup>14</sup> Bakgrunnen for føresegna er at det i desse tilfella allereie har vore kunngjering og konkurranse gjennom plan- og designkonkurransen.

Dersom oppdragsgivaren har bestemt at kontrakten skal tildelast ein av vinnarane i konkurransen, skal alle vinnarane i konkurransen inviterast til å delta i forhandlingane.

#### **Tilleggsstenester og tilleggsarbeid frå den opphavlege leverandøren**

Dersom oppdragsgivaren har inngått ein teneste- eller byggje- og anleggskontrakt med ein leverandør, kan han i visse tilfelle skaffe tilleggsleveransar frå den same leverandøren som ikkje var omfatta av den opphavlege kontrakten, jf. forskrifta § 14–4 bokstav j.

Bakgrunnen for føresegna er at det i desse tilfella kan vere teknisk og økonomiske mest fordelaktig for oppdragsgivaren å gjennomføre anskaffinga hos den opphavlege leverandøren. Oppdragsgivaren bør alltid vurdere om anbodskonkurranse kan sikre ei meir effektiv anskaffing.

Omgrepet «konkurranse med forhandling» er ikkje dekkjande i ein slik situasjon, då det ikkje er snakk om ein reell konkurranse så lenge oppdragsgivaren vil inngå forhandlingar med den opphavlege leverandøren. Dei grunnleggjande krava i anskaffingsregelverket må likevel overhaldast sjølv om det berre blir forhandla med éin leverandør.

Føresegna gjeld berre teneste- og byggje- og anleggskontraktar. Tilleggsleveransar av varer er regulerte i forskrifta § 14–4 bokstav f.

For at det skal vere snakk om ein tilleggsleveranse, må det liggje føre ein naturleg samanheng mellom den opphavlege hovudleveransen og den nye.

<sup>14</sup> Jf. forskrifta § 21–1 og rettleiinga kapittel 17.1.

Grunnen til at tilleggstenesta eller tilleggsarbeidet må utførast, må liggje i forhold som oppdragsgivaren ikkje kunne føresjå. Ein må gjere ei objektiv vurdering med utgangspunkt i kva ein normalt påpasseleg oppdragsgivar ville ha føresett. Dersom årsaka til at oppdragsgivaren har behov for tilleggsytninga ligg i dårleg planlegging med omsyn til kva som skulle innkjøpast i første omgang, er ikkje vilkåret oppfylt. Det må liggje føre ein årsakssamanheng mellom dei uføresette forholda og behovet for tilleggsytninga.

Anskaffinga må skje hos den leverandøren som leverte hovudytinga. I utgangspunktet betyr det at anskaffinga må skje hos det rettssubjektet som leverte hovudytinga. Dersom leverandøren til dømes har gått konkurs, kan ikkje føresegna brukast. Dersom verksemda til leverandøren blir overteken av ei anna verksemd, meiner departementet at føresegna må forståast slik at oppdragsgivaren kan inngå kontrakt med den overtakande leverandøren.

Den samla verdien av tilleggskontrakten må ikkje overstige 50 prosent av verdien av den opphavlege kontrakten. Sjå kapittel 4 når det gjeld berekning av verdien av den opphavlege kontrakten.

Vidare er det sett opp to alternative vilkår, og eitt av dei må vere oppfylt. Det første alternativet er at tilleggsytninga teknisk og økonomisk ikkje kan skiljast frå den opphavlege kontrakten utan vesentlege ulemper. Det er ikkje tilstrekkeleg at oppdragsgivaren kan få visse komplikasjonar i ein overgangsfase ved skifte av leverandør, det er normalt i slike tilfelle. Dei tekniske og økonomiske ulempene må vere vesentleg større enn det som er normalt. Det alternative vilkåret er at tilleggsytninga er strengt nødvendig for å fullføre den opphavlege kontrakten. Dette vilkåret er til dømes oppfylt dersom den opphavlege kontraktsgjenstanden ikkje kan brukast utan tileggsytninga.

#### **Gjentakingsarbeid i samband med ein teneste- eller byggje- og anleggskontrakt**

For nye arbeid som er ei gjentakning av liknande arbeid som er utførte i samband med ein tidlegare teneste- eller byggje- og anleggskontrakt, kan oppdragsgivaren i visse tilfelle nytte konkurranse med forhandling utan føregåande kunngjering, jf. forskrifta § 14–4 bokstav k.

Bakgrunnen for føresegna er at det i desse tilfella blir lagt til grunn at det er mest økonomisk fordelaktig å gjennomføre anskaffinga hos den opphavlege leverandøren. Oppdragsgivaren bør likevel alltid vurdere om anbodskonkurranse vil sikre ei meir effektiv anskaffing.

Omgrepet «konkurranse med forhandling» er ikkje dekkjande i ein slik situasjon då det ikkje er snakk om reell konkurranse så lenge oppdragsgivaren vil inngå forhandlingar med den opphavlege leverandøren. Dei grunnleggjande krava i anskaffingsregelverket må likevel overhaldast sjølv om det berre blir forhandla med éin leverandør.

Den opphavlege kontrakten må vere inngått etter ein open eller avgrensa anbods-konkurranse. Ein kan altså ikkje nytte føresegna dersom den opphavlege kontrakten er inngått etter konkurranse med forhandling eller konkurranseprega dialog.

Føresegna gjeld berre for teneste- og byggje- og anleggskontraktar.

Dei nye arbeida må vere i samsvar med det opphavlege prosjektet. Gjentakingsarbeidet må med andre ord halde seg innanfor dei rammene som er sette i det opphavlege konkurransegrunnlaget der ytinga er spesifisert. Vidare er det eit krav at oppdrags-givaren ved anskaffinga av den opphavlege ytinga har gjort kjent at det var høve til å nytte seg av denne unntaksprosedyren ved anskaffing av gjentakingsarbeid. Omsynet bak desse føresegnene er at marknaden skal ha kjenneskap til kva anskaffingar som kan bli aktuelle.

Vidare er det eit krav at ytinga som skal skaffast, er ei gjentaking av liknande arbeid utført i samband med den opphavlege kontrakten. Gjentakingskontrakten må altså oppfylle same funksjonen eller dekkje same behovet som den opphavlege ytinga, men treng ikkje vere identisk.

Leveransen må utførast av den leverandøren som leverte den opphavlege ytinga. I utgangspunktet betyr det at anskaffinga må skje hos det rettssubjektet som leverte hovudytinga. Dersom leverandøren til dømes har gått konkurs, kan ikkje føresegna brukast.

Unntaksføresegna kan berre nyttast inntil tre år etter at den opphavlege kontrakten blei inngått.

Dei moglege gjentakingsarbeida skal takast med ved berekning av verdien av anskaffinga, sjå rettleiaren kapittel 4.



## Kapittel 8

# Rammeavtalar og dynamisk innkjøpsordning

### 8.1 Innleiing om rammeavtalar

Ein rammeavtale er ein avtale som er inngått mellom éin eller fleire oppdragsgivarar og éin eller fleire leverandørar. Avtalen har til formål å fastsetje vilkåra for dei kontraktane som skal tildelast i ein gitt periode, særleg med omsyn til pris og eventuelt planlagde mengder.

#### 8.1.1 Ny regulering

Det nye EU-direktivet for klassisk sektor<sup>1</sup> har føresegner om inngåing av rammeavtalar og om prosedyrar for tildeling av kontraktar innanfor rammeavtalen. Noreg har valt å regulere bruken av rammeavtalar gjennom å implementere reglane i direktivet. Dei nasjonale reglane er i hovudsak identiske med reglane over EØS-terskelverdi. Dei spesielle føresegnene om rammeavtalar går fram av § 4–2 bokstav f og §§ 6–1 til 6–3 og 15–1 til 15–3.

Ettersom dei tidlegare direktiva og den tidlegare norske forskrifta ikkje inneheldt nokon føresegner om rammeavtalar, finst det få rettskjelder. Ei rekkje problemstillingar må løysast gjennom praksis. Kommisjonens notat om rammeavtalar<sup>2</sup> gir ei viss rettleiing.

#### 8.1.2 Bruk av rammeavtalar

Bruk av rammeavtalar kan gi administrative innsparingar både for oppdragsgivarar og leverandørar. Rammeavtalar kan gi oppdragsgivaren stor fleksibilitet når anskaffingar skal skje over eit visst tidsrom. Fleksibiliteten må likevel vegast opp mot dei grunnleggjande krava, mellom anna krava til føreseielegheit og transparens. Desse krava inneber mellom anna at oppdragsgivaren må gi tilstrekkeleg informasjon om innhaldet i anskaffinga og om framgangsmåten og tildelingskriteria som skal nyttast for kvar kontrakt som skal inngåast. Svært vide oppgåver over kva oppdragsgivaren skal kjøpe inn, til dømes «alle rådgivingstenester for oppdragsgivaren dei neste fire åra», kan ikkje tillast.

<sup>1</sup> 2004/18/EU

<sup>2</sup> CC/2005/03

## 8.2 Kva er rammeavtalar?

### 8.2.1 Tre typar rammeavtalar

Forskrift om offentlige anskaffelser gir innkjøparen valet mellom tre typar rammeavtalar. Kva prosedyre som skal følgjast ved inngåing av kontraktar innanfor rammeavtalen, er avhengig av kva type rammeavtale oppdragsgivaren har valt:

- Rammeavtale med éin leverandør
- Rammeavtale med fleire leverandørar om den same ytinga, der alle vilkår er fastlagde i rammeavtalen
- Rammeavtale med fleire leverandørar om den same ytinga, der ikkje alle vilkår er fastlagde i rammeavtalen

Rammeavtalar med fleire leverandørar om den same ytinga blir òg kalla parallelle rammeavtalar. For at dei skal vere parallelle, må avtalane gjelde leveransar som kan vere substitutt for kvarandre.

Eksempel:

Ein kommune har rammeavtalar på kontormateriell med fire leverandørar. Leverandør A leverer pennar. Leverandør B leverer pennar og papir. Leverandør C leverer pennar og papir. Leverandør D leverer holemaskiner. Rammeavtalane med leverandør B og C er parallelle. Rammeavtalane med leverandør A, B og C er delvis parallelle. Avtalen med leverandør D har ingen parallelle.

Rammeavtalar som ikkje bindande fastset alle vilkår i avtaleforholdet, krev ytterlegare avtale mellom partane før oppdragsgivaren kan gjere bestillingar etter avtalen. Kor vidt alle vilkår er å forstå som bindande avtala eller ikkje, må avgjerast ut frå vanleg norsk avtaletolking. Nærmare omtale er gitt i kapittel 8.4.

### 8.2.2 Kjøpeplikt/leveringsplikt

Oppdragsgivaren i ein rammeavtale forpliktar seg ikkje nødvendigvis til faktisk å gjere bruk av avtalen. Om rammeavtalen inneheld ei kjøpe- eller leveringsplikt, må avgjerast ut frå vanleg avtaletolking.

## 8.3 Generelle reglar for inngåing av rammeavtalar

### 8.3.1 Alminnelege prosedyrereglar

Rammeavtalar er ikkje ein prosedyretype, men ein kontraktstype som kan nyttast gjennom bruk av dei alminnelege prosedyrane, reglane om kunngjering, tidsfristar, kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium medrekna, jf. forskrifta §§ 6–1 første ledd og 15–1 første ledd.

Oppdragsgivaren må altså på vanleg måte vurdere om det er tillate og formålstenleg å nytte open eller avgrensa anbodskonkurranse eller konkurranse med forhandlingar. Det er ingen reglar som eksplisitt forbyr bruken av konkurranseprega dialog, men prosedyren synest lite aktuell for rammeavtalar.

### 8.3.2 *Kravet til konkurranse*

Oppdragsgivaren må ikkje misbruke eller praktisere rammeavtalar på ein måte som hindrar, avgrensar eller vrir konkurransen. Bruk av rammeavtalar kan i visse tilfelle verke konkurranseavgrensande og redusere marknadstilgangen for små og mellomstore bedrifter.

Avgrensinga på lengda av rammeavtalen er ein viktig regel for å hindre at rammeavtalar blir misbrukte på ein konkurransevidande måte.

Derimot kan rammeavtalar brukast til å fremje konkurransen, til dømes når det kunne vore tenleg å tildele éin stor kontrakt til éin leverandør, men oppdragsgivaren i staden vel å dele opp anskaffinga i fleire parti, slik at det blir lettare for små og mellomstore bedrifter å delta.

### 8.3.3 *Lengda på rammeavtalar*

Rammeavtalar kan som hovudregel ikkje inngåast for meir enn fire år,<sup>3</sup> jf. forskrifta §§ 6–1 fjerde ledd og 15–1 fjerde ledd. Føresegna om lengdeavgrensing har sin bakgrunn i det grunnleggjande kravet til konkurranse.

Ein rammeavtale kan brukast heilt til avtaleperioden går ut, sjølv om ein leveranse på grunnlag av ei konkret bestilling skulle skje etter at rammeavtalen er gått ut. Det er litt uklart kvar grensene går for kor langt kontraktar innanfor rammeavtalen kan strekkje seg etter rammeavtalen har løypt ut. Det bør derfor visast varsemd på dette området.

#### Eksempel:

Ein kommune har ein rammeavtale på konsulenttenester som gjeld i tre år. I treårsperioden har konsulenttenestene som er utførte etter rammeavtalen, normalt strekt seg over éin månad. Kort tid før rammeavtalen går ut, blir det inngått ein kontrakt om eit konsulentoppdrag som skal gå over 18 månader. Her kan rammeavtalen seiast å vere misbrukt.

<sup>3</sup> I det opphavlege kommisjonsforslaget til direktivtekst blei det foreslått som hovudregel at rammeavtalar skulle gjelde i tre år, med ei maksimalgrense på fem år. Det blei likevel lagt til grunn at det i enkelte tilfelle ville vere behov for avtalar som gjekk over lengre tid enn fem år. Resultatet i direktivet blei artikkel 32 nr. 2 fjerde ledd, som bestemmer at rammeavtalar ikkje kan inngåast for meir 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».

Hovudregelen om maksimalt fire års avtaletid kan fråvikast i tilfelle der det er særleg grunn til det ut frå det rammeavtalen gjeld, jf. forskrifta §§ 6–1 fjerde ledd og 15–1 fjerde ledd. Kommisjonenens notat om rammeavtalar slår fast at ein lengre periode kan forsvarast for å sikre effektiv konkurranse om den aktuelle kontrakten dersom utføringa av kontrakten krev investeringar med ei nedskrivingsstid på over fire år. Kravet til konkurranse står altså sentralt i vurderinga av kor vidt unntaket kan nyttast. Det blir lagt til grunn at unntaket er snevert, og at oppdragsgivaren ikkje har rom for subjektivt skjønn i vurderinga av om det kan nyttast.

#### **8.3.4 Kven kan bruke rammeavtalen (-avtalane)?**

Kontraktar innanfor ein rammeavtale kan berre inngåast mellom dei opphavlege partane i rammeavtalen, jf. forskrifta §§ 6–1 tredje ledd og 15–1 tredje ledd. Rammeavtalane er med andre ord eit lukka system, der verken nye oppdragsgivarar eller nye leverandørar kan slutte seg til i avtaleperioden. Dette er ei viktig avgrensing for å hindre at nye oppdragsgivarar eller leverandørar bruker ein allereie inngått rammeavtale når det elles skulle vore gjennomført ny konkurranse.

Når ein rammeavtale skal brukast av fleire oppdragsgivarar, må det gå fram av kunngjeringa kven som kan bruke rammeavtalen. Ifølgje Kommisjonenens notat om rammeavtalar må namna på oppdragsgivarane gå fram av kunngjeringa, anten direkte eller gjennom referanse til andre dokument, til dømes konkurransegrunnlaget eller ei liste som er tilgjengeleg hos ein av oppdragsgivarane. På grunnlag av kunngjeringa må det altså la seg gjere å identifisere oppdragsgivarane som skal vere med i rammeavtalen.

#### **8.3.5 Vesentlege endringar**

Ei viktig avgrensing i bruken av rammeavtalar er at det ikkje kan gjerast vesentlege endringar i dei opphavlege avtalevilkåra, jf. forskrifta §§ 6–1 tredje ledd og 15–1 tredje ledd.

Dersom endringane er av ein slik karakter at dei kan ha verka inn på kva for leverandørar som har respondert på kunngjeringa frå oppdragsgivaren, eventuelt korleis leverandørane har utforma tilboda sine, blir endringane normalt rekna som vesentlege, og det må gjennomførast ny konkurranse.

Det går fram av direktivet i artikkel 32 nr. 2 tredje ledd at oppdragsgivaren må vere spesielt tilbakehalden med å gjere endringar i rammeavtalar med berre éin leverandør. Dette dreg i retning av at det er noko større rom for endringar når det skal haldast minikonkurransar der leverandørar framleis skal konkurrere om kontrakten som skal tildelast, enn når det berre er éin potensiell leverandør til kontrakten.

### **8.3.6 Spesielt om inngåing av rammeavtalar med fleire leverandørar – krav til kor mange som skal delta**

Når det skal inngåast rammeavtalar med fleire leverandørar etter forskrifta del III, skal rammeavtale inngåast med minst tre leverandørar så sant der er tilstrekkeleg mange eigna leverandørar og tilbod, jf. § 15–3 første ledd.

Når forskriftsteksten viser til eit «tilstrekkelig antall egnede tilbud», er det ei gjennomføring av direktivteksten, som viser til eit «tilstrækkelig antal antagelige tilbud, der oppfyller tildelingskriterierne». Direktivteksten er noko uklar ettersom evalueringa av tildelingskriteria er relativ, ikkje ei bestått / ikkje bestått-vurdering, slik tilfellet er for kvalifikasjonskrava. Ei mogleg fortolking av føresegna er at ho skal opne for at det kan inngåast rammeavtale med færre enn tre dersom andre tilbod er uakseptable, til dømes på grunn av altfor høg pris.

I forskrifta del II er det ikkje sett noko krav om minst tre leverandørar ved inngåing av parallelle rammeavtalar. Likevel gjeld det generelle kravet til konkurranse her òg. Derfor må det gjerast ei konkret vurdering av kor vidt kravet til konkurranse er innfridd, før det blir inngått parallelle rammeavtalar med berre to leverandørar. Omsynet til effektiv ressursbruk kan til dømes tale for dette dersom kontraktsverdien for rammeavtalen er låg og det kjem uforholdsmessig store transaksjonskostnader til ved inngåing av mange parallelle rammeavtalar.

Dersom oppdragsgivaren vil setje ei grense for deltakartalet i konkurransen, slik §§ 8–6 og 17–6 gir høve til, må minstetalet setjast høgt nok til å tilfredsstille minimumskrava til leverandørtal i parallelle rammeavtalar.

## **8.4 Tildeling av kontraktar innanfor rammeavtalar**

Om tildeling av kontrakt innanfor ein rammeavtale blir det òg sagt at avrop eller bestilling skjer på grunnlag av ein rammeavtale. Prosedyrane for tildeling av kontraktar innanfor rammeavtalen er regulerte i forskrifta §§ 6–2, 14–2, 6–3 og 14–3.

### **8.4.1 Éin leverandør**

Tildeling av kontraktar der oppdragsgivaren har ein rammeavtale med faste vilkår med éin leverandør, er regulert i forskrifta §§ 6–2 første ledd og 15–2 første ledd. At vilkåra er bindande fastsette, betyr ikkje nødvendigvis at prisen er endeleg fastsett til ein bestemt sum. Det er fullt mogleg å la prisen referere til ein prisindeks så sant prisen for ei bestemt bestilling kan fastsetjast på ein objektiv måte.

Ved tildeling av «vanlege» kontraktar er det normalt ikkje behov for utfylling av tilbodet i perioden mellom val av leverandør og kontraktsinngåing. Annleis kan det vere ved tildeling av kontrakt etter ein rammeavtale. Tildeling av kontraktar i situasjonar der oppdragsgivaren har ein rammeavtale med éin leverandør, og der ikkje alle vilkåra er bindande fastsette i rammeavtalen, er regulert i forskrifta § 6–2 andre ledd, jf. første ledd

og 15–2 andre ledd, jf. første ledd. Oppdragsgivaren kan om nødvendig konsultere leverandøren skriftleg og be om ei utfylling av tilbodet. Utfylling er berre aktuelt for avtalar der ikkje alle vilkåra er fastsette.<sup>4</sup>

Dersom rammeavtalen ikkje fastset alle vilkåra bindande, må tilbodet utfyllast slik at kontrakten kan inngåast på basis av vilkåra i rammeavtalen i kombinasjon med dei utfylte vilkåra.

Føresegna må sjåast i samheng med dei generelle krava til rammeavtalar, som forbyr partane å gjere vesentlege endringar i avtalevilkåra.

#### **8.4.2 Fleire leverandørar, generelt**

Éin og same rammeavtale kan ha faste vilkår for bestemte kontraktar etter rammeavtalen, og ikkje faste vilkår for andre kontraktar etter rammeavtalen. Om vilkåra er faste eller ikkje, må avgjerast ut frå ei tolking av rammeavtalen.

Eksempel:

Ein kommune inngår parallelle rammeavtalar med stykkprisar på PC-ar. Rammeavtalane presiserer samtidig at kjøp av minst 30 PC-ar kan gi rabatt. Dersom kommunen skal gå til innkjøp av éin PC, skal stykkprisane i rammeavtalane leggjast til grunn. Skal kommunen derimot fornye PC-parken og kjøpe inn meir enn 30 PC-ar, må det gjennomførast ein minikonkurranse.

#### **8.4.3 Fleire leverandørar, faste vilkår**

Tildeling av kontraktar der oppdragsgivaren har rammeavtalar med faste vilkår med fleire leverandørar, er regulert i forskrifta §§ 6–3 første ledd og 15–3 andre ledd. At vilkåra skal vere bindande fastsette, betyr ikkje nødvendigvis at prisen skal vere endeleg fastsett til ein bestemt sum. Det er fullt mogleg å la prisen referere til ein prisindeks så sant prisen for ei bestemt bestilling kan fastsetjast på ein objektiv måte.

Dersom alle vilkåra ligg fast, er det ikkje tillate å opne konkurransen på nytt for å endre desse vilkåra. Av det følgjer at det ikkje er tillate å presse leverandørar ytterlegare gjennom ein minikonkurranse på vilkår som allereie er bindande avtala i rammeavtalen. Til dømes kan ikkje oppdragsgivaren opne ny konkurranse på pris dersom leverandørane alt har gitt sine beste prisar gjennom faste prisvilkår i rammeavtalen.

<sup>4</sup> Føresegnene er ei gjennomføring av direktivet artikkel 32 nr. 3 første og andre ledd. Andre ledd bestemmer at «for the award of those contracts, contracting authorities may consult the operator party to the framework agreement in writing, requesting it to supplement its tender as necessary». I samband med utarbeidinga av direktivteksten gav dei tidlegare forslaga til ordlyd oppdragsgivaren høve til å «supplement its tender or to improve it as compared to the conditions established in the agreement», og i det påfølgjande forslaget «to update its tender as necessary». Kommissjonen har i notatet om rammeavtalar gitt uttrykk for at denne historikken viser at det ikkje er rom for utfylling av avtalen dersom alle vilkåra er bindande fastsette i rammeavtalen. Dei argumenterer med at begge dei tidlegare forslaga til ordlyd føreset at oppdragsgivaren kan be om endringar i vilkåra, sjølv om alle vilkår opphavleg var bindande fastsette. I den endelege ordlyden blei ein ståande med eit høve til å «supplement», det vil seie å utfylle tilbodet. Utfylling er derfor berre aktuelt for avtalar der ikkje alle vilkåra er fastsette.

Føresegnene om rammeavtalar regulerer ikkje eksplisitt korleis oppdragsgivaren skal velje ut leverandør til kvar kontrakt som blir tildelt innanfor rammeavtalane. Dei grunnleggjande prinsippa gir likevel føringar for korleis tildeling kan skje. Omsynet til føreseielegheit talar for at alle forhold som er relevante for tildeling av kontrakten, skal gå fram av konkurransegrunnlaget for rammeavtalane.

**Eksempel:**

Først får leverandøren med det beste tilbodet høve til å levere. Viss vedkommande ikkje kan levere, til dømes grunna kapasitetsproblem, får den leverandøren som har levert det nest beste tilbodet, høve til å levere, osv.

**Eksempel:**

Ein kommune har inngått rammeavtalar om kjøp av lamper. I vilkåra for rammeavtalen inngår både kvalitetsstandard og stykkpris. Dessutan har kvar leverandør tilbode definerte rabattar alt etter kor mange lamper som skal kjøpast om gongen. I dette tilfellet er det ikkje behov for minikonkurranse sidan vilkåra er gitt og oppdragsgivaren har eit grunnlag for å tildele den konkrete kontrakten.

#### **8.4.4 Fleire leverandørar, ikkje faste vilkår**

Tildeling av kontraktar i situasjonar der oppdragsgivaren har rammeavtalar med fleire leverandørar, og der ikkje alle vilkåra er bindande fastsette i rammeavtalane, er regulert i forskrifta §§ 6–3 andre ledd og 5–3 tredje ledd.

Konkurransen skal gjennomførast på dei vilkåra som går fram av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, som generelt skal liggje fast, men om nødvendig kan presiserast. Dei konkrete omstenda kan til dømes gjere det nødvendig å stille eit nærmare fastsett krav til leveringstid innanfor det avtala spennet for leveringstid.

Dersom konkurransen skal baserast på andre vilkår, må dei vere nemnde i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.<sup>5</sup> Til dømes kan det tenkjast at bruk av eit tildelingskriterium som leveringstid først kan bli relevant å ta omsyn til i evalueringa av dei enkelte kontraktane som skal tildelast etter rammeavtalen, fordi kriteriet ikkje gir meining utover det konkrete prosjektet kontrakten gjeld.

<sup>5</sup> Det kan stillast spørsmål ved om tildelingskriteria som skal nyttast i ein minikonkurranse, må følgje reglane om vekting, jf. forskrifta §§ 13–2 og 22–2. Verken forskrifta eller ordlyden i direktivet gir noko eintydig svar. Sue Arrowsmith argumenterer med at oppdragsgivaren pliktar å gi opp kva kriterium som skal nyttast, men ikkje korleis dei skal vektast. Ho grunngrir dette med at det ikkje alltid er mogleg å føresjå kva forhold det bør leggjast mest vekt på når kvar kontrakt etter rammeavtalen skal inngåast. I eitt tilfelle kan leveringstida vere det avgjerande kriteriet, i det neste kan tida vere heilt underordna.

**Eksempel:**

Ein kommune tildeler rammeavtalar på bakgrunn av tildelingskriteria pris og kvalitet, mens tildelinga av kvar kontrakt innanfor rammeavtalen skjer på grunnlag av tildelingskriteriet leveringstid. Vilkåra for den fornya konkurransen går fram av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.

Det skal setjast i verk ny konkurranse «mellom partene», jf. forskrifta §§ 6–3 andre ledd og 15–3 tredje ledd. I same føresegna bokstav a er det presisert at oppdragsgivaren skriftleg skal konsultere «de leverandørar som er i stand til å gjennomføre kontrakten». Normalt må dermed alle leverandørane kontaktast. Dersom rammeavtalane berre er delvis parallelle, blir det derimot berre aktuelt å invitere dei som kan levere den aktuelle vara eller tenesta som oppdragsgivaren er på jakt etter.

Oppdragsgivaren skal fastsetje ein god nok frist for innlevering av tilbod på dei enkelte kontraktane under rammeavtalen, jf. forskrifta §§ 6–3 andre ledd bokstav b og 15–3 tredje ledd bokstav b. Minimumsfristane i forskrifta kapittel 19 gjeld ikkje i desse tilfella. Fristen skal fastsetjast etter skjønn, og oppdragsgivaren skal her ta omsyn til kor kompleks kontraktsgjenstanden er, slik at leverandørane får rimeleg tid til å utarbeide og sende inn tilbod. Dersom oppdragsgivaren vel å gjennomføre minikonkurransen som ein elektronisk auksjon, må derimot fristane i forskrifta §§ 13–4 og 22–4 haldast.

Tilboda skal sendast inn skriftleg, og innhaldet skal vere fortruleg til den fastsette tilbodsfristen er ute, jf. forskrifta §§ 6–3 andre ledd bokstav c og 15–3 tredje ledd bokstav c. Dersom oppdragsgivaren nyttar e-auksjon, gjeld visse unntak frå kravet om fortruleg behandling då noko informasjon skal ut til leverandørane.

Kontrakten skal tildelast på grunnlag av kriteria i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, jf. forskrifta §§ 6–3 andre ledd bokstav d og 15–3 tredje ledd bokstav d. Tildelingskriteria som ligg til grunn for val av leverandør til rammeavtalen, treng ikkje vere dei same som tildelingskriteria som skal leggjast til grunn ved val av leverandør til kvar kontrakt innanfor rammeavtalen. Likevel er det vesentleg at dette går klart fram av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.

## 8.5 Dynamisk innkjøpsordning

### 8.5.1 Generelt

Dynamisk innkjøpsordning (DPS)<sup>6</sup> er ein ny måte å gjennomføre anskaffingar på og kan karakteriserast<sup>7</sup> slik:

- Det er ein fullelektronisk innkjøpsprosess.
- Ordninga blir brukt på ordinære anskaffingar som er tilgjengelege på marknaden.
- Ordninga er avgrensa i tid.
- I den tida ordninga gjeld, er ho open for alle leverandørar som oppfyller kvalifikasjonskrava, og som har levert eit rettleiande tilbod som er i samsvar med konkurransegrunnlaget.

Føresegnene om dynamiske innkjøpsordningar går fram av forskrifta §§ 6–4 og 15–4.

Ei dynamisk innkjøpsordning kan brukast til å skaffe standardiserte leveransar. Eit eksempel på dette kan vere kontorrekvisita. DPS kan ikkje brukast for anskaffingar som krev tilpassingar til oppdragsgivaren. Med relativt korte tidsfristar for å melde seg på i levetida for ordninga, og for å levere tilbod på kvar kontrakt, kan det vere vanskeleg for leverandørane å delta når leveransane ikkje er standardiserte.

Ei dynamisk innkjøpsordning kan som ein klar hovudregel ikkje opprettast for meir enn fire år.

Bakgrunnen for denne nyordninga er at oppdragsgivaren ved å bruke elektroniske anskaffingsmåtar billeg og raskt får tilgang til og kan evaluere tilbodsinformasjon frå mange firma, mellom anna data som er tilgjengelege gjennom elektroniske varekatalogar. Eit system der flest mogleg tilbod frå leverandørar er tilgjengelege til kvar tid, sikrar størst mogleg konkurranse.

Ein DPS-prosess er tredelt:

1. Oppdragsgivaren kunngjer opprettinga av ordninga og bruker prosedyren for open anbodskonkurranse.
2. Interesserte leverandørar leverer rettleiande tilbod der dei angir om dei kan levere dei etterspurde varene eller tenestene. Oppdragsgivaren må sleppe alle kvalifiserte leverandørar til i ordninga og må òg sleppe til nye leverandørar kontinuerleg.
3. Oppdragsgivaren må kunngjere før kvar kontraktsinngåing for at alle interesserte leverandørar som ikkje er registrerte i ordninga, skal få høve til å bli registrerte før det blir inngått kontrakt. Oppdragsgivaren inviterer så alle leverandørane som er med i ordninga, til å gi tilbod.

<sup>6</sup> Den engelske nemninga på ei dynamisk innkjøpsordning er «dynamic purchasing system», forkorta «DPS». Forkortinga blir brukt i denne rettleiaren fordi ho er innarbeidd.

<sup>7</sup> I forskrifta § 4–2 bokstav e definert som «en fullstendig elektronisk prosess for å foreta ordinære anskaffelser, hvis karakteristikk, slik de foreligger på markedet, oppfyller den offentlige oppdragsgiverens krav. Ordningen er begrenset i varighet og er åpen i gyldighetsperioden for alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, og som har levert et veiledende tilbud som er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget».

### **8.5.2 Samanlikning mellom dynamiske innkjøpsordningar og rammeavtalar**

DPS og rammeavtalar med fleire leverandørar der kontraktar blir tildelte på grunnlag av minikonkurranse, er like i den forstand at leverandørane leverer tilbod ved starten av prosedyren. Dei skil seg derimot ved at tilboda ved opprettinga av ein DPS berre er rettleiande og blir brukte til å sjå om leverandøren kan tilby det relevante produktet. Ved DPS må alle leverandørar som har tilbod som oppfyller kravspesifikasjonane, sleppast til i ordninga. I ein rammeavtale kan tilboda som blir leverte inn ved starten av rammeavtalen, brukast til å avgrense talet på leverandørar som er knytte til rammeavtalen. Ved inngåing av kontrakt i ein DPS, i motsetning til ein rammeavtale, kan oppdragsgivaren dermed få svært mange tilbod å vurdere. Men ein rammeavtale med fleire leverandørar kan potensielt òg inngåast med mange leverandørar. Ein stor forskjell er at i ein DPS må oppdragsgivaren kunngjere kvar gong det skal inngåast ein kontrakt. Ein DPS medfører dermed større konkurranse i den tida ordninga varer, enn ein rammeavtale, der det er fastlagt for heile avtaleperioden kven som deltek. Samanlikna med ein rammeavtale kan ein DPS medføre auka transaksjonskostnader fordi det må kunngjerast med evaluering av moglege nye leverandørar, og det må vurderast tilbod frå potensielt mange leverandørar. Å inngå ein kontrakt etter ein DPS kan dermed òg ta lengre tid enn etter ein rammeavtale. Dermed er ein DPS truleg lite eigna til å inngå mange små kontraktar.

Ei samanlikning mellom DPS og rammeavtalar:

Fordel: Nye leverandørar kan komme inn i ordninga så lenge ho står ved lag.

Fordel og ulempe: Oppdragsgivaren må vurdere mange tilbod for kvar kontrakt som skal tildelast.

Ulempe: Inngåing av kontrakt etter DPS er meir ressurs- og tidkrevjande enn etter rammeavtalar.



## Kapittel 9

# Konkurransetilvilkår

### 9.1 Innleiing

I konkurransar om offentlege anskaffingar set oppdragsgivarar opp ei rekkje krav og kriterium som er vilkår for konkurransen. Det kan vere krav til leverandørkvalifikasjonar, krav til ytinga som skal leverast, og kontraktsvilkår, sjå kapittel 9.3 og 9.5 til 9.8. Dersom det er aktuelt å avgrense deltakartalet i konkurransen, må det setjast opp kriterium for utveljinga, sjå kapittel 9.4. For å evaluere kva tilbod som er best, må oppdragsgivarane setje opp tildelingskriterium. Tildelingskriterium blir behandla i kapittel 15.

For å sikre krava til transparens og føreseielegheit må oppdragsgivaren i kunngjeringa og/eller i konkurransegrunnlaget gjere klart greie for vilkåra som gjeld for konkurransen.

### 9.2 Konkurransesgrunnlag

Eit konkurransegrunnlag supplerer og utdjuar dei opplysningane oppdragsgivaren har gitt i kunngjeringa. I konkurransegrunnlaget har oppdragsgivaren såleis høve til å fastsetje meir detaljerte krav til konkurransen, anskaffinga eller kontraktsvilkåra. Ved anskaffingar som følgjer reglane i del II, treng ikkje oppdragsgivaren utarbeide eige konkurransegrunnlag dersom kunngjeringa beskriv vilkåra for konkurransen på ein tilstrekkeleg utfyllande måte. Departementet meiner at det er mest aktuelt ved enkle kjøp av standardiserte varer. Når anskaffinga følgjer reglane i del III, må det utarbeidast eit konkurransegrunnlag som utfyller kunngjeringa.

Konkurransegrunnlaget skal innehalde opplysningar om ytinga som skal skaffast. Departementet tilrår i dei fleste tilfelle at anskaffinga blir spesifisert gjennom behovsspesifikasjon eller ved å gi opp funksjonskrav. Nærmare informasjon om bruk av tekniske spesifikasjonar er gitt i kapittel 9.5.

Vidare skal konkurransegrunnlaget gi opplysningar om korleis konkurransen skal gjennomførast. Det skal opplysast om prosedyren som er vald, korleis han skal gjennomførast, kva krav som blir stilte til leverandørane, korleis oppfyllinga av desse krava skal dokumenterast, og – dersom det er aktuelt – korleis leverandørane skal veljast ut i konkurransar der det blir sett ei grense for deltakartalet. Seinare i dette kapitlet er det gjort nærmare greie for både kvalifikasjonskrav og utveljing av leverandørar.

Oppdragsgivaren skal òg gi opplysningar om endeleg frist for mottak av tilbodet, kvar og korleis det skal leverast, vedståingsfrist og eventuelle krav som gjeld for utfylling, utforming og merking.

Det skal òg opplystast om tildelingskriteria som ligg til grunn for konkurransen og den relative vektinga av dei.

For å vareta krava til føreseielegheit, transparens og likebehandling må konkurransegrunnlaget vere utforma på ein klar, tydeleg og nøyaktig måte. Saman med kunngjeringa skal konkurransegrunnlaget gi leverandørane dei opplysningane dei treng for å utarbeide eit fullstendig og fullverdig tilbod som har reelle utsikter til å nå opp i konkurransen. Innanfor visse rammer kan konkurransegrunnlaget likevel endrast, rettast og supplerast, jf. §§ 8–2 og 17–2.

## 9.3 Kvalifikasjonskrav

### 9.3.1 Generelt om kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som skal sikre at leverandøren er eigna til å levere den aktuelle anskaffinga. Formålet med å stille kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren teknisk, organisatorisk, økonomisk og finansielt har det nødvendige grunnlaget for å gjennomføre kontrakten. Det kan til dømes vere krav til tilstrekkeleg økonomisk soliditet.

Det går no uttrykkeleg fram av forskrifta at oppdragsgivaren kan stille minimumskrav som leverandørane må oppfylle for å delta i konkurransen, jf. §§ 8–4 og 17–4. Manglande oppfyling av slike minimumskrav skal føre til avvising. Slike minimumskrav skal vere eigna til å sikre at leverandøren kan oppfylle kontrakten, og må stå i forhold til anskaffinga, jf. §§ 8–4 andre ledd og 17–4 andre ledd. Dersom det til dømes blir stilt krav til minimumsomsetning, må kravet vere proporsjonalt med storleiken på kontrakten. Det gjeld både sjølv innhaldet i kravet og dokumentasjonsbyrda.

I forskrifta del III er det gitt eksempel på korleis den økonomiske og finansielle stillinga til leverandøren kan dokumenterast, jf. § 17–8. Lista er ikkje uttømmende. Lista over dokumentasjon på dei tekniske eller faglege kvalifikasjonane til leverandøren er derimot uttømmende, jf. § 17–9.<sup>1</sup> Det kan såleis ikkje forlangast annan dokumentasjon enn den som er opplista der.

Dokumentasjonskrava skal vere like for alle leverandørar. Det er eit brot på likebehandlingsprinsippet å stille ulike dokumentasjonskrav til leverandørane, uavhengig av eigen kjennskap til dei.

<sup>1</sup> I tillegg kjem forskrifta § 17–13 første ledd, som er ei gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 48 nr. 2 bokstav f, men som departementet i motsetning til strukturen i direktivet valde å plassere saman med den nærmare reguleringa av kva dokumentasjonskrav som kan stillast til miljøleingsystemet.

Kvalifikasjonsfasen er omfattande behandla i departementet sin «Beste praksis»-rettleiar frå 2004.<sup>2</sup> Denne rettleiaren går praktisk til verks i beskrivinga av god innkjøpspraksis. Regelverket for kvalifisering av leverandørar er lite endra. «Beste praksis» kan såleis framleis vere til stor hjelp i kvalifiseringa av leverandørane. Dette kapitlet fokuserer derfor på nokre spesielle juridiske problemstillingar og gir inga samla framstilling av kvalifikasjonsreglane.

### 9.3.2 Nokre spesielle problemstillingar

#### Leverandøren kan støtte seg på kapasitet hos andre føretak

Ein leverandør kan støtte seg på den finansielle og økonomiske styrken og dei tekniske eller faglege kvalifikasjonane til andre føretak, same kva slag juridisk tilknytning han har til dei, jf. §§ 17–8 og 17–9.<sup>3</sup> Leverandøren skal då kunne dokumentere at han har tilgang til kapasiteten hos desse andre føretaka. Ifølgje forskrifta kan ein skriftleg avtale vere ein aktuell måte å dokumentere dette på. Dokumentasjonen kan òg vere av annan art som oppdragsgivaren finn eigna, i tråd med forskrifta § 17–8 femte ledd. Det er ikkje berre konsernforhold eller tilsvarende som gir rett til å bruke denne framgangsmåten. Føresegna gjer at nystarta og små selskap lettare kan få levere til det offentlege. Det avgjerande er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikkje korleis denne evna oppstår.

#### Dokumentasjon på registrering eller godkjenningar o.a.

Oppdragsgivaren kan krevje at leverandørar er registrerte i faglege register, handelsregister eller føretaksregister som nemnt i lovgivinga i staten der dei er etablerte, jf. § 17–10. For norske leverandørar kan det gjelde eit krav om registrering i føretaksregisteret. Ved kjøp frå leverandørar frå andre EØS-statar inneheld vedlegg IX til direktiv 2004/18/EF<sup>4</sup> ei liste over relevante register i dei andre medlemslanda.

#### Kvalifiseringsverktøy

Kvalifisering av leverandørar er ressurskrevjande både for oppdragsgivaren og leverandørane. Det kan tenkjast ulike system som forenkler denne prosessen. Slike system kan variere frå å vere ein dokumentasjonsdatabase der mykje av dokumentasjonen er lett tilgjengeleg på éin stad, til å vere meir utførlege system som utfører heile eller delar av kvalifiseringsarbeidet, medrekna vurderinga av om kvalifikasjonskrava er oppfylte. Avhengig av kva slag kvalifiseringsverktøy det er snakk om, kan det fungere som ein database der registrerte leverandørar automatisk kan dokumentere kvalifikasjonskrav ved å vise til registreringa. I kvalifiseringsverktøyet kan ein setje av større ressursar til å undersøkje kvar leverandør ved registrering, og til å følgje opp leverandøren over tid. Leverandøren treng ikkje samle inn dokumentasjon og sende inn til kvar oppdragsgivar for kvar konkurranse. Oppdragsgivaren treng ikkje ta imot dokumentasjon og bruke ressursar og kompetanse på å evaluere dokumentasjonen. Eit eksempel på eit kvalifiseringsverktøy er [www.startbank.no](http://www.startbank.no), som er utvikla av Byggenæringens Landsforening (BNL).

<sup>2</sup> [http://www.odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre\\_dok/veiledninger/024081-120019/dok-bn.html](http://www.odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre_dok/veiledninger/024081-120019/dok-bn.html)

<sup>3</sup> Føresegna kodifiserer gjeldande rett etter EF-domstolens dom C-176/98 Holst Italia.

<sup>4</sup> <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p10002770/p30005562/bn.html>

Oppdragsgivaren kan ikkje krevje at ein leverandør dokumenterer eller oppfyller kvalifikasjonskrav gjennom registrering i eit kvalifikasjonsverktøy. Oppdragsgivaren kan berre opplyse om at dokumentasjonskrava eller kvalifikasjonskrava for visse kvalifikasjonskriterium er oppfylte med ei slik registrering, men at dei òg kan oppfyllast gjennom annan dokumentasjon. Oppdragsgivaren står likevel fritt til å bruke kvalifikasjonsverktøy til å utføre heile eller delar av kvalifiseringsjobben. Oppdragsgivaren må då dekkje kostnadene.

I forsyningsforskrifta er det høve til å kunngjere gjennom såkalla kvalifikasjonssystem. Oppdragsgivaren kan kunngjere at det blir etablert eit kvalifikasjonssystem som skal brukast til visse anskaffingar. Leverandørar kan så kvalifisere seg til å bli tekne opp i systemet. Når oppdragsgivaren seinare skal skaffe noko, treng han ikkje kunngjere det i TED,<sup>5</sup> men kan berre invitere dei som er med i kvalifikasjonssystemet for den relevante anskaffingstypen. Ein dokumentasjonsdatabase har ikkje denne verknaden i klassisk sektor.

### Miljøleiing

Forskrifta § 17–13 gir høve til å stille krav om relevante miljøleiingstiltak hos leverandøren. Miljøleiingstiltak kan berre krevjast for tenesteytingar og byggje- og anleggsarbeid. Føresegna forskriftsfester gjeldande praksis.<sup>6</sup> Les meir om dette i departementets miljørettleiar kapittel 5.3. Kvalifikasjonskrav må vere eigna til å sikre at leverandøren kan oppfylle kontraktsvilkåra, jf. § 17–4 andre ledd. Det kan derfor ikkje stillast eit generelt krav om miljøleiingssystem, men det må i kvart tilfelle vurderast om eit miljøstyringssystem vil ha innverknad på utføringa av den aktuelle tenesta eller byggje- og anleggsarbeidet. Det inneber at det ikkje kan stillast krav som får følgjer utover den aktuelle kontrakten i tid og omfang.

Utføringa av dei fleste typar tenester eller byggje- og anleggsarbeid medfører miljøbelastningar, og oppdragsgivaren kan då stille miljøkrav. Kommisjonen nemner som eksempel i miljørettleiaren sin:

*Bygning af en bro i et beskyttet område  
Et eksempel på sådanne spesifikke miljøstyringsforanstaltninger vil være en kontrakt om bygning af en bro i et beskyttet område. En sådan kontrakt kræver fastlæggelse af en række spesifikke miljøstyringsforanstaltninger, der har til formål at sikre effektiv beskyttelse af fauna og flora i området, mens broen bygges.*

Miljøleiingssystem skal ikkje berre brukast i så opplagde tilfelle. Kontraktsvilkår som skal vareta dei meir daglegdagse miljøutfordringane i tilknytning til den konkrete kontrakten, kan òg gjere det aktuelt å stille krav om miljøleiingssystem.

<sup>5</sup> Den europeiske kunngjeringsdatabasen

<sup>6</sup> Føresegna gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 48 nr. 2 bokstav f og artikkel 50.

### Etiske kvalifikasjonskriterium

Etiske og rettferdige krav<sup>7</sup> til leverandøren kan i praksis vanskeleg utgjere tekniske, finansielle eller økonomiske kriterium som er eigna til å vurdere om leverandøren er i stand til å oppfylle kontrakten.<sup>8</sup> Etiske og rettferdige krav kan dermed ikkje brukast som kvalifikasjonskriterium.

### 9.3.3 Om forholdet mellom kvalifikasjonskriterium og tildelingskriterium

Kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to uavhengige fasar i ei anskaffing, og har ulike funksjonar. Følgjeleg er det ulike reglar som styrer dei to fasane. Nokre forhold kan berre brukast som kvalifikasjonskriterium, andre berre som tildelingskriterium. Atter andre kan trekkjast inn i begge fasane. Formålet med kvalifikasjonsvurderinga er å avgjere om leverandørane er godt nok kvalifiserte til å sikre kontraktsoppfyljing. Resultatet av kvalifikasjonsvurderinga er aksept eller avvising. Formålet med tildelingsvurderinga er å avgjere kven som skal vinne konkurransen, basert på kva tilbod som er best ut frå tildelingskriteria.

EF-domstolen har slått fast at det er brot på regelverket dersom det i tildelingsfasen blir gitt uttelling til eksisterande kundar for referansar frå tidlegare vareleveransar når desse leveransane berre oppgir identitet og tal og ikkje seier noko om kvaliteten på varene.<sup>9</sup> Referansar som berre viser kor mykje som tidlegare er levert, kan fortelje om leverandøren vil kunne oppfylle kontrakten, og kan dermed leggast til grunn som dokumentasjon på eit kvalifikasjonsvilkår. Referansar som skal brukast i tildelingsfasen, må vere eigna som grunnlag for å vurdere kor godt ein leverandør kan komme til å oppfylle kontrakten.

#### Eksempel:

Kommunen skal kjøpe ei konsulentteneste for å greie ut miljøkonsekvensane av ei større planlagd industriutbygging i kommunen. Som kvalifikasjonskrav kan det vere relevant å be om ei liste over dei viktigaste tilsvarande tenestene som er utførte dei siste tre åra. Ei slik liste kan dokumentere at leverandøren har føresetnader for å gjennomføre oppdraget. Her kan det vere tilstrekkeleg med ei liste med ei kort beskriving av innhaldet i dei tidlegare oppdraga. Som tildelingskriterium kan kommunen vere oppteken av kvaliteten på tenesta. Miljøutgreiinga har karakter av ei innsatstilsegn, og kvaliteten er viktig for kommunen. Kommunen kan då be om utfyllande referansar frå tidlegare oppdrag, som kan gi kommunen eit grunnlag for å vurdere kven av leverandørane som kan tilby best kvalitet i utføringa av det aktuelle oppdraget. Bruken av eit slikt tildelingskriterium føreset i praksis at krava til referansane er godt formulerte, og at kommunen har god evne til å vurdere referansane opp mot kvarandre.

7 Sjå kapittel 5.2.2.

8 Sak 31/87, Beentjes, premiss 17

9 C-315/01

KOFA har behandla forholdet mellom kvalifikasjonskriterium og tildelingskriterium i fleire saker.<sup>10</sup> KOFA har spesielt uttala seg om bruken av referansar i kvalifikasjonsfasen og i tildelingsfasen. Nedanfor er det kort referert nokre saker.

KOFA sak 2005/153:

Klagenemnda slo fast at tildelingskriterium ikkje er minstekrav. Det er ikkje nok å konstatere at tildelingskriterium er oppfylte. Bruk av referansar som dokumentasjonskrav i tildelingsfasen krev at referansane seier noko om at leverandøren kan utføre oppdraget betre.

#### Kommentar om referansar

I KOFA-saka ovanfor ville oppdragsgivaren bruke erfaring som kriterium både i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Som dokumentasjon i kvalifikasjonsfasen skulle leverandørane levere oversikt over utførte oppdrag med referansar. Det skulle setje oppdragsgivaren i stand til å vurdere om leverandøren hadde den erfaringa som skulle til for å utføre oppdraget. I kvalifikasjonsfasen kan eit krav om så og så mange referansar vere eigna til å vurdere om leverandøren er kvalifisert, fordi det seier noko om storleiken på tidlegare oppdrag.

Ved bruk av referansar i tildelingsfasen er spørsmålet om erfaringa kan tilseie at leverandøren er betre skikka til å utføre oppdraget. Dette er særleg aktuelt når ytinga er ei form for innsatstilsegn. Ved bruk av erfaring som tildelingskriterium må kriteriet utformast på ein slik måte at det er eigna til å velje ut det økonomisk mest fordelaktige tilbodet. Evalueringa av tilboda i KOFA-saka ovanfor viste at det var svært vanskeleg ut frå referansane å vurdere kvaliteten på tidlegare utførte oppdrag. EF-domstolen har sagt at eit tildelingskriterium som gir utteljing for talet på referansar frå liknande prosjekt, ikkje er eigna til å vurdere kvaliteten.<sup>11</sup>

KOFA sak 2005/50:

Klagenemnda slo fast at referansar kan nyttast som dokumentasjon for å vurdere tildelingskriteriet «kvalitet».

<sup>10</sup> Spørsmålet er òg behandla av den danske klagenemnda. Sjå den danske rettleiaren i avsnitt 9.7. Sjå [http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap\\_9/](http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap_9/).

<sup>11</sup> C-315/01, GAT, premiss 57

## 9.4 Utveljing av leverandørar i konkurranse med avgrensa deltakartal

### 9.4.1 Generelt

Utveljing av leverandørar i konkurranse med avgrensa deltakartal er regulert i forskrifta §§ 8–6 og 17–6.<sup>12</sup> Reguleringa i forskrifta del II og III er lik, med unntak av ein forskjell i minstekravet til kor mange leverandørar som skal inviterast til avgrensa anbods-konkurranse. Føresegna gjeld berre når anskaffinga blir gjennomført i to trinn med prekvalifisering før innlevering av tilbod. Regelen skal avklare den uvisse rettstilstanden som har vore etter den tidlegare forskrifta.

Utveljing av leverandørar er aktuelt når oppdragsgivaren skal gjennomføre ein avgrensa anbodskonkurranse, konkurranseprega dialog eller konkurranse med forhandling. Formålet med å setje ei øvre grense for deltakartalet er at det er kostbart å gjennomføre ein anskaffingsprosedyre med mange tilbydarar. Dersom det blir levert inn mange tilbod, må oppdragsgivaren òg evaluere mange tilbod. Det kan vere unødig ressurskrevjande. For ein leverandør kan det vere lite freistande å bruke ressursar på å utarbeide tilbod og vere bunden av tilbodet når han veit at det statistisk sett er lite sannsynleg at han skal vinne konkurransen. Det kan føre til at leverandørar vel å ikkje levere inn tilbod, og konkurransen blir redusert. Oppdragsgivaren kan derfor opplyse i kunngjeringa at berre så og så mange leverandørar blir inviterte til å levere inn tilbod.

Regelen gjeld berre når det er for mange leverandørar som tilfredsstiller kvalifikasjonsvilkåra.

### 9.4.2 Om nedre og eventuelt øvre grense

Dersom oppdragsgivaren skal velje ut leverandørar, skal det setjast ei nedre og eventuelt ei øvre grense for kor mange leverandørar som skal få levere inn tilbod. Den nedre grensa må vere oppgitt. Det følgjer av systematikken i regelen og ordlyden i direktivet. Ordet «kan» i forskrifta peikar på at oppdragsgivaren kan velje om føresegna skal brukast.

Dersom oppdragsgivaren har oppgitt at han vil avgrense deltakinga, skal den øvre grensa «eventuelt» vere oppgitt. Forskrifta stiller ikkje noko krav om at det skal vere oppgitt ei øvre grense, men det er uklart om manglande oppgåve over kor mange leverandørar som maksimalt vil bli inviterte, resulterer i at oppdragsgivaren må invitere alle leverandørane. Slik ser ikkje departementet det. Når oppdragsgivaren først har oppgitt i kunngjeringa at han vil avgrense talet på leverandørar, veit ein leverandør at han kanskje ikkje får levere inn tilbod.

Ei øvre grense for deltakartalet gir heller ikkje leverandørane nokon garanti for at så mange leverandørar faktisk blir inviterte. Å la vere å oppgi eit maksimum betyr derfor, slik departementet ser det, at oppdragsgivaren står fritt. For å oppnå best mogleg konkurranse ved at flest mogleg leverandørar ønskjer å delta, kan det likevel vere

<sup>12</sup> Føresegna gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 44 nr. 3.

fornuftig å oppgi ei øvre grense. På den andre sida kan oppdragsgivaren vere interessert i å få ei betre oversikt over marknaden og leverandørane før han avgjer kva som skaper best konkurranse. Dersom oppdragsgivaren har oppgitt ei øvre grense, kan han ikkje utvide grensa og invitere fleire leverandørar.

Når det er høve til å oppgi minimums- og maksimumstal, inneber det at oppdragsgivaren kan definere ei ramme, til dømes fem til åtte.

Det skal inviterast så mange leverandørar at reell konkurranse er sikra. I alle tilfelle skal minst tre inviterast, men for avgrensa anbodskonkurranse etter forskrifta del III må det inviterast minst fem.<sup>13</sup> Det kan finnast tilfelle der det er nødvendig å invitere fleire enn minimumstalet for å sikre reell konkurranse. Til dømes kan det tenkjast situasjonar der det er usikkert om alle leverandørane kjem til å levere inn tilbod, eller spesielle trekk ved leverandørstrukturen eller anskaffinga kan tilseie behov for fleire deltakande leverandørar.

Dersom oppdragsgivaren oppgir i kunngjeringa at så og så mange leverandørar skal inviterast, inneber ikkje det at konkurransen må avlysast dersom det ikkje finst mange nok kvalifiserte leverandørar. Oppdragsgivaren kan då be om tilbod frå dei leverandørane som er kvalifiserte.

### **9.4.3 Kunngjeringa**

Utveljinga av leverandørar skal vere gjennomsiktig.<sup>14</sup> Den eventuelle nedre og øvre grensa skal vere oppgitt i kunngjeringa. Kunngjeringa skal òg nemne dei objektive og ikkje-diskriminerande kriteria og reglane som oppdragsgivaren vil bruke ved utveljinga.

EF-domstolen har slått fast at dersom oppdragsgivaren før fristen for å kvalifisere seg går ut, har utarbeidd ein metode for å avgrense talet på leverandørar, utover det som må kunngjerast, følgjer det av kravet til transparens at denne metoden må gjerast kjend for potensielle leverandørar.<sup>15</sup>

### **9.4.4 Objektive og ikkje-diskriminerande kriterium eller reglar**

Vi gir her ei framstilling av korleis departementet meiner at krava til utveljing skal praktiserast, jf. §§ 10–1 og 17–6. Ei meir juridisk drøfting som utdjupar argumentasjonen, er å finne i den elektroniske versjonen. Utveljingskriteria skal vere objektive og ikkje-diskriminerande. Oppdragsgivaren må setje opp kriterium og reglar for utveljinga. Det er ikkje noko krav at kriteria skal vektast, men det kan tenkjast situasjonar der oppdragsgivaren bør oppgi ei vekting.

Av kravet om at kriteria skal vere objektive, følgjer det at dei må vere gjennomsiktige for leverandørane. Oppdragsgivaren kan ikkje fritt velje bort leverandørar.

<sup>13</sup> Talet er ei kodifisering av EF-domstolens avgjerd i sak C-225/98 Pas de Calais, der domstolen kom til at fem leverandørar var nødvendig for å sikre konkurransen.

<sup>14</sup> Fortalen til direktivet, premiss 39.

<sup>15</sup> C-470/99 Universale Bau.

Føresegna gir lite rettleiing om kva kriterium som kan brukast ved utveljinga.

Departementet meiner at det kan nyttast ulike kriterietypar, til dømes

- best kvalifisert
- best konkurransedynamikk
- loddtrekking

Desse kan brukast enkeltvis eller i kombinasjon.

### **Best kvalifisert**

Ein måte å redusere talet på leverandørar på er å velje dei som isolert sett er best kvalifiserte. Oppdragsgivaren må då oppgi korleis han vil velje ut dei best kvalifiserte. Utveljingskriteria og vektinga av dei avgjer kva som er meint med best kvalifisert.

### **Best konkurransedynamikk**

Ein annan måte å redusere leverandørtalet på er å velje kriterium ut frå eit ønske om å variere tilbydarkrinsen for å oppnå best mogleg konkurranse. Til dømes kan oppdragsgivaren signalisere at han vil velje ut både små, mellomstore og store bedrifter. Dette fordi oppdragsgivaren meiner at ei blanding av små, mellomstore og store verksemder vil gi ein forretningsmessig god konkurransedynamikk i tilbodsfasen. Det må vere tydeleg oppgitt kva som er meint med små og store verksemder. Oppdragsgivaren kan likevel ikkje bruke uveljingskriterium som gjer at berre små verksemder er kvalifiserte, då ein slik praksis i for stor grad utelukkar verksemder som kan levere over landegrensene.

Vidare er det lagt til grunn at oppdragsgivaren òg kan signalisere at han kjem til å velje ut både veletablerte og nyetablerte firma i den aktuelle bransjen. Også her må oppdragsgivaren klart oppgi kva som er meint med veletablerte og nyetablerte. Ved val av leverandørar innanfor kvar kategori kan oppdragsgivaren oppgi at han vil velje dei best kvalifiserte. Dersom det blir brukt kategoriar, kan det vere nødvendig å auke talet på leverandørar som skal få levere tilbod, for å sikre reell konkurranse. Dersom oppdragsgivaren til dømes avgrensar konkurransen til nokre små, nyetablerte verksemder som kan levere innovative og lågt prisa deltilbod, og nokre store, etablerte verksemder som kan vere totalleverandørar, og etter å ha vurdert tilboda kjem til at han vil ha ein totalleverandør, må det vere tilstrekkeleg konkurranse mellom totalleverandørane.

### **Loddtrekking**

Ein tredje metode kan vere loddtrekking, anten aleine eller saman med andre kriterium. Loddtrekking kan vere særleg aktuelt i tilfelle der leverandørar synest å falle nokolunde likt ut etter dei kriteria eller metodane som oppdragsgivaren har valt å bruke. Loddtrekking må derimot ikkje brukast ved anskaffingar der ein slik metode kan oppfattast som respektlaus eller som vilkårleg myndeutøving. Ved loddtrekking må sjølve trekkinga skje på ein måte som sikrar notoritet.

## 9.5 Tekniske spesifikasjonar

### 9.5.1 Generelt

Oppdragsgivaren må beskrive for marknaden kva han ønskjer å skaffe. Denne beskrivinga skal gjerast i den tekniske spesifikasjonen, til dømes i ei funksjonsbeskriving.<sup>16</sup> Tekniske spesifikasjonar er regulerte i forskrifta §§ 8–3 og 17–3 og definerte i § 4–3 bokstav g. Det er gitt meir detaljerte krav i del III enn i del II. For uprioriterte tenester som overstig EØS-terskelverdiane, må oppdragsgivaren følgje reglane i § 17–3 ved utarbeidinga av dei tekniske spesifikasjonane. Dette kapitlet beskriv i hovudsak reglane for del III. For anskaffingar etter del II under EØS-terskelverdiane står oppdragsgivaren friare.

Eit sentralt formål med anskaffingsdirektiva er å fremje offentlege innkjøp som ein del av den indre marknaden. Direktiva skal opne offentlege anskaffingar for utanlandske leverandørar, og prosedyrereglane skal gjere det enkelt for utanlandske leverandørar å selje produkta og tenestene sine til offentlege oppdragsgivarar. Dei tekniske spesifikasjonane kan utgjere ein svært sentral barriere mot dette. Dersom beskrivinga av ei anskaffing gjer det vanskelegare for utanlandske leverandørar å levere, tener ikkje anskaffingsreglane formålet.

Hovuddelen i EØS-avtalen gjeld for alle anskaffingar uavhengig av verdi.<sup>17</sup> Føresegnene om fri rørsle for varer, tenester, kapital og personar i EØS-avtalen gjeld dermed òg for den tekniske spesifikasjonen, i tillegg til anskaffingsforskrifta.<sup>18</sup> Føresegnene om fri rørsle i EØS-avtalen forbyr offentlege oppdragsgivarar å formulere dei tekniske spesifikasjonane på ein slik måte at leverandørar frå andre medlemsland ikkje kan tilby produkt som tilfredsstillar funksjonsbehova til oppdragsgivaren.<sup>19</sup>

EØS-avtalen skal òg hindre tekniske spesifikasjonar som ekskluderer produkt som fyller dei same funksjonskrava. Det gjeld sjølv om spesifikasjonane verkar likt for innanlandske og utanlandske leverandørar.<sup>20</sup>

For å unngå diskriminering og skape størst mogleg konkurranse og rom for innovasjon bør oppdragsgivaren beskrive anskaffinga funksjonelt.

Også kravet om å kunne dokumentere at ein oppfyller dei funksjonskrava oppdragsgivaren har stilt, kan utgjere ein barriere som er forboden etter EØS-avtalen. For å unngå dette har leverandøren derfor som hovudregel alltid høve til å dokumentere at han oppfyller spesifikasjonane på ein annan måte enn den oppdragsgivaren har beskrive.

<sup>16</sup> I tråd med ordbruken i EØS-direktiva blir «teknisk spesifikasjon» brukt om spesifiseringa av anskaffinga, uavhengig av kva type spesifikasjon oppdragsgivaren nyttar. «Teknisk spesifikasjon» er ei fellesnemning for både ein ytingsspesifikasjon, ein funksjonsspesifikasjon og ein standardspesifikasjon (i norsk terminologi til tider kalla «teknisk spesifikasjon»).

<sup>17</sup> I ei fortolkningsfråsegn kommenterer Kommisjonen anskaffingar som ikkje er omfatta av direktiva. Sjå punkt 2.2.1 om kva krav som ifølgje EØS-avtalen gjeld for tekniske spesifikasjonar som ikkje er regulerte i direktiva.

<sup>18</sup> Meir om dette i Arrowsmith s. 1107 flg.

<sup>19</sup> Sak 45/87 Dunkalk, C-59/00 Vestergaard og C-5/98 Island

<sup>20</sup> C-359/93 Unix

### 9.5.2 Hovudregel i forskrifta del III

Hovudregelen om tekniske spesifikasjonar i § 17–3 er endra i høve til den tidlegare anskaffingsforskrifta.<sup>21</sup> Oppdragsgivaren skal som hovudregel utforme den tekniske spesifikasjonen enten med tilvising til dei typane standardar som er opplista i fjerde ledd bokstav a, eller i form av ytings- eller funksjonskrav. Oppdragsgivaren kan velje mellom desse to måtane, bruke ein kombinasjon av dei eller oppgi ein standard som metode til å anta samsvar med ytings- eller funksjonskrav. Opplistinga av ulike typar standardar i bokstav a er uttømmende. Som hovudregel kan oppdragsgivaren dermed ikkje utforme den tekniske spesifikasjonen med tilvising til andre standardar. Dersom ingen relevant standard er opplista, må oppdragsgivaren funksjonsbeskrive anskaffinga.

Eksempel:

Oppdragsgivaren skal kjøpe programvare. Det finst ein defactostandard<sup>22</sup> (Microsoft) for programvare som er utbreidd i praksis. Denne defacto-standardten fell ikkje inn under nokon av dei typane standardar som er opplista. Oppdragsgivaren må dermed ytings- eller funksjonsbeskrive programvara.

### 9.5.3 Bruk av standardar i forskrifta del III

Dersom oppdragsgivaren vil beskrive gjenstanden for anskaffinga ved hjelp av standardar, finst det reglar for kva standardar som skal nyttast, og i kva rekkjefølgje. Dette går fram av forskrifta § 17–3 fjerde ledd bokstav a og blir ikkje nærmare behandla her.

Når oppdragsgivaren viser til ein standard i den tekniske spesifikasjonen, må tilvisinga alltid vere etterfølgd av uttrykket «eller tilsvarande». Leverandøren kan alltid levere ei løysing som oppfyller funksjonsbehova til oppdragsgivaren slik det går fram av standarden, sjølv om løysinga ikkje oppfyller den detaljerte tekniske beskrivinga i den aktuelle standarden.<sup>23</sup> Eit tilbod som oppfyller funksjonsbehovet, men ikkje den detaljerte beskrivinga i den aktuelle standarden, er ikkje eit alternativt tilbod. Sjå om alternative tilbod i kapittel 9.6.

Reglane for korleis ein skal bevise at ei løysing oppfyller funksjonskrava i den aktuelle standarden, er gitt i femte ledd. Det er leverandøren som må dokumentere at løysinga oppfyller funksjonskrava. Leverandøren kan likevel velje korleis han vil dokumentere det. At løysinga er like god, må påvisast «til oppdragsgivers tilfredshet». Ordlyden synest å indikere ein viss grad av subjektivt vurderingsrom for oppdragsgivaren. Teknisk dokumentasjon frå produsenten, eller ein prøvingsrapport frå eit anerkjent organ, synest å gi ein presumsjon for at løysingen er tilsvarande god. Dersom oppdragsgivaren avviser eit tilbod fordi det ikkje er tilsvarande, må oppdragsgivaren, dersom det blir

21 Den tidlegare forskrifta om offentlege anskaffingar hadde som hovudregel at oppdragsgivaren skulle spesifisere anskaffinga ved hjelp av ein standard, helst ein europeisk standard.

22 Ein defactostandard er ein standard som er så utbreidd i bruk at han i praksis fungerer som ein offisiell standard.

23 Dette er endra frå den tidlegare forskrifta.

kravd nærmare grunngiving, gjere greie for kvifor krava ikkje er rekna som oppfylte på tilvarande måte, jf. forskrifta § 20–16 fjerde ledd tredje punktum.

#### **9.5.4 Forbod mot å vise til eit bestemt merke**

Det går fram av forskrifta §§ 8–3 fjerde ledd og 17–3 tiande ledd at tekniske spesifikasjonar, med mindre kontraktsgjenstanden gir grunn til det, ikkje skal vise til eit bestemt merke, eit bestemt opphav eller ein bestemt prosess, eller til varemerke, patent, typar eller eit bestemt opphav eller ein produksjon på ein måte som gjer at visse føretak eller produkt blir favoriserte eller utelukka. Slik tilvisning kan tillatast i unntakstilfelle dersom det ikkje er mogleg å gi ei tilstrekkeleg presis og forståeleg beskriving av kontraktsgjenstanden i samsvar med hovudregelen i avsnittet ovanfor.

Dette unntaket gjennomfører direktivet artikkel 23 åttande ledd. Ordlyden angir sjølv at det berre kan nyttast «unntaksvis», og at det skal tolkast snevert, slik unntak generelt skal. Unntaket kan nyttast dersom det ikkje er mogleg å gi ei tilstrekkeleg presis og forståeleg beskriving i tråd med dei vanlege reglane i forskrifta. Det betyr at det verken må vere mogleg å ytings- eller funksjonsbeskrive eller å beskrive ved bruk av standardar i tråd med forskrifta fjerde ledd bokstav a.

Det har ikkje noko å seie om eit merke faktisk blir oppfatta som ein standard, så sant det er mogleg å gi ei nøytral beskriving. Det er heller ikkje relevant om det er ei implisitt forståing at andre produkt òg er tillatne. Vidare er det ikkje relevant om «merket» er uoffisielt utvikla av brukarar som ein standard.

Forbodet mot å vise til eit merke gjeld etter ordlyden berre når tilvising til eit bestemt merke osv. har som verknad at visse føretak eller produkt blir favoriserte eller utelukka. I praksis skal det lite til før ein slik verknad oppstår.

Bruken av unntaket må vurderast konkret ut frå dei faktiske omstenda. Oppdragsgivaren må grunngi bruken av unntaket og sørge for at det er etterprøvbart.

Dersom det er grunnlag for å nytte unntaket, skal ei tilvising til eit bestemt merke osv. vere etterfølgd av uttrykket «eller tilsvarande».

EU-kommisjonen seier i si fortolkingsfråsegn om anskaffingar som ikkje er omfatta av direktiva, at det også for slike anskaffingar er ein fordel å unngå tekniske spesifikasjonar med tilvising til eit bestemt merke osv. når anskaffingane ligg under terskelverdien. Sjå kapittel 14.2 om kva fortolkingsfråsegna har å seie for anskaffingar i del I.

Sjå rettleiing<sup>24</sup> frå departementet når det gjeld spesifisering av mikroprosessorar i data-maskiner.

24 Sjå departementet si heimeside: <http://odin.dep.no/fad/>

### 9.5.5 Om etiske krav

Dette avsnittet ser på når det kan stillast etiske krav som ein del av den tekniske spesifikasjonen. Ein breiare omtale av etiske krav er gitt i kapittel 5.2.2. Den tekniske spesifikasjonen må vere knytt til kontraktsgjenstanden og angi eigenskapane til produktet. Produksjonsfasen kan òg vere omfatta. Utfordringa ved rettferdige og etiske krav er at krava knyter seg til dei som produserer, ikkje til eigenskapane ved sjølve produktet i produktlevetida. Det er usikkert om det kan stillast rettferdige eller etiske krav til produksjonen eller tenesteytinga. I praksis blir det svært vanskeleg å stille slike krav sidan det lett kan verke diskriminerande å stille krav til produksjonsorganisering, handelsvilkår og sosiale standardar i andre land.<sup>25</sup>

## 9.6 Alternative tilbod

### 9.6.1 Generelt

Alternative tilbod er definerte i forskrifta § 4–1 bokstav k og regulerte i forskrifta §§ 11–4 og 20–4.<sup>26</sup> Føresegnene som er like i del II og III, endrar rettstilstanden.

Reglane om alternative tilbod i forskrifta er gjennomføring av artikkel 24 i direktivet og skal forståast i tråd med denne føresegna. Føresegnene kan ikkje tolkast i lys av tradisjonell norsk anbudsrett. Derfor er det viktig å leggje bort gjengs norsk språkleg forståing og ulike bransjeoppfatningar av omgrepet «alternative tilbod».<sup>27</sup>

### 9.6.2 Kva er eit alternativt tilbod?

Eit alternativt tilbod ligg berre føre når oppdragsgivaren bruker prosedyren for alternative tilbod. Oppdragsgivaren kan spesifisere anskaffinga ved hjelp av ulike tekniske standardar eller ved ytings- eller funksjonskrav. Tilbod som oppfyller ytings- eller funksjonskrava i ein slik spesifikasjon, same korleis, er ikkje å forstå som alternative tilbod etter forskrifta. Sjå nærmare i kapittel 9.5 om tekniske spesifikasjonar. Dette gjeld òg når ein leverandør leverer inn ulike tilbod på grunnlag av ulike løysingar for å oppfylle krava som oppdragsgivaren har stilt. Reguleringa av alternative tilbod gjeld berre der oppdragsgivaren har tillate alternative tilbod og oppgitt minstekrav for dei alternative tilboda.

### 9.6.3 Nokre aktuelle bruksområde for alternative tilbod

Alternative tilbod kan brukast på ulike måtar. Nedanfor er det nemnt nokre moglege bruksområde med eksempel.

- 25 Sjå rettleiaren frå britiske Office of Government Commerce, [http://www.ogc.gov.uk/embedded\\_object.asp?docid=1001597](http://www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1001597), der det heiter: «**specifications** for catering services and supplies cannot be framed in terms of fair or ethically traded requirements, as such 'social' labels do not define the end product in terms of characteristics or performance as required by the EC rules».
- 26 Avvising av alternative tilbod gitt i strid med desse føresegnene er regulert i §§ 11–11 første ledd bokstav c og 20–13 første ledd bokstav c. Sjå kapittel 13.3.1 om plikt til å avvise tilbod gitt i strid med føresegnene om alternative tilbod.
- 27 Føresegna i forskrifta om alternative tilbod er ulik reguleringa i NS 8400 punkt 5.2.3 andre ledd om alternative løysingar. Etter forskrifta, i motsetning til NS 8400, må alternative tilbod positivt tillatast. Dei alternative minstekrava må etter forskrifta, i motsetning til NS 8400, vere positivt angitt av oppdragsgivaren og kan ikkje utleiast. Dei alternative minstekrava i forskrifta må ikkje, i motsetning til NS 8400, vere dei same som minstekrava i den primære tekniske spesifikasjonen. Løysinga som var vald i NS 8400, blei avvist av EF-domstolen i sak C-421/01, Traunfellner.

**Alternative tilbud for å opne for andre løysingar**

Eitt av formåla med alternative tilbud er å opne for at leverandørane kan tilby andre løysingar enn den oppdragsgivaren har sett føre seg. Det kan fremje innovasjon og gi betre behovsdekking for oppdragsgivaren. Alternative tilbud kan brukast ved alle former for tekniske spesifikasjonar. Bruk av alternative tilbud for å opne for andre løysingar er truleg meir aktuelt når anskaffinga er beskriven med detaljerte tekniske spesifikasjonar, enn når beskrivinga er funksjonell. Ved ein funksjonell teknisk spesifikasjon vel leverandøren sjølv korleis han skal tilfredsstille krava. Sjå nærmare om tekniske spesifikasjonar i kapittel 9.5 .

**Eksempel:**

Oppdragsgivaren har behov for transport av så og så mange medarbeidarar mellom dei to kontora sine kvar dag i samband med møteverksemd. Oppdragsgivaren vil primært kjøpe ein minibuss, og set opp krav til denne. I tillegg lagar oppdragsgivaren ein alternativ spesifikasjon som ikkje seier noko om korleis resultatet skal oppnåast, men som fører opp funksjonskrav om at så og så mange personar med arbeidsplass i høvesvis kontorlokala A og B skal kunne halde møte kvar dag. Tildelingskriteria er pris, levetid, miljø, driftstryggleik og brukarkomfort.

Oppdragsgivaren får inn fem tilbud. Tre av dei oppfyller primærspesifikasjonen, som gjeld minibuss. Eitt tilbud gjeld videokonferanseutstyr og oppfyller dei alternative minimumskrava. Det siste tilbudet gjeld taxitransport, men inneheld vesentlege avvik frå den alternative spesifikasjonen og skal avvisast.

Ved evalueringa av tilboda kjem det fram at dei to økonomisk mest fordelaktige tilboda er det billegaste tilbudet med minibuss og tilbudet med videokonferanseløysing. Av desse tilboda skårar tilbudet med minibuss høgast på levetid, driftstryggleik og brukarkomfort, med ein noko høgare pris og dårlegare miljøskår. Tilbudet med videokonferanseutstyr er billegast og har høg skår på miljø, men skårar dårlegare på levetid, driftstryggleik og brukarkomfort. Samla vinn tilbudet med videokonferanseutstyr.<sup>28</sup>

**Alternative tilbud for å vareta ytterlegare omsyn**

Alternative tilbud kan òg brukast til å vurdere utsiktene for å vareta ytterlegare omsyn ved ei anskaffing, til dømes å velje ei meir miljøvennleg løysing. Oppdragsgivaren får då inn hovudtilbod og meir miljøvennlege tilbod og kan vurdere ut frå tildelingskriteria om han ønskjer å fremje miljøvennlege løysingar.

<sup>28</sup> Formålet med å opne for alternative tilbud kunne i dette tilfellet òg vore oppnådd ved å funksjonsbeskrive anskaffinga.

**Eksempel:**

Oppdragsgivaren utlyser ein konkurranse om å byggje eit reinseanlegg til innbyggjarane og industrien i området. Det blir sett opp visse funksjonskrav til reinseanlegget. I tillegg er oppdragsgivaren interessert i alternative tilbod der det er sett opp ekstra funksjonskrav til visse miljøaspekt, og der nokre av dei andre funksjonskrava er sette lågare.

**Opning for alternative tilbod for å vurdere enklare løysingar**

Alternative tilbod kan òg nyttast til å be om tilbod med mindre funksjonalitet enn hovudløysinga.

**Eksempel:**

Oppdragsgivaren er primært interessert i skreddarsydd programvare for å styre verksemda si, men er òg interessert i å opne for billegare hyllevarer og er då villig til å akseptere ein enklare funksjonalitet.

**9.6.4 Krav til prosedyren ved opning for alternative tilbod**

Dersom oppdragsgivaren vil tillate alternative tilbod, må det vere nemnt i kunngjeringa. Kunngjeringsskjemaet inneheld eit eige felt for dette. Oppdragsgivaren må i konkurransegrunnlaget òg oppgi dei alternative minstekrava til yting og funksjon. Er ikkje det gjort, kan ikkje alternative tilbod leverast eller vurderast.

Regelen i forskrifta som seier at alternative tilbod må vere positivt tillatne, kan tilsynelatande gjere det vanskelegare å levere alternative tilbod enn i ein situasjon der oppdragsgivaren må seie frå dersom han *ikkje* tillèt alternative tilbod. EF-domstolen fastslo likevel i C-421/01 Traunfellner, at alternative tilbod berre kan leverast dersom oppdragsgivaren har angitt alternative minstekrav. Så lenge det ikkje er angitt alternative krav, kan ein ikkje evaluere om tilbodet tilfredsstillar oppsette minstekrav. I praksis er det derfor, uavhengig av eit krav om positivt å tillate alternative tilbod, ikkje høve til å levere alternative tilbod dersom oppdragsgivaren ikkje har sett opp ein alternativ spesifikasjon.

Oppdragsgivaren kan setje opp spesielle krav til korleis alternative tilbod skal utformast. Det må gjerast i tråd med dei generelle krava, mellom anna om kva type dokumentasjon som kan forlangast.

Oppdragsgivaren må kunne vurdere alternative tilbod opp mot andre tilbod. Derfor kan det berre opnast for alternative tilbod i tilfelle der kontrakt skal tildelast på grunnlag av det tilbodet som er økonomisk mest fordelaktig. Dersom oppdragsgivaren tillèt alternative tilbod, må han setje opp tildelingskriteria på ein slik måte at dei er eigna til

å evaluere og samanlikne tilbod på tildelingsstadiet etter både den primære tekniske spesifikasjonen og den alternative spesifikasjonen. Oppdragsgivaren må kunne vurdere kvart kriterium for kvart tilbod. Dersom oppdragsgivaren får inn så ulike tilbod at dei ikkje kan samanliknast, kan oppdragsgivaren måtte avlyse konkurransen.

### 9.6.5 Nokre spesielle problemstillingar

#### **Kan det leverast alternative tilbod utan at det blir levert tilbod på hovudløyinga?**

Det er ikkje avklara om oppdragsgivaren kan krevje at ein leverandør leverer eit tilbod som oppfyller den primære kravspesifikasjonen, for å kunne levere eit alternativt tilbod. Den danske Konkurrencestyrelsen meiner at det kan stillast eit slikt krav.<sup>29</sup> I mangel av forbod legg departementet til grunn at eit slikt krav kan stillast. Kravet kan vere eigna når oppdragsgivaren nyttar alternative tilbod for å vurdere tilleggsytingar og derfor ønskjer seg tilbod både med og utan tilleggsytingar for å kunne samanlikne. Dersom oppdragsgivaren nyttar alternative tilbod for å kunne få inn tilbod på nye løysingar, kan eit slikt krav derimot vere til hinder for å få tilbod frå små, innovative leverandørar som berre kan tilby ei alternativ, nyskapande løysing. Eit slikt krav kan òg føre til mindre konkurranse fordi det blir meir kostbart å levere tilbod.

#### **Kan/skal prosedyren for alternative tilbod òg brukast for kontraktsvilkår?**

Eksempla i kapittel 9.6.3 om bruk av alternative tilbod gjeld alternative oppfyllingsmåtar for den tekniske utføringa. Oppdragsgivaren opnar for to ulike tekniske spesifikasjonar, slik at leverandøren kan levere inn tilbod både på minibuss og videokonferanseutstyr. Tilsvarande kan det tenkjast alternative sett kontraktsvilkår, til dømes ved at oppdragsgivaren opnar for eitt sett kontraktsvilkår for kjøp av bil, og eitt sett kontraktsvilkår for leige av bil.

Det er ikkje avklara om reglane for alternative tilbod berre regulerer alternative tekniske løysingar, eller om dei òg gjeld for alternative kontraktsvilkår. Direktivteksten gir ikkje noko svar på det.<sup>30</sup> Det er blitt hevda i teorien at formålet med regelen om alternative tilbod er å fremje innovative løysingar.<sup>31</sup> Innovative kontraktsmodellar er ikkje ein del av dette. Reglane om alternative tilbod er til dømes òg lite eigna til å la leverandørar føreslå ulike betalingsmodellar. Alternative løysingar med omsyn til kontraktsvilkår kan derfor truleg søkjast utanfor forskriftsreguleringa av alternative tilbod. Motsett er det i teorien blitt hevda at reglane om alternative tilbod òg gjeld for ulike finansieringsmodellar, mellom anna.<sup>32</sup> For ein OPS-kontrakt kan det til dømes vere nødvendig å ha eit samspel mellom å opne for alternative tekniske løysingar og kontraktsmodellar. Spørsmålet er uavklara og må løysast i praksis.

29 [http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap\\_10/](http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap_10/) avsnitt 10.2.1

30 Direktiv 2004/18/EF artikkel 24 nr. 3

31 Arrowsmith s. 530

32 Hjemborg mfl. s. 190

### **Situasjonen der eit alternativt tilbod endrar anskaffinga frå ein vare- til ein tenestekontrakt eller omvendt**

Oppdragsgivaren kan ikkje avvise eit alternativt tilbod berre fordi det kjem til å endre kontrakten frå ein tenestekontrakt til ein varekontrakt eller omvendt. Eit eksempel er når oppdragsgivaren primært ber om ein tenestekontrakt i form av utvikling av programvare, og ein leverandør leverer inn eit alternativt tilbod på ei ferdig utvikla programvareløysing som gjer anskaffinga til eit varekjøp.

## **9.7 Vedståingsfrist**

Oppdragsgivaren skal fastsetje ein vedståingsfrist med dato og klokkeslett for kor lenge tilboda er bindande. Oppdragsgivaren har i utgangspunktet plikt til å inngå kontrakt mens tilbydarane enno vedstår seg tilboda. Ved fastsetjing av frist må oppdragsgivaren ta høgd for den tida det tek å varsle tilbydarane om kva rett dei har til å klage, og for den tida det tek å realitetsbehandle eventuelle klager.

Ein lang vedståingsfrist kan føre til at leverandørar må binde opp ressursar unødig lenge. Fristen bør derfor ikkje vere lengre enn det som er nødvendig av omsyn til behandlinga av tilboda.

Dersom ikkje anna er nemnt i konkurransegrunnlaget eller kunngjeringa, seier forskrifta at vedståingsfristen går ut kl. 24.00 tretti dagar etter at tilbodsfristen går ut.

## **9.8 Kontraktsvilkår**

### **9.8.1 Kontraktsstandardar**

Som hovudregel skal oppdragsgivaren bruke framforhandla og balanserte kontraktsstandardar ved inngåing av kontraktar, jf. forskrifta § 3–11 første ledd.

Føresegna gjeld alle kontraktar, det vil seie vare-, teneste- og byggje- og anleggskontraktar. Når det gjeld varer, kan ho til dømes vere aktuell for IT-kontraktar. Ein kontraktsstandard er framforhandla når han er blitt til gjennom forhandlingar mellom representantar for ulike partar. Det gjeld først og fremst standardar som er blitt til på nasjonalt nivå. Innanfor bygg og anlegg gjeld det til dømes Norsk Standard 8405, 8406 eller NS 8431 om fast reinhald. Slike standardar inneheld vanlege kontraktsvilkår som til dømes pliktar og rettar ved manglar, avvik og betalingsgjennomføring. Oppdragsgivaren skal i konkurransegrunnlaget gjere kjent kva kontraktsstandardar som skal brukast.

Det er ein klar hovudregel at framforhandla og balanserte kontraktsstandardar skal brukast. KOFA kom i sak 2003/138 til at føresegna ikkje inneheld noka plikt til å nytte kontraktsstandardar eller noko forbod mot å gjere unntak frå standardkontraktane.

Føresegna er retta mot oppdragsgivaren og er ei ordensføresegn som føreset at oppdragsgivaren vurderer om det finst ein eigna standardkontrakt, og søkjer å halde seg til standarden så sant anskaffinga ikkje tilseier noko anna.

Departementet vil derfor understreke det som står i ot.prp. nr. 71 (1997–1998) kapittel 10.2.3,<sup>33</sup> som utgjør førearbeida til føresegna. Departementet seier der på side 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 «kontraktanarki». 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 fordelen 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 uhensiktsmessige 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 òg peike på ei viktig problemstilling som oppstår når oppdragsgivaren gjer unntak frå standardane, og det fører til atterhald frå leverandørane som igjen kan resultere i at dei blir avviste frå konkurransen. Dersom oppdragsgivaren i konkurransegrunnlaget avvik frå ein framforhandla og balansert kontraktsstandard og overfører urimeleg risiko til leverandøren for forhold og hendingar som leverandøren ikkje har nokon kontroll over, og kostnads- og tidskonsekvensen ikkje kan kalkulerast

<sup>33</sup> <http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/regpubl/otprp/024005-050007/hov010-bn.html>

på førehand, kan det medføre at leverandørar anten ikkje deltek i konkurransen eller tek atterhald mot slike kontraktsvilkår. Når kostnads- og tidskonsekvensen av forholdet som kontraktsvilkåret gjeld, ikkje kan kalkulerast på førehand, fører det til at leverandørar som tek slike atterhald, må avvisast. Konkurransen kan då bli avgrensa. Oppdragsgivaren bør vere klar over marknadssituasjonen når han bruker slike kontraktsvilkår. Maksimal overføring av risiko til leverandøren kan isolert sett vere forlokkande, men kan vere ein uheldig innkjøpsstrategi og stri mot prinsippa som er nedfelte i lova §§ 1 og 5 om effektiv ressursbruk basert på forretningsmessige metodar, likebehandling og føreseielegheit.

Før oppdragsgivaren gjer unntak, bør han vurdere anskaffinga for å slå fast om det er konkrete forhold som gir grunn til unntak frå standarden. Som ein intern rutine til eigen bruk kan det vere fornuftig å skrive ned den konkrete grunngivinga for at ein har funne det tenleg å avvike frå den aktuelle standardkontrakten.

### **9.8.2 Etikk som kontraktsvilkår**

Forskrifta § 3–11 andre ledd gir oppdragsgivaren høve til å knyte særlege vilkår til gjennomføringa av kontrakten. Det er nemnt at dette kan omfatte sosiale vilkår. Kontraktsvilkår må ikkje vere i strid med krava til konkurranse, transparens og likebehandling. Etiske kontraktsvilkår for anskaffingar som ikkje skal utførast i Noreg, kan lett vere i strid med forbodet mot diskriminering.<sup>34</sup> Kontraktsvilkår knytte til varer kan òg vere problematiske ettersom vara kan vere produsert før kontrakten blir tildelt.

Det kan likevel stillast krav om at varer som tilfredsstiller visse etiske krav, skal tilbydast som ein del av kontrakten dersom leverandøren er i stand til å tilby dei. Oppdragsgivaren kan derimot ikkje avvise ein leverandør som ikkje har rettferdige eller etiske varer, og kan ikkje leggje vekt på det i evalueringa.

Det kan òg takast inn som kontraktsvilkår at leverandøren skal sikre at dei åtte grunnleggjande ILO-konvensjonane er følgde. Desse konvensjonane er opplista i kapittel 13 om avvising.

Det kan til dømes stillast krav om at den som er ansvarleg for innkjøp hos leverandøren, kan garantere (gi erklæring om) at innkjøparane følgjer desse åtte grunnleggjande konvensjonane. I erklæringa kan leverandøren påleggjast ei viss plikt til å sikre seg at underleverandørane innfrir krava. Dersom det blir oppdaga brot, skal leverandøren byte til andre underleverandørar.

Oppdragsgivaren kan angi at eigenerklæring ikkje treng innleverast dersom produkta er merkte med Max Havelaar, SA 8000 eller liknande. Dersom oppdragsgivaren krev eigenerklæring frå leverandøren, kan kravet til likebehandling føre til at leverandøren må følgjast opp.

<sup>34</sup> Sjå rettleiing frå danske Konkurrencestyrelsen frå 2004, der det heiter at sosiale kontraktsvilkår ikkje kan eksporterast og tilsvarande i den svenske utgreiinga i SOU 2005:22 *Nya upphandlingsreglar*, s. 300.



## Kapittel 10

# Kunngjering av konkurransen

### 10.1 Kunngjeringskrav

Kunngjering er eit verkemiddel for å gjere leverandørar i marknaden kjende med anskaffinga. Utgangspunktet er at viss ein trur at fleire leverandørar ønskjer å konkurrere om ei anskaffing, så skal anskaffinga offentleggjerast på ein slik måte at ingen relevante leverandørar bevisst blir hindra i å delta. Slik blir det opna for større konkurranse og transparens om offentlege anskaffingar, og det offentlege kan få ein betre pris eller ei betre yting ved at fleire konkurrerer om oppdraga. Reglane om gjennomføring av kunngjering går fram av forskrifta kapittel 9 og 18.

Forskrifta gir følgjande pålegg om kunngjeringar i anskaffingsprosessen:

- Forskrifta krev i utgangspunktet at alle anskaffingar over nasjonal terskelverdi (500 000 kroner) skal kunngjerast. Kravet gjeld både for varekjøp, tenestekjøp og bygge- og anleggskontraheringar. Dersom anskaffinga har ein anslått verdi som ligg under nasjonal terskelverdi (500 000 kroner), er det ikkje plikt til å kunngjere anskaffinga, men forskrifta del I må følgjast. Det betyr mellom anna at det så langt råd er, skal gjennomførast konkurranse om anskaffinga, sjå kapittel 5 om grunnleggjande krav til alle anskaffingar. Ein kan òg la vere å kunngjere ei anskaffing dersom ho kjem inn under eit av unntaka i § 2–1, eller når vilkåra for å gjennomføre konkurranse med forhandling utan føregåande kunngjering er oppfylte, jf. § 14–4.
- For dynamiske innkjøpsordningar er det krav om kunngjering både ved oppretting av ordninga og før kvar kontraktstildeling.
- For alle tildelte kontraktar, rammeavtalar eller plan- og designkonkurransar over EØS-terskelverdiane (anskaffingar etter del III og IV) gjeld dessutan eit krav om at kontraktstildeling skal kunngjerast seinast 48 dagar etter tildelinga. Oppdragsgivarar som inngår kontraktar på grunnlag av ei dynamisk innkjøpsordning, skal òg sende ei melding om dette innan 48 dagar, men kan i staden velje å kunngjere kontraktstildelingar kvartalsvis, jf. § 18–4 fjerde ledd. Kravet om kunngjering av kontraktstildelingar gjeld òg ved kjøp av uprioriterte tenester over EØS-terskelverdi, jf. § 9–2 andre ledd.

- Rettleiande kunngjering er frivillig, men dersom oppdragsgivaren ønskjer å gjere bruk av høvet til å forkorte fristane ved ordinær kunngjering i §§ 19–1 tredje ledd og 19–2 fjerde ledd, må han først ha gitt ei rettleiande kunngjering eller ha gitt dei same opplysningane i kjøparprofilen sin. Når ein gjer bruk av rettleiande kunngjering for å forkorte fristane, må framgangsmåten i § 18–2 andre til fjerde ledd følgjast.

## 10.2 Kjøparprofil

Ein kjøparprofil er ei nettside som er tilrettelagd for oppdragsgivaren. Nettsida viser innkjøpsrelatert informasjon og er open og tilgjengeleg for leverandørar. Formålet med ein kjøparprofil er å gi detaljar om oppdragsgivarens praksis og formål med anskaffingane, slik at potensielle leverandørar får betre kunnskap om kjøparen og eit betre grunnlag for å ta stilling til om dei skal delta i éin eller fleire potensielle konkurransar. Kort oppsummert er ein innkjøpsprofil ei opplisting av framtidige anskaffingar, prosedyrar som vil bli brukte, og kontaktinformasjon. Det er ingen restriksjonar på kva som kan kunngjerast i ein kjøparprofil, men for enkelte kunngjeringar gjeld spesielle prosedyrekrav.

## 10.3 Frivillig kunngjering

Oppdragsgivaren kan velje å kunngjere anskaffingar sjølv om han ikkje er pålagd å gjere det etter forskrifta. I den norske offisielle databasen for offentlege anskaffingar (Doffin) er det laga eit eige sett kunngjeringsskjema for frivillig publisering av anskaffingar med ein verdi på under 500 000 kroner (rettleiande kunngjering, kunngjering av konkurranse og kunngjering av kontraktstildeling). Kunngjering av slike anskaffingar er ein enkel framgangsmåte for å bidra til konkurranse, føreseielegheit og transparens ved mindre oppdrag.

Dersom oppdragsgivaren vel å kunngjere ei anskaffing i TED-databasen og verdien er under EØS-terskelverdiane, er det viktig at oppdragsgivaren i kunngjeringa gjer merksam på at det er dei nasjonale delane av regelverket som gjeld for anskaffinga.

## 10.4 Kunngjering av konkurranse

For anskaffingar over EØS-terskelverdiane er det eit krav om kunngjering i TED-databasen, som er den offisielle EU-kanalen for kunngjering av offentlege innkjøp. Dermed kan leverandørar frå heile EØS-området vere med i konkurransen. På same måten har norske leverandørar høve til å delta i konkurransar om leveransar til offentlege styresmakter i Europa. Desse kunngjeringane skal òg inn i Doffin. Det er eit absolutt krav at kunngjeringar ikkje skal publiserast eller på annan måte gjerast kjende før den dagen Doffin oversender kunngjeringa til TED-databasen.

For kontraktar over nasjonal terskelverdi, men under EØS-terskelverdiane, er det av mindre interesse for utanlandske leverandørar å delta i konkurransen. Slike kontraktar treng derfor berre kunngjerast nasjonalt i Doffin. Det skal sikre konkurransen om dei offentlege oppdraga. Men også mindre anskaffingar kan kunngjerast i EØS-området.

### **10.5 Korleis kunngjere**

Alle kunngjeringar over nasjonal terskelverdi skal kunngjerast på Doffin. For anskaffingar som er over EØS-terskelverdiane, eller som er underlagde WTO/GPA-avtalen, skal kunngjeringa òg publiserast i TED-databasen i EU. Operatøren av Doffin har ansvaret for kontroll og vidaresending til TED-databasen. Alle kunngjeringar skal sendast på norsk til Doffin. For kunngjeringar som òg skal publiserast i TED-databasen, kan oppdragsgivaren sjølv omsetje kunngjeringa til eit av dei offisielle EU-språka, eller han kan kjøpe omsetjingstenesta frå Doffin. Til kvar kunngjering er det utarbeidd eigne skjema som oppdragsgivaren må bruke. Kunngjeringsskjema er tilgjengelege i elektronisk format på [www.doffin.no](http://www.doffin.no). Her finst òg eigne rettleiingar for oppdragsgivarar og oppdragsøklarar.

For å kunngjere på Doffin må oppdragsgivaren registrere seg.

### **10.6 Anskaffingsreferanse, CPV – Common Procurement Vocabulary**

I kunngjeringane skal det visast til éin eller fleire CPV-referansar. For anskaffingar over EØS-terskelverdiane skal det vere angitt full kode på åtte siffer, mens det for kjøp under EØS-terskelverdiane er nok å angi dei to første sifra, som viser gruppekodane. Gruppekodane tilsvarer i stor grad vanleg bransjeinndeling.

CPV er dei produkt-, teneste- og oppdragskodane EU-kommisjonen har utarbeidd, og publikasjonskontoret for EU krev slike kodar på alle kunngjeringar i TED-databasen. Kodane gjer det enkelt for leverandørar å finne relevante oppdrag, same kva språk som er brukt i kunngjeringa. I tillegg til CPV stiller Doffin krav om bruk av stikkord for å forenkle søk etter oppdrag.

Fullstendig CPV-kode skal førast på alle kunngjeringar som etter EØS-regelverket skal kunngjerast i TED-databasen. Doffin kontrollerer at koden er påført før oversending til TED.

Det finst i alt ca. 9000 CPV-kodar ordna i grupper. Ei oversikt over CPV-kodar er å finne på SIMAP-sidene i EU (<http://simap.eu.int>). Her ligg kodelista ute på alle EU-språk. CPV-kodane i norsk omsetjing finst på [www.doffin.no](http://www.doffin.no).

Det kan òg refererast til andre nomenklaturar eller typenemningar i sjølve kunngjeringa eller i vedlegg til kunngjeringa, men dersom referansane ikkje er produktnøytrale, er det viktig å leggje til «eller tilsvarande» i kunngjeringsteksten.

### **10.7 Avvising av kunngjeringar**

Operatøren av Doffin har fullmakt til å avvise kunngjeringar som ikkje er fullstendige og korrekte etter reglane om kunngjering og fristberekning, med mindre årsaka er openberre feil som lett kan rettast opp.



## Kapittel 11

# Fristar

### 11.1 Innleiing

#### 11.1.1 Generelt om fristberekninga

Alle fristane i anskaffingsforskrifta skal bereknast i samsvar med forskrifta om fastsetjing av reglar for fristar, datoar og tidspunkt.<sup>1</sup>

Hovudregelen ved fristberekning er at alle kalenderdagar tel med, med mindre helgedagar og laurdagar/søndagar uttrykkeleg er unnatekne i regelverket, eller fristen uttrykkeleg er oppgitt i yrkedagar. Yrkedagar vil seie alle dagar som ikkje er helgedag, fridag, laurdag eller søndag. Helgedagar o.a. er ikkje frårekna i nokon av fristane i anskaffingsregelverket, så utgangspunktet etter anskaffingsregelverket er at fristane skal reknast i kalenderdagar.

Utgangspunktet for fristen kan variere etter kva anskaffingsprosedyre som blir brukt, og om anskaffinga følgjer forskrifta del II eller III.

Dersom oppdragsgivaren ikkje har fastsett eit bestemt klokkeslett då fristen går ut, men berre har uttrykt fristen i dagar, går fristen ut på slutten av siste timen på siste dagen av fristen. Dersom fristen berre er oppgitt i dagar, kan tilbod leverast fram til kl. 24.00 den aktuelle dagen. Oppdragsgivaren bør derfor oppgi eit klokkeslett då fristen går ut.

#### 11.1.2 Konsekvensen av at det er sett fristar

Utgangspunktet er at dei fristane oppdragsgivaren har sett, er ufråvikelege. Dersom eit tilbod blir levert etter at tilbodsfristen er ute, skal tilbodet avvisast, sjå kapittel 13.3. Det er i samsvar med dei grunnleggjande krava til føreseielegheit og likebehandling, sjå kapittel 5.

### 11.2 Anskaffingar under EØS-terskelverdiane – forskrifta del II

#### 11.2.1 Frist for førespurnad om deltaking og innlevering av tilbod

Fristane for anskaffingar under EØS-terskelverdiane skal fastsetjast slik at leverandørane får tid nok til å innhente nødvendig dokumentasjon og gjere nødvendige undersøkingar og berekningar, jf. forskrifta § 10–1. Det er ikkje fastsett nokon minimumsfristar i forskrifta del II. Oppdragsgivaren står dermed friare til å fastsetje kva fristar som skal gjelde, enn i forskrifta del III.

<sup>1</sup> Forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av reglar for frister, datoer og tidspunkter.

Kor lang fristen bør vere for å gi leverandørane rimeleg tid, må vurderast i kvart tilfelle. Det må mellom anna takast omsyn til at dei grunnleggjande krava blir innfridde. Ut frå proporsjonalitetsprinsippet bør fristen vere lengre dess meir omfattande og kompleks anskaffinga er.

Nedanfor følgjer nokre moment som oppdragsgivaren bør ta omsyn til ved fastsetjing av fristen (lista er ikkje meint å vere uttømmande):

- *Art, storleik og kompleksitet*

Fristen kan vere kortare for «hyllevarer» enn for meir komplekse anskaffingar der leverandørane har behov for å gjere grundigare undersøkingar for å kunne utarbeide eit tilbod, jf. proporsjonalitetsprinsippet.

- *Kor omfattande tilbod som skal leverast*

Lengda på tilbodsfristen må rette seg etter kor omfattande krav konkurransegrunnlaget stiller til tilbodsutforminga, og kor omfattande dokumentasjon som må leggjast fram. Kor presist anskaffinga er beskriven i kunngjeringa eller konkurransegrunnlaget, kan òg spele inn.

- *Særlege forhold som tilseier at det er behov for ei rask gjennomføring av anskaffinga*

Det kan setjast korte fristar dersom det ligg føre særlege forhold som oppdragsgivaren ikkje har herredømme over, og som medfører behov for ei rask gjennomføring av anskaffinga. Dersom dårleg planlegging hos oppdragsgivaren er årsaka til at det hastar, er ikkje det god nok grunn til å setje ein kort frist.

- *Kor mange yrkedagar fristen gir*

Dersom fristen fell innanfor ein periode med mange helgedagar/fridagar, bør det setjast ein lengre frist enn om det ikkje er nokon helgedagar i den aktuelle perioden.

KOFA sak 2003/22:

Saka gjaldt frist for førespurnad om deltaking, og oppdragsgivaren hadde sett ein frist på fem yrkedagar. På denne tida skulle potensielle leverandørar vurdere om anskaffinga var av interesse, innhente skatteattest, utferde HMS-eigenerklæring og sende inn førespurnaden. Klagenemnda fann at denne fristen var så kort at det kunne tenkjast at kvalifiserte leverandørar ikkje hadde fått rimeleg tid til å delta i konkurransen.

### **11.3 Anskaffingar over EØS-terskelverdiane – forskrifta del III**

For anskaffingar over EØS-terskelverdiane er dei gjeldande fristane regulerte i forskrifta kapittel 19. Det er fastsett minimumsfristar som oppdragsgivaren i regelen må halde, og fristane varierer etter kva anskaffingsprosedyre som skal følgjast, jf. §§ 19–1 til 19–4.

Dersom det i hastetilfelle er uråd å bruke dei ordinære minimumsfristane som gjeld ved avgrensa anbodskonkurranse eller konkurranse med forhandling, regulerer § 19–5 kva minimumsfristar som kan brukast.

Oppdragsgivaren pliktar å fastsetje fristar som ikkje er kortare enn dei minimumsfristane som gjeld for den konkrete anskaffinga. Oppdragsgivaren kan derimot setje lengre fristar enn minimumsfristane. Dei grunnleggjande krava kan tilseie at oppdragsgivaren i visse tilfelle òg er pliktig til å fastsetje lengre fristar enn det som følgjer av minimumskrava, sjå kapittel 5. Ut frå proporsjonalitetsprinsippet bør fristen vere lengre dess meir omfattande og kompleks anskaffinga er.

Sjå elles kapittel 11.2.1 om moment som oppdragsgivaren bør leggje vekt på ved fastsetjinga av frist.

Tabell fristar:

	<i>Varekontraktar, tenestekontraktar og bygge- og anleggskontraktar</i>	<i>Vanleg tidsfrist</i>	<i>Haste-prosedyre</i>
Open anbods-konkurranse	Frist for mottak av tilbod etter kunngjering av open anbodskonkurranse	45 dagar	
	Frist for mottak av tilbod dersom konkurransegrunnlag og supplerande dokument er gjorde tilgjengelege på Internett frå kunngjeringstidspunktet	40 dagar	
	Frist for mottak av tilbod dersom rettleiande kunngjering er publisert	29 dagar	
	Utsending av konkurransegrunnlag etter at melding om interesse for deltaking er motteken	6 dagar	
	Utsending av tilleggsopplysningar knytte til konkurransegrunnlaget (etter førespurnad)	6 dagar	
Avgrensa anbods-konkurranse	Frist for mottak av førespurnad om deltaking etter kunngjering av avgrensa anbodskonkurranse	30 dagar	10 dagar
	Frist for mottak av tilbod (etter utsending av skriftleg invitasjon)	40 dagar	10 dagar
	Frist for mottak av tilbod dersom konkurransegrunnlag og supplerande dokument er gjorde tilgjengelege på Internett frå kunngjeringstidspunktet	35 dagar	
	Frist for mottak av tilbod dersom rettleiande kunngjering er publisert	29 dagar	
	Utsending av tilleggsopplysningar knytte til konkurransegrunnlaget (etter førespurnad)	6 dagar	4 dagar
Konkurranse-prega dialog	Frist for mottak av førespurnad om deltaking etter kunngjering av konkurranseprega dialog	30 dagar	
	Utsending av tilleggsopplysningar knytte til konkurransegrunnlaget (etter førespurnad)	6 dagar	
Konkurranse med forhandling	Frist for mottak av førespurnad om deltaking etter kunngjering av konkurranse med forhandling	30 dagar	10 dagar
	Frist for utsending av tilleggsopplysningar knytte til konkurransegrunnlaget (etter førespurnad)	6 dagar	4 dagar
Dynamiske innkjøpsordningar	Følgjer reglane for open anbodskonkurranse fram til tildeling av kontraktar innanfor ordninga		
	Frist for å fullføre evaluering etter mottak av rettleiande tilbod	15 dagar	
	Frist for mottak av rettleiande tilbod etter forenkla kunngjering av konkurranse	15 dagar	
Alle prosedyre-typar	Kunngjering av tildelt kontrakt	maksimalt 48 dagar	



## Kapittel 12

# **Generelle føresegner knytte til gjennomføringa av konkurransen**

### **12.1 Kort om dei grunnleggjande krava**

I gjennomføringa av konkurransen er det viktig at dei grunnleggjande prinsippa blir følgde. Det gjeld mellom anna krava til konkurranse, god forretningsskikk, proporsjonalitet, likebehandling av leverandørar, føreseielegheit, transparens og etterprøvingstilgang. Krava er nedfelte i lova § 5 og forskrifta § 3–1.

Dei grunnleggjande prinsippa kan fungere som fortolkingsmoment når ordlyden i forskrifta gir rom for ulike løysingar, og som sjølvstendig rettsleg grunnlag når forskrifta ikkje har regulert spørsmålet. Ved tvil om kor vidt ei handling eller avgjerd er i samsvar med regelverket, skal handlinga derfor vurderast opp mot dei grunnleggjande prinsippa.

Sjå elles rettleiaren kapittel 5, som gir ei nærmare behandling av desse prinsippa.

### **12.2 Reglar om kommunikasjon**

#### **12.2.1 Generelle krav til kommunikasjon ved offentlege anskaffingar**

I den nye forskrifta er elektronisk kommunikasjon sidestilt med tradisjonelle papirbaserte kommunikasjonsmiddel. Reglane om kommunikasjon er nye, og er ei gjennomføring av kommunikasjonsføresegnene i direktivet.<sup>1</sup>

Reglane om kommunikasjon går fram av forskrifta kapittel 7 og 16 for anskaffingar etter del II og III i forskrifta. Ved gjennomføring av plan- og designkonkurransar etter del IV i forskrifta er det føresegner om kommunikasjon i § 23–2. I tillegg til føresegnene i kapittel 7 og 16, stiller §§ 11–2 og 20–2 nokre krav til utforminga av tilbod.

Fleire stader i forskrifta er det stilt krav om skriftleg form. Det gjeld til dømes ved innlevering av tilbod ved gjenopning av konkurransen i rammeavtalar eller ved endringar av tilbod i samband med forhandlingar. Skriftleg form er i forskrifta 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». Krava om skriftleg form, til dømes ved

<sup>1</sup> Artikkel 42 og vedlegg X

gjenopning av konkurransen i rammeavtalar, utelukkar derfor ikkje bruk av elektroniske kommunikasjonsmiddel.

I utgangspunktet kan oppdragsgivaren velje om heile eller delar av kommunikasjonen og informasjonsutvekslinga skal skje via post, telefaks eller elektronisk kommunikasjon. Det kan òg nyttast ein kombinasjon av elektroniske og papirbaserte kommunikasjonsmiddel, til dømes ved at konkurransegrunnlag berre blir lagt ut elektronisk, mens tilboda blir leverte i papirversjon.

Oppdragsgivaren står ikkje heilt fritt i val av kommunikasjonsmiddel. Dersom nødvendige dokument, sertifikat og erklæringar ikkje finst i elektronisk versjon, skal leverandøren levere dei inn i samsvar med krava til utforming av ordinære «papirbaserte» tilbod. Eit aktuelt tilfelle kan vere innlevering av skatteattestar.

Oppretting og forvaltning av ei dynamisk innkjøpsordning skal skje med elektroniske middel, og her kan ikkje oppdragsgivaren velje papirbasert kommunikasjon.

Bruk av elektroniske kommunikasjonsmiddel kan omfatte heile eller fleire delar av innkjøpsprosessen. Innkjøparen kan til dømes leggje ut konkurransegrunnlaget på Doffin eller på si eiga heimeside, eller be om å få tilboda sende inn elektronisk. Elektroniske kommunikasjonsmiddel kan effektivisere innkjøpsprosessen ein god del. Viss oppdragsgivaren gjer konkurransegrunnlaget fritt tilgjengeleg på Internett, kan fristane for mottak av tilbod over EØS-terskelverdiane reduserast med inntil fem dagar. Det føreset at konkurransegrunnlaget, med alle relevante dokument, er tilgjengeleg på Internett i heile perioden frå kunngjeringa og fram til innleveringsfristen.

#### Eksempel:

Ein kommune har kunngjort konkurranse om kjøp av datautstyr. Kommunen har i kunngjeringa opplyst at konkurransegrunnlaget må lastast ned frå heimesida til kommunen. I konkurransegrunnlaget har kommunen gitt leverandørane valet mellom å levere inn elektronisk og papirbasert tilbod.

Det er stilt ein del generelle krav til kommunikasjonsforma oppdragsgivaren vel:

- Kommunikasjonsmidla skal vere allment tilgjengelege og ikkje hindre leverandøren i å delta i konkurransen.
- Tryggingstenester og -produkt som blir brukte ved elektronisk kommunikasjon, og dei tekniske eigenskapane deira, må heller ikkje vere diskriminerande, og dei må verke saman med informasjons- og kommunikasjonsprodukt som er i alminneleg bruk.

EU-kommisjonen har gitt ut eit notat<sup>2</sup> som utdjupar krava til kommunikasjon. Nedanfor blir nokre av føresegnene i forskrifta utdjupa med utgangspunkt i notatet.

### **Allment tilgjengelege kommunikasjonsmiddel**

Bruk av allment tilgjengelege kommunikasjonsmiddel er viktig for å hindre at konkurransen ikkje blir avgrensa. Bruk av verdsveven og e-post over Internett er allment tilgjengelege kommunikasjonsmiddel. Kravet til allment tilgjengelege kommunikasjonsmiddel inneber at nettverket må vere ope, og at alle har høve til å kople seg til det. Krav om oppkopling til eit nettverk som ikkje er tilgjengeleg overalt, eller bruk av utstyr som ikkje er vanleg eller påfører leverandørane urimeleg store kostnader, kan vere i strid med forskrifta. Eit eksempel som kan vere i strid med forskrifta, er krav om tilknytning til det interne nettverket hos oppdragsgivaren sjølv.

### **Krav til ikkje-diskriminering og høve til integrering**

Kravet om allment tilgjengelege kommunikasjonsmiddel og kravet om at valde kommunikasjonsmiddel ikkje skal avgrense konkurransen gjeld etter ordlyden i forskrifta alle formene for kommunikasjon som forskrifta opnar for. For elektronisk kommunikasjon er det ikkje stilt nokon tilleggskrav. Tryggingstenestene og -produkta som blir brukte ved elektronisk kommunikasjon, og dei tekniske eigenskapane deira, skal vere ikkje-diskriminerande og verke saman med informasjons- og kommunikasjonsteknologiprodukt i vanleg bruk.

Dersom det blir stilt krav om at leverandøren må kjøpe utstyr, inneber kravet i forskrifta at utstyret må vere enkelt å få tak i og nokolunde enkelt å bruke, og at prisen ikkje må vere urimeleg høg i forhold til det som er nødvendig. I nokre tilfelle kan det vere aktuelt for oppdragsgivaren å stille utstyr til rådvelde for leverandøren. Også i slike tilfelle må oppdragsgivaren vurdere kva kompetanse som trengst for å bruke produkta. Kravet til at produkta som skal brukast, kan verke saman med anna utstyr hos leverandørane, blir særleg viktig å vurdere når oppdragsgivaren stiller utstyr til rådvelde for leverandørane.

### **Krav til fortruleg behandling og sikring av dokumentinnhald**

I tillegg til å stille krav til kommunikasjonsmiddel og utstyr som blir brukt i kommunikasjonen mellom leverandørane og oppdragsgivaren, stiller forskrifta krav til fortruleg behandling og sikring av innhaldet i dokumentet.

Kommunikasjon, utveksling og lagring av informasjon må skje på ein måte som sikrar innhaldet i dokumentet mot manipulering og uønskt innsyn. Det gjeld både for tilbod og førespurnad om å delta i konkurransen. Vidare må det ikkje vere mogleg for oppdragsgivaren å undersøkje innhaldet i tilbod og førespurnader om å delta i konkurransen før tidsfristen som er sett for levering. Krava gjeld både for levering i papirform og i elektronisk versjon. For tilbod som blir leverte på papir, stiller forskrifta krav om at tilbodet skal leverast i lukka konvolutt og vere signert, sjå kapittel 12.4. For tilbod og førespurnader om å delta i konkurransar er det stilt særskilde krav til system for

<sup>2</sup> Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC

elektronisk overføring og mottak av tilbod og førespurnader om å delta i konkurransen, jf. forskrifta §§ 7–3 og 16–3. Desse føresegnene utdjupar dei generelle krava i §§ 7–1 og 16–1.

### **12.3 Særlege krav til elektroniske system**

Dersom oppdragsgivaren bestemmer at eit tilbod eller ein førespurnad om å delta i konkurransen skal leverast inn elektronisk, gir §§ 7–3 og 16–3 føringar for det elektroniske systemet som kan nyttast hos oppdragsgivaren og leverandøren for overføring og mottak av tilbod eller førespurnad om å delta i konkurransen. Krava som oppdragsgivaren stiller til elektroniske system hos leverandøren, må gå fram av kunngjeringa eller konkurransegrunnlaget. Krava til dei elektroniske systema skal mellom anna sikre at opplysningar om innkjøpsprosessen kan sporast, og at det opphavlege innhaldet i dokumentet blir bevart og halde fortruleg.

Ordlyden i forskrifta<sup>3</sup> bruker «innlevering av tilbod» både om ordinære tilbod og om innlevering av tilbod ved gjenopning av konkurransen i rammeavtalar og etter dynamiske innkjøpsordningar. Etter departementet si vurdering gjeld krava til elektroniske system både ved ordinær innlevering av tilbod, ved førespurnad om å delta i konkurransar og ved tilbod som blir leverte ved gjenopning av konkurransen i rammeavtalar og dynamiske innkjøpsordningar.

Ikkje alle krava som blir stilte til tekniske system, blir behandla her. Den vidare framstillinga fokuserer på krav til elektroniske signaturar.

#### **12.3.1 Særleg om krav til elektronisk signatur**

I forskrifta er det stilt krav om bruk av elektroniske signaturar ved innlevering av tilbod og førespurnad om å delta i konkurransar, jf. §§ 7–3 og 16–3 bokstav a.

Elektronisk signatur er definert i lov om elektronisk signatur<sup>4</sup> av 15. juni 2001 nr.81 som «data i elektronisk form som er knyttet til andre elektroniske data og som brukes som autentiseringsmetode». Dette er ein allmenngyldig definisjon som er teknologinøytral og ikkje stiller opp nokon føresetnader for den som bruker signaturen.

Lova inneheld likevel fleire definisjonar av elektronisk signatur, og her er det stilt tilleggskrav til signaturen.

Ein «avansert elektronisk signatur» er definert som ein elektronisk signatur som

- er eintydig knytt til underskrivaren
- kan identifisere vedkommande
- er laga ved hjelp av middel som berre underskrivaren har kontroll over og
- er knytt til andre elektroniske data på ein slik måte at det kan oppdagast om dei har blitt endra etter signering

<sup>3</sup> Tilsvarande omgrep er brukte i direktiva, sjå òg Sue Arrowsmith kapittel 18.17.

<sup>4</sup> Lov om elektronisk signatur av 15. juni 2001 nr.81

I praksis inneber denne definisjonen at ein slik signatur berre kan framstillast ved hjelp av ein digital signatur / PKI.<sup>5</sup>

Det er utarbeidd ein felles kravspesifikasjon for PKI i offentleg sektor, publisert av Fornyings- og administrasjonsdepartementet i januar 2005. Kravspesifikasjonen definerer nærmare ulike typar elektroniske signaturar basert på PKI, med tilknytte tryggingskrav og tekniske eigenskapar. Kravspesifikasjonen er tilgjengeleg på departementet si heimeside.<sup>6</sup>

Det er stilt krav om at den elektroniske signaturen oppfyller krava i forskrifta<sup>7</sup> om frivillige sjølvdeklarasjonsordningar §§ 3, 4 eller 5 og er oppført på publisert liste i samsvar med § 11 i den nemnde forskrifta. Forskrifta stiller dermed krav som utferdarar av sertifikat til elektroniske signaturar må oppfylle for at produkta og/eller tenestene deira skal kunne nyttast i elektronisk kommunikasjon i samband med innsending av tilbod og inngåing av kontraktar.

Formålet med sjølvdeklarasjonsordninga er at tilbydarar av elektroniske signaturar som skal levere slike produkt til offentleg forvaltning, skal kunne dokumentere at produkta deira med tilknytte tenester oppfyller krava i kravspesifikasjonen for PKI i offentleg sektor. Post- og teletilsynet har publisert ei liste med opplysningar om sertifikattypar som sertifikatutferdarar har sjølvdeklart etter denne forskrifta.<sup>8</sup> Føresegnene viser til tre nivå eller typar elektronisk signatur med tilhøyrande sertifikat som er definerte i kravspesifikasjonen for PKI, nemleg *Person Høyt*, *Person Standard* og *Virksomhet*.

Skiljet mellom dei ulike signaturtypane er basert på desse eigenskapane:

- Innhaldet i det digitale sertifikatet (kven kan vere signatureigar)
- Krav til utferdaren av det digitale sertifikatet
- Prosedyre for å søkje om og få utlevert elektronisk signatur
- Tryggleik ved lagring og bruk av den hemmeleg nøkkelen som signatureigaren bruker ved signering av eit dokument eller dekryptering av ei kryptert sending

Anskaffingsforskrifta opnar for at oppdragsgivaren kan velje ein signaturtype som er ønskjeleg å bruke i konkurransen. Etter forskrifta er det altså tilstrekkeleg å bruke sertifikat på verksemdsnivå. Valet av signatur vil mellom anna vere avhengig av tryggings- og sporingskrav til det elektroniske tilbodet eller kontrakten som skal inngåast. Det kan igjen ha samanheng med kontraktsverdien og kva konkurransen gjeld.

5 PKI – Public Key Infrastructure – er ein teknologi basert på kryptografiske metodar for å tilby bruk av elektronisk (digital) signatur i stor skala mellom kommuniserande partar som ikkje kjenner kvarandre frå før.

6 [http://odin.dep.no/filarkiv/234091/Kravspesifikasjon\\_v1\\_02\\_jan2005.pdf](http://odin.dep.no/filarkiv/234091/Kravspesifikasjon_v1_02_jan2005.pdf)

7 Forskrift 21. november 2005 nr. 1296 om frivillige selvdeklarasjonsordninger

8 Sjå [http://www.npt.no/portal/page?\\_pageid=121,47065&\\_dad=web&\\_schema=PORTAL&p\\_d\\_i=-121&p\\_d\\_c=&p\\_d\\_v=47268](http://www.npt.no/portal/page?_pageid=121,47065&_dad=web&_schema=PORTAL&p_d_i=-121&p_d_c=&p_d_v=47268).

## 12.4 Tilbodet

### 12.4.1 Utforming av tilbodet

Reglane for utforming av tilbodet er nedfelte i forskrifta §§ 11–2 og 20–2.

Tilbodet skal leverast skriftleg i ein lukka og merkt konvolutt, anten direkte eller i posten. Føresegna skal sikre notoritet og anonymitet. Føresegna gjeld uavhengig av kva konkurranseform ein har valt. Dersom tilbodet ikkje er levert i samsvar med desse krava, til dømes fordi det er levert munnleg eller per telefaks, pliktar oppdragsgivaren å avvise tilbodet, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav b og 20–13 første ledd bokstav b.

Det er eit krav at tilbodet skal vere underskrive. Det er ikkje eksplisitt regulert kven som skal skrive under på tilbodet. Underskrifta skal vere eit bevis på at leverandøren er bunden av tilbodet, og det skal derfor underskrivast av ein som har fullmakt til å forplikte leverandøren. Dersom tilbodet ikkje er underskrive, har oppdragsgivaren rett, men ikkje plikt, til å avvise det, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav d og 20–13 andre ledd bokstav d.

Tilbodet kan òg leverast elektronisk dersom oppdragsgivaren har vedteke at det skal vere tillate, og innleveringa er i samsvar med forskrifta kapittel 7 og 16, sjå kapittel 12.2. Konkurranses grunnlaget må angi at det er tillate å levere inn tilbodet elektronisk, og korleis eit slikt tilbod skal leverast. Dersom tilbodet ikkje oppfyller desse krava, pliktar oppdragsgivaren å avvise tilbodet etter den same avvisingsføresegna som ovanfor.

### 12.4.2 Tilbakekalling og endring av tilbod

Reglane for tilbakekalling og endring av tilbod er nedfelte i §§ 11–5 og 20–5.

Tilbod som er mottekne av oppdragsgivaren, kan tilbakekallast og endrast innanfor tilbodsfristen. Tilbakekallinga må gjerast skriftleg, til dømes i brev, elektronisk eller per telefaks. Endringa av tilbodet er for eit nytt tilbod å rekne og må derfor oppfylle formkrava til tilbod og vere framme hos oppdragsgivaren innan tilbodsfristen for å vere gyldig. Det er leverandøren som er ansvarleg for at tilbodet kjem fram til oppdragsgivaren i tide, og som ber risikoen dersom det ikkje gjer det.

### 12.4.3 Registrering av innkomne tilbod

Reglane for registrering av innkomne tilbod er nedfelte i §§ 11–6 og 20–6.

Oppdragsgivaren skal merkje tilboda med tidspunkt for mottak etter kvart som dei kjem inn. Føresegna skal sikre transparens, etterprøvingstilgang og likebehandling ved at det i ettertid kan kontrollast at tilboda faktisk blei innleverte innan tilbodsfristen, og at leverandørane blei behandla likt.

Føresegna er ei ordensforskrift som rettar seg mot oppdragsgivaren. Dersom oppdragsgivaren skulle gløyme å merkje dei innkomne tilboda, er det uheldig med omsyn til dei grunnleggjande prinsippa, men tilbodet skal likevel reknast som rettidig innkomme.

På oppmoding skal oppdragsgivaren skriftleg stadfeste at tilbodet er motteke.

#### **12.4.4 Tilbudsopning ved anbodskonkurransar**

Reglane for tilbudsopning er nedfelte i forskrifta §§ 11–7 og 20–7.

Tilbudsopninga skal gjennomførast av minst to representantar for oppdragsgivaren på det tidspunktet og den staden som er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Føresegnene gjeld for alle konkurranseformer og refererer til den interne tilbudsopninga hos oppdragsgivaren.

Oppdragsgivaren kan velje om tilbudsopninga skal vere open for leverandørane. Det gir auka transparens og etterprøvingstilgang. Open tilbudsopning kan berre brukast ved anbodskonkurransar og konkurranseprega dialog. Ved konkurranse med forhandling må tilboda haldast hemmelege, slik at den vidare konkurransen ikkje blir påverka. Dersom oppdragsgivaren vel å ha ei open tilbudsopning, skal det opplysast om tid og stad i konkurransegrunnlaget, jf. §§ 8–1 og 17–1 andre ledd bokstav c.

For å vareta omsynet til etterprøvingstilgang og transparens er det formålstenleg at oppdragsgivaren fører utfyllande protokoll frå tilbudsopninga.

### **12.5 Forhandlingar, avklaringar o.a.**

#### **12.5.1 Forhandlingsforbodet ved anbodskonkurransar**

Utgangspunktet ved open og avgrensa anbodskonkurranse er at det er forbode å endre eller forsøkje å endre tilboda gjennom forhandlingar, jf. §§ 12–1 første ledd og 21–1 første ledd. Forhandlingsforbodet skal sikre likebehandling av leverandørane, transparens og reell konkurranse. Forhandlingsforbodet er absolutt; ein kan ikkje fri seg frå forbodet ved å oppgi i konkurransegrunnlaget at det skal gjennomførast forhandlingar.

Forhandlingsforbodet gjeld som hovudregel frå tilbudsfristen går ut, og heilt til kontrakt er inngått, det vil seie når kontrakten er underskriven av begge partane.<sup>9</sup> Forhandlingsforbodet inneber at det ikkje er høve til å endre tilbodet frå tilbudsfristen er ute, til kontrakt er inngått. Dersom eit tilbod er ufullstendig, uklart eller liknande, og innhaldet berre kan fastsetjast gjennom forhandlingar, pliktar oppdragsgivaren å avvise tilbodet, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav f og 20–13 første ledd bokstav f.

Forhandlingsforbodet inneber derimot ikkje eit absolutt forbod mot kontakt mellom partane. Anskaffingsregelverket har fleire føresegner som regulerer kontakten mellom partane. I enkelte tilfelle er det til dømes tillate å gjere visse avklaringar og rette openberre feil. Vidare pliktar oppdragsgivaren å ta kontakt med leverandøren dersom han vurderer å avvise tilbodet som unormalt lågt, sjå kapittel 13.

Forhandlingsforbodet er brote så snart oppdragsgivaren prøver å forhandle med ein leverandør, uavhengig av om det faktisk medfører ei endring av tilbodet.

<sup>9</sup> Jf. §§ 13–3 første ledd og 22–3 første ledd

KOFA sak 2004/180:

Oppdragsgivaren gjennomførte ein open anbodskonkurranse om kjøp av rekvisita. Oppdragsgivaren sende ein e-post til ein leverandør etter at tilbudsfristen var ute, der han bad leverandøren tilby og prissetje produkt som ikkje var med i det opphavlege tilbodet. Klagenemnda kom til at oppdragsgivaren ved denne førespurnaden hadde forsøkt å få leverandøren til å supplere tilbodet sitt etter at tilbudsfristen var ute, og at forhandlingsforbodet dermed var brote.

KOFA sak 2006/77:

Ein kommune gjennomførte ein open anbodskonkurranse for ein totalentreprise. Etter at innstillinga frå administrasjonen var gjord kjend for tilbydarane, sende ein av dei eit brev til den innklaga som blei teke med i den vurderinga formannskapet og kommunestyret gjorde av tilboda. Klagenemnda fann at brevet innebar ei endring av tilbodet, og at den innklaga hadde brote forhandlingsforbodet ved å ta omsyn til det.

KOFA sak 2004/79:

Ein leverandør fikk høve til å leggje fram ei presisering av tilbodet i eit møte, noko som resulterte i at prisen blei redusert. Klagenemnda kom til at forhandlingsforbodet var brote.

### **12.5.2 Tillatne avklaringar og retting av openberre feil i anbodskonkurransar**

#### **Avklaringar**

Sjølv om det er forbode å forhandle ved anbodskonkurransar, kan det gjerast visse avklaringar og presiseringar i tilbodet, jf. §§ 12–1 andre ledd og 21–1 andre ledd. Slike avklaringar kan i visse tilfelle føre til at avvising kan unngåast. Det er derimot ikkje tillate å forhandle om innhaldet i tilboda gjennom desse avklaringane, jf. forhandlingsforbodet. Tilliten til anbudssystemet tilseier at ein må vere svært restriktiv med å tillate avklaringar.

Det er leverandøren som er ansvarleg for at tilboda er klart og korrekt utforma, og som ber risikoen dersom dei ikkje er det. Avklaring er i utgangspunktet berre ein rett, ikkje ei plikt for oppdragsgivaren. Avklaringane må gjerast på ein måte som sikrar at dei grunnleggjande prinsippa er innfridde. Dersom oppdragsgivaren har late ein leverandør presisere visse sider ved tilbodet, tilseier likebehandlingsprinsippet at andre leverandørar må få høve til å gjere same. I eit slikt tilfelle kan dei grunnleggjande prinsippa altså medføre ei plikt for oppdragsgivaren til å gjere avklaringar. Oppdragsgivaren må òg gi alle leverandørane same høvet til å avklare tilboda. Dersom avklaringa fører til at leverandørane blir forskjellsbehandla, er likebehandlingsprinsippet brote.

Det er oppdragsgivaren som må påvise at høve til avklaring er gitt etter eitt av tre alternativ:

- Oppdragsgivaren kan til ein viss grad ta kontakt med leverandøren for å få klarlagt uklare og ufullstendige sider ved tilbodet. Slik avklaring er berre tillaten så lenge det ikkje er sider ved tilbodet som gjer at oppdragsgivaren pliktar å avvise det. Det gjeld særleg tilbod der uklarleik eller liknande skaper tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til dei andre tilboda. Det er altså berre ikkje-vesentlege forhold som kan avklarast, i andre tilfelle gjeld avvissingsplikt. Det inneber at oppdragsgivaren ikkje kan be om ei avklaring som påverkar rangeringa av tilboda, sjå omtale av KOFA-sak 2003/35 nedanfor.
- Dersom leverandøren føreslår eigne løysingar, arbeidsmetodar og materiale, kan oppdragsgivaren be om at leverandøren utdjupar og klargjer korleis krava i konkurransegrunnlaget skal varetakast. Det treng altså ikkje vere noko som er uklart i tilboda etter dette alternativet, men ettersom det ligg føre andre løysingar o.a., kan oppdragsgivaren ha behov for å setje seg nærmare inn i tilbodet. Føresegna kan vere særleg aktuell ved alternative tilbod. Det er ikkje tillate å endre innhaldet i tilbodet under avklaringa.
- Oppdragsgivaren kan gjere mindre justeringar i løysingane i tilbodet dersom det er teknisk eller funksjonelt nødvendig. Det inneber i realiteten ei endring av tilbodet. Føresegna er derfor eit snevert unntak frå forhandlingsforbodet. Det kan ikkje forhandlast om pris, og berre små, men nødvendige tekniske eller funksjonelle endringar kan gjerast. Ei prisjustering som følgje av løysingsendringa er likevel ikkje utelukka dersom justeringa følgjer av ein rein prisendringsmekanisme og ikkje inneber forhandlingar.

**KOFA sak 2003/35:**

Ein kommune heldt ein anbodskonkurranse om detaljprosjektering og byggjeleiiing for det kommunale vassbehandlingsanlegget. Som ein del av konkurransegrunnlaget fekk interesserte leverandørar utdelt eit anbodsbrev som skulle innleverast i utfylt stand, som ein del av tilbodet frå leverandøren. I anbodsbrevet gjekk det fram at kostnader i samband med reise til og frå arbeidsstaden var inkluderte. Leverandør X underskreiv anbodsbrevet og hadde verken under rubrikken «forbehold» eller andre stader i anbodsbrevet teke atterhald mot den føresetnaden at kostnader i samband med reiser skulle vere inkluderte. Leverandør X leverte i tillegg det han omtala som eit kompletterande tilbod med meir utfyllande informasjon. Her gjekk det fram at reisekostnader kom i tillegg til dei kostnadene som var angitt. Kommunen fann at dette var i strid med anbodsbrevet leverandøren hadde underskrive, og tok derfor kontakt med leverandøren for å avklare saka. I e-post opplyste leverandør X at utgifter i samband med reiser var inkluderte i prisen som var opplyst i anbodsbrevet. Forskjellen i totalpris mellom leverandør X og leverandør Y var på ca. 30 000 kroner i favør av leverandør X. Kostnadene med reiser var av begge sette til minst 50 000 kroner. Det medførte at spørsmålet om kor vidt reiser var inkludert, var avgjerande for kva for eit av dei to tilboda som hadde lågast pris. Klagenemnda sa at oppdragsgivaren ikkje hadde høve til å gjere ei avklaring som påverka rangeringa av tilboda. Nemnda meinte at tilbodet frå leverandør X inneheldt ein så vesentleg uklarleik at det førte til tvil om korleis tilbodet skulle vurderast i forhold til dei andre tilboda. Nemnda meinte derfor at oppdragsgivaren skulle ha avvist tilbodet, og at det var i strid med forhandlingsforbodet å avklare om reiser var inkludert.

**KOFA sak 2005/306:**

Oppdragsgivaren hadde hatt elektronisk kontakt med to tilbydarar i konkurransen. Kontakten gjaldt mellom anna einingsprisar. Klagenemnda hadde ikkje grunnlag for å ta stilling til om det under samtalan hadde skjedd ulovlege forhandlingar eller tillatne avklaringar etter regelverket, men understreka at endringar som gjeld prisar, normalt ikkje kan godtakast som avklaringar, og viste til Rt. 2003 s. 1531.

**Openberre feil**

Dersom oppdragsgivaren blir merksam på ein openberr feil i tilbodet, pliktar han å rette opp feilen dersom det er utvilsamt korleis feilen skal rettast, jf. §§ 12–4 tredje ledd og 21–4 tredje ledd.

Ein feil er openberr dersom ein normalt forstandig oppdragsgivar burde ha oppdaga han. Eksempel på det kan vere reknefeil, skrivefeil, overføringsfeil eller tilfelle der det er openbert korleis feilen skal rettast opp. Ved den minste tvil om korleis feilen skal rettast

opp, skal oppdragsgivaren ikkje rette feilen. Oppdragsgivaren har ikkje lov til å ta kontakt med leverandøren for å få avklart om det ligg føre ein feil, og korleis feilen eventuelt skal rettast opp. Bakgrunnen for den snevre tilgangen til å rette feil er å sikre at forhandlingsforbodet og likebehandlingsprinsippet blir respekterte.

Er det tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til dei andre tilboda, ligg det føre plikt til å avvise i ein anbodskonkurranse, og rett til å avvise i ein konkurranse med forhandling, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav f, andre ledd bokstav b og 20–13 første ledd bokstav f og andre ledd bokstav b. Dersom feilen ikkje er uvesentleg, oppstår ein avviserett ifølgje §§ 11–13 andre ledd bokstav a og 20–13 andre ledd bokstav a.

KOFA sak 2003/292:

Under ein open anbodskonkurranse om drifts- og vedlikehaldstenester for vegnettet fekk kommunen inn eit tilbod dei meinte inneheldt ein openberr feil. Kommunen kontakta leverandøren per e-post og bad om å få stadfesta at prisen var feil, og få opplyst korrekt pris. Kommunen gav uttrykk for at dei meinte prisen var svært høg. Leverandøren justerte deretter prisen slik at den ble lågare, og vann anbodskonkurransen. Klagenemnda meinte det ikkje var utvilsamt korleis feilen skulle rettast, og viste til at kommunen var nøydd til å kontakte leverandøren for å få det gjort. Nemnda konkluderte derfor med at kommunen ikkje hadde heimel i forskrifta til å rette feilen. Ergo var det eit brot på forhandlingsforbodet å kontakte leverandøren.

### **12.5.3 Tilleggsfrist for ettersending av dokument**

Dersom éin eller fleire leverandørar ikkje har levert HMS-erklæring, skatteattest eller annan offentleg tilgjengeleg dokumentasjon på at krav til leverandøren er oppfylte, kan oppdragsgivaren fastsetje ein kort tilleggsfrist for ettersending av dokumenta, jf. §§ 12–13 og 21–3. I den tidlegare forskrifta var det berre høve til å ettersende HMS-erklæring og skatteattest. Bakgrunnen for å utvide føresegna er at det òg kan vere formålstenleg å setje ein tilleggsfrist for å ettersende annan offentleg tilgjengeleg dokumentasjon, til dømes firmaattest.

I utgangspunktet er det leverandøren som har ansvar for å levere den etterspurde dokumentasjonen. Oppdragsgivaren har derfor i utgangspunktet inga plikt til å gi tilleggsfrist. God forretningsskikk kan likevel i visse tilfelle tilseie at oppdragsgivaren bør gi ein slik tilleggsfrist, sjå KOFA-sak 2004/81, referert i kapittel 13.1.1.

Retten til å innhente manglande dokumentasjon som har med forhold ved leverandøren å gjere, må nyttast på ein måte som varetek omsynet til prinsippa om likebehandling, god forretningsskikk og ikkje-diskriminering. Dersom oppdragsgivaren vel å setje ein tilleggsfrist for ettersending av dokument, må alle deltakarane i konkurransen få høve til det same, slik at leverandørane blir behandla likt.

Oppdragsgivaren må vente med å vurdere dei innkomne tilboda til tilleggsfristen er ute.

#### **12.5.4 Supplerande opplysningar om leverandørkvalifikasjonar**

Oppdragsgivarar kan be om å få utdjupa eller supplert framlagde attestar og dokument i samband med krav til leverandøren, jf. §§ 12–4 og 21–1. Det er i utgangspunktet berre dei dokumenta som er framlagde før tilbodsfristen går ut, som kan utdjupast og supplerast. Føresegnene omfattar derfor ein annan situasjon enn i §§ 12–13 og 21–3, som gir oppdragsgivaren rett til å setje ein tilleggsfrist for å ettersende dokument, sjå kapittel 12.5.3.

I utgangspunktet er det leverandøren som er ansvarleg for å levere inn den etterspurde dokumentasjonen. Oppdragsgivaren har derfor i utgangspunktet inga plikt til å be om utdjuping av attestar og dokument. God forretningsskikk kan likevel i visse tilfelle tilseie at oppdragsgivaren bør gi leverandørane høve til å supplere opplysningar, sjå KOFA sak 2004/81, referert i kapittel 13.1.1.

Dersom oppdragsgivaren nyttar seg av retten til å be leverandøren utdjupe eller supplere visse dokument, må det gjerast på ein måte som varetek omsynet til prinsippa om likebehandling, god forretningsskikk og ikkje-diskriminering.

Etter at oppdragsgivaren eventuelt har gjort bruk av retten til å be om supplering og utdjuping, må moglege avvisingsspørsmål avgjerast etter § 11–13 og 20–13.

#### **12.6 Endring av eksisterande kontraktar**

Spørsmålet er om endring av ein eksisterande kontrakt er ein ny kontrakt som må følgje dei reglane forskrifta fastset for inngåing av kontraktar. Dersom det i den opphavlege kontrakten er teke høgd for at kontrakten kan endrast undervegs, til dømes gjennom ein opsjon på å forlengje kontrakten, kan det gjerast utan at det krev ny prosedyre etter forskrifta. Dersom det ikkje er gjort og ein likevel forlengjer kontrakten, er det å rekne som inngåing av ein ny kontrakt. Det vil seie at ein må følgje regelverket og gjennomføre ny konkurranse.

**KOFA sak 2005/40:**

I denne saka hevda klagaren at ein statleg etat ved utløyising av opsjonar hadde forhandla om sentrale element i ein avtale, og at den innklaga med dette måtte reknast for å ha inngått nye kontraktar. Klagenemnda sa at reforhandlingar som har ein rimeleg kommersiell og funksjonsmessig samanheng med den avtalen som først er inngått, i utgangspunktet må godtakast. Vidare blei det sagt at dette må stillast på linje med til dømes utøving av endrings- og tilleggsarbeid i entreprise- og tilverkningsforhold. Nemnda slo òg fast at endringar som følgje av den teknologiske utviklinga på punkt som er av marginal betydning, og endringar som følgje av inflasjon eller prisjusteringsføresegner i kontrakten etter omstenda må akseptast, jf. òg KOFA sak 2004/16.

Spørsmålet i den konkrete saka var om dei endringane i tilboda frå leverandørane som låg til grunn for utløyising av opsjonane, var av så vesentleg karakter at den innklaga måtte reknast for å ha inngått nye parallelle rammeavtalar i strid med regelverket.

Den innklaga hadde oppgitt at dei ved å be om nye tilbod oppnådde ein betydeleg prisreduksjon. Isolert kan ein betydeleg prisreduksjon tale for at avtalane er vesentleg endra, jf. KOFA-sak 2004/14, der ei vesentleg prisendring var nok til at avtalen blei sett på som ny. I det innklaga tilfellet følgde det derimot av kontrakten at leverandørane skulle tilby marknadspris med eventuelle rabattar, og at det kunne krevjast reforhandling av pris dersom leverandøren ikkje opererte med konkurransedyktige prisar. Avtalane la såleis opp til at prisane kunne variere i avtaleperioden, og at dei kunne reforhandlast nedover. Klagenemnda kom derfor til at prisreduksjonen låg innanfor avtaleordlyden, og at avtalen ikkje var vesentleg endra.

Vidare følgde det av avtalane at oppdragsgivaren kunne avtale endringar i artikkelsortimentet som gjaldt for rammeavtalen. Då den innklaga søkte å redusere det tilgjengelege sortimentet vesentleg ved å konsentrere innkjøpa om færre produkt/leverandørar/produsentar, blei derfor denne endringa òg rekna for å vere innanfor avtaleordlyden.



## Kapittel 13

# Avvising

### 13.1 Innleiing

#### 13.1.1 Plikt og rett til å avvise

Leverandørane har ansvaret for å levere inn den dokumentasjonen oppdragsgivaren spør etter, og for å sjå til at tilboda er klart og korrekt utforma. Oppdragsgivaren kan i visse tilfelle avvise leverandørar på grunn av forhold ved leverandøren eller tilbodet.

For å forenkle saksgangen og hindre tvil og uklarleik er det like avvisingsreglar i forskrifta del II og III. Det er viktig å skilje mellom dei avvisingsføresegnene som gjer at oppdragsgivaren pliktar å avvise, og dei som gir han rett til å avvise.<sup>1</sup>

Når oppdragsgivaren har avvisingsrett, er det i utgangspunktet opp til han å avgjere om ein leverandør skal avvisast. Han har likevel ikkje uavgrensa rom for skjønn, men må følgje dei grunnleggjande prinsippa, til dømes omsynet til god forretningsskikk, føreseielegheit og likebehandling. Såleis kan ikkje oppdragsgivaren bruke avvisingsreglane til å diskriminere utanlandske leverandørar. Dersom oppdragsgivaren til dømes avviser ein leverandør fordi tilbodet ikkje er underskrive, må andre leverandørar som ikkje har skrive under på tilboda sine, avvisast av same grunn, jf. likebehandlingsprinsippet.

Sidan leverandørane har brukt store ressursar på å utarbeide tilboda og det er om å gjere å hindre at gode tilbod blir avviste, er det viktig at oppdragsgivaren, når han skal vurdere om kvalifikasjonskriteria er oppfylte, ser på om eventuelle manglar ved innlevert dokumentasjon eller anna kan rettast opp dersom det blir sett ein tilleggsfrist, slik at dokument kan ettersendast eller attestar og dokument kan supplerast eller utdjupast, sjå kapittel 12.5. I visse tilfelle kan kravet til god forretningsskikk tilseie at oppdragsgivaren bør setje ein slik tilleggsfrist eller gi høve til å supplere dokument.

<sup>1</sup> Ofte omtala som «skal»- og «kan»-avvisingsreglar.

KOFA sak 2004/81:

Ein kommune ville inngå eit offentleg-privat samarbeid (OPS). Kommunen avviste ein leverandør fordi ein av «OPS-aktørane» ikkje hadde levert HMS-eigenerklæring. Klagenemnda meinte at det ikkje gjekk klart fram av konkurransegrunnlaget om alle OPS-aktørane måtte levere HMS-eigenerklæring. Nemnda viste til at fire av åtte OPS-operatørar mangla attestar frå éin eller fleire OPS-aktørar, og tok det som ein indikasjon på at konkurransegrunnlaget var uklart på dette punktet. Sidan det var oppdragsgivaren som hadde uttrykt seg uklart, og leverandøren hadde tolka konkurransegrunnlaget på ein måte som kunne forsvarast, meinte nemnda at det var urimeleg av oppdragsgivaren å nekte leverandøren ein tilleggsfrist. Klagenemnda fann at det i eit slikt tilfelle var i strid med god anbods- og forretningskikk å ikkje gi ein kort tileggsfrist med å ettersende HMS-eigenerklæring.

### 13.1.2 Er avvisingføresegnene uttømmende?

I utgangspunktet skal avvisingreglane i forskrifta vere uttømmende, og dei skal gjere prosessen føreseieleg for leverandørane. Det går fram av praksis ved EF-domstolen<sup>2</sup> at avvisingreglane som gir oppdragsgivaren rett til å avvise på grunn av forhold hos leverandøren, er uttømmende regulerte. Oppdragsgivaren har derfor ikkje rett til å avvise på grunn av forhold hos leverandøren i andre tilfelle enn det som går fram av føresegnene i forskrifta. Det kan likevel ikkje utelukkast at oppdragsgivaren pliktar å avvise i andre særlege tilfelle enn dei som er uttrykkeleg regulerte i forskrifta. Det kan til dømes tenkjast tilfelle der det ville vere i strid med dei grunnleggjande prinsippa, til dømes likebehandlingsprinsippet, å behandle tilbodet.

KOFA sak 2003/146:

I denne saka var anskaffinga av ein art som kom inn under forsyningsforskrifta, men ho låg under terskelverdiane. Oppdragsgivaren hadde i kunningering og konkurransegrunnlag opplyst at forskrift om offentlige anskaffelser skulle gjelde. Klagenemnda kom til at han derfor på avtalerettsleg grunnlag var forplikta til å følgje forskrifta.

Ein leverandør hadde levert inn tilbod på delar av ytinga. Spørsmålet var om leverandøren skulle vore avvist. Skal det vere høve til å levere inn tilbod på delar av ytinga, må oppdragsgivaren opplyse om det i konkurransegrunnlaget. Det hadde ikkje oppdragsgivaren gjort, og tilbodet avveik derfor frå konkurransegrunnlaget. Klagenemnda stilte spørsmål ved om

<sup>2</sup> Sjå sameinte saker C-226/04 og C-228/04 La Cascina og Zilch. EF-domstolen slo fast at dei avvisinggrunnane som var opplista i det tidlegare tenestedirektivet, var uttømmende. Desse avvisinggrunnane tilsvarer artikkel 45 andre ledd i det nye direktivet, som regulerer i kva tilfelle oppdragsgivaren har rett til å avvise på grunn av forhold ved leverandøren. Kvar medlemsstat kan velje å innføre færre avvisingreglar enn dei som følgjer av denne føresegna. Noreg har valt å innføre alle reglane i direktivet som gir oppdragsgivaren rett til å avvise. Det kan såleis utleiast av avgjerda i EF-domstolen at dei føresegnene i det norske regelverket som gir oppdragsgivaren rett til å avvise på grunn av forhold ved leverandøren, er uttømmende.

avvisingsregelen i den tidlegare forskrifta § 15–19 andre ledd bokstav d var korrekt avvisingsgrunnlag for materielle avvik frå konkurransegrunnlaget<sup>3</sup> (sjå den nye forskrifta § 11–1 første ledd bokstav f). Nemnda meinte at framgangsmåten i alle tilfelle var i strid med det grunnleggjande kravet til likebehandling i lova § 5. Nemnda konkluderte med at likebehandlingsprinsippet i lova § 5 var brote fordi kommunen ikkje hadde avvist eit tilbod med materielle avvik frå konkurransegrunnlaget.

### 13.1.3 Tidspunkt for vurdering og grunning

Avvisingsspørsmålet skal avgjerast snarast råd<sup>4</sup> etter at oppdragsgivaren eventuelt har gjort bruk av retten til å be om avklaringar, supplering, utdjuping o.a., sjå kapittel 12.5.

Sjå elles rettleiaren kapittel 16 om plikt for oppdragsgivaren til å grunngi ei avvising.

## 13.2 Avvising på grunn av forhold ved leverandøren

### 13.2.1 Plikt til å avvise

#### Kvalifikasjonskrava er ikkje oppfylte

Leverandørar som ikkje oppfyller krava som er sette til dei som skal delta i konkurransen, skal avvist, jf. §§ 11–10 første ledd bokstav a og 20–12 første ledd bokstav a. Oppdragsgivaren skal i kunngjeringa og konkurransegrunnlaget opplyse om kva kvalifikasjonskrav som blir stilte til leverandørane. Meir om temaet, mellom anna kva kvalifikasjonskrav oppdragsgivaren kan stille, står i kapittel 9 og i «Beste praksis»-rettleiaren frå departementet.<sup>5</sup>

Dersom oppdragsgivaren ut frå dei dokument o.a. som er innleverte, ser at leverandøren ikkje oppfyller kvalifikasjonskrava, pliktar han å avvise leverandøren.

Spørsmålet er om oppdragsgivaren òg har ei avvisingsplikt dersom leverandøren ikkje har levert tilstrekkeleg dokumentasjon til at oppdragsgivaren kan vurdere om kvalifikasjonskrava er oppfylte. Avvisingsspørsmålet må avgjerast etter at oppdragsgivaren eventuelt har brukt den retten han har til å be leverandøren ettersende dokument og supplere eller utdjupe opplysningar, jf. kapittel 12.5.<sup>6</sup> Dersom det manglar dokumentasjon frå leverandøren, kan det vere ein indikasjon på at kvalifikasjonskrava ikkje er oppfylte. Dersom den manglande dokumentasjonen tilseier at leverandøren ikkje oppfyller kvalifikasjonskrava, ligg det føre ei plikt til å avvise.

Manglande dokumentasjon kan i seg sjølv i visse tilfelle gi oppdragsgivaren rett til å avvise leverandørar, sjå kapittel 13.2.2.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Dette er regulert i den noverande forskrifta, jf. §§ 11–10 første ledd bokstav a, og 20–12 første ledd bokstav a.

<sup>4</sup> Sjå forskrifta §§ 11–13 første ledd og 20–15 første ledd og rettleiaren punkt 13.4.

<sup>5</sup> «Beste praksis»-rettleiaren ligg på: [http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre\\_dok/veiledninger/024081-120019/ind-bn.html](http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre_dok/veiledninger/024081-120019/ind-bn.html).

<sup>6</sup> Jf. forskrifta §§ 12–3, 12–4, 21–3 og 21–4.

<sup>7</sup> Jf. forskrifta §§ 11–10 andre ledd bokstav g og 20–12 andre ledd bokstav g.

## KOFA sak 2005/246:

Ein kommune arrangerte ein open anbodskonkurranse for vintervedlikehald av vegar. I konkurransegrunnlaget bad den innklaga om ei rekkje opplysningar om maskina eller maskinene som skulle brukast, mellom anna var det bedt om kopi av vognkort. Vidare heitte det at «kun driftsmessig fullgode lastebiler/maskiner vurderes». Klagenemnda meinte derfor at maskinpark var sett som eit kvalifikasjonskrav. Leverandøren som kommunen valde, hadde ikkje gitt nokon opplysningar om kva maskiner/lastebilar som skulle brukast. Nemnda slo fast at manglande dokumentasjon på kvalifikasjonane ikkje nødvendigvis skulle føre til avvising. I medhald av kravet til likebehandling, jf. lova § 5, må oppdragsgivaren likevel gjere ei forsvarleg vurdering av om leverandøren som har levert utilstrekkeleg dokumentasjon, likevel oppfyller kvalifikasjonskrava. Når den valde leverandøren ikkje hadde gitt nokon opplysningar om maskinparken, meinte nemnda at kommunen ikkje hadde kunna gjere ei forsvarleg vurdering av om maskinene var eigna til å oppfylle kontrakten. Kommunen hadde heller ikkje bedt om å få slik dokumentasjon ettersom. I medhald av kravet til likebehandling i lova § 5 og forskrifta § 3–1 meinte klagenemnda derfor at kommunen skulle ha avvist leverandøren.

## KOFA sak 2004/238:

Ein kommune arrangerte ein open anbodskonkurranse om ein rammeavtale om catering og levering av selskapsmat til kommunen. Kommunen hadde stilt krav om at leverandørane skulle levere inn årsrekneskap for dei siste tre åra. Den valde leverandøren hadde ikkje levert inn årsrekneskap for 2003, og spørsmålet var om leverandøren derfor skulle vore avvist. For at det nemnde dokumentasjonskravet skulle ha noko innhald, meinte klagenemnda at det måtte tolkast som eit kvalifikasjonskrav som gjaldt den økonomiske og finansielle stillinga til leverandørane. Det gjekk ikkje fram av konkurransegrunnlaget kvar terskelen for avvising på grunn av svak økonomisk og finansiell stilling låg, og kommunen måtte derfor kunne bruke forsvarleg skjønn for å fastsetje nivået. Kommunen hevda at det ikkje var nødvendig at leverandøren hadde god økonomi, sidan kontrakten ikkje innebar at kommunen skulle yte kreditt til leverandøren, og at det elles ikkje var problematisk om leverandøren hamna i økonomiske vanskar. Nemnda såg på dette som relevante moment i skjønnsutøvinga. Kommunen hadde innhenta kredittvurdering som viste at den valde leverandøren var kredittverdig. Nemnda meinte at kommunen hadde gjort ei god nok vurdering av den økonomiske stillinga til leverandøren, og at det dermed ikkje hadde hatt noko å seie at årsrekneskapen for 2003 ikkje var lagd fram. Klagenemnda fann ingen grunn til å overprøve det skjønnnet den innklaga hadde brukt.

### **Skatteattest eller HMS-erklæring er ikkje levert**

Dersom leverandøren ikkje leverer skatteattest eller HMS-eigenerklæring,<sup>8</sup> har oppdragsgivaren plikt til å avvise leverandøren, jf. §§ 11–10 første ledd bokstav b og c og 20–12 første ledd bokstav b og c. Oppdragsgivaren kan likevel velje å gi ein kort tilleggsfrist med å ettersende dokumentasjonen,<sup>9</sup> sjå kapittel 12.5. Denne retten til å innhente manglande dokumentasjon som gjeld forhold ved leverandøren, må brukast på ein måte som varetek dei grunnleggjande prinsippa om likebehandling, god forretningskikk og ikkje-diskriminering. Dersom oppdragsgivaren vel å setje ein tilleggsfrist med å ettersende dokumenta, må det gjelde alle leverandørane. Dersom oppdragsgivaren vel å ikkje gi tilleggsfrist, skal leverandøren avvisast.

All annan mangel på dokumentasjon fell inn under regelen som gir oppdragsgivaren rett til å avvise dersom leverandøren ikkje har gitt dei opplysningane det er stilt krav om, sjå kapittel 13.3.2.<sup>10</sup>

### **Førespurnad om deltaking i avgrensa anbodskonkurranse og konkurranse med forhandling er ikkje levert innan fristen eller i samsvar med reglane om kommunikasjon**

Oppdragsgivaren har plikt til å avvise leverandørar som ikkje leverer førespurnad om deltaking i avgrensa anbodskonkurranse og konkurranse med forhandling innan fristen eller i samsvar med reglane om kommunikasjon, jf. kapittel 7 og 16, jf. §§ 11–10 første ledd bokstav d og 20–12 første ledd bokstav d. Føreseigna skal sikre at leverandørane blir behandla likt, og at prosessen er føreseieleg.

### **Leverandøren er rettskraftig dømd for visse former for økonomisk kriminalitet**

Dersom oppdragsgivaren kjenner til at leverandøren er rettskraftig dømd for visse former for økonomisk kriminalitet, skal leverandøren avvisast, jf. §§ 11–10 første ledd bokstav e og 20–12 første ledd bokstav e. Oppdragsgivaren har ikkje plikt til å undersøkje om leverandørar er straffedømde.

Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlege ikkje handlar med leverandørar som er straffedømde for økonomisk kriminalitet.

Dersom allmenne omsyn derimot gjer det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren, gjeld ikkje avvisingsplikta. Slike allmenne omsyn kan til dømes vere å verne om liv og helse, å hindre øydelegging av eigedom eller å vareta andre viktige samfunnsinteresser.

Dei formene for kriminalitet som skal føre til avvising, er deltaking i kriminelle organisasjonar, korrupsjon, bedrageri og kvitvasking av pengar. Opplistinga er uttømmande. Andre former for kriminalitet medfører såleis ikkje plikt til å avvise, men kan medføre rett til å avvise etter §§ 11–10 andre ledd bokstav c eller 20–12 andre ledd bokstav c.

<sup>8</sup> Jf. forskrifta §§ 8–7, 8–8, 17–14 og 17–15.

<sup>9</sup> Jf. forskrifta §§ 12–3 og 21–3.

<sup>10</sup> Jf. forskrifta §§ 11–10 andre ledd bokstav g og 20–12 andre ledd bokstav g.

Føresegna må tolkast i lys av proporsjonalitetsprinsippet. Sjølv om leverandøren er dømd for kriminell aktivitet, kan proporsjonalitetsprinsippet tilseie at det er uproporsjonalt å avvise leverandøren dersom forholda ligg langt tilbake i tid.

### **Leverandøren har vore brukt som rådgivar i utarbeidinga av spesifikasjonane i strid med § 3–8**

Dersom oppdragsgivaren har brukt ein leverandør som rådgivar i utarbeidinga av spesifikasjonane for ei anskaffing i strid med § 3–8, pliktar han å avvise leverandøren, jf. §§ 11–10 første ledd bokstav f og 20–12 første ledd bokstav f. Om avvisingssplikt ligg føre, er med andre ord avhengig av om vilkåra i § 3–8 er oppfylte. Oppdragsgivaren skal ikkje bruke rådgivarar som kan ha økonomisk interesse av anskaffinga, dersom det blir gjort på ein måte som kan hindre konkurransen. Avvisingssplikt oppstår berre dersom bruken av rådgivaren kan hindre konkurransen. Ein risiko for at konkurransen kan bli hindra, er nok. Sjå nærmare om tolkinga av denne føresegna i kapittel 5.4.

## **13.2.2 Rett til å avvise**

### **Konkurs o.a.**

Oppdragsgivaren kan avvise leverandøren dersom leverandøren er kravd konkurs, tvangsoppløyst eller anna, eller konkurs eller anna faktisk er opna, jf. forskrifta §§ 11–10 andre ledd bokstav a og b og 20–12 andre ledd bokstav a og b. Bakgrunnen for føresegnene er at det i slike tilfelle kan vere stor risiko for at leverandøren ikkje klarer å gjennomføre oppdraget.

### **Kjend skuldig i straffbare forhold som gjeld yrkesvandelen**

Oppdragsgivaren kan avvise leverandørar som ved rettskraftig dom er kjende skuldige i straffbare forhold som gjeld yrkesvandelen, jf. §§ 11–10 andre ledd bokstav c og 20–12 andre ledd bokstav c.

Det må liggje føre rettskraftig dom for dei straffbare forholda om oppdragsgivaren skal kunne avvise leverandøren.

Dei straffbare forholda må ha samband med yrkesvandelen. Typiske tilfelle er leverandørar som er dømde for økonomisk kriminalitet, til dømes tilbodssamarbeid i strid med konkurranselova. Andre eksempel er miljøkriminalitet eller brot på arbeidsmiljølova. Om administrerande direktør i eit IT-firma har fått ei fartsbot, har ikkje det noko med yrkesvandelen å gjere.

Proporsjonalitetsprinsippet tilseier at dei straffbare forholda må vere av ei viss betydning, og at dei må vere relevante for den aktuelle anskaffinga.

### **Alvorleg forsømming av faglege og etiske krav**

Dersom leverandøren har gjort seg skuldig i alvorleg forsømming av faglege og etiske krav, kan han avvistas, jf. §§ 11–10 andre ledd bokstav d og 20–12 andre ledd bokstav d. Det same gjeld når underleverandørar har gjort seg skuldige i slik forsømming.

Det er ikkje eit krav at det må liggje føre rettskraftig dom, men det må liggje føre objektive bevis for brota. Det er ikkje nok at oppdragsgivaren har mistanke om slike forhold.

Brot på etiske retningslinjer og straffeføresegner for ein profesjon kjem inn under føresegna. Forsøminga må vere av vesentleg betydning («alvorlige brudd») og relevant for den konkrete anskaffinga, jf. proporsjonalitetsprinsippet i kapittel 5.1.2.

Ved avvising på grunn av brot på etiske standardar skal det gjerast ei proporsjonalitetsvurdering der ein mellom anna tek omsyn til kor alvorleg saka er, tiltak leverandøren har sett i verk for å unngå nye tilfelle, om det har skjedd éin eller fleire gonger, og kor lenge der er sidan.

Brot på EØS-direktiva<sup>11</sup> om likebehandling av arbeidstakarar og manglande oppfylling av krava som gjeld for utstasjonerte arbeidstakarar, kan til dømes vere ei alvorleg forsøming.<sup>12</sup> Tilsvarande er avvising aktuelt dersom dei grunnleggjande ILO-konvensjonane er krenkte.

#### **Ikkje betalt skattar, avgifter og trygdeavgift**

Ein leverandør som ikkje har oppfylt plikta til å betale skattar, avgifter eller trygdeavgifter i samsvar med lovføresegner i staten der han er etablert, eller i Noreg, kan avvisast, jf. forskrifta §§ 11–10 andre ledd bokstav e og f og 20–12 andre ledd bokstav e og f. Proporsjonalitetsprinsippet tilseier at forsøminga må vere av eit visst omfang for å gi grunn til avvising.

Ein leverandør blir rekna som etablert i den staten der han har sete, hovudadministrasjon eller hovudføretak. Sjølv om ein leverandør er etablert i eit anna land enn Noreg, kan oppdragsgivaren avvise han dersom han ikkje har betalt pliktige skattar, avgifter eller trygdeavgift til Noreg.

11 Direktiv 2000/78/EF og 76/207/EF om likebehandling av arbeidstakarar og direktiv 96/71/EF om utstasjonerte arbeidstakarar

12 Dette går fram av premiss 43 i fortalen til direktiv 2004/18/EF og er nærmare omtala i Brian Bercusson og Niklas Bruun: «Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU», i Nielsen/Treumer: «The new EU Public Procurement directives», s. 97–116.

**KOFA sak 2004/238:**

Ein kommune arrangerte ein open anbodskonkurranse om ein rammeavtale om catering og levering av selskapsmat til kommunen. Leverandøren som blei vald, hadde levert skatteattest som viste ein restanse på 3281 kroner. Spørsmålet var om leverandøren skulle vore avvist, sidan konkurransegrunnlaget kravde attest «som bekrefter at tilbyderen har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA». Klagenemnda meinte at det ville vere ein uforholdsmessig streng reaksjon å avvise leverandøren på grunn av ein såpass liten restanse, som dessutan gjaldt renter, og at konkurransegrunnlaget ikkje hadde forplikt kommunen til slik avvising. Vidare fann nemnda at det var gjort ei forsvarleg vurdering av soliditeten til den valde leverandøren. Klagenemnda kom derfor til at den innklaga hadde handla i samsvar med regelverket då leverandøren ikkje blei avvist.

**Grovt misvisande eller feilaktige opplysningar, unnlating av å gi opplysningar**

Ein leverandør som har gitt grovt misvisande eller feilaktige opplysningar, eller som har unnlate å gi opplysningar, kan avvist, jf. §§ 11–10 andre ledd bokstav g og 20–12 andre ledd bokstav g.

Dersom oppdragsgivaren til dømes har gitt grovt misvisande opplysningar, er det eit tillitsbrot som gir oppdragsgivaren rett til å avvise leverandøren. Unnlating av å gi opplysningar omfattar både tilfelle der leverandøren med vilje lèt vere å gi opplysningar, og tilfelle der forsømminga har andre årsaker, til dømes forgløyning eller mistyding.

Avvisingsspørsmålet må avgjerast etter at oppdragsgivaren eventuelt har gjort bruk av retten til å gi tilleggsfrist med å ettersende dokumentasjon eller å be om at opplysningar blir supplerte, jf. kapittel 12.5.<sup>13</sup>

Føresegna gjeld berre manglande opplysningar om forhold ved leverandøren. Desse prinsippa svarer i hovudsak til prinsippa som er nedfelte i lova § 5 og forskrifta § 3–1.

I bruken av føresegna må oppdragsgivaren sikre at dei grunnleggjande prinsippa blir følgde, særleg omsynet til god forretningsskikk og likebehandling. Dersom oppdragsgivaren avviser éin leverandør som ikkje har levert etterspurd dokumentasjon, må dei andre leverandørane behandlast på tilsvarande måte.

<sup>13</sup> Jf. forskrifta §§ 12–3, 12–4, 21–3 og 21–4.

## 13.3 Avvising på grunn av forhold ved tilbudet

### 13.3.1 Plikt til å avvise

#### Ikkje levert innan tilbodsfristen

Det er leverandøren som har ansvaret for at tilbudet kjem fram i tide. Dersom tilbudet ikkje er levert innan tilbodsfristen, pliktar oppdragsgivaren å avvise det, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav a og 20–13 første ledd bokstav a. Dersom tilbodsfristen blir utvida i medhald av føresegner i forskrifta, skal tilbud som ikkje er leverte før den utvida tilbodsfristen går ut, avvisast.

KOFA sak 2003/81:

Ein leverandør hadde sendt tilbudet sitt med eksprespost som normalt skulle vore framme innan tilbodsfristen. Tilbudet kom fram etter at tilbodsfristen var ute, og oppdragsgivaren avviste det. Posten sa seg ansvarleg for forseinkinga. Klagenemnda meinte likevel at tilbudet var rettmessig avvist.

#### Tilfredsstillar ikkje formkrava

Tilbud som ikkje tilfredsstillar visse formkrav, skal avvisast, jf. forskrifta §§ 11–11 første ledd bokstav b og 20–13 første ledd bokstav b. Avvisingsføresegna viser til formkrava som er nemnde i §§ 11–2 første og tredje ledd og 20–2 første og tredje ledd. Oppdragsgivaren pliktar altså å avvise tilbud som ikkje er leverte skriftleg, i lukka, merkt sending, og likeins elektroniske tilbud som ikkje tilfredsstillar krava til kommunikasjon i forskrifta kapittel 7 og 16. Formålet med desse krava er at det skal vere mogleg å skilje tilboda frå annan post og oppbevare dei på ein trygg måte før tilbodsopninga. Forskrifta stiller ikkje nærmare krav til innhaldet i merkinga, og oppdragsgivaren kan derfor avgjere frå sak til sak korleis tilboda skal merkjast.

KOFA sak 2003/24:

Eit tilbud blei overlevert direkte til kontaktpersonen for oppdragsgivaren i ein umerkt, lukka konvolutt, med ei munnleg forklaring om at konvolutten inneheldt eit tilbud på den etterspurde tenesta. Klagaren fekk skriftleg kvittering på at tilbudet var innlevert. Oppdragsgivaren avviste seinare tilbudet fordi det ikkje var korrekt merkt. Etersom tilbudet blei levert til kontaktpersonen, som blei gjord kjend med innhaldet i konvolutten, meinte klagenemnda at det ikkje var nokon risiko for at innhaldet i tilbudet skulle bli kjent eller opna ved ei mistyding før tilbodsopninga. Nemnda meinte derfor at tilbudet var godt nok merkt, og at ein eventuell mangel på merking i alle tilfelle blei retta opp under overleveringa. Klagenemnda kom derfor til at oppdragsgivaren ikkje kunne avvise tilbudet på det grunnlaget at det ikkje var godt nok merkt.

**Alternative tilbod**

Alternative tilbod som er leverte i strid med §§ 11–4 og 20–4, skal avvist, sjå fortolkinga av desse føresegnene i kapittel 9.6. Avvisingsføresegna gjeld berre alternative tilbod som ikkje oppfyller dei spesielle krava som er stilte til slike tilbod (prosessuelle krav). Samanhengen i regelverket tilseier at alternative tilbod der innhaldet ikkje svarer til kravspesifikasjonane (materielle avvik), skal vurderast etter dei ordinære avvisingsføresegnene for avvik.

**Vesentlege atterhald mot kontraktsvilkåra**

Tilbodet skal avvist dersom det inneheld vesentlege atterhald mot kontraktsvilkåra, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav d og 20–13 første ledd bokstav d. Føresegna er eit utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlege atterhald kan gi leverandøren ein konkurransefordel og medføre at tilboda blir vanskelege å samanlikne. Føresegna gjeld berre atterhald mot kontraktsvilkåra, mens avvik frå kravspesifikasjonane fell inn under §§ 11–11 første ledd bokstav e og 20–13 første ledd bokstav e.

Kva atterhald som kan reknast som vesentlege, må vurderast konkret i kvart tilfelle. Dersom atterhaldet medfører ein risiko for at leverandøren får ein konkurransefordel, er atterhaldet vesentleg,<sup>14</sup> og tilbodet må avvist. Om leverandøren har teke fleire atterhald som kvar for seg ikkje kan kallast vesentlege, kan dei samla føre til at tilbodet må avvist.

Atterhald som ikkje er vesentlege, kan falle inn under desse avvisingsføresegnene:

- Ved anbodskonkurransar – plikt til å avvise tilbod med atterhald som kan føre til tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til andre tilbod, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav f og 20–13 første ledd bokstav f.
- Ved anbodskonkurransar – rett til å avvise tilbod med atterhald som ikkje kan kallast uvesentlege etter forsøk på avklaring, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav a og 20–13 andre ledd bokstav a.
- Ved konkurranse med forhandling – rett til å avvise tilbod med atterhald som kan føre til tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til andre tilbod, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav b og 20–13 andre ledd bokstav b.

**Vesentlege avvik frå kravspesifikasjonane**

Dersom tilbodet inneheld vesentlege avvik frå kravspesifikasjonane i kunngjeringa eller konkurransegrunnlaget, skal tilbodet avvist, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav e og 20–13 første ledd bokstav e. Avvisingsføresegna er eit utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlege avvik kan gi leverandøren ein konkurransefordel og føre til at tilboda blir vanskelege å samanlikne. Føresegna gjeld berre avvik frå kravspesifikasjonane, mens atterhald mot kontraktsvilkåra fell inn under §§ 11–11 første ledd bokstav d og 20–13 første ledd bokstav d.

Kva avvik som skal reknast som vesentlege, må vurderast konkret i kvart tilfelle. Dersom avviket medfører ein risiko for at leverandøren får ein konkurransefordel, er avviket

14 Sjå erklæringa frå Rådet og EU-kommisjonen i 1993, innteken i EF-tidend EFT 1994 L111 s. 114.

vesentleg, og tilbodet må avvisast. Om tilbodet avvik frå kravspesifikasjonane på fleire punkt som kvar for seg ikkje kan kallast vesentlege, kan avvika likevel samla føre til at tilbodet må avvisast.

Avvik som ikkje er vesentlege, kan falle inn under desse avvisingsføresegnene:

- Ved anbodskonkurransar – plikt til å avvise tilbod med avvik som kan føre til tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til andre tilbod, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav f og 20–13 første ledd bokstav f.
- Ved anbodskonkurransar – rett til å avvise tilbod med avvik som ikkje kan kallast uvesentlege etter forsøk på avklaring, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav a og 20–13 andre ledd bokstav a.
- Ved konkurranse med forhandling – rett til å avvise tilbod med avvik som kan føre til tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til andre tilbod, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav b og 20–13 andre ledd bokstav b.

#### **Avvik, atterhald, feil o.a. i ein anbodskonkurranse**

Dersom tilbodet inneheld avvik, atterhald, manglar, uklare punkt eller liknande, og det derfor kan oppstå tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til dei andre tilboda, pliktar oppdragsgivaren i ein anbodskonkurranse å avvise tilbodet, jf. §§ 11–11 første ledd bokstav f og 20–13 første ledd bokstav f. Regelen er ein naturleg konsekvens av forhandlingsforbodet ved anbodskonkurransar og av at det er leverandøren som har ansvaret for å utforme tilboda korrekt.

Om årsaka til at det oppstår tvil om korleis tilbodet er å forstå, skal karakteriserast som avvik, atterhald, mangel på klarleik eller anna, har berre teoretisk interesse i gråsona mellom kategoriane ettersom kategoriane er sidestilte og opprekninga ikkje i noko tilfelle er uttømmende.<sup>15</sup> Det kan derfor tenkjast andre liknande tilfelle som òg medfører avvisingsplikt.

For at til dømes avviket skal føre til avvisingsplikt, er det eit vilkår at det kan skape tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til dei andre tilboda, såkalla relativ vurderingstvil. Det er nok at atterhaldet, avviket e.l. kan skape tvil. I praksis skal det ofte lite til før dette vilkåret er oppfylt. Oppdragsgivaren må på objektivt og sakleg grunnlag vurdere om vilkåret er oppfylt.

Avvik, atterhald eller liknande som ikkje fell inn under denne føresegna, kan gi oppdragsgivaren rett til å avvise tilbodet etter forsøk på avklaring dersom dei ikkje kan kallast uvesentlege, jf. § 11–11 andre ledd bokstav a og § 20–13 andre ledd bokstav a.

<sup>15</sup> Jf. ordlyden i føresegna: «eller lignende».

**Eksempel:**

Ein oppdragsgivar har fått inn to tilbod. Kontrakten skal tildelast på grunnlag av det tilbodet som har lågast pris. Tilbod A har ein samla pris på 100 000 kroner, tilbod B har ein samla pris på 130 000 kroner. I tilbod A er det teke eit atterhald som ikkje kan prissetjast nøyaktig. Oppdragsgivaren set prisen på atterhaldet til ein stad mellom 20 000 og 40 000 kroner. Prisinga av atterhaldet avgjer rangeringa av tilboda og medfører såleis tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til dei andre. Tilbod A må derfor avvistast.

**KOFA sak 2005/49:**

Saka gjaldt ein open anbodskonkurransse om mottak og handtering av avfall. Ifølgje konkurransegrunnlaget skulle eventuelle atterhald i tilboda prissetjast av tilbydarane.

Dersom atterhaldet ikkje var prissett, kunne oppdragsgivaren prissetje det reelt eller skjønnsmessig. Den valde leverandøren hadde teke fleire atterhald i tilbodet sitt. Spørsmålet var om tilbodet skulle vore avvist fordi atterhalda kunne skape tvil om korleis tilbodet skulle vurderast i forhold til dei andre tilboda. Klagenemnda meinte at atterhalda var såpass klare at det ikkje var vanskeleg å rekne ut kva dei ville utgjere i kroner og øre. Nemnda kom derfor til at kommunen ikkje skulle eller kunne ha avvist leverandøren. Klagenemnda meinte at oppdragsgivaren ikkje hadde gjort ei tilfredsstillende verdivurdering av atterhalda i tilbodet.

**KOFA sak 2003/292:**

Under ein open anbodskonkurransse om drifts- og vedlikehaldstenester på vegnettet fekk kommunen inn eit tilbod dei mente inneheldt ein openberr feil. Kommunen kontakta leverandøren per e-post og bad om å få stadfesta at prisen var feil, og få opplyst korrekt pris. Kommunen gav uttrykk for at prisane verka svært høge. Leverandøren justerte deretter prisane sine slik at dei blei lågare, og vann anbodskonkurransen. Utan priskorreksjonen hadde tilbodet vore nest dyrast. Etter priskorreksjonen blei det nest billegast. Klagenemnda kom derfor til at feilen kunne ha skapt tvil om korleis tilbodet skulle vurderast i forhold til dei andre tilboda, og at tilbodet skulle vore avvist.

### **13.3.2 Rett til å avvise**

**Avvik, atterhald, feil o.a. i anbodskonkurransar**

Dersom tilbodet inneheldt avvik, atterhald, manglar eller uklare punkt som ikkje kan kallast uvesentlege, har oppdragsgivaren rett til å avvise, jf. §§ 11–11 andre ledd

bokstav a og 20–13 andre ledd bokstav a. Avvisingsretten etter denne føresegna gjeld anbodskonkurransar.<sup>16</sup>

Om årsaka til at det oppstår tvil om korleis tilbodet er å forstå, skal karakteriserast som avvik, atterhald, manglande klarleik eller anna, har berre teoretisk interesse i gråsona mellom kategoriane ettersom kategoriane er sidestilte og opprekninga i alle tilfelle ikkje er uttømmende.<sup>17</sup>

Eit vilkår for å bruke avvisingsretten er at oppdragsgivaren har forsøkt å oppnå avklaring, sjå kapittel 12.5. Formålet med det er å avgrense avvisingsretten ettersom ein altfor vid avvisingsrett kan føre til misbruk, jf. likebehandlingsprinsippet, kravet til god forretningskikk og proporsjonalitetsprinsippet. Oppdragsgivaren skal til dømes ikkje avvise tilbod som inneheld openberre feil, når det ikkje er tvil om korleis feilen skal rettast opp.<sup>18</sup> Oppdragsgivaren må derfor gjere eit reelt avklaringsforsøk innanfor dei grensene som følgjer av forhandlingsforbodet. Oppdragsgivaren har rett til å avvise tilbodet dersom det er gjort forsøk på avklaring og det etter ei forretningsmessig vurdering ikkje har noko for seg å bruke ressursar på nye forsøk.

For at mangelen skal føre til avvisingsrett, må han kunne kallast vesentleg. Føresegna er eit utslag av proporsjonalitetsprinsippet og omsynet til god forretningskikk. Manglar som er så små at dei ikkje har noko å seie for tilbodet, gir såleis ikkje avvisingsrett.

#### **Avvik, atterhald, feil o.a. i ein konkurranse med forhandling**

Ved konkurranse med forhandling blir ei absolutt plikt til å avvise avvikande tilbod rekna som uheldig ettersom det kan tenkjast at avvik kan avklarast i forhandlingane. Oppdragsgivaren har i staden ein avvisingsrett når til dømes det som er uklart, kan skape tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til dei andre tilboda, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav b og 20–13 andre ledd bokstav b.

Om årsaka til at det oppstår tvil om korleis tilbodet er å forstå, skal karakteriserast som avvik, atterhald, manglande klarleik eller anna, har berre teoretisk interesse ettersom kategoriane er sidestilte og opprekninga i alle tilfelle ikkje er uttømmende.<sup>19</sup> Det kan derfor tenkjast andre liknande tilfelle som òg medfører avvisingsrett.

For at til dømes avviket skal føre til avvisingsplikt, er det som nemnt eit vilkår at det kan skape tvil om korleis tilbodet skal vurderast i forhold til dei andre tilboda, såkalla relativ vurderingstvil. Det er nok at til dømes atterhaldet kan skape tvil. I praksis skal det ofte lite til før dette vilkåret er oppfylt. Oppdragsgivaren må på objektivt og sakleg grunnlag vurdere om vilkåret er oppfylt.

16 Dette kjem fram ved at føresegna viser til forhandlingsforbodet for anbodskonkurransar, og ved at det finst ei liknande føresegn for konkurranse med forhandling (samanhengen i regelverket), jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav b og 20–13 andre ledd bokstav b.

17 Jf. ordlyden i føresegna: «eller lignende».

18 Jf. forskrifta §§ 12–1 tredje ledd og 21–1 tredje ledd.

19 Jf. ordlyden i føresegna: «eller lignende».

Dersom det etter forhandlingane framleis er tvil om korleis tilbodet skal vurderast, kan tilbodet falle inn under desse avvisingsføresegnene:

- Plikt til å avvise dersom tilbodet inneheld vesentlege atterhald mot kontraktsvilkåra.
- Plikt til å avvise dersom tilbodet inneheld vesentlege avvik frå kravspesifikasjonane.

### **Unormalt lågt i forhold til ytinga**

I visse tilfelle har oppdragsgivaren ein avvisingsrett dersom tilbodet er unormalt lågt i forhold til ytinga, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav c, 11–12, 20–13 andre ledd bokstav c og 20–14. Oppdragsgivaren pliktar først å be leverandøren skriftleg om å leggje fram relevante opplysningar som kan forklare dei låge prisene, og skal kontrollere desse opplysningane. Kravet om skriftleg form gjeld uavhengig av kva konkurranseform som er vald. Denne prosedyren gir leverandørane auka rettsvern. Oppdragsgivaren kan berre be om dei opplysningane som er nødvendige for å avklare kvifor tilbodet er unormalt lågt. Det gjeld særleg ved anbodskonkurransar der det er sett forbod mot forhandlingar.

Når oppdragsgivaren i visse tilfelle kan avvise unormalt låge tilbod, er det for å hindre at oppdragsgivaren til dømes må akseptere tilbod der leverandøren får ulovleg statsstøtte, ytinga er av mindreverdig kvalitet eller gjennomføringa av kontrakten står i fare fordi leverandøren er i økonomiske vanskar.

Låg pris er ein konkurransefordel og er i seg sjølv ikkje god nok avvisingsgrunn. Unormalt låg pris kan til dømes skuldast uvanleg materialval eller bruk av innovative løysingar. Ein leverandør kan òg velje å prise ytinga unormalt lågt av strategiske årsaker, til dømes for å vinne ein prestisjefylt kontrakt som han trur kan generere fleire oppdrag seinare, utan at det i seg sjølv fører til avvisingsrett. Sjølv om leverandøren får minimal avkasting eller taper pengar på prosjektet, er det i seg sjølv neppe grunn til å avvise tilbodet så lenge det ikkje set gjennomføringa av prosjektet i fare. Dersom den låge prisen tyder på at leverandøren kan få vanskar med å oppfylle kontrakten, til dømes fordi prisen indikerer dårleg tenestekvalitet eller kan setje leverandøren i ei vanskeleg økonomiske stilling, har oppdragsgivaren derimot avvisingsrett.

Dersom årsaka til den låge prisen er at leverandøren får statstøtte, kan tilbodet berre avvisast dersom leverandøren ikkje kan godtgjere at statsstøtta er lovleg.

For å kunne vurdere om det ligg føre eit tilbod som er unormalt lågt i forhold til ytinga, kan oppdragsgivaren forlange opplysningar om at krav til arbeidsforhold som gjeld på staden der ytinga skal presterast, er oppfylte. Her kan det òg oppstå avvisingsgrunn.

KOFA sak 2005/57:

Saka gjaldt ein open anbodskonkurranse der kontrakt skulle tildelast på grunnlag av det tilbodet som hadde lågast pris. Tilbodet frå klagaren var taktisk prisa, og nokre av prisane blei av den innklaga rekna som unormalt låge. Tilbodet blei avvist på det grunnlaget. Klagenemnda kom til at avvisinga ikkje var rettkommen, sidan den innklaga ikkje hadde godtgjort at dei låge prisane var til fare for gjennomføringa av kontrakten.

#### **Tilbodet er ikkje underskrive eller kan av andre grunnar ikkje reknast som bindande**

Tilbod som ikkje er underskrivne eller av andre grunnar ikkje kan reknast som bindande, kan avvist, jf. §§ 11–11 andre ledd bokstav d og 20–13 andre ledd bokstav d. Oppdragsgivaren har derfor ikkje plikt til å avvise eit tilbod utan underskrift, men kan vurdere om tilbodet skal avvist, så sant dei grunnleggjande krava til likebehandling o.a. er innfridde.

Føreseigna må sjåast i samanheng med føresegnene om høve til å rette feil.

### **13.4 Framgangsmåten ved avvising**

Oppdragsgivaren pliktar å ta stilling til avvisingsspørsmålet snarast råd, jf. §§ 11–13 første ledd og 20–15 første ledd. Bakgrunnen er mellom anna omsynet til føreseielegheit. Eit tilbod er bindande for leverandøren ut vedståingsfristen, noko som bind opp ressursar hos leverandøren. Dersom tilbodet blir avvist, er leverandøren ikkje lenger bunden av tilbodet og kan eventuelt levere inn tilbod i nye konkurransar. Derfor er det viktig at leverandøren fort får avklara om tilbodet blir avvist.

Oppdragsgivaren må bruke den tida han treng for å sikre ei forsvarleg saksbehandling, til dømes for å vurdere juridisk om han har plikt eller rett til å avvise. Når oppdragsgivaren har gått gjennom den nødvendige informasjonen, må han ta stilling til avvisingsspørsmålet. Kor lang tid oppdragsgivaren kan bruke, er mellom anna avhengig av kor mange tilbod som er komne inn, kva slag anskaffing det gjeld, og kor kompleks ho er.

Same kva konkurranseform som er vald, skal avvisingsspørsmål som gjeld forhold ved leverandøren, vurderast først, deretter tilboda.

Oppdragsgivaren skal snarast mogleg gi ein avvist leverandør skriftleg melding med ei kort grunngiving i samsvar med §§ 11–14 andre ledd bokstav a og 20–16 andre ledd bokstav a. Formålet med regelen er mellom anna å sikre etterprøvingstilgang og føreseielegheit. Grunngivingsplikta er nærmare omtala i kapittel 16.

KOFA sak 2004/291:

Utgangspunktet er at oppdragsgivaren snarast råd skal ta stilling til spørsmålet om avvising. Ein oppdragsgivar kan misse retten til å gjere gjeldande ein «kan»-avvisingsgrunn dersom han først gjer det etter at tildelinga er eit faktum. Det blei vist til dom i Borgarting lagmannsrett 14. mai 2002, der lagmannsretten ikkje fann grunn til å gå inn på om ein leverandør kunne vore avvist fordi han hadde vore med i tildelingsomgangen. Det blei òg vist til KOFA sak 2003/70, der klagenemnda slo fast at avvising føreset eit vedtak, og at vedtaket skal meldast til vedkommande tilbydar snarast råd. I den aktuelle saka hadde ikkje oppdragsgivaren gjort vedtak om avvising, og det var ikkje nok at den innklaga viste til retten til å avvise tilbodet først ein månad etter at melding om tildeling var gitt.



## Kapittel 14

# Gjennomføring av konkurransen

### 14.1 Innleiing

Under dette punktet gjer vi greie for korleis konkurransen skal gjennomførast, hovudsakleg etter at oppdragsgivaren har gjennomført ei eventuell kunngjering og fått inn tilbod. Vi tek òg opp nokre spørsmål som gjeld kunngjering ved kjøp etter forskrifta del I og konkurranseprege dialog, for at desse konkurranseformene skal vere omtala under eitt.

Dei grunnleggjande prinsippa har mykje å seie for korleis konkurransen skal gjennomførast, sjå kapittel 5.1.

I kapittel 7 er det gjort greie for når dei ulike anskaffingsprosedyrane kan brukast, med andre ord kva vilkår som må vere oppfylte.

### 14.2 Anskaffingar etter forskrifta del I

#### 14.2.1 Innleiing

Kjøp etter forskrifta del I blir ofte omtala som «direkteanskaffingar». Departementet meiner dette omgrepet kan vere misvisande fordi det leier tanken i retning av at oppdragsgivaren kan gå direkte til éin leverandør utan å halde konkurranse. Men utgangspunktet er at det skal vere ein reell konkurranse før anskaffinga. For å unngå mistydingar vel derfor departementet å bruke samleomgrepet «kjøp etter forskrifta del I» om desse anskaffingane.

Del I i forskrifta inneheld ikkje dei same detaljerte krava til prosedyren som del II og III. Det blir mellom anna ikkje stilt eksplisitte krav til kunngjering eller korleis konkurransegrunnlag og tilbod skal vere utforma. Lovformålet om effektive anskaffingar tilseier at oppdragsgivaren bør ha større fleksibilitet til å bestemme korleis desse anskaffingane skal gjennomførast.

Oppdragsgivaren må likevel følgje dei grunnleggjande krava i anskaffingsregelverket, jf. lova § 5 og forskrifta § 3–1. Det inneber mellom anna at det skal haldast konkurranse så langt det lèt seg gjere, og at ein skal følgje god forretningsskikk, likebehandle leverandørar og sikre føreseielegheit, transparens og etterprøvingstilgang. Vidare følgjer det av proporsjonalitetsprinsippet at konkurransen skal gjennomførast på ein måte som står i forhold til anskaffinga. Kapittel 5 går nærmare inn på dei grunnleggjande prinsippa.

### 14.2.2 *Praksis ved EF-domstolen og fortolkningsfråsegna frå Kommisjonen*

I avgjerdene sine har EF-domstolen lagt til grunn at visse grunnleggjande prinsipp som er utleidde av EF-traktaten, òg skal gjelde for anskaffingar som ikkje er omfatta av direktiva.<sup>1</sup> Desse prinsippa tilsvare i hovudsak prinsippa som er nedfelte i lova § 5 og forskrifta § 3-1, og måten EF-domstolen tolkar desse grunnleggjande prinsippa på, vil såleis òg vere tungtvegande moment for forståinga av rettstilstanden i Noreg. EU-kommisjonen har gitt ut ei fortolkningsfråsegn<sup>2</sup> der dei kommenterer avgjerder i EF-domstolen og gir eksempel på korleis oppdragsgivaren best kan sikre at prinsippa blir haldne. Fråsegna gir ikkje i seg sjølv bindande reglar, men kan vere eit moment i tolkinga. Berre EF-domstolen kan med bindande kraft avgjere korleis EF-traktaten og dei grunnleggjande prinsippa skal tolkast. Departementet vil her gjere greie for korleis Kommisjonen ser på nokre aktuelle problemstillingar, og deretter knyte nokre kommentarar til kva følgjene kan bli for Noreg.

Det følgjer av rettleiinga frå Kommisjonen at prinsippa ikkje skal gjelde for anskaffingar der spesielle omstende, til dømes at verdien av anskaffinga er svært låg, gjer at anskaffinga neppe er av interesse for leverandørar i andre medlemsstatar. Kommisjonen understrekar at det er oppdragsgivaren sjølv som må vurdere om ei konkret anskaffing kan vere av interesse for leverandørar i andre EU/EØS-land. Moment i denne vurderinga kan vere verdien av anskaffinga, kva sektor det gjeld (storleiken og strukturen på marknaden, praksis i den aktuelle marknaden, osv.), og kvar anskaffinga skal gjennomførast.

Dersom oppdragsgivaren meiner at anskaffinga kan vere aktuell for den indre marknaden, må anskaffinga følgje dei grunnleggjande prinsippa. Kommisjonen meiner mellom anna at oppdragsgivaren må sørgje for tilstrekkeleg offentleggjering av anskaffinga på førehand. Kommisjonen meiner at det ikkje er nok å kontakte eit visst tal leverandørar, heller ikkje om ein tek med leverandørar frå andre medlemsland. Det er heller ikkje tilstrekkeleg å gi ut informasjon (passivt) til dei leverandørane som på eiga hand har tileigna seg kunnskap om anskaffinga og deretter kontaktar oppdragsgivaren og ber om informasjon. Desse framgangsmåtane kan etter Kommisjonens vurdering ikkje hindre diskriminering av potensielle leverandørar frå andre medlemsland.

Oppdragsgivaren avgjer kva som er den mest tenlege måten å offentleggjere den konkrete anskaffinga på. Det kan til dømes opplysast om anskaffinga på Internett (heimesida til oppdragsgivaren, ein felles nettportal e.l.), eller det kan annonserast i nasjonale aviser, lokale aviser eller TED-databasen. Moment i vurderinga av korleis anskaffinga skal offentleggjerast, kan mellom anna vere kor relevant anskaffinga er for leverandørar i andre EU/EØS-land, kva som skal kjøpast, verdien av anskaffinga og praksis i den aktuelle marknaden. Dess meir interessant anskaffinga kan vere for potensielle

1 Sjå til dømes desse sakene frå EF-domstolen, som gjeld tenestekonsesjonar, uprioriterte tenester og anskaffingar under terskelverdi: C-324/98 Teleaustria, C-231/03 Coname, C-458/03 Parking Brixen, C-59/00 Bent Mousten Vestergaard, C-264/03 Kommisjonen mot Frankrike og C-234/03 Contse.

2 Commission Interpretative Communication, Brussels 23.06.2006  
[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/keydocs/communication\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/keydocs/communication_en.pdf)

leverandørar frå andre medlemsland, dess vidare bør det annonserast. Kommisjonen trekkjer fram uprioriterte tenester over terskelverdiane som eit eksempel på anskaffingar som bør offentleggjerast på ein måte som sikrar brei dekning, ettersom desse tenestene ikkje er omfatta av direktivet, men kan gjelde store verdjar.

### **14.2.3 Våre kommentarar til fortolkingsfråsegna frå Kommisjonen**

Uprioriterte tenester over EØS-terskelverdi skal i Noreg rette seg etter forskrifta del II. Slik departementet ser det, tilfredsstillar framgangsmåten i forskrifta del II dei krava Kommisjonen meiner kan utleiast av praksis ved EF-domstolen.

Fortolkingsfråsegna blir særleg aktuell for kjøp av rehabiliteringstenester og anskaffingar frå ideelle organisasjonar ettersom dei kan følgje forskrifta del I også over EØS-terskelverdi. For slike anskaffingar over EØS-terskelverdi tyder praksis ved EF-domstolen, slik Kommisjonen forstår han, på at oppdragsgivaren ikkje berre kan plukke ut nokre leverandørar, men må sørgje for ei breiare offentleggjering som sikrar likebehandlings- og ikkje-diskrimineringsprinsippet. Oppdragsgivaren bør leggje vekt på dei momenta Kommisjonen trekkjer fram i vurderinga av kva annonseringsmåte som er best eigna i den konkrete saka.

Det er usikkert om anskaffingar under 500 000 kroner blir omfatta av dei meir detaljerte krava Kommisjonen meiner kan utleiast av avgjerdene i EF-domstolen. Rettstilstanden er uavklara på dette punktet. Departementet meiner på si side at det er tvilsamt om anskaffingar under 500 000 kroner er viktige nok for samhandelen i EU/EØS til at det er nødvendig å følgje den framgangsmåten Kommisjonen meiner kan utleiast av avgjerdene i EF-domstolen. Departementet meiner at oppdragsgivaren har vesentleg større fleksibilitet ved slike anskaffingar. For kvart tilfelle må det gjerast ei konkret vurdering der ein legg vekt på dei momenta Kommisjonen har trekt fram. Nedanfor gir departementet si vurdering av kva føringar dei grunnleggjande krava gir for anskaffingar under 500 000 kroner etter forskrifta del I.

### **14.2.4 Anskaffingar under 500 000 kroner**

Føresetnaden under dette punktet er at anskaffingsverdien er under 500 000 kroner, og at anskaffinga ikkje har noko å seie for samhandelen. Dersom anskaffinga har noko å seie for samhandelen, bør oppdragsgivaren vurdere dei momenta Kommisjonen skisserer med omsyn til kunngjeringsmåte o.a., for å sikre at utanlandske leverandørar kan delta i konkurransen.

Oppdragsgivaren må først ta stilling til korleis konkurransen om den aktuelle anskaffinga kan bli mest mogleg effektiv. Det kan mellom anna nyttast ulike former for annonsering, til dømes på Internett eller i aviser. Oppdragsgivaren kan velje å kunngjere i Doffin. Det finst eigne skjema for frivillige kunngjeringar i Doffin. Dersom oppdragsgivaren ikkje kjenner marknaden godt nok, sikrar ei kunngjering i Doffin at oppdragsgivaren får ein mest mogleg effektiv konkurranse.

Oppdragsgivaren kan òg invitere leverandørar til å delta i ein konkurranse i staden for eller i tillegg til annonsering. Det bør inviterast så mange leverandørar at reell konkurranse er sikra. Ein måte å gå fram på er at oppdragsgivaren plukkar ut så mange leverandørar at reell konkurranse er sikra, samtidig som han i utgangspunktet ikkje er forplikta til å invitere alle leverandørar som potensielt kan vere interesserte i å delta. Vel å merke kan det ikkje utelukkast at det er i strid med likebehandlingsprinsippet å velje ut nokre leverandørar og utelate andre. Det kan til dømes vere tilfelle på ein liten marknad, der det å stengje ute nokre leverandørar kan få preg av brot på likebehandlingsprinsippet dersom oppdragsgivaren ikkje har objektive, saklege grunnar for utestenginga. Under konkurransen må oppdragsgivaren behandle dei inviterte leverandørane likt.

Det følgjer av proporsjonalitetsprinsippet at krava til korleis oppdragsgivaren skal gå fram, aukar proporsjonalt med verdien av anskaffinga.<sup>3</sup> Høgare verdi kan tilseie at oppdragsgivaren må invitere fleire leverandørar til konkurransen eller sørgje for breiare annonsering. Kva anskaffinga gjeld, verkar òg inn på korleis prosedyren skal gjennomførast.

For anskaffingar over 100 000 kroner har oppdragsgivaren plikt til å protokollføre alle vesentlege forhold og viktige avgjerder gjennom anskaffingsprosessen. Protokollen skal som eit minimum innehalde dei opplysningane det er bedt om i forskrifta vedlegg 3; sjå nærmare omtale i kapittel 5.

Forskrifta del I stiller ingen eksplisitte krav om at oppdragsgivaren i etterhand må orientere deltakarane i konkurransen om kva leverandør han har valt, eller kvifor. Omsyna til god forretningsskikk, transparens og etterprøvingstilgang tilseier likevel at slik orientering er på sin plass i nokre tilfelle. Særleg gjeld det dersom leverandørane har brukt mykje tid på å utarbeide tilboda og såleis med god grunn ventar seg ei tilbakemelding når avgjerda er teken. Dess høgare verdi anskaffinga har, dess større grunn er det altså til at oppdragsgivaren bør orientere deltakarane i konkurransen om kva leverandør som er vald, og kvifor. Han kan til dømes gjere det per e-post eller ved å ta ein telefon til leverandøren. Sjå kapittel 12.2 om dei ulike kommunikasjonsformene.

Nedanfor følgjer nokre eksempel på framgangsmåtar som kan sikre etterleving av dei grunnleggjande krava i forskrifta del I:

Ein tilsett i eit direktorat vil delta på eit kurs i prosjektleiing. Verdien av kurset er berekna til 5000 kroner. Arbeidstakaren kan då til dømes søkje på nettet eller leite i kurskatalogar etter eit eigna tilbod, og velje det kurset han synest passar best med omsyn til tema og tid.

<sup>3</sup> Jf. forskrifta § 3–1 femte ledd, som seier at konkurransen skal gjennomførast på ein måte som står i forhold til anskaffinga.

Ein kommune skal kjøpe inn omsetjingstenester med ein berekna verdi på rundt 30 000 kroner. Kommunen kan då til dømes undersøkje marknaden ved å sjekke prislister på Internett, og ringje til tre leverandørar for å forhøyre seg om forventa leveringstid. Ettersom anskaffinga i dette eksemplet har ein relativt låg verdi og leverandørane ikkje har utarbeidd tilbod, er det etter vår vurdering ikkje nødvendig å orientere leverandørane i etterhand om kva leverandør som er vald, og kvifor (jf. mellom anna proporsjonalitetsprinsippet og omsynet til god forretningsskikk).

Ein skule skal kjøpe datautstyr til ein samla verdi av 200 000 kroner. Skulen kan til dømes annonsere i Doffin eller sende e-post til ulike leverandørar etter å ha undersøkt marknaden. Fordelen med å bruke e-post eller andre skriftlege kommunikasjonsformer er at oppdragsgivaren lettare kan sørgje for at alle leverandørane får same informasjonen (likebehandling), og at det i ettertid er lett å dokumentere kva som har skjedd (etterprøvingstilgang og transparens).

Ein kommune skal kjøpe transporttenester til ein samla verdi av 400 000 kroner. Kommunen kan velje å kunngjere anskaffinga, til dømes i Doffin.<sup>4</sup> Kommunen bør orientere alle deltakarane i konkurransen om kva leverandør som er vald, og kvifor (jf. prinsippa om god forretningsskikk, proporsjonalitet, transparens og etterprøvingstilgang).

Kommune A skal kjøpe inn to nye kontorstolar til ein berekna verdi på 10 000 kroner, mens kommune B skal skaffe møblar til det nye rådhuset til ein berekna verdi på 450 000 kroner. Begge anskaffingane følgjer forskrifta del I. Det følgjer av proporsjonalitetsprinsippet at krava til korleis oppdragsgivaren skal gå fram, aukar proporsjonalt med verdien av anskaffinga. Proporsjonalitetsprinsippet tilseier derfor at det blir stilt strengare krav til anskaffingsprosessen i kommune B enn kommune A, ettersom anskaffinga har større verdi og betydning. Til dømes kan proporsjonalitetsprinsippet tilseie at kommune B må invitere fleire leverandørar til konkurransen enn kommune A, eller gå breiare ut i annonseringa enn kommune A.

#### **14.2.5 Særleg om etiske krav til anskaffingar etter forskrifta del I**

For anskaffingar som berre er omfatta av forskrifta del I, er det ikkje fastsett nærmare reglar, slik det er gjort greie for. Derimot gjeld dei generelle prinsippa om konkurranse, ikkje-diskriminering, transparens og likebehandling for desse anskaffingane òg. Det inneber mellom anna at krava til leverandøren må vere objektive og ikkje-diskriminerande og ikkje ekskludere så mange leverandørar at konkurransen blir hindra. Så sant dei grunnleggjande prinsippa er innfridde, kan oppdragsgivaren for anskaffingar under

<sup>4</sup> Det finst eit eige skjema for frivillige kunngjeringar i Doffin.

500 000 kroner stille krav om at produkta skal vere lisensierte av ei uavhengig merkjeordning som inneber dokumentasjon og kontroll ved ein uavhengig tredjepart.<sup>5</sup>

**Eksempel:**

Ein kommune skal inngå kaffiavtale til ein verdi av 50 000 kroner for alle dei tilsette. Eit raskt marknadssøk viser at dei fleste leverandørane i marknaden kan tilby rettferdig kaffi som tilfredsstillar krava i uavhengig tredjepartsverifiserte merkjeordningar av typen Max Havelaar eller tilsvarande. Departementet meiner då at kommunen kan velje å stille krav om produkt som er merkte med Max Havelaar eller liknande merkjeordning.

Kommunen skal òg inngå ein fruktavtale til ein verdi av 450 000 kroner. For fruktavtalen er det berre éin aktør som kan tilby tredjepartsverifisert rettferdig frukt. Nokre andre leverandørar kan gjennom annan dokumentasjon vise at frukta deira er produsert i tråd med grunnleggjande etiske krav. Her kan det vere i strid med kravet til konkurranse, likebehandling og ikkje-diskriminering å forlange at frukta skal vere tredjepartsverifisert med merkjeordning av typen Max Havelaar eller liknande.

### **14.2.6 Skatteattest og HMS i forskrifta del I**

#### **Skatteattest**

Etter forskrifta § 3–3 skal alle norske leverandørar som leverer tilbod, leggje fram skatteattest for anskaffingar over 100 000 kroner. Oppdragsgivaren skal oppgi innleveringsmåte, tidspunkt for innlevering og eventuell tilleggsfrist. Oppdragsgivaren står fritt til å fastsetje korleis det skal gjerast. Innleveringsmåten og tidspunktet må likevel fastsetjast i tråd med dei grunnleggjande prinsippa, spesielt kravet til likebehandling. Skatteattest skal leverast inn saman med tilbodet. Oppdragsgivaren kan ikkje evaluere eit tilbod utan først å ha fått skatteattesten framlagd. Grensa mellom å sondere marknaden og å ta imot tilbod er når oppdragsgivaren tek imot eit bindande tilbod frå ein leverandør.

<sup>5</sup> I fortolkningsfråsegna om anskaffingar utanom direktiva, som både gjeld uprioriterte tenester over EØS-terskelverdiane og anskaffingar under EØS-terskelverdien, skriv Kommisjonen under punkt 2.2.1: «Non-discriminatory description of the subject-matter of the contract The description of the characteristics required of a product or service should not refer to a specific make or source, or a particular process, or to trade marks, patents, types or a specific origin or production unless such a reference is justified by the subject matter of the contract and accompanied by the words 'or equivalent'».

**Eksempel på tillaten framgangsmåte:**

Oppdragsgivaren skal kjøpe ein enkel bil til heimehjelpstenesta. For å sondere marknaden ringjer ein saksbehandlar litt rundt og får oppgitt prisar og andre vilkår for eigna bilar. Oppdragsgivaren sender så ut ein førespurnad om tilbod til fem bilforhandlarar. Leverandørane leverer inn tilbod saman med skatteattest. Oppdragsgivaren får ikkje skatteattest frå ein av bilforhandlarane og avviser denne før han evaluerer dei andre tilboda.

**Eksempel på ikkje tillaten framgangsmåte:**

Oppdragsgivaren skal kjøpe ei graveteneste. Han får inn tilbod frå fire leverandørar på e-post og vurderer desse tilboda før han ber den eine stadfeste tilbodet sitt skriftleg og leggje ved skatteattest.

For byggje- og anleggskontraktar<sup>6</sup> skal entreprenøren krevje skatteattest i alle underliggjande entrepriseforhold i tilknytning til oppdraget med ein verdi på over 100 000 kroner ekskl. mva. Oppdragsgivaren kan krevje å få denne dokumentasjonen framlagd og kan eventuelt òg krevje at dokumentasjonen skal oversendast automatisk for alle underentreprisar. Dersom dette ikkje er oppfylt, eller skatteattesten viser at underentreprenøren ikkje har oppfylt skyldnadene sine, kan oppdragsgivaren krevje at entreprenøren skifter ut vedkommande underentreprenør. Entreprenøren er ansvarleg for eventuelle kostnader med skifte av underleverandør. Ansvarer gjeld både eventuelle krav frå underleverandøren og eventuelle krav mellom entreprenør og oppdragsgivar som følgje av forseinkingar o.a.

**HMS-eigenerklæring**

For arbeid som skal utførast i Noreg, skal oppdragsgivaren for anskaffingar over 100 000 kroner ekskl. mva. krevje HMS-eigenerklæring. I motsetning til føresegna om skatteattest er det berre den valde leverandøren som skal leggje fram HMS-eigenerklæring. Oppdragsgivaren oppgir innleveringsmåte og -tidspunkt. Regelen inneber at eigenerklæringa kan leverast etter at oppdragsgivaren har valt leverandør.

<sup>6</sup> Forskrifta slår fast at det skal krevjast skatteattest for byggje- og anleggskontraktar. Regelverket er ikkje til hinder for at oppdragsgivaren kan krevje det same for tenestekontraktar. Det kan til dømes vere aktuelt for å sikre seriositet ved store reinhaldskontraktar.

## 14.3 Gjennomføring av konkurranseprega dialog

### 14.3.1 Innleiing

Konkurranseprega dialog er ei ny konkurranseform, og det er få rettskjelder på området. Mange spørsmål om korleis konkurranseforma skal brukast, må derfor avklarast i praksis. Ei viss rettleiing er å finne i Kommisjonens notat<sup>7</sup> og juridisk litteratur<sup>8</sup>.

I forskrifta del II kan oppdragsgivaren bruke konkurranse med forhandling, som er ein meir fleksibel prosedyre enn konkurranseprega dialog. Oppdragsgivaren kan velje å følgje same framgangsmåten som under ein konkurranseprega dialog. Konkurranseprega dialog er derfor ikkje eksplisitt regulert i del II, sjå kapittel 6 og 7.

I forskrifta del III er konkurranseprega dialog regulert i §§ 20–8, 20–9 og 20–10.

Nedanfor blir det gjort greie for visse problemstillingar som er spesielle for konkurranseprega dialog.

### 14.3.2 Kunngjering

Prosedyren ved konkurranseprega dialog startar med ei kunngjering, jf. §§ 18–1 og 19–3. Formålet med kunngjeringa er å få kontakt med og informasjon om interesserte leverandørar som meiner at dei kan oppfylle behova til oppdragsgivaren.

I tillegg til kunngjeringa må oppdragsgivaren utarbeide såkalla beskrivande dokument, som tilsvarer kravspesifikasjonane ved anbuds konkurransar. Bakgrunnen for å velje uttrykket «beskrivande dokument» var eit ønske om å gjere det klart at dokumenta kan vere mindre detaljerte og/eller meir beskrivande enn ordinære kravspesifikasjonar.

Oppdragsgivaren må i kunngjeringa beskrive kva behov anskaffinga skal dekkje, og kva kvalifikasjonskrav leverandørane må oppfylle. Dialogen skal brukast til å finne løysingar på dei behova oppdragsgivaren har. Det er ikkje leverandørane som skal definere desse behova gjennom dialogen. Leverandørane legg deretter fram løysingsforslag på grunnlag av det behovet oppdragsgivaren har gjort greie for gjennom kunngjering o.a.

### 14.3.3 Dialogfasen

#### Kva som kan diskuterast, og korleis dialogen skal gjennomførast

I dialogfasen skal oppdragsgivaren diskutere med dei kvalifiserte og utvalde leverandørane korleis oppdragsgivaren best kan få behova sine oppfylte. Oppdragsgivaren startar med å føre individuelle dialogar med dei inviterte leverandørane, der leverandøren får høve til å forklare løysingsforslaga sine. Det kan diskuterast og forhandlast om alle sider ved kontrakten i dialogfasen, mellom anna kan det forhandlast

<sup>7</sup> Dokument CC/2005/04-rev 1 of 5.10.2005

<sup>8</sup> Denne artikkelen gir innblikk i dei erfaringane ein dansk oppdragsgivar har gjort med bruk av konkurranseprega dialog: <http://www.udbudsportalen.dk/517046>  
Sjå òg Professor Sue Arrowsmith: «The Law of Public and Utilities Procurement, second edition», kapittel 10.

om tekniske løysingar, økonomiske forhold som pris, kostnader, erstatning o.a., og om kontraktsvilkår som ansvarsavgrensing, garantiar o.a.

Under dialogen må oppdragsgivaren passe på å følgje dei grunnleggjande prinsippa, mellom anna likebehandlingsprinsippet. Det er spesielt viktig at oppdragsgivaren ikkje driv forskjellsbehandling ved å gi opplysningar under dialogen som kan føre til at enkelte leverandørar får ein konkurransefordel. Til dømes er det brot på likebehandlingsprinsippet dersom oppdragsgivaren gir éin leverandør detaljopplysningar om behova og ønska sine utan at dei andre leverandørane får tilgang til dei same opplysningane.

Det er ikkje sett opp formkrav til korleis forhandlingane skal gjennomførast. Oppdragsgivaren kan derfor fritt velje den kommunikasjonsforma han finn mest tenleg, til dømes telefon eller møte. Det er likevel lagt til grunn at det i dei fleste tilfelle vil vere mest tenleg å invitere til forhandlingsmøte. Under den munnlege dialogen kan oppdragsgivaren be om at deltakarane skriv ned tilboda sine.

### **Dialog i fasar**

Oppdragsgivaren kan i kunngjeringa eller dei beskrivande dokumenta bestemme at dialogen skal gå føre seg i fleire fasar, der det gradvis blir valt ut løysingar som det er ønske om å diskutere vidare på grunnlag av tildelingskriteria. Ettersom det er høve til å diskutere alle tema i dialogfasen, også pris, kan løysingar veljast bort undervegs, mellom anna på grunnlag av førebels prising.

Det er løysingar, ikkje leverandørar, som skal veljast ut til den vidare dialogen. Dersom ein leverandør har presentert fleire løysingar, er han med i dialogfasen til alle løysingsforslaga hans er utelukka. I dei fleste tilfelle tilbyr kvar leverandør éi løysing, og når ei løysing er utelukka, er dermed leverandøren òg utelukka.

Før oppdragsgivaren kan utelukke eit løysingsforslag, bør han vite nok til å slutte at løysinga ikkje er den mest økonomisk fordelaktige. Kommisjonen seier i sitt notat<sup>9</sup> at oppdragsgivaren må basere avgjerda om å utelukke løysingsforslag på skriftlege utkast. Kommisjonen meiner likevel det er klart at utkasta ikkje treng å innehalde all nødvendig informasjon om gjennomføringa av prosjektet, slik kravet er når dei endelege tilboda skal innleverast. Det er hevda i juridisk teori<sup>10</sup> at oppdragsgivaren bør ha ein viss fleksibilitet, og at det bør vere høve til å utelukke forslag på grunnlag av dei tekniske løysingane aleine, sjølv om ein enno ikkje har begynt å diskutere prisar og pris er eitt av tildelingskriteria. Dette spørsmålet må avgjerast i praksis.

Dersom oppdragsgivaren har valt å gjennomføre dialogen i fleire fasar, må han sjå til at det er mange nok leverandørar att til å sikre reell konkurranse i den siste fasen av dialogen, det vil seie den fasen der oppdragsgivaren skal velje kva løysing som er den økonomisk mest fordelaktige. Det er ikkje avklara kor mange leverandørar som skal til for å sikre reell konkurranse på dette stadiet. Ettersom oppdragsgivaren pliktar å invitere

<sup>9</sup> Dokument CC/2005/04, sjå: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/explan-notes\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/explan-notes_en.htm).

<sup>10</sup> Professor Sue Arrowsmith, punkt 10.26, s. 646–647

minst tre leverandører til å delta i dialogen, har det i juridisk teori<sup>11</sup> vore hevda at det ikkje er nødvendig å ha minst tre leverandører med i det siste stadiet av dialogen, men at det alt etter forholda kan vere nok med to. Det må gjerast ei konkret vurdering av kor mange leverandører som er nødvendig for å sikre reell konkurranse på dette siste stadiet. Eit moment i vurderinga blir kor kostbart og tidkrevjande det er å gjennomføre dialogen.

### **Fortruleg behandling**

Med mindre leverandøren har samtykt, er det forbode for oppdragsgivaren å røpe løysingsforslag eller andre fortrulege opplysningar frå ein leverandør overfor andre leverandører. Utan eit slikt forbod kunne ein risikere at leverandører ikkje ville delta i dialogfasen av frykt for at konkurrenten skulle få innsyn i hemmeleg forretningsinformasjon.

Med mindre dei involverte leverandørane har samtykt, kan ikkje oppdragsgivaren velje ei teknisk løysing som éin leverandør har lagt fram, for så å be ein annan leverandør utføre denne løysinga («cherry picking»).

Kva som skal til for at ein leverandør kan seiast å ha samtykt i at andre leverandører får innsyn i løysingsforslaga hans, må avgjerast etter ei vanleg avtalerettsleg vurdering. Ein leverandør kan til dømes eksplisitt samtykkje i å dele løysingsforslaget sitt med andre leverandører mot betaling. Det er òg lagt til grunn at oppdragsgivaren i kunngjeringa eller dei beskrivande dokumenta kan ta atterhald om rett til å dele noko av den informasjonen han får inn, med dei andre konkurrentane, og at leverandører som vel å delta i konkurransen, med det har samtykt i at så blir gjort. Med ein slik framgangsmåte er det likevel ein viss risiko for at enkelte leverandører lèt vere å delta i konkurransen for ikkje å gi slepp på konkurransefordelar.

Problemstillinga blir sett på spissen dersom éin leverandør har utvikla ei mykje betre løysing enn andre leverandører og ikkje samtykkjer i at oppdragsgivaren deler opplysningane med andre leverandører. Dersom oppdragsgivaren berre ber denne eine leverandøren om å levere inn tilbod, blir det ikkje konkurranse i tilbodsfasen. Fordi leverandøren veit at han ikkje har nokon konkurrentar når han utarbeider endeleg tilbod, kan han utnytte den sterke stillinga si ved å tilby mindre gunstige vilkår og prisar enn han ville ha gjort i ein reell konkurransesituasjon. For å hindre at leverandøren får ein slik sterk posisjon, kan oppdragsgivaren forhandle seg fram til best moglege vilkår, mellom anna pris, før dialogfasen er over, mens det framleis er reell konkurranse om kontrakten.

### **Økonomisk godtgjersle**

Å delta i ein konkurranseprega dialog kan vere svært ressurskrevjande både for oppdragsgivar og leverandør. Derfor kan oppdragsgivaren bestemme at deltakarane i dialogen skal få økonomisk godtgjersle, jf. § 20–10. For at alle skal kunne konkurrere på like fot, må oppdragsgivaren opplyse om vilkåra for økonomisk godtgjersle i kunngjeringa eller det beskrivande dokumentet.

11 Sjå professor Sue Arrowsmith, kapittel 10.33, s. 649–650.

Delbetaling for utarbeidde løysingsforslag frittek ikkje oppdragsgivaren frå forbodet mot å utlevere fortrulege opplysningar o.a. til andre leverandørar (med mindre det er sett som vilkår for betalinga og leverandøren godtek vilkåret). Dessutan er oppdragsgivaren alltid avhengig av at leverandøren samtykkjer i at andre leverandørar får innsyn i den løysinga han føreslår.

### Avslutting av dialogen

Når oppdragsgivaren har valt den eller dei løysingane som best dekkjer behova hans, erklærer han at dialogfasen er over. Deltakarane i dialogen skal informerast om det. Deltakarane blir så bedde om å levere endeleg tilbod på grunnlag av den eller dei valde løysingane.

### Tilbodsfasen

Etter at dialogen er avslutta, blir alle deltakarane oppmoda om å levere tilbod på den eller dei valde løysingane som best oppfyller behova til oppdragsgivaren. Det er ikkje eksplisitt regulert i forskrifta at invitasjonen må vere skriftleg, men dei grunnleggjande prinsippa om transparens, etterprøvingstilgang og likebehandling tilseier at invitasjonen må vere skriftleg og sendast samtidig til alle deltakarane. Invitasjonen må mellom anna innehalde frist for mottak av tilbod, adressa dei skal leverast til, og språkkrav.

Det er lagt til grunn at oppdragsgivaren i utgangspunktet må invitere alle dei kvalifiserte leverandørane som var inviterte til å delta i dialogfasen. Annleis er det dersom oppdragsgivaren har valt å gjennomføre konkurransen i fasar; då er det berre dei leverandørane som deltok i den siste fasen, som skal oppmodast om å levere tilbod.

Etter at dialogfasen er avslutta og ein er over i tilbodsfasen, er det forbode å forhandle (i motsetning til konkurranse med forhandling, der ein kan forhandle om alt ved tilbodet). Leverandørane må utarbeide eit tilbod basert på dei løysingane som er valde og spesifiserte i dialogfasen, og tilboda må innehalde alle element som utføringa av prosjektet krev. Oppdragsgivaren kan likevel be om visse avklaringar, spesifkasjonar og tilpassingar, sjå nedanfor.

### Avklaringar o.a.

Etter at tilbodet er innlevert, er det forbode å forhandle. Ved konkurranseprega dialog er det ein særregel for kva avklaringar som kan gjerast i innleverte tilbod, jf. § 20–9 andre ledd.<sup>12</sup> Oppdragsgivaren kan be leverandøren om å presisere, avklare og tilpasse tilbodet. Avklaringar o.a. kan gjerast så lenge det ikkje fører til at grunnleggjande element i tilbodet eller tilbodsinvitasjonen blir endra, og så lenge det ikkje fører til konkurransevriding eller forskjellsbehandling. Ordlyden i føresegna kan tyde på at det er større rom for avklaringar ved denne konkurranseforma enn ved anbodskonkurransar. Det følgjer likevel av notatet frå Kommisjonen,<sup>13</sup> som baserer seg på fortalen til direktivet og forhistoria til føresegna, at tilgangen til avklaringar er meint å vere snever. Ettersom konkurranseprega dialog berre kan nyttast ved særleg komplekse kontraktar, legg departementet til grunn

<sup>12</sup> Sjå elles kapittel 12.5 om dei generelle reglane for avklaringar.

<sup>13</sup> Sjå punkt 3.3 i notatet frå Kommisjonen på:  
[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/explan-notes\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/explan-notes_en.htm).

at det er noko større rom for avklaringar ved denne konkurranseforma enn ved anbuds-konkurransar, men det må avklarast i praksis.

Avklaring er i utgangspunktet berre ein rett, ikkje ei plikt for oppdragsgivaren. Det er leverandøren som har ansvaret for at tilbodet er korrekt utforma. God forretningsskikk kan i visse tilfelle tilseie at oppdragsgivaren bør la leverandøren avklare sider ved tilbodet, då leverandøren har brukt mykje tid og ressursar på å vere med i dialogen. Dersom oppdragsgivaren har late éin leverandør presisere sider ved tilbodet sitt, tilseier likebehandlingsprinsippet at andre leverandørar må få høve til å gjere det same.

#### **14.3.4 Avslutting av konkurransen**

##### **Val av tilbod**

Når oppdragsgivaren har gått gjennom alle tilboda, skal han velje det som er økonomisk mest fordelaktig ut frå tildelingskriteria i kunngjeringa eller det beskrivande dokumentet.

##### **Presiseringar i det valde tilbodet**

Etter oppmoding frå oppdragsgivaren kan den leverandøren som er vald, bli bedd om å presisere visse sider ved tilbodet eller stadfeste tilsegner som er gitt i tilbodet. Føresetnaden er at det ikkje fører til ei vesentleg endring i tilbodet eller konkurransegrunnlaget. Presiseringar eller stadfestingar må ikkje føre til konkurransevriding eller forskjellsbehandling. Det er ikkje tillate å forhandle, jf. notatet frå Kommisjonen.<sup>14 15</sup> Endringar bør ikkje ha nokon innverknad på valet av leverandør.

Bakgrunnen for at det er gitt eit visst rom for endringar i det valde tilbodet, er at konkurranseprega dialog skal brukast ved særleg komplekse kontraktar. Det bør derfor vere eit visst rom for å presisere tilbodet etter at konkurransen er avslutta.

### **14.4 Gjennomføring av konkurranse med forhandling**

#### **14.4.1 Innleiing**

Ved konkurranse med forhandling er det tillate å forhandle om alle sider ved tilbodet, noko som er eit unntak frå hovudregelen om at forhandlingsforbod gjeld. Gjennomføringa av prosedyren for konkurranse med forhandling er i hovudsak regulert av dei grunnleggjande prinsippa om konkurranse, likebehandling, ikkje-diskriminering, god forretningsskikk, etterprøvingstilgang og føreseielegheit. For forhandlingar etter forskrifta del II er §§ 11–8 og 20–11 sentrale føresegner.

<sup>14</sup> Sjå punkt 3.3 i notatet frå Kommisjonen på [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/explan-notes\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/explan-notes_en.htm).

<sup>15</sup> Fleksibiliteten til å gjere endringar på dette stadiet er med andre ord mindre enn ved konkurranse med forhandling, der det òg kan forhandlast om tilbodet.

Det har ikkje vore ønskeleg å detaljregulere prosedyren då han berre kan brukast for anskaffingar som ofte stiller store krav til fleksibilitet i måten forhandlingane blir lagde opp på. Det gjeld anskaffingar som til dømes kjøp av intellektuelle tenester, visse OPS-prosjekt, juridiske tenester og helse- og omsorgstenester. Her må det vere rom for ulike tilnærmingar. Dei grunnleggjande prinsippa er derfor heilt sentrale for kva som er tillate under prosedyren. Kapittel 5 går nærmare inn på dei grunnleggjande prinsippa.

Føresegnene om gjennomføring av konkurranse med forhandling blir til dels brukte i heilt ulike typar situasjonar over og under EØS-terskelverdien. Forskrifta del III stiller strenge vilkår for bruken av konkurranse med forhandling, mens oppdragsgivaren står fritt til å velje prosedyren i forskrifta del II. Her skal det nemnast at det kan vere eit problem at konkurranse med forhandling i eit visst omfang blir brukt i tilfelle der anbudsprosedyren vil vere den mest rasjonelle og effektive anskaffingsforma. Kostnadene med anskaffinga kan då bli større enn nødvendig både for oppdragsgivaren og leverandørane. Kapittel 6 går nærmare inn på moment som oppdragsgivaren bør leggje vekt på ved val av konkurranseform.

I hovudsak er føresegnene som regulerer konkurranse med forhandling i del II og III i forskrifta, like i innhald, men på nokre punkt er det forskjellar. Forskjellane blir kommenterte etter kvart nedanfor. Når det gjeld anskaffingar etter del I, viser vi til kapittel 14.2.

Det kan setjast ei grense for deltakartalet i konkurransen, sjå rettleiaren kapittel kapittel 9.4.

#### **14.4.2 Eitt- eller totrinnsprosedyre**

Forhandlingane skal gjennomførast i tildelingsfasen. Før det kan gjennomførast forhandlingar, må oppdragsgivaren ta stilling til om leverandørane er kvalifiserte.

Regelverket skil mellom to måtar konkurransen kan leggjast opp på:

- Eittrinnsprosedyre – alle interesserte leverandørar får høve til å levere tilbod. Leverandørane sender inn dokumentasjon på at dei er kvalifiserte, samtidig med tilbodet (derav namnet «eittrinnsprosedyre»)
- Totrinnsprosedyre – konkurransen blir gjennomført i to klart åtskilte fasar, ein prekvalifikasjonsfase og ein tildelingsfase. I kunngjeringa gjer oppdragsgivaren mellom anna greie for kva kvalifikasjonskrav som blir stilte, og set ein tidsfrist for mottak av førespurnader om å delta. Etter å ha fått inn førespurnader om å delta vurderer oppdragsgivaren kva leverandørar som er kvalifiserte. Berre dei leverandørane som blir rekna som kvalifiserte, blir inviterte til å levere tilbod. Oppdragsgivaren må med andre ord først vurdere kva leverandørar som er kvalifiserte, og deretter invitere desse utvalde leverandørane til å delta i konkurransen ved å levere inn tilbod.

I forskrifta del III må oppdragsgivaren alltid følgje ein totrinnsprosedyre, det vil seie velje ut leverandørar som er kvalifisert til å delta i konkurransen, og berre invitere desse til å levere tilbod.<sup>16</sup>

Etter forskrifta del II kan oppdragsgivaren derimot velje om det er mest formålstenleg å følgje ein eittrinns- eller ein totrinnsprosedyre. Grunnen er at det kan bli unødig omstendeleg å gjennomføre ein totrinnsprosedyre for kontraktsverdiar ned mot 500 000 kroner. Ved vurderinga av kva framgangsmåte som er mest tenleg, bør oppdragsgivaren ta omsyn til ressursbruken både på oppdragsgivar- og leverandørsida.

### **14.4.3 Gjennomføringa av forhandlingane**

#### **Kva det kan forhandlast om**

Det kan forhandlast om endringar eller suppleringar av alle sider ved tilboda, til dømes pris, tekniske spesifikasjonar og kontraktsvilkår. Eksempla som er nemnde i forskrifta, er ikkje uttømmande. Det kan forhandlast om alle sider ved tilbodet. Forhandlingane skal gjelde konkurransegrunnlaget og tilbodet. Formålet med forhandlingane er å tilpasse tilboda til krava som er stilte i konkurransegrunnlaget, særleg tildelingskriteria. Det kan ikkje forhandlast om absolutte vilkår som oppdragsgivaren har stilt i konkurransegrunnlaget, ettersom det vil vere i strid med krava til føreseielegheit og likebehandling. Det går likevel ei grense for kor store endringar som kan gjerast i tilbodet. Det må ikkje gjerast så store endringar at det ikkje lenger dreier seg om same ytinga som i kunngjeringa og konkurransegrunnlaget. Dersom ytinga blir vesentleg endra, følgjer det av kravet til føreseielegheit og likebehandling at konkurransen må avlysast og kunngjerast på nytt i endra form. Grunnen er at potensielle leverandørar òg skal få høve til å levere inn tilbod på denne endra ytinga.

#### **Korleis forhandlingane skal gjennomførast**

Forhandlingane skal gjennomførast slik at dei grunnleggjande krava blir innfridde. Særleg er kravet til likebehandling og føreseielegheit retningsgivande for korleis konkurransen skal gjennomførast.

Dersom oppdragsgivaren i kunngjeringa eller konkurransegrunnlaget oppgir korleis forhandlingane skal gjennomførast, er han bunden av det, jf. prinsippet om føreseielegheit.

Når oppdragsgivaren inviterer leverandørane til forhandlingar, må forhandlingane vere reelle. Etter departementet si vurdering inneber det at oppdragsgivaren må gi leverandørane konkret tilbakemelding på tilboda, og dei må få høve til å levere reviderte tilbod, jf. prinsippet om likebehandling. Oppdragsgivaren pliktar derimot ikkje å påpeike alt som kan forbeistrast i eit tilbod frå ein leverandør.<sup>17</sup>

Det er ingen formkrav til korleis forhandlingane skal gjennomførast. Oppdragsgivaren står med andre ord nokså fritt her – også til å velje den kommunikasjonsforma han finn

<sup>16</sup> Det følgjer av systematikken i kunngjeringsføresegnene i forskrifta del III, som ikkje tillèt ein eittrinnsmodell.

<sup>17</sup> Sjå KOFA sak 2003/105.

mest tenleg. Både telefonmøte og fysiske møte er såleis aktuelle forhandlingsformer i utgangspunktet. Det er lagt til grunn at eit fysisk møte i mange tilfelle kan vere ein fordel for leverandørane. Det er viktig at oppdragsgivaren ikkje gir nokon leverandør ein konkurransefordel ved val av forhandlingsform, jf. likebehandlingsprinsippet. Krava til transparens og etterprøvingstilgang inneber at oppdragsgivaren må føre utfyllande referat frå forhandlingsmøte o.a., slik at det i etterhand kan kontrollerast at mellom anna likebehandlingsprinsippet er følgt. Endring av tilbod skal gjerast skriftleg av omsyn til etterprøvingstilgangen, jf. forskrifta §§ 11–8 andre ledd og 20–11 fjerde ledd.

Innhaldet i tilboda må haldast hemmeleg for dei andre leverandørane. Formålet er å verne om hemmeleg forretningsinformasjon og å hindre at leverandørar får ein konkurransefordel ved at dei får innsyn i andre tilbod (og dermed kan «skreddarsy» sine egne). Oppdragsgivaren må berre generelt gjere greie for dei sterke og svake sidene ved det aktuelle tilbodet.

#### **Forhandling i fasar**

Oppdragsgivaren kan bestemme at prosedyren skal gjennomførast i fleire fasar, for å avgrense talet på tilbod som det skal forhandlast om, jf. forskrifta §§ 11–8 og 20–11 første og andre ledd. Etter at oppdragsgivaren har fått inn tilboda, kan han på denne måten redusere talet på tilbod på bakgrunn av tildelingskriteria. Før oppdragsgivaren kan utelukke eit tilbod, bør han ha nok kunnskap til å konkludere med at tilbodet ikkje er konkurransedyktig ifølgje tildelingskriteria. For kvar fase blir talet på tilbod redusert. I tråd med god forretningskikk bør tilbydarar straks orienterast når det er klart at dei ikkje blir med i den vidare konkurransen. Etter den tidlegare forskrifta skulle oppdragsgivaren berre forhandle med leverandørar som «har reell mulighet til å få tildelt kontrakten». I den nye forskrifta kan ein oppdragsgivar som vel å gjennomføre forhandlingane i fasar, redusere talet på tilbod på grunnlag av tildelingskriteria.

Talet på tilbod kan reduserast allereie før forhandlingane tek til, slik at ikkje alle leverandørane får rett til å levere inn revidert tilbod. Å gjennomføre konkurransen i fasar kan vere effektivt sidan oppdragsgivaren då nokså raskt kan skilje ut dei mest aktuelle tilboda og sitje att med dei mest konkurransedyktige. Framgangsmåten kan spare oppdragsgivaren og leverandørane for unødig tids- og ressursbruk ved at berre dei leverandørane som har ein sjanse til å nå opp i konkurransen, får delta i dei vidare forhandlingane.

For anskaffingar over EØS-terskelverdi må oppdragsgivaren i kunngjeringa eller konkurransegrunnlaget opplyse om at han skal gjennomføre konkurransen i fasar. Dersom oppdragsgivaren ikkje opplyser om dette på førehand, skal alle leverandørar som har levert gyldige tilbod, ha høve til å levere forbetra tilbod før kontrakt blir tildelt. Ei slik forhandlingsplikt med alle leverandørane kan i visse tilfelle vere svært ressurskrevjande, spesielt dersom det dreier seg om mange og omfattande tilbod. Det er derfor svært viktig at oppdragsgivaren før kunngjeringa tek stilling til om det er formålstenleg å forhandle i fasar, og i så fall kunngjer at det kjem til å skje.

For anskaffingar under EØS-terskelverdi gir sjølve forskriftsteksten oppdragsgivaren rett til å gjennomføre konkurransen i fasar. Oppdragsgivaren pliktar derfor ikkje å opplyse om det på førehand. Leverandørane veit av forskriftsteksten at oppdragsgivaren kan komme til å bruke ein slik framgangsmåte, og det blir lagt til grunn at ein føreseieleg prosess dermed er sikra. Oppdragsgivaren kan ta stilling til kva som er den mest formålstenlege framgangsmåten, etter at han har fått inn tilboda, med mindre han på avtalerettsleg grunnlag har forplikta seg til å forhandle med alle ved å opplyse om det i kunngjeringa.

Både fråsorteringa og forhandlingane skal gå føre seg etter fastsette tildelingskriterium. Det er opp til oppdragsgivaren å vurdere kor mange fasar det er tenleg å bruke i den konkrete anskaffinga. I den avsluttande fasen, det vil seie fasen der oppdragsgivaren vel kva tilbod som skal akseptast, må oppdragsgivaren sørje for at det er mange nok leverandørar att til å sikre reell konkurranse, så sant tilstrekkeleg mange eigna tilbydarar framleis er med. Kor mange som skal til for å sikre reell konkurranse, må avgjerast etter ei konkret vurdering. Vi viser likevel til føresegnene i forskrifta om at det minst skal tre leverandørar til for å sikre reell konkurranse når det blir sett ei grense for deltakartalet, jf. §§ 8–6 og 17–6. Det kan likevel tenkjast situasjonar der to tilbydarar kan vere nok til å sikre reell konkurranse.

#### **Avklaringar o.a.**

Ved konkurranse med forhandling er det fullt høve til å rette feil, endre på tilbod o.a. etter at tilbodsfristen er ute, så lenge dei grunnleggjande prinsippa om likebehandling o.a. blir overhaldne, jf. §§ 11–8 andre og tredje ledd og 20–11 fjerde og femte ledd.

**KOFA sak 2003/171:**

Ein kommune gjennomførte ein konkurranse med forhandling for å kjøpe byggjeleiartenester. Tilboda som kom inn, kunne ikkje samanliknast direkte med omsyn til timeprisar og anslått timeforbruk. Klagenemnda meinte at dei framlagde dokumenta tydde på at det ikkje var ført reelle forhandlingar med klagaren. Det gjekk mellom anna fram av protokollen at den valde leverandøren hadde fått høve til å revidere tilbodet sitt, mens klagaren ikkje hadde fått det. Nemnda meinte at oppdragsgivaren under forhandlingane skulle ha sytt for at tilboda bygde på like føresetnader med omsyn til forståinga av oppdragsomfang, timebruk og timeprisar, slik at tilboda kunne samanliknast på ein sakleg og forsvarleg måte. Ettersom det ikkje var gjort, fann klagenemnda at oppdragsgivaren hadde overtredd forskriftskravet om reelle forhandlingar og kravet til likebehandling, jf. lova § 5 og forskrifta § 3-1.

**KOFA sak 2003/247:**

Det var i strid med kravet til etterprøvingstilgang at det ikkje låg føre notat om eventuelle forhandlingar eller opplysningar om tidspunkt for kontakt mellom partane.



## Kapittel 15

# Avslutning av konkurransen

### 15.1 Kriterium for val av tilbud

#### 15.1.1 Tildelingskriterium

##### Generelt

Reglane om tildelingskriterium er baserte på rettspraksis etter dei tidlegare reglane.<sup>1 2</sup> Tildeling av kontrakt skal baserast på objektive og saklege kriterium. Tildelingskriteria skal vere i samsvar med dei grunnleggjande prinsippa, sjå kapittel 5. Tildelingskriteria skal vere oppgitt i kunngjeringa eller konkurransegrunnlaget, slik at leverandørane skal vite kva oppdragsgivaren vil leggje vekt på når han vel tilbud. For alle desse prinsippa gjeld grunnprinsippet om at konkurransen skal gjennomførast på ein måte som står i forhold til anskaffinga.

Kontrakten skal tildelast anten på grunnlag av kva tilbud som er det økonomisk mest fordelaktig, eller utelukkande kva tilbud som har lågast pris.

##### Lågast pris

Dersom kontrakten skal tildelast på grunnlag av kva tilbud som har lågast pris, er det berre eit spørsmål om finne fram til tilbodet med lågast pris. Regelen om at unormalt låge tilbud skal avvisast, gjeld likevel her òg.

##### Det økonomisk mest fordelaktige tilbodet

Dersom kontrakten skal tildelast den leverandøren som har det økonomisk mest fordelaktige tilbodet, må oppdragsgivaren på førehand fastsetje kva kriterium det skal leggjast vekt på. Forskjellen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium er nærmare omtala i kapittel 9.3.

Uttrykket «økonomisk mest fordelaktig» skal ikkje tolkast snevert. Oppdragsgivaren kan òg bruke kriterium som ikkje er av reint økonomisk art. Det gjeld til dømes estetikk og økologiske kriterium. Forskrifta inneheld ei rettleiande opplisting av moglege tildelingskriterium. Slike kriterium er kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige eigenskapar, miljøeigenskapar, driftskostnader, rentabilitet, kundeservice, teknisk bistand og tid for levering eller ferdigstilling. Opplistinga er ikkje uttømmende, så oppdragsgivaren kan bruke andre kriterium i tillegg.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Direktiv 2004/18/EF, premiss 1 i fortalen

<sup>2</sup> Sjø Kristian Trygstad: «Tildeling av offentlige kontrakter, rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser», Oslo 2006, der tildelingsfasen er utførleg behandla.

<sup>3</sup> Forsyningsforskrifta inneheld ei rettleiande liste som skil seg noko frå lista i den klassiske forskrifta. Departementet legg til grunn at forskjellen ikkje får innverknad på tolkinga sidan inga av listene er uttømmende.

Dersom oppdragsgivaren skal tildele kontrakten på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal det evaluerast kva tilbod som gir best «value for money».<sup>4</sup>

Oppdragsgivaren skal fastsetje dei økonomiske og kvalitative kriteria, som samla skal gjere det mogleg å velje det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I vurderinga av kva tilbod som er det økonomisk mest fordelaktige, er det viktig å ta omsyn til livssyklus-kostnader, ikkje berre anskaffingskostnader, jf. lova § 6.

Oppdragsgivaren må fastsetje kriteria slik at nivået på ytinga i kvart tilbod kan jamførast med kontraktsgjenstanden som er definert i dei tekniske spesifikasjonane. Slik kan oppdragsgivaren få eit best mogleg forhold mellom kvalitet og pris.

Ved å bruke kriteriet «økonomisk mest fordelaktig» kan oppdragsgivaren òg finne ut kven av leverandørane som kan tilby best kvalitet for ein gitt pris.

Oppdragsgivaren skal velje det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig sett frå eigen ståstad.<sup>5</sup> I Concordia-saka ved EF-domstolen hadde Helsingfors by sett opp utslepp av nitrogendioksid og støy frå bussar som tildelingskriterium. Faktorane hadde ingen direkte verdi for Helsingfors som by, men kunne medverke til eit betre miljø for innbyggjarane. EF-domstolen slo fast at sett frå byens eigen ståstad var dette viktige kriterium.

Dersom oppdragsgivaren tillèt alternative tilbod, må han samtidig sørgje for at tildelingskriteria er eigna til å vurdere slike tilbod.

#### **Kriteria må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden**

Tildelingskriteria må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. §§ 13–2 andre ledd og 22–2 andre ledd.<sup>6</sup>

I Concordia-saka<sup>7</sup> hadde Helsingfors by brukt utslepp av nitrogenoksid og støy frå bussar som skulle køyre i Helsingfors by, som tildelingskriterium ved kjøp av lokal busstransport. Formålet var å forbetre miljøet i byen. Det var ikkje bedriftsøkonomisk lønnsamt for kommunen, men var til fordel for innbyggjarane. EF-domstolen kom til at kravet var knytt til kontraktsgjenstanden, som var kjøp av lokal busstransport.<sup>8</sup>

4 Premiss 46 i fortalen

5 Det følgjer av artikkel 53 i direktivet.

6 Kravet forskriftsfester fråsegnene frå EF-domstolen i C-313/99 Concordia og C-448/01 EVN/Wienstrom. Problemstillinga er omhandla i miljørettleiaren frå departementet.

7 C-313/99 Concordia

8 Det er no uttrykt i premiss 46 i fortalen til direktivet, der det heiter at tildelingskriterium kan gjelde i kva grad ordregivaren er i stand til å oppfylle behova til den delen av allmenta saka vedgår.

I kravet om at kriteria må vere knytte til kontraktsgjenstanden, ligg det òg eit krav om at dei må vere knytte til den aktuelle kontrakten. I EVN-saka blei det brukt som tildelingskriterium kor mykje grøn straum leverandøren kunne levere utover den mengda det var spurt om i kontrakten. Formålet med kravet var å oppmuntre til auka produksjon av grøn straum. Kriteriet var i strid med EF-retten. Eit krav om dokumentert kapasitet til å levere grøn straum til den aktuelle kontrakten kunne derimot tillatast. Kravet om tilknytning til den aktuelle kontrakten er særleg aktuelt for sosiale tildelingskriterium. Det er usikkert om forhold ved produksjonen kan brukast som tildelingskriterium. Eit slikt kriterium kan til dømes vere at funksjonshemma skal kunne utføre kontrakten, eller det kan gjelde arbeidsforholda ved produksjonen av dei aktuelle varene.<sup>9</sup>

I EVN-saka sa EF-domstolen òg at oppdragsgivaren i utgangspunktet står fritt til å velje tildelingskriterium og korleis dei skal vektast.<sup>10</sup> Men kriteria må gjere det mogleg å velje det økonomisk mest fordelaktige tilbodet. I EVN-saka hadde oppdragsgivaren vektat pris med 55 prosent og grøn straum med 45 prosent. Det blei akseptert av domstolen.

#### **Interne følgjekostnader som tildelingskriterium**

Eit mogleg tildelingskriterium er å ta omsyn til kva følgjekostnader ei anskaffing kan få internt i organisasjonen til oppdragsgivaren. I sak 2006/65 kom KOFA til at omstillingskostnader ved skifte av produkt, som eit underkriterium under pris, var eit tildelingskriterium som kunne tillatast. I den konkrete saka tilsa kontraktsstorleiken at omstillingskostnadene ikkje innebar ein for stor konkurransefordel for den eksisterande leverandøren.

#### **Forbod mot å endre tildelingskriteria**

Tildelingskriteria skal gå fram av kunngjeringa eller konkurransegrunnlaget. Etter at tilbodsfristen er ute, kan ikkje tildelingskriteria endrast. Dersom det blir utarbeidd vektingsmodellar etter at tilbodsfristen er ute, må dei halde seg innanfor det som går fram av konkurransegrunnlaget.

<sup>9</sup> Sjå kapittel 9 om når det kan stillast slike krav i den tekniske spesifikasjonen og i kontraktsvilkåra.

<sup>10</sup> EVN, premiss 39

I sak C-331/04 ATI EAC tok EF-domstolen stilling til eit tilfelle der oppdragsgivaren hadde oppgitt fire tildelingskriterium. For eitt av desse tildelingskriteria skulle leverandøren beskrive organisasjonen og logistikksystemet som skulle brukast i utføringa av den aktuelle tenesta. Totalt skulle dette tildelingskriteriet tildelast 25 poeng. Etter at tilbudsfristen var ute, fordelte oppdragsgivaren dei 25 poenga på undergrupper innanfor tildelingskriteriet. EF-domstolen slo fast at kravet til likebehandling og transparens innebar at potensielle leverandørar skulle vere klar over alle kriterium som oppdragsgivaren ville leggje vekt på, når dei utforma sine tilbod. EF-domstolen overlét til den føreleggjande domstolen å ta stilling til den konkrete tvisten, men sa at den nasjonale domstolen mellom anna skulle vurdere

- om vektinga av underkategoriane i tildelingskriteriet innebar ei endring av tildelingskriteria i konkurransegrunnlaget
- om vektinga av underkategoriane innebar informasjon som, dersom han var kjend ved tilbodsinnleveringa, kunne påverke utforminga av tilboda
- om vektinga av underkategoriane innebar at oppdragsgivaren tok omsyn til omstende som kunne ha diskriminerande effekt

Dersom det kunne svarast ja på nokon av desse spørsmåla, var vektinga i strid med EF-retten.

### Tildelingskriteria skal ikkje gi oppdragsgivaren uavgrensa fritt skjønn

Tildelingskriteria må ikkje gi oppdragsgivaren uavgrensa fritt skjønn ved tildelinga av kontrakten.<sup>11</sup> I dette ligg eit krav til likebehandling, transparens og føreseielegheit. EF-domstolen har sagt at tildelingskriteria må vere utforma på ein slik måte at alle rimeleg opplyste og normalt påpasselege leverandørar kan tolke dei likt.<sup>12</sup>

Oppdragsgivaren kan ikkje ta atterhald om rett til å velje leverandør fritt.<sup>13</sup>

### Dokumentasjonskrav for tildelingskriterium

EF-domstolen har slått fast at oppdragsgivaren ikkje må bruke tildelingskriterium som ikkje inneheld dokumentasjonskrav som gjer at informasjonen kan etterprøvast.<sup>14</sup>

Tildelingskriteria må vere slik at oppdragsgivaren effektivt kan kontrollere at opplysningane i tilbodet stemmer.

11 C-37/87 Beentjes, premiss 26, C-19/00 SIAC, premiss 37 og C-517/01 Concordia, premiss 61

12 C-19/00 SIAC, premiss 42: «to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way»

13 Sjå til dømes den danske klagenemnda i kjendelse av 11. oktober 2004 (Kort- og Matrikelstyrelsen), der nemnda sa at ein oppdragsgivar verken kan ta atterhald om rett til å velje heilt fritt mellom dei innkomne tilboda eller til å velje fritt mellom tilbod som etter vurdering i samsvar med tildelingskriteria er nær ved å vere best ut frå dei fastsette kriteria. I den aktuelle saka fann klagenemnda derfor at eit vilkår i konkurransegrunnlaget om at oppdragsgivaren tok atterhald om rett til å velje fritt mellom to tilbod dersom det etter evalueringa var ein poengforskjell på 10 prosent eller mindre mellom dei, var i strid med tenesteytingsdirektivet.

14 EVN, premiss 52

Proporsjonalitetsprinsippet får innverknad på kor mykje dokumentasjon oppdragsgivaren bør be om. Det er gitt detaljerte reglar om dette i omtalen av kvalifikasjonsfasen,<sup>15</sup> sjå kapittel 8. Dei same synspunkta er aktuelle for tildelingskriteria.

### **15.1.2 Prioritering og vekting i del II i forskrifta**

Prioritering av tildelingskriteria er regulert i § 13–2 i del II i forskrifta. Føresegnene inneheld eit krav om at oppdragsgivaren skal oppgi korleis det skal prioriterast mellom tildelingskriteria dersom dei er fastsette på førehand. Kravet er eit uttrykk for gjeldande praksis som følgjer av tolkingane frå EF-domstolen,<sup>16</sup> KOFA-praksis og juridisk teori.<sup>17</sup>

Dei grunnleggjande prinsippa kan i nokre tilfelle tilseie at det bør vere oppgitt ei prioritering eller vekting på førehand. Dette må vurderast ut frå kravet om at konkurransen skal gjennomførast på ein måte som står i forhold til anskaffinga. Spesielt når minstekrava til tilbodet er låge, og tildelingskriteria dermed er spesielt avgjerande for at leverandøren skal kunne sjå kor oppteken oppdragsgivaren er av tilhøvet mellom pris og kvalitet, er det viktig å vere tydeleg om tildelingskriteria.

### **15.1.3 Vekting i forskrifta del III**

#### **Generelt**

Oppdragsgivaren skal oppgi den relative vektinga av kvart tildelingskriterium. Vektinga kan ligge innanfor eit område med eit passende maksimalt utslag.

#### **Passande maksimalt utslag**

Den relative vektinga kan fastsetjast med eit passende maksimalt utslag. Omgrepet «passande maksimalt utslag» er nytt og er henta frå direktivet. Det er usikkert korleis regelen skal forståast.<sup>18</sup> Departementet kan såleis berre komme med forslag til tolking av føresegna.<sup>19 20</sup>

Sidan det maksimale utslaget må vere passende, går det ei grense for kor stort det kan vere. Reglane om vekting blei innførte for å forsterke kravet til føreseielegheit. Dersom det maksimale utslaget blir for stort, kan ikkje leverandørane vite på førehand kva oppdragsgivaren vil leggje vekt på. Med kravet til obligatorisk vekting kan det for enkelte anskaffingar vere større behov for fleksibilitet, til dømes som følgje av at ytinga er kompleks, eller at løysingsmodellane er uføreseielege. Eit eksempel kan vere at oppdragsgivaren skal gjennomføre ei anskaffing der det er uvisst kva løysingar marknaden har å by på, og oppdragsgivaren gjerne vil ha fleksibilitet til å vurdere om han vil betale ekstra for ei betre og meir nyskapande løysing. Situasjonen kan gjerast

<sup>15</sup> Lenkje til «Beste praksis»

<sup>16</sup> C-470/99 *Universale Bau*

<sup>17</sup> Sjå *Arrowsmith* s. 473.

<sup>18</sup> Spørsmålet er ikkje behandla av Kommisjonen eller EF-domstolen.

<sup>19</sup> Råd gitt per september 2006 (før forskrifta har tredd i kraft og har verka).

<sup>20</sup> Tilrådingane frå departementet støttar seg med visse modifikasjonar på rettleiinga frå Konkurrencestyrelsen, som er styresmakt for offentlege anskaffingar i Danmark. Når den norske lovgivinga trer i kraft, har den danske lovgivinga som gjer direktivteksten til dansk lov, verka i to år.

meir føreseieleg ved at oppdragsgivaren oppgir korleis han vil bruke utslag i vektinga. Motsett bør vekting i (typiske) byggje- og anleggskontraktar brukast med varsemd. Storleiken på utslaget må avpassast etter kva og kor mykje som skal kjøpast inn. Kravet til føreseielegheit aukar proporsjonalt med anskaffinga.

Departementet legg til grunn at formålet med å innføre kravet om vekting tilseier at passande maksimalt utslag ikkje må brukast på ein måte som gjer situasjonen mindre føreseieleg enn tilfellet var etter den tidlegare forskrifta med den rettsstilstanden som gjaldt då. Korleis regelen skal praktiserast, må avklarast gjennom praksis. Det er derfor vanskeleg å gi generell rettleiing om kor store utslaga kan vere, men departementet legg til grunn at eit utslag, dersom anskaffingstypen og forhold ved tildelingskriteriet tilseier det, vanskeleg kan tenkjast større enn  $\pm 10$  prosentpoeng.<sup>21</sup> Eit tildelingskriterium kan då til dømes vere oppgitt til 30 prosent med  $\pm 10$  prosentpoeng, som inneber at kriteriet kan vektast med frå 20 til 40 prosent. Dersom oppdragsgivaren skal bruke utslag, tilrår departementet følgjande:

- Utslaget bør avgrensast, men ikkje setjast så lågt at det berre får marginal betydning.
- Når ramma blir fastsett, bør det takast omsyn til kor mange tildelingskriterium som er brukte. Utslaget bør ikkje vere større enn vekta av tildelingskriteriet, slik at eit tildelingskriterium på 5 prosent får  $\pm 5$  prosentpoeng som størst mogleg utslag.
- Ei ramme må ikkje setjast slik at tildelingskriteriet kan bli vekta med 100 prosent eller falle heilt bort, til dømes «0–10 prosent».
- Når rammene blir fastsette, må ikkje dei kvalitative kriteria bli så sterkt nedtona at det reelt blir ein priskonkurranse, til dømes pris vekta 80 prosent og kvalitet 20 prosent med  $\pm 10$  prosentpoeng i utslag for kvart av kriteria.
- Modellen bør gjerast enklast mogleg, slik at biletet ikkje blir uoversiktleg for oppdragsgivaren sjølv eller for tilbydarane.

Utslaga treng ikkje vere like for alle underkriterium, og enkeltkriterium kan stå utan utslag. Til dømes kan vektinga av prisen vere fast, slik at utslaget berre fell på dei andre tildelingskriteria. Den samla vektinga skal likevel alltid vere 100 prosent, og oppdragsgivaren skal bruke den same vektinga ved vurderinga av alle tilbod.

Eit særleg spørsmål er om plikta til å oppgi den relative vekta òg inneber ei plikt til å prioritere. Problemet er om kravet til vekting inneber eit forbod mot at to tildelingskriterium skifter plass, sjølv om oppdragsgivaren held seg innanfor oppgitte rammer. Det kan skje dersom pris og kvalitet til dømes er vekta 40–60 prosent. Då kan pris vere 40 prosent og kvalitet 60 prosent eller omvendt. Dette spørsmålet er ikkje avklara.

Den danske klagenemnda har behandla denne problemstillinga i sak 2. maj 2006 (Danske Arkitektvirksomheder. Oppdragsgivaren hadde oppgitt tre tildelingskriterium og vekta dei med 30–50 prosent, 30–50 prosent og 10–30 prosent. Ved den endelege vurderinga blei dei vekta med høvesvis 30, 50 og 20 prosent. Klagenemnda kom til at

<sup>21</sup> Hjelmberg mfl. meiner at det maksimale utslaget skal vere relativt lite. Det baserer dei på dei grunnleggjande krava til likebehandling og transparens. Hjelmberg mfl.: «EU Udbudsretten», København 2005, ISBN 87-574-0235-3, s. 320.

opplysningane om vektiga som gjekk fram av konkurransegrunnlaget, var mindre informative for leverandørane enn om oppdragsgivaren hadde oppgitt tildelingskriteria i prioritert rekkjefølgje. Klagenemnda kom til at kravet til transparens ikkje var oppfylt. Klagenemnda tok ikkje stilling til om utslaget var for stort i seg sjølv.

Vektingsmodellar kan utformast på fleire måtar. Éin variant er å gi tilboda karakter for kvart tildelingskriterium, sjå eksemplet nedanfor. Tilboda oppnår då ein samla vekta gjennomsnittskarakter.

Bruken av vektig innanfor rammer er illustrert i eksemplet nedanfor.

Vektig med rammer kan fastsetjast slik:

Tildelingskriterium	Vektig med utslag
Pris	25-35 %
Leveringstid	15-25 %
Kvalitet	45-55 %
Sum	100 %

I teorien kan det tenkjast uendeleg mange kombinasjonar, men dersom ein til dømes går ut frå at vektiga på kvart kriterium er deleleg med 5, oppstår sju moglege kombinasjonar:

	Kombinasjonar						
	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

Som det går fram av tabellen, endrar rangeringa av tildelingskriteria seg med den kombinasjonen oppdragsgivaren vel.

Likeins kan rangeringa av tilboda endre seg når oppdragsgivaren vektar dei etter dei moglege kombinasjonane. Eksemplet nedanfor er ein illustrasjon på det. Det er brukt ein karakterskala med 10 som maksimumskaraktar for kvart kriterium. Tilbod A og B oppnår desse karakterane for dei ulike underkriteria:

	Karakter	
	Tilbod A	Tilbod B
Pris	4	10
Leveringstid	5	6
Kvalitet	8	4

Så kan totalsummen for dei sju kombinasjonane reknast ut:

	Kombinasjon						
	I	II	III	IV	V	VI	VII
Tilbod A	6,4	6,25	6,35	6,2	6,05	6,15	6
Tilbod B	5,9	6	6,1	6,2	6,3	6,4	6,5

Det følgjer av tabellen at vektingskombinasjonen som oppdragsgivaren vel, avgjer kva tilbod som er økonomisk mest fordelaktig.

Når oppdragsgivaren har oppgitt vektinga innanfor ei ramme, kan han ved tildeling av kontrakten avgjere kva kombinasjon som skal leggjast til grunn. Konsekvensen av å bruke rammer for ulike tildelingskriterium er at oppdragsgivaren får ein viss fleksibilitet til å velje det som er viktig for han, etter å ha fått inn tilbod på dei løysingane marknaden har å tilby. Såleis blir det ikkje heilt klart for leverandørane korleis dei ulike tildelingskriteria kjem til å bli vekta. Oppdragsgivaren må vege behovet for fleksibilitet opp mot behovet for å kommunisere klart til marknaden for å få inn best mogleg tilbod.

Oppdragsgivaren skal fastsetje den endelege vektinga på sakleg grunnlag, og bruken av rammene skal vere grunnlagt ut frå den konkrete saka.

**Ikkje mogleg å vekte**

Dersom vekting av påviselege grunnar ikkje lèt seg gjennomføre, skal oppdragsgivaren oppgi tildelingskriteria i prioritert rekkjefølgje med det viktigaste først. Dette er eit unntak frå hovudregelen. Ordlyden peikar på at det ikkje må vere mogleg å gjennomføre ei vekting slik oppdragsgivaren ser det. Det indikerer at oppdragsgivaren har eit visst rom for skjønn. «Påviselege grunnar» inneber at oppdragsgivaren må kunne dokumentere desse grunnane. Fortalen til direktivet slår fast at situasjonar der vekting ikkje er mogleg, særleg kan oppstå i samband med komplekse kontraktar.<sup>22</sup>

**Om poengsetjing av pris eller prissetjing av kvalitet**

Når ein skal vekte pris mot andre kriterium, her omtala under eitt som «kvalitet», kan ein anten poengsetje pris eller prissetje kvalitet.

Dette kan illustrerast med to eksempel:

**Poengsetje pris:**

Kommune A skal kjøpe inn bilar. Pris skal vektast 50 prosent og kvalitet 50 prosent. Det blir gjort ved at pris maksimalt kan oppnå 50 poeng og kvalitet 50 poeng. Ved poengsetjinga av pris skårar tilbodet etter kor god prisen er. Det blir gitt poeng for pris og for kvalitet. Desse blir så rekna saman.

**Prissetje kvalitet:**

Kommune A skal kjøpe inn bilar. Kommunen seier seg villig til å betale ein viss sum meir for ein viss auke i kvalitet, til dømes for betre sete. Ein slik modell kan kort forklarast med at oppdragsgivaren tek utgangspunkt i minstekrava i tilbodet. Så vurderer han dei ulike seta og set poeng på kvaliteten. Dess betre sete, dess høgare poengsum. Prispåslaget varierer med kvalitetspoenga. Dess høgare kvalitet, dess lågare prispåslag. Eit lågt prisa tilbod med dårleg kvalitet får då ein låg startpris, men eit høgt prispåslag. Eit høgt prisa tilbod med god kvalitet startar med ein høg pris, men får eit lågt påslag. Tilbodet som har lågast pris etter påslaget, vinn.

Forskriftsteksten indikerer metoden med å poengsetje pris, men regelverket er ikkje til hinder for å bruke metoden der kvalitet blir prissett. Begge systema kan brukast til å måle den relative vektninga av tildelingskriteria. Ved e-auksjonar, der nokre av tildelingskriteria er førehandsevaluerte og låste mens andre kan endrast av leverandøren, vil det gå fram av auksjonssystemet kor stor endring leverandøren må gjere for kvart tildelingskriterium for å forbetre tilbodet. Dei variable tildelingskriteria er då gitt i forhold til dei andre tildelingskriteria.

<sup>22</sup> Premiss 46 i fortalen

## 15.2 Avlysing og totalforkasting

### 15.2.1 Generelt

Avlysing er regulert i forskrifta §§ 13–1 og 22–1. Føresegnene er ikkje endra med vedtakinga av den nye forskrifta, og tidlegare praksis er dermed relevant.<sup>23</sup> Reglane skriv seg frå vanleg norsk anbudsrett. Det følgjer av praksis ved EF-domstolen<sup>24</sup> at avlysing må vere i tråd med dei grunnleggjande prinsippa.<sup>25</sup> Spørsmålet om avlysing har ført til saker for norske domstolar, KOFA-avgjerder og ein rik praksis frå det danske Klagenævnet for Udbud.<sup>26</sup>

Første ledd i kvar av føresegnene regulerer avlysing. Med avlysing er meint at konkurransen blir stansa på grunn av hendingar som fører til at oppdragsgivaren må eller vil avslutte konkurransen. Avlysing av konkurransen heng normalt saman med utanforliggjande forhold eller forhold på oppdragsgiversida. Oppdragsgivaren kan avlyse konkurransen med omgåande verknad dersom det ligg føre ein sakleg grunn, jf. første ledd i høvesvis §§ 13–1 og 22–1 i forskrifta. Ei rekkje KOFA-avgjerder viser kva som skal til for at det ligg føre sakleg grunn. Sjå mellom anna KOFA sak 2003/216 og 2004/1.

## 15.3 Elektronisk auksjon

### 15.3.1 Kva er elektronisk auksjon?

Elektronisk auksjon er ein måte å avslutte konkurransar og tildele kontrakt på, ikkje ein sjølvstendig prosedyre. Ein elektronisk auksjon er ein prosess der det etter ei første evaluering av tilboda blir konkurrert om justerte prisar og/eller andre verdiar som skal evaluerast. Auksjonen gjer det mogleg å rangere tilboda automatisk etter kvart som dei kjem inn.

Reglane om elektroniske auksjonar går fram av forskrifta §§ 4–2 h, 13–4 og 22–4. Føresegnene er tilnærma like i del II og III. Dei grunnleggjande prinsippa, særleg kravet til likebehandling og transparens, er sentrale i vurderinga av korleis elektronisk auksjon kan gjennomførast. Reglane om elektronisk auksjon er nye og er ei gjennomføring av direktivføresegner. Kommisjonen har gitt ut eit notat<sup>27</sup> som forklarar og fortolkar dei nye føresegnene. Sidan reglane er nye og få andre rettskjelder tek opp elektronisk auksjon, er det vanskeleg å seie noko sikkert om korleis føresegnene skal tolkast.

23 Omtalen av §§ 10–1 og 17–1 i den tidlegare forskrifta i kommentarutgåvene til Amdal/Roll-Mathiesen s. 450 flg. og Dragsten/Lindalen s. 1215 flg. gjeld derfor òg ved tolkinga av reglane i den nye forskrifta.

24 Sak T-203/96 Embassy Limousine and Services v Parliament, C-27/98 Metalmeccanica (avlysing fordi oppdragsgivaren berre fekk inn eitt tilbod som ikkje måtte avvist), C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik (avlysing av ein konkurranse om å skaffe ekstern prosjektleiing for catering ved sjukehusa i Wien fordi ein bestemte seg for ikkje å ha ekstern prosjektleiing) og C-244/02 Kauppatalo (avlysing av ein konkurranse fordi oppdragsgivaren ved ein feil hadde valt eit tildelingskriterium som ikkje gjorde «value for money» mogleg).

25 Sjå Arrowsmith, s. 553 flg., spesielt s. 557, og Hjemlborg mfl. s. 339.

26 Sjå <http://www.klfu.dk/>. Hjemlborg mfl. omtalar fleire av dei danske sakene i si framstilling av avlysningsreglane s. 338 flg.

27 «Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC»

Forskrifta regulerer i kva tilfelle elektronisk auksjon kan brukast, og har reglar om korleis auksjonen skal gjennomførast. Krava til korleis auksjonen skal gjennomførast, gir òg føringar for kva tekniske løysingar oppdragsgivaren kan bruke ved elektronisk auksjon.

### **15.3.2 Når kan elektronisk auksjon brukast?**

Elektronisk auksjon kan brukast ved opne og avgrensa anbodskonkurransar og i konkurranse med forhandling. Forhandlingsforbodet som gjeld ved gjennomføring av anbodskonkurransar,<sup>28</sup> er ikkje til hinder for å gjennomføre elektronisk auksjon. I konkurranse med forhandlingar over terskelverdiane kan elektroniske auksjonar berre brukast etter føregåande kunngjering i samsvar med forskrifta § 14–3 bokstav a. Elektronisk auksjon kan òg brukast ved gjenopning av konkurransen i rammeavtalar med fleire leverandørar og i dynamiske innkjøpsordningar.

For at elektronisk auksjon skal kunne brukast, må kontraktsspesifikasjonane kunne fast-settast nøyaktig. Auksjon føreset at dei elementa auksjonen skal gjelde, kan kvantifiserast (talfestast), og at ein i auksjonsprosessen kan rangere tilboda automatisk. Oppdragsgivaren skal ikkje vurdere tilboda under auksjonen. Det inneber at auksjon ikkje kan brukast for visse typar ytingar. Designtenester og byggje- og anleggstenester som omfattar intellektuell innsats, kan vere typiske tilfelle. Men det er ikkje alltid i strid med forskrifta å gjennomføre auksjon om slike tenester. Det må gjerast ei konkret vurdering av kvar anskaffing for å slå fast om elektronisk auksjon kan brukast.

Om det er tenleg for oppdragsgivaren å bruke elektronisk auksjon, er mellom anna avhengig av anskaffingsart og -verdi og korleis marknaden og konkurransesituasjonen er for den aktuelle ytinga.

Kravet om nøyaktige kontraktsspesifikasjonar og automatisk rangering av tilboda kan gjere det vanskeleg å bruke elektroniske auksjonar i samband med konkurranse med forhandling. Bakgrunnen for at ein bruker konkurranse med forhandling, er ofte at ein ønskjer å diskutere ulike løysingar med leverandørane. Ei mogleg løysing kan vere å bruke forhandlingane til å gjere tilboda samanliknbare og sluttevaluere andre kriterium enn pris. Deretter kan oppdragsgivaren eventuelt avslutte konkurransen med elektronisk auksjon der prisen blir fastsett.

Elektronisk auksjon kan brukast både når pris aleine er tildelingskriterium, og når oppdragsgivaren tildeler kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbodet. Sidan det er eit krav at kontraktsspesifikasjonane skal vere nøyaktige, og at tilboda skal kunne rangerast automatisk ved gjennomføring av auksjonen, kjem elektronisk auksjon truleg til å bli mest brukt i samband med priskonkurranse. Sjølv om den elektroniske auksjonen berre gjeld pris, kan ein bruke andre tildelingskriterium for tildeling av kontrakten. Dei andre kriteria må då vere sluttevaluerte før auksjonen tek til.

<sup>28</sup> Jf. §§ 12–1 og 21–1 i forskrifta.

**Tillate:**

Ein kommune skal kjøpe kontormøblar og skal gjennomføre elektronisk auksjon mellom leverandør A, B og C om prisen. Tildelingskriterium for konkurransen er både pris og kvalitet. Før auksjonen startar, er tildelingskriteriet kvalitet evaluert og kvantifisert. Kvalitet blei kvantifisert i form av ein gitt poengsum for mellom anna slitestyrken på møbelstoffa. Rangeringa før auksjonen var C, B, A. Etter auksjonen var rangeringa B, C, A, og kontrakten blei tildelt leverandør B.

**Ikkje tillate:**

Ein statleg byggherre kunngjer ein arkitektkonkurranse om å teikne eit nytt kunstmuseum. Kontrakten skal tildelast det økonomisk mest fordelaktige tilbodet, og i konkurransen skal det leggjast stor vekt på estetikk og kvalitet. Det er vanskeleg for byggherren å beskrive spesifikasjonane av bygget nøyaktig, og likeins å kvantifisere kvalitet og estetikk på ein slik måte at det kan rangerast automatisk. Elektronisk auksjon kan derfor ikkje brukast til å justere estetikk og kvalitet i denne konkurransen.

### 15.3.3 Gjennomføring av auksjon

#### Informasjon til leverandørane

For å sikre føreseielegheit og transparens for leverandørane er det viktig at dei får grundig informasjon om bruken av elektronisk auksjon. Oppdragsgivarar som vil bruke elektronisk auksjon, må opplyse om det i kunngjeringa.

Ifølgje notatet frå Kommisjonen må auksjonen gjennomførast dersom oppdragsgivaren har kunngjort at elektronisk auksjon skal brukast. Det er usikkert om det gjeld alle typar anskaffingar, til dømes gjenopning av konkurransen i rammeavtalar, eller om det berre gjeld ved ordinære kontraktstildelingar. Mykje talar for at det er nok om oppdragsgivaren ved inngåinga av rammeavtalen eller den dynamiske innkjøpsordninga informerer om at elektroniske auksjonar kan bli brukte, og at konkurransen skal gjenopnast, men at ein ikkje forpliktar seg til å bruke elektroniske auksjonar ved alle kontraktstildelingar i avtaleperioden.<sup>29</sup> Ei slik varsling sikrar transparens og føreseielegheit og garanterer samtidig den fleksibiliteten som ofte er nødvendig i rammeavtalar og dynamiske innkjøpsordningar. Departementet understrekar likevel at det er usikkert korleis ein domstol vil tolke kravet til informasjon i kunngjeringa.

Auksjonen skal gjennomførast med elektroniske middel, sjå kapittel 12.

<sup>29</sup> Sjå òg Sue Arrowsmith, kapittel 18.42.

Konkurransesgrunnlaget må innehalde utfyllande informasjon om gjennomføringa av auksjonen, mellom anna

- kva element auksjonen skal omfatte. Det kan til dømes vere pris og/eller kvalitet, leveringstid osv., så sant desse elementa kan kvantifiserast og uttrykkjast i tal eller prosentdelar;
- eventuelle avgrensingar på verdiane som kan leggjast fram på bakgrunn av spesifikasjonane for ytinga;
- kva opplysningar tilbydarane kjem til å få under auksjonen, og når;
- relevante opplysningar om den elektroniske auksjonsprosessen, til dømes korleis oppdragsgivaren skal handtere eventuelle spørsmål som kjem inn i løpet av auksjonen;
- vilkår for bodgivinga. Det er særleg aktuelt dersom det blir stilt krav til minimums- endringar i boda, til dømes eit visst kronebeløp eller ein viss prosentvis reduksjon i prisane;
- relevante opplysningar om det elektroniske utstyret som skal brukast, korleis det verkar, og tekniske spesifikasjonar for tilkoplinga. Kommunikasjonsmidla som skal brukast, må vere allment tilgjengelege. Systema bør i størst mogleg grad vere compatible med system som leverandørane bruker til vanleg.

#### **Førebels evaluering av tilboda**

Elektronisk auksjon skal som nemnt innleiingsvis brukast for å avslutte konkurransen. Det inneber at oppdragsgivaren må gå gjennom tilboda for å avgjere om tilbod skal avvisast, og om leverandørane er kvalifiserte, og elles for å følgje dei ordinære reglane som gjeld for konkurransen fram til auksjonen startar.

Før auksjonen kan starte, må oppdragsgivaren gjennomføre ei første fullstendig evaluering av tilboda. Alle vurderingar som oppdragsgivaren må gjere i samband med evalueringa av tilbodet, skal skje før auksjonen, slik at oppdragsgivaren kan tildele kontrakten på grunnlag av auksjonsresultatet. Tilboda skal evaluerast i samsvar med tildelingskriteria og vektinga som er fastsett i kunngjeringa og konkurransesgrunnlaget. Dersom kontrakt skal tildelast det økonomisk mest fordelaktige tilbodet, må kriteria vektast. Det same gjeld gjennomføring av elektroniske auksjonar etter forskrifta del II.

#### **Invitasjon til å delta i auksjonen**

Alle leverandørar som har levert gyldige tilbod, skal elektronisk og på same tid inviterast til å delta i auksjonen. Invitasjonen til å delta i auksjonen kan sendast på e-post.<sup>30</sup> Tilbydaren skal kvittere for at invitasjonen er motteken, og kvitteringa må kunne sporast. Det er viktig for å sikre seg at invitasjonen har nådd fram til leverandøren. Det er ikkje nok å leggje invitasjonen ut på Internett.

<sup>30</sup> Sjå notat frå Kommisjonen.

Invitasjonen skal innehalde

- relevante opplysningar om tilkopling til løysinga som skal brukast. Typiske eksempel er informasjon om det tekniske utstyret som skal brukast i auksjonen;
- dato og klokkeslett då auksjonen skal ta til. Oppdragsgivaren kan ikkje setje eit tidspunkt som er tidlegare enn to yrkedagar frå invitasjonen blei send til tilbydarane;
- opplysningar om korleis og når auksjonen skal avsluttast. Det kan til dømes vere informasjon om at auksjonen skal gjennomførast i så og så mange fasar/rundar, eller at auksjonen skal avsluttast to timar etter oppstart;
- ein tidsplan for kvar fase (viss aktuelt) i auksjonen;
- opplysningar om resultatet av den første fullstendige evalueringa av det aktuelle tilbodet dersom kontrakt skal tildelast det økonomisk mest fordelaktige tilbodet. Det er ikkje nødvendig å oppgi eksakt korleis leverandøren plasserer seg i forhold til dei andre tilbydarane i invitasjonen, men det må seinast opplysast om det når auksjonen tek til;
- informasjon om den matematiske formelen som skal brukast til automatisk å fastslå ny rangering mellom tilboda på grunnlag av nye prisar eller andre verdier. Dersom det blir opna for alternative tilbod, må det utarbeidast ein formel for kvart alternativ. Formelen skal omfatte vekting av alle dei fastsette kriterier for å avgjere kva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbodet. Dersom vektinga av kriterier i konkurransegrunnlaget er oppgitt innanfor ei ramme (sjå eksemplet nedanfor), skal oppdragsgivaren før auksjonen fastsetje vektinga til ein viss verdi.

Eksempel:

Oppdragsgivaren har i konkurransegrunnlaget sagt at kvalitet skal telje 30–40 prosent i evalueringa, pris 60–70 prosent. Før auksjonen startar, må vektinga av evalueringskriterier presiserast, slik at til dømes kvalitet blir sett til 40 prosent og pris til 60 prosent. Sjå òg eksemplet i rettleiaren frå Konkurrencestyrelsen i Danmark.<sup>31</sup>

### Oppstart av auksjonen

Auksjonen startar på det tidspunktet som går fram av innbydinga. Tilbydarane skal vere anonyme under heile auksjonen.

Auksjonen skal gjennomførast etter den modellen oppdragsgivaren har skissert i konkurransegrunnlaget og invitasjonen til å delta i auksjonen. Det kan til dømes vere oppgitt at auksjonen skal avviklast over så og så mange bodrundar eller innanfor eit fastsett tidsrom. I kvar fase av auksjonen skal oppdragsgivaren straks gi alle tilbydarar informasjon som gjer at dei kan sjå korleis dei plasserer seg. Annan informasjon om framlagde prisar eller andre verdier kan òg formidlast dersom det er sagt frå om det i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgivaren kan når som helst opplyse om kor mange deltakarar som er med i den aktuelle fasen av auksjonen.

31 <http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/kap11/11.2/11.2.3/>.

Dersom det viser seg at den tekniske løysinga for auksjonen ikkje er eigna til å handtere så mange tilbydarar som er inviterte til å delta, må auksjonen utsetjast og deltakarane informerast. Dersom det oppstår systemfeil, må oppdragsgivaren òg vurdere om heile eller delar av auksjonen skal utsetjast. Oppdragsgivaren må sikre at tilbydarane blir behandla likt, dersom tekniske problem fører til endringar i konkurransen.

#### **15.3.4 Avslutting av auksjonen**

Oppdragsgivaren kan avslutte auksjonen på éin eller fleire av desse måtane:

- På den datoen og det klokkeslettet som går fram av innbydinga til å delta i auksjonen
- Når oppdragsgivaren ikkje får inn nye prisar eller verdiar som tilfredsstillar eventuelle krav som er stilte til minstedifferansar (i dette tilfellet må oppdragsgivaren i innbydinga oppgi frist for mottak av siste innleverte bod før auksjonen blir avslutta)
- Når det er gjennomført så mange auksjonsfasar som det er sagt i innbydinga til auksjonen

Dersom oppdragsgivaren har bestemt at auksjonen skal avsluttast i samsvar med det tredje punktet ovanfor, eventuelt kombinert med det andre punktet, skal innbydinga til auksjonen innehalde ein tidsplan for kvar fase. Då veit leverandørane til kvar tid når dei seinast må levere inn eit forbetra tilbod for at det skal komme med i evalueringa.

#### **15.3.5 Tildeling av kontrakt**

Når auksjonen er avslutta, tildeler oppdragsgivaren kontrakten på grunnlag av resultatata frå auksjonen i samsvar med dei kriteria som er fastsette for tildeling av kontrakt. Trass i dette kan oppdragsgivaren avvise unormalt låge tilbod i samsvar med forskrifta §§ 11–12 og 20–14.



## Kapittel 16

# Tilbakemelding til leverandørane

### 16.1 Generelt

Kravet om at oppdragsgivaren skal grunngi avgjerdene sine, må sjåast i lys av formålet med anskaffingsreglane, som mellom anna er å sikre transparens og etterprøvings-tilgang i anskaffingsprosessane og dermed rettstryggleiken til leverandørane. Kor vidt leverandørane kan etterprøve dei avgjerdene oppdragsgivaren tek, er i stor grad avhengig av grunngivingsplikta. Grunngivinga må derfor vere av ein slik art at det kan kontrollerast om avgjerda er i samsvar med regelverket og reglane som er sette for konkurransen. Vidare kan slike tilbakemeldingar vere eit bidrag til forbetringar i kvar bedrift.

### 16.2 Melding om tildelingsavgjerd

#### 16.2.1 Rimeleg tid

I rimeleg tid før kontrakten blir underskriven, skal oppdragsgivaren melde frå til alle deltakarane i konkurransen om kven det skal inngåast kontrakt med. Bakgrunnen for regelen er sak C-81/98 Alcatel ved EF-domstolen. I denne saka blei det slått fast at ei tildelingsavgjerd skal kunne prøvast gjennom ein prosedyre som gjer det mogleg å setje avgjerda til sides. I Noreg blir det gjort ved å krevje mellombels åtgjerd.

Kravet til rimeleg tid frå oppdragsgivaren har avgjort valet av leverandør, til kontrakt blir underskriven, er vagt, og oppdragsgivaren kan bruke eit visst skjønn når han skal fastsetje fristen. Fristen må vere lang nok til at leverandøren kan gjennomgå og vurdere avgjerda til oppdragsgivaren og eventuelt ta nødvendige skritt for å krevje mellombels åtgjerd. Kor lang fristen skal vere, er avhengig av kor komplisert anskaffinga er.<sup>1</sup>

#### 16.2.2 Innhaldet i melding om tildelingsavgjerd

Eit viktig formål med grunngivingsplikta etter §§ 11–14 første ledd og 20–16 første ledd er å gi leverandøren eit grunnlag for å vurdere om han skal imøtegå tildelingsavgjerda, anten ved å be oppdragsgivaren endre avgjerda eller ved å reise krav om mellombels åtgjerd. Grunngivinga må derfor ha eit slikt innhald at leverandøren kan vurdere om avgjerda er sakleg og forsvarleg, er teken på rett grunnlag og er i samsvar med tildelingskriteria.

<sup>1</sup> Sjå forslag til nytt handhevingdirektiv (COM (2006)195 final), der det heiter at fristen bør setjast til minimum ti dagar for anskaffingar over EØS-terskelverdiane.

Det er ikkje nok at oppdragsgivaren viser til tildelingskriteria. Grunngevinga må vise korleis tildelingskriteria er brukte, og korleis det valde tilbodet kom ut i forhold til desse kriteria.

### **16.2.3 Klagefrist**

I meldinga skal oppdragsgivaren òg oppgi ein klagefrist. Denne fristen må sjåast i samanheng med kravet om at det skal vere mogleg å få avgjerda sett til sides, og at oppdragsgivaren skal kunne annullere tildelingsavgjerda, jf. §§ 13–3 andre ledd og 22–2 andre ledd. Fristen må såleis liggje innanfor det som blir rekna som «rimeleg tid» før kontrakt kan underskrivast. Oppdragsgivaren må derfor fastsetje tidspunktet for planlagd kontraktsinngåing til etter at klagefristen er ute.

### **16.2.4 Betydninga av at det blir meldt frå om tildelingsavgjerd**

Etter §§ 13–3 andre ledd og 22–2 andre ledd kan oppdragsgivaren, heilt til kontrakt er inngått, endre avgjerda om tildeling av kontrakten dersom avgjerda er i strid med tildelingskriteria. Det inneber at leverandøren som i utgangspunktet blei tildelt kontrakten, ikkje har noko rettsleg krav på å få oppdraget før kontrakten er underskriven.

Ein melding om tildelingsavgjerd er ikkje det same som eit avslag på dei andre tilboda. Alle leverandørar er med andre ord bundne av tilboda sine heilt til vedståingsfristen er ute eller kontrakten er underskriven, sjølv om oppdragsgivaren melder frå om at kontrakten blir tildelt ein annan leverandør.

## **16.3 Grunngeving**

### **16.3.1 Grunngeving når leverandørar blir avviste**

Også når oppdragsgivaren må avvise leverandørar, til dømes på grunn av forhold ved leverandøren eller fordi det er sett ei grense for deltakartalet i konkurransen, skal avgjerda vere grunngitt i ei eiga melding til den aktuelle leverandøren. Eitt formål med ei slik grunngiving er at leverandøren skal ha høve til å vurdere om avgjerda skal påklagast, og til å setje i verk nødvendige tiltak for å kunne delta i den vidare konkurransen dersom avgjerda må endrast. Grunngiving skal derfor liggje føre snarast råd etter at avgjerda er teken. Oppdragsgivaren bør som hovudregel sende grunngivinga same dagen som avgjerda er teken, og ved gjennomføring av avgrensa anbodskonkurranse seinast når konkurransegrunnlaget blir sendt ut til dei leverandørane som får delta i konkurransen. Grunngivinga er òg viktig for å gi leverandøren høve til å gjennomføre forbetringar og dermed redusere risikoen for at tilbod skal bli avviste i framtida.

Grunngivinga må gjelde dei forholda som har ført til avvisinga. Sidan det i føresegna heiter at det skal vere ei kort grunngiving, må det vere nok å vise til avvisingsgrunnen, heimelen for avvisinga og dei faktiske forholda ved leverandøren som ligg til grunn for avvisinga, eller til grunngivinga for valet av leverandørar som får delta vidare i konkurransen. Grunngivinga må vere forankra i anskaffingsreglane og reglane som er fastsette for konkurransen.

### 16.3.2 Grunniving når konkurransen blir avlyst

I tilfelle der oppdragsgivaren avgjer at konkurransen skal avbrytast eller avsluttast utan at det blir inngått kontrakt, skal det meldast frå om avgjerda samtidig til alle leverandørane som har delteke i konkurransen anten ved å levere tilbod eller å be om å få kvalifisere seg. Det skal meldast frå om grunnivinga snarast råd etter at avgjerda er teken, og det er eit krav at innhaldet i grunnivinga skal vere likelydande for alle leverandørane.

I grunnivinga skal oppdragsgivaren gi opp dei omstenda som ligg til grunn for avgjerda om ikkje å gjennomføre anskaffinga, og grunnivinga skal gjere det mogleg for leverandørane å kontrollere om dei faktiske omstenda som oppdragsgivaren gjer gjeldande, kan reknast som sakleg grunn.<sup>2</sup>

### 16.3.3 Grunniving når eit tilbod blir avvist

Når det gjeld forhold som gjer at eit tilbod kan eller skal avvistast, viser vi til omtalen av avvissingsreglane. Poenget med plikta til å grunni avgjerder om å avvise tilbod er at den aktuelle leverandøren skal kunne ta stilling til om tilbodet er avvist på rett grunnlag, og om det er grunnlag for å setje i verk tiltak for å få avgjerda omgjord eller anskaffingsprosedyren stansa. Sjølv om grunnivinga ifølgje føresegna skal vere kort, må ho derfor som eit minimum innehalde opplysningar om avvissingsgrunnen og om dei faktiske forholda ved tilbodet, formelle eller kvalitative, som oppdragsgivaren gjer gjeldande. Grunnivinga må vere forankra i reglane som gjeld for konkurransen, og må gjere det klart kva sider ved tilbodet som er årsak til avvisinga.

### 16.3.4 Kravet til nærmare grunniving

Grunniving etter §§ 11–14 første og andre ledd og 20–16 første og andre ledd skal oppdragsgivaren gi skriftleg og på eige initiativ snarast råd etter at avgjerda er teken. Der som ein leverandør ber om det etter å ha fått ei slik grunniving, skal oppdragsgivaren grunni nærmare kvifor førespurnaden om å få delta i konkurransen er forkasta, eller kvifor leverandøren ikkje er tildelt kontrakten.

Det går fram av føresegnene at kravet til innhald og omfang er høgare enn det som gjeld for grunnivingsplikta etter første og andre ledd. Det inneber mellom anna at det skal utdjupast kva vurderingar som er gjorde. Om ei grunniving kan kallast tilstrekkeleg, er avhengig av kva leverandøren har bedt om å få nærmare grunniggitt.

Når kontrakt er tildelt, skal grunnivinga innehalde både namnet på den valde leverandøren og ei nærmare utgreiing om eigenskapane og dei relative fordelane ved det valde tilbodet. At dei relative fordelane ved det valde tilbodet skal omtalast, betyr konkret at dei eigenskapane som i medhald av tildelingskriteria gjorde at det vinnande tilbodet kom best ut, skal beskrivast og samanliknast med dei same eigenskapane ved tilbodet frå leverandøren.

<sup>2</sup> Sjå omtale av når oppdragsgivaren kan avlyse konkurransen, jf. § 13–1.



## Kapittel 17

# Andre prosedyrar

### 17.1 Plan- og designkonkurransar

Ein plan- og designkonkurranse går ut på at den offentlege oppdragsgivaren inviterer til ein konkurranse om konsept, design eller plan innanfor til dømes arealplanlegging, byplanlegging, arkitekt- og ingeniørarbeid eller databehandling. Konkurransforma er reservert for konkurransar om tenesteytingar.<sup>1</sup>

Ein jury skal avgjere kva plan eller design som vinn. Juryavgjerda kan vere bindande eller innstillande. Formålet med konkurransen er å kåre ein vinnar som òg skal gjennomføre prosjektet, eller berre å kåre ein vinnar som ikkje skal delta i realiseringa av prosjektet. Konkurransen kan haldast med eller utan premiering eller utbetaling til deltakarane. Den samla anslåtte verdien av eventuelle premiar og utbetalingar skal reknast med når det blir vurdert kva krav som skal stillast til kunngjering, jf. § 23–1 andre og tredje ledd.

I tillegg til at konkurransen må kunngjerast, stiller forskrifta visse krav til gjennomføringa av konkurransen.

I motsetning til det som gjeld for anbodskonkurransar og konkurransar med forhandling, pliktar ikkje oppdragsgivaren å utarbeide eit detaljert konkurransegrunnlag med ytingsbeskriving. Oppdragsgivaren har dermed større fleksibilitet til å få fram gode løysingsforslag frå marknaden, men må levere ut reglane for gjennomføringa av konkurransen til dei som er interesserte i å delta.

Plan- og designkonkurransen kan vere open eller avgrensa til nokre leverandørar. Dersom oppdragsgivaren vel å avgrense konkurransen, må utveljingskriteria vere klare og ikkje-diskriminerande. Det må inviterast mange nok til å sikre reell konkurranse. Kor mange som er nok, må avgjerast etter ei konkret vurdering av marknadsforholda. Oppdragsgivaren har bevisbyrda for at vilkåret er oppfylt.

Oppdragsgivaren kan ikkje nekte nokon å delta i ein plan- og designkonkurranse på grunnlag av nasjonalitet eller manglande lokalt tilhøyr. Det gjeld uavhengig av kva verdi plan- og designkonkurransen representerer. Oppdragsgivaren kan heller ikkje avgrense deltakinga i konkurransen til berre fysiske eller juridiske personar. Føresegnene er utslag av generelle prinsipp om likebehandling og ikkje-diskriminering og av prinsippet om mest mogleg konkurranse.

<sup>1</sup> Jf. direktiv 2004/18/EC avsnitt IV.

Juryen skal berre bestå av fysiske personar som er uavhengige av konkurranse-deltakarane. Juridiske personar kan derfor ikkje delta i juryen. Blir det forlanga ein særskild yrkeskvalifikasjon av deltakarane i konkurransen, skal minst ein tredel av juryen ha same eller tilsvarende kvalifikasjon. I tillegg til at juryen skal vere uavhengig av konkurransedeltakarane, skal han uttale seg og ta sine avgjerder på fritt grunnlag. Medlemmene skal gjere sjølvstendige faglege vurderingar på grunnlag av dei kriteria som er oppgitt i kunngjeringa. Det er berre desse kriteria som er relevante. Juryen skal altså ikkje ta omsyn til andre føringar frå oppdragsgivaren eller andre.

Juryen skal vurdere planar og design, og dei skal haldast anonyme til juryen uttalar seg eller tek ei avgjerd. Anonymiteten skal sikrast i praksis ved at innkomne forslag blir mottekne og anonymiserte. Føresegna opnar for ein dialog mellom juryen og deltakarane ved at juryen kan be deltakarane svare på spørsmål for å klargjere enkelte aspekt ved prosjekta. Spørsmåla skal skrivast ned i protokollen, som skal innehalde ei fullstendig oversikt over dialogen mellom jurymedlemmene og deltakarane. Dette er med på å sikre transparens i prosessen. Ettersom dialogen skal vere anonym, kan ikkje juryen ha møte med deltakarane. I staden kan juryen til dømes sende spørsmåla til deltakarane via den «kanalen» som registrerte dei innkomne forslaga.

Dei vurderingar, konklusjonar og tilrådingar juryen legg fram, medrekna ei rangering av prosjekta, skal skrivast ned i protokollen. Protokollen skal underskrivast av jurymedlemmene og sendast til deltakarane i konkurransen etter at vinnaren er kåra, eller sendast etter at oppdragsgivaren har avgjort kven som skal tildelast kontrakten. Protokollen skal vareta det grunnleggjande kravet til etterprøvingstilgang.

Dersom kontrakten på utføring av oppdraget skal tildelast vinnaren av konkurransen, og det går fram av den opphavlege kunngjeringa at ei slik løysing er aktuell, kan kontrakten på utføringa tildelast vinnaren gjennom forhandlingar, jf. §§ 11–9 og 14–4 bokstav i. Alle vinnarane i konkurransen skal då inviterast til å delta i forhandlingane.

Forskrifta § 23–1 ellefte ledd har reglar om kunngjering av konkurranseresultat. Reglar om kommunikasjon går fram av § 23–2.

## **17.2 Byggje- og anleggskonsesjonar**

I motsetning til tenestekonsesjonar er byggje- og anleggskonsesjonar omfatta av regelverket. Reglane om byggje- og anleggskonsesjonar er behandla i forskrifta §§ 24–1 og 25–1. Byggje- og anleggskonsesjon kan til dømes liggje føre når ein entreprenør tek på seg den økonomiske risikoen ved at vederlaget for oppføringa av bygget eller anlegget blir ytt i form av seinare utnytting og bruk (til dømes vidaresal eller utleige).

Ved tildeling av ein kontrakt om byggje- og anleggskonsesjon er det oppdragsgivaren sjølv som fastset kva prosedyrereglar som skal gjelde for konkurransen. Her står oppdragsgivaren fritt. Det blir likevel framleis stilt krav om kunngjering, og kontrakten

skal tildelast anten på grunnlag av pris aleine eller på grunnlag av kva tilbod som er økonomisk mest fordelaktig. I tillegg må dei generelle prinsippa i EØS-avtalen om ikkje-diskriminering, likebehandling og proporsjonalitet varetakast.



## Kapittel 18

# Klageinstansar, gebyr ved brot på regelverket

### 18.1 Klageinstansar

#### 18.1.1 Klage til klagenemnda for offentlege anskaffingar

For at leverandørane skulle ha rask og rimeleg tilgang til ein klageinstans på lågare konfliktnivå enn domstolane, vedtok Stortinget i 2002 å opprette ei uavhengig klagenemnd for offentlege anskaffingar. Klagenemnda tredde i funksjon 1. januar 2003.

Klagenemnda omfattar eit sekretariat og ei nemnd på til saman ti medlemmer. Nemnda blir oppnemnd av regjeringa, og medlemmene er uavhengige advokatar og personar frå domstolane og universiteta. Dei blir oppnemnde på fagleg grunnlag, og nemnda er samansett på ein måte som sikrar teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. I ei sak deltek tre av nemndmedlemmene.

Administrativt er sekretariatet ein del av Konkurransetilsynet. Fagleg er sekretariatet underlagt klagenemnda. Nokre avgjerder er lagde til sekretariatet, som mellom anna har kompetanse til å avvise klager. Avgjerder i sekretariatet kan påklagast til leiaren av klagenemnda.

Fråsegnene frå klagenemnda er rådgivande, men ein går ut frå at dei blir lagde til grunn i dei aller fleste tilfelle. Dersom saka seinare kjem inn for domstolane, kan fråsegna frå klagenemnda normalt leggjast fram der.

Arbeidet i klagenemnda er styrt av lov om offentlige anskaffelser § 7a og forskrift 15. november 2002 nr. 1288.

#### **Kven kan klage til KOFA?**

Leverandørar som har delteke i ein konkurranse om offentlege anskaffingar, har klagerett. Det same gjeld leverandørar som ønskjer å delta i ein konkurranse, men som meiner at dei på ulovleg vis har blitt hindra i det. I tillegg har organisasjonar sjølvstendig klagerett så sant dei har sterk nok tilknytning til anskaffinga til at ei sakleg klageinteresse kan seiast å liggje føre.

#### **Utvida klagekrins ved ulovlege direkteanskaffingar**

Dersom klaga gjeld ein påstand om ei ulovleg direkteanskaffing, treng ikkje klagaren ha ei rettsleg klageinteresse. Det medfører at andre òg kan klage dersom dei får kjennskap til slike regelbrot, og formålet er å avdekkje grove brot på regelverket. Det kan krevjast

inn gebyr utan at den som klagar saka inn, ber om det. Meir om gebyr ved brot på regelverket går fram av kapittel 18.2.

Saksbehandlinga i KOFA er forklart på heimesidene til nemnda, sjå [www.KOFA.no](http://www.KOFA.no).

### **18.1.2 Reise sak for norske domstolar**

Leverandørar eller andre med rettsleg interesse som meiner at oppdragsgivaren har brote prosedyreføresegnene i regelverket, kan reise sak for tingretten. Ligg det føre brot på regelverket, kan leverandørane under visse føresetnader krevje at regelbrotet blir gjort om, jf. lova § 7 andre ledd.

For at inngrepsmekanismen skal vere effektiv, må leverandørane kunne krevje førebels åtgjerd til kravet er rettskraftig avgjort. Når først inngrepsheimelen er til stades, følgjer retten til førebels åtgjerd av dei vanlege reglane for tvangsfullføring.

Retten kan berre gripe inn i prosessen i tida før kontrakt er inngått med ein tredjepart. Etter det må leverandørane nøye seg med å krevje erstatning frå oppdragsgivaren. Eit slikt krav kan reisast både før og etter at kontrakt er inngått med ein tredjepart, det kan rettast både mot offentlege og private oppdragsgivarar, og det kan gjelde brot på alle bindande normer, til dømes lov, forskrift, avtale og god anbodsskikk.

Den vanlege heimelen til å krevje erstatning ved brot på anskaffingsreglane er å finne i den ulovfeste erstatningsretten. Her finn ein òg prinsippa for erstatningsutmålinga.

### **18.1.3 Klage til overvåkingsorganet i EFTA**

Overvåkingsorganet i EFTA, EFTA Surveillance Authority (ESA), skal sjå til at norske styresmakter gjennomfører EØS-avtalen korrekt, og at reglane blir følgde i praksis.

ESA kan setje i gang behandling av ei sak på eige initiativ eller på grunnlag av klage, til dømes frå ein leverandør med interesse i den aktuelle anskaffinga. ESA har plikt til å undersøkje alle klager som dei har kompetanse til å avgjere, men kan sjølv prioritere kva saker som skal forfølgjast vidare.

ESA kan gjere vedtak som rettar seg mot Noreg som stat, men ikkje mot oppdragsgivaren. Dersom ESA finn at eit EFTA-land har gjort seg skuldig i brot på reglane om offentlege anskaffingar, skal vedkommande land og oppdragsgivar varslast om standpunktet. Deretter skal landet svare, anten ved å stadfeste at brotet på regelverket er korrigert, ved å forklare kvifor det ikkje er gjort, eller ved å gi melding om at konkurransen er innstilt.

Dersom ESA på grunnlag av utgreiinga frå norske styresmakter finn at anskaffingsprosessen ikkje har vore i samsvar med regelverket, kan saka leggjast fram for EFTA-domstolen.

Korrespondansen i ei klagesak går føre seg mellom ESA og Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD), med Utanriksdepartementet som mellomledd. Det er FAD som behandlar saka for Noreg og har med oppdragsgivaren å gjere.

#### **18.1.4 Klage på oppdragsgivarar i andre EU- eller EFTA-land**

Noreg, representert ved FAD, deltek og er kontaktpunkt i det internasjonale nettverks-samarbeidet Public Procurement Network. Formålet med samarbeidet er å leggje til rette for at leverandørar som støyter på problem ved offentlege anskaffingar i utlandet, kan få hjelp til ei rask og uformell problemløysing utan å gå om domstolsapparatet eller anna formelt klagesystem. Prosjektet og kontaktpersonar i Noreg er nærmare presenterte på <http://www.publicprocurementnetwork.org/>.

### **18.2 Gebyr ved ulovlege direkteanskaffingar**

Stortinget har vedteke å innføre eit gebyr for ulovlege direkteanskaffingar. Tanken er å sikre auka etterleving av regelverket.

Ei ulovleg direkteanskaffing er ei anskaffing som ikkje er kunngjord i samsvar med kunngjeringsreglane i forskrifta om offentlege anskaffingar. Typiske eksempel på ulovlege direkteanskaffingar er når oppdragsgivaren inngår kontrakt med ein leverandør direkte og utan konkurranse, eller når han deler opp ei anskaffing for å komme under den nasjonale terskelverdien. Eit anna eksempel er når oppdragsgivaren forlengjer, utvidar eller endrar ein avtale med ein opphavleg leverandør trass i at det ikkje ligg føre opsjonar i den opphavlege kontrakten til å gjere det, slik at ein i realiteten står overfor ein ny avtale som skal tildelast etter regelverket. Det er òg ei ulovleg direkteanskaffing dersom oppdragsgivaren gjer bruk av rammeavtalar som andre oppdragsgivarar har inngått på lovleg vis, utan at kontrakten eller kunngjeringa på lovleg vis opnar for at andre verksemder enn dei kontrakten er inngått med, kan bestille noko etter same rammeavtalen.

Eit vilkår for å krevje gebyr er at oppdragsgivaren, eller ein som handlar på vegner av oppdragsgivaren, har gjort seg skuldig i regelbrotet ved grov aktløyse eller med forsett. Skuldkravet gjeld både det faktiske og det rettslege grunnlaget for regelbrotet. Det må her understrekast at offentlege oppdragsgivarar i utgangspunktet skal ha god oversikt over regelverket for offentlege anskaffingar, og at det derfor ikkje skal mykje til før manglande rettskunnskap kan kallast grov aktløyse. I vurderinga bør det takast omsyn til om regelverket eller bruken av det i det konkrete tilfellet synest uklar, og kva som er gjort for å sikre god regelkunnskap og regelinnsikt. Det må elles presiserast at det ikkje er noko krav at ein bestemt person har handla forsettleig eller grovt aktlaust. Det kan òg vere gjort feil på ulike plan i oppdragsgivarens organisasjon som kvar for seg ikkje kan kallast grovt aktlaust, men som samla gjer at oppdragsgivaren må seiast å ha handla grovt aktlaust.

Sanksjonen kan berre rettast mot oppdragsgivaren. Dersom ein tilsett har handla sterkt klanderverdig på vegner av oppdragsgivaren og oppdragsgivaren vil påtale det, må det eventuelt nyttast tenestlege sanksjonar. Avgrensinga av omgrepet «oppdragsgivar» er den same som i forskrifta om offentlege anskaffingar. Avgrensinga er ikkje nødvendigvis samanfallande med avgrensinga av den aktuelle juridiske personen som oppdragsgivaren er ein del av. Avgrensinga spring ut av ei tolking av føresegna i forskrifta om korleis verdien av anskaffinga skal bereknast (forskrifta § 2–3). Ifølgje denne læra må det dreie seg om innkjøpsuavhengige einingar. Relevante moment er mellom anna sjølvstendig budsjett og innkjøpsansvar, sjå rettleiaren kapittel 4. Det inneber til dømes at ein skule eller eit departement med underliggjande organ kan vere oppdragsgivar etter lova.

Geburet kan vere på inntil 15 prosent av verdien av anskaffinga. Det er klagenemnda for offentlege anskaffingar som har kompetanse til å krevje inn geburet.

Meir informasjon om geburet er å finne i ot.prp. nr. 62 (2005–2006).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> <http://odin.dep.no/fad/norsk/dok/regpubl/otprp/071001-050003/dok-bn.html>.



## 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
- Trygstad, Kristian Dahle, Tildeling av offentlige kontrakter 2006, ISBN-13978-82-05-35811-7
- Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad: EØS-rett 2. utgave, 2006, ISBN 82-15010210



Utgitt av :  
Fornyings- og administrasjonsdepartementet

Offentlege institusjonar kan tinge fleire  
eksemplar av denne publikasjonen frå:  
Servicesenteret for departementa  
Kopi- og distribusjonsservice  
[www.publikasjoner.dep.no](http://www.publikasjoner.dep.no)  
E-post: [publikasjonsbestilling@dss.dep.no](mailto:publikasjonsbestilling@dss.dep.no)  
Telefaks: 22 24 27 86  
Oppgi publikasjonskode: P-0933 N  
Layout: Lysvold Design  
Trykk: Zoom Grafisk as 12/2006 – opplag 3000

