

Veileder for anskaffelse av konsulenttenester (juridisk, økonomisk rådgivning)

Anders Thue, Anne Buan og Jan Sandtrø
SIMONSEN Advokatfirma DA

INNHold

1	INNLEDNING	1
2	ANSKAFFELSEN – DEKNING AV OPPDRAGSGIVERS BEHOV	1
2.1	DEFINERING AV BEHOV	1
2.2	FORHOLDET TIL TERSKELVERDIER OG REGLER OM OPPDELING AV OPPDRAG	1
2.3	VARIGHET	3
2.3.1	Varighet ved enkeltanskaffelser	3
2.3.2	Varighet på rammeavtaler	3
2.4	OMFANG - BRUK AV OPSJONER.....	3
2.5	BEHOV FOR HEMMELIGHOLD	4
2.6	ER DET HENSIKTMESSIG Å VELGE RAMMEAVTALE?	5
2.7	HABILITET – RÅDGIVERHABILITET	5
2.8	SÆRLIG OM ANSKAFFELSER AV JURIDISKE TJENESTER.....	6
2.9	SÆRLIG OM ANSKAFFELSE AV ØKONOMISKE TJENESTER	6
3	KONKURRANSE GjENNOMFØRING	7
3.1	PROSEDYREVALG.....	7
3.1.1	Anskaffelser etter forskriftens del I	7
3.1.2	Åpen/begrenset anbudskonkurranse	7
3.1.3	Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring	8
3.1.4	Unntakshjemler for direkte anskaffelser.....	8
3.2	KUNNGJØRING	9
3.2.1	Over nasjonal terskelverdi/EØS-terskelverdiene	9
3.2.2	Forenklet kunngjøring	9
3.2.3	Minimumsfrister	9
3.3	KONKURRANSEGRUNNLAG	10
3.4	OM FORHOLDET MELLOM KVALIFIKASJONSKRAV OG TILDELINGSKRITERIER	10
3.5	KVALIFIKASJONSKRAV.....	12
3.5.1	Generelt	12
3.5.2	Dokumentasjonskrav.....	12
3.6	AVVISNING.....	13
3.7	TILDELINGSKRITERIER	13
3.7.1	Generelt	13
3.7.2	Dokumentasjonskrav.....	13
3.7.3	Vekting og prioritering.....	14
3.8	FORSINKELSER I GjENNOMFØRINGEN AV KONKURRANSEN - VEDSTÅELSESRIST .	15
3.9	EVALUERING	15
3.10	BEGRUNNELSE.....	15
3.11	PROTOKOLLFØRING	15
3.12	KUNNGJØRING AV TILDELT KONTRAKT.....	16
3.13	OFFENTLIGHET	16
3.14	BRUK AV RAMMEAVTALER.....	16
4	KONTRAKT	17
4.1	BRUK AV KONTRAKTSVILKÅR I ANSKAFFELSEN.....	17
4.2	TILPASNINGER OG UNNTAK FRA STANDARDKONTRAKTER.....	17
4.3	SENTRALE BESTEMMELSER I KONTRAKTEN	18
4.3.1	Regulering av vederlag.....	18
4.3.2	Rettigheter til resultater m.v.....	18
4.4	ETTERFØLGENDE ENDRINGER I KONTRAKTEN.....	18
5	TYPEEKSEMPLER.....	I

1 INNLEDNING

SIMONSEN Advokatfirma DA har utarbeidet denne veilederen på oppdrag fra Difi.

Formålet er å gi konkret veiledning om hvordan departementene på kort varsel kan foreta kjøp av konsulenttjenester, herunder juridiske eller økonomiske utredninger og rapporter.¹ Veilederen vil også ha en viss relevans i forhold til innkjøp av andre typer konsulenttjenester (for eksempel IKT-konsulenttjenester), men her vil ytterligere problemstillinger kunne oppstå.

Ved anskaffelse av konsulenttjenester er offentlige oppdragsgivere forpliktet til å følge prosedyrene i regelverket for offentlige anskaffelser, det vil si lov om offentlige anskaffelser² (heretter kalt "LOA") med tilhørende forskrifter, herunder forskrift om offentlige anskaffelser³ ("FOA"). Regelverket skal bidra til økt verdiskaping i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. LOA § 1. Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)⁴ blir ikke behandlet i denne veilederen.

Anskaffelse av konsulenttjenester kan karakteriseres som en anskaffelse av intellektuelle tjenester. Særtrekk ved slike tjenester er at konsulentens kompetanse og erfaring normalt vil være viktig for kvaliteten på tjenesten.

Behovet for bistand av juridisk eller økonomisk karakter kan oppstå på kort varsel. Det vil dermed ofte være hensiktsmessig og ønskelig at oppdragsgiver på forhånd har etablert rammeavtaler der behov forventes å oppstå.

Bruk av konkurransegjennomføringsverktøy vil ikke bli behandlet i denne veilederen. Det vises til www.anskaffelser.no for nærmere informasjon om slike verktøy.

Ved utarbeidelsen av veilederen har vi kartlagt relevante rettskilder. Dokumentet er oppdatert per 11. mars 2010. Anskaffelsesregelverket er imidlertid dynamisk og rettsutvikling vil kunne føre til endringer i veilederen. Det vises blant annet til det nye håndhevelsesdirektivet som skal implementeres i norsk rett.⁵ Videre må det forventes at forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, som belyst i EU-domstolens avgjørelse i *Lianakis*-saken, vil bli ytterligere presisert i kommende praksis.⁶

2 ANSKAFFELSEN – DEKNING AV OPPDRAGSGIVERS BEHOV

2.1 DEFINERING AV BEHOV

Før oppdragsgiver igangsetter en anskaffelse av konsulenttjenester må behovet defineres. Det må eksempelvis vurderes hvorvidt det er behov for ekspertkunnskap i en bestemt sak, om det trengs løpende bistand innen juss eller økonomi i en viss type saker i en periode, eller om det jevnlig vil være behov for rådgivning i ulike saker (rammeavtale vil da være særlig aktuelt).

2.2 FORHOLDET TIL TERSKELVERDIER OG REGLER OM OPPDELING AV OPPDRAG

Når oppdragsgiver har kommet frem til hvilke tjenester som skal anskaffes, må den anslåtte verdien av oppdraget vurderes opp mot anskaffelsesregelverkets terskelverdier. Anskaffelser med en anslått verdi under kr 500 000 eks. mva. kan følge enklere prosedyrer slik disse fremgår av forskriften del I, jf. FOA § 2-1, som nærmere redegjort for i punkt 3.1.1 nedenfor. Dersom den anslåtte verdi overstiger EØS-terskelverdiene⁷ angitt i FOA § 2-2 og tjenesten er prioritert må anskaffelsen følge

forskriften del I og del III. For kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger 500.000 kroner eks. mva., men ikke overstiger EØS-terskelverdiene, gjelder reglene i forskriften del I og del II, jf. FOA § 2-1 (2). Kontrakter som gjelder uprioriterte tjenester, jf. vedlegg 6, følger reglene i del I og II selv om den anslåtte verdi overstiger EØS-terskelverdiene.

FOA § 2-3 gir regler om beregning av anskaffelsens verdi. Av § 2-3 (1) fremgår at oppdragsgiver skal beregne anskaffelsens anslåtte verdi på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale eks. mva. ”for de kontrakter som utgjør anskaffelsen”.⁸

Ved anskaffelser av konsulenttjenester kan det legges til grunn at anskaffelsens verdi skal vurderes under ett i de tilfeller der det er avhengigheter mellom de ulike konsulenttjenestene og det er behov for koordinering konsulenttjenestene imellom.

I Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter ”KOFA”) sin avgjørelse i sak [2008/55](#) hadde innklagede departement inngått kontrakt med Konsulent A om konsulentbistand i forbindelse med energiomleggingspolitikken uten forutgående kunngjøring. I forkant hadde innklagede inngått kontrakt med Konsulent B om bistand i forbindelse med Regjeringens bioenergiestrategi. KOFA kom til at kontraktene ikke var en og samme anskaffelse bortsett fra en mindre del av Konsulent As bistand. Verdien av begge kontraktene som tilhørte samme anskaffelse oversteg ikke den nasjonale kunngjøringsgrensen, og det var dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i strid med regelverket.⁹

I tillegg til å vurdere hvilke anskaffelser som må vurderes samlet er det også viktig at *verdianslaget* er forsvarlig. Dette kan by på særlige utfordringer ved innkjøp av konsulenttjenester. KOFAs avgjørelse i sak [2008/81](#) og [2008/85](#) som gjaldt et departements anskaffelse av juridiske tjenester, viser at oppdragsgiver skal være forsiktig i tilfeller der anskaffelsens verdi er usikker. Avgjørelsen viser at oppdragsgiver bør kunne vise til en god begrunnelse for hvorfor anslaget var forsvarlig. KOFA uttaler at (premiss (31) og (32)):

”Av de innsendte fakturaene fra Selmer og BAHR viste det seg så at hvert av oppdragene totalt kostet om lag det dobbelte av det innklagede hadde estimert med. (Oppdraget til Selmer koster totalt kr 919 450 eks mva, mens oppdraget til BAHR totalt kostet [...] kr 634 256 eks mva.). Innklagede har ikke anført at oppdragene var overpriset. Det er istedenfor uttalt at de priser innklagede betalte må anses for å utgjøre markedsprisen for denne typen oppdrag, samt at det ikke er grunn til å tro at man kunne fått tjenestene rimeligere. Departementet har heller ikke redegjort nærmere for hvilke vurderinger som lå til grunn for de estimerte timeanslagene, eller hvorvidt det ble gjort en vurdering av hvor mange personer det var tenkelig at ville arbeide med oppdragene i hvert av advokatfirmaene. Ved kontraktinngåelsene med advokatfirmaene, ble det heller ikke gjort noen avtale vedrørende oppdragenes pris, eller for øvrig satt noen øvre rammer for oppdragenes omfang, utover at det ble fastsatt en leveringsfrist.

*Basert på dette er klagenemnda kommet til at departementets anslag over anskaffelsen omfang ikke kan anses forsvarlig. **I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at de beløp innklagede faktisk betalte må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien.** Dette vil si at det ved vurderingen av hva som vill vært et korrekt anslag må legges til grunn at anskaffelsen fra Selmer hadde en anslått verdi på kr 919 450 eks mva, mens det for anskaffelsen fra BAHR må legges til grunn en anslått verdi på kr 634 256 eks mva. Anslagene for begge anskaffelser var således for lavt. Da korrekt anslått verdi for begge anskaffelsene oversteg kr 500 000, skulle begge anskaffelser som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriftens del II.” (vår utheving)*

2.3 VARIGHET

2.3.1 Varighet ved enkeltanskaffelser

Ved enkeltvise anskaffelser av konsulenttjenester vil det sjelden være nødvendig at kontrakten har lang varighet. Det er gjerne tale om et *ad hoc* oppdrag på kort varsel som vil løpe over et begrenset tidsrom. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der man for eksempel anskaffer prosjektleder-kompetanse til et langvarig prosjekt. Forskriften oppstiller ikke noe eksplisitt forbud mot langvarige kontrakter ved enkeltanskaffelser, slik den gjør for rammeavtaler.

Av FOA § 2-3 (10) fremgår det at for ”kontrakter med usikker eller ubegrenset løpetid eller tidsbegrensede kontrakter med en løpetid på mer enn 48 måneder skal beregningsgrunnlaget være den månedlige rate multiplisert med 48”. Bestemmelsen bygger på en forutsetning om at oppdragsgiver kan inngå kontrakter med ubegrenset løpetid, og med en varighet på mer enn fire år.

I juridisk teori og KOFA-praksis¹⁰ har det imidlertid vært hevdet at anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper, og spesielt kravet til konkurranse, innebærer at svært langvarige eller omfattende kontrakter ved offentlige anskaffelser kan utgjøre brudd på LOA § 5. I denne sammenheng er det anført at en eventuell bruk av langvarige kontrakter må være nødvendig ut fra økonomiske eller tekniske forhold. Den generelle oppfatningen har derfor vært at langvarige kontraktsforhold kun aksepteres i unntakstilfeller.

På bakgrunn av EU-domstolens avgjørelse i *Pressetext*¹¹ er det imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om det er rettskildemessig dekning for nevnte oppfatning. En oppdragsgiver som mener det er nødvendig med en langvarig kontrakt bør uansett *protokollføre* begrunnelsen for dette slik at oppdragsgiver ved en eventuell klage kan dokumentere behovet for langvarighet og vise til at spørsmålet har vært grundig vurdert.

2.3.2 Varighet på rammeavtaler

Rammeavtaler kan som hovedregel ikke inngås for mer enn fire år, jf. FOA § 6-1 (4) og § 15-1 (4). Ofte vil en varighet på to år med opsjon på forlengelse med 1 + 1 år være å anbefale, slik at oppdragsgiver enklere kan si opp avtalen dersom behovene endrer seg. Hovedregelen om maksimal varighet på fire år kan fravikes i tilfeller der dette er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand, jf. FOA §§ 6-1 (4) og 15-1 (4).¹² De argumenter som kan begrunne rammeavtaler med varighet over fire år vil normalt være lite anvendelig for konsulenttjenester innen økonomiske og juridiske tjenester.

2.4 OMFANG - BRUK AV OPSJONER

Det kan være hensiktsmessig å innta opsjoner i kontrakten dersom omfanget av oppdragsgivers behov for konsulenttjenester er usikkert. Opsjonens maksimale verdi må regnes med når den anslåtte verdi av kontrakten skal beregnes, jf. Veileder FAD 2006 s. 47-48. En opsjon som skal kunne benyttes uten at det gjennomføres ny konkurranse, må være klar i forhold til hva den omfatter og hvilke vilkår som gjelder. Hvis ikke vil bruken av opsjonen kunne utgjøre en vesentlig endring av kontrakten. Se punkt 4.4 nedenfor om muligheten til å gjøre endringer i allerede inngåtte kontrakter.¹³

Rammeavtaler kan gi oppdragsgiver stor fleksibilitet. Denne fleksibiliteten må imidlertid ikke utnyttes av oppdragsgiver i strid med de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet, forutberegnelighet og konkurranse. Oppdragsgiver må ved opprettelse av rammeavtaler vurdere nøye om det ønskes én rammeavtale som for eksempel dekker det totale behovet for juridiske tjenester, eller om rammeavtalen skal deles opp for nærmere konkrete områder, noe som vil kunne forenkle utarbeidelsen av eksempelvis kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Rammeavtalens anvendelsesområde kan imidlertid ikke være for vagt angitt. Heller ikke presise, men svært vide angivelser kan benyttes.¹⁴

For rammeavtaler er det spesielt viktig at det fremgår klart av konkurransegrunnlaget når rammeavtalen skal benyttes. Hvilke typer anskaffelser som faller inn under rammeavtalens område og hvilke anskaffelser som faller utenfor må være avklart.

Dersom omfanget av en avtale ikke er tilstrekkelig presist angitt, kan dette være brudd på lovens grunnleggende prinsipper, bl.a. likebehandling og gjennomsiktighet.¹⁵

I vurderingen av hva som er det riktige omfanget for anskaffelsen, må det tas med i betraktning at det er lettere å lage en treffsikker konkurranse der omfanget avgrenses. Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier kan her skreddersys på en bedre måte enn for en samlet anskaffelse innen en rekke fagområder. På den annen side innebærer dette flere separate prosesser, noe som krever administrative ressurser.

2.5 BEHOV FOR HEMMELIGHOLD

I enkelte tilfeller vil det være ønskelig eller nødvendig at behovet for og tildeling av en kontrakt om konsulenttjenester holdes hemmelig. Normalt vil imidlertid plikten til kunngjøring være til hinder for dette.

Forskriften får i medhold av § 1-3 (2) a ikke anvendelse på ”kontrakter som enten kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123, eller som er erklært hemmelige, eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med lov 20. mars 1998 nr. 10 (sikkerhetsloven) eller beskyttelsesinstruksjonen av 17. mars 1972 nr. 3352, eller når det kreves av vesentlige sikkerhetsinteresser”.¹⁶

Unntaket for kontrakter ”som er erklært hemmelige”, jf. FOA § 1-3 (2) a, er lite behandlet i teori og praksis.¹⁷ Ut fra en fortolkning av ordlyden kan det i norsk rett synes som om det er lagt til grunn at det kun er hemmelighold i samsvar med sikkerhetsloven og beskyttelsesinstruksjonen som oppfyller vilkårene. Beskyttelsesinstruksjonen § 4 kommer til anvendelse for informasjon som vil kunne forårsake skade eller betydelig skade for offentlige interesser, en bedrift, institusjon eller enkeltperson dersom det ble kjent for uvedkommende. Anskaffelser som hemmeligholdes som en følge av sikkerhetsinteresser eller forsvarsinteresser omtales ikke videre i det følgende.

Spørsmålet er om oppdragsgiver kan holde en anskaffelse hemmelig også i andre situasjoner enn av sikkerhetsmessige årsaker, for eksempel av kommersielle årsaker.^{18 19}

Arrowsmith foreslår at kontrakter som inngås i forbindelse med at en oppdragsgiver skal utvikle et nytt produkt, og som må holdes hemmelig for konkurrentene, bør kunne unntas i medhold av den tilsvarende bestemmelsen i England (som bygger på direktiv 2004/18 artikkel 14).²⁰ Den danske veilederen viser på sin side til et eksempel der en offentlig oppdragsgiver planlegger et større oppkjøp av en annen virksomhet.²¹ Rådgivningsoppdraget i denne forbindelse vil, ifølge Konkurrencestyrelsen i Danmark, kunne unntas fra kunngjøringsplikten.

Dersom unntaket for kontrakter som er erklært hemmelige ikke kan anvendes, kan anskaffelsen som sådan ikke holdes hemmelig. En annen ting er at et konsulentoppdrag som oppfyller vilkårene for direkte anskaffelse ikke må offentliggjøres i form av kunngjøring eller lignende.²² Dersom oppdragsgiver har en rammeavtale med én leverandør, vil oppdragsgiver også kunne foreta direkte avrop på denne uten at dette må offentliggjøres særskilt. Hvis noen ber om innsyn i korrespondanse i forhold til disse typer oppdrag, gjelder imidlertid offentleglovas regler.²³ I slike tilfeller kan det vurderes om unntaket for dokumenter som gjelder det offentliges forretningsdrift, jf. offentleglova § 15 (2), eller unntaket for forretningshemmeligheter, jf. offentleglova § 13, kan anvendes. Offentleglova blir nærmere omtalt under punkt 3.13.

2.6 ER DET HENSIKTMESSIG Å VELGE RAMMEAVTALE?

Behovet for konsulent tjenester oppstår ofte på kort varsel. Det vil derfor ofte være hensiktsmessig at det på tidspunktet hvor et behov oppstår allerede foreligger en eller flere inngåtte rammeavtaler, slik at oppdragsgiver enkelt kan foreta avrop og skaffe tjenesten umiddelbart eller ved minikonkurranse. Behovet for ekstern rådgivning i departementene oppstår erfaringsmessig såpass ofte at det kan være praktisk å benytte rammeavtaler. Uavhengig av om det foreligger rammeavtaler, vil det i tillegg kunne oppstå behov for å utlyse enkeltvis oppdrag som ikke dekkes av rammeavtalen.

En rammeavtale vil sikre oppdragsgiver rask tilgang til konsulentressurser, både ved rammeavtale med én leverandør og med flere leverandører parallelt. Fordelen med parallelle rammeavtaler er at oppdragsgiver blir mindre sårbar om en leverandør ikke kan levere ved behov, for eksempel hvis hovedleverandøren får en interessekonflikt. Videre vil oppdragsgiver ved parallelle rammeavtaler ha mulighet til å velge den leverandøren som *på det aktuelle tidspunktet* best dekker kravene til leveransen. Fordelene ved bruk av parallelle rammeavtaler må vurderes opp mot de ekstra ressurser som går med til å inngå og administrere slike avtaler.

Oppdragsgiver kan i hovedsak velge mellom tre typer rammeavtaler, jf. forskriften kapittel 6 og 15.

- En rammeavtale med en enkelt leverandør
- En rammeavtale med flere leverandører om den samme ytelsen, der alle *vilkårene for tildeling av kontrakt innenfor rammeavtalen er fastlagt* i rammeavtalen
- En rammeavtale med flere leverandører om den samme ytelsen, der vilkårene for tildeling av kontrakt innenfor rammeavtalen *ikke* er fastlagt i rammeavtalen.

Forutsetningen for at rammeavtaler kan sies å være *parallelle* er at tjenestene det inngås avtale om kan være substitutt for hverandre. I tillegg må avtalevilkårene være like. Over EØS-terskelverdiene må parallelle rammeavtaler inngås med minst tre leverandører, jf. FOA § 15-3 (1), forutsatt at det er så mange egnede leverandører og tilbud med i konkurransen.²⁴ Under EØS-terskelverdiene, jf. FOA § 6-3, er det ikke stilt tilsvarende krav til antallet. Det grunnleggende kravet til konkurranse vil uansett gjelde.

Ved inngåelse av rammeavtale følger man den anskaffelsesprosedyren som gjelder for vanlige anskaffelser. Kontrakt tildeles under rammeavtalen ved avrop, eventuelt etter minikonkurranse.

Om oppdragsgiver er forpliktet til å benytte rammeavtalen for visse anskaffelser, beror på en fortolkning av den aktuelle rammeavtalen. Om det skal gjelde kjøpsplikt, og i så fall i hvilke tilfeller (positiv og negativ avgrensning), bør avklares allerede i konkurransegrunnlaget.

Se punkt 3.14 nedenfor om den konkrete *bruken* av parallelle rammeavtaler.

2.7 HABILITET – RÅDGIVERHABILITET

Det er ikke uvanlig at det oppstår spørsmål knyttet til habilitet i forbindelse med konsulentavtaler.²⁵

FOA § 3-7 henviser til forvaltningslovens alminnelige habilitetsregler, og disse kommer til anvendelse så langt de passer for anskaffelser som reguleres av forskriften. Lovavdelingen redegjør for de relevante utgangspunktene for habilitet i anskaffelsessaker i en uttalelse av 2. juli 2008:²⁶

”Det skal lite til før det oppstår mistanke om at posisjoner i anskaffelsessaker utnyttes til egen fordel. Det er derfor alminnelig antatt at det i slike saker er grunn til en noe strengere praktisering av forvaltningslovens habilitetsregler enn ellers, jf. blant annet Høyesteretts dom Rt-1998-1398 Torghatten, Arvid Frihagen Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) side 273 og Hans Petter Graver Alminnelig forvaltningsrett (3. utgave 2007) side 347. En

slik strengere praktisering understøttes også av de krav til likebehandling som oppstilles i anskaffelsesretten. Jo større omfanget og betydningen av anskaffelsen er, desto mer sentralt blir hensynet til en troverdig, åpen og forsvarlig anskaffelsesprosess. Det er videre naturlig å praktisere habilitetsreglene strengere når det gjelder vurderingen av innkomne tilbud, enn i planleggings- og spesifiseringsfasen.

På den annen side er det viktig at habilitetsreglene ikke praktiseres så strengt at det offentlige i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra markedsaktører. Det offentlige vil i mange tilfeller ha et legitimt behov for slik bistand, bl.a. for å konkretisere sitt behov og finne de beste tilgjengelige løsningene og derved oppnå en mest mulig effektiv utnyttelse av det offentliges midler. Ut fra samfunnsøkonomiske og kommersielle hensyn må det derfor også være en viss adgang til å ta kontakt med ulike markedsaktører for å få bistand til kartlegging av behov og utforming av konkurransegrunnlag”.

Når det gjelder kollegiale forhold fører disse som utgangspunkt ikke til inhabilitet. Som det fremgår av Lovavdelingens uttalelse skal det mye til før et forhold mellom en kunde og leverandør under en tidligere kontrakt medfører inhabilitet.

I tillegg til forvaltningslovens habilitetsbestemmelser, oppstilles en særegen habilitetsregel i FOA § 3-8 (rådgiverhabilitet). Bestemmelsen regulerer bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner. Oppdragsgiver skal ikke benytte rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjonene dersom de kan ha en økonomisk interesse i anskaffelsen, hvis dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurransen.²⁷

En vanlig situasjon er at en konsulentavtale utløper selv om oppdragsgiver vil fortsette å ha et behov for tilsvarende tjenester i fremtiden. Dermed må oppdragsgiver normalt gjennomføre ny konkurranse.²⁸ I denne situasjonen er det viktig at reglene om rådgiverhabilitet ikke praktiseres for strengt.²⁹ Det er ikke slik at en som har vært konsulent i et prosjekt normalt må utelukkes fra konkurransen dersom kontrakten må konkurransen utsettes igjen. For streng praktisering av reglene om rådgiverhabilitet vil kunne føre til at den beste leverandøren holdes utenfor konkurransen uten at det er noen konkurransemessig grunn for dette. En for streng praktisering av reglene kan dermed være i strid med anskaffelsesreglens krav til likebehandling, noe som kan gi grunnlag for klage fra den aktuelle leverandøren.

2.8 SÆRLIG OM ANSKAFFELSER AV JURIDISKE TJENESTER

Juridiske tjenester er uprioriterte tjenester, jf. FOA § 2-1 (5) jf. vedlegg 6. Det innebærer at oppdragsgiver ved anskaffelse av juridiske tjenester alltid kan følge forskriften del I og del II uavhengig av om verdien overstiger forskriftens EØS-terskelverdier (§ 2-2).³⁰ Dersom anskaffelsens anslåtte verdi er under kr 500 000 eks. mva. kan oppdragsgiver følge reglene i forskriften del I, jf. FOA § 2-1 (1), sml. § 2-1 (2).

2.9 SÆRLIG OM ANSKAFFELSE AV ØKONOMISKE TJENESTER

For økonomiske tjenester må det vurderes konkret hvorvidt den økonomiske konsulenttjenesten som anskaffes er en prioritert eller uprioritert tjeneste. Finansielle tjenester og tjenester som innebærer regnskap, revisjon og bokføring er eksempelvis prioriterte tjenester, jf. forskriften vedlegg 5. Merk imidlertid FOA § 1-3 (2) e som unntar noen finansielle tjenester fra forskriften.

Dersom den økonomiske tjenesten som anskaffes er en prioritert tjeneste skal anskaffelsesprosessen følge del III hvis verdien overstiger EØS-terskelverdiene, jf. FOA § 2-2). For kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger kr. 500 000 eks. mva., men ikke overstiger EØS-terskelverdiene angitt i § 2-2, gjelder reglene i forskriften del I og del II. Det samme gjelder for uprioriterte tjenester, jf. forrige punkt. Dersom anskaffelsens anslåtte verdi er under kr 500 000 eks. mva. kan oppdragsgiver følge reglene i forskriften del I, jf. FOA § 2-1 (1), sml. § 2-1 (2).

3 KONKURRANSEGENNOMFØRING

3.1 PROSEDYREVALG³¹

3.1.1 Anskaffelser etter forskriften del I

Når anskaffelsens verdi er anslått til å være under kr 500.000 eks. mva. i henhold til kapittel 2.2 ovenfor, eller vilkårene i FOA § 2-1 (2) er oppfylt, kan oppdragsgiver gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del I. Dette innebærer at det verken er krav til kunngjøring, eller krav om å følge de mer detaljerte prosedyrene som følger av forskriften del II og III.

EU-domstolen³² har i sine avgjørelser lagt til grunn at visse grunnleggende prinsipper som utledes fra EU-traktaten, også skal gjelde for anskaffelser som faller utenfor direktivenes virkeområde. Disse prinsippene tilsvarer i hovedsak prinsippene som er nedfelt i LOA § 5 og FOA § 3-1. EU-domstolens fortolkning av disse grunnleggende prinsippene vil derfor være et tungtveiende moment også for rettsstilstanden i Norge.

Kommisjonen har i sin fortolkningsuttalelse om den *"fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne"*³³ redegjort for hvordan oppdragsgiver best kan overholde de grunnleggende prinsippene for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Kommisjonen presiserer blant annet at oppfyllelse av de grunnleggende kravene i regelverket kan innebære en plikt til *offentliggjøring*.³⁴ Dette for å overholde kravene til ikke-diskriminering og konkurranse. Offentliggjøring er her noe annet enn forskriftens detaljerte regler om *kunngjøring*, men det er klart at kunngjøring oppfyller eventuelle krav til offentliggjøring. Kommisjonen foreslår offentliggjøring via hjemmeside eller regionale eller lokale media som måter å offentliggjøre slike kontrakter på. Det følger av Kommisjonens veiledning at prinsippene ikke vil gjelde for anskaffelser der spesielle omstendigheter, for eksempel at anskaffelsens verdi er meget lav, gjør at anskaffelsen ikke vil være av interesse for leverandører i andre medlemsstater.

Det er uavklart om et slikt krav til offentliggjøring også vil gjelde for anskaffelser med en anslått verdi på under kr 500 000, jf. FADs veileder 2006 punkt 14.2.³⁵ Oppdragsgiver oppfordres likevel til å benytte forenklet kunngjøring i disse anskaffelsene. Forenklet kunngjøring omtales nærmere under punkt 3.2.2.

I tillegg er det viktig å legge merke til at det for alle anskaffelser over kr 100 000 skal innhentes mva- og skatteattest, herunder HMS-egenerklæring, jf. FOA §§ 3-3 og 3-4. Protokollplikten inntreffer også når anskaffelsens verdi overstiger kr 100 000, jf. § 3-2.

Dersom oppdragsgiver ønsker å sikre at relevante leverandører får med seg offentliggjøringen eller kunngjøringen, kan oppdragsgiver varsle leverandørene om kunngjøringen/offentliggjøringen når den er offentliggjort. Dette gjelder også for anskaffelser som følger prosedyrene omtalt nedenfor. Dette er særlig aktuelt der det settes korte frister.

3.1.2 Åpen/begrenset anbudskonkurranse

Over EØS-terskelverdiene er hovedregelen at det skal benyttes anbudskonkurranse (åpen eller begrenset), jf. FOA § 14-1 (1). For anskaffelser som følger forskriften del II kan oppdragsgiver fritt velge mellom anbudskonkurranse (åpen eller begrenset) eller prosedyren konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring (se nedenfor).

Av FOA §§ 12-1 og 21-1 følger at det ved anbudskonkurranser gjelder et forhandlingsforbud. Det stilles derfor store krav til oppdragsgivers utforming av konkurransegrunnlaget. Ved

anbudskonkurranse er det viktig å sikre at en mottar tilstrekkelig informasjon til å kunne vurdere tilbudet opp mot tildelingskriteriene uten å måtte gå i dialog med tilbyder.

Ved en åpen anbudskonkurranse skal konkurransegrunnlaget utleveres til alle leverandører som inngir forespørsel om å delta. Dersom det gis ”*fri, direkte og full elektronisk adgang til konkurransegrunnlaget og ethvert supplerende dokument*”, kan oppdragsgiver sette en kortere tilbudsfrist enn det som ellers følger av forskriften, jf. pkt 3.2.3 nedenfor. Dette ivaretas enkelt ved tilgjengeliggjøring gjennom Doffin. Dersom det velges begrenset anbudskonkurranse gis konkurransegrunnlaget kun til de tilbyderne som står igjen etter kvalifisering og utvelgelse.

3.1.3 Konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring

Ved konkurranse med forhandling er det i motsetning til anbudskonkurranse tillatt å forhandle om alle sider ved tilbudet. Dette innebærer at konkurranse med forhandling er en svært fleksibel prosedyre, selv om den kan være ressurskrevende og vanskelig å gjennomføre i praksis. Regler som gjelder for gjennomføringen av konkurranse med forhandling er gitt i FOA §§ 11-8 og 20-11.

Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan kun unntaksvis benyttes for anskaffelser som følger forskriften del III, jf. FOA § 14-3. For anskaffelser som følger forskriften del II kan prosedyren velges fritt, jf. § 5-1.

3.1.4 Unntakshjemler for direkte anskaffelser

Med direkte anskaffelser menes i denne sammenheng anskaffelser der kun én leverandør kontaktes. Her gjennomgås kun de to mest relevante hjemlene for direkte anskaffelse av denne type konsulenttjenester.

(a) Hastesituasjoner³⁶

For anskaffelser under EØS-terskelverdiene følger det av FOA § 2-1 (2) c at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten forutgående kunngjøring dersom ”*anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse*”.

Bestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Det må foreligge uforutsette omstendigheter, anskaffelsen må ikke kunne utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse, og det må foreligge årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og anskaffelsesbehovet.

Unntaket tolkes snevert og det er oppdragsgiver som må kunne bevise at vilkårene er oppfylt. KOFA har godtatt at vilkårene har vært oppfylt i en sak som omhandlet kjøp av juridiske tjenester.³⁷

Over EØS-terskelverdiene følger det av FOA § 14-4 d at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ”*dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift*”. Også dette unntaket må fortolkes snevert.³⁸

(b) Én leverandør i markedet

Konsulenttjenester, særlig økonomiske og juridiske, er ofte nært knyttet til personen som skal utføre oppdraget og det anføres ikke sjelden fra oppdragsgiversiden at det kun finnes én aktuell person som har kompetansen og som kan utføre oppdraget i markedet. På denne måten hevdes det at det er unødvendig å avholde konkurranse.

Når det kun finnes én leverandør i markedet kan oppdragsgiveren gå rett i forhandlinger med denne, jf. FOA § 14-4 c og § 2-1 (2) a. Unntaket er utformet noe forskjellig for anskaffelser henholdsvis over og under EØS-terskelverdiene.

Unntaket er ikke spesielt anvendelig for konsulenttjenester innen økonomisk og juridisk rådgivning. For det første vil det være vanskelig å konstatere at det kun finnes én leverandør med kompetansen i hele EØS-området, inkludert det norske markedet. Det er i tillegg oppdragsgiver som har bevisbyrden for at dette objektivt sett er tilfellet. Det er ikke tilstrekkelig å bevise at én leverandør kan levere ytelsen mer effektivt enn andre eller å bruke argumenter som at leverandøren på grunn av sin sjeldne erfaring ikke vil måtte trenge innføring i de relevante problemstillinger.

Et illustrerende eksempel er KOFA [2008/55](#) nevnt ovenfor, der det kun ble kontaktet én konsulent. Klager anførte at selv om verdien skulle vise seg å være under den nasjonale terskelverdien (kr. 500 000,-) så var kravet til konkurranse brutt ved at det kun var kontaktet én leverandør. Innklagede hevdet på sin side at konsulenten var eneste leverandør i markedet og påberopte seg unntaket i FOA § 2-1 (2) a. Av formelle årsaker trengte ikke KOFA ta stilling til problemstillingen. KOFA uttaler likevel innledningsvis:

”Klagenemnda behandler derfor ikke disse anførselene, men bemerker at kravet til konkurranse i lovens § 5 og forskriftens § 3-1 innebærer at det i anskaffelser under nasjonal terskelverdi må kontaktes mer enn én leverandør.”

For konsulenttjenester innen økonomisk og juridisk rådgivning anbefales det at unntaket anvendes med stor varsomhet.³⁹

3.2 KUNNGJØRING

3.2.1 Over nasjonal terskelverdi/EØS-terskelverdiene

Anskaffelser over den nasjonale terskelverdien skal kunngjøres i Doffin.⁴⁰ Anskaffelser over EØS-terskelverdiene og som gjelder prioriterte tjenester må i tillegg kunngjøres i TED-databasen.⁴¹ Kunngjørings skjema sendes via Doffin som sørger for oversettelse til engelsk, samt kunngjøring i TED.

Kunngjøringen må gi tilstrekkelig informasjon til at potensielle leverandører får kunnskap om anskaffelsen, og kan vurdere om det er interessant for dem å delta i konkurransen. Kravene til kunngjøringens innhold følger av forskriften kapittel 9 og 18, samt relevante kunngjørings-skjemaer, jf. §§ 9-1 og 18-1.

3.2.2 Forenklet kunngjøring

Selv om det ikke foreligger noen plikt til å kunngjøre en anskaffelse under den nasjonale terskelverdien, ønsker Difi å oppfordre oppdragsgivere til å benytte forenklet kunngjøring for slike anskaffelser.⁴² Dette for å sikre mest mulig konkurranse og åpne det offentlige markedet for småbedrifter og nystartede firma. Det er nå mulig å foreta forenklet kunngjøring via Doffin.⁴³

3.2.3 Minimumsfrister

Hvilke minimumsfrister som gjelder i anskaffelsesprosessen avhenger av hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes. I FADs veileder 2006 s. 141 kan man finne en oversikt over de frister som skal gis tilbydere for inngivelse av tilbud, jf. blant annet FOA §§ 10-1 og 19-2. Merk at tilbudsfristen kan forkortes med fem dager dersom det fra tidspunktet for kunngjøringen gis fri, direkte og full elektronisk adgang til konkurransegrunnlaget og ethvert supplerende dokument, jf. for eksempel § 19-2 (5). Dette er den normale situasjonen og kan ivaretas ved tilgjengeliggjøring gjennom Doffin.

Det følger av FOA § 19-5 (1)⁴⁴ at dersom det ” i hastetilfeller er umulig å anvende fristene i § 19-2 (minimumsfrister ved begrenset anbudskonkurranse) og § 19-4 (minimumsfrister ved konkurranse med forhandling), kan oppdragsgiver fastsette følgende frister:

- a) minst 10 dager for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen eller forhandlingene regnet fra den dag kunngjøringen ble sendt, eller
- b) minst 10 dager for mottak av tilbud regnet fra den dag invitasjonen til å gi tilbud ble sendt.”

I brev av 16. januar 2009 redegjør FAD for muligheten for bruk av prosedyren på grunn av finanskrisen.⁴⁵

3.3 KONKURRANSEGRUNNLAG

Når oppdragsgiver har definert sitt behov for konsulenttenester, må konkurransegrunnlag utformes. Konkurransegrunnlaget setter premissene for en vellykket konkurransegjennomføring og er avgjørende for at konsulenttjenesten som til slutt kjøpes inn dekker behovet til oppdragsgiver på en kostnadseffektiv måte.

Forskriften oppstiller en rekke krav til konkurransegrunnlaget avhengig av hvilken prosedyre som følges. Ved anskaffelser som følger reglene i del II, trenger ikke oppdragsgiver å utarbeide et eget konkurransegrunnlag hvis kunngjøringen beskriver vilkårene for konkurransen på en tilstrekkelig utfyllende måte. I motsatt fall skal konkurransegrunnlag utarbeides, jf. FOA § 8-1. For prosedyrer som følger forskriftens del III skal konkurransegrunnlag alltid utarbeides, jf. FOA § 17-1. For å sikre kravene til foruberegnelighet og gjennomsiktighet må oppdragsgiver beskrive tydelig i konkurransegrunnlaget hvilke bestemmelser som gjelder for konkurransen. Uklarheter i konkurransegrunnlaget kan føre til misforståelser på leverandørsiden og igjen føre til at tilbud må avvises på grunn av feil eller avvik. Slik avvising gir i sin tur risiko for klage og krav om at konkurransen må avlyses og gjennomføres på nytt.

FOA §§ 8-1 og 17-1 oppstiller krav til innholdet i konkurransegrunnlaget. I tillegg til de elementer som alltid må hensyntas, er følgende punkter ofte av praktisk relevans for konkurransegrunnlag når det gjelder anskaffelse av konsulenttenester:

- Hensynta skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier når disse utarbeides, herunder ved utarbeidelsen av dokumentasjonskravene, jf. punktene 3.4, 3.5 og 3.7 (*Lianakis*).
- Avklar om det stilles krav om at leverandørgrupper etablerer en bestemt foretaksform etter at kontrakt er tildelt, jf. særlig FOA § 17-7 (1).
- Dersom det finnes en leverandør som har hatt kontrakten frem til den konkurransen utsettes, er det spesielt viktig å gi tilstrekkelig informasjon slik at den nåværende leverandøren ikke får en urettmessig fordel. Enhver forskjell i leverandørens kunnskap om anskaffelsen kreves ikke utlignet, men oppdragsgiver er forpliktet til å utjevne forskjeller der dette er teknisk, administrativt og økonomisk enkelt å gjøre⁴⁶. Det bør også opplyses om hvilken leverandør som benyttes i dag. Se punkt 2.7.

Maler for konkurransegrunnlag finnes på <http://www.anskaffelser.no>.

3.4 OM FORHOLDET MELLOM KVALIFIKASJONSKRAV OG TILDELINGSKRITERIER

Et forhold som skaper store utfordringer i konkurranser om anskaffelse av konsulenttenester er forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

FOA § 20-1⁴⁷ slår fast at ”Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 17-4 (kvalifikasjonskrav) [...], skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)”. Tilsvarende følger av FOA § 11-1.

Forskriften skiller altså mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. I EU-domstolens avgjørelse i *Lianakis*⁴⁸ presiserte domstolen betydningen av dette skillet (premissene 31 og 32):

” I hovedsagen vedrører de kriterier, der er fastsat af den ordregivende myndighed som »kriterier for tildeling af ordren«, imidlertid principielt den erfaring, de kvalifikationer og de midler, der kan sikre en tilfredsstillende gennemførelse af den omhandlede kontrakt. Det drejer sig om kriterier, der vedrører tilbudsgivernes evne til at gennemføre denne kontrakt, og som derfor ikke kan kvalificeres som »kriterier for tildeling af ordren« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50.

Det skal følgelig konstateres, at artikel 23, stk. 1, artikel 32 og artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50 [det tidligere tjenstedirektivet] er til hinder for, at den ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure tager tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evne til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid i betragtning, ikke som »kriterier for kvalitativ udvælgelse«, men som »kriterier for tildeling af ordren«”(våre understrekinger).

Dommen synes å forby at de nevnte kriterier (for eksempel erfaring og gjennomføringsevne) i det hele tatt benyttes som tildelingskriterier. *Lianakis* bryter med praktiseringen av EUs anskaffelsesdirektiver i en rekke land,⁴⁹ herunder KOFA-praksis⁵⁰.

Avgjørelsen har skapt en uklar situasjon. I flere land har man i praksis valgt å fortolke EU-domstolens uttalelser innskrenkende, slik at *Lianakis* mer eller mindre likevel stemmer overens med den praksis som var tidligere.⁵¹ Dette er ikke uproblematisk. I EU-domstolens avgjørelse i sak C-199/07 (*Kommisjonen mot Hellas*) gjentar domstolen en rekke av de generelle betraktninger den gjorde i *Lianakis*.

Å operere med et klart skille mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er særlig utfordrende ved anskaffelser av konsulenttjenester. Konsulentens erfaring og kompetanse vil kunne være av betydning for at konsulenten er *kvalifisert* for oppdraget, og vil også kunne ha betydning for forventet *kvalitet* på den tilbudte tjenesteytelse.

KOFA har vurdert *Lianakis* i en rekke saker. KOFA har gjennom disse avgjørelsene åpnet for vurdering av erfaring og kompetanse også i tildelingsfasen, forutsatt at:

- forholdene som vurderes sier noe om *grad av kvalitet på ytelsen* og at kravspesifikasjonen varsler en slik vurdering av kvalitet, samt at
- samme vurdering ikke gjøres to ganger. Også dette må fremgå av konkurransegrunnlaget.⁵²

I KOFA [2009/132](#) oppsummeres praksis slik i premiss 39:

”Klagenemnda har lagt til grunn at ”*Lianakis*”-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet, og dette kan ha betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf. klagenemndas sak 2008/120 premiss (56)-(57). Klagenemnda har likevel samtidig lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. sak 2008/120 premiss (41).”

Rettsstillingen på dette området kan ikke anses for å være endelig avklart. Norske oppdragsgivere bør i det minste holde seg innenfor den forståelse KOFA har av *Lianakis*. Det anføres fra flere hold at *Lianakis* ikke kan forstås strengt etter sin ordlyd.⁵³ En slik streng forståelse av avgjørelsen vil også kunne være uhensiktsmessig i forhold til å få vurdert de sidene av tilbudet som i en intellektuell leveranse er de sentrale for kvaliteten. Det kan anføres som moment for at intellektuelle tjenester må behandles særskilt i forhold til *Lianakis* at forskriften på andre områder allerede aksepterer at det er særlige hensyn ved slike tjenester, jf. særlig FOA § 14-3 (1) c.

Til tross for dette er det likevel usikkert om KOFA-praksis innebærer et tydelig nok skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier dersom spørsmålet skulle bli satt på spissen i en retts sak. For å søke å sikre trygg overholdelse av reglene på dette punkt, bør oppdragsgiver unngå å bruke de samme eller lignende kriterier som er behandlet i *Lianakis* som tildelingskriterier (for eksempel erfaring og gjennomføringsevne).

Det vil bli redegjort nærmere for hvordan kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier konkret bør utformes, jf. punkt 3.5 og 3.7 nedenfor. For konkrete eksempler på hvordan kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier kan utformes, vises det dessuten til vedlegg til denne veilederen.

3.5 KVALIFIKASJONSKRAV

3.5.1 Generelt

Kvalifikasjonskravene er minimumskrav som skal sikre at *tilbyder* er *egnet til å oppfylle* forpliktelsene (oppfyllelsesevne), jf. FOA §§ 8-4 og 17-4. Kravene må stå i forhold til den ytelse som skal leveres, jf. §§ 8-4 (2) og 17-4 (2).

Ved innkjøp av konsulenttjenester innen økonomiske og juridiske tjenester vil dette i tillegg til de obligatoriske kravene om skatteattest og HMS-egenerklæring typisk være krav til bemanning/kapasitet, kompetanse/erfaring, økonomisk soliditet mv. I vedlegg til denne veilederen er det tatt inn eksempler på sett med kvalifikasjonskrav som kan benyttes ved anskaffelse av denne type konsulenttjenester.

3.5.2 Dokumentasjonskrav

Tilbyders oppfyllelse av de kvalifikasjonskravene som oppstilles skal kunne etterprøves av oppdragsgiver. Hvilke dokumentasjonskrav som kan stilles for faglige kvalifikasjoner følger av FOA § 17-9 og er i utgangspunktet uttømmende for anskaffelser som følger forskriften del III. I forskriften del II er det ikke angitt noe om hvilke dokumentasjonskrav som kan benyttes.

Det hender at tilbyderne ikke sender med den dokumentasjon oppdragsgiver har bedt om eller at dokumentasjonen ikke er utarbeidet slik foreskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette betyr imidlertid ikke at tilbydereren automatisk skal avvises. I en slik situasjon kan oppdragsgiver vurdere hvorvidt det på bakgrunn av den dokumentasjon som foreligger etter en saklig og forsvarlig vurdering, kan konstateres at tilbydereren oppfylder kvalifikasjonskravene. Dette er lagt til grunn i blant annet KOFA's saker [2008/15](#), [2003/57](#) og [2003/176](#). Det siteres fra premiss 21 i sistnevnte avgjørelse:

”... At en leverandør har unnlatt å gi opplysninger eller dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene er oppfylt, gir adgang til avvising ("kan"), men ingen plikt, jf. § 15-12 (2) bokstav g) og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/57. Oppdragsgiver plikter imidlertid i så fall å foreta en saklig og forsvarlig vurdering av om leverandøren har den nødvendige kompetansen, jf. klagenemndas avgjørelser i sak 2003/57 og 2003/218.”

Oppdragsgiver har imidlertid alltid muligheten til å avvise en tilbyder som ikke oppfylder dokumentasjonskravene, jf. FOA §§ 11-10 (2) g og 20-12 (2) g. Merk at det kan gis tilleggsfrist for ettersending av enkelte typer dokumentasjon, jf. FOA §§ 12-3 og 21-3.

Se også i punkt 3.7.2 nedenfor om dokumentasjonskrav i tildelingsfasen.

3.6 AVVISNING

Oppdragsgiver kan, og er i noen tilfeller forpliktet til å avvise leverandører på grunn av forhold ved leverandøren eller tilbudet. Avvisningsgrunnene følger av FOA §§ 11-10 – 11-12 og §§ 20-12 – 20-14. Det skal tas stilling til eventuell avvisning snarest mulig jf. § 11-13 (1) og § 20-15 (1).

3.7 TILDELINGSKRITERIER

3.7.1 Generelt

Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er *det økonomisk mest fordelaktige*, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den *laveste prisen*, jf. FOA § 13-2 (1) og § 22-2 (1).

Ved anskaffelse av konsulenttenester er det uvanlig med rene priskonkurranser. I forhold til den problematikken som er satt på spissen av EU-domstolen i *Lianakis* (jf. ovenfor), innebærer imidlertid rene priskonkurranser en fordel. I disse konkurransene vil det ikke skje noen sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Det kan ikke utelukkes at rene priskonkurranser i noen situasjoner kan være hensiktsmessige, selv ved anskaffelse av konsulenttenester. Dette forutsetter imidlertid at oppdragsgiver har vært nøye med å oppstille tilstrekkelig strenge kvalifikasjonskrav.

Det vanligste er likevel at *det økonomisk mest fordelaktige* tilbudet velges. Også i en slik konkurranse vil det å bruke strengere kvalifikasjonskrav kunne åpne for bruk av andre tildelingskriterier enn det som hittil har vært vanlig. I denne forbindelse følger det av FOA §§ 13-2 (2) og 22-2 (2) at tildelingskriteriene for det første må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. I tillegg skal tildelingskriteriene være klart og objektivt utformet slik at aktuelle tilbydere forstår hva oppdragsgiver vil legge vekt på.⁵⁴

Ved anskaffelser av konsulenttenester innen økonomisk og juridisk rådgivning vil typiske tildelingskriterier kunne være kvalitet, pris, leveringstid eller service. I vedlegg til denne veilederen er det gitt eksempler på tildelingskriterier for anskaffelse av økonomiske eller juridiske tenester.

På www.anskaffelser.no finner man også en plukkliste for tildelingskriterier inkludert dokumentasjonskrav. Vi viser også til det som er sagt ovenfor under punkt 3.4 om skillet mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier.

3.7.2 Dokumentasjonskrav

Utgangspunkter for hva som kan kreves som dokumentasjon i *kvalifikasjonsrunden* er angitt i punkt 3.5.2 ovenfor. EU-domstolen har uttrykt at oppdragsgiver kun kan bruke tildelingskriterier med dokumentasjonskrav som gjør at informasjonen som evalueres kan etterprøves. Det siteres fra *Wienstrom-saken*⁵⁵ premiss 52:

”Det må herefter konstateres, at et tildelingskriterium, hvortil der ikke er knyttet krav, der gør det mulig at foretage en effektiv kontroll med nøjaktigheden af de oplysninger, der er fremlagt af de bydende, er i strid med fællesskabsretlige principper, der gælder for offentlige kontrakte.”

Som vist er det viktig å skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Dette skillet må imidlertid ikke bare gjøres i forhold til oppstillingen av de ulike kriteriene. Skillet bør være konsekvent gjennomført i hele konkurransen, det vil si i forhold til:

- kravenes og kriterienes utforming
- relaterte dokumentasjonskrav
- vurderingen av krav/kriterier opp mot dokumentasjon

KOFAs avgjørelse i sak [2009/86](#) er illustrerende her. I saken hadde oppdragsgiver oppstilt kvalifikasjonskravet "Faglig kapasitet og kompetanse". Tildelingskriteriene var oppgitt til å være:

1. Pris
2. Referanser fra tilsvarende byggelederoppdrag. Her vektlegges kvalitet på utførelse av byggeledelsen (som innhentes hos referanse), ikke kvantitet
3. Faglig kompetanse til byggeledelse"

KOFA uttaler at:

"(24) Det var ikke uttalt noe ytterligere om hva som ville være vurderingstemaet ved evalueringen av tildelingskriteriene, herunder kriteriet om "Faglig kompetanse til byggeledelse". Videre var det heller ikke angitt hvilken dokumentasjon innklagede ville benytte ved tildelingsevalueringen, hvilket i foreliggende tilfelle tilsier at innklagede ville benytte den samme dokumentasjonen ved evalueringen av tildelingskriteriet og kvalifikasjonskravet.

(25) Etter dette er klagenemnda kommet til at det ikke er klart at den vurderingen som innklagede skulle foreta av tildelingskriteriet "Faglig kompetanse til byggeledelse" ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, den vurderingen som innklagede skulle foreta av leverandørenes kvalifikasjoner under kvalifikasjonskravet knyttet til "Faglig kapasitet og kompetanse". Tildelingskriteriet "Faglig kompetanse til byggeledelse" må derfor anses ulovlig, jf. forskriftens § 11-1.

(26) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas saker 2009/181, 2009/19, 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88" (vår understrekning).

Dette illustrerer betydningen av å bruke forskjellig dokumentasjon i henholdsvis kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen. Dette for lettere å kunne bevise at samme forhold ikke vurderes i både kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Vi har i vedlegg til veilederen tatt inn eksempler på kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som skiller klart mellom de to vurderingene.⁵⁶

Et annet spørsmål er hvorvidt oppdragsgiver kan vektlegge egen positiv eller negativ erfaring med tilbyder i tildelingsfasen. Det følger av KOFA sak [2006/121](#) at egen erfaring med en tilbyder kun kan vektlegges i den grad erfaringen er etterprøvable, og de andre tilbyderne har fått anledning til å fremlegge dokumentasjon eller referanser på oppdrag som de har utført for andre oppdragsgivere, og denne dokumentasjonen ble evaluert etter de samme kriterier som for oppdragsgivers egne erfaringer.⁵⁷

3.7.3 Vekting og prioritering

Det følger av FOA § 22-2 (2) at oppdragsgiver ved anskaffelser som følger del III "skal oppgi den relative vekten som gis hvert av kriteriene".

For anskaffelser som følger del II gjelder at der ”oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for prioriteringen eller vektingen av kriteriene, skal dette angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget”, jf. § 13-2 (2). Se i denne sammenheng KOFA [2008/198](#), der KOFA konkluderer med at det normalt ikke er i strid med hensynet til forutberegnelighet i LOA § 5 at oppdragsgiver vurderer tildelingskriteriene i en ”helhetsvurdering”, så lenge dette er klart opplyst i konkurransegrunnlaget. KOFA uttaler at:

”Det er eksplisitt angitt i forskriften at oppdragsgiver ikke har plikt til å prioritere/vekte tildelingskriterier for anskaffelser under terskelverdi, og klagenemnda mener derfor at det skal mye til for å statuere en plikt til vekting/prioritering utover dette på grunnlag av kravene til forutberegnelighet og proporsjonalitet i lovens § 5”.

Det presiseres at en slik helhetsvurdering ikke er tillatt for anskaffelser som følger forskriften del III.

3.8 FORSINKELSER I GJENNOMFØRINGEN AV KONKURRANSEN - VEDSTÅELSESFRIST

Det oppstår gjerne forsinkelser i en anskaffelsesprosess. Det er svært viktig at oppdragsgiver ser til at vedståelsesfristen ikke løper ut. Vedståelsesfristen bør normalt ta høyde for muligheten for klage. Oppdragsgiver bør planlegge tidspunkt for beslutning om tildeling i god tid før vedståelsesfristen utløper. Oppdragsgiver må eventuelt be om forlengelse fra tilbyderne der dette er nødvendig. KOFA har i flere saker kommet til at konkurransen må arrangeres på nytt dersom vedståelsesfristen løper ut før det inngås kontrakt.⁵⁸ Det kan også bli tale om erstatningsansvar overfor en eller flere tilbydere dersom oppdragsgiver må avlyse konkurransen på grunn av en slik feil.

3.9 EVALUERING

Dersom ikke tildelingskriteriet er laveste pris, skal oppdragsgiver på bakgrunn av tildelingskriteriene identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I evalueringen har oppdragsgiver et relativt fritt innkjøpsfaglig skjønn. Skjønnsutøvelsen kan kun overprøves ”dersom det foreligger formelle regelbrudd, dersom oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 - eller dersom oppdragsgiver lagt feil faktum til grunn eller der skjønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig”, jf. KOFA sak [2009/98](#).

3.10 BEGRUNNELSE

Det følger av FOA §§ 22-3 og 13-3 at oppdragsgiver skal gi skriftlig meddelelse til deltakerne i en konkurranse om hvem som skal tildeles kontrakt. Denne meddelelsen skal etter §§ 11-14 (1) og 20-16 (1) gi en begrunnelse for valg av leverandør som inneholder ”tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier”. Begrunnelsen skal gi leverandøren mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å klage. Det at det finnes bestemmelser om (etterfølgende) utfyllende begrunnelse, er ingen gyldig grunn for å gi en begrunnelse som ikke oppfyller forskriftens krav samtidig med at valget kunngjøres.

3.11 PROTOKOLLFØRING

Det følger av FOA § 3-2 at oppdragsgiver skal føre protokoll for anskaffelser som overstiger kr. 100 000 eks. mva. Anskaffelsesprotokollen skal beskrive ”alle vesentlige forhold og viktige beslutninger” gjennom hele anskaffelsesprosessen. For anskaffelser som overstiger kr 500 000 eks. mva. skal protokollen minst omfatte opplysninger som fremgår av FOA vedlegg 4, jf. § 3-2 (2). KOFA har lagt til grunn at anskaffelsesprotokoll skal føres fortløpende gjennom konkurransen, jf. blant annet sak [2005/286](#).

3.12 KUNNGJØRING AV TILDELT KONTRAKT

Det følger av FOA § 18-4 at oppdragsgiver som har tildelt kontrakt eller rammeavtale, senest 48 dager etter at kontrakt er inngått skal gjøre resultatet kjent i en kunngjøring. Denne bestemmelsen gjelder også uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene, jf. FOA § 2-1 (5).

3.13 OFFENTLIGHET

FOA § 3-5 viser til offentleglova. Utgangspunktet er at forvaltningens dokumenter er offentlige, det vil si at enhver kan kreve å få innsyn i dokumentene. Dette gjelder også dokumenter i forbindelse med en anskaffelsesprosess, som anskaffelsesprotokoll og andre leverandørs tilbud. Ifølge KOFA sak [2009/85](#) som gjaldt kjøp av advokattjenester, er det et brudd på kravet til god forretningsskikk dersom det ikke gis innsyn i anskaffelsesprotokoll og valgte leverandørs tilbud før klagefristen løper ut eller kontrakt inngås.

Det foreligger imidlertid unntak for innsynsrett for tilbudsdokumenter og anskaffelsesprotokoll frem til tildeling er foretatt, jf. offentleglova § 23 (3). Det foreligger i tillegg unntak for opplysninger underlagt taushetsplikt fastsatt i lov eller forskrift. I forbindelse med anskaffelser av konsulenttjenester er dette mest aktuelt i forbindelse med drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13.

Spørsmål knyttet til om oppdragsgiver kan nekte å gi innsyn i resultatet av arbeidet, for eksempel et konkret juridisk råd eller en økonomisk rapport, behandles ikke i denne veilederen.

3.14 BRUK AV RAMMEAVTALER

Tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler (avrop) med én leverandør foretas på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, jf. FOA §§ 6-2 og 15-2. Tildeling av kontrakt under rammeavtaler med flere leverandører kan skje på to måter i henhold til forskriften, jf. FOA §§ 6-3 og 15-3.

Enten skal oppdragsgiver foreta tildeling på grunnlag av vilkår som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres en ny konkurranse (direkte), eller så skal oppdragsgiver gjennomføre en såkalt minikonkurranse. Det er en grunnleggende forutsetning at kontrakten er omfattet av den allerede kunngjorte rammeavtale. Hvis ikke vil kontrakten utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse.⁵⁹

Der det følger av konkurransedokumentene og rammeavtalen at det ikke skal gjennomføres minikonkurranse, skal alle vilkår for tildeling av den enkelte kontrakt være fastsatt i konkurransedokumentene på forhånd. Dette sikrer forutsigbarhet for leverandørene. For eksempel kan oppdragsgiver ha én hovedleverandør som får mulighet til å levere først, og dersom denne ikke kan levere (for eksempel på grunn av interessekonflikt) går oppdragsgiver videre til leverandør nummer to på listen av leverandører. Oppdragsgiver bør vurdere behovet for å kontraktsregulere leverandørens adgang til å si fra seg oppdrag. Leverandøren bør i det minste ha en saklig grunn for dette. Hvis slik grunn ikke foreligger, kan dette innebære mislighold.

Der ikke alle vilkår for tildeling av kontrakt under rammeavtalen er endelig fastsatt i avtalen skal det tydelig fremkomme i konkurransedokumentene hvordan tildeling skal skje. Dette skjer fortrinnsvis ved gjennomføring av minikonkurranse (ny konkurranse) mellom leverandørene, jf. FOA §§ 6-3 (2) og 15-3 (3). Nevnte bestemmelser oppstiller enkelte prosedyreregler for minikonkurranse i bokstav a – d. Minikonkurranse kan alternativt gjelde kun for en del av rammeavtalen slik at for eksempel mindre avrop på under kr 100 000 foretas direkte etter fastsatte vilkår i rammeavtalen, mens avrop som overstiger denne verdiene tildeles etter minikonkurranse.⁶⁰ I nevnte bestemmelsers bokstav a er det presisert at oppdragsgiver ved avholdelse av

minikonkurranse skriftlig skal konsultere ”de leverandører som er i stand til å gjennomføre kontrakten”. Dersom rammeavtalene kun er delvis parallelle er det derfor bare nødvendig å kontakte de leverandører som kan levere den aktuelle tjenesten.

Minimumsfristene i forskriftens kapittel 19 gjelder imidlertid ikke for gjennomføring av minikonkurranse. Oppdragsgiver fastsetter fristene skjønnsmessig ut fra kontraktsgjenstandens kompleksitet, slik at leverandørene gis rimelig tid til å utarbeide tilbudet. Det stilles like strenge krav til tilbudenes fortrolighet frem til tilbudsfristens utløp, jf. FOA §§ 6-3 (2) og 15-3 (3), bokstav c, som ved ordinær konkurranse.⁶¹

Tildelingen av kontrakt skal, dersom annet ikke er fastsatt, skje på grunnlag av de samme tildelingskriterier som for rammeavtalen. Det kan fastsettes andre tildelingskriterier for minikonkurransen, men dette må i så fall fremgå klart av det opprinnelige konkurransegrunnlaget, jf. FOA §§ 6-3 (2) og 15-3 (3). Avrop etter minikonkurranse, foretas fra den leverandøren som vinner minikonkurransen.

4 KONTRAKT

4.1 BRUK AV KONTRAKTSVILKÅR I ANSKAFFELSEN

Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget orientere om hvilke kontraktsvilkår som skal benyttes, se FOA § 8-1 (1) d. Som hovedregel skal fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder (standardkontrakter) benyttes i konkurransegrunnlag og ved inngåelse av kontrakter under offentlige anskaffelser, se FOA § 3-11 (1). Sistnevnte bestemmelse er imidlertid ansett ikke å være noe mer enn en ordensforskrift, og bestemmelsen omfatter kun en klar anbefaling⁶² om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, og ingen plikt.⁶³

I Norge finnes det standardkontrakter som omhandler konsulenttjenester utarbeidet av Difi som kan benyttes ved anskaffelse av juridiske og økonomiske tjenester. Dette er:

- ”Avtale om bistand fra Konsulent - Bistandsavtalen (SSA-B)” og
- ”Avtale om utrednings- og utviklingsoppgaver fra Konsulent - Oppdragsavtalen (SSA-O)”.

Ingen av Statens standardavtaler (heretter også omtalt som SSA), eller andre standardkontrakter i Norge for konsulenttjenester, tilfredsstillt kravene til ”fremforhandlede” avtaler som er oppstilt i FOA § 3-11(1). Dette kravet innebærer at kontraktene er blitt til gjennom forhandlinger mellom representanter fra ulike parter. Følgelig foreligger det ingen standardkontrakter for konsulenttjenester som er dekkende for ovennevnte hovedregel. Selv om det ikke er en plikt etter regelverket til å benytte SSA, forutsetter bestemmelsen ovenfor at oppdragsgiver vurderer om det eksisterer egnede standardkontrakter, at oppdragsgiver bør benytte kjente og balanserte regler i kontraktssituasjonen og at det unngås at det brukes tid og ressurser på å sette seg inn i og utforme kontraktbestemmelser i det enkelte tilfelle.⁶⁴ Basert på dette bør SSA normalt benyttes ved kjøp av konsulenttjenester.

4.2 TILPASNINGER OG UNNTAK FRA STANDARDKONTRAKTER

FAD har i brev av 1. juli 2009 oppfordret til økt bruk av kontraktsstandarder. Det kan riktignok settes særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt av oppdragsgiver, forutsatt at slike vilkår er forenlige med EØS-avtalen og er angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. FOA § 3-11(2). Oppdragsgiver bør likevel søke å holde seg til standardkontrakten og ikke innta endringer som fordeler risiko og byrdene ytterligere til kundens fordel.⁶⁵ Å innta unntak fra standarden kan medføre at enkelte leverandører ikke deltar i konkurransen eller inntar forbehold som gjør at oppdragsgiver plikter å avvise tilbud fordi det er tatt vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene, jf.

FOA § 11-11(1) d og FOA § 20-13 (1) d. Dette vil igjen kunne medføre at konkurransen blir begrenset, og formålet med anskaffelsesreglene blir ikke fremmet.

4.3 SENTRALE BESTEMMELSER I KONTRAKTEN

4.3.1 Regulering av vederlag

Hvorvidt det skal avtales fastpris eller timepris avhenger av det konsulentoppdrag anskaffelsen gjelder. Dersom det er et klart definert oppdrag, som eksempelvis utarbeidelse av en rapport, gjennomføring av rettssak mv. kan fastpris være aktuelt, mens oppgaver som er mer udefinerte ved utforming av konkurransegrunnlaget bør reguleres med løpende timer. Det er ikke regulert hvordan reisekostnader og reisetid belastes i standardavtalene, og dersom det kan påløpe kostnader i forbindelse med konsulentens reise bør dette reguleres i avtalen. Dette kan eksempelvis skje ved en henvisning til statens satser for reiser, men ytterligere regulering er nødvendig ettersom statens satser ikke regulerer hvordan kompensasjon av konsulentens reisetid skal gjennomføres. I SSA er det også inntatt anledning for leverandøren til å justere vederlaget dersom offentlige avgifter endres, samt årlig justering av timeprisene etter SSBs konsumprisindeks (hovedindeksen). Dersom det finnes mer relevante indekser for den aktuelle tjenesten, bør disse vurderes som justeringsgrunnlag.

4.3.2 Rettigheter til resultater m.v.

Det rettslige utgangspunktet er at den som skaper en immateriell rett, får rettighetene til denne. Dette innebærer at immaterielle rettigheter til resultatet av tjenestene som et utgangspunkt tilfaller leverandøren (konsulenten). Det må derfor eksplisitt reguleres i kontrakten at rettighetene til resultatet av tjenestene skal tilfalle oppdragsgiver. Slik regulering er inntatt i standardavtalene, og det er viktig at oppdragsgiver er påpasselig med at rettighetene tilfaller den juridiske enhet som skal utnytte rettighetene videre. Dersom leverandøren skal gjøre endringer i løsninger som leverandøren eller tredjepart har rettighetene til før avtalen ble inngått, som f.eks. tidligere utarbeidede rapporter mv., vil normalt ikke tjenestene fra leverandøren endre dette opprinnelige rettighetsforholdet. Oppdragsgiver vil da ikke få rettighetene til resultatet av ytelsen.

4.4 ETTERFØLGENDE ENDRINGER I KONTRAKTEN

Endringer kan bli aktuelt på grunn av endrede rammebetingelser (eksempelvis lovverk), endrede behov for oppdragsgiver, mv. Avtalen som benyttes må derfor inneholde bestemmelser som ivaretar oppdragsgivers mulige behov for endringer. I SSA er det anledning til å endre kontrakten, herunder endre omfang, fremdrift, pris, kvalitet mv.

Merk at det er strenge anskaffelsesrettslige grenser for hvilke endringer som kan foretas i en inngått kontrakt. Anskaffelsesregelverket inneholder noen konkrete bestemmelser om endringsadgangen⁶⁶, men i de fleste saker må grensene for endringsadgangen finnes i rettspraksis. EU-domstolen har redegjort for disse grensene i sin avgjørelse i *Pressetext*.⁶⁷ Den klare hovedregelen er at det ikke kan gjøres *vesentlige endringer* i en inngått kontrakt. For rammeavtaler følger det av FOA §§ 6-1 (3) og 15-1 (3) at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene. Dersom det gjøres endringer som går utover dette, anses endringene som en ny kontrakt, som kun kan tildeles ved å følge anskaffelsesregelverket.

I *Pressetext* ga domstolen noen eksempler på endringer som vil anses å være vesentlige:⁶⁸

- En endring som innfører vilkår som ville ha gjort det mulig for andre tilbydere å delta enn de som deltok, eller som ville gjort det mulig å akseptere et annet bud enn det som vant.
- En endring som i betydelig omfang utvider avtalen til å omfatte tjenester som ikke opprinnelig var omfattet.

- En endring som endrer avtalens økonomiske balanse til fordel for den valgte leverandøren på en måte som ikke var fastsatt i de opprinnelige konkurransevilkårene.

Domstolen fastslår også at endringer på eiersiden hos leverandøren som hovedregel ikke er en vesentlig endring.⁶⁹ På den annen side vil en overføring av kontrakten til en ny juridisk person normalt være en vesentlig endring ”medmindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktbestemmelser”.^{70 71}

Det at kontrakten inneholder et endringsregime signaliserer at endringer kan bli aktuelle, noe som kan tilsi at vurdering av hva som er en vesentlig endring kan bli noe mindre streng. På den annen side kan det vanskelig tenkes at kontraktens generelle endringsregime kan utvide området for hva som ikke er en vesentlig endring utover de konkrete rammer EU-domstolen oppstiller i nevnte eksemplifisering i *Presstext*. Konkrete endringer, som har vært varslet gjennom hele konkurransen og så inntatt i kontrakten, må imidlertid som hovedregel kunne godtas. Her vil det også kunne anføres at dette ikke er endringer, men bare en alternativ utvikling av kontrakten i henhold til det som var opprinnelig avtalt.⁷² Oppdragsgivere som allerede under konkurransegjennomføringen kan forutse konkrete endringer, bør derfor sørge for at disse beskrives i konkurransedokumentasjonen og i kontrakten.

5 TYPEEKSEMPLER

5.1 KVALIFIKASJONSKRAV

- i. Eksempel på enkel oppstilling av kvalifikasjonskrav for anskaffelser under kr 500 000 eks. mva. ved for eksempel anskaffelse av juridiske tjenester innen fagområdet offentlige anskaffelser:

Obligatoriske og ufravikelige krav

Krav	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal ha ordnede forhold med hensyn til skatte- og merverdiavgifts-innbetaling 	<ul style="list-style-type: none"> Skatteattest Merverdiavgiftsattest (attest for betalt merverdiavgift) <p>Næringsdrivende kan bestille skatteattest for skatt og for merverdiavgift på ett sted. Du kan enten henvende deg til ditt lokale skatteoppkreverkontor eller til skattekontoret. Attestene skal ikke være eldre enn seks måneder, regnet fra tilbudsfristens utløp. Se:</p> <p>www.skatteetaten.no</p>
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal ha et fungerende HMS-system. 	<ul style="list-style-type: none"> HMS-egenerklæring

Krav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling

Krav	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal være et lovlig etablert foretak 	<ul style="list-style-type: none"> Norske selskaper: Firmaattest. Utenlandske selskaper: Dokumentasjon som viser at selskapet er registrert i bransjeregister eller foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i det land hvor leverandøren er etablert.

Krav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle stilling

Krav	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal være kredittverdig 	<ul style="list-style-type: none"> Kredittvurdering/rating, ikke eldre enn 1 år, utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon som bekrefter at leverandøren er kredittverdig.

Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner

Krav	Dokumentasjonskrav
Leverandøren må ha <ul style="list-style-type: none"> omfattende erfaring med å bistå offentlige oppdragsgivere i anskaffelser, både i planleggingsfasen og i gjennomføringen av konkurranser, herunder bistand med utarbeidelse av konkurransegrunnlag, evalueringen av tilbud og gjennomføring av forhandlinger. erfaring med tilsvarende oppdrag, dvs. [...], fortrinnsvis med tilknytning til anskaffelsesregelverket. 	<ul style="list-style-type: none"> Oversikt over gjennomførte tilsvarende oppdrag (de 3 mest relevante identifiseres) i løpet av de siste tre år med navn på oppdragsgiver og omfang, med beskrivelse som viser at leverandøren har kompetanse og erfaring i henhold til kravene. Beskrivelse av tilbudt personells tilknytning til ovenfor nevnte oppdrag.

ii. Eksempel på kvalifikasjonskrav etter del II/del III

Obligatoriske og ufravikelige krav

Krav	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal ha ordnede forhold med hensyn til skatte- og merverdiavgifts-innbetaling 	<ul style="list-style-type: none"> Skatteattest Merverdiavgiftsattest (attest for betalt merverdiavgift) <p>Næringsdrivende kan bestille skatteattest for skatt og for merverdiavgift på ett sted. Du kan enten henvende deg til ditt lokale skatteoppkreverkontor eller til skattekontoret. Attestene skal ikke være eldre enn seks måneder, regnet fra tilbudsfristens utløp. Se:</p> <p>www.skatteetaten.no</p>
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal ha et fungerende HMS-system. 	<ul style="list-style-type: none"> HMS-egenerklæring

Krav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

Krav	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal være et lovlig etablert foretak 	<ul style="list-style-type: none"> Norske selskaper: Firmaattest. Utenlandske selskaper: Dokumentasjon som viser at selskapet er registrert i bransjeregister eller foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i det land hvor leverandøren er etablert.

Krav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle stilling

Krav	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal ha tilstrekkelig økonomisk evne til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene 	<ul style="list-style-type: none"> Årsregnskap inkl. styrets årsberetning og revisorerklæring Kredittvurdering/rating, ikke eldre enn 1 år, utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon som bekrefter at leverandøren er kredittverdig.

Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner

Krav	Dokumentasjonskrav
<p>Leverandøren må ha</p> <ul style="list-style-type: none"> Erfaring fra minimum [X] tilsvarende oppdrag Gjennomføringsevne og kapasitet Det kreves høy faglig kompetanse og gyldig advokatbevilling for den/de ansvarlige Det kreves et godt og velfungerende kvalitetssikringssystem Minst én advokat som har anledning til å føre saker for Høyesterett. [relevant ved prosedyre for Høyesterett] 	<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal vedlegge en liste over de viktigste relevante leveransene de siste 3 år, herunder opplysninger om omfang, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og e-post). Referanser vil kun bli kontaktet ved behov Navn og CV for ansvarlig(e) advokat(er) og nøkkelperson(er) (tilbudte ressurser) på de ulike fagområder som er tilgjengelige for dette oppdraget. Videre skal tilbudt personells tilknytning til ovenfor nevnte leveranser angis Redegjørelse for foretakets kvalitetssikrings-/styringssystem for å sikre at oppdrag blir gjennomført på en mest mulig effektiv og formålsrettet måte. [Dokumentasjon som viser at minst én av de tilbudte ressurser har møterett for Høyesterett]

5.2 TILDELINGSKRITERIER

- i. Eksempel på tildelingskriterier for anskaffelse under kr 500 000 eks. mva.

Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

Kriterium	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Oppdragsforståelse 	<ul style="list-style-type: none"> Beskrivelse/redegjørelse for hvordan dette oppdraget vil bli utført
<ul style="list-style-type: none"> Kvalitet på leveransen 	<ul style="list-style-type: none"> Referanser fra gjennomførte tilsvarende oppdrag med kopi av/link til tilsvarende arbeidsresultater/rapporter som tjener til å gi grunnlag for vurdering av forventet kvalitet på den tilbudte leveranse (de 3 mest relevante identifiseres).
<ul style="list-style-type: none"> Pris 	<ul style="list-style-type: none"> Samlet pris vurdert iht. tilbudsskjema (pris)

[I tillegg må det vurderes om det for eksempel skal inntas kriterier knyttet til miljø, responstider eller tjenestenivå. Se også punkt 3.7.3 for muligheten til, i noen tilfeller, å fastsette at tildelingskriteriene skal vurderes under en helhetsvurdering.]

- ii. Eksempel på et sett med tildelingskriterier for anskaffelser som følger forskriften del II/del III.

Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
<ul style="list-style-type: none"> Oppdragsforståelse 	20 %	<ul style="list-style-type: none"> Leverandøren skal beskrive/gjøre rede for vedkommendes forståelse av oppdraget samt hvordan dette oppdraget vil bli utført. Maksimalt 2-3 sider.
<ul style="list-style-type: none"> Kvalitet på leveransen 	50 %	<ul style="list-style-type: none"> Referanser fra gjennomførte tilsvarende oppdrag med kopi av/link til tilsvarende arbeidsresultater/rapporter som tjener til å gi grunnlag for vurdering av forventet kvalitet på den tilbudte leveranse (de 3 mest relevante identifiseres).
<ul style="list-style-type: none"> Pris 	30 %	<ul style="list-style-type: none"> Samlet pris vurdert iht. tilbudsskjema (pris)

[Følger anskaffelsen forskriften del II kan oppdragsgiver velge mellom prioritering eller vekting av tildelingskriteriene, jf. FOA § 13-2 (2). Vekting eller prioritering skal oppgis dersom denne er fastsatt på forhånd. Følger anskaffelsen forskriften del III er vekting hovedregelen, jf. FOA § 22-2 (2). Vektingen kan imidlertid angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag, jf. FOA § 22-2(2). Kriteriene kan i unntakstilfeller prioriteres dersom unntaket i FOA § 22-2 (3) er oppfylt.]

Fotnoter

- ¹ Difi har til hensikt på et senere tidspunkt å utarbeide en generell veileder om anskaffelse av tjenester.
- ² Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (LOA).
- ³ Forskrift om offentlige anskaffelser fastsatt ved kgl. res. 7. april 2006 nr. 402 (FOA).
- ⁴ Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) fastsatt ved kgl. res. 7. april 2006 nr. 403.
- ⁵ Direktiv 2007/66/EF. Det er ventet at en NOU vil foreligge i 2010.
- ⁶ EU-domstolens avgjørelse C-532/06 (*Lianakis*).
- ⁷ For 2010 (f.o.m. 1. mars) og 2011 gjelder følgende terskelverdier:
- for sentrale statlige etaters vare- og tjenestekjøp: kr. 1 000 000
 - for andre oppdragsgivers vare- og tjenestekjøp: kr. 1 600 000.
- ⁸ I praksis fra EU-domstolen er det særlig avgjørelsen C-16/98 (*Sydev*) som behandler problemstillingen. I dommen uttales det at det må tas utgangspunkt i om de kontraktene det gjelder må anses for å dekke det samme økonomiske eller tekniske behov. I denne saken var dette tilfellet for de kontraktene som gjaldt elektrisitetsforsyning, men ikke de som gjaldt veibelysning. I vurderingen av om elektrisitetsforsyningskontraktene måtte anses for å tilhøre den samme anskaffelsen, ble det lagt vekt på at kontraktene var inngått omtrent samtidig, med den samme oppdragsgiver, at kontraktene måtte anses for å være sterkt avhengige av hverandre, at kontraktsytelsene var ensartet, samt at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område.
- ⁹ Se også KOFA 2005/118 og KOFA 2003/8.
- ¹⁰ *Krøger* har hevdet at tolkningen av LOA § 5 (3) må foretas i lys av hvilke investeringer som forventes ved avtalestart. Store investeringer vil kunne berettigede langvarige kontrakter, selv om slike ordninger i noen grad får preg av monopolisering, Lov og Rett 2004 s. 360. Se også KOFA 2004/16, 2007/50 og Klagenævnet for udbud sak 03-136-203 av 5. november 2003.
- ¹¹ EU-domstolens avgjørelse C-454/06 (*Pressetext*).
- ¹² Se Kommissjonens *Explanatory Note Framework Agreements* for mer informasjon om hvilke vurderinger som ligger til grunn for å akseptere lengre varighet enn fire år.
- ¹³ Se også *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement* 2. utg. (2005) s. 291 om grensene for hvor stor andel av kontrakten som kan være opsjon før det utgjør en ny kontrakt å utløse opsjonen.
- ¹⁴ Se Veileder FAD 2006 s. 104 og Kommissjonens *Explanatory Note Framework Agreements*.
- ¹⁵ Se f.eks. KOFA 2003/178.
- ¹⁶ LOA, i motsetning til FOA, gir kun unntak for kontrakter som kan unntas iht. EØS art. 123.
- ¹⁷ En avgjørelse som berører problemstillingen er Næringslivets forum for offentlige anskaffelser sak 97/10
- ¹⁸ For finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer mv. finnes et eget unntak i forskriftens § 1-3 e.
- ¹⁹ *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement* 2. utg. (2005) åpner for dette på s. 344: "The need for secrecy is not necessarily confined to security concerns but might arise, for example, for commercial reasons...". *Steinicke/Groesmyer* s. 641 uttaler om dette: "...Det er antaget at ikke kun hemmeligheter af sikkerhedskarakter kan være omfattet av undtagelsen, men ligeledes hemmeligholdelse af en erhvervsmæssig karakter (eksempelvis i forbindelse med forsknings- eller utviklingsprojekter) efter omsændighederne kan være omfattet."
- ²⁰ *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement* 2. utg. (2005) s. 344.
- ²¹ Konkurrencestyrelsen i Danmark, "Annonceringsplikt – og hvad så nu?", Juni 2007.
- ²² Se KOFA 2008/81 og 2008/85.
- ²³ Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd av 19. mai 2006 nr. 16.
- ²⁴ Se KOFA 2008/213.
- ²⁵ Se for eksempel *Graver*, *Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser*, *Tidsskrift for forretningsjuss* 2005 s. 461 flg.
- ²⁶ Lovavdelingens uttalelser finnes på lovdatas abonnementsjeneste under fanen *Uttalelser – Justisdepartementet*.
- ²⁷ Bestemmelsens ordlyd bruker "utelukke", men dette kan ikke forstås bokstavelig. Det relevante er om det er risiko for konkurranseforvridning. Se KOFA 2003/74.
- ²⁸ Se imidlertid pkt. 4.4 nedenfor om mulighetene for å avtale endringer, herunder forlengelser, av eksisterende avtaler.
- ²⁹ Jf. *Graver*, *Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser*, *Tidsskrift for forretningsjuss* 2005 s. 461 flg.
- ³⁰ Dersom anskaffelsen overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2 (terskelverdier) gjelder også § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) og § 18-4 (kunngjøring av konkurranseresultater), jf. § 2-1 (5).

³¹ Det redegjøres her ikke for konkurransepreget dialog, fordi denne prosedyren normalt ikke vil være relevant for et konsulentoppdrag av den type det her er tale om. Det kan imidlertid ikke utelukkes at også denne prosedyren kan være anvendelig i enkelte situasjoner.

³² Se Kommisjonens fortolkningsuttalelse i 2006/C 179/02 med henvisninger til relevant praksis.

³³ Kommisjonens fortolkningsuttalelse 2006/C 179/02.

³⁴ I fortolkningsuttalelsen pkt. 2.1 uttaler Kommisjonen: *”Derfor er den eneste måte, hvorpå EF-Domstolens krav kan oppfylles, at offentliggjøre en tilstrækkelig tilgjengelig bekendtgørelse forud for tildelingen af kontrakten. Denne bekendtgørelse skal offentliggøres af ordregiveren med henblik på at åbne kontrakttildelingen for konkurrence.”*

³⁵ Se Veileder FAD 2006 pkt 14.2, der departementet uttaler at *”Det er imidlertid usikkert hvorvidt anskaffelser under 500 000 kr vil omfattes av de mer detaljerte kravene Kommisjonen mener kan utledes fra EF-domstolens avgjørelser. Rettstilstanden er her uavklart. Departementet mener imidlertid at det er tvilsomt om anskaffelser under 500 000 kr vil ha tilstrekkelig betydning for samhandelen i EU/EØS, til at det er nødvendig å følge den fremgangsmåten kommisjonen mener kan utledes fra EF-domstolens avgjørelser”*.

³⁶ Se også *Weltzien/ Lande*: Når anskaffelsen haster. Nærmere om «umulighetsterskelen» over og under EØS-terskelverdiene Lov og Rett, vol. 47, 5–6, 2008, s. 361–379.

³⁷ Se KOFA 2008/81 og KOFA 2008/85.

³⁸ I EF-domstolens praksis er det særlig sakene 199/85 (*Kommisjonen mot Italia*), C-318/94 (*Kommisjonen mot Tyskland*), C-394/02 (*Kommisjonen mot Hellas*), C-126/03 (*Kommisjonen mot Tyskland*), C-385/02 (*Kommisjonen mot Italia*) og T-148/04 (*Sulvida mot Kommisjonen*) som er relevante. Den sistnevnte er den eneste avgjørelsen fra domstolen som aksepterer at vilkårene for hasteprosedyre var oppfylt. Begrunnelsen for å godta bruk av unntaksbestemmelsen i dette tilfellet synes være at det dreide seg om en helt kortvarig og midlertidig kontrakt (ca 1,5 mnd) om kjøp av en tjeneste som var svært viktig for utøvelsen av oppdragsgivers virksomhet. Det ble også lagt vekt på at begrunnelsen for å foreta anskaffelsen raskt var at en av de opprinnelige oppdragsgiverne hadde trukket seg på kort varsel, i tillegg til at den eksisterende leverandør nektet å levere utover den opprinnelige kontraktsperioden.

³⁹ Se også KOFA 2003/84, 2007/90, 2004/45 som viser at det skal mye til for å benytte unntaket.

⁴⁰ Database for offentlige innkjøp – www.doffin.no.

⁴¹ Tenders Electronic Daily. EUs offisielle kanal for kunngjøring av innkjøp.

⁴² Se også St. meld. Nr. 36 (2008-2009) Det gode innkjøp s. 50-51: *”Tiltak 10.1. Regjeringa vil styrkje den frivillige kunngjeringsordninga på Doffin ved forbetringar og rettleiing. Difi skal stimulere til auka bruk gjennom informasjon og spreiding av beste praksis”*.

⁴³ Såkalt *”frivillig kunngjøring under nasjonal terskelverdi”* på Doffin.

⁴⁴ Se også KOFA 2007/77 og KOFA 2006/6.

⁴⁵ FADs brev viser til tilsvarende uttalelser fra hhv. ESA og Kommisjonen i anledning finanskrisen.

⁴⁶ Se f.eks. KOFA 2009/90 med videre henvisninger.

⁴⁷ Tilsvarende i FOA § 11-1.

⁴⁸ C-532/06 (*Lianakis*).

⁴⁹ Jf. PPLR 2009 nr. 3 s. 103-164 ; NA 73 – NA 122.

⁵⁰ Se også Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 1783 (*NIDA*).

⁵¹ Jf. PPLR 2009 nr. 3 s. 103-164 ; NA 73 – NA 122.

⁵² Se f.eks. KOFA 2008/12, KOFA 2008/136, KOFA 2008/92, KOFA 2008/120 og KOFA 2008/199.

⁵³ Jf. PPLR 2009 nr. 3 s. 103-164 ; NA 73 – NA 122.

⁵⁴ EU-domstolens avgjørelse C-31/87 (*Beentjes*), C-19/00 (*SIAC Construction*) og KOFA 2003/176.

⁵⁵ EU-domstolens avgjørelse C-448/01 (*Wienstrom*).

⁵⁶ Et annet poeng i forhold til denne saken er at KOFA ikke går inn på lovligheten av det å benytte *”kompetanse”* som et tildelingskriterium på den måte som var gjort i den aktuelle saken. Det kan stilles spørsmål ved om de tildelingskriterier som var oppstilt i det hele tatt er i overensstemmelse med de retningslinjer EU-domstolen trekker opp i C-532 (*Lianakis*), jf. pkt 3.4 ovenfor.

⁵⁷ Egne erfaringer som vektlegges må være objektivt konstaterbare og ikke bare subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side, jf. KOFA 2009/107, jf. også KOFA 2003/66, 2005/50 og 2007/106. Se også KOFA 2004/67 og 2006/109.

⁵⁸ Blant annet KOFA 2006/89, KOFA 2006/125 og KOFA 2007/5.

⁵⁹ I KOFA 2004/310 premiss (32) oppstilte nemnda følgende vurderingstema for spørsmålet om et avrop var omfattet av en allerede kunngjort rammeavtale: *”Vilkårene for avrop uten ny kunngjøring er at uttakene er fastsatt i rammeavtalen, at den konkrete anskaffelsen etter sin art er omfattet av avtalen, og at avrop foretas innenfor de tidsrammene rammeavtalen fastsetter”*.

⁶⁰ Se KOFA 2009/130 for eksempel på dette.

⁶¹ Se KOFA 2009/148 der KOFA kom til at oppdragsgiver hadde brutt FOA § 16-3 ved å åpne for at leverandørene kunne sende inn tilbudene i minikonkurransen på e-post uten å ivareta kravene til elektroniske systemer for levering av tilbud.

⁶² Se Veileder FAD 2006 punkt 9.8.1.

⁶³ Se KOFA 2003/138.

⁶⁴ Se Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 44.

⁶⁵ Se Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 44.

⁶⁶ FOA §§2-1 (2) d og 14-4 f og j.

⁶⁷ C-454/06 (*Presstext*).

⁶⁸ Jf. premissene 35-37.

⁶⁹ Premiss 52.

⁷⁰ Premiss 40.

⁷¹ Det er også antatt at endringer lettere kan forsvares i langvarige komplekse kontrakter, jf. Arrowsmith s. 289 med henvisninger.

⁷² KOFA 2005/40 inneholder vurderinger av forskjellige typer endringer, samt en vurdering av kontraktens regulering av endringshåndtering. Merk imidlertid at avgjørelsen er avsagt før EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (*Presstext*).