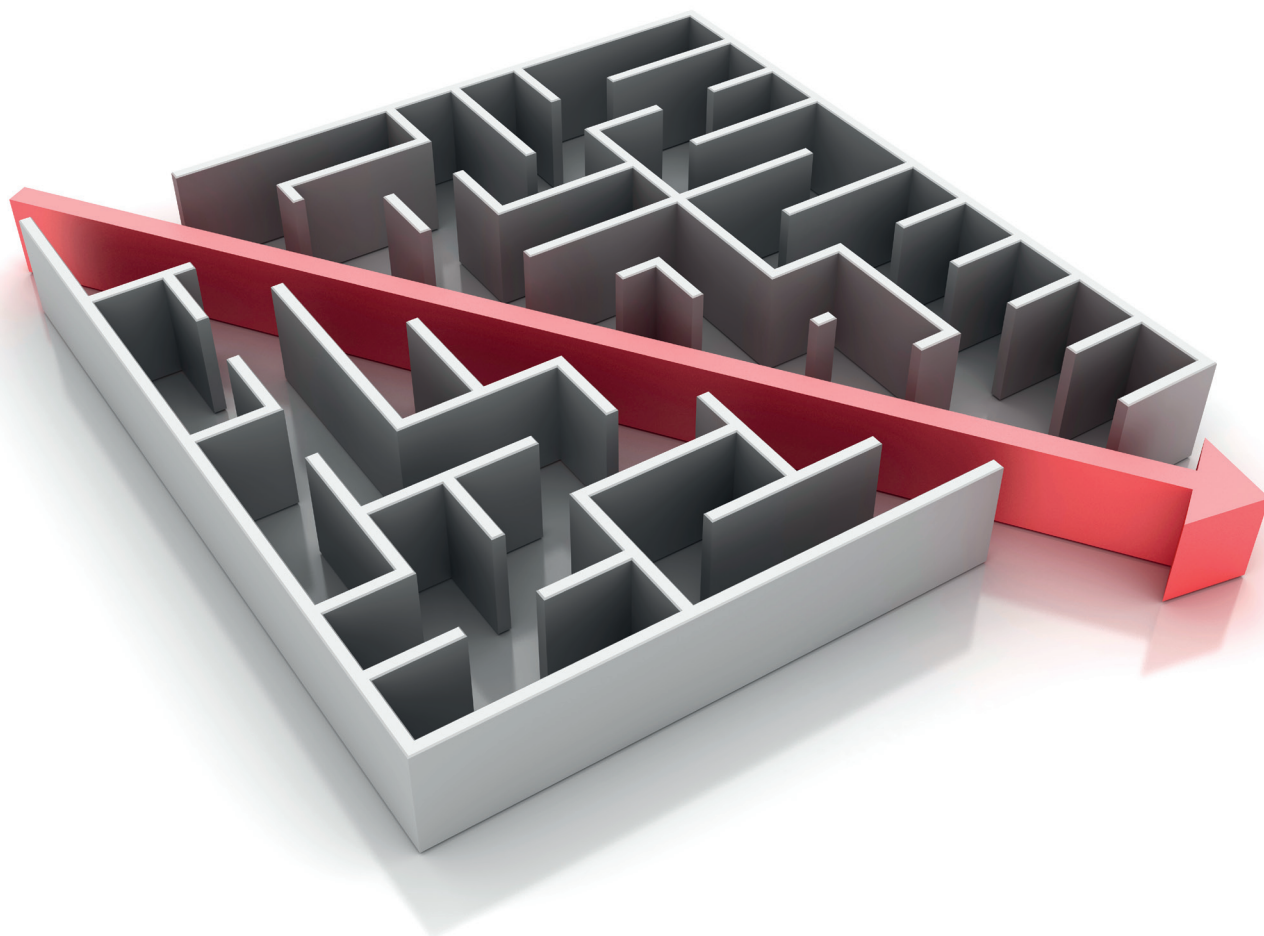


**NOU**

Norges offentlige utredninger **2014:4**

# Enklere regler – bedre anskaffelser

Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket



# Norges offentlige utredninger 2014

Seriens redaksjon:  
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon  
Informasjonsforvaltning

---

1. Ny arvelov.  
*Justis- og beredskapsdepartementet.*
2. Lik og likskap.  
*Kulturdepartementet.*
3. Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2014.  
*Arbeids- og sosialdepartementet.*
4. Enklere regler – bedre anskaffelser.  
*Nærings- og fiskeridepartementet.*

**NOU**

Norges offentlige utredninger **2014:4**

# Enklere regler – bedre anskaffelser

Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

Utredning fra Forenklingsutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 14. desember 2012  
Avgitt til Nærings- og fiskeridepartementet 10. juni 2014

ISSN 0333-2306  
ISBN 978-82-583-1196-3

---

07 Aurskog AS

## Til Nærings- og fiskeridepartementet

Forenklingsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 14. desember 2012 for å utrede og foreslå endringer av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket.

Utvalget legger med dette frem sin utredning med forslag til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser. Utredningen belyser også en del andre relevante forhold som etter utvalgets oppfatning vil kunne bidra til «det gode innkjøp».

Utvalgets arbeid og forslag gjenspeiler at oppfatningene er delte, både om hva forenkling er, og om behovet for forenklinger i anskaffelsesregelverket.

Oslo, 10. juni 2014

Inger Roll-Matthisen  
(leder)

Dag Strømsnes

Kurt Richard Brekke

Gro Amdal

Lars Johan Frøyland

Kristine Vigander

Arnhild Dordi Gjønnnes

Henrik Renner  
Fredriksen

Marianne Breiland

Helmuth Liessem

Benedikte Slørdahl Skjærpe  
(sekretariatsleder)

Carsten Eriksrud

Christina Paludan Melson

Anders W. Skumsnes

Arvid Senhaji



## Innhold

<b>Del I</b>	<b>Alminnelige motiver</b> .....	13	4	<b>Utredning om offentlige anskaffelser i Norge i perioden 2009–2012</b> .....	41
<b>1</b>	<b>Sammendrag</b> .....	15		Innledning .....	41
1.1	Oversikt .....	15	4.1	Statistikkutredning om offentlige anskaffelser .....	41
1.2	Utvalgets materielle forslag .....	15	4.2	Omfanget av offentlige anskaffelser i Norge .....	41
1.2.1	Formål .....	15		Verdifordeling .....	42
1.2.2	Grunnleggende prinsipper .....	16	4.3	Grad av konkurranse – konkurranseintensitet .....	43
1.2.3	Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn ..	16		Bruk av anskaffelsesprosedyrer ...	43
1.2.4	Unntak .....	16	4.4	Komplekst kunngjøringsbilde .....	43
1.2.5	Terskelverdier .....	18	4.5	Bruk av statistikkutredningen i utvalgets arbeid .....	44
1.2.6	Skriftlighetskrav .....	18			
1.2.7	Kontrakt .....	18	4.6		
1.2.8	Prosedyrer .....	20	4.7		
1.2.9	Utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser .....	21	4.8		
1.2.10	Kommunikasjon og elektroniske verktøy .....	21	<b>5</b>	<b>Regelverket i andre nordiske land</b> .....	46
1.2.11	Konkurransegrunnlag .....	21		Anskaffelsesregelverket i Sverige .....	46
1.2.12	Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon .....	21	5.1	Innledning .....	46
1.2.13	Tildelingskriterier .....	22	5.1.1	Regelverket for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene ...	46
1.2.14	Kunngjøring .....	22	5.1.2	Anskaffelsesregelverket i Danmark .....	48
1.2.15	Frister .....	23	5.2	Innledning .....	48
1.2.16	Tilbudet .....	23		Regelverket for bygge- og anleggskontrakter .....	48
1.2.17	Avvisning .....	24	5.2.1	Regelverket for vare- og tjenestekontrakter .....	53
1.2.18	Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester .....	25	5.2.2	Kort om kontrakter om uprioriterte tjenester og andre kontrakter som ikke reguleres av tilbudsloven .....	55
1.2.19	Utvalgets alternative forslag til regler – et minimumsregelverk ....	26	5.2.3		
1.3	Summary .....	26	5.2.4		
1.3.1	Mandate and composition of the Commission .....	26			
1.3.2	Overview of the content of the Official Norwegian Report (NOU) .....	27	<b>Del II</b>	<b>Materielle regler</b> .....	57
1.3.3	The Commission's proposal for new national rules on public procurement .....	27		<b>6</b>	<b>Regelverkets oppbygning</b> .....
<b>2</b>	<b>Utvalgets mandat og arbeid</b> .....	33	<b>6.1</b>	Forholdet mellom EU/EØS-rett og nasjonal rett .....	59
2.1	Utvalgets mandat .....	33	<b>6.2</b>	Forholdet mellom lov og forskrift om offentlige anskaffelser .....	59
2.2	Utvalgets sammensetning og arbeid .....	37			
2.3	Om grunnlaget for utvalgets forslag .....	37	<b>7</b>	<b>Forholdet mellom de ulike delene i regelverket</b> .....	61
2.4	Avgrensning av utvalgets mandat .....	38	7.1	Betydningen av de generelle prinsippene ved tolkningen av enkeltbestemmelser. Nedfallsproblematikk .....	61
<b>3</b>	<b>Anskaffelsesregelverkets utvikling i norsk rett</b> .....	39	7.2	Adgangen til å benytte bestemmelser i forskriftens del III .....	61

<b>8</b>	<b>Overordnet om utvalgets forslag til nytt nasjonalt regelverk</b> .....	63	11.4.4	Kontraktsvilkår: Lærlingklausul, antikontraktørklausul og klausul om lønns- og arbeidsvilkår .....	91
<b>9</b>	<b>Formål</b> .....	65	11.5	Mindretallets vurderinger .....	93
9.1	Innledning .....	65	11.5.1	Innledning .....	93
9.2	Formålsbetraktninger i EU/EØS-retten .....	65	11.5.2	Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser .....	93
9.3	Formålsbetraktninger i norsk rett .....	67	11.5.3	Dokumentasjonskrav: Plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring .....	93
9.4	Utvalgets vurderinger .....	68	11.5.4	Kontraktsvilkår: Lærlingklausul, antikontraktørklausul og klausul om lønns- og arbeidsvilkår .....	94
9.4.1	Innledning .....	68			
9.4.2	Flertallets forslag .....	68			
9.4.3	Mindretallets forslag .....	71			
<b>10</b>	<b>Grunnleggende prinsipper</b> .....	73	<b>12</b>	<b>Unntak</b> .....	96
10.1	Innledning .....	73	12.1	Innledning .....	96
10.2	Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper .....	73	12.2	Kontrakter med anslått verdi under 100 000 kroner .....	96
10.3	Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesdirektivene .....	75	12.3	Unntak fra anskaffelsesregelverket .....	97
10.4	Grunnleggende prinsipper i det norske anskaffelsesregelverket ....	76	12.3.1	Innledning – oversikt over gjeldende rett .....	97
10.4.1	Innledning .....	76	12.3.2	Kontrakter som er omfattet av unntaksbestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv .....	97
10.4.2	Likebehandling .....	77	12.3.3	Kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet ....	103
10.4.3	Ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet .....	77	12.3.4	Utbyggingsavtaler .....	104
10.4.4	Gjennomsiktighet .....	77	12.4	Unntak fra detaljerte prosedyre-regler for visse kontrakter .....	104
10.4.5	Forutberegnelighet .....	78	12.4.1	Innledning .....	104
10.4.6	Etterprøvarhet .....	78	12.4.2	Kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon .....	105
10.4.7	Konkurransen .....	79	12.4.3	Kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester .....	108
10.4.8	Forholdsmessighet .....	79	12.4.4	Kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere .....	109
10.4.9	Forretningsmessighet .....	80	12.5	Unntak fra detaljerte prosedyre-regler i særlige situasjoner .....	109
10.4.10	God forretningsskikk .....	80	12.5.1	Innledning .....	109
10.4.11	Høy forretningsetisk standard .....	80	12.5.2	Oversikt over gjeldende rett og utvalgets vurderinger .....	111
10.4.12	Forsvarlig saksbehandling .....	81	12.6	Særlige regelsett for visse kontrakter/konkurranser .....	115
10.5	Utvalgets vurderinger .....	82	12.6.1	Innledning .....	115
<b>11</b>	<b>Ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket</b> .....	85	12.6.2	Plan- og designkonkurranser .....	115
11.1	Innledning .....	85	12.6.3	Bygge- og anleggskonsesjoner ....	116
11.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	86	12.6.4	Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål .....	117
11.3	Utvalgets generelle utgangspunkt .....	86			
11.4	Flertallets vurderinger av regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i det gjeldende anskaffelsesregelverket .....	88	<b>13</b>	<b>Terskelverdier</b> .....	118
11.4.1	Innledning .....	88	13.1	Innledning .....	118
11.4.2	Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser .....	88			
11.4.3	Dokumentasjonskrav: Plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring .....	90			



13.2	Gjeldende terskelverdier .....	118	15.5.1	Innledning .....	138
13.3	Nasjonale terskelverdier i andre land .....	119	15.5.2	Gjeldende rett .....	138
13.4	Vurderinger av offentlige anskaffelser i lys av terskelverdier .....	120	15.5.3	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	139
13.5	Samfunnsøkonomiske analyser av nasjonale terskelverdier .....	121	15.5.4	Utvalgets vurderinger .....	140
13.5.1	Innledning .....	121	15.6	Adgang til å dele opp en kontrakt ..	140
13.5.2	Asplan Viak (2008) .....	121	15.6.1	Innledning .....	140
13.5.3	PwC (2011) .....	122	15.6.2	Gjeldende rett .....	140
13.5.4	SOU 2013: 12 .....	122	15.6.3	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	141
13.5.5	KS-rapport (2014) .....	123	15.6.4	Utvalgets vurderinger .....	141
13.6	Utvalgets vurderinger .....	124	15.7	Bruk av underleverandører .....	142
13.6.1	Nasjonal terskelverdi på 500 000 kroner for plikt til å følge detaljerte prosedyreregler .....	124	15.7.1	Gjeldende rett .....	142
13.6.2	Egen terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter .....	125	15.7.2	Gjeldende rett .....	142
13.6.3	Terskelverdi for kontrakter om særlige tjenester .....	125	15.7.3	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	143
13.6.4	Forenklet kunngjøringsplikt for kontrakter under 500 000 kroner ..	126	15.7.4	Utvalgets vurderinger .....	144
13.6.5	Særlig om terskelverdi for skriftlighetskrav .....	127	15.8	Samordning av innkjøp .....	144
<b>14</b>	<b>Skriftlighetskrav</b> .....	128	<b>16</b>	<b>Anskaffelsesprosedyrer</b> .....	146
14.1	Innledning .....	128	16.1	Gjeldende rett .....	146
14.2	Skriftlighetskrav .....	128	16.1.1	Prosedyreformer .....	146
14.2.1	Gjeldende rett .....	128	16.1.2	Forhandlingsforbudet ved anbuds konkurranser .....	147
14.2.2	Utvalgets vurderinger .....	128	16.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	149
14.3	Protokollplikt .....	129	16.3	Utvalgets vurderinger .....	150
14.3.1	Gjeldende rett .....	129	16.3.1	Flertallets syn .....	150
14.3.2	Utvalgets vurderinger .....	130	16.3.2	Mindretallets syn .....	156
<b>15</b>	<b>Kontrakten</b> .....	132	16.3.3	Øvrige prosedyrer: konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap .....	159
15.1	Innledning .....	132	<b>17</b>	<b>Utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser</b> .....	160
15.2	Kontraktvilkår og kontraktsstandarder .....	132	17.1	Innledning .....	160
15.2.1	Innledning .....	132	17.2	Utvelgelse når det settes en grense for antallet leverandører ...	160
15.2.2	Bruk av kontraktsstandarder .....	132	17.2.1	Gjeldende rett .....	160
15.2.3	Kontraktvilkår .....	133	17.2.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	161
15.2.4	Lærlingklausul og anti-kontraktørklausul .....	133	17.2.3	Utvalgets vurderinger .....	161
15.2.5	Klausul om lønns- og arbeidsvilkår .....	134	<b>18</b>	<b>Kommunikasjon og elektroniske verktøy</b> .....	163
15.3	Kontraktvarighet .....	134	18.1	Innledning .....	163
15.3.1	Innledning .....	134	18.2	Generelt om bruk av elektroniske løsninger i konkurransefasen .....	164
15.3.2	Generelt om kontraktvarighet ....	134	18.3	Regler om elektronisk kommunikasjon .....	165
15.3.3	Tidsbegrensede kontrakter .....	135	18.3.1	Gjeldende rett .....	165
15.4	Rammeavtaler .....	136	18.3.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	166
15.4.1	Innledning .....	136	18.3.3	Utvalgets vurderinger .....	167
15.4.2	Gjeldende rett .....	136	18.3.4	Utvalgets vurderinger av hvilke regler som skal gjelde frem til nye regler om elektronisk kommunikasjon er gjennomført ...	168
15.4.3	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	137	18.4	Særlige elektroniske løsninger ....	169
15.4.4	Utvalgets vurderinger .....	138	18.4.1	Dynamiske innkjøpsordninger ....	169
15.5	Endring av eksisterende kontrakt .....	138	18.4.2	Elektronisk auksjon .....	171

18.4.3	Elektroniske kataloger .....	171	21.4.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	191
18.4.4	Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget .....	172	21.4.3	Utvalgets vurderinger .....	192
<b>19</b>	<b>Konkurransegrunnlag</b> .....	<b>173</b>	21.5	Endringer i tildelingskriteriene ....	192
19.1	Innledning .....	173	21.5.1	Gjeldende rett .....	192
19.2	Plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag .....	173	21.5.2	Utvalgets vurderinger .....	193
19.2.1	Gjeldende rett .....	173	21.6	Tildelingskriterier ved kontrakter om særlige tjenester .....	193
19.2.2	Utvalgets vurderinger .....	173	<b>22</b>	<b>Kunngjøring</b> .....	<b>194</b>
19.3	Konkurransegrunnlagets innhold	174	22.1	Innledning .....	194
19.3.1	Gjeldende rett .....	174	22.2	Kunngjøring av konkurranse .....	195
19.3.2	Utvalgets vurderinger .....	175	22.2.1	Gjeldende rett .....	195
19.4	Særlig om beskrivelsen av anskaffelsen .....	176	22.2.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	195
19.4.1	Gjeldende rett .....	176	22.2.3	Utvalgets vurderinger .....	196
19.4.2	Utvalgets vurderinger .....	177	22.3	Unntak fra kunngjøringsplikten ..	196
19.5	Endringer i konkurransegrunnlaget i perioden mellom kunngjøring og kontraktsinngåelse .....	177	22.3.1	Særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien .....	196
19.5.1	Gjeldende rett .....	177	22.3.2	Tjenestekontrakter til vinner(e) av en plan- og designkonkurranse	196
19.5.2	Utvalgets vurderinger .....	178	22.4	Kunngjøring av konkurranse-resultater .....	196
<b>20</b>	<b>Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon</b> .....	<b>180</b>	22.4.1	Gjeldende rett .....	196
20.1	Innledning .....	180	22.4.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	197
20.2	Kvalifikasjonskrav .....	180	22.4.3	Utvalgets vurderinger .....	197
20.2.1	Gjeldende rett .....	180	<b>23</b>	<b>Frister</b> .....	<b>199</b>
20.2.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	182	23.1	Frist for levering av forespørsel om å delta i konkurransen og tilbud .....	199
20.2.3	Utvalgets vurderinger .....	182	23.1.1	Gjeldende rett .....	199
20.3	Dokumentasjon .....	183	23.1.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	199
20.3.1	Gjeldende rett .....	183	23.1.3	Utvalgets vurderinger .....	199
20.3.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	183	23.2	Vedståelsesfrist .....	199
20.3.3	Utvalgets vurderinger .....	184	23.2.1	Gjeldende rett .....	199
20.4	Særlig om ettersending og supplering av dokumentasjon .....	186	23.2.2	Utvalgets vurderinger .....	200
20.4.1	Gjeldende rett .....	186	23.3	Fristberegning .....	200
20.4.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	186	23.3.1	Gjeldende rett .....	200
20.4.3	Utvalgets vurderinger .....	187	23.3.2	Utvalgets vurderinger .....	200
<b>21</b>	<b>Tildelingskriterier</b> .....	<b>188</b>	<b>24</b>	<b>Tilbudet</b> .....	<b>201</b>
21.1	Innledning .....	188	24.1	Innledning .....	201
21.2	Modeller for tildeling av kontrakt	188	24.2	Tilbudets form og innhold .....	201
21.2.1	Gjeldende rett .....	188	24.2.1	Formelle krav .....	201
21.2.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	189	24.2.2	Avvik .....	202
21.2.3	Utvalgets vurderinger .....	189	24.2.3	Uklarheter .....	202
21.3	Vekting av tildelingskriterier .....	190	24.2.4	Tilbakekall og endring av tilbud ..	203
21.3.1	Gjeldende rett .....	190	24.2.5	Alternative tilbud .....	204
21.3.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	190	24.2.6	Parallele tilbud .....	205
21.3.3	Utvalgets vurderinger .....	190	24.3	Oppdragsgivers håndtering av tilbud .....	206
21.4	Særlig om grensen mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav .....	191	24.3.1	Registrering av innkomne tilbud ..	206
21.4.1	Gjeldende rett .....	191	24.3.2	Tilbudsåpning .....	206
			24.4	Oppdragsgivers evaluering av leverandørenes kvalifikasjoner og tilbudte ytelser – rekkefølge .....	206

24.4.1	Gjeldende rett .....	206	25.7.1	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	241
24.4.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	207	25.7.2	Utvalgets vurderinger .....	242
24.4.3	Utvalgets vurderinger .....	207	25.8	Uttestengingsperioden .....	242
<b>25</b>	<b>Avvisning</b> .....	<b>208</b>	25.8.1	Gjeldende rett .....	242
25.1	Innledning .....	208	25.8.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	242
25.2	Direktivbestemmelser om avvisning .....	209	25.8.3	Utvalgets vurderinger .....	243
25.2.1	Gjeldende rett .....	209	25.9	Identifikasjon .....	243
25.2.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	210	25.10	Begrepet «rettskraftig dom» .....	243
25.3	Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren .....	210	25.11	Forhold ved underleverandører ...	244
25.3.1	Generelt .....	210	25.11.1	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	244
25.3.2	Avvisningsgrunner som følger direkte av anskaffelsesdirektivet ..	211	25.11.2	Utvalgets vurderinger .....	244
25.3.3	«Særnorske» avvisningsgrunner ..	221	<b>26</b>	<b>Avlysning av konkurransen</b> .....	<b>245</b>
25.3.4	Ny bestemmelse om avvisning ved tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten .....	223	26.1	Innledning .....	245
25.3.5	Utvalgets samlede vurderinger ....	224	26.2	Adgangen til å avslutte konkurransen uten å tildele kontrakt .....	245
25.4	Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet .....	224	26.2.1	Gjeldende rett .....	245
25.4.1	Generelt .....	224	26.2.2	Utvalgets vurderinger .....	245
25.4.2	Tilbud som er levert etter tilbuds- fristens utløp .....	225	<b>27</b>	<b>Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester</b> .....	<b>247</b>
25.4.3	Tilbud som ikke oppfyller visse krav til tilbudets utforming .....	226	27.1	Innledning .....	247
25.4.4	Alternative tilbud som ikke oppfyller kravene til slike tilbud ...	227	27.2	Tjenester som er omfattet av direktivets særregler .....	248
25.4.5	Tilbud som inneholder vesentlige avvik eller vesentlige forbehold ...	227	27.3	Helse- og sosialsektoren .....	248
25.4.6	Tilbud med avvik mv. som medfører relativ bedømmelses- tvil .....	231	27.3.1	Innledning .....	248
25.4.7	Tilbud som inneholder ikke ubetydelige avvik, forbehold, feil mv. ....	232	27.3.2	Særtrekk ved helse- og sosial- tjenester .....	249
25.4.8	Unormalt lave tilbud .....	234	27.4	Utvalgets vurderinger .....	251
25.4.9	Tilbud som ikke er signert, eller som for øvrig ikke kan anses bindende .....	236	27.4.1	Behovet for særregulering .....	251
25.4.10	Nye avvisningsgrunner .....	237	27.4.2	Anvendelsesområdet .....	252
25.4.11	Nærmere om plikten til å prissette avvik .....	238	27.4.3	Kunngjøring .....	253
25.5	Fremgangsmåten ved avvisning ..	238	27.4.4	Regler om tildeling av kontrakt – generelt .....	254
25.5.1	Gjeldende rett .....	238	27.4.5	Særregler om brukervalg .....	255
25.5.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	239	27.4.6	Andre særregler .....	259
25.5.3	Utvalgets vurderinger .....	240	27.4.7	Kontrakter som reserveres særlige organisasjoner .....	260
25.6	Krav til bevis for leverandørens forhold .....	240	<b>28</b>	<b>Utvalgets alternative forslag til regler – et minimums- regelverk</b> .....	<b>262</b>
25.6.1	Gjeldende rett .....	240	28.1	Innledning .....	262
25.6.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	241	28.2	Forskrift om offentlige anskaffelser del I .....	262
25.6.3	Utvalgets vurderinger .....	241	28.3	Det danske regelverket for vare- og tjenestekontrakter under EU/EØS-terskelverdiene .....	262
25.7	Self-cleaning .....	241	28.4	Utvalgets vurdering .....	263
			28.4.1	Generelt .....	263
			28.4.2	Flertallets syn .....	264
			28.4.3	Mindretallets syn .....	265
			28.4.4	Avslutning – forslag om prøve- prosjekt .....	266

<b>29</b>	<b>Særlige direktivbestemmelser i forskriftens del I</b> .....	267	31.2.1	Innledning .....	280
29.1	Innledning .....	267	31.2.2	Økonomisk vurdering av effekter ved dagens regelverk .....	280
29.2	Taushetsplikt .....	267	31.2.3	Administrative effekter ved dagens regelverk .....	285
29.2.1	Gjeldende rett .....	267	31.2.4	Andre vesentlige konsekvenser ....	285
29.2.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	267	31.3	Vurdering av økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser ved utvalgets forslag til nytt regelverk .....	286
29.3	Interessekonflikter (habilitet) .....	268	31.3.1	Innledning .....	286
29.3.1	Gjeldende rett .....	268	31.3.2	Økonomiske konsekvenser ved nytt regelverk .....	286
29.3.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	268	31.3.3	Administrative konsekvenser ved nytt regelverk .....	287
29.4	Forberedende markedsundersøkelser og bruk av rådgivere .....	268	31.3.4	Andre vesentlige konsekvenser ved nytt regelverk .....	288
29.4.1	Gjeldende rett .....	268	<b>32</b>	<b>Forslag til ny lov- og forskriftstekst</b> .....	289
29.4.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	268	32.1	Utkast til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser .....	289
29.5	Adgang til å reservere konkurransen til skjermede virksomheter .....	269	32.2	Utkast til endringer i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser .....	289
29.5.1	Gjeldende rett .....	269	32.2.1	Forskriftens del I. Alminnelige bestemmelser .....	289
29.5.2	Nytt anskaffelsesdirektiv .....	269	32.2.2	Forskriftens del II. Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester .....	290
<b>Del III</b>	<b>Avsluttende del</b> .....	271	32.2.3	Forskriftens del IV. Øvrige prosedyrer .....	294
<b>30</b>	<b>Anskaffelsesregelverket i en større sammenheng</b> .....	273	<b>33</b>	<b>Oversikt over utvalgets forslag og vurderinger sammenholdt med gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser</b> .....	295
30.1	Bakgrunn .....	273	<b>Vedlegg</b>		
30.2	Viktige forutsetninger for å profesjonalisere offentlig anskaffelsesvirksomhet .....	275	1	Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester som er omfattet av direktiv 2014/24/EU artikkel 74 .....	300
30.2.1	Innledning .....	275			
30.2.2	Gode anskaffelser .....	275			
30.2.3	Lederskap .....	275			
30.2.4	Organisering .....	276			
30.2.5	Styring .....	276			
30.2.6	Medarbeidere (kompetanse) .....	276			
30.2.7	Systemer og teknologi .....	277			
30.2.8	Leverandørmarkedet .....	277			
30.2.9	Samarbeidspartnere .....	277			
30.2.10	Anskaffelsesprosesser .....	277			
<b>31</b>	<b>Økonomiske og administrative konsekvenser</b> .....	280			
31.1	Innledning .....	280			
31.2	Økonomisk og administrativ vurdering av dagens regelverk .....	280			

#### Utrykt vedlegg:

#### Oversikt over norske offentlige anskaffelser i perioden 2009–2012

## Forkortelser

### Følgende forkortelser er brukt i denne NOU

#### **Forenklet henvisning**

Lov om offentlige anskaffelser eller anskaffelsesloven

Forskrift om offentlige anskaffelser eller anskaffelsesforskriften

Forsyningsforskriften

Direktiv 2004/17/EF eller forsyningsdirektivet

Direktiv 2004/18/EF eller anskaffelsesdirektivet

Direktiv 2014/23/EU eller konsesjonskontraktdirektivet

Direktiv 2014/24/EU eller nytt anskaffelsesdirektiv

Direktiv 2014/25/EU eller nytt forsyningsdirektiv

FADs veileder

#### **Fullt navn**

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innen for vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser og om opphevelse av direktiv 2004/18/EF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innen for vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om opphevelse av direktiv 2004/17/EF

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, desember 2013

Arrowsmith	Arrowsmith, Sue. (2005). <i>The Law of Public and Utilities Procurement</i> (2. utgave). London: Sweet & Maxwell.
Dragsten	Dragsten, Marianne H. (2013). <i>Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger</i> . Oslo: Universitetsforlaget.
Steinicke og Groesmeyer	Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer. (2008). <i>EU's Udbudsdirektiver med kommentarer</i> (2. utgave). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
PwC-rapporten	PricewaterhouseCoopers AS. (2013). <i>Oversikt over norske offentlige anskaffelser i perioden 2009 – 2012</i> .

*Del I*  
*Alminnelige motiver*





## Kapittel 1

# Sammendrag

### 1.1 Oversikt

---

Formålet med Forenklingsutvalgets arbeid har vært å vurdere og foreslå endringer i den såkalte særnorske delen av gjeldende regelverk for offentlige anskaffelser, innenfor klassisk sektor. Med særnorske regler menes den delen av anskaffelsesregelverket som ikke innebærer en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF i norsk rett. Dette innebærer en gjennomgang av lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser, primært forskriftens del I og II.

Utvalget legger i denne utredningen frem forslag til nye bestemmelser i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Utredningen er delt inn i fem hoveddeler: Del I består av et sammendrag (kapittel 1), omtale av utvalgets mandat og arbeid (kapittel 2), anskaffelsesregelverkets utvikling i norsk rett (kapittel 3), utredning om offentlige anskaffelser i Norge i perioden 2009–2012 (kapittel 4) og beskrivelse av tilsvarende regelverk i Sverige og Danmark (kapittel 5).

I del II gjennomgår utvalget sine materielle forslag. Det redegjøres her for regelverkets oppbygning (kapittel 6), forholdet mellom de ulike delene i regelverket (kapittel 7), overordnede betraktninger om forslaget til nytt nasjonalt regelverk (kapittel 8), regelverkets formål (kapittel 9), grunnleggende prinsipper (kapittel 10), hvordan ikke-anskaffelsesfaglige hensyn bør ivaretas i regelverket (kapittel 11), unntak fra regelverket (kapittel 12), terskelverdier (kapittel 13), skriftlighetskrav (kapittel 14), regler om kontrakten (kapittel 15), anskaffelsesprosedyrer (kapittel 16), utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser (kapittel 17), kommunikasjon og elektroniske verktøy (kapittel 18), konkurransegrunnlag (kapittel 19), kvalifikasjonskrav og dokumentasjon (kapittel 20), tildelingskriterier (kapittel 21), kunngjøring (kapittel 22), frister (kapittel 23), tilbudet (kapittel 24), avvising (kapittel 25), avlysning (kapittel 26), særlige regler for helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester (kapittel

27), et alternativ forslag til regelverk – et minimumsregelverk (kapittel 28) og særlige direktivbestemmelser som i dag er gjennomført i forskriftens del I, og som utvalget ikke har forslag til endringer av (kapittel 29). Utvalgets dissenser fremgår i tilknytning til hvert enkelt tema/kapittel.

I del III, utredningens avsluttende del, påpeker utvalget at anskaffelsesregelverket bare er en del av en større sammenheng; oppmerksomhet også om andre forutsetninger vil kunne bidra til å forenkle og effektivisere offentlig anskaffelsesvirksomhet (kapittel 30). Videre redegjøres det for økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag (kapittel 31). Til slutt er inntatt utvalgets forslag til endringer i lov og forskrift om offentlige anskaffelser (kapittel 32) og en oversikt over utvalgets forslag og vurderinger sammenholdt med gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser (kapittel 33).

### 1.2 Utvalgets materielle forslag

---

#### 1.2.1 Formål

Utvalget foreslår endringer i anskaffelsesloven § 1. Etter utvalgets vurdering er det behov for å tydeliggjøre skillet mellom mål og middel i anskaffelsesretten. Anskaffelsesloven § 1 bør rendyrkes som formålsbestemmelse, mens henvisninger til virkemidler for å realisere de målene som er satt, bør tas ut av formålsbestemmelsen og synliggjøres som nettopp virkemidler.

Utvalgets flertall foreslår at effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter angis som et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket. Forslaget innebærer ikke de store realitetsendringene, til tross for at det gjøres betydelige språklige endringer i gjeldende formålsbestemmelse.

Flertallet understreker at formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser må tillegges særlig vekt ved tolkningen av regelverket under EU/EØS-terskelverdiene. Svært mange anskaffelser

under EU/EØS-terskelverdiene gjelder små verdier. Ved tvil om hvordan anskaffelsesregelverket skal forstås, bør man derfor etter flertallets vurdering legge til grunn den løsning som fremmer effektiv ressursbruk, fremfor løsninger som isolert sett fremmer konkurranse, men som pålegger oppdragsgiver ekstra utgifter som ikke står i forhold til anskaffelsen.

Utvalgets mindretall foreslår at formålet angis å være størst mulig samlet verdiskaping, basert på effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse, samtidig som oppdragsgiver opptrer med stor integritet og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte. Med dette ønsker mindretallet å fremme at formålet med offentlige anskaffelser er bredere. I «samfunnstjenlig» ligger både krav til åpenhet og kontroll, samt ivaretagelse av viktige samfunnshensyn som miljø og innovasjon.

### 1.2.2 Grunnleggende prinsipper

Utvalget foreslår endringer i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Forslaget innebærer en opprydning og klargjøring av de grunnleggende prinsippene sammenlignet med hvordan de kommer til uttrykk i regelverket i dag. Utvalget understreker at forslaget ikke er ment å innebære realitetsendringer.

Utvalget foreslår å samle de grunnleggende prinsippene i én felles bestemmelse i anskaffelsesloven § 5. Som konsekvens vil anskaffelsesforskriften § 3-1 ikke bli videreført som egen bestemmelse.

Utvalgets flertall foreslår å reddyke prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet i lovteksten. Etter utvalgets vurdering fanges innholdet i øvrige prinsipper i gjeldende regelverk opp av disse prinsippene. Det fremheves at forholdsmessighetsprinsippet er av stor betydning for å realisere formålet om effektiv ressursbruk.

Utvalgets mindretall foreslår at lovteksten i tillegg uttrykkelig skal nevne prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvbarehet.

### 1.2.3 Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn

I utvalgets mandat fremgår det at utvalget ikke skal «[v]urdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregelverket skal benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn».

Utvalget er ikke samstemt om hvordan mandatet skal forstås. Utvalget er enig om at dette i alle fall skal tolkes slik at utvalget ikke skal foreslå nye bestemmelser om nye ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Når det gjelder eksisterende bestemmelser, er utvalget delt i et flertall og flere mindretall. Flertallet mener at det ligger innenfor mandatet å uttale seg om gjeldende særnorske bestemmelser som regulerer ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Det samme flertallet ønsker ut fra et forenklingsspektiv at gjeldende bestemmelser som tradisjonelt anses å ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, tas ut av regelverket. Begrunnelsene varierer noe, men alle forslagene baseres også på et ønske om å reddyke lovens formål gjennom hele regelverket. Det påpekes også at gjeldende bestemmelser er lite egnet til å ivareta de hensyn som de opprinnelig skulle ivareta.

Utvalgets mindretall mener prinsipielt at utvalget ikke skal uttale seg om disse spørsmålene, men under henvisning til at flertallet har gjort dette, påpeker mindretallet at de bestemmelser som i dag finnes i regelverket om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, skal bestå. Mindretallet begrunner sitt syn med et ønske om at regelverket skal gi en signaleffekt og skape bevissthet hos oppdragsgiver om sentrale forhold, samt at det offentlige som en betydelig økonomisk aktør bør bruke sin tyngde som innkjøpsmakt til å påvirke viktige samfunnsinteresser i ønsket retning. Det offentlige har et særlig ansvar for å tilrettelegge for at seriøse bedrifter blir tildelt kontrakter. Gjeldende regler på området som dekker ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, bidrar til et seriøst arbeidsliv og næringsliv og til at oppdragsgiver er bevisst på problemene.

### 1.2.4 Unntak

#### 1.2.4.1 Kontrakter med anslått verdi under 100 000 kroner

Utvalgets flertall foreslår å unnta kontrakter med en anslått verdi under 100 000 kroner fra anskaffelsesregelverket. Etter flertallets vurdering er forslaget et betydelig forenklingstiltak.

Utvalgets mindretall ønsker ikke at anskaffelser under 100 000 kroner skal unntas fra anskaffelsesregelverket. Mindretallet viser til at det er et poeng i seg selv at de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet skal gjelde ved alle anskaffelser.

#### 1.2.4.2 *Kontrakter som er omfattet av unntaksbestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv*

Utvalgets utgangspunkt er at anskaffelser som er unntatt direktivet, også bør være unntatt det norske anskaffelsesregelverket. Med andre ord skal ingen anskaffelsesregler gjelde når oppdragsgiver inngår slike kontrakter. For enkelte av kontraktene er utvalget likevel av den oppfatning at oppdragsgiver bør pålegges en plikt til å sikre konkurranse. Disse kontraktene bør etter utvalgets vurdering være underlagt anskaffelsesregelverkets grunnleggende regler i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens del I (men altså være unntatt de detaljerte prosedyrereglene i del II og del III).

#### 1.2.4.3 *Kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet*

Utvalget foreslår å videreføre bestemmelsen om at kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, unntas fra anskaffelsesregelverket.

#### 1.2.4.4 *Unntak fra detaljerte prosedyreregler for visse kontrakter*

*Kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon*

Utvalgets flertall foreslår at unntaket for kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles ideelle organisasjoner, ikke videreføres over EU/EØS-terskelverdien. Etter flertallets vurdering er det tvilsomt om denne særreguleringen av kontrakter om helse- og sosialtjenester er i samsvar med EU/EØS-retten.

Flertallet foreslår at unntaket heller ikke videreføres under EU/EØS-terskelverdien. Etter flertallets vurdering må brukernes behov må stå i sentrum. Da er det av mindre betydning om leverandøren er en ideell eller kommersiell aktør. Det kan heller ikke ha utslagsgivende vekt at ideelle organisasjoner opplever ikke å være konkurransedyktige på pris fordi de gjennomgående har kostbare pensjonsordninger og således blir tvunget til å tilby høyere priser enn andre aktører.

Utvalgets mindretall foreslår at unntaket videreføres både over og under EU/EØS-terskelverdien for særlige tjenester. Mindretallet mener da også at ideelle organisasjoner har særegne kvaliteter som kan være avgjørende nettopp for brukernes rehabilitering. Disse særegne kvalitetene har betydning for de mest utsatte gruppene i sam-

funnet innen tjenesteområder som rus, barnevern og psykisk helse.

#### *Kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester*

Utvalget foreslår at unntaket for tildeling av kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester strykes både over og under EU/EØS-terskelverdien. Utvalget ser ingen grunner til at disse tjenestene skal reguleres på en annen måte enn andre helse- og sosialtjenester. I tillegg viser utvalget til at det nye direktivet er til hinder for en videreføring av unntaket over EU/EØS-terskelverdien.

#### *Kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere*

Utvalget stiller seg tvilende til om et unntak som det som er foreslått av departementet, vil kunne opprettholdes i forbindelse med gjennomføringen av nytt anskaffelsesdirektiv. Utvalget er likevel av den oppfatning at lovgiver må løse konflikten mellom anskaffelsesreglene og helsepersonellovens taushetspliktregler. Det er uholdbart at oppdragsgiver kan bli stilt i en situasjon der han blir tvunget til å bryte det ene eller det andre av disse to regelsettene. Ettersom det neppe er EU/EØS-rettslig mulig å innføre et unntak i anskaffelsesregelverket over EU/EØS-terskelverdien som løser konflikten, mener utvalget det er nødvendig å gjøre endringer i helsepersonellovens taushetspliktregler. Dersom taushetspliktreglene ikke endres, må et slikt unntak nødvendigvis innføres for at oppdragsgivere ikke skal bli tvunget til å bryte det ene eller det andre av disse to regelsettene.

Mot denne bakgrunn inneholder utvalgets forslag til nytt regelverk ikke noen egen unntaksbestemmelse for tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.

#### 1.2.4.5 *Unntak fra detaljerte prosedyreregler i særlige situasjoner*

Etter gjeldende forskrift § 2-1 annet ledd bokstav a–f kan oppdragsgiver i visse situasjoner påberope seg regler som gir unntak fra anskaffelsesforskriftens del II. Utvalget foreslår å videreføre disse unntaksreglene – enkelte av dem med visse justeringer og presiseringer. Sentralt for utvalget er at samtlige unntak gir oppdragsgiver mulighet til å velge en fremgangsmåte som sikrer mest mulig effektiv ressursbruk i gitte situasjoner.

Utvalget foreslår i tillegg å innføre et unntak for dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en konkurranse er blitt avlyst, eller fordi det har oppstått tvist om gjennomføringen av en konkurranse.

#### 1.2.4.6 Særlige regelsett for visse kontrakter/ konkurranser

##### *Plan- og designkonkurranser*

Utvalget foreslår å videreføre det særlige regelverket for plan- og designkonkurranser, uavhengig av oppdragets verdi. Det innebærer at samtlige konkurranser om oppdrag som omfattes av definisjonen av en plan- og designkonkurranse, skal gjennomføres etter disse særlige reglene, også oppdrag under EU/EØS-terskelverdiene.

##### *Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål*

Utvalget foreslår å stryke de særlige reglene om bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål. Når reglene ikke kan videreføres over EU/EØS-terskelverdien, ser utvalget ikke grunnlag for å opprettholde reglene under terskelen.

#### 1.2.5 Terskelverdier

Utvalget har vurdert om den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner skal videreføres, og om den bør differensieres for forskjellige typer kontrakter. Vurderingene er basert på eksisterende studier av samfunnsøkonomiske konsekvenser, hvordan andre EU-land fastsetter nasjonale terskelverdier, samt undersøkelsen av offentlige anskaffelser i Norge i perioden 2009–2012 som PwC har utført på oppdrag fra utvalget.

Utvalgets flertall foreslår å videreføre den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner for alle kontrakter som er omfattet av regelverket. Ut fra et forenklingperspektiv ønsker flertallet ikke at terskelverdien differensieres for forskjellige typer kontrakter.

Mindretallet fordeler seg på følgende ulike forslag:

- Den nasjonale terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter heves til 600 000 kroner i tråd med den generelle prisutviklingen i samfunnet i perioden 2005–2013, mens terskelverdien heves til 3 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter.
- Den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner videreføres for alle vare- og tjenestekon-

trakter, mens terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter heves til 3 millioner kroner.

- Den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner videreføres for alle kontrakter som er omfattet av regelverket, men slik at terskelverdien for kontrakter om særlige tjenester skal være 3 millioner kroner.
- Den nasjonale terskelverdien heves til 600 000 kroner for vare- og tjenestekontrakter og til 3 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter. Terskelverdien skal også være 3 millioner kroner for kontrakter om særlige tjenester.

Utvalget foreslår at skriftlighetskravet skal gjelde for anskaffelser over 100 000 kroner.

#### 1.2.6 Skriftlighetskrav

Utvalget foreslår å videreføre skriftlighetskravet for anskaffelser som overstiger 100 000 kroner. Etter utvalgets vurdering er skriftlighetskravet en nyttig tydeliggjøring av gjennomsiktighetsprinsippet. For de minste anskaffelsene tilsier imidlertid hensynet til effektiv ressursbruk og forholdsmessighetsprinsippet at oppdragsgiver fritas fra dette kravet.

Utvalgets flertall mener at plikten til å føre protokoll fremstår overflødig og gammeldags ved siden av det generelle skriftlighetskravet og foreslår derfor at den fjernes.

Utvalgets mindretall foreslår å videreføre protokollplikten.

#### 1.2.7 Kontrakt

##### 1.2.7.1 Kontraktsvilkår og kontraktsstandarder

Gjeldende forskrift inneholder bestemmelser som regulerer bruken av kontraktsvilkår. Det nye anskaffelsesdirektivet viderefører en bestemmelse om kontraktsvilkår, og Norge er således forpliktet til å innføre en slik bestemmelse for så vidt gjelder anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget foreslår at en slik bestemmelse plasseres i forskriftens fellesdel, og overlater til departementet å utforme denne.

Anskaffelsesforskriften inneholder også en bestemmelse som oppfordrer oppdragsgivere til å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder. Utvalgets flertall ønsker ikke å videreføre denne bestemmelsen. Selv om flertallet mener det er viktig at offentlige kontrakter som hovedregel bruker balanserte vilkår, mener det ikke at det er behov for å regulere dette i forskriften. En slik

bestemmelse har ikke noe rettslig innhold og er av mer motiverende art, og bruk av slike kontraktsstandarder bør heller fremmes gjennom veiledning mv. Utvalgets mindretall mener at regelen om kontraktsstandarder må opprettholdes, blant annet fordi dette er en nødvendig og god påminnelse for å understreke et viktig hensyn.

#### 1.2.7.2 *Rammeavtaler*

Anskaffelsesforskriften regulerer bruken av rammeavtaler. Reglene i forskriftens del II er nokså omfattende og detaljerte, og er nesten identiske med bestemmelsene i del III.

Utvalget foreslår en mer overordnet bestemmelse om rammeavtaler som bygger på ordlyden i det nye forsyningsdirektivet. Dette innebærer at det ikke oppstilles detaljerte prosedyrer for avrop, men at det bare presiseres at tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale skal skje på bakgrunn av objektive regler og kriterier, som kan innebære at det iverksettes en ny konkurranse blant de aktuelle leverandørene. Det vil ikke i bestemmelsen bli sondret mellom rammeavtaler mellom en eller flere leverandører. Forslaget er ment å gi oppdragsgiver større fleksibilitet enn over EU/EØS-terskelverdiene, ved ikke å detaljregulere hvordan det skal gjøres avrop på rammeavtalene.

Utvalget foreslår å videreføre bestemmelsen om at det som hovedregel skal gjelde en begrensning på fire år for en rammeavtales varighet, med unntak av tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand. En slik begrensning skal imidlertid ikke gjelde for rammeavtaler om helse- og sosialtjenester.

#### 1.2.7.3 *Endring av eksisterende kontrakt*

Gjeldende anskaffelsesregelverk inneholder ingen eksplisitte regler om adgangen til å foreta endringer i eksisterende kontrakter. Reglene innebærer imidlertid at vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt vil bli sett på som inngåelse av en ny kontrakt, og dette har blitt slått fast av EU-domstolen. Det nye anskaffelsesdirektivet inneholder en bestemmelse om adgangen til å foreta endringer i kontrakt som primært kodifiserer gjeldende rett, men som også på noen punkter går lenger.

Utvalget er av den oppfatning at reglene om endring av kontrakt som fremgår av den nye direktivbestemmelsen, i hovedtrekk følger av de generelle prinsippene om blant annet likebehandling og gjennomsiktighet. Den må derfor i

utgangspunktet gjelde for anskaffelser både over og under EU/EØS-terskelverdiene. Mot denne bakgrunn foreslår utvalget at de nye bestemmelsene om endring i kontrakt innføres i forskriftens fellesdel (del I), og det overlates til departementet å utforme den nærmere ordlyden.

Utvalgets flertall understreker imidlertid at grensen for hva som skal anses som vesentlig, ikke nødvendigvis må være helt lik i de forskjellige deler av forskriften. Etersom oppdragsgivere generelt skal ha mer fleksibilitet i henhold til forskriftens del II, og enda mer i henhold til forskriftens del I, vil adgangen til å gjøre endringer i kontrakter som inngås etter disse delene, også være videre. Dette er også helt i samsvar med prinsippet om forholdsmessighet. Utvalgets mindretall er uenig i at det skal være ulik fortolkning av vesentlighetskravet over og under EU/EØS-terskelverdiene fordi dette vil skape stor usikkerhet for oppdragsgivere.

Et samlet utvalg mener imidlertid at det skal mye til for å konstatere at en endring i en kontrakt om helse- og sosialtjenester er vesentlig, når endringen er begrunnet i brukerens behov og kontraktens formål.

#### 1.2.7.4 *Adgangen til å dele opp en kontrakt*

Oppdragsgiver har i dag adgang til å dele opp en kontrakt i delkontrakter, uten at anskaffelsesregelverket inneholder særskilte bestemmelser om dette. Det nye anskaffelsesdirektivet kodifiserer denne adgangen.

Utvalget ønsker at det fortsatt skal være mulig for oppdragsgiver å dele opp en kontrakt, men ser imidlertid ikke noe behov for å innføre nye bestemmelser i forskriftens del II, svarende til de nye direktivbestemmelsene. Utvalget er av den oppfatning at oppdragsgiver innenfor regelverkets ramme kan legge til rette for oppdeling av kontrakter. Utvalget foreslår derfor ikke en plikt til oppdeling eller en plikt til å vurdere oppdeling. Utvalget vil heller ikke foreslå eksplisitte bestemmelser om at oppdragsgiver kan begrense antallet av kontrakter som tildeles en og samme leverandør, eller om at oppdragsgiver kan slå flere delkontrakter sammen i en kontrakt hvis dette faller best ut i henhold til tildelingskriteriene.

#### 1.2.7.5 *Bruk av underleverandører*

Gjeldende anskaffelsesregelverk regulerer ikke bruken av underleverandører direkte. Det inneholder bare noen få bestemmelser om hvilke opplysninger om eventuelle krav relatert til underle-

verandører som skal fremgå av konkurransegrunnlaget. Det nye anskaffelsesdirektivet inneholder en bestemmelse om underleverandører som dels viderefører dagens regler om hvilke opplysninger som oppdragsgiver kan og skal etterspørre i konkurransegrunnlaget, dels innfører en rekke nye bestemmelser om bruk av underleverandører. Dette gjelder blant annet en ny frivillig bestemmelse om oppdragsgivers mulighet til å betale direkte til underleverandøren, og en bestemmelse om at hovedleverandøren skal gi visse opplysninger om de underleverandører som faktisk skal utføre bygge- og anleggsarbeider og visse tjenester. Endelig inneholder det nye direktivet en rekke bestemmelser om hvordan det sikres at underleverandørene overholder deres forpliktelser på miljø- og arbeidsområdet og internasjonale menneskerettigheter, samt en bestemmelse om at oppdragsgiver har adgang til å undersøke om underleverandøren skal eller kan avvises på grunn av forhold ved leverandøren.

Utvalget foreslår ikke en detaljert liste over hvilke opplysninger konkurransegrunnlaget skal inneholde, og utvalget vil derfor heller ikke foreslå å innføre en særskilt bestemmelse om at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget kan etterspørre visse opplysninger om bruk av underleverandører. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke etter forskriftens del II blir forpliktet til å etterspørre opplysninger om underleverandører.

Utvalget vil heller ikke foreslå å innføre en regel om direkte betaling til underleverandører, blant annet fordi dette vil kunne forstyrre de alminnelige kontraktsrettslige insentiver for leverandøren til å oppfylle kontrakten.

Et mindretall foreslår å innføre en bestemmelse der det settes et øvre tak på maksimalt tre leverandører i kjeden, av hensyn til å bekjempe useriøsitet i arbeidslivet, særlig økonomisk kriminalitet og sosial dumping.

### 1.2.8 Prosedyrer

I gjeldende regelverk er tre ulike prosedyrer tillatt for anskaffelser som er omfattet av forskriftens del II: åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger. Disse anskaffelsesprosedyrene er likestilt. Det gjelder samtidig et forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser: Når oppdragsgiver har valgt anbudsprosedyren, er det ikke lov å endre tilbudene etter tilbudsfristens utløp. Det er i begrenset omfang adgang til å foreta visse avklaringer. Oppdragsgiver kan også innhente visse manglende

dokumenter eller supplerende opplysninger om leverandørenes kvalifikasjoner. Denne grensen mellom tillatte avklaringer mv. og ikke tillatte endringer reiser en rekke vanskelige problemstillinger i praksis og gir anledning til en rekke tvister.

Utvalgets flertall tar til orde for å gå bort fra tradisjonell anbudsrett. Flertallet foreslår å fjerne forhandlingsforbudet og gjøre forhandlinger til en mulig og valgfri del av alle konkurranser. Dette innebærer at gjeldende anskaffelsesprosedyrer i del II utgår og erstattes av to nye prosedyreformer: åpen og begrenset tilbudskonkurranse. Oppdragsgivers valg av om det skal forhandles eller ikke, utsettes til etter tilbudsfristen har løpt ut. Det er først når oppdragsgiver kjenner tilbudenes innhold, at han har et fullstendig grunnlag til å vurdere om det er behov for å forhandle. Oppdragsgiver kan da velge å innlede forhandlinger med en eller flere leverandører, eller han kan velge å tildele kontrakt på grunnlag av de innkomne tilbudene alene, uten at det blir gjennomført forhandlinger.

Hvor omfattende eventuelle forhandlinger skal være, skal være helt opp til oppdragsgiver. Det kan være alt fra en presentasjon av tilbudene og enkelte avklaringer og presiseringer, til fulle forhandlinger om mange sider av tilbudet. Det vil derfor heller ikke lenger være behov for særskilte regler om avklaringer. Oppdragsgiver har således mulighet til å invitere de leverandørene som har uklare tilbud eller tilbud med avvik, til forhandlinger i form av avklaringer mv. Dersom oppdragsgiver vil forhandle om konkrete elementer i tilbudene, for eksempel i form av prisforhandlinger, må utvelgelsen av de leverandører som skal delta i forhandlingene, skje på bakgrunn av de fastsatte tildelingskriteriene.

Utvalgets mindretall ser ikke behov for å fjerne anbudsinstuttet. Mindretallet ønsker å bevare dagens anskaffelsesprosedyrer, herunder anbudskonkurranser og forhandlingsforbudet. Dette begrunnes for det første i at anbudskonkurranser i dag er den mest benyttede prosedyreformen, og at dette i mange tilfeller vil være den mest effektive konkurranseformen. For det andre kan det være rasjonelt for oppdragsgiver, av hensynet til resultatet av konkurransen, på forhånd å binde seg til at forhandlinger ikke er en mulighet, og dette skaper større forutberegnelighet for leverandørene. For det tredje bør ikke forhandlingsbegrepet utvides til å omfatte avklaringer i tilbudet, men avgrenses som i dag til forhandlinger om pris, kvalitet og andre relevante forhold. En vid tolkning av forhandlingsbegrepet vil gjøre det

usikkert for leverandørene om det blir reelle forhandlinger, og dermed vanskelig for oppdragsgiver å tydelig binde seg til å forhandle. Endelig er mindretallet redd for at flertallets forslag vil svekke oppdragsgivers incitamenter til å gjøre et forsvarlig forarbeid, og at dette vil gi økt utbredelse av dårlige konkurransegrunnlag.

Mindretallet ønsker i stedet at forskriftens avvisningsregler gjøres mer fleksible ved å øke mulighetene for kommunikasjon og avklaringer, i tråd med regler i nytt anskaffelsesdirektiv om blant annet adgangen til å foreta utvidede avklaringer.

Når det gjelder øvrige prosedyre reformer som følger av nytt anskaffelsesdirektiv – konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap – vil et samlet utvalg ikke foreslå særskilt regulering i del II.

### 1.2.9 Utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regler om utvelgelse av leverandører i § 8-6, med et par mindre justeringer.

Etter gjeldende § 8-6 tredje ledd har oppdragsgiver plikt til å invitere et antall leverandører som vil sikre reell konkurranse om kontrakten, og ikke færre enn tre leverandører. Utvalget foreslår å stryke denne bestemmelsen. At oppdragsgiver skal sikre reell konkurranse om offentlige kontrakter, følger allerede av utvalgets forslag til ny formålsbestemmelse. Av samme grunn bør det heller ikke være noen plikt til å invitere minst tre leverandører – det sentrale er at oppdragsgiver sikrer reell konkurranse.

Utvalget foreslår heller ikke å videreføre presiseringen av at oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn en angitt nedre grense hvis ikke et tilstrekkelig antall leverandører har meldt sin interesse eller oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. § 8-6 tredje ledd annet punktum. Dette er helt selvsagt og trenger ikke stå uttrykkelig i forskriften.

### 1.2.10 Kommunikasjon og elektroniske verktøy

Det ligger et stort potensial for forenkling og effektivisering i å digitalisere anskaffelsesprosessen. Direktiv 2014/24/EU krever at all kommunikasjon som hovedregel skal foregå elektronisk. Utvalget foreslår at de samme reglene om elektronisk kommunikasjon innføres også under EU/EØS-terskelverdiene, og oppfordrer norske

myndigheter til å gjennomføre direktivets regler snarest mulig. Som strakstiltak foreslår utvalget at det innen 1. januar 2016 etableres en løsning for elektronisk levering av tilbud, fortrinnsvis knyttet til Doffin.

Frem til nye løsninger for elektronisk kommunikasjon er etablert i henhold til direktivets krav, foreslår utvalget at oppdragsgiver selv skal bestemme valg av kommunikasjonsmidler. Når det særlig gjelder levering av tilbud, foreslår utvalgets flertall at e-post skal være et tillatt kommunikasjonsmiddel. Utvalgets mindretall, tre medlemmer, mener at tilbud ikke bør kunne leveres med e-post som følge av manglende informasjonssikkerhet.

Utvalget foreslår å stryke gjeldende bestemmelser om dynamiske innkjøpsordninger og elektronisk auksjon som unødvendig detaljregulering i det nasjonale prosedyrereguleringverket.

### 1.2.11 Konkurransegrunnlag

Utvalget foreslår visse endringer i reglene om konkurransegrunnlag. Slik utvalget vurderer det, innebærer forslagene imidlertid neppe de store endringene i praksis. I hovedtrekk foreslår utvalget at oppdragsgiver skal ha plikt til å utarbeide et skriftlig konkurransegrunnlag ved alle anskaffelser, og at konkurransegrunnlaget skal inneholde en beskrivelse av anskaffelsen, kontraktsvilkårene og prosedyrereglene for konkurransen. Utvalget foreslår også at oppdragsgiver til enhver tid skal ha mulighet til å endre konkurransegrunnlaget, såfremt endringene etter kunnføringstidspunktet ikke er vesentlige.

### 1.2.12 Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon

#### 1.2.12.1 Kvalifikasjonskrav

Oppdragsgiver kan etter gjeldende regelverk stille minimumskrav til leverandørenes kvalifikasjoner, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. En oppdragsgiver som ønsker å stille kvalifikasjonskrav, står som utgangspunkt fritt til å bestemme hvilke. Det følger likevel noen begrensninger av regelverket, blant annet at kravene skal sikre at leverandøren er egnet til å gjennomføre kontrakten og at de står i forhold til den ytelse som skal leveres, og ikke må være diskriminerende.

Det nye anskaffelsesdirektivet gir, i likhet med direktiv 2004/18/EF, regler om hvilke kvalifikasjonskrav oppdragsgiver lovlig kan oppstille. Som noe nytt presiserer direktivet at kvalifikasjonskra-

vene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. Det fastsettes også som hovedregel et tak på to ganger kontraktsverdien for krav til leverandørenes årlige omsetning.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regel i forskriftens del II om at oppdragsgiver har rett, men ikke plikt, til å stille kvalifikasjonskrav. Utvalget ser ikke at vilkåret om at kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, har selvstendig innhold ved siden av vilkåret om de skal sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Utvalget mener også at det allerede følger av de grunnleggende prinsippene om henholdsvis forholdsmessighet og likebehandling at kravene må stå i forhold til kontraktsgjenstanden og ikke være diskriminerende. Utvalget foreslår derfor ikke at slike presiseringer tas inn i bestemmelsen i del II.

Utvalget foreslår heller ikke å innføre en hovedregel om et tak på to ganger kontraktsverdien for krav til leverandørenes årlige omsetning. Utvalget ønsker å overlate slike vurderinger til den enkelte oppdragsgiver, og peker på at forholdsmessighetsprinsippet uansett vil sette begrensninger for hvor strenge krav til omsetning, soliditet mv. som oppdragsgiver kan sette.

#### 1.2.12.2 Dokumentasjon

Når oppdragsgiver oppstiller kvalifikasjonskrav, følger det av gjeldende forskrift at han også må angi krav til dokumentasjon for at slike krav er oppfylt. Utover dette er det ikke gitt uttrykkelige regler om dokumentasjon. Således står oppdragsgiver som utgangspunkt fritt til å etterspørre den dokumentasjon oppdragsgiver selv mener er relevant for å vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt.

Det nye anskaffelsesdirektivet viderefører i hovedsak de detaljerte regler om dokumentasjon som i dag gjelder i forskriftens del III. Som noe nytt innføres det regler om at leverandørene alltid kan levere egenerklæringer som foreløpig bevis på at de oppfyller kvalifikasjonskrav som skal dokumenteres ved sertifikater/attester utstedt av offentlige myndigheter eller uavhengig tredjepart. En slik egenerklæring trer altså – foreløpig – i stedet for den dokumentasjon som oppdragsgiver har etterspurt, og oppdragsgiver kan da på ethvert tidspunkt i anskaffelsesprosessen kreve at leverandørene leverer inn den etterspurte dokumentasjonen. Oppdragsgiver skal be om slik dokumentasjon fra den leverandøren oppdragsgiver har til hensikt å tildele kontrakten, for å foreta en endelig vurdering av om denne leverandøren

er kvalifisert før kontrakten tildeles. Det nye egenerklæringsregimet vil kunne være ressursbesparende og forenkende, både for oppdragsgiver og leverandører.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regel om at oppdragsgiver skal ha plikt til å fastsette krav til dokumentasjon for oppfyllelse av de kvalifikasjonskrav som blir stilt. Utvalget foreslår også å innføre direktivets regel om at leverandører skal ha rett til å levere egenerklæring som foreløpig bevis på at de oppfyller kvalifikasjonskrav som skal dokumenteres ved sertifikater/attester utstedt av offentlige myndigheter eller uavhengig tredjepart. Videre foreslår utvalget at oppdragsgiver også skal kunne tillate levering av egenerklæring som foreløpig bevis på at leverandørene oppfyller kvalifikasjonskrav som skal dokumenteres på annen måte.

#### 1.2.13 Tildelingskriterier

Utvalget foreslår i hovedsak å videreføre gjeldende regler om tildelingskriterier. I det nye anskaffelsesdirektivet brukes «det mest økonomisk fordelaktige tilbudet» som et overordnet konsept for tildelingen av kontrakt. Utvalget foreslår å bruke denne terminologien også under EU/EØS-terskelverdiene, uten videre presisering. Begrepet dekker også tilfeller der oppdragsgiver angir laveste pris som eneste tildelingskriterium. Oppdragsgiver trenger dermed ikke velge nærmere tildelingsmodell (laveste pris, laveste kostnader eller beste forhold mellom pris og kvalitet), slik det nye direktivet krever. Hensikten er å gi oppdragsgiver en større fleksibilitet under terskelverdiene enn over.

Utvalget foreslår at oppdragsgiver ikke skal ha plikt til å oppgi tildelingskriterienes vekt. Etter gjeldende rett har oppdragsgiver plikt til dette hvis han har bestemt seg for vektingen på forhånd. Denne regelen foreslås strøket. Samtidig understrekes det at evalueringen – og dermed også vektingen – må være påregnelig.

Hva gjelder tildelingskriterier ved kjøp av helse- og sosialtjenester, foreslår utvalget at det presiseres at brukervalg kan brukes som tildelingskriterium.

#### 1.2.14 Kunngjøring

Utvalget foreslår å videreføre reglene om plikt til å kunngjøre konkurranse i gjeldende forskrift § 9-1. I tillegg foreslår utvalget at oppdragsgiver gis generell adgang til å velge mellom forhåndskunngjøring etter det nye direktivets artikkel 75, og



alminnelig kunngjøring. Forslaget bygger på at utvalget foreslår at kontrakter om særlige tjenester underlegges det nye nasjonale prosedyreregelverket. Forhåndskunngjøringer kan fremstå som en mer fleksibel løsning for mange oppdragsgivere enn alminnelige kunngjøringer.

Utvalgets flertall ønsker ikke å foreslå en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater under EU/EØS-terskelverdiene. Utvalgets mindretall ønsker imidlertid å innføre en slik plikt, slik oppdragsgiver har over EU/EØS-terskelverdiene.

Utvalget foreslår å stryke regelen om oppdragsgivers rett til å kunngjøre konkurranseresultater i gjeldende forskrift § 9-2. En slik rett vil oppdragsgiver ha uten at den er presisert i forskriften.

Oppdragsgiver skal likevel ha plikt til å kunngjøre resultatet av konkurranser om kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien på 750 000 euro, fordi dette følger av nytt direktiv artikkel 75 nr. 2.

### 1.2.15 Frister

Utvalget foreslår å videreføre regelen i gjeldende forskrift § 10-1 om at frister skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å innhente nødvendig dokumentasjon og foreta nødvendige undersøkelser og beregninger. Utvalget ønsker ikke å innføre absolutte frister. Det må være opp til den enkelte oppdragsgiver å vurdere hvor lange frister som kreves for den enkelte anskaffelse, ut fra det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende bestemmelse om vedståelsesfrist uten realitetsendringer. Utvalget foreslår videre at leverandører skal ha mulighet til å fristilles fra sine tilbud når de ikke inviteres til forhandlinger.

### 1.2.16 Tilbudet

#### 1.2.16.1 Formelle krav

Utvalget foreslår en opprydning i og modernisering av bestemmelsene om tilbud. Etter utvalgets vurdering bærer gjeldende regler preg av å være unødvendig detaljregulering.

Utvalget foreslår å videreføre kravet om at tilbud skal være skriftlig. Utvalget foreslår dernest å erstatte kravet om at tilbudet skal være signert, med et krav om at tilbudet skal være bindende. Etter utvalgets vurdering er det avgjørende at tilbudet binder leverandøren, ikke at det formelt er signert.

Utvalget foreslår å stryke kravene om at tilbud skal være lukket og merket. Etter utvalgets vurdering fremstår disse kravene noe gammeldags, og de har gitt opphav til enkelte rigide avgjørelser om avvisning av tilbud.

#### 1.2.16.2 Avvik

Etter den gjeldende anskaffelsesforskriften § 11-3 første punktum kan et tilbud inneholde avvik fra oppstilte minstekrav i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Utvalget foreslår at bestemmelsen strykes. Det vises til forslaget om at avvik fra «absolutte krav» *skal* anses som vesentlig avvik og således utløse plikt til å avvise tilbudet. Det vil da være misvisende å beholde en bestemmelse som sier at tilbudet kan inneholde slike avvik.

For øvrig ser ikke utvalget behov for en bestemmelse som generelt angir at tilbud kan inneholde avvik. Dette fremgår implisitt av avvisningsreglene, som avgjør om oppdragsgiver har rett eller plikt til å avvise slike tilbud.

#### 1.2.16.3 Uklarheter

Utvalget foreslår å forskriftsfeste en regel om at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet.

#### 1.2.16.4 Tilbakekall og endring av tilbud

Utvalget foreslår å stryke forskriftens regler om tilbakekall og endring av tilbud. Reglene følger allerede av den alminnelige avtaleretten og er således overflødige.

Utvalget understreker at samtlige tilbud som en leverandør leverer i konkurranser hvor det gjennomføres forhandlinger – både det opprinnelige tilbudet og senere reviderte tilbud – er bindende for leverandøren.

#### 1.2.16.5 Alternative tilbud

Etter utvalgets vurdering er det hensiktsmessig at reglene om alternative tilbud er mest mulig like i forskriftens del II og III. Utvalget vil derfor overlate den nærmere utforming av bestemmelsene til departementet. Utvalget vil imidlertid særlig oppfordre departementet til å fastsette en mer dekkende definisjon av alternative tilbud enn den som fremgår av gjeldende forskrift, klargjøre hvorvidt minstekravene til alternative tilbud kan være (noen av) de samme som minstekravene til normalt tilbud, og klargjøre hvordan alternative tilbud skal evalueres i henhold til tildelingskriteriene.

#### 1.2.16.6 Oppdragsgivers håndtering av tilbud

Utvalget foreslår å oppheve plikten til å registrere tilbudene etter hvert som de kommer inn. I realiteten er ikke dette annet enn en ordensregel. Med samme begrunnelse foreslår utvalget også å oppheve plikten til på forespørsel å bekrefte mottak av tilbud.

Utvalget foreslår at reglene om tilbudsåpning oppheves. Reglene har sitt opphav i tradisjonell anbudsrett og innebærer etter utvalgets vurdering en unødvendig formalisering av hvordan oppdragsgiver skal håndtere tilbudene.

#### 1.2.16.7 Oppdragsgivers evaluering av leverandørenes kvalifikasjoner og tilbudte ytelser – rekkefølge

Etter gjeldende forskrift § 11-1 skal oppdragsgiver i sin evaluering av leverandører og tilbud først vurdere om leverandørene skal avvises. Deretter skal oppdragsgiver vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene. Til slutt skal han vurdere tilbudene opp mot de fastsatte tildelingskriterier. Dette utgangspunktet videreføres i det nye anskaffelsesdirektivet. Som noe nytt åpner det nye direktivet likevel for at oppdragsgiver i en åpen anbudskonkurranse kan velge å vurdere tilbudene før han vurderer om det foreligger grunnlag for avvising, og om kvalifikasjonskravene er oppfylt.

Utvalget foreslår å oppheve gjeldende § 11-1, slik at oppdragsgiver står fritt til å bestemme om han skal vurdere kvalifikasjonene eller tilbudene først.

### 1.2.17 Avvisning

Oppdragsgiver har etter gjeldende rett i en rekke tilfeller rett eller plikt til å avvise leverandører fra en anskaffelsesprosedyre. Det kan enten være på grunnlag av forhold ved leverandøren eller forhold ved tilbudet. Utvalget har i sitt arbeid fått mange innspill om at avviseringsreglene er vanskelige å anvende i praksis, og at de har gitt opphav til en rekke saker for både KOFA og domstolene. Det er således et stort potensial for forenkling på dette området.

Utvalget foreslår å innføre en ny bestemmelse om *avvisning på grunn av formalfeil*. Etter denne bestemmelsen skal oppdragsgiver avvise tilbud som er levert for sent. Videre kan oppdragsgiver avvise tilbud som ikke oppfyller kravene til tilbudets utforming samt forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud som er levert i strid med

reglene om kommunikasjon. Når det gjelder adgangen til å avvise forespørsler om å delta som er blitt levert for sent, mener utvalgets flertall at dette skal gi oppdragsgiver en avviseringsrett. Utvalgets mindretall mener derimot at for sen levering av en slik forespørsel skal føre til avvising.

Utvalget foreslår å innføre en forenklet bestemmelse om *avvisning på grunn av forhold ved leverandøren*. Her foreslår utvalget at oppdragsgiver skal ha *plikt* til å avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, og i visse tilfeller av rådgiverinhabilitet. Som noe nytt foreslås en bestemmelse om plikt til avvising når oppdragsgiver er inhabil overfor en leverandør, og dette ikke kan avhjelpest med mindre inngripende tiltak.

Utvalgets flertall ønsker også at oppdragsgiver fortsatt skal ha plikt til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for visse straffbare forhold, blant annet fordi slik forhold er av så vidt alvorlig karakter at det offentlige ikke bør kontrahere med slike leverandører. Utvalgets mindretall mener derimot at oppdragsgiver bare skal ha en avviseringsrett i slike tilfeller, da oppdragsgiver må få frihet til å legge avgjørende vekt på anskaffelsesfaglige hensyn.

Utvalgets mindretall ønsker også å videreføre gjeldende krav om innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring, og at manglende innlevering skal føre til avvising. Utvalgets flertall ønsker ikke å videreføre kravet om innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring, og som en naturlig konsekvens av dette skal det heller ikke gjelde avviseringsregler på området.

Utvalget foreslår videre å innføre en generell bestemmelse som gir oppdragsgiver *avvisningsrett* på grunn av forhold som kan medføre tvil om leverandørens integritet og om hans evne til å gjennomføre kontrakten. Dette omfatter alle forholdene som etter gjeldende regelverk og etter det nye anskaffelsesdirektivet kan føre til avvising, blant annet når leverandøren er i alvorlige økonomiske vanskeligheter, når leverandøren er dømt for andre straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, ved manglende oppfyllelse av forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter, ved brudd på konkurransereglene, ved alvorlige og gjentatte kontraktsbrudd, ved manglende opplysninger osv. Bestemmelsen vil imidlertid også kunne omfatte andre forhold som kan skape tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten. Eksempelvis kan den tenkes å dekke andre økonomiske vanskeligheter og andre typer av kon-

traktsbrudd enn de som omfattes av direktivbestemmelsene.

Utvalget foreslår å innføre en forenklet bestemmelse om *avvisning på grunn av forhold ved tilbudet*. Her foreslår utvalget at oppdragsgiver skal ha *plikt* til å avvise tilbud som ikke er bindende, som inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget, eller som er alternative tilbud som ikke oppfyller kravene til slike tilbud.

Utvalget foreslår at oppdragsgiver skal ha *rett* til å avvise som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget, uklarheter eller lignende som ikke er ubetydelige. Endelig foreslår utvalget å innføre en generell bestemmelse som gir oppdragsgiver avvisningsrett når tilbudet for øvrig er uakseptabelt. Det vil blant annet dekke tilfeller der tilbudet er unormalt lavt, overstiger oppdragsgivers på forhånd fastsatte budsjett eller ikke oppfyller krav på miljø- og arbeidsområdet eller internasjonale menneskerettigheter.

Utvalget uttaler seg også om nye bestemmelser om fremgangsmåten ved avvisning, krav til bevis, begrepet «rettskraftig dom», self cleaning, utestengingsperioden, identifikasjon og hvorvidt forhold ved underleverandørene skal eller kan føre til avvisning. Etter utvalgets vurdering er det mest hensiktsmessig med lik regulering i forskriftens del II og III på dette punktet, og utvalget overlater derfor til departementet å utforme de nærmere reglene om dette.

### 1.2.18 Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester

I direktiv 2014/24/EU oppheves skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Hoveddelen av dagens uprioriterte tjenester, blant annet helse- og sosialtjenester og kultur- og utdanningstjenester, underlegges særlige regler som er mer fleksible enn direktivet for øvrig. EU/EØS-terskelverdien for slike tjenester er satt til 750 000 euro (ca. 6 millioner kroner). Disse reglene er nedfelt i direktivets del III kapittel I Sosiale og andre spesifikke tjenester.

Direktivets særregler pålegger oppdragsgiver en plikt til å kunngjøre konkurransen og konkurranseresultatet. Videre pålegges medlemsstatene en plikt til å etablere nasjonale regler for tildelingen av kontrakter for å sikre at prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling overholdes. Reglene skal sikre at oppdragsgiver kan ta hensyn til særlige forhold ved slike tjenester.

Utvalgets flertall mener at de prosedyrene som utvalgets flertall foreslår for anskaffelser som er omfattet av forskriftens del II, som utgangs-

punkt også er egnet for å regulere tjenester omfattet av direktivets særregler. Flertallet mener at denne løsningen er så fleksibel at den i tilstrekkelig grad ivaretar de føringer som er gitt i direktivet.

Et mindretall har foreslått innført andre prosedyreregler for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene enn utvalgets flertall, og ønsker tilsvarende prosedyreregler innført for tjenester underlagt det særlige anskaffelsesregime.

Et annet mindretall er enig i at de prosedyreregler som flertallet foreslår, også skal gjelde ved kjøp av helse- og sosialtjenester, dog med ett viktig unntak: Oppdragsgiver plikter å opplyse om hvorvidt det vil bli gjennomført reelle forhandlinger eller ikke i konkurransegrunnlaget.

Utvalget har vurdert hvorvidt det skal gjelde en nasjonal terskelverdi for kunngjøring av konkurranse for helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester, og hvor høy denne terskelverdien i tilfelle skal være.

Utvalgets flertall foreslår en nasjonal terskelverdi på 500 000 kroner, altså tilsvarende terskelverdien for andre typer tjenester. Det nasjonale regelverket er begrunnet ut fra andre hensyn enn hensynet til handel over landegrensene innen EØS-området. Hensynet til effektiv ressursbruk gjør seg like sterkt gjeldende for helse- og sosialtjenester og de andre særlige tjenestene som for andre tjenester. Det er dessuten en retts teknisk fordel å operere med så få terskelverdier som mulig.

Et mindretall er enig i at det skal være samme nasjonale terskelverdi for varer og tjenester generelt som for særlige tjenester, men at denne skal justeres opp til 600 000 kroner.

Et annet mindretall foreslår en egen nasjonal terskelverdi på 3 millioner kroner for kontrakter om særlige tjenester. Forslaget innebærer at kontrakter under denne terskelverdien ikke skal være omfattet av utvalgets forslag til nytt nasjonalt prosedyreregulativ. Mindretallet ser det imidlertid som viktig at de nevnte tjenester er underlagt regelverkets grunnleggende prinsipper.

Utvalget foreslår at det innføres en særlig adgang til å tildele kontrakter på bakgrunn av brukervalg innen helse- og sosialsektoren, både som avropsmekanisme ved tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler og som tildelingskriterium ved tildeling av ordinære kontrakter om helse- og sosialtjenester.

Når det gjelder varighet av rammeavtaler, foreslår utvalget en særbestemmelse som slår fast at det ved kjøp av helse- og sosialtjenester ikke gjelder en hovedregel om maksimal varighet på fire

år. Her skal rammeavtalens varighet som hovedregel tilpasses brukerens behov og kontraktens formål/gjenstand.

### 1.2.19 Utvalgets alternative forslag til regler – et minimumsregelverk

På bakgrunn av en særlig oppfordring i mandatet legger utvalget frem en skisse til et såkalt minimumsregelverk, dvs. en angivelse av hvilke regler som minimum må gjelde for å ivareta grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsipper samt det overordnede formålet med regelverket. Et flertall mener at et nasjonalt regelverk i prinsippet ikke behøver å angi mer enn en plikt til å følge de grunnleggende prinsippene. For å sikre konkurranse ønsker utvalget at et minimumsregelverk også skal inneholde en kunngjøringsplikt. Et mindretall mener at et minimumsregelverk forutsetter at det innføres en forenklet kunngjøring for anskaffelser ned til 100 000 kroner, slik at kontraktene blir kunngjort på en enkel måte på et sentralt sted. Videre mener det samme mindretallet at et minimumsregelverk også må angi en protokollplikt. Når oppdragsgiver fritt kan tilrettelegge prosedyren, vil det være et større behov for tilbyderne å vite hvordan anskaffelsesprosessen er gjennomført, og hvordan det enkelte tilbud forholder seg til det vinnende tilbudet. Et mindretall mener dessuten at alle regler om «andre hensyn» også skal med i et minimumsregelverk.

## 1.3 Summary

### 1.3.1 Mandate and composition of the Commission

By royal decree of 14 December 2012, the Norwegian Government appointed a Commission to examine the existing national rules on public procurement, i.e. the rules that are not an implementation of the EU-directive provisions on public procurement, Directive 2004/18/EC.

The members of the Commission are:

- Inger Roll-Mathiesen, Attorney-at-law, Oslo (chair)
- Nina Ramstad Aatlo, Attorney-at-law, The Norwegian Association of Local and Regional Authorities (KS), Oslo
- Gro Amdal, Attorney-at-law and Member of the Norwegian Complaint Board for Public Procurement (KOFA), Stavanger
- Marianne Breiland, Advisor, The Norwegian Confederation of Trade Unions (LO), Oslo

- Kurt Richard Brekke, Professor, Norwegian School of Economics, Bergen
- Henrik Renner Fredriksen, Attorney-at-law, the Enterprise Federation of Norway (Virke), Oslo
- Lars Johan Frøyland, Chief Procurement Officer, the Western Norway Regional Health Authority, Stavanger
- Arnhild Dordi Gjønnnes, Attorney-at-law, the Confederation og Norwegian Enterprise (NHO), Oslo
- Helmuth Liessem, Secretary General, Church Social Service, Bergen
- Dag Strømsnes, Department Director, Agency for Public Management and eGovernment (Difi), Oslo

In March 2013, Kristine Vigander, Attorney-at-law, The Norwegian Association of Local and Regional Authorities replaced Nina Ramstad Aatlo.

The Commission's mandate was to propose a new Act on Public Procurement and new provisions for the Regulation on Public Procurement, regulating public procurement not covered by the EU-public procurement directives. In addition, the Commission was mandated to propose regulations for procurements covered by the particular procurement regimes, including health and social services, introduced in the new public procurement directive, directive 2014/24/EU.

It is emphasized in the mandate the importance of simplifying the public procurement rules.

### 1.3.2 Overview of the content of the Official Norwegian Report (NOU)

The report is divided into four parts.

The introductory part, Part I, consists of a summary (Chapter 1), an overview of the mandate and the work of the Commission (Chapter 2) and the developments in the regulation of public procurement in Norway (Chapter 3), and an examination of public procurement in Norway (Chapter 4). Finally, an overview of the regulations in Denmark and Sweden are given (Chapter 5).

In Part II, the Commission accounts for its proposals for the new procurement regulations. This part consists of the following general chapters: The structure of the Regulation (Chapter 6), the relationship between the different parts of the Regulation (Chapter 7) and general remarks to the proposals (Chapter 8). It then moves on to the following topics: The objectives of the regulations (Chapter 9), the basic principles (Chapter 10), other policy considerations in public procurement (Chapter 11), exclusions (Chapter 12), threshold

values (Chapter 13), written documentation of the procedure (Chapter 14), provisions on the contract (Chapter 15), procurement procedures (Chapter 16), selection of economic operators in restricted procedures (Chapter 17), communication and e-procurement (Chapter 18), the procurement documents (Chapter 19), selection criteria and documentation (Chapter 20), contract award criteria (Chapter 21), publication of notices (Chapter 22), time limits (Chapter 23), the tender (Chapter 24), exclusion of economic operators and tenders (Chapter 25), cancellation of the procedure (Chapter 26), particular procurement regimes for health, social and other specific services (Chapter 27) and an alternative proposal for a light regime (Chapter 28). Finally, the Commission comments on certain provisions in the new public procurement directive which are relevant to Part I of the Regulation (Chapter 29).

In Part III, the Commission gives an account of public procurement in a larger context (Chapter 30) and the economic and administrative consequences of its proposals (Chapter 31). Finally, the Commission puts forward the necessary proposals for a new Norwegian Act on Public Procurement and a new Regulation on Public Procurement Regulation (Chapter 32) and gives an overview of the proposal (Chapter 33).

### **1.3.3 The Commission's proposal for new national rules on public procurement**

#### *1.3.3.1 Objectives*

The Commission proposes changes to Article 1 of the Act, in order to more clearly distinguish between the objectives of the Act and the means for reaching these objectives. A majority of the Commission proposes to introduce a twofold objective: The effective use of public resources and competition. A minority of the Commission proposes a wider objective: the largest possible creation of total value, based on effective use of public resources and competition, while at the same time ensuring that contracting authorities behave with integrity and that public procurement are carried out in a way that serves the public in the best possible way.

#### *1.3.3.2 General principles*

The Commission proposes to gather the general principles in Article 5 of the Act and to discontinue Article 3-1 of the Regulation. A majority of the Commission proposes to introduce the following

general principles which are intended to cover all of the principles in the current regulations: equal-treatment, transparency, competition and proportionality. A minority proposes also to specifically mention the principles of predictability and verifiability.

#### *1.3.3.3 Other policy considerations in public procurement*

Pursuant to the mandate of the Commission, it shall not consider to what extent the national regulations should promote other policy considerations, such as environmental and social considerations. The Commission has interpreted this to mean that it shall not propose any new provisions with the aim of promoting such other policy considerations. The members of the Commission, however, has not agreed on how this should be interpreted in relation to existing provisions.

A majority of the Commission is of the opinion that it lies within the mandate to comment on existing provisions that promote other policy considerations. In the light of the aim to simplify, this majority therefore expresses that it would welcome the repeal of such provisions.

A minority of the Commission is primarily of the opinion that it falls outside the mandate to comment on such existing provisions that promote other policy considerations. Taking into consideration that the majority proposes to repeal these provisions, however, the minority expresses its wish to continue these. According to the minority, this is an important signal that creates awareness among contracting authorities, and that the public sector should use its purchasing power to promote such other policy considerations.

#### *1.3.3.4 Exclusions*

A majority of the Commission proposes to exclude contracts with a value below 100 000 kroner from the regulations. A minority of the Commission does not support such a proposal, since it is of the opinion that the general principles should apply to all procurements.

As a starting point, the Commission believes that the contracts excluded from the public procurement directives should also be excluded from the national regulations. However, some of these contracts should be subject to the general rules and principles in the Act and in Part I of the Regulation.

The Commission proposes to continue an exclusion for contracts that involve the exercise of

official authority. It also proposes to continue the specific exclusions in Article 2-1 paragraph 2 of the Regulation with some adjustments and clarifications.

A majority of Commission proposes to repeal the exclusion for contracts on health and social services awarded to non-profit organizations, both above and below EU-thresholds. A minority of the Commission proposes to continue this exclusion.

The Commission proposes to repeal the exclusions for contracts on rehabilitation services and contracts relating to the design and construction of a subsidised housing schemes.

#### 1.3.3.5 *Threshold values*

The Commission has assessed the appropriateness of the current national threshold on the basis of existing socio-economic analyses. The majority of the Commission proposes to maintain the current national threshold of 500 000 kroner, irrespective of the type of contract.

A number of proposals have been put forward by different minorities of the Commission:

- To maintain the national thresholds for supplies and services of 500 000 kroner and to raise the national threshold for works to 3 000 000 kroner.
- To maintain the national threshold of 500 000 kroner, but to introduce a specific national threshold of 3 000 000 kroner for contracts on health, social and other services.
- To adjust the national thresholds for supplies and services according to price inflation to 600 000 kroner and to raise the national threshold for works to 3 000 000 kroner.
- To adjust the national thresholds for supplies and services according to price inflation to 600 000 kroner, to raise the national threshold for works to 3 000 000 kroner and to introduce a specific national threshold of 3 000 000 kroner for contracts and health, social and other services.

#### 1.3.3.6 *Written documentation of the procedure*

The Commission proposes to maintain an obligation for contracts above 100 000 kroner to document the important steps and decisions in the procurement procedure in writing.

The majority is of the opinion that a requirement to provide written documentation is sufficient, and it does not see the need to require a specific report, e.g. a procurement protocol. The

minority would like to maintain the requirement for contracting authorities to keep a protocol.

#### 1.3.3.7 *Provisions on the contract*

##### *Conditions for performance of contracts and standard contracts*

The Commission proposes to continue a provision on conditions for performance of a contract. The majority of the Commission proposes to repeal the current provision on the use of standard contracts. The minority of the Commission proposes to continue this provision.

##### *Framework agreements*

The Commission proposes a more general and less detailed provision on framework agreements, which entails that no detailed procedural rules apply to the award of contracts based on a framework agreement. The Commission proposes to maintain the restriction that the term of a framework agreement, as a general rule, cannot exceed four years. This restriction, however, does not apply to framework agreements on health and social services.

##### *Modification of contracts*

The Commission is of the opinion that the rules on modification of contracts in the new Public Procurement Directive to a great extent already follows from the general principles of equal treatment, transparency, etc. Thus, the Commission finds it useful to introduce the new provisions on modification of contracts in Part I of the Regulation. However, the majority of the Commission emphasizes that the assessment of whether a modification is substantial may, in line with the principle of proportionality, vary for the different parts of the Regulation. Therefore, a contracting authority has more room to make changes to a contract covered by Part II than to a contract covered by Part III. The minority of the Commission believes that the assessment of a modification should be the same, irrespective of whether it is covered by Part II or III. All members of the Commission, however, agrees that there will be a wider room to modify a contract on health and social services, due to the special nature of these services, when this is justified by the subject-matter of the contract and the needs of the individual user.

*Division of contract into lots*

The Commission does not see a need for specific provisions on the possibility to divide a contract into lots. A contracting authority wanting to make such a division, has the possibility to do so.

*Subcontractors*

The majority of the Commission does not propose any provisions on the use of subcontractors in Part II of the Regulation. Thus, contracting authorities are under no obligation to require certain information on subcontractors. A minority of the Commission proposes, however, to limit the number of subcontractors in the supply chain.

The Commission does not propose to introduce any provisions on direct payment to subcontractors.

*1.3.3.8 Procedures*

For contracts covered by Part II of the Regulation, the current rules allow for contracting authorities to use three different procurement procedures: An open procedure without negotiation, a restricted procedure without negotiations, and a negotiated procedure. When the contracting authority has chosen an open or a restricted procedure, no negotiations are allowed. Consequently, it is not possible to make any changes to the tenders after the expiration of the time limit for submission of tenders. To a limited extent, some clarifications can be made. This distinction between permitted clarifications and non-permitted negotiations gives rise to a number of difficulties in practice and has led to a number of complaints.

The majority of the Commission propose to replace the current procedures with two new procedures: An open procedure with the possibility to negotiate and a restricted procedure with the possibility to negotiate. The choice of whether to negotiate or not, will be postponed until the expiration of the time limit for the submission of the tenders. It is only when the contracting authority knows the content of the tenders, that it has the full basis to assess whether there is a need for negotiations. If the contracting authority decides to start negotiations, it is free to decide the scope and content of the negotiations. This could include everything from simple clarifications to full-fledged negotiations on all aspects of the tenders. This means that there is no need for separate provisions on clarifications.

The minority of the Commission does not see a need to introduce new procurement procedures. This is based on the fact that procedures without access to negotiation has been the most used procedures, and that such procedures in many cases will be the most effective. It can also be economically sound for contracting authorities to bind themselves not to negotiate, and this will also ensure predictability for the economic operators. Finally, the minority fears that the proposal from the majority will weaken the incentives for contracting authorities to properly prepare the procurement, and that it will lead to procurement documents of poor quality.

The Commission does not propose separate provisions on competitive dialogue or innovation partnerships for Part II of the Regulation.

*1.3.3.9 Selection of economic operators in restricted procedures*

The Commission proposes to continue the provision on selection of economic operators in a restricted procedure where the contracting authority has limited the number of suitable candidates it will invite to tender, with some adjustments.

Pursuant to the current provision in Article 8-6, the contracting authority is required to invite a sufficient number of economic operators to ensure genuine competition, and not less than three. The Commission proposes to repeal this condition, since the requirement to ensure genuine competition already follows from the objectives of the regulations.

Furthermore, the Commission proposes to repeal the second sentence of Article 8-6 paragraph 3, as this is self-evident.

*1.3.3.10 Communication and electronic public procurement*

Electronic means of communication can greatly simplify the public procurement procedures and increase the efficiency of the processes. Directive 2014/24/EU therefore requires that all communication, for contracts covered by the directive, is done by electronic means. The Commission proposes that this should also be a requirement for contracts covered by Part II of the Regulation. The Commission further calls on the Government to implement these new rules on communication as soon as possible and encourages it, in particular, to put in place rules and systems to facilitate the electronic submission of tenders by 1 January 2016.

Until such legislation is in place, the Commission proposes to leave it up to the contracting authority to decide the means of communication. A majority of the Commission proposes to allow for the submission of tenders by ordinary e-mail. A minority of the commission cannot support such a proposal, due to the lack of information security.

The Commission does not propose any specific provisions on dynamic purchasing systems or e-auctions in Part II of the Regulation.

#### *1.3.3.11 The procurement documents*

The Commission proposes certain changes to the provisions on the procurement documents. These documents shall contain a description of the procurement, the conditions for performance of the contract and the procedural rules for the competition. It also proposes that the contracting authorities shall be allowed to make changes to the procurement documents at any stage, as long as the changes made after the publication of a notice are non-substantial.

#### *1.3.3.12 Criteria for qualitative selection of economic operators and documentation*

##### *Criteria for qualitative selection of economic operators*

The Commission proposes to maintain the current provision that allows, but not requires, contracting authorities to set criteria for qualitative selection of economic operators. It does not see a need to clarify in the provision that such criteria must be linked to the subject-matter of the contract and that they must be proportionate and non-discriminatory, as this is already implied and follows from the general principles.

The Commission does not propose to introduce a cap on the required minimum yearly turnover in Part II of the Regulation.

##### *Documentation*

The Commission proposes to continue an obligation for contracting authorities, when setting certain criteria for the qualitative selection of economic operators, to also set the required means of documentation.

Furthermore, the Commission proposes to introduce the new self-declaration regime of Directive 2014/24/EU also in Part II of the Regulation. This allows for the economic operator to provide a self-declaration as preliminary evidence in replacement of certificates issued by public authorities

or third parties confirming that it fulfils the qualification criteria and is not in any of the situations that could lead to exclusion. In addition, the Commission also proposes that contracting authorities can allow for self-declarations as preliminary evidence in replacement of other types of documentation.

#### *1.3.3.13 Contract award criteria*

The Commission proposes to continue the content of the current provisions on contract award criteria. Pursuant to the new public procurement directive, however, the most economically advantageous tender is to be used as an overriding concept for the award of contracts. The Commission proposes that this concept is also used for contracts below the EU-thresholds.

The Commission proposes that the contracting authority should not have to choose between different award criteria models (lowest price, lowest cost or the best price-quality ratio). Thus, the new concept will also cover competitions where for instance price is used as the sole criterion. The aim is to give the contracting authority more flexibility below EU-thresholds than above.

Furthermore, the Commission proposes that contracting authorities should be under no obligation to specify the weighting which it gives to each of the criteria chosen to determine the most economically advantageous tender.

As regards contracts on health and social services, the Commission proposes that the choice of the individual users can be used as an award criterion.

#### *1.3.3.14 Publication of procurement notices*

The Commission proposes to continue the provision in current Article 9-1 on publication of contract notices. In addition, the Commission proposes to introduce a general possibility for contracting authorities to make their intentions to award a contract known by means of a prior information notice in accordance with the regime of Article 75 of the new public procurement directive. Thus, contracting authorities can, for all contracts, choose between a contract notice and a prior information notice.

The Commission proposes to repeal the provision in Article 9-2, which gives the contracting authority a right to publish a contract award notice. The contracting authority is able to do so in any event. The minority of the Commission proposes,



instead, to introduce a new obligation to publish a contract award notice also for contracts below the EU-thresholds.

Pursuant to Article 75 of the new public procurement directive, however, contracting authorities are required to publish a contract award notice for contracts on health, social and other specific services above the EU-threshold. Thus, the Commission proposes to introduce such an obligation.

#### 1.3.3.15 Time limits

The Commission proposes to continue the rule that contracting authorities must set time limits that gives the economic operators adequate time to collect the necessary documentation and make the necessary assessments and calculations. Thus, the Commission does not propose to introduce any fixed time limits for the receipt of request to participate or tenders. On the contrary, it should be left to the contracting authorities to assess, in accordance with the principle of proportionality, what constitutes an adequate time limit.

The Commission proposes to continue the provisions on the tender validity period. However, economic operators should have a possibility to be released from their tenders when they are not invited to take part in the negotiations.

#### 1.3.3.16 Tenders

##### *Formal requirements*

It is the view of the Commission that the provisions on formal requirements for tenders are unnecessarily detailed. Thus, it proposes to repeal the requirements that tenders have to be sealed and marked. The Commission further proposes to replace the requirement that tenders have to be signed with a requirement that tenders have to be legally binding.

The Commission, however, proposes to continue the requirement that tenders shall be submitted in writing.

##### *Deviations and inaccuracies*

The Commission proposes to repeal the provision in Article 11-3 which allows economic operators to submit tenders with deviations or reservations from the minimum requirements of the procurement documents. It is the view of the Commission that such deviations or reservations are substantial and must lead to exclusion.

The Commission proposes to codify the contra proferentem doctrine, i.e. that the tenderer bears the risk if a tender is ambiguous or unclear.

##### *Modification and withdrawal of tenders*

The Commission proposes to repeal the provisions on modification and withdrawal of tenders, as this already follows from basic principles of contract law. In this regard, the Commission points out that the tenderer is bound by the all tenders submitted in a negotiated procedure, both the originally submitted tender and any subsequently revised tenders.

##### *Variants*

The Commission is of the opinion that the same rules on variants should apply to Part II and Part III of the Regulation, and thus leaves it to the Ministry of Trade, Industry and Fisheries to formulate the provisions on the basis of the provision on variants in the new public procurement directive.

##### *The handling of tenders*

The Commission proposes to repeal the requirements for contracting authorities to register tenders as they are received, and to confirm the receipt. Furthermore, it proposes to repeal the provisions on the opening of tenders, as these are seen as unnecessarily formalized.

#### 1.3.3.17 Exclusion of economic operators and tenders

In a number of circumstances, contracting authorities can or shall exclude economic operators or tenders. This can be due to conditions relating to the economic operator or to the tender itself. The current rules are complicated and give rise to a number of conflicts, both before KOFA and the courts. Thus, there is a great potential for simplification of the provisions on exclusion.

The Commission proposes to introduce a new provision on exclusion on the grounds of formalities, e.g. when tenders are received late or does not comply with the procedural requirements.

The Commission proposes to introduce a simplified provision on exclusion on the grounds of conditions relating to the economic operator. Contracting authorities shall exclude economic operators that do not have the required qualifications and in certain cases of conflicts of interest and

where competition is distorted from the prior involvement of the economic operator in the preparation of a procurement procedure.

A majority of the Commission proposes to continue the obligation to exclude economic operators that have been convicted for certain criminal offences. A minority of the Commission, however, believes that the contracting authority should only have a right, not an obligation, to exclude economic operators under such circumstances.

Another minority of the Commission proposes to continue the requirement to submit tax certificates and HES-declarations (Health, Environment and Safety). This minority also proposes to continue a mandatory exclusion on grounds where such certificates and declarations are not submitted.

The Commission proposes to introduce a new general exclusion ground that gives the contracting authority a right to exclude an economic operator where there is doubt as to the integrity of the operator or its ability to carry out the contract. This would include the grounds of exclusion specifically mentioned in paragraph 4 of Article 57 of the new public procurement directive. However, it could also include other situations, e.g. where the economic operator finds itself in other types of financial difficulties than bankruptcy, insolvency etc.

The Commission also proposes to introduce a simplified provision on exclusion on the grounds of conditions relating to the tender. The contracting authority shall exclude tenders that are not legally binding, that deviate from fundamental requirements in the procurement documents or which do not comply with the minimum requirements for variants. The contracting authority can exclude tenders that deviates from non-fundamental requirements in the procurement documents or contains inaccuracies.

Furthermore, the Commission proposes to introduce a new general exclusion ground that gives the contracting authority a right to exclude tenders that are otherwise unacceptable. This would for instance cover tenders which are abnormally low, tenders whose price exceeds the contracting authority's budget and tenders which do not comply with obligations in the fields of environmental, social and labour law.

The Commission finally addresses certain questions relating to the procedure of exclusion, the standard of proof, the notion of «conviction by final judgment», self cleaning, the period of exclusion, identification and the exclusion of subcon-

tractors. The Commission is, however, of the view that the regulation of these questions should be the same in Part II and III and thus, it leaves it to the Ministry of Trade, Industry and Fisheries to formulate such provisions.

#### *1.3.3.18 Particular procurement regimes for health, social and other specific services*

With Directive 2014/24/EU the distinction between A and B services is abolished. For certain health, social and other specific services, however, the directive introduces a new particular procurement regime. The Commission proposes, as a general rule, that the same rules apply to contracts on health and social services etc. as to contracts below the EU-thresholds. However, the Commission proposes to introduce a specific provision that allows for the award of health and social contracts on the basis of the choice of the individual user. It also proposes that the general rule on maximum duration for framework agreements does not apply to these specific contracts.

A majority of the Commission proposes that the same national threshold applies to such services. A minority of the Commission proposes a new national threshold of 3 000 000 kroner for such services, so that only the general principles apply below this threshold.

#### *1.3.3.19 Alternative proposal for a light regime*

The Commission presents an alternative proposal for a light regime, i.e. a set of minimum requirements that should apply in order to ensure that the basic EU principles and the objectives of the regulations are upheld.

A majority of the Commission is of the view that it would be sufficient to state that the basic principles apply. However, in order to ensure competition, there should also be an obligation for contracting authorities to publish contract notices.

A minority of the Commission believes that the minimum requirements should include a simplified obligation to publish contract notices for all contracts above 100 000 kroner, and to keep a procurement protocol. This is due to the fact that there is a greater need for transparency when the contracting authority is free to arrange the procurement procedure as he best sees fit.

Another minority of the Commission is of the opinion that a light regime should also contain rules on other policy considerations.

## Kapittel 2

# Utvalgets mandat og arbeid

### 2.1 Utvalgets mandat

Ved kongelig resolusjon 14. desember 2012 ble det oppnevnt et utvalg for å utrede og foreslå endringer av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder innenfor klassisk sektor. Utvalget fikk følgende mandat:

#### «1. Innledning

Det oppnevnes et offentlig utredningsutvalg som skal foreta en gjennomgang av den særnorske delen av regelverket om offentlige anskaffelser. Med den særnorske delen av anskaffelsesregelverket menes her den delen av anskaffelsesregelverket som ikke innebærer en implementering av det EØS-relevante anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EC).<sup>1</sup> Erfaringer med det særnorske anskaffelsesregelverket, samt pågående lovgivningsarbeid i EU på anskaffelsesområdet, innebærer at det er behov for en gjennomgang.

#### 2. Gjeldende anskaffelsesregelverk

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å regulere offentlige anskaffelser (varer, prioriterte tjenester og bygg- og anleggsarbeider) over angitte EØS-terskelverdier.<sup>2</sup> Bestemmelsene i direktivet er gjennomført i norsk rett ved lov om offentlige anskaffelser (loa) og forskrift om offentlige anskaffelser (foa).<sup>3</sup> I tillegg har Norge valgt å oppstille et forholdsvis detaljert regelverk om offentlige anskaffelser under de ovennevnte terskelverdiene, samt for såkalte uprioriterte tjenester (for eksempel helse- og

sosialtjenester, juridiske tjenester, utdannings-tjenester, visse transporttjenester mv.). Dette særnorske anskaffelsesregelverket er også inntatt i nevnte lov og forskrift.

I lov om offentlige anskaffelser er det nedfelt grunnleggende krav som gjelder for alle offentlige anskaffelser, som likebehandling, gjennom-siktighet og forutberegnelighet. Også i forskrift om offentlige anskaffelser er det nedfelt en rekke grunnleggende krav, samt mer detaljerte prosedyrekrav. Enkelte anskaffelser er etter sin art unntatt fra forskriften, uten at det er gitt tilsvarende unntak fra loven.<sup>4</sup> Slike anskaffelser vil i utgangspunktet være omfattet av loven.<sup>5</sup>

Forskriften består av fire deler:

1. Foa del I inneholder en rekke grunnleggende bestemmelser, blant annet en presisering av de grunnleggende kravene i loven, definisjoner og bestemmelser om terskelverdeberegning. Denne delen gjelder for alle anskaffelser, også anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, samt for anskaffelser som er unntatt fra forskriftens del II og III. For anskaffelser over 100 000 kroner stilles det krav om føring av protokoll og innhenting av skatteattest og HMS-erklæring.
2. Foa del II inneholder et nasjonalt prosedyreregulsett for anskaffelser som overstiger 500 000 kroner, men som verdimessig ligger under EØS-terskelverdiene. Del II regulerer også kjøp av såkalte uprioriterte tjenester. Dette er tjenester som i all hovedsak ikke er underlagt EØS-direktivenes prosedyrebestemmelser. Det er kun tre av direktivbestemmelsene som gjelder for anskaffelser av denne type tjenester over EØS-terskelverdi: bestemmelsene om like-

<sup>1</sup> Norge er forpliktet til å implementere EU-rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen. Gjeldende EU direktiv 2004/18/EC om offentlige anskaffelser er foreslått endret i COM (2011) 896 final.

<sup>2</sup> EØS-terskelverdiene for vare- og tjeneste kontrakter er p.t. hhv. 1 millioner kroner eks. mva. for statlige oppdragsgivere og 1,6 mill kroner eks. mva. for andre oppdragsgivere. For bygge- og anleggskontakter er EØS-terskelverdien 40,5 millioner kroner eks. mva.

<sup>3</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

<sup>4</sup> Jf. forskriftens § 1-3 (2).

<sup>5</sup> KOFA har imidlertid fastslått at enkelte av disse typer av anskaffelser heller ikke vil være omfattet av lovens bestemmelser. Det gjelder for eksempel tjenestekonsesjonskontrakter.

behandling, nøytrale tekniske spesifikasjoner og bestemmelsene om etterfølgende kunngjøring av kontrakttildelingen. Konkurranser om kontraktene som faller inn under del II, skal kunngjøres i den nasjonale databasen *Doffin*. Reglene i forskriftens del II er langt på vei identiske med reglene som følger av anskaffelsesdirektivet, men er mer fleksible. Blant annet har oppdragsgiver alltid adgang til å velge prosedyreformen konkurranse med forhandling, og det er ikke oppstilt minimumsfrister.

3. Foa del III gjennomfører det EØS-relevante anskaffelsesdirektivet.
4. Foa del IV oppstiller særlige prosedyreregler for plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål. Disse er en blanding av EØS- og nasjonale prosedyreregler.

Norge er ikke EØS-rettslig forpliktet til å ha detaljerte bestemmelser for anskaffelser som ikke omfattes av anskaffelsesdirektivet. Begrunnelsen for det særnorske anskaffelsesregelverket er et ønske om å sikre effektiv ressursbruk, forretningsmessige anskaffelser og likebehandling, samt å forebygge korrupsjon og uetisk atferd. Det er gjennomført en rekke utredninger av det særnorske anskaffelsesregelverket, som analyserer de samfunnsøkonomiske gevinstene og kostnadene ved å ha det særnorske anskaffelsesregelverket.<sup>6</sup>

De generelle prinsippene som er nedfelt i EØS-avtalen (og EU-traktatene) som ligger til grunn for anskaffelsesregelverket, kan etter forholdene også gjøres gjeldende for anskaffelser som faller utenfor direktivets virkeområde. Dette innebærer at oppdragsgivere uansett må overholde prinsippene om blant annet likebehandling og gjennomsiktighet for anskaffelser som ikke er omfattet av direktivet, når anskaffelsene har grenseoverskridende interesse.<sup>7</sup> Det særnorske prosedyreregulverket nedfelt i foa del II tar sikte på å sikre at oppdragsgiverne oppfyller slike forpliktelser etter EØS-avtalen. Uten et slikt nasjonalt regelverk måtte oppdragsgiver selv vurdere om den enkelte kon-

trakten har grenseoverskridende interesse, og i så fall hva som må til for å oppfylle EØS-avtalens forpliktelser.

### 3. Nærmere om behovet for gjennomgangen

EU er nå i ferd med å revidere anskaffelsesdirektivet. Hensikten med revisjonen, som er forventet ferdigstilt tidligst i slutten av 2012, er blant annet å forenkle regelverket og å gjøre det mer fleksibelt. Forenklingen av regelverket innebærer blant annet å lette de administrative byrdene (transaksjonskostnadene) ved anvendelse av anskaffelsesdirektivet, både for oppdragsgivere og leverandører. Endringer i anskaffelsesdirektivet vil medføre at det må foretas endringer i det eksisterende nasjonale regelverket som gjennomfører gjeldende anskaffelsesdirektiv i norsk rett.<sup>8</sup> Siden den særnorske delen av anskaffelsesregelverket også bygger på direktivet, er det behov for en gjennomgang også av denne delen av regelverket.

Videre kan det nevnes at det i utredningen: «Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU» (NOU 2012:2) vises til at det i de senere år har vært økende kritikk av at anskaffelsesregelverket har blitt for detaljert, komplisert og formalistisk. Kritikken har særlig kommet fra kommunesektoren. Siden mye av kritikken er knyttet til at selv relativt små kontrakter må lyses ut, må kritikken forstås som rettet først og fremst mot den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.<sup>9</sup> I samme dokument pekes det på at oppmerksomhet i den senere tid i økende grad er blitt rettet mot de kostnadene som anskaffelsesregelverket medfører. Det vises i den sammenheng til at anskaffelsesreglene er ressurskrevende å forvalte, og at det kan føre til at anskaffelsesprosessene trekker ut i tid. Videre har det vært en vekst i klage- og rettssaker. Dette fører igjen til at oppdragsgiver og leverandør i økende grad ser et behov for å knytte til seg anskaffelsesrettslig kompetanse.<sup>10</sup>

Som følge av denne utviklingen kan det i mange tilfeller se ut som om fokuset på de prosessrettslige sidene ved offentlige anskaffelser er i ferd med å overskygge de anskaffelsesfaglige. Som nevnt ovenfor er det gjennomført en

<sup>6</sup> Det kan i denne sammenheng vises til Asplan Viak sine utredninger fra henholdsvis 2004 og 2008 utarbeidet på oppdrag fra henholdsvis Nærings- og handelsdepartementet og Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

<sup>7</sup> Se for eksempel EU domstolens sak C-324/98 Teleaustria

<sup>8</sup> Dette vil for eksempel være tilfellet dersom skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester oppheves – noe som kommisjonens forslag til nytt direktiv legger opp til.

<sup>9</sup> NOU 2012:2 s. 417.

<sup>10</sup> NOU 2012:2 s. 418.

rekke utredninger av det gjeldende særnorske anskaffelsesregelverket der anskaffelsesregelverkets samfunnsøkonomiske gevinster og kostnader blir drøftet.

Alternativet til den særnorske delen av anskaffelsesregelverk er ikke regelløst. De generelle anskaffelsesrettslige prinsipper vil som nevnt uansett gjelde for en lang rekke anskaffelser som ikke er omfattet av EØS-direktivet. Spørsmålet er dermed om et detaljert særnorsk regelverk er mer samfunnsøkonomisk gunstig enn et regelverk som er basert på generelle anskaffelsesrettslige prinsipper, som likebehandling, forutsigbarhet, gjennom-siktighet, osv. I det siste tilfellet åpnes det i større grad opp for skjønnsmessige avgjørelser. Skjønnsmessige bestemmelser kan min-ske forutsigbarheten. I tillegg kan de virke prosessdrivende ved at behovet for avklaringer gjennom behandling i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og domstolene øker.

En gjennomgang av det særnorske anskaffelsesregelverket skal omfatte den delen av regelverket som ikke innebærer en implementering av EUs nye anskaffelsesdirektiv. Hensikten med gjennomgangen er å avdekke et eventuelt behov for å endre det eksisterende regelverket med sikte på forenkling og økt fleksibilitet. Med forenkling siktes det til økt brukervennlighet, men også til senking av kostnader ved gjennomføring av offentlige anskaffelser. Til grunn for en vurdering av om, og eventuelt hvilke endringer som skal foretas, må det tas utgangspunkt i samfunnsøkonomiske kost/nytte betraktninger. Med dette menes typisk at de samfunnsøkonomiske gevinstene i form av mer effektiv ressursutnyttelse ved økt konkurranse og mindre korrupsjon blir drøftet opp mot de samfunnsøkonomiske kostnadene ved anvendelse av anskaffelsesregelverket. Videre må forslag om endringer ta sikte på å oppnå formålet med regelverket slik dette er nedfelt i anskaffelsesloven. Det vil si at forslagene skal sikre effektiv offentlig ressursbruk gjennom effektiv konkurranse, sikre likebehandling og forutberegnelighet for markedsaktørene, forhindre korrupsjon og sikre at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte.

Dersom utvalget foreslår endringer i den særnorske delen av anskaffelsesregelverket, kan det innebære at forutsetningene for den eksisterende nasjonale terskelverdien på

500 000 kroner endres. Dersom det blir færre detaljerte prosedyreregler og det stilles færre krav til oppdragsgiverne, vil dette kunne begrunne en lavere nasjonal terskelverdi, enn hvis det stilles mange krav og foreslås detaljerte prosedyreregler. Eventuelle forslag til endring av terskelverdien må underbygges av grundige utredninger der blant annet de samfunnsøkonomiske konsekvensene av forslagene tas i betraktning.<sup>11</sup>

#### 4. Mandatet

Utvalget skal vurdere behovet for endring av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder innenfor klassisk sektor. Dette omfatter anskaffelser som i dag omfattes:

- kun av lov om offentlige anskaffelser (loa).
- av loa og forskrift om offentlige anskaffelser (foa) del I.
- av loa og foa del I og II.
- Av loa og foa del I og IV – forutsatt at anskaffelsene ikke overstiger EØS-terskelverdiene, dvs. plan- og designkonkurranser og bygge- og anleggskontrakter til sosiale formål under EØS-terskelverdiene.

Utvalget skal:

1. Vurdere behovet for eventuelle grunnleggende lovbestemmelser som skal gjelde for alle anskaffelser. Dette kan for eksempel være grunnleggende krav til konkurranse, gjennom-siktighet og likebehandling mv.<sup>12</sup>
2. Vurdere behovet for eventuelle grunnleggende forskriftsbestemmelser som skal gjelde for alle anskaffelser omfattet av forskriften. Dette kan for eksempel være grunnleggende krav til konkurranse, gjennom-siktighet og likebehandling, samt bestemmelser om protokollplikt, innhentning av skatteattest og HMS-erklæring.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Før utvalget ev. bestiller nye utredninger, ev. sammenstillinger av eksisterende utredninger, er det viktig at de har satt seg godt inn i det materialet som allerede finnes. Det foreligger flere utredninger om de samfunnsøkonomiske konsekvensene av den norske terskelverdien, jf fotnote 6 ovenfor. Videre bør utvalget sette seg inn i vurderinger om terskelverdi foretatt på EU nivå og i andre EU/EØS land, se: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm)  
Det kommer for eksempel en omfattende utredning høsten 2012 om det nasjonale anskaffelsesregelverket i Sverige, der det også utredes hva nivået på nasjonal terskelverdi bør være.

<sup>12</sup> jf. gjeldende loa § 5.

<sup>13</sup> Det vil altså si en videreføring av «del I», men slik at utvalget selv kan fastsette hvilke krav som skal gjelde etter del I.

3. Vurdere behovet for, eventuelt omfang av og innhold i særnorske prosedyreregler for offentlige anskaffelser.<sup>14</sup>
4. Dersom det foreslås at vi fortsatt skal ha et særnorsk prosedyreregelverk, vurdere hva som vil være en passende nasjonal terskelverdi. En slik terskelverdi må vurderes opp mot omfanget og innholdet av det foreslåtte særnorske anskaffelsesregelverket.
5. Vurdere hvilke særlige regler som skal gjelde for tjenester som helse- og sosialtjenester og utdanningstjenester mv, som i EU-kommisjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv foreslås omfattet av et særlig anskaffelsesregime.<sup>15</sup> For anskaffelser av slike tjenester over en viss EØS-terskelverdi foreslår Kommisjonen en kunngjøringsplikt, samtidig som medlemsstatene selv må fastsette passende nasjonale prosedyreregler. Her må utvalget også vurdere om det er behov for nasjonale prosedyreregler for slike anskaffelser under denne EØS-terskelverdien. Utvalgets vurderinger må ta hensyn til de særegne forholdene ved helse- og sosialtjenester, og viktigheten av at kompetente tjenesteleverandører finner det attraktivt å levere sine tjenester til det offentlige.
6. Vurdere i hvilket omfang det er behov for helt å unnta visse anskaffelser fra henholdsvis lov og/eller forskrift. Dette gjelder særlig de anskaffelser som i dag unntas etter foa § 1-3 (2). Etter dagens regelverk er det en viss usikkerhet knyttet til spørsmålet om i hvilket omfang et unntak fra foa også medfører et unntak fra loa.

*Utvalget skal ikke:*

- Vurdere anskaffelser for forsyningssektorene.
- Vurdere prosedyreregler for konsesjonskontrakter. Det gjelder både bygge- og anleggskonsesjoner og tjenestekonsesjoner.
- Vurdere håndhevelsesbestemmelsene. Dette omfatter bestemmelser om søksmål, midlertidig forføyning, suspensjon, sanksjoner, erstatning og tvisteløsningsorgan.
- Vurdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregelverket skal benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfag-

lige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn.

## 5. Lov/forskriftsforslag

Utvalget skal fremme et fullstendig forslag til lov- og forskriftsbestemmelser som gjennomfører utvalgets prinsipale forslag til endringer av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket.

Utvalget skal også skissere rammene for et særnorsk regelverk som innebærer henholdsvis:

1. En videreføring av dagens særnorske regelverk med detaljerte prosedyreregler, men med de justeringer som foreslås i revidert anskaffelsesdirektiv og eventuelle forslag til forenklinger innenfor disse rammene.
2. En minimums variant som innholdsmessig er begrenset til de krav og prosedyreregler som er nødvendige for å oppfylle kravene etter EØS-avtalen og formålet med regelverket slik dette i dag er nedfelt i anskaffelsesloven.

Utvalget må i sitt arbeid ta høyde for generelle EØS-rettslige rammebetingelser, samt det regelverksarbeidet som pågår på anskaffelsesområdet i EU, nærmere bestemt direktivforslaget fra Kommisjonen: KOM(2011)896 av 20.12.2011. Direktivet ventes ferdigstilt ved utgangen av 2012.<sup>16</sup> Det er i denne sammenhengen særlig verdt å merke seg at Kommisjonen foreslår å oppheve skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester.

## 6. Arbeidsform

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet og Direktorat for forvaltning og IKT (Difi) vil fungere som sekretariat for utvalget.

## 7. Offentlighet

Utvalgets rapport skal offentliggjøres i skriftserien for Norges offentlige utredninger (NOU).

## 8. Tidsramme

Utvalget skal levere sin rapport til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet innen 1. november 2013. Dersom nytt anskaffelsesdirektiv ikke er vedtatt innen 1.1.2013 vil departementet forlenge fristen.

## 9. Endring av mandatet

Utvalgets mandat og sammensetning kan endres av Fornyings- administrasjons- og kir-

<sup>14</sup> Det vil altså si en videreføring av «del II», men slik at utvalget selv kan fastsette hvilke prosedyreregler og krav som skal gjelde etter del II.

<sup>15</sup> Se forslag til nytt anskaffelsesdirektiv, tittel III, artikler 74-76.

<sup>16</sup> Det er noe usikkert når direktivet blir ferdigstilt og det kan tenkes at dette ikke skjer før våren 2013.

kedepartementet. Eventuelle forslag til avvik fra mandatet som fremsettes av utvalget, skal godkjennes av Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

## 10. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget må utrede de økonomiske og administrative konsekvensene av sine forslag.»

## 2.2 Utvalgets sammensetning og arbeid

Ved oppnevningen fikk utvalget følgende sammensetning:

- Inger Roll-Matthiesen, advokat, Oslo (utvalgsleder)
- Dag Strømsnes, avdelingsdirektør i Direktoratet for forvaltning og IKT, Oslo
- Kurt Richard Brekke, professor i økonomi ved Norges Handelshøyskole, Bergen
- Gro Amdal, advokat og medlem av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), Stavanger
- Lars Johan Frøyland, logistikk- og innkjøpsjef i Helse Vest, Stavanger
- Nina Ramstad Aatlo, advokat i Kommunenes Sentralforbund, Oslo
- Arnhild Dordi Gjønnnes, advokat i Næringslivets Hovedorganisasjon, Oslo
- Henrik Renner Fredriksen, advokat i Hovedorganisasjonen Virke, Oslo
- Marianne Breiland, rådgiver i LO, Oslo
- Helmuth Liessem, generalsekretær i Kirkens sosialtjeneste, Bergen

I mars 2013 overtok advokat Kristine Vigander plassen til Nina Ramstad Aatlo på grunn av sykdom.

Sekretariatsfunksjonen for utvalget ble ivare tatt av Nærings- og fiskeridepartementet (Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet frem 1. januar 2014) og Direktoratet for forvaltning og IKT. Sekretariatet besto av Benedikte Slørdahl Skjærpe (sekretariatsleder og seniorrådgiver i NFD), Christina Paludan Melson (seniorrådgiver i NFD), Anders W. Skumsnes (seniorrådgiver i Difi), Arvid Senhaji (rådgiver i NFD) og fra august 2013 Carsten Eriksrud (seniorrådgiver i Difi). Frem til juli 2013 var også Tor-Inge Harbo (seniorrådgiver i NFD) en del av sekretariatet.

Utvalget startet sitt arbeid 30. januar 2013. Det har hatt 21 heldagsmøter, hvorav ett har vært avholdt i Danmark for å møte danske oppdragsgivere, leverandører og rådgivere. Utvalgets opprinnelige frist for fremleggelse var 1. november 2013.

På bakgrunn av at EU ble forsinket i sitt arbeid med å revidere anskaffelsesdirektivene, besluttet departementet 13. september 2013 å forlenge fristen til 10. juni 2014.

Frem til høsten 2013 prioriterte utvalget å skape en felles forståelse for de forskjellige aktørenes behov for, og ønsker om og innspill til, forenkling. Utvalget har til sammen hatt med møter med over 20 aktører, som samlet representerer en betydelig variasjon i størrelse, profesjonalitet, kompetanse og erfaringer relatert til offentlig anskaffelsesvirksomhet, både på oppdragsgiver- og leverandørsiden.<sup>17</sup>

## 2.3 Om grunnlaget for utvalgets forslag

Det store spennet i erfaringer med og innspill til endringer av anskaffelsesregelverket gjør at utvalget bare i begrenset grad kan sammenfatte dem i denne utredningen. Innspillene bekrefter imidlertid de observasjoner og svakheter som er skissert i mandatet: Mange aktører mener at anskaffelsesregelverket er for detaljert, komplisert og formalistisk, samt at kostnadene og ressursbruken som forutsettes benyttet ved gjennomføringen av konkurranser, oppleves som høye, særlig forhold til anskaffelsenens verdi.

<sup>17</sup> Gunnar Wedde (avdelingsdirektør for konserninnkjøp, Utviklings- og kompetanseetaten, Oslo kommune), Gro Andersen (teamleder for konserninnkjøp, Utviklings- og kompetanseetaten, Oslo kommune), Espen D. Nicolaysen (Utviklings- og kompetanseetaten, Oslo kommune), Kjerstin Ringdal (seksjonssjef, Velferdsetaten, Oslo kommune), Tanja Huse-Fagerlie (innkjøpsjef, Interkommunal innkjøpsordning Nedre Romerike, og nestleder, KS Innkjøpsforum), Inger Berit Faller (revisor, Østre Romerike Revisjonsdistrikt), Elke Matheis (underdirektør, Riksrevisjonen), Yvonne Curtis Delphin (kontorsjef, Statsbygg), Hellik Hoff (kontraktssjef, Ruter), Gunnar Wessel Thomassen (direktør, PwC), Nils Røystrand (Process owner Supply Chain Management, Statoil), Christine B. Meyer (konkurransedirektør, Konkurransetilsynet), Annelie Vingsgård (sekretariatsleder, Klagenemnda for offentlige anskaffelser), Geir Anders Gløtvold (Senior Sales Manager, More Software Solutions AS), Cathrine Moen Fuhre (innkjøpsjef, Sykehuspartner), Espen U. Eilertsen (direktør for innkjøps- og logistikktenester, Sykehuspartner), Nina Torp Høisæter (administrerende direktør, Aberia Healthcare AS), Marianne H. Dragsten (advokat, Anskaffelsesexperten AS), André Hoddevik (seksjonssjef, Direktoratet for forvaltning og IKT), Mats Bergman (professor i nasjonaløkonomi, Södertörn Högskola), Åsa Edman (sekretariatsleder, «Upphandlingsutredningen») Carina Risvig Hansen (Phd. adjunkt, Syddansk Universitet), Jesper Fabricius (advokat, Accura Advokatpartnerselskab), Jesper Halvorsen (fullmektig, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen), Bolette Bisp Justesen (innkjøpsjef, Allerød kommune), Flemming Eismark (soussjef, Allerød kommune), Henrik Fausing (prosjektdirektør, Dansk Byggeri) og Anders Brøndum (sjefskonsulent, Dansk Industri).

Det faktum at regelverket er detaljert og formalistisk, fører til at det lett skjer feil. I sin tur bidrar det til en slik vekst i klage- og rettssaker som er påpekt i mandatet. De nevnte klageprosedyrene er svært ressurskrevende, både for oppdragsgivere og leverandører. Sett fra oppdragsgiversiden oppleves de ofte som til dels formålsløse i lys av det overordnede formålet med regelverket, ikke minst ved anskaffelser av begrenset verdi. At håndhevelses-systemet er svært ressurskrevende, har som konsekvens at mange oppdragsgivere i større grad konsentrerer seg om å unngå nettopp ressurskrevende klageprosesser fremfor å foreta «det gode innkjøp». Innspillene bekrefter påstanden i mandatet om at «fokuset på de prosessrettslige sidene ved offentlige anskaffelser er i ferd med å overskygge de anskaffelsesfaglige.»

Innspillene bekrefter videre at ressursbruken og kravet til kompetanse ikke står i forhold til anskaffelsenes verdi og kompleksitet. Også enkle anskaffelser av lav verdi krever betydelig kompetanse og ressursbruk, ikke bare på oppdragsgiversiden, men også på leverandørsiden. Utvalget opplever at det er enighet om disse observasjonene.

Aktørene har forskjellige synspunkter på hva som skal til for å avhjelpe ovennevnte svakheter. Noen ønsker seg detaljerte regler, å la en «kokebok». Andre ønsker et meget fleksibelt regelverk med så lite detaljstyring som mulig. Mange leverandører peker på at problemet ikke nødvendigvis er selve regelverket, men praktiseringen av det. Dette kan trekke i retning av at det er mindre behov for forenkling av regelverket, og større behov for kompetanseheving. Når det er sagt, påpeker også mange fra leverandørsiden at uheldig eller uhensiktsmessig praktisering i stor grad skyldes et komplisert regelverk, og at det er behov for en forenkling av regelverket.

Videre er leverandørene grunnleggende opptatt av at deres rettigheter hva gjelder likebehandling, gjennomsiktighet og konkurranse, sikres. Utvalget oppfatter samtidig at mange leverandører ønsker mer fleksible anskaffelsesprosesser, blant annet med muligheter for å tilpasse tilbud og ha dialog med oppdragsgiver.

Innspillene som utvalget har mottatt, gir således ikke noe entydig svar på hva behovet for forenkling faktisk er. Utvalget har imidlertid merket seg et relativt unisont ønske om følgende:

- Avvisningsreglene speiler regelverket. Når regelverket inneholder mange detaljerte og formalistiske regler, får man også mange uhensiktsmessige avvisningssituasjoner. Disse oppleves som vanskelige og ressurskrevende i seg selv og fører i mange tilfeller til at oppdragsgi-

ver må avvise leverandører fra konkurransen på grunn av «bagateller». Dette fører igjen til mindre gode konkurranser og reduserte muligheter til å gjennomføre «det gode innkjøp».

- Detaljerte regler fører til at oppdragsgiver lett gjør feil, som ofte leder til at anskaffelsesprosessen stanser opp, forsinkes og endog avlyses.
- Både oppdragsgivere og leverandører ønsker seg utvidet adgang til å endre sine utgangspunkter underveis i anskaffelsesprosessen, både konkurransegrunnlaget (oppdragsgivers beskrivelse av sitt anskaffelsesbehov) og tilbudene (hva gjelder leverandørens kvalifikasjoner og tilbudte ytelser). I dette ligger også et ønske om å kunne supplere med informasjon og dokumentasjon underveis.
- Grensen mellom lovlige avklaringer og ulovlige forhandlinger i anbudskonkurranser må vurderes.
- Formalismen og detaljstyringen må ned til et minimum.
- Oppdragsgivere må gis mulighet til å fokusere på «det gode innkjøp», ikke bare at anskaffelsen oppfyller alle detaljerte krav i regelverket.

## 2.4 Avgrensning av utvalgets mandat

Utvalget har valgt ikke å foreta en gjennomgang av bestemmelsene i gjeldende forskrift del III, selv om noen av disse bestemmelsene også inneholder særnorske elementer. Når det er sagt, forutsetter utvalget at i den grad dets forslag også har relevans for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene, dvs. forskriftens del III, vil departementet vurdere om dette er egnede forslag for eventuelle endringer i del III. I denne forutsetningen ligger også at departementet vurderer hvor det er mest hensiktsmessig å plassere disse bestemmelsene. Det vises for øvrig til kapittel 29, hvor direktivbestemmelser som utvalget ikke har vurdert, er kort omtalt.

Utvalgets mandat er avgrenset mot regelverkets håndhevelsesbestemmelser. Disse reglene er derfor ikke vurdert, og forutsettes videreført.

Reglene om begrunnelse er i seg selv ikke håndhevelsesregler, men ble utførlig behandlet av Håndhevelsesutvalget i 2010.<sup>18</sup> Påfølgende regeleendringer trådte i kraft 1. juli 2012. På bakgrunn av at begrunnelsesreglene nylig er blitt vurdert og endret, har utvalget ikke tatt stilling til dem, og de forutsettes videreført.

<sup>18</sup> Jf. NOU 2010: 2 side 150–161.



## Kapittel 3

# Anskaffelsesregelverkets utvikling i norsk rett

Reguleringen<sup>1</sup> av offentlige anskaffelser er på mange måter et relativt nytt rettsområde i norsk rett, men har samtidig en lang forhistorie. Formelle forskrifter for statlige kjøp av varer og tjenester ble vedtatt for første gang allerede i 1899. Bakgrunnen den gang var et ønske om å sikre konkurranse ved offentlige anskaffelser, samt føre en proteksjonistisk linje overfor utenlandske leverandører. For å stimulere til størst mulig konkurranse var hovedregelen at man måtte ha en offentlig anbudsinnbydelse, men regelverket åpnet også for andre anskaffelsesmetoder, som begrenset anbudskonkurranse og direkte kjøp.

Regelverket ble endret blant annet i 1923 og 1927, men disse endringene inneholdt ingen gjennomgripende revisjon. Utviklingen utover på 1900-tallet medførte mer spesialiserte innkjøpsorganisasjoner, endret struktur på leverandørsiden og et utvidet omfang og et større spekter av varer og tjenester. Videre innebar økt internasjonalt samarbeid at adgangen til å favorisere norske leverandører ble begrenset. Det ble derfor nødvendig å foreta en fullstendig revisjon av det statlige regelverket, og mot denne bakgrunn ble det nedsatt et utvalg i 1967. Utvalgets arbeid resulterte i Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet mv. (REFSA), vedtatt 16. desember 1978. Formelt var dette interne retningslinjer for hvordan statlige virksomheter skulle gjennomføre sine anskaffelser, som i hovedsak ikke hadde virkning utad eller ga private leverandører rettslige krav. I tillegg gjaldt en egen instruks for bygge- og anleggsarbeider, som baserte seg på de utarbeidede standardene for denne bransjen, NS 3400 og NS 3401. Standardene var langt på vei en nedtegning av det som ble regnet som alminnelig anbudsrett eller god anbudsskikk.

Parallelt med utviklingen i Norge var man i EU tidlig ute med å identifisere offentlige anskaffelser i medlemsstatene som et viktig område under hovedreglene om de fire friheter og fri konkur-

ranse. For å utvikle et felles marked med reell og effektiv grenseoverskridende konkurranse ble det ansett nødvendig å utvikle detaljerte regler og krav til nasjonale offentlige anskaffelser. Allerede i 1971 ble det første direktivet med regler om offentlige bygge- og anleggskontrakter vedtatt. I 1977 kom det første direktivet om offentlige varekontrakter, og i 1992 et direktiv om offentlige tjenstekontrakter. Et eget direktiv som gjaldt for anskaffelser i de såkalte forsyningssektorene, kom første gang i 1990.

Da EØS-avtalen ble utformet tidlig på 1990-tallet, forelå det således et omfattende og detaljert EU-regelverk om offentlige anskaffelser, og dette ble inntatt i sin helhet i EØS-avtalen. Med dette forpliktet Norge seg til både å gjennomføre anskaffelsesdirektivene i norsk rett, og til å legge til grunn relevant rettspraksis fra EU-domstolen og forvaltningspraksis fra Kommisjonen.

I motsetning til de tidligere norske reglene (REFSA m.m.) var EU/EØS-reglene om offentlige anskaffelser ikke bare interne retningslinjer for forvaltningen, men ordinære lovregler som var ment å gi private rettslige krav overfor forvaltningen, og som kunne håndheves for domstolene. Gjennomføringen av EU/EØS-reglene i norsk rett innebar derfor ikke bare nye regler om offentlige anskaffelser, men en grunnleggende endring i måten hele dette feltet rettslig sett var regulert på.

EU/EØS-reglene ble gjennomført ved vedtaket av en ny lov om offentlige anskaffelser av 27. november 1992, som trådte i kraft 1. januar 1994. Dette var først og fremst en fullmaktslov, som ga Kongen myndighet til å gi nærmere regler innenfor rammene av de internasjonale forpliktelsene Norge hadde påtatt seg. Med hjemmel i loven ble det så gitt en rekke forskrifter, som gjorde direktivene ordrett til norsk rett. Fra 1. januar 1995 var hele EU/EØS-regelverket på området på plass i norsk rett. Enkelte av endringene hadde også sammenheng med at Norge i november 1994 sluttet seg til WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, Government Procurement Agreement (GPA). GPA er en selvsten-

<sup>1</sup> Redegjørelsen er i all hovedsak hentet fra NOU 2010: 2 side 29–30.

dig avtale mellom enkelte WTO-land, og har et noe mer begrenset anvendelsesområde enn EØS-avtalen. Norge har også, gjennom EFTA, en rekke handelsavtaler med tredjeland som inneholder forpliktelser på området for offentlige anskaffelser.

Gjennom EØS-avtalen og GPA skjedde det på denne måten store endringer i reguleringen av offentlige anskaffelser, som etablerte et kvalitativt sett nytt rettsområde i norsk rett. Resultatet var i første omgang et komplisert og lite enhetlig regelverk, hvilket blant annet skyldtes at EU/EØS-direktivene var inntatt ordrett i norsk rett, uten retstekniske tilpasninger og supplerende regler. Fra lovgivers side ble det derfor raskt ansett nødvendig å gjennomføre en full ny revisjon av regelverket. Det offentlige Tronslin-utvalget gjorde blant annet jobben med å samle de ulike regelverkene for offentlige anskaffelser i ett og samme regelverk (NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser). Resultatet ble en ny lov om offentlige anskaffelser, som ble vedtatt 16. juli 1999 og trådte i kraft 1. juli 2001. Den 15. juni 2001 ble det videre vedtatt å utvide loven til også å gjelde for kommuner og fylkeskommuner.

Med hjemmel i den nye loven ble det så vedtatt to nye forskrifter – forskrift av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser og forskrift av 5. desember 2003 nr. 1424 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Ved utformingen av disse forskriftene gikk man bort fra den tidligere teknikken med ordrett inkorporering av EU/EØS-direktivene, og over til å gjennomføre reglene materielt og retsteknisk på en mest mulig enhetlig og oversiktlig måte i norsk rett.

I 2004 reviderte EU på nytt anskaffelsesreglene, og to nye direktiver til erstatning for de gamle ble vedtatt – direktiv 2004/18/EF for «klassisk sektor» (gjelder kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider) og direktiv 2004/17/EF for forsyningssektorene (vann, energi, transport og posttjenester). Disse ble innlemmet i EØS-avtalen. I forbindelse med gjennomføringen i norsk rett ble det gitt en ny forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, som innebar en omfattende revisjon, og som i dag er det sentrale regelverk på området. Samtidig ble det også gjort flere viktige endringer i loven fra 1999. Videre ble det også vedtatt en ny forskrift av

7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene.

I 2007 ble det gjort ytterligere endringer i loven og forskriftene om offentlige anskaffelser, blant annet om adgangen til å stille krav til lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Parallelt med utviklingen av de nye materielle anskaffelsesreglene siden 1994 og frem til i dag, har det vært en løpende utvikling i systemet for håndhevelse av reglene, gjennom domstolskontroll og fra 2003 også Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). I desember 2008 ble det nedsatt et offentlig utvalg, Håndhevelsesutvalget, som skulle foreslå hvordan direktiv 2007/66/EF («håndhevelsesdirektivet») skulle gjennomføres i norsk rett. Håndhevelsesutvalget leverte sin rapport, NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, våren 2010. Nye håndhevelsesregler trådte i kraft i norsk rett sommeren 2012.

I 2011 påbegynte EU en ny revisjon av anskaffelsesreglene. EU-kommisjonen sendte en omfattende grønnbok på høring våren 2011 og la frem forslag til tre nye direktiver i desember 2011 – et direktiv om offentlige anskaffelser, et direktiv om offentlige anskaffelser i forsyningssektorene og et helt nytt direktiv om konsesjonskontrakter. Etter forhandlinger mellom Kommisjonen, Parlamentet og Rådet ble direktivene – direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter, direktiv 2014/24/EU om kontrakter i klassisk sektor og direktiv 2014/25/EU om kontrakter i forsyningssektorene – endelig vedtatt i februar 2014.

Enklere regler har vært en målsetting for revisjonen av reglene. I tillegg har man ønsket å gi økte muligheter til å ivareta andre samfunnshensyn, slik som miljø, sosiale hensyn, innovasjon og lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter. Nærings- og fiskeridepartementet har påbegynt arbeidet med å implementere de nye direktivene i norsk rett.

Endelig har det vært en rivende utvikling i hvordan regelverket etterleves og gjennomføres i sentral- og lokalforvaltningen, og i næringslivets og juriststandens kunnskap om feltet. Til sammen har dette medført at offentlige anskaffelser i løpet av en 20-års periode har vokst frem til å bli et omfattende rettsområde i norsk rett, med et detaljert regelverk og betydelig retts- og forvaltningspraksis. Det må imidlertid fortsatt sies å være et relativt nytt rettsområde, under stadig utvikling.

## Kapittel 4

# Utredning om offentlige anskaffelser i Norge i perioden 2009–2012

### 4.1 Innledning

---

I tidligere utredninger og rapporter er omfanget av offentlige anskaffelser i Norge beskrevet og vurdert. Disse tidligere arbeidene danner et godt og bredt grunnlag for utvalgets vurderinger. Utvalget erfarte imidlertid tidlig i sitt arbeid at dokumentasjonen for omfanget av offentlige anskaffelser, særlig under EU/EØS-terskelverdiene, ikke var særlig presist beskrevet. Utvalget besluttet derfor å gjennomføre en studie av offentlige anskaffelser i Norge de siste fire årene, dvs. for perioden 2009–2012. Oppdraget for gjennomføring av studien ble konkurranseutsatt og tildelt PricewaterhouseCoopers AS.

Studien ble gjennomført som en statistikkutredning om offentlige anskaffelser. Statistikkutredningen har vært et viktig faktagrunnlag for utvalgets arbeid med det særnorske anskaffelsesregelverket. Det er første gang det er gjennomført en slik studie av tilgjengelig anskaffelsesstatistikk for å kartlegge omfang og gjennomføring av offentlige anskaffelser i Norge. Studien avdekket også et behov for å gjøre en nærmere vurdering av hvordan disse kildene til informasjon kan bli bedre.

### 4.2 Statistikkutredning om offentlige anskaffelser

---

Formålet med oppdraget var å få mer faktainformasjon som grunnlag for utvalgets vurderinger. Utredningen har belyst følgende forhold:

- Omfanget av offentlige anskaffelser målt i verdi og antall kontrakter for perioden 2009–2012, fordelt på forvaltningsnivå og vare- og tjenestekategorier.
- Samlet verdi av offentlige anskaffelser fordelt på hensiktsmessige verdikategorier og vare- og tjenestekategorier innenfor ulike forvaltningsnivåer.

- Andel av offentlige anskaffelser som ble utlyst på databasene Doffin og TED.
- Ut fra ulike forvaltningsnivåer samt hensiktsmessige vare- og tjenestekategorier beskrevet:
  - anvendte annonserings- og anskaffelsesmetoder målt i form av frekvens og andeler
  - anvendte anskaffelsesprosedyrer målt i form av frekvens og andeler
  - kontraktsverdier
  - graden av konkurranse målt ved bruk av hensiktsmessige indikatorer
- Andel av samlede offentlige anskaffelser som i henhold til gjeldende anskaffelsesregelverk skulle vært utlyst på databasene Doffin og TED, med anslåtte andeler etter forvaltningsnivå samt vare- og tjenestekategorier.

Utvalget ba om at oppdragstaker skulle ta hensyn til ulike kilder i sitt arbeid. Følgende kilder kunne være et godt grunnlag:

- Statistisk sentralbyrås oversikter og statistikk om offentlige innkjøp
- Asplan Viak, «Offentlige anskaffelser og tiltak i konkurransefasen», 2008
- Konkurrentverket, «Siffror och fakta om offentlig upphandling», 2012
- Mats Bergman, «Offentlig upphandling och offentliga innkjöp. Omfattning och sammansättning», 2008
- Studier utført av Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), basert på reskontrostatistikk
- PwC m.fl., «Public procurement in Europe. Cost and effectiveness», 2011

### 4.3 Omfanget av offentlige anskaffelser i Norge

---

Omfanget av offentlige anskaffelser kan vurderes ut fra nasjonalregnskapet og utgjør da rundt 380 milliarder kroner per år, til sammen ca. 15 prosent av BNP. Vurdert ut fra hvilke offentlige anskaffel-

ser som er omfattet av anskaffelsesregelverket, utgjør omfanget av offentlige anskaffelser om lag 230 milliarder kroner per år. Denne differansen kan i hovedsak forklares ut fra at nasjonalregnskapet inkluderer en del anskaffelser som er unntatt anskaffelsesregelverket. I tillegg er det en differanse på om lag 50 milliarder kroner som muligens kan forklares ut fra andre årsaker:

- generell usikkerhet i estimerte offentlige anskaffelser
- manglende kunngjøring av konkurranser
- mulig underrapportering av overskridelser
- konsekvenser av ulike regnskapsprinsipper i nasjonalregnskapet

En gjennomgang av denne differansen ville ha krevd grundigere studie av innkjøpsdata i nasjonalregnskapet, noe det ikke har vært rammer for i utvalgets arbeid.

#### 4.4 Verdifordeling

Statlig og kommunal sektor har i perioden 2009–2012 stått for 70–85 prosent av anskaffelsene i offentlig sektor. I andre EØS-land er denne andelen under 50 prosent.

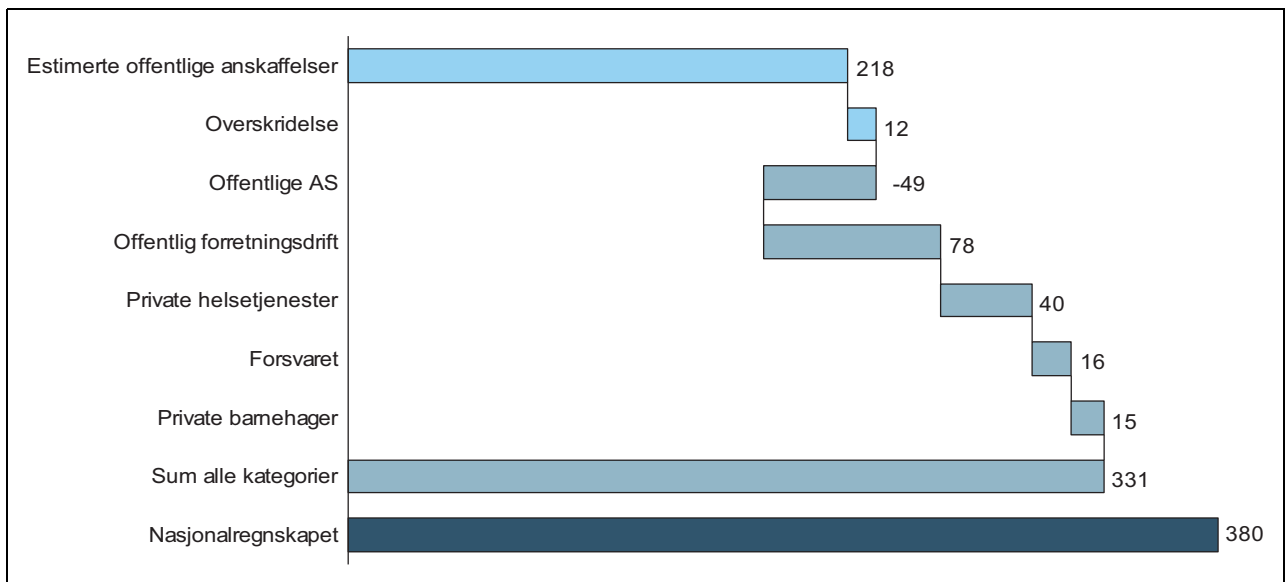
Tjenestekontrakter utgjør den største andelen av kontrakter som inngås. Bygge- og anleggskon-

trakter utgjør 28 prosent og varekontrakter utgjør 22 prosent.

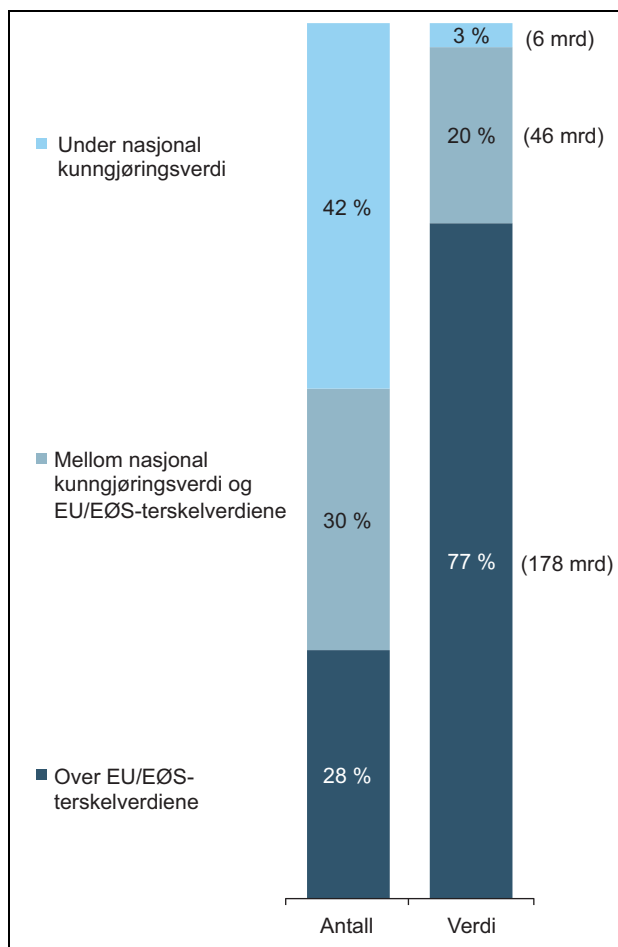
Anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene utgjør verdimessig 23 prosent av det totale antallet anskaffelser (230 milliarder kroner), dvs. årlig ca. 52 milliarder kroner. Selv om verdien samlet sett er lav, er andelen av det totale antall kontrakter 72 prosent. Oppsummert betyr dette at det inngås mange mindre kontrakter under EU/EØS-terskelverdien, og tilsvarende få og store kontrakter over EU/EØS-terskelverdiene. I Norge er kontraktene over EU/EØS-terskelverdiene også betydelig større enn tilsvarende kontrakter for de 30 EU/EØS-medlemslandene sett under ett.

For de nasjonale anskaffelsene er bildet delt henholdsvis over og under nasjonal terskelverdi. Anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner utgjør bare tre prosent av det totale antall anskaffelser, men hele 42 prosent av antall inngåtte kontrakter. Over nasjonal terskelverdi er verdien 20 prosent og andelen av kontrakter 30 prosent.

Utvalget har arbeidet med forslag til forenklinger av regelverket som gjelder under EU/EØS-terskelverdiene. Selv om disse utgjør en verdimessig mindre andel, utgjør de på den annen side en betydelig andel av de transaksjonene som gjennomføres, hele 72 prosent. Dette er transaksjoner som involverer mange aktører, og utvalget har derfor i sitt arbeid tatt særlig hensyn til hvordan



Figur 4.1 Gjennomsnittlig verdi av offentlige anskaffelser for perioden 2009–2012, fordelt på forskjellige kategorier. De lyseblå søylene illustrerer våre estimater, de mellomblå søylene representerer poster som i utgangspunktet ikke kunngjøres på Doffin og den mørkeblå søylen viser total verdi av offentlige anskaffelser i nasjonalregnskapet. Alle tall er inkludert mva. i milliarder kroner.



Figur 4.2 Relativ fordeling – Totalt antall og total verdi av kontrakter per verdikategori i gjennomsnitt per år for perioden 2009–2012.

regelverket kan sikre effektive og smidige transaksjoner for både oppdragsgivere og leverandører.

#### 4.5 Grad av konkurranse – konkurranseintensitet

I utredningen ble det funnet at antall tilbud per kontraktstildeling øker med kontraktsverdi. For-

skjellen er imidlertid ikke stor, og forskjellen mellom median og gjennomsnitt indikerer at mange leverandører i noen konkurranser er med på å trekke opp gjennomsnittet, selv om det typiske antall leverandører (medianen) er noe i overkant av tre tilbud per konkurranse. I PwC-rapporten er dette bildet nyansert for ulike forvaltningsnivåer, kontraktstyper og sektorer.

#### 4.6 Bruk av anskaffelsesprosedyrer

Over EU/EØS-terskelverdiene brukes i hovedsak åpen anbudskonkurranse som konkurranseprosedyre, i 77 prosent av konkurransene. Den tilsvarende andelen for begrenset anbudskonkurranse er 7 prosent og for konkurranse med forhandling 17 prosent.

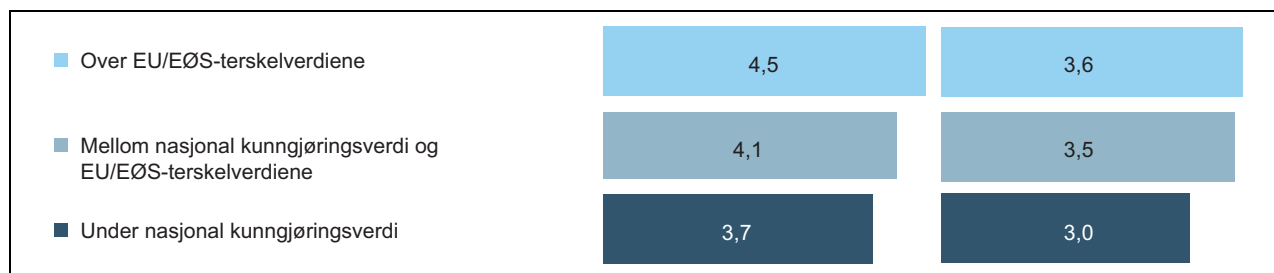
For anskaffelser over den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner finner man tilsvarende fordeling av prosedyrevalg som over EU/EØS-terskelverdiene.

Dette bildet endrer seg vesentlig for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner. Her er direkte anskaffelse den foretrukne prosedyren.

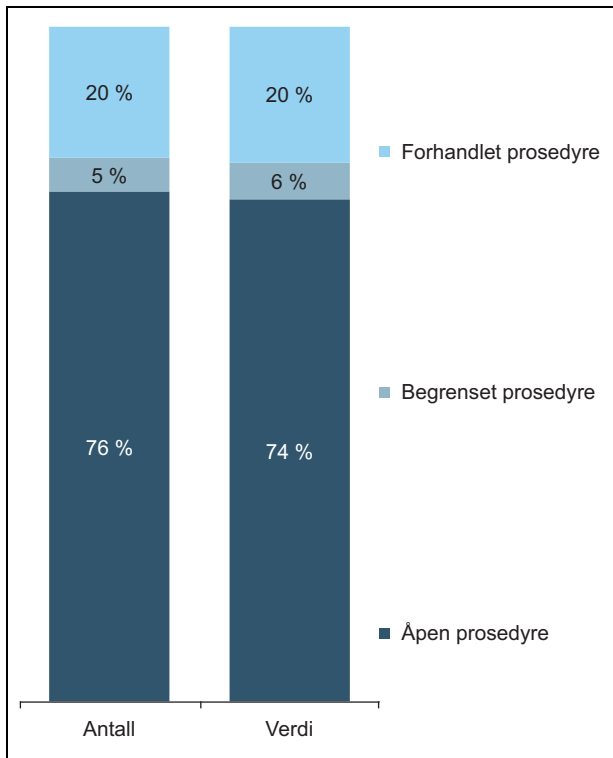
Utredningen viser tydelig at anskaffelsesforskriftens prosedyrebestemmelser påvirker valg av konkurranseprosedyre. Utvalget har tatt hensyn til disse funnene ved sine vurderinger av nye prosedyrer for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, som igjen er vurdert opp mot terskelverdier.

#### 4.7 Komplekst kunngjøringsbilde

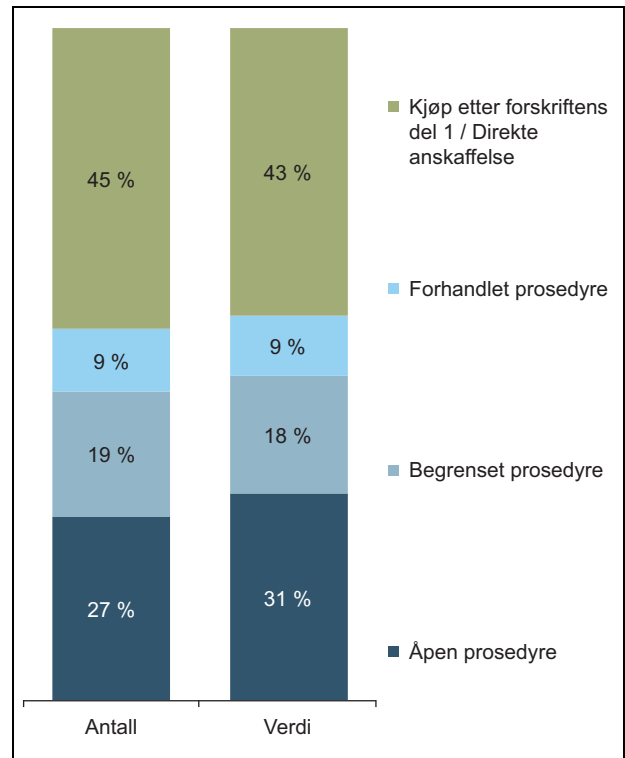
Det forekommer at konkurranser ikke blir kunngjort i henhold til gjeldende regelverk. I utredningen vurderes dette til å utgjøre om lag 260 millioner kroner årlig – det vil si 0,11 prosent av det totale anskaffelsesvolumet målt i verdi. Denne vurderingen er basert på rapportering til KOFA



Figur 4.3 Gjennomsnittlig og median antall tilbud per kontrakt i ulike verdikategorier for perioden 2009–2012.



Figur 4.4 Relativ fordeling totalt antall og total verdi per anskaffelsesprosedyre – Mellom nasjonal kunngjøringsverdi og EU/EØS-terskelverdiene for perioden 2009–2012.



Figur 4.5 Relativ fordeling totalt antall og total verdi per anskaffelsesprosedyre – Under nasjonal kunngjøringsverdi for perioden 2009–2012.

og Riksrevisjonens gjennomgang av manglende etterlevelse av anskaffelsesregelverket i statlige virksomheter.

I utredningen ble det tatt utgangspunkt i kunngjøringer av kontraktstildelinger på Doffin. Over EU/EØS-terskelverdiene har oppdragsgiver plikt til å kunngjøre konkurranseresultater, jf. gjeldende forskrift § 18-4. Under EU/EØS-terskelverdiene er dette frivillig, jf. gjeldende forskrift § 9-2. Snittverdi for det samlede antall tildelte kontrakter i perioden 2009–2012 er 44 milliarder kroner per år. At dette tallet er så lavt, kan skyldes følgende forhold:

- Mange oppdragsgivere oppgir ikke kontraktsverdi – bare 37 prosent oppgir dette ved kunngjøring.
- Kontraktstildelinger blir ikke kunngjort – 43 prosent av kontraktstildelinger over EU/EØS-terskelverdiene blir ikke kunngjort, til tross for at oppdragsgiver har en kunngjøringsplikt.

Utvalget har ingen grunn til å anta at manglende kunngjøring av konkurranser er et omfattende problem. Utredningen viser imidlertid at det er stor usikkerhet rundt verdien på de kontraktene som tildeles, og generelt rundt tildeling av kon-

trakter, som følge av at dette i stor grad ikke gjøres i henhold til regelverket.

#### 4.8 Bruk av statistikkutredningen i utvalgets arbeid

Statistikkutredningen har bidratt til å belyse fakta rundt offentlige anskaffelser i Norge. I tillegg er norske anskaffelser vurdert i forhold til anskaffelser i andre EU/EØS-medlemsland.

Utvalget har brukt analyser og funn som er gjort i statistikkutredningen, som et generelt grunnlag for sitt arbeid. I denne utredningen er det henvist til PwC-rapporten i den utstrekning utvalget benytter rapporten for å belegge sine standpunkter.

Utvalget mener et er viktig å trekke frem noen forhold som er avdekket, og som det ikke har vært innenfor utvalgets mandat å vurdere nærmere:

- bedre og mer nyansert rapportering på offentlige anskaffelser i nasjonalregnskapet
- nærmere vurdering om manglende kunngjøring av konkurranse
- bedre tilrettelegging for kunngjøring av konkurranseresultater

- vurdering av tiltak for å få bedre og løpende oversikt over offentlige anskaffelser i Norge

Doffin-databasen er i utgangspunktet en unik kilde til informasjon både for oppdragsgivere, leverandører og lovgiver. PwC-rapporten viser imidlertid at dagens Doffin-løsning fungerer dårlig som statistikkgrunnlag. Informasjon om kunn-

gjøringer av konkurranse er svært vanskelig tilgjengelig (kunne ikke leveres til PwC), og informasjon om både kunngjøringer og kontrakter er lite detaljert. Hvis det i større grad legges til rette for å hente ut slike relevante opplysninger fra Doffin, vil man få et atskillig bedre statistisk grunnlag for å drøfte offentlige anskaffelser i Norge.

## Kapittel 5

# Regelverket i andre nordiske land

### 5.1 Anskaffelsesregelverket i Sverige

#### 5.1.1 Innledning

I Sverige reguleres offentlige anskaffelser av lagen om offentlig upphandling (2007:1091) (LOU), som i hovedsak bygger på direktiv 2004/18/EF. Loven gjelder for statlige og kommunale virksomheter samt offentlige organer, og for inngåelse av kontrakter om varer, tjenester og bygg- og anlegg. Utfyllende regler til loven er fastsatt i forskrifter. Anskaffelser innen forsyningssektorene reguleres av lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter og posttjänster (2007:1092). Loven gjennomfører direktiv 2004/17/EF i svensk rett. Under EU/EØS-terskelverdiene gjelder felles regler for klassisk sektor og forsyningssektorene.

LOU gjelder anskaffelser både over og under EU/EØS-terskelverdiene, men lovens kapittel 15 gir egne, noe enklere regler for anskaffelser under terskelverdiene og for uprioriterte tjenester. Disse bestemmelsene bygger blant annet på de bestemmelsene om offentlige anskaffelser Sverige hadde før EUs regler om offentlige anskaffelser ble gjennomført i svensk rett.

#### 5.1.2 Regelverket for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene

##### 5.1.2.1 Innledning

Det er kun reglene i LOU kapittel 15 som skal følges ved tildeling av kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og kontrakter om uprioriterte tjenester. I dette kapitlet henvises det imidlertid til flere av bestemmelsene andre steder i loven, og disse reglene gjelder derfor også for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene. Dette gjelder blant annet de allmenne bestemmelsene i kapittel 1, hvor følgende grunnleggende prinsipper er oppstilt:

«9 § Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.»

Håndhevelsesreglene er også de samme som for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.

Alt i alt er reguleringen av anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene i Norge og Sverige nokså lik. Forskjellene ligger i at det i Sverige gjelder nasjonale regler for anskaffelser i forsyningssektorene under EU/EØS-terskelverdiene, samt at det ikke er noen nasjonal terskelverdi i Sverige. I stedet er det angitt en terskel for når direkte anskaffelse er tillatt.

##### 5.1.2.2 Anskaffelsesprosedyrer

Det følger av LOU § 15-3 at anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene kan gjennomføres ved prosedyrene «förenklat förfarande», «urvals förfarande», «konkurrenspräglad dialog» eller «direktupphandling».

Med «*förenklat förfarande*» menes en konkurranse der alle leverandører kan levere tilbud. Oppdragsgiver kan alltid forhandle med en eller flere leverandører før han tildeler kontrakt. Tidligere hadde oppdragsgiver plikt til å angi i kunngjøringen om han ville forhandle med leverandørene eller ikke, men denne plikten ble fjernet fra loven i 2010 med den begrunnelse at bestemmelsen hadde sin opprinnelse i eldre regelverk fra tiden før Sverige ble medlem i EU.

Med «*urvals förfarande*» menes en konkurranse der alle leverandører kan melde sin interesse for å levere tilbud, og oppdragsgiver inviterer noen av leverandørene til å levere tilbud. Også i denne prosedyren kan oppdragsgiver alltid forhandle med en eller flere leverandører.

Med «*direktupphandling*» forstås en direkte anskaffelse der det ikke er noen kunngjøring av konkurransen på forhånd. «Direktupphandling»



kan anvendes for kontrakter som har en verdi på høyst 15 prosent av EU/EØS-terskelverdiene, dvs. høyst 15 prosent av 1 806 427 SEK eller ca. 270 000 SEK. Denne beløpsgrensen ble innført i 2010. Tidligere var regelen at direkte anskaffelser kunne benyttes når kontraktsverdien var «lav», uten at det gjaldt noen konkret nedre grense. Regjeringen har nå lagt frem forslag for Riksdagen om at terskelen for direkte anskaffelse skal økes til 28 prosent av EU/EØS-terskelverdiene fra 1. juli 2014, dvs. om lag 506 000 SEK.<sup>1</sup>

«Direktupphandling» kan videre benyttes i de fleste av tilfellene som er nevnt i den norske forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4, samt når det foreligger «særlige forhold» («synnerliga skäl»). Begrepet er ikke definert nærmere, men i forarbeidene til loven og i juridisk teori er det fremholdt at unntaket skal tolkes snevert, og at det for eksempel kan være tale om særlige haste-forhold som ikke kunne forutses, og som ikke skyldes oppdragsgiver.<sup>2</sup>

«Konkurrensprøglad dialog» er en fleksibel prosedyre for særlig kompliserte kontrakter om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, som kan benyttes der det ikke lar seg gjøre å angi alle vilkår og spesifikasjoner for anskaffelsen i en kunngjøring eller i begynnelsen av anskaffelsesprosessen. Det kan være tilfeller der oppdragsgiver kan beskrive det han ønsker å anskaffe, men der han på forhånd ikke kan angi hvordan dette resultatet best kan nås, når det for eksempel gjelder finansiering, rettighetsspørsmål eller tekniske løsninger.

#### 5.1.2.3 Kunngjøringsplikt

For alle anskaffelsesprosedyrene, unntatt direkte anskaffelse, gjelder en plikt til å kunngjøre konkurransen, jf. LOU § 15-4. Kunngjøringen skal gjøres i en elektronisk database som er allment tilgjengelig (Sverige har ikke en obligatorisk database som tilsvarende Doffin) eller gjennom annonse i annen form som muliggjør effektiv konkurranse, typisk en annonse i avis eller tidsskrift. Ved «urvalsförfarande» er det krav om bruk av elektronisk database.

Kunngjøringen skal minimum inneholde en beskrivelse av hva som skal anskaffes, og kontaktopplysninger til oppdragsgiver. Videre skal det fremgå hvordan tilbud skal leveres, og fristen for dette. Ved «urvalsförfarande» skal det opplyses om fristen for og hvordan leverandørene skal

melde sin interesse for å levere tilbud, samt hvor mange leverandører som skal inviteres til å levere tilbud. Antallet skal være stort nok til å sikre tilstrekkelig konkurranse om anskaffelsen.

#### 5.1.2.4 Frister

Leverandørene skal gis «rimelig tid» til å levere tilbud. Hva som er rimelig tid, vil avhenge av anskaffelsens art og omfang, hvilke krav til leverandøren oppdragsgiver stiller, samt dokumentasjonskravene som oppstilles. Oppdragsgivers vurdering av hva som er rimelig tid, kan overprøves av domstolene. Ved «urvalsförfarande» skal fristen for å melde interesse for å levere tilbud ikke være kortere enn ti dager.

#### 5.1.2.5 Behandling av tilbudene

Tilbudene skal leveres skriftlig, og det følger av LOU § 15-11 at oppdragsgiver skal åpne innkomne tilbud samtidig, og at minst to personer utvalgt av oppdragsgiver må være tilstede ved åpningen. På begjæring fra en leverandør skal også en utenforstående kontrollperson være til stede.

Oppdragsgiver kan tillate at en leverandør retter åpenbare feil i tilbudet eller forespørselen om å delta i konkurransen, og kan be leverandøren om å tydeliggjøre eller komplettere sitt tilbud dersom dette kan gjøres uten risiko for særbehandling eller begrensning i konkurransen, jf. § 15-12. Rekkevidden av denne bestemmelsen er uklar, og det er få saker fra domstolene som bidrar til rettslige avklaringer. I juridisk teori fremgår det at bestemmelsen ikke gir anledning for leverandøren til å tilføye nye opplysninger, men bare til å foreta rettelser, kompletteringer eller lignende til opplysninger som allerede finnes i tilbudet.

Bestemmelsene om avvisning av tilbudene som gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, gjelder tilsvarende for anskaffelser under terskelverdiene, jf. § 15-13. Dette gjelder både de obligatoriske og fakultative avvisningsgrunnene.

#### 5.1.2.6 Tildelingskriterier

Oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakt på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet eller på bakgrunn av laveste pris, jf. LOU § 15-16. Når det gjelder kriterier for vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal regelen som gjelder for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene, benyttes. Oppdragsgiver skal angi hvordan de ulike tildelingskriteriene skal vektles, eventuelt skal dette angis innenfor et

<sup>1</sup> Jf. proposisjon 2013/14:133.

<sup>2</sup> Jf. proposisjon 2001/02:142.

område med et passende maksimalt utslag, eller oppdragsgiver skal angi tildelingskriteriene i fallende prioritert rekkefølge.

### 5.1.2.7 Underretning og begrunnelse

Leverandørene som har deltatt i konkurransen om en kontrakt eller en rammeavtale, skal snarest mulig bli underrettet om hvem oppdragsgiver vil tildele kontrakten, eller om oppdragsgiver har bestemt seg for å avlyse konkurransen, jf. LOU § 15-19. Meddelelsen skal være skriftlig, og det er de samme kravene til denne som for meddelelser over EU/EØS-terskelverdiene, dvs. at den skal inneholde begrunnelsen for oppdragsgivers beslutning. Et av formålene med meddelelsen er å gi leverandøren et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om han skal velge å klage på beslutningen.

Omfanget av begrunnelsesplikten er noe uklar. Det fremholdes i juridisk teori at innholdet i begrunnelsesplikten vil avhenge av hva slags beslutning det er tale om. Der beslutningen gjelder tildeling av kontrakt, vil det blant annet være naturlig å opplyse om hvordan anskaffelsesprosessen er gjennomført, og hvordan hvert tilbud forholder seg til det vinnende tilbudet sett i lys av tildelingskriteriene. Oppdragsgiver har ikke plikt til å oppgi navnet på leverandøren som tildeles kontrakt.

De leverandører som leverte et tilbud som ikke nådde opp i konkurransen om kontrakten, kan be oppdragsgiver om en utvidet begrunnelse. Denne skal inneholde opplysninger om utformingen og de relative fordelene med det valgte tilbudet samt navnet på den leverandøren som er tildelt kontrakten. Leverandører som får sitt tilbud avvist eller forkastet, kan også be oppdragsgiver om en begrunnelse for dette.

## 5.2 Anskaffelsesregelverket i Danmark

### 5.2.1 Innledning

I Danmark er anskaffelsesregelverket bygget opp noe annerledes enn i Norge.

Anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene er regulert av to forskrifter fra 2004 som bare viser direkte til henholdsvis anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet.<sup>3</sup> Reglene i EU-direktivene gjelder altså ordrett i dansk rett, sammen med noen få forskriftsbestemmelser som presiserer

enkelte av oppdragsgivers plikter etter direktivene.

For anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene gjelder tilbudsloven fra 2005.<sup>4</sup> Loven gjaldt opprinnelig bare for offentlige bygge- og anleggskontrakter og avløste den tidligere tilbudsloven fra 2001, som igjen hadde erstattet licitationsloven fra 1967. Licitationsloven utgjorde en alminnelig regulering av inngåelsen av bygge- og anleggskontrakter, og skulle sikre konkurranse om slike kontrakter i så vel offentlig som privat sektor. Tilbudslovens regler for bygge- og anleggskontrakter har således sitt utspring i tankegods fra dansk entrepriserett, ikke EU-rettens ideer om et felles europeisk marked.

Først ved en lovendring i 2007 ble egne regler om offentlige vare- og tjenestekontrakter innlemmet i tilbudsloven. Frem til da hadde vare- og tjenestekontrakter under EU/EØS-terskelverdiene ikke vært lovregulert i dansk rett. Bakgrunnen for lovendringen var dels å øke konkurransen om slike kontrakter, dels å presisere EU-traktatens regler om fri bevegelse.<sup>5</sup>

Håndhevelsesreglene er gitt i en felles håndhevelseslov som ble vedtatt i forbindelse med gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet (direktiv 2007/66/EF).<sup>6</sup>

I det følgende redegjøres nærmere for tilbudslovens regler for henholdsvis bygge- og anleggskontrakter (kapittel 5.2.2) og vare- og tjenestekontrakter (kapittel 5.2.3). Til slutt omtales kort hvilke regler som gjelder ved tildeling av kontrakter som faller utenfor tilbudslovens anvendelsesområde (kapittel 5.2.4).

### 5.2.2 Regelverket for bygge- og anleggskontrakter

#### 5.2.2.1 Innledning

Tildeling av bygge- og anleggskontrakter er regulert av til sammen 15 paragrafer i tilbudslovens kapittel I.

Reglene gir oppdragsgiver større fleksibilitet og rom for skjønn sammenlignet med både EU-direktivene og den norske anskaffelsesforskriftens del II. En særlig viktig forskjell er at oppdragsgiver alltid har adgang til å forhandle med leverandørene. I tillegg har oppdragsgiver større muligheter til å kontakte potensielle leverandører

<sup>3</sup> Jf. bekendtgørelser nr. 936 og 937 av 16. september 2004. Forskriftene er gitt med hjemmel i lov nr. 366 av 8. juni 1990.

<sup>4</sup> Lov nr. 338 av 18. mai 2005 med endringer som følger av lov nr. 572 av 6. juni 2007.

<sup>5</sup> Jf. lovforslag nr. L 152 fremsatt 7. februar 2007, punkt 1.

<sup>6</sup> Lov nr. 492 av 12. mai 2010.

direkte, i stedet for å måtte kunngjøre en konkurranse, gjennom reglene om «begrenset licitation uten forutgående prekvalifisering» og «underhåndsbud».

#### 5.2.2.2 Anvendelsesområde

Tilbudslovens kapittel I gjelder ved tildeling av alle typer bygge- og anleggskontrakter, også kontrakter som blir inngått til bruk i forsyningsvirksomhet. Det gjelder ingen nasjonal terskelverdi (sml. terskel på 500 000 DKK for vare- og tjenesteanskaffelser). Adgangen til bruk av underhåndsbud er imidlertid begrenset av enkelte terskelverdier, jf. kapittel 5.2.2.13.

#### 5.2.2.3 Anskaffelsesprosedyrer

Oppdragsgiver skal innhente tilbud ved åpen eller begrenset licitation eller ved underhåndsbud, jf. § 2 stk. 1. Alle tilbud som ikke blir innhentet etter reglene om licitation eller på grunnlag av rammeavtale, anses som underhåndsbud.

Licitation er en prosedyreform som minner om konkurranse med forhandling. De fleste av lovens bestemmelser regulerer licitationsprosedyren.

Underhåndsbud er definert som tilbud som ikke innhentes ved licitation eller på grunnlag av rammeavtale, jf. § 12 stk. 1. I praksis innebærer bruk av underhåndsbud at oppdragsgiver tar direkte kontakt med potensielle leverandører for å innhente tilbud, og oppdragsgiver står også ellers mye friere enn ved licitation. Adgangen til å innhente underhåndsbud er begrenset.

Både ved licitation og underhåndsbud skal oppdragsgiver «udnytte de muligheter, der findes for at skabe tilstrækkelig konkurrence», jf. § 2 stk. 2. Oppdragsgiver skal også sikre likebehandling av leverandørene, jf. § 2 stk. 3. Selv om det ikke er kommet direkte til uttrykk i tilbudsloven, skal oppdragsgiver også ivareta prinsippet om gjennomsiktighet.<sup>7</sup> Plikten til å ivareta disse prinsippene gjelder på alle stadier av anskaffelsen.

#### 5.2.2.4 Hovedregel: Licitation – invitasjon til konkurranse

Licitation er den alminnelige prosedyreform for anskaffelse av offentlige bygge- og anleggsarbeider. I tilbudsloven er licitation definert på følgende måte, jf. § 4 stk. 1:

«Ved licitation forstås i denne lov, at en opgave udbydes således, at flere opfordres til inden samme bestemte tidspunkt og på samme udbudsgrundlag eller ud fra fælles mindstekrav at give bindende tilbud eller at give tilbud om at indgå i et forpligtende samarbejde om en bygge- og anlægsopgave. Ved opfordringen tilkendes gives, at der er tale om en licitation.»

Det finnes tre former for licitation: offentlig licitation, begrenset licitation med prekvalifisering og begrenset licitation uten prekvalifisering.

Ved *offentlig licitation* skal oppdragsgiver invitere markedet til levering av tilbud gjennom en kunngjøring i pressen eller et elektronisk medium, jf. § 4 stk. 2. I motsetning til vare- og tjenestekontrakter gjelder således ingen plikt til å kunngjøre på kunngjøringsportalen [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk) (den danske versjonen av Doffin). Kunngjøringen skal blant annet inneholde en beskrivelse av anskaffelsen, krav til teknisk og økonomisk stilling som leverandørene må dokumentere for å få sitt tilbud evaluert, og om kontrakt vil bli tildelt i henhold til laveste pris eller hvilket som tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, jf. § 6 stk. 1.

Ved *begrenset licitation* blir bestemte leverandører invitert til å levere tilbud, jf. § 4. stk. 3. Dette kan skje med eller uten prekvalifisering.

Ved begrenset licitation *med prekvalifisering* inviterer oppdragsgiver markedet til å melde sin interesse for anskaffelsen gjennom en kunngjøring i pressen eller et elektronisk medium, jf. § 6 stk. 2. En slik kunngjøring skal i tillegg til de opplysninger som gjelder ved offentlig licitation, inneholde en frist på minst 15 arbeidsdager for å melde interesse for kontrakten og angi hvor mange leverandører som maksimalt vil bli invitert til å levere tilbud.

Prekvalifiseringen av leverandører skal skje på grunnlag av objektive, saklige og ikke-diskriminerende kriterier, jf. § 2 stk. 3. Klagenævnet for Udbud har lagt til grunn at oppdragsgiver ikke plikter å velge ut de mest kvalifiserte leverandørene, men kan basere utvelgelsen på det som vil gi den beste konkurransen.<sup>8</sup>

Tilbudsloven setter ingen øvre grense for hvor mange leverandører oppdragsgiver kan prekvalifisere. Antallet bør likevel ikke overstige det som er nødvendig for å sikre reell konkurranse om kontrakten, slik at transaksjonskostnadene for både leverandører og oppdragsgivere holdes nede.

<sup>7</sup> Jf. Erik Hørlyck, Tilbudsloven med kommentarer, 3. utgave, 2013, side 64.

<sup>8</sup> Jf. Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 9. oktober 1996.

Begrenset licitation *uten prekvalifisering* innebærer at oppdragsgiver ikke kunngjør noen konkurranse, men tar direkte kontakt med aktuelle leverandører og inviterer dem til å gi tilbud, jf. § 6 stk. 3. Også her gjelder regelen om at utvelgelsen av leverandører skal skje på grunnlag av objektive, saklige og ikke-diskriminerende kriterier.

I invitasjonen skal oppdragsgiver opplyse hvor mange leverandører som maksimalt blir invitert til å levere tilbud. Antallet skal være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Oppdragsgiver skal også opplyse om kontrakt blir tildelt etter kriteriet laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. For å fremme effektiv konkurranse og forhindre favorisering av lokale leverandører skal offentlige og offentlig støttede oppdragsgivere invitere minst en leverandør fra utenfor lokalområdet. Av de samme grunner kan oppdragsgiver ikke invitere de samme leverandørene igjen og igjen, men sørge for at det skjer en utskiftning av kretsen av leverandører som blir invitert.

Leverandørenes tilbud skal være skriftlige, jf. § 5. De kan også leveres elektronisk, med mindre oppdragsgiver har stengt for dette i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Motsatt kan oppdragsgiver bestemme at tilbudene skal leveres elektronisk.

#### 5.2.2.5 Konkurransgrunnlag

Licitationsprosedyren krever at alle leverandører inviteres til å levere tilbud «på samme udbudsgrunnlag eller ud fra fælles mindstekrav», jf. § 4 stk. 1. Oppdragsgiver har således ingen plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag. Som følge av at det er grenser for hvor mye informasjon en kunngjøring vil kunne inneholde, vil oppdragsgiver oftest ha behov for å utarbeide et supplerende konkurransegrunnlag.

Tilbudsloven stiller ikke krav til konkurransegrunnlagets form eller innhold.

#### 5.2.2.6 Frister

Tilbudsloven har korte regler om tilbudsfrist og vedståelsesfrist.

*Tilbudsfristen* skal være tilstrekkelig lang til at leverandørene får rimelig tid til å levere inn tilbud, jf. § 3 stk. 1.

I § 3 stk. 2 er det slått fast at det som hovedregel gjelder en *vedståelsesfrist* på 40 arbeidsdager for tilbudene. Oppdragsgiver kan imidlertid fastsette at vedståelsesfristen skal være kortere eller lengre. Hvis oppdragsgiver velger å gjennomføre forhandlinger, blir de leverandører som oppdrags-

giver ikke forbeholder seg en rett til å forhandle med, frigjort fra sine tilbud så snart de blir underrettet om oppdragsgivers beslutning om forhandlinger, jf. § 3 stk. 3.

#### 5.2.2.7 Tilbudsåpning

Tilbudsloven § 7 har en særlig regel om tilbudsåpning. Bestemmelsen, som henger igjen fra gammelt av, gir leverandørene rett til å være til stede når tilbudene åpnes. De har rett til å bli kjent med tilbudenes totalsum og eventuelle forbehold. Oppdragsgiver skal ha gitt informasjon i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget om tid og sted for tilbudsåpningen. Regelen er i dansk teori kritisert som gammeldags og problematisk, blant annet i lys av likebehandlingsprinsippet.<sup>9</sup>

#### 5.2.2.8 Alternative tilbud

Oppdragsgiver har alltid adgang, men ikke plikt, til å ta hensyn til alternative tilbud, jf. § 9 stk. 1. Denne retten kan oppdragsgiver fraskrive seg i konkurransegrunnlaget, og dermed forhindre leverandørene fra å levere alternative tilbud, jf. § 9 stk. 2. En forutsetning for å ta i betraktning et alternativt tilbud er det «opfylder de mindstekrav, som fremgår av udbudsbetingelserne», jf. § 9 stk. 1.

#### 5.2.2.9 Avvisning

I dansk rett er reglene om avvisning hovedsakelig ulovfestet. Tilbudsloven har ingen generelle regler om avvisning av leverandører eller tilbud tilsvarende den norske anskaffelsesforskriften §§ 11-10 og 11-11. I mange tilfeller må oppdragsgiver vurdere om det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet å la en leverandør få levere tilbud eller å ta i betraktning et tilbud. En særlig rett, men ikke plikt, til å avvise tilbud som innebærer risiko for ikke-kontraktsmessig oppfyllelse, er gitt i § 8 stk. 3. I det følgende gis en kort oversikt over de viktigste avvisningsreglene i dansk rett.

Når det gjelder *avvisning av leverandører*, er det alminnelig antatt at oppdragsgiver har *rett* til å avvise leverandører som befinner seg i en situasjon som nevnt i direktiv 2004/18/EF artikkel 45 (skyldig i straffbare forhold, konkurs mv.).

Ved offentlig licitation og begrenset licitation med prekvalifisering har oppdragsgiver *plikt* til å

<sup>9</sup> Jf. Erik Hørlyck, Tilbudsloven med kommentarer, 3. utgave, 2013, side 126 flg.

avvise leverandører som ikke har dokumentert at de oppfyller kravene til teknisk og økonomisk stilling som fastsatt i kunngjøringen i henhold til § 6 stk. 1 og 2. På grunnlag av likebehandlingsprinsippet har oppdragsgiver også *plikt* til å avvise leverandører som har oppnådd en konkurransevidende fordel som rådgiver for oppdragsgiver.

Hva gjelder *avvisning av tilbud*, har oppdragsgiver *rett* til å avvise tilbud med forbehold. I dansk rett benyttes «forbehold» som en fellesbetegnelse på avvik fra kravspesifikasjonene og forbehold mot kontraktsvilkårene. Ved helt bagatellmessige forbehold har oppdragsgiver likevel ikke avvisningsrett.

Oppdragsgiver har *plikt* til å avvise tilbud med forbehold hvis oppdragsgiver uttrykkelig har forbudt forbehold i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver har også *plikt* til å avvise tilbud som inneholder forbehold mot anskaffelsens «grundlæggende elementer». Generelt skal det ikke så mye til før et forbehold anses å angå grunnleggende elementer ved anskaffelsen. Forbehold mot minstekrav til ytelsen, jf. § 9 stk. 1, vil måtte lede til avvisning. Også forbehold som ikke kan prissettes, vil normalt vurderes som forbehold mot grunnleggende elementer. Tilbud som skal avvises som følge av forbehold, blir betegnet som «ukondisjonsmessige tilbud».

Forbehold som aksepteres av oppdragsgiver, skal prissettes, med mindre betydningen av forbeholdet vil bli vurdert under andre tildelingskriterier. Forbeholdet skal prissettes til den maksimale risiko for oppdragsgiver.

En *plikt* til å avvise tilbud foreligger også når et tilbud ikke oppfyller formelle krav som er fastsatt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, for eksempel når tilbudet ikke er levert innen tilbudsfristen, eller når det ikke oppfyller eventuelle krav til uforming.

En særlig avvisningsregel er gitt i § 8 stk. 3, som lyder:

«Udbyderen kan forkaste et tilbud, såfremt det findes overvejende sandsynligt, at den bydende er ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid.»

Regelen gir oppdragsgiver *rett* til å forkaste tilbud hvor oppdragsgiver kan sannsynliggjøre at leverandøren ikke vil komme til å levere kontraktmessig. Bestemmelsen synes med dette å ha samme funksjon som direktiv 2004/18/EF artikkel 55 om unormalt lave tilbud. Tilbudslovens regel har imidlertid fått en mer generell utfor-

ming og dekker etter sin ordlyd flere tilfeller enn bare at tilbudsprisen er mistenkelig lav. Det må være overveiende sannsynlig, dvs. sannsynlighetsovervekt for, at arbeidet ikke vil bli gjennomført på kontraktmessig måte, og oppdragsgiver har bevisbyrden. I forarbeidene er det presisert at bestemmelsen er ment å gi oppdragsgiver avvisningsrett bare på grunnlag av forhold som oppdragsgiver ikke burde tatt stilling til allerede i kvalifikasjonsfasen.<sup>10</sup>

#### 5.2.2.10 Tildelingskriterier

Oppdragsgiver skal tildele kontrakt på bakgrunn av hvilket tilbud som enten har den laveste prisen, eller som er det økonomisk mest fordelaktige, jf. § 8 stk. 1. Lovteksten gir eksempler på hvilke underkriterier oppdragsgiver kan legge vekt på når sistnevnte modell benyttes, inkludert kvalitet, byggetid, driftskostnader, rentabilitet, teknisk verdi, miljøpåvirkning, arkitektur og funksjon.

I konkurransegrunnlaget skal oppdragsgiver gi følgende opplysninger om tildelingskriteriene, jf. § 8 stk. 2:

- Hvilket tildelingskriterium som er valgt.
- Hvis oppdragsgiver velger det økonomisk mest fordelaktige tilbudet som kriterium, skal underkriterienes relative vekt angis. Dette kan gjøres ved å fastsette passende maksimalt utslag.
- Hvis det ikke er mulig å vekte underkriteriene, skal oppdragsgiver opplyste dem i prioritert rekkefølge, med det viktigste kriteriet først.

#### 5.2.2.11 Forhandlinger

I en licitation har oppdragsgiver alltid adgang til å forhandle med leverandørene, jf. §§ 10 og 11.

Hvis leverandørene konkurrerer på pris alene, kan oppdragsgiver bare forhandle med leverandøren som har tilbudt den laveste prisen, jf. § 10. Bestemmelsen synes å bygge på en presumsjon om at samtlige leverandører har levert sine beste tilbud (laveste priser) med en gang.

I konkurranser hvor kontrakt skal tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, kan oppdragsgiver velge å forhandle med inntil tre leverandører, jf. § 11 stk. 1.

Adgangen til å forhandle med flere leverandører ble innført med tilbudsloven i 2001. Frem til da hadde oppdragsgiver bare hatt adgang til å forhandle med leverandøren som leverte det laveste

<sup>10</sup> Jf. lovforslag nr. L 42 fremsatt 23. februar 2005, merknader til § 8.

tilbudet. I forarbeidene ble det pekt på at begrensningene i forhandlingsadgangen hindrer en utviklende dialog mellom oppdragsgiver og leverandører, og at de skaper et grunnlag for leverandørene til å utelukke konkurranse (kartelldannelse).<sup>11</sup> Det ble også fremhevet at forhandlingsadgangen gir oppdragsgiver mulighet til å sikre seg det beste tilbudet i markedet. Erfaringer fra andre sektorer ga heller ikke grunn til å frykte at leverandørene leverer mindre troverdige tilbud som følge av at det eksisterer en forhandlingsadgang.

Oppdragsgiver har en forhandlingsadgang, ikke -plikt. Valget kan utstå til etter at tilbudsfristen har løpt ut og tilbudene er åpnet. Dette gir leverandørene en klar oppfordring til å levere et best mulig tilbud med en gang og ikke regne med at tilbudene vil kunne bli forbedret gjennom forhandlinger.

På den annen side kan oppdragsgiver velge å gi avkall på forhandlingsadgangen i konkurransegrunnlaget, jf. § 11 stk. 1. Et avkall innebærer at oppdragsgiver avskjærer seg selv fra å ta kontakt med leverandørene ut over den snevre avklaringsadgangen som gjelder under forhandlingsforbudet ved åpne anbuds konkurranser. I praksis skjer det svært sjelden av oppdragsgiver gir avkall på adgangen til å føre forhandlinger.

Oppdragsgiver kan forhandle med inntil tre leverandører. Taket på tre leverandører ble innført i 2005. Formålet var å skjerpe konkurransen mellom leverandørene og redusere ressursbruket hos både oppdragsgiver og leverandører.<sup>12</sup> Taket ble vurdert som tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

Leverandørene som plukkes ut til forhandlinger, skal være de som på bakgrunn av tildelingskriteriene har levert de beste tilbudene, jf. § 11 stk. 1. Oppdragsgiver må således foreta en vurdering av samtlige innkomne tilbud før leverandører blir valgt ut til forhandlinger. Oppdragsgiver kan her ha et behov for å foreta tekniske avklaringer i tilbudene for å rangere dem. Dette gir likevel ikke oppdragsgiver rett til å bruke en eventuell kontakt med leverandørene til å gjennomføre egentlige forhandlinger. Grensen mellom tekniske avklaringer og egentlige forhandlinger synes uskarp, men har ikke gitt opphav til praksis fra Klagenævnet for Udbud.

Oppdragsgiver kan forhandle om alternative tilbud, men ikke om «ukonditionsmessige tilbud».<sup>13</sup>

Leverandørene som ikke blir valgt ut til forhandlinger, skal senest ved forhandlingenes oppstart bli underrettet og få en begrunnelse for oppdragsgivers beslutning, jf. § 15 stk. 2.

Oppdragsgiver skal gi leverandørene nødvendig informasjon om selve forhandlingsprosedyren. Hvis det ikke er gitt opplysninger om prosedyren i konkurransegrunnlaget, må oppdragsgiver gjøre det senest ved forhandlingenes oppstart. En slik meddelelse skal sendes til de (inntil tre) leverandørene som oppdragsgiver «forbeholder seg at forhandle med», jf. § 11 stk. 2. I dette ligger at oppdragsgiver ikke har plikt til å forhandle med alle tre, men kan velge for eksempel å forhandle med én leverandør, og ta forbehold om forhandlinger overfor en eller to øvrige leverandører. I en slik situasjon står oppdragsgiver fritt til å tildele kontrakt etter å ha forhandlet med den ene leverandøren. Hvis ikke alle de utvalgte leverandørene blir invitert til forhandlinger, skal oppdragsgiver først forhandle med leverandøren som har levert det beste tilbudet.

Tilbudsloven setter ikke grenser for hvilke sider av tilbudene partene kan forhandle om, ut over at oppdragsgiver må overholde likebehandlingsprinsippet gjennom hele forhandlingsfasen, jf. § 11 stk. 3.

Forhandlingene må ikke lede til at det gjøres vesentlige endringer i oppdragets karakter, jf. § 11. stk. 4. Det er heller ikke tillatt å gjøre endringer i tildelingskriteriene. Bestemmelsen er ment å ivareta hensynet til potensielle leverandører som har avstått fra å delta i konkurransen.

#### 5.2.2.12 Underretning og begrunnelse

Når oppdragsgiver har tildelt kontrakt, skal alle leverandører som har levert inn tilbud, underrettes så raskt som mulig, jf. § 14 stk. 1. Hvis oppdragsgiver annullerer (avlyser) konkurransen, skal han i tillegg gi en begrunnelse til leverandørene.

På tilsvarende måte skal oppdragsgiver raskest mulig underrette leverandører som har levert forespørsel om å delta i en konkurranse, om de er blitt prekvalifisert, jf. § 14 stk. 2. På forespørsel skal disse leverandørene få en begrunnelse for hvorfor de ikke er blitt prekvalifisert.

<sup>11</sup> Jf. lovforslag nr. L 140 fremsatt 10. januar 2001, alminnelige bemerkninger.

<sup>12</sup> Jf. lovforslag nr. L 42 fremsatt 23. februar 2005 punkt 2.2.

<sup>13</sup> Jf. lovforslag nr. L 42 fremsatt 23. februar 2005, merknader til § 11.

Leverandører som har fått sitt tilbud forkastet etter § 8 stk. 3 (overveiende sannsynlighet for ikke-kontraktsmessig oppfyllelse), har på forespørsel krav på en begrunnelse for hvorfor tilbudet ble forkastet, jf. § 14 stk. 3.

Hvis oppdragsgiver gjennomfører forhandlinger, skal leverandører som ikke er blant de inntil tre som oppdragsgiver forbeholder seg en rett til å forhandle med, bli underrettet senest samtidig med at forhandlinger blir innledet, jf. § 15 stk. 2. Underretningen skal være ledsaget av en begrunnelse.

Etter at forhandlinger er gjennomført og kontrakt er blitt tildelt, har oppdragsgiver plikt til å underrette de inntil to øvrige leverandørene som oppdragsgiver forbeholdt seg en rett til å forhandle med, om egenskapene og de relative fordelene ved valgte leverandørs tilbud, jf. § 15 stk. 3.

Har det ikke vært gjennomført forhandlinger, skal oppdragsgiver underrette samtlige leverandører som har overholdt kravene i konkurransegrunnlaget, om egenskapene og de relative fordelene ved valgte leverandørs tilbud, jf. § 15 stk. 4.

#### 5.2.2.13 Kort om rammeavtaler

Oppdragsgiver har adgang til å inngå rammeavtaler, jf. § 13 stk. 1. Det er imidlertid ikke tillatt å inngå rammeavtaler mellom flere enn én oppdragsgiver og én leverandør, jf. § 13 stk. 2. En rammeavtale kan maksimalt vare i fire år, jf. § 13 stk. 3.

#### 5.2.2.14 Særlig om underhåndsbud

Alternativet til å gjennomføre en licitationsprosedyre er å innhente såkalte underhåndsbud. Underhåndsbud et tilbud som er innhentet på en hvilken som helst annen måte enn ved licitation eller på grunnlag av en rammeavtale, jf. § 12 stk. 1. Eksempelvis innebærer denne fremgangsmåten at konkurransebetingelsene (for eksempel tilbudsfristen) kan være forskjellige for leverandørene, at oppdragsgiver ikke har utarbeidet et detaljert konkurransegrunnlag, at tilbudene ikke åpnes samtidig, eller at det forhandles med flere leverandører i en ren priskonkurranse.<sup>14</sup>

Oppdragsgiver kan bare innhente underhåndsbud hvis kontraktens anslåtte verdi er på mindre enn 3 millioner DKK, jf. § 12 stk. 3. I 2005 ble terskelen hevet fra 2 millioner DKK for at både oppdragsgivere og leverandører skulle spare

ressurser.<sup>15</sup> I nærmere opplistede unntakstilfeller – som langt på vei synes å tilsvare reglene om unntak fra detaljerte prosedyreregler i den norske anskaffelsesforskriften § 2–1 annet ledd bokstav a–f – kan oppdragsgiver likevel innhente underhåndsbud når kontraktens anslåtte verdi overstiger beløpsgrensen.

Oppdragsgiver skal innhente inntil tre underhåndsbud. Det er likevel tillatt å innhente et fjerde underhåndsbud hvis oppdragsgiver har forbeholdt seg denne retten i oppfordringen til å levere tilbud. Dette fjerde underhåndsbudet skal i så fall innhentes fra en leverandør utenfor lokalområdet. Taket på tre, eventuelt fire, tilbud er satt for å redusere ressursbruken på både oppdragsgiver- og leverandørsiden.

Hvis anskaffelsens anslåtte verdi overstiger 300 000 DKK, skal oppdragsgiver innhente minst to underhåndsbud, jf. § 12 stk. 4. Samtidig kan oppdragsgiver ikke invitere de samme leverandørene igjen og igjen, men sørge for at det skjer en utskiftning i leverandørkretsen.

Når oppdragsgiver innhenter underhåndsbud, skal oppdragsgiver opplyse om kontrakt vil bli tildelt på grunnlag av hvilket tilbud som har den laveste prisen eller er det økonomisk mest fordelaktige, jf. § 12 stk. 5.

Oppdragsgiver har samme adgang til å forkaste tilbud på grunn av risiko for ikke-kontraktsmessig oppfyllelse som ved licitation, jf. § 12 stk. 6.

Reglene om frister og reglene om underretning og begrunnelse gjelder også ved innhenting av underhåndsbud.

### 5.2.3 Regelverket for vare- og tjenestekontrakter

#### 5.2.3.1 Innledning

Tilbudslovens kapittel II om tildeling av vare- og tjenestekontrakter består av bare fire bestemmelser:

- Regler om anvendelsesområde, jf. § 15 a
- Definisjoner, jf. § 15 b
- Regler om kunngjøringsplikt, jf. § 15 c
- Regler om prosedyre og underretning om avgjørelse, jf. § 15 d

I grove trekk er oppdragsgiver pålagt en kunngjøringsplikt og en plikt til å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Utover disse reglene stiller tilbudslo-

<sup>14</sup> Jf. Konkurrencestyrelsen, Vejledning til tilbudsloven 2005, side 37.

<sup>15</sup> Jf. lovforslag nr. L 42 fremsatt 23. februar 2005, punkt 2.3.

ven ikke nærmere krav til oppdragsgivers gjennomføring av en vare- eller tjenesteanskaffelse under EU/EØS-terskelverdiene. Den enkelte oppdragsgiver er på denne måten gitt meget stor frihet ved gjennomføringen av en anskaffelsesprosess.

### 5.2.3.2 Anvendelsesområde

Tilbudslovens regler for vare- og tjenesteanskaffelser gjelder for de samme offentlige oppdragsgivere som er underlagt direktiv 2004/18/EF, dvs. offentlige myndigheter og offentligrettslige organer, jf. tilbudsloven § 15 a stk. 2. Kontrakter som blir inngått til bruk i forsyningsvirksomhet, er unntatt. Det betyr at man i dansk rett har valgt ikke å lovregulere vare- og tjenesteanskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene.

Reglene gjelder for vare- og tjenestekontrakter slik disse er definert i direktiv 2004/18/EF, jf. tilbudsloven § 15 a stk. 1. Kontrakter med en anslått verdi under 500 000 DKK er unntatt fra loven. Etter en lovendring som trådte kraft i 1. januar 2013, gjelder det samme for uprioriterte tjenester. Kontrakter som faller utenfor regelverket, er regulert bare av alminnelige EU/EØS-rettslige prinsipper og/eller grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper, jf. mer om dette nedenfor i kapittel 5.2.4.

I tillegg er følgende kontrakter unntatt:

- Kontrakter som er unntatt fra direktiv 2004/18/EF etter artikkel 12–18, jf. § 15 a stk. 3
- Delkontrakter som definert i direktiv 2004/18/EF artikkel 9 nr. 5 bokstav a og b, jf. § 15 a stk. 3
- Kontrakter som kan inngås etter konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. direktiv 2004/18/EF artikkel 31, jf. § 15 c stk. 2
- Kontrakter som det er nødvendig å holde hemmelig for å beskytte vesentlige hensyn til offentlige interesser, jf. § 15 c stk. 3

### 5.2.3.3 Kunngjøringsplikten

Alle vare- og tjenestekontrakter som er omfattet av tilbudsloven, skal oppdragsgiver kunngjøre konkurranse om ved en annonse i pressen eller i et elektronisk medium, jf. § 15 c stk. 1. Med hjemmel i § 15 c stk. 5 er det i dag forskriftsfestet en plikt til å kunngjøre på kunngjøringsportalen [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk) (den danske versjonen av Dofin).<sup>16</sup> Kunngjøring er gratis og skal skje ved utfylling av et fastsatt skjema som er tilgjengelig på websiden. Kunngjøringen anses offentliggjort den

dagen oppdragsgiver sender den inn til [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk).

Kunngjøringen skal inneholde minst følgende opplysninger:

- Beskrivelse av anskaffelsen
- Kontaktopplysninger
- Tilbudsfrist eller frist for forespørsel om å delta i konkurransen
- Adresse for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen
- Tildelingskriterier

### 5.2.3.4 Oppdragsgivers plikter underveis i konkurransen

I tillegg til plikten til å kunngjøre kontrakten på [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk) er det fastsatt visse overordnede krav til gjennomføringen av en anskaffelse i § 15 d stk. 1:

«Ved tilrettelæggelsen og gjennomføringen af proceduren skal udbyderen sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.»

Bestemmelsen gir uttrykk for prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Ved gjennomføringen av konkurransen skal oppdragsgiver blant annet sikre at potensielle leverandører har mulighet til å konkurrere om en offentlig kontrakt på like vilkår, at alle relevante opplysninger om anskaffelsen er tilgjengelig for leverandørene, at kontraktstildelingen skjer på en gjennomsiktig måte, og at det ikke oppstilles krav som er strengere enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen.<sup>17</sup> Så lenge disse overordnede kravene overholdes, har oppdragsgiver stor frihet ved gjennomføringen av anskaffelsesprosessen.

Når tilbudslovens kapittel II ikke oppstiller nærmere regler om prosedyreform, står oppdragsgiver fritt til å tilrettelegge prosedyren på den måten han mener er hensiktsmessig. I praksis viser det seg imidlertid at en del oppdragsgivere ikke benytter fleksibiliteten som tilbudsloven tilbyr, men i stedet benytter prosedyrene i EU-direktivene. Årsakene til dette kan være flere,

<sup>16</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 280 av 23. mars 2011.

<sup>17</sup> Jf. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, Vejledning til annonceringspligten efter tilbudslovens afsnit II, 2013, side 13–14.



men det er blitt pekt på at EU-reglene kan oppleves som en sikker havn for å oppfylle de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Kontrakt skal tildeles etter fastsatte *tildelingskriterier*. Som nevnt skal disse være oppgitt i kunngjøringen, men det er ikke oppstilt detaljerte regler om hvilke kriterier oppdragsgiver lovlig kan legge vekt på. De må imidlertid være objektive, saklige og ikke-diskriminerende, og dermed være egnet til å identifisere det beste tilbudet. Oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakt ikke bare etter «laveste pris» eller «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet», men også andre modeller som på en saklig måte vil kunne identifisere det beste tilbudet, for eksempel det «det miljømessig mest bæredyktige tilbudet».<sup>18</sup> Tildelingskriteriene kan imidlertid ikke gi oppdragsgiver et i praksis fritt skjønn.<sup>19</sup>

Videre har Klagenævnet for Udbud lagt til grunn at den skarpe grensen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier ikke gjelder i tilbudslovens kapittel II. Det betyr at oppdragsgiver i større grad vil kunne legge vekt på forhold ved leverandøren ved tildeling av kontrakt. Eksempelvis har Klagenævnet for Udbud konstatert at en oppdragsgiver ikke handlet i strid med tilbudsloven ved å benytte tildelingskriteriene «Tilbudsgivers forståelse og faglige kompetence indenfor opgaven og produksortiment» og «Referencer fra tilsvarende opgaver».<sup>20</sup>

Oppdragsgiver har ikke plikt til å vekte tildelingskriteriene.

#### 5.2.3.5 Underretning og begrunnelse

Når oppdragsgiver har tildelt kontrakt, skal samtlige leverandører som har levert tilbud, bli underrettet om kontraktstildelingen så raskt som mulig, jf. § 15 d stk. 2 første punktum. Hvis oppdragsgiver annullerer (avlyser) konkurransen, skal oppdragsgiver i tillegg gi en begrunnelse. Begrunnelsen skal være saklig og ikke i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Leverandø-

rer som har fått sitt tilbud forkastet, kan be oppdragsgiver om en begrunnelse for dette, jf. annet punktum.

#### 5.2.4 Kort om kontrakter om uprioriterte tjenester og andre kontrakter som ikke reguleres av tilbudsloven

Reglene om vare- og tjenestekontrakter som ble tilføyd i tilbudsloven i 2007, gjaldt for alle typer varer og tjenester, inkludert kontrakter om uprioriterte tjenester. Ved ny lovendring som trådte i kraft 1. januar 2013, ble imidlertid uprioriterte tjenester tatt ut av tilbudsloven.<sup>21</sup>

Formålet var å redusere transaksjonskostnadene ved slike anskaffelser. Ifølge forarbeidene viste erfaringene med tilbudsloven at kunngjøringsplikten medførte transaksjonskostnader som ikke stod i forhold til anskaffelsen, og at mange oppdragsgivere opplevde kunngjøringsplikten som en like tid- og ressurskrevende prosess som gjennomføring av en anskaffelse etter direktiv 2004/18/EF.<sup>22</sup>

Kontrakter om uprioriterte tjenester er i dag bare regulert av ulovfestet rett. Hvis kontrakten anses å ha grenseoverskridende interesse, kommer de generelle EU/EØS-rettslige prinsippene om blant annet likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet til anvendelse. Ved tildeling av kontrakter som ikke anses å ha grenseoverskridende interesse, må oppdragsgiver overholde alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, inkludert prinsipper om saklig og forsvarlig saksbehandling, forsvarlig økonomisk forvaltning, likebehandling og forholdsmessighet.

Kontrakter om uprioriterte tjenester som har en anslått verdi som overstiger EU/EØS-terskelverdiene, er i tillegg omfattet av direktiv 2004/18/EF artikkel 23 (tekniske spesifikasjoner) og artikkel 35 (kunngjøring av kontraktinggåelse).

På tilsvarende måte vil vare- og tjenestekontrakter som har en anslått verdi på under 500 000 DKK, eller som skal inngås til bruk i forsyningsvirksomhet, være underlagt generelle EU/EØS-rettslige prinsipper og/eller alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

<sup>18</sup> Jf. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, Vejledning til annonceringsplikten efter tilbudslovens afsnit II, 2013, side 16.

<sup>19</sup> Jf. Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 15. februar 2012.

<sup>20</sup> Jf. Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 30. januar 2012.

<sup>21</sup> Jf. lov nr. 1234 av 18. desember 2012.

<sup>22</sup> Jf. lovforslag nr. L 28 fremsatt 10. oktober 2012, punkt 1.1.



*Del II*  
*Materielle regler*



## Kapittel 6

# Regelverkets oppbygning

### 6.1 Forholdet mellom EU/EØS-rett og nasjonal rett

<sup>1</sup>Dagens anskaffelsesregelverk er en kombinasjon av EU/EØS-rett og nasjonal rett.

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å regulere offentlige anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over angitte EU/EØS-terskelverdier. Bestemmelsene i direktivet er gjennomført i norsk rett ved lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser. Hovedstammen i regelverket er altså av EU/EØS-rettslig opprinnelse.

I tillegg har lovgiver valgt å innføre nasjonale regler for offentlige anskaffelser som går videre enn det EU/EØS-retten krever. Dels er det tale om mer detaljert regulering på flere felter, dels er det innført prosedyreregler for anskaffelser under de ovennevnte EU/EØS-terskelverdiene, samt for de såkalte uprioriterte tjenestene. Dette særnorske anskaffelsesregelverket er inntatt i nevnte lov og forskrift.

Sondringen mellom EU/EØS-baserte regler og nasjonale regler er prinsipielt viktig fordi førstnevnte har en annen rettskildemessig bakgrunn. EU/EØS-baserte regler skal tolkes i tråd med EU/EØS-retten og ut fra utviklingen i denne, inkludert rettspraksis fra EU-domstolen. De har også en annen status, med krav på forrang fremfor annen norsk rett så langt dette følger av EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109 § 2.

I en og samme lov- eller forskriftsbestemmelse kan det være elementer av både EU/EØS-rett og nasjonal utformet rett, og det er ikke alltid enkelt å vite nøyaktig hvor grensen går. I den daglige anvendelsen av regelverket har sonderingen mellom EU/EØS-baserte regler og nasjonale regler liten betydning. Denne sonderingen har imidlertid vært viktig for utvalget, ettersom mandatet er begrenset til en gjennomgang av den særnorske delen av regelverket.

### 6.2 Forholdet mellom lov og forskrift om offentlige anskaffelser

<sup>2</sup>I anskaffelsesloven er grunnleggende krav som gjelder for alle offentlige anskaffelser, som likebehandling, gjennomsiktighet og konkurranse, nedfelt. I tillegg er det gitt en rekke bestemmelser om håndhevelse av anskaffelsesregelverket. Øvrig regulering skjer i forskriften. Dette betyr at det i realiteten er forskriften som viser reguleringen av området, og det er primært denne som brukerne av regelverket må forholde seg til.

Den gjeldende anskaffelsesforskriften består av fire deler:

Forskriftens del I inneholder en rekke grunnleggende bestemmelser, blant annet en presisering av de grunnleggende kravene i loven, definisjoner og bestemmelser om terskelverdiregning. Denne delen gjelder for alle anskaffelser omfattet av forskriften, uansett verdi, og dette kan således betegnes som forskriftens fellesdel. For anskaffelser over 100 000 kroner er det blant annet stilt uttrykkelige krav om føring av protokoll og innhenting av skatteattest og HMS-egenerklæring.

Forskriftens del II inneholder nasjonale prosedyreregler (særnorske regler) for kontrakter om varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider hvis anslåtte verdi overstiger 500 000 kroner, men som verdimessig ligger under EU/EØS-terskelverdiene. Del II regulerer også kjøp av såkalte uprioriterte tjenester (blant annet helse- og sosialtjenester, utdanningstjenester, juridiske tjenester) over 500 000 kroner. Dette er tjenester som i all hovedsak ikke er underlagt prosedyrebestemmelsene i direktiv 2004/18/EF. Det er kun tre av direktivbestemmelsene som gjelder for anskaffelser av denne type tjenester over EU/EØS-terskelverdiene: artikkel 2 om generelle prinsipper, artikkel 23 om nøytrale tekniske spesifikasjoner og artikkel 35 nr. 4 om etterfølgende kunngjøring av konkurranseresultatet.

<sup>1</sup> Redegjørelsen bygger på NOU 2010: 2 side 30.

<sup>2</sup> Redegjørelsen bygger på NOU 2010: 2 side 31.

Konkurranser om kontrakter som er omfattet av del II, skal kunngjøres i den nasjonale databasen Doffin. Reglene i forskriftens del II er langt på vei identiske med reglene i del III, som primært følger av anskaffelsesdirektivet, men er noe mer fleksible. Blant annet har oppdragsgiver alltid adgang til å velge prosedyreformen konkurranse med forhandling, og det er ikke oppstilt minimumsfrister.

Forskriftens del III gjennomfører direktiv 2004/18/EF i norsk rett.<sup>3</sup> Reglene i denne delen gjelder for tildeling av kontrakter om varer, priori-

---

<sup>3</sup> Samt WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen) og reglene om anskaffelser i EFTAs frihandelsavtaler med tredjeland.

terte tjenester og bygge- og anleggsarbeider hvis verdi overstiger EU/EØS-terskelverdiene. Konkurranser om kontraktene som faller inn under del III, skal kunngjøres i TED-databasen. Del III inneholder detaljerte prosedyreregler, som har som formål å åpne for internasjonal konkurranse samtidig som de er fylt ut med nasjonale regler for å sikre gjennomføringen av disse konkurransene.

Forskriftens del IV inneholder særlige prosedyreregler for plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjonskontrakter og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål. Denne delen gjelder både over og under EU/EØS-terskelverdiene, og reglene her er således en blanding av EU/EØS- og nasjonale prosedyreregler.

## Kapittel 7

# Forholdet mellom de ulike delene i regelverket

### 7.1 Betydningen av de generelle prinsippene ved tolkningen av enkeltbestemmelser. Nedfallsproblematikk

Som det fremgår av kapittel 10.1, følger det av praksis fra både EU-domstolen og KOFA at de generelle prinsippene blant annet danner grunnlag for en rekke selvstendige plikter og rettigheter; det kan utledes av de generelle prinsippene hvordan en konkret anskaffelse skal gjennomføres. Dette blir særlig synlig for anskaffelsene som bare er underlagt forskriftens del I. Det er imidlertid grenser for hvor langt man kan gå i å benytte disse prinsippene som grunnlag for å etablere konkrete prosedyrekrav.

En særlig problemstilling er adgangen til å innfortolke konkrete saksbehandlingsregler for eksempel i forskriftens del I fordi de står i del II eller del III, med den begrunnelse at reglene følger av de grunnleggende prinsippene. Denne problemstillingen omtales som «nedfallsproblematikk» fordi detaljerte prosedyrekrav «faller ned» fra en del i forskriften til en annen, til tross for at lovgiver har valgt en annen ordlyd i denne delen eller ikke gitt nærmere regler overhodet.

Av betydning i denne sammenheng er EU-domstolens uttalelser i sak C-95/10 (Strong Seguranc). Om skillet mellom prioriterte tjenester (som er omfattet av direktiv 2004/18/EF) og uprioriterte tjenester (som bare er underlagt et par av direktivbestemmelsene) la EU-domstolen til grunn at likebehandlingsprinsippet ikke kan benyttes til å utlede at direktivets prosedyreregler for prioriterte tjenester må gjelde tilsvarende for uprioriterte tjenester. Det vil i praksis oppheve skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester slik det er fastsatt i anskaffelsesdirektivet.<sup>1</sup>

KOFA har imidlertid hatt en tendens til å utlede samme regler av de grunnleggende prinsippene i de ulike deler av regelverket. Dette skaper store utfordringer for oppdragsgivere som

skal operasjonalisere de mindre regulerte delene av regelverket. I den senere tid har imidlertid KOFA selv uttalt at oppdragsgiver står friere ved anskaffelser etter forskriftens del I enn etter del II og III, jf. blant annet KOFAs sak 2009/233, som gjaldt krav til utforming av tildelingskriterier. Tilsvarende har Hedmarken tingrett i kjennelse av 5. juli 2012 lagt til grunn at det ikke gjelder krav om bruk av vektete tildelingskriterier i anskaffelser som er underlagt forskriftens del I, blant annet under henvisning til nevnte avgjørelse fra EU-domstolen.

*Utvalget* deler disse synspunktene. Oppdragsgiver må stå friere ved anvendelsen av forskriftens del I enn del II, og friere i del II enn i del III. Utgangspunktet bør derfor være at eksplisitte prosedyrekrav som følger av forskriftens del III, ikke skal innfortolkes i forskriftens del I og II, og tilsvarende at eksplisitte prosedyrekrav som følger av forskriftens del II, ikke skal innfortolkes i forskriftens del I. Dette følger også av det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet. Selv om det kan utledes plikter fra de grunnleggende prinsippene, skal det stilles ulike krav til pliktens innhold og omfang i de ulike delene i regelverket.

Dette er en helt sentral forutsetning for å foreta forenklinger i forskriftens del I og II. Utvalget understreker derfor at forslagene til forenklinger av anskaffelsesregelverket vil undergraves fullstendig hvis KOFA og domstolene på grunnlag av de generelle prinsippene likevel innfortolker detaljerte prosedyrekrav som ikke ellers følger av regelverket.

### 7.2 Adgangen til å benytte bestemmelser i forskriftens del III

En beslektet problemstilling er i hvilket omfang oppdragsgiver har adgang til å benytte seg av bestemmelser i andre deler av forskriften.

Slik *utvalget* ser det, er det i prinsippet ikke noe til hinder for at oppdragsgiver velger å gjennomføre en anskaffelse etter strengere regler enn

<sup>1</sup> Jf. avsnitt 42.

det han er forpliktet til. Er en anskaffelse for eksempel omfattet av forskriftens del II, kan oppdragsgiver frivillig velge å gjennomføre en anskaffelse etter reglene i del III. Etter utvalgets vurdering må dette medføre at samtlige regler i del III får anvendelse, inkludert reglene om kunngjøring, frister, anskaffelsesprosedyre, forhandlingsforbud og reglene om håndhevelse.

På en rekke punkter inneholder forskriftens del III regulering av forhold som ikke er regulert i del I eller II. Et eksempel er reglene om at en leverandør kan støtte seg på andre foretaks kapasitet, blant annet når leverandøren ikke selv har de nødvendige tekniske eller faglige kvalifikasjonene, jf. § 17-9 annet ledd. En slik eksplisitt regel fremgår ikke av forskriftens del II, og da oppstår spørsmålet om leverandørene har denne muligheten her. KOFA har lagt til grunn at leverandørene også har en slik mulighet i del II.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Breiland, Brække, Fredriksen, Frøyland, Gjønnnes, Liessem, Strømsnes og Vigander,* er enig i denne tolkningen, og ser ingen grunn til at det skal gjelde strengere regler etter forskriftens del II enn det som gjelder etter del III. Ut fra en «fra det mer til det mindre»-betraktning mener flertallet at når noe er tillatt etter del III, må det også være tillatt etter del II, med mindre det strider mot særlige regler i denne delen.

Dette får blant annet den konsekvensen at oppdragsgiver også i del II vil kunne anvende elektroniske auksjoner og dynamiske innkjøpsordninger, kreve elektroniske kataloger, dele opp en kontrakt

i delkontrakter osv., selv om slike forhold bare reguleres i forskriftens del III, jf. utvalgets forslag til nytt nasjonalt regelverk. Slike valg og løsninger blir da en del av tilbudskonkurransen, og det er en vesentlig forutsetning at oppdragsgiver sørger for å beskrive disse relevante elementene i tilstrekkelig grad i konkurransedokumentene. De grunnleggende prinsippene og forskriftens krav til konkurransegrunnlag vil da være retningsgivende.

Mot denne bakgrunn ønsker flertallet å utvide oppdragsgivers handlingsrom, snarere enn å begrense det.

*Utvalgets mindretall, medlemmet Amdal,* mener at denne føringen er uheldig, fordi det er uklart hvilke rettsregler som vil gjelde dersom oppdragsgiver ikke fullt ut har regulert de aktuelle forholdene i konkurransegrunnlaget for en anskaffelse etter del II. Det er også svært ressurskrevende for oppdragsgiver å måtte nedfelle samtlige relevante bestemmelser i konkurransegrunnlaget. Mindretallet mener at bestemmelsene i del III frivillig kan benyttes av oppdragsgiver i en konkurranse som i utgangspunktet er regulert av del II, men at «bordet fanger»; med andre ord skal samtlige bestemmelser i del III komme til anvendelse i den aktuelle konkurransen. Mindretallet mener også at utvalgets konklusjon om at det ikke skal skje noe automatisk «nedfall» av rettsregler i del III til regelverket under EU/EØS-terskelverdiene, innebærer at det ikke kan legges til grunn at bestemmelser som utelukkende fremgår eksplisitt i del III, kan benyttes i andre deler av regelverket.



## Kapittel 8

# Overordnet om utvalgets forslag til nytt nasjonalt regelverk

Norsk lovgiver har som det fremgår av kapittel 6.1, bestemt at anskaffelser som ikke er underlagt de detaljerte prosedyreregler i direktiv 2004/18/EF, likevel skal være regulert av et detaljert, særnorsk prosedyreregelverk når den anslåtte verdien overstiger 500 000 kroner. Prosedyrereglene i del II er riktignok noe mer fleksible enn i del III, men samlet sett pålegger de oppdragsgivere et sett med plikter som er nesten like omfattende som etter anskaffelsesdirektivet. Til sammenligning er oppdragsgivers plikter ved anskaffelser under 500 000 kroner i hovedsak begrenset til å følge de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 5 og protokollplikten i anskaffelsesforskriften § 3-2.

Som det fremgår av kapittel 2.2, har utvalget fått en rekke innspill fra forskjellige aktører på oppdragsgiver- og leverandørsiden. Gjennomgående innspill har vært at regelverket må gi atskillig større spillerom for å rette opp feil underveis i anskaffelsesprosessen og å gjøre tilpasninger i tilbud og konkurransegrunnlag. Videre må det være mulig for partene å snakke sammen, og regelverket må ikke være til hinder for å ta fornuftige avgjørelser som er i tråd med formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Særlig ved avholdelse av anbudskonkurranser – hvor det gjelder et strengt forhandlingsforbud – opplever oppdragsgivere at mulighetene for å gjøre tilpasninger som ellers fremstår både fornuftige og i tråd med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, i praksis er stengt.

*Utvalgets* oppfatning er at en slik rettstilstand ikke er tilfredsstillende, og peker først og fremst på at forskriftens del II i stor grad regulerer relativt små anskaffelser. Over EU/EØS-terskelverdiene taler sterkere grunner for å regulere og kontrollere oppdragsgivere underveis i anskaffelsesprosessen, delvis på grunn av anskaffelsenens størrelse og delvis for å oppnå EUs formål om et felles europeisk marked. Dessuten er potensialet for innsparinger større over EU/EØS-terskelverdiene fordi kontraktsverdiene er større, og fordi det konkurreres på et internasjonalt marked. Dette kan til en viss grad forsvare mer detaljerte og for-

malistiske prosedyrer. Lasse Simonsen har forklart det på følgende måte:

«Anbudskonkurransen brukes i disse tilfellene som et instrument for å gjennomtvinge et overordnet politisk mål – å åpne for fri konkurranse over landegrensene. De offentlige markedene i Europa har i praksis vært lukket for slik konkurranse. For å bekjempe den inngrodde skepsis mot å slippe utenlandske selskaper inn i det offentlige markedet, har man tydd til en ytterst formalisert anbudsprosedyre.

Den form anbudsprosedyren har fått innenfor dette systemet, vil ikke alltid være forenlig med det som er bedriftsøkonomisk hensiktsmessig. De strenge krav til forutberegnelighet og formell likhet, vil ikke kunne imøtekomme det privates behov for fleksible og raske prosedyrer. For offentlige anskaffelser er dette ikke et sjelden dilemma. Man opplever et spenn mellom foretningmessig funksjonelle løsninger og politiske styringsmekanismer. Men her har lovgivende myndigheter tross alt truffet et valg. Det man taper av fleksibilitet i forbindelse med den enkelte anskaffelse, vinnes forhåpentligvis igjen ved å åpne for en grensesprengende konkurranse.»<sup>1</sup>

Under EU/EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester er hensikten med anskaffelsesreglene ikke grenseoverskridende handel, men først og fremst og sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. kapittel 9.1. En plikt til å følge detaljerte prosedyreregler når konkurranser om slike kontrakter skal gjennomføres, vil ikke nødvendigvis bidra til å realisere dette formålet. Tvert imot vil mange, detaljerte og kompliserte prosedyreregler kunne medføre at oppdragsgivere bruker uforholdsmessig mange ressurser på gjennomføringen av relativt små anskaffelser.

<sup>1</sup> Jf. Lasse Simonsen, Prekontraktuell ansvar, Oslo, 1997, side 535–536.

Det faktum at reglene fremstår som detaljerte og kompliserte, kan i seg selv medføre en frykt for å gjøre feil. Det er lett å trå feil selv med gode intensjoner og feilene kan få kostbare konsekvenser. Forbigåtte leverandører kan fremme krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse, og øvrige leverandører vil kunne kreve erstattet den negative kontraktsinteresse. For å redusere denne risikoen opplever mange oppdragsgivere det som økonomisk rasjonelt å bruke ekstra ressurser på anskaffelsene, ene og alene for å forsikre seg om at man ikke begår feil. Fokuset kan da lett bli å gjennomføre en «korrekt» anskaffelse i henhold til regelverket, fremfor å foreta et godt innkjøp. På denne måten ender et regelverk, som er ment å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, i mange tilfeller opp med å være en kilde til det motsatte. Formålet om effektiv ressursbruk sammenholdt med det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet tilsier derfor at det generelt må bli enklere å gjennomføre mindre anskaffelser.

Det er ikke bare oppdragsgiver som bruker mange ressurser i forbindelse med en anskaffelse, det gjør også leverandørene. Mange SMB-er vegrer seg for å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser nettopp på grunn av de kompliserte reglene. Anskaffelsesregelverket innebærer således at forskjellen på å være leverandør til det offentlige og til det private blir stor.

Utvalget er opptatt av at oppdragsgivere må få større fleksibilitet ved gjennomføring av anskaffelser etter anskaffelsesforskriftens del II enn tilfellet er i dag. Etter utvalgets vurdering vil det mest sentrale forenklingsgrepet være å gjøre anskaffelsesprosedyrene under EU/EØS-terskelverdiene enklere og mer fleksible. Med utgangspunkt i utvalgets syn på hva som er formålet med regelverket, jf. kapittel 9.4 (hvor det også fremgår at utvalget ikke er helt samstemt), har utvalget i sitt arbeid fokusert på å foreslå et regelverk som bidrar til forenklinger, økt brukervennlighet og lavere ressursbruk for oppdragsgiver. Det vises til gjennomgangen av de materielle forslagene i Del II.

Gjennomgående foreslår et flertall i utvalget at det i større grad åpnes opp for at beslutninger i anskaffelsesprosessen skal bero på oppdragsgivers skjønn. Som det fremgår av kapittel 31 om økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag, mener utvalget at de fremlagte forslag vil bidra til økt verdiskapning.

En uunngåelig konsekvens er at forutsigbarhet for leverandørene i noen grad reduseres. Utvalgets forslag vil imidlertid gi utvidet adgang til dialog og tilpasninger underveis i konkurransene, noe som ikke bare kommer oppdragsgivere,

men også leverandører til gode. Slik sett vil prosessene nærme seg slik det er i privat sektor.

Det gjeldende anskaffelsesregelverket inneholder flere ordensbestemmelser. Brudd på slike regler har imidlertid ingen rettslige konsekvenser, og de gir ikke leverandørene noen rettigheter. Noen av disse bestemmelsene bærer preg av å være «kokebokbestemmelser», i den forstand at de helt presist angir hvordan oppdragsgiver skal gjennomføre de ulike trinn i en anskaffelsesprosedyre. Det har kommet innspill til utvalget om at slike «kokebokbestemmelser» kan være hensiktsmessige. Etter utvalgets syn bør imidlertid detaljerte «kokebøker» i forskrifts form heller erstattes av veiledning til regelverket. Detaljregler i forskriften innebærer at selv små, ubetydelige feiltrinn utgjør brudd på regelverket, mens veiledning er nettopp bare veiledning. Gjeldende detaljregulering, som lett fører til feil, foreslås i stor grad sløyfet.

Tilsvarende har regelverket en rekke bestemmelser som bare er av «motiverende art», for eksempel bestemmelsen om at oppdragsgiver «bør» spesifisere anskaffelsen ved en behovsspesifikasjon, jf. § 8-3 første ledd. Utvalget foreslår som hovedregel å sløyfe slike bestemmelser. Slike regler hører etter utvalgets syn hjemme i veiledninger til regelverket.

For øvrig ser et samlet utvalg et særlig potensial for forenklinger i gjeldende regler om kommunikasjon, om dokumentasjon av kvalifikasjoner, om adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget, og om avvisning.

Norge er ikke EØS-rettslig forpliktet til å ha detaljerte bestemmelser for anskaffelser som ikke er omfattet av anskaffelsesdirektivet. De særnorske detaljerte reglene har vokst frem over tid. De er i stor grad basert på tradisjonell anbudsrett som opprinnelig kun regulerte bygge- og anleggskontrakter. Det synes dessuten tidligere å ha vært et mål i seg selv for lovgiver at man skulle ha et så ensartet regelverk som mulig over og under EU/EØS-terskelverdiene. Utvalgets forslag innebærer til dels et brudd med denne praksisen.

Gitt at norske offentlige oppdragsgiver ivaretar den foreslåtte økte fleksibiliteten på en god og stadig mer profesjonell måte, mener et flertall i utvalget at de grunnleggende kravene til likebehandling og rettssikkerhet for leverandørene vil være godt ivaretatt. Som det fremgår i kapittel 30, bør derfor utvalgets forslag til endringer i regelverket følges opp med andre tiltak.

I de følgende kapitlene presenteres utvalgets forslag til nytt nasjonalt regelverk.

## Kapittel 9

### Formål

#### 9.1 Innledning

Anskaffelsesregelverket bygger på en grunnleggende sontring mellom private og offentlige anskaffelser. Det gjelder en generell presumsjon for at private markedsaktører normalt vil opptre bedriftsøkonomisk rasjonelt. Det skyldes at de selv må bære konsekvensene av forretningsmessig dårlige disposisjoner. De står derfor fritt til å foreta sine anskaffelser på den måten de måtte ønske. For offentlige markedsaktører er utgangspunktet et annet. En offentlig etat eller bedrift driver normalt for «andres», skattebetalernes, regning, og det offentlige er ofte i en monopolsituasjon, der «eier» av en leverandør også er kjøper av varer og tjenester. Som Håndhevelsesutvalget uttrykker det, er tanken at «offentlige innkjøpere ikke har samme insitament til å opptre økonomisk rasjonelt som private, siden de ikke er underlagt samme konkurranse og samme krav til effektivitet og inntjening.»<sup>1</sup>

Når det offentlige skal foreta sine anskaffelser, gjelder derfor strenge og til dels detaljerte regler om fremgangsmåte forut for anskaffelsen. Disse reglene har sitt opphav dels i EU/EØS-retten, dels i intern norsk rett. Formålene med reglene er likevel ikke totalt overlappende i EU/EØS og i Norge. Den EU/EØS-rettslige reguleringen av offentlige anskaffelser skal bidra til å realisere et felles europeisk indre marked (kapittel 9.2), mens norsk lovgiver primært har sett på regelverket som et verktøy for å sikre at fellesskapets midler forvaltes på best mulig måte (kapittel 9.3).

I det gjeldende norske anskaffelsesregelverket er formålet nedfelt i anskaffelsesloven § 1, og gjentatt i anskaffelsesforskriften § 1-1. Bestemmelsen har i dag følgende ordlyd:

«Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning 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 opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

*Utvalget* foreslår endringer i anskaffelsesloven § 1 (kapittel 9.4). Etter utvalgets vurdering er det behov for å klargjøre formålet med anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesloven § 1 bør rendyrkes som formålsbestemmelse. Henvisninger til virkemidler for å realisere de målene som er satt, bør tas ut av formålsbestemmelsen og synliggjøres som nettopp virkemidler.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, foreslår at effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter angis som et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket. *Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnes og Strømsnes*, foreslår at formålet angis å være størst mulig samlet verdiskapning, basert på effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse, samtidig som oppdragsgiver opptre med stor integritet og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte.

#### 9.2 Formålsbetraktninger i EU/EØS-retten

På EU/EØS-nivå er formålet med anskaffelsesreglene å bidra til realiseringen av et felles indre marked. Det har vært et overordnet mål med det europeiske samarbeidet helt siden opprettelsen av Det europeiske økonomiske fellesskap ved Roma-traktaten i 1957. Manglende plikter forut for anskaffelser vil lett kunne tenkes å begrense eller hindre samhandelen mellom medlemsstatene, for eksempel ved at de enkelte medlemsland og oppdragsgivere ikke konkurransesutsetter anskaffelser overhodet eller favoriserer nasjonale leverandører. Selv om dette som utgangspunkt vil være forbudt i henhold til de generelle bestemmelsene i

<sup>1</sup> Jf. NOU 2010: 2 side 46.

traktaten, er traktatbestemmelsene vurdert som utilstrekkelige for å bøte på nasjonal proteksjonisme og manglende konkurranse. Allerede på begynnelsen av 1970-tallet ble det derfor ansett nødvendig å utvikle detaljerte krav til nasjonale prosedyrer for offentlige anskaffelser. I løpet av de siste drøye 40 årene er det så utviklet en rekke direktiver om offentlige anskaffelser som sammen med EØS-avtalens grunnleggende prinsipper skal fjerne hindringer for samhandelen mellom medlemslandene.

EU-domstolen har i sin praksis fremhevet at det bærende formålet med anskaffelsesregelverket er realiseringen av det indre markedet. Ofte viser den til de to aspektene som til sammen fyller formålet: fri flyt av (særlig) varer og tjenester og fri konkurranse i fellesskapet.<sup>2</sup> Med «fri flyt» siktes det til at næringsdrivende som ønsker å tilby varer og tjenester i andre nasjonale markeder enn der de er etablert, skal få tilgang til disse markedene.<sup>3</sup>

EU-domstolen viser også regelmessig til at de to aspektene er reflektert i anskaffelsesdirektivene, først og fremst i deres fortaler.<sup>4</sup> I direktiv 2004/18/EF er formålet om fri flyt og fri konkurranse kommet klart til uttrykk i fortalens premiss 2:

«The award of contracts concluded in the Member States on behalf of the state, regional or local authorities and other bodies governed by public law entities, is subject to the respect of the principles of the Treaty and in particular to the *principle of freedom of movement of goods, the principle of freedom of establishment and the principle of freedom to provide services* and to the principles deriving therefrom, such as the principle of equal treatment, the principle of non-discrimination, the principle of mutual recognition, the principle of proportionality and the principle of transparency. However, for public contracts above a certain value, it is advisable to draw up provisions of Community coordination of national procedures for the award of such contracts which are based on these principles so as to ensure the effects of them and to *guarantee the opening-up of public procurement to competition*. These coordina-

<sup>2</sup> Jf. for eksempel sak C-454/06 (Presettext) avsnitt 31.

<sup>3</sup> Jf. sak C-380/98 (University of Cambridge) avsnitt 16 og sak C-19/00 (SIAC Construction) avsnitt 23.

<sup>4</sup> Jf. for eksempel sak C-454/06 (Presettext) avsnitt 31, hvor EU-domstolen viste til fortalens premiss 2, 6 og 20 til direktiv 92/50/EØF (det tidligere anskaffelsesdirektivet for tjenesteytelse).

ting provisions should therefore be interpreted in accordance with both the aforementioned rules and principles and other rules of the Treaty.» (utvalgets kursivering)

Formålet med EUs anskaffelsesregler er også kommet til uttrykk i forskjellige arbeider fra Kommisjonen. Regelmessig vises det til grønnboken om offentlige anskaffelser fra 1996, hvor Kommisjonen oppsummerte hvilke hensyn anskaffelsesreglene skal ivareta:

«The main objectives of the Union's public procurement policy are: the creation of the conditions of competition necessary for the non-discriminatory award of public contracts, the *rational allocation of public money* through the choice of the best offer presented, suppliers' access to a truly single market with significant business opportunities, and the reinforcement of competition among European enterprises.»<sup>5</sup> (utvalgets kursivering)

Foruten å bidra til realiseringen av det indre markedet peker Kommisjonen her på at anskaffelsesreglene skal bidra til rasjonell offentlig pengebruk. Etter gjeldende rett er det altså i økende grad vist til effektiv ressursbruk når behovet for anskaffelsesregler skal begrunnes. Dette gjelder selv om det i juridisk teori er stilt spørsmål ved om formålet faktisk kan forankres i EU/EØS-rettens regler om et felles indre marked.<sup>6</sup> Heller ikke EU-domstolen har vist til effektiv ressursbruk i sine avgjørelser. Likevel er det liten tvil om at anskaffelsesreglene etter gjeldende rett skal bidra til en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Effektivitetsformålet er nå fremhevet særskilt i premiss 2 i fortalen til det nye anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU:

«Public procurement plays a key role in the Europe 2020 strategy as one of the market-based instruments to be used to achieve a smart, sustainable and inclusive growth while ensuring *the most efficient use of public funds*. For that purpose, the current public procurement rules [...] have to be revised and modernized in order to increase the efficiency of public spending, facilitating in particular the participation of small and medium-sized enterprises in

<sup>5</sup> Jf. European Commission, Green Paper, Public Procurement in the European Union, Explaining the way forward, 1996, sammendragets punkt 2.

<sup>6</sup> Jf. i denne retning Arrowsmith, side 130–131.

public procurement and to enable procurers to make better use of public procurement in support of common societal goals...» (utvalgets kursivering)

### 9.3 Formålsbetraktninger i norsk rett

Som nevnt over er formålet med det norske anskaffelsesregelverket nedfelt i anskaffelsesloven § 1 og gjentatt i anskaffelsesforskriften § 1-1. Med denne bestemmelsen synes norsk lovgiver å ha ønsket å fremheve tre formål med det norske anskaffelsesregelverket. Disse formålene overlapper til en viss grad de formål som er søkt ivarettatt på EU/EØS-nivå.

For det første skal de norske anskaffelsesreglene bidra til effektiv ressursbruk. Enkelt formulert skal offentlig sektor få mest mulig ut av fellesskapets midler når noe skal anskaffes («best value for money»), med de positive samfunnsøkonomiske følger dette har.<sup>7</sup> Dette formålet står sentralt i norsk anskaffelsesrett og har vært fremhevet som et hovedformål.<sup>8</sup>

At effektiv ressursbruk er det bærende formålet med regler for offentlige anskaffelser, ble også slått fast i forarbeidene til Regelverket for statens anskaffelsesvirksomhet mv. (REFSA) fra 1975:

«Målet for enhver anskaffelsesvirksomhet vil være å sørge for at brukerens behov blir dekket på en mest mulig effektiv og hensiktsmessig måte, slik at brukeren får det «riktige» produkt – sett i relasjon til formålet til riktig tid og til lavest mulig pris.»<sup>9</sup>

Selv om gjeldende formålsbestemmelse i anskaffelsesloven § 1 også henviser til «forretningmessighet», er dette ikke et selvstendig formål, men kun nevnt for å understreke formålet om effektiv ressursbruk. En oppdragsgiver som skal få mest mulig ut av hver krone, må tenke forretningmessig; det å gjøre innkjøp er først og fremst forretning, ikke forvaltning. I forarbeidene er dette formulert på følgende måte:

«Med forretningmessighet menes her at offentlige oppdragsgivere, for å nå målet om en mest mulig effektiv anskaffelse, skal opptre som enhver annen profesjonell anskaffer på alle stadier i anskaffelsesprosessen, men likevel innenfor de rammer som gis i regelverket...»<sup>10</sup>

For det andre skal anskaffelsesregelverket ivareta rettssikkerheten til leverandører som ønsker å delta i konkurranser om offentlige kontrakter, jf. henvisningen til «likebehandling». I forarbeidene er dette formålet presisert slik:

«Som også utvalget har påpekt (se NOU 1997: 21 kapittel 4.2), skal anskaffelsesregler ikke bare ivareta hensynet til effektiv ressursbruk gjennom mer effektive anskaffelser, men også *hensynet til rettssikkerhet* for potensielle leverandører. Dette gjenspeiles i forslaget til formålsbestemmelse der det bl a stilles *krav om likebehandling* i anskaffelsesprosessen.

Prinsippet om likebehandling innebærer at alle potensielle leverandører skal behandles likt. [...] Prinsippet sikrer leverandørenes berettigede forventning om en korrekt og rettferdig behandling dersom de ønsker å selge til det offentlige anskaffelsesmarkedet og innbærer således en viktig *rettssikkerhetsgaranti*.»<sup>11</sup> (utvalgets kursivering)

Som utvalget vil komme tilbake til nedenfor, kan det stilles spørsmålstegn ved at likebehandling og rettssikkerhet angis som *formål* med anskaffelsesregelverket. Utvalget er av den oppfatning at dette snarere er viktige *virkemidler* for å realisere andre formål med regelverket, jf. kapittel 9.4.1.

For det tredje skal anskaffelsesregelverket bidra til at allmennheten har tillit til at offentlige innkjøp skjer på en samfunnstjenlig måte. Denne formuleringen kom inn i § 1 ved en lovendring i 2006 og gir uttrykk for et krav om etisk adferd hos offentlige tjenestemenn. Anskaffelsesregelverket skal sikre tilliten utad til det offentlige, og forhindre korrupsjon og kameraderi.<sup>12</sup> Med andre ord skal regelverket sikre åpenhet rundt og kontroll med anskaffelsene i offentlig sektor.

<sup>7</sup> Jf. nærmere om effektiv ressursbruk i Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 7–8 og side 61–64 (økonomiske og administrative konsekvenser).

<sup>8</sup> Jf. blant annet Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 21, Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 5 og St.meld. nr. 36 (2008–2009) side 11.

<sup>9</sup> Jf. NOU 1975: 9 side 10.

<sup>10</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 21. Jf. også NOU 1997: 21 side 114.

<sup>11</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 21.

<sup>12</sup> Jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 19. Kommisjonen har også vist til dette formålet i grønnboken fra 1996, men her mer som en positiv effekt av å ha slike regler, ikke som et bærende formål, jf. grønnbokens kapittel 2.4.

## 9.4 Utvalgets vurderinger

### 9.4.1 Innledning

*Utvalget* foreslår endringer i anskaffelsesloven § 1. Etter utvalgets vurdering er det behov for å klargjøre formålet med anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesloven § 1 bør rendyrkes som formålsbestemmelse. Gjeldende formålsbestemmelse inneholder etter utvalgets syn ikke bare henvisninger til egentlige *formål* med regelverket, men også til *virkemidler* for å nå de målene som er satt. Slike henvisninger bør tas ut av formålsbestemmelsen. Virkemidlene er presisert i bestemmelsen om de grunnleggende prinsippene, jf. anskaffelsesloven § 5. Utvalget ønsker med dette å tydeliggjøre skillet mellom mål og middel i anskaffelsesretten.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland og Vigander*, foreslår at effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter angis som et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnnes, Liessem og Strømsnes*, foreslår at formålet angis å være størst mulig samlet verdiskapning gjennom effektiv ressursbruk, basert på konkurranse. I tillegg skal regelverket sikre at allmennheten har tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet, og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte.

### 9.4.2 Flertallets forslag

#### 9.4.2.1 Generelt

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland og Vigander*, foreslår at effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter angis som et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket. Forslaget tydeliggjør og forenkler formålet med anskaffelsesregelverket. Til tross for at det gjøres betydelige språklige endringer i gjeldende formålsbestemmelse, innebærer forslaget ikke de store realitetsendringene.

Flertallet foreslår å stryke henvisningen til «økt verdiskapning». Etter flertallets syn vil anskaffelser som bidrar til effektiv bruk av samfunnets ressurser, også bidra til økt verdiskapning i samfunnet. Presiseringen av økt verdiskapning i gjeldende formålsbestemmelse anses således overflødig.

Flertallet foreslår også å stryke henvisningen til «forretningsmessighet». Etter flertallets vurdering er det mer naturlig å se dette som et virkemiddel for å oppnå effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter, og ikke som et formål i seg selv. Dette synes å være reflektert direkte i lovens ordlyd; anskaffelser skal være «basert på» forretningsmessighet. Flertallet viser også til det som er sagt om forretningmessighet i forarbeidene, jf. ovenfor. Samtidig understreker flertallet at formålet om effektiv ressursbruk bare vil kunne realiseres hvis oppdragsgiver opptrer forretningmessig, jf. mer om dette i kapittel 10.5.

Videre foreslår flertallet å stryke henvisningen til «likebehandling». Flertallet ser det slik at likebehandling vanskelig kan ses som et *formål* med anskaffelsesregelverket. Det er ikke behovet for eller ønsket om å behandle leverandørene likt som er bakgrunnen for at vi har anskaffelsesregler, verken på EU/EØS-nivå eller på nasjonalt nivå. Likebehandling er imidlertid et meget viktig *virkemiddel* for å oppnå både et felles indre marked med fri flyt og konkurranse i EU/EØS-området og effektiv bruk av samfunnets ressurser. Et krav om likebehandling sikrer at oppdragsgivere ikke hindrer utenlandske leverandører tilgang til det norske markedet, at oppdragsgivere ikke favoriserer enkelte leverandører, og at det offentlige får «best value for money». På samme måte som for forretningmessighet tydeliggjør allerede gjeldende lovtekst dette poenget gjennom henvisningen til at offentlige anskaffelser skal være «basert på» likebehandling.

I tillegg foreslår flertallet å stryke den uttrykkelige henvisningen til at allmennheten skal ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. anskaffelsesloven § 1 annet punktum. Flertallet understreker at åpenhet rundt og kontroll med offentlige anskaffelser er viktig. Allmennheten skal ha tillit til at oppdragsgivere i offentlig sektor ikke lar seg lede av andre hensyn enn rent forretningmessige. Markeder hvor det offentlige står for hele eller deler av etterspørselen, skal ikke bli en arena for korrupsjon og kame-raderi. Etter flertallets vurdering er imidlertid en uttrykkelig henvisning til dette i formålsbestemmelsen overflødig ved siden av henvisningene til effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter. En oppdragsgiver som tar utenforliggende hensyn ved tildelinger av en offentlig kontrakt, forvalter ikke felleskapets midler på best mulig måte. Kravet er dessuten ivaretatt i de alminnelige reglene om habilitet. Kjerneinnholdet i habilitetsreglene er at allmen-

heten skal ha tillitt til det offentlige beslutninger. Også avvisningsreglene bidrar til å hindre at useriøse/kriminelle leverandører får kontrakter med det offentlige. I tillegg peker flertallet på at korrupsjon er straffbart, jf. straffeloven §§ 276 a og 276 b. Hensynet er således allerede eksplisitt ivarettet gjennom straffelovgivningen.

#### 9.4.2.2 Effektiv bruk av samfunnets ressurser

Flertallet ønsker å videreføre henvisningen til effektiv ressursbruk i formålsbestemmelsen. Etter flertallets syn er effektiv bruk av samfunnets ressurser det sentrale formålet med anskaffelsesregelverket. Historisk sett er det et ønske om effektiv ressursbruk som har begrunnet innføringen av regler om offentlige anskaffelser i norsk rett, og disse betraktningene gjør seg gjeldende med samme styrke i dag. Også på EU/EØS-nivå vises det nå stadig oftere til at regler om offentlige anskaffelser skal bidra til effektiv offentlig ressursbruk, og det nye anskaffelsesdirektivet fremhever nå effektivitetshensynet særskilt. Det fremgår av premiss 2 i fortalet til direktiv 2014/24/EU at dette hensynet er årsaken til at anskaffelsesdirektivene måtte revideres og moderniseres.

Flertallet understreker at det må legges til grunn en vid forståelse av begrepet «effektiv bruk av samfunnets ressurser». Det dekker mer enn bare et ønske om at offentlige virksomheter skal få mest mulig ut av ressursene de bruker på en konkret anskaffelse. Gjennomføringen av offentlige anskaffelser må ses i en større samfunnsmessig sammenheng. I stortingsmeldingen «Det gode innkjøp» fra 2009 er dette oppsummert på følgende måte, som flertallet fullt ut slutter seg til:

«Offentleg sektor disponerer ein vesentleg del av ressursane i samfunnet, og ein velfungerande offentlig sektor er avgjerande for samfunnsøkonomien. Det er derfor samfunnsøkonomisk viktig å stimulere til ei effektiv offentlig innkjøpsverksemd. Ved å førebu og gjennomføre innkjøpa sine på ein måte som sikrar konkurranse, openheit og rettferdig behandling av leverandørane medverkar det offentlege til auka effektivitet og kostnadsmedvit i næringslivet. Det skal vere dei mest konkurransedyktige leverandørane som oppnår kontraktar med det offentlege, slik at fellesskapet sine midlar vert utnytta best mogleg. Regjeringa ønskjer ein berekraftig og effektiv offentlig sektor prega av kvalitet og tilgjengelegheit, og som er i stand til å endre seg i takt med endra behov. Ved å vere ein profesjonell inn-

kjøpar som planlegg sine innkjøp godt og stiller klare krav til både produkt og leverandørar, kan det offentlege skaffe betre varer og tenester og tilby meir brukarvennlege tenester til innbyggjarane. Ikkje minst er det viktig at offentlege innkjøp vert brukte til å fremje viktige samfunnsomsyn og bidra til miljøvennlege og innovative løysingar.»<sup>13</sup>

Det offentlige anskaffelsesvirksomhet skal ikke bare sikre den beste kvaliteten til lavest mulig kostnad, men også bidra til en bærekraftig og effektiv offentlig sektor, effektivitet og kostnadsbevissthet i privat sektor, utvikling av bedre og mer brukervennlige tjenester til innbyggerne, samt legge til rette for innovasjon og ivaretagelse av miljø- og livssyklusperspektiver. På denne måten vil det offentlige spille en viktig rolle for hvordan samfunnets ressurser sett under ett blir benyttet, og dermed påvirke verdiskapning, syssetting og velferd i samfunnet.<sup>14</sup>

I utredningen «Bør offentlig sektor eksponeres for konkurranse?» fra 2000 er begrepet «effektiv» utdypet i et samfunnsmessig perspektiv:

«I mange sammenhenger kan det være nyttig å vurdere effektivitet i to ulike perspektiver. For det første er det et spørsmål om en har organisert produksjonen eller tjenesteytingen på billigst mulig måte, det vil si om en har en effektiv produksjon (kostnadseffektivitet). I dette perspektivet er det ikke et spørsmål om hvorfor en gjør noe, men på hvilken måte en gjør det. For det andre er det et spørsmål om en gjør de riktige tingene for å nå de mål en har satt seg (formålseffektivitet). Det hjelper lite å produsere noe til lave kostnader dersom ingen er interessert i produktet. Det er m.a.o. et spørsmål om en har en målrettet produksjon. Effektivitet må alltid ses i sammenheng med kvaliteten på tjenestene (jf. 4.2.2.) og omvendt.»<sup>15</sup>

Skillet mellom kostnadseffektivitet og formålseffektivitet kan brukes for å utdype effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser. Anskaffelser kan da vurderes ut fra om de både er kostnadseffektive og formålseffektive.

Departementet har gjennomgående benyttet begrepene «effektive anskaffelser» og «effektiv ressursbruk» i sin veileder til anskaffelsesreglene. Her er «effektive anskaffelser» brukt om

<sup>13</sup> Jf. St.meld. nr. 36 (2008–2009) side 11.

<sup>14</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 7.

<sup>15</sup> Jf. NOU 2000: 19 side 30.

kostnadseffektivitet (effektiv anskaffelsesprosess og lave priser) og «effektiv ressursbruk» brukt om både kostnads- og formåls effektivitet (samfunnsøkonomisk effektiv ressursutnyttelse).

Dette innebærer at effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser også må vurderes ut fra formåls effektivitet og ikke avgrenses til produktivitet i offentlig tjenesteproduksjon. Sagt med andre ord: Det kreves mer av oppdragsgiver enn at bare anskaffelsesprosessen skjer på en effektiv måte, og at de laveste prisene oppnås.

Ved offentlige anskaffelser må kostnadseffektivitet (den offentlige virksomhetens særinteresser i en anskaffelse) avveies og prioriteres mot formåls effektivitet (samfunnets interesser i effektiv ressursbruk). Slike avveininger og prioriteringer bør gjøres i et samfunnsøkonomisk perspektiv, jf. blant annet NOU 1991: 28 og Finansdepartementets «Veileder i samfunnsøkonomiske analyser» for offentlig virksomheter, med referanser til hvordan denne type analyser skal gjennomføres.<sup>16</sup>

Effektiv ressursbruk i et samfunnsøkonomisk perspektiv innebærer også en vurdering av effektiv bruk av knappe ressurser. Interessene til oppdragsgivere, leverandører og brukere av offentlige tjenester skal også bli ivaretatt. Formålet «effektiv ressursbruk» ivaretar også fleksibilitet i det politiske styringsperspektivet. Effektiv ressursbruk kan da følges opp ut fra løpende politiske prioriteringer og ressursallokeringer, uten at det er nødvendig å endre selve formålet.

En presisering av formålet utover «effektiv ressursbruk» kan gi føringer for særinteresser og favorisere enkelte interessegrupper. En slik presisering av formålet kan også være til hinder for den politiske handlefriheten til å gjøre nødvendige prioriteringer og ressursallokeringer. Samfunnet endrer seg over tid, og formål som kan være fornuftige å presisere i dag, kan være mindre viktige i fremtiden.

#### 9.4.2.3 Konkurransen om offentlige kontrakter

Ved siden av effektiv bruk av samfunnets ressurser foreslår *flertallet* at formålsbestemmelsen skal angi konkurransen om offentlige kontrakter som et formål med anskaffelsesregelverket. Etter flertallets syn er konkurransen ikke bare et virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk, men et formål i seg selv. Anskaffelsesregelverket skal være en garanti for at private virksomheter gis tilgang til

markeder hvor det offentlige står for hele eller deler av etterspørselen. Denne presiseringen av formålet er således ment å ivareta leverandørperspektivet i anskaffelsesprosessen.

På EU/EØS-nivå er som nevnt det grunnleggende formålet med anskaffelsesreglene å bidra til realiseringen av et felles indre marked, med konkurranse på tvers av landegrensene. Dette er et formål med all lovgivning som gjennomfører Norges EØS-rettslige forpliktelser, og er således ikke særegent for anskaffelsesretten. Flertallet anser det unødvendig å presisere dette i en formålsbestemmelse i det norske anskaffelsesregelverket. Henvisningen til konkurranse om offentlige kontrakter vil likevel kunne fungere som en påminnelse om at regelverket skal sikre både nasjonal og internasjonal konkurranse om slike kontrakter.

#### 9.4.2.4 Avveining av formålene

De to formålene i flertallets forslag til ny formålsbestemmelse – effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter – vil ofte gå hånd i hånd. Konkurransen om offentlige kontrakter vil fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, og omvendt.

I en del tilfeller vil formålene likevel kunne trekke i motsatt retning. En løsning som sikrer konkurranse om offentlige kontrakter, vil ikke nødvendigvis innebære den mest effektive bruken av samfunnets ressurser (i alle fall ikke på kort sikt). Et nærliggende eksempel er klagenemndas praksis om plikt til å avlyse en konkurranse hvis oppdragsgiver har gjort feil som ikke kan repareres på annen måte enn ved avlysning.<sup>17</sup> Oppdragsgiver vil kunne ha en avlysningsplikt også i tilfeller hvor det er mindre sannsynlig at feilen har virket inn på hvem som har valgt å delta i konkurransen, eller hvordan tilbudene er blitt utformet. Avlysningsplikten, som ivaretar hensynet til konkurransen, innebærer at oppdragsgiver vil måtte bruke ekstra ressurser på å iverksette ny konkurranse. I tillegg kommer eventuelle merkostnader for leverandørene ved å levere inn tilbud på nytt. Løsningen vil således kunne gå på akkord med formålet om mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Ved anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene står formålet om realisering av et felles indre marked, med fri flyt og konkurranse, helt sentralt. Regler som norsk lovgiver er pålagt å gjennomføre i norsk rett, vil man ha en EØS-rettslig plikt til

<sup>16</sup> Veilederen er tilgjengelig på: [http://www.regjeringen.no/upload/FIN/Vedlegg/okstyring/Veileder\\_i\\_samfunnsokonomiske\\_analyser.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FIN/Vedlegg/okstyring/Veileder_i_samfunnsokonomiske_analyser.pdf).

<sup>17</sup> Jf. for eksempel KOFAs sak 2011/137.



å tolke i tråd med dette formålet. Formålet med effektiv ressursbruk vil etter gjeldende rett kunne måtte tre i bakgrunnen. Med andre ord vil en regelforståelse som fremstår som den samfunnsøkonomiske eller bedriftsøkonomiske mest fornuftige, likevel kunne tenkes å være i strid med EU/EØS-retten hvis formålet om fri flyt og konkurranse settes i fare.<sup>18</sup> Dette kan imidlertid tenkes å bli endret ved fremtidig praksis og fortolkning av det nye anskaffelsesdirektivet, siden effektivitetshensynet nå er særskilt fremhevet som et formål også for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.

Ved anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene slår under enhver omstendighet ikke EU/EØS-retten inn med samme tyngde. Det nasjonale handlingsrommet er her atskillig større. Det vil således være større mulighet til å legge vekt på effektiv bruk av samfunnets ressurser ved tolkningen av regelverket. Så lenge EU/EØS-rettens absolutte grenser overholdes, vil man kunne legge til grunn en forståelse av regelverket som sikrer de samfunnsøkonomisk eller bedriftsøkonomisk mest fornuftige resultatene.

*Flertallet* understreker at formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser må tillegges særlig vekt ved tolkningen av regelverket under EU/EØS-terskelverdiene. Svært mange anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene gjelder små verdier. Ved tvil om hvordan anskaffelsesregelverket skal forstås, bør man derfor etter flertallets vurdering legge til grunn den løsning som fremmer effektiv ressursbruk, fremfor løsninger som isolert sett fremmer konkurranse, men som pålegger oppdragsgiver ekstra utgifter som ikke står i forhold til anskaffelsen. I denne sammenheng viser flertallet til Håndhevelsesutvalgets poengtering av at strenge krav til offentlige anskaffelsesprosesser vil kunne fungere tid- og ressurskrevende, firkantet og forretningsmessig kompliserende, konfliktskapende og prosessdrivende.<sup>19</sup> Når en anskaffelses verdi er liten, skal det gjerne ikke så mye til før fordelene ved en streng regelfortolkning utlignes av de økonomiske ulempene.

### 9.4.3 Mindretallets forslag

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnnes, Liessem og Strømsnes*, understreker at hensy-

net til effektiv ressursbruk ikke alene kan være avgjørende i anskaffelsesretten.

Utgangspunktet for en offentlig anskaffelse er riktignok at den skal dekke et gitt behov, og at dette må skje på en måte som forvalter samfunnets ressurser best mulig. I premiss 2 i fortalen til det nye anskaffelsesdirektivet utvides imidlertid formålet med regelverket til også å støtte «felles samfunns mål». Dette viser at det ikke utelukkende er effektiv ressursbruk som er det avgjørende formålet med anskaffelsesregelverket, og at formålet vil kunne utvikle seg over tid. Anskaffelsesregelverket er et stort og viktig verktøy for å nå samfunnspolitiske mål. I EU-sammenheng var dette et utgangspunkt for revidering av regelverket. EU-kommisjonen uttalte således følgende i sin pressemelding 11. februar 2014:

«The new rules seek to ensure greater inclusion of common societal goals in the procurement process. These goals include environmental protection, social responsibility, innovation, combating climate change, employment, public health and other social and environmental considerations».

Mindretallet deler i hovedsak flertallets vurderinger om at formålsbestemmelsen må knyttes til et mål om effektiv ressursbruk. Mindretallet vil likevel påpeke at det er nødvendig at begrepet effektiv ressursbruk gis en samfunnsøkonomisk faglig riktig ramme, slik at effektiv ressursbruk vurderes ut fra de totale kostnadene og gevinstene for både oppdragsgivere, leverandører og brukere eller mottakere av ytelsene som anskaffes. Disse faktorene må samtidig ses i en større samfunnsmessig sammenheng. Effektiviteten av en offentlig anskaffelse kan ikke vurderes ved å se isolert på enten offentlig pengebruk, næringslivets interesser, varen eller tjenestens kvalitet eller mottakerens interesser. Dette er også presisert i flertallets vurdering knyttet til begrepet effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. kapittel 9.4.2.2.

Likevel ser man at slike isolerte vurderinger går igjen blant brukere av regelverket. Effektiv ressursbruk i offentlige anskaffelser blir ofte feilaktig vurdert til å bety at for eksempel tilbudet med lavest pris i konkurransen må velges, eller at det må brukes minst mulig ressurser på å gjennomføre anskaffelsen.

Selve definisjonen av «effektiv ressursbruk» har ut fra samfunnsøkonomien et en mer snever betydning. Prioritering av andre samfunns hensyn kan således bli utelatt i anskaffelsesprosessen. Selv om flertallets forslag ikke innebærer store

<sup>18</sup> Jf. i denne retningen Steen Treumer, Likebehandlingsprinsippet i EUs udbudsregler, 2000, side 266 og Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, 1997, side 535–536.

<sup>19</sup> Jf. NOU 2010: 2 side 47.

realitetsendringer, vil det likevel kunne skape uklarheter og tvil om innholdet i begrepet «effektiv ressursbruk». Mindretallet mener at det er nødvendig å få klart fram i formålsbestemmelsen hvordan oppdragsgiver og leverandører best kan oppnå gode anskaffelser. Effektiv ressursbruk må ses i sammenheng med at offentlige anskaffelser skal skje på en samfunnstjenlig måte. I dette ligger både krav til åpenhet og kontroll, samt det som tjener samfunnet («samfunnshensyn»). I stortingsmeldingen «Det gode innkjøp» vises det til at offentlige anskaffelser skal kunne brukes til å fremme viktige samfunnshensyn og bidra til miljøvennlige og innovative løsninger.<sup>20</sup>

Mindretallet mener som nevnt ovenfor at formålet med offentlige anskaffelser er bredere, noe som må komme klart frem i formålsbestemmelsen.

Videre vil en forutsetning for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved offentlige anskaffelser være et effektivt næringsliv som opererer i effektive markeder.

Størst mulig samlet verdiskapning oppnås når samfunnets ressurser anvendes der de kaster mest av seg. Konkurransen er i denne sammenheng et sentralt formål ved offentlige anskaffelser. Mindretallet slutter seg her til det som er angitt fra flertallets side om betydningen av og begrunnelsen for at det angis særlig i formålsbestemmelsen.

Mindretallet mener også at regelverket bør være et sentralt virkemiddel for å sikre at offentlig anskaffelser skjer på en måte som kan bidra til at

allmennheten har tillit til at fellesskapets ressurser benyttes på en god måte. I forbindelse med lovendringen i 2006 ble nettopp fraværet av en slik presisering fremhevet av departementet.<sup>21</sup> For å synliggjøre at regelverket også ivaretar dette aspektet fikk formålsparagrafen det tillegg som loven har i dag, om at regelverket skal bidra til at det offentlige opptrer med høy integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Utvidelsen av formålsbestemmelsen var ment å sende et signal om at krav til etisk adferd hos offentlige tjenestemenn er sentralt, også på ved offentlige anskaffelser. Regelverket skal altså bidra til å redusere risikoen for korrupsjon og kameraderi. Dette er etter mindretallets oppfatning ikke blitt mindre relevant i den senere tid, og det er et sentralt hensyn å bygge opp om i et fremtidsrettet anskaffelsesregelverk.

At allmennheten har slik tillit, relaterer seg også til hvilke leverandører som blir tildelt kontrakt. Mange av kravene i anskaffelsesregelverket har derfor til formål å hindre at useriøse leverandører får et konkurransefortrinn, slik som for eksempel reglene om skatteattest og avvisning av leverandører som er straffedømt.

Mot denne bakgrunn foreslår mindretallet følgende formålsbestemmelse: «Loven skal bidra til at offentlige anskaffelser gir størst mulig samlet verdiskapning gjennom effektiv ressursbruk, basert på konkurranse. I tillegg skal loven bidra til å sikre allmennhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte.»

<sup>20</sup> Jf. St.meld. nr. 36 (2008–2009) side 11.

<sup>21</sup> Jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 19.

## Kapittel 10

# Grunnleggende prinsipper

### 10.1 Innledning

---

Anskaffelsesregelverket er fundert på visse grunnleggende prinsipper, de mest sentrale er likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Regelverkets detaljerte prosedyreregler bygger på disse prinsippene, og i enkelte prosedyreregler er prinsippene uttrykkelig gjentatt. Sammen med prosedyrereglene skal de grunnleggende prinsippene bidra til å realisere anskaffelsesregelverkets formål. I norsk rett kommer prinsippene direkte til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 og i anskaffelsesforskriften § 3-1, og til dels også i formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1. Anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper har imidlertid forskjellig opphav. Dels springer de ut av EØS-avtalens regler om «de fire friheter» (kapittel 10.2), dels er de forankret i anskaffelsesdirektivene (kapittel 10.3), og dels har norske lovgiver oppstilt ytterligere prinsipper som norske oppdragsgivere er forpliktet til å overholde (kapittel 10.4).

De grunnleggende prinsippene har i hovedsak to funksjoner.<sup>1</sup> For det første kan de danne selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. Både EU-domstolen og Klagenemnda for offentlige anskaffelser har i en rekke saker utledet nærmere plikter og rettigheter fra prinsippene. Med dette må oppdragsgivere forholde seg ikke bare til anskaffelsesregelverkets detaljerte prosedyreregler, men også til ulovfestede plikter forankret i domstols- og klagenemndspraksis. For det andre fungerer de grunnleggende prinsippene som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket. EU-domstolen og klagenemnda bruker de grunnleggende prinsippene aktivt ved tolkningen av henholdsvis anskaffelsesdirektivene og det norske anskaffelsesregelverket. Ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, legges som utgangspunkt til grunn den løsning som støttes av de grunnleggende prinsippene. På denne måten

har prinsippene fått en meget sentral plass i anskaffelsesretten, både på EU-nivå og på nasjonalt nivå.

*Utvalget* foreslår endringer i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1 (kapittel 10.5). Forslaget innebærer en opprydning og klargjøring av de grunnleggende prinsippene sammenlignet med hvordan de kommer til uttrykk i regelverket i dag, og er derfor kun av lov- og forskriftsteknisk karakter. Utvalget understreker at forslaget ikke er ment å innebære realitetsendringer.

Utvalget foreslår å samle de grunnleggende prinsippene i en felles bestemmelse i anskaffelsesloven § 5. Som konsekvens vil anskaffelsesloven § 1 bli rendyrket som formålsbestemmelse og anskaffelsesforskriften § 3-1 ikke bli videreført som egen bestemmelse om de grunnleggende prinsippene. *Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brække, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, foreslår å rendyrke prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet i lovteksten. *Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønes og Strømsnes*, foreslår at lovteksten i tillegg uttrykkelig skal nevne prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.

### 10.2 Generelle EU/EØS-rettslige prinsipper

---

EØS-avtalens bestemmelser om «de fire friheter» kommer til anvendelse også ved tildeling av offentlige kontrakter. I den grad det dreier seg om anskaffelser som er omfattet av EØS-avtalen, er alle norske offentlige innkjøpere forpliktet til å overholde de grunnleggende prinsippene som disse bestemmelsene er bygget på. Av særlig betydning for offentlige anskaffelser er reglene om fri flyt av varer i EØS-avtalen artikkel 11, etableringsretten i artikkel 31, fri flyt av tjenester i artikkel 36 samt det alminnelige forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet i artikkel 4.

<sup>1</sup> Jf. FADs veileder, 2013, side 63.

I tillegg til at prinsippene kommer til uttrykk i EØS-avtalen selv, er de også forankret i EU-domstolens praksis om de likelydende bestemmelsene i EF-traktaten (Roma-traktaten).<sup>2</sup> EU-domstolen har fastlagt at offentlige oppdragsgivere er pålagt plikter ut over dem som eksplisitt følger av anskaffelsesdirektivene.<sup>3</sup>

Det mest grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippet er *prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet*. En grunnleggende forutsetning for å realisere et felles europeisk marked er at utenlandske aktører ikke blir diskriminert. Et velkjent eksempel er EU-domstolens avgjørelse i sak C-243/89 (Storebælt), hvor oppdragsgiver hadde stilt krav om at leverandørene i størst mulig utstrekning skulle benytte danske materialer og dansk arbeidskraft. EU-domstolen konstaterte at et slikt krav var diskriminerende og dermed i strid med Roma-traktaten artikkel 28 om fri flyt av varer. Både direkte diskriminering og indirekte diskriminering (dvs. tiltak som har diskriminerende effekt) er forbudt. Storebælt-saken er et eksempel på det første, mens et eksempel på det siste er at oppdragsgiver stiller krav til leverandørene om lokalt nærvær, til tross for at det ikke er nødvendig etter en objektiv vurdering.

Ikke-diskrimineringsprinsippet blir ofte omtalt som et utslag av det mer generelle *likebehandlingsprinsippet*. Dette er også konstatert av EU-domstolen.<sup>4</sup> Foreløpig har EU-domstolen bare konstatert brudd på det alminnelige likebehandlingsprinsippet i saker hvor det har skjedd forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Hvorvidt det også gjelder et alminnelig EU/EØS-rettslig prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på annet grunnlag, er foreløpig uklart.<sup>5</sup>

På bakgrunn av ikke-diskrimineringsprinsippet har EU-domstolen videre utledet at det gjelder et *gjennomsiktighetsprinsipp*.<sup>6</sup> Formålet med prinsippet er å sikre at offentlige oppdragsgivere overholder ikke-diskrimineringsprinsippet. Gjennomsiktighetsprinsippet innebærer ifølge EU-domstolen en forpliktelse til å sikre:

«... for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition and the impartiality of procurement procedures to be reviewed.»

Offentlige oppdragsgivere er med dette blant annet pålagt en plikt til å kunngjøre offentlige kontrakter på en passende måte. Det gjelder med andre ord en kunngjøringsplikt uavhengig av anskaffelsesdirektivenes regler om kunngjøring. Potensielle leverandører skal ha tilgang til nødvendig informasjon før en kontrakt blir tildelt, slik at de får mulighet til å melde sin interesse hvis de ønsker det.<sup>7</sup> På denne måten skal det aktuelle markedet åpnes for konkurranse, og det vil bli mulig å kontrollere at anskaffelsesprosessen er upartisk. Kunngjøringsplikten gjelder bare hvis kontrakten har grenseoverskridende interesse, jf. nærmere om dette nedenfor.

Det nærmere innholdet i eller omfanget av kunngjøringen sier praksis imidlertid ikke noe om. Heller ikke andre konsekvenser av gjennom-siktighetsprinsippet er klarlagt. Det er således uavklart om prinsippet begrenser oppdragsgivers handlefrihet også på de øvrige stadiene i en anskaffelsesprosess, for eksempel gjennom regler om at oppdragsgiver må angi hvordan konkurransen skal gjennomføres, regler som begrenser oppdragsgivers skjønnsutøvelse, eller regler om at oppdragsgivers beslutninger skal kunne etterprøves.

I tillegg til prinsippene om ikke-diskriminering/likebehandling og gjennomsiktighet gjelder det i EU/EØS et alminnelig *forholdsmessighetsprinsipp/proporsjonalitetsprinsipp*.<sup>8</sup> Prinsippet skal sikre at beslutninger som treffes, og tiltak som settes i verk, står i forhold til de mål som ønskes oppnådd. Det må med andre ord være en passende balanse mellom mål og virkemiddel. Proporsjonalitetsprinsippet er avgjørende for om tiltak som har handelshindrende effekt, likevel kan aksepteres fordi tiltaket er ment å ivareta et legitimt hensyn (for eksempel miljø eller sosiale forhold). Prinsippet består av tre elementer: (1) en vurdering av om tiltaket er egnet til å ivareta hensynet; (2) en vurdering av om tiltaket er nødvendig; (3) en avveining mellom motstående hensyn ut fra en nærmere fastsatt verdi av hensynene.<sup>9</sup>

*Prinsippet om gjensidig anerkjennelse* er også et grunnleggende EU/EØS-rettslig prinsipp. Det er

<sup>2</sup> Nå avløst av Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte. Det foreligger foreløpig ikke praksis om offentlige anskaffelser fra EFTA-domstolen. Ut fra målsetningen om at bestemmelser i EØS-retten skal tolkes likt som tilsvarende bestemmelser i EU-retten (homogenitetsmålsetningen), vil praksis fra EU-domstolen være en relevant og viktig rettskildefaktor ved fastleggelsen av hvilke forpliktelser som følger av EØS-avtalen.

<sup>3</sup> Jf. blant annet sak C-91/08 avsnitt 33.

<sup>4</sup> Jf. blant annet sak 810/79 (Peter Überschär) avsnitt 16.

<sup>5</sup> Jf. Arrowsmith, side 58.

<sup>6</sup> Jf. blant annet sak C-324/98 (Telaustria) avsnitt 61 og sak C-91/08 (Wall) avsnitt 36.

<sup>7</sup> Jf. sak C-231/03 (Coname) avsnitt 21.

<sup>8</sup> Jf. blant annet sak 265/87 (Schräder) avsnitt 21.

<sup>9</sup> Jf. Steinicke og Groesmeyr, side 92.

utledet av ikke-diskrimineringsprinsippet og det generelle forbudet mot tiltak med handelshindrende effekt.<sup>10</sup> Prinsippet går ut på at medlemsstatene ikke skal skille mellom nasjonale og utenlandske ordninger. En vare som er lovlig produsert og markedsført i en medlemsstat, skal uten hindringer kunne markedsføres og omsettes i andre medlemsstater. Tilsvarende gjelder for tjenester. Slik skal prinsippet sikre fri flyt av varer og tjenester uten at harmonisering av medlemslandenes nasjonale lovgivning er påkrevd.<sup>11</sup> Ved offentlige anskaffelser har prinsippet liten selvstendig betydning ved siden av ikke-diskrimineringsprinsippet.

EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper gjelder ved alle offentlige anskaffelser som omfattes av EØS-avtalen, også dem som helt eller delvis faller utenfor anskaffelsesdirektivene. Konkret innebærer dette at disse prinsippene også gjelder for kontrakter som uttrykkelig unntas fra direktivene og kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene. Prinsippene er således til en viss grad førende for hvordan nasjonale anskaffelsesregler utformes.

EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper gjelder imidlertid bare for kontrakter med «grenseoverskridende interesse».<sup>12</sup> Dette må vurderes konkret for den enkelte kontrakt. Kommisjonen har lagt til grunn at kontraktens gjenstand, estimert kontraktsverdi, spesielle forhold i den aktuelle sektoren og den geografiske plasseringen for gjennomføringen er relevante vurderingsmomenter.<sup>13</sup> Kontraktsverdien alene er ikke avgjørende for om kontrakten er av grenseoverskridende interesse. Med andre ord vil en kontrakt under EU/EØS-terskelverdiene kunne ha grenseoverskridende interesse, og dermed være underlagt EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper. I gjeldende norsk rett har imidlertid sondringen mindre betydning som følge av at de generelle EU/EØS-rettslige prinsippene er tatt opp i lovgivningen gjennom vedtakelsen av anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Ved at disse prinsippene er tatt inn som generelle bestemmelser, får de anvendelse for alle anskaffelser som er

omfattet av anskaffelsesregelverket. Oppdragsgiver behøver derfor ikke selv vurdere om den enkelte anskaffelse har grenseoverskridende interesse for å avgjøre om de grunnleggende prinsippene gjelder – det gjør de uansett.

### 10.3 Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesdirektivene

Som nevnt i kapittel 9.1 inngår anskaffelsesdirektivene som en integrert del av reguleringen av det indre marked. De generelle EU/EØS-rettslige prinsippene har på anskaffelsesrettens område fått ytterligere forankring ved at det uttrykkelig er vist til dem i direktivene. I premiss 1 i fortalen til direktiv 2014/24/EU heter det:

«The award of public contracts by or on behalf of Member States' authorities has to comply with the principles of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and in particular the free movement of goods, freedom of establishment and the freedom to provide services, as well as the principles deriving therefrom, such as equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency.»

Dessuten er prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling og gjennomsiktighet plassert i en egen bestemmelse i det nye direktivet, jf. artikkel 18 nr. 1:

«Contracting authorities shall treat economic operators equally and without discrimination and shall act in a transparent and proportionate manner.»<sup>14</sup>

Usikkerheten om hvor langt *likebehandlingsprinsippet* rekker i den generelle EU/EØS-retten, gjør seg ikke gjeldende for anskaffelser som er underlagt anskaffelsesdirektivet. Særlig gjennom det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 18 er det klart at forskjellsbehandling på annet grunnlag enn nasjonalitet vil kunne være forbudt. Noe generelt forbud mot forskjellsbehandling er imidlertid prinsippet ikke. Likebehandlingsprinsippet skal sikre at like tilfeller behandles likt, og at ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet.<sup>15</sup> For å vurdere om to tilfeller lovlig kan behandles forskjellig, må

<sup>10</sup> Jf. sak 120/78 (Cassis de Dijon).

<sup>11</sup> Kommisjonen har redegjort for prinsippet blant annet i «Communication from the Commission – Mutual recognition in the context of the follow-up to the action plan for the single market»: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market\\_general\\_framework/l21001b\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market_general_framework/l21001b_en.htm).

<sup>12</sup> Jf. sak C-507/03 (Kommisjonen mot Irland) avsnitt 29 og sak C-91/08 (Wall) avsnitt 34.

<sup>13</sup> Jf. Commission interpretative communication (2006/C 179/02): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:EN:PDF>.

<sup>14</sup> Bestemmelsen viderefører direktiv 2004/18/EF artikkel 2, men henvisningen til forholdsmessighetsprinsippet er ny.

man derfor undersøke om tilfellene er sammenlignbare. På denne måten sikres at alle potensielle leverandører gis like muligheter.<sup>16</sup> Ved siden av *ikke-diskrimineringsprinsippet* har likebehandlingsprinsippet selvstendig betydning når det ikke er spørsmål om diskriminering på grunnlag av nasjonalitet.

*Gjennomsiktighetsprinsippet* skal sikre åpenhet og forhindre ulovlig forskjellsbehandling gjennom hele anskaffelsesprosessen.<sup>17</sup> EU-domstolen har flere ganger benyttet prinsippet ved tolkningen av anskaffelsesdirektivene, både til å fastlegge innholdet i enkeltbestemmelser og til å etablere plikter som supplerer direktivenes uttrykkelige bestemmelser.<sup>18</sup> Innenfor anskaffelsesdirektivenes anvendelsesområde synes det derfor som at gjennomsiktighetsprinsippet favner bredere enn bare en plikt til å kunngjøre konkurranse om kontrakten. Imidlertid er prinsippets rekkevidde under direktivene – som under traktaten – ikke klarlagt.

Også *forholdsmessighetsprinsippet* er uttrykkelig omtalt i anskaffelsesdirektivet, jf. ovenfor. Prinsippet skal sikre at de krav oppdragsgiver stiller til leverandørene i en anskaffelsesprosess (virkemiddel), står i forhold til anskaffelsen (målet). Her vil blant annet anskaffelsens art, verdi og kompleksitet være av betydning. Mens prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling og gjennomsiktighet fungerer som rettssikkerhetsgarantier for leverandørene, skal forholdsmessighetsprinsippet sikre at oppdragsgiver kan og skal tilpasse konkurransen til den enkelte anskaffelse. I det nye direktivet fremheves prinsippet om forholdsmessighet i artikkel 18, i tillegg til prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Prinsippet er altså ytterligere fremhevet i det nye direktivet ved at det ikke bare er nevnt i fortalen, slik det er i direktiv 2004/18/EF. Dette henger sammen med at det nye direktivet fremhever effektivitetshensynet i fortalen, noe som er nytt, jf. kapittel 9.2.

De grunnleggende prinsippene slik de er kommet til uttrykk i anskaffelsesdirektivet, gjelder for anskaffelser som er omfattet av direktivet. Anskaffelser som faller utenfor direktivet, men som er av grenseoverskridende interesse, er på sin side etter EU/EØS-retten utelukkende underlagt de alminnelige EU/EØS-rettslige prinsippene. I den grad anskaffelsesdirektivenes prinsipper etablerer plikter og rettigheter som går lenger enn det

som ellers følger av de alminnelige EU/EØS-rettslige prinsippene, vil disse pliktene og rettighetene bare gjelde for anskaffelser som er omfattet av direktivet. Etter *utvalgets* vurdering kan den alminnelige EU/EØS-retten således neppe benyttes til å fastslå at plikter og rettigheter som utledes av anskaffelsesdirektivenes prinsipper, også skal gjelde utenfor direktivet. I denne sammenheng viser utvalget til at EU-domstolen har slått fast at EU/EØS-rettsens grunnleggende prinsipper ikke kan benyttes til å utlede at anskaffelsesdirektivets prosedyreregler for prioriterte tjenester gjelder tilsvarende for uprioriterte tjenester (som faller utenfor anskaffelsesdirektivene).<sup>19</sup> Den alminnelige EU/EØS-retten kan således ikke benyttes som en snarvei til å få anskaffelser som faller utenfor direktivene, til likevel å være underlagt de samme reglene, jf. også kapittel 7.1.

## 10.4 Grunnleggende prinsipper i det norske anskaffelsesregelverket

### 10.4.1 Innledning

Norsk lovgiver har valgt å lovfeste grunnleggende prinsipper som gjelder for alle anskaffelser, i anskaffelsesloven § 5. De samme prinsippene er i stor grad gjentatt, og i noen grad også utdypet, i anskaffelsesforskriften § 3-1.

Bakgrunnen for å innta en bestemmelse om grunnleggende prinsipper i anskaffelsesloven § 5 er beskrevet i forarbeidene til anskaffelsesloven:

«Bestemmelsen nedfeller enkelte grunnleggende prinsipper som ivaretar hensynet til rettssikkerhet og som allerede må anses å følge av alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling, anbudsrettslige prinsipper og prinsipper som følger av EØS-avtalen. Reglene i forskriftene er gjennomgående et utslag av disse prinsippene. Prinsippene som fremgår av bestemmelsen er viktige for å sikre at alle potensielle leverandører har de samme muligheter til å oppnå kontrakter med det offentlige, samtidig som de skal bidra til at det offentlige foretar effektive anskaffelser og anvender offentlige midler på en økonomisk fornuftig måte.»<sup>20</sup>

I proposisjonen til anskaffelsesloven la departementet vekt på at en bestemmelse om grunnleggende prinsipper vil være klargjørende og ha en

<sup>15</sup> Jf. for eksempel forente saker C-21/03 og C-34/03 (Fabricom) avsnitt 27.

<sup>16</sup> Jf. sak C-458/03 (Parking Brixen) avsnitt 48.

<sup>17</sup> Jf. blant annet sak C-19/00 (SIAC Construction) avsnitt 41.

<sup>18</sup> Jf. Arrowsmith, side 430–431 med videre henvisninger.

<sup>19</sup> Jf. sak C-95/10 (Strong Seguranca) avsnitt 42–44.

<sup>20</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 115.

pedagogisk effekt for brukerne av anskaffelsesregelverket.<sup>21</sup>

Anskaffelsesloven § 5 er altså bare ment å gi uttrykk for de prinsipper som uansett allerede gjelder etter EØS-avtalen, anskaffelsesdirektivene, forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper. Som det også fremkommer av forarbeidene, skal prinsippene sikre at formålene med anskaffelsesregelverket blir realisert.

I det følgende gjennomgås de grunnleggende prinsippene slik de er kommet til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Det er imidlertid ikke mulig å gi en generell redegjørelse som fullt ut beskriver alle sider av disse prinsippene. Innholdet i og rekkevidden av prinsippene vil variere fra anskaffelse til anskaffelse. Klagenemnda har treffende formulert det slik:

«Det konkrete innholdet i disse kravene beror imidlertid på den konkurranse som er gjennomført, og særlig hva som er kommunisert til markedet og tilbyderne, jf. også klagenemndas saker 2011/151 premiss (64) og 2011/197 premiss (21) flg.»<sup>22</sup>

#### 10.4.2 Likebehandling

I anskaffelsesloven § 5 første ledd er likebehandlingsprinsippet nedfelt. Prinsippet er negativt formulert som en plikt for oppdragsgiver til å sikre at «det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører». I anskaffelsesforskriften § 3-1 fjerde ledd er likebehandlingsprinsippet gjentatt – her som en positivt formulert plikt til å gjennomføre konkurranse «på en måte som innebærer lik behandling av leverandører». I tillegg er likebehandlingsprinsippet kommet direkte til uttrykk i formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1. Prinsippet har sitt opphav både i EU/EØS-retten og den alminnelige anbudsretten.

Som nevnt i kapittel 10.3 skal likebehandlingsprinsippet sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter. Prinsippet er grunnleggende for å oppnå konkurranse og effektiv ressursbruk. Like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet. Prinsippet er derfor ikke til hinder for at forskjellsbehandling vil kunne skje. Likebehandlingsprinsippet dekker både diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og forskjellsbehandling på annet grunnlag. Mange av

de detaljerte prosedyrereglene er forankret i likebehandlingsprinsippet, blant annet reglene om kunngjøring, kommunikasjon og kravet om at kontrakt skal tildeles på grunnlag av objektive kriterier som er fastsatt på forhånd.

#### 10.4.3 Ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet

Etter anskaffelsesloven § 5 femte ledd bokstav a skal oppdragsgiver ikke diskriminere leverandører på grunnlag av nasjonalitet. Ikke-diskrimineringsprinsippet er gjentatt i anskaffelsesforskriften § 3-1 annet ledd, hvor det er tilføyd at heller ikke diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet er tillatt.

Bestemmelsene slår fast det grunnleggende EU/EØS-rettslige ikke-diskrimineringsprinsippet. Som nevnt i kapittel 10.2 innebærer prinsippet et forbud mot så vel direkte som indirekte diskriminering. I visse tilfeller må likevel forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet være lovlig. Eksempelvis er det tillatt å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk, jf. anskaffelsesforskriften § 3-9, selv om dette i realiteten favoriserer norske leverandører. Her har forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til praktisk gjennomføring slått igjennom.

Diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet kan også forekomme. En oppdragsgiver som ønsker å tilgodese lokalt næringsliv, kan imidlertid ikke stille dette som krav for deltakelse i en konkurranse. Det vil være i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet. Derimot vil det være tillatt å stille krav om lokal tilhørighet hvis dette etter en objektiv vurdering er nødvendig for gjennomføringen av kontrakten.

Ved siden av det generelle likebehandlingsprinsippet har ikke-diskrimineringsprinsippet ingen selvstendig betydning i det norske anskaffelsesregelverket. På tilsvarende måte har antakelig heller ikke anskaffelsesloven § 5 fjerde ledd, hvor er det slått fast at «utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier», selvstendig innhold.

#### 10.4.4 Gjennomsiktighet

Gjennomsiktighetsprinsippet kommer eksplisitt til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 tredje ledd. Noen direkte gjentakelse av prinsippet finnes ikke i anskaffelsesforskriften. Som nevnt i kapittel 10.3 skal prinsippet sikre åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen, for eksempel ved at kon-

<sup>21</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 23.

<sup>22</sup> Jf. KOFAs sak 2011/328 avsnitt 29.

kurransen om offentlige kontrakter skal kunngjøres, og ved at leverandørene skal kunne kontrollere at konkurransevilkårene ikke bryter med likebehandlingsprinsippet. Prinsippet innebærer med andre ord en garanti for at likebehandlingsprinsippet overholdes, og kan derfor sies å være en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti for leverandørene.

Forarbeidene til anskaffelsesloven er tause om gjennomsiktighetsprinsippet, og presiserer kun innholdet i de to avledede prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet i stedet.<sup>23</sup> Tilsvarende er klagenemnda i sin praksis tilbøyelig til primært å konstatere brudd på prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet fremfor å vise til at gjennomsiktighetsprinsippet ikke er overholdt.

#### 10.4.5 Forutberegnelighet

I anskaffelsesloven § 5 tredje ledd er det inntatt et prinsipp om forutberegnelighet. Prinsippet er også reflektert i anskaffelsesforskriften § 3-1 fjerde ledd, gjennom kravet om at oppdragsgiver skal gi leverandørene mulighet «til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt.»

I forarbeidene til anskaffelsesloven er det fremhevet at forutberegnelighetsprinsippet skal sikre at leverandørene kan stole på at anskaffelsesreglene blir fulgt.<sup>24</sup> Leverandørene skal også kunne stole på at den informasjonen de får fra oppdragsgiver, er korrekt, og at anskaffelsesprosessen for øvrig gjennomføres på en måte som er forutsigbar for leverandørene.

Flere regler i anskaffelsesregelverket bygger på forutberegnelighetsprinsippet, blant annet reglene om at oppdragsgiver skal informere markedet om hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt, hvilke kvalifikasjonskrav som er satt, og hvilke tildelingskriterier som gjelder. Potensielle leverandører skal settes i stand til å vurdere om dette er en kontrakt som er aktuell for dem, og om de ønsker å bruke tid og ressurser på å utarbeide tilbud. En forutsetning for dette er at de kan stole på at informasjonen i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget er korrekt, og at oppdragsgiver agerer som beskrevet.

Forutberegnelighetsprinsippet er blitt tillagt stor vekt i klagenemndas praksis. I en rekke saker har klagenemnda konkludert med at oppdragsgi-

ver har handlet i strid med prinsippet (forutberegnelighetsprinsippet brukt som grunnlag for å etablere konkrete plikter for oppdragsgiver). På denne måten har prinsippet fått stor selvstendig betydning i norsk anskaffelsesrett.

#### 10.4.6 Etterprøvbarehet

Også prinsippet om etterprøvbarehet er kommet til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 tredje ledd. I forarbeidene er det angitt at etterprøvbarehetsprinsippet skal sikre at leverandørene har mulighet til å kontrollere at anskaffelsesregelverket er fulgt.<sup>25</sup> Oppdragsgiver må derfor sikre at vurderinger og andre forhold som er av betydning for gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, kan dokumenteres. Etterprøvbarehetsprinsippet skal på denne måten bidra til leverandørens rettssikkerhet og til en effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket.

Skal leverandørene selv kunne utøve kontrollfunksjonen, må de gis innsyn hos oppdragsgiver. I norsk rett reguleres innsynsretten av offentlighetslovens alminnelige regler om innsyn i offentlig virksomhet.

For øvrig er flere enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket direkte utslag av etterprøvbarehetsprinsippet, blant annet plikten til å føre protokoll i anskaffelsesforskriften § 3-2 og reglene om begrunnelse for valg av leverandør i §§ 11-14 og 20-16.

Etterprøvbarehetsprinsippet kommer også til uttrykk i anskaffelsesforskriften § 3-1 syvende ledd:

«Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet.»

I motsetning til loven fastsetter forskriften et skriftlighetskrav. Skriftlighetskravet må holdes opp mot forholdsmessighetsprinsippet. Ved anskaffelser av begrenset verdi gjelder det neppe noen plikt for oppdragsgiver til å sørge for at vurderinger nedtegnes. Det vises i denne sammenheng til at plikten til å føre anskaffelsesprotokoll gjelder for anskaffelser med en verdi på over 100 000 kroner, jf. anskaffelsesforskriften § 3-2.

<sup>23</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 116.

<sup>24</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 116.

<sup>25</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 116.



#### 10.4.7 Konkurransen

Det følger av anskaffelsesloven § 5 annet ledd at en anskaffelse «så langt det er mulig [skal] være basert på konkurranse». En tilsvarende bestemmelse er inntatt i anskaffelsesforskriften § 3-1 første ledd, hvor det står at »[e]nhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes.»

Konkurranse er et viktig og egnet virkemiddel for å sikre mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser. I forarbeidene til anskaffelsesloven er konkurranseprinsippet fremstilt slik:

«Et overordnet prinsipp er at offentlige anskaffelser skal skje på grunnlag av konkurranse, uten hensyn til hvilken anskaffelsesprosedyre som blir benyttet. Ved offentlige anskaffelser er det både ut fra samfunnsøkonomiske- og forretningsmessige hensyn, samt forvaltningsrettslige likhetsbetraktninger ønskelig at disse skjer etter konkurranse mellom potensielle leverandører.»<sup>26</sup>

Konkurranseprinsippet får særlig selvstendig betydning for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner og for anskaffelser som i svært liten grad er underlagt detaljerte prosedyreregler. Selv om det ikke gjelder noen kunngjøringsplikt her, har oppdragsgiver plikt til å sikre konkurranse også om slike kontrakter. Men det er altså ingen plikt til å sikre konkurranse gjennom en kunngjøring eller følge eksplisitte prosedyrer.

Etter § 5 annet ledd gjelder konkurranseprinsippet bare «så langt det er mulig». Tilføyelsen er antakelig ment å presisere at det i noen tilfeller vil være tillatt å la være å avholde konkurranse, for eksempel hvis anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør i markedet, jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 annet ledd bokstav a, eller hvis anskaffelsens verdi er så liten at forholdsmessighetsprinsippet tilsier at det er tilstrekkelig å kontakte én leverandør.

En særlig side av konkurranseprinsippet er uttrykkelig gjentatt i anskaffelsesloven § 5 femte ledd bokstav b, som setter forbud mot å bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse.

#### 10.4.8 Forholdsmessighet

Forholdsmessighetsprinsippet kommer ikke direkte til uttrykk i anskaffelsesloven § 5. Det er likevel inntatt i anskaffelsesforskriften § 3-1 femte ledd, hvor det angis at oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen «på en måte som står i forhold til anskaffelsen.» På denne måten får forholdsmessighetsprinsippet betydning for de øvrige prinsippenes gjennomslagskraft; plikter og rettigheter som utledes av de øvrige prinsippene, må tilpasses den enkelte anskaffelses art, kompleksitet og verdi. På denne måten vil plikter og rettigheter som utledes av prinsippene ved en anskaffelse, ikke uten videre kunne overføres på en annen anskaffelse.

Forholdsmessighetsprinsippet er relevant i flere sammenhenger.

For det første setter prinsippet grenser for hvor strenge krav oppdragsgiver kan stille til leverandørene. Kravene skal ikke være strengere enn det anskaffelsens art, verdi, kompleksitet osv. tilsier. Dette kommer direkte til uttrykk i anskaffelsesforskriften §§ 8-4 andre ledd og 17-5 andre ledd, hvor det fremgår at kvalifikasjonskravene oppdragsgiver setter, «skal stå i forhold til ytelsen som skal leveres.» Forholdsmessighetsprinsippet har også betydning for øvrige stadier i anskaffelsesprosessen, blant annet ved fastsettelsen av frister etter anskaffelsesforskriftens kapittel 10 og 19.

For det andre setter prinsippet grenser for hvilke krav som kan stilles til oppdragsgiver i en anskaffelsesprosess. Særlig betydning får denne siden av prinsippet ved gjennomføringen av konkurranser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner. Slike konkurranser er underlagt få prosedyreregler, og forholdsmessighetsprinsippet tilsier at kravene til hvordan konkurransen skal gjennomføres, øker med anskaffelsens art, kompleksitet og verdi. Oppdragsgiver er derfor ikke forpliktet til å ivareta de grunnleggende prinsippene på samme måte og i samme omfang ved små og enkle anskaffelser, som ved store og kompliserte anskaffelser.

Prinsippet har også stått sentralt ved selve fastsettelsen av den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 annet ledd første punktum. For å realisere formålene med anskaffelsesregelverket er det vurdert som tilstrekkelig å fastsette mindre detaljerte og mer fleksible prosedyreregler for anskaffelser under denne terskelverdien. Med andre ord står oppdragsgiver i disse tilfellene friere til å sikre konkurranse på den måten oppdragsgiver selv vurderer som den mest hensiktsmessige.

<sup>26</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 116.

#### 10.4.9 Forretningsmessighet

I formålsbestemmelsen i § 1 heter det at offentlige anskaffelser skal være «basert på forretningmessighet». Det understreker at det å gjøre innkjøp først og fremst er forretning, ikke forvaltning. Et prinsipp med selvstendig rettslig innhold er dette imidlertid ikke. Forarbeidenes omtale av forretningmessighet, med henvisninger til konkurranse og ikke-diskriminering, viser at de samme pliktene uansett følger av de øvrige grunnleggende prinsippene.<sup>27</sup>

#### 10.4.10 God forretningsskikk

I anskaffelsesloven § 5 første ledd er det fastslått at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk.

Lovgiver har ikke presisert det nærmere innholdet i dette prinsippet direkte. Det er nærliggende å anta at uttrykket er tatt inn i loven for å henlede tanken mot hvordan det er oppfattet i annen lovgivning. I markedsføringsloven § 1 er det stilt krav om god forretningsskikk mellom næringsdrivende. Høyesterett har uttalt at denne generalklausulen er ment å verne om lojaliteten i næringslivet, og er med det en henvisning til en alminnelig lojalitetsvurdering.<sup>28</sup> I forarbeidene til avtaleloven § 36 heter det at god forretningsskikk «refererer seg til vanlig oppfatning av forretningsetikk i vedkommende bransje eller område».<sup>29</sup> Et krav om forretningsetisk atferd er kommet direkte til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 første ledd, jf. nærmere i kapittel 10.4.11.

I juridisk litteratur er det lagt til grunn at prinsippet om god forretningsskikk innebærer krav om aktsomhet og at oppdragsgivers saksbehandling skal være saklig og forsvarlig.<sup>30</sup>

Klagenemnda har i en rekke saker konstatert at oppdragsgivers opptreden utgjør et brudd på prinsippet om god forretningsskikk, men uten å ha gått nærmere inn på hvilke rettslige føringer prinsippet gir. Eksempelvis har klagenemnda konstatert at dårlig planlegging og uryddighet i anskaffelsesprosessen utgjør et brudd på prinsippet.<sup>31</sup>

Prinsippet kan også hevdes å være en ytterligere presisering av at oppdragsgiver skal opptre forretningmessig, jf. kapittel 10.4.9. Et krav om god forretningsskikk bygger på en forutsetning om at offentlige oppdragsgivere opptrer som forretningsdrivende. Et slikt krav kan hevdes å innebære en forpliktelse til å opptre «fair», for eksempel ved ikke å benytte en avvisningsadgang hvis avklaringer kan gjøre det klart om leverandøren faktisk er kvalifisert. Når det er sagt, vil anvendelse av forholdsmessighetsprinsippet kunne lede til samme resultat, ved at en avvisning i slike tilfeller kan hevdes å være uforholdsmessig.

Alt i alt er det vanskelig å se at prinsippet om god forretningsskikk har selvstendig anskaffelsesrettslig betydning. I realiteten understreker prinsippet at oppdragsgiver har plikt til å opptre i samsvar med de øvrige grunnleggende prinsippene som gjelder i anskaffelsesretten, inkludert prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet.

Prinsippet om god forretningsskikk er gjentatt i anskaffelsesforskriften § 3-1 sjettede ledd, hvor det er fastslått at oppdragsgiver skal gjennomføre en konkurranse «i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk». Med «god tilbudsskikk» menes de alminnelige anbudsrettslige prinsipper om blant annet likebehandling, forsvarlig saksbehandling, forhandlingsforbud og innsynsrett.<sup>32</sup> Forarbeidene gir dermed en indikasjon på at god tilbudsskikk ikke har noe selvstendig innhold ved siden av de øvrige grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten.

#### 10.4.11 Høy forretningsetisk standard

Etter anskaffelsesloven § 5 første ledd skal oppdragsgiver «sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandlingen». Noe tilsvarende prinsipp er ikke kommet til uttrykk i anskaffelsesforskriften.

Etisk opptreden er viet betydelig oppmerksomhet i forarbeidene til anskaffelsesloven. Hensikten har vært å understreke en grunnleggende norm fra forvaltningsretten og -etikken om at offentlige tjenestemenn «ikke skal la seg lede av personlige sympatier, antipatier eller av tanke på egen vinning».<sup>33</sup> Det er fremhevet at et krav om etisk opptreden er et svært viktig element ved offentlige anskaffelser. Man kan enkelt forestille seg korrupsjon eller korrupsjonslignende situasjoner i forbindelse med tildeling av offentlige

<sup>27</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 21.

<sup>28</sup> Jf. Rt. 1998 side 1315 (Iskrem).

<sup>29</sup> Jf. NOU 1979: 32 side 51.

<sup>30</sup> Jf. Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, Kommentartutgave, 2. utgave, 2004, side 32 og Dragsten, side 175.

<sup>31</sup> Jf. KOFAs sak 2006/157 avsnitt 35–38.

<sup>32</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 82–83.

<sup>33</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 31.

kontrakter. Det vil i sin tur åpenbart ha uheldige økonomiske konsekvenser, så som dårligere innkjøp og mindre effektive markeder. Etisk opptreden er viktig å unngå at tilliten til offentlige myndigheter blir redusert.

Videre er det slått fast at likebehandlingsprinsippet:

«... er et utslag av ønsket om etisk opptreden hos innkjøperne. Dette går både på det ikke skal tas utenforliggende hensyn, f eks ved å legge vekt på uetiske forhold som smøring og bestikkelser ved valg av leverandør og det at leverandørene skal konkurrere på like vilkår. Sistnevnte vil blant annet si at leverandører som kan tilby lavere pris eller gunstigere vilkår fordi de ikke følger de lover og regler som man er forpliktet til å følge, ikke bør få inngå i kontrakter om offentlige anskaffelser. Dette forhold er også delvis fanget opp av reglene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren.»<sup>34</sup>

Det samme gjelder prinsippet om gjennomsiktighet (åpenhet):

«Kravet til åpenhet i hele anskaffelsesprosessen stiller også krav til etisk opptreden. All informasjon som kommer fra oppdragsgiveren skal være korrekt og objektiv. Dette innebærer videre at det ikke skal tas beslutninger under anskaffelsesprosessen som det vil være behov for å skjule i ettertid.»<sup>35</sup>

Mot denne bakgrunn synes kravet om forretningsetisk atferd å være et ytterligere uttrykk for til øvrige anskaffelsesrettslige grunnprinsipper, snarere enn å være et prinsipp med selvstendig rettslig innhold.

#### 10.4.12 Forsvarlig saksbehandling

Selv om det ikke følger uttrykkelig av verken anskaffelsesloven § 5 eller anskaffelsesforskriften § 3-1, gjelder også et grunnleggende prinsipp om forsvarlig saksbehandling. De fleste offentlige oppdragsgivere er forvaltningsorganer, og for disse følger prinsippet allerede av alminnelige forvaltningsrett. Høyesterett har slått fast at en anskaffelse innebærer at oppdragsgiver utøver

forvaltningsmyndighet, til tross for at det ikke blir truffet enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.<sup>36</sup> I dom av 29. juni 2001 (LB-2000-2645) har Borgarting lagmannsrett vist til Høyesteretts uttalelser og deretter lagt til grunn følgende:

«Men sentrale forvaltningsrettslige prinsipper kan støte an mot sentrale anbudsrettslige prinsipper som skal sikre like konkurransevilkår. Den forvaltningsrettslige veiledningsplikt må således avgrenses mot forbudet mot å gi opplysninger som kan føre til konkurransevidning, og utredningsplikten må avgrenses mot forhandlingsforbudet. Dette betyr etter lagmannsrettens syn ikke at forvaltningsorganet ikke har plikt til å søke saken best mulig utredet og opplyst så langt dette kan gjøres uten å støte an mot sentrale anbudsrettslige prinsipper, særlig de prinsipper som skal sikre lik konkurranse. Utredningsplikten må derfor bestå slik at opplysninger kan innhentes både fra anbyderen selv, og ikke minst fra referanser uten at det går utover det konkurranserettslige likhetsprinsipp. Det at betydelige ressurser ofte nedlegges i anbud, tilsier en saklig og grundig behandling, og det antas derfor at det gjelder et grunnprinsipp om forsvarlig saksbehandling rent generelt i anbudsretten, jf Simonsen: Prekontraktuell ansvar (1997) s. 543. Dette grunnprinsipp må etter lagmannsrettens syn enn mer gjelde når kontraktstildeling representerer utøvelse av forvaltningsmyndighet.»

Et krav om forsvarlig saksbehandling er også blitt ansett som en del av god anbudsskikk.<sup>37</sup> Kravet kan dessuten forankres i de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Både klagenemnda og norske domstoler viser i sin praksis regelmessig til at oppdragsgiver må utøve sitt skjønn på en saklig og forsvarlig måte, og at skjønnets ikke må være vilkårlig eller (grovt) urimelig. Dette er formuleringer som er hentet fra den alminnelige forvaltningsretten, men som får et videre anvendelsesområde i anskaffelsesretten fordi ikke alle offentlige oppdragsgivere nødvendigvis er omfattet av generelle forvaltningsrettslige prinsipper.

<sup>34</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 31.

<sup>35</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 31.

<sup>36</sup> Jf. Rt. 1998 side 1951 (Klubben).

<sup>37</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 82.

## 10.5 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår endringer i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Etter utvalgets vurdering er det behov for en opprydning i og klargjøring av de grunnleggende prinsippene slik de er kommet til uttrykk i anskaffelsesregelverket i dag. Anskaffelsesloven §§ 1 og 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1 inneholder gjentakende henvisninger til prinsippene, og flere av de oppstilte prinsippene synes ikke å ha selvstendig innhold. I arbeidet med å forenkle anskaffelsesregelverket har utvalget sett det som viktig å foreta en opprydning, slik at prinsippene formuleres så enkelt og presist som mulig, prinsipper uten selvstendig innhold strykes og unødvendige gjentakelser fjernes. Utvalget understreker at forslaget ikke er ment å innebære realitetsendringer, men bare endringer av lov- og forskriftsteknisk karakter.

Utvalget foreslår å samle de grunnleggende prinsippene i én felles bestemmelse i anskaffelsesloven § 5. Som konsekvens vil anskaffelsesloven § 1 bli rendyrket som formålsbestemmelse, jf. kapittel 9.4. Utvalget mener at det ikke er nødvendig å gjenta prinsippene eksplisitt i anskaffelsesforskriften. Etter utvalgets vurdering er det uryddig å spre angivelsen av de grunnleggende prinsippene over flere bestemmelser. Rettslig sett er det heller ikke behov for å gjenta prinsippene i forskriften ettersom alle anskaffelser som foretas etter forskriften, er underlagt loven. Dessuten synes det i praksis å være atskillig vanligere å henvise til anskaffelsesloven § 5 fremfor anskaffelsesforskriften § 3-1.

Utvalget foreslår å rendyrke prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet i lovteksten. Innholdet i øvrige prinsipper i gjeldende regelverk fanges opp av disse prinsippene og foreslås derfor ikke videreført. Det vises for så vidt til gjennomgangen av de grunnleggende prinsippene ovenfor. Et mindretall vil likevel videreføre forutberegnelighet og etterprøvbarhet som uttrykkelige prinsipper i loven.

Etter utvalgets vurdering omfatter *likebehandlingsprinsippet* – det mest grunnleggende prinsippet i anskaffelsesretten – i realiteten flere av de øvrige prinsippene som er kommet til uttrykk i dagens regelverk. Ikke-diskrimineringsprinsippet, har ingen selvstendig betydning ved siden av likebehandlingsprinsippet. Også likebehandlingsprinsippet er til hinder for forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet. Utvalget foreslår derfor at henvisningen til ikke-diskrimineringsprinsippet tas ut av anskaffelsesregel-

verket. Heller ikke prinsippene om forretningsmessighet, god forretningsskikk og høy forretningsetisk standard synes å være prinsipper med selvstendig innhold ved siden av likebehandlingsprinsippet, gjennomsiktighetsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet. Utvalget understreker at formålene med anskaffelsesregelverket vil bli realisert bare hvis offentlige oppdragsgivere tenker forretningsmessig ved sine anskaffelser. Som presisert ovenfor er anskaffelser først og fremst forretning, ikke forvaltning. Etter utvalgets vurdering gis dette poenget den beste rettslige forankringen ved en tydeliggjøring av lovens formål og gjennom likebehandlingsprinsippet, ikke gjennom mer uklare henvisninger til forretningsmessighet, forretningsskikk og forretningsetikk. Utvalget foreslår derfor at henvisningene til disse prinsippene tas ut av loven og forskriften. Utvalget forutsetter imidlertid at viktigheten av forretningsmessig atferd gis grundig omtale i veiledning til anskaffelsesregelverket. Det vises her også til kapittel 30.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, foreslår å rendyrke *gjennomsiktighetsprinsippet*. Etter flertallets vurdering er prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet bare presiseringer av gjennomsiktighetsprinsippet. I henhold til gjennomsiktighetsprinsippet skal oppdragsgiver sikre åpenhet og forutsigbarhet om konkurransegjennomføringen, og oppdragsgivers beslutninger skal kunne etterprøves. I EU/EØS-retten benyttes gjennomsiktighetsprinsippet som en fellesbetegnelse på nettopp disse forholdene. Etter utvalgets vurdering er det hensiktsmessig å harmonisere begrepsbruken med EU/EØS-retten. Med dette reduseres risikoen for å legge et annet rettslig innhold i gjennomsiktighetsprinsippet enn det er grunnlag for etter EU/EØS-retten. I denne sammenheng peker utvalget på at klagenemnda har hatt en tendens til å strekke forutberegnelighetsprinsippet for langt. Dessuten er det en forenkling i seg selv å benytte ett begrep i stedet for tre.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnnes og Strømsnes*, foreslår at lovteksten uttrykkelig skal nevne prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Mindretallet er enig i flertallets vurdering av at prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet kan utledes av gjennomsiktighetsprinsippet. Det vil si at prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet likevel får betydning selv om det «pakkes inn» i gjennomsiktighetsprinsippet. Mindretallet er av den oppfatning at regelverket skal være klart og

tydelig slik at både oppdragsgivere og leverandører forstår hvilke grunnleggende krav man må innrette seg etter. Ut i fra dette bør forutberegnelighet og etterprøvbarhet nevnes eksplisitt.

For det første er kravet til forutberegnelighet viktig fordi det er en forutsetning for et velfungerende næringsliv og sikrer lik konkurranse i anbudsprosser. Leverandøren trenger forutberegnelighet i en anbudskonkurranse som legger premisene for selve avtaleinngåelsen. De trenger også informasjon om hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres, på et tidlig tidspunkt, slik at leverandøren får mulighet til å forberede seg og eventuelt gjøre tiltak for å dempe risiko. Det er dyrt å delta i konkurranser, og dersom leverandørene på et så tidlig stadium som mulig kan avgjøre om de skal delta eller ikke i konkurransen, vil være avgjørende for hvor mye ressurser som skal benyttes i den enkelte konkurranse. Dette har særlig betydning for SMB-er. Forutberegnelighet vil særlig være knyttet til følgende forhold:

- Det skal fremgå klart hva det skal konkurreres om (tildelingskriterier, omfang og lengde på kontrakten)
- Hvordan konkurransen skal gjennomføres
- Hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde
- Hvilke tildelingskriterier som gjelder for valg av leverandør og vektning av disse

Forutberegnelighet er viktig for arbeidet med anskaffelser og et grunnleggende krav som enhver konkurranse bør bygges på. Forutberegnelighet er også premisset for etterprøvbarheten som er avgjørende når anskaffelsen skal dokumenteres.

Kravet til etterprøvbarhet skal sikre leverandørenes rettssikkerhet. Dette er regler som blant annet er befestet gjennom EUs håndhevelsesregler og norske regler ved implementering av disse. Etterprøvbarhet betyr at alle viktige beslutninger skal dokumenteres, nettopp for å sikre leverandørene rettssikkerhet og allmennhetens tillit til at de vurderinger som er foretatt er i samsvar med god forvaltning av offentlige midler. Dokumentasjonen skal skje i form av anskaffelsesprotokoll, referater og andre skriftlige nedtegnelser over vurderinger og beslutninger som er fattet i anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver må kunne dokumentere de valg som er foretatt i anskaffelsesprosessen og kunne dokumentere disse i forhold til revisjon, klageorgan, tapende leverandører, tredjeparter og allmennheten.

Mindretallet mener at forutberegnelighet er mer presist med hensyn til å se fremover i en anskaffelsesprosess på en ryddig og konsistent

måte, mens etterprøvbarhet dreier seg om å se tilbake og kunne dokumentere de valg som er foretatt i anskaffelsesprosessen. Begge disse hensyn er avgjørende for å sikre leverandørenes og allmennhetens tillit til anskaffelsesprosessene. Dette gjør at de to prinsippene bør være selvstendige grunnleggende prinsipper. På grunn av at både prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet har hatt så stor betydning for rettsanvendelsen innenfor offentlige anskaffelser, mener mindretallet derfor at prinsippene bør videreføres direkte i loven.

*Utvalget* foreslår å videreføre at *konkurranse* fremgår som et grunnleggende prinsipp i loven. Konkurranse blir dermed både et formål med regelverket og et grunnleggende prinsipp. Grunnen til dette er at utvalget ser konkurranse også som et viktig virkemiddel for å oppnå formålet om effektiv ressursbruk. Utvalget fremhever videre at et lovfestet konkurranseprinsipp får selvstendig betydning for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner og for andre anskaffelser som ikke er underlagt forskriftens detaljerte prosedyreregler.

Utvalget presiserer at prinsippet likevel ikke innebærer en ubetinget plikt til å gjennomføre formell konkurranse. Hva som da ligger i et konkurranseprinsipp – og for den saks skyld de øvrige grunnleggende prinsippene som utvalget foreslår å nedfelle i loven – vil i stor grad være avhengig av den konkrete anskaffelsens art og verdi. Det vil naturlig nok heller ikke være noen plikt til å gjennomføre konkurranse der dette ikke lar seg gjennomføre. Gjennomføringen av prosessen forut for inngåelse av kontrakter som bare er omfattet av anskaffelsesloven, vil i stor grad være overlatt til oppdragsgivers anskaffelsesfaglige skjønn.

*Medlemmet Breiland* foreslår at det skal fremgå uttrykkelig av lovteksten at konkurranseprinsippet bare skal gjelde så langt det er mulig, slik det er presisert i anskaffelsesloven § 5 annet ledd i dag.

Endelig foreslår *utvalget* å innta *forholdsmessighetsprinsippet* i lovteksten. Prinsippet er i dag bare nedfelt i anskaffelsesforskriften, men bør flyttes til loven, slik at samtlige prinsipper samles der. Prinsippet vil da gjelde for alle anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesloven, uavhengig om også en av forskriftene som er gitt i medhold av loven, kommer til anvendelse. Utvalget mener at dette prinsippet er av stor betydning for oppnåelsen av formålet om effektiv ressursbruk. Forholdsmessighetsprinsippet bør inngå som en del av vurderingstemaet for oppdragsgivere i alle ledd av anskaffelsesprosessen, og prinsippet bør ikke

minst brukes aktivt av domstoler og klageorgan når de skal ta stilling til hvilke krav som kan utle-

des av de grunnleggende prinsippene i den konkrete anskaffelsen.

## Kapittel 11

# Ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket

### 11.1 Innledning

I sin utredning fra 1997 diskuterte Tronslin-utvalget relativt inngående om og eventuelt hvordan offentlig anskaffelsesvirksomhet kan benyttes som virkemiddel for å ivareta såkalte samfunnsmessige hensyn.<sup>1</sup> Fokus var rettet mot de statlige anskaffelsene. Etter dette utvalgets mandat var betegnelsen «samfunnsmessige hensyn» ment å dekke «andre behov enn de rent anskaffelsespolitiske.»<sup>2</sup> Tronslin-utvalgets overordnede syn var som følger:

«Etter utvalgets oppfatning bør samfunnsmessige krav i forbindelse med offentlige anskaffelser kun stilles der disse ikke er i konflikt med målene med selve anskaffelsesprosessen. Eventuelle krav må dessuten formuleres slik at de innebærer minst mulig ressursbruk fra oppdragsgivers side. Dette gjelder både ressursbruk som medfører en mer tungvint anskaffelsesprosess, og ressursbruk som innebærer at oppdragsgiveren ikke får den beste anskaffelsen utfra rene forretningsmessige kriterier. Det må dessuten i minst mulig grad åpnes opp for kriterier som gir rom for skjønn hos oppdragsgiveren.»<sup>3</sup>

Siden 1997 har temaet vært gjenstand for mange forslag og vurderinger. Anskaffelsesregelverket slik vi kjenner det i dag, inneholder en rekke bestemmelser som de fleste vil si i større grad ivaretar andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige. Slike hensyn omtales også ofte som «andre hensyn».

Forenklingsutvalgets mandat presiserer uttrykkelig at utvalget ikke skal «[v]urdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregelverket

skal benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn».

*Utvalget* er samstemt om at mandatet fastsetter at utvalget ikke skal vurdere eller foreslå nye regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Det vises i denne sammenheng til at det nye anskaffelsesdirektivet omhandler flere temaer som foreløpig ikke er regulert i norsk anskaffelsesrett.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, mener imidlertid at mandatet ikke er til hinder for at utvalget vurderer og foreslår endringer i *eksisterende* bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn ut fra et forenklingsspektiv. Flertallet foreslår at slike bestemmelser i stor grad sløyfes eller omformuleres ut fra forenklingstraktninger.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnnes og Strømsnes*, er ikke enige i dette og mener at mandatet er tydelig på at utvalget ikke skal vurdere verken gjeldende eller eventuelle nye regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. I lys av at flertallet foreslår å oppheve en rekke bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, vil *medlemmene Breiland og Gjønnnes* likevel gjøre rede for hvorfor de mener disse bestemmelsene bør videreføres. *Medlemmet Strømsnes* vil på sin side heller ikke uttale seg om disse bestemmelsene som følge av sin tolkning av mandatet.

Et samlet *utvalg* vil imidlertid understreke at anskaffelsesregelverket ikke er eller skal være til hinder for å ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

I det følgende gis det først en kort oversikt over tilnærmingen til ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i det nye anskaffelsesdirektivet (kapittel 11.2). Deretter gjør utvalget rede for sine overordnede synspunkter på hvordan ikke-anskaffelsesfaglige hensyn best kan ivaretas i anskaffelsesregelverket (kapittel 11.3). Flertallets syn på de enkelte bestemmelsene som omhandler ikke-

<sup>1</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 37–68.

<sup>2</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 37.

<sup>3</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 38.

anskaffelsesfaglige hensyn i gjeldende regelverk, er gitt i kapittel 11.4, mindretallets i kapittel 11.5.

## 11.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Den generelle tilnærmingen i direktiv 2014/24/EU er at oppdragsgivere ikke pålegges plikter til å ta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Samtidig er det fremhevet at det er tillatt å foreta vurderinger som går utover de rent anskaffelsesfaglige, på ulike stadier i anskaffelsen:

«It is of utmost importance to fully exploit the potential of public procurement to achieve the objectives of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth. In this context, it should be recalled that public procurement is crucial to driving innovation, which is of great importance for future growth in Europe. In view of the important differences between individual sectors and market, it would however not be appropriate to set general mandatory requirements for environmental, social and innovation procurement.

The Union legislature has already set mandatory procurement requirements for obtaining specific goals in the sectors of road transport vehicles (Directive 2009/33/EC of the European Parliament and the Council) and office equipment (Regulation (EC) No 106/2008 of the European Parliament and the Council). In addition, the definition of common methodologies for life cycle costing has significantly advanced.

It therefore appears appropriate to continue on that path, leaving it to sector-specific legislation to set mandatory objectives and targets in function of the particular policies and conditions prevailing in the relevant sector and to promote the development and use of European approaches to life-cycle costing as a further underpinning for the use of public procurement in support of sustainable growth.»<sup>4</sup>

Eksempler på bestemmelser i det nye direktivet som omhandler slike ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, er:

- Artikkel 18 nr. 2: Medlemslandene skal treffe passende tiltak for å sikre at leverandørene overholder gjeldende lovgivning på miljø- og arbeidsområdet og internasjonale menneskerettigheter når de gjennomfører kontrakter.

- Artikkel 42 nr. 1 annet avsnitt: Tekniske spesifikasjoner kan henwise til en bestemt produksjonsprosess eller metode for levering av forespurte ytelser, også når slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold.
- Artikkel 42 nr. 3 bokstav a: Tekniske spesifikasjoner kan angis som krav til ytelsen eller funksjonelle krav, herunder miljømessige egenskaper.
- Artikkel 43: Hvis oppdragsgivere skal anskaffe ytelser med spesifikke miljømessige eller sosiale egenskaper, kan han i de tekniske spesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene kreve et bestemt merke (sertifikat) som bevis for slike egenskaper.
- Artikkel 57 nr. 1: Oppdragsgiver skal avise leverandører som er dømt for en rekke straffbare forhold, inkludert barnarbeid og korrupsjon.
- Artikkel 62: Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater for ulike kvalitetsstandarder, inkludert universell utforming og miljø.
- Artikkel 67 nr. 2: Ved tildeling av kontrakt kan oppdragsgiver legge vekt på sosiale, miljømessige og innovative aspekter.
- Artikkel 68 nr. 1 bokstav b: Eventuell beregning av livssyklus kostnader skal blant annet inkludere kostnader ved utslipp av klimagasser og annen forurensning, og andre kostnader til klimatiltak.
- Artikkel 70: Kontraktsvilkårene kan omhandle innovasjon, miljø, sosiale forhold og arbeidsforhold.

## 11.3 Utvalgets generelle utgangspunkt

*Utvalget* har ikke foretatt en nærmere vurdering av de nye bestemmelsene i direktiv 2014/24/EU som omhandler ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, vurderer det uansett slik at denne typen krav ikke bør etableres i et nasjonalt anskaffelsesregelverk. Et nytt og forenklet regelverk bør fokusere på det anskaffelsesfaglige. Etter flertallets syn bør anskaffelsesregelverket ivareta andre hensyn bare når disse er forenlige med lovens formål om å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter. I denne sammenheng vises det til at utvalgets flertall foreslår å rendyrke formålsbestemmelsen, jf. kapittel 9.4.2. Regler som skal fremme andre hensyn (for eksempel miljø, HMS, skatteinndrivelse, antall lærlinger osv.), vil raskt kunne komme i

<sup>4</sup> Jf. fortalens premiss 95.



konflikt med nettopp disse formålene. Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn bør i stedet fanges opp av relevante sektorbestemmelser. De samme utgangspunktene synes Tronslin-utvalget å ha lagt til grunn i sin utredning i 1997, jf. det som er sitert fra dette utvalgets utredning ovenfor i kapittel 11.1.

Etter flertallets vurdering er det i seg selv en forenkling å fjerne bestemmelser som skal ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Gjeldende anskaffelsesregelverk legger helt generelle føringer for alle anskaffelser. De er ikke nødvendigvis like relevante for alle anskaffelser. Oppfølging av slike krav oppleves av mange, både oppdragsgivere og leverandører, som unødvendig ressurskrevende og lite målrettet i lys av de hensyn som de forskjellige bestemmelsene faktisk er ment å ivareta. Et eksempel på dette er de absolutte kravene om oppdragsgiver skal kreve at samtlige leverandører leverer skatteattester og HMS-eigenerklæring.

Av de samme grunner er flertallet også av den oppfatning at det vil være å gå i helt feil retning å introdusere nye bestemmelser som skal fremme andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnnes og Strømsnes,* mener som nevnt at det ligger utenfor utvalgets mandat å omtale og enn mindre å foreslå å fjerne gjeldende regler som skal ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

Når et utvalgets flertall likevel uttaler seg om gjeldende bestemmelser som skal ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, mener *medlemmene Breiland og Gjønnnes* at disse hensynene er viktige og må ivaretas i anskaffelsesregelverket på en eller annen måte, det være seg i lov og/eller i forskrift. Gjeldende regelverk inneholder viktige sosiale- og miljødimensjoner som må videreføres.

*Medlemmet Breiland* mener at det offentlige er en betydelig økonomisk aktør som bør bruke sin tyngde som innkjøpsmakt til å påvirke viktige samfunnsinteresser i ønsket retning. Dette fremkommer tydelig i stortingsmeldingen «Det gode innkjøp», hvor det er understreket at «[i]kkje minst er det viktig at offentlige innkjøp vert brukte til å fremje viktige samfunnsomsyn og bidra til miljøvennlige og innovative løysingar.»<sup>5</sup> Dette gjenspeiles også i mindretallets forslag om at formålsbestemmelsen uttrykkelig skal fremheve at offentlige anskaffelser skal skje på en samfunnstjenlig måte, jf. kapittel 9.4.3. Offentlige anskaffelser er således et viktig politisk virkemiddel.

I dette ligger også det særlige ansvaret som det offentlige som oppdragsgiver har for å legge til rette for et seriøst arbeidsliv. Gjeldende anskaffelsesregelverk inneholder bestemmelser som berører mange av de utfordringene man står overfor i dag. Et anskaffelsesregelverk skal derfor være ett av flere instrumenter for å bekjempe og forhindre useriøsitet i arbeidslivet. Det er blant annet et uttalt politisk ønske at offentlig sektor skal gå foran som et godt eksempel i kampen mot sosial dumping.

*Medlemmet Gjønnnes* erkjenner at offentlige anskaffelser kan brukes som virkemiddel for å fremme viktige samfunnspolitiske målsettinger. Det har i de senere år vært et økt press mot politikere for å sikre at offentlige oppdragsgivere påvirker samfunnsutviklingen ved å stille krav til bedriftenes adferd når de deltar i konkurranser om offentlige kontrakter. I det nye anskaffelsesdirektivet er det i større grad enn tidligere åpnet for å vektlegge sosiale hensyn som er forholdsmessige og har tilknytning til kontraktsgjenstanden.

Dette medlem mener man må være varsom med å inkludere flere «nye gode hensyn» i anskaffelsesregelverket. Det er en risiko for at konsekvensene av forslagene ikke blir tilstrekkelig utredet og vurdert, og at det enkelte formål som søkes oppnådd, tillegges for stor vekt. Det er også en risiko for at den samlede effekten av alle de krav som stilles, ikke blir utredet. De samlede kostnadene og negative markedsmessige effektene av mange forskjellige krav kan overstige summen av de positive følger som kravene er ment å ha.

*Medlemmet Strømsnes* vil på sin side nøye seg med å påpeke at spørsmålet om hvordan den offentlige etterspørselsmakten skal brukes til å understøtte andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige, er en politisk vurdering. Dette medlem mener at det enkelte ikke-anskaffelsesfaglige hensyn må vurderes opp mot den økte kompleksitet slike krav representerer for anskaffelsesprosessen. Det er hevet over tvil at den offentlige etterspørselsmakten kan brukes til å promotere miljø, forebygge barnearbeid og brudd på ILO-konvensjoner og bidra til å forebygge kriminalitet i arbeidslivet, blant annet ved aktivt å forebygge sosial dumping i leveransene til offentlig sektor. Dette medlem vil imidlertid påpeke at utvalget ikke er kompetansemessig sammensatt til å vurdere disse spørsmålene og derfor ikke bør foreslå endringer på dette feltet.

Et samlet *utvalg* understreker imidlertid at anskaffelsesregelverket ikke er eller bør være til hinder for at oppdragsgivere *kan* legge vekt ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, slik det er fremhevet

<sup>5</sup> Jf. St.meld. nr. 36 (2008–2009) side 11.

også i det nye anskaffelsesdirektivet. Dette kan skje på ulike stadier av anskaffelsesprosedyren, for eksempel ved beskrivelsen av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget, ved kvalifiseringen av leverandører, i tildelingsfasen eller i kontraktsvilkårene. Utvalget presiserer imidlertid at det hviler et stort ansvar på offentlige myndigheter når det gjelder styring av og støtte til oppdragsgivere som eventuelt ønsker å ivareta slike hensyn. Det bør fokuseres på å tilby kunnskap og veiledning til oppdragsgivere om hvilke hensyn som lovlig kan ivaretas, og hvordan dette best kan og bør gjøres, slik at man samtidig sikrer effektive anskaffelser og en sunn konkurranse. I den grad det er ønskelig å forene ikke-anskaffelsesfaglige hensyn med anskaffelsesfaglige hensyn, bør dette skje på en standardisert og kvalitetssikret måte. Dette forutsetter gode faglige miljøer som forstår både de anskaffelsesfaglige utfordringene og de aktuelle hensyn som eventuelt skal trekkes inn i anskaffelsesprosessen. Det vises i denne sammenheng til kapittel 30.

## 11.4 Flertallets vurderinger av regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i det gjeldende anskaffelsesregelverket

### 11.4.1 Innledning

Som følge av det overordnede syn som *utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, har på ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, foreslår flertallet å stryke bestemmelsene i det gjeldende anskaffelsesregelverket som er ment å ivareta slike hensyn.

Disse bestemmelsene kan grupperes i følgende tre kategorier:

- Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser
- Dokumentasjonskrav: Plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring
- Kontraktsvilkår: Regler om rett til å innta lærlingklausuler og antikontraktørklausuler og plikt til å innta klausuler om lønns- og arbeidsvilkår i kontrakten

I det følgende blir disse kategoriene av bestemmelser drøftet nærmere av flertallet.

### 11.4.2 Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser

Anskaffelsesloven § 6 omhandler livssyklus-kostnader, universell utforming og miljø og lyder:

«Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.»

Likelydende bestemmelse er gitt i anskaffelsesforskriften § 3-1 åttende ledd.

Plikten til å ta hensyn til livssyklus-kostnader og miljømessige konsekvenser er inntatt i loven som generelle prinsipper som ikke skal kunne bli håndhevet for domstolene.<sup>6</sup> Det samme gjelder hensynet til universell utforming, som ble innlemmet i § 6 ved en lovendring i 2006.<sup>7</sup> Leverandørene kan således ikke påberope seg at oppdragsgiver har forsømt sine forpliktelser etter bestemmelsen. Med en slik rettslig forankring av disse hensynene er det vanskelig å se at de som sådan kommer i konflikt med regelverkets grunnleggende formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Etter *flertallets* syn bør imidlertid anskaffelsesregelverket, så langt det er mulig, ikke inneholde regler som utelukkende bare er av «motiverende art», jf. kapittel 8. Slike regler fremstår uten reelt innhold, utover å signalisere en ønsket politisk retning. Dersom dette er ønskelig politikk, bør den etter flertallets vurdering utformes på en annen måte med mer effektive virkemidler.

Når det særlig gjelder *livssyklus-kostnader* –de samlede kostnadene ved en anskaffelse –har det nye anskaffelsesdirektivet egne regler om beregningen, jf. artikkel 67 og 68. Det oppstilles imidlertid ingen plikt til å ta hensyn til livssyklus-kostnader, og flertallet foreslår at det heller ikke i den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket innføres en særskilt regulering eller plikt til å ta hensyn til dette. Samtidig viser flertallet til forslaget om at det uttrykkelig skal fremgå av regelverket at livssyklus-kostnader er et tillatt tildelingskriterium, jf. kapittel 21.2.

Hensynet til *universell utforming* ble som nevnt tatt inn i regelverket ved en lovendring i

<sup>6</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 67 og Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 66.

<sup>7</sup> Jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 18.

2006, bl.a. som en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF i norsk rett. I forarbeidene er bakgrunnen for lovforslaget omtalt nærmere:

«I handlingsplanen for økt tilgjengelighet for personer med nedsatt funksjonsevne, står det at en ved revisjonen av regelverket for offentlige anskaffelser, blant annet på bakgrunn av implementering av nytt EU-direktiv, vil ta stilling til hvordan det best kan tas hensyn til prinsippet om universell utforming. I begrepet universell utforming ligger det en ambisjon om at alle produkter, tjenester, bygninger og omgivelser skal planlegges slik at de kan brukes på like vilkår av så mange som overhodet mulig. Det er fordi fysisk tilgjengelighet ofte legger grunnlaget for sosial tilgjengelighet og deltakelse i samfunnet. Mange opplever å bli funksjonshemmet på grunn av de løsninger som velges. Det foreslås derfor en plikt for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer til å ta hensyn til universell utforming under planleggingen av den enkelte anskaffelse.»<sup>8</sup>

De samme kravene følger imidlertid nå av annen og mer treffende lovgivning. Etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13 første ledd skal offentlige virksomheter «arbeide aktivt og målrettet for å fremme universell utforming innenfor virksomheten». Samme plikt påligger private virksomheter som er «rettet mot allmennheten». Det vises også til plan- og bygningsloven § 29-3 første ledd, hvor det heter at alle byggetiltak etter sin funksjon skal være universelt utformet, og rekken av detaljerte regler om universell utforming i byggteknisk forskrifts kapittel 8 og 12.

Etter flertallets vurdering er det overflødig å supplere disse reglene med en egen bestemmelse i anskaffelsesregelverket som skal oppfordre oppdragsgivere til å tenke på universell utforming. Ut fra et ønske om forenkling foreslår derfor flertallet å stryke bestemmelsen.

Plikten til å ta i betraktning *miljømessige konsekvenser* ble inntatt i anskaffelsesloven § 6 etter forslag fra Tronslin-utvalget. Utvalget hadde følgende overordnede syn på miljø:

«Det bør være et mål at offentlig sektors aktiviteter og arbeidsformer bidrar til en bærekraftig utvikling, når det gjelder ressursbruk, innkjøp, transport, byggevirksomhet o.l. Miljøhensyn ved offentlige innkjøp vil kunne påvirke innret-

ningen av produksjonen og bidra til utvikling av nye, bedre og miljøvennlige produkter.»<sup>9</sup>

Utvalget pekte i tillegg på at erfaringer syntes å tilsi en sammenheng mellom miljøriktige og effektive anskaffelser, samtidig som vektlegging av miljøhensyn også medfører en risiko for dyrere anskaffelser. Det ble også understreket at vektlegging av miljøhensyn ved vurderingen av livssykluskostnader vil redusere risikoen for konflikt med formålet om effektiv ressursbruk.<sup>10</sup> Departementet fulgte opp forslaget og vurderte det som viktig at det ble tatt inn en bestemmelse om miljø i regelverket. Den nærmere begrunnelsen var som følger:

«Dette vil innebære en oppfølging og konkretisering av de uttalelsene som er kommet i de to siste stortingsmeldinger vedrørende miljø. Ved at statlige oppdragsgivere etterspør miljøvennlige produkter og tjenester vil man kunne fremtvinge et større utvalg av mindre miljøbelastende og mer ressurs- og energieffektive varer og tjenester. Dette vil igjen kunne påvirke produksjons- og forbruksmønsteret i en mer bærekraftig retning. Økt fokus på miljøhensyn i innkjøpsprosessen kan også bidra til at det offentlige reduserer miljøproblemer som følge av egen virksomhet.»<sup>11</sup>

Flertallets prinsipielle betraktninger om at anskaffelsesregelverket ikke bør inneholde bestemmelser av «motiverende art», gjelder også i relasjon til miljøhensyn. Flertallet viser også til at regelverket uansett vil gi oppdragsgivere adgang til å vektlegge miljøhensyn på de ulike stadiene i en anskaffelsesprosess (ved beskrivelsen av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget, ved kvalifiseringen av leverandører, i tildelingsfasen eller i kontraktvilkårene). Dette vil følge eksplisitt av de regler som gjelder over EØS-terskelverdiene, og implisitt av de regler som utvalget foreslår i nytt nasjonalt regelverk. Flertallet mener således at det ikke er nødvendig å regulere miljøhensyn særskilt i den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket. For øvrig vil flertallet påpeke at dersom offentlige myndigheter mener at oppdragsgivere bør fokusere på miljø ved sine anskaffelser – flertallet tror at de fleste oppdragsgivere vil gjøre dette på eget initiativ – vil det mest egnede tiltaket

<sup>8</sup> Jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 7.

<sup>9</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 21.

<sup>10</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 67.

<sup>11</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 39.

være å gi konkret veiledning om hvordan dette kan skje.

Flertallets begrunnelse for å stryke anskaffelsesloven § 6 gjelder tilsvarende for oppdragsgivers plikt til å legge vekt på livssyklus-kostnader, miljømessige konsekvenser og universell utforming ved utformingen av kravene til ytelsen, jf. anskaffelsesforskriften § 8-3 første ledd annet, tredje og fjerde punktum. Flertallet foreslår derfor å stryke disse reglene i § 8-3. Samtidig understreker flertallet at forslaget ikke innebærer at oppdragsgiver skal være forhindret fra å ta slike hensyn.

#### 11.4.3 Dokumentasjonskrav: Plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring

Ved anskaffelser som overstiger 100 000 kroner, skal oppdragsgiver kreve «at samtlige norske leverandører som leverer tilbud fremlegger skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt», jf. anskaffelsesforskriften § 3-3 første ledd. For så vidt gjelder «arbeid som skal utføres i Norge, skal oppdragsgiver [...] kreve at den valgte leverandøren fremlegger en egenerklæring i samsvar med vedlegg 2 om at leverandøren vil overholde lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet (HMS)», jf. anskaffelsesforskriften § 3-4 første ledd. Reglene er gjentatt i del II, jf. §§ 8-7 og 8-8, og i del III, jf. §§ 17-14 og 17-15. Den eneste realitetsforskjellen fra §§ 3-3 og 3-4 er at samtlige leverandører som deltar i konkurranser etter del II eller del III, må levere både skatteattester og HMS-egenerklæring.

I konkurranser etter del II og del III skal leverandører som ikke leverer skatteattest, avvises, jf. § 11-10 første ledd bokstav b og § 20-12 første ledd bokstav b. En tilsvarende avvisningsplikt gjelder hvis leverandørene ikke har levert HMS-egenerklæring, jf. § 10-11 første ledd bokstav c og § 20-12 første ledd bokstav c. Konsekvensene for en leverandør som ikke leverer slike attester og egenerklæringer, er med andre ord store. For oppdragsgiver kan en avvisningsplikten etter omstendighetene medføre at det ellers beste tilbudet ikke kan tas i betraktning. Disse avvisningsreglene følger ikke av anskaffelsesdirektivet og er således et resultat av norsk lovgivers overveielser.

Etter gjeldende rett er det selve unnlåtelsen av å innlevere den etterspurte dokumentasjonen som medfører avvisningsplikt. Dersom for eksempel en skatteattest faktisk viser restanser, har oppdragsgiver bare en rett, men ikke plikt, til å avvise leverandøren, jf. § 11-10 annet ledd bokstav f.

Begrunnelsen for kravet om at leverandørene skal levere skatteattest, har variert over tid. Opprinnelig ble kravet begrunnet med anskaffelsesfaglige betraktninger. Skatteattesten kunne bidra til å sikre oppdragsgiver informasjon om hvorvidt leverandører er seriøse eller ikke, og helt konkret om en leverandør har økonomisk rygggrad til å oppfylle kontraktsforpliktelsene for det tilfellet at han skulle bli tildelt kontrakt.<sup>12</sup> Imidlertid vil den informasjon som fremkommer i en skatteattest, i beste fall bare være en indikasjon på om leverandøren har den økonomiske styrke som skal til for å gjennomføre kontrakten.

*Flertallet* har merket seg rekken av oppslag i pressen den siste tiden om at gjeldende regler om skatteattest rent faktisk ikke gjør det mulig for oppdragsgiver å avdekke om leverandører eller underleverandører er useriøse, i den forstand at de ikke har en ryddig økonomi eller ikke har betalt skatter og avgifter. I så måte vil en oversikt over de siste regnskapstallene eller en kredittvurdering være til større hjelp. I tillegg har mange brukt kampen mot svart arbeid som argument for å innta et krav om levering av skatteattest i anskaffelsesregelverket. Flertallet stiller spørsmålsteget ved om et forskriftsfestet krav om å levere skatteattest hindrer svart arbeid. Flertallet nøyer seg med å påpeke at en skatteattest på ingen måte kan avdekke de mest relevante forhold ved en leverandørs økonomi og arbeidsstokk.

Kravet om at leverandørene skal levere HMS-egenerklæring, ble foreslått og tatt inn i anskaffelsesregelverket i kjølvannet av en politisk storsatsning på å sikre etableringen av HMS i norske virksomheter. Det er mer enn 15 år siden nå, og det er derfor grunn til å tro – og i alle fall håpe – at HMS har etablert seg i alminnelig virksomhetstenkning på en måte som gjør det overflødig med insentiver av denne typen. Også kravet om levering av HMS-egenerklæring var opprinnelig anskaffelsesfaglig fundert. Kravet ble foreslått av partene i norsk arbeidsliv, blant annet LO og NHO, og var begrunnet med at virksomheter som unnlater å følge reglene om intern kontroll av helse, miljø og sikkerhet, vil kunne oppnå et fortrinn i konkurransen om offentlige kontrakter.<sup>13</sup>

Unnlåtelse av å levere HMS-egenerklæring har imidlertid som nevnt betydelige konsekvenser. Flertallet ser dette som lite ønskelig fordi HMS-egenerklæringen i realiteten ikke setter oppdragsgiver i stand til å vurdere om en leverandør er bedre skikket enn andre til å levere den

<sup>12</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 41.

<sup>13</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 43.

etterspurte ytelsen. Det er uansett klart at oppdragsgiver ikke skal drive tilsyn med at leverandørene faktisk har et HMS-system.

Ut fra et ønske om forenkling foreslår flertallet at gjeldende forskriftsbestemmelser om skatteattest og HMS-egenerklæring strykes. Forslaget medfører at et unødvendig byråkrati knyttet til håndteringen av disse dokumentene blir avvirket, og at man unngår situasjoner der oppdragsgiver tvinges til å avvise ellers konkurransedyktige leverandører.

Dersom skatteattester eller HMS-egenerklæringer er relevant for å belyse leverandørens kvalifikasjoner eller kvaliteten på den tilbudte ytelse, kan denne type dokumentasjon naturligvis kreves fremlagt. Det vises til utvalgets vurderinger av dokumentasjonsregler, jf. kapittel 20.3.3, hvor det fremgår at oppdragsgiver skal stå svært fritt med hensyn til å beslutte hva slags type dokumentasjon som ønskes fremlagt. Oppdragsgiver vil således ha alle muligheter til å stille krav om mer «treffende dokumentasjon». Når det gjelder ønsket om mindre byråkratisering, vises det for øvrig til at det i det samme kapitlet fremgår at ikke alle leverandører skal måtte behøve å fremlegge denne typen dokumentasjon, men eventuelt bare valgte leverandør.

#### 11.4.4 Kontraktsvilkår: Lærlingklausul, antikontraktørklausul og klausul om lønns- og arbeidsvilkår

##### 11.4.4.1 Lærlingklausul

Anskaffelsesforskriften § 3-11 tredje ledd inneholder følgende regel om bruk av lærlingklausuler:

«For arbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at norske leverandører skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning. Slik betingelse kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje.»

Bestemmelsen ble tatt inn i anskaffelsesregelverket av departementet i 2000.<sup>14</sup> Dette ble gjort til tross for klart uttrykte bekymringer og motargumenter, både fra Tronslin-utvalget og til dels fra departementet selv.<sup>15</sup>

Slik bestemmelsen om bruk av lærlingklausuler er utformet i gjeldende regelverk – som *en*

*mulighet* for oppdragsgiver til å kreve at norske leverandører har en offentlig godkjent lærlingordning der det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje – er det vanskelig å se at den i seg selv er i strid med formålet om å sikre mest mulig effektive anskaffelser. På den annen side sier bestemmelsen ikke annet enn det som *flertallet* mener uansett er det grunnleggende utgangspunktet: Det bør være mulig å ivareta denne type hensyn ved offentlige anskaffelser. Flertallet er imidlertid av den oppfatning at det ikke er nødvendig å regulere dette i anskaffelsesregelverket. Oppdragsgivere trenger ikke oppfordringer i lov eller forskrift om bruk av lærlingklausuler. Det de trenger, er virkemidler og konkret veiledning om hvordan de best kan legge til rette for bruk av lærlinger, dersom de ønsker å stille krav knyttet til dette.

##### 11.4.4.2 Antikontraktørklausul

Bestemmelsen om såkalte antikontraktørklausuler er nedfelt i anskaffelsesforskriften § 3-11 fjerde ledd:

«For bygge- og anleggsarbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt av underentreprenører og deres ansatte, eller ved bruk av lovlig innleid arbeidskraft. Det kan stilles krav om at bruk av enkeltmannsforetak som ikke er entreprenør eller underentreprenør, skal begrunnes.»

Antikontraktørklausuler har tradisjonelt vært begrunnet i et ønske om at oppdragsgiver ikke skal benytte aktører som har organisert sitt firma på en måte som anses samfunnsmessig uheldig eller uønsket. Dette kan for eksempel være tilfellet når en leverandør leier inn arbeidskraft eller benytter selvstendige næringsdrivende, når det ut fra det arbeidet som utføres, ville ha vært naturlig å ha egne ansatte.

Den nærmeste begrunnelsen for å nedfelle en regel om bruk av antikontraktørklausuler i anskaffelsesregelverket har vært todelt. For det første skal oppdragsgivers tiltak bidra til kontroll med og sanksjonering av allerede eksisterende lover

<sup>14</sup> Jf. Ot.prp. nr. 3 (2000–2001) side 29–31.

<sup>15</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 51–55 for en bred drøftelse av spørsmålet, og Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 56–57 hvor departementet slutter seg til utvalgets konklusjon om ikke å innføre en regel om lærlingklausuler.

og regler (håndhevelsessensynet). For det andre skal oppdragsgiver kunne iverksette tiltak som går ut over det som følger av gjeldende regelverk (restriksjonshensynet).<sup>16</sup> Tronslin-utvalget konkluderte imidlertid med at «antikontraktørklausulen bør søkes erstattet med andre tiltak som er mer effektive og presise enn den gjeldende klausulen.»<sup>17</sup> Departementet fulgte opp dette: «På bakgrunn av det ovenstående mener departementet det ikke er hensiktsmessig å innta en antikontraktørklausul i det offentlige anskaffelsesregelverket.»<sup>18</sup>

Likevel kom departementet til motsatt konklusjon et par år senere og foreslo å innta en regel om antikontraktørklausuler.<sup>19</sup> Bestemmelsen ble imidlertid ikke gjort obligatorisk.

Etter *flertallets* vurdering viser bestemmelsens forhistorie at den fremstår overflødig. Ut fra et ønske om forenkling foreslår flertallet derfor å oppheve den.

#### 11.4.4.3 Klausul om lønns- og arbeidsvilkår

Bestemmelsen om at oppdragsgiver kan pålegges å innta spesifikke lønns- og arbeidsvilkår i sine kontrakter, følger av anskaffelsesloven § 7:

«Kongen kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som inngås etter denne lov, som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

Kongen kan ved forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende etterlevelse av klausulene.»

Bestemmelsen ble innlemmet i anskaffelsesloven på grunn av frykt for sosial dumping som følge av utvidelsen av EØS-avtalen til å omfatte landene i Øst-Europa:

«Etter EØS-utvidinga 1. mai 2004 har det vore ein sterk auke i arbeidsinnvandringa til Noreg. Det er brei semje blant partane i arbeidslivet og styresmaktene om at veksten i talet på arbeids-

innvandrara så langt har medverka positivt til norsk økonomi ved å avhjelpe mangel på arbeidskraft i fleire bransjar, særleg i byggebransjen. Det er likevel rapportert om aukande problem med useriøsitet og sosial dumping. Det ligg føre ei rekkje eksempel på at utanlandske arbeidstakarar har fått uakseptable lønns- og arbeidsvilkår, særleg i byggebransjen. Problema ser først og fremst ut til å vere knytte til tenesteverksemd.»<sup>20</sup>

Med hjemmel i bestemmelsen er det gitt en forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Forskriften forvaltes av Arbeids- og sosialdepartementet. Den kommer til anvendelse ved tildeling av statlige tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1 million kroner, og andre tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,6 millioner kroner, jf. forskriftens § 4.

Slik anskaffelsesloven § 7 og forskriftens § 4 er utformet i dag, har forskriften begrenset betydning for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene. Tildeling av varekontrakter er ikke omfattet av forskriften, og det samme gjelder tildeling av tjenestekontrakter under EU/EØS-terskelverdiene. Av anskaffelser under terskelverdiene er det således bare bygge- og anleggskontrakter over 1/1,6 millioner kroner (men som ikke overstiger 40 millioner kroner) som er omfattet av forskriften.

Det faktum at anskaffelsesloven § 7 og den tilhørende forskriften har et begrenset anvendelsesområde for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, samt at bestemmelsene reiser til dels kompliserte juridiske spørsmål og anskaffelsesfaglige utfordringer, gjør at *flertallet* foreslår at disse reglene ikke skal komme til anvendelse på anskaffelser som underlegges nytt nasjonalt regelverk.

Flertallet ønsker ikke å uttale seg om bestemmelsen bør videreføres for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene, utover å vise til hva som er foreslått om regelverkets formål, jf. kapittel 9.4. Etter flertallets vurdering bør samtlige regler i regelverket, også de som gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, være et uttrykk for dette. Hvis regelen fremdeles skal gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, vil utvalget oppfordre departementet til å vurdere om bestemmelsen kan forenkles, herunder at den regelteknisk plasseres i sammenheng med disse anskaffelsene.

<sup>16</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 56.

<sup>17</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 62.

<sup>18</sup> Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 60.

<sup>19</sup> Jf. Ot.prp. nr. 3 (2000–2001) side 31–33.

<sup>20</sup> Jf. Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) side 1.

## 11.5 Mindretallets vurderinger

### 11.5.1 Innledning

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnnes og Strømsnes*, slutter seg ikke til flertallets forslag om å stryke gjeldende bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

I det følgende vil *medlemmene Breiland og Gjønnnes* gi sine vurderinger av de bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som flertallet foreslår å oppheve. Etter disse medlemmers oppfatning er ikke forenkling nødvendigvis synonymt med å fjerne bestemmelser, men at bestemmelsene er utformet slik at oppdragsgivere og leverandører kan forstå innholdet av dem.

*Medlemmet Strømsnes* vil som følge av sin forståelse av mandatet avstå fra å vurdere disse bestemmelsene, men vil likevel knytte en kommentar til regelen i anskaffelsesloven § 6 om plikt til å legge vekt på livssyklus kostnader.

### 11.5.2 Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser

*Medlemmene Breiland og Gjønnnes* mener at en regel om at det skal tas hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljø under planleggingsfasen må opprettholdes.

Disse medlemmer mener at en slik regel skaper bevissthet hos oppdragsgiver om hva som bør prioriteres i planleggingen. Disse medlemmer mener også at det kan oppnås betydelige effektiviseringsgevinster ved at både oppdragsgivere og leverandører retter oppmerksomheten mot livssyklus kostnadene ved den enkelte anskaffelse fremfor ensidig å fokusere på anskaffelseskostnadene. I et innovasjonsperspektiv er vurderinger av en ytelses levetid viktig, og dette henger igjen sammen ytelsens kvalitet. Ved en anskaffelse er det viktig å ta hensyn til total kostnader over levetiden av det som anskaffes, som for eksempel vedlikeholds-, drifts- og utrangeringskostnader. Oppdragsgiver kan oppnå store besparelser ved å velge produkter og tjenester som over tid gir lavere kostnader. Billig ved start er ikke nødvendigvis billig ved slutt. I dag har oppdragsgiver generelt altfor stort fokus på bunnlinjen. De bør i stedet stille seg kritisk til hvorfor tilbudene kan være så billige. EU har i det nye anskaffelsesdirektivet rettet fokus mot å endre den ensidige bruken av laveste pris, både gjennom formulering av tildelingskriterier, større anvendelse av livssy-

klususkostnader og kravet til avvisning av unormalt lave tilbud.

Større oppmerksomhet om livssyklus kostnader vil også gjøre det lettere å velge miljøeffektive alternativer. Miljø og kvalitet henger ofte sammen, ved at kvalitet ofte innebærer lengre levetid og dermed mindre ressursforbruk. Et miljøeffektivt produkt vil som oftest ha lavere energiforbruk, noe som også reflekteres i lavere livssyklus kostnader for produktet.

I den offentlige debatten vises det ofte til at det offentlige som oppdragsgivere må gå i fremste rekke for å sikre at nasjonale miljø- og klimamål realiseres. Det er et uttalt politisk mål at offentlig sektor som kunde skal bidra til å utvikle og ta i bruk miljø- og klimavennlige løsninger og teknologier (blant annet i regjeringens politiske plattform, Sundvollen-erklæringen). Disse medlemmer mener det er et stort behov for å finne dekning i anskaffelsesregelverket for at miljø- og klimahensyn skal veie tungt i anskaffelser.

Disse medlemmer mener også at universell utforming er bra for alle, og at det kan bidra til smarte løsninger og innovasjon.

*Medlemmet Strømsnes* vil understreke at livssyklus kostnader er en viktig del av den økonomiske vurderingen av en anskaffelse. Det er således en integrert del av formålet med regelverket og bør ikke betraktes som et ikke-anskaffelsesfaglig hensyn. Praksis er at veldig mange anskaffelsesprosesser bare blir målt på anskaffelseskostnaden, og ikke på de etterfølgende driftskostnadene. At regelverket gir en påminnelse om god praksis her, er viktig og vil gi den nødvendige støtte til leverandører som eksempelvis leverer mer energieffektive løsninger, og dermed kommer økonomisk sett bedre ut i et livssyklus perspektiv. Kravene til å ivareta livssyklus perspektiv bør etter dette medlemmets oppfatning opprettholdes i regelverket.

### 11.5.3 Dokumentasjonskrav: Plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring

*Medlemmene Breiland og Gjønnnes* mener at kravet til skatteattest og HMS-egenerklæring i gjeldende anskaffelsesregelverk må videreføres.

Ordningen med skatteattest og HMS-egenerklæring ble etablert for å sikre at det offentlige ikke inngår kontrakter med leverandører som mangler evne eller vilje til å betale sine forpliktelser til fellesskapet eller overholde grunnleggende HMS-regler. Tilsvarende ble det lagt vekt på den uheldige signaleffekten som ligger i at slike virk-

somheter blir tildelt offentlige kontrakter. Disse medlemmer ønsker å opprettholde et system som skal sikre at offentlige kontrakter bare blir inngått med virksomheter som har ordnede HMS-, skatte- og avgiftsforhold. Dette vil demme opp mot økonomisk kriminalitet og svart arbeid. Dagens attester er, på tross av sine mangler, med på å skape et skille mellom bedrifter som følger grunnleggende regler, og de som ikke gjør det. Disse medlemmer vil samtidig peke på at dagens skatteattester kan gjøres bedre, slik at attesten tar vare på historikk og dagens status. Dette er hensyn som i fremtiden må vektlegges mer, ikke mindre.

Disse medlemmer vil også understreke at tiden er overmoden for opprettelse av en dokumentasjonsdatabase som innebærer at bedrifter ikke nødvendigvis må sende inn skatte- og avgiftsinformasjon når dette allerede finnes i det offentlige system. Arbeidet med å finne slike løsninger bør intensiveres og gis høy prioritet. Det nye anskaffelsesdirektivet legger også opp til at slike baser kan benyttes i større grad.

#### **11.5.4 Kontraktvilkår: Lærlingklausul, antikontraktørklausul og klausul om lønns- og arbeidsvilkår**

##### *11.5.4.1 Lærlingklausul*

*Medlemmene Breiland og Gjønnnes* mener at forskriftsbestemmelsen om lærlingklausul i anskaffelsesforskriften § 3-11 tredje ledd må bestå, men med en endring som ikke begrenser seg til norske leverandører.

Norge har behov for kompetent arbeidskraft, og det viser seg at en stor del av arbeidskraften som etterspørres, er fagarbeidere. Det vises blant annet til SSBs rapport 2013/48 «Forecasting demand and supply of labour by education», som entydig viser at det er et stort behov for faglært arbeidskraft i fremtiden. Det er derfor stort behov for lærlinger og lære plasser i årene som kommer. Likevel ser man at omtrent en tredjedel av alle søkere til lære plass ikke får dette. Etablering av flere lære plasser er derfor et vesentlig element i arbeidet med å skaffe den kvalifiserte arbeidskraften Norge har behov for.

Partene i arbeidslivet signerte 13. april 2012 «Samfunnskontrakt for flere lære plasser», som skisserer felles og ulike forpliktelser for stat, fylke og partene i arbeidslivet. Et av tiltakene i Samfunnskontrakten er økt bruk av lærlingklausuler ved utlysning av konkurranse.

Disse medlemmer mener at forskriftsbestemmelsen om lærlingklausul må endres, slik at kravet kan stilles til alle leverandører og ikke bare er begrenset til norske leverandører. Disse medlemmer er av den oppfatning at en slik klausul kan utarbeides i tråd med EØS-retten, og at oppdragsgivere kan benytte lærlingklausul når tre betingelser er oppfylt. Disse betingelsene er:

- Kravet overholder EU/EØS-retten, det vil si at det er proporsjonalt og ikke-diskriminerende.
- Kravet er knyttet til kontraktens utførelse og skal gjelde for hele kontraktskjeden.
- Kravet er offentliggjort i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget.

Uavhengig av utvalgets arbeid jobbes det med et forslag til lærlingklausul og en begrunnelse for en universell regel. En regel vil for eksempel kunne utformes på følgende måte:

«For arbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at leverandøren skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning eller tilsvarende ordning i det land leverandøren kommer fra. Oppdragsgiver kan sette som betingelse for gjennomføring av kontrakten at leverandøren skal forplikte seg til å ta inn lærlinger i tilknytning til kontrakten. Slike betingelser kan kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje.»

##### *11.5.4.2 Antikontraktørklausul*

*Medlemmene Breiland og Gjønnnes* mener at antikontraktørklausulen i anskaffelsesforskriften § 3-11 fjerde ledd må opprettholdes.

Utfordringen i dag er at en lovlig organisasjonsform som enkeltpersonforetak brukes slik at man blant annet omgår reglene om lønns- og arbeidsvilkår. Når omfanget av enkeltpersonforetak blir for omfattende i et prosjekt, vil oppdragsgiver miste oversikt og kontroll i prosjektet. Dessuten er ikke enkeltpersonforetak omfattet av forskriften om allmenngjøring av lønns- og arbeidsvilkår knyttet til Fellesoverenskomsten for byggfag.

*Medlemmet Breiland* vil i tillegg påpeke at det har vært flere rettssaker på grunn av at utenlandske arbeidere er blitt presset til å opprette enkeltpersonforetak for å omgå allmenngjøringsforskriftens krav til minstelønn og reisegodtgjørelse. Dersom antikontraktørklausulen svekkes eller fjernes, frykter dette medlem at dette vil bli en langt vanligere omgåelsesform igjen.



### 11.5.4.3 Klausul om lønns- og arbeidsvilkår

*Medlemmene Breiland og Gjønnnes* understreker at det offentlige har et særlig ansvar for å legge til rette for at seriøse bedrifter blir tildelt kontrakter. Gjeldende regler på området som dekker «andre hensyn», er med på å bidra til et seriøst arbeidsliv og næringsliv, samtidig som de bidrar til at oppdragsgiver er bevisst problemene.

*Medlemmet Breiland* mener at ILO-konvensjon 94 om lønns- og arbeidsvilkår pålegger offentlige myndigheter å legge til rette for at leverandørene tilbyr lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av tariffavtale. Hovedformålet med konvensjonen er å hindre sosial dumping i offentlig sektor, og bestemmelsene i anskaffelsesloven med forskrifter gir uttrykk for det samme. Det finnes en rekke eksempler på at arbeidstakere har fått uakseptable lønns- og arbeidsvilkår i arbeid for offentlige oppdragsgivere, og problemet er voksende innenfor en rekke bransjer og næringer. Arbeidet mot sosial dumping krever nye tiltak og mer aktiv oppfølging fra offentlige myndigheter, både på lovgiversiden og ved inngåelsen av offentlige kontrakter. Dette medlem mener at det vil være et helt feil signal og et alvorlig tilbakeslag i arbeidet for et seriøst arbeidsliv å oppheve eksisterende bestemmelser med den begrunnelse at tiltak mot sosial dumping kan reise anskaffelsesfaglige utfordringer. Dette medlem peker på at det heller ikke er fremlagt noen dokumentasjon som viser at anskaffelsesfaglige utfordringer er spesielt store på dette området. Hensynet til forenkling kan uansett ikke veie så tungt at det undergraver eksisterende tiltak mot sosial dumping.

*Medlemmet Gjønnnes* mener at anskaffelsesloven § 7 og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter som er gitt i medhold av loven, må opprettholdes inntil man eventuelt har bedre løsninger på plass, som for eksempel allmenngjøring. Reglene har en verdi ved at oppdragsgiver ansvarliggjøres på andre områder enn pris. Slike aspekter ved offentlige anskaffelser har fått økt oppmerksomhet i EUs lovgivning.

Anskaffelsesloven § 7 og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter pålegger oppdragsgivere et særlig ansvar for anstendige arbeidsvilkår. Nærmere bestemt pålegger forskriften offentlige oppdragsgivere en plikt til å informere om krav til lønns- og arbeidsvilkår, gjennomføre kontroll med at kravene etterleves, samt til å ha kontraktsrettslige sanksjoner ved manglende etterlevelse. Pliktene går ut over oppdragsgivers plikter etter gjeldende allmenngjøringsregler, hvor det per i dag i det vesentlige er leverandørene som er pålagt plikter.

NHO har riktignok i tidligere høringsuttalelser gått imot innføringen av anskaffelsesloven § 7 med tilhørende forskrift, og i stedet foreslått en lang rekke andre tiltak. Dette medlem viser imidlertid til at det ikke foreligger noen grundig evaluering av konsekvensene av gjeldende regler. I regjeringens politiske plattform, Sundvollen-erklæringen, står det at regjeringen vil «evaluere tiltakene mot uakseptable lønns- og arbeidsvilkår som hittil er satt i verk og vurdere nye tiltak.»<sup>21</sup> Dette medlem mener anskaffelsesloven § 7 bør evalueres i den sammenheng.

<sup>21</sup> Jf. Sundvollen-erklæringen side 10.

## Kapittel 12

### Unntak

#### 12.1 Innledning

---

Etter gjeldende rett er oppdragsgiver fritatt fra plikten til å følge hele eller deler av anskaffelsesregelverket ved tildeling av en rekke kontrakter.

*Utvalget* har vurdert i hvilken i utstrekning disse unntaksreglene skal videreføres og eventuelt suppleres med nye.

Først drøfter utvalget om det bør innføres et unntak fra anskaffelsesregelverket ved tildeling av kontrakter med en anslått verdi under 100 000 kroner (kapittel 12.2)

I kapittel 12.3 drøfter utvalget hvilke andre kontrakter som skal være unntatt fra hele regelverket. Utvalget har vurdert de kontrakter som er unntatt fra nytt direktiv i sin helhet, kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, og utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven.

Etter gjeldende rett er kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon, og kontrakter om opptrenings- og rehabiliterings-tjenester unntatt anskaffelsesforskriftens detaljerte prosedyreregler, jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 tredje ledd. I tillegg foreligger et forslag fra departementet om et tilsvarende unntak for kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere. Disse reglene er behandlet i kapittel 12.4.

I kapittel 12.5 vurderer utvalget unntak fra regelverkets detaljerte prosedyreregler ved tildeling av kontrakter i visse særlige situasjoner, jf. gjeldende forskrift § 2-1 annet ledd. Foruten de situasjoner som er omfattet av gjeldende bestemmelse, har utvalget også drøftet innføring av ny unntaksbestemmelse for dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en konkurranse blir avlyst, eller fordi det har oppstått tvist om gjennomføringen av konkurransen.

Hvorvidt det skal gjelde særlige regler for plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjonskontrakter og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål, jf. gjeldende forskrift del IV, drøftes i kapittel 12.6.

#### 12.2 Kontrakter med anslått verdi under 100 000 kroner

---

*Utvalget* har vurdert om det bør innføres et unntak fra anskaffelsesregelverket ved tildeling av kontrakter med en anslått verdi under 100 000 kroner. Konsekvensen av et slikt unntak er at oppdragsgiver fritas fra de grunnleggende reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens del I – inkludert plikten til å kontakte flere leverandører i henhold til det grunnleggende prinsippet om konkurranse – ved tildeling av de minste kontraktene.

*Utvalgets flertall, medlemmene Amdal, Breiland, Brekke, Frøyland, Gjønnnes og Vigander,* foreslår å unnta kontrakter med en anslått verdi under 100 000 kroner fra anskaffelsesregelverket. Etter flertallets vurdering er forslaget et betydelig forenklingsegrep. Ved så vidt lave kontraktsverdier bør oppdragsgiver kunne stå fritt til å inngå kontrakt med den han måtte ønske, uten noen plikt til å kontakte flere leverandører i forkant. Flertallet antar at de ressursbesparelser et slikt unntak vil medføre, vil veie opp for ulempene ved at det ikke lenger skal gjelde en plikt til å gjennomføre konkurranse.

Når det er sagt, understreker flertallet at det likevel vil være fornuftig å foreta en sondering av markedet, også ved mindre anskaffelser. Men valget skal ligge innenfor oppdragsgivers anskaffelsesfaglige skjønn. Det er videre på det rene at oppdragsgiver ikke vil ha anledning til å dele opp kontrakter i den hensikt å unngå konkurranse.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Roll-Matthiesen, Fredriksen, Liessem og Strømsnes,* ønsker ikke at anskaffelser under 100 000 kroner skal unntas fra anskaffelsesregelverket. Mindretallet viser til at det er et poeng i seg selv at de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet skal gjelde ved alle anskaffelser. Dette bidrar til en sunn offentlig anskaffeskultur- og praksis. Selv ved tildeling av kontrakter av lav verdi mener

mindretallet at det er grunnleggende riktig at anskaffelser er gjenstand for konkurranse.

Mindretallet understreker at forslaget til nytt nasjonalt anskaffelsesregelverk stiller meget beskjedne krav til tildeling av kontrakter under 100 000 kroner. Et generelt krav om å sikre konkurranse sammenholdt med forholdsmessighetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver står meget fritt og nesten ikke pålegges byrder i det hele tatt. Mindretallet kan derfor ikke se at det er noe særlig å vinne på å innføre flertallets forslag til deminimis-grense.

Når dette er sagt, er mindretallet litt betenkt over at KOFA har behandlet klager relatert til anskaffelser under 100 000 kroner. Det fremstår som en svært unødig ressursbruk, men kan enkelt ordnes ved at KOFA klart angir at dette er bagatellmessige saker som de ikke skal behandle.

## 12.3 Unntak fra anskaffelsesregelverket

### 12.3.1 Innledning – oversikt over gjeldende rett

Etter gjeldende rett er en rekke kontrakter unntatt fra anskaffelsesregelverket.

*Unntak fra anskaffelsesloven* er bare gitt for kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123 (visse forsvars- og sikkerhetsanskaffelser), jf. anskaffelsesloven § 3 annet punktum. Når slike kontrakter faller utenfor EØS-avtalen, faller de nødvendigvis også utenfor EUs anskaffelsesdirektiver. Oppdragsgiver er således ikke bundet av anskaffelsesregelverket ved inngåelsen av disse kontraktene.

En rekke kontrakter som er opplistet i anskaffelsesforskriften § 1-3 annet og tredje ledd, er unntatt fra anskaffelsesforskriften, blant annet kontrakter om fast eiendom, ansettelseskontrakter og kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet. I tillegg er kontrakter som kan tildeles etter forsyningsforskriften, unntatt fra anskaffelsesforskriften, jf. § 1-2 fjerde ledd. Samtlige unntak er en direkte gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 12–18 i det norske anskaffelsesregelverket.<sup>1</sup> Felles for kontraktene som er omfattet av disse unntaksreglene, er at de etter sin art eller sitt formål enten ikke er egnet for internasjonal konkurranse eller ikke er egnet for konkurranse overhodet. Plasseringen av unntakene i forskriften innebærer imidlertid at reglene i anskaffelses-

loven, inkludert de grunnleggende prinsippene, kommer til anvendelse. For flere av kontraktene kan det stilles spørsmålstegn ved hvorfor unntaket ikke er plassert i loven, slik at de fullt ut unntas fra anskaffelsesregelverket. Eksempelvis gir det liten mening å gjennomføre konkurranse etter anskaffelsesloven § 5 om ansettelseskontrakter – slike kontrakter er underlagt helt andre regler.

Kontrakter om uprioriterte tjenester faller i hovedsak utenfor direktiv 2004/18/EF, jf. artikkel 20, men norsk lovgiver har bestemt at disse kontraktene skal følge reglene i gjeldende forskrift del II hvis deres anslåtte verdi overstiger den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, jf. § 2-1 femte ledd.<sup>2</sup> I nytt anskaffelsesdirektiv er systemet med uprioriterte tjenester erstattet med et eget system for kontrakter om helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester, jf. direktiv 2014/24/EU artikkel 74–77. Utvalgets forslag til regulering av disse tjenestene er behandlet i kapittel 27.4.

*Utvalget* foreslår en opprydning i reglene om unntak fra anskaffelsesregelverket. Etter utvalgets vurdering må kontrakter som fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket, plasseres i loven, ikke i forskriften.

Utvalget foreslår at tilnærmet alle kontrakter som er unntatt fra nytt anskaffelsesdirektiv, skal unntas fra det norske anskaffelsesregelverket (kapittel 12.3). De kontrakter som utvalget foreslår ikke å unnta fra regelverket, skal bare være underlagt de grunnleggende reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens del I.

Utvalget foreslår også å videreføre gjeldende unntak for kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet (kapittel 12.3.3).

I tillegg oppfordrer utvalget departementet til å undersøke mulighetene for å innføre et generelt unntak fra anskaffelsesregelverket for utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven (kapittel 12.3.4).

### 12.3.2 Kontrakter som er omfattet av unntaksbestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv

I nytt anskaffelsesdirektiv er bestemmelser om unntak fra direktivets anvendelsesområde gitt i artikkel 7–17. Bestemmelsene er i grove trekk en videreføring av unntakene i direktiv 2004/18/EF

<sup>1</sup> Bortsett fra unntaket for offentlig myndighetsutøvelse, jf. kapittel 12.3.3.

<sup>2</sup> Med andre ord har norsk lovgiver i realiteten bestemt at kontrakter om uprioriterte tjenester er unntatt fra gjeldende forskrift del III hvis kontraktens anslåtte verdi overstiger EU/EØS-terskelverdiene.

artikkel 12–18, men enkelte av unntakene er noe annerledes utformet, og flere unntak er kommet til.

I det følgende gis en oversikt over unntaksreglene i nytt direktiv kombinert med utvalgets vurderinger av disse unntakene. Utvalgets utgangspunkt er at anskaffelser som er unntatt direktivet, også bør være unntatt det norske anskaffelsesregelverket. Med andre ord skal ingen anskaffelsesregler gjelde når oppdragsgiver inngår slike kontrakter.

For enkelte av kontraktene er utvalget likevel av den oppfatning at oppdragsgiver bør pålegges en plikt til å sikre konkurranse. Disse kontraktene bør etter utvalgets vurdering være underlagt de grunnleggende reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens del I (men altså være unntatt de detaljerte prosedyrereglene i del II og del III).

I oversikten nedenfor er utvalgets forslag markert med et kryss i en av de to midterste kolonnene. Der utvalget av ulike årsaker ikke har tatt stilling til regulering, er dette markert med «N/A».

Kontrakt	Ingen regler skal gjelde	Grunnregler skal gjelde	Utvalgets vurderinger
<i>Artikkel 7:</i>			
Kontrakter som er omfattet av forsyningsdirektivet		N/A	– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-2 (4). – Unntaket er en ren regelteknisk nødvendighet. Slike anskaffelser skal ikke være omfattet av anskaffelsesforskriften.
Kontrakter som er omfattet av unntak i forsyningsdirektivet artikkel 18, 23 og 34		N/A	– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-2 (4). – Unntaket er en ren regelteknisk nødvendighet. Slike anskaffelser skal ikke være omfattet av anskaffelsesforskriften.
Kontrakter som tildeles av oppdragsgivere som leverer posttjenester, og som gjelder elektroniske momstjenester, finansielle tjenester omfattet av CPV-kodene 66100000-1 til 66720000-3 og forsyningsdirektivet artikkel 21 bokstav d (inkludert postanvisninger og gireringer), filatelitjenester eller logistiktjenester		N/A	– Slike anskaffelser skal ikke være omfattet av anskaffelsesforskriften.
<i>Artikkel 8:</i>			
Kontrakter som hovedsakelig har som formål å sette en offentlig oppdragsgiver i stand til å stille et offentlig kommunikasjonsnett til rådighet, drive et slikt nett eller levere en eller flere elektroniske kommunikasjons tjenester til allmennheten	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav i. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Markedet er liberalisert, og oppdragsgiver må være konkurransedyktig for å overleve. Et krav om konkurranse er ikke nødvendig.

Kontrakt	Ingen regler skal gjelde	Grunnregler skal gjelde	Utvalgets vurderinger
<i>Artikkel 9:</i>			
<i>Nr. 1 bokstav a:</i> Kontrakter som oppdragsgiver er forpliktet til å tildele etter andre anskaffelsesprosedyrer fastsatt i en internasjonal avtale eller avtale som er inngått i samsvar med EØS-avtalen mellom Norge og en eller flere stater som ikke er part i EØS-avtalen, og som omfatter leveranser som er beregnet på et prosjekt som gjennomføres eller utnyttes av avtalepartene	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (3) bokstav c. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig at disse kontraktene også er underlagt nasjonale regler.
<i>Nr. 1 bokstav b:</i> Kontrakter som oppdragsgiver er forpliktet til å tildele etter andre anskaffelsesprosedyrer fastsatt av en internasjonal organisasjon	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (3) bokstav b. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig at disse kontraktene også er underlagt nasjonale regler.
<i>Nr. 2:</i> Kontrakter som tildeles etter anskaffelsesregler fastsatt av en internasjonal organisasjon eller internasjonal finansieringsinstitusjon, og som fullt ut finansieres av organisasjonen eller institusjonen	X		– Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig at disse kontraktene også er underlagt nasjonale regler.
<i>Artikkel 10:</i>			
<i>Bokstav a:</i> Kontrakter om erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller rettigheter til slik eiendom	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav b. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Omsetning av fast eiendom er underlagt andre og like effektive markedsmekanismer. Valg av kontraktspart er dessuten ofte avhengig av andre faktorer, så som valg av lokalisering.
<i>Bokstav b:</i> Kontrakter om kringkastings-selskapers anskaffelser, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmer, og kontrakter om sendetider og programtilbud som tildeles kringkastings-selskaper	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav c. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Utvalget ser ikke grunnlag for at disse kontraktene skal være underlagt konkurranse.
<i>Bokstav c:</i> Kontrakter om voldgifts- og meklings-tjenester	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav d. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Avtalepartene må kunne oppnevne voldgiftsdommere og meklere på fritt grunnlag.
<i>Bokstav d:</i> Kontrakter om følgende juridiske tjenester:			– Juridiske tjenester er i dag en uprioritert tjeneste og følger derfor forskriftens del II, jf. § 2-1 (5).

Kontrakt	Ingen regler skal gjelde	Grunnregler skal gjelde	Utvalgets vurderinger
(i) Representasjon ved advokat i forbindelse med nasjonal eller internasjonal voldgift, eller for nasjonale eller internasjonale domstoler eller myndigheter		X	– Utvalget foreslår at slike kontrakter underlegges de grunnleggende prinsippene, men ikke detaljerte prosedyreregler. Det finnes et nasjonalt marked for slike prosedyreoppdrag som bør være eksponert for konkurranse.
(ii) Juridisk rådgivning i forbindelse med forberedelse av en sak som nevnt i (i), forutsatt at det som følge av konkrete indikasjoner er høy sannsynlighet for at de spørsmål som rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak		X	– Utvalget foreslår at slike kontrakter underlegges de grunnleggende prinsippene, men ikke detaljerte prosedyreregler. Det finnes et nasjonalt marked for slike rådgivningsoppdrag som bør være eksponert for konkurranse.
(iii) Kontrakter om dokumentsertifiserings- eller autentiseringstjenester som utføres av en notarius publicus		N/A	– Utvalget anser ikke dette unntaket som relevant for norske forhold. Utvalget stiller derfor spørsmål ved om en unntaksbestemmelse er nødvendig.
(iv) Kontrakter om juridiske tjenester som utføres av en tillitsmann eller en oppnevnt verge, eller hvor den som utfører tjenesten, er utpekt av en domstol eller nemnd eller er utpekt ved lov til å utføre spesifikke oppgaver under oppsyn fra domstoler eller nemnder	X		– Utvalget forstår unntaket som at det bl.a. inkluderer oppnevning av bobestyrere, forsvarere og bistandsadvokater. – Utvalget foreslår at disse kontraktene unntas fra anskaffelsesregelverket. De er ikke egnet for konkurranse etter regelverket.
(v) Kontrakter om andre juridiske tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav k. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket, og at de dekkes gjennom en videreføring av det alminnelige unntaket for utøvelse av offentlig myndighet. Disse kontraktene er ikke egnet for konkurranse.
<i>Bokstav e:</i> Kontrakter om finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, salg, kjøp og overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter		X	– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav e. – Utvalget foreslår at slike kontrakter underlegges de grunnleggende prinsippene, men ikke detaljerte prosedyreregler. Det finnes et nasjonalt marked for slike tjenester som bør være eksponert for konkurranse.
<i>Bokstav e:</i> Kontrakter om sentralbanktjenester	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav e. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig med konkurranse om slike kontrakter.

Kontrakt	Ingen regler skal gjelde	Grunnregler skal gjelde	Utvalgets vurderinger
<i>Bokstav e:</i> Kontrakter om aktiviteter som utføres sammen med den europeiske finansielle stabilitetsfasilitet og den europeiske stabilitetsmekanisme	X		– I den grad unntaket er relevant for norske forhold, foreslår utvalget at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket.
<i>Bokstav f:</i> Lånekontrakter (uavhengig av om lånet ytes i forbindelse med emisjon, salg, kjøp eller overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter)		X	– Utvalget foreslår at lånekontrakter underlegges de grunnleggende prinsippene, men ikke detaljerte prosedyreregler. Det finnes et nasjonalt marked for slike tjenester som bør være eksponert for konkurranse.
<i>Bokstav g:</i> Ansettelseskontrakter	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav f. – Utvalget foreslår at ansettelseskontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Ansettelseskontrakter reguleres av andre regler.
<i>Bokstav h:</i> Kontrakter som gjelder sivilforsvar, beredskapstjenester eller tjenester til avverging av fare, og som er omfattet av opplistede CPV-koder (brannvesen og redningstjenester, tjenester som ytes av brannvesen, brannbekjempelse, brannforebygging, bekjempelse av skogbranner, redningstjenester, sivilforsvarstjenester, atomsikkerhetstjenester og ambulansetjenester unntatt pasienttransport med ambulanse), og tildeles ideelle organisasjoner eller foreninger	X		– Samtlige tjenester er i dag kategorisert som uprioriterte tjenester og følger derfor del II, jf. § 2-1 (5). – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket, og ønsker med det å legge seg på samme linje som direktivet legger opp til hva gjelder ideell sektor.
<i>Bokstav i:</i> Kontrakter om offentlig persontransport med jernbane eller metro	X		– Transport med jernbane er i dag en uprioritert tjeneste og følger derfor del II, jf. § 2-1 (5). – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Utvalget legger til grunn at det i Norge ikke er hensiktsmessig med konkurranse om slike kontrakter.
<i>Bokstav j:</i> Kontrakter om politiske kampanjetjenester som er omfattet av bestemte CPV-koder (reklamekampanjer og produksjon av propagandafilm og -videoer), når de tildeles av et politisk parti i forbindelse med en valgkamp.		N/A	– Etter utvalgets vurdering er unntaket ikke relevant for norske forhold fordi politiske partier ikke er underlagt anskaffelsesregelverket. I den grad slike kontrakter likevel skulle være omfattet, foreslår utvalget at de skal følge regelverket på vanlig måte.

Kontrakt	Ingen regler skal gjelde	Grunnregler skal gjelde	Utvalgets vurderinger
<i>Artikkel 11:</i>			
Tjenestekontrakter som tildeles en offentlig oppdragsgiver eller en sammenslutning av offentlige oppdragsgivere med hjemmel i en enerett de har i henhold til kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak som er forenlig med EØS-avtalen	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav h. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Når det er en offentlig virksomhet som tildeles kontrakten, er konkurranse i markedet utelukket.
<i>Artikkel 12:</i>			
Kontrakter som utføres i egenregi	X		– Unntak fra anskaffelsesregelverket følger i dag av ulovfestet rett. – Utvalget foreslår at direktivets presisering av unntaket for egenregi gjennomføres også under EU/EØS-terskelverdiene.
<i>Artikkel 14:</i>			
Kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, når utbyttet ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet, eller oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav g. – Utvalget foreslår at forsknings- og utviklingskontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Bestemmelsens strenge vilkår sikrer et snevert anvendelsesområde.
<i>Artikkel 15:</i>			
<i>Nr. 1 bokstav a:</i> Kontrakter som er omfattet av direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser		N/A	– Unntaket er en ren regelteknisk nødvendighet. Slike anskaffelser skal ikke være omfattet av anskaffelsesforskriften.
<i>Nr. 1 bokstav b:</i> Kontrakter som er omfattet av unntak i direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser artikkel 8, 13 og 14		N/A	– Unntaket er en ren regelteknisk nødvendighet. Slike anskaffelser skal ikke være omfattet av anskaffelsesforskriften. Utvalget har ikke vurdert om slike kontrakter likevel bør være underlagt grunnleggende prinsipper.
<i>Nr. 2:</i> Kontrakter hvor beskyttelse av vesentlige sikkerhetsinteresser ikke kan sikres ved mindre inngripende tiltak	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav a. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Disse kontraktene er ikke egnet for konkurranse etter regelverket.
<i>Nr. 2:</i> Kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123	X		– Unntak fra anskaffelsesregelverket i dag, jf. anskaffelsesloven § 3 annet punktum (gjentatt i forskriftens § 1-3 (2) bokstav a). – Utvalget foreslår at unntaket videreføres. Disse kontraktene er ikke egnet for konkurranse etter regelverket.



Kontrakt	Ingen regler skal gjelde	Grunnregler skal gjelde	Utvalgets vurderinger
<i>Nr. 3:</i> Kontrakter som er erklært hemmelige, eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak, forutsatt at vesentlige sikkerhetsinteresser ikke kan sikres ved mindre inngripende tiltak	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (2) bokstav a. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Disse kontraktene er ikke egnet for konkurranse etter regelverket.
<i>Artikkel 17:</i>			
<i>Nr. 1:</i> Kontrakter som omfatter forsvars- eller sikkerhetsaspekter, og som oppdragsgiver er forpliktet til å tildele etter andre anskaffelsesprosedyrer:			
<i>Bokstav a:</i> Anskaffelsesprosedyrer fastsatt i en internasjonal avtale eller avtale som er inngått i samsvar med EØS-avtalen mellom Norge og en eller flere stater som ikke er part i EØS-avtalen, og som omfatter leveranser som er beregnet på et prosjekt som gjennomføres eller utnyttes av avtalepartene	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (3) bokstav c. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig at disse kontraktene også er underlagt nasjonale regler. Jf. tilsvarende merknader til artikkel 9 nr. 1 bokstav a.
<i>Bokstav b:</i> Anskaffelsesprosedyrer fastsatt i en internasjonal avtale vedrørende stasjonering av tropper	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (3) bokstav a. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig at disse kontraktene også er underlagt nasjonale regler.
<i>Bokstav c:</i> Anskaffelsesprosedyrer fastsatt av en internasjonal organisasjon	X		– Unntak fra gjeldende forskrift, jf. § 1-3 (3) bokstav b. – Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig at disse kontraktene også er underlagt nasjonale regler. Jf. tilsvarende merknader til artikkel 9 nr. 1 bokstav b.
<i>Nr. 2:</i> Kontrakter som omfatter forsvars- eller sikkerhetsaspekter, som tildeles etter anskaffelsesregler fastsatt av en internasjonal organisasjon eller en internasjonal finansieringsinstitusjon, og som fullt ut finansieres av organisasjonen eller institusjonen	X		– Utvalget foreslår at slike kontrakter unntas fra anskaffelsesregelverket. Det er ikke hensiktsmessig at disse kontraktene også er underlagt nasjonale regler. Jf. tilsvarende merknader til artikkel 9 nr. 2.

### 12.3.3 Kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet

Etter gjeldende rett er kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, unntatt fra anskaffelsesforskriften, jf. § 1-3 annet ledd

bokstav k. Til tross for at unntaksbestemmelsen er plassert i forskriften, er unntaket fra lovgivers side ment å være et unntak også fra anskaffelsesloven.<sup>3</sup> Unntaket er en presisering av EU-domsto-

<sup>3</sup> Jf. kongelig resolusjon 26. oktober 2012.

lens avgjørelse i sak 160/08 (Kommissjonen mot Tyskland).

I nytt direktiv er det ikke inntatt en uttrykkelig bestemmelse om unntak for kontrakter om offentlige myndighetsutøvelse generelt. Det er imidlertid gitt et eget unntak for kontrakter om juridiske tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, jf. artikkel 10 bokstav d romertall v.

*Utvalget* foreslår at kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, unntas fra anskaffelsesregelverket. Disse kontraktene egner seg ikke for konkurranse. Etter utvalgets vurdering er en uttrykkelig unntaksbestemmelse overflødig ved siden av EØS-avtalen artikkel 32 og 39, men utvalget ser at det kan være hensiktsmessig med en uttrykkelig unntaksbestemmelse i anskaffelsesregelverket.

### 12.3.4 Utbyggingsavtaler

Etter gjeldende rett er det usikkert om og eventuelt i hvilken grad regelverket om offentlige anskaffelser er til hinder for å inngå utbyggingsavtaler i henhold til plan- og bygningsloven kapittel 17. Det typiske eksempelet er der avtalen går ut på at grunneier eller utbygger skal besørge eller helt eller delvis bekoste infrastrukturtiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak, jf. plan- og bygningsloven § 17-3. Dersom dette etter en konkret vurdering av avtalen innebærer at den private parten skal utføre bygge- og anleggsarbeider i regelverkets forstand, kan det ikke utelukkes at dette etter gjeldende rett må anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

*Utvalget* er av den oppfatning at det er uheldig at rettstilstanden på et meget praktisk område ikke er avklart, og er videre av den oppfatning at anskaffelsesregelverket ikke bør være til hinder for at det inngås utbyggingsavtaler som nevnt.

Plan- og bygningsloven fastsetter begrensninger for hva en utbyggingsavtale kan inneholde. For det første må tiltaket være nødvendig for gjennomføringen av planvedtaket. Det vil si at tiltaket må ha en direkte saklig sammenheng med planen. For det andre gjelder det et krav til forholdsmessighet; tiltaket må stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser etter avtalen. For det tredje har kommunen ikke adgang til å sette vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler.<sup>4</sup>

De nevnte begrensninger innebærer en tydeliggjøring av at utbyggingsavtalers primære for-

mål ikke er en anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider til det offentlige, men selve utbyggingen. Dersom oppdragsgiver skal ha plikt til å konkurransesutsette de deler av en utbyggingsavtale som innebærer et bygge- og anleggsarbeid, vil dette etter utvalgets oppfatning innebære en lite hensiktsmessig løsning, og i verste fall kunne medføre at den aktuelle utbyggingen ikke blir gjennomført, eller at den samfunnsøkonomisk beste utbyggingsavtalen ikke kan inngås. For øvrig skal oppstart av forhandlinger om alle utbyggingsavtaler kunngjøres, og det kan inngis merknader til forslaget til avtale, jf. plan- og bygningsloven § 17-4. Inngått avtale skal også kunngjøres. Hensynet til gjennomsiktighet er således ivaretatt.

I lys av ovenstående oppfordrer *utvalget* departementet til å undersøke mulighetene for å innføre et generelt unntak fra anskaffelsesregelverket for utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven.

## 12.4 Unntak fra detaljerte prosedyreregler for visse kontrakter

### 12.4.1 Innledning

Etter gjeldende rett er oppdragsgiver fritatt fra å følge de detaljerte prosedyrereglene i del II ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester til en ideell organisasjon, og kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester, jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 tredje ledd. Ved tildeling av slike kontrakter er oppdragsgiver således bare forpliktet til å følge de grunnleggende reglene i loven og forskriftens del I.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Gjønnnes, Strømsnes og Vigander,* foreslår å oppheve unntaksbestemmelsen for kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon. Etter flertallets vurdering er det ikke EU/EØS-rettslig adgang til å opprettholde et slikt unntak, og flertallet ønsker heller ikke unntaket videreført under EU/EØS-terskelverdien.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Fredriksen, Frøyland og Liessem,* foreslår at unntaket videreføres både over og under EU/EØS-terskelverdien.

*Utvalget* foreslår å oppheve unntaksbestemmelsen for kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester.

Utvalget har også vurdert om det bør innføres et unntak for tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere. Utvalget foreslår ingen egen unntaksbestemmelse for slike kon-

<sup>4</sup> Jf. forskrift av 20. april 2006 nr. 453.

trakter, men oppfordrer lovgiver til å gjøre nødvendige endringer i helsepersonellovens taushetspliktregler for å unngå at oppdragsgiver tvinges til å bryte enten anskaffelsesreglene eller taushetspliktreglene.

Unntaket for kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon, er behandlet i kapittel 12.4.2, kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester i kapittel 12.4.3 og kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere i kapittel 12.4.4.

## 12.4.2 Kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon

### 12.4.2.1 Gjeldende rett

Ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester med ideelle organisasjoner er oppdragsgiver fritatt fra plikten til å følge de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II og III, jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 tredje ledd første punktum. Her er det utelukkende reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens del I som må følges. Hvis kontraktens anslåtte verdi overstiger EU/EØS-terskelverdiene, gjelder i tillegg §§ 17-3 og 18-4.

Unntaket er begrenset til å gjelde helse- og sosialtjenester slik disse er definert i kategori 25 i vedlegg 6 til anskaffelsesforskriften. Gjennom henvisninger til en rekke CPV-koder omfattes et stort antall tjenester som til sammen må anses å dekke det man etter norske forhold naturlig regner som helse- og sosialtjenester. Kontrakter om utføring av andre tjenester kan ikke begrenses til ideelle organisasjoner.

Etter bestemmelsen har oppdragsgiver mulighet til å reservere konkurransen om en kontrakt om utføring av helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner. Oppdragsgiver har med andre ord en rett, men ikke plikt, til å utelukke rent kommersielle aktører fra konkurransen om slike kontrakter. En nærmere definisjon av hva en «ideell organisasjon» er, inneholder anskaffelsesregelverket imidlertid ikke. Bestemmelsen er således ikke helt klar når det gjelder hvilke leverandører som oppdragsgiver kan reservere konkurransen for.

Dette er en nasjonal særregel. Helse- og sosialtjenester er kategorisert som uprioriterte tjenester og således unntatt nesten alle prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivet, jf. direktiv 2004/18/EF artikkel 21. På EU/EØS-nivå er slike anskaffelser bare underlagt grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsipper. Norsk lovgiver har benyttet det EØS-rettslige handlingsrommet som

dette gir, til å la oppdragsgivere kunne reservere konkurransen om kontrakter om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner.

Den nærmere bakgrunnen for unntaket kan spores tilbake til den politiske oppmerksomheten som lenge har vært rettet mot frivillig og ideell sektor, med et ønske om å støtte deres arbeid og deres bidrag til samfunnet. I Difis veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester står blant annet følgende om ideelle organisasjoner:

«Historisk har ideelle organisasjoner vært viktige i utviklingen av velferdsstaten. De har bygd ut tjenestetilbud til svake grupper som det offentlige seinere har tatt ansvar for, og de har utviklet nye arbeidsmetoder ofte med stor vekt på brukerinnflytelse og deltakelse fra lokalsamfunnet. I dag driver ideelle organisasjoner blant annet sykehjem, hjemmetjenester og tilbud innenfor psykiatri, rehabilitering, rus og barnevern.

Ideelle tjenesteleverandører kan ikke på samme måte som kommersielle aktører hente ut overskudd fra driften. Ideelle organisasjoners virke er ofte knyttet opp mot helse- og sosialpolitiske formål, og mange av disse organisasjonene har sterke bånd til sivilsamfunnet.»<sup>5</sup>

Slike betraktninger må antas å ligge til grunn for at konkurranser om kontrakter for utføring av helse- og sosialtjenester kan forbeholdes ideelle organisasjoner.

### 12.4.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Med det nye direktivet oppheves skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester.<sup>6</sup> Både prioriterte og uprioriterte tjenester er således omfattet av det nye direktivet. En del av de tjenester som etter gjeldende rett er kategorisert som uprioriterte tjenester, og som overstiger en terskelverdi på 750 000 euro (ca. 6 millioner kroner), er imidlertid bare underlagt noen få særbestemmelser om blant annet kunngjøring og likebehandling, jf. artiklene 74–76. Kontrakter om helse- og sosialtjenester er omfattet av disse særreglene. Like fullt er medlemsstatenes handlingsrom innskrenket ved at slike tjenester nå er underlagt direktivregulering.

<sup>5</sup> Jf. Difis veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester, 2013, side 9–10.

<sup>6</sup> Jf. nærmere om dette og om særlig regulering av helse- og sosialtjenester i kapittel 27.

Direktivet sier ikke noe uttrykkelig av betydning for det norske unntaket for ideell sektor. Spørsmålet er likevel hvilken rettslig betydning det har at anskaffelser av helse- og sosialtjenester ikke lenger bare er underlagt grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsipper, men også de særlige reglene i nytt anskaffelsesdirektiv artikkel 74–76.

#### 12.4.2.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Gjønnnes, Strømsnes og Vigander,* foreslår at unntaket for kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles ideelle organisasjoner, ikke videreføres over EU/EØS-terskelverdien på ca. 6 millioner kroner.

Etter flertallets vurdering er det tvilsomt om denne særreguleringen av kontrakter om helse- og sosialtjenester er i samsvar med EU/EØS-retten. Flertallet viser til forslag til avgjørelse fra generaladvokat Wahl i sak C-113/13, hvor det er lagt til grunn at det er i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet å reservere konkurranser om offentlige kontrakter for ideelle organisasjoner. Saken er foreløpig ikke behandlet av EU-domstolen.

Flertallet viser også til at det nye direktivet ikke inneholder noen unntaksregel for tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner. Riktignok åpner det nye direktivet på ett punkt for å reservere konkurransen om kontrakter om helse-, sosial- og kulturtjenester til visse leverandører, jf. artikkel 77. Unntaksbestemmelsen gjelder imidlertid ikke ideelle organisasjoner som sådan, men organisasjoner som oppfyller nærmere bestemte vilkår, jf. nærmere om dette i kapittel 27.4.2.2. Flertallet har vanskelig for å se at bestemmelsen kan benyttes som grunnlag for å opprettholde et generelt unntak for kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles ideelle organisasjoner.

Flertallet foreslår at unntaket heller ikke videreføres under EU/EØS-terskelverdien. Etter flertallets vurdering må brukernes behov stå i sentrum. Da er det av mindre betydning om leverandøren er en ideell eller kommersiell aktør. Det kan heller ikke ha utslagsgivende vekt at ideelle organisasjoner opplever ikke å være konkurransedyktige på pris fordi de gjennomgående har kostbare pensjonsordninger og således blir tvunget til å tilby høyere priser enn andre aktører.

Ideelle organisasjoner opplever at kvaliteten på ytelsene de tilbyr, ikke vektlegges i tilstrekkelig grad av oppdragsgiver. Etter flertallets vurdering er dette en utfordring som knytter seg til oppdragsgiveres anskaffelsespraksis, med hensyn til

både hvilket tjenestetilbud som etterspørres, og hvor stor vekt som blir lagt på kvalitet i tilbudsvurderingen. Slike utfordringer løses best gjennom opplæring og veiledning av oppdragsgivere, ikke gjennom et særskilt unntak i regelverket for ideelle organisasjoner.

Flertallet vil likevel understreke at de ser ideelle organisasjoner som viktige leverandører av helse- og sosialtjenester. Det er en politisk viktig oppgave å sørge for at ideelle organisasjoner vil være konkurransedyktige leverandører av slike tjenester også i fremtiden. Utfordringene som de ideelle organisasjonene opplever, må imidlertid kompenseres på andre måter enn gjennom særlige unntak fra et regelverk som er tuftet på konkurranse og likebehandling.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Fredriksen, Frøyland og Liessem,* foreslår at unntaket videreføres både over og under EU/EØS-terskelverdien for særlige tjenester på ca. 6 millioner kroner.

Mindretallet er enig med flertallet i at det er brukernes behov som må stå i sentrum. Mindretallet mener da også at ideelle organisasjoner har særegne kvaliteter som kan være avgjørende nettopp for brukernes rehabilitering. Noen av disse kvalitetene kan etterspørres direkte i en anskaffelse, andre er vanskeligere å konkretisere for bestiller, men har likevel stor betydning for den enkelte bruker, for helse- og sosialfeltet og for samfunnet. Disse særegne kvalitetene har betydning for de mest utsatte gruppene i samfunnet innen tjenestoområder som rus, barnevern og psykisk helse.

De ideelle organisasjonene har vært pionerer innen sine felt. Etter hvert som staten overtok ansvar for tjenestene oppstod et tett samarbeid mellom det offentlige og de ideelle organisasjonene. I Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) beskrives ideelle virksomheter som:

«virksomheter som på mange måter er det offentliges forlengede arm til å løse humanistiske og sosiale oppgaver i samfunnet».

I samme proposisjon begrunnes unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner slik:

«En stor andel av helse- og sosialtjenestene i det offentlige er tett integrert med ideelle organisasjoner. En oppheving av unntaket kan således bidra til utfordringer for ideelle organisasjoner. Det er usikkert om kravet til åpen konkurranse i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet

til et ønsket samfunnsmessig engasjement og samarbeid med disse organisasjonene.»

Et trekk ved dette samarbeidet er at ideelle organisasjoner ble pålagt å ha samme lønns- og pensjonsordninger som offentlige virksomheter. Slike offentlige pensjonsordninger sikrer de ansatte en viss andel av sluttlønn i tjenstepensjon, og innebærer blant annet at arbeidsgiver har ansvaret for oppregulering av pensjonsrettighetene. Kostnadene ved denne typen tjenstepensjonsordninger har imidlertid steget betydelig siden årtusenskiftet og utgjør en betydelig utfordring for de ideelle organisasjonene i konkurranser. Denne forskjellen i rammevilkår fra de øvrige private virksomhetene har direkte sammenheng med det nære samarbeidet mellom ideell sektor og det offentlige. Med en slik historisk bakgrunn synes det urimelig at ideelle virksomheter utsettes for åpne konkurranser.

I tillegg til nevnte historiske pensjonsforpliktelser mener mindretallet at de særegne kvalitetsaspektene som beskrives i det følgende, tilsier at gjeldende unntak videreføres.

Ideelle organisasjoner er ikke basert på fortjeneste. Virksomheten er opprettet med utgangspunkt i et bredt engasjement for konkrete brukergrupper med formål om å støtte og styrke disse gruppene. Organisasjonene er gjennom sine vedtekter forpliktet til å reinvestere eventuelle overskudd i dette. De trenger ikke ha sidehensyn til eiere som krever utbytte, og kan derfor knytte alle midler til aktiviteten. Leverandøren kan fokusere fullt ut på best mulig kvalitet, noe som vil være av stor betydning for oppdragsgiver, siden det må legges til grunn at det på helse- og omsorgsfeltet er stort rom for å tilpasse kvalitet uten at det nødvendigvis fanges opp av oppdragsgiver (informasjonsasymmetri).

Ideelle organisasjoner og virksomheter har ofte stor tillit i samfunnet generelt. Dette skyldes, foruten deres non-profit-karakter, innsatsen og engasjementet de utviser i lokalsamfunn rundt omkring i landet. Ideelle organisasjoner kan også ha større tillit hos klienter og pasienter innen rusomsorg, barnevern, psykisk helse, kriminalomsorg mv. der disse har (subjektive) negative erfaringer med det offentlige.

Mange ideelle aktører har formålsbestemmelser som innebærer at de ikke bare er tjenesteytere. Med utgangspunkt i deres brukernære posisjon har organisasjonene tilgang til nyttig informasjon om tjenestene, og som private aktører har de også større frihet til å stille kritiske spørsmål på systemnivå, samt bidra som støtte eller talerør for

brukere av tilbudene i den offentlige debatten. Mindretallet mener at dette er en viktig funksjon som over tid bidrar til en ønsket kvalitetsutvikling i tjenestene. Ideelle organisasjoner har en over hundreårig lang historie som viktige opprettere og utviklere av helse- og sosialtjenester i Norge. Dette understreker de ideelle organisasjonenes selvstendige engasjement, men også deres egenskaper som erfarne samarbeidsparter for det offentlige. Ideelle organisasjoner har demonstrert avgjørende kvaliteter som leveringsdyktighet, brukerengasjement, samarbeidsevne og evne til nyskaping og innovasjon. Ideelle organisasjoner har i tillegg vist evne til å bygge opp og beholde solide fagmiljø som samfunnet nyter godt av.

Lang erfaring med profesjonell institusjonsdrift og andre tiltak innen helse- og sosialsektoren innebærer også at ideelle organisasjoner – i tillegg til sin eksplisitte kunnskap om fagfeltene – også besitter verdifull taus kunnskap som ikke så lett lar seg etterspørre eller verifisere i et konkurransegrunnlag. Taus kunnskap er en form for erfaringsbasert kunnskapsutvikling som skjer over tid gjennom felles læringsprosesser i en organisasjon og gjennom relasjoner og samhandling med eksterne systemer. Betydningen av denne typen kunnskap innen helse- og sosialfeltet anses å være allment akseptert.

Tradisjonelt er ideelle organisasjoner utpreget operativt orientert, og tjenestene er ofte utviklet i nær kontakt med brukerne. Dette gjør at organisasjonene naturlig har vært opptatt av brukernes medvirkning på individ- og systemnivå. I tillegg ser ideelle organisasjoner også som sin oppgave å sette brukerne i stand til å hevde sine meninger knyttet til egne individuelle forhold, og til forhold som engasjerer dem i samfunnet. Dette er en kvalitet ved disse organisasjonene som gir stemme til grupperinger i samfunnet som ellers ikke ville blitt hørt. Ideelle organisasjoner bidrar dermed til å redusere et demokratisk underskudd i samfunnet.

Ideelle aktører har som regel et lokalt engasjement utover den delen av tjenestene som anskaffes. Dette, i tillegg til en utstrakt kultur for samarbeid med andre aktører og bruk av frivillige kretser som de ideelle ofte har rik tilgang på, gir i mange tilfeller brukere/pasienter tilgang til oppfølging, aktiviteter, sosialt fellesskap og sømløse overganger fra institusjon til dagliglivet i et lokalsamfunn. Dette er forhold som ikke naturlig settes som krav ved konkrete anskaffelser knyttet til mer spesialiserte tjenester, men som likevel gir uvurderlig nytte for den enkelte, pårørende og annet nettverk. Slike tilbud bidrar også til en bety-

delig samfunnsøkonomisk nytte ved at de bygger opp under den rehabiliterende effekten etter et institusjonsopphold og forebygger eller utsetter kostnadskrevende reinnleggelser. Slike møter mellom ulike grupper i samfunnet er viktig for den enkeltes sosiale inkludering, men gir også tilskudd borgernes felles sosiale kapital.

Ideelle organisasjoner er tradisjonelt opptatt av å bygge opp under og fremme eksterne effekter. Et eksempel på dette er når en rusavhengig får behandlet sin ruslidelse, og dette gir positive helsemessige effekter også for nærmeste pårørende og annet nettverk, samtidig som det også forebygger framtidig lidelse hos den rusavhengige. Effekten oppnås blant annet gjennom bruk av utviklingstiltak av nettverksbyggende karakter og nyskapende metodikk. Eksterne effekter er åpenbart samfunnsøkonomisk besparende, men tas ikke med i de økonomiske kalkylene som ligger til grunn for oppdragsgivers beslutninger, blant annet fordi disse besparelsene faller utenfor oppdragsgivers ansvarsområde.

Som nevnt over mener mindretallet at unntaket bør videreføres både over og under EU/EØS-terskelverdien. Det er ingen rettslige hindringer for dette under terskelverdien. Når det gjelder handlingsrommet over EU/EØS-terskelverdi, er mindretallet kjent med at det hefter en betydelig grad av usikkerhet med hensyn til om unntaket lovlig lar seg videreføre. Det vises i den forbindelse til at regjeringen har bestilt en utredning av nettopp dette spørsmålet, der man ber et eksternt fagmiljø om å vurdere lovligheten av en mulig videreføring. Helt klar kan konklusjonen da neppe være, og det kan spørres om den uansett vil være klar før spørsmålet eventuelt er behandlet av EFTA-domstolen.

All den tid det ikke er avklart at unntaket ikke vil være i strid med det nye anskaffelsesdirektivet, mener mindretallet at unntaket er så viktig at det bør videreføres i nytt regelverk inntil spørsmålet om dets lovlighet endelig avklares. Den tvil som eksisterer bør, etter mindretallets syn komme de ideelle – og dermed brukerne – til gode.

### 12.4.3 Kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester

#### 12.4.3.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende rett er kontrakter om utføring av opptrenings- og rehabiliteringstjenester som ytes utenfor sykehus, og som omfattes av de regionale helseforetakenes ansvar for spesialisthelsetje-

nester etter spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a, unntatt fra de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II, jf. § 2-1 tredje ledd tredje punktum. Ved tildeling av slike kontrakter har oppdragsgiver plikt til å følge anskaffelsesloven (de grunnleggende prinsippene, jf. § 5) og anskaffelsesforskriftens del I (blant annet plikten til å føre anskaffelsesprotokoll, jf. § 3-2, og plikten til å innhente HMS-egenerklæring og skatteattest, jf. §§ 3-3 og 3-4). Unntaket ble tilføyd ved en forskriftsendring i 2006.<sup>7</sup>

Bakgrunnen for unntaket var at det i 2003 ble besluttet å overføre finansierings- og bestilleransvaret for tjenester som ytes av visse rehabiliteringsinstitusjoner (blant annet opptreningsinstitusjoner, helsesportssentre og attføringsinstitusjoner) fra folketrygden til de regionale helseforetakene. Overføringen skulle skje i løpet av en periode på fire år. Målet med ansvarsoverføringen var å harmonisere finansieringen og styringen av dette området med den øvrige spesialisthelsetjenesten.<sup>8</sup> Prosessen ble senere fremskyndet ved at det ble besluttet av institusjonene skulle få hele den offentlige finansieringen fra de regionale helseforetakene allerede fra 1. januar 2006.<sup>9</sup>

Omleggingen av det offentlige finansieringsansvaret medførte at rehabiliteringsinstitusjonene måtte ha avtale med regionale helseforetak for å få dekket utgiftene til pasientbehandlingen fra det offentlige, og dermed måtte konkurrere seg imellom. Erfaringer fra avtaleinngåelsene for 2006 viste at tildeling av kontrakter etter anskaffelsesregelverket ga utilsiktede og uønskede konsekvenser. Institusjoner som i omstillingsperioden ikke kunne levere tjenestene som de regionale helseforetakene etterspurte, og som derfor ikke oppnådde avtale, ville kunne miste det finansieringsmessige grunnlaget for driften og pasientbehandlingen. Dette ville av flere grunner være samfunnsmessig uheldig og uønsket. Helse- og omsorgsdepartementet vurderte situasjonen slik at mange av institusjonene ikke hadde fått tilstrekkelig tid til å omstille seg. For å utnytte ressursene og kompetansen i institusjonene på best mulig måte, og for å lette overgangen til det nye finansierings- og bestillersystemet, ble det derfor i en overgangsperiode behov for at de regionale helseforetakene kunne tildele kontrakter uten å måtte følge de detaljerte prosedyrereglene i forskriftens del II og III.

<sup>7</sup> Jf. kongelig resolusjon 13. oktober 2006.

<sup>8</sup> Jf. Innst. S. nr. 11 (2002–2003).

<sup>9</sup> Jf. Innst. S. nr. 11 (2004–2005).

#### 12.4.3.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår at unntaket for tildeling av kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester strykes både over og under EU/EØS-terskelverdien på ca. 6 millioner kroner. Argumentene for å innføre unntaket var behovet for fleksibilitet både for innkjøpere og leverandører i en overgangsperiode. I dag nærmer det seg ti år siden unntaket ble innført, og det er vanskelig å si at oppdragsgivere og leverandører fremdeles befinner seg i en overgangsfase. Utvalget ser derfor ingen grunner til at disse tjenestene skal reguleres på en annen måte enn andre helse- og sosialtjenester. I tillegg viser utvalget til at det nye direktivet er til hinder for en videreføring av unntaket over EU/EØS-terskelverdiene.

### 12.4.4 Kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere

#### 12.4.4.1 Gjeldende rett

Når oppdragsgiver skal anskaffe helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere – for eksempel avlastningstjenester, tjenester til barneverntiltak, hjemmehjelpstjenester og brukerstyrt personlig assistanse – må både anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene i helsepersonellovens kapittel 5 respekteres. Det kan oppstå konflikt mellom disse to regelsettene. For at leverandørene skal få tilstrekkelig grunnlag til å levere gode tilbud som dekker brukerens behov, kan oppdragsgiver se seg nødt til å utlevere taushetsbelagte opplysninger som identifiserer brukeren. Hvis brukeren ikke samtykker i slik utlevering, kan oppdragsgiver ikke gjennomføre anskaffelsen uten å måtte velge mellom å bryte anskaffelsesreglene eller taushetspliktreglene.

For å avhjelpe denne situasjonen sendte Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet i oktober 2013 et forslag på høring om å innføre et unntak fra forskrift om offentlige anskaffelser for kjøp av helse- og sosialtjenester under visse nærmere omstendigheter. Forslaget innebærer at kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere ikke behøver å følge reglene i forskriften, forutsatt at det ikke er mulig å gjennomføre en forsvarlig konkurranse uten å gi ut taushetsbelagte opplysninger om brukeren, og brukeren ikke samtykker til å gi ut slike opplysninger, eller bare samtykker til å gi ut slike opplysninger til en eller flere bestemte leverandører. De grunnleggende prinsippene i loven skal likevel gjelde så langt det er mulig.<sup>10</sup> Høringsfristen har løpt ut,

men en unntaksbestemmelse er foreløpig ikke vedtatt.

#### 12.4.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget stiller seg tvilende til om et unntak som foreslått av departementet vil kunne opprettholdes i forbindelse med gjennomføringen av nytt anskaffelsesdirektiv for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdien på ca. 6 millioner kroner. Direktivet inneholder ingen bestemmelser som gir hjemmel til å innføre unntak for anskaffelse av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere. Det inneholder heller ingen regler om unntak knyttet til overholdelse av taushetsplikt.

Utvalget er likevel av den oppfatning at lovgiver må løse konflikten mellom anskaffelsesreglene og taushetspliktregler. Det er uholdbart at oppdragsgiver kan bli stilt i en situasjon der han blir tvunget til å bryte det ene eller det andre av disse to regelsettene. Ettersom det neppe er EU/EØS-rettslig mulig å innføre et unntak i anskaffelsesregelverket over EU/EØS-terskelverdiene som løser konflikten, mener utvalget det er nødvendig å gjøre endringer i helsepersonellovens taushetspliktregler. Innenfor disse rammene bør oppdragsgiver gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at spredning av sensitiv informasjon begrenses til et minimum, for eksempel ved at slik informasjon kun gis videre til et begrenset antall kvalifiserte tilbydere. Dersom helsepersonellovens taushetspliktregler ikke endres, må nødvendigvis et slikt unntak innføres for at oppdragsgiver ikke skal bli tvunget til å bryte det ene eller det andre av disse to regelsettene.

Mot denne bakgrunn inneholder utvalgets forslag til nytt regelverk ikke noen egen unntaksbestemmelse for tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.

## 12.5 Unntak fra detaljerte prosedyreregler i særlige situasjoner

---

### 12.5.1 Innledning

I visse situasjoner kan oppdragsgiver påberope seg regler som gir unntak fra anskaffelsesforskrif-

<sup>10</sup> Jf. departementets høringsbrev 7. oktober 2013 for en nærmere redegjørelse for problemstillingen og departementets forslag. Høringsnotatet er tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/horinger/horingsdokumenter/2013/horing-unntak-fra-forskrift-om-offentl/horingsbrev.html?id=737570>.

tens del II. Etter § 2-1 annet ledd bokstav a–f kan oppdragsgiver la være å følge de detaljerte prosedyrereglene i del II hvis:

- Anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør i markedet, jf. bokstav a
- Det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud, jf. bokstav b
- Uforutsette omstendigheter gjør at anskaffelsen ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse etter del II, jf. bokstav c
- Uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å anskaffe strengt nødvendige tilleggsytelser fra samme leverandør, jf. bokstav d
- I en forutgående konkurranse om anskaffelsen foreligger ingen tilbud, eller det foreligger bare uegnede tilbud, jf. bokstav e
- Anskaffelsen gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende, jf. bokstav f

I disse tilfellene er det ikke selve kontraktens art eller formål som begrunner unntaket, men andre omstendigheter på det tidspunkt anskaffelsen foretas.

Unntakene synes klart nok å være inspirert av reglene i del III om adgang til å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. § 14-4, som gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 31 i norsk rett. Samtlige seks unntak i § 2-1 annet ledd har en parallell i § 14-4, men innholdsmessig er ikke alle bestemmelsene identiske.

Reglene i § 14-4 gir oppdragsgiver adgang til å gjennomføre anskaffelsen med en bestemt prosedyre, altså konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Denne prosedyreformen er et unntak fra hovedregelen om at anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene skal gjennomføres ved kunngjøring av åpen eller begrenset anbuds-konkurranse, jf. § 14-1 tredje ledd, jf. første ledd. Ved slike anskaffelser er oppdragsgiver fritatt fra kunngjøringsplikten og forhandlingsforbudet, men må for øvrig følge prosedyrereglene i del III. Det dreier seg altså ikke om noe unntak fra del III i sin helhet.

Reglene i § 2-1 annet ledd fritar derimot oppdragsgiver fra plikten til å følge reglene i del II. Dette innebærer et fritak ikke bare fra kunngjøringsplikt og forhandlingsforbud, men også de andre detaljerte prosedyrereglene i del II. Reglene i anskaffelsesloven (de grunnleggende prinsippene, jf. § 5) og anskaffelsesforskriftens del

I (blant annet plikten til å føre anskaffelsesprotokoll, jf. § 3-2, og plikten til å innhente HMS-ege-nerklæring og skatteattest, jf. §§ 3-3 og 3-4) må imidlertid følges.

*Utvalget* foreslår å videreføre unntaksreglene i gjeldende § 2-1 annet ledd – enkelte av dem med visse justeringer og presiseringer. Sentralt for utvalget er at samtlige unntak gir oppdragsgiver mulighet til å velge en fremgangsmåte som sikrer mest mulig effektiv ressursbruk i gitte situasjoner.

Utvalget foreslår i tillegg å innføre et unntak for dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en konkurranse er blitt avlyst, eller fordi det har oppstått tvist om gjennomføringen av en konkurranse.

De grunnleggende reglene i loven og forskriftens del I skal likevel gjelde. En oppdragsgiver som påberoper seg et av unntakene, må således overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet. Når det særlig gjelder konkurranseprinsippet, vil imidlertid oppdragsgiver ikke være pålagt å ta kontakt med flere leverandører i de tilfeller hvor anvendelse av unntaket forutsetter direkte kontakt med bare én leverandør. Det gir for eksempel ingen mening å pålegge oppdragsgiver å avholde en konkurranse hvis det bare finnes én leverandør i markedet.

Utvalget understreker at reglene om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring over EU/EØS-terskelverdiene ikke skal kunne benyttes til å innfortolke strengere krav enn det som følger direkte av forslaget til unntaksregler under tersklene.

Utvalgets forslag gjelder for tildeling av kontrakter som ellers skal følge del II, unntatt kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien på ca. 6 millioner kroner. For slike kontrakter kan det innføres unntak fra kunngjøringsplikten i tilfeller hvor oppdragsgiver kunne benyttet konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i henhold til direktiv 2014/24/EU artikkel 32, jf. artikkel 75 nr. 1 annet ledd. Utvalget ser imidlertid ikke at direktivet gir grunnlag for å fritta oppdragsgiver fra øvrige prosedyreregler som skal gjelde for denne typen kontrakter. Utvalget foreslår derfor at det skal gjelde et unntak fra kunngjøringsplikten på de vilkår som følger av artikkel 32, jf. kapittel 22.3.1, og at unntakene fra detaljerte prosedyreregler som omtales i det følgende, ikke skal gjelde.



## 12.5.2 Oversikt over gjeldende rett og utvalgets vurderinger

### 12.5.2.1 Innledning

Nedenfor vil utvalget foreta en gjennomgang av unntaksbestemmelsene i gjeldende § 2-1 annet ledd bokstav a–f og redegjøre for sine forslag til hvordan bestemmelsene skal videreføres i det nye nasjonale anskaffelsesregelverket.

Utvalget vil også foreslå en regel om dekningskjøp som er nødvendig på grunn av avlyst konkurranse eller oppstått tvist.

### 12.5.2.2 Anskaffelsen kan bare foretas hos én leverandør i markedet

Oppdragsgiver er fritatt fra plikten til å følge de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II hvis «anskaffelsen [bare] kan [...] foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv.», jf. § 2-1 annet ledd bokstav a.<sup>11</sup>

Avgjørende er at det objektivt sett bare finnes én leverandør som kan tilby den ytelse som oppdragsgiver etterspør. Oppdragsgiver har bevisbyrden, og det skal mye til for å godtgjøre dette. Det må blant annet vurderes om andre leverandører kan skaffe seg nødvendig kunnskap eller rettigheter for å levere ytelsen innen oppstart for levering. Ifølge departementet vil det som utgangspunkt være tilstrekkelig å bevise at det bare finnes én leverandør på det norske markedet.<sup>12</sup> Likebehandlingsprinsippet tilsier at anskaffelsesbehovet ikke kan defineres snevert for å unngå at andre enn en ønsket leverandør kan dekke det.

Henvisningene til tekniske eller kunstneriske grunner og beskyttelse av enerett er bare eksempler.<sup>13</sup> Bestemmelsen synes således å ha et noe videre nedslagsfelt enn den tilsvarende regelen i § 14-4 bokstav c, hvor det bare er tekniske eller kunstneriske forhold og beskyttelse av enerett som kan begrunne anvendelse av unntaket. Ved anvendelsen av § 2-1 annet ledd bokstav a har KOFA likevel lagt til grunn at andre grunner til at anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør, må ha en viss tilknytning til de opplistede eksemplene.<sup>14</sup>

*Utvalget* foreslår å videreføre unntaket fra plikten til å følge detaljerte prosedyreregler i de tilfeller hvor det bare er én leverandør som kan tilby den ytelse som oppdragsgiver etterspør. Etter utvalgets syn vil det være i strid med det grunnleggende formålet om effektiv ressursbruk å gjennomføre konkurranse etter del II i slike tilfeller. Rent faktisk vil det heller ikke være mulig å sikre konkurranse om kontrakten.

Det avgjørende må være at det bare finnes én leverandør som kan tilby den aktuelle ytelsen. Tekniske og kunstneriske grunner og beskyttelse av enerett er nærliggende eksempler, men etter utvalgets vurdering må også et hvilket som helst annet forhold kunne begrunne at bare én leverandør kan levere ytelsen som oppdragsgiver etterspør. Utvalget foreslår således at unntaket skal ha et noe større nedslagsfelt enn KOFA har lagt til grunn at gjeldende bestemmelse har.

Utvalget vil imidlertid understreke at terskelen for å påberope seg unntaket forutsettes å være høy. Det pekes også på at det i konkrete tilfeller kan tenkes å være i strid med kravet om reell konkurranse å definere anskaffelsesbehovet på en slik måte at det faktisk bare er én leverandør som kan tilby den etterspurte ytelsen.

### 12.5.2.3 Det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud

Unntak fra prosedyrereglene i del II gjelder også hvis «det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelser til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser, og en anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke lar seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger», jf. § 2-1 annet ledd bokstav b. Til sammenligning har parallellen i § 14-4 bokstav h et snevrere anvendelsesområde: «dersom varene anskaffes på særdeles fordelaktige vilkår, enten hos en leverandør som endelig innstiller sin virksomhet eller et konkursbo, tvangsakkord eller en tilsvarende behandling».

I likhet med bokstav a skal det mye til for at oppdragsgiver skal kunne påberope seg unntaket. I forarbeidene til den likelydende bestemmelsen i anskaffelsesforskriften 2001 § 11-2 første ledd bokstav c er det uttalt at oppdragsgiver må ha meget god kjennskap til hele det aktuelle markedet hvor ytelsen skal anskaffes, for å kunne vurdere om et tilbud er usedvanlig fordelaktig.<sup>15</sup>

Prisen i det usedvanlig fordelaktige tilbudet må ligge «vesentlig» lavere enn normale markeds-

<sup>11</sup> Parallellen i § 14-4 bokstav c lyder: «dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør».

<sup>12</sup> Jf. FADs veileder, side 81–82.

<sup>13</sup> Jf. Dragsten, side 159–161 for en nærmere redegjørelse for hva som ligger i tekniske og kunstneriske grunner og beskyttelse av enerett.

<sup>14</sup> Jf. KOFA sak 2009/170 avsnitt 54.

priser. Dette må avgjøres etter en konkret vurdering. Veiledende praksis om hvor lav prisen må være, foreligger ikke. Når det gjelder vilkåret om at konkurranse etter del II ikke vil la seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger, er det sentralt at konkurranser etter del II vil kunne gjennomføres relativt raskt som følge av at det ikke gjelder noen minimumsfrister, jf. § 10-1.

*Utvalget* foreslår å videreføre unntaket for usedvanlig fordelaktige tilbud uten realitetsendringer. Det vil være i tråd med det grunnleggende formålet om effektiv ressursbruk at oppdragsgiver fritas fra å gjennomføre konkurranse i slike tilfeller. Det er mer effektivt at oppdragsgiver umiddelbart skaffer til veie ytelsen på grunnlag av et tilbud som ligger vesentlig under normale markedspriser, enn at oppdragsgiver først skal gjennomføre en konkurranse i en periode hvor tilbudet ikke lenger foreligger. Etter utvalgets vurdering veier formålet om effektiv ressursbruk tyngre enn formålet om konkurranse her.

Utvalget forutsetter at bestemmelsen fortsatt skal ha et snevert anvendelsesområde. For å kunne vurdere om et tilbud ligger vesentlig under normale markedspriser, må oppdragsgiver ha god oversikt hele markedet. I tillegg vil en konkurranse etter del II kunne gjennomføres raskt fordi det ikke gjelder minimumsfrister for levering av tilbud.

#### 12.5.2.4 Uforutsette omstendigheter gjør at anskaffelsen ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre konkurranse

Hvis uforutsette omstendigheter oppstår og medfører at en anskaffelse «ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse», er oppdragsgiver fritatt fra plikten til å følge prosedyrereglene i del II, jf. § 2-1 annet ledd bokstav c.<sup>16</sup> Unntaket er således en slags hastebestemmelse.

For at oppdragsgiver skal kunne påberope seg unntaket, må det for det første ha oppstått «uforutsette omstendigheter». Kjernen i dette uttrykket er force majeure-lignende forhold som flom, jordskjelv, brann og lignende. Men også ellers kan det oppstå situasjoner som oppdragsgiver etter en

objektiv vurdering ikke kunne ha forutsett, som for eksempel når eksisterende leverandør går konkurs, eller oppdragsgiver hever kontrakten på grunn av vesentlig kontraktsbrudd fra eksisterende leverandør. KOFA har i sin praksis lagt til grunn at bestemmelsen ikke kan påberopes i situasjoner som skyldes oppdragsgivers mangel på egen planlegging av anskaffelsen; dårlig planlegging er ikke en uforutsett omstendighet.<sup>17</sup>

For det andre er det et vilkår at anskaffelsen ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse.<sup>18</sup> Hvorvidt en anskaffelse kan vente, beror på en konkret vurdering av om det objektivt sett er mulig å utsette anskaffelsen i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse, typisk fordi liv og helse står på spill, eller eiendom eller andre verdier kan bli ødelagt. I denne sammenheng har det betydning at en konkurranse etter del II vil kunne gjennomføres forholdsvis raskt fordi det ikke gjelder minimumsfrister for levering av forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud, jf. § 10-1.<sup>19</sup>

For det tredje må det være årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og det at det ikke er tid til å gjennomføre konkurranse. Hvis hastesituasjonen skyldes andre forhold enn de uforutsette omstendighetene – eksempelvis venter oppdragsgiver en stund med å gjennomføre anskaffelsen – kan unntaket ikke benyttes.

Ettersom unntaket er ment å dekke akutte kritesituasjoner for oppdragsgiver, tilsier regelverkets formål og grunnleggende krav at oppdragsgiver ikke kan benytte unntaksbestemmelsen til å inngå kontrakter med en lengre varighet enn det som er nødvendig. Dette innebærer også at oppdragsgiver så snart som mulig må avholde en ordinær konkurranse etter prosedyrereglene i del II, og at kontrakten dette munner ut i, skal avløse kontrakten som er inngått etter unntaksbestemmelsen.

*Utvalget* foreslår å videreføre unntaket for situasjoner som omhandlet i § 2-1 annet ledd bokstav c. I slike hastetilfeller vil det være lite effektivt å

<sup>15</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 129. Jf. også til illustrasjon KOFAs sak 2009/216, hvor oppdragsgiver ikke hadde foretatt noen undersøkelser av markedet og således ikke kunne påberope seg unntaket, jf. avsnitt 32.

<sup>16</sup> Parallellen i § 14-4 bokstav d lyder: «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».

<sup>17</sup> Jf. KOFAs sak 2006/105 avsnitt 39. En slik tolkning innebærer at det neppe er noen realitetsforskjell fra § 14-4 bokstav d, hvor det gjelder et uttrykkelig krav om at det forhold som kan begrunne unntak, «ikke skyldes oppdragsgiver».

<sup>18</sup> Det er nærliggende å innfortolke et krav om konkurranse etter «del II» ettersom § 2-1 annet ledd ikke fritar oppdragsgiver fra de grunnleggende pliktene i loven og forskriftens del I, inkludert konkurranseprinsippet.

<sup>19</sup> Av denne grunn er det neppe heller noen realitetsforskjell fra kravet i § 14-4 bokstav h om at det skal være «umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift».

pålegge oppdragsgiver å følge de detaljerte prosedyrereglene i del II. Oppdragsgiver vil uansett ha plikt til å sikre konkurranse om kontrakten i den utstrekning det lar seg gjøre i den situasjonen som har oppstått.

Utvalget foreslår at vilkårene i gjeldende bestemmelse videreføres. Utvalget understreker at årsaken til at de detaljerte prosedyrereglene ikke kan følges, må ligge i omstendigheter som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Dette omfatter ikke bare klassiske force-majeure-tilfeller, men også enhver annen situasjon som oppdragsgiver objektivt sett ikke kunne forutse. Utvalget slutter seg til den linje KOFA har lagt seg på i sin praksis når det gjelder omstendigheter som skyldes oppdragsgivers egen mangelfulle planlegging av en anskaffelse.

#### 12.5.2.5 Uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å anskaffe strengt nødvendige tilleggsytelser fra samme leverandør

Oppdragsgiver har ikke plikt til å følge prosedyrereglene i del II hvis «uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendige for kontraktens fullføring, forutsatt at tildelingen skjer til samme leverandør», jf. § 2-1 annet ledd bokstav d.<sup>20</sup>

Som i hastebestemmelsen i bokstav c må det foreligge «uforutsette omstendigheter», dvs. forhold som etter en objektiv vurdering ikke kan kreves at oppdragsgiver skulle forutse. Dårlig planlegging fra oppdragsgivers side faller utenfor bestemmelsen.

Anskaffelsen må gjelde «tilleggsytelser» til en annen ytelse. Ytelser som oppdragsgiver nå har behov for, må således ha samme formål og en naturlig sammenheng med hovedytelsen. Det må dreie seg om ytelser som er nødvendige for å oppfylle funksjonen til en annen ytelse.<sup>21</sup> Tilleggsytelsene skal være «strengt nødvendige» for fullføringen av den opprinnelige hovedytelsen. Departementet har pekt på at nye offentligrettslige krav til et arbeid som blir utført, vil kunne utløse behov for tilleggsytelser som er strengt nødvendige.<sup>22</sup>

Det er en forutsetning at kontrakten om tilleggsytelsene tildeles den leverandør som utfører

den opprinnelige hovedytelsen. Oppdragsgiver kan således ikke tildele kontrakten til andre uten først å ha gjennomført en konkurranse etter del II.

*Utvalget* foreslår å videreføre unntaket for tilleggsytelser uten realitetsendringer. Unntaket hviler på en presumsjon om at det mest effektive er å tildele kontrakt til den leverandør som utfører den opprinnelige hovedytelsen. Etter utvalgets vurdering må hensynet til effektiv ressursbruk tillegges større vekt enn hensynet til konkurranse i disse tilfellene.

#### 12.5.2.6 I en forutgående konkurranse foreligger det ikke tilbud, eller det foreligger bare tilbud som ikke er egnet

Hvis oppdragsgiver har gjennomført en konkurranse hvor det «ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet», kan anskaffelsen gjennomføres uten at prosedyrereglene i del II må følges, jf. § 2-1 annet ledd bokstav e.<sup>23</sup>

I slike tilfeller har anskaffelsen vært kunngjort med det resultat at ingen leverandører kan eller vil tilby den etterspurte ytelsen på angitte vilkår. Som utgangspunkt vil det være grunn til å tro at en kunngjøring av en ny konkurranse ikke vil lede til et annet resultat. Det grunnleggende prinsippet om konkurranse pålegger imidlertid oppdragsgiver en plikt til å kontakte flere leverandører.

Unntaket kommer til anvendelse hvis det er avholdt en konkurranse om anskaffelsen, og det enten ikke har kommet inn noen tilbud, eller eventuelle innkomne tilbud ikke er egnet. Hvorvidt et tilbud «ikke er egnet», må avgjøres etter en konkret og objektiv vurdering. Kjernen her er at den tilbudte ytelse ikke har noen relevans for oppdragsgivers behov. I sin veileder har departementet brukt som eksempel at oppdragsgiver har etterspurt fargeskrivere i konkurransegrunnlaget, mens innkomne tilbud bare tilbyr svart-hvittskrivere.<sup>24</sup>

Ved anskaffelser som er underlagt del III, kan oppdragsgiver gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring hvis det i en forutgående konkurranse bare foreligger tilbud som er ukorrekte eller uakseptable, og samtlige leverandører som var kvalifisert, blir invitert til å delta, jf. § 14-4 bokstav a. Et tilsvarende

<sup>20</sup> Bestemmelsen har paralleller til § 14-4 bokstav f (tilleggsleveranser av varer) og bokstav j (tilleggstjenester og tilleggsarbeider), men vilkårene her er flere og strengere.

<sup>21</sup> Jf. FADs veileder, side 97. Jf. til illustrasjon KOFAs sak 2009/232 avsnitt 28, hvor nemnda slo fast at unntaket ikke kunne benyttes i et tilfelle av utbedring av en annen veistrekning enn den som var blitt kunngjort.

<sup>22</sup> Jf. FADs veileder, side 97.

<sup>23</sup> Parallellen i § 14-4 bokstav b lyder: «dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbuds konkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene og at det på anmodning oversendes en rapport til Nærings- og fiskeridepartementet».

<sup>24</sup> Jf. FADs veileder, side 98.

unntak fra prosedyrereglene i del II er ikke kommet til uttrykk i § 2-1 annet ledd. I juridisk teori er det imidlertid antatt uten videre at slike tilfeller er dekket gjennom alternativet «tilbud som ikke er egnet».<sup>25</sup>

Oppdragsgiver kan ikke gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget. I motsetning til § 14-4 bokstav b følger ikke dette uttrykkelig av § 2-1 annet ledd bokstav e. Det er likevel klart at en tilsvarende begrensning gjelder også her som følge av det alminnelige forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i en inngått kontrakt, jf. kapittel 15.5.

*Utvalget* foreslår at oppdragsgiver skal fritas fra plikten til å følge prosedyrereglene i del II hvis han forgjeves har forsøkt å tildele kontrakten i en forutgående konkurranse. Gjeldende unntaksbestemmelse er etter sin ordlyd begrenset til å gjelde forutgående konkurranser hvor det ikke har kommet inn tilbud, eller hvor samtlige innkomne tilbud ikke er egnet til å dekke oppdragsgivers behov. Etter utvalgets vurdering bør unntaket utvides til å gjelde også andre tilfeller hvor oppdragsgiver har plikt eller rett til å avvise samtlige leverandører som har meldt sin interesse, eller samtlige tilbud som er levert. Utvalget viser i denne sammenheng til sitt forslag til nye regler om avvisning av leverandører og tilbud, jf. kapittel 25. Det samme gjelder tilfeller hvor oppdragsgiver velger å avlyse en konkurranse fordi det bare foreligger ett tilbud.<sup>26</sup>

I alle disse situasjonene har oppdragsgiver forsøkt å gjennomføre en konkurranse etter del II. Når en konkurranse mislykkes som følge av forhold på leverandørsiden, bør oppdragsgiver ha mulighet til å få dekket sitt anskaffelsesbehov gjennom å konkurranseutsette ved å ta kontakt direkte med aktuelle leverandører, fremfor å pålegges en plikt til å gjennomføre en ny, og presumptivt like resultatløs, konkurranse etter del II. Dette fremstår som den mest effektive ressursbruken, og konkurransehensynet er etter utvalgets vurdering ivarettatt i tilstrekkelig grad ved at det gjennomføres en konkurranse uten ny kunngjøring.

For øvrig foreslår utvalget at det presiseres i forskriften at oppdragsgiver ikke kan gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget.

#### 12.5.2.7 *Anskaffelsen gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende*

Når oppdragsgiver kjøper varer eller tjenester på børs, råvarebørs eller lignende, gjelder ikke de detaljerte prosedyrereglene i del II, jf. § 2-1 annet ledd bokstav f.<sup>27</sup> Slike etablerte markedsplasser sikrer at prisen tilsvarende det markedet til enhver tid er interessert i å kjøpe og selge varen eller tjenesten for. De sikrer derfor både effektiv ressursbruk og konkurranse om disse varene og tjenestene, uten at det er nødvendig å gjennomføre en konkurranse etter del II. Typiske varer som omsettes på denne typen markedsplasser, er kaffe, te, korn, metall og elektrisitet.<sup>28</sup> I praksis er bestemmelsen aktuell først og fremst ved kjøp av elektrisitet via den nordiske kraftbørsen Nordpool.

*Utvalget* foreslår å videreføre unntaket uten realitetsendringer. Etter utvalgets vurdering er det ikke nødvendig å konkurranseutsette slike anskaffelser ettersom formålet med anskaffelsesregelverket blir oppfylt gjennom måten disse markedene fungerer på.

#### 12.5.2.8 *Dekningskjøp som er nødvendig på grunn av avlyst konkurranse eller oppstått tvist*

Ikke sjelden hender det at oppdragsgiver blir tvunget til å avlyse en konkurranse fordi han har begått feil som ikke kan rettes på annen måte. Eksempelvis har KOFA lagt til grunn i en lang rekke saker at oppdragsgiver som utgangspunkt vil ha plikt til å avlyse en konkurranse hvor det er benyttet ulovlige tildelingskriterier.<sup>29</sup> I slike tilfeller må oppdragsgiver kunngjøre ny konkurranse for å få dekket anskaffelsesbehovet. Kontraktsinngåelsen kan derfor bli betydelig forsinket sammenlignet med hva oppdragsgiver opprinnelig hadde planlagt.

Forsinkelser kan også oppstå som følge av at det oppstår tvist om gjennomføringen av en konkurranse. Forsinkelsene kan bli betydelige blant annet hvis saksøker får medhold av domstolene i en begjæring om midlertidig forføyning, jf. anskaffelsesloven § 9, eller hvis oppdragsgiver avventer kontraktsinngåelse i påvente av utfallet av nemnds- eller domstolsbehandling av saken, for eksempel på grunn av frykt for senere erstat-

<sup>25</sup> Jf. Dragsten, side 164.

<sup>26</sup> Det er sikker rett at oppdragsgiver har saklig grunn til å avlyse en konkurranse i slike tilfeller, jf. kapittel 26.2.

<sup>27</sup> Parallellen i § 14-4 bokstav g lyder: "dersom varene noteres og kjøpes på en varebørs".

<sup>28</sup> Jf. FADs veileder, side 98.

<sup>29</sup> Jf. for eksempel KOFA sak 2011/81 avsnitt 32.

ningskrav hvis KOFA eller domstolene skulle komme til at han har begått feil i konkurransen.

I slike tilfeller løper oppdragsgiver en risiko for ikke å få dekket et helt nødvendig anskaffelsesbehov. En eventuell stans i leveransene vil etter omstendighetene kunne få alvorlige konsekvenser for de oppgaver det offentlige er pålagt å utføre. Etter gjeldende rett er oppdragsgiver likevel forpliktet til å følge de detaljerte prosedyrereglene i forskriftens del II. KOFA har sågar uttrykkelig lagt til grunn at unntaket for uforutsette omstendigheter i gjeldende forskrift § 2-1 annet ledd bokstav c ikke kan anvendes i en situasjon hvor oppdragsgiver må avlyse en konkurranse som følge av egne feil.<sup>30</sup> Konsekvensen er at oppdragsgiver blir tvunget til å begå ulovlige direkte anskaffelser for å få dekket det nødvendige anskaffelsesbehovet, enten i form av å forlenge kontrakten med eksisterende leverandør, eller ved å kjøpe direkte fra en leverandør uten å ha kunngjort konkurranse i tråd med regelverket.

Utvalget foreslår å innføre et unntak fra plikten til å følge de detaljerte prosedyrereglene i del II hvis oppdragsgiver har behov for å foreta et dekningskjøp som er nødvendig fordi en konkurranse må avlyses, eller fordi det har oppstått tvist som forsinker kontraktsinngåelse. En plikt til å følge de detaljerte prosedyrereglene i del II i slike situasjoner medfører at oppdragsgiver ikke får dekket et nødvendig anskaffelsesbehov på annen måte enn ved å foreta ulovlige direkte anskaffelser. Etter utvalgets vurdering er dette ikke i tråd med anskaffelsesregelverkets formål. Dette gjelder uavhengig av om oppdragsgiver selv er skyld i situasjonen som har oppstått. Utvalget peker i denne sammenheng på regelen over EU/EØS-terskelverdiene som gir oppdragsgiver adgang til å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjøpt uten virkning, jf. anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav l.

Oppdragsgiver skal bare kunne inngå kontrakter om nødvendige dekningskjøp, og ikke for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse etter forskriftens del II. Som følge av det grunnleggende konkurranseprinsippet vil oppdragsgiver også ha plikt til å sikre konkurranse

om dekningskjøpet i den grad det lar seg gjøre i den situasjonen som har oppstått.

## 12.6 Særlige regelsett for visse kontrakter/konkurranser

### 12.6.1 Innledning

Visse anskaffelser er underlagt særlige regler i forskriftens del IV. Plan- og designkonkurranser og bygge- og anleggskonsesjonskontrakter skal følge reglene i henholdsvis kapittel 23 og 24 i anskaffelsesforskriften, jf. § 2-1 sjettedde. Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål har oppdragsgiver adgang til å tildele etter egne regler i forskriftens kapittel 25. Reglene unntar i praksis slike anskaffelser fra regelverkets alminnelige regler.

Utvalget foreslår å videreføre særlige regler for gjennomføring av plan- og designkonkurranser (kapittel 12.6.2), mens reglene om bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål foreslås opphevet (kapittel 12.6.4). Det ligger utenfor utvalgets mandat å vurdere reglene om bygge- og anleggskonsesjoner (kapittel 12.6.3).

### 12.6.2 Plan- og designkonkurranser

Plan- og designkonkurranse er en egen anskaffelsesprosedyre. Den går ut på at oppdragsgiver inviterer til en konkurranse om utarbeidelse av en plan eller design, for eksempel innenfor arealplanlegging, byplanlegging, arkitekt- og ingeniørarbeider eller databehandling, jf. anskaffelsesforskriften § 4-2 bokstav g. Konkurransen kan gjennomføres med eller uten premiering av deltakerne. Vinneren skal kåres av en jury.

En plan- og designkonkurranse kan arrangeres som en ren konkurranse om utarbeidelse av en plan eller design. I slike tilfeller må den etterfølgende realiseringen av vinnerprosjektet skje ved tildeling av en eller flere tjenestekontrakter etter anskaffelsesregelverkets alminnelige prosedyreregler i del I, II og III. Alternativt kan oppdragsgiver bestemme at vinneren eller en av eventuelt flere vinnere også skal stå for realiseringen av prosjektet, dvs. at plan- og designkonkurransen arrangeres som et ledd i en prosedyre for etterfølgende tildeling av tjenestekontrakt(er). Oppdragsgiver kan da gå direkte i forhandlinger med vinneren eller samtlige vinnere av plan- og designkonkurransen uten å måtte gå veien om ny kunngjøring av kontrakten(e), jf. § 11-9 (del II) og § 14-4 bokstav i (del III).

<sup>30</sup> Jf. KOFA sak 2011/220 avsnitt 53. Begrunnelsen var at en avlysning som skyldes forhold på oppdragsgivers side, ikke kan anses som en "uforutsett omstendighet". Forskriftens krav var derfor ikke oppfylt.

Samtlige konkurranser som faller inn under definisjonen av en plan- og designkonkurranse, skal gjennomføres etter egne regler i anskaffelsesforskriftens del IV (kapittel 23), jf. § 2-1 sjette ledd annet punktum. Reglene i kapittel 23 er en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 66–74 i norsk rett. Norsk lovgiver har imidlertid valgt å la alle plan- og designkonkurranser, uavhengig av oppdragets verdi, være omfattet av disse reglene, jf. § 23-1 første ledd.

Plan- og designkonkurranser skal kunngjøres etter reglene i del II hvis den anslåtte samlede verdien av premier og utbetalinger til konkurranse-deltakerne overstiger 500 000 kroner, eller hvis den anslåtte samlede verdien av tjenestekontraktene som skal tildeles vinneren, overstiger 500 000 kroner, jf. § 23-1 tredje ledd. Tilsvarende skal konkurransen kunngjøres i samsvar med reglene i del III hvis den anslåtte samlede verdien overstiger EU/EØS-terskelverdiene, jf. § 23-1 annet ledd.

For øvrig er reglene om gjennomføring av en plan- og designkonkurranse svært få sammenlignet med de alminnelige prosedyrereglene i del II og del III. Fraværet av detaljerte regler gir oppdragsgiver større fleksibilitet til å få frem gode og innovative løsningsforslag fra markedet. I korte trekk nevnes:

- Plikt til å utlevere konkurransereglene til samtlige interesserte leverandører, jf. § 23-1 fjerde ledd
- Forbud mot å nekte leverandører å delta i konkurransen på grunnlag av nasjonalitet eller manglende lokal tilhørighet, jf. § 23-1 femte ledd
- Forbud mot å begrense konkurransen til å gjelde bare fysiske eller bare juridiske personer, jf. § 23-1 sjette ledd
- En eventuell begrensning av deltakerantallet skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier, og slik at reell konkurranse blir sikret, jf. § 23-1 sjuende ledd
- Regler om juryens sammensetning og arbeid, jf. § 23-1 åttende til tiende ledd
- Plikt til å kunngjøre konkurranserultatet etter reglene om dette i del III hvis verdien av kontraktene som eventuelt blir tildelt en vinner av plan- og designkonkurranse, overstiger EU/EØS-terskelverdiene, jf. § 23-1 ellefte ledd
- De alminnelige reglene om kommunikasjon i del II og del III er gitt tilsvarende anvendelse, i tillegg til at visse særregler gjelder, jf. § 23-2

I direktiv 2014/24/EU er de særlige reglene for gjennomføring av plan- og designkonkurranse videreført uten vesentlige endringer, jf. artikkel 78–82. Norge er således forpliktet til å gjennomføre disse reglene i norsk rett for konkurranser om oppdrag som overstiger EU/EØS-terskelverdiene.

*Utvalget* foreslår å videreføre det særlige regelverket for plan- og designkonkurranser, uavhengig av oppdragets verdi. Det innebærer at samtlige konkurranser om oppdrag som omfattes av definisjonen av en plan- og designkonkurranse skal gjennomføres etter disse særlige reglene, også oppdrag under EU/EØS-terskelverdiene. Etter utvalgets vurdering er reglene om gjennomføring av plan- og designkonkurranser så fleksible at de kan gis anvendelse også på oppdrag under EU/EØS-terskelverdiene. Når reglene er så fleksible, ser utvalget det som en regelteknisk fordel at oppdragsgiver skal ha plikt til å gjennomføre samtlige plan- og designkonkurranser etter disse reglene.

Unntaket fra kunngjøringsplikt for tjenestekontrakter som tildeles vinneren eller en av vinnerne av en plan- og designkonkurranse, har utvalget behandlet i kapittel 22.3.2.

### 12.6.3 Bygge- og anleggskonsesjoner

Konsesjonskontrakter om bygge- og anleggsarbeider skal gjennomføres etter egne regler i del IV (kapittel 24), jf. § 2-1 sjette ledd annet punktum. Reglene i kapittel 24 gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 56–65 i norsk rett. Norsk lovgiver har valgt å gi reglene tilsvarende anvendelse på konsesjonskontrakter under EU/EØS-terskelverdiene.

Regler om bygge- og anleggskonsesjonskontrakter er tatt ut av det nye anskaffelsesdirektivet. I stedet er det gitt et eget direktiv om konsesjonskontrakter, som blant annet omfatter bygge- og anleggskonsesjonskontrakter.

Det ligger utenfor *utvalgets* mandat å vurdere prosedyreregler for konsesjonskontrakter. Utvalget nøyer seg derfor med å konstatere at gjeldende regler om bygge- og anleggskonsesjonskontrakter i anskaffelsesforskriftens del IV skal erstattes av regler som gjennomfører det nye direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter. Hvorvidt de nye reglene bør plasseres i anskaffelsesforskriften eller i en egen forskrift, ligger det utenfor utvalgets mandat å ta stilling til.

#### 12.6.4 Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål

Konkurranser om bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål har oppdragsgiver rett, men ikke plikt, til å gjennomføre etter særlige regler i del IV (kapittel 25), jf. § 2-1 sjette ledd første punktum. Reglene i kapittel 25 er noe mer fleksible enn de alminnelige prosedyrereglene i forskriftens del II og del III, og er en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 34 i norsk rett. Formålet med de alternative reglene er å sikre at oppdragsgiver tildeler kontrakt til den entreprenør som er best egnet til å delta i et samarbeid om planlegging og oppføring av boliger for sosiale formål, jf. § 25-1 første ledd.

Oppdragsgiver kan benytte reglene i kapittel 25 bare hvis kontrakten gjelder planlegging og oppføring av boliger for sosiale formål, og arbeidets betydning, kompleksitet og antatte varighet krever samarbeid med representanter fra oppdragsgiver, sakkyndige og entreprenører, jf. § 25-1 første ledd. Boliger for sosiale formål vil typisk være omsorgsboliger for eldre, funksjonshemmede eller psykisk utviklingshemmede.

Kontrakten skal kunngjøres etter de vanlige kunngjøringsreglene i del II og del III, jf. § 25-1 annet ledd. Tilsvarende skal reglene om kvalitativ utvelgelse følges hvis oppdragsgiver ønsker å begrense antallet leverandører som får delta i konkurransen. For øvrig er ikke oppdragsgiver tvun-

get til å gjennomføre konkurransen etter en bestemt anskaffelsesprosedyre.

I kunngjøringen skal oppdragsgiver «gi en mest mulig nøyaktig beskrivelse av arbeidene som skal utføres, slik at interesserte entreprenører kan foreta en realistisk vurdering av prosjektet», samt oppgi hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder, jf. § 25-1 tredje ledd. For øvrig er det vist til en rekke prosedyreregler i del II og del III som er gitt tilsvarende anvendelse, avhengig av om kontraktens anslåtte verdi ligger over eller under EU/EØS-terskelverdien, jf. § 25-1 fjerde og femte ledd.

I det nye anskaffelsesdirektivet er de særlige reglene om bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål ikke videreført. Etter direktivet vil det således ikke være adgang til å opprettholde egne regler for denne typen kontrakter over EU/EØS-terskelverdien.

*Utvalget* foreslår å stryke de særlige reglene om bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål. Når reglene ikke kan videreføres over EU/EØS-terskelverdien, ser utvalget ikke grunnlag for å opprettholde reglene under terskelen. Utvalget stiller spørsmål ved behovet for slike regler under EU/EØS-terskelverdien. Et eventuelt behov for særlige regler vil etter utvalgets vurdering uansett bli ivaretatt i tilstrekkelig grad gjennom forslaget til nye og mer fleksible prosedyrer under EU/EØS-terskelverdiene, jf. kapittel 16.3.

## Kapittel 13

# Terskelverdier

### 13.1 Innledning

I utvalgets mandat heter det:

«Dersom utvalget foreslår endringer i den særnorske delen av anskaffelsesregelverket, kan det innebære at forutsetningene for den eksisterende nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner endres. Dersom det blir færre detaljerte prosedyreregler og det stilles færre krav til oppdragsgiverne, vil dette kunne begrunne en lavere nasjonal terskelverdi, enn hvis det stilles mange krav og foreslås detaljerte prosedyreregler. Eventuelle forslag til endring av terskelverdien må underbygges av grundige utredninger der blant annet de samfunnsøkonomiske konsekvensene av forslagene tas i betraktning.»<sup>1</sup>

Utvalget har vurdert om den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner skal videreføres, og om den bør differensieres for forskjellige typer kontrakter. Vurderingene er basert på eksisterende studier av samfunnsøkonomiske konsekvenser, hvordan andre EU-land fastsetter nasjonale terskelverdier, samt undersøkelsen av offentlige anskaffelser i Norge i perioden 2009–2012 som PwC har utført på oppdrag fra utvalget.<sup>2</sup>

Utvalgets flertall, medlemmene Amdal, Breiland, Fredriksen, Gjønnnes, Liessem og Strømsnes, foreslår å videreføre den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner for alle kontrakter som er omfattet av regelverket. Ut fra et forenklingsspektiv ønsker flertallet ikke at terskelverdien differensieres for forskjellige typer kontrakter.

Medlemmet Roll-Matthiesen foreslår at den nasjonale terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter heves til 600 000 kroner i tråd med den generelle prisutviklingen i samfunnet i perioden 2005–2013. Dette mindretallet foreslår også at ter-

skelverdien heves til 3 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter.

Medlemmet Brekke foreslår at den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner videreføres for alle vare- og tjenestekontrakter, og slutter seg til forslaget om at terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter heves til 3 millioner kroner.

Medlemmet Frøyland foreslår å videreføre den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner for alle kontrakter som er omfattet av regelverket, men slik at terskelverdien for kontrakter om særlige tjenester skal være 3 millioner kroner.

Medlemmet Vigander slutter seg til forslagene om at den nasjonale terskelverdien heves til 600 000 kroner for vare- og tjenestekontrakter, til 3 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter og til 3 millioner kroner for kontrakter om særlige tjenester.

Utvalget foreslår at plikten til å sikre at alle forhold og beslutninger av vesentlige betydning for anskaffelsen foreligger skriftlig, jf. utvalgets forslag i kapittel 14, skal gjelde for anskaffelser over 100 000 kroner.

Nedenfor gis det først en kort oversikt over gjeldende rett (kapittel 13.2) og et overblikk over nasjonale terskelverdier i andre EU-medlemsland (kapittel 13.3). Deretter gir utvalget noen refleksjoner om terskelverdier i lys av PwC-rapporten (kapittel 13.4). I kapittel 13.5 redegjøres det for hovedpunkter i foreliggende samfunnsøkonomiske analyser av nasjonale terskelverdier. Utvalgets vurderinger er inntatt i kapittel 13.6.

### 13.2 Gjeldende terskelverdier

Den gjeldende anskaffelsesforskriften er delt inn i forskjellige deler, jf. nærmere om dette i kapittel 6. Hvilke deler som kommer til anvendelse, avhenger blant annet av anskaffelsens art og anslåtte verdi:

- Alle anskaffelser uavhengig av verdi er i utgangspunktet omfattet av de grunnleggende bestemmelsene i forskriftens del I, jf. § 2-1 første ledd.

<sup>1</sup> Jf. mandatets punkt 4 underpunkt 4.

<sup>2</sup> Jf. kapittel 4 for en presentasjon av PwC-rapporten.



- Anskaffelser over 500 000 kroner, men som ligger under EU/EØS-terskelverdiene, skal følge de detaljerte særnorske prosedyrereglene i forskriftens del II, jf. § 2-1 annet ledd første punktum.
- Anskaffelser som overstiger EU/EØS-terskelverdiene, er underlagt detaljerte prosedyreregler som gjennomfører direktiv 2004/18/EF i norsk rett, i forskriftens del III, jf. § 2-1 fjerde ledd.
- Forskriftens del IV oppstiller særlige prosedyreregler for gjennomføring av plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjonskontrakter og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål, jf. § 2-1 sjette ledd. For disse anskaffelsene gjelder blant annet forskjellige regler om kunngjøringsplikt, avhengig av om anskaffelsen overstiger den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner eller EU/EØS-terskelverdiene.

Den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner som danner utgangspunktet for anvendelse av de særnorske prosedyrereglene i del II, ble justert opp fra 200 000 kroner ved en forskriftsendring i 2005.<sup>3</sup> Den er ikke endret siden.

EU/EØS-terskelverdiene justeres annet hvert år. Gjeldende terskelverdier er fra 1. januar 2014:

- For vare- og tjenestekontrakter for statlige oppdragsgivere 134 000 euro (hevet fra 130 000 euro), og for vare- og tjenestekontrakter for andre oppdragsgivere 207 000 euro (hevet fra 200 000 euro). I anskaffelsesforskriften er gjeldende terskelverdier henholdsvis 1 millioner kroner og 1,6 millioner kroner, jf. § 2-2 første ledd.
- For bygge- og anleggskontrakter 5,186 millioner euro (hevet fra 5 millioner euro) I anskaffelsesforskriften er gjeldende terskelverdi 40 millioner kroner, jf. § 2-2 første ledd.

Det er ventet at norske myndigheter vil implementere de nye EU/EØS-terskelverdiene i løpet av første halvår 2014.

### 13.3 Nasjonale terskelverdier i andre land

I Sigma-rapport nr. 45 fra OECD er det gitt en oversikt over hvordan offentlige anskaffelser er regulert under EU/EØS-terskelverdiene i

utvalgte EU-medlemsland.<sup>4</sup> Rapporten viser at nesten alle medlemslandene har nasjonale regelverk for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene.<sup>5</sup> Det nærmere innholdet i de nasjonale regelverkene varierer, både med hensyn til kunngjøringsplikt, detaljerte prosedyreregler og håndhevelse. Et fellestrekk er imidlertid at anskaffelser over bestemte nasjonale terskelverdier er underlagt detaljerte prosedyreregler som i stor grad tilsvare anskaffelsesdirektivenes regler, inkludert en kunngjøringsplikt. Ifølge rapporten ligger slike nasjonale terskelverdier normalt på mellom 50 000 euro og 70 000 euro (dvs. mellom ca. 400 000 kroner og ca. 560 000 kroner). Det betyr at mange EU-land synes å ha innført et regelverk som har klare likhetstrekk med den regulering som norsk lovgiver har innført for anskaffelser over 500 000 kroner.

I Norden er de nasjonale terskelverdiene som følger:

- I Danmark er den nasjonale terskelverdien 500 000 DKK for vare- og tjenestekontrakter.<sup>6</sup> For bygge- og anleggskontrakter som overstiger 3 millioner DKK, kan oppdragsgiver ikke innhente såkalte «underhåndsbud».<sup>7</sup>
- I Sverige er den nasjonale terskelverdien for direkte anskaffelser («direktupphandling») 15 prosent av EUs terskelverdi for varer og tjenester, noe som tilsvarer ca. 270 000 SEK.<sup>8</sup> I utredningen «Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling» fra 2013 ble det foreslått både en høyere terskelverdi og en differensiering av terskelverdiene for vare- og tjenestekontrakter og bygg- og anleggskontrakter.<sup>9</sup> Regjeringen fulgte opp forslaget om økning av terskelverdien for «direktupphandling», og har foreslått at den skal være 28 prosent av EU/EØS-terskelverdien for varer og tjenester.<sup>10</sup> Forslaget om en egen, høyere terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter ble ikke fulgt opp, blant annet med den begrunnelse at det ikke bidro til forenkling av reglene.
- I Finland er nasjonale terskelverdier for vare- og tjenestekontrakter 30 000 euro (ca. 240 000

<sup>4</sup> Jf. SIGMA Papers No. 45, “Public Procurement in EU Member States – The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives”, OECD, 2010.

<sup>5</sup> Jf. side 7–10 (oppsummering).

<sup>6</sup> Jf. tilbudsloven § 15 a stk. 1.

<sup>7</sup> Jf. nærmere om ”underhåndsbud” i kapittel 5.2.

<sup>8</sup> Jf. lager om offentlig upphandling (2007:1091) 15 kap. 3.

<sup>9</sup> Jf. SOU 2013: 12 side 277.

<sup>10</sup> Jf. proposisjon 2013/14:133 side 11 flg.

<sup>3</sup> Jf. forskrift 9. september 2005 nr. 1013.

kroner), for kontrakter om helse- og sosialtjenester 100 000 euro (ca. 800 000 kroner), og for bygge- og anleggskontrakter 150 000 euro (ca. 1,2 millioner kroner).<sup>11</sup>

Nivåene varierer altså til dels betydelig mellom landene. Det kan skyldes at gjennomsnittlige kontraktsverdier varierer mellom landene, at landene har gjort ulike samfunnsøkonomiske vurderinger knyttet til kostnader og gevinster ved regelverket, og at selve regelverket (og dermed de samfunnsøkonomiske konsekvensene) varierer mellom landene.<sup>12</sup> Det er redegjort mer utførlig for det danske og svenske anskaffelsesregelverket under EU/EØS-terskelverdiene i kapittel 5.

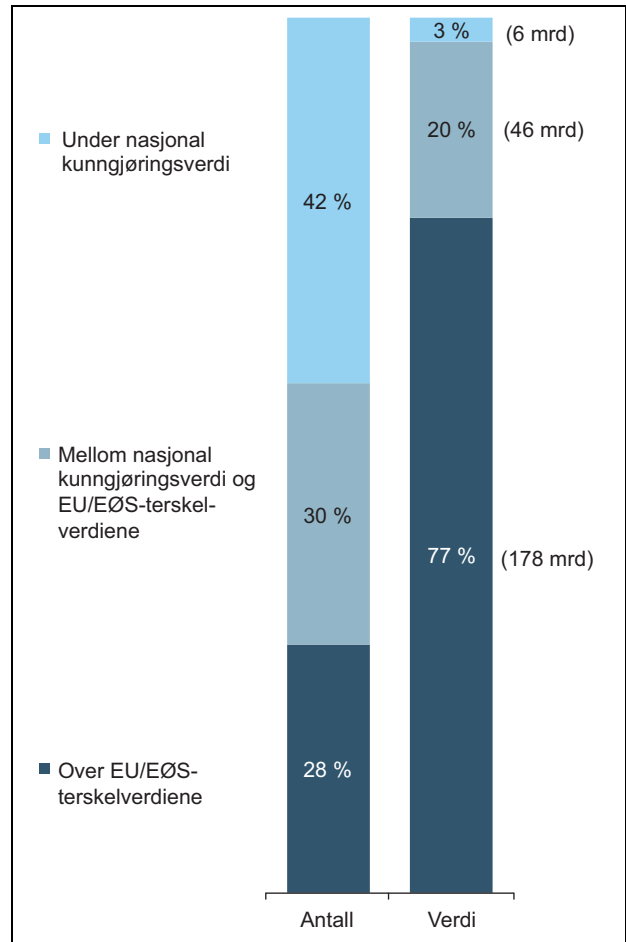
### 13.4 Vurderinger av offentlige anskaffelser i lys av terskelverdier

En betydelig del av de anskaffelser som offentlige oppdragsgivere i EU/EØS-området gjennomfører, er under EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget har fått PwC til å gjennomføre en utredning for blant annet å kartlegge fordelingen av offentlige anskaffelser etter deres verdi i perioden 2009–2012 i Norge. I studien illustrerer figur 13.1 denne fordelingen.<sup>13</sup>

I frekvens (antall konkurranser) utgjør offentlige anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene ca. 72 prosent av det samlede antall anskaffelser, i verdi ca. 23 prosent.<sup>14</sup> Tallene illustrerer at forenklinger i det nasjonale anskaffelsesregelverket som medfører reduserte transaksjonskostnader, potensielt vil kunne gi store effektivitetsgevinster.

Mer relevant i denne sammenheng er forholdet mellom andelen av offentlige anskaffelser i antall og verdi. Hvis den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner senkes, vil flere konkurranser bli omfattet av en kunngjøringsplikt, samtidig som økningen i verdi vil være marginal (42 prosent av antall anskaffelser gjennomføres under nasjonal terskelverdi, men disse utgjør til sammen bare 3 prosent av anskaffelsesvolumet i verdi).

PwC-rapporten viser også at fordelingen av offentlige anskaffelser i henhold til kontraktstype er svært forskjellig. Gjennomsnittlig verdi (per



Figur 13.1 Verdifordelingen av offentlige anskaffelser. Totalt antall og total verdi av kontrakter per verdikategori i gjennomsnitt per år for perioden 2009–2012

kontrakt) på bygge- og anleggskontrakter er betydelig høyere enn vare- og tjenestekontrakter. For anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene var gjennomsnittlig verdi for bygge- og anleggskontrakter nesten 170 millioner kroner, for vare- og tjenestekontrakter ca. 51 millioner kroner. For anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, men over den nasjonale terskelverdien, er gjennomsnittlig kontraktsverdi ca. 900 000 kroner for kontrakter om varer og tjenester, og ca. 9 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter, jf. figur 13.2.<sup>15</sup>

Dette er selvfølgelig ikke overraskende ettersom EU/EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er betydelig høyere enn for vare- og tjenestekontrakter. Det viser imidlertid at om man setter en uniform nasjonal terskelverdi, vil forskriftens del II omfatte en større populasjon

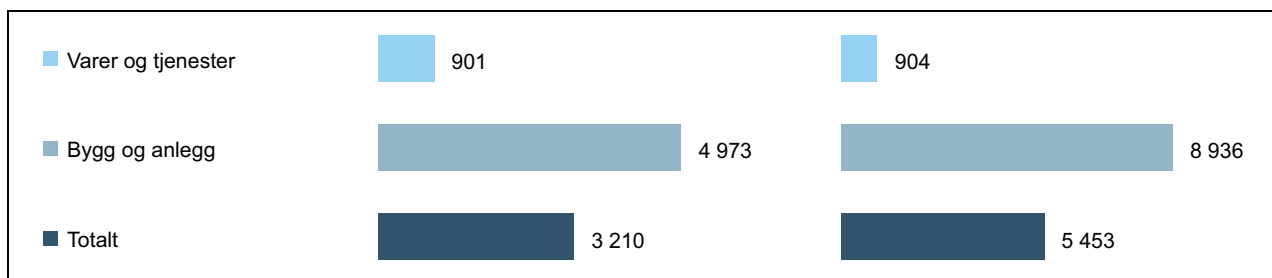
<sup>11</sup> Jf. lagen om offentlig upphandling (348/2007) 16 §.

<sup>12</sup> Det kan selvfølgelig også skyldes at landene har fastsatt terskelverdiene på ulike tidspunkter, ettersom det er en tendens til at terskelverdiene øker over tid på grunn av inflasjon.

<sup>13</sup> Jf. PwC-rapporten side 14.

<sup>14</sup> Verditallet er basert på kunngjorte kontraktsverdier og er et noe usikkert estimat, jf. PwC-rapporten side 13.

<sup>15</sup> Jf. PwC-rapporten side 18.



Figur 13.2 Verdi for anskaffelser mellom nasjonale kunngjøringsverdi og EU/EØS-terskelverdiene, fordelt på kontraktstype for perioden 2009-2012 (i tusen kroner)

av bygge- og anleggskontrakter enn vare- og tjenestekontrakter, både i antall og verdi.

### 13.5 Samfunnsøkonomiske analyser av nasjonale terskelverdier

#### 13.5.1 Innledning

Samfunnsøkonomiske analyser av offentlige anskaffelser og terskelverdier fokuserer typisk på avveiningen mellom (i) transaksjonskostnader (for både oppdragsgiver og leverandører) ved gjennomføringen av konkurranse og (ii) gevinster i form av (økt) konkurranse og dermed mer effektiv bruk av samfunnets ressurser. Nedenfor gis en kort presentasjon av nyere studier av relevans for nasjonale terskelverdier.

#### 13.5.2 Asplan Viak (2008)

Asplan Viak utarbeidet i 2008 en rapport om blant annet nasjonale terskelverdier på oppdrag fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet.<sup>16</sup> Rapporten evaluerte hevingen av den nasjonale terskelverdien fra 200 000 kroner til 500 000 kroner i 2005, samt konsekvensene av en eventuell ytterligere heving til 800 000 kroner. Differensierte nasjonale terskelverdier for vare- og tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter ble også vurdert.

Transaksjonskostnadene ved å følge prosedyrereguleringene ble vurdert å være konstante, uavhengig av anslått verdi på anskaffelsen. Analysen konkluderte med at gevinsten ved økt konkurranse, dvs. at flere leverandører leverer tilbud, raskt flater ut. Konklusjonen var som følger:

«På grunnlag av de tallene vi presenterer i avsnittene ovenfor, konkluderer vi med at virkningen av å heve terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner er i samme størrelsesorden for transaksjonskostnader og konkurransen. Dette underbygger at terskelverdien har et optimalt nivå rundt 500 000 kroner.

Når det gjelder virkningen av en eventuell ytterligere økning av terskelverdien, for eksempel til 800 000 kroner, viser beregningene en negativ konkurranseeffekt som er større enn innsparingen i transaksjonskostnader.»<sup>17</sup>

Når det gjelder spørsmålet om den nasjonale terskelverdien burde differensieres, kom Asplan Viak til at en slik en slik differensiering ikke var å anbefale.<sup>18</sup> Begrunnelsen var at differensiering gjør regelverket mer komplisert, og at man ikke fant noen klare argumenter for at bygge- og anleggskontrakter bør behandles annerledes enn vare- og tjenestekontrakter. Det ble også pekt på at differensiering kan åpne for ineffektive tilpasninger til regelverket ved at oppdragsgivere spesifiserer sine anskaffelser som bygge- og anleggskontrakter for «å nyte godt av» en høyere terskelverdi.

I tillegg vurderte Asplan Viak terskelverdien på 100 000 kroner for plikt til å føre anskaffelsesprotokoll. I rapporten trekkes denne dokumentasjonsplikten frem som grunnlag for at det skapes tilstrekkelig konkurranse under den nasjonale terskelverdien:

«Videre finner vi at det ikke er vesentlig færre tilbud pr oppdrag under terskelverdien enn over. Dette er trolig et utslag av at det er krav om å kontakte flere tilbydere også under terskelverdien. Vi har også avdekket at den

<sup>16</sup> Asplan Viak, "Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi og tiltak i konkurransefasen", 2008. Rapporten er tilgjengelig på [http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/rapport\\_of-fentlige\\_anskaffelser\\_terskelverdier.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/rapport_of-fentlige_anskaffelser_terskelverdier.pdf).

<sup>17</sup> Jf. rapporten side 57.

<sup>18</sup> Jf. rapporten side 63.

såkalte protokollplikten – som gjelder for oppdrag over 100 000 kroner – ser ut til å ha en sterkt disiplinerende virkning på hvordan innkjøperne innretter oppdragene under den nasjonale terskelverdien.»<sup>19</sup>

### 13.5.3 PwC (2011)

I 2011 undersøkte PwC EU/EØS-terskelverdiene og prosedyre reformer på oppdrag fra EU-kommisjonen.<sup>20</sup> Rapporten er strukturert i to deler, hvor første del kartlegger fordelingen av kontrakter over og under EU/EØS-terskelverdiene og bruk av prosedyrer. I andre del estimeres transaksjonskostnadene og kostnadseffektiviteten ved offentlige anskaffelser knyttet til EU/EØS-regelverket. Analysen er basert på kunngjøringer i TED-databasen for perioden 2006–2010, samt en omfattende spørreundersøkelse rettet mot oppdragsgivere og leverandører i de 30 landene som undersøkelsen omfattet.

PwC fant at fordelingen av kontrakter er skjev i den forstand at antall kontrakter er betydelig høyere under EU/EØS-terskelverdiene enn over. Om man ser på verdi, er imidlertid fordelingen naturlig nok noe mer symmetrisk, men fremdeles er andelen høyere under EU/EØS-terskelverdiene enn over (noe som er i samsvar med undersøkelsen PwC har foretatt for utvalget). Basert på fordelingen av kontrakter estimerte PwC hvordan en endring i terskelverdiene vil påvirke omfanget av kontrakter som omfattes av EU/EØS-regelverket. Hvis EU/EØS-terskelverdiene for eksempel heves med 50 prosent, vil omfanget av kontrakter (målt i verdi) som omfattes av regelverket, reduseres med fem prosent.

PwC estimerte så transaksjonskostnadene (for oppdragsgivere og leverandører) ved offentlige anskaffelser. De kom til at transaksjonskostnadene i gjennomsnitt utgjør 1,4 prosent (5,3 milliarder euro) av samlede anskaffelseskostnader, og at leverandørene bærer ca. 75 prosent av disse kostnadene. Videre fant de at det er liten sammenheng mellom kontraktsverdi og transaksjonskostnader, med unntak for svært dyre anskaffelser. Til slutt ble det påpekt stor variasjon mellom landene i undersøkelsen. Eksempelvis utgjør transaksjonskostnadene i Norge og Tyskland mer enn

fire prosent, i Storbritannia og Italia mindre enn én prosent.

PwC vurderte også graden av konkurranse om offentlige kontrakter i de aktuelle landene. Norge kom ut rundt gjennomsnittet med 4,8 bud per kontrakt. Tallene er basert på fordelingen av kontrakter både over og under EU/EØS-terskelverdiene.

I rapporten som ble utarbeidet på oppdrag fra utvalget, har PwC kartlagt hvordan konkurransen om offentlige kontrakter endrer seg med verdien på anskaffelsen, dvs. endrer seg med hvilke regler som kommer til anvendelse, jf. figur 13.3.<sup>21</sup> Figuren illustrerer at graden av konkurranse øker svakt med terskelverdiene. I gjennomsnitt har leverandørene nesten én ekstra konkurrent om man sammenligner anskaffelser under nasjonal terskelverdi med over anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene, dvs. en økning på ca. 20 prosent. Hvorvidt en økning fra tre til fire (eller fra fire til fem) leverandører som konkurrerer med hverandre, spiller en stor rolle for pris og/eller kvalitet på tilbudet, er vanskelig å si. Kanskje er den viktigste effekten av en kunngjøringsplikt at antallet anskaffelser hvor én leverandør leverer tilbud, blir færre. Gevinstene ved konkurranse er uansett svært krevende å måle på en presis måte, kanskje med unntak av kjøp av standardiserte varer og tjenester hvor pris er hovedkriteriet for tildeling.

### 13.5.4 SOU 2013: 12

Terskelverdier er relativt grundig behandlet i den svenske offentlige utredningen «Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling» fra 2013.<sup>22</sup> Drøftelsen knytter seg til terskelverdien for direkte anskaffelser («direktupphandling»), hvor det ikke er krav til konkurranse, men bare et krav om dokumentasjon. Som nevnt ovenfor er grensen fastsatt som et prosentvis beløp av EU/EØS-terskelverdiene – 15 prosent. På tidspunktet for utredningen tilsvarte dette en nasjonal terskelverdi på 284 617 SEK for klassisk sektor.

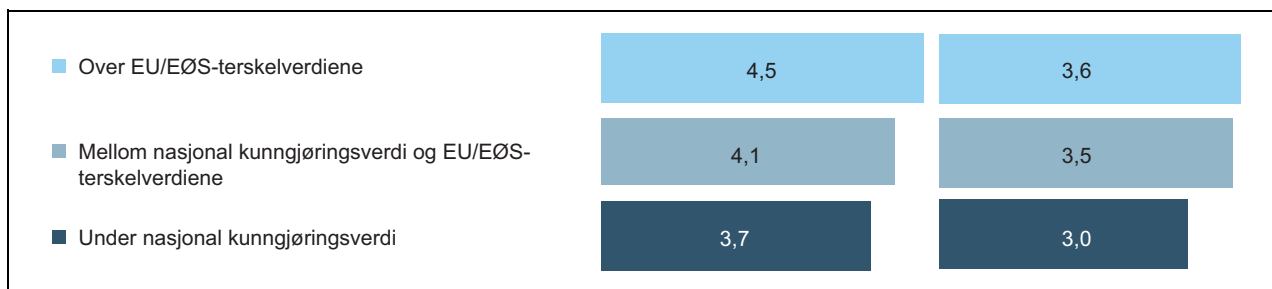
Sentralt i vurderingene er forholdet mellom konkurransegevinster (i form av blant annet lavere priser) og transaksjonskostnader, blant annet basert på erfaringer fra andre nordiske land, inkludert Norge. Man så nærmere på studier gjort i disse landene om samfunnsøkonomiske konsekvenser knyttet til krav om konkurranse og terskelverdier. Basert på dette konkluderte den svenske utredningen med følgende:

<sup>19</sup> Jf. rapporten side 2.

<sup>20</sup> PwC, "Public procurement in Europe – Cost and effectiveness", 2011. Rapporten er tilgjengelig på [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/cost-effectiveness\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/cost-effectiveness_en.pdf).

<sup>21</sup> Jf. rapporten side 44.

<sup>22</sup> Jf. SOU 2013: 12 side 253–286.



Figur 13.3 Gjennomsnittlig og median antall tilbud per kontrakt i ulike verdikategorier for perioden 2009–2012

«Gränserna för direktupphandling i LOU skal vara 600 000 kronor för varor og tjänster samt 1 200 000 kronor för byggtreprenader och att motsvarande beloppsgränser inom LUF ska vara 1 000 000 respektiva 1 600 000 kronor...»<sup>23</sup>

### 13.5.5 KS-rapport (2014)

I februar 2014 fremla Rambøll og Inventura rapporten «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse etter anskaffelsesreglene» på oppdrag fra KS.<sup>24</sup> Betydningen av nasjonale terskelverdier diskuteres særlig i lys av transaksjonskostnader.<sup>25</sup> Beregningen av transaksjonskostnadene er basert på intervjuer med 40 personer om tidsbruk ved ulike typer anskaffelser. Rambøll og Inventura har så beregnet en gjennomsnittlig transaksjonskostnad per aktivitet for en representativ kommune ved å kombinere informasjonen om tidsbruk med lønnskostnader og anskaffelsesfrekvens (basert på kunngjøringer). Med hensyn til terskelverdier, konkluderer rapporten med følgende:

«Kostnadsestimatene viser at anskaffelsesprosessene koster kommunesektoren nesten 871 millioner kroner årlig. Det legges til grunn at det gjennomføres nesten 11 000 anskaffelser årlig. Kostnadsestimatene viser at anskaffelser av helse- og omsorgstjenester og bygg- og anlegg har en større kostnad per anskaffelse sammenlignet med andre anskaffelser av varer eller tjenester.

Funn viser også at kommunesektoren vurderer det som like kostnadskrevende å gjennomføre anskaffelser under og over nasjonal terskelverdi opp til EØS-terskelverdi. Dette forklares med at kommunesektoren i stor grad forholder seg til del II av FOA, og i mindre grad til del I. I tillegg er kommunesektoren opptatt av ikke å gjøre «feil» i anskaffelsesprosessene, og velger derfor ofte å følge et «strengere» regelverk enn det som er nødvendig. Dette kan tyde på at kommunesektoren for anskaffelser under nasjonal terskelverdi ikke nødvendigvis følger intensjonen med regelverket om kostnadseffektive prosesser, jf. LOA § 1 og FOA del I.»<sup>26</sup>

Når det gjelder besparelser som følge av regelverket, heter det videre:

«I et forsøk på å estimere mulig besparelser, velger vi å ta utgangspunkt i en rapport for EU-kommisjonen hvor det konkluderes med at konkurranser kan gi besparelser på 1 % prisreduksjon per tilbyder. Dersom vi legger til grunn estimer fra PwCs rapport, kan dette isolert indikere at kommuner og fylkeskommuner potensielt kan oppnå besparelser på 3 milliarder kroner (4 % av 75 milliarder kroner). Dette er forutsatt at offentlig innkjøp gjennomføres etter anskaffelsesregelverket. Inkluderes estimerte transaksjonskostnader for hva det koster å gjennomføre anskaffelsesprosessene (1,3 milliarder kroner), kan dette gi en potensiell besparelse på ca 1,7 milliarder kroner. Vi understreker at det er stor usikkerhet knyttet til dette tallet.»<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Jf. SOU 2013: 12 side 27.

<sup>24</sup> Rapporten er tilgjengelig på <http://www.ks.no/PageFiles/61852/Rapport%20Kostnader%20besparelser%20og%20effektivisering%20ved%20konkurranse.pdf?epslanguage=no>.

<sup>25</sup> Jf. rapporten side 53–57.

<sup>26</sup> Jf. rapporten side 6.

<sup>27</sup> Jf. rapporten side 6.

## 13.6 Utvalgets vurderinger

### 13.6.1 Nasjonal terskelverdi på 500 000 kroner for plikt til å følge detaljerte prosedyreregler

*Utvalget* har vurdert om den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner for plikt til å følge de særnorske prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II bør endres. Lovgiver har tidligere lagt til grunn at gevinsten ved kunngjøring i Doffin og konkurranse etter detaljerte prosedyreregler overgås av transaksjonskostnadene ved anskaffelser som ligger under 500 000 kroner.

Det er vanskelig å måle om nivået på dagens nasjonale terskelverdi er samfunnsøkonomisk optimalt når man avveier transaksjonskostnader mot gevinster knyttet til konkurranse. Transaksjonskostnadene for oppdragsgivere og leverandører kan med en viss presisjon måles, men gevinstene ved gjennomføring av konkurranse etter detaljerte prosedyreregler er mer komplisert å kartlegge. For kjøp av standardiserte varer og tjenester vil det være mulig å måle gevinsten av konkurranse på pris og kostnader, men for kjøp av ikke-standardiserte varer og tjenester er dette betydelig vanskeligere.

Utvalget ser argumenter både for å senke terskelverdien på 500 000 kroner og for å heve den.

Et vesentlig argument for å senke den nasjonale terskelverdien er at utvalget foreslår en forenkling av prosedyrebestemmelsene i det nasjonale regelverket, jf. kapittel 16.3. Graden av forenkling er imidlertid avhengig av om man ser hen til flertallets eller mindretallets forslag til nytt regelverk. I alle tilfeller er det utvalgets felles forutsetning at forslagene som legges frem, vil medføre lavere transaksjonskostnader både for oppdragsgivere og leverandører. Utvalget legger til grunn at forslaget også vil kunne øke gevinstene knyttet til konkurranse. Eksempelvis vil lavere transaksjonskostnader kunne medføre at flere leverandører finner det lønnsomt å delta i konkurranser om offentlige kontrakter.

Det er grunn til å anta at utbredelsen av elektroniske verktøy for offentlige anskaffelser vil øke betydelig i årene fremover, både som resultat av et påtrykk fra EU gjennom nye krav i direktiv 2014/24/EU og påfølgende forskriftsendringer, men også i form av at oppdragsgivere vil se gevinstene av dette. Som det fremgår av kapittel 18, er utvalget av den oppfatning at økt bruk av elektroniske verktøy vil bidra til å effektivisere anskaffelsesprosessen, noe som tilsier at transaksjonskostnadene over

tid vil kunne reduseres betydelig. Dette kan også tale for at den nasjonale terskelverdien bør senkes.

I tillegg kan lavere terskelverdier tenkes å gjøre det enklere for SMB-er å delta i konkurranser om offentlige kontrakter, ved at de blir sikret kjennskap til konkurransene gjennom kunngjøring.

På den annen side bygger argumentene for å senke den nasjonale terskelverdien på en forutsetning om at gjeldende terskelverdi ligger på riktig nivå. Det er ikke opplagt, gitt utfordringene med å måle gevinster og transaksjonskostnader ved å følge nasjonale prosedyreregler.

Videre kan det hevdes at nasjonale terskelverdier i Norge bør være høyere enn våre naboland fordi transaksjonskostnadene her til lands er høyere, slik PwC har lagt til grunn i sin rapport til Kommisjonen fra 2011. Når det er sagt, kan det ikke utelukkes at gevinstene ved konkurranse om offentlige kontrakter kan være høyere i Norge. Det er derfor vanskelig å trekke noen klare konklusjoner basert på PwCs rapport.

Den nasjonale terskelverdien har ikke vært justert siden 2005. Som følge av inflasjonen er terskelverdiens realverdi således blitt redusert i løpet av den tiårsperiode som har gått. Dette kan tilsa at terskelverdien bør justeres opp. En indeksering av terskelverdien vil kunne sørge for at den realverdi som terskelverdien representerer, holdes konstant.

EU justerte EU/EØS-terskelverdiene 1. januar 2014. Dette er imidlertid ikke et argument verken for å heve eller senke den nasjonale terskelverdien. EU justerer EU/EØS-terskelverdiene annet hvert år, blant annet som følge av forpliktelser etter WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen). Noen ganger heves de, andre ganger senkes de.

Utvalget peker også på at en sammenligning av den nasjonale terskelverdien med tilsvarende terskelverdier i de andre nordiske landene, viser at forskjellene ikke er så store.

*Utvalgets flertall, medlemmene Amdal, Breiland, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Gjønnnes, Liessem og Strømsnes*, foreslår å beholde terskelverdien på 500 000 kroner. Etter flertallets vurdering foreligger ikke tilstrekkelig grunnlag for verken å heve eller senke terskelverdien.

I lys av mindretallets forslag vil flertallet presisere at det ikke på generelt grunnlag utelukker at den generelle prisutviklingen i samfunnet kan tenkes å utgjøre et relevant grunnlag for å justere terskelverdien. I mangel av nærmere utredninger mener imidlertid flertallet at det mangler grunnlag for å foreslå en slik indeksjustering, særlig i

lys av de forenklingstiltak utvalget ellers foreslår i regelverket.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Roll-Matthiesen og Vigander*, foreslår å heve terskelverdien i tråd med den generelle prisøkningen som har funnet sted i perioden 2005–2013. Ifølge SSBs priskalkulator har prisene økt med 16,6 prosent i denne perioden.<sup>28</sup> Mot denne bakgrunn foreslår mindretallet at terskelverdien skal være 600 000 kroner.

### 13.6.2 Egen terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter

*Utvalget* har vurdert om det bør innføres en egen terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter («differensiert terskelverdi»).

EU har valgt å differensiere terskelverdiene avhengig av hvem som er oppdragsgiver (stat eller kommune), og hva som skal anskaffes (varer og tjenester, bygge- og anleggsarbeider, uprioriterte tjenester). Den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner er imidlertid felles for alle oppdragsgivere og alle anskaffelser. Dette ble også anbefalt av Asplan Viak i 2008.

EU/EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er 25 ganger høyere enn for varer og tjenester. Dette kan hevdes å tale for at også den nasjonale terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter bør heves. Skulle den nasjonale terskelverdien vært differensiert på tilsvarende måte, skulle terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter vært 12,5 millioner kroner. Den differensierte terskelverdien på EU/EØS-nivå knytter seg imidlertid i hovedsak til om anskaffelsene har grenseoverskridende interesse. Slike betraktninger er ikke relevante ved fastsettelse av nasjonale terskelverdier.

Flere medlemsland har valgt å differensiere nasjonale terskelverdier. Eksempelvis har danske oppdragsgivere adgang til å innhente såkalte «underhåndsbud» ved konkurranser om bygge- og anleggskontrakter opp til 3 millioner DKK, mens tilsvarende terskelverdi er 500 000 DKK for vare- og tjenestekontrakter.

Etter utvalgets vurdering bør den nasjonale terskelverdien heves bare dersom transaksjonskostnadene overstiger gevinsten ved å følge de detaljerte prosedyrereglene. Ifølge utredningen til Asplan Viak fra 2008 er transaksjonskostnadene uavhengig av hva som skal anskaffes. Asplan Viak har således lagt til grunn at det ikke finnes særlige forhold ved bygge- og anleggskontrakter som

skulle tilsi at det bør gjelde en egen terskelverdi for dem. Hvis man legger Asplan Viak-rapporten til grunn, går grensen ved 500 000 kroner. Utvalget har ikke grunnlag for å mene at dette er feil.

I et forenklingstiltak mener *utvalgets flertall, medlemmene Amdal, Breiland, Fredriksen, Frøyland, Gjønnnes, Lisessem og Strømsnes*, at det er et selvstendig poeng å ha så få terskelverdier som mulig. I mangel av sterke argumenter for å heve terskelverdien generelt, jf. kapittel 13.6.1, foreslår flertallet ikke å innføre en egen terskelverdi for slike kontrakter. Bygge- og anleggskontrakter med en anslått verdi som overstiger 500 000 kroner, skal således være underlagt utvalgets forslag til nytt nasjonalt prosedyreregulativ. Flertallet viser her til at den foreslåtte prosedyren er svært fleksibel og vil kunne utformes på en hensiktsmessig måte, gitt den konkrete anskaffelsen.

Videre vil differensierte terskelverdier medføre at oppdragsgiver må foreta kompliserte grensedragninger mellom bygge- og anleggsarbeider og tjenester. Med dette oppstår en risiko for at oppdragsgiver bryter regelverket hvis feil terskelverdi blir lagt til grunn. Flertallet ønsker ikke å foreslå et slikt terskelverdisystem.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Roll-Matthiesen, Brekke og Vigander*, foreslår en egen terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter. Mindretallet viser til at fordelingen av kontrakter (etter antall og verdi) er svært forskjellig avhengig av om de gjelder bygge- og anleggsarbeider eller varer og tjenester. Siden bygge- og anleggskontrakter gjennomgående har en betydelig høyere kontraktsverdi, vil en generell terskelverdi på 500 000 kroner i praksis innebære «strengere» regulering av disse kontraktene. Det skyldes i hovedsak at en mye større andel av bygge- og anleggskontrakter er omfattet av forskriftens del II enn vare- og tjenestekontrakter. Mindretallet viser også til at det gjelder egne terskelverdier for bygge- og anleggskontrakter både på EU/EØS-nivå og i de nordiske nabolandene. Mindretallet mener at det vil være hensiktsmessig å fastsette terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter på omtrent samme nivå som Danmark (terskelverdien for å innhente «underhåndsbud», jf. kapittel 5.2), noe som tilsvarer en terskelverdi på 3 millioner kroner.

### 13.6.3 Terskelverdi for kontrakter om særlige tjenester

*Utvalget* har vurdert om den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner også skal gjelde for anskaffelser av særlige tjenester, jf. nytt direktiv artikkel

<sup>28</sup> Jf. <http://www.ssb.no/kpi/>.

74–76. Disse tjenestene er nærmere omtalt i kapittel 27. EU/EØS-terskelverdien for disse tjenestene er 750 000 euro (ca. 6 millioner kroner), jf. artikkel 4 bokstav d.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Breiland, Brekke, Fredriksen, Gjønnes, Liessem og Strømsnes*, foreslår at den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner også skal gjelde for de særlige tjenestene. I den gjeldende anskaffelsesforskriften er uprioriterte tjenester – som blant annet inkluderer helse- og sosialtjenester – omfattet av forskriftens del II hvis den anslåtte verdien av tjenestene overstiger 500 000 kroner. Som anført ovenfor mener et flertall i utvalget ut fra et forenklingsspektiv at det er et selvstendig poeng å ha samme terskelverdi for alle tjenester. Argumentene som taler mot en differensiert terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter, taler på tilsvarende vis mot en differensiert terskelverdi for kontrakter om særlige tjenester.

Mot denne bakgrunn foreslår flertallet at kontrakter om særlige tjenester med en verdi som overstiger 500 000 kroner, skal være omfattet av utvalgets forslag til nytt nasjonalt prosedyreregulativ.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Frøyland og Vigander*, foreslår en egen nasjonal terskelverdi på 3 millioner kroner for kontrakter om særlige tjenester. Forslaget innebærer at kontrakter under denne terskelverdien ikke skal være omfattet av utvalgets forslag til nytt nasjonalt prosedyreregulativ. Mindretallet ser det imidlertid som viktig at disse tjenestene er underlagt regelverkets grunnleggende prinsipper.

Mindretallet begrunner sitt standpunkt med de samme betraktninger som fremkommer i mindretallets dissens om egen terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter, jf. kapittel 13.6.2.

EU/EØS-terskelverdien for særlige tjenester (ca. 6 millioner kroner) er rundt tolv ganger høyere enn den gjeldende nasjonale terskelverdien (500 000 kroner). Dette taler etter mindretallets vurdering også for at den nasjonale terskelverdien for særlige tjenester skal være høyere enn for de tradisjonelle tjenestene.

Mindretallets forslag innebærer at samtlige tjenestekategorier som er omfattet av nytt direktiv artikkel 74, gis en høyere terskelverdi enn øvrige tjenester. Dette samsvarer med systemet i EU/EØS.

Majoriteten av de tjenestekategorier som omfattes, er imidlertid helse- og sosialtjenester, som etter mindretallets oppfatning står i en særstilling i forhold til å måtte følge anskaffelsesre-

glene. Det vises i denne sammenheng til de betraktninger om disse tjenestene som gis i direktivet og for så vidt i denne utredningen, jf. kapittel 27. Selv om mange av de særlige hensynene innen denne sektoren er vektlagt i forslag til prosedyrebestemmelser, påpeker mindretallet at det i seg selv er et gode at det ikke gjelder særlige krav til gjennomføringen av en konkurranse ved tildeling av kontrakt under den foreslåtte verdi.

#### 13.6.4 Forenklet kunngjøringsplikt for kontrakter under 500 000 kroner

*Utvalget* har vurdert om det bør innføres regler om plikt til forenklet kunngjøring av konkurranse om kontrakter med en anslått verdi under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner.

En slik regel kan hevdes å bedre SMB-ers tilgang til offentlige kontrakter, og kan tenkes for eksempel bare å omfatte en plikt til å kunngjøre anskaffelsesbehovet. Allerede i dag legger mange kommuner og fylkeskommuner ut aktuelle anskaffelsesbehov på sine websider. For mange offentlige oppdragsgivere vil en forenklet kunngjøringsplikt således ikke medføre de store ekstrabelastingene.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander*, ønsker ikke å foreslå en plikt til forenklet kunngjøring av konkurranse om kontrakter med en anslått verdi under 500 000 kroner. Etter flertallets vurdering vil innføringen av en slik plikt medføre en rettighetsvinklet måte å håndtere selv små anskaffelser på. Dette vil lett kunne komme i konflikt med formålet om effektiv ressursbruk.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland og Gjønnes*, mener at det bør innføres en obligatorisk forenklet kunngjøring for små anskaffelser. For SMB-er er det viktig at kontraktene blir kunngjort på en enkel måte og på et sentralt sted. Kontrakter med liten verdi bør kunngjøres på en enkel og ubyråkratisk måte, for å sikre konkurranse om oppdragene. Kunngjøring av alle småkjøpene i Doffin (Lille Doffin) vil sikre åpen og ryddig konkurranse og reell markedsadgang for SMB-er.

En slik kunngjøringsplikt bør inntre for lave kontraktsverdier. Når utvalget foreslår at anskaffelser under 100 000 kroner skal unntas fra anskaffelsesregelverket i sin helhet, bør kunngjøringsplikten inntre fra denne beløpsgrensen. Det vil alltid være en fare for at innføring av en nedre terskel vil føre til oppsplitting av større kontrakter i mange små for å slippe å kunngjøre kontraktene.



### 13.6.5 Særlig om terskelverdi for skriftlighetskrav

Det gjelder i dag et uttrykkelig skriftlighetskrav for alle anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesforskriften, og en plikt for oppdragsgiver til å føre protokoll ved alle anskaffelser som overstiger 100 000 kroner. Et flertall i utvalget foreslår å videreføre det generelle skriftlighetskravet og sløyfe protokollplikten, jf. kapittel 14. I tillegg foreslår et flertall i utvalget at alle anskaffelser under 100 000 kroner unntas fra anskaffelsesregelverket i sin helhet, jf. kapittel 12.2.

*Utvalget* foreslår at oppdragsgivers plikt til å sikre at alle forhold av vesentlig betydning for konkurransen kan dokumenteres skriftlig, skal gjelde fra 100 000 kroner, dvs. for alle anskaffelser

som utvalget mener skal være omfattet av anskaffelsesregelverket. Etter utvalgets vurdering vil et slikt krav ha god disiplinerende effekt. Rapporten som PwC har utarbeidet på oppdrag fra utvalget, viser at det etter gjeldende rett er god konkurranse om offentlige kontrakter under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner; i gjennomsnitt innehenes 3,7 tilbud i disse konkurransene. Utvalget antar at dette blant annet kan ha sammenheng med den gjeldende forskriftens krav om at oppdragsgiver skal føre protokoll ved alle anskaffelser som overstiger 100 000 kroner. For øvrig peker utvalget på at transaksjonskostnadene knyttet til et krav om å sikre at alle forhold av vesentlig betydning for konkurransen foreligger skriftlig, er lave.

## Kapittel 14

# Skriftlighetskrav

### 14.1 Innledning

En viktig side av gjennomsiktighetsprinsippet er at anskaffelsesprosessen skal være etterprøvable.<sup>1</sup> Det er avgjørende for at leverandørene skal kunne kontrollere at oppdragsgiver har overholdt anskaffelsesreglene. Den gjeldende anskaffelsesforskriften inneholder to bestemmelser som i særlig grad skal ivareta denne siden av gjennomsiktighetsprinsippet – skriftlighetskravet i § 3-1 syvende ledd og plikten til å føre anskaffelsesprotokoll i § 3-2. Det generelle kravet om at vurderinger og dokumentasjon av betydning for gjennomføringen av konkurransen skal foreligge skriftlig, gjelder for alle anskaffelser, mens protokollplikten gjelder for alle anskaffelser som overstiger 100 000 kroner. Direktiv 2004/18/EF artikkel 43 fastsetter en protokollplikt for anskaffelser over EU/EØS-ter-skelverdiene. En slik bestemmelse videreføres i direktiv 2014/24/EU artikkel 84.

*Utvalget* foreslår å videreføre skriftlighetskravet for anskaffelser som overstiger 100 000 kroner. Etter utvalgets vurdering er skriftlighetskravet en nyttig tydeliggjøring av gjennomsiktighetsprinsippet. Ved de minste anskaffelsene tilsier imidlertid hensynet til effektiv ressursbruk og forholdsmessighetsprinsippet at oppdragsgiver fritas fra plikten til å nedtegne sentrale vurderinger og beslutninger, jf. utvalgets forlag om å unnta alle anskaffelser under 100 000 kroner fra regelverket i kapittel 12.2.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander,* mener at plikten til å føre protokoll fremstår overflødig og gammeldags ved siden av det generelle skriftlighetskravet og foreslår derfor at den fjernes.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland og Gjønnnes,* foreslår å videreføre protokollplikten.

Nedenfor er skriftlighetskravet behandlet i kapittel 14.2 og protokollplikten i kapittel 14.3.

### 14.2 Skriftlighetskrav

#### 14.2.1 Gjeldende rett

Etter anskaffelsesforskriften § 3-1 syvende ledd er alle oppdragsgivere underlagt følgende skriftlighetskrav:

«Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet.»

Oppdragsgiver skal med dette sørge for at alle vurderinger og all dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen, nedfelles skriftlig. Plikten er med på å sikre leverandørene muligheten til å etterprøve om oppdragsgiver har fulgt anskaffelsesregelverket, og er således en utpensling av det grunnleggende gjennom-siktighetsprinsippet.<sup>2</sup>

Skriftlighetskravet gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av deres verdi. Med andre ord gjelder skriftlighetskravet i utgangspunktet også for anskaffelser av liten verdi. Forholdsmessighetsprinsippet vil imidlertid kunne tilsi at oppdragsgivers plikt til å nedfelle sine vurderinger og andre forhold skriftlig, er meget begrenset ved små anskaffelser.

#### 14.2.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår at det uttrykkelige skriftlighetskravet i gjeldende forskrift § 3-1 syvende ledd videreføres for anskaffelser over 100 000 kroner. Utvalget viser i denne sammenheng til at plikten til å føre protokoll for anskaffelser over 100 000 kroner, jf. gjeldende forskrift § 3-2, foreslås opphevet, jf. kapittel 14.3.2. Det vises videre til utvalgets forslag om å unnta alle anskaffelser under 100 000 kroner fra regelverket generelt, jf. kapittel 12.2.

<sup>1</sup> Jf. kapittel 10.5.

<sup>2</sup> Jf. kapittel 10.5.

Skriftlighetskravet utledes av gjennom-siktighetsprinsippet. Det kan derfor argumenteres for at det gjelder et skriftlighetskrav uavhengig av om dette er kommet til uttrykk i en egen forskriftsbestemmelse. Utvalget har vanskelig for å se hvordan oppdragsgiver skal kunne sikre etterprøvbarehet for sine vurderinger og beslutninger på annen måte enn ved at de nedfelles skriftlig. Når utvalget likevel foreslår et uttrykkelig skriftlighetskrav, skyldes det dels at skriftlighet er av stor betydning for gjennom-siktigheten i en anskaffelsesprosess, dels at det ikke er like selvsagt for alle oppdragsgivere at gjennom-siktighetsprinsippet innebærer et krav om skriftlighet. Skriftlighetskravet bør derfor tydeliggjøres i regelverket.

Skriftlighetskravet skal gjelde for vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver skal således ikke ha plikt til å nedtegne enhver opplysning «som har betydning for gjennomføringen av konkurransen», sml. ordlyden i gjeldende forskrift § 3-1 syvende ledd. Det er de sentrale vurderingene og beslutningene som oppdragsgiver skal ha plikt til å nedtegne, for eksempel knyttet til eventuelle endringer i konkurransegrunnlaget, avvisning, utvelgelse, tildeling eller avlysning. Oppdragsgiver må vurdere konkret hvilke vurderinger og beslutninger som skal foreligge skriftlig, blant annet i lys av anskaffelsens art og verdi og hvilken prosedyre konkurransen gjennomføres etter. I denne sammenheng peker utvalget på at behovet for presiseringer og eksempler på relevante opplysninger som skal nedtegnes, best vil dekkes gjennom veiledninger til regelverket.

Det stilles ingen formkrav til oppdragsgivers nedtegnelser. Eksempelvis vil det å ta vare på e-postkorrespondanse kunne være en god måte å sikre skriftlighet på. Avgjørende er at nedtegnelsene samlet sett vil kunne gi tredjepersoner en god forståelse av oppdragsgivers valg og vurderinger.

Utvalget foreslår at skriftlighetskravet bare skal gjelde for anskaffelser over 100 000 kroner. Det vises i denne sammenheng til kapittel 12.2 og utvalgets forslag om at alle anskaffelser under 100 000 kroner unntas regelverket i sin helhet. Etter utvalgets vurdering er det uforholdsmessig ressurskrevende at oppdragsgiver skal ha en plikt til å nedfelle sine vurderinger skriftlig også ved de minste anskaffelsene. Et fritak fra skriftlighetskravet for disse anskaffelsene vil være best i tråd med formålet om effektiv ressursbruk. Når anskaffelsens verdi er så vidt liten, legger utvalget til grunn at leverandørenes interesse i å forfølge oppdragsgivers vurderinger også er begrenset.

## 14.3 Protokollplikt

### 14.3.1 Gjeldende rett

Ved gjennomføringen av anskaffelser som overstiger 100 000 kroner, gjelder et særlig skriftlighetskrav. Her har oppdragsgiver plikt til å føre protokoll, jf. § 3-2 første ledd. Plikten til å føre protokoll er en saksbehandlingsregel som på en særlig måte skal bidra til gjennom-siktighet i anskaffelsesprosessen. Leverandørene har rett til innsyn i anskaffelsesprotokollen først etter tildeling av kontrakt, jf. offentlighetsloven § 23 tredje ledd.

Protokollen skal beskrive «alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen», jf. § 3-2 annet ledd. Som et minstekrav skal protokollen alltid omfatte opplysninger som fremgår av vedlegg 3 eller 4 til anskaffelsesforskriften. Ved anskaffelser mellom 100 000 kroner og 500 000 kroner skal protokollen inneholde følgende opplysninger, jf. vedlegg 3:

- Virksomhetens navn
- Protokollførers navn
- Kort beskrivelse av hva som skal anskaffes
- Kontraktens anslåtte verdi
- Hvilke tiltak som gjennomføres for å sikre reell konkurranse, og navn på leverandør(er) som har levert tilbud
- En konkret begrunnelse for hvorfor det eventuelt ikke gjennomføres konkurranse
- Hvis relevant, en begrunnelse for hvorfor leverandører som har skatte- og avgiftsrestanser, fikk anledning til å delta i konkurranse,
- En kort begrunnelse for valg av leverandør og kontraktsverdi
- Hvis relevant, andre vesentlige forhold og viktige beslutninger som er av betydning for konkurransen,
- Dato og protokollførers signatur

Ved anskaffelser som overstiger 500 000 kroner, skal protokollen inneholde, jf. vedlegg 4:

- Virksomhetens navn og adresse
- Protokollførers navn
- Beskrivelse av hva som skal anskaffes, eller hvis relevant, hvilke anskaffelser det dynamiske innkjøpssystemet omfatter
- Kontraktens anslåtte verdi
- Hvilke forhold som tillater oppdragsgiver å gjøre bruk av prosedyrer som krever særskilt begrunnelse
- Navn på leverandører som ønsker å delta i konkurransen, og hvis relevant, leverandører som er valgt ut til å delta i konkurransen og grunnen for utvelgelsen

- Hvis relevant, begrunnelse for hvorfor leverandører som har skatte- og avgiftsrestanser, fikk anledning til å delta i konkurransen
- Hvis relevant, navn på avviste leverandører og grunnen for avvisning
- Navn på alle leverandører som har levert tilbud
- Hvis relevant, grunnen til avvisning av tilbud som anses for å være unormalt lave
- Hvis relevant, årsak til at oppdragsgiver avlyser konkurransen
- Navn på og begrunnelse for valg av leverandør(er) og kontraktsverdi
- Hvis relevant, andel av kontrakt eller rammeavtale som leverandører har til hensikt å overdra til tredjepart
- Hvis relevant, andre vesentlige forhold og viktige beslutninger som er av betydning for konkurransen
- Dato og protokollførers signatur

### 14.3.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander*, foreslår å fjerne oppdragsgivers plikt til å føre anskaffelsesprotokoll. Etter flertallets vurdering er denne plikten overflødig ved siden av det generelle skriftlighetskravet, jf. kapittel 14.2. Avgjørende for etterprøvbareheten i en anskaffelsesprosess er at sentrale vurderinger og beslutninger nedtegnes skriftlig, ikke i hvilken form dette gjøres.

Protokollplikten fremstår også noe gammeldags, ved at oppdragsgiver skal ha en plikt til å opprette et bestemt dokument som blant annet skal inneholde oppdragsgivers navn og adresse og protokollførers navn og signatur. Ved anskaffelser hvor oppdragsgiver har en kunngjøringsplikt og en plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag – dvs. ved anskaffelser over 500 000 kroner – vil mange av de punktene som er opplistet i vedlegg 4 til gjeldende forskrift, allerede foreligge skriftlig etter andre regler i forskriften. Det gjelder blant annet beskrivelse av anskaffelsen, grunnlag for avvisning og grunnlag for valg av leverandør. Etter flertallets vurdering er det lite effektivt å pålegge oppdragsgiver en plikt til å sikre skriftlighet «på nytt» i et eget dokument.

Utvalgets flertall vurderer det dessuten som mest hensiktsmessig at oppdragsgiver tvinges til selv å ta stilling til hvilke vurderinger og beslutninger som må nedtegnes i den aktuelle anskaffelse. Selv om de opplysninger som er angitt som obligatoriske i vedlegg 3 og 4 til gjeldende forskrift, ofte vil være de mest sentrale, kan også

andre forhold være så vesentlige at de bør nedtegnes. Oppstilling av bestemte punkter skaper en risiko for at oppdragsgiver bare nedtegner de opplysninger som er direkte omtalt i vedleggene, men ikke andre vurderinger og beslutninger som er vesentlige i den aktuelle anskaffelsen. Behovet for presiseringer og eksempler på relevante opplysninger som skal nedtegnes, vil etter utvalgets vurdering best dekkes gjennom veiledninger til anskaffelsesregelverket.

Flertallet vil i tillegg peke på at obligatorisk bruk av elektroniske konkurransegjennomføringsverktøy for offentlige oppdragsgivere vil være et viktig virkemiddel og verktøy for å samle og dokumentere alle vesentlige forhold og vesentlige beslutninger knyttet til en anskaffelse. Blant annet vil all korrespondanse med leverandører være dokumentert i et slikt verktøy.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland og Gjønnes*, mener at kravet til å føre protokoll ikke fremstår som overflødig og gammeldags ved siden av det generelle skriftlighetskravet. Det vises til at protokollføring er et utslag av generelle gjennomsiktighets- og rettssikkerhetsprinsipper. Mindretallet og flertallet er enige om at det skal være et skriftlighetskrav, og at vesentlige forhold og viktige beslutninger skal nedtegnes. Uenigheten går derimot på hvordan dette skal gjøres ut fra kravet om forenkling. Det er protokollens oppstilling av vesentlig informasjon om anskaffelsen som er det sentrale.

Mindretallet ser ikke at oppdragsgiver vil få en bedre situasjon ved å «tvinges til selv å ta stilling til hvilke vurderinger og beslutninger som må nedtegnes i den aktuelle anskaffelse», slik som flertallet legger til grunn. Det kan være krevende for oppdragsgiver selv å skulle bedømme hva anskaffelsesregelverket mener med vesentlig informasjon.

Det er ikke nødvendig med en protokoll i papirversjon, så lenge oppdragsgiver har andre systemer, for eksempel elektroniske. Protokollen gir grunnleggende informasjon om de konkurranseelementene som en oppdragsgiver bør gi for å praktisere et minimum av gjennomsiktighet. En protokoll skal benyttes gjennom hele anskaffelsen, den skal ikke skrives i ettertid når informasjonen blir etterspurt av kontrollorganer eller leverandører. Mindretallet er kjent med at det har skjedd i praksis.<sup>3</sup> Innholdet i dagens protokoll er standardisert og gir god veiledning for alle oppdragsgivere. Dette er forenkling. Mindretallet

<sup>3</sup> Jf. Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2008, side 116.

mener at det kan føre til uryddighet og ulike fortolkninger av hva som er vesentlig å ta med i en nedtegnelse, dersom protokollplikten forsvinner.

Mindretallet mener at protokollføring må ses sammen med begrunnelsesplikten. Protokollen er et nyttig redskap for oppdragsgivere for å kunne gi en god begrunnelse, et redskap for kontrollorganer og et redskap for leverandører som ber om innsyn. Kulturen for gode innkjøp starter med små kontrakter.

Mindretallet mener også at det å stryke en så viktig bestemmelse vil kunne føre til en rekke klager til oppdragsgiver, som må bruke mer tid til å besvare hvordan man har gått frem i prosessen,

enn på å skrive en protokoll. Protokollføring kan bidra til ryddige anskaffelsesprosesser og samtidig øke gjennomsiktigheten og dermed minske faren for korrupsjon og favorisering. Regelen om protokollføring skal ikke føre til at det er en plikt til underskrift og dermed sanksjonering av KOFA dersom dette er uteglemt.

Mindretallet kan ikke se at flertallets forslag om å fjerne regelen om protokollføring vil gi noen forenklingsgevinst. Mot denne bakgrunn mener mindretallet at kravet om protokollføring må bestå inntil man har gode elektroniske systemer på plass.

## Kapittel 15

# Kontrakten

### 15.1 Innledning

---

Anskaffelsesregelverket gjelder som hovedregel prosessen frem til inngåelse av kontrakt. Det regulerer derimot i utgangspunktet ikke selve kontraktsfasen. Det gjelder imidlertid en rekke unntak til denne hovedregelen.

Blant annet stiller anskaffelsesregelverket visse krav til hvilke kontraktsvilkår som oppdragsgiver kan og skal stille (kapittel 15.2). Det gjelder videre visse begrensninger for hvor lang kontraktsperiode oppdragsgiver kan fastsette (kapittel 15.3). Når det gjelder rammeavtaler, fastsetter anskaffelsesregelverket regler for tildeling av kontrakter i henhold til rammeavtalen (kapittel 15.4). Anskaffelsesregelverket gir også visse regler om adgangen til å endre en eksisterende kontrakt (kapittel 15.5) og til å dele opp en kontrakt (kapittel 15.6). Endelig inneholder regelverket visse bestemmelser om bruk av underleverandører (kapittel 15.7) og om samordnet innkjøp (kapittel 15.8).

I det følgende gjennomgås de bestemmelsene som regulerer kontraktsvilkår i konkurransefasen og i den etterfølgende kontraktsfasen.

### 15.2 Kontraktsvilkår og kontraktsstandarder

---

#### 15.2.1 Innledning

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-11 regulerer bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår. Denne bestemmelsen gjelder for alle anskaffelser, uansett art og verdi.

*Utvalget* foreslår å fjerne store deler av bestemmelsen, da den er overflødig og innholdet hører hjemme i veiledningen til regelverket. Dette innebærer altså ikke en materiell endring.

#### 15.2.2 Bruk av kontraktsstandarder

I henhold til § 3-11 første ledd skal oppdragsgiver som hovedregel bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, der slike finnes.

For å sikre at konkurransen om offentlige kontrakter skjer på best mulig måte, er det viktig at de kontraktene som brukes inneholder balanserte vilkår. *Utvalget* mener derfor at det er viktig at oppdragsgivere som hovedregel bruker fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, der slike finnes. Offentlige oppdragsgivere har i dag en meget ulik praksis på dette feltet. Noen oppdragsgivere bruker, og ønsker å bruke, standarder, men her er problemet at det heller skorter på utarbeidelsen av slike, i alle fall når det gjelder anskaffelse av varer og tjenester. Andre oppdragsgivere har en tendens til å lage egne standarder som er ubalanserte i egen favør, for å «sikre seg».

Likevel ser ikke *utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Breiland, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, behov for å regulere dette i forskriften. Dette er en regel som ikke har noe rettslig innhold, og som er av mer motiverende art, jf. kapittel 8. Flertallet ønsker heller at bruk av balanserte kontraktsstandarder fremmes i form av veiledning, utarbeidelse av gode standarder mv.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Gjønnnes og Strømsnes*, mener at regelen om kontraktsstandarder må opprettholdes. Dette er en nødvendig og god påminnelse for å understreke et viktig hensyn. Mindretallet mener at bruk av standardkontrakter er viktig for at det ikke skal lages særvilkår eller tas forbehold som skaper ubalanse i forholdet mellom kontraktspartene. I verste fall kan ubalanserte kontraktsvilkår føre til at leverandører går konkurs fordi den offentlige oppdragsgiveren har overført en urimelig stor del av risikoen på leverandøren.

*Medlemmet Gjønnnes* viser videre til sin uttalelse i kapittel 11.5 om at forenkling ikke nødvendigvis er å fjerne bestemmelser, men at

bestemmelsene er av en slik art at oppdragsgivere og leverandører kan forstå innholdet.

### 15.2.3 Kontraktsvilkår

Kontraktsvilkår skal ikke være i strid med EØS-avtalen, jf. § 3-11 annet ledd. Dette innebærer blant annet at kontraktsvilkårene skal være i samsvar med EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Videre fremgår det av bestemmelsen at kontraktsvilkårene skal kunngjøres. Dette er en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 26 i norsk rett.

Følgende konkrete krav til kontraktsvilkår er således oppstilt:

- Kontraktsvilkårene skal være angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, når anskaffelsen er kunngjøringspliktig eller det utarbeides et konkurransegrunnlag.
- Kontraktsvilkårene skal være klart og tydelig utformet.
- Kontraktsvilkårene skal være knyttet til kontraktgjenstanden. Eksempelvis må et kontraktsvilkår kun angå den aktuelle anskaffelsen, det kan ikke pålegge leverandører å innføre tiltak for virksomheten generelt, og det må være saklig begrunnet.
- Kontraktsvilkårene skal stå i forhold til den ytelse som skal anskaffes.
- Kontraktsvilkårene må ikke være diskriminerende.

Kontraktsvilkår kan vedrøre så vel økonomiske som ikke-økonomiske forhold. Det er imidlertid særlig fremhevet i bestemmelsen at kontraktsvilkår kan vedrøre miljøhensyn og sosiale hensyn. Det finnes en del praksis fra EU-domstolen om adgangen til å fastsette kontraktsvilkår, og da særlig slike krav som vedrører miljøhensyn og sosiale hensyn. Denne praksis vil det ikke bli redegjort nærmere for her.

Direktiv 2014/24/EU artikkel 70 viderefører reglene om kontraktsvilkår. Norge er således forpliktet til å innføre en slik bestemmelse for så vidt gjelder anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.

I den nye direktivbestemmelsen gjøres det noen mindre presiseringer og endringer i ordlyden. For det første vises det ikke lenger til at kontraktsvilkårene skal være forenlige med EØS-avtalen. For det andre er det eksplisitt stilt krav om at kontraktsvilkåret skal ha sammenheng med kontraktens gjenstand. Dette er ikke nytt, men en kodifisering av gjeldende rett. Endelig er det til-

føyd at kontraktsvilkår også særlig kan vedrøre økonomiske hensyn og hensyn til fremme av innovasjon og sysselsetting. Også dette er en kodifisering av gjeldende rett.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander,* mener i utgangspunktet at også § 3-11 annet ledd er en overflødig bestemmelse. EØS-avtalen og de grunnleggende prinsippene skal uansett ivaretas gjennom hele anskaffelsen. Det er også utvilsomt at kontraktsvilkår kan omhandle sosiale og miljømessige hensyn.

Ettersom nytt direktiv artikkel 70 nødvendigvis gjør en bestemmelse om kontraktsvilkår for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene, og de føringer som er lagt i denne direktivbestemmelsen allerede følger av gjeldende rett, mener likevel flertallet at en slik bestemmelse bør plasseres i forskriftens felles del (del I) og komme til anvendelse uansett anskaffelsens verdi.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland og Gjønnes,* vil understreke at dette er en faneparagraf for å kunne bruke kontraktsklausuler som vilkår for gjennomføring av kontrakten, forutsatt at disse er forenlige med EØS-retten. En slik hjemmel vil favne kontraktsklausuler generelt, selv om den spesifikke kontraktsklausulen ikke er hjemlet i regelverket. Mindretallet mener at det er særlig viktig at oppdragsgiver gjøres oppmerksom på at kontraktsvilkår som ivaretar sosiale- og miljøhensyn, kan oppstilles. Således anses ikke denne bestemmelsen som overflødig av mindretallet. Også disse medlemmene mener at en slik bestemmelse skal plasseres i del I, uavhengig av føringer i direktivet.

Utvalget overlater til departementet å utforme en bestemmelse som gjennomfører det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 70, og som skal plasseres i del I.

### 15.2.4 Lærlingklausul og antikontraktørklausul

§ 3-11 tredje ledd inneholder en bestemmelse om at oppdragsgiver kan stille krav om at norske leverandører skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning.

Bestemmelsens fjerde ledd inneholder bestemmelser om at oppdragsgiver for bygg- og anleggsarbeid som skal utføres i Norge, kan stille en såkalt antikontraktørklausul: Oppdragsgiver kan kreve at arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt av underentreprenører og deres ansatte, eller ved bruk av lovlig innleid arbeidskraft.

Disse bestemmelsene er nærmere omtalt i kapittel 11.

### 15.2.5 Klausul om lønns- og arbeidsvilkår

Lov om offentlige anskaffelser § 7 inneholder en hjemmel til å fastsette forskrifter om at oppdragsgivere skal ta inn klausuler om lønns- og arbeidsvilkår i sine kontrakter. Denne hjemmelen er benyttet til å fastsette forskrift 8. april 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Disse reglene er nærmere omtalt i kapittel 11.

## 15.3 Kontraktvarighet

### 15.3.1 Innledning

Verken direktiv 2004/18/EF eller gjeldende lov eller forskrift om offentlige anskaffelser gir generelle regler om kontraktvarighet for kontrakter om enkeltstående anskaffelser. Varighet er heller ikke generelt regulert i det nye anskaffelsesdirektivet. Regler om varighet for rammeavtaler er nærmere behandlet i kapittel 15.4.

*Utvalget* vil ikke foreslå å innføre generelle regler om kontraktvarighet. På dette området har det imidlertid oppstått en del uklarheter og misforståelser som utvalget finner grunn til å kommentere i det følgende.

### 15.3.2 Generelt om kontraktvarighet

Som nevnt ovenfor er det ikke gitt noen generelle bestemmelser om kontraktvarighet. For rammeavtaler gjelder det imidlertid i utgangspunktet en begrensning på fire år. Begrensningen er begrunnet i hensynet til å sikre effektiv konkurranse, nettopp fordi rammeavtaler – og særlig rammeavtaler med flere leverandører – på grunn av sin karakter og fleksibilitet ofte vil bli inngått for en lengre periode enn kontrakter om enkeltstående ytelser. Hovedregelen kan imidlertid fravikes når det er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjensstand.

Begrensningen på fire år som gjelder for rammeavtaler, gjelder ikke for kontrakter om enkeltstående anskaffelser. Utvalget har inntrykk av at det i praksis ofte råder en misforståelse vedrørende dette, i den forstand at man feilaktig antar at det gjelder en generell begrensning på fire år for alle typer kontrakter.

At det kan inngås kontrakter med lenger varighet enn fire år, synes å være forutsatt i anskaffelsesforskriftens beregningsregler, jf. § 2-3 tiende ledd: Beregningsgrunnlaget for tidsbegrensede

kontrakter med en løpetid på mer enn fire år, der det ikke er fastsatt en samlet pris, skal være den månedlige raten multiplisert med 48.<sup>1</sup>

Selv om det ikke gjelder eksplisitte regler for varighet, er det likevel ikke slik at oppdragsgiver står helt fritt. Regelverket gir altså visse føringer.

For det første er kontraktvarighet et kontraktvilkår. Som redegjort for i kapittel 15.2.3 må et slikt kontraktvilkår være i samsvar med EØS-avtalen. Dette innebærer blant annet at de grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippene setter visse grenser.

Prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet kan tilsi at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakter med lenger varighet enn det som er nødvendig. Oppdragsgiver kan altså ikke omgå anskaffelsesregelverket ved å inngå kontrakter med uforholdsmessig lang varighet. Dette ville på sikt hindre konkurransen om kontrakten. Lang kontraktvarighet kan for eksempel øke risikoen for at øvrige leverandører forsvinner fra markedet.

Hvorvidt en gitt kontraktlengde er tillatt, må oppdragsgiver vurdere konkret. Vurderingen må foretas blant annet på bakgrunn av kontraktens gjenstand og kompleksitet.

Konkurransehensynet kan i noen tilfeller tilsi lange avtaleperioder. Det vil særlig være tilfellet der det er tale om investeringskrevende varer og tjenester. Lengre avtaleperioder bidrar til en større grad av forutsigbarhet som kan være nødvendig for at nye aktører skal kunne forsvare de store investeringene. I slike kontraktforhold kan avskrivningsperioden for materialer eller bygninger som trengs for å utføre oppgaven, være relevant. Dette gjelder i alle fall i tilfeller der materialer eller bygninger er såpass spesialisert at de vil ha liten verdi på brukmarkedet etter at kontrakten er gjennomført. En lengre avtaleperiode vil videre gi mulighet for å tilrettelegge tjenesten slik at også oppdragsgiver nyter godt av effektivitetsgevinster. Det er ressurskrevende å gjennomføre offentlige anskaffelser. Transaksjonskostnadene ved et leverandørskifte kan også være et relevant moment ved fastsettelse av kontraktens lengde. Dersom slike kostnader er betydelige, tilsier det adgang til en forholdsmessig lengre kontraktvarighet.

Også behovet for kontinuitet kan begrunne lengre kontraktperioder. Dette vil særlig være tilfellet der det er personlige brukere som er motta-

<sup>1</sup> Regelen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 9 nr. 8 bokstav b romertall i. Regelen videreføres i nytt direktiv artikkel 5 nr. 14 bokstav b.



kere av varene eller tjenestene som skal leveres, for eksempel innen helse- og sosialsektoren. Slike brukere vil i noen tilfeller kunne ha særlig behov for trygghet og kontinuitet i leveransene, jf. nærmere i kapittel 27.

Det kan således være flere grunner til at det vil være akseptabelt med en forholdsvis lang kontraktvarighet.<sup>2</sup> Inngås svært langvarige kontrakter, skjerpes imidlertid kravene til begrunnelse og dokumentasjon for oppdragsgivers vurderinger.<sup>3</sup>

### 15.3.3 Tidsbegrensede kontrakter

Anskaffelsesregelverket gir heller ikke noen eksplisitte bestemmelser om bruken av tidsbegrensede kontrakter. Det er således heller ikke noe forbud mot å inngå slike avtaler. Regelverket synes tvert imot å forutsette at det er mulig; det gis for eksempel i forskriftens § 2-3 tiende ledd regler om beregning av kontraktsverdi for tidsbegrensede kontrakter:

«For *tidsbegrensede tjenestekontrakter* eller tjenestekontrakter med en løpetid på mer enn 48 måneder, hvor det ikke er fastsatt en samlet pris, skal beregningsgrunnlaget være den månedlige rate multiplisert med 48».<sup>4</sup> [Utvalgets kursiveringer].

EU-domstolen har også i sak C-454/06 (Presstext), slått fast at selv om tidsbegrensede kontrakter kan hindre konkurranse mellom mulige tjenesteytere og dermed hindre anvendelse av anskaffelsesdirektivene, er det «på fellesskapsrettens nåværende utviklingstrinn» ikke noe til hinder for å inngå tidsbegrensede offentlige tjenesteytelsesavtaler.<sup>5</sup>

Forutsetningen må være at kontrakten inneholder oppsigelsesklausul. En klausul som inne-

bærer at partene forplikter seg til ikke å si opp avtalen i en bestemt periode, kan ikke på forhånd anses for å være i strid med EU/EØS-retten.<sup>6</sup> Det vil derimot kunne være anskaffelsesrettslig problematisk dersom oppdragsgiver gir avkall på retten til å si opp kontrakten i en svært lang periode, eller at slik oppsigelsesadgang helt utelukkes.<sup>7</sup>

Spørsmålet oppstår da om det inntreer en plikt til å si opp avtalen og utlyse ny konkurranse etter en viss periode.

Anskaffelsesregelverket regulerer i hovedsak prosessen frem til signering av kontrakt. Dette kunne tale for at det ikke inntreer en slik plikt. Når først en tidsbegrenset kontrakt er inngått etter konkurranse, og potensielle leverandører således har hatt mulighet til å ta tidsaspektet i betraktning ved vurderingen av om de skal levere tilbud, bør oppdragsgiver også kunne velge å la kontrakten løpe så lenge det er hensiktsmessig. Eventuelle negative virkninger av at en kontrakt faktisk løper over meget lang tid, vil bli kompensert gjennom forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i en kontrakt.

Etter *utvalgets* oppfatning tilsier imidlertid de EU/EØS-rettslige prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet at løpende avtaler må konkurransesettes med jevne mellomrom.<sup>8</sup>

Som nevnt over vil inngåelse av uforholdsmessig lange kontrakter på sikt kunne hindre konkurransen om et oppdrag. Tidsbegrensede kontrakter som faktisk får løpe over uforholdsmessig lang tid, vil tilsvarende kunne hindre konkurransen, og vil kunne ses på som en omgåelse av regelverket.<sup>9</sup>

Momenter som er relevante for vurderingen av hva som er en passende kontraktslengde for tidsbegrensede avtaler, jf. ovenfor, vil altså være relevante også for vurderingen av når tidsbegrensede avtaler bør sies opp.

<sup>2</sup> I KOFA saker 2011/231 (tjenestepensjon) og 2011/252 (transporttjenester) ble kontraktsperioder på åtte år ikke ansett som uberettiget lang tid.

<sup>3</sup> Jf. KOFA sak 2010/23 som gjaldt anskaffelser av ambulansetjenester. KOFA anerkjente at normal avskrivningstid for båtene kunne være relevant ved fastsettelse av kontraktsperioden. Men dersom det inngås kontrakter med så lang varighet som ti år, må alle fakta som er lagt til grunn for vurderingen av kontraktens varighet, kunne dokumenteres. Slik dokumentasjon forelå ikke, og KOFA konkluderte med at det forelå brudd på kravet til konkurranse i lovens § 5.

<sup>4</sup> Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 9 nr. 8 bokstav b romertall ii i norsk rett. Regelen videreføres i nytt direktiv artikkel 5 nr. 14.

<sup>5</sup> Jf. avsnitt 74.

<sup>6</sup> Jf. avsnitt 75. Konkret ble et treårig avkall på retten til å si opp kontrakten ikke funnet å være i strid med reglene, jf. avsnitt 80.

<sup>7</sup> Jf. generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse avsnitt 74.

<sup>8</sup> Dette har også FAD konkludert med i et brev til Konkurransetilsynet av 24. februar 2012 om kjøp av tjenestepensjon. Brevet er tilgjengelig på [http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse\\_konk\\_tjenestepensj.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_konk_tjenestepensj.pdf).

<sup>9</sup> Det er en viss, om enn indirekte, støtte for en slik tolkning i sak C-454/06 (Presstext). Det vil være problematisk om kontrakten faktisk løper i uforholdsmessig lang tid eller endog til evig tid, for eksempel der oppdragsgiver forplikter seg til å ikke si opp kontrakten. Det samme må gjelde der oppdragsgiver faktisk ikke benytter seg av en oppsigelsesadgang i en meget lang periode.

## 15.4 Rammeavtaler

### 15.4.1 Innledning

En rammeavtale er en avtale mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagt mengde.<sup>10</sup>

Bruken av rammeavtaler kan gi administrative besparelser både for oppdragsgivere og leverandører. Rammeavtaler kan også gi oppdragsgiver stor fleksibilitet der anskaffelser skal skje over et tidsrom. Flexibiliteten må imidlertid avveies mot regelverkets grunnleggende prinsipper om gjennomsiktighet og konkurranse. Disse kravene innebærer blant annet at oppdragsgiver må gi tilstrekkelig informasjon om innholdet av anskaffelsen, fremgangsmåten og tildelingskriteriene som skal benyttes for inngåelse av den enkelte kontrakt, og at en rammeavtale i utgangspunktet ikke kan inngås for mer enn fire år, jf. nærmere under.

Oppdragsgivere er i utgangspunktet ikke forpliktet til å foreta anskaffelser under en rammeavtale. En rammeavtale er således i utgangspunktet bare et «stående tilbud» som oppdragsgiver kan velge å benytte seg av.<sup>11</sup> Det er imidlertid ikke noe til hinder for at oppdragsgiver kontraktsrettslig forplikter seg til å foreta slike anskaffelser, og dette vil da også ofte kunne gi oppdragsgiver en bedre avtale.<sup>12</sup>

*Utvalget* vil foreslå en forenklet bestemmelse om rammeavtaler.

### 15.4.2 Gjeldende rett

Bruken av rammeavtaler er regulert i §§ 6-1, 6-2 og 6-3. Reglene her er nesten identiske med bestemmelsene i forskriftens del III, som gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 32 i norsk rett.<sup>13</sup>

Oppdragsgiver har mulighet til å benytte tre typer rammeavtaler:

- Rammeavtaler med en enkelt leverandør, der alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen.
- Rammeavtaler med flere leverandører om den samme ytelsen, der alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen.
- Rammeavtaler med flere leverandører om den samme ytelsen, der ikke alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen (med gjenåpning av konkurransen).

Rammeavtaler med flere leverandører om den samme ytelsen kalles parallelle rammeavtaler.

Tildeling av rammeavtaler skal skje i henhold til anskaffelsesregelverkets alminnelige prosedyrer. Det vil blant annet si at rammeavtalen skal kunngjøres etter de alminnelige regler, og at oppdragsgiver må anvende en av de tillatte anskaffelsesprosedyrer, og at partene i rammeavtalen skal utpekes på grunnlag av fastsatte tildelingskriterier.

Hvilke prosedyrer som gjelder for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen (avrop), avhenger av hvilken type rammeavtale det er snakk om.

Ved rammeavtaler med en leverandør gjøres avrop på bakgrunn av de vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen. Oppdragsgivere kan skriftlig konsultere leverandøren og be ham om å utfylle sitt tilbud.

Hva som ligger i det å «utfylle tilbudet», er ikke helt klart. I lys av ordlyden i direktivet artikkel 32 legger utvalget til grunn at dette skal dekke et behov for å gjøre enkle presiseringer og utregninger; det er ikke anledning til å gå i forhandling eller endre/forbedre tilbudet.

Ved rammeavtaler med flere leverandører der alle vilkår er fastsatt, tildeles kontrakten på bakgrunn av disse vilkårene, uten at konkurransen gjenåpnes. Det kan tenkes flere ulike metoder for avrop ved slike parallelle rammeavtaler. Etter den såkalte kaskademodellen vil oppdragsgiver for eksempel måtte ha en rangliste. Der leverandøren med det beste tilbudet ikke kan levere, for eksempel ved kapasitetsproblemer, må oppdragsgivere gå til leverandøren med det nest beste tilbudet.

Ved rammeavtaler med flere leverandører der ikke alle vilkår er fastsatt, skjer tildeling ved gjenåpning av konkurransen – såkalt minikonkurranse. Her får leverandørene mulighet til å forbedre sine tilbud. Oppdragsgiver må anvende følgende prosedyre:

- Oppdragsgiver skal skriftlig konsultere de leverandører som er i stand til å utføre kontrakten.

<sup>10</sup> Jf. definisjonen i gjeldende forskrift § 4-2 bokstav f, som følger av direktiv 2004/18/EF artikkel 1 nr. 5.

<sup>11</sup> Dette er nå uttrykkelig slått fast i premiss 61 i fortalen til det nye anskaffelsesdirektivet.

<sup>12</sup> Uansett om oppdragsgiver forplikter seg eller ei, vil en rammeavtale være omfattet av forskriftens regler om rammeavtaler.

<sup>13</sup> Den eneste forskjellen er at det ikke i del II er inntatt krav om at en rammeavtale med flere leverandører skal inngås med minimum tre leverandører, sml. § 15-3 første ledd.

- Oppdragsgiver skal fastsette en tilstrekkelig lang frist til at leverandørene kan utarbeide tilbud.
- Tilbudene skal innsendes skriftlig, og deres innhold skal holdes fortrolig inntil utløpet av ovennevnte frist.
- Kontrakt vil bli tildelt den leverandøren som har levert det beste tilbudet i henhold til de fastsatte tildelingskriteriene. Oppdragsgiver må altså her foreta en vurdering av de nye tilbudene fra leverandørene.

Oppdragsgiver må ikke misbruke eller anvende rammeavtaler på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen.

Rammeavtaler kan som hovedregel ikke inngås for mer enn fire år. Hovedregelen kan likevel fravikes i tilfeller der det er «særlig berettiget», ut i fra rammeavtalens gjenstand. Det vil for eksempel være tilfellet der lengre varighet er nødvendig for å sikre effektiv konkurranse om den aktuelle kontrakten, eller der utførelsen av kontrakten krever investeringer med nedskrivningsperiode på over fire år.<sup>14</sup> Også behovet for kontinuitet i ytelsen for eventuelle brukere av tjenesten vil kunne være et relevant hensyn. Det vises for øvrig til kapittel 15.3 om varighet. De momenter som trekker i retning av at det må være tillatt med langvarig kontraktsperiode, vil være relevante ved vurderingen av om vilkåret om «særlig berettiget» er oppfylt.

Det er bare de oppdragsgivere eller leverandører som opprinnelig var part i avtalen, som kan benytte seg av rammeavtalen. Nye oppdragsgivere eller leverandører kan altså ikke senere slutte seg til en eksisterende rammeavtale. Det kan heller ikke på annen måte gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene, jf. kapittel 15.5.

Til sammenligning inneholder forsyningsforskriften en ganske forenklet bestemmelse om rammeavtaler, jf. § 6-1.<sup>15</sup> Her fremgår det at oppdragsgivere som har inngått en rammeavtale i samsvar med forskriftens regler, kan tildele kontrakter som bygger på rammeavtalen uten kunnngjøring. Det sondres ikke her mellom rammeavtaler med én eller flere leverandører, og det gis ikke nærmere regler om eventuell gjenåpning av konkurransen mellom leverandørene i rammeavtalen. Det er imidlertid fastslått at rammeavtaler ikke

må misbrukes eller anvendes på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen.

### 15.4.3 Nytt anskaffelsesdirektiv

Direktiv 2014/24/EU har en bestemmelse om rammeavtaler i artikkel 33. Dette er dels en videreføring av gjeldende bestemmelse med noen presiseringer, dels nye regler.

Det fremgår av den nye bestemmelsen at avrop fra en rammeavtale bare kan foretas av de oppdragsgivere som er tydelig identifisert til dette formål i kunnngjøringen. En slik identifikasjon kan skje enten ved henvisning til navn eller på annen måte, for eksempel ved å referere til en bestemt kategori av oppdragsgivere innenfor et klart avgrenset geografisk område.<sup>16</sup> Oppdragsgiverne som skal være part i rammeavtalen, må således enkelt og utvetydig kunne identifiseres.

Det presiseres også i den nye bestemmelsen at avrop fra en rammeavtale i noen tilfeller kan skje på bakgrunn av fastsatte vilkår, og i andre tilfeller ved gjenåpning av konkurransen, dvs. at ulike avropsmekanismer kombineres, for eksempel for ulike delkontrakter eller elementer av avtalen. Dette må fremgå av konkurransegrunnlaget, og valget av avropsmekanisme må gjøres på bakgrunn av objektive kriterier.

Regelen i direktiv 2004/18/EF om at oppdragsgiver skal inngå kontrakt med minst tre leverandører, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud, er opphevet. Oppdragsgiver kan altså fremover velge å inngå rammeavtale med bare to leverandører.

I direktivets fortale presiseres det at en kontrakt basert på en rammeavtale må inngås innen rammeavtalens utløp, men varigheten av en slik kontrakt behøver ikke å være sammenfallende med varigheten av selve rammeavtalen.<sup>17</sup> Den enkelte kontrakten (avropet) kan altså ha kortere eller lengre varighet enn selve rammeavtalen. Lengden på den enkelte kontrakten må kunne fastsettes med henblikk blant annet på hvor lang tid det tar å gjennomføre kontrakten, om det skal skje vedlikehold av utstyr som har lenger levetid enn fire år, eller om det er nødvendig med omfattende trening av personale. Dette må også bety at den enkelte kontrakten kan løpe utover rammeavtalens varighet, for eksempel der kontrakt inngås rett før rammeavtalens utløp. Videre må en enkelt kontrakt også etter omstendighetene kunne ha

<sup>14</sup> Jf. Kommisjonens forklarende dokument om rammeavtaler, CC/2005/03.

<sup>15</sup> Denne følger av direktiv 2004/17/EF artikkel 14.

<sup>16</sup> Jf. direktivets fortale premiss 60.

<sup>17</sup> Jf. premiss 62.

lenger varighet enn fire år, dersom det er «behørig begrunnet».

Reglene om rammeavtaler i det nye forsyningsdirektivet er fortsatt betydelig enklere enn bestemmelsene i det nye anskaffelsesdirektivet.<sup>18</sup> Det presiseres nå at avrop på rammeavtaler skal skje på grunnlag av objektive regler og kriterier som skal fremgå av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, for eksempel ved gjenåpning av konkurransen.

#### 15.4.4 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* mener at dagens regulering av rammeavtaler er for omfattende og detaljert utformet. Den inneholder også en del gjentakelser og unødvendige presiseringer:

- Det følger allerede av andre bestemmelser at oppdragsgiver skal følge prosedyrereglene for tildeling av rammeavtalen, og at valg av leverandør skal skje på bakgrunn av tildelingskriteriene, jf. § 6-1 første ledd.
- Det følger allerede av de alminnelige prinsippene at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene, jf. tredje ledd, og at rammeavtaler ikke må misbrukes til å hindre, begrense eller vri konkurransen, jf. femte ledd.

Utvalget mener heller ikke at det er behov for ulik regulering av rammeavtaler med en eller flere leverandører. Utvalget vil i stedet foreslå en samlet bestemmelse som bygger på ordlyden i bestemmelsen i det nye forsyningsdirektivet. Dette innebærer at det ikke oppstilles detaljerte prosedyrer for avrop, men at det bare presiseres at tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale skal skje på grunnlag av objektive regler og kriterier, som kan innebære at det iverksettes en ny konkurranse blant de aktuelle leverandørene.

Utvalgets forslag er ment å gi oppdragsgiver større fleksibilitet enn over EU/EØS-terskelverdiene, ved ikke å detaljregulere hvordan det skal gjøres avrop på rammeavtalene. Det avgjørende er at avropene foretas i overensstemmelse med de grunnleggende prinsippene i regelverket.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende bestemmelse om at det som hovedregel skal gjelde en begrensning på fire år for en rammeavtales varighet, med unntak av tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand. En slik begrensning skal imidlertid ikke gjelde for rammeavtaler om helse- og sosialtjenester. Siden det

ofte vil være forhold ved slike tjenester som tilsier lengre kontraktsperioder, foreslår utvalget en særbestemmelse som slår fast at det ved slike rammeavtaler ikke gjelder en hovedregel om maksimal varighet på fire år. Her skal rammeavtalens varighet som hovedregel tilpasses brukerens behov og kontraktens formål og gjenstand, jf. nærmere i kapittel 27.

## 15.5 Endring av eksisterende kontrakt

### 15.5.1 Innledning

Det kan i flere situasjoner være nødvendig eller hensiktsmessig for oppdragsgiver å gjøre endringer i en eksisterende kontrakt. Oppdragsgivers behov kan ha endret seg over tid; det kan for eksempel være ønskelig å øke mengden av varer som skal leveres utover det avtalte volumet, eller forlenge kontrakten utover den avtalte kontraktsperioden. Det kan også oppstå spørsmål om adgangen til å endre den avtalte prisen, endre hvem som er parter i avtalen, eller for øvrig endre kontraktsvilkårene, særlig i langvarige og komplekse kontrakter.

Som nevnt innledningsvis gjelder anskaffelsesregelverket bare prosessen frem til kontraktsinngåelse. Det gjelder likevel visse begrensninger i oppdragsgivers adgang til å endre en eksisterende kontrakt.

*Utvalget* vil ikke foreslå egne bestemmelser om endring i kontrakt i forskriftens del II. Utvalget foreslår derimot at bestemmelsene om endring i kontrakt som følger av det nye anskaffelsesdirektivet, tas inn i forskriftens fellesdel (del I).

### 15.5.2 Gjeldende rett

Anskaffelsesregelverket inneholder ingen eksplisitte regler om adgangen til å foreta endringer i eksisterende kontrakter. Reglene innebærer imidlertid at endringer i en eksisterende kontrakt i noen tilfeller vil bli ansett som inngåelse av en ny kontrakt. Dette følger av gjennomsiktighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet, og er blitt slått fast av EU-domstolen i den såkalte Presse-text-avgjørelsen.<sup>19</sup> Det betyr at oppdragsgiver ikke uten videre kan foreta enhver ønsket endring i en eksisterende kontrakt.

Hvis den opprinnelige kontrakten inneholder vilkår om at kontrakten kan endres underveis i avtaleperioden, kan oppdragsgiver i utgangspunkt

<sup>18</sup> Jf. direktiv 2014/25/EU artikkel 51.

<sup>19</sup> Jf. sak C-454/06 (Pressetext) avsnitt 34.

tet gjøre dette uten at han må iverksette ny konkurranse.

Der kontrakten ikke inneholder noen endringsklausul, vil det likevel kunne være mulig å gjøre enkelte mindre endringer uten at det fører til plikt til å iverksette ny konkurranse.

Foretas det vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt, vil dette imidlertid likestilles med inngåelse av en ny kontrakt, og dermed forplikte oppdragsgiver til å konkurransesutsette kontrakten. Manglende konkurransesutsetting i slike tilfeller innebærer at endringer anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Dette vil også være tilfellet selv om det ellers er saklige grunner for å foreta endringene.

Hva som er en vesentlig endring, må avgjøres konkret, og vurderingen må ta utgangspunkt i den opprinnelige kunngjøringsteksten og konkurransegrunnlaget. Dette er et vanskelig tema som ved flere anledninger har vært gjenstand for avgjørelser fra så vel EU-domstolen som KOFA.

EU-domstolen har i den omtalte Presstext-avgjørelsen slått fast at en endring er vesentlig når den endrede avtalen er avgjørende forskjellig fra den opprinnelige avtalen, og derfor viser at det var partenes vilje å reforhandle avtalens grunnleggende elementer. I avgjørelsen oppstiller domstolen fire typetilfeller av endringer som kan medføre at man har å gjøre med en ny kontrakt.<sup>20</sup>

For det første vil en endring være vesentlig hvis den fører til nye betingelser som, hvis de hadde vært en del av den opprinnelige kontraktsinngåelsen, ville ha forrykket konkurranseresultatet. Det er tilfellet der andre leverandører enn de som faktisk deltok, ville hatt mulighet til å delta i konkurransen om de hadde kjent til de nye betingelsene. Det er også tilfellet der øvrige leverandører ville kunne ha utformet sine tilbud annerledes, slik at et annet tilbud kunne blitt valgt.

For det andre vil en endring være vesentlig hvis den utgjør en betydelig utvidelse av omfanget av ytelsene i forhold til det som opprinnelig var avtalt. Det vil avhenge av den konkrete kontrakten, inkludert den opprinnelig avtalte kontraktsverdien og verdien av selve utvidelsen.<sup>21</sup>

For det tredje vil en endring være vesentlig hvis den innebærer at kontraktens økonomiske balanse endres til fordel for den eksisterende leverandøren. Eksempelvis vil prisen alltid utgjøre en

viktig betingelse i en kontrakt. En prisøkning vil derfor i utgangspunktet lett kunne bli ansett som en vesentlig endring som vil kreve en ny konkurranse. Hvis endringen er i oppdragsgivers favør, for eksempel der leverandøren senker sine priser, vil dette derimot i utgangspunktet ikke utgjøre en vesentlig endring.<sup>22</sup>

For det fjerde vil overdragelse av kontrakten til en annen leverandør i utgangspunktet utgjøre en vesentlig endring.<sup>23</sup> Dette gjelder likevel ikke unntaksfritt. I Presstext-saken ble en overdragelse som reelt sett var en omstrukturering, og som ikke endret de opprinnelige kontraktsvilkårene, akseptert.<sup>24</sup>

Det er for øvrig ikke bare anskaffelsesregelverket som setter grenser for hvilke endringer som kan gjøres i en kontrakt. Begrensninger kan også følge av regelverket om offentlig støtte. Ulovlig støtte kan forekomme der oppdragsgiver ikke betaler markedspris for ytelser som ikke har vært konkurransesatt. Oppdragsgiver må altså sikre at leverandøren får markedspris for eventuelle nye eller endrede ytelser.

### 15.5.3 Nytt anskaffelsesdirektiv

Direktiv 2014/24/EU artikkel 72 angir regler om adgangen til å foreta endringer i eksisterende kontrakter. Dette er primært en kodifisering av gjeldende rett, men på noen punkter går bestemmelsen lenger.

Det slås i bestemmelsen fast at oppdragsgiver, når visse betingelser er oppfylt, kan foreta følgende typer endringer uten å gjennomføre ny konkurranse i henhold til regelverket:

- endringer som følger av en endringsklausul
- nødvendige supplerende leveranser fra den opprinnelige leverandøren
- endringer som følge av uforutsette omstendigheter
- endringer ved overdragelse av kontrakten til en annen leverandør som følge av omstruktureringer med videre
- endringer som ikke er vesentlige

<sup>20</sup> Jf. sak C-454/06 (Presstext) avsnitt 35–37 og 40.

<sup>21</sup> Jf. for eksempel også sak C-160/08 (Kommissjonen mot Tyskland) og C-337/98 (Matra), samt KOFAs saker 2010/165, 2009/232, 2009/208, 2010/179 og 2012/212.

<sup>22</sup> Jf. også generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse avsnitt 90, der det fremgår at det ikke kan utelukkes at en slik endring likevel vil kunne være vesentlig. Eksempelvis vil det kunne være problematisk om en leverandør i en misligholdssituasjon senker sine priser på det vilkår at oppdragsgiver ikke hever kontrakten.

<sup>23</sup> Jf. også KOFAs saker 2008/205 og 2008/37.

<sup>24</sup> Jf. også EU-domstolens sak C-91/08 (Wall) om utskiftning av underleverandører, samt KOFAs saker 2008/37, 2011/259 og 2012/235.

Det innføres en ny regel som gir oppdragsgiver adgang til å gjøre endringer hvis verdi ikke overstiger EU/EØS-terskelverdiene og samtidig ikke overstiger henholdsvis 10 prosent av den opprinnelige vare- eller tjenestekontrakt eller 15 prosent av den opprinnelige bygge- og anleggskontrakten. Det er imidlertid et absolutt vilkår at kontraktens overordnede karakter ikke må endres, noe som kan tenkes uavhengig av kontraktens verdi.

Bestemmelsen gir en definisjon av når en endring anses vesentlig:

«where it renders the contract or the framework agreement materially different in character from the one initially concluded.»

Det opplistes fire typetilfeller av endringer som alltid vil bli ansett som vesentlige. Disse typetilfellene er en ren kodifisering av typetilfellene i Presetext-avgjørelsen som er omtalt i avsnittet over.

Endelig slår bestemmelsen fast at vesentlige endringer skal føre til en ny konkurranse.

#### 15.5.4 Utvalgets vurderinger

Den nye direktivbestemmelsen om endringer i kontrakt er langt på vei kodifisering av gjeldende rett. Reglene følger i hovedtrekk av de grunnleggende prinsippene som gjelder for anskaffelser både over og under EU/EØS-terskelverdiene.

Mot denne bakgrunn foreslår *utvalget* at reglene om endring i kontrakt innføres i forskriftens fellesdel (del I). Ettersom dette er regler som nå følger direkte av anskaffelsesdirektivet, overlater utvalget til departementet å utforme ny bestemmelse.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Breiland, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander*, ønsker likevel å understreke at grensen for hva som skal anses som en vesentlig endring, ikke nødvendigvis må være den samme i forskriftens forskjellige deler. Ettersom utvalgets flertall klart ønsker at oppdragsgivere generelt skal ha mer fleksibilitet i henhold til forskriftens del II, og enda mer i henhold til forskriftens del I, bør adgangen til å gjøre endringer i kontrakter som inngås etter disse delene, også være videre. Dette vil ofte være kontrakter av relativt liten verdi. Utvalget viser i denne sammenheng til det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet.

*Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes*, er uenig i at det skal være ulik fortolkning av vesentlighetskravet over og under EU/EØS-terskelverdiene. En slik praksis vil skape stor usikkerhet for

oppdragsgivere, som må forholde seg til ulike fortolkninger av vesentlighetskravet avhengig av størrelsen på kontrakten. Dette er et vanskelig tema for jurister og vil bli en nesten håpløs vurdering for oppdragsgivere. Mindretallet kan ikke forstå at dette er forenkling.

Til bemerkningen om at kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene er kontrakter av «relativt liten verdi», vil dette medlemmet minne om at det som kan fremstå som mer bagatellmessige anskaffelser med referanse til under EU/EØS-terskelverdiene, er de anskaffelsene som målt i kroner er viktigst for Norge, og som representerer ca. 80 prosent av de årlige anskaffelser. Også etter det nye anskaffelsesdirektivet som utvider virkeområdet for anskaffelser som underlegges EU/EØS-prosedyrereglene, vil andelen som faller under EU/EØS-terskelverdiene representere meget store beløp. For den største andelen av Norges bedrifter vil altså denne andelen være den viktigste delen.

Et samlet *utvalg* er enige om at adgangen til å gjøre endringer i kontrakter om helse- og sosialtjenester reiser særlig vurderinger. Her kan det på grunn av kontraktens karakter, for eksempel brukerens behov, oppstå særlige behov for å gjøre endringer. Utvalget mener at det skal mye til for å konstatere at en endring i kontrakt er vesentlig når endringen er begrunnet i brukerens behov og kontraktens formål, jf. for øvrig kapittel 27.

## 15.6 Adgang til å dele opp en kontrakt

### 15.6.1 Innledning

Oppdragsgiver har i dag adgang til å dele opp en kontrakt i delkontrakter. Det nye anskaffelsesdirektivet kodifiserer denne adgangen og innfører nye bestemmelser om oppdeling av kontrakt.

*Utvalget* foreslår ikke å innføre særskilte regler om oppdeling av kontrakt i forskriftens del II.

### 15.6.2 Gjeldende rett

Gjeldende regelverk inneholder ikke særskilte bestemmelser om oppdeling av kontrakt i delkontrakter. Det fremgår imidlertid implisitt av regelverket at oppdragsgiver har mulighet til å dele opp kontrakten, blant annet gjeldende forskrift § 2-3 syvende og åttende ledd om beregning av kontraktsverdi ved oppdeling i delkontrakter.

Videre fremgår det av kunngjøringseskjemaene at oppdragsgiver skal gi visse opplysninger om delkontrakter.<sup>25</sup> Eksempelvis skal det i kunn-

gjøringen av konkurransen opplyses om hvorvidt kontrakten vil bli delt opp i delkontrakter, om gjenstanden for den enkelte delkontrakten, og om det er mulig å gi tilbud på en, flere eller alle delkontrakter.

### 15.6.3 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet innfører i artikkel 46 en ny bestemmelse om oppdeling av kontrakter i delkontrakter.

Formålet med reglene er å lette adgangen for SMB-er.<sup>26</sup> Kontrakten kan for eksempel deles opp kvantitativt, slik at størrelsen på den enkelte kontrakten bedre tilpasses SMB-ers kapasitet. Kontrakten kan også deles opp kvalitativt, slik at delkontraktene tilpasses bestemte bransjer og spesialiseringer. Et tredje eksempel er å dele opp kontrakten etter de forskjellige faser i prosjektet.

I utgangspunktet bestemmer oppdragsgiver selv om en kontrakt skal deles opp.<sup>27</sup> Oppdragsgiver har imidlertid en plikt til å vurdere om det kan være hensiktsmessig å dele opp kontrakten. Beslutter han å ikke dele opp kontrakten, må han gi en begrunnelse. Det fremgår av direktivets fortale at oppdragsgiver er

«free to decide autonomously on the basis of any reason it deems relevant, without being subject to administrative or judicial supervision».<sup>28</sup>

Hvis oppdragsgiver velger å dele opp kontrakten, skal han i kunngjøringen opplyse om leverandørene kan gi tilbud på en, flere eller alle delkontrakter.

Oppdragsgiver kan begrense antallet delkontrakter som kan tildeles en og samme leverandør. Dette gjelder selv når leverandører kan inngi tilbud på flere eller alle delkontrakter. Det skal da fremgå av kunngjøringen hvor mange delkontrakter en leverandør maksimalt vil kunne bli tildelt. Dersom én leverandør best oppfyller tildelingskriteriene for flere kontrakter enn han maksimalt kan bli tildelt, skal tildelingen av delkontraktene skje etter objektive og ikke-diskriminerende krite-

rier. Disse skal fremgå av konkurransegrunnlaget. Formålet med disse reglene er å gi oppdragsgiver mulighet til å sikre både konkurranse og leveringssikkerhet, ved å unngå at en leverandør får en dominerende stilling. Det er uklart i hvilket omfang det er mulig etter gjeldende regelverk å begrense antallet delkontrakter som kan tildeles en og samme leverandør.

Endelig følger det av direktivet at en oppdragsgiver som har delt opp en kontrakt i delkontrakter, likevel ikke skal være forpliktet til å tildele separate delkontrakter hvis en kombinasjon av delkontrakter til én leverandør gir et bedre resultat i henhold til tildelingskriteriene.<sup>29</sup> Oppdragsgiver kan altså velge å slå flere delkontrakter sammen i en kontrakt. Dette gjelder også selv om den leverandøren som får tildelt flere delkontrakter i kombinasjon, ikke var rangert best ved vurderingen av hver enkelt delkontrakt. Vil oppdragsgiver benytte seg av denne muligheten, må han opplyse om dette i kunngjøringen. Ved evalueringen må oppdragsgiver først vurdere tilbudene for hver enkelt delkontrakt for å avgjøre hvilke som er best i henhold til tildelingskriteriene. Dernest skal oppdragsgiver sammenligne dette resultatet med tilbud fra en bestemt leverandør for en kombinasjon av flere delkontrakter.

### 15.6.4 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* ønsker å videreføre gjeldende regler om mulighet til å dele opp kontrakter.

Som nevnt over er bakgrunnen for de nye bestemmelsene i direktivet hensynet til SMB-er. Mindre bedrifter er en viktig ressurs og viktige i lokalt næringsliv. De fleste bedriftene i Norge er små, og mange av dem er gründerbedrifter med nye, spennende og innovative produkter og løsninger. Det offentlige bør derfor i større utstrekning legge til rette for at mindre bedrifter får være med i konkurranser gjennom å gi muligheter til å gi tilbud på delkontrakter. Utvalget viser i denne sammenheng til næringsministerens brev til offentlige oppdragsgivere om gode offentlige anskaffelser.<sup>30</sup>

Utvalget ser imidlertid ikke noe behov for å innføre nye bestemmelser i forskriftens del II. Utvalget er av den oppfatning at oppdragsgiver

<sup>25</sup> Jf. vedlegg VII til direktiv 2004/18/EF om opplysninger som skal angis i kunngjøringen.

<sup>26</sup> Jf. premiss 78 i fortalen til direktiv 2014/24/EU.

<sup>27</sup> Medlemslandene kan imidlertid gjøre det obligatorisk å oppdele kontrakter. Det kan gjelde generelt eller det kan begrenses til for eksempel bare å gjelde for spesifikke oppdragsgivere, kontraktstyper, sektorer eller over visse terskelverdier.

<sup>28</sup> Jf. premiss 78.

<sup>29</sup> Jf. artikkel 46 nr. 4 sammenholdt med direktivets fortale premiss 79.

<sup>30</sup> Jf. brev av 11. april 2014. Brevet er tilgjengelig på [http://www.regjeringen.no/pages/38676916/Brev\\_Gode\\_offentlige\\_anskaffelser.pdf](http://www.regjeringen.no/pages/38676916/Brev_Gode_offentlige_anskaffelser.pdf).

innenfor regelverkets rammer kan legge til rette for oppdeling av kontrakter.

Utvalget foreslår derfor heller ikke å innføre en plikt til oppdeling eller en plikt til å vurdere oppdeling. Denne vurderingen skal med andre ord være opp til oppdragsgiver selv. De to viktigste grunnene til dette er for det første at regelverket skal være mer fleksibelt under EU/EØS-terkelverdiene, og for det andre at oppdeling av kontrakter generelt vil være mindre aktuelt siden anskaffelsene i de fleste tilfellene vil være av relativt lav verdi. Samtidig vil oppdeling kunne medføre utfordringer i enkelte sektorer og bransjer. Den største utfordringen gjelder fragmentering av kontrollaspektet når flere bedrifter er involvert; kontrolloppgaven til oppdragsgiver vil bli større, selv om kontraktsverdien er den samme. Endelig er det en fare for at oppdragsgiver kan gå glipp av nye innovative løsninger. En bedrift vil lettere kunne se nye mulige løsninger når den har ansvar for helheten i oppdraget.

Utvalget ønsker heller ikke å foreslå eksplisitte bestemmelser om at oppdragsgiver kan begrense antallet av kontrakter som tildeles en og samme leverandør, eller om at oppdragsgiver kan slå flere delkontrakter sammen i en kontrakt hvis dette faller best ut i henhold til tildelingskriteriene. Utvalget mener imidlertid at oppdragsgiver etter forskriftens del II også må ha adgang til dette, jf. kapittel 7.

## 15.7 Bruk av underleverandører

### 15.7.1 Innledning

Underleverandører brukes i stort omfang til å oppfylle offentlige kontrakter. Verken anskaffelsesforskriften eller direktiv 2004/18/EF regulerer bruken av underleverandører direkte. De inneholder bare noen få bestemmelser om hvilke opplysninger om eventuelle krav relatert til underleverandører som skal fremgå av konkurransegrunnlaget.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Gjønnnes, Liessem, Strømsnes og Vigander, vil ikke foreslå å innføre nye bestemmelser om bruken av underleverandører i forskriftens del II.*

*Utvalgets mindretall, medlemmet Breiland, ønsker å innføre en bestemmelse om et bestemt antall ledd i leverandørkjeden. Det må settes et tak på maksimalt tre leverandører i kjeden.*

### 15.7.2 Gjeldende rett

Hovedregelen er at en leverandør fritt kan velge å benytte underleverandører når han skal oppfylle sin kontrakt med oppdragsgiver. Hovedleverandøren kan da i utgangspunktet benytte de underleverandører han måtte ønske; leverandører som ikke selv er pliktsubjekter etter anskaffelsesregelverket, trenger altså ikke å følge anskaffelsesregelverket ved utvelgelsen av sine underleverandører. Det er bare hovedleverandøren som vil være ansvarlig overfor oppdragsgiver, også for de leveranser som kommer fra en underleverandør. Oppdragsgiver kan naturligvis heller ikke kreve at det faktisk benyttes underleverandører.

Oppdragsgivere kan imidlertid kreve å få visse opplysninger fra sine leverandører om bruken av underleverandører. Oppdragsgivere kan også i noen tilfeller begrense bruken av underleverandører.

Det følger av forskriftens § 8-1 første ledd bokstav c at konkurransegrunnlaget skal inneholde en beskrivelse av eventuelle krav til opplysninger om bruk av underleverandører.<sup>31</sup>

Bestemmelsen i forskriftens del III er noe mer detaljert: Oppdragsgiver kan i konkurransegrunnlaget anmode leverandørene om å angi i tilbudet hvor stor del av kontrakten leverandøren har til hensikt å gi til underleverandører, samt hvilke underleverandører han foreslår, jf. anskaffelsesforskriften § 17-1 annet ledd bokstav h.<sup>32</sup> Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 25 i norsk rett.

Både direktivbestemmelsen og forskriftsbestemmelsene gjelder utelukkende muligheten til å etterspørre opplysninger. De sier ikke noe om muligheten til å begrense eller forby bruken av underleverandører, eller oppdragsgivers adgang til å «godkjenne» underleverandører. Formålet med reglene er først og fremst å gi oppdragsgiver oversikt over hvem som er underleverandører og i hvilket omfang underleverandører, er tenkt benyttet. Oppdragsgiver skal eller kan i utgangspunktet ikke prøve underleverandørenes kvalifikasjoner. Det er utelukkende hovedleverandøren som påtar seg forpliktelser overfor oppdragsgiver.

For anskaffelser over EU/EØS-terkelverdiene kan oppdragsgiver likevel be om opplysninger om hvor stor del av kontrakten leverandøren har

<sup>31</sup> I bestemmelsen brukes begrepet «underentrepriser», men dette må også antas å gjelde også for underleveranser som gjelder varer og tjenester.

<sup>32</sup> I henhold til direktiv 2004/18/EF artikkel 25 kan oppdragsgiver etterspørre hvilke deler av kontrakten som gis til underleverandører, ikke hvor stor del av kontrakten.



til hensikt å gi til underleverandører, i forbindelse med vurderingen av leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 17-9 første ledd bokstav d. Formålet er nettopp at oppdragsgiver skal kunne sikre seg at leverandøren har tilstrekkelige kvalifikasjoner til å gjennomføre kontrakten. Derksom en stor del av kontrakten overlates til underleverandører, uten at oppdragsgiver kan prøve underleverandørens kvalifikasjoner, mister oppdragsgiver denne sikkerheten. Bestemmelsen gjelder imidlertid bare for tjenestekontrakter.

Hvis oppdragsgiver skal benytte underleverandører til å oppfylle avgjørende deler av en kontrakt, følger det av EU-domstolens praksis at oppdragsgiver i noen grad kan forby eller begrense leverandørens bruk av underleverandører.<sup>33</sup> Dette gjelder likevel bare der oppdragsgiver ikke har kunnet etterprøve underleverandørens kvalifikasjoner. Det vil altså si at oppdragsgiver heller ikke kan forby eller begrense bruk av underleverandører til å oppfylle sentrale deler av kontrakten, men da må oppdragsgiver også kunne prøve slike underleverandørers kvalifikasjoner i forbindelse med utvelgelsen av leverandøren.

Det er noe uklart om oppdragsgivere for øvrig kan fastsette kontraktsvilkår om bruk av underleverandører og godkjenning av underleverandører. Det må imidlertid ikke være slik at det reelt sett er oppdragsgiver som utpeker underleverandørene.

Videre inneholder forskrift om offentlige anskaffelser en rekke nasjonale bestemmelser om krav til skatteattest og HMS-egenerklæring fra underleverandører. Disse bestemmelsene er nærmere behandlet i kapittel 11.

Forskriftens del III inneholder bestemmelser om at leverandøren, der det er hensiktsmessig, kan støtte seg på andre virksomheters økonomiske og finansielle stilling eller tekniske eller faglige kvalifikasjoner, jf. § 17-8 annet ledd og § 17-9 annet ledd.<sup>34</sup> Dette er typisk relevant der leverandøren ikke selv oppfyller kvalifikasjonskravene. Her må oppdragsgiver naturligvis også kunne prøve disse virksomhetenes kvalifikasjoner. Denne situasjonen atskiller seg imidlertid fra «ordinær» bruk av underleverandører, fordi leverandøren ikke selv oppfyller kvalifikasjonskravene, men må slå seg sammen med andre aktører for å oppfylle kvalifikasjonskravene.

### 15.7.3 Nytt anskaffelsesdirektiv

Direktiv 2014/24/EU artikkel 71 regulerer bruk av underleverandører. For det første videreføres reglene i direktiv 2004/18/EF artikkel 25 om hvilke opplysninger oppdragsgiver kan/skal etterspørre i konkurransegrunnlaget.

For det andre innføres det en rekke nye bestemmelser om bruk av underleverandører.

Dette gjelder blant annet en ny frivillig bestemmelse om oppdragsgivers mulighet til å betale direkte til underleverandøren. Hvis den innføres, skal oppdragsgiver, på anmodning fra underleverandøren og der kontraktens art gir mulighet for det, overføre forfalte betalingskrav direkte til underleverandøren for tjenester, varer og bygge- og anleggsarbeider som leveres til hovedleverandøren. Bestemmelsen kan begrenses, for eksempel til bare å gjelde bestemte kontrakter, oppdragsgivere eller over visse terskelverdier. Formålet med bestemmelsen er det samme som for bestemmelsen om oppdeling av kontrakt: å lette SMB-ers adgang til offentlige kontrakter.<sup>35</sup> Med bestemmelsen kan underleverandører, som ofte er SMB-er, effektivt beskytte sin rett til betaling.

En annen ny regel er at hovedleverandøren skal gi visse opplysninger om de underleverandører som faktisk skal utføre jobben. Denne bestemmelsen gjelder imidlertid bare for bygge- og anleggskontrakter og ved visse tjenester som skal leveres på oppdragsgivers område og under hans oppsyn.<sup>36</sup> Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver senest ved kontraktens oppstart skal ha visse opplysninger om underleverandører, og at oppdragsgiver løpende i kontraktperioden skal ha beskjed om endringer i slike opplysninger og om eventuelle nye underleverandører som involveres. Formålet med denne bestemmelse er å sikre en viss grad av gjennomsiktighet i leverandørkjeden.<sup>37</sup> Oppdragsgiver vil da få den nødvendige oversikten over hvilke leverandører som vil være til stede på byggeplassen, eller som skal utføre tjenester i bygninger, på infrastruktur eller på arealer som oppdragsgiver er ansvarlig for eller har oppsyn med. Som eksempler nevnes rådhus, skoler, sportsfasiliteter, havner og motorveier.

Artikkel 71 inneholder også en rekke bestemmelser om hvordan det sikres at underleverandø-

<sup>33</sup> Jf. sak C-314/01 (ARGE), særlig avsnitt 45.

<sup>34</sup> Disse bestemmelsene følger direkte av anskaffelsesdirektivet artikkel 47 nr. 2 og 48 nr. 3.

<sup>35</sup> Jf. direktivets fortale premiss 78.

<sup>36</sup> Bestemmelsen kan imidlertid utvides til å gjelde både for tjenester generelt og for varer.

<sup>37</sup> Jf. direktivets fortale premiss 105.

rene overholder deres forpliktelser på miljø- og arbeidsområdet og internasjonale menneskerettigheter. Disse bestemmelsene vil ikke bli nærmere omtalt her.

Endelig inneholder artikkel 71 en bestemmelse om at oppdragsgiver har adgang til å undersøke om underleverandøren skal eller kan avvises på grunn av forhold ved leverandøren. Denne bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 25.3.

#### 15.7.4 Utvalgets vurderinger

Som det fremgår av kapittel 19, vil *utvalget* foreslå en helt generell bestemmelse om at konkurransegrunnlaget skal inneholde alle opplysninger som er av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud. Dette gjelder opplysninger om anskaffelsen, kontraktsvilkår og prosedyreregler. Utvalget foreslår ikke en detaljert liste over hva slike opplysninger skal omfatte.

Dette har som konsekvens at utvalget heller ikke vil foreslå å innføre en særskilt bestemmelse om at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget kan etterspørre visse opplysninger om bruk av underleverandører. Dette gjelder både generelle opplysninger om planlagt bruk av underleverandører og opplysninger om de underleverandører som faktisk skal utføre oppgaven på oppdragsgivers område eller under hans oppsyn. Oppdragsgiver vil altså heller ikke etter forskriftens del II bli forpliktet til å etterspørre opplysninger om underleverandører.

Dette betyr ikke at oppdragsgiver er avskåret fra å etterspørre slike opplysninger. Utvalget mener tvert imot at det ofte kan være hensiktsmessig, for eksempel for å få opplysninger om hvilke underleverandører som befinner seg på byggeplassen. Det vil således være fullt mulig for oppdragsgivere som måtte ønske det, å stille slike krav.

Når det gjelder den nye bestemmelsen om direkte betaling til underleverandører, vil utvalget ikke foreslå å innføre en slik regel i forskriftens del II. Dette vil kunne forstyrre de alminnelige kontraktsrettslige insentiver for leverandøren til å oppfylle kontrakten. Man vil da kunne stå i situasjoner der oppdragsgiver betaler en underleverandør som ikke har oppfylt sine kontraktsforpliktelser, og som er i konflikt med hovedleverandøren. Dette kan gjøre det vanskelig for hovedleverandøren å sikre korrekt kontraktsoppfyllelse. Utvalget finner det for øvrig heller ikke hensiktsmessig at en slik bestemmelse innføres i forskriftens del III.

*Utvalgets mindretall, medlemmet Breiland,* mener det er helt nødvendig med en bestemmelse

som setter et tak på maksimalt tre leverandører i kjeden, med en hovedleverandør og to nivåer av underleverandører. Ved å ha en leverandørkjede som har færre ledd, vil det bli lettere å føre kontroll og ha kommunikasjon med de enkelte ledd i kjeden. Useriøsitet er en hovedutfordring i det norske arbeidslivet. Avsløringer i den senere tid viser at økonomisk kriminalitet og sosial dumping er tilstede især der hvor man har lange kjeder bestående av oppdragsgiver og en rekke underleverandører. Dermed blir det ofte et problem å vite hva som skjer nedover i systemet, og ulovligheter kan skjules nedover i kontraktskjedene. Det er nederst i kjeden at kontrollen er mest krevende. Samtidig har man erfart at jo lengre bort fra hovedleverandøren man kommer, desto sjeldnere finner man lærebedrifter, tariffavtaler og skikkelige HMS-vilkår. Det å sette krav til antall ledd i kjeden er således et nødvendig grep for et seriøst arbeidsliv.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Gjønnnes, Liessem, Strømsnes og Vigander,* støtter ikke dette forslaget. Som det fremgår av kapittel 11, legger et samlet utvalg til grunn at det ikke inngår i utvalgets mandat å vurdere eller foreslå nye regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Mindretallets forslag er nettopp å innføre en slik ny bestemmelse; det primære formålet er å bekjempe økonomisk kriminalitet og sosial dumping. Flertallet erkjenner imidlertid at det i mange tilfeller kan være sammenheng mellom antall ledd i en kontraktskjede og arbeidsmiljøkriminalitet, og ser også at flere offentlige oppdragsgivere i praksis stiller denne type krav i bygge- og anleggskontrakter. Det er imidlertid ulike forhold og tiltak som må vurderes i ulike bransjer, og flertallet mener problemstillingen fortjener en bredere debatt.

#### 15.8 Samordning av innkjøp

Gjeldende anskaffelsesregelverk inneholder bestemmelser om bruk av innkjøpssentraler. Disse videreføres med noen endringer i det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 37. I tillegg innfører det nye direktivet artikkel 38 og 39 nye regler om såkalt fellesinnkjøp, dvs. der to eller flere oppdragsgivere går sammen om å foreta en felles anskaffelse. Dette kan både være norske oppdragsgivere og oppdragsgivere fra andre EU/EØS-medlemsland.

Norge er forpliktet til å innføre disse nye bestemmelsene for anskaffelser som er omfattet av forskriftens del III. Det er imidlertid hensikts-

messig at disse gjelder også for forskriftens nasjonale deler. Det overlates til departementet å even-

tuelt utforme slike nye regler. *Utvalget* vil derfor ikke omtale direktivbestemmelsene nærmere her.

## Kapittel 16

# Anskaffelsesprosedyrer

### 16.1 Gjeldende rett

#### 16.1.1 Prosedyreformer

I gjeldende regelverk er tre ulike anskaffelsesprosedyrer tillatt for anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriftens del II, jf. § 5-1;

- åpen anbudskonkurranse,
- begrenset anbudskonkurranse og
- konkurranse med forhandling.

For anskaffelser omfattet av forskriftens del III er hovedregelen at konkurransen skal gjennomføres som en åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. § 14-1. Konkurranse med forhandling er kun tillatt noen i unntakstilfeller, jf. §§ 14-3 (med forutgående kunngjøring) og 14-4 (uten forutgående kunngjøring).<sup>1</sup> I tillegg er det i særlige tilfeller mulig å benytte prosedyren konkurransepreget dialog, jf. § 14-2. Bestemmelsene om prosedyrer i forskriftens del III følger direkte av anskaffelsesdirektivet.

Hovedskillet mellom anskaffelser etter del II og III når det gjelder prosedyrer, er altså at man etter del II alltid har mulighet til å velge konkurranse med forhandlinger.

I norsk rett ble konkurranse med forhandling likestilt med anbudskonkurranser i 1999. Dette skjedde på bakgrunn av en gradvis utvikling. Det økende behovet for forhandlinger ble fremhevet allerede i forarbeidene til REFSA fra 1975:

«Den utvikling som har gjort seg gjeldende innen offentlig anskaffelsesvirksomhet de senere år, har som tidligere omtalt, vist at det ofte er behov for å inngå kontrakt på et forhandlingsgrunnlag...»<sup>2</sup>

Oppdragsgivere oppfattet REFSA som relativt liberal når det gjaldt adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling. I praksis var prosedyrene nærmest likestilt med anbudskonkurranser.<sup>3</sup> På bakgrunn av denne utstrakte bruken av konkurranse med forhandling så Tronslin-utvalget det som formålstjenlig formelt å likestille denne anskaffelsesformen med anbudskonkurranser:

«Sett fra et innkjøpsfaglig ståsted synes det hensiktsmessig å ha full frihet med hensyn til valg av anskaffelsesprosedyre. I innkjøpsmiljøene synes det også å være oppfatningen at forhandlet prosedyre i mange tilfeller fører til mer effektive anskaffelser enn anbudskonkurranser, samt større grad av behovstilfredsstillelse.»<sup>4</sup>

Da prosedyreformen konkurranse med forhandling på bakgrunn av utvalgets forslag ble innført som en likestilt prosedyreform i 1999, var dette et brudd med tradisjonell anbudsrett. Lovgiver begrunnet endringen med oppdragsgivers behov for mer fleksibilitet i regelverket. Med denne likestillingen fulgte at oppdragsgivere ble gitt mer tilrettelagt til selv å overholde de grunnleggende prinsippene, uten å måtte følge detaljerte regler.

Det følger av dagens § 5-1 at konkurranse med forhandling kan gjennomføres enten ved at alle interesserte leverandører får levere tilbud (en åpen konkurranse), eller ved at oppdragsgiver foretar en utvelgelse av leverandører før disse gis mulighet til å levere tilbud (en begrenset konkurranse).

Fremgangsmåten for gjennomføring av en konkurranse med forhandling er nærmere regulert i § 11-8. Det følger av denne bestemmelsen at forhandlinger kan forløpe i flere faser for å redusere det antall tilbud som det skal forhandles om. En slik reduksjon skal skje på bakgrunn av tilde-

<sup>1</sup> Forskriftens del II inneholder ikke prosedyreformen konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Dette er i stedet regulert som et unntak fra del II, jf. § 2-1 annet ledd, og behandlet nærmere i kapittel 12.

<sup>2</sup> Jf. NOU 1975: 9.

<sup>3</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 141.

<sup>4</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 142.

lingskriteriene, og det må i den avsluttende fase være igjen et tilstrekkelig antall tilbud til å sikre reell konkurranse. Der er også mulig å foreta en første reduksjon i forkant av forhandlingene.

Det er adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene, jf. § 11-8 annet ledd. Det er et krav at forhandlingene skjer i samsvar med de alminnelige prinsippene og oppdragsgiver plikter å sørge for at det ikke gis opplysninger om innholdet i øvrige deltakeres tilbud eller som kan stille noen leverandører bedre enn andre, jf. tredje ledd.

Det er ikke innført regler om prosedyreformen konkurransepreget dialog i forskriftens del II.

### 16.1.2 Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser

#### 16.1.2.1 Om forhandlingsforbudet

Anskaffelsesforskriften inneholder i § 12-1 første ledd et forhandlingsforbud. Det er ikke lov å endre eller forsøke å endre tilbudene i en anbudskonkurranse gjennom forhandling. Forbudet setter snevre grenser for hva oppdragsgivere og leverandører kan ha dialog om etter tilbudsfristens utløp.

Det gis likevel en viss adgang til å foreta avklaringer, blant annet for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene, jf. § 12-1 annet ledd. Grensen mellom tillatte avklaringer og forbudte forhandlinger/endringer er ofte svært vanskelig å trekke. Dette medfører regelmessig store utfordringer.

Forhandlingsforbudet praktiseres etter det utvalget kjenner til svært strengt. Det kan medføre at oppdragsgiver heller velger å avvise en leverandør med en gang, fremfor å forsøke å trekke den usikre grensen mellom avklaringer (som er tillatt) og forhandlinger/endringer (som er forbudt). Konsekvensen kan bli at oppdragsgiver avviser tilbud med uklarheter som kunne vært avklart, eller at oppdragsgiver legger til grunn en forståelse av tilbudet som ikke var tilsiktet av leverandøren.

#### 16.1.2.2 Forhandlingsforbudets opprinnelse

Forhandlingsforbudet følger av tradisjonell anbuksrett, som er utviklet gjennom entreprisretten og nedfelt i norske standarder for bransjen. Det er først og fremst dette forbudet som skiller anbudskonkurransen fra andre konkurranse typer. Bakgrunnen for hvorfor anskaffelsesregelverket i

dag inneholder et slikt forbud må kanskje først og fremst søkes i anbudsinstuttets historie og utvikling.

Opprinnelig foregikk anbudskonkurranser muntlig. Danske Axel H. Pedersen skriver: «Der er historisk forbindelse mellom auksjon og licitation, og også licitation foregik oprindelig mundtlig».<sup>5</sup> («Licitation» er det danske ordet for anbud.) Ifølge Pedersen gjorde de skriftlige prosedyrene seg gjeldende først omkring 1850 i Danmark.<sup>6</sup> Men i løpet av ganske få år kom anbudskonkurransen helt til å fortrenge de muntlige licitationene. I Norge ble begrepene «licitation» og «anbud» brukt om hverandre på andre halvdel av 1800-tallet, men fagterminologisk var licitation forbeholdt de muntlige konkurransene hvor budene ble gitt på samme måte som ved en auksjon.<sup>7</sup>

En auksjonslignende fremgangsmåte gjorde det nødvendig at tilbudene, eller anbudene som det da het, var rene pristilbud. Når leverandørene konkurrerte utelukkende på pris, var det enkelt å vurdere dem opp mot hverandre. Behovet for dialog var minimalt. En slik fremgangsmåte kan også tyde på at detaljene i oppdraget ble gjennomgått etter at leverandøren var valgt. Forutberegneligheten for leverandørene synes ikke å ha vært særlig høyt prioritert, men fremgangsmåten ivaretok likebehandlingsprinsippet.

Dette kan altså tyde på at forbudet mot å forhandle har sitt utspring i at det reelt sett ikke var rom eller behov for å forhandle, fordi tilbudene ble gitt muntlig i en auksjon. At det ikke ble forhandlet, har således vært en veletablert praksis, og denne praksis har da fulgt med inn i regelverket.

Slik anbudsinstuttet har utviklet seg etter dette, med økt bruk av regelverket for å fremme politiske mål og økt fokus på gjennomsiktighet, jf. kapittel 3, eksisterer imidlertid ikke lenger samme type priskonkurranser. Oppdragsgivere må beskrive hva leverandørene skal gi tilbud på, og leverandørene må som regel utdype flere sider av konkurransegrunnlaget i tilbudet.

#### 16.1.2.3 Begrunnelsen for forhandlingsforbudet i dag

Slik regelverket er utformet i dag, skal forhandlingsforbudet først og fremst sikre likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet, og

<sup>5</sup> Jf. Axel H. Pedersen, *Licitation*, 1955, side 18.

<sup>6</sup> Jf. Axel H. Pedersen, *Licitation*, 1955, side 26.

<sup>7</sup> Jf. St.prp. nr. 31 (1881) side 18.

det skal hindre muligheter for å spekulere i uklarheter ved tilbudet.

At det også gjelder et forhandlingsforbud i anbudskonkurranser omfattet av anskaffelsesdirektivene har blitt slått fast i en felleserklæring av Rådet og Kommissjonen:

«*The Council and the Commission state that in open and restricted procedures all negotiations with candidates or tenderers on fundamental aspects of contracts, variations in which are likely to distort competition, and in particular on prices, shall be ruled out; however, discussions with candidates or tenderers may be held but only for the purpose of clarifying or supplementing the content of their tenders of the requirements of the contracting authorities and provided this does not involve discrimination.*»<sup>8</sup>

Et interessant spørsmål er imidlertid om det er oppdragsgivere eller leverandører som primært skal hindres i å spekulere i tilbudene.

Det kan hevdes at forhandlingsforbudet reduserer risikoen for at leverandører bevisst legger inn uklarheter i tilbudene for å få mulighet til å endre tilbudet etter tilbudsfristens utløp, mens andre ikke får samme mulighet. At dette skal være en fordel, er likevel ikke opplagt. Leverandørene kjenner ikke til innholdet i øvrige tilbud – det kan bare gis innsyn i øvrige leverandørers tilbud etter at kontrakt er tildelt, jf. offentleglova § 23 tredje ledd. En leverandør vil derfor ikke vite hvordan tilbudet må endres for å komme bedre ut i konkurransen. Dessuten vil leverandører som leverer tilbud med uklarheter, løpe en risiko for å bli avvist.

Bekymringen for at leverandører skal spekulere i tilbudene, kan ha sammenheng med at det i tradisjonell anbuksrett skulle være en offentlig åpning av tilbudene. Her kunne alle tilbydere være til stede, og nøkkelopplysninger fra tilbudene ble lest opp. Regelen bygger på gjennomsiktighetsbetraktninger. I slike tilfeller, hvor alle leverandørene kjenner hverandres priser, vil en adgang til senere å gjøre endringer i tilbudene være uheldig. Leverandørene vil kunne gjøre tilpasninger i sine tilbud ut fra opplysningene som er blitt gitt under tilbudsåpningen.

Kravet om offentlig tilbudsåpning er imidlertid forlatt i dagens regelverk,<sup>9</sup> og erstattet med en rett, men ikke en plikt til dette, jf. § 17-1 annet

ledd bokstav c. Der tilbudsåpningen ikke er offentlig oppstår det således ingen risiko for at en leverandør vil kunne gjøre endringer i sitt tilbud ut fra opplysninger om innholdet i tilbudene fra øvrige leverandører. Simonsen fremhevet dette poenget i 1997 for offshoresektorens vedkommende, hvor leverandørene tradisjonelt ikke er gitt opplysninger fra andres tilbud.<sup>10</sup>

I Danmark har man i det nasjonale regelverket for bygg og anlegg beholdt en bestemmelse om at leverandørene har rett til å være tilstede under tilbudsåpningen. De har også rett til å få vite totalprisen og eventuelle forbehold i de øvrige tilbudene, jf. tilbudslovens § 7. Likevel har oppdragsgiver fri forhandlingsadgang, så lenge oppdragsgiver ikke har frasagt seg retten til å forhandle. Når kriteriet for tildeling av kontrakt er laveste pris, kan oppdragsgiver likevel bare forhandle med leverandøren som har levert det billigste tilbudet, jf. tilbudslovens § 10.

Dersom hensikten med forhandlingsforbudet primært er å hindre at *oppdragsgiver* spekulerer i tilbud, er situasjonen en annen. Etter tilbudsåpning vil oppdragsgiver kjenne innholdet i samtlige tilbud. Forhandlingsforbudet fungerer her som en slags garanti for at oppdragsgiver overholder likebehandlingsprinsippet. Lovgiver har derimot ikke funnet det nødvendig med en slik garanti generelt i forskriftens del II, siden konkurranse med forhandling nå er likestilt med anbudskonkurranser. Dette innebærer at lovgiver har hatt tillit til at oppdragsgiver likebehandler leverandørene til tross for at oppdragsgiver har full innsikt i alle innleverte tilbud. De grunnleggende prinsippene i regelverket begrunner altså ikke alene et forhandlingsforbud.

Det er i den forbindelse også interessant å notere seg at WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen) ikke oppstiller et slikt forhandlingsforbud, trass i at denne avtalen også bygger på generelle prinsipper om ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Det fremgår således av avtalens artikkel XII at medlemsstatene kan tillate sine oppdragsgivere å forhandle i følgende situasjoner:

- når oppdragsgiver har tilkjennegitt sine intensjoner om å forhandle i kunngjøringen

<sup>8</sup> Jf. Official Journal of the European Communities No. L 111/114.

<sup>9</sup> I en veileder til tidligere regelverk skrev Nærings- og handelsdepartementet at ordningen kunne by på enkelte praktiske problemer. Det ble tatt til orde for at oppdragsgiver kunne ta forbehold om at det ikke ville være offentlig åpning av tilbudene. En forutsetning var at andre betryggende rutiner for tilbudsåpningen, med mulighet til å kontrollere de formelle konkurransevilkårene, ble innført. I tillegg ble det vist til begrunnelsesplikten.

<sup>10</sup> Jf. Lasse Simonsen, Prekontraktuell ansvar, Oslo, 1997, side 631 og fotnote 174.

- når det ikke etter evalueringen av tilbudene er åpenbart hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige i henhold til tildelingskriteriene

I disse tilfellene vil det altså være mulig å forhandle i en åpen eller begrenset konkurranse, men oppdragsgiver må da sørge for at reduksjon av leverandørene i en forhandling skjer i samsvar med tildelingskriteriene, og at de gjenværende leverandørene etter avslutningen av forhandlingene får en felles frist for å levere inn nye eller reviderte tilbud.

Ifølge Simonsen ligger det også andre hensyn bak forhandlingsforbudet.<sup>11</sup> Det kan hevdes at forhandlingsforbudet gir uttrykk for en rasjonell prosedyre. Dette begrunnes med at interessen for konkurransen avtar når leverandører vet de vil bli utsatt for et forhandlingspress, at den økonomiske gevinsten det er mulig å hente ut ved etterfølgende forhandlinger, trolig er mindre enn når tilbyderne leverer sitt beste tilbud med en gang, at det fører til bruk av uklare forbehold, at det gis ufunderte tilbud som senere fører til kontraktsbrudd, og til slutt at det koster å gjennomføre forhandlinger. Simonsen understreker at slike hensyn kan slå høyst ulikt ut avhengig av bransje og type kontrakt.

Som utvalget har redegjort for i kapittel 16.3, kan man stille spørsmålstegn ved flere av disse argumentene. Her kan blant annet nevnes at utvalget har fått innspill fra mange leverandører om at de også i anbudskonkurranser ønsker økt adgang til dialog med leverandørene. Det kan være en viktig arena for å avklare uklarheter og lignende, og dermed redusere risikoen for senere tvist om fortolkning av kontrakten, eller for kontraktsbrudd, nettopp fordi man ved forhandlinger får avklart behovet bedre og spisset tilbudene i større grad enn ved anbudskonkurranser. I rapporten «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse»<sup>12</sup>, som Inventura og Rambøll utførte på oppdrag fra KS i februar 2014, er følgende lagt til grunn:

«I de tilfeller hvor man har mulighet for å velge konkurranse med forhandling, vil man ha ofte oppnå bedre tilbud (bedre behovsdekning og bedre betingelser). Informantene fra undersøkelsen peker på positive erfaringer etter å ha gjennomført forhandlinger».<sup>13</sup>

Kostnadene ved å forhandle varierer og vil avhenge av antallet forhandlingsrunder og hvor mange man forhandler med.

## 16.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU, viderefører langt på vei de eksisterende bestemmelsene om anskaffelsesprosedyrer, jf. artiklene 26–32. Hovedregelen er således fortsatt at åpen eller begrenset anbudskonkurranse skal benyttes. De øvrige prosedyreformene kan bare benyttes i særlige tilfeller. Det gjøres likevel visse endringer.

Her kan det særlig nevnes at vilkårene for når konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog kan tas i bruk er endret og harmonisert, jf. artikkel 26 nr. 4. Adgangen til å benytte disse prosedyreformene er betydelig utvidet i forhold til dagens direktiv. Eksempelvis kan det forhandles når oppdragsgivers behov ikke kan oppfylles uten tilpasning av løsninger som allerede eksisterer i markedet, når anskaffelsen innebærer design eller innovative løsninger eller når forhandling er nødvendig på grunn av anskaffelsens art, kompleksitet eller rettslige og finansielle forhold. Vilårene er altså tilsynelatende utformet svært generelle. Det er *utvalgets* vurdering at slike prosedyrer vil kunne anvendes ved langt de fleste anskaffelser som ikke gjelder ordinære hyllevarer.

I direktivets fortale premiss 42 legges det til grunn at det er et stort behov for at oppdragsgivere får større fleksibilitet til å velge anskaffelsesprosedyrer som gir anledning til å forhandle. Det poengteres videre at en utvidet bruk av disse prosedyrene antageligvis vil medføre økt grensekryssende handel, ettersom konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring har vist seg å ha en særlig høy suksessrate av grensekryssende tilbud.

Det vises videre til at konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog er beregnet for ulike situasjoner der åpen eller begrenset anbudskonkurranse sannsynligvis ikke vil føre til et tilfredsstillende resultat av konkurransen. Det påpekes at bruken av konkurransepreget dialog har økt kraftig de siste årene, og at prosedyren har vist seg nyttig der oppdragsgiver ikke har vært i stand til å definere hvilke virkemidler som kan oppfylle hans behov eller vurdere hva markedet kan tilby av tekniske, finansielle og rettslige løsninger. Fortalen trekker frem at denne situasjonen særlig kan oppstå for eksempel ved innovative

<sup>11</sup> Jf. Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, Oslo, 1997, side 624 flg.

<sup>12</sup> Jf. rapporten side 5.

<sup>13</sup> Jf. rapporten side 5.

prosjekter eller prosjekter som involverer kompleks og strukturert finansiering.

Det er i den forbindelsen interessant å notere seg at den norske regjeringen i sitt innspill til Kommisjonens grønbok om offentlige anskaffelser tok til orde for at oppdragsgivere burde få full og fri adgang til å benytte konkurranse med forhandling.<sup>14</sup> Tilsvarende synspunkter ble fremmet i EFTAs posisjon til Kommisjonens forslag til nye direktiver.<sup>15</sup>

Nærmere bestemmelser om gjennomføringen av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring gis i artikkel 29. Som noe nytt slås det uttrykkelig fast at oppdragsgiver kan forbeholde seg retten til å tildele kontrakt på grunnlag av det første innleverte tilbudet uten å gjennomføre forhandlinger, jf. bestemmelsens nr. 4. Det slås også fast at det ikke er adgang til å forhandle om såkalte minimumskrav og tildelingskriteriene.

En bestemmelse om gjennomføringen av konkurransepreget dialog gis i artikkel 30.

Det innføres også en ny prosedyreform, et såkalt innovasjonspartnerskap, jf. artikkel 26 nr. 3 og artikkel 31. Dette er en prosedyreform som kan benyttes hvor det er behov for utvikling av innovative varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeider, når slike løsninger ikke allerede finnes på markedet. Prosedyren åpner for at oppdragsgiver kan etablere langvarige innovasjonspartnerskap for utvikling og etterfølgende anskaffelser av slike varer, tjenester og bygg- og anleggsarbeider.

## 16.3 Utvalgets vurderinger

### 16.3.1 Flertallets syn

#### 16.3.1.1 Behovet for enklere prosedyrer

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Mathiesen, Amdal, Breiland, Frøyland, Liessem, Fredriksen, Strømsnes og Vigander*, mener at en av de viktigste grunnene til konflikter og uenigheter rundt anskaffelser er det strenge forhandlingsforbudet som gjelder i anbudskonkurranser.

Det kan være vanskelig å sammenligne tilbud. Tilbud består av mange elementer som skal holdes opp mot hverandre, og tilbudene kan være

utformet forskjellig. Det kan også være feil i tilbudene eller forhold som er vanskelige å forstå. Oppdragsgivere har derfor ofte behov for dialog med leverandørene for å klargjøre tilbudene, og eventuelt å gi leverandøren anledning til å endre sitt tilbud.

Som beskrevet ovenfor har oppdragsgiver etter gjeldende rett adgang til å foreta visse avklaringer, men grensen mellom avklaringer og forhandlinger er ikke klar. Ofte vil det heller ikke være tilstrekkelig å foreta avklaringer. Leverandøren kan for eksempel ha misforstått konkurransegrunnlaget og tatt et unødvendig forbehold, eller tilbudet kan inneholde feil. Forhandlingsforbudet forhindrer da leverandøren i å endre i tilbudet. Dette kan være veldig uheldig, både for oppdragsgiver og leverandører.

Forhandlingsforbudet synes også å representere et ressursluk for partene. Ofte fører det til klageprosesser. Både leverandører som er blitt avvist, og leverandører som mener at vinneren skulle vært avvist, klager. Illustrerende i så måte er det at nesten halvparten av alle klagesakene for KOFA gjelder avvisningsspørsmål. Ifølge opplysninger fra KOFA vedrører ca. 40 prosent av sakene som er avgjort etter 1. januar 2012 avvisning. Selv om ikke alle disse sakene er relaterte til forhandlingsforbudet, er det nærliggende å tro at antallet avvisningssaker ville kunne reduseres betydelig hvis partene i større grad hadde hatt mulighet til å gå i dialog om konkurransegrunnlag og tilbud.

I tillegg kan det oppstå tvister under kontraktsgjennomføringen som kunne vært unngått hvis oppdragsgiver og leverandører hadde hatt større muligheter til dialog under anskaffelsesprosessen.

Etter forskriftens del II står oppdragsgiver fritt til å velge prosedyren «konkurranse med forhandling», jf. anskaffelsesforskriften § 5-1. Selv om forhandlet prosedyre er likestilt med anbudskonkurranser, er det en kjensgjerning at svært mange oppdragsgivere likevel velger å gjennomføre anbudskonkurranser. Valget har kanskje også en historisk forankring, og har ført til at konkurranseformen i mange bransjer oppfattes som en «bransjestandard». Når det er kunngjort at anskaffelsesprosessen skal gjennomføres som en anbudskonkurranse, «fanger bordet».

Etter flertallets vurdering kan en annen viktig grunn være at oppdragsgivere forbinder forhandlinger med omfattende, kostbare og kompliserte prosesser. Gjeldende forskrift § 11-8 gir ingen detaljerte føringer om hvordan forhandlingene skal gjennomføres, verken formelt eller materielt.

<sup>14</sup> Jf. regjeringens høringsinnspill av 15. april 2011: [http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Green\\_paper\\_Procurement\\_policy\\_Norway.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Green_paper_Procurement_policy_Norway.pdf).

<sup>15</sup> Jf. EFTAs posisjon av 20. mars 2012: <http://www.efta.int/media/documents/eea/eea-efta-comments/2012/2012-03-20-eea-efta-comment-public-procurement-rules.pdf>.



Det er uklart om det gjelder en absolutt forhandlingsplikt og videre uklart hvor langt oppdragsgiver har plikt til å gå i å påpeke forhold i tilbudene som kan forbedres. I praksis er det flere ganger blitt lagt til grunn at det ved konkurranse med forhandling skal gjennomføres «reelle forhandlinger».<sup>16</sup> KOFA har uttalt at denne plikten innebærer at oppdragsgivere må påpeke forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende vekt ved evalueringen. Samtidig har oppdragsgiver ikke plikt til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres.<sup>17</sup> Videre er det hevdet i juridisk teori<sup>18</sup> at det følger av konkurranseformen og forutberegnelighetsprinsippet at alle tilbydere skal få mulighet til å forbedre tilbudet sitt minst en gang, noe mange vil si seg uenige i. Denne usikkerheten om hva prosedyren egentlig pålegger oppdragsgiver av plikter, kan være en forklaring på hvorfor anbudskonkurranser i dag fremstår som et enklere alternativ for mange. Her til kommer at mange oppdragsgivere, som en konsekvens av manglende satsning/kompetanse på anskaffelsesvirksomhet generelt, også opplever at de mangler særlig forhandlingskompetanse. Av den grunn velger de en konkurranseform hvor de «slipper å møte leverandøren», som kanskje er dyktige på nettopp forhandlinger (jf. mer om dette i kapittel 30).

Når det er sagt, understreker flertallet at det i mange konkurranser vil være mest ressurseffektivt ikke å gjennomføre forhandlinger. Forhandlinger koster, særlig etter dagens regelverk, og de bør kun gjennomføres når det er nødvendig eller hensiktsmessig. Anbudskonkurranser har imidlertid den åpenbare ulempe at oppdragsgivers handlingsrom er svært begrenset hvis tilbudene inneholder feil, uklarheter eller lignende, noe som svært ofte er tilfellet. Konsekvensen er at oppdragsgiver kan gå glipp av det som reelt sett er det beste tilbudet fordi regelverket stenger for nødvendig klargjøring og/eller endring av leverandørenes tilbud.

### 16.3.1.2 Nye prosedyreformer: Åpen og begrenset tilbudskonkurranse

#### Om tilbudskonkurranser

*Flertallet* tar til orde for å gå bort fra tradisjonell anbuksrett i forskriftens del II. Dette flertallet foreslår å fjerne forhandlingsforbudet og gjøre forhandlinger til en mulig og valgfri del av alle konkurranser. Oppdragsgiver skal som utgangspunkt kunne beslutte om det skal forhandles etter at tilbudene har kommet inn. Fordi oppdragsgiver alltid vil kunne innlede dialog og forhandlinger med leverandørene, vil det da ikke lenger være behov for bestemmelser om avklaring og forhandlingsforbud.

Forslaget innebærer at gjeldende konkurranseformer utgår og erstattes av to prosedyreformer under EU/EØS-terskelverdiene: åpen og begrenset tilbudskonkurranse.

Begrepene «åpen» og «begrenset» har samme innhold som i dagens regelverk: Ved en åpen tilbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører gi tilbud. Ved en begrenset tilbudskonkurranse kan bare de leverandører som er invitert av oppdragsgiver, gi tilbud. Ved begge disse konkurranseformer er forhandlinger tillatt.

I tillegg til at forhandlinger alltid skal være tillatt, er det helt sentrale poenget med flertallets forslag til nye prosedyrer at oppdragsgivers valg om å gjennomføre forhandlinger eller ikke, kan utsettes til etter at tilbudsfristen er løpt ut og alle tilbudene har kommet inn. Det er først når oppdragsgiver kjenner tilbudenes innhold at han har et fullstendig grunnlag til å vurdere om det er behov for å forhandle. Oppdragsgiver har da to valg: Oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakt på grunnlag av de innkomne tilbudene alene, uten at det blir gjennomført forhandlinger. Alternativt kan oppdragsgiver invitere til forhandlinger. Samtlige leverandører som blir valgt ut til forhandlinger, må bli underrettet før forhandlingene starter opp. Underretningen må inneholde nødvendig informasjon om forhandlingsfasen, inkludert opplysninger om tid og sted for forhandlingene.

Leverandører som ikke blir invitert, skal underrettes om dette, og gis en kort begrunnelse. Flertallet mener imidlertid ikke at dette automatisk skal føre til at disse leverandørene frigjøres fra sine tilbud. Det er ikke alltid at forhandlingene går som planlagt, slik at det vil kunne oppstå behov for å forhandle med en leverandør som oppdragsgiver opprinnelig ikke hadde invitert til å delta i forhandlingene. Det bør derimot være opp til den enkelte leverandøren å avgjøre om han fortsatt ønsker å være bundet av sitt tilbud ut ved-

<sup>16</sup> Som nevnt i kapittel 16.2 slås det i direktivet nå fast at oppdragsgiver kan beholde seg retten til likevel ikke å forhandle i en konkurranse med forhandling.

<sup>17</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2011/131 avsnitt 96 med henvisninger.

<sup>18</sup> Jf. Dragsten, side 547.

ståelsesfristen. Flertallet foreslår derfor å innføre en regel som gir leverandørene som ikke inviteres til forhandling mulighet til å frigjøre seg fra sitt tilbud, dersom de ønsker det. På denne måten kan han slippe å binde opp ressurser unødvendig.

En slik ordning, der oppdragsgiver kan vente med å beslutte om det skal forhandles til tilbudene har kommet inn, vil motivere leverandørene til å levere sine beste tilbud i første runde etter som leverandørene «risikerer» at oppdragsgiver ikke gjennomfører forhandlinger. Samtidig gir den oppdragsgiver en viktig fleksibilitet: Dersom oppdragsgiver ikke ønsker å gjennomføre forhandlinger, enten fordi tilbudene er «perfekte» eller av andre grunner, skal oppdragsgiver ha rett til å gjennomføre evalueringen og tildele kontrakt på grunnlag av de opprinnelige tilbudene. Det er ressursbesparende både for oppdragsgivere og leverandører. Er det derimot ønskelig med forhandlinger, har oppdragsgiver full frihet til dette.

Flertallet ser imidlertid at en slik løsning går på bekostning av forutberegneligheten for leverandørene. Leverandørene vet ikke med sikkerhet om det vil bli forhandlet eller ei. Det kan for eksempel gjøre det vanskeligere for de leverandører som bare ønsker å delta i konkurranser der de vet at det ikke vil bli gjennomført forhandlinger, for eksempel på grunn av frykten for et forhandlingspress,<sup>19</sup> manglende kompetanse eller ressurser til å forhandle. Det kan også være vanskelig for leverandørene å planlegge prosessen når de ikke vet om, når eller i hvilket omfang det skal forhandles.

Flertallet mener imidlertid at hensynet til oppdragsgivers fleksibilitet og den effektive ressursbruken skal veie tyngst. Oppdragsgiver bør imidlertid uansett planlegge anskaffelsen godt og forsøke å beskrive sine intensjoner og forhandlingsprosedyren i konkurransegrunnlaget. Tar oppdragsgiver for eksempel utelukkende sikte på å foreta avklaringer og bortforhandle eventuelle avvik, eller ser han for seg at det skal gjennomføres fulle forhandlinger om alle sider ved tilbudene, kan det være hensiktsmessig å angi dette. Tilsvarende kan det være hensiktsmessig, av hensyn til leverandørenes planlegging, å angi når oppdragsgiver ser for seg at slike forhandlinger vil finne sted. På det tidspunktet konkurransegrunnlaget utformes, er imidlertid oppdragsgiver ikke kjent med tilbudenes innhold. Flertallet ønsker derfor ikke at oppdragsgiver skal være forpliktet til å gi opplysninger som nevnt, eller at han blir

bundet av eventuelle indikasjoner i konkurransegrunnlaget.

Et annet argument mot å innføre slike tilbuds-konkurranser er at det blir vanskelig for leverandørene når de ikke vet om de skal legge inn et «forhandlingsmonn» i tilbudene sine eller ei, og at leverandørene med en slik absolutt forhandlingsadgang vil bli utsatt for et forhandlingspress.

Etter flertallets vurdering kan ikke disse argumentene tillegges særlig vekt. For det første er det tilsiktet at leverandørene i en slik prosedyre stimuleres til å levere sitt «beste» tilbud med en gang, nettopp for å oppnå mest mulig effektiv ressursbruk.<sup>20</sup> Allerede i dag vil leverandører kunne løpe en risiko ved ikke å levere sitt beste tilbud, for eksempel der oppdragsgiver i forkant av forhandlingene foretar en reduksjon av det antall av tilbud som det skal forhandles om, jf. gjeldende forskrift § 11-8 første ledd.

For det andre kan ikke flertallet se at leverandørene blir utsatt for et urimelig forhandlingspress, selv om det ikke kan utelukkes at det forekommer i enkelte tilfeller. I enhver forhandlings-situasjon vil en part som ikke er villig til å strekke seg lengre, risikere å miste kontrakten. Oppdragsgiver vil da heller ikke kunne forvente at han gjennom forhandlinger vil kunne oppnå gunstigere vilkår, herunder for eksempel lavere pris. Ønsket om å forhandle knytter seg derimot ofte til andre forhold enn pris. For eksempel kan det dreie seg om å få ryddet uklarheter, avvik osv. av veien, eller endre på kvalitative elementer i tilbudet.

Også i henhold til det nye anskaffelsesdirektivet kan oppdragsgiver, i en konkurranse med forhandling, forbeholde seg retten til likevel ikke å forhandle, jf. artikkel 29 nr. 4. Leverandører vil altså også i en konkurranse med forhandling etter forskriftens del III risikere ikke å komme til forhandlingsbordet. Det bør da ikke innføres strengere regler i forskriftens del II.

En tilsvarende løsning er valgt i den danske tilbudsloven for tildeling av bygge- og anleggskontrakter under EU/EØS-terskelverdiene, jf. kapittel 5.2.2. Her kan oppdragsgiver i utgangspunktet alltid velge å forhandle. Oppdragsgiver skal da senest ved forhandlingenes påbegynnelse tilkjenne hvilken prosedyre som vil bli fulgt, med mindre dette allerede fremgår av konkurransegrunnlaget. Det fremgår imidlertid uttrykkelig av den danske tilbudslovens § 11 stk. 1 at oppdragsgiver i

<sup>19</sup> Jf. Lasse Simonsen, Prekontraktuell ansvar, Oslo, 1997, side 624 flg. som omtalt i kapittel 16.1.2.3.

<sup>20</sup> Jf. også Lasse Simonsen, Prekontraktuell ansvar, Oslo, 1997, side 624 flg., der det argumenteres for at den økonomiske gevinsten det er mulig å hente ut ved etterfølgende forhandlinger, trolig er mindre enn når tilbyderne leverer sitt beste tilbud med en gang.

konkurranses grunnlaget kan gi avkall på retten til å forhandle.

Flertallet har diskutert i hvilket omfang oppdragsgiver i en tilbudskonkurranse på forhånd skal kunne fraskrive seg retten til å forhandle, dvs. slik at det reelt sett gjennomføres en anbudskonkurranse.

Som omtalt i kapittel 7.2 kan oppdragsgiver velge å følge forskriftens del III for anskaffelser som er omfattet av forskriftens del II. Dette betyr i prinsippet at oppdragsgiver kan velge å gjennomføre en anbudskonkurranse etter forskriftens del III. Dette får imidlertid den konsekvensen at hele forskriftens del III kommer til anvendelse, herunder reglene om kunngjøring, frister, forhandlingsforbud og håndhevelse.

Begrunnelsen for forslaget om å fjerne anbudsinstituttet i del II er imidlertid at utvalgets flertall mener at anbudskonkurranser ikke anses som en egnet konkurranseform for anskaffelser som skal reguleres av del II. Det vises til at utvalget har fått klare innspill på at anbudsprosedyrer fører til unødig ressursbruk internt ved at feil avgjørelser, typisk knyttet til avvisning, kan få alvorlige konsekvenser i forhold til påfølgende ressurskrevende klageprosesser. Videre at manglende lovlig dialog i prosedyrefasen ofte fører til unødige tvister i gjennomføringsfasen. Utvalgets flertall understreker at forslaget nettopp innebærer å fjerne anbudskonkurranse som konkurranseform i denne delen av regelverket. Flertallet vil påpeke at av alle utvalgets forslag er nok dette det mest radikale, både hva gjelder materiell endring av gjeldende rett og muligheter for forenkling og økt fleksibilitet.

Flertallet har merket seg at mindretallets begrunnelse om at det vil være u hensiktsmessig å forhindre offentlige innkjøpere fra å benytte åpen eller begrenset anbudskonkurranse (som innebærer et forhandlingsforbud) fordi det ikke vil innebærer en forenkling av regelverket for offentlige anskaffelser eller en effektivisering av offentlige innkjøp. Dessuten anføres det at anbudskonkurranse benyttes i stor grad i dag. Derfor ønsker mindretallet at anbudskonkurranseinstituttet videreføres.

Flertallet vil påpeke det u hensiktsmessige i at oppdragsgiver før oppstart av konkurransen, må bestemme seg for om det skal legges opp til forhandlinger, hvilket er tilfelle etter dagens system. Og videre at dersom oppdragsgiver har besluttet å gjennomføre en anbudskonkurranse, kan det kun gjennomføres avklaringer, til tross for at det kan vise seg å bli et sterkt behov for å forhandle. Det er nettopp denne grensen mellom lovlig avklarings-

ger og ulovlige forhandlinger utvalgets flertall ønsker å unngå. Det helt sentrale element i flertallets forslag til ny konkurranseform er nettopp at det rasjonelle er at oppdragsgiver først bestemmer seg for om han skal forhandle, når han kjenner tilbudenes innhold. Det er først når oppdragsgiver kjenner tilbudenes innhold at han vil vite om og i hvilken grad det er behov for forhandlinger, enten dette er mindre avklaringer eller reelle forhandlinger. Poenget med den nye konkurranseformen er at oppdragsgiver alltid skal ha mulighet til gjensidig muntlig dialog (avklaringer og/eller forhandlinger) Det vil derfor stride mot tankegangen bak den nye prosedyreform, dersom oppdragsgiver gis adgang til å fraskrive seg retten til å forhandle, hvilket formelt og reelt da vil være det samme som anbudskonkurranser med alle de rettslige konsekvenser dette innebærer.

Ut fra en «fra det mer til det mindre»-betragtning finner medlemmene *Roll-Mathiesen, Breiland, Frøyland, Liessem, Fredriksen, Strømsnes og Vigan-der* imidlertid ikke at oppdragsgivers handlefrihet bør begrenses i del II i forhold til hva som er tillatt etter del III. Beslutter lovgiver å innføre et minimumsregelverk, jf. kapittel 28, kan oppdragsgiver velge å gjennomføre en prosedyre der han på forhånd fastslår at det ikke vil bli forhandlet. Disse medlemmer ønsker derfor ikke eksplisitt å forby oppdragsgiver å fraskrive seg retten til å forhandle i en tilbudskonkurranse. Det innebærer at det heller ikke anses som en saksbehandlingsfeil som må føre til avlysning av konkurransen, der oppdragsgiver har gjort dette.

Der en oppdragsgiver faktisk fraskriver seg retten til å forhandle, må det derfor få tydelige konsekvenser for muligheten til dialog med leverandørene. Ettersom utvalget foreslår at forhandlingsbegrepet i forskriftens del II skal omfatte enhver form for dialog mellom oppdragsgiver og leverandør – alt fra enkelte tilpasninger og avklaringer til fulle forhandlinger – innebærer en slik fraskrivelse av adgangen til å forhandle at oppdragsgiver fraskriver seg retten til *enhver dialog* med leverandørene. Det vil således ikke være mulig for oppdragsgiver å søke å avklare eventuelle uklarheter osv. Dette må håndheves strengt. Disse medlemmer kan derfor ikke se at det i realiteten vil kunne være ønskelig for oppdragsgiver i en konkret anskaffelse å fraskrive seg adgangen til å forhandle.

En oppdragsgiver som i utgangspunktet ikke ønsker å forhandle og som ønsker å bruke få ressurser på anskaffelsesprosedyren slik det hevdes at er tilfelle i mange anbudskonkurranser, og som vil sikre forutberegneligheten for leverandørene i

større grad, vil kunne sikre dette ved å sende tydelige signaler i konkurransegrunnlaget, for eksempel ved å angi at forhandlinger som utgangspunkt kun vil bli benyttet til å avklare uklarheter, avvik med mer. Utvalgets flertall mener således at de fordeler mindretallet mener å se ved anbudskonkurranser også ivaretas ved Disse medlemmers forslag til ny konkurranseform.

*Medlemmet Amdal* er ikke enig i at det bør være adgang til på forhånd å fraskrive seg adgangen til å forhandle, i en konkurranse etter forskriftens nye del II. Dette vil i realiteten innebære at det gjennomføres en anbudskonkurranse, som flertallet har kommet til at ikke skal være tillatt i denne delen av regelverket. En adgang til på forhånd å fraskrive seg adgangen til å forhandle vil derfor undergrave det forenklingsegrep utvalgets flertall her foreslår. I tillegg vil det som er foreslått ovenfor øke tvistepotensialet og antallet tilfeller der tilbud må avvises, fordi det der heter at det ikke en gang skal være tillatt å gjennomføre avklaringer. *Amdal* mener at det vil være mulig å gjennomføre en anbudskonkurranse ved anskaffelser som i utgangspunktet er regulert av forskriftens nye del II, men at konkurransen da må gjennomføres etter bestemmelsene om anbudskonkurranser i del III. Da vil også «bordet fange» når det gjelder alle andre bestemmelser i del III.

*Flertallets* forslag om å oppheve anbudsinstituttet i forskriftens del II medfører at det blir en del forskjeller i del II og del III. Anbudsinstituttet, og med dette forhandlingsforbudet opprettholdes i del III. Videre vil forhandlingsbegrepet som beskrevet under få et annet innhold i del II enn i del III, jf. nærmere under. Derfor vil det også fortsatt være behov for regler om avklaring i del III. Flertallet finner imidlertid at ulempene ved slike forskjeller vil oppveies av fordelene med hensyn til den fleksibiliteten man oppnår nasjonalt.

#### *Om forhandlingene*

Hvor omfattende forhandlingene skal være, er helt opp til oppdragsgiver. Det kan være alt fra et kort møte hvor man går igjennom tilbudet og gjør enkelte avklaringer eller tilpasninger, til fulle forhandlinger om mange sider av tilbudet. Denne friheten til å velge om og i hvilken grad det skal forhandles, gjør at prosedyren kan gjøres enkel og billig der forholdene ligger til rette for det, og mer omfattende og ressurskrevende der konkurransen og anskaffelsens art tilsier det. *Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Mathiesen, Amdal, Breiland, Frøyland, Liessem, Fredriksen, Strømsnes*

*og Vigander*, ønsker derfor heller ikke å detaljregulere eventuelle forhandlinger. En slik løsning vil ivareta forholdsmessighetsprinsippet på en god måte, ved at oppdragsgiver kan tilpasse omfanget av forhandlingene til den enkelte konkurransen.

I den grad oppdragsgiver velger å gjennomføre forhandlinger, skal det ikke gjelde noen plikt til å påpeke forhold ved tilbudene som kan forbedres, med mindre dette følger av likebehandlingsprinsippet. Velger oppdragsgiver for eksempel kun å la forhandlingene omfatte avklaringer av uklarheter eller retting av feil i tilbudene, vil leverandørene ikke ha krav på å få endre andre forhold ved sitt tilbud. Dette er også et utslag av at leverandøren skal bære risikoen for tilbudets innhold.

Som nevnt ovenfor vil det med den foreslåtte løsningen ikke lenger være behov for særskilte bestemmelser om avklaringer, nettopp fordi oppdragsgiver alltid vil kunne gå i forhandling med leverandørene. Det betyr også at det ikke er behov for den rettslige sontringen mellom avklaringer og forhandlinger som skaper så store utfordringer i dag. Det vil ofte kunne være en glidende overgang fra det som i dag betegnes som tillatte avklaringer til ikke tillatte endringer i tilbudet, og det er uklart hvor denne grensen går etter gjeldende rett. Dette er en rettsstilstand som er ressurskrevende og tvisteskapende. Den foreslåtte løsningen sondrer derfor ikke mellom avklaringer og forhandlinger – alt er tillatt. Dersom oppdragsgiver finner det hensiktsmessig, vil det derfor også være mulig å oppdele forhandlingen i flere faser, slik at det i første fase foretas forhandlinger i form av avklaringer, og det vil være uproblematisk hvis disse fasene glider over i hverandre. Det vil også være underordnet om oppdragsgiver betegner kontakten med leverandørene som dialog, avklaringer, forhandlinger eller lignende, da alle disse begrepene vil bli omfattet av det nye forhandlingsbegrepet.

Der oppdragsgiver velger å innlede mer omfattende forhandlinger, kan det forhandles om alle sider av tilbudet. Oppdragsgiver må i alle tilfeller ivareta likebehandlingsprinsippet og må ikke gi opplysninger om innholdet i øvrige tilbud eller som kan stille noen leverandører bedre enn andre. Likebehandlingsprinsippet er styrende for alle forhandlinger og vil være bestemmende for oppdragsgivers tillatte fremgangsmåte. Prinsippet innebærer at ensartede forhold ikke må behandles ulikt, og ulike forhold ikke må behandles ensartet, med mindre en slik ulik behandling er objektivt begrunnet.<sup>21</sup>

Utvalget har diskutert i hvilket omfang det etter forskriftens del II skal være mulig å forhandle med leverandører som har avgitt tilbud som inneholder vesentlige avvik, eller om slike tilbud skal avvises umiddelbart, jf. kapittel 25.4.5. Som det fremgår av dette kapitlet foreslår utvalgets flertall at oppdragsgiver for anskaffelser omfattet av forskriftens del II skal ha mulighet til å søke å bortforhandle også vesentlige avvik. Her setter likevel gjennomsiktighets- og likebehandlingsprinsippet krav til fremgangsmåten. Har oppdragsgiver for eksempel tilkjennegitt at han bare vil forhandle med de tre beste tilbudene, må denne utvelgelsen skje på bakgrunn av tildelingskriteriene og basert på tilbudene slik de foreligger ved tilbudsfristens utløp. Skal en utvelgelse skje før eventuelle forhandlinger starter, må oppdragsgiver da avvise eventuelle tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Som nevnt i kapittel 16.2 er det ikke etter det nye direktivet mulig å innlede forhandlinger om tildelingskriteriene. Det samme må etter flertallets mening gjelde for anskaffelser etter forskriftens del II. Slik flertallet ser det vil det heller ikke kunne forhandles om de øvrige prosedyrereglene som oppdragsgiver har fastsatt.

Her som ellers følger det av gjennomsiktighetsprinsippet at alle vurderinger og beslutninger av betydning skal nedtegnes skriftlig, jf. kapittel 14. Oppdragsgiver skal derfor føre referat fra forhandlingsmøtene eller på annen måte dokumentere innholdet i forhandlingene, for eksempel i form av skriftlig korrespondanse mellom partene som oppsummerer alle vesentlige forhold i forhandlingene. Oppdragsgiver har også plikt til å sikre at endringer i tilbudet nedtegnes skriftlig.

Flertallet er av den oppfatning at levering av et revidert tilbud ikke skal innebære at det opprinnelige tilbudet ikke lenger er bindende. Hvis dette var tilfellet ville en leverandør som angrep på et avgitt tilbud, kunne frigjøre seg ved å levere et revidert tilbud. Alle tilbud fra en leverandør skal altså være bindende.

Etter at forhandlingene er avsluttet og kontrakt skal tildeles, skal oppdragsgiver underrette de berørte leverandørene om sin beslutning. Berørte leverandører er alle leverandører som har levert inn et tilbud, uansett om de har blitt invitert til å delta i forhandlingene eller ei.<sup>22</sup> Underretningen skal inneholde en begrunnelse for tildelingsbeslutningen.

#### *Antallet leverandører som inviteres til eventuelle forhandlinger og utvelgelsen*

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Mathiesen, Amdal, Breiland, Frøyland, Liessem, Fredriksen, Strømsnes og Vigander, mener at oppdragsgiver bør ha frihet til å bestemme hvor mange leverandører han ønsker å forhandle med. En leverandør som har levert tilbud, skal med andre ord ikke kunne kreve å komme til forhandlingsbordet – like lite som leverandørene kan kreve at oppdragsgiver gjennomfører forhandlinger overhodet. At oppdragsgiver ikke er forpliktet til å forhandle med alle leverandører som har levert tilbud (som ikke avvises) er også i god tråd med hensynet til effektiv ressursbruk: Det er spill av ressurser å måtte gjennomføre forhandlinger med en leverandør som uansett ikke kan vinne frem i konkurransen.*

Flertallet foreslår verken en nedre eller øvre grense for antallet leverandører som inviteres til eventuelle forhandlinger. I dagens bestemmelse om forhandlinger står det at det i den avsluttende fase skal være et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse. Dette går flertallet bort fra. Reell konkurranse om kontrakten er sikret allerede ved at anskaffelsen er kunngjort. Oppdragsgiver kan selv velge hvor mange det skal forhandles med, noe som innebærer at oppdragsgiver kan forhandle med bare det beste tilbudet. Noe annet er at det ofte vil være formålstjenlig å forhandle med flere. Dette kommer helt an på den konkrete konkurransesituasjonen og hvor stor avstand det er mellom tilbudene.

I Danmark innførte man i 2007 et øvre tak, slik at det bare kan forhandles med maksimalt tre leverandører, jf. kapittel 5.2.2.10. Bakgrunnen var å effektivisere den samlede ressursbruken hos oppdragsgivere og leverandører. Flertallet ser at dette er en regel som kan virke ressursbesparende, men har likevel kommet til at det ikke bør legges slike begrensninger på oppdragsgivers valg. Selv om det ikke settes et slikt tak, er det viktig at oppdragsgiver inviterer et antall leverandører som står i forhold til kontraktens art og størrelse, og bare de leverandørene som faktisk er aktuelle for kontrakten. Dette er viktig ut fra ressurshensyn, fordi det koster å gjennomføre forhandlinger.

Som nevnt i det foregående avsnittet har oppdragsgiver i utgangspunktet frihet til å avgjøre hva det skal forhandles om. Dersom oppdragsgiver bare vil foreta forhandlinger i form av avklaringer, vil det bare være de leverandørene som har gitt tilbud med uklarheter som vil bli utvalgt til å

<sup>21</sup> Jf. EU-domstolens forente saker C-21/03 og C-34/03 avsnitt 26 og 27.

<sup>22</sup> Jf. gjeldende forskrift § 4-1 bokstav p.

delta i slike forhandlinger. Dersom oppdragsgiver bare vil forhandle om avvik i tilbudene, så er det tilsvarende bare de leverandørene som har avgitt tilbud med avvik som vil bli invitert.

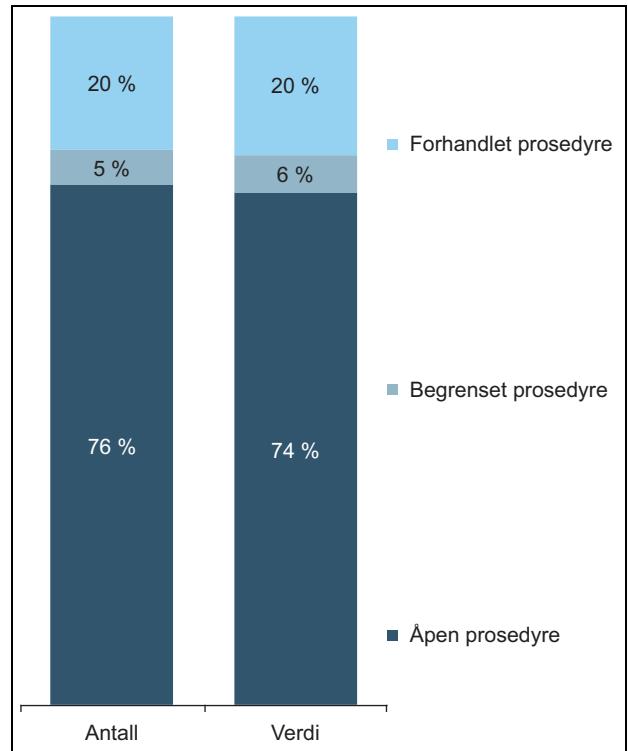
Vil oppdragsgiver derimot forhandle om øvrige elementer i tilbudene, må utvelgelsen av de leverandører som skal delta i forhandlingene skje på bakgrunn av de fastsatte tildelingskriteriene og basert på tilbudene slik de foreligger ved tilbudsfristens utløp. Dersom det ikke skal forhandles med alle leverandørene, har oppdragsgiver altså en plikt til først å rangere tilbudene i henhold til tildelingskriteriene innen forhandlingene innledes.<sup>23</sup> Ønsker oppdragsgiver i et slikt tilfelle bare å forhandle med én leverandør, må dette i bli med den leverandøren som har levert det beste tilbudet i henhold til tildelingskriteriene. Ønsker leverandøren å forhandle med tre leverandører, må han gå til de tre leverandørene som har levert de tre beste tilbudene. Oppdragsgiver kan for så vidt også starte med én leverandør (nr. 1), og så trekke inn flere leverandører etter hvert (først nr. 2, så nr. 3 osv.) dersom man ikke oppnår de resultatene i forhandlingen som man ønsker.

Oppdragsgiver må imidlertid også ha mulighet til å oppdele forhandlingene i flere faser, slik at det for eksempel i første runde foretas avklaringer med de leverandører som har avgitt tilbud med uklarheter, og i andre runde foretas mer omfattende forhandlinger om innholdet i tilbudene. Utvelgelsen av leverandører til å delta i denne andre runden må da også skje på bakgrunn av tildelingskriteriene, men da basert på tilbudene slik de foreligger etter avklaringer som har skjedd i den første runden.

### 16.3.2 Mindretallets syn

#### 16.3.2.1 Om behovet for å fjerne prosedyren konkurranse uten forhandling

*Utvalgets mindretall, medlemmene Brekke og Gjønnes*, ser ikke behovet for å fjerne prosedyren anbudskonkurranse uten forhandling og er av den oppfatning at dette kan ha svært negative konsekvenser for effektiviteten knyttet til offentlige anskaffelser. I dag er (åpen og begrenset) anbudskonkurranse uten forhandlinger den klart mest brukte konkurranseprosedyren. Ifølge PwC-rapporten, som er utarbeidet på oppdrag for utvalget er åpen prosedyre, dvs. anbudskonkurranse uten forhandlinger og prekvalifisering, benyttet i 75 prosent av tilfellene for anskaffelser med kon-



Figur 16.1 Relativ fordeling totalt antall og total verdi per konkurranseprosedyre – mellom nasjonal kunngjøringsverdi og EU/EØS-terskelverdiene for perioden 2009–2012

traktverdi mellom 500 000 kroner og EU/EØS-terskelverdiene. Forhandlet prosedyre velges i dag kun i 20 prosent av offentlige anskaffelser. Se figur 16.1 og kapittel 5.2 i rapporten for mer detaljer.

Flertallets vurdering synes å være basert på at offentlige innkjøpere ikke foretar rasjonelle valg når de velger prosedyre, men at deres valg er basert på historie og bransjestandarder, når de nå foreslår å fjerne prosedyren anbudskonkurranse (dvs. prosedyrer uten forhandlingsadgang). En alternativ, og etter mindretallets vurdering betydelig mer plausibel forklaring er at anbudskonkurranse i mange tilfeller rent faktisk er en effektiv anskaffelsesprosedyre både når det gjelder selve gjennomføringen av konkurransen (transaksjonskostnader) og resultatet av konkurransen i form av for eksempel pris og kostnader. Mindretallet finner det svært usannsynlig at offentlige innkjøpere benytter en konkurranseform som er suboptimal på grunn av historiske eller bransjemessige forhold. Vi legger til grunn at offentlige innkjøpere vurderer hvilken konkurranseprosedyre som er mest effektiv for den aktuelle anskaffelsen og som vil gi det beste resultatet. Svært mange anskaffelser vedrører kjøp av standardiserte varer og tjenester hvor forhandlinger

<sup>23</sup> Dette innebærer også at eventuelle avvik må prissettes.

ikke har noe formål, og åpen anbudskonkurranse vil være den mest effektive konkurranseformen.

Mindretallet er av den oppfatning at anbudskonkurranse i mange tilfeller er en svært effektiv konkurranseprosedyre som kan gi gode økonomiske resultater. Fra økonomisk teori er det velkjent at valg av konkurranseform kan ha avgjørende betydning på leverandørenes tilbud og i sin tur på resultatet av konkurransen. Dette er inngående drøftet av den kjente økonomen Paul Klemperer i forbindelse med auksjonsteori, hvor han også viser til at auksjoner (som åpen anbudskonkurranse) i mange tilfeller gir bedre resultat enn forhandlinger. I forbindelse med offentlige anskaffelser er det også pekt på at åpen anbudskonkurranse normalt er den mest effektive konkurranseprosedyren ved anskaffelser av standardiserte varer og tjenester, mens forhandlinger typisk vil være bedre i forbindelse med komplekse prosjekter og innkjøp. Mindretallet er derfor av den oppfatning at å fjerne forbudet mot forhandlinger og dermed prosedyren konkurranse uten forhandlinger, vil kunne ha svært uheldige effekter både når det gjelder effektivitet i gjennomføringen av konkurransen og ikke minst resultatet av konkurransen, og støtter derfor ikke flertallets forslag.

Mindretallet er av den oppfatning at å fjerne prosedyren anbudskonkurranse uten forhandlinger som i dag benyttes ved 4 av 5 anskaffelser, er et radikalt inngrep i offentlige innkjøperes fleksibilitet i gjennomføring av offentlige anskaffelser. Man skal huske på at private innkjøpere har muligheten til, og faktisk, benytter åpen anbudskonkurranse i sine anskaffelser, slik at man her pålegger offentlige en restriksjon man ikke finner i privat næringsliv. Nå åpner imidlertid flertallet for at offentlige innkjøpere skal kunne fraskrive seg retten til å forhandle i forkant av konkurransen, men da mener mindretallet at det vil være bedre å beholde dagens etablerte prosedyre med anbudskonkurranse uten forhandling, som jo er i samsvar med EU/EØS-regelverket, og dermed velkjent i markedet ved at leverandørene må forholde seg til denne for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.

Flertallet begrunner sitt forslag om å fjerne forhandlingsforbudet og prosedyren anbudskonkurranse uten forhandlinger med omfanget av tvistesaker og uheldige avvísninger med mer. Dette er noe som flere av de inviterte oppdragsgivere, dog ikke alle, har påpekt ovenfor utvalget. Likevel er det ikke fremlagt noen systematisk dokumentasjon på omfanget av dette problemet. Eneste henvisning er til at 40 prosent av sakene

for KOFA har omhandlet avvísning. I følge statistikk fra KOFA behandlet de 213 klager i 2013, noe som neppe kan sies å være omfattende gitt det store antall anskaffelser som gjennomføres i løpet av et år. Mindretallet mener at problemet med en streng praksis av forhandlingsforbudet burde vært dokumentert på en mer systematisk måte gitt at dette er et hovedanliggende for flertallet, slik at man hadde fått et klarere bilde på de relaterte kostnadene ved bruk av anbudskonkurranse uten forhandlinger.

Mindretallet er imidlertid ikke uenig i at en streng håndheving av forhandlingsforbudet er et potensielt problem, og er selvfølgelig enig i at omfanget av tvistesaker og uheldige avvísninger bør være så lavt som mulig. Mindretallet mener imidlertid at dette ikke best løses ved å fjerne forbudet mot forhandlinger og dermed prosedyren anbudskonkurranse, men at man heller bør gjøre det enklere med kommunikasjon og dialog med leverandører for å avklare feil og mangler ved tilbudene.

Mindretallet mener også at flertallets forslag om å fjerne anbudskonkurranser med forhandlingsforbud mangler belegg for at dette vil medføre en forenkling og effektivisering av offentlige innkjøp. Det er henvist til innspill fra utvalgte leverandører og vist til en del kvalitative argumenter, men det er ikke fremlagt noen systematiske studier eller analyser som kan godtgjøre at forslaget vil medføre bedre innkjøp. Mindretallet mener at prosedyren anbudskonkurranse er veletablert og i samsvar med EU/EØS-regelverket som leverandører og oppdragsgivere uansett må forholde seg til, og at denne prosedyren gir leverandørene en større sikkerhet om at det ikke blir reelle forhandlinger. Mindretallet er også av den oppfatning at en omdefinering av begrepet forhandlinger til også å omfatte avklaringer og uklarheter vil kunne medføre større usikkerhet enn dagens regelverk hvor det skilles mellom forhandlinger og avklaringer. Dette diskuteres nærmere nedenfor.

#### 16.3.2.2 *Forslag til forbedringer av dagens prosedyrer*

*Utvalgets mindretall, medlemmene Brekke og Gjønnes, ønsker maksimal fleksibilitet for oppdragsgivers valg av prosedyrer. Det betyr at oppdragsgivere skal kunne velge om de ønsker å bruke åpen, begrenset eller forhandlet konkurranse med rett til ikke å forhandle. Dette er i tråd med nytt anskaffelsesdirektiv. Mindretallet mener at like prosedyrer over og under EU/EØS-terskel*

verdiene vil være en forenkling for oppdragsgiver samtidig som leverandørene får en forutberegnelighet for hvilke prosedyrer som velges. Oppdragsgiver får fleksibilitet til å benytte den prosedyre de trenger. Det betyr at oppdragsgiver kan velge forhandlet prosedyre og i tillegg ta inn et forbehold om ikke å forhandle. Dette sikrer oppdragsgiver å få inn gode tilbud fra starten, men gir samtidig oppdragsgiver fleksibiliteten til å forhandle videre på et godt tilbud. En slik fleksibilitet til å velge prosedyreform, tvinger ikke oppdragsgiver inn i en konkurranse med adgang til forhandling i situasjoner hvor det ikke er nødvendig for oppdragsgiver å forbeholde seg en slik forhandlingsadgang. Forhandlet konkurranse har vært likestilt med åpen og begrenset anbudskonkurranse under EU/EØS-terskelverdiene i lang tid. Likevel viser empiri at oppdragsgiver i de fleste tilfeller har brukt og bruker åpen anbudskonkurranse, nettopp fordi det er ressurseffektivt.<sup>24</sup> Det kan være ulike årsaker til valget av åpen anbudskonkurranse, men noen av grunnene kan være at det er en enkel prosedyre, tar forholdsvis kort tid i forhold til forhandlet konkurranse og koster mindre både av tid og penger. Mindretallet mener derfor at oppdragsgiver selv skal kunne få avgjøre hvilken konkurranse som skal benyttes og er best egnet i det konkrete tilfellet, og at dette skal kunngjøres, slik at leverandøren får den forutberegnelighet han trenger for konkurransen. Mindretallet er dermed uenig med flertallet som uttaler at «forhandlingsforbudet synes også å representere et ressursluk for partene».

Et av flertallets argumenter for å utarbeide den nye prosedyreformen åpen og begrenset tilbudskonkurranse med rett til å forhandle, er de særlige avvisningssituasjonene som har oppstått i åpne og begrensede anbudskonkurranser, hvor oppdragsgiver ikke kan forhandle bort uklarheter som kan oppstå. Mindretallet er helt enig i at dette har vært og er problematisk etter dagens regelverk og ønsker på samme måte som flertallet å gi oppdragsgiver et redskap til å slippe å avvise leverandører som har glemt å sende med dokumentasjon som er etterspurt, har misforstått noe i konkurransegrunnlaget osv. Mindretallet mener likevel at det ikke er behov for å utarbeide den nye prosedyreformen for å imøtekomme dette behovet. Dette fordi det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 56 nr. 3 gir oppdragsgiver adgang til å avhjelpe slike situasjoner. Hvis fremlagt dokumentasjon eller opplysninger er eller fremstår ufullstendige eller feilaktige, eller hvis spesifikke

dokumenter mangler, kan oppdragsgiver be leverandøren levere, supplere, klargjøre eller utfylle relevante opplysninger eller dokumenter. Dette betyr at oppdragsgiver innen en bestemt frist kan be leverandørene ettersende dokumentasjon som mangler fullstendig. Bestemmelsen er heller ikke begrenset til bare å gjelde dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men gir også oppdragsgiver mulighet til å be om ettersending og supplering av selve tilbudsdokumentasjonen. Etter gjeldende rett er dette ikke tillatt på grunn av forhandlingsforbudet.

Mindretallet mener derimot ikke at det skal, heller ikke i en konkurranse med forhandling, åpnes for at oppdragsgivere kan innlede forhandlinger om tilbud som inneholder vesentlige avvik. Hensynet til like regler over og under EU/EØS-terskelverdiene taler for dette. En slik regel vil videre skape problemer for utvelgelsen av tilbud til forhandlinger fordi tilbudene vil være vesentlig forskjellig og inneholde vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget og dermed ikke være sammenlignbare. Mindretallet mener at en slik regel vil gå på bekostning blant annet av hensynet til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Etter mindretallets vurdering vil det videre innebære en fallitterklæring mot de grunnleggende kvalitetskrav som må stilles til konkurransegrunnlaget, å åpne for at oppdragsgiver kan innlede forhandlinger om tilbud med vesentlige avvik. Dette vil svekke oppdragsgivers incitament til å gjøre et forsvarlig forarbeid, og vil med stor sannsynlighet medføre økt utbredelse av dårlige konkurransegrunnlag. Leverandører som leverer tilbud med vesentlige avvik vil kunne oppnå fordeler ved at de kan presse ned prisen og derved komme i forhandlingsposisjon og manøvrere seg til kontrakten på billigst mulig måte. Nedsiden er derimot liten fordi erfaringen viser at «kan-avvisningsbestemmelsen» ikke brukes så ofte i praksis. Det er også usikkert i hvilken grad vesentlige avvik vil bli forhandlet bort i praksis, noe som vil kunne føre til økte endrings-/tilleggskrav under kontraktgjennomføringen. Det er gjort et systematisk arbeid med å få oppdragsgivere til å gjøre et grundig arbeid med konkurransegrunnlaget. På anskaffelser.no understrekes det at forarbeid og planleggingsfasen er vesentlig for å få til en god konkurranse. Et godt gjennomarbeidet konkurransegrunnlag fjerner risikoen for mange av klagene fra leverandørene. Det er viktig at konkurransegrunnlaget gir en god beskrivelse av hva oppgaven går ut på, slik at leverandørene svarer på oppgaven og oppdragsgiver får et godt sammenligningsgrunnlag. Mindretallet

<sup>24</sup> Jf. PwC Rapporten.



er redd for at den gode planleggingen av anskaffelsen og arbeidet med konkurransegrunnlaget blir vesentlig dårligere med en slik prosedyre som flertallet foreslår.

I tillegg vil mindretallet påpeke at dersom flertallets forslag til ny prosedyre skulle bli vedtatt, vil det bli enda viktigere å ikke tillate forhandlinger om vesentlige avvik. Leverandører som holder seg til konkurransegrunnlagets ordlyd vil ikke ha noen som helst mulighet til å hindre at oppdragsgiver legger opp til en prosess basert på sympatier eller antipatier mot en eller flere leverandører.

Flertallet foreslår også å omdefinere forhandlingsbegrepet, slik at begrepet ikke bare omfatter reelle forhandlinger rundt tilbudet og i hvilken grad det realiserer kriteriene for tildeling, for eksempel pris, kostnader eller kvalitet, men også omfatter avklaringer, uklarheter osv. Flertallets begrunnelse for en slik redefinering er at det gir mest mulig fleksibilitet for oppdragsgiver og at man slipper sontringen mellom avklaringer og forhandlinger. Mindretallet mener dette er et uheldig grep dels fordi det innebærer et brudd med dagens regelverk og EU/EØS-regelverket, slik at leverandørene må forholde seg til ulike definisjoner avhengig av om man er over eller under EU/EØS-terskelverdiene, men også dels fordi det innebærer at leverandørene ikke vet om det skal forhandles eller ikke selv hvor oppdragsgiver indikerer at det skal forhandles. En slik definisjon av forhandlingsbegrepet vil, etter mindretallets vurdering, medføre et anskaffelsesregime hvor det offentlige ikke kan binde seg til hverken å forhandle eller ikke forhandle, noe som kan få svært uheldige konsekvenser for selve konkurransen og i sin tur de tilbud det offentlige mottar. Mindretallet frykter derfor at flertallets forslag vil gi mindre effektive konkurranser og dårligere innkjøp for det offentlige når man ikke tydelig kan velge prosedyre i forkant av anskaffelsen.

Kort oppsummert er mindretallet av den oppfatning at flertallets forslag om å fjerne anbudsinstittuttet og forhandlingsforbudet, samt omdefineringen av forhandlingsbegrepet, vil være uheldig både for offentlige innkjøpere og leverandører. Grunnen er at dette gjør det vanskeligere for det offentlige å binde seg til å forhandle eller ikke, og dermed mer usikkert for leverandørene om det blir forhandlinger, noe som i sin tur vil påvirke tilbud og resultat av konkurransen. Mindretallet mener dette ikke er en forenkling og flertallets forslag vil bidra til mindre effektiv ressursbruk og dårligere konkurranserresultat ved offentlige anskaffelser. Mindretallet mener man bør beholde anbuds konkurranser, forhandlingsforbudet og

dagens definisjon av forhandlingsbegrepet, hvor man skiller mellom forhandlinger og avklaringer, ettersom det gir offentlige innkjøpere mulighet til å binde seg til å forhandle eller ikke forhandle. Mindretallet ser imidlertid at man kan forbedre regelverket med hensyn til kommunikasjon og dialog mellom oppdragsgiver og leverandør, og at det bør være enklere å gjøre avklaringer av mangler og uklarheter i tilbud, slik det for eksempel er gjort i forbindelse med EU/EØS regelverket.

### 16.3.3 Øvrige prosedyrer: konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap

*Utvalget* ser ikke noe behov for å innføre prosedyreformene konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap i forskriftens del II.

Når det gjelder konkurransepreget dialog, ser utvalget at en slik prosedyre kan være hensiktsmessig, nettopp fordi den uttrykkelig gir oppdragsgiver adgang til å fastsette den endelige kravspesifikasjonen i samarbeid med leverandørene.

Utvalget mener imidlertid at bestemmelsene som gjelder for konkurranse med forhandling, rommer tilstrekkelig fleksibilitet til at oppdragsgiver kan tilrettelegge en forhandlet prosedyre som en konkurransepreget dialog. I den danske juridiske litteraturen er det således også antatt at oppdragsgivere i forsyningssektorene i dag kan benytte konkurransepreget dialog, selv om forsyningsdirektivet ikke inneholder bestemmelser om denne prosedyren.<sup>25</sup>

Det vil også kunne være hensiktsmessig for oppdragsgiver å inngå et innovasjonspartnerskap, der oppdragsgiver ønsker å inngå kontrakt om både forskning og utvikling og det etterfølgende kommersielle kjøpet av de utviklede varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene. Slik utvalget ser det, har et innovasjonspartnerskap imidlertid mer karakter av en særlig kontraktsform enn en egentlig ny prosedyre. Utvalget antar at det allerede i dag vil være mulig å inngå et slikt partnerskap. Det er derfor ikke nødvendig å innføre slike bestemmelser i del II. Oppdragsgivere som ønsker å inngå et slikt partnerskap, vil uansett kunne gjøre dette. De må da anvende en tilbudskonkurranse til å velge den leverandøren som de inngår partnerskapet med.

*Medlemmet Amdal* mener at oppdragsgiver da må gjennomføre anskaffelsen i henhold til bestemmelsene i del III, og viser til sine kommentarer i kapittel 7.2.

<sup>25</sup> Jf. Steinicke og Groesmeyer s. 782.

## Kapittel 17

# Utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser

### 17.1 Innledning

---

Ved begrensede konkurranser er det bare leverandører som blir invitert av oppdragsgiver, som får levere tilbud, jf. kapittel 16. For å begrense antallet leverandører som vil bli invitert, har oppdragsgiver to virkemidler.

Oppdragsgiver kan velge å invitere leverandører utelukkende ved å stille kvalifikasjonskrav etter anskaffelsesforskriften § 8-4. Alle interesserte leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, vil da ha krav på å bli invitert. Leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, kan oppdragsgiver ikke invitere. Reglene om kvalifikasjonskrav er behandlet i kapittel 20.

Oppdragsgiver kan i tillegg velge å sette grenser for hvor mange leverandører som vil bli invitert. Hvis antallet leverandører som har meldt sin interesse og oppfyller kvalifikasjonskravene, overstiger grensen for antall leverandører som oppdragsgiver har satt, må oppdragsgiver foreta et valg mellom de kvalifiserte leverandørene. I § 8-6 er det gitt nærmere regler om hvordan oppdragsgiver kan foreta denne utvelgelsen. De leverandører som oppdragsgiver velger ut etter disse reglene, blir invitert til å levere tilbud.

*Utvalget* foreslår i hovedsak å videreføre gjeldende regler om utvelgelse i konkurranser hvor det settes grenser for antall leverandører som vil bli invitert til å levere tilbud. Med unntak av at gjeldende regel om plikt til å invitere minst tre leverandører foreslås strøket, jf. § 8-6 tredje ledd første punktum, innebærer forslaget ingen realitetsendringer.

### 17.2 Utvelgelse når det settes en grense for antallet leverandører

---

#### 17.2.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesforskriften § 8-6 regulerer oppdragsgivers adgang til å sette grenser for antallet leverandører som vil bli invitert til å levere tilbud, og

om grunnlaget for valget mellom eventuelt overtallig kvalifiserte leverandører. Tilnærmet identiske regler gjelder i del III, jf. § 17-6, som gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 44 nr. 3 i norsk rett.

Etter § 8-6 første ledd har oppdragsgiver mulighet til å fastsette en nedre og eventuelt en øvre grense for antall leverandører som vil bli invitert til å levere tilbud. Oppdragsgiver bestemmer selv om slike grenser skal settes, jf. «kan oppdragsgiver sette». Hvis ingen grenser settes, vil alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, ha krav på å bli invitert. Departementet har lagt til grunn at en oppdragsgiver som ønsker å sette grenser, alltid må fastsette den nedre grensen.<sup>1</sup> Det er imidlertid uklart om fravær av en øvre grense innebærer en plikt for oppdragsgiver til å invitere samtlige leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene. Etter departementets vurdering har oppdragsgiver ikke en slik plikt hvis det er gitt opplysninger om at antallet leverandører som blir invitert, begrenses.<sup>2</sup> Grensen(e) må være oppgitt i kunngjøringen, jf. § 8-6 annet ledd.

Hvis antallet kvalifiserte leverandører overstiger det antall oppdragsgiver ønsker å invitere (overtallig kvalifiserte leverandører), må oppdragsgiver foreta en utvelgelse. Utvelgelsen skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier som er oppgitt i kunngjøringen, jf. § 8-6 annet ledd.

Departementet har pekt på tre metoder det vil kunne være aktuelt å basere utvelgelsen på, både enkeltvis og i kombinasjon:<sup>3</sup>

- Best kvalifisert: Oppdragsgiver velger ut leverandørene som vurderes som best kvalifisert, basert på fremlagt dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Oppdragsgiver må altså vurdere leverandørens kvalifikasjoner opp mot hverandre. I praksis er dette den vanligste måten å velge ut leverandører på.

<sup>1</sup> Jf. FADs veileder, side 119.

<sup>2</sup> Jf. FADs veileder, side 119.

<sup>3</sup> Jf. FADs veileder, side 119.

- Best konkurransedynamikk: Oppdragsgiver velger ut leverandørene som etter oppdragsgivers vurdering gir best mulig konkurranse (for eksempel en blanding av SMB-er og store virksomheter, eller en blanding av etablerte og nye virksomheter).<sup>4</sup>
- Loddrekning: Dette vil være vilkårlig og dermed i utgangspunktet ikke tillatt, men vil likevel kunne være aktuelt hvis det er vanskelig eller umulig å skille leverandørene på andre måter.

Etter § 8-6 tredje ledd første punktum skal oppdragsgiver invitere et antall leverandører som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Antallet kan likevel ikke være færre enn tre.<sup>5</sup> Med andre ord vil oppdragsgiver etter omstendighetene kunne ha plikt til å invitere flere enn tre leverandører. Oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn det som er satt som en nedre grense i kunngjøringen, hvis ikke et tilstrekkelig antall leverandører har meldt sin interesse og oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. § 8-6 tredje ledd annet punktum.

### 17.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye anskaffelsesdirektivet er gjeldende regler videreført uten realitetsendringer, jf. artikkel 65.

### 17.2.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å videreføre gjeldende regler om utvelgelse av leverandører, med et par mindre justeringer.

Etter utvalgets vurdering bør en oppdragsgiver som ønsker å sette grenser for antallet leverandører som vil bli invitert til å levere tilbud, ha plikt til å angi grensene i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Leverandørene vil ofte ha god kunnskap om sine markedsposisjoner. Informasjon om hvor mange leverandører som vil bli invitert, vil kunne være avgjørende for om en leverandør ønsker å bruke ressurser på å delta i konkurransen eller ikke.

Oppdragsgiver skal ha plikt til å angi den nedre grensen, slik som etter gjeldende regler. Hvis det eksempelvis settes en nedre grense på fem leverandører, vil en leverandør som anser seg

selv som den fjerde beste leverandøren i markedet, vurdere sjansene som gode for å bli invitert og dermed ønske å bruke ressurser på konkurransedeltakelse.

Utvalget ser tilsvarende gode grunner til at oppdragsgiver bør ha en plikt til å angi den øvre grensen. Også dette vil kunne være verdifull informasjon for leverandørene. Hvis det i eksempelet over i stedet settes en øvre grense på tre leverandører, vil den fjerde beste leverandøren i markedet kanskje la være å bruke ressurser på å melde sin interesse. I det nye direktivet er imidlertid gjeldende rett videreført. Det betyr at oppdragsgiver ved anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene ikke vil ha plikt til å angi en øvre grense. Utvalget ønsker ikke at reglene under EU/EØS-terskelverdiene skal være strengere, og foreslår derfor å videreføre gjeldende rett også på dette punktet. Selv om det ikke skulle være satt noen øvre grense, bør oppdragsgiver likevel ha adgang til å begrense antallet leverandører som blir invitert, såfremt det gis opplysninger om dette i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regel om at utvelgelsen blant overtallig kvalifiserte leverandører skal baseres på objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Disse skal være oppgitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Den fremgangsmåten som i dag er mest utbredt, utvelgelse basert på hvilke leverandører som er best kvalifisert, skal fremdeles være tillatt. Riktignok peker utvalget på at denne utvelgelsesmetoden rent faktisk vil heve listen for kvalifikasjonskravene. En leverandør som oppfyller kvalifikasjonskravene, vil kunne oppleve ikke å bli invitert til å levere tilbud fordi andre leverandører overgår denne leverandøren i oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene. Store og veletablerte virksomheter vil med dette kunne utkonkurrere SMB-er allerede før utarbeidelse av tilbud. Det kan være uheldig i konkurranser om anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, som ofte er av særlig interesse for nettopp SMB-er. Etter utvalgets vurdering bør denne utfordringen løses på annen måte enn ved å forby utvelgelse basert på hvilken leverandør som er best kvalifisert, for eksempel ved at oppdragsgiver lar være å sette en øvre grense for antallet deltakere, eller ved at metoden benyttes i kombinasjon med utvelgelse basert på det som vil gi best konkurransedynamikk.

Etter utvalgets syn skal utvelgelse basert på loddrekning som den klare hovedregel ikke være tillatt. Hvis det helt unntaksvis fremstår umulig å avgjøre hvilke leverandører som er best kvalifisert, bør oppdragsgiver likevel kunne benytte

<sup>4</sup> Klagenævnet for Udbud har i kjennelse av 9. oktober 1996 godtatt best konkurransedynamikk som utvelgelsesmetode i en sak etter forsyningsdirektivet.

<sup>5</sup> I § 17-6 tredje ledd skal antallet være minst fem.

loddrekning. En forutsetning er at oppdragsgiver har tilkjennegjort dette i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Etter gjeldende § 8-6 tredje ledd har oppdragsgiver plikt til å invitere et antall leverandører som vil sikre reell konkurranse om kontrakten, og ikke færre en tre leverandører. Utvalget foreslår å stryke denne bestemmelsen. At oppdragsgiver skal sikre reell konkurranse om offentlige kontrakter, følger allerede av utvalgets forslag til ny formålsbestemmelse, jf. kapittel 9.4. Av samme grunn bør det heller ikke være noen plikt til å invi-

tere minst tre leverandører – det sentrale er at oppdragsgiver sikrer reell konkurranse.

Utvalget foreslår heller ikke å videreføre presiseringen av at oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn en angitt nedre grense hvis ikke et tilstrekkelig antall leverandører har meldt sin interesse eller oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. § 8-6 tredje ledd annet punktum. Dette er helt selvsagt og trenger ikke stå uttrykkelig i forskriften.

## Kapittel 18

# Kommunikasjon og elektroniske verktøy

### 18.1 Innledning

Et viktig bidrag til forenkling og effektivisering av offentlige anskaffelsesprosesser er å legge til rette for digitalisering, dvs. at alle faser understøttes av elektroniske løsninger – fra oppdragsgivers arbeid med å definere anskaffelsesbehovet og planlegge anskaffelsen, via konkurransegjennomføring og inngåelse av kontrakt, til kontraktsoppfølging og betaling for ytelsene som leverandøren presterer, jf. figur 18.1. Strukturert, prosesserbar informasjon vil kunne gjenbrukes i prosessstegene og på tvers av involverte aktører, både internt i oppdragsgivers organisasjon, i samhandling med leverandørene og som ledd i innhenting av dokumentasjon fra offentlige myndigheter. Dette vil kunne lede til betydelige ressursbesparelser for både oppdragsgivere og leverandører.

I Norge i dag er deler av anskaffelsesprosessen allerede digitalisert:

- Hva gjelder planleggingsfasen, finnes blant annet elektroniske løsninger for analyse av forbrukstall og forbruksmønstre, basert på gjenbruk av informasjon i økonomisystemer og elektroniske bestillingsløsninger. Slike løsninger kan gi grunnlag for innkjøpsstrategier og innkjøpsplaner, og benyttes i dag hos flere større oppdragsgivere.
- I konkurransefasen har oppdragsgiver plikt til å kunngjøre konkurranse på Doffin ved tildeling av kontrakter som overstiger 500 000 kroner, og en del oppdragsgivere benytter elektroniske konkurransegjennomføringsverktøy

(KGV), blant annet for publisering av konkurransegrunnlag og mottak av tilbud og forespørsler om å delta i en konkurranse.

- Også for kontraktsoppfølgingsfasen finnes elektroniske løsninger. Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har gjennom en femårig satsing lagt til rette for økt bruk av elektronisk katalog- og ordrehåndtering, og fra 1. juli 2012 har statlige oppdragsgivere hatt plikt til å kreve faktura i «Elektronisk handelsformat» (EHF).<sup>1</sup>

Det gjenstår imidlertid mye arbeid før alle ledd i anskaffelsesprosessen er digitalisert.

I det nye anskaffelsesdirektivet løftes digitalisering av konkurransefasen frem som et viktig effektiviserings- og forenklingstiltak. Særlig fremhevet er bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler:

«Electronic means of information and communication can greatly simplify the publication of contracts and increase the efficiency and transparency of procurement processes. They should become the standard means of communication and information exchange in procurement procedures, as they greatly enhance the possibilities of economic operators to participate in procurement procedures across the internal market.»<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Jf. forskrift 5. april 2013 nr. 959 om IT-standarder i offentlig forvaltning § 10. For kommuner og fylkeskommuner skal plikten gjelde fra 1. januar 2015, jf. § 12 tredje ledd.

<sup>2</sup> Jf. fortalens premiss 52.



Figur 18.1 Anskaffelsesprosessens tre faser

Det nye direktivet inneholder således en utvidet bestemmelse om at all kommunikasjon som hovedregel *skal* foregå elektronisk, jf. artikkel 22. Når det nye direktivet skal gjennomføres i norsk rett, må norske myndigheter legge til rette for at konkurranser om offentlige kontrakter kan gjennomføres elektronisk i tråd med direktivets krav. I henhold til direktivet skal nødvendige løsninger for elektronisk kommunikasjon – som blant annet inkluderer levering og mottak av tilbud og forespørsel om å delta i en konkurranse – være etablert innen 18. april 2017 for innkjøpssentraler og 18. oktober 2018 for alle andre oppdragsgivere.

Det nye direktivet fremhever også bruk av andre former for elektroniske verktøy, inkludert dynamiske innkjøpsordninger (artikkel 34), elektronisk auksjon (artikkel 35) og elektroniske kataloger (artikkel 36).

*Utvalget* ser digitalisering som en vesentlig forutsetning for forenkling og effektivisering av offentlige anskaffelsesprosesser. Etablering av effektive elektroniske løsninger vil bidra til å redusere transaksjonskostnadene for både oppdragsgivere og leverandører. Særlig viktig er det at det etableres løsninger for elektronisk kommunikasjon. Dette vil særlig kunne bidra til å redusere risikoen for feil knyttet til levering og mottak av tilbud og forespørsler om konkurransedeltakelse, som igjen ofte leder til rett eller plikt for oppdragsgiver til å avvise leverandører og tilbud. I kapittel 18.2 har utvalget knyttet noen kommentarer til bruk av elektroniske løsninger på overordnet plan.

Utvalget foreslår at konkurranser om kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene skal underlegges de samme regler om elektronisk kommunikasjon som, i henhold til det nye direktivet, skal gjelde over tersklene (kapittel 18.3). Slik vil oppdragsgivere og leverandører kunne forholde seg til de samme typer systemløsninger uavhengig av kontraktens verdi. Utvalget oppfordrer norske myndigheter til å gjennomføre direktivets regler snarest mulig. Som strakstiltak foreslår utvalget at det innen 1. januar 2016 etableres en løsning for elektronisk levering av tilbud, fortrinnsvis knyttet til Doffin.

Frem til nye løsninger for elektronisk kommunikasjon er etablert i henhold til direktivets krav, foreslår utvalget at oppdragsgiver selv skal bestemme valg av kommunikasjonsmidler, for eksempel post, e-post eller annen elektronisk kommunikasjon. Når det særlig gjelder levering av tilbud, er imidlertid utvalget delt i synet på om e-post skal være et tillatt kommunikasjonsmiddel. *Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen,*

*Breiland, Brekke, Fredriksen, Gjønnnes, Strømsnes og Vigander,* foreslår at oppdragsgiver skal ha adgang til å bestemme at tilbudene skal leveres med e-post i denne perioden. *Utvalgets mindretall, medlemmene Amdal, Frøyland og Liessem,* peker på mangelfull informasjonssikkerhet ved bruk av e-post og mener av den grunn at e-post ikke bør være tillatt kommunikasjonsmiddel.

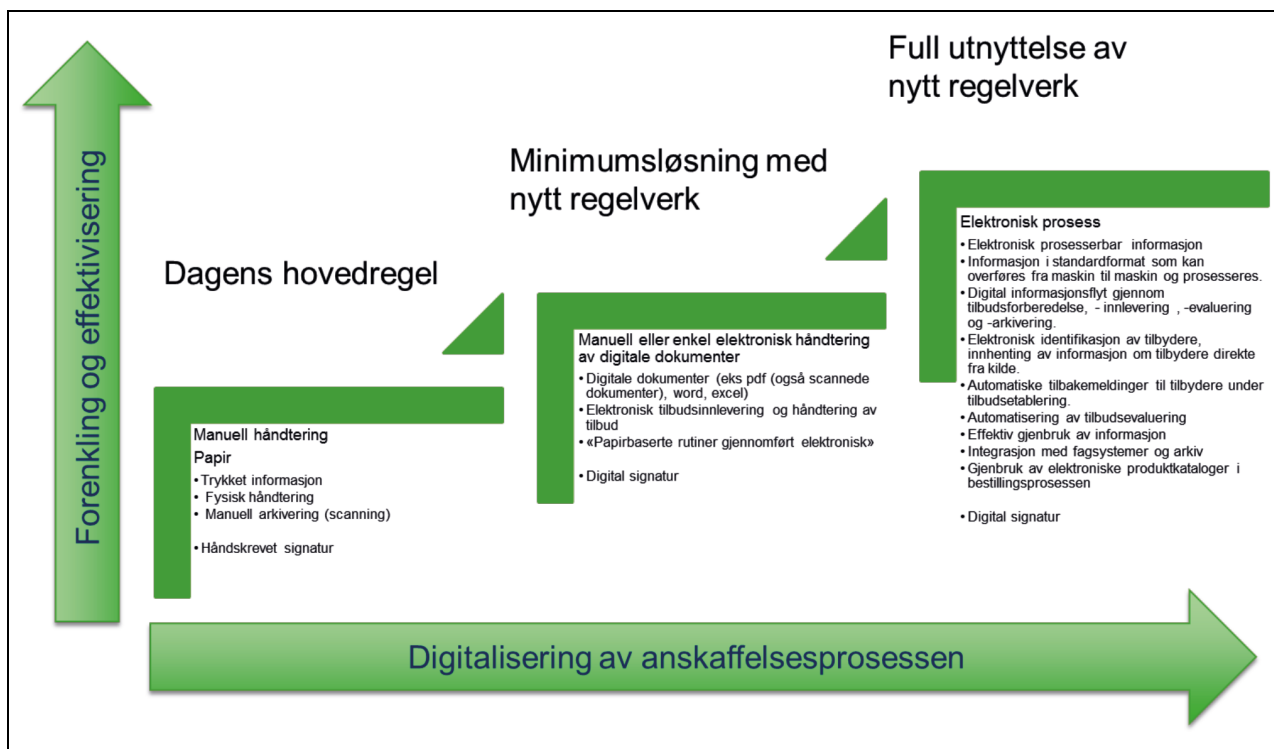
Utvalget foreslår å stryke gjeldende bestemmelser om dynamiske innkjøpsordninger og elektronisk auksjon (kapittel 18.4).

## 18.2 Generelt om bruk av elektroniske løsninger i konkurransefasen

Konkurranser om offentlige kontrakter kan gjennomføres fullstendig papirløst, gjennom bruk av elektroniske dokumenter eller basert på strukturert, prosesserbar informasjon. Økende grad av digitalisering gir økende grad av forenkling og effektivisering ved gjennomføring av konkurranser, både for oppdragsgivere og leverandører. Jf. figur 18.2.

I sin enkleste form erstatter elektroniske løsninger tradisjonelle papirbaserte rutiner og fysisk dokumenthåndtering med tilsvarende elektroniske rutiner og dokumenter. Dette effektiviserer kommunikasjonen mellom oppdragsgiver og leverandører, og fjerner blant annet behovet for fysisk levering av tilbud og forespørsler om å delta i en konkurranse. Slike enkle elektroniske løsninger legger imidlertid ikke særskilt til rette for gjenbruk av informasjon i prosessstegene eller mellom oppdragsgiver og leverandør. I sin mer avanserte form vil derimot elektroniske løsninger gi grunnlag for at strukturert informasjon kan gjenbrukes og prosesseres allerede fra utformingen av kunnngjøring og konkurransegrunnlag.

Allerede i dag finnes løsninger for elektronisk gjennomføring av konkurransen, blant annet støtte for å lage konkurransegrunnlag ved å definere prosesser og maler, dele konkurransegrunnlag ( gjerne integrert med Doffin), ta i mot tilbud, evaluere tilbud og tildele kontrakt. En del oppdragsgivere benytter slike løsninger etter eget initiativ gjennom elektroniske konkurransegjennomføringsverktøy (KGV). Oppdragsgivere og leverandører opplever at disse verktøyene i stor grad forenkler anskaffelsesprosessen, blant annet i forbindelse med levering av tilbud. Bruk av KGV-løsninger er frivillig og har så langt vært finansiert ved at oppdragsgivere kjøper tilgang til løsningene som nettbaserte tjenester. Leverandører betaler ikke for tilgang til løsningene, men må



Figur 18.2 Forenkling og effektivisering ved økt grad av digitalisering

gjærne forholde seg til ulike løsninger med forskjellig brukergrensesnitt og funksjonalitet, avhengig av hvilken KGV-løsning oppdragsgiveren har valgt. Ulike løsninger har ført til at terskelen for å benytte verktøyene er blitt høyere på grunn av tilpasningskostnader, utfordringer med systemintegrasjon samt økt behov for opplæring. Det finnes ingen eksakt oversikt over utbredelse og bruk av KGV-løsninger, men det antas at nærmere en av fire konkurranser som kunngjøres på Doffin, gjennomføres med støtte av KGV-løsninger.

For å gjøre anskaffelsesprosessen gjennomgående digital mangler man i dag imidlertid effektive elektroniske *fellesløsninger* for levering av tilbud og forespørsel om å delta i en konkurranse.

### 18.3 Regler om elektronisk kommunikasjon

#### 18.3.1 Gjeldende rett

I gjeldende forskrift er det oppstilt nærmere regler om kommunikasjon ved gjennomføringen av konkurranse, jf. forskriftens kapittel 7. De samme reglene gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, jf. forskriftens kapittel 16. Reglene gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 42 norsk rett.

Etter § 7-1 første ledd kan oppdragsgiver bestemme at kommunikasjonen i konkurransen skal foregå ved post, telefaks eller elektronisk kommunikasjon. Oppdragsgivers valg av kommunikasjonsmidler er begrenset av krav som er oppstilt i § 7-1 annet til fjerde ledd.

Valgte kommunikasjonsmidler skal være allment tilgjengelige og ikke være begrensende for leverandørenes adgang til konkurransen, jf. § 7-1 annet ledd. Ved elektronisk kommunikasjon må også valgte sikkerhetstjenester og sikkerhetsprodukter være ikke-diskriminerende, allment tilgjengelige og fungere med kommunikasjonsløsninger som er i alminnelig bruk, jf. § 7-1 tredje ledd. I tillegg skal all kommunikasjon og utveksling og lagring av informasjon skje på en måte som sikrer at innholdet i og fortroligheten til et dokument bevares, jf. § 7-1 fjerde ledd første punktum. Oppdragsgiver skal ikke kunne undersøke innholdet i tilbud eller forespørsler om å delta i en konkurranse før etter utløpet av fristen som er satt for levering, jf. annet punktum.

Ved elektronisk kommunikasjon gjelder i tillegg følgende krav til systemer for overføring og mottak av tilbud og forespørsler om å delta i konkurranse, jf. § 7-3 første ledd:

- Elektroniske signaturer skal oppfylle kravene i forskrift 21. november 2005 nr. 1296 om frivillige selvdeklarasjonsordninger, jf. bokstav a

- Nøyaktig klokkeslett og dato for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen skal kunne fastlås med sikkerhet, jf. bokstav b
- Det skal med rimelighet sikres at ingen får tilgang til forespurte opplysninger før utløpet av fristen, jf. bokstav c
- Kun autoriserte personer skal kunne fastsette eller endre datoene for åpning av mottatte opplysninger, jf. bokstav d
- Kun autoriserte personer som opptrer sammen, skal kunne få adgang til alle eller deler av de innsendte opplysninger, jf. bokstav e
- Autoriserte personer som opptrer sammen, skal kun få adgang til de innsendte opplysninger etter den anførte dato, jf. bokstav f
- Opplysninger som er mottatt og åpnet i overensstemmelse med de foreliggende krav, skal kun være tilgjengelig for autoriserte personer, jf. bokstav g

Nødvendige dokumenter, sertifikater og erklæringer som ikke finnes elektronisk, skal leverandøren levere i samsvar med kravene til utforming av tilbud i § 11-2 første ledd, jf. § 7-3 annet ledd.

Hva særlig gjelder levering av tilbud, følger det av § 11-2 første ledd at de skal sendes direkte eller per post. Oppdragsgiver kan imidlertid bestemme at tilbud også skal leveres elektronisk, jf. § 7 første ledd og § 11-2 tredje ledd. KOFA har lagt til grunn at oppdragsgiver ikke kan bestemme at tilbudene kan leveres med vanlig e-post, fordi vanlig e-post ikke oppfyller forskriftens spesielle krav til elektroniske kommunikasjonsmidler i § 7-3 første ledd.<sup>3</sup> Det samme er lagt til grunn for levering av tilbud i minikonkurranse under en parallell rammeavtale.<sup>4</sup> I praksis krever elektronisk levering av tilbud og forespørsel om å delta i konkurransen at oppdragsgiver benytter egne systemløsninger, for eksempel KGV eller e-post med særlige sikkerhetsmekanismer (kryptering med videre). I dag eksisterer ikke fellesløsninger for elektronisk levering.

I § 7-2 er det gitt særlige regler om forespørsler om å delta i konkurransen. Leverandørene skal alltid kunne fremsette en forespørsel om konkurransedeltakelse på telefon, jf. § 7-2 første ledd. I så fall skal leverandøren sende skriftlig bekreftelse før fristen for forespørsel om konkurransedeltakelse løper ut. Leverandørene har også

mulighet til å fremsette en forespørsel om konkurransedeltakelse ved telefaks, jf. § 7-2 annet ledd. I slike tilfeller har oppdragsgiver rett, men ikke plikt, til å kreve forespørselen bekreftet per post eller elektronisk kommunikasjon, såfremt dette er nødvendig av bevis hensyn. Krav om slik bekreftelse og fristen for levering skal fremgå av kunnngjøringen.

### 18.3.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I nytt direktiv artikkel 22 er det gitt nye regler om kommunikasjon. Hovedendringen fra gjeldende rett er at all informasjonsutveksling som hovedregel nå skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler i henhold til direktivets krav, jf. artikkel 22 nr. 1. Oppdragsgiver kan altså ikke lenger fritt velge post eller telefaks i stedet. Med dette løftes elektronisk kommunikasjon frem som den primære kommunikasjonsform mellom oppdragsgiver og leverandører frem til og med levering av tilbud.

Det er i direktivet gjort visse unntak fra oppdragsgivers plikt til å kreve bruk av elektronisk kommunikasjon ved innlevering av tilbud, jf. artikkel 22 nr. 1 annet ledd. Det gjelder blant annet hvis konkurransens art innebærer at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler vil kreve særlige IKT-verktøy eller filformater som ikke er allment tilgjengelig eller ikke kan behandles av alminnelig tilgjengelig programvare, hvis oppdragsgiver krever at leverandørene skal levere fysiske modeller eller lignende, og hvis tilbudenes innhold vil kreve bruk av særlig kontorutstyr som ikke er alminnelig tilgjengelig hos oppdragsgiver. I disse tilfellene skal tilbud leveres med post eller på annen egnet forsendelsesmåte. Unntak gjelder også hvis det er nødvendig å levere tilbud med andre kommunikasjonsmidler på grunn av sikkerhetsbrudd ved den elektroniske kommunikasjonsløsningen eller for å beskytte opplysninger av særlig følsom karakter, jf. artikkel 22 nr. 1 fjerde ledd.

Kommunikasjonsmidlene som benyttes, skal være ikke-diskriminerende, være allment tilgjengelige og virke sammen med allment brukt IKT-verktøy, og ikke begrense leverandørens tilgang til konkurransen, jf. artikkel 22 nr. 1. Dette tilsvarer kravene til løsninger for bruk av elektronisk kommunikasjon i gjeldende forskrift, jf. § 7-1 andre og tredje ledd. Oppdragsgiver kan på visse vilkår stille krav om bruk av verktøy og løsninger som ikke er allment tilgjengelige, men oppdragsgiver må da også tilby alternative kommunikasjonsmåter, jf. artikkel 22 nr. 4 og 5.

<sup>3</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2009/148 avsnitt 44 (saken gjaldt de likelydende kravene i § 16-3 første ledd).

<sup>4</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2009/148 avsnitt 45–47.



Gjeldende krav om å sikre tilbudenes fortrolighet er videreført, jf. artikkel 22 nr. 3. Gjeldende krav om at oppdragsgiver ikke skal kunne undersøke innholdet i tilbudene før innleveringsfristen er løpt ut, er imidlertid endret og nå formulert kun som en plikt til ikke å undersøke innholdet i tilbudene før fristen. Elektroniske kommunikasjonsmidler skal for øvrig tilfredsstillende nærme krav som er fastsatt i vedlegg IV til direktivet.

Det er også gjort noen endringer i kravene til elektronisk signering av tilbud, jf. artikkel 22 nr. 6 bokstav c. Der det tidligere var et krav til bruk av avanserte signaturer, åpnes det nå for at den enkelte medlemsstat (eller den enkelte oppdragsgiver hvis det ikke etableres felles nasjonale løsninger) fastsetter kravene til bruk av elektronisk signatur basert på en risikovurdering. I den utstrekning risikovurderingen leder til krav om bruk av avanserte elektroniske signaturer, stiller direktivet krav til anerkjennning av slike signaturer når de er støttet av kvalifiserte sertifikater som er oppført på såkalt «positivliste». Det er også stilt krav til signaturformater og valideringsmuligheter med videre. Direktivet inneholder også en referanse til direktiv 1999/93/EF om e-signaturer.

Direktivet stiller ikke krav om at de elektroniske løsningene som etableres, skal være basert på utveksling av strukturerte data som kan behandles automatisk. Elektroniske kommunikasjonsløsninger kan derfor være begrenset til utveksling av tradisjonelle elektroniske dokumenter, såfremt de nærme kravene i artikkel 22 og vedlegg IV blir ivarettatt.

Oppdragsgiver og leverandører kan kommunisere muntlig om ikke-vesentlige elementer i anskaffelsesprosessen, jf. artikkel 22 nr. 2. Vesentlige elementer er definert som anskaffelsesdokumentene, forespørsler om å delta i konkurransen og bekreftelser på dette, samt tilbud. Muntlig kommunikasjon skal dokumenteres i tilstrekkelig grad.

Reglene om elektronisk kommunikasjon i artikkel 22 nr. 1 skal være gjennomført i norsk rett innen 18. oktober 2018, jf. artikkel 90 nr. 2. For innkjøpssentraler er fristen 18. april 2017.

Utvalget har innhentet innspill fra Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) om hvordan direktivets regler om elektronisk kommunikasjon vil kunne gjennomføres i norsk rett. Innspillene oppsummeres som følger:

- Det må etableres en løsning for elektronisk innlevering, oppbevaring og åpning av tilbud og forespørsler om delta i en konkurranse.
- Løsningen må ha funksjonalitet for:

- autentisering av brukere og signering av innlevert materiale (krav til nivå på signatur fastsettes etter risikovurdering)
- registrering eller opplasting av tilbud (ved hjelp av alminnelig tilgjengelige verktøy og løsninger eller løsninger som gjøres tilgjengelig av oppdragsgiver)
- tidsstempling og kvitteringsmekanisme til leverandør (beviser rettidig levering)
- oppdragsgivers åpning eller overføring av innlevert materiale (maskin-til-menneske-grensesnitt eller maskin-til-maskin-integrasjon, eksempelvis med KGV- eller arkivløsninger), inkludert løsning for autentisering av oppdragsgiver og registrering av tidspunkt for åpning av innlevert materiale, og
- håndtering av utenlandske tilbydere, inkludert oppfyllelse av krav til (alternativ) dokumentasjon og støtte for eID og sertifikater utstedt av utenlandske tillitstjenester.
- Forskjellige løsninger for teknisk implementering av en allment tilgjengelig innleveringsfunksjonalitet bør utredes. En slik løsning vil logisk sett, uavhengig av teknisk implementering, kunne fremstå i brukergrensesnittet som en integrert del av Doffin.
- Forskjellige løsninger for å sikre tilgang til utvidet funksjonalitet for å kunne hente ut de fulle gevinstene ved elektronisk kommunikasjon (dvs. innlevering av strukturert, prosesserbar informasjon) bør vurderes som ledd i en bredere utredning om digitalisering av hele anskaffelsesprosessen.

En gjennomføring av direktivets krav innebærer at det i norsk rett blir etablert fellesskapsløsninger som sørger for at elektronisk kommunikasjon blir den alminnelige kommunikasjonsform ved offentlige anskaffelser.

### 18.3.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår at gjeldende regler om kommunikasjon erstattes av reglene i nytt direktiv artikkel 22. Med dette foreslår utvalget at oppdragsgiver som hovedregel skal ha plikt til å bruke elektronisk kommunikasjon under gjennomføringen av en konkurranse.

For anskaffelser *over* EU/EØS-terskelverdiene har norske myndigheter plikt til å etablere elektroniske løsninger til oppfyllelse av direktivets krav senest innen 18. oktober 2018, og 18. april 2017 for innkjøpssentraler. Utvalget forutsetter at de løsningene som blir etablert for å oppfylle direktivets krav, senest samtidig blir innført også for

anskaffelser *under* EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget overlater den nærmere gjennomføringen til departementet.

Etter utvalgets vurdering er etablering av effektive fellesløsninger for elektronisk kommunikasjon et viktig bidrag til å redusere transaksjonskostnadene for både oppdragsgivere og leverandører. Slike løsninger vil særlig kunne bidra til å redusere risikoen for feil knyttet til utforming og levering av tilbud og forespørsler om å delta i konkurransen, som igjen ofte leder til plikt eller rett for oppdragsgiver til å avvise leverandører og tilbud. Ved elektronisk kommunikasjon vil man med andre ord i stor grad unngå at slike avvisnings spørsmål oppstår.

Utvalget ser det også som den klart mest effektive løsningen at anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene gjennomføres med de samme kommunikasjonsverktøyene som over tersklene. Slik vil både oppdragsgivere og leverandører slippe å måtte forholde seg til forskjellige systemløsninger og rutiner, avhengig av anskaffelsens anslåtte verdi.

Utvalget forutsetter at norske myndigheter etablerer nødvendige tekniske felleskomponenter og -tjenester, eventuelt også godkjenningssystemer, for å sikre oppdragsgivere og leverandører enkel tilgang til verktøy for elektronisk kommunikasjon i anskaffelsesprosessen. Videre ønsker utvalget at nye løsninger – til tross for at direktivet ikke stiller krav om dette – går så langt som mulig i å legge til rette for utveksling av elektronisk prosesserbar informasjon i alle faser av en anskaffelsesprosess. Samlet sett innebærer dette at man vil gå betydelig lenger i å digitalisere offentlige anskaffelsesprosesser enn det som er tilfellet i Norge i dag.

Når det spesielt gjelder levering av tilbud, ser utvalget et særlig behov for forenkling. Gjeldende regler om utforming av tilbud i § 11-2 har gitt opphav til nokså omfattende praksis fra KOFA om blant annet rettidig levering og lukking og merking av tilbud, jf. kapittel 24. Utvalget foreslår at det allerede innen 1. januar 2016 etableres en løsning for elektronisk levering knyttet til Doffin. Doffin er i dag en viktig portal for elektronisk kommunikasjon mellom offentlige oppdragsgivere og leverandører. En løsning for elektronisk levering av tilbud vil utvide denne funksjonaliteten og bidra til å forenkle og effektivisere anskaffelsesprosessen.

#### **18.3.4 Utvalgets vurderinger av hvilke regler som skal gjelde frem til nye regler om elektronisk kommunikasjon er gjennomført**

Som nevnt har norske myndigheter frist for å etablere løsninger for elektronisk kommunikasjon til oppfyllelse av kravene i artikkel 22 innen 18. oktober 2018, og 18. april 2017 for innkjøpsentraler.

*Utvalget* har vurdert hvilke regler om kommunikasjon som skal gjelde frem til nye elektroniske løsninger er etablert. Utvalget foreslår at oppdragsgiver i denne overgangsperioden selv skal kunne bestemme hvilke kommunikasjonsmidler som skal brukes i en konkurranse. Så lenge valgte kommunikasjonsmidler er allment tilgjengelige, ønsker ikke utvalget å begrense oppdragsgivers valgfrihet. Oppdragsgiver skal således kunne bestemme at kommunikasjonen for eksempel skal foregå med post, e-post eller annen elektronisk kommunikasjon.

Når det særlig gjelder mottak av tilbud og forespørsler om å delta i konkurransen, skal oppdragsgiver sikre at innholdet holdes fortrolig. Oppdragsgiver skal også ha plikt til ikke å undersøke innholdet i tilbud eller forespørsler om å delta i konkurransen før fristen for levering har gått ut. Dette er viktig for å sikre at leverandørene behandles likt.

Utvalget er imidlertid delt i spørsmålet om oppdragsgivers valgfrihet også skal omfatte en rett til å bestemme at tilbud skal leveres med vanlig e-post, dvs. e-post uten særlig fastsatte sikkerhetsmekanismer (kryptering med videre).

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Breiland, Brekke, Fredriksen, Gjønnnes, Strømsnes og Vigander,* foreslår at oppdragsgiver skal kunne bestemme at tilbudene skal leveres med e-post. Levering av tilbud med e-post vil kunne gi betydelige ressursbesparelser sammenlignet med gjeldende ordning, hvor tilbud skal leveres direkte eller per post, jf. § 11-2 første ledd.

Flertallet ser at en løsning med levering ved e-post har sine svakheter. Løsningen mangler blant annet sikkerhet for at avsender er den han utgir seg for å være (autentisering), og innholdet sikres ikke informasjonsintegritet eller konfidensialitet, verken i overføring eller ved mottak i oppdragsgivers e-postløsning.

Flertallet ønsker imidlertid å overlate vurderingen av slike sikkerhetsmessige forhold til oppdragsgiver i den konkrete anskaffelse. Det vises til at de sikkerhetsmessige svakhetene ikke nødvendigvis avviker fra de risiki som gjør seg gjeldende ved levering per post. Også ved bruk av

ordinær post oppstår det risiko knyttet til autentisering, informasjonsintegritet og konfidensialitet. Flertallet viser også til at innlevering ved e-post synes å være det normale utgangspunktet ved anskaffelser i privat sektor. Dessuten peker flertallet på at forslaget i hovedsak gjelder anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, dvs. de verdimeste minste anskaffelsene. Slike anskaffelser foretas hovedsakelig av mindre offentlige oppdragsgivere og gjelder i stor grad kjøp av standardvarer. For disse anskaffelsene er det særlig viktig å redusere transaksjonskostnadene og den samlede ressursbruken. Ved større anskaffelser som er omfattet av utvalgets forslag til nytt nasjonalt regelverk – dvs. større bygge- og anleggskontrakter og større kontrakter om særlige tjenester – bør oppdragsgiver være spesielt oppmerksom på om alternativer til e-post skal benyttes ved levering av tilbud. Dette har en side mot at leverandører som mener at e-post ikke i tilstrekkelig grad ivaretar informasjonssikkerheten i den aktuelle anskaffelsesprosessen, vil kunne velge å avstå fra å delta i konkurransen hvis e-post skal benyttes. Flertallet ønsker altså at det skal være opp til oppdragsgiver i den enkelte anskaffelse å vurdere om det skal stilles særlige krav.

Mot denne bakgrunn mener flertallet at de uheldige sikkerhetsaspektene oppveies av hensynet til den forenkling og effektivisering bruk av vanlig e-post innebærer. Flertallet understreker at forslaget bare er ment som en midlertidig løsning i en kortere periode frem til nye elektroniske fellesløsninger for levering av tilbud etableres i tråd med kravene i det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 22.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Amdal, Frøyland og Liessem, mener mangelfull informasjonssikkerhet ved bruk av e-post gjør at dette alternativet må utelukkes som kommunikasjonsform ved levering av tilbud. Selv om flertallets forslag i hovedsak gjelder anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, viser mindretallet til at disse anskaffelsene i sum utgjør over 70 prosent av det totale antall offentlige anskaffelser i perioden 2009-2012, og dermed representerer et betydelig innkjøpsvolum.<sup>5</sup> Etter mindretallets vurdering er det et feilgrep å introdusere e-post som kommunikasjonsform for mer enn 2 av 3 offentlige anskaffelser.*

Mindretallet vil peke på at mangelfull informasjonssikkerhet ved bruk av ordinær e-post blant annet vil kunne medføre usikkerhet om:

- klokkeslett og dato for mottak av tilbud og forespørsel om å delta i konkurransen
- tidspunkt for oppdragsgivers åpning av mottatte opplysninger, inkludert tilbud
- hvorvidt opplysninger som er mottatt og åpnet av oppdragsgiver, kun er tilgjengelig for autoriserte personer

Mindretallet frykter at usikkerheten som er knyttet til bruk av e-post som kommunikasjonsmiddel, potensielt kan medføre økt høyere transaksjonskostnader og nye administrative byrder for både oppdragsgivere og leverandører. Ved å tillate e-post som kommunikasjonsform introduseres en ny risiko for at tilbud må avvises på grunn av «kluss» med e-posten. Dette kan skape usikkerhet både hos oppdragsgiver og leverandører.

Mindretallet peker dessuten på at det vil være uheldig å ha forskjellige ordninger for kommunikasjon henholdsvis over og under EU/EØS-terskelverdiene. For oppdragsgiver vil det trolig være forbundet med både risiko og ekstraarbeid å etablere en ny kanal for kommunikasjon i anskaffelsesprosessen.

Mot denne bakgrunn er mindretallet av den oppfatning at de uheldige sikkerhetsaspektene ved bruk av e-post overskygger de eventuelle forenklinger et slikt tiltak vil kunne medføre.

*Medlemmet Frøyland vil særlig bemerke at så lenge forslaget om etablering av løsning for elektronisk innlevering av tilbud gjennom Doffin gjennomføres, vil forslaget om bruk av e-post faktisk være overflødig, fordi det presumtivt bare vil gjelde en kort overgangsperiode.*

Etter dette medlemmets vurdering er det ikke en forenkling å innføre en ordning (tillate bruk av e-post) for en kort periode fram til en sikker innleveringsløsning via Doffin er etablert. Det vil trolig skape mer forvirring og uklarhet, både for oppdragsgiver og leverandør, enn det skaper forenkling.

## 18.4 Særlige elektroniske løsninger

### 18.4.1 Dynamiske innkjøpsordninger

#### 18.4.1.1 Gjeldende rett

I gjeldende forskrift er det gitt regler om en særlig digitalisert metode for gjennomføring av en anskaffelsesprosess – dynamiske innkjøpsordninger. Identiske regler gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, jf. § 15-4. Reglene gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 33 i norsk rett.

<sup>5</sup> Jf. PwC-rapporten side 14.

En dynamisk innkjøpsordning er definert slik i anskaffelsesforskriften § 4-2 bokstav e:

«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...»

Dynamiske innkjøpsordninger har klare likhetstrekk både med rammeavtaler og med kvalifikasjonsordninger i forsyningsforskriften, jf. forsyningsforskriften § 7-10. De egner seg godt til å anskaffe standardiserte varer, typisk kontorrekvisita. Bakgrunnen for ordningen er at oppdragsgiver ved bruk av elektroniske løsninger på en billig og rask måte kan evaluere tilbudsinformasjon fra mange leverandører, inkludert data som er gjort tilgjengelig gjennom elektroniske varekataloger.<sup>6</sup> Størst mulig konkurranse sikres gjennom et system for at oppdragsgiver til enhver tid mottar tilbud fra så mange leverandører som mulig.

Gjennomføringen av en anskaffelse med en dynamisk innkjøpsordning skal skje gjennom følgende tre steg:

- Oppdragsgiver kunngjør en åpen anbudskonkurranse hvor det gjøres klart at oppdragsgiver vil etablere en dynamisk innkjøpsordning.
- Interesserte leverandører leverer veiledende tilbud som angir om de kan levere de forespurte ytelsene. Oppdragsgiver må kontinuerlig slippe alle interesserte leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, inn i systemet.
- Oppdragsgiver må kunngjøre konkurranse om den enkelte kontrakt, slik at alle interesserte leverandører som foreløpig ikke er registrert, gis anledning til å delta. Oppdragsgiveren inviterer så alle registrerte leverandører til å levere tilbud.

Dynamiske innkjøpsordninger er imidlertid ikke blitt benyttet i særlig grad i praksis, verken over eller under EU/EØS-terskelverdiene.

#### 18.4.1.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Ifølge den nye direktivbestemmelsen i artikkel 34 plikter medlemsstatene å la oppdragsgiverne få anvende dynamiske innkjøpsordninger.

Ordningen er forenklet og effektivisert på flere måter i forhold til dagens ordning. For det første ved at tilbyderne ikke lenger må inngi såkalt veiledende (og ikke bindende) tilbud for å kunne bli tatt opp i ordningen. For det annet ved at kravet om at oppdragsgiver forut for hver enkelt kontrakt skal publisere en forenklet kunngjøring, med mulighet for potensielle leverandører til å inngi veiledende tilbud, er tatt ut av det nye direktivet. Videre er fristene forkortet. Ordningen er heller ikke tidsbegrenset, men kan etableres som en varig ordning.

I det nye direktivet er dynamisk innkjøpsordning basert på en begrenset anbudskonkurranse (i stedet for en åpen anbudskonkurranse) og åpner opp for permanent kunngjøring i stedet for ad hoc forenklet kunngjøring. Den nye modifiserte dynamiske innkjøpsordningen kan skjematiseres på følgende måte: Kunngjøring av konkurranse – forespørsel om deltakelse – vurdering av kvalifikasjoner – adgang til systemet.

De enkelte kontrakter som er basert på ordningen tildeles på følgende måte: Invitasjon til å inngi tilbud sendes til alle som på dette tidspunktet er tatt opp i ordningen – innlevering av tilbud – vurdering i forhold til tildelingskriterier – tildeling av kontrakt.

Alle økonomiske aktører som sender inn en søknad om deltakelse, og som oppfyller utvelgeskriteriene/kvalifikasjonskravene, vil ha rett til å delta i anskaffelsesprosedyrer som foretas via en dynamisk innkjøpsordning så lenge den varer. Denne innkjøpsteknikken gjør det mulig for oppdragsgiver å ha tilgjengelig et spesielt bredt spekter av leverandører og dermed mulighet for å sikre optimal bruk av offentlige midler på grunnlag av omfattende konkurranse hvor det dreier seg om alminnelig brukte eller standardiserte varer, bygg- og anleggsarbeider eller tjenester som generelt er tilgjengelig på markedet (hyllevare).

#### 18.4.1.3 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår at gjeldende bestemmelser om dynamiske innkjøpsordninger strykes, og at de nye direktivbestemmelsene ikke gjennomføres under EU/EØS-terskelverdiene. Verdien av det som anskaffes gjennom en (potensielt permanent) dynamisk innkjøpsordning, vil i de fleste tilfeller overstige EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget ser derfor ikke behovet for at ordningen skal reguleres under terskelverdiene. Videre mener et flertall i utvalget at oppdragsgiver, dersom det er ønskelig, uansett vil kunne benytte seg av denne

<sup>6</sup> Jf. FADs veilder side 127.

ordningen som en del av tilbudskonkurranser i del II, forutsatt at dette beskrives i konkurransegrunnlaget, jf. kapittel 7.2. Utvalget overlater til departementet å utforme bestemmelsen i del III.

## 18.4.2 Elektronisk auksjon

### 18.4.2.1 Gjeldende rett

Gjeldende forskrift inneholder også regler om elektronisk auksjon, jf. § 13-4. Tilsvarende regler gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, jf. § 22-4, og reglene gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 54 i norsk rett.

Etter anskaffelsesforskriften § 4-2 bokstav h er en elektronisk auksjon:

«en elektronisk prosess hvor det etter en første fullstendig vurdering av tilbudene, slik at de kan rangeres med metoder for automatisk vurdering, gjennomføres en gjentakende prosess hvor priser eller nye verdier for visse elementer i tilbudene kan justeres. Visse bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter som omfatter elektroniske tjenester, som for eksempel prosjektering av arbeid, kan ikke rangeres med metoder for automatisk vurdering, og kan derfor ikke gjøres til gjenstand for elektroniske auksjoner.»

En elektronisk auksjon er med andre ord en måte å avslutte en konkurranse på. Oppdragsgiver vurderer tilbudene, før leverandørene konkurrerer seg imellom ved å justere sine priser og/eller andre elementer som kan kvantifiseres og uttrykkes i tall eller prosentdel.

Elektroniske auksjoner kan benyttes ved åpen og begrenset anbuds konkurranse og konkurranse med forhandling, såfremt kontraktsspesifikasjonene kan fastsettes nøyaktig, jf. § 13-4 første ledd. Auksjonen kan baseres utelukkende på pris, eller på priser eller verdien av de elementene i tilbudet som er angitt i konkurransegrunnlaget, dersom kontrakt skal tildeles på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, jf. § 13-4 tredje ledd.

### 18.4.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Gjeldende regler om elektronisk auksjon er i det vesentlige videreført i nytt direktiv artikkel 35. De få endringer som er foretatt, innebærer en strømlinjeforming («streamlining») av bestemmelsene, blant annet inkorporering av definisjonen direkte i bestemmelsen (i stedet for en egen definisjonsbe-

stemmelse), og at detaljerte bestemmelser er nedfelt i vedlegg VI.

I henhold til nytt direktiv er medlemsstatene forpliktet til å gi oppdragsgiver muligheten til å benytte elektronisk auksjon (i henhold til direktiv 2004/18/EF var dette valgfritt for medlemsstatene).

### 18.4.2.3 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår ikke å videreføre egne regler om elektronisk auksjon under EU/EØS-terskelverdiene.

Utvalget vil understrek at elektroniske auksjoner ikke er en egen prosedyre, men en metode for å avslutte åpne, begrenset eller forhandlede prosedyrer. Metoden kan også benyttes i tilknytning til inngåtte rammeavtaler. Enkle elektroniske auksjoner kan således være aktuelle også ved anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, som en del av tilbudskonkurranser. Etter utvalgets vurdering er det imidlertid ikke nødvendig med særskilte regler for gjennomføring av elektroniske auksjoner under EU/EØS-terskelverdiene. Oppdragsgivere vil ha mulighet til å bruke elektroniske auksjoner etter reglene i del III, så lenge dette er beskrevet i konkurransegrunnlaget, jf. kapittel 7.2. Utvalget overlater til departementet å utforme bestemmelsen i del III.

## 18.4.3 Elektroniske kataloger

### 18.4.3.1 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet inneholder nye regler om bruk av elektroniske kataloger, jf. artikkel 36. I direktiv 2004/18/EF er dette ikke regulert.

Elektroniske kataloger er et format for presentasjon og systematisering av informasjon på en måte som er felles for alle leverandører som deltar i en konkurranse, og som er egnet for elektronisk behandling. Et eksempel kan være tilbud som er presentert i form av et regneark eller maskinlesbar form (typisk XML).

Oppdragsgiver skal kunne stille krav om elektroniske kataloger i alle tilgjengelige prosedyrer hvor det kreves bruk av elektronisk kommunikasjonsmidler. Bruk av elektroniske kataloger for innlevering av tilbud betyr ikke at leverandørene kan nøye seg med å overføre sin generelle katalog. Leverandørene må fortsatt tilpasse sin generelle katalog for den spesifikke konkurransen. Katalogen som overføres, skal kun inneholde varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider

som leverandører – etter en konkret gjennomgang – mener oppfylder oppdragsgivers krav. I gitte tilfeller kan oppdragsgiver selv innhente tilbud på grunnlag av tidligere overførte elektroniske kataloger. Det kan for eksempel være aktuelt i forbindelse med gjenåpning av konkurranse for å foreta avrop på en rammeavtale eller ved hjelp av en dynamisk innkjøpsordning.

I slike tilfeller må leverandøren ha mulighet til å kontrollere at tilbudet som oppdragsgiver har innhentet, ikke inneholder vesentlige feil. Dersom katalogen inneholder vesentlige feil, blir leverandøren ikke bundet av tilbudet. Ulike tekniske formater, prosesser og meldingsstandarder kan potensielt skape hindre for elektronisk samhandling, ikke bare i den enkelte medlemsstat, men kanskje særlig mellom medlemsstatene. For å kunne delta i en anskaffelsesprosess hvor det er tillatt eller påkrevd å bruke elektroniske kataloger, vil leverandører i fravær av standardisering eksempelvis måtte tilpasse sine kataloger for hver anskaffelse. Standardisering av katalogformater vil derfor bedre mulighetene for effektiv elektronisk samhandling. Kommisjonen er i direktivet gitt rett til å fastsette krav om obligatorisk bruk av standardiserte katalogformater, og det jobbes på europeisk nivå med å etablere egnede standarder.

#### 18.4.3.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår ikke egne regler om elektroniske kataloger under EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget ønsker ikke at det skal være obligatorisk å benytte elektroniske kataloger på dette stadiet. Oppdragsgivere som ønsker det, skal imidlertid kunne kreve tilbud innlevert ved bruk av elektroniske kataloger, som eventuelt regulert i del III, og under forutsetning av at dette beskrives i konkurransegrunnlaget. Utvalget overlater til departementet å utforme bestemmelsen i del III.

### 18.4.4 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget

#### 18.4.4.1 Nytt anskaffelsesdirektiv

Nytt direktiv artikkel 53 nr.1 lyder som følger:

«Contracting authorities shall by electronic means offer unrestricted and full direct access free of charge to the procurement documents from the date of publication of a notice in accordance with Article 51 or the date on which an invitation to confirm interest was sent. The text of the notice or the invitation to confirm interest shall specify the internet address at which the procurement documents are accessible.»

Bestemmelsen snur på det som er dagens utgangspunkt, og gjør det obligatorisk for oppdragsgiver å gi potensielle leverandører gratis, ubegrenset og direkte elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget mv. Etter direktiv 2004/18/EF er det frivillig for oppdragsgiver å gi tilgang til konkurransegrunnlaget mv. på denne måten. Gulroten for å få oppdragsgivere til å gi slik tilgang har vært muligheten for forkortelse av fristene. Med den nye plikten følger også kortere frister, mens fristene forlenges hvor elektronisk tilgang ikke gis.

Kravet om direkte tilgang må forstås slik at det ikke skal være nødvendig for potensielle leverandører å måtte registrere seg for å få tilgang, slik det kreves av flere av de konkurransegjennomføringsverktøy som benyttes i praksis i dag.

Tilgangen kan ikke begrenses til deler av konkurransegrunnlaget, visse dokumenter, eller på annen måte. Tilgangen kan bare begrenses dersom slik begrensning har hjemmel i konfidensialitetskrav eller andre særskilte grunner angitt i direktivet, jf. artikkel 22 nr. 1.

#### 18.4.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget ønsker at hovedregelen om at oppdragsgivere skal gi leverandørene gratis, ubegrenset og direkte elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene, også skal gjelde under EU/EØS-terskelverdiene når denne ordningen innføres over tersklene. Utvalget overlater til departementet å utforme bestemmelsen i del III.

## Kapittel 19

# Konkurransesgrunnlag

### 19.1 Innledning

---

Sammen med kunngjøringen er konkurransesgrunnlaget det dokumentet som en konkurranse baseres på. Mens kunngjøringen gjerne gir overordnet informasjon om anskaffelsen, følger de nærmere detaljene om selve kontraktsgjenstanden, kontraktsvilkårene og konkurransereglene i konkurransesgrunnlaget. Med konkurransesgrunnlaget, som alle interesserte leverandører har krav på å få utlevert, sikres at alle leverandører får tilgang til den samme informasjonen om den aktuelle anskaffelsen.

Det nye anskaffelsesdirektivet inneholder ingen separate regler om konkurransesgrunnlaget. Enkeltbestemmelser i direktivet – blant annet om tekniske spesifikasjoner (artikkel 48), vilkår for gjennomføring av kontrakt (artikkel 70), kvalifikasjonskrav (artikkel 58) og tildelingskriterier (artikkel 67) – stiller krav om at oppdragsgiver gir opplysninger i kunngjøringen eller konkurransesgrunnlaget. De nærmere reglene om selve konkurransesgrunnlaget i anskaffelsesforskriftens del II bygger derfor i hovedsak på norsk lovgivers selvstendige vurderinger og er i mindre grad inspirert av regler fra EU/EØS-retten.

*Utvalget* foreslår visse endringer i reglene om konkurransesgrunnlag. Slik utvalget vurderer det, innebærer forslagene imidlertid neppe de store endringene i praksis. I hovedtrekk foreslår utvalget at oppdragsgiver skal ha plikt til å utarbeide et skriftlig konkurransesgrunnlag ved alle anskaffelser, og at konkurransesgrunnlaget skal inneholde en beskrivelse av anskaffelsen, kontraktsvilkårene og prosedyrereglene for konkurransen. Utvalget foreslår også at oppdragsgiver til enhver tid skal ha mulighet til å endre konkurransesgrunnlaget, såfremt endringene etter kunngjøringstidspunktet ikke er vesentlige.

I det følgende gjør utvalget rede for sine vurderinger knyttet til plikten til å utarbeide konkurransesgrunnlag (kapittel 19.2), konkurransesgrunnlagets innhold (kapittel 19.3), om hvordan anskaffelsen skal beskrives (kapittel 19.4), og om adgan-

gen til å gjøre endringer underveis i anskaffelsesprosessen (kapittel 19.5).

### 19.2 Plikt til å utarbeide konkurransesgrunnlag

---

#### 19.2.1 Gjeldende rett

I dag har oppdragsgiver som utgangspunkt ingen plikt til å utarbeide konkurransesgrunnlag under EU/EØS-terskelverdiene, jf. § 8-1 første ledd første punktum. Det kan være tilstrekkelig å beskrive vilkårene for konkurransen i kunngjøringen, hvorpå leverandørene leverer inn tilbud på grunnlag av denne informasjonen alene. Anskaffelsesforskriftens del II skiller seg her fra del III, hvor det alltid er en plikt til å utarbeide konkurransesgrunnlag, jf. § 17-1 første ledd.

Hvis vilkårene for konkurransen derimot ikke kan beskrives «tilstrekkelig utfyllende» i kunngjøringen, skal oppdragsgiver utarbeide et konkurransesgrunnlag, jf. § 8-1 første ledd første punktum. I lys av at anskaffelsesforskriftens del II gjelder anskaffelser med en anslått verdi som overstiger 500 000 kroner, er det antakelig bare ved visse enkle vareanskaffelser at oppdragsgiver vil kunne gi tilstrekkelig informasjon i kunngjøringen. Ved de aller fleste anskaffelser vil oppdragsgiver således ha en plikt til å utarbeide et konkurransesgrunnlag.

#### 19.2.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å innføre en generell plikt for oppdragsgiver til å utarbeide konkurransesgrunnlag ved anskaffelser som er omfattet av forskriftens del II. Den rett som oppdragsgiver i dag har til å la være å utarbeide konkurransesgrunnlag, er etter utvalgets vurdering på grensen til illusorisk. Skal oppdragsgiver ivareta de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, vil det så godt som alltid være nødvendig å ha utarbeidet et skriftlig grunnlag for konkurransen. Dessuten er det utvalgets inntrykk at de fleste

oppdragsgivere også under dagens regler konsekvent utarbeider konkurransegrunnlag i konkurranser som følger forskriftens del II. Utvalget legger derfor til grunn at en innføring av en generell plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag ikke vil innebære noen reell innskrenkning av den fleksibilitet som gjeldende regelverk – på papiret – gir oppdragsgiver.

Generelt bidrar konkurransegrunnlag til større åpenhet om en anskaffelse. Det er også grunn til å tro at oppdragsgivere som utarbeider konkurransegrunnlag, tvinges til å planlegge anskaffelsen bedre. I tillegg peker utvalget på at forslagene som gir økt fleksibilitet underveis i konkurransen – blant annet med adgang til alltid å kunne forhandle om tilbudene, jf. kapittel 16.3.1.2 – gjør det ønskelig å kreve litt mer av oppdragsgiver i startfasen av anskaffelsesprosessen. Et godt konkurransegrunnlag er en forutsetning for at oppdragsgiver skal ha stor fleksibilitet underveis i konkurransen.

### 19.3 Konkurransegrunnlagets innhold

#### 19.3.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesforskriften § 8-1 annet punktum bokstav a–d stiller i dag krav om at et konkurransegrunnlag skal inneholde følgende opplysninger:

- Beskrivelse av det som skal anskaffes
- Opplysninger om eventuell adgang til å gi tilbud på deler av oppdraget
- Opplysninger om eventuell adgang til å gi tilbud med alternative frister (for kontraktsopplysning, fremdrift og lignende)
- Valg av anskaffelsesprosedyre (konkurranseform)
- Beskrivelse av hvordan konkurransen skal gjennomføres
- Tildelingskriteriene
- Krav til utforming av tilbud og eventuelle vedlegg
- Tilbudsfrist angitt med dato og klokkeslett
- Adgang til å levere alternative tilbud
- Krav til opplysninger om bruk av underentrepriser
- Muligheten for å ta forbehold
- De alminnelige eller spesielle kontraktsbetingelsene som gjelder for oppdraget

I tillegg må oppdragsgiver gi andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av tilbud, inkludert rene formalopplysninger som f.eks. den adresse tilbudet skal sendes til. I del III følger dette uttrykkelig av § 17-1 annet ledd bokstav n,

men det samme må antas å gjelde i del II ut fra de grunnleggende kravene til likebehandling og gjennomsiktighet.

Disse generelle kravene må suppleres med krav som følger av enkeltbestemmelser i regelverket. I den utstrekning det er aktuelt, skal konkurransegrunnlaget inneholde også følgende opplysninger:

- Særlige vilkår for gjennomføring av kontrakten, jf. § 3-11 annet ledd (kan alternativt angis i kunngjøringen)
- Særlige vilkår som mini-konkurranser under en rammeavtale baseres på, jf. § 6-3 annet ledd fjerde punktum
- Særlige opplysninger om en dynamisk innkjøpsordning, jf. § 6-4 annet ledd bokstav b
- Eventuelle tekniske spesifikasjoner som kreves oppfylt, jf. § 8-3 tredje ledd (kan alternativt angis i kunngjøringen)
- Eventuell frist for å begjære midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. § 10-3 tredje ledd
- Alternative minstekrav til ytelse og funksjon, og eventuelle spesielle krav til tilbudets utforming, som alternative tilbud må oppfylle, jf. § 11-4
- Tid og sted for tilbudsåpning, jf. § 11-7 første ledd (kan alternativt angis i kunngjøringen)
- Prioritering eller vektning av tildelingskriteriene, såfremt oppdragsgiver har bestemt seg for dette på forhånd, jf. § 13-2 annet ledd fjerde punktum (kan alternativt angis i kunngjøringen)
- Særlige opplysninger om en elektronisk auksjon, jf. § 13-4 femte ledd

For øvrig stiller ikke anskaffelsesforskriften uttrykkelige krav til selve utformingen av konkurransegrunnlaget. EU-domstolen har imidlertid lagt til grunn at konkurransevilkårene skal være klart, presist og utvetydig formulert, slik at det er mulig for alle «rimelig opplyste og normalt akt-somme leverandører» å forstå vilkårenes rekkevidde nøyaktig og på samme måte.<sup>1</sup> EU-domstolens avgjørelse gjelder riktignok anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene, men ut fra de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet er det vanskelig å se at noe annet skulle gjelde under tersklene. Til dette kommer at også Høyesterett har konstatert at opplysningene i et konkurransegrunnlag skal være klart og presist angitt, og at oppdragsgiver må bære risikoen

<sup>1</sup> Jf. sak C-368/10 (Max Havelaar) avsnitt 109.



for at så er tilfellet, jf. Rt. 2012 side 1729 (Mika) avsnitt 61–63 og Rt. 2007 side 1469 (Byggholt) avsnitt 62:

«Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges fram for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset. Av samme grunn vil det være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er anerkjent i byggebransjen, jf. i denne sammenheng forskrift om offentlige anskaffelser § 3-9. Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting blir oppnådd.»

### 19.3.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår at dagens § 8-1 første ledd annet punktum erstattes av en bestemmelse hvor det fremgår at konkurransegrunnlaget skal inneholde følgende tre kategorier opplysninger:

- En beskrivelse av anskaffelsen (kontraktsgjensstanden)
- Hvilke kontraktsvilkår som gjelder for gjennomføringen av kontrakten
- Prosedyrereglene som gjelder for konkurransen

Poenget med et konkurransegrunnlag er å sette markedet i stand til å vurdere hva det skal tilby, og på hvilke vilkår. Konkurransegrunnlaget må derfor inneholde alle opplysninger som er av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud. Etter utvalgets vurdering vil en beskrivelse av anskaffelsen, kontraktsvilkårene og prosedyrereglene til sammen dekke dette informasjonsbehovet.

Utvalget ser det ikke som hensiktsmessig at forskriften gir en mer detaljert opplisting av opplysninger som et konkurransegrunnlag skal inneholde. Hvilke konkrete opplysninger om anskaffelsen, kontraktsvilkårene og prosedyrereglene som vil ha betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud, vil variere fra en anskaffelse til en annen. En detaljert opplisting i forskriften vil derfor ikke kunne være uttømmende. Illustrerende i så måte er anskaffelsesforskriften § 17-1 annet ledd (som gjelder anskaffelser etter del III), hvor det i bokstavene a–m er listet opp en rekke opplysninger som oppdragsgiver må gi »[i] den

utstrekning det er aktuelt», før det i bokstav n heter at oppdragsgiver også må gi «andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av tilbud».

Utvalget understreker at oppdragsgiver alltid vil måtte gjøre en selvstendig vurdering av hvilke konkrete opplysninger som vil være av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud, og som derfor må inntas i konkurransegrunnlaget. En opplisting av konkrete punkter i forskriften vil kunne bære med seg en risiko for at enkelte oppdragsgivere fokuserer for mye på disse punktene og glemmer å vurdere om også andre opplysninger vil være av betydning for den aktuelle anskaffelse. Etter utvalgets vurdering vil behovet for nærmere presiseringer og eksempler på relevante opplysninger best bli ivaretatt gjennom veiledninger til anskaffelsesregelverket.

På ett punkt vil utvalget likevel foreslå en nærmere presisering i forskriftsteksten. Forslaget om at konkurransegrunnlaget skal inneholde prosedyrereglene for konkurransen, suppleres med et forslag om at oppdragsgiver så vidt mulig bør gi en beskrivelse av hvordan eventuelle forhandlinger vil bli gjennomført. Som omtalt i kapittel 16.3.1.2 foreslår utvalgets flertall å innføre nye prosedyrer – åpen og begrenset tilbudskonkurranse. I disse prosedyrene vil oppdragsgiver alltid ha adgang til å forhandle med leverandørene, og oppdragsgiver vil ikke ha plikt til å bestemme seg for om forhandlinger vil bli ført, før etter at tilbudsfristen har løpt ut og alle tilbudene har kommet inn. For leverandørene vil det være gunstig å vite så tidlig som mulig om og eventuelt hvordan forhandlingsfasen av konkurransen vil bli gjennomført. Ettersom oppdragsgiver ikke vil ha noen plikt til å avgjøre om han ønsker å forhandle med leverandøren før tilbudsfristen løper ut, gir det liten mening å pålegge oppdragsgiver en generell plikt til å beskrive en eventuell forhandlingsprosedyre i konkurransegrunnlaget. Likevel vil det antakelig være mange tilfeller hvor oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for å gjennomføre forhandlinger, eller hvor det vil være meget sannsynlig at forhandlinger vil bli gjennomført. I slike tilfeller bør oppdragsgiver, etter utvalgets vurdering, gi en beskrivelse av forhandlingsprosedyren i konkurransegrunnlaget så langt det er mulig og hensiktsmessig. Dette kan inkludere informasjon om tentativ tidsplan, eventuelle grenser for hvor mange leverandører oppdragsgiver vil forhandle med, og informasjon om hva oppdragsgiver primært ser for seg at det vil bli forhandlet om. En slik fremgangsmåte er ryddig og vil sikre høy grad av gjennomsliktighet om forhandlingsfasen

av en anskaffelsesprosess. Når dette er sagt, har oppdragsgiver altså ingen forhandlingsplikt. Leverandørene skal derfor ikke kunne bygge rett på eventuelle beskrivelser av forhandlingsprosedyren i konkurransegrunnlaget.

Utvalget foreslår i tillegg å forskriftsfeste at oppdragsgiver skal ha risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. Dette vil være en kodifisering av EU-domstolens praksis og Høyesteretts uttalelser i Byggholt-dommen avsnitt 62 og i Mikadommen avsnitt 61–63. Utvalget ønsker med dette å tydeliggjøre at konkurransegrunnlaget skal være klart og utvetydig formulert, og at dette er oppdragsgivers ansvar. Regelen er motstykket til utvalgets forslag om å forskriftsfeste at leverandørene skal ha risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. kapittel 24.2.3.

Ved vurderingen av om konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig klart må det legges til grunn en objektiv fortolkning av konkurransegrunnlaget. Hva oppdragsgiver selv har ment, er uten betydning. Oppdragsgiver kan klargjøre konkurransegrunnlaget hvis reglene for endringer i konkurransegrunnlaget gir hjemmel for dette, jf. kapittel 19.5 under. Dersom klargjøring ikke er mulig, vil det kunne foreligge en plikt for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen. Dette vil være tilfellet dersom det påvises at konkurransen kunne ha fått et annet utfall uten uklarheten, eller der uklarheten kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. En avlysning kan for øvrig etter omstendighetene tenkes å utløse erstatningsplikt for oppdragsgiver.

## 19.4 Særlig om beskrivelsen av anskaffelsen

### 19.4.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver må beskrive det som skal anskaffes (kontraktsgjenstanden). Anskaffelsesforskriften § 8-3 gir visse føringer for denne beskrivelsen. Tilsvarende regler er gitt i del III, jf. § 17-3 første, annet, tredje og tiende ledd. Paragraf 17-3 er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet artikkel 23 om tekniske spesifikasjoner og inneholder i tillegg en rekke detaljregler om bruk av spesifikasjoner i fjerde til niende ledd. Lovgiver har med andre ord valgt å gjennomføre enkelte av direktivets bestemmelser, men ikke alle, også under EU/EØS-terskelverdiene.

Etter § 8-3 første ledd første punktum «bør» anskaffelsen spesifiseres ved en behovsspesifikasjon eller en angivelse av funksjonskrav. Bestemmelsen er en oppfordring til oppdragsgivere om å

unnå å benytte detaljerte tekniske spesifikasjoner når anskaffelsen skal beskrives. Bakgrunnen for denne føringen er hensynet til en effektiv og bredest mulig konkurranse, og å legge til rette for innovative løsninger.<sup>2</sup> Når oppdragsgiver benytter detaljerte tekniske spesifikasjoner, vil konkurransen kunne bli begrenset. Leverandører som ikke kan oppfylle de tekniske spesifikasjonene, men som like fullt kan tilby en ytelse som dekker det samme behovet eller har de samme funksjonene, kan bli avskåret fra å delta i konkurransen uten at dette er nødvendig.

Det følger også av § 8-3 første ledd annet til fjerde punktum at oppdragsgiver ved beskrivelsen av det som skal anskaffes, skal:

- Legge vekt på livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen
- Stille konkrete miljøkrav til produktets ytelse eller funksjon så langt det er mulig
- Ta hensyn til kriterier for tilgjengelighet for funksjonshemmede og universell utformig når det er mulig

Videre skal tekniske spesifikasjoner gi leverandørene like muligheter og ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse, jf. § 8-3 annet ledd. Det samme følger uttrykkelig av anskaffelsesloven § 5 femte ledd bokstav b. Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 2 under EU/EØS-terskelverdiene.

Etter § 8-3 tredje ledd har oppdragsgiver plikt til å angi de tekniske spesifikasjonene i kunningjøringen eller i konkurransegrunnlaget, dersom tekniske spesifikasjoner kreves oppfylt. I praksis er det lagt til grunn at det som følge av forholdsmessighetsprinsippet ikke kan stilles strengere krav enn det som er nødvendig for å realisere oppdragsgivers formål med anskaffelsen.<sup>3</sup> Bestemmelsen er en direkte gjennomføring av anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 1 første punktum under EU/EØS-terskelverdiene.

Endelig følger det av § 8-3 fjerde ledd, som gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 8 under EU/EØS-terskelverdiene, at oppdragsgiver som hovedregel ikke kan vise til «bestemte merker, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon» hvis dette

<sup>2</sup> Jf. FADs veileder, side 139.

<sup>3</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2008/84, som gjaldt konkurranse om rammeavtale for kjøp av juridiske tjenester, og hvor oppdragsgiver hadde stilt krav om at de ansatte må ha advokatbevilling. Nemnda kom til at kravet var saklig begrunnet og ikke i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5.

medfører at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Dette er likevel tillatt i to snevre unntakstilfeller:

- Kontraktsgjenstanden berettiger det
- Det er ikke mulig å gi en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden. I så fall skal henvisningen ledsages av uttrykket «eller tilsvarende».

#### 19.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å ikke videreføre gjeldende regel i § 8-3 første ledd. Det må anses anerkjent blant offentlige oppdragsgivere at en behovs- eller funksjonsbeskrivelse sikrer bredest mulig konkurranse om kontrakten. I tillegg mener utvalget at bruken av «bør»-regler i forskriften bør begrenses så langt det er mulig. Også av denne grunn foreslår utvalget at regelen strykes.

Utvalget foreslår også at henvisningene til livs- sykluskostnader, miljø og universell utforming i annet til fjerde punktum strykes. Som begrunnelse for dette vises det her til kapittel 11.4.2.

Videre foreslår utvalget at regelen i annet ledd ikke videreføres. At bruken av tekniske spesifikasjoner skal gi leverandørene like muligheter og ikke unødvendig hindre konkurranse, følger allerede av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse. Presiseringen er således overflødig.

Det samme gjelder presiseringen i tredje ledd om at tekniske spesifikasjoner som kreves oppfylt, skal angis i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. En slik opplysning vil være nødvendig for leverandørenes utarbeidelse av tilbud, og må derfor inngå som en del av oppdragsgivers beskrivelse av anskaffelsen. Plikten er således allerede dekket av utvalgets forslag til bestemmelse om konkurransegrunnlagets innhold, jf. kapittel 19.3.2. Utvalget foreslår derfor at bestemmelsen strykes.

Utvalget ser at det vil kunne være formålstjenlig å videreføre regelen om bruk av merker også under EU/EØS-terskelverdiene. Etter utvalgets vurdering er regelen en nyttig presisering av likebehandlingsprinsippet. Utvalget viser også til at bruk av merker vil kunne være til hinder for innovasjon. Regelen om merker er videreført i nytt direktiv artikkel 40 nr. 5. Utvalget overlater derfor den nærmere utformingen av bestemmelsen til departementet.

## 19.5 Endringer i konkurransegrunnlaget i perioden mellom kunngjøring og kontraktinngåelse

### 19.5.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver står ikke fritt til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget underveis i en konkurranse. Prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling setter begrensninger for endringsadgangen. Særlig hensynet til de leverandørene som har avstått fra å delta i konkurransen tilsier at adgang til å gjøre endringer må være begrenset.<sup>4</sup> Dersom en leverandør har avstått fra å delta basert på den informasjon som ble kjent på kunngjøringstidspunktet, kan det ikke utelukkes at denne leverandøren ville ha deltatt dersom han hadde kjent til de etterfølgende endringene.

*Før tilbudsfristen løper ut*, kan oppdragsgiver foreta «rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige», jf. anskaffelsesforskriften § 8-2 første ledd første punktum.<sup>5</sup> Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering. Det sentrale elementet i vurderingen vil være hensynet til potensielle leverandører. Hvis endringen har som konsekvens at andre leverandører ville kunne hatt interesse av å levere inn tilbud i konkurransen, vil den som utgangspunkt være vesentlig.<sup>6</sup>

Et særlig spørsmål er om oppdragsgiver kan gjøre endringer i krav som er absolutte (minstekrav). KOFA synes å ha lagt til grunn at det avgjørende også i slike tilfeller må være om minstekravet er av en slik karakter at det er avgjørende for potensielle leverandørers valg om å delta i konkurransen.<sup>7</sup>

Når oppdragsgiver gjør endringer, skal de umiddelbart sendes til alle leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget, jf. § 8-2 annet ledd første punktum. I dette ligger en forutsetning

<sup>4</sup> Jf. NOU 1997: 21 side 135. Jf. også KOFAs sak 2009/46 avsnitt 64 og sak C-454/06 (Pressetext) avsnitt 35.

<sup>5</sup> Likelydende bestemmelse er gitt i del III, jf. § 17-2 første ledd første punktum

<sup>6</sup> Jf. til illustrasjon KOFAs sak 2008/2 avsnitt 117–119, hvor nemnda la til grunn at fjerning av en del «må-krav» i kravspesifikasjonene innebar en vesentlig endring. Fjerningen gjaldt en stor del av anskaffelsen, og måtte ha hatt «relativt stor betydning for hvilke maskiner som kunne tilbys...». Jf. også KOFAs sak 2009/64 avsnitt 62–67, hvor nemnda kom til at en «endring» i en rammeavtales verdi – den ble kunngjort med en beregnet verdi på mellom kr 1 og 1,5 millioner, mens den faktiske verdien var kr 2,65 millioner – etter de konkrete omstendighetene ikke var vesentlig.

<sup>7</sup> Jf. KOFAs sak 2008/2 avsnitt 119.

om at endringene gjøres skriftlig (jf. uttrykket «sendes»). Tilsvarende skal oppdragsgiver meddele alle leverandører om informasjon som gis på forespørsel fra en enkelt leverandør, jf. annet punktum.

Etter § 8-2 tredje ledd vil endringer som kommer så sent at det er vanskelig for leverandørene å ta hensyn til dem i tilbudet, utløse en plikt til å forlenge tilbudsfristen forholdsmessig. Hvor lang fristforlengelsen skal være, må vurderes konkret. Alle leverandører skal varsles om fristforlengelsen snarest. Så lenge de får tilstrekkelig tid til å innarbeide de aktuelle endringene i sine tilbud, er deres interesser i hovedsak ivaretatt.

Det kan imidlertid tenkes at en leverandør som har begynt å skrive tilbud basert på det opprinnelige konkurransegrunnlaget, avstår fra å levere tilbud basert på de aktuelle endringene, fordi endringene innebærer at han ikke lenger kan eller vil levere tilbud. Hensynet til ressursbruken hos deltakende leverandører har derfor også en viss betydning.

*Etter at tilbudsfristen har løpt ut*, gjelder ikke lenger adgangen til å gjøre endringer etter § 8-2 første ledd. Det klare utgangspunktet da er at adgangen til å gjøre endringer er stengt. Det er også slått fast av klagenemnda i en rekke saker vedrørende anbudskonkurranser.<sup>8</sup> Her er det ikke hensynet til potensielle leverandører som begrunner et absolutt forbud, men hensynet til gjennomsiktighet for leverandører som deltar i konkurransen. Det er likevel et åpent spørsmål om oppdragsgiver kan redusere anskaffelsens omfang, og dermed foreta en endring i konkurransegrunnlaget, ved å avlyse konkurransen delvis etter avlysningsregelen i § 13-1 første ledd. En slik delvis avlysning kan imidlertid påvirke både potensielle leverandørers og deltakende leverandørers interesse for kontrakten. Avgjørende praksis foreligger ikke.

Til tross for det klare utgangspunktet om at endringer etter tilbudsfristens utløp ikke er tillatt, har KOFA åpnet for at det likevel kan gjøres ikke-vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget i en konkurranse med forhandling. KOFA uttalte følgende i sak 2005/68:

«Klagenemnda vurderer så om endringene i konkurransegrunnlaget som ble gjort under forhandlingene, var i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Etter forskrift om anskaffelser § 9-3 (4)<sup>9</sup> er det adgang til å for-

handle om endringer av alle sider av tilbudene. Det er imidlertid på det rene at forhandlingsadgangen er videre enn som så, ved at oppdragsgiver også kan gjøre visse endringer i konkurransegrunnlaget. Nettopp behovet for å endre konkurransegrunnlaget begrunner at konkurranse med forhandling i nærmere angitte tilfeller kan benyttes også over EØS-terskelverdiene, jf. § 4-2. Hensynet til leverandører som bevisst lar være å delta i konkurransen, og hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet for tilbyderne, tilsier imidlertid at forutsetningene for konkurransen ikke kan endres vesentlig. I en kontrakt av denne typen er det påregnelig for leverandørene at det vil skje endringer av spesifikasjonene.»<sup>10</sup>

Adgangen til å gjøre ikke-vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp er altså knyttet opp til forhandlingsinstituttet. På denne måten gir konkurranse med forhandling oppdragsgiver en fleksibilitet som anbudskonkurranser ikke gir. Endringsadgangen antas for øvrig å være begrenset til beskrivelsen av anskaffelsen og kontraktsvilkårene.

*Etter at kontrakt er inngått*, vil konkurransegrunnlaget være en del av kontrakten. Følgelig gjelder forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i kontrakten, jf. kapittel 15.5. Her vil det være hensynet til alle potensielle leverandører i markedet som må vektlegges. Vesentlige endringer gjør at anskaffelsen anses som en ny kontrakt, som skulle vært kunngjort for andre mulige interesserte leverandører.

### 19.5.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å innføre en regel om at oppdragsgiver til enhver tid skal kunne gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, både før og etter utløpet av tilbudsfristen.

Utvalget understreker at den bærende begrunnelsen for å begrense oppdragsgivers adgang til å gjøre endringer, er hensynet til potensielle leverandører som har avstått fra å delta i konkurransen. Tilsvarende er hensynet til potensielle leverandører hovedbegrunnelsen for forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i en inngått kontrakt, jf. kapittel 15.5. Hensynet til disse leve-

<sup>8</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2005/306 avsnitt 30 og sak 2009/270 avsnitt 42.

<sup>9</sup> Tilsvarende anskaffelsesforskriften 2006 § 20-11 fjerde ledd, som har samme ordlyd som § 11-8 annet ledd

<sup>10</sup> Jf. avsnitt 32. Uttalelsen er fulgt opp i flere saker, blant annet i sak 2009/280 avsnitt 50 og sak 2011/120 avsnitt 31.

randørene vil være relevant uavhengig av på hvilket tidspunkt i anskaffelsesprosessen endringen blir gjort.

Hensynet til leverandørene som deltar i konkurransen, begrunner derimot ikke et forbud mot å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget *før tilbudsfristen løper ut*. Som nevnt over er hensynet til disse leverandørene i hovedsak ivaretatt så lenge de får mulighet til å innarbeide eventuelle endringer i sine tilbud. Der leverandørene får mulighet til å tilpasse tilbudene sine i tråd med endringene i konkurransegrunnlaget, begrunner hensynet til disse leverandørene heller ikke et forbud mot å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristen. Ved konkurranser med forhandling mener utvalget derfor at det bør være adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlagets ytelsesbeskrivelse og kontraktsbestemmelser både før og etter tilbudsfristens utløp, og at dette bør fremgå eksplisitt av forskriften. Med utvalgets flertall sitt forslag til de nye prosedyreformene åpen og begrenset tilbudskonkurranse, hvor det alltid er adgang til å forhandle, kan denne bestemmelsen utformes som en generell bestemmelse.

Utvalget foreslår å videreføre at grensen for lovlige endringer skal gå ved vesentlige endringer. Oppdragsgiver skal altså kunne gjøre endringer som ikke er vesentlige. Utvalget foreslår ikke noen nærmere regulering av vesentlighetsvurderingen. Hva som er en vesentlig endring, må som i dag avgjøres etter en konkret helhetsvurdering, hvor blant annet tidspunktet for endringen er relevant. Dersom konkurransegrunnlaget eksempelvis gjøres tilgjengelig ved kunngjøringen på en slik måte at alle som viser interesse vil motta senere endringer automatisk, vil adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget være videre før tilbudsfristens utløp enn etter. Utvalget mener også at adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp og før kontraktsinngåelsen, må være noe videre enn adgangen til å gjøre endringer etter kontraktsinngåelsen. Årsaken til dette er at det vil foreligge et konkurranseelement før kontraktsinngåelsen. Selv om hensynet til leverandører som ikke har levert tilbud her vil være relevant, mener utvalget at adgangen til å gjøre endringer i denne fasen skal være noe videre enn adgangen til å gjøre endringer etter kontraktsinngåelse.

Etter utvalgets syn skal endringer i absolutte krav alltid anses som vesentlige når endringen skjer etter tilbudsfristens utløp. Dette innebærer et brudd med den praksis KOFA har lagt til grunn etter gjeldende regelverk. En slik regel vil riktignok kunne ramme oppdragsgiver hardt i de tilfeller hvor han har stilt et absolutt krav om bagatellmessige forhold, og som det kan være få betenkeligheter ved å fravike. Utvalget viser imidlertid til at et forbud mot å endre absolutte krav vil være en retts teknisk enkel regel, og at den trolig vil kunne bidra til at oppdragsgivere lar være å stille absolutte krav om andre forhold enn dem oppdragsgiver faktisk mener er strengt nødvendige. Regelen vil også være i samsvar med de krav som nytt anskaffelsesdirektiv stiller til regelverket over EU/EØS-terskelverdiene. Etter artikkel 29 nr. 3, som gjelder forhandlingsadgangen i en konkurranse med forhandling, kan partene forhandle om alle konkurransevilkår, unntatt «minstekrav» og tildelingskriterier. Når partene ikke kan forhandle om absolutte krav, vil de nødvendigvis heller ikke kunne endres. I praksis innebærer regelen at alle absolutte krav må antas å ha påvirket potensielle leverandørers valg om å avstå fra konkurransedeltakelse.

Ved endringer som gjøres etter tilbudsfristens utløp, må som utgangspunkt samtlige leverandører som har levert inn tilbud, gis mulighet til å gjøre ønskede tilpasninger i sitt tilbud. Det vil være en nødvendig forutsetning for likebehandling av leverandørene. I dette ligger også en forutsetning om at oppdragsgiver ikke kan gjøre endringer i konkurransegrunnlaget for så å tildele kontrakt uten å gi leverandørene mulighet til å inngi et tilbud basert på det reviderte konkurransegrunnlaget.

Når det gjelder adgangen til å gjøre endringer i tildelingskriteriene, er dette særskilt behandlet i kapittel 21.5.

Utvalget foreslår videre å stryke § 8-2 annet og tredje ledd, som sier at de endringene som oppdragsgiver gjør før tilbudsfristen løper ut, umiddelbart skal sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget, og at tilbudsfristen om nødvendig må forlenges. Dette er ikke ment å være en realitetsendring. Utvalget mener derimot at dette er unødvendige presiseringer av likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet.

## Kapittel 20

# Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon

### 20.1 Innledning

Kvalifikasjonskrav er krav oppdragsgiver stiller til leverandørene som sådan. Normalt angår kravene leverandørens faglige/tekniske kompetanse eller økonomiske/finansielle stilling, men de kan også være knyttet til mer formelle forhold, som for eksempel at leverandøren må være et lovlig registrert foretak. Kvalifikasjonskravene ledsages av dokumentasjonskrav, dvs. regler om hvordan leverandørene skal dokumentere at kvalifikasjonskravene er oppfylt.

Oppdragsgivers hensikt med å oppstille kvalifikasjonskrav er å forsikre seg om at leverandøren som tildeles kontrakt, er i stand til å utføre oppdraget.

Bare leverandører som har dokumentert at de oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav, kan tildeles kontrakt. Leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, skal avvises, jf. gjeldende forskrift § 11-10 første ledd bokstav a. Hvis oppdragsgiver først har valgt å oppstille kvalifikasjonskrav, har leverandørene altså krav på at de blir håndhevet. For oppdragsgiver betyr systemet at han ikke behøver å bruke ressurser på å evaluere tilbud fra leverandører som uansett ikke kan bli tildelt kontrakt. Leverandørene vil på sin side kunne la være å bruke ressurser på å utarbeide tilbud i en konkurranse hvor de ser at de ikke besitter de etterspurte kvalifikasjonene. Konsekvensen er at oppdragsgiver gjennom å oppstille kvalifikasjonskrav har mulighet til å begrense kretsen av leverandører som får levere tilbud (i en begrenset konkurranse), eller som vil få sitt tilbud vurdert (i en åpen konkurranse).

Reglene om kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav har sitt opphav i EU/EØS-retten. I direktiv 2004/18/EF er det gitt detaljerte regler om adgangen til å stille kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav. Norsk lovgiver har ikke gitt tilsvarende detaljerte regler for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, jf. gjeldende forskrift §§ 8-4 og 8-5.

I det nye anskaffelsesdirektivet er de mange og detaljerte reglene i hovedsak videreført. En nyvinning er imidlertid at det åpnes for at leverandørene kan levere egenerklæringer (det europeiske anskaffelsesdokumentet) som foreløpig erstatning for noen typer dokumentasjon – sertifikater utstedt av offentlige myndigheter eller tredjepersoner. Hensikten er å effektivisere anskaffelsesprosessen ved å redusere arbeidet med å fremstille etterspurt dokumentasjon for leverandørene.

*Utvalget* foreslår å videreføre gjeldende regler om kvalifikasjonskrav (kapittel 20.2) og dokumentasjonskrav (kapittel 20.3), men med visse justeringer og endringer. Som noe helt nytt foreslår utvalget at leverandørene skal ha rett til å levere egenerklæringer som foreløpig erstatning for visse typer dokumentasjon (kapittel 20.3.3.2). Hensynet til oppdragsgiver tilsier imidlertid at leverandørenes rett bør være begrenset. Adgangen til å be om ettersending og supplering av dokumentasjon foreslås utvidet (kapittel 20.4). Hensikten er å redusere antallet tilfeller hvor oppdragsgiver blir tvunget til å avvise leverandører som følger av at noe dokumentasjon mangler.

### 20.2 Kvalifikasjonskrav

#### 20.2.1 Gjeldende rett

Som utgangspunkt står oppdragsgiver fritt ved fastsettelsen av kvalifikasjonskrav. Det følger imidlertid visse begrensninger av anskaffelsesforskriften § 8-4:

«(1) Oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling.

(2) Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold den ytelse som skal leveres.

(3) Kravene skal ikke diskriminere leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet.»

Tilsvarende bestemmelse over EU/EØS-terskelverdiene har tilnærmet samme ordlyd, jf. § 17-4.

Etter § 8-4 første ledd «kan» oppdragsgiver stille kvalifikasjonskrav. Bestemmelsen forutsetter med andre ord at oppdragsgiver selv avgjør om han skal stille kvalifikasjonskrav eller ikke i den enkelte konkurranse; valget ligger innenfor oppdragsgivers anskaffelsesfaglige skjønn.<sup>1</sup> Leverandørene kan ikke påberope seg at oppdragsgiver burde eller skulle ha stilt bestemte krav.

Kvalifikasjonskrav er definert som «minimumskrav» til leverandørene. Leverandørene skal oppfylle de minimumsnivå som kravene gir uttrykk for.

En oppdragsgiver som ønsker å stille kvalifikasjonskrav, står som utgangspunkt fritt til å bestemme hvilke. Angivelsen av «tekniske kvalifikasjoner» og «finansielle og økonomiske stilling» i første ledd er bare eksempler. En annen sak er at de aller fleste kvalifikasjonskravene som stilles i praksis, gjelder faglige/tekniske kvalifikasjoner (blant annet kompetanse, erfaring, personell, utstyr) og finansiell/økonomisk stilling. I tillegg blir det gjerne stilt krav om at visse formelle forhold er i orden, blant annet at leverandørene er lovlig registrerte foretak. Over EU/EØS-terskelverdiene er det presisert at vurderingen av tekniske kvalifikasjoner skal baseres særlig på «kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet», jf. § 17-4 første ledd annet punktum. Noen realitetsforskjell fra § 8-4 første ledd er dette ikke.

Under EU/EØS-terskelverdiene har oppdragsgiver likevel noe større fleksibilitet. Det skyldes at § 17-4 første ledd skal tolkes innskrenkende i lys av forskriftens detaljerte regler om dokumentasjon av tekniske og faglige kvalifikasjoner i § 17-9. EU-domstolen har slått fast at anskaffelsesdirektivets regler om dokumentasjon av tekniske og faglige kvalifikasjoner er uttømmende, slik at disse kvalifikasjonene ikke kan kreves dokumentert på noen annen måte.<sup>2</sup> En konsekvens av dette er at oppdragsgiver bare kan stille krav om tekniske og faglige kvalifikasjoner som leverandørene kan dokumentere oppfyllelse av gjennom direktivets dokumentasjonsregler. Under EU/EØS-terskelverdiene gjelder ikke slike detaljerte dokumentas-

jonsregler, jf. kapittel 20.3, og da er det heller ikke grunnlag for å tolke § 8-4 første ledd innskrenkende.

Etter § 8-4 annet ledd skal kvalifikasjonskravene gi oppdragsgiver grunnlag for å vurdere om leverandørene er «egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene». Kravene skal kaste lys over evnen til å gjennomføre kontrakten. Krav som ikke sier noe om denne evnen, kan ikke benyttes.<sup>3</sup>

Videre i annet ledd er det stilt krav om at kvalifikasjonskravene «skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres». Dette følger allerede av det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet og innebærer at oppdragsgiver ikke må stille krav som er strengere enn det som må anses nødvendig ut fra anskaffelsens art og omfang. For strenge kvalifikasjonskrav virker konkurransebegrensende. Motsatt er forholdsmessighetsprinsippet ikke til hinder for at oppdragsgiver stiller mindre strenge krav enn det som vil være tillatt, ettersom oppdragsgiver uansett ikke har plikt til å stille kvalifikasjonskrav i det hele tatt.

Også § 8-4 tredje ledd er en gjentakelse av de grunnleggende prinsippene: Kvalifikasjonskravene skal ikke diskriminere leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet.

På grunnlag av gjennomsiktighetsprinsippet er det i praksis lagt til grunn at kvalifikasjonskravene i tillegg må være utformet på en klar, presis og utvetydig måte.<sup>4</sup> Kravene kan ikke være så vagt utformet at de i realiteten gir oppdragsgiver et fritt skjønn ved vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.<sup>5</sup> Kvalifikasjonskrav skal i «i hovedtrekk» angis i kunngjøringen, jf. § 8-5 første ledd. Dette innebærer at de sentrale og avgjørende kravene angis.<sup>6</sup> Kravet er ufravikelig og er begrunnet i hensynet til at potensielle leverandører skal kunne lese ut av kunngjøringen om oppdraget er av interesse, uten å måtte be om å få konkurransegrunnlaget utlevert. Hvis kvalifikasjonskravene ikke kan beskrives tilstrekkelig utfyllende i kunngjøringen, skal kravene utdypes og suppleres i et kvalifikasjonsgrunnlag, jf. § 8-5 annet ledd. Kvalifikasjonsgrunnlaget skal sendes ut før resten av konkurransegrunnlaget eller som en del av dette, jf. § 8-5 tredje ledd.

<sup>1</sup> Dette er også slått fast av KOFA, jf. blant annet KOFA sak 2005/115 avsnitt 36.

<sup>2</sup> Jf. blant annet sak C-368/10 (Max Havelaar) avsnitt 105.

<sup>3</sup> Jf. til illustrasjon KOFA sak 2003/199. Et krav om at leverandørene skulle ha driftsavtale med oppdragsgiver, var uten betydning for evnen til å gjennomføre en kontrakt om levering av dagkirurgiske tjenester, og dermed ulovlig.

<sup>4</sup> Jf. sak C-368/10 (Max Havelaar) avsnitt 109.

<sup>5</sup> Jf. blant annet KOFA sak 2008/100 avsnitt 37.

<sup>6</sup> Jf. blant annet KOFA sak 2009/210 avsnitt 57.

### 20.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I nytt anskaffelsesdirektiv er reglene om hvilke kvalifikasjonskrav oppdragsgiver kan stille, gitt i artikkel 58. Reglene er i hovedsak en videreføring og utvikling av gjeldende direktivbestemmelser.

Det er satt tydelige grenser for hvilke kvalifikasjonskrav som lovlig kan stilles, jf. artikkel 58 nr. 1:

- Krav til leverandørens egnethet til å utføre det aktuelle oppdraget (krav om at oppdragsgiver er registrert i diverse registre)
- Krav til leverandørens økonomiske og finansielle stilling
- Krav til leverandørens tekniske og faglige evner

Kravene må være relevante for å sikre at leverandøren har den rettslige og finansielle stillingen og de tekniske og faglige evnene til å utføre oppdraget. De må også ha tilknytning til kontraktsgjensstanden og være forholdsmessige.

Det som særlig er nytt, er at direktivet som hovedregel setter et tak på to ganger kontraktsverdien for krav til leverandørens årlige omsetning, jf. nr. 3. Bakgrunnen for taket er et ønske om å bedre SMB-ers muligheter til å bli tildelt offentlige kontrakter.<sup>7</sup>

### 20.2.3 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regel om at oppdragsgiver har rett, men ikke plikt, til å stille kvalifikasjonskrav. Oppdragsgiver må ha frihet til selv å bestemme om det skal stilles slike krav. Adgangen til å stille kvalifikasjonskrav innebærer at oppdragsgiver kan sette grenser for hvem han vil måtte inngå kontrakt med, samtidig som han slipper å bruke ressurser på å vurdere tilbud fra leverandører som uansett ikke har de nødvendige kvalifikasjonene.

Utvalget foreslår å endre ordlyden i gjeldende forskrift § 8-4 første ledd fra «minimumskrav» til «kvalifikasjonskrav». Tilføyelsen av «minimum» har etter utvalgets vurdering ingen selvstendig betydning og behøver således ikke videreføres. Det sentrale er at leverandørene må tilfredsstille de kravene som er satt. Når dette er sagt, understreker utvalget at terminologien bør være felles over og under EU/EØS-terskelverdiene.

Hvilke kvalifikasjonskrav som oppdragsgiver lovlig kan stille, skal ikke være begrenset til bestemte kategorier, slik nytt direktiv artikkel 58

legger opp til. Utvalget vil ikke utelukke at også andre kategorier av kvalifikasjonskrav kan tenkes. Såfremt øvrige vilkår er oppfylt, jf. nedenfor, skal oppdragsgiver derfor kunne stille et hvilket som helst krav for å sikre at leverandørene er egnet til å kunne gjennomføre kontrakten. Utvalget foreslår samtidig å videreføre opplegget i gjeldende forskrift, hvor krav som gjelder leverandørens økonomiske og finansielle stilling og tekniske og faglige evner – de to klart mest praktiske kategoriene kvalifikasjonskrav – fremheves uttrykkelig som eksempler. Etter utvalgets vurdering gir dette nyttig veiledning for brukere av regelverket.

Utvalget foreslår å videreføre vilkåret i gjeldende forskrift § 8-4 annet ledd om at kvalifikasjonskravene skal «sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene».

I nytt direktiv artikkel 58 nr. 1 er det presisert at kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til kontraktsgjensstanden. Utvalget har vanskelig for å se at dette vilkåret har selvstendig innhold ved siden av vilkåret om at kvalifikasjonskravene skal sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsen. Utvalget foreslår derfor at dette tilknytningskravet ikke gjentas i forskriftsteksten.

I både gjeldende forskrift § 8-4 annet ledd og nytt direktiv artikkel 58 nr. 1 er det fremhevet at kvalifikasjonskravene må stå i forhold til kontraktsgjensstanden. Det samme følger imidlertid allerede av det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet. Utvalget foreslår derfor å sløyfe denne presiseringen, uten at forslaget er ment å innebære noen realitetsendring. Utvalget understreker at det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet er til hinder for at oppdragsgiver stiller kvalifikasjonskrav som er strengere enn nødvendig. For strenge kvalifikasjonskrav vil begrense konkurransen unødvendig, særlig for SMB-er. Utvalget peker i denne sammenheng på at nettopp kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene vil kunne være av særlig interesse for SMB-er. Når det er sagt, vil også kontrakter av relativt lav verdi kunne være komplekse, slik at det vil være relevant for oppdragsgiver å stille strenge kvalifikasjonskrav. Utvalget foreslår ikke å innføre en regel tilsvarende nytt direktivs artikkel 58 nr. 3, der det fremgår at det som hovedregel skal være et tak på to ganger kontraktsverdien for krav til leverandørens årlige omsetning. Utvalget ønsker å overlate slike vurderinger til den enkelte oppdragsgiver, og peker på at forholdsmessighetsprinsippet uansett vil sette begrensninger for hvor strenge krav til omsetning, soliditet mv. som oppdragsgiver kan

<sup>7</sup> Jf. fortalens premiss 83.



sette. Utvalget vil samtidig presisere at oppdragsgivere bør anse nevnte direktivbestemmelse som en fornuftig rettesnor når krav til leverandørenes økonomiske stilling skal fastsettes.

Utvalget foreslår å stryke presiseringen i gjeldende forskrift § 8-4 tredje ledd om at kvalifikasjonskravene skal være ikke-diskriminerende. Dette er helt selvsagt og følger av det grunnleggende likebehandlingsprinsippet. Utvalget ser ikke behov for at dette skal gjentas i bestemmelsen om kvalifikasjonskrav.

Utvalget foreslår å stryke regelen om at oppdragsgiver skal ha plikt til å angi kvalifikasjonskravene «i hovedtrekk» i kunngjøringen, jf. gjeldende forskrift § 8-5 første ledd. Kvalifikasjonskravene er en del av prosedyrereglene som gjelder for konkurransen, og utvalget foreslår at samtlige prosedyreregler skal opplyses i konkurransegrunnlaget, jf. kapittel 19.3.2. Hvis kravene ikke er angitt i kunngjøringen, og oppdragsgiver heller ikke har lagt ved konkurransegrunnlaget i kunngjøringen, får leverandøren først kjennskap til kvalifikasjonskravene etter å ha kontaktet oppdragsgiver. Etter utvalgets vurdering vil dette være lite byrdefullt for leverandørene, og situasjonen vil formodentlig heller ikke i noen stor grad oppstå i praksis. Utvalgets forslag innebærer videre at det heller ikke er behov for å videreføre regelen i § 8-5 annet ledd om plikt til å utarbeide et supplerende kvalifikasjonsgrunnlag hvis kravene ikke kan beskrives tilstrekkelig utfyllende i kunngjøringen.

Utvalget ønsker ikke å videreføre begrepet «kvalifikasjonsgrunnlag». Rent språklig er det ikke behov for å benytte dette uttrykket ved siden av «konkurransegrunnlag». Et kvalifikasjonsgrunnlag er ikke annet enn den del av konkurransegrunnlaget som omhandler kvalifikasjonskravene. I begrensede konkurranser hvor det først skal skje en kvalifisering av leverandørene, må oppdragsgiver gjøre kvalifikasjonskravene kjent før resten av konkurransegrunnlaget sendes ut. Utvalget kan imidlertid ikke se at det er nødvendig å operere med «kvalifikasjonsgrunnlag» som eget uttrykk i forskriften. Forslaget innebærer at det ikke er behov for å videreføre reglene i § 8-5 tredje ledd.

## 20.3 Dokumentasjon

### 20.3.1 Gjeldende rett

Når oppdragsgiver oppstiller kvalifikasjonskrav, må leverandørene dokumentere at de innehar de etterspurte kvalifikasjonene. Dokumentasjonen

som leverandørene legger frem, danner grunnlag for oppdragsgivers evaluering av kvalifikasjonene.

Under EU/EØS-terskelverdiene skal oppdragsgiver «angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandørene er oppfylt», jf. § 8-5 første ledd annet punktum. Bestemmelsen bygger på en forutsetning om at oppdragsgiver skal angi hvilken dokumentasjon leverandørene må legge frem for å bevise at de oppfyller kvalifikasjonskravene. Kravene til dokumentasjon skal opplyses i kunngjøringen.

Utover dette er det ikke gitt uttrykkelige regler om dokumentasjon. Således står oppdragsgiver som utgangspunkt fritt til å etterspørre den dokumentasjon oppdragsgiver selv mener er relevant for å vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt. De grunnleggende prinsippene setter imidlertid visse grenser for hvilke dokumentasjonskrav oppdragsgiver kan oppstille. Av særlig betydning er forholdsmessighetsprinsippet, som er til hinder for at oppdragsgiver stiller strengere krav til dokumentasjon enn det som er nødvendig ut fra kontraktens art og omfang. Oppdragsgiver må foreta en konkret vurdering ved den enkelte anskaffelse. Kravene til dokumentasjon kan heller ikke være diskriminerende.

Klagenemnda har lagt til grunn at oppdragsgiver har adgang til å nøye seg med å kreve kvalifikasjoner dokumentert gjennom egenerklæringer.<sup>8</sup>

Over EU/EØS-terskelverdiene gjelder derimot detaljerte regler om dokumentasjon av leverandørenes kvalifikasjoner, jf. anskaffelsesforskriften §§ 17-8 til 17-13. Bestemmelsene, som gjennomfører direktivet 2004/18/EF artikkel 47–50 og artikkel 52 i norsk rett, oppstiller blant annet detaljerte regler om hvordan oppdragsgiver kan kreve dokumentert tekniske/faglige kvalifikasjoner og økonomisk/finansiell stilling. EU-domstolen har lagt til grunn at reglene om dokumentasjon for tekniske og faglige kvalifikasjoner er uttømmende, slik at oppdragsgiver ikke kan kreve disse kvalifikasjonene dokumentert på noen annen måte.<sup>9</sup> Over EU/EØS-terskelverdiene er oppdragsgivers handlefrihet med dette snevret inn.

### 20.3.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Nytt anskaffelsesdirektiv viderefører i hovedsak gjeldende detaljerte regler om dokumentasjon, jf. artikkel 60 (generelt om dokumentasjon), artikkel

<sup>8</sup> Jf. KOFA sak 2006/51 avsnitt 28.

<sup>9</sup> Jf. blant annet sak C-368/10 (Max Havelaar) avsnitt 105.

62 (dokumentasjon av kvalitetssikringsstandarder og miljøforvaltningsstandarder), artikkel 63 (dokumentasjon gjennom støtte fra andre foretak) og artikkel 64 (offisielle lister over godkjente leverandører og sertifiseringsordninger).

Nytt er innføringen av regler om egenerklæringer, jf. artikkel 59. Fra EUs side er reglene omtalt som et av de store forenklingsegrepene i direktivet.<sup>10</sup> På tidspunktet for levering av forespørsel om konkurransedeltakelse eller av tilbud skal leverandørene ha rett til å levere det europeiske anskaffelsesdokumentet – som består av en oppdatert egenerklæring – som foreløpig dokumentasjon for at de oppfyller følgende krav:

- At leverandøren ikke er i en situasjon som medfører at leverandøren kan eller skal avvises etter artikkel 57
- At leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. artikkel 58
- At leverandøren oppfyller utvelgelseskriteriene i en konkurranse hvor det er satt en grense for antall deltakere, jf. artikkel 65

En vesentlig begrensning ved ordningen er at egenerklæringen bare kan erstatte sertifikater/attester som utstedes av offentlige myndigheter eller tredjepersoner. Annen dokumentasjon enn slike sertifikater/attester må leverandøren legge frem i forespørselen om konkurransedeltakelse eller i tilbudet.

Det europeiske anskaffelsesdokumentet skal bestå av en formell uttalelse fra leverandørene om at de relevante årsakene for avvisning ikke foreligger, og/eller at de relevante kvalifikasjonskravene er oppfylt, jf. artikkel 59 nr. 1 tredje ledd. Dette dokumentet skal også identifisere den offentlige myndigheten eller tredjeparten som er ansvarlig for å utstede det sertifikat/den attest som anskaffelsesdokumentet trer i stedet for, og inneholde en formell uttalelse om at leverandøren vil være i stand til å fremlegge denne dokumentasjonen etter anmodning og uten forsinkelse.

Oppdragsgiver skal på ethvert tidspunkt i anskaffelsesprosessen kunne be leverandørene om å levere dokumentasjon hvis det er nødvendig for en korrekt gjennomføring av prosessen, jf. artikkel 59 nr. 4. Før oppdragsgiver tildeler kontrakten, skal den leverandør som oppdragsgiver har til hensikt å tildele kontrakt, legge frem oppdatert dokumentasjon for de forhold han tidligere bare har lagt frem egenerklæring for. Leverandøren trenger likevel ikke legge frem dokumentasjon som oppdragsgiver har mulighet til å frem-

skaffe fra offisielle registre, eller som oppdragsgiver allerede har på grunn av tidligere kontraktsforhold, jf. artikkel 59 nr. 5.

### 20.3.3 Utvalgets vurderinger

#### 20.3.3.1 Generelt

*Utvalget* foreslår å videreføre gjeldende regel om at oppdragsgiver skal ha plikt til å fastsette krav til dokumentasjon for oppfyllelse av de kvalifikasjonskrav som blir stilt. Kravene skal angis sammen med kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget, jf. kapittel 20.2.

I motsetning til både gjeldende og nye regler over EU/EØS-terskelverdiene ønsker utvalget ikke å foreslå detaljerte regler om dokumentasjon for anskaffelser under tersklene. Det skal være opp til oppdragsgiver selv å bestemme hva som er tilstrekkelig dokumentasjon. Når det er sagt, understreker utvalget at kravene til dokumentasjon må være forholdsmessige. For å sikre mest mulig effektiv ressursbruk både på oppdragsgiver- og leverandørsiden er det sentralt at oppdragsgiver ikke stiller strengere og mer omfattende krav til dokumentasjon enn det som er nødvendig ut fra kontraktens art og omfang. Motsatt må oppdragsgiver stå fritt til å stille lempelige krav til dokumentasjon, for eksempel egenerklæringer, hvis han mener det er hensiktsmessig.

#### 20.3.3.2 Særlig om egenerklæringer som foreløpig bevis

*Utvalget* har særskilt vurdert i hvilken grad anskaffelsesregelverket skal åpne for at leverandørene skal ha rett til å levere egenerklæringer som foreløpig bevis for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Problemstillingen er særlig aktuell i lys av utviklingen på EU/EØS-nivå knyttet til innføringen av det europeiske anskaffelsesdokumentet.

Utvalget understreker at bruk av egenerklæringer som foreløpig bevis som utgangspunkt vil kunne være ressursbesparende i en anskaffelsesprosess. Det vil således kunne være et nyttig og treffende virkemiddel for å realisere formålet om effektiv ressursbruk og forenkling. Jo flere leverandører som deltar i konkurranse, jo større vil effektivitetsgevinstene kunne bli.

For leverandørene er det helt opplagt at et system med egenerklæringer vil være ressursbesparende. De slipper i utgangspunktet å legge frem potensielt omfattende dokumentasjon for oppfyllelse av ett eller flere kvalifikasjonskrav. I stedet

<sup>10</sup> Jf. fortalens premiss 84.

kan de nøye seg med en enkel erklæring hvor de bekrefter å inneha de etterspurte kvalifikasjonene. En egenerklæringsordning bygger med dette på tillit til at leverandørene foreløpig bare bekrefter oppfyllelse av kvalifikasjonskrav så langt det eksisterer annen dokumentasjon for at kravene faktisk er oppfylt. Eventuelle brudd på denne tilliten vil som utgangspunkt likevel ikke lede til at ikke-kvalifiserte leverandører blir tildelt kontrakt, så lenge oppdragsgiver krever fremlagt underliggende dokumentasjon fra valgte leverandør. Utvalget peker i denne sammenheng på at oppdragsgiver vil kunne ha plikt til å avvise leverandører som ikke legger frem nødvendig dokumentasjon. Hvis en leverandør gir feilaktige opplysninger i en egenerklæring, foreligger dessuten selvstendig avvisningsgrunn, jf. kapittel 25.3.2.

En egenerklæringsordning vil også kunne være ressursbesparende for oppdragsgiver, som slipper å måtte vurdere dokumentasjon fra alle leverandørene. Oppdragsgiver kan nøye seg med å bruke ressurser på vurdering av valgte leverandørs dokumentasjon for å forsikre seg om at denne leverandøren faktisk er kvalifisert. Hensynet til oppdragsgivere som ønsker fremlagt nødvendig dokumentasjon, ivaretas gjennom regler om plikt for leverandørene til å fremlegge slik dokumentasjon på forespørsel fra oppdragsgiver.

Når dette er sagt, vil oppdragsgiver likevel i noen situasjoner kunne ha interesse i at leverandørene legger frem nødvendig dokumentasjon allerede sammen med tilbudet eller i en forespørsel om å delta i konkurransen. Da vil det ikke være ressursbesparende for oppdragsgiver å måtte vente til etter utløpet av tilbudsfristen eller fristen for å levere forespørsel om å delta i konkurransen før han kan kreve fremlagt slik dokumentasjon.

Dette gjør seg særlig gjeldende for annen dokumentasjon enn den som omfattes av bestemmelsen i nytt direktiv artikkel 59, dvs. for dokumentasjon som ikke utstedes av offentlige myndigheter eller uavhengige tredjeparter. Eksempler på slik annen dokumentasjon kunne være ved krav om innlevering av vareprøver eller diverse redegjørelser og beskrivelser fra leverandøren om for eksempel leverandørens tekniske fasiliteter og metoder for kvalitetssikring. For denne typen dokumentasjon vil det kunne kreve en subjektiv vurdering av om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, og det vil være vanskelig for oppdragsgiver å skulle vurdere dette på bakgrunn av en egenerklæring. Dette vil særlig være utfordrende i begrensede konkurranser hvor det settes en grense for antall leverandører

som vil bli invitert til å levere tilbud. Utvalgelse vil ofte være basert på hvilke leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene best, jf. kapittel 17.2.

Utvalget foreslår mot denne bakgrunn å innføre en regel tilsvarende nytt direktiv artikkel 59 under EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget foreslår med dette å forskriftsfeste en rett for leverandørene til å levere egenerklæring som foreløpig bevis for dokumentasjon som utstedes av offentlige myndigheter eller uavhengige tredjeparter. En slik egenerklæring behøver ikke være utformet som det europeiske anskaffelsesdokumentet.

Utvalget foreslår videre at denne rettigheten for leverandørene suppleres med en adgang for oppdragsgiver til alltid å kunne tillate egenerklæringer som foreløpig bevis også for annen dokumentasjon, såfremt dette fremgår av konkurranse-dokumentene. Hvis oppdragsgiver ikke har åpnet for dette i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, skal oppdragsgiver heller ikke akseptere egenerklæringer som foreløpig bevis. Da får oppdragsgiver den nødvendige fleksibilitet til selv å vurdere om det kan være hensiktsmessig å tillate egenerklæring som foreløpig erstatning for etterspurt dokumentasjon.

Oppdragsgiver skal i begge tilfeller ha mulighet til å kreve fremlagt den dokumentasjon som egenerklæringen trer i stedet for, på ethvert tidspunkt etter at fristen for å levere tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen har løpt ut. Oppdragsgiver kan således forsikre seg om at leverandørene faktisk kan bevise at de besitter de etterspurte kvalifikasjonene, før han bruker ressurser på å vurdere tilbudene mv. Dette vil være særlig hensiktsmessig når oppdragsgiver skal velge ut leverandører til å levere tilbud i en begrenset konkurranse eller til å delta i forhandlinger. En utvalgelse basert på egenerklæringer vil i slike situasjoner innebære en risiko for at leverandører som ikke er kvalifiserte eller som for øvrig ikke kan legge frem nødvendig dokumentasjon, blir invitert til å levere tilbud eller delta i forhandlinger til fortrenghet for andre leverandører som er kvalifisert.

Oppdragsgiver skal alltid kreve fremlagt underliggende dokumentasjon fra valgte leverandør. Dette er nødvendig for å kontrollere at leverandøren faktisk innehar de etterspurte kvalifikasjonene, og for å overholde likebehandlingsprinsippet. Etter utvalgets vurdering skal oppdragsgiver ha plikt til å gjøre dette før tildeling av kontrakt. Det sikrer ryddighet i prosessen at oppdragsgiver har klarlagt om den leverandør han har tenkt å tildele kontrakt, faktisk er kvalifisert før tildelingsbeslutningen sendes ut. Hvis opp-

dragsgiver velger å kontrollere oppdragsgivers kvalifikasjoner på et senere tidspunkt, dvs. i løpet av karenperioden, vil øvrige leverandører helt eller delvis fratras muligheten til å gjøre kvalifikasjonsvurderingene til klagegrunn i karenperioden.

Avslutningsvis understreker utvalget at oppdragsgiver alltid skal ha frihet til å bestemme at leverandørene bare behøver å dokumentere oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene ved egenerklæringer – med den risiko oppdragsgiver da påtar seg. Leverandører som leverer egenerklæringer i slike tilfelle, vil da ha oppfylt dokumentasjonplikten. Utvalget peker i denne sammenheng på at KOFA har akseptert dette i sin praksis.<sup>11</sup> I slike tilfeller kommer utvalgets forslag til regler om bruk av egenerklæringer som *foreløpig bevis* ikke til anvendelse.

## 20.4 Særlig om ettersending og supplering av dokumentasjon

### 20.4.1 Gjeldende rett

Den dokumentasjon som leverandørene legger frem som bevis for sine kvalifikasjoner, kan være uklar eller ufullstendig. Oppdragsgiver vil derfor kunne være usikker på om kvalifikasjonene er dokumentert, eller bli tvunget til å konstatere at kvalifikasjonene ikke er oppfylt der nødvendig dokumentasjon mangler. I slike situasjoner vil oppdragsgiver kunne ønske å innhente tilleggsdokumentasjon fra den aktuelle leverandøren før kvalifikasjonsvurderingen slutføres.

Oppdragsgivers adgang til å innhente tilleggsdokumentasjon er regulert i §§ 12-3 og 12-4.<sup>12</sup> Bestemmelsene gir en uttømmende regulering av denne adgangen. Det innebærer at oppdragsgiver ikke kan etterspørre dokumentasjon i større utstrekning enn disse reglene åpner for. Mens § 12-3 er en særnorsk regel, er § 12-4 en gjennomføring av direktivet 2004/18/EF artikkel 51 i norsk rett under EU/EØS-terskelverdiene.

Bestemmelsene er utformet som «kan»-regler, og gir således oppdragsgiver en rett, men ikke plikt, til å etterspørre dokumentasjon. Leverandører som har levert uklar eller ufullstendig dokumentasjon, kan derfor ikke kreve at oppdragsgiver benytter hjemlene i §§ 12-3 og 12-4. Med andre ord er reglene begrunnet i hensynet til oppdragsgiver, ikke leverandørene. Når det er sagt, må oppdragsgiver som alltid utøve sitt skjønn i

samsvar med de grunnleggende prinsippene. Forholdsmessighetsprinsippet vil kunne tilsi at oppdragsgiver har en plikt til å benytte adgangen til å etterspørre tilleggsdokumentasjon, særlig hvis beslutningen om å la være fremstår urimelig.<sup>13</sup> Likebehandlingsprinsippet innebærer videre at dersom en leverandør gis mulighet til å ettersende dokumentasjon, skal andre leverandører som har levert tilsvarende mangelfull dokumentasjon, gis samme mulighet.

Etter § 12-3 kan oppdragsgiver sette en tilleggsfrist for ettersending av HMS-egenerklæring, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene er oppfylt. Offentlig tilgjengelig dokumentasjon omfatter blant annet firmaattester, regnskap og forskjellige offentlige godkjenninger. KOFA har ikke akseptert at det settes tilleggsfrist for ettersending av CV-er,<sup>14</sup> referanselister<sup>15</sup> eller kredittvurderinger<sup>16</sup>. Tilleggsfristen skal være «kort» og gjelde tilsvarende for alle leverandører. Oppdragsgiver skal ikke vurdere innkomne tilbud før tilleggsfristen har løpt ut.

I § 12-4 er det fastsatt en adgang for oppdragsgiver til å be om at «fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes». Dette er ment som en snever unntaksregel. Adgangen til å be om suppleringer og utdypninger bygger på en forutsetning om at leverandøren har fremlagt dokumentasjon som belyser om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Hvis leverandøren overhodet ikke har fremlagt dokumentasjon i tilknytning til et kvalifikasjonskrav, vil oppdragsgiver ikke kunne gjøre nytte av regelen. Oppdragsgiver kan heller ikke benytte § 12-4 til å akseptere ny og eventuelt oppdatert informasjon fra leverandørene – denne dokumentasjonen er ikke supplerende eller utdypende.<sup>17</sup>

### 20.4.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye anskaffelsesdirektivet er oppdragsgivers adgang til å be om ettersending og supplering av dokumentasjon betydelig utvidet, jf. artikkel 56 nr. 3. Hvis fremlagte opplysninger eller dokumenter er eller fremstår ufullstendige eller feilaktige, eller hvis spesifikke dokumenter mangler, kan oppdragsgiver be leverandørene om å levere, supplere, klargjøre eller utfylle relevante opplysning-

<sup>11</sup> Jf. KOFAs sak 2006/51 avsnitt 28.

<sup>12</sup> Identiske regler gjelder i del III, jf. §§ 21-3 og 21-4.

<sup>13</sup> Jf. KOFAs sak 2004/47 avsnitt 18–19.

<sup>14</sup> Jf. KOFAs sak 2009/210 avsnitt 79.

<sup>15</sup> Jf. KOFAs sak 2009/163 avsnitt 58.

<sup>16</sup> Jf. KOFAs sak 2010/279 avsnitt 33.

<sup>17</sup> Jf. KOFAs sak 2011/320 avsnitt 51.

ger eller dokumenter. Oppdragsgiver skal sette en passende frist, og anmodningen må skje i overensstemmelse med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Bestemmelsen gir oppdragsgiver adgang til å be om ettersending av dokumentasjon som mangler fullstendig. Dette innebærer en klar utvidelse i forhold til gjeldende rett.

Bestemmelsen er heller ikke begrenset til bare å gjelde dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Den gir oppdragsgiver mulighet til også å be om ettersending og supplering av selve tilbudsdokumentasjonen. Etter gjeldende regelverk har oppdragsgiver som hovedregel ikke adgang til dette i anbudskonkurranser som følge av forhandlingsforbudet.

### 20.4.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår at oppdragsgivers adgang til å be om ettersending og supplering av dokumentasjon vedrørende kvalifikasjoner utvides. Oppdragsgiver skal ha adgang til å be om ettersending, supplering, klargjøring eller utfylling av enhver opplysning eller ethvert dokument som gjelder dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Bakgrunnen for en slik anmodning kan for eksempel være at fremlagt dokumentasjon er mangelfull eller uklar, eller at konkrete dokumenter mangler. Det skal heller ikke være noen

grense for hvilken type dokumentasjon som kan ettersendes, sammenlign gjeldende forskrift § 12-3.

Oppdragsgiver skal sette en frist for ettersending eller supplering. Fristen skal, i likhet med øvrige frister i en anskaffelsesprosess, være tilstrekkelig og fastsettes etter en konkret vurdering.

Etter utvalgets vurdering bør reglene fremdeles være utformet som en rett, og ikke plikt, for oppdragsgiver. Leverandøren har risikoen for tilbudets innhold, jf. kapittel 24.2.3, og dette gjelder også innholdet i dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Leverandørene skal således ikke kunne kreve at oppdragsgiver tillater ettersending eller supplering av dokumentasjonen. I konkrete tilfeller hvor det i lys av forholdsmessighetsprinsippet fremstår urimelig at oppdragsgiver ikke ber om ettersending eller supplering, bør oppdragsgiver likevel tillate ettersending, slik KOFA har lagt til grunn i sin praksis etter gjeldende regelverk.

Utvalget foreslår at oppdragsgiver skal ha adgang til å be om ettersending og suppleringer frem til tidspunktet for tildeling av kontrakt. Før tildelingsbeslutningen sendes ut, må den leverandør som oppdragsgiver ønsker å tildele kontrakt, ha ettersendt eller supplert nødvendig dokumentasjon. Det vises til den begrunnelse som er gitt i forbindelse bruk av egenerklæringer, jf. kapittel 20.3.3.2.

## Kapittel 21

# Tildelingskriterier

### 21.1 Innledning

Tildelingskriterier er de parameterne eller konkurransekriteriene som oppdragsgiver skal vurdere tilbudene etter. Leverandøren som har levert det tilbud som etter oppdragsgivers vurdering scorer best på disse kriteriene, skal tildeles kontrakten.

Som utgangspunkt står oppdragsgiver fritt ved fastsettelsen av hvilke kriterier tilbudene skal vurderes etter. Anskaffelsesforskriften begrenser likevel oppdragsgivers handlingsrom. Den setter blant annet grenser for hvilke kriterier oppdragsgiver kan benytte, hvordan kriteriene kan utformes, og adgangen til å endre tildelingskriteriene etter at konkurranse er igangsatt.

Dagens regler om tildelingskriterier er gitt i § 13-2. Bestemmelsen er, med unntak av reglene om vekting av tildelingskriterier, identisk med § 22-2, som gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 53 i norsk rett. Det betyr at direktivets regler om tildelingskriterier langt på vei er gjennomført i norsk rett også for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene. I det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 67 er det gjort visse endringer i reglene om tildelingskriterier. Det dreier seg først og fremst om endringer i systematikk og terminologi. Tildelingsmodellene «laveste pris» og «det økonomisk mest fordelaktige tilbud» skiftes ut med nye begreper, og «det mest økonomisk fordelaktig tilbudet» blir nå den overordnede betegnelsen for alle de ulike tildelingsmodellene.

*Utvalget* foreslår i hovedsak å videreføre gjeldende regler om tildelingskriterier.

I det nye anskaffelsesdirektivet brukes «det mest økonomisk fordelaktige tilbudet» som et overordnet konsept for tildelingen av kontrakt. Utvalget foreslår å bruke denne terminologien også under EU/EØS-terskelverdiene, uten videre presisering (kapittel 21.2). Begrepet dekker også tilfeller der oppdragsgiver angir laveste pris som eneste tildelingskriterium. Oppdragsgiver trenger dermed ikke velge nærmere tildelingsmodell (laveste pris, laveste kostnader eller beste forhold

mellom pris og kvalitet), slik det nye direktivet krever. Hensikten er å gi oppdragsgiver en større fleksibilitet under terskelverdiene enn over.

Utvalget foreslår at oppdragsgiver ikke skal ha plikt til å oppgi tildelingskriterienes vekt ved anskaffelser som omfattes av forskriftens del II (kapittel 21.3). Etter gjeldende rett har oppdragsgiver plikt til dette hvis han har bestemt seg for vektingen på forhånd. Denne regelen foreslås strøket. Samtidig understrekes det at evalueringen – og dermed også vektingen – må være påregnelig.

Utvalget har vurdert om det skal foreslå egen regulering av adgangen til å legge vekt på forhold ved leverandøren i tilbudsevalueringen, men foreslår ikke dette (kapittel 21.4).

Utvalget foreslår at oppdragsgiver bør ha adgang til å gjøre ikke-vesentlige endringer i tildelingskriteriene før tilbudsfristen løper ut (kapittel 21.5), det kan for eksempel være tale om å splitte opp et tildelingskriterium i flere selvstendige kriterier.<sup>1</sup> Dette er en endring av gjeldende rett. Etter tilbudsfristen har løpt ut, skal oppdragsgiver ikke kunne endre tildelingskriteriene.

Hva gjelder tildelingskriterier ved kjøp av helse- og sosialtjenester, foreslår utvalget at det presiseres at brukervalg kan være et tildelingskriterium (kapittel 21.6).

### 21.2 Modeller for tildeling av kontrakt

#### 21.2.1 Gjeldende rett

Etter § 13-2 første ledd skal oppdragsgiver vurdere tilbudene og tildele kontrakt ut fra en av følgende to modeller:

- laveste pris
- det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

Valget av evalueringsmodell ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves. KOFA har slått

<sup>1</sup> Jf. KOFAs sak 2009/159.

fast at kontrakt skal tildeles på grunnlag av laveste pris hvis oppdragsgiver ikke har angitt valg av modell i konkurransegrunnlaget, eller hvis han har valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbud som modell uten å angi nærmere tildelingskriterier.<sup>2</sup>

Ved tildeling av kontrakt på grunnlag av laveste pris kan oppdragsgiver bare legge vekt på pris ved tilbudsevalueringen. Andre forhold ved tilbudene har oppdragsgiver ikke adgang til å se hen til.

Ved tildeling av kontrakt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, vurderer oppdragsgiver tilbudene ut fra flere kriterier enn bare pris. Pris behøver heller ikke være et av kriteriene som er valgt. Hensikten med denne modellen er å identifisere tilbudet som gir «best value for money».<sup>3</sup> Kriteriene må fastsettes og anvendes i samsvar med § 13-2 annet ledd.

Tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. § 13-2 annet ledd første punktum. Kriteriene må gi oppdragsgiver grunnlag for å vurdere egenskapene ved tilbudte ytelser opp mot kontraktsgjenstanden slik den er beskrevet i konkurransegrunnlaget. I annet punktum er det listet opp en rekke eksempler på kriterier som vil kunne være tillatt: kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice, teknisk bistand og tid for levering eller ferdigstillelse. Listen er ikke uttømmende. Tildelingskriteriene skal være angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, jf. tredje punktum.

### 21.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye anskaffelsesdirektivet har det skjedd en rekke endringer fra direktiv 2004/18/EF. Begrepet «det mest økonomisk fordelaktige tilbudet» benyttes nå som et overordnet konsept for tildelingen av kontrakt, jf. artikkel 67 nr. 2 første ledd. Under dette konseptet kan oppdragsgiver velge mellom tildelingsmodellene «laveste pris», «laveste kostnader» og «beste forhold mellom pris og kvalitet». Sistnevnte er i realiteten en videreføring av begrepet «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» i direktiv 2004/18/EF. Et av formålene med terminologiendringen er å tydeliggjøre oppdragsgivers mulighet til å vektlegge annet enn pris i utvelgelsen.

Artikkel 67 nr. 2 første ledd bokstav a– c lister opp ikke uttømmende eksempler på lovlig tilde-

lingskriterier. Oppstillingen er i hovedsak en videreføring av gjeldende rett, men det har kommet inn enkelte tilføyelser i bokstav a, og bokstav b fremstår som en nyvinning:

(a) quality, including technical merit, aesthetic and functional characteristics, accessibility, design for all users, social, environmental and innovative characteristics and trading and its conditions;

(b) organisation, qualification and experience of staff assigned to performing the contract, where the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract; or

(c) after-sales service and technical assistance, delivery conditions such as delivery date, delivery process and delivery period or period of completion.

Når det særlig gjelder eksemplene i bokstav b, viser utvalget til kapittel 21.4.

Etter artikkel 67 nr. 2 siste ledd kan medlemsstatene velge å forby bruk av laveste pris som tildelingsmodell.

For øvrig er det nye direktivets regulering av tildelingskriterier i hovedsak en videreføring av gjeldende rett.

### 21.2.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår at det nye direktivets overordnede prinsipp om det «økonomiske mest fordelaktige tilbudet» gjennomføres for tildeling av kontrakt også under EU/EØS-terskelverdiene. Under terskelverdiene skal derimot ikke begrepets underkategorier presiseres nærmere. Begrepet dekker følgelig også tilfeller der oppdragsgiver angir laveste pris som eneste tildelingskriterium. Under terskelverdiene trenger oppdragsgiver dermed ikke å velge nærmere tildelingsmodell (laveste pris, laveste kostnader eller beste forhold mellom pris og kvalitet), slik det nye direktivet krever. Hensikten er å gi oppdragsgiver en større fleksibilitet ved anskaffelser under terskelverdiene enn over. I denne sammenheng pekes det på at reglene i det nye direktivet ikke innebærer realitetsendringer. I praksis er utvalgets forslag således ikke annet enn en videreføring av gjeldende rett, i ny språkdrakt.

I forskriftsbestemmelsen skal det kun presiseres at tildelingskriteriene skal være relevante for kontrakten, samt at det er hensiktsmessig å videreføre oppramingen av eksempler på tildelingskriterier. Dette gir god veiledning for opp-

<sup>2</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2003/11 og sak 2003/23.

<sup>3</sup> Jf. fortalens premiss 46 annet ledd til direktiv 2004/18/EF.

dragsgiver ved den enkelte anskaffelse. Samtidig vil utvalget presisere at en forskriftstekst i seg selv har begrensninger som veiledningsinstrument, og oppfordre til at det i tillegg utarbeides god veiledning rundt valg av tildelingskriterier.

Utvalget foreslår ikke å innføre et forbud mot å tildele kontrakt på grunnlag av laveste pris, slik artikkel 67 nr. 2 siste ledd åpner for. Utvalgets mandat gjelder bare under EU/EØS-terskelverdiene, men utvalget peker med dette også retning hva gjelder gjennomføringen av direktivet.

Videre er det på det rene at den enkelte oppdragsgiver kan velge å gjennomføre en konkurranse uten pris som tildelingskriterium, altså en ren kvalitetskonkurranse. Etter utvalgets vurdering bør det være opp til den enkelte oppdragsgiver å finne de tildelingskriterier som er best egnet for den aktuelle anskaffelse.

Utvalget foreslår heller ikke å regulere bruken av underkriterier. Det understrekes at det skal være tillatt å benytte underkriterier, så lenge også underkriteriene har tilknytning til kontraktsgjensstanden og tilfredsstillende kravet til klarhet. Det skal, som etter gjeldende rett, ikke gjelde noen plikt til å opplyse underkriteriene på forhånd.

Utvalget ønsker at det presiseres at brukervalg kan være et tildelingskriterium ved tildelingen av kontrakter om helse- og sosialtjenester. Det vises til kapittel 27.4.5.7.

## 21.3 Vekting av tildelingskriterier

### 21.3.1 Gjeldende rett

Når oppdragsgiver skal tildele kontrakt på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, står oppdragsgiver i utgangspunktet fritt med hensyn til hvilken vekt det enkelte tildelingskriterium skal ha. Hvis for eksempel kvaliteten på den aktuelle vare eller tjeneste er av sentral betydning for oppdragsgiver, vil det være fornuftig å tillegge tildelingskriteriet kvalitet mer vekt enn pris.

Som utgangspunkt har oppdragsgiver ingen plikt til å prioritere eller vekte tildelingskriteriene i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, for eksempel ved å angi at kvalitet teller 50 prosent, pris 30 prosent og leveringssikkerhet 20 prosent, eller ved å angi at kvalitet teller mest, pris mindre og leveringssikkerhet minst.

Hvis oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for vektingen eller prioriteringen, skal dette likevel angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. § 13-2 annet ledd fjerde punktum.

På dette punktet er reguleringen forskjellig i del II og del III. Over EU/EØS-terskelverdiene har oppdragsgiver plikt til på forhånd å angi kriterienes vekt med et passende maksimalt utslag, jf. § 22-2 annet ledd, eventuelt å angi kriteriene i prioritert rekkefølge hvis vekting er umulig av «påviselige grunner», jf. tredje ledd. Disse reglene gjennomfører direktiv 2004/18/EU artikkel 53 nr. 2 i norsk rett. Eventuelle underkriterier skal etter praksis også være fastsatt på forhånd.<sup>4</sup> KOFA har videre lagt til grunn at det ikke gjelder noen plikt til å fastsette vekt på eventuelle underkriterier til et tildelingskriterium.<sup>5</sup> Dersom oppdragsgiver velger å fastsette vekten av underkriteriene til et tildelingskriterium kan dette gjøres etter tilbudsfristens utløp.<sup>6</sup>

Selv om det ikke gjelder en plikt til å vekte eller prioritere tildelingskriteriene under EU/EØS-terskelverdiene, må oppdragsgivers evaluering alltid skje i tråd med det grunnleggende kravet til gjennomsiktighet. Evalueringen må være påregnelig ut fra tildelingskriteriene som er oppstilt. Kriterier av mindre betydning for kontraktsopplyselse kan derfor ikke tillegges uventet stor betydning i evalueringen.

### 21.3.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 5 videreføres reglene som gjelder over EU/EØS-terskelverdiene uten realitetsendringer.

### 21.3.3 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regel om at oppdragsgiver ikke har plikt til å angi tildelingskriterienes vekt eller prioritering i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Etter utvalgets vurdering vil det ikke virke forenkende å tvinge oppdragsgiver til å oppgi tildelingskriterienes vekt eller prioritering. Valget bør ligge innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

Når dette er sagt, understreker utvalget at det ofte vil være anskaffelsesfaglig velfundert å vurdere hvilken vekt det enkelte tildelingskriterium skal ha, og tilkjenne dette i konkurransegrunnlaget. Det vil kunne hjelpe leverandørene til å spisse sine tilbud i den retning oppdragsgiver ønsker. Dette gjelder kanskje særlig ved tildeling av større bygge- og anleggskontrakter og helse- og sosialtjenestekontrakter, som kan gjelde bety-

<sup>4</sup> Jf. sak C-252/10 avsnitt 29 flg.

<sup>5</sup> Jf. KOFA sak 2008/191.

<sup>6</sup> Jf. sak C-252/10.



delige summer. Men også ellers vil en slik fremgangsmåte kunne være fornuftig rent anskaffelsesfaglig.

Utvalget foreslår å stryke plikten til å angi tildelingskriterienes vekt eller prioritering hvis oppdragsgiver har bestemt seg på forhånd, jf. gjeldende forskrift § 13-2 annet ledd fjerde punktum. Denne plikten er tilnærmet umulig å etterprøve, og da vil det etter utvalgets vurdering være en forenkling å stryke regelen.

Utvalget legger til grunn at hensynet til leverandørene i tilstrekkelig grad ivaretas av det grunnleggende prinsippet om gjennomsiktighet. Som følge av dette prinsippet må vektingen som oppdragsgiver foretar, være påregnelig for leverandørene. De må kunne forvente at den vekt oppdragsgiver tillegger et kriterium ved tilbudsevalueringen, ikke kommer som noen overraskelse i lys av de opplysninger oppdragsgiver ellers har gitt i konkurransegrunnlaget.

Etter utvalgets syn bør det ikke gjelde noen plikt til å opplyse om eventuelle underkriterier på forhånd, så lenge selve tildelingskriteriet er lovlig angitt, herunder at det er tilstrekkelig klart hva som ligger i dette. Det skal heller ikke gjelde noen plikt til å fastsette vekten eller prioriteringen av eventuelle underkriterier.

## 21.4 Særlig om grensen mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav

### 21.4.1 Gjeldende rett

Et spørsmål som er viet særlig oppmerksomhet, er i hvilken grad oppdragsgiver kan benytte tildelingskriterier som knytter seg til forhold ved leverandøren, som for eksempel kompetanse og erfaring. Spørsmålet formuleres ofte som oppdragsgivers adgang til å benytte kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier.

EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (Lianakis) synes umiddelbart å være til hinder for at oppdragsgiver kan legge vekt på forhold ved leverandøren ved tilbudsevalueringen. Domstolen konkluderte med at:

«Consequently, it must be held that, in a tendering procedure, a contracting authority is precluded by Articles 23(1), 32 and 36(1) of Directive 92/50 from taking into account as “award criteria” rather than as “qualitative selection criteria” the tenderers’ experience, manpower and equipment, or their ability to

perform the contract by the anticipated deadline.»<sup>7</sup>

EU-domstolen synes altså å legge kategorisk til grunn at erfaring, tilbudt personale og utstyr og evne til å gjennomføre oppdraget innenfor den fastsatte tid bare kan benyttes som kvalifikasjonskrav, ikke som tildelingskriterier. Begrunnelsen er at slike forhold ikke bidrar til å identifisere hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, men bare sier noe om hvorvidt leverandøren er egnet til å gjennomføre kontrakten.

I både praksis og juridisk teori er dommens rekkevidde blitt meget grundig diskutert. Utvalget gjør ikke nærmere rede for denne diskusjonen, men nøyer seg med å vise til at KOFA har lagt til grunn at dommen neppe stenger for å legge vekt på forhold ved leverandørene ved tilbudsevalueringen.<sup>8</sup> Dette vil kunne være særlig aktuelt ved tildeling av tjenestekontrakter. Forutsetningene er at forholdet er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, at konkurransegrunnlaget legger opp til en vurdering av slike forhold, og at forholdet ikke allerede er vurdert av oppdragsgiver under kvalifikasjonskravene. I mangel av senere avklaringer fra EU-domstolen må imidlertid gjeldende rettstilstand anses noe uklart.

### 21.4.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet synes å være et forsøk på å bidra til avklaringer av den usikkerhet som råder om adgangen til å legge vekt på forhold ved leverandøren i tilbudsevalueringen. Etter artikkel 67 nr. 2 første ledd bokstav b kan oppdragsgiver legge vekt på:

«organization, qualification and experience of staff assigned to performing the contract, where the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract».

Etter direktivet skal oppdragsgiver kunne legge vekt på organiseringen av det personell som skal utføre kontrakten, samt deres kvalifikasjoner og erfaring. Forutsetningen er at kvaliteten på personellet i betydelig grad vil kunne påvirke nivået på kontraktsoppfyllelsen.

<sup>7</sup> Jf. avsnitt 32.

<sup>8</sup> Jf. blant annet KOFAAs sak 2011/241 avsnitt 42–43.

### 21.4.3 Utvalgets vurderinger

Som følge av den usikkerhet som har rådet i EU/EØS-retten, har *utvalget* vurdert om det skal foreslå egen regulering av adgangen til å legge vekt på forhold ved leverandøren i tilbudsevalueringen under EU/EØS-terskelverdiene. Etter utvalgets syn vil det i seg selv innebære en forenkling å redusere eller fjerne denne usikkerheten. Illustrerende i så måte er den særdeles rikholdige praksis fra KOFA som Lianakis-saken har gitt opphav til. Til sammenligning står oppdragsgiver veldig fritt ved tildeling av kontrakter etter anskaffelsesforskriftens del I.<sup>9</sup>

Utvalget foreslår imidlertid å opprettholde systemet i gjeldende rett, hvor reglene under EU/EØS-terskelverdiene ikke skiller seg fra reglene over. Den viktigste årsaken til dette er at det nye direktivet klart nok åpner for å legge vekt på relevante forhold ved leverandøren i tilbudsevalueringen. Den usikkerhet som råder etter gjeldende rett, er med dette blitt redusert for så vidt gjelder anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget vil imidlertid ikke utelukke at det vil kunne oppstå situasjoner knyttet til denne problematikken for så vidt gjelder anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene, hvor det ikke vil være påkrevet med en like restriktiv holdning til dette spørsmålet som over. Det vises til det som er sagt ovenfor om at oppdragsgiver står fritt dersom det er en anskaffelse som reguleres av del I.

Dessuten mener utvalget at det er viktig å opprettholde vilkåret om at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. Oppdragsgiver bør være forhindret fra å legge vekt på forhold som ikke har slik tilknytning.

## 21.5 Endringer i tildelingskriteriene

### 21.5.1 Gjeldende rett

Tildelingskriteriene er en del av konkurransereglene, som oppdragsgiver skal angi i konkurransegrunnlaget, jf. anskaffelsesforskriften § 8-1 første ledd bokstav b. Adgangen til å gjøre endringer i tildelingskriteriene er således regulert av de alminnelige reglene om adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget. Det vises til fremstillingen av disse reglene i kapittel 19.5. Som redegjort for der, har oppdragsgiver adgang til å gjøre ikke-vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristen løper ut, jf. § 8-2 første ledd. Etter tilbudsfristens utløp er det som den

klare hovedregel ikke adgang til å gjøre endringer i tildelingskriteriene.

Når det gjelder tildelingskriteriene, foreligger det midlertid praksis som synes å sette enda snevrere rammer for adgangen til å gjøre endringer enn den alminnelige vesentlighetsregelen i § 8-2 første ledd skulle tilsi. I sak C-448/01 (Wienstrom) uttalte EU-domstolen følgende:

«For the purpose of answering the question as reformulated, it should be pointed out that the Court has already held that the principles of equal treatment and transparency of tender procedures imply an obligation on the part of contracting authorities to interpret the award criteria in the same way throughout the procedure (see, to that effect, in particular *SIAC Construction*, paragraph 43.

As far as the award criteria themselves are concerned, it is *a fortiori* clear that they must not be amended in any way during the tender procedure.»<sup>10</sup>

Avgjørelsen synes å stenge for selv små endringer i tildelingskriteriene. Dette er også fulgt opp i senere praksis.<sup>11</sup> KOFA har lagt dette til grunn i sin praksis og uttalt at tildelingskriteriene ikke kan endres «etter at disse er gjort kjent for tilbyderne».<sup>12</sup> Konsekvensen er at en oppdragsgiver som ønsker å gjøre endringer i tildelingskriteriene, må avlyse konkurransen og begynne på nytt. Særlig betydning får dette i tilfeller hvor oppdragsgiver har oppstilt et tildelingskriterium som er ulovlig. I slike tilfeller vil oppdragsgiver ha en plikt til å avlyse konkurransen fordi den ikke kan fortsette verken med en videreføring av det ulovlige kriteriet eller en endring av det.

Denne strenge tilnæringsmåten er kritisert i juridisk teori.<sup>13</sup> Det er vist til at det konkrete saksforholdet i Wienstrom-saken ikke gir grunnlag for en slik vidtrekkende tolkning som KOFA har lagt til grunn. Saken gjaldt spørsmålet om et tildelingskriteriums lovlighet, og dette spørsmålet ble reist først *etter* at tilbudsfristen hadde løpt ut. I tillegg var tildelingskriteriene oppgitt i kunngjøringen, noe som kunne ha påvirket deltakelsen i konkurransen. Til dette kommer at formålet om effektiv ressursbruk i anskaffelsesloven § 1 taler for at visse endringer må kunne gjøres. Det er derfor

<sup>9</sup> Jf. i denne retning KOFAs sak 2009/223 avsnitt 48.

<sup>10</sup> Jf. avsnitt 92–93.

<sup>11</sup> Jf. sak C-226/09 avsnitt 60.

<sup>12</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2010/159 avsnitt 59 og sak 2011/278.

<sup>13</sup> Jf. Arrowsmith, side 516 og Dragsten, side 408.

tatt til orde for at tildelingskriteriene kan endres innenfor de rammer vesentlighetsforbudet setter, så lenge regelverkets grunnleggende prinsipper ellers blir ivaretatt.

### 21.5.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår at oppdragsgiver skal ha adgang til å gjøre endringer i tildelingskriteriene *før* tilbudsfristens utløp, såfremt endringene ikke er vesentlige. Med andre ord foreslår utvalget at adgangen til å gjøre endringer i tildelingskriteriene skal være underlagt de samme regler som gjelder for konkurransegrunnlaget for øvrig, frem til tilbudsfristens utløp.

Forslaget er begrunnet i hensynet til effektiv ressursbruk. Det vil være lite effektiv bruk av både oppdragsgivers og leverandørenes ressurser at selv helt små endringer skal lede til avlysning og eventuelt ny konkurranse. Hensynet til leverandørene som deltar i konkurransen, vil kunne ivaretas ved at de gis tilstrekkelig mulighet til å gjøre eventuelle endringer i sitt tilbud. Om nødvendig må oppdragsgiver utsette tilbudsfristen, slik oppdragsgiver vil kunne ha plikt til å gjøre ved andre endringer i konkurransegrunnlaget, jf. kapittel 19.5.

Etter utvalgets vurdering vil hensynet til potensielle leverandører som har avstått fra konkurransedeltakelse, bli ivaretatt gjennom vesentlighetsstandard. Her, som ellers, vil potensielle leverandører måtte påregne at oppdragsgiver vil kunne komme til å gjøre visse justeringer underveis i konkurransen. Det beror på en konkret vurdering om endringen må anses vesentlig.

Dersom et tildelingskriterium er ulovlig, kan det ikke utelukkes at dette kan fjernes og konkurransen fullføres uten avlysning, så lenge dette skjer før tilbudsfristens utløp.

Når det gjelder adgangen til å gjøre endringer i tildelingskriteriene *etter* tilbudsfristens utløp,

foreslår utvalget å videreføre gjeldende rett. Her tilsier hensynet til leverandørene som deltar i konkurransen, at oppdragsgiver ikke kan ha adgang til å gjøre endringer overhodet. Leverandørene har levert inn tilbud basert på de angitte tildelingskriteriene, og en etterfølgende endring av ett eller flere kriterier vil endre på de forutsetninger tilbudet bygger på. En adgang til å gjøre endringer vil også gi oppdragsgiver mulighet til å tilpasse tildelingskriteriene i den hensikt å kunne inngå kontrakt med en bestemt leverandør.

Det som er sagt om endringer av tildelingskriteriene, gjelder tilsvarende for eventuelle endringer i kriterienes vekt eller prioritet (i tilfeller der oppdragsgiver har valgt å gi opplysninger om dette i konkurransegrunnlaget). Dersom underkriterier til tildelingskriteriene er fastsatt på forhånd, kan heller ikke disse endres etter tilbudsfristens utløp. Det samme gjelder endringer i underkriterienes vekt, dersom oppdragsgiver har valgt å opplyse om vekten på forhånd.

## 21.6 Tildelingskriterier ved kontrakter om særlige tjenester

---

Som det fremgår av kapittel 27.1, er tildeling av kontrakter om særlige tjenester underlagt et enklere regime enn andre anskaffelser, jf. nytt anskaffelsesdirektiv artikkel 74–76. Direktivets opplisting i artikkel 76 nr. 2 reiser spørsmålet om det er nødvendig med egne regler om tildelingskriterier for disse tjenestene. *Utvalget* foreslår ikke at det innføres særlige regler for alle disse tjenestene, men at det for helse- og sosialtjenester åpnes for brukervalg som tildelingskriterium. Dette spørsmålet er nærmere behandlet i kapittel 27.4.5.7.

## Kapittel 22

# Kunngjøring

### 22.1 Innledning

I dag har oppdragsgiver en plikt til å kunngjøre konkurranse om kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene som overstiger 500 000 kroner i Doffin, jf. gjeldende forskrift § 9-1. Videre har oppdragsgiver en rett, men ikke plikt, til å kunngjøre resultatet av en konkurranse i Doffin, jf. § 9-2. Dessuten gjelder det en særlig regel om intensjonskunngjøring i § 9-1A.<sup>1</sup>

Mer omfattende regler om kunngjøring gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, jf. gjeldende forskrifts kapittel 19, blant annet regler om såkalte veiledende kunngjøringer og plikt til å kunngjøre konkurranseresultater. Reglene gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 35–37 i norsk rett. Felles for disse kunngjøringene er blant annet at de skal sendes til operatøren av Doffin for kunngjøring der samt videresending til TED-databasen. Hovedpoenget med en slik veiledende kunngjøring er at oppdragsgiver gis mulighet til å benytte forkortede frister ved en senere kunngjøring av konkurranse, jf. gjeldende forskrift § 18-2 tredje ledd.

I det nye anskaffelsesdirektivet er gjeldende regler om kunngjøring i hovedsak videreført, jf. artikkel 48–52. En nyvinning er at ikke-statlige oppdragsgivere gis mulighet til å kunngjøre konkurranse gjennom en forhåndskunngjøring, jf. artikkel 48 nr. 2. Denne kunngjøringen erstatter en alminnelig kunngjøring. Leverandører som er interesserte i å inngi tilbud når anskaffelsen skal gjennomføres, må derfor melde sin interesse, og er da blant leverandørene oppdragsgiver skal kontakte når den konkrete anskaffelsesprosedyren igangsettes.

Hva gjelder kontrakter om særlige tjenester, oppstiller det nye direktivet egne regler om kunngjøring, jf. artikkel 75. Ved tildeling av slike kontrakter over EU/EØS-terskelverdien på ca. 6 mil-

lioner kroner skal oppdragsgiver kunngjøre konkurranse enten ved en alminnelig kunngjøring eller en forhåndskunngjøring. Det gjelder også en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater. Disse reglene er særskilt omtalt i kapittel 27.4.3.

*Utvalget* foreslår å videreføre reglene om plikt til å kunngjøre konkurranse i gjeldende forskrift § 9-1 (kapittel 22.2). Utvalget er av den oppfatning at en offentlig kunngjøring er en vesentlig forutsetning for å sikre bredest mulig konkurranser om offentlige kontrakter. I tillegg foreslår utvalget at oppdragsgiver gis generell adgang til å velge mellom forhåndskunngjøring og alminnelig kunngjøring. Forslaget bygger på at utvalget foreslår at kontrakter om særlige tjenester underlegges det nye nasjonale prosedyreregulverket. Utvalget ser det som hensiktsmessig at adgangen til å kunngjøre konkurranse ved en forhåndskunngjøring er den samme for alle anskaffelser, og ikke bare forbeholdes kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien. Videre mener utvalget at forhåndskunngjøringer kan fremstå som en mer fleksibel løsning for mange oppdragsgivere enn alminnelige kunngjøringer.

Utvalget foreslår enkelte unntak fra kunngjøringsplikten (kapittel 22.3).

Når det gjelder kunngjøring av konkurranseresultater, har utvalget delt seg (kapittel 22.4). *Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Fredriksen, Frøyland, Liessem, og Vigander* ønsker ikke å foreslå en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater under EU/EØS-terskelverdiene. Flertallet foreslår samtidig å stryke gjeldende regel om oppdragsgivers rett til å kunngjøre konkurranseresultater, jf. § 9-2. En slik rett vil oppdragsgiver ha uten at den er presisert i forskriften.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Brekke, Gjønnnes og Strømsnes*, ønsker imidlertid å innføre en plikt til å kunngjøre resultatet av konkurransen, slik oppdragsgiver har over EU/EØS-terskelverdiene.

Et samlet *utvalg* foreslår at oppdragsgiver likevel skal ha plikt til å kunngjøre resultatet av kon-

<sup>1</sup> Bestemmelsen er en del anskaffelsesregelverkets håndhevelsessystem, som ligger utenfor utvalgets mandat å vurdere.

kurranser om kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien på 750 000 euro, fordi dette følger av nytt direktiv artikkel 75 nr. 2.

## 22.2 Kunngjøring av konkurranse

### 22.2.1 Gjeldende rett

Konkurranse om kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene skal oppdragsgiver kunngjøre i Doffin, jf. § 9-1. Kunngjøringen skal utarbeides i samsvare med kunngjøringsskjemaer fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet, den skal være på norsk, og den skal sendes til operatøren av Doffin for kunngjøring, jf. § 9-1 første, annet og tredje ledd. Hvis oppdragsgiver ønsker å kunngjøre kontrakten i TED-databasen, skal operatøren av Doffin sørge for videresending, jf. § 9-1 fjerde ledd.

Oppdragsgiver må forsikre seg om at alle obligatoriske felt i kunngjøringsskjemaet er fylt ut. Mangelfulle kunngjøringene kan avvises av operatøren av Doffin, jf. § 9-1 femte ledd.

For øvrig stiller § 9-1 ikke krav til innholdet i en kunngjøring. En rekke enkeltbestemmelser stiller imidlertid krav om at oppdragsgiver skal gi bestemte opplysninger i kunngjøringen. I den utstrekning det er relevant, skal oppdragsgiver blant annet angi at konkurransen er begrenset til bestemte virksomheter (jf. § 3-12), angi kvalifikasjonskravene i hovedtrekk (jf. § 8-5 første ledd første punktum) og angi at det er tillatt å levere alternative tilbud (jf. § 11-4 annet punktum).

For øvrig skal kunngjøringen utformes i samsvare med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 5. De grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet tilsier at kunngjøringen må sette potensielle leverandører i stand til å vurdere om dette er en konkurranse de ønsker å bruke ressurser på å delta i.

Over EU/EØS-terskelverdiene er det oppstilt mer detaljerte regler om kunngjøring av konkurranse, jf. § 18-3, jf. § 18-1. Her skal kunngjøringene blant annet inneholde en lang rekke opplysninger som er angitt i vedlegg VII A til direktiv 2004/18/EF. Kunngjøringene skal sendes til operatøren av Doffin for kunngjøringen der og videresending til TED-databasen, jf. § 18-1 tredje ledd.

Dessuten er det gitt en regel om veiledende kunngjøring, jf. § 18-2. Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 35 nr. 1. Gjennom en slik veiledende kunngjøring kan oppdragsgiver kunngjøre de kontrakter og rammeavtaler han venter å foreta de neste tolv månedene. Det gir oppdragsgiver rett til å benytte forkortede tidsfrister i §§ 19-1 og 19-2 når konkurranse om

disse kontraktene senere skal kunngjøres. En veiledende kunngjøring kan således ikke erstatte en «alminnelig» kunngjøring av konkurranse.

Det er ikke gitt regler om veiledende kunngjøring i del II. Her gjelder ingen minimumsfrister for levering av forespørsel om konkurransedeltakelse eller tilbud, jf. kapittel 23.1.1. Da har det heller ikke vært behov for ordninger som gir oppdragsgiver adgang til å benytte forkortede frister.

### 22.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye direktivet er gjeldende regler om kunngjøring av konkurranse i hovedsak videreført uten realitetsendringer, jf. artikkel 48–52.

Det som er nytt, er først og fremst adgangen for ikke-statlige oppdragsgivere til å benytte forhåndskunngjøring for kunngjøring av konkurranse, jf. artikkel 48 nr. 2. Denne adgangen kan bare benyttes ved begrensede anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling. En slik forhåndskunngjøring må angi uttrykkelig hvilke ytelser kontrakten gjelder, jf. bokstav a; angi at kontrakten vil bli tildelt etter begrenset anbuds konkurranse eller konkurranse med forhandling og uten ny kunngjøring, og at interesserte leverandører inviteres til å melde sin interesse skriftlig, jf. bokstav b; inneholde opplysninger som angitt i vedlegg V del B avsnitt I og II, jf. bokstav c;<sup>2</sup> og bli sendt til publisering mellom 35 dager og 12 måneder før oppdragsgiver sender ut invitasjon til leverandørene til å bekrefte deres interesse etter artikkel 54 nr. 1, jf. bokstav d.

Alle alminnelige kunngjøringene og forhåndskunngjøringene skal utarbeides og publiseres i tråd med de krav som er oppstilt i artikkel 51. Blant annet skal de sendes til Den Europeiske Unions Publikasjonskontor for publisering i TED-databasen, jf. artikkel 51 nr. 2, og utarbeides på minst ett av de offisielle språkene i EU, jf. artikkel 51 nr. 3.

Kontrakter om særlige tjenester kan oppdragsgiver kunngjøre enten ved en alminnelig kunngjøring eller ved en forhåndskunngjøring, jf. artikkel 75 nr. 1. Direktivets nærmere krav til disse kunngjøringene er omtalt i kapittel 27.4.3.1. Adgangen til å benytte forhåndskunngjøring gjelder imidlertid for samtlige oppdragsgivere, også statlige. Dessuten kan de dekke en periode utover 12 måneder, jf. artikkel 48 nr. 2 tredje ledd. Disse forhåndskunngjøringene skal kunngjøres «løpende», jf. artikkel 75 nr. 1 bokstav b.

<sup>2</sup> Til sammenligning skal en «alminnelig» kunngjøring av konkurranse inneholde flere og mer detaljerte opplysninger som angitt i vedlegg V del C, jf. artikkel 49.

### 22.2.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å videreføre oppdragsgivers plikt til å kunngjøre konkurranse på Doffin. Utvalget ser ikke grunnlag for å foreslå endringer i oppdragsgivers plikter etter gjeldende forskrift § 9-1.

Videre foreslår utvalget at oppdragsgiver skal kunne velge å kunngjøre konkurranser gjennom en forhåndskunngjøring etter modell av nytt direktiv artikkel 75 nr. 1 bokstav b. Etter utvalgets vurdering er det et nyttig forenklingstiltak å åpne for at oppdragsgiver kan benytte forhåndskunngjøring også ved andre anskaffelser enn særlige tjenester. Utvalget antar at denne kunngjøringsmåten for mange oppdragsgivere vil kunne oppleves som en enklere måte å kunngjøre på. Når oppdragsgiver skal ha en slik adgang ved tildeling av kontrakter om særlige tjenester, bør oppdragsgiver ha den samme friheten ved anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget foreslår å benytte terminologien «forhåndskunngjøring» i forskriftsteksten. Utvalget mener at å åpne for et valg mellom enten å kunngjøre en konkret anskaffelsesprosedyre eller en forhåndskunngjøring, i seg selv er en forenkling og vil gi oppdragsgivere øket fleksibilitet. Samtidig ivaretas den grunnleggende forutsetningen om å sikre at leverandørmarkedet får informasjon om offentlige anskaffelser.

Når det spesielt gjelder kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien, er det imidlertid behov for visse særregler for å oppfylle kravene i nytt direktiv artikkel 51, jf. kapittel 27.4.3.1.

## 22.3 Unntak fra kunngjøringsplikten

### 22.3.1 Særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien

Etter det nye direktivet artikkel 75 nr. 1 kan oppdragsgiver fritas fra plikten til å kunngjøre konkurranse om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien hvis oppdragsgiver kunne benyttet konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter artikkel 32.

*Utvalget* foreslår å innføre et slikt unntak fra kunngjøringsplikten over EU/EØS-terskelverdien, jf. kapittel 27.4.3.2.

### 22.3.2 Tjenestekontrakter til vinner(e) av en plan- og designkonkurranse

Etter anskaffelsesforskriften § 11-9 kan oppdragsgiver gjennomføre forhandlinger uten forutgå-

ende kunngjøring når en tjenestekontrakt skal tildeles vinneren eller en av vinnerne etter en gjennomført plan- og designkonkurranse.<sup>3</sup> Forutsetningen er at alle vinnerne i plan- og designkonkurransen blir invitert til å delta i forhandlingene. Åpenhet om den etterfølgende tjenestekontrakten vil være sikret gjennom kunngjøring og gjennomføring av plan- og designkonkurransen.<sup>4</sup>

Regelen er et unntak fra kunngjøringsplikten. Øvrige prosedyreregler i forskriftens del II gjelder likevel. Unntaket har således en noe snevrere rekkevidde enn unntakene i § 2-1 annet ledd.

*Utvalget* foreslår å videreføre bestemmelsen. Bestemmelsen er lite logisk plassert i dag og flyttes derfor til bestemmelsen om kunngjøring i forskriftens del II.

## 22.4 Kunngjøring av konkurranseresultater

### 22.4.1 Gjeldende rett

Etter tildeling av kontrakt har oppdragsgiver rett, men ikke plikt, til å kunngjøre resultatet i Doffin, jf. § 9-2 første ledd første punktum. Kunngjøringen skal utarbeides i samsvar med kunngjøringsskjemaer fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet og sendes til operatøren av Doffin. En slik kunngjøring vil innholde blant annet valgte leverandørs navn og tilbudte pris samt dato for tildeling av kontrakt.

Oppdragsgiver har likevel en plikt til å kunngjøre konkurranseresultatet ved tildeling av kontrakter om uprioriterte tjenester over EU/EØS-terskelverdien, jf. § 9-2 annet ledd første punktum. Kunngjøringen skal sendes i samsvar med reglene i § 18-4 om kunngjøring av konkurranseresultater over EU/EØS-terskelverdiene. Oppdragsgiver skal angi om han samtykker i at konkurranseresultatet offentliggjøres, jf. § 9-2 annet ledd annet punktum.<sup>5</sup> De særlige reglene som

<sup>3</sup> Et tilsvarende unntak gjelder over EU/EØS-terskelverdiene, jf. § 14-4 bokstav i. I tilknytning til dette unntaket har EUDomstolen lagt til grunn at oppdragsgiver må ha forpliktet seg i kunngjøringen av plan- og designkonkurransen til å inngå tjenestekontrakten med vinneren eller en av vinnerne, jf. sak C-340/02 (Kommisjonen mot Frankrike) avsnitt 36.

<sup>4</sup> Jf. FADs veileder, side 114 hva gjelder den tilsvarende bestemmelsen i § 14-4 bokstav i.

<sup>5</sup> Presiseringen skyldes at opplysninger kan unntas offentliggjøring etter § 18-4 femte ledd hvis offentliggjøring vil hindre håndhevelse av lover og regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, er til skade for bestemte offentlige eller private foretaks legitime økonomiske interesser, eller er til skade for den lojale konkurranse mellom leverandørene.

gjelder for uprioriterte tjenester over EU/EØS-terskelverdien er en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 35 nr. 4.

Over EU/EØS-terskelverdiene har oppdragsgiver en generell plikt til å kunngjøre konkurranseresultatet, jf. § 18-4. Kunngjøringen skal sendes til operatøren av Doffin for kunngjøring der og videresending til TED-databasen, jf. § 18-1 tredje ledd. Til tross for kunngjøringsplikten viser det seg i praksis at mange oppdragsgivere likevel ikke kunngjør resultatet av en konkurranse. Ifølge rapporten om offentlige anskaffelser i perioden 2009–2012 som PwC har utarbeidet på oppdrag fra utvalget, overholdes kunngjøringsplikten bare ved rundt halvparten av alle kontraktstildelinger.<sup>6</sup>

#### 22.4.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye anskaffelsesdirektivet er gjeldende regler om kunngjøring av konkurranseresultater i hovedsak videreført uten realitetsendringer, jf. artikkel 50. Imidlertid er fristen for å kunngjøre, som i dag er 48 dager etter kontraktsinngåelse, redusert til 30 dager. For øvrig skal kunngjøringen utarbeides og publiseres i tråd med de krav som er oppstilt i artikkel 51. Blant annet skal de sendes til Den Europeiske Unions Publikasjonsskontor for publisering i TED-databasen, jf. artikkel 51 nr. 2, og utarbeides på minst ett av de offisielle språkene i EU, jf. artikkel 51 nr. 3.

Oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre konkurranseresultatet også ved tildeling av kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdi, jf. artikkel 75 nr. 2, jf. kapittel 27.4.3.3.

#### 22.4.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander,* foreslår ikke å innføre en plikt for oppdragsgiver til å kunngjøre konkurranseresultater ved tildeling av kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene.

Riktignok ser flertallet gode grunner for at oppdragsgiver skal ha en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater. Kunngjøring vil bidra til økt gjennomsiktighet i offentlige anskaffelsesprosesser. De vil også kunne gi grunnlag for verdifull statistikk om offentlige anskaffelser i Norge, som per i dag ikke er tilgjengelig.

Når flertallet likevel ikke ønsker å foreslå en kunngjøringsplikt, skyldes det for det første at det å innføre nye plikter for oppdragsgiversiden ikke

fremstår som å være i samsvar med utvalgets mandat om å forenkle anskaffelsesregelverket. En kunngjøringsplikt vil tvert imot øke omfanget av prosessen, herunder kostnader og tidsbruk. For det andre kan ikke flertallet se at det eksisterer effektive mekanismer for å håndheve denne plikten. Oppdragsgivere som lar være å kunngjøre konkurranseresultater, vil ikke kunne bli møtt med effektive sanksjoner. Flertallet ønsker ikke å foreslå en plikt som ikke kan sanksjoneres. Det er illustrerende at så mange oppdragsgivere lar være å kunngjøre konkurranseresultater ved tildeling av kontrakter over EU/EØS-terskelverdiene, til tross for plikten de er pålagt etter gjeldende forskrift § 18-4.<sup>7</sup> I denne sammenheng peker flertallet på at kunngjøringsplikten over EU/EØS-terskelverdiene i dag kanskje oppfattes som tungvint. Hvis det gjøres enklere å kunngjøre konkurranseresultater i Doffin sammenlignet med i dag, ser flertallet ikke bort fra at flere oppdragsgivere vil overholde kunngjøringsplikten. Da vil det også kunne være aktuelt å vurdere å innføre en plikt også under EU/EØS-terskelverdiene.

Når dette er sagt, vil flertallet oppfordre oppdragsgivere til å kunngjøre konkurranseresultatet frivillig. Flertallet foreslår likevel å stryke gjeldende regel i § 9-2 første ledd om at oppdragsgiver har en slik rett. Denne presiseringen i forskriften er overflødig. Her, som ellers, står oppdragsgiver fritt til å pålegge seg selv strengere administrative byrder enn det som følger av anskaffelsesregelverket.

Under henvisning til kapittel 18 om kommunikasjon og elektroniske verktøy bemerker flertallet for det tredje at man på et senere tidspunkt – når anskaffelsesprosessen fullt ut eller for det vesentlige er blitt digitalisert – enklere vil kunne rapportere inn slike opplysninger som mindretallet etter spør. Spørsmålet om en etterfølgende kunngjøringsplikt bør derfor kunne tas opp til fornyet vurdering på et senere tidspunkt.

Til slutt bemerker flertallet at man uansett anbefaler og forutsetter at den enkelte oppdragsgiver for intern bruk sørger for å sikre nødvendig oversikt over egen anskaffelsesvirksomhet. Det vises i den forbindelse til kapittel 30. Oversikt over egne innkjøp er etter flertallets syn en forutsetning for å kunne fokusere på det gode innkjøp.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Brekke, Gjønnnes og Strømsnes,* foreslår å innføre en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater også ved tildeling av kontrakter under EU/EØS-ter-

<sup>6</sup> Jf. PwC-rapporten side 20.

<sup>7</sup> I PwC-rapporten anslås det at rundt 50 prosent av kunngjøringspliktige kontraktstildelinger faktisk kunngjøres.

skelverdiene. Bakgrunnen for forslaget er todelt. For det første er dagens kunnskap om effekter og resultater knyttet til konkurranse om offentlige kontrakter nærmest fraværende, noe som skyldes at informasjon om utfallet av offentlige anskaffelser ikke er tilgjengelig på en systematisk måte, jf. PwC-rapporten. En kunngjøringsplikt av konkurranseresultatet vil kunne bidra til å frembringe slik informasjon. Selv om en plikt ikke medfører 100 prosent rapportering av offentlige innkjøpere, så er det høyst sannsynlig at andelen vil øke, noe som vil kunne være gi verdifull informasjon. Merk at PwC-rapporten er basert på informasjon om kunngjorte kontrakter, og at dette er den viktigste kilden til informasjon kontraktsverdier og dermed priser og kostnader ved offentlige anskaffelser. Når flertallet også ønsker å foreslå å fjerne paragrafen om retten til å kunngjøre konkurranseresultat, er det en reell fare for at andelen (frivillige) kunngjøringer faller og at man mister verdifull informasjon og kunnskap om offentlige anskaffelser. Dette kan være særdeles kritisk gitt de summene det offentlige bruker hvert år på innkjøp.

Mindretallet er av den oppfatning at en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater, slik man har over EU/EØS-terskelverdiene, vil kunne gi nyttig markedsinformasjon for offentlige innkjøpere både når det gjelder planlegging av tilsvarende anskaffelser og evaluering av egne anskaffelser. En slik kunngjøringsplikt vil også kunne bidra til verdifull styringsinformasjon for offentlige myndigheter når det gjelder utforming av politikk og strategi på dette området. I dag har man svært

mangelfull kunnskap på området, og mindretallet frykter at dette kan forverres ved utvalgets forslag.

Et godt tallmateriale er et viktig utgangspunkt for å gjennomføre målrettede forbedringer innenfor anskaffelsessektoren, jf. kapittel 30.2.10.3.

Mindretallet ønsker også å fremheve at en kunngjøringsplikt av konkurranseresultatet vil kunne bidra til å øke gjennomsiktigheten ved anskaffelsene og dermed redusere fare for korrupsjon og favorisering, noe som nettopp er bakgrunnen for denne regelen i EU/EØS regelverket. Flertallet forsvarer sitt standpunkt med mangel på sanksjoner knyttet til en håndheving av en slik kunngjøringsplikt. Mindretallet er kritisk til dette standpunktet av følgende to grunner. For det første er vi av den vurdering at om en kunngjøringsplikt øker rapporteringen fra offentlige innkjøpere, så vil det være en gevinst i seg selv. Det er bedre med noe informasjon enn ingen informasjon. For det andre er det slik at en kunngjøringsplikt vil kunne medføre implisitte sanksjoner gjennom kommunal eller statlig revisjon og/eller medieoppslag som vil kunne bidra til en etterlevelse av en slik regel.

Et samlet *utvalg* foreslår at oppdragsgivere som tildeler kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien på ca. 6 millioner kroner, pålegges en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater i tråd med det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 75 nr. 2, jf. kapittel 27.4.3.3.



## Kapittel 23

### Frister

#### 23.1 Frist for levering av forespørsel om å delta i konkurransen og tilbud

---

##### 23.1.1 Gjeldende rett

I anskaffelsesforskriften § 10-1 er det gitt en regel om frister for mottak av forespørsler om deltakelse i konkurranser og innlevering av tilbud. Det gjelder ingen minimumsfrister for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene. Fristene skal fastsettes slik at leverandørene får «tilstrekkelig tid» til å innhente nødvendig dokumentasjon og foreta nødvendige undersøkelser og beregninger. Bestemmelsen gjelder likt for alle de tillatte prosedyrene. Hvor lang fristen bør være for å gi leverandørene tilstrekkelig tid, må vurderes konkret av oppdragsgiver ved den enkelte anskaffelse i lys av det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet. Departementet har i sin veileder til anskaffelsesregelverket pekt på at oppdragsgiver bør ta hensyn til anskaffelsens art, størrelse og kompleksitet; hvor omfattende tilbud som skal leveres; særlige forhold som tilsier at det er behov for rask gjennomføring av anskaffelsen; og hvor mange arbeidsdager fristen gir.<sup>1</sup>

Over EU/EØS-terskelverdiene gjelder andre fristregler, jf. forskriftens kapittel 19. Reglene gjennomfører direktiv 2004/18/EU artikkel 38 i norsk rett. Her er det fastsatt minimumsfrister ved gjennomføringen av åpen og begrenset anbudskonkurranse, jf. §§ 19-1 og 19-2. Oppdragsgiver må likevel alltid gjøre en konkret vurdering av om fristen er tilstrekkelig lang. For prosedyrene konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandlinger er det ikke gitt minimumsfrister for levering av tilbud. Her må oppdragsgiver fastsette tilbudsfristen slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger, jf. §§ 19-3 og 19-4. Bestemmelsene inneholder også regler for når fristen for levering av tilbud skal forlenges, og når den kan forkortes.

En særlig regel om minimumsfrister i hastetilfeller er gitt i § 19-5.

##### 23.1.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye direktivet videreføres ordningen med minimumsfrister ved gjennomføringen åpen og begrenset anbudskonkurranse, jf. artikkel 27 og 28. Fristene for mottak av tilbud er noe redusert sammenlignet med gjeldende rett, og det åpnes for ytterligere reduksjon blant annet ved bruk av veiledende kunngjøring, aksept av elektroniske tilbud og i hastetilfeller. I motsetning til gjeldende rett fastsetter det nye direktivet en minimumsfrist for mottak av innledende tilbud i konkurranse med forhandling, jf. artikkel 29. Direktivet gir i tillegg fellesregler om fastsettelse av tidsfrister, blant annet at oppdragsgiver alltid må ta hensyn til anskaffelsens kompleksitet og hvor lang tid det vil ta å utarbeide tilbud, jf. artikkel 47.

##### 23.1.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å videreføre regelen i gjeldende forskrift § 10-1 om at frister skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å innhente nødvendig dokumentasjon og foreta nødvendige undersøkelser og beregninger. Utvalget ønsker ikke å innføre absolutte frister. Det må være opp til den enkelte oppdragsgiver å vurdere hvor lange frister som kreves for den enkelte anskaffelse, ut fra det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet. Fristene skal stå i forhold til den konkrete anskaffelsen, og oppdragsgiver bør se hen til de momenter som departementet har pekt på i sin veileder til det gjeldende anskaffelsesregelverket, jf. kapittel 23.1.1.

#### 23.2 Vedståelsesfrist

---

##### 23.2.1 Gjeldende rett

Etter anskaffelsesforskriften § 10-2 skal oppdragsgiver fastsette en vedståelsesfrist som angir den

---

<sup>1</sup> Jf. FADs veileder, side 155.

tiden tilbudene er bindende for leverandørene. Fristen skal angis med dato og klokkeslett, og bør ikke være lengre enn det som er nødvendig av hensyn til behandlingen av tilbudene, jf. § 10-2 første ledd. Hvis oppdragsgiver ikke har bestemt annet i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, utløper vedståelsesfristen kl. 24.00, 30 dager etter tilbudsfristens utløp, jf. § 10-2 annet ledd.

Så lenge et tilbud ikke er avvist eller forkastet, har oppdragsgiver mulighet til å be om at vedståelsesfristen forlenges, jf. § 10-2 tredje ledd. Oppdragsgiver kan også innen rimelig tid etter fristens utløp be om at leverandøren fastholder tilbudet sitt. Det er likevel et vilkår at grunnlaget for konkurransen eller det opprinnelige tilbudet ikke endres vesentlig.

Over EU/EØS-terskelverdiene gjelder identiske regler, jf. § 19-6.

### 23.2.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å videreføre gjeldende bestemmelse uten realitetsendringer. Når det gjelder bakgrunnen for og den nærmere forståelsen av bestemmelsen, viser utvalget til den redegjørelse som Håndhevelsesutvalget har gitt, og som departementet senere fulgte opp.<sup>2</sup>

Utvalget foreslår videre at leverandører skal ha mulighet til å fristilles fra sine tilbud når de ikke inviteres med til forhandlinger. Dette omhandles nærmere i kapittel 16.3.1.2.

<sup>2</sup> Jf. NOU 2010: 2 side 161–167 og Prop. 12 L (2011–2012) side 73–74.

## 23.3 Fristberegning

### 23.3.1 Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesforskriften § 3-10 at fristene i forskriften skal beregnes i samsvar med forskriften om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter.<sup>3</sup> Forskriften gjennomfører en EU-forordning om fristberegning i norsk rett, og gir blant annet nærmere regler om betydningen av helligdager og virkedager, og om beregning av frister som er uttrykt i timer, dager, uker måneder eller år.<sup>4</sup> Ettersom bestemmelsen er plassert i forskriftens del I, gjelder den for samtlige anskaffelser som er omfattet av forskriften, ikke bare anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.

### 23.3.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å videreføre denne bestemmelsen for anskaffelser etter forskriftens del II, men at den flyttes til kapitlene om frister i henholdsvis del II og del III. Utvalget mener at det er mer ryddig å samle bestemmelsene som relaterer seg til frister i kapitlene om frister. Bestemmelsen er klargjørende i de tilfeller der det ikke fastsettes frister med dato og klokkeslett, men for eksempel antall dager.

Del I har ingen regler om frister, og det er da heller ikke nødvendig med en henvisning til fristberegningens forskriften her.

<sup>3</sup> Forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter.

<sup>4</sup> Jf. Rfo EØS/Euratom nr. 1182/71.

## Kapittel 24

# Tilbudet

### 24.1 Innledning

Gjeldende forskrift inneholder en rekke regler om tilbudet, med krav til både leverandørenes utforming og til oppdragsgivers håndtering av dem. Bestemmelsene bygger i hovedsak på regler fra tradisjonell norsk anbudsrett. I tillegg gjelder det særlige regler om alternative tilbud, som har sitt opphav i EU/EØS-retten.

*Utvalget* foreslår en opprydning i og modernisering av bestemmelsene om tilbud. Etter utvalgets vurdering bærer gjeldende regler preg av å være unødvendig detaljregulering. Utvalget foreslår at det stilles krav til at tilbudet er skriftlig og bindende (kapittel 24.2.1), og at det forskriffsfestes et prinsipp om at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet (kapittel 24.2.3). Det skal også gjelde egne regler om alternative tilbud (kapittel 24.2.5). Samtidig foreslår utvalget å stryke gjeldende regler om avvik (kapittel 24.2.2) og om tilbakekall og endring av tilbud (kapittel 24.2.4). Utvalget ser heller ikke behov for å forskriffsfeste en regel om parallelle tilbud (kapittel 24.2.6).

Når det gjelder oppdragsgivers håndtering av tilbudene, foreslår utvalget å oppheve gjeldende regler om registrering av innkomne tilbud (kapittel 24.3.1) og om tilbudsåpning (kapittel 24.3.2).

Hva gjelder evalueringen av tilbud, foreslår utvalget at oppdragsgiver selv skal bestemme om leverandørens kvalifikasjoner eller tilbud skal vurderes først (kapittel 24.4).

### 24.2 Tilbudets form og innhold

#### 24.2.1 Formelle krav

##### 24.2.1.1 Gjeldende rett

I anskaffelsesforskriften § 11-2 er det stilt krav til hvordan leverandørene skal utforme sine tilbud. Et tilbud skal være skriftlig og avgis i lukket og merket forsendelse, jf. § 11-2 første ledd. Tilbudet skal også være signert, jf. § 11-2 annet ledd.

I tillegg er det stilt krav om at tilbud skal leveres direkte eller per post, jf. § 11-2 første ledd, og at de kan leveres med elektronisk kommunikasjonsmiddel hvis oppdragsgiver har åpnet for det i konkurransegrunnlaget, jf. § 11-2 tredje ledd. Reglene om kommunikasjonsmidler er fremstilt i kapittel 18.

Hvis et tilbud ikke er utformet i samsvar med kravene i § 11-2, skal det avvises, jf. § 11-11 første ledd bokstav b. Det vises til fremstillingen i kapittel 25.4.3.

##### 24.2.1.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* foreslår å videreføre kravet om at tilbud skal være skriftlig.

Utvalget foreslår dernest å erstatte kravet om at tilbudet skal være signert, med et krav om at tilbudet skal være bindende. Etter utvalgets vurdering er det avgjørende at tilbudet binder leverandøren, ikke at det formelt er signert. Utvalget viser i denne sammenheng til at det foreslår å innføre en plikt til å avvise tilbud som ikke er bindende for leverandøren, jf. kapittel 25.4.9. Når dette er sagt, ser utvalget at det nye direktivets regler om elektronisk kommunikasjon – som utvalget foreslår innført også under EU/EØS-terskelverdiene, jf. kapittel 18.3.3 – bærer med seg krav til elektronisk signatur. Utvalget overlater gjennomføringen av disse reglene til departementet.

Utvalget foreslår å stryke kravene om at tilbud skal være lukket og merket. Etter utvalgets vurdering fremstår disse kravene noe gammeldags, og de har gitt opphav til enkelte rigide avgjørelser om avvisning av tilbud.<sup>1</sup>

Bakgrunnen for kravet til lukking er at oppdragsgiver ikke skal kunne gjøre seg kjent med innholdet før tilbudsfristens utløp. Etter utvalgets vurdering må det imidlertid være tilstrekkelig at oppdragsgiver har en plikt til ikke å undersøke til-

<sup>1</sup> Se KOFAs saker 2003/24 og 2007/72.

budets innhold før fristen har løpt ut, jf. kapittel 18.3.4.

Kravet til merking av tilbud bidrar dels til å sikre at oppdragsgiver er klar over at han mottar et tilbud (og derfor ikke skal gjøre seg kjent med innholdet), dels til å sikre at tilbudet kommer frem til rette adressat innen tilbudsfristens utløper. Også med hensyn til dette kravet mener utvalget at det må være tilstrekkelig at det gjelder en plikt for oppdragsgiver til ikke å undersøke tilbudets innhold før tilbudsfristen har løpt ut. En oppdragsgiver som mottar en forsendelse som ikke er merket, vil således ha plikt til ikke å gjøre seg kjent med innhold så raskt han forstår at det dreier seg om et tilbud. Utvalget er dessuten av den oppfatning at leverandører som ikke merker sine tilbud tilstrekkelig, selv må bære risikoen for at tilbud kommer frem i tide.

Utvalget legger til grunn at etablering av nye løsninger for elektronisk kommunikasjon i tråd med kravene i nytt direktiv artikkel 22, jf. kapittel 18.3.3 i alle tilfeller vil gjøre krav til lukking og merking overflødig.

For øvrig understreker utvalget at tilbudene også må oppfylle særlige krav til utforming som oppdragsgiver stiller. Det følger av utvalgets forslag til avvisningsregler at tilbud som ikke oppfyller slike formelle krav, kan avvises, jf. kapittel 25.4.9.

## 24.2.2 Avvik

### 24.2.2.1 Gjeldende rett

Etter den gjeldende anskaffelsesforskriften § 11-3 første punktum kan et tilbud inneholde avvik fra oppstilte minstekrav i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Leverandøren må i så fall sørge for at avviket klart fremgår av tilbudet, og at det er presist og tydelig beskrevet, jf. annet punktum. Ved anbudskonkurranser skal avvik være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere dem uten kontakt med leverandøren, jf. tredje punktum.

Bestemmelsen står i et høyst uklart forhold til reglene om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet, jf. § 11-11. Som redegjort for i kapittel 25.4.5.1 skal det etter gjeldende rett ikke mye til før avvik fra oppstilte minstekrav skal anses som et vesentlig avvik som utløser plikt til å avvise tilbudet etter § 11-11 første ledd bokstav e. Med en slik forståelse av avvisningsreglene fremstår § 11-3 første punktum misvisende. I tillegg er det uklart om § 11-3 utelukkende gjelder avvik fra kravspesifikasjonene, eller om bestemmelsen også favner avvik fra de kontraktsvilkår som skal

gjelde for oppdraget. I § 11-11 første ledd skilles det mellom «avvik fra kravspesifikasjonene» (bokstav e) og «forbehold mot kontraktsvilkårene» (bokstav d), jf. kapittel 25.4.5.1.

### 24.2.2.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår at bestemmelsen strykes. Det vises til forslaget om at avvik fra «absolutte krav» skal anses som vesentlig avvik og således utløse plikt til å avvise tilbudet. Det vil da være misvisende å beholde en bestemmelse som sier at tilbudet kan inneholde slike avvik.

For øvrig ser ikke utvalget behov for en bestemmelse som generelt angir at tilbud kan inneholde avvik. Dette fremgår implisitt av avvisningsreglene, som avgjør om oppdragsgiver har rett eller plikt til å avvise slike tilbud. Utvalget foreslår heller ikke regler om at avvik skal angis presist og tydelig. En slik regel vil ikke være annet enn en ordensregel. Et tilbud kan inneholde avvik selv om leverandøren ikke klart har angitt avviket. Dette beror på en alminnelig tolkning av tilbudet opp mot kravene i konkurransegrunnlaget. Leverandøren vil for øvrig uansett bære risikoen for uklarheter i sitt tilbud, jf. kapittel 24.2.3.

## 24.2.3 Uklarheter

### 24.2.3.1 Gjeldende rett

Innholdet i et tilbud kan være uklart, for eksempel om hvilke løsninger leverandøren faktisk tilbyr, eller om hvilke vilkår leverandøren tilbyr å gjennomføre kontrakten på. Dette kan by på utfordringer for oppdragsgiver i tilbudsevalueringen. Etter gjeldende rett har oppdragsgiver rett til å avvise tilbud som inneholder ikke ubetydelige uklarheter, jf. § 11-11 annet ledd bokstav a, og han har plikt til å avvise tilbud som inneholder uklarheter som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene (relativ bedømmelsestil), jf. § 11-11 første ledd bokstav f.<sup>2</sup> Det vises til kapitlene 25.4.6 og 25.4.7 for en fremstilling av disse reglene.

I gjeldende rett synes det å ha utviklet seg visse prinsipper for hvordan oppdragsgiver i en anbudskonkurranse – hvor forhandlingsforbudet setter snevre grenser for dialog mellom oppdragsgiver og leverandører – skal håndtere tilbud som

<sup>2</sup> I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver – uklart av hvilken grunn – bare rett, men ikke plikt, til å avvise et tilbud på grunn av relativ bedømmelsestil, jf. § 11-11 annet ledd bokstav b.

er uklare med hensyn til om de inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget.

I dom av 9. desember 2008 (LB-2008-610) har Borgarting lagmannsrett lagt til grunn at »[d]et er en alminnelig presumsjon i anbudsretten for at et anbud stemmer med grunnlaget...». Rekkevidden av et slikt presumsjonsprinsipp er imidlertid klar. I juridisk teori er det hevdet at prinsippet rekkevidde er meget begrenset, og utvalget er enig i dette.<sup>3</sup>

#### 24.2.3.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å forskriftsfeste en regel om at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet. Leverandøren bør utforme tilbudet så klart og tydelig som mulig, og utvalget ønsker at det skal fremkomme tydelig av regelverket at leverandøren selv må bære risikoen for at dette eventuelt ikke blir gjort. Regelen er motstykket til utvalgets forslag om å forskriftsfeste at oppdragsgiver skal ha risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. kapittel 19.3.2.

Ved fastleggelsen av tilbudets innhold må oppdragsgiver legge til grunn en objektiv fortolkning av tilbudet. Det er uten betydning hva leverandøren har ment med formuleringene i tilbudet. For å kunne sammenligne tilbudene, må oppdragsgiver, innenfor rammene av det innkjøpsfaglige skjønnet, kunne legge til grunn det minst fordelaktige tolkningsalternativet for den aktuelle tilbyder.<sup>4</sup> Utvalget legger for øvrig til grunn at det i tillegg gjelder et presumsjonsprinsipp med en viss begrenset rekkevidde, men at dette prinsippet ikke kan sette til side en nærliggende tolkning av tilbudet basert på andre tolkningsfaktorer. I de fleste tilfeller av uklarheter skal leverandørene således risikere å få sitt tilbud avvist. Leverandørene kan ikke kreve at oppdragsgiver benytter forhandlingsadgangen i en tilbudskonkurranse til å få avklart eventuelle uklarheter. En leverandør som har levert et tilbud med uklarheter, vil således risikere at oppdragsgiver avviser tilbudet, fremfor å forsøke å få ryddet uklarheten av veien gjennom forhandlinger.

Gjeldende forskrift § 12-2 inneholder en regel om mangelfull prisutfylling i bygge- og anleggstilbud. I henhold til denne bestemmelsen skal pos-

ter som ikke er priset, anses innkalkulert i andre poster, med mindre annet er angitt i tilbudsbrevet, eller den manglende utfyllingen skyldes en åpenbar feil.

Som en konsekvens av at utvalget foreslår å forskriftsfeste uklarhetsregelen, foreslår utvalget å stryke denne bestemmelsen. Hvis et tilbud er mangelfullt priset, vil oppdragsgiver som beskrevet over kunne legge til grunn det minst fordelaktige tolkningsalternativet for leverandøren. Dette vil gjelde generelt, ikke bare gjelde tilbud på bygge- og anleggsarbeider. Dette må også ses i sammenheng med at utvalgets flertall foreslår å oppheve forhandlingsforbudet, jf. kapittel 16. Oppdragsgiver vil således alltid ha adgang til å gå i dialog med leverandøren om eventuell mangelfull prisutfylling.

### 24.2.4 Tilbakekall og endring av tilbud

#### 24.2.4.1 Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesforskriften § 11-5 første ledd at leverandørene kan tilbakekalle og endre sine tilbud inntil tilbudsfristen løper ut. Tilbakekall av tilbud skal skje skriftlig, jf. § 11-5 annet ledd. Endring av et tilbud er å anse som et nytt tilbud og skal derfor foretas i samsvar med reglene om utforming av tilbud i § 11-2, jf. § 11-5 tredje ledd. Det innebærer at endringer skal foretas skriftlig og være signert, avgis i lukket og merket forsendelse, og sendes i samsvar med de krav til kommunikasjonsmidler som oppdragsgiver har satt.

#### 24.2.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å stryke forskriftens regler om tilbakekall og endring av tilbud. Reglene følger allerede av den alminnelige avtaleretten og er således overflødige.

Utvalget understreker at samtlige tilbud som en leverandør leverer i konkurranser hvor det gjennomføres forhandlinger – både det opprinnelige tilbudet og senere reviderte tilbud – er bindende for leverandøren. Levering av et revidert tilbud innebærer således ikke at det gamle tilbudet blir tilbakekalt. Med andre ord kan en leverandør ikke frigjøre seg fra et tilbud han ikke lenger ønsker å holde fast ved, gjennom å levere et revidert tilbud.

<sup>3</sup> Jf. Morten Goller, Vesentlige avvik og forbehold, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 2/2011, side 97–129, på side 105.

<sup>4</sup> Dette er også lagt til grunn i gjeldende rett. Jf. for eksempel KOFAs sak 2011/318.

## 24.2.5 Alternative tilbud

### 24.2.5.1 Innledning

Oppdragsgiver kan spesifisere anskaffelsen ved hjelp av ulike tekniske standarder eller ved ytelses- eller funksjonskrav (tekniske spesifikasjoner). Et tilbud som ikke oppfyller disse standardene eller kravene, vil være å anse som et alternativt tilbud. Eksempelvis vil leverandøren kunne foreslå bruk av annet materiale eller en annen design eller konstruksjonsform enn oppdragsgiver har lagt opp til i konkurransegrunnlaget.

Oppdragsgiver er ikke alltid kjent med den tekniske utviklingen og de løsningene som markedet kan tilby. Alternative tilbud kan således fremme innovasjon, føre til mer konkurranse og sikre at oppdragsgiver får dekket sine behov på best mulig måte. I det nye anskaffelsesdirektivet er det understreket at oppdragsgivere nettopp for å fremme innovasjon bør oppfordres til å tillate alternative tilbud så ofte som mulig.<sup>5</sup>

Også andre hensyn enn innovasjon kan ivaretas gjennom alternative tilbud. Oppdragsgiver kan for eksempel ønske å vurdere om han skal velge mer miljøvennlige løsninger, eller løsninger med mindre funksjonalitet enn det oppdragsgiver selv har lagt opp til i konkurransegrunnlaget.

Et tilbud som fullt ut oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget, er ikke et alternativt tilbud. Vurderingen av om et tilbud skal anses som et alternativt tilbud, avhenger særlig av hvordan oppdragsgiver har beskrevet anskaffelsen i konkurransegrunnlaget. Innenfor rammene av en behovsspesifikasjon vil leverandørene ha større rom for selv å foreslå egne løsninger enn der oppdragsgiver velger å angi detaljerte tekniske spesifikasjoner. Et tilbud som inneholder løsninger som oppfyller oppdragsgivers behov som beskrevet i en behovsspesifikasjon, er ikke et alternativt tilbud, men et normalt tilbud.

### 24.2.5.2 Gjeldende rett

Et alternativt tilbud er definert som et tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative minimumskrav til ytelse eller funksjon, og eventuelle spesielle krav til utforming av tilbudet, jf. § 4-1 bokstav k.<sup>6</sup> Ifølge definisjonen foreligger det altså bare et alternativt tilbud, når oppdragsgiver benytter prosedyren for alternative tilbud.

Anskaffelsesforskriftens § 11-4 regulerer bruk av alternative tilbud. Det følger av denne at oppdragsgiver bare kan ta alternative tilbud i betraktning, der han uttrykkelig har tillatt dette i kunnjøringen. Oppdragsgiver må altså eksplisitt ta stilling til om han ønsker å motta eventuelle alternative tilbud. Gjør han det, må han i konkurransegrunnlaget angi de såkalte «alternative minstekravene»<sup>7</sup> til ytelse og funksjon. Slike minstekrav skal gjøre sammenligning med normalt tilbud mulig. Det følger også av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at minstekravene skal være utformet klart. Hva som ligger i begrepet «alternative minstekrav» er nærmere omtalt under.

Videre skal oppdragsgiver angi eventuelle spesielle krav som stilles til utformingen av alternative tilbud (formkrav).

Regelen om at alternative tilbud positivt må tillates kan tilsynelatende virke begrensende på leverandørens adgang til å levere alternative tilbud. Dette kunne tale for en motsatt regel, og en slik regel gjaldt da også etter de tidligere anskaffelsesdirektivene (dvs. fra før 2004): Det var tillatt å levere inn alternative tilbud, med mindre oppdragsgiver uttrykkelig hadde angitt at han ikke ville ta slike tilbud i betraktning. Dette ga imidlertid en rekke utfordringer. Mange oppdragsgivere tok ikke stilling til dette, og de glemte derfor å angi minstekravene til alternative tilbud, noe som i utgangspunktet må føre til avlysning av konkurransen.<sup>8</sup> Reglen ble derfor endret med direktiv 2004/18/EF.

Etter dagens regelverk er det bare tillatt å ta alternative tilbud i betraktning der tildelingskriteriet «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» anvendes. Samtlige tildelingskriterier som oppstilles, må være egnede til å evaluere og sammenligne alle tilbud – både tilbud som oppfyller de tekniske spesifikasjoner (normaltilbud) og alternative tilbud.

Ifølge FADs veileder er det ikke avklart om oppdragsgiver kan kreve at en leverandør må levere et normalt tilbud sammen med et alternativt tilbud. Departementet mener likevel at det i mangel av et forbud må være adgang til dette.

Oppdragsgiver må avvise alternative tilbud som ikke oppfyller de alternative minstekravene, jf. kapittel 25.4.4. Han kan likevel ikke avvise tilbud utelukkende med den begrunnelse at kontrakten vil endre karakter fra en tjenestekontrakt

<sup>5</sup> Jf. fortalens premiss 48.

<sup>6</sup> Alternative tilbud («variants») er ikke definert i anskaffelsesdirektivet.

<sup>7</sup> I direktivet angitt som «minstekrav som alternative tilbud skal oppfylle».

<sup>8</sup> Jf. for eksempel omtalen i Arrowsmith, side 528.

til en varekontrakt, eller omvendt. I departementets veileder er det gitt som eksempel at oppdragsgiver etterspør en tjenstekontrakt om utvikling av programvare. Tillater han alternative tilbud, kan han altså ikke avvise en leverandør som leverer inn en ferdig utviklet programvare, som gjør anskaffelsen til varekjøp, bare av denne grunn.

Forskriftens del III inneholder en identisk bestemmelse i § 20-4. Denne gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 24.

#### 24.2.5.3 Nytt anskaffelsesdirektiv

Bestemmelsen om alternative tilbud videreføres langt på vei i ny artikkel 45. Det vil altså fortsatt kun være mulig å levere inn alternative tilbud, når oppdragsgiver eksplisitt har tillatt dette. Dette forutsetter at oppdragsgiver fastsetter minimumskravene til alternative tilbud i konkurransegrunnlaget.

Det gjøres likevel noen endringer og presiseringer. For det første fremgår det uttrykkelig at oppdragsgiver kan kreve at leverandørene leverer inn alternative tilbud. Oppdragsgiver kan videre kreve at leverandører som leverer inn et alternativt tilbud også leverer et «normaltilbud».

For det andre er det ikke lenger noe krav at oppdragsgiver skal benytte et bestemt tildelingskriterium for å kunne tillate alternative tilbud – det vil nå også være mulig i en ren pris- og kostnadskonkurranse.<sup>9</sup> Det har for øvrig nå uttrykkelig blitt presisert i bestemmelsen at de valgte tildelingskriteriene skal gjelde både i forhold til alternative tilbud og normaltilbud.

Endelig har det blitt slått fast at alternative tilbud skal ha tilknytning til kontraktens gjenstand.

#### 24.2.5.4 Utvalgets vurderinger

Utvalget er av den oppfatning at det er viktig å stimulere til innovasjon ved offentlige anskaffelser. Utvalget er imidlertid av den oppfatning at adgangen til å tillate alternative tilbud ikke er den beste måte å gå frem for å sikre innovasjon. En oppdragsgiver som ønsker å jobbe målrettet med innovasjon, bør heller gjøre dette ved å gå i dialog med markedet i forkant av anskaffelsen og ved å beskrive anskaffelsen ved en behovsspesifikasjon

eller ved angivelse av funksjonskrav fremfor å stille detaljerte tekniske krav osv.

I tillegg er det utvalgets erfaring at bruken av alternative tilbud er lite praktisk under EU/EØS-terskelverdiene.

Når dette er sagt, ser utvalget likevel at reglene om alternative tilbud kan bidra til innovasjon og bedre anskaffelser, også i de tilfellene der det ikke er hensiktsmessig å jobbe målrettet med innovasjon. Utvalget ser derfor ikke noen grunn til å oppheve bestemmelsene om alternative tilbud.

Etter utvalgets vurdering er det hensiktsmessig at reglene om alternative tilbud er mest mulig lik i forskriftens del II og III. Utvalget vil derfor overlate den nærmere utforming av bestemmelsene til departementet. Utvalget vil imidlertid særlig oppfordre departementet til å fastsette en mer dekkende definisjon av alternative tilbud enn den som fremgår av gjeldende forskrift, klargjøre hvorvidt minstekravene til alternative tilbud kan være (noen av) de samme som minstekravene til normaltilbud, og klargjøre hvordan evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriene skal skje, jf. direktivets angivelse av at tildelingskriteriene skal være identiske for alternative tilbud og normaltilbud.<sup>10</sup>

#### 24.2.6 Parallele tilbud

Adgangen til å levere inn parallele tilbud er ikke regulert i verken anskaffelsesdirektiv eller anskaffelsesforskrift, men regelverket er ikke til hinder for dette.

Utvalget mener at en slik regulering ikke er nødvendig. Utvalget ønsker likevel å omtale denne muligheten, da det forekommer noen misforståelser knyttet til forskjellen mellom parallele tilbud og alternative tilbud.

Leverandører vil i utgangspunktet alltid ha mulighet til å levere inn såkalte parallele tilbud, også i konkurranser der det ikke er åpnet for alternative tilbud. Dette må forstås som sideordnede tilbud fra den samme leverandøren som for eksempel inneholder forskjellige løsninger som begge (alle) ligger innenfor konkurransegrunnlagets behovsspesifikasjon. Dette vil da ikke anses som alternative tilbud. Eksempelvis ved kjøp av kjøretøy kan oppdragsgivere beskrive sine behov uten å angi om dette behovet skal oppfylles ved

<sup>9</sup> At dette er intensjonen bak endringen, fremgår av Kommissjonens non-paper til rådet, dokument 11269/12 av 14. juni 2012, side 32. Utvalget vil imidlertid fraråde oppdragsgivere å åpne for alternative tilbud der pris er eneste tildelingskriterium, ettersom man da ikke vil kunne legge vekt på kvalitetsmessige forskjeller mellom alternative tilbud og normaltilbud.

<sup>10</sup> «Kvalitet på tilbudt løsning» er for eksempel et naturlig tildelingskriterium der det åpnes for alternative tilbud. Samtidig vil normaltilbudene være like når det gjelder kvalitet, fordi disse bare tilbyr den i konkurransegrunnlaget beskrevne løsning.

bensin-, diesel- eller elbiler. Leverandøren kan da velge å levere inn flere parallelle tilbud på forskjellige biltyper, og disse kan i utgangspunktet alle være normalt tilbud. At det skal/kan leveres parallelle tilbud kan også initieres av oppdragsgiver selv. Han kan for eksempel konkret etterspørre at det leveres inn tilbud på både bensin-, diesel- og elbiler.

Parallelle tilbud vil altså ikke automatisk bli ansett som alternative tilbud, nettopp fordi de alle kan ligge innenfor de rammene oppdragsgiver har satt i konkurransegrunnlaget.<sup>11</sup>

## 24.3 Oppdragsgivers håndtering av tilbud

---

### 24.3.1 Registrering av innkomne tilbud

#### 24.3.1.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende rett har oppdragsgiver plikt til å registrere tilbudene etter hvert som de kommer inn, ved å påføre tidspunkt for mottak, jf. anskaffelsesforskriften § 11-6 første punktum. Manglende påføring av mottakstidspunkt medfører imidlertid ikke at tilbudet anses som for sent innkommet. I tillegg har oppdragsgiver plikt til skriftlig å bekrefte mottak av tilbudet hvis en leverandør anmoder om det, jf. § 11-6 annet punktum. Heller ikke her er det knyttet rettsvirkninger til manglende overholdelse av plikten.

#### 24.3.1.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å oppheve plikten til å registrere tilbudene etter hvert som de kommer inn. I realiteten er ikke dette annet enn en ordensregel som skal hjelpe oppdragsgiver med å sikre etterprøvbarehet for når tilbudene er mottatt. Som understreket i kapittel 8, ønsker utvalget som utgangspunkt at forskriften ikke skal inneholde rene ordensregler. I alle tilfeller må oppdragsgiver kunne redegjøre for om mottatte tilbud ble levert innen tilbudsfristen. Etter utvalgets vurdering bør ikke anskaffelsesregelverket pålegge oppdragsgiver å gjøre dette på en bestemt måte. Utvalget legger også til grunn at en plikt til å registrere innkomne tilbud vil være overflødig med etableringen av nye løsninger for elektronisk kommunikasjon, jf. kapittel 8. De elektroniske kommunikasjonsløsningene vil da sikre gjennomsiktighet i forhold til når tilbudene er mottatt, gjennom tidsstempling.

Med samme begrunnelse foreslår utvalget også å oppheve plikten til på forespørsel å bekrefte mottak av tilbud. Også dette er en ren ordensregel som utvalget mener ikke hører hjemme i forskriften. Leverandørens behov for å be om en slik bekreftelse vil for øvrig bli sterkt redusert når nye elektroniske kommunikasjonsløsninger blir etablert.

### 24.3.2 Tilbudsåpning

#### 24.3.2.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende forskrift § 11-7 første ledd skal tilbudene som er levert innen fristen, åpnes på tidspunkt og sted som angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Åpningen skal foretas av minst to representanter for oppdragsgiver, jf. § 11-7 annet ledd. Reglene er ment å sikre at oppdragsgiver ikke undersøker tilbudene før tilbudsfristens utløp.

#### 24.3.2.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår at reglene om tilbudsåpning oppheves. Reglene har sitt opphav i tradisjonell anbudsrett og innebærer etter utvalgets vurdering en unødvendig formalisering av hvordan oppdragsgiver skal håndtere tilbudene. I denne sammenheng viser utvalget til at oppdragsgiver uansett ikke skal undersøke innholdet i et tilbud før tilbudsfristen har løpt ut, jf. kapittel 18.3.4.

For øvrig presiserer utvalget at forslaget naturligvis ikke er til hinder for at oppdragsgivere som ønsker det, kan binde seg til å åpne tilbudene på et bestemt tidspunkt eller et bestemt sted.

## 24.4 Oppdragsgivers evaluering av leverandørens kvalifikasjoner og tilbudte ytelser – rekkefølge

---

### 24.4.1 Gjeldende rett

I den gjeldende anskaffelsesforskriften § 11-1 er det gitt følgende regel om oppdragsgivers fremgangsmåte ved valg av leverandør og tildeling av kontrakt:

«Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 8-4 (kvalifikasjonskrav) til § 8-8 (HMS-egenerklæring), skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 13-2 (kriterier for valg av tilbud).»

<sup>11</sup> Jf. for eksempel KOFAs saker 2006/11 og 2007/13.



Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 44 nr. 1 for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene i norsk rett. Likelydende bestemmelse er gitt i del III, jf. § 20-1.

Bestemmelsen legger føringer for hvordan oppdragsgiver skal håndtere innholdet i tilbudene. Først skal oppdragsgiver vurdere om leverandørene skal avvises. Deretter skal oppdragsgiver vurdere kvalifikasjonene, og eventuelt avise leverandører som ikke oppfyller dem. Til slutt skal tilbudene vurderes opp mot de fastsatte tildelingskriteriene. Med dette pålegges oppdragsgiver å foreta kvalifikasjonsvurderingen før tilbudsvurderingen. Oppdragsgiver har således ikke adgang til først å vurdere hvilket tilbud som er best, og deretter om kvalifikasjonene til leverandøren som har levert det beste tilbudet, er oppfylt.

#### **24.4.2 Nytt anskaffelsesdirektiv**

I det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 1 er dette utgangspunktet videreført. Direktivet åpner imidlertid for at oppdragsgiver i en åpen anbuds-konkurranse kan velge å vurdere tilbudene før han vurderer om kvalifikasjonskravene er oppfylt, og om det foreligger grunnlag for avvisning på

grunn av forhold ved leverandøren, jf. artikkel 56 nr. 2.

#### **24.4.3 Utvalgets vurderinger**

*Utvalget* foreslår å oppheve gjeldende forskrift § 11-1. Etter utvalgets vurdering bør oppdragsgiver stå fritt til selv å bestemme om han ønsker å vurdere kvalifikasjonene eller tilbudene først. En fordel med å vurdere kvalifikasjonene først er at oppdragsgiver slipper å bruke ressurser på å vurdere potensielt omfattende tilbud fra leverandører som uansett ikke kan bli tildelt kontrakt på grunn av manglende kvalifikasjoner. Motsatt vil en mulighet til å vurdere tilbudene først, innebære at oppdragsgiver slipper å vurdere kvalifikasjonene til andre enn den leverandør som har levert det beste tilbudet. Utvalget ønsker å overlate til oppdragsgiver selv å bestemme hva som er hensiktsmessig i den enkelte konkurranse. Når dette er sagt, understreker utvalget at oppdragsgiver alltid må sikre at den leverandøren som blir tildelt kontrakt, oppfyller kvalifikasjonskravene, og at det heller ikke foreligger annet grunnlag for avvisningsplikt. Utvalget viser i denne sammenheng til forslag til nye avvisningsregler, jf. kapittel 25.

## Kapittel 25

# Avvisning

### 25.1 Innledning

Oppdragsgiver har etter gjeldende rett i en rekke tilfeller rett eller plikt til å avvise leverandører fra en konkurranse. Det kan enten være på grunnlag av forhold ved leverandøren eller forhold ved tilbudet.

Avvisningsbestemmelsene har forskjellige formål. Noen bestemmelser ivaretar hensynet til oppdragsgiver. Oppdragsgiver skal ikke bli forpliktet til å inngå kontrakt med en leverandør som ikke er i stand til å gjennomføre kontrakten på en forsvarlig måte og som foreskrevet av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver må derfor ha rett til å avvise leverandører og tilbud i visse situasjoner, for eksempel der tilbudet inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget.

Andre bestemmelser ivaretar hensynet til leverandørene. De har krav på å bli behandlet likt gjennom hele anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver må derfor være forpliktet til å avvise leverandører og tilbud der dette er nødvendig for å sikre likebehandling av leverandørene, for eksempel hvis en leverandør leverer tilbudet etter at tilbudsfristen har løpt ut, eller leverer et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget.

Flere av avvisningsbestemmelsene ivaretar imidlertid også hensyn av en mer samfunnsmessig karakter og er ikke begrunnet i forhold knyttet til den konkrete kontrakten eller den konkrete anskaffelsesprosessen. Eksempler på dette er bestemmelsene om avvisning av straffedømte leverandører og leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende betaling av skatter og trygdeavgifter. Slike bestemmelser skal skape insentiver for leverandørene til å overholde andre regelverk enn anskaffelsesregelverket og kan til en viss grad virke preventivt (uten å ha et pønalt formål). Bestemmelsene bidrar også til å sikre allmennhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte.

Selv om slike forhold ikke direkte har tilknytning til den konkrete anskaffelsen, kan de likevel

si noe generelt om leverandørene. Oppdragsgivere skal ikke bli tvunget til å inngå kontrakt med leverandører med tvilsom integritet og troverdighet. Dette vil i noen tilfeller, i hvert fall på kort sikt, kunne komme i konflikt med hensynet til effektiv ressursbruk og ønsket om å kjøpe beste kvalitet til rimeligste pris.

Det er viktig å sondre mellom regler om avvisningsplikt (obligatoriske avvisningsgrunner) og avvisningsrett (fakultative avvisningsgrunner).

Regler om avvisningsplikt skal ivareta hensynet til likebehandling av leverandørene eller andre samfunnsmessige hensyn. Trår oppdragsgiver feil her, vil det kunne få alvorlige konsekvenser. Avviser ikke oppdragsgiver en leverandør i et tilfelle der han har plikt til å avvise, vil dette kunne gi grunnlag for erstatning fra øvrige leverandører, både for positiv og negativ kontraktsinteresse. Avviser oppdragsgiver feilaktig en leverandør som ikke skulle ha vært avvist, vil dette motsatt kunne gi grunnlag for erstatningskrav fra den avviste leverandøren.

Regler om avvisningsrett gir oppdragsgiver noe mer fleksibilitet – det er hensynet til ham selv som begrunner avvisningsadgangen. Oppdragsgiver er således gitt et skjønn til å avgjøre om det er hensiktsmessig å avvise leverandøren eller tilbudet i den konkrete situasjonen. Skjønnets er imidlertid ikke ubegrenset. Beslutningen om å avvise må ikke være usaklig eller vilkårlig. Oppdragsgiver må også sørge for å overholde de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Oppdragsgiver kan for eksempel ikke benytte avvisningsreglene til å diskriminere utenlandske leverandører. Dersom oppdragsgiver for eksempel velger å avvise én leverandør fordi tilbudet ikke er signert, må også andre leverandører som ikke har signert tilbudene sine, avvises. Dette betyr at det i noen tilfeller kan inntre en avvisningsplikt, selv om det etter regelverkets ordlyd bare foreligger en avvisningsrett.

Bestemmelsene om avvisning i gjeldende forskrift del II er gitt i §§ 11-10 til 11-13. Bestemmel-

sene i del III er likelydende, jf. §§ 21-12 til 21-15. Det gjør at gjeldende forskrift i praksis opererer med et felles avvisningsregime for alle anskaffelser som overstiger den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner. Forskriftens del I inneholder ingen bestemmelser om avvisning, men i visse tilfeller vil oppdragsgiver likevel kunne ha plikt til å avvise leverandører fra en konkurranse etter del I på grunnlag av likebehandlingsprinsippet.<sup>1</sup>

Utvalget har i sitt arbeid fått mange innspill om at avvisningsreglene er vanskelige å anvende i praksis. Det er lett for oppdragsgiver å trå feil, og oppdragsgivers valg har avgjørende betydning for leverandørens stilling i den enkelte konkurranse. Ikke overraskende har reglene gitt opphav til en rekke saker for både KOFA og domstolene.<sup>2</sup> Utvalget ser således et stort potensial for forenkling på dette området.

I det følgende redegjøres det generelt for bestemmelser som følger av det nye anskaffelsesdirektivet, jf. kapittel 25.2.

Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren er nærmere behandlet i kapittel 25.3. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet er nærmere behandlet i kapittel 25.4.

Utvalget foreslår å innføre en ny bestemmelse om avvisning på grunn av formalfeil. Etter denne bestemmelsen kan/skal oppdragsgiver avvise forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud som er levert for sent eller i strid med oppdragsgivers krav til kommunikasjon, eller som ikke oppfyller kravene til tilbudets utforming.

Når det gjelder avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, foreslår utvalget blant annet en ny sekkebestemmelse som gir adgang til å avvise ved tvil om leverandørens integritet og om hans evne til å gjennomføre kontrakten, jf. kapittel 25.3.4.

Når det gjelder avvisning på grunn av forhold ved tilbudet, foreslår utvalget blant annet å innføre en ny sekkebestemmelse som gir adgang til å avvise uakseptable tilbud, jf. kapittel 25.4.10.2.

Fremgangsmåten ved avvisning er nærmere behandlet i kapittel 25.5. Endelig tar utvalget opp noen særlige problemstillinger knyttet til bevis (kapittel 25.6), leverandørens mulighet til å gjøre opp for seg, såkalt «self-cleaning» (kapittel 25.7),

utestengingsperioden (kapittel 25.8), identifikasjon (kapittel 25.9), forståelsen av begrepet «rettskraftig dom» (kapittel 25.10) og forhold ved underleverandøren (kapittel 25.11). Her foreslår utvalget ikke konkrete bestemmelser, men overlater utformingen til departementet.

## 25.2 Direktivbestemmelser om avvisning

### 25.2.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesforskriftens avvisningssystem er det norsk lovgiver som står bak – direktiv 2004/18/EF inneholder ikke generelle bestemmelser om avvisning. Direktivet inneholder likevel to særlige avvisningsbestemmelser.

Den ene gjelder avvisning på grunn av forhold knyttet til leverandørens egnethet og faglige kvalifikasjoner, jf. artikkel 45. Oppdragsgiver skal blant annet avvise leverandører som er dømt for visse straffbare forhold. Plikten til å avvise leverandører på grunn av deres yrkesmessige vandel, solvens og pålitelighet er i utgangspunktet uttømmende regulert.<sup>3</sup> Denne avvisningsbestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 25.3.2.

Den andre bestemmelsen gjelder avvisning av unormalt lave tilbud, jf. artikkel 55. Denne bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 25.4.8.

Selv om direktivet ikke inneholder andre bestemmelser om avvisning, er det likevel klart at oppdragsgiver vil kunne ha både rett og plikt til avvisning i bestemte situasjoner. Særlig vil oppdragsgiver kunne ha en avvisningsplikt på grunnlag av likebehandlingsprinsippet.

Endelig inneholder direktivet en bestemmelse om at oppdragsgiver i visse tilfeller kan avlyse en anbudskonkurranse og gå videre med en konkurranse med forhandling, jf. artikkel 30 nr. 1 bokstav a. Dette er tilfellet der det i en foregående anbudskonkurranse bare foreligger tilbud som er «ukorrekte» («irregular») eller «uakseptable» («unacceptable»). Hva som utgjør ukorrekte og uakseptable tilbud, er ikke definert i direktivet.<sup>4</sup> Når oppdragsgiver har adgang til å avlyse en konkurranse dersom samtlige tilbud er ukorrekte eller uakseptable, må han naturligvis også ha adgang til å avvise enkelte tilbud som er ukor-

<sup>1</sup> Jf. for eksempel KOFA sak 2008/132 avsnitt 28 flg. Saken gjaldt leie av kontorlokaler og var derfor bare omfattet av loven. KOFA slo her fast at det som følge av likebehandlingsprinsippet var plikt til å avvise et tilbud med vesentlige avvik.

<sup>2</sup> Ca. 40 prosent av KOFA saker avgjort etter 1. januar 2012 gjelder spørsmål om avvisning etter forskriftens del II eller III.

<sup>3</sup> Jf. forente saker C-226/04 og C-228/04 (La Cascina), sak C-213/07 (Michaniki) og sak C-538/07 (Assitur).

<sup>4</sup> Kommissjonen har imidlertid uttalt seg om dette i veilederen til det tidligere tjenesteanskaffelsesdirektivet, direktiv 92/50/EØF, «Public Procurement in the European Union, Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts».

rette eller uakseptable. Direktivet synes dermed forutsetningsvis å åpne for at oppdragsgiver avviser en leverandør i en rekke tilfeller.

### 25.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU, viderefører i artikkel 57 en bestemmelse om avvisning av straffedømte leverandører mv. Bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 25.3.2. Bestemmelsen om unormalt lave tilbud er videreført i artikkel 69, jf. kapittel 25.4.8.

I det nye direktivet er det også tatt inn en bestemmelse om at kontrakter skal tildeles på grunnlag av tildelingskriteriene etter at oppdragsgiver først har kontrollert at følgende vilkår er oppfylt, jf. artikkel 56 nr. 1 første ledd:

- Tilbudet oppfyller de krav, betingelser og kriterier som er fastsatt i konkurransegrunnlaget eller øvrige konkurransedokumenter jf. bokstav a.
- Tilbudet er gitt av en leverandør som oppfyller kvalifikasjonskriteriene og som ikke skal avvises på grunn av forhold ved leverandøren jf. bokstav b.

Oppdragsgiver kan således i utgangspunktet ikke tildele en kontrakt til en leverandør som ikke oppfyller disse kravene. Konsekvensen er at leverandøren skal avvises.<sup>5</sup> Bokstav a er da i realiteten en avvisningsbestemmelse knyttet til forhold ved tilbudet, mens bokstav b i realiteten er en avvisningsbestemmelse knyttet til forhold ved leverandøren.

Videre følger det av bestemmelsens annet ledd at oppdragsgiver kan beslutte ikke å tildele kontrakten til den leverandøren som har gitt det beste tilbudet, hvis tilbudet ikke er i samsvar med de gjeldende forpliktelsene på miljø- og arbeidsområdet eller internasjonale menneskerettigheter, jf. artikkel 18. Også dette må ses som en avvisningsbestemmelse.

Det nye anskaffelsesdirektivet synes altså å gi mer eksplisitte regler om avvisning. Like fullt gis det ingen samlet oppstilling av avvisningsgrunner. Det fremgår heller ikke klart i hvilke tilfeller oppdragsgiver har plikt til å avvise, og i hvilke tilfeller oppdragsgiver har rett til å avvise.

Bestemmelsen om at oppdragsgiver kan gå over til en konkurranse med forhandling i tilfeller hvor det bare foreligger ukorrekte eller uaksepta-

ble tilbud, videreføres også, jf. artikkel 26 nr. 4 bokstav b. I bestemmelsens annet ledd defineres både ukorrekte og uakseptable tilbud nærmere. Ukorrekte tilbud er blant annet tilbud som ikke oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget, er mottatt for sent eller er unormalt lave, eller hvis det foreligger bevis på ulovlig samordning eller bestikkelse. Et tilbud er uakseptabelt blant annet hvis det er avgitt fra en leverandør som ikke har de påkrevde kvalifikasjoner, eller hvis prisen overstiger oppdragsgivers budsjett som fastsatt og dokumentert forut for anskaffelsesprosessen. Oppregningene er ikke uttømmende.

De opplistede forholdene er dekket av avvisningsbestemmelsene i den gjeldende anskaffelsesforskriften, med unntak av tilfeller der den tilbudte prisen overstiger oppdragsgivers budsjett. Etter gjeldende rett er det uklart om det er adgang til å avvise et tilbud på dette grunnlaget. At oppdragsgiver har en slik adgang etter det nye direktivet, må imidlertid anses klart. Etter *utvalgets* vurdering bør dette også reflekteres i anskaffelsesforskriftens del II, jf. nærmere i kapittel 25.4.10.2.

## 25.3 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

### 25.3.1 Generelt

Anskaffelsesforskriften § 11-10 inneholder bestemmelser om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. Likelydende bestemmelser er gitt i forskriftens del III, jf. § 20-12.

Som nevnt innledningsvis er bestemmelsen oppdelt i obligatoriske avvisningsgrunner og fakultative avvisningsgrunner. Oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører i følgende tilfeller, jf. første ledd:

- leverandøren oppfyller ikke krav til deltakelse i konkurransen, jf. bokstav a
- leverandøren har ikke levert skatteattest, jf. bokstav b
- leverandøren har ikke levert HMS-egenerklæring, jf. bokstav c
- leverandøren har levert forespørsel om å delta i konkurransen i strid med reglene om kommunikasjon eller levert en slik forespørsel etter fristens utløp, jf. bokstav d
- leverandøren er rettskraftig dømt for nærmere definerte straffbare forhold, jf. bokstav e
- leverandøren er benyttet som rådgiver under utarbeidelsen av tekniske spesifikasjoner i strid med § 3-8 (rådgiverinhabilitet), jf. bokstav f

<sup>5</sup> Hvilken betydning dette har for den norske praksisen knyttet til avvik og forbehold, er nærmere omtalt i kapittel 25.4.7.

I følgende tilfeller har oppdragsgiver rett til å avvise leverandører, jf. annet ledd:

- leverandøren er konkurs, under gjeldsforhandling med videre, jf. bokstav a.
- leverandøren er begjært konkurs, har begjært åpning av gjeldsforhandlinger med videre, jf. bokstav b.
- leverandøren er rettskraftig dømt for straffbare forhold som vedrører den yrkesmessige vandel, jf. bokstav c
- leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i bransjen, jf. bokstav d
- leverandøren har ikke oppfylt sine forpliktelser vedrørende betaling av trygdeavgifter, jf. bokstav e
- leverandøren har ikke oppfylt sine forpliktelser vedrørende betaling av skatter og avgifter, jf. bokstav f
- leverandøren har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger, jf. bokstav g

Avvisningsplikten etter første ledd bokstav e følger direkte av direktiv 2004/18/EF artikkel 45. Det samme gjelder samtlige grunnlag for avvisning etter annet ledd.<sup>6</sup>

Direktivets avvisningsbestemmelser gir opphav til en rekke vanskelige tolkningsspørsmål i praksis. Få saker er imidlertid blitt forelagt EU-domstolen for avklaring. Heller ikke i norsk rettspraksis er rekkevidden av bestemmelsene blitt belyst i særlig grad. Rettskildematerialet er således begrenset, og det knytter seg stor usikkerhet til tolkningen av bestemmelsene. Det gjelder for eksempel spørsmålene om hvor lenge leverandører skal/kan være utestengt, om det i noen tilfeller skal skje identifikasjon mellom rettssubjekter, om vedtatt forelegg skal sidestilles med rettskraftig dom, og om leverandøren har mulighet til å gjøre opp for seg («self cleaning»).

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har i en ganske omfattende fortolkningsuttalelse av 12. januar 2011 uttalt seg om de deler av bestemmelsen som knytter seg til avvisning på grunn av straffbare forhold og alvorlige forsømmelser mot faglige eller etiske krav.<sup>7</sup> Her tar departementet opp noen av tolkningsspørsmålene, men det er fortsatt mange uklarheter. Nett-

opp fordi det får så store konsekvenser når oppdragsgiver trår feil, bør disse usikkerhetsmomentene avklares i regelverket så langt det er mulig.

Som nevnt over er reglene i direktiv 2004/18/EF artikkel 45 videreført i det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 57.<sup>8</sup> Det innføres i tillegg noen nye avvisningsgrunner, inkludert en regel som svarer til den norske avvisningsbestemmelsen knyttet til rådgiverinhabilitet.

Avvisningsgrunnene som følger direkte av direktivet, er nærmere omtalt i kapittel 25.3.2. De øvrige avvisningsgrunner etter gjeldende rett, som kan karakteriseres som «særnorske», er nærmere omtalt i kapittel 25.3.3.

Det nye direktivet gir svar på noen av de tolkningsspørsmål som er omtalt ovenfor, jf. nærmere om dette i kapittel 25.7–25.10.

### 25.3.2 Avvisningsgrunner som følger direkte av anskaffelsesdirektivet

#### 25.3.2.1 Leverandører som er rettskraftig dømt for visse straffbare forhold

##### Gjeldende rett

I henhold til § 11-10 første ledd bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandører som oppdragsgiver er kjent med er rettskraftig dømt for en av følgende fire straffbare handlinger:

- deltakelse i en kriminell organisasjon
- korrupsjon
- bedrageri
- hvitvasking av penger

Opplistingen er uttømmende. Andre former for kriminalitet medfører ikke avvisningsplikt.

Regelen svarer til bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 1. Det er her vist til straffbare handlinger som definert i henholdsvis to felles rådshandlinger,<sup>9</sup> en konvensjon<sup>10</sup> og EUs hvitvaskingsdirektiv.<sup>11</sup> Disse EU-rettsaktene er ikke gjennomført i norsk rett. I forbindelse med

<sup>8</sup> Også etter det nye direktivet er det mulig for medlemslandene å gjøre de fakultative avvisningsbestemmelsene obligatoriske i nasjonal rett.

<sup>9</sup> Deltakelse i en kriminell organisasjon som definert i Rådets felles aksjon 98/773 RIA artikkel 2 bokstav a, og korrupsjon som definert i henholdsvis Rådets rettsakt av 26. mai 1997 artikkel 3 og Rådets felles aksjon 98/742/RIA artikkel 3 nr. 1.

<sup>10</sup> Bedrageri som omhandlet i konvensjonen om beskyttelse av de Europeiske fellesskapers finansielle interesser artikkel 1.

<sup>11</sup> Hvitvasking av penger som definert i direktiv 91/308/EØF om forebyggende tiltak mot anvendelse av det finansielle system til hvitvasking av penger artikkel 1.

<sup>6</sup> Det fremgår av direktivet at medlemslandene kan velge å gjøre disse fakultative avvisningsgrunnene obligatoriske, men dette har man altså ikke valgt i Norge.

<sup>7</sup> Uttalelsen er tilgjengelig på [http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse\\_avvisning\\_straffedomte\\_lev.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf).

gjennomføringen av direktivbestemmelsene valgte norsk lovgiver i forskriftens del III å gå noe lenger enn direktivet krevde, ved bare å angi de straffbare forholdene generelt. Der direktivet eksempelvis pålegger en plikt til å avvise leverandører som er dømt for bedrageri av EU-midler, pålegger forskriften en plikt til å avise leverandører som er dømt for bedrageri av alle typer midler. En tilsvarende løsning er valgt i forskriftens del II.

Formålet med avvisningsplikten er først og fremst å motvirke økonomisk kriminalitet og lignende misligheter ved at det offentlige ikke skal kontrahere med leverandører som er straffedømt for slike forhold. Bestemmelsen bidrar også til at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, og til en viss grad også til at leverandørene får like konkurransvilkår.

Plikten til å avvise er imidlertid ikke absolutt. Dersom allmenne hensyn gjør det nødvendig for oppdragsgiver å inngå kontrakt med leverandøren, kan oppdragsgiver unnlate å avvise.<sup>12</sup> Unntaket omfatter blant annet kontrakter som blir inngått for å sikre liv og helse, for å forhindre ødeleggelser på eiendom, for å sikre forsyningssikkerhet eller for å ivareta andre viktige samfunnsinteresser på andre måter. Rene økonomiske hensyn vil som hovedregel ikke være tilstrekkelig. Oppdragsgiver kan ikke unnlate å avvise en leverandør bare fordi denne leverandøren har avgitt et vesentlig mer økonomisk fordelaktig tilbud enn øvrige leverandører.

Oppdragsgiver har bare avvisningsplikt når det foreligger en «rettskraftig dom». Hva som ligger i dette begrepet, er nærmere diskutert i kapittel 25.10.

Det er også et vilkår at oppdragsgiver «er kjent med» at det foreligger en rettskraftig dom. Oppdragsgiver har ingen undersøkelsesplikt. Det betyr at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å etterspørre dokumentasjon fra leverandørene på at de ikke er straffedømt.<sup>13</sup> Dette henger sammen med at det i dag innebærer administrative byrder for leverandørene å fremskaffe slik dokumentasjon og for oppdragsgiver å vurdere denne.

<sup>12</sup> Etter direktivet er det frivillig for medlemsstatene å innføre dette unntaket. Norsk lovgiver har valgt å innføre unntaket i forskriften, både over og under EU/EØS-terskelverdiene.

<sup>13</sup> En annen sak er at det i noen tilfeller kan være hensiktsmessig for oppdragsgiver å velge å etterspørre slik dokumentasjon, jf. nærmere om dette i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 12. januar 2011.

#### Nytt anskaffelsesdirektiv

Den obligatoriske avvisningsbestemmelsen er videreført i det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1, men med noen endringer. Først og fremst er nye straffbare forhold som skal føre til avvisning, tilføyd:

- terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktiviteter, jf. bokstav d<sup>14</sup>
- finansiering av terrorisme, jf. bokstav e<sup>15</sup>
- barnarbeid og menneskehandel, jf. bokstav f<sup>16</sup>

Slike handlinger kan også i dag føre til avvisning, men da etter den fakultative avvisningsbestemmelsen i § 11-10 annet ledd bokstav c, jf. kapittel 25.3.2.3. Det som er nytt, er at oppdragsgiver har en plikt til å avvise leverandører som er dømt for disse straffbare forholdene.

Gjeldende bestemmelse om korrupsjon er også blitt betydelig utvidet, slik at den nå ikke bare gjelder korrupsjon overfor EU-tjenestemenn, men også korrupsjon overfor nasjonale tjenestemenn og ved brudd på nasjonale korrupsjonsbestemmelser. Videre er henvisningene til rettsakter generelt blitt oppdatert.<sup>17</sup>

Unntaket for kontrakter som det er nødvendig å inngå for å ivareta allmenne hensyn, videreføres også, jf. artikkel 57 nr. 3.<sup>18</sup> I direktivets fortale premiss 100 gis som eksempel på slike allmenne hensyn at oppdragsgiver har et behov for medisiner eller beredskapsutstyr som haster, og at varene bare kan kjøpes fra den leverandøren som ellers skulle vært avvist.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget har vurdert om oppdragsgiver skal ha *plikt* eller bare en *rett* til avvise leverandører som er dømt for de nevnte straffbare forhold, i del II. Etter utvalgets syn vil en bestemmelse om avvis-

<sup>14</sup> Som definert i Rådets rammeavgjørelse 2003/568/RIA artikkel 1 og 3.

<sup>15</sup> Som definert i direktiv 2005/60/EF artikkel 1.

<sup>16</sup> Som definert i direktiv 2011/36/EU artikkel 2.

<sup>17</sup> Deltakelse i en kriminell organisasjon som definert i Rådets rammeavgjørelse 2008/842/JHA artikkel 2, korrupsjon som definert i henholdsvis konvensjonen om bekjempelse av korrupsjon som involverer tjenestemenn i de europeiske fellesskaper eller i EU-medlemsstatene artikkel 3, og Rådets rammeavgjørelse 2003/568/JHA artikkel 2 nr. 1, og hvitvasking av penger som definert i direktiv 2005/60/EF artikkel 1.

<sup>18</sup> Også i det nye direktivet er det frivillig å innføre unntaksregelen.

ning også ivareta andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige.

*Utvålgets flertall, medlemmene Breiland, Frøyland, Gjønnnes, Liessem, Fredriksen og Strømsnes*, foreslår at oppdragsgiver skal ha en avvisningsplikt.

De straffbare forhold som skal medføre en avvisningsplikt, er etter flertallets vurdering av en så vidt alvorlig karakter at det offentlige ikke bør kontrahere med slike leverandører uansett. En avvisningsrett vil bagatellisere korrupsjonsfaren. På dette punktet bør dessuten reglene være like i del II og del III. Det sender uheldige og utydelige signaler hvis leverandører som skal avvises etter del III, likevel skal kunne bli tildelt kontrakt etter del II; å bekjempe korrupsjon er ikke mindre viktig ved mindre kontrakter. Videre mener flertallet at en regel om avvisningsrett vil kunne stille oppdragsgiver overfor vanskelige og ressurskrevende vurderinger. Det kan for eksempel være en vanskelig «politisk» beslutning å avvise en lokal leverandør som i tillegg har levert det beste tilbudet. Etter flertallets syn vil det derfor ikke være noen forenkling å endre avvisningsplikten til en avvisningsrett.

Flertallet peker også på at nye regler om «self-cleaning», jf. nærmere i kapittel 25.7, vil bøte på regelens inngripende effekt. Leverandører som i utgangspunktet skal avvises, har likevel mulighet til å bli med i konkurranser om offentlige kontrakter når de har gjort opp for seg.

Flertallet foreslår at bestemmelsen skal utformes etter modell av direktivet, og at ordlyden bør være lik i del II og del III. Den nærmere utformingen overlates derfor til departementet.

*Utvålgets mindretall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke og Vigander*, foreslår at oppdragsgiver gis en avvisningsrett. Etter mindretallets vurdering bør bestemmelsene om avvisningsplikt kun gjelde forhold som har tilknytning til den konkrete anskaffelsen, dvs. forhold av rent anskaffelsesfaglig art. Dette vil ivareta regelverkets grunnleggende formål bedre enn bestemmelser om avvisningsplikt som omfatter andre hensyn, fordi sistnevnte vil kunne medføre avvisning i strid med regelverkets formål. En avvisningsplikt relatert til straffbare forhold vil utelukkende ivareta etiske hensyn på bekostning av de grunnleggende formålene om effektiv ressursbruk og konkurranse, og vil kunne medføre at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet må avvises. Hvis oppdragsgiver i stedet gis en avvisningsrett ved visse straffbare forhold hos leverandøren, vil den enkelte oppdragsgiver selv kunne

velge om han vil legge avgjørende vekt på etiske hensyn eller rene anskaffelsesfaglige hensyn.

Mindretallet er ikke enig i at avvisningsrett vil stille oppdragsgiver overfor vanskelige eller ressurskrevende vurderinger. Oppdragsgiver skal alltid ha anledning til å velge å avvise etter bestemmelsen, og han vil ikke kunne bli møtt med innsigelser om at avvisning for slike forhold vil være i strid med forholdsmessighetsprinsippet. Dersom en avvisning medfører at det klart mest økonomisk fordelaktige tilbudet ikke kan antas, vil en unnlatt avvisning sågar være ressursbesparende. En oppdragsgiver vil for øvrig kunne bli utsatt for press til å ta andre enn anskaffelsesfaglige hensyn i alle faser av en anskaffelsesprosess, men etter mindretallets oppfatning bør dette ikke være avgjørende ved fastsettelsen av hvilke rettsregler som skal gjelde.

Mindretallet ser videre ikke behov for en selvstendig bestemmelse om avvisning for slike forhold, men mener at det er tilstrekkelig at slike forhold omfattes av en generell bestemmelse om avvisning på grunn av leverandørens integritet, jf. kapittel 25.3.4.

For det tilfelle at lovgiver velger å innføre en avvisningsplikt for de nevnte straffbare forhold i del II, er et samlet *utvalg* enige om at plikten ikke bør gå lenger enn det Norge er forpliktet til etter det nye anskaffelsesdirektivet. Med andre ord skal bare straffbare handlinger slik de er definert i direktivet, gi grunnlag for avvisningsplikt. Således vil oppdragsgiver kun ha plikt til å avvise leverandører som er straffedømt for brudd på EU-lovgivningen, ikke nasjonal straffelovgivning (med unntak av nasjonale regler om korrupsjon, som er uttrykkelig nevnt i direktivet). Dette innebærer at rekkevidden av de øvrige straffbare forhold som er nevnt i gjeldende forskrift § 11-10 første ledd bokstav e, snevres inn.

*Medlemmet Breiland* ønsker likevel å bemerke at det er uheldig dersom dette medfører at en leverandør som ville blitt avvist etter gjeldende forskrift for straffbare forhold som omfattes av nasjonale straffebestemmelser, fremover kan bli tildelt kontrakt fordi EUs rettsakter legges til grunn i vurderingen. Det er derfor viktig at oppdragsgiver er sitt ansvar bevisst og bruker sin rett til å avvise i slike tilfeller.

For det tilfelle at lovgiver velger å innføre en avvisningsplikt, foreslår et samlet *utvalg* også en videreføring av unntaket for kontrakter som er nødvendig å tildele for å ivareta allmenne hensyn. Utvalget forutsetter at terskelen for å kunne påberope seg unntaket er høy, og viser i den forbindelse til ordlyden i artikkel 57 og premiss 100 i

direktivets fortale. En oppdragsgiver skal ikke kunne benytte unntaket bare fordi det vil føre til høyere priser å inngå kontrakt med en annen leverandør.

Utvalget ønsker ikke å foreslå en undersøkelsesplikt for oppdragsgiver. Utvalget ønsker således å videreføre gjeldende rett på dette punktet. I denne forbindelse peker utvalget på at konkurrenter gjerne vil kjenne til at en leverandør er straffedømt, og således vil kunne informere oppdragsgiver om dette.

### 25.3.2.2 *Leverandører som er i økonomiske vanskeligheter*

#### *Gjeldende rett*

Oppdragsgiver har rett til å avvise en leverandør som er konkurs, under gjeldsforhandling eller avvikling, har innstilt sin virksomhet eller befinner seg i en tilsvarende prosess, jf. § 11-10 annet ledd bokstav a. Videre kan oppdragsgiver avvise en leverandør som er begjært konkurs, har begjært åpning av gjeldsforhandlinger eller tvangsoppløsning eller befinner seg i en tilsvarende prosess, jf. § 11-10 annet ledd bokstav b.

Begge disse bestemmelsene, som svarer til direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2 bokstav a og b gjelder tilfeller der leverandøren er i alvorlige økonomiske vanskeligheter.

Bakgrunnen for en slik avvisningsbestemmelse er at slike forhold kan medføre risiko for at leverandøren ikke kan gjennomføre kontrakten. Oppdragsgiver skal ikke være forpliktet til å tildele kontrakt til en slik leverandør.

#### *Nytt anskaffelsesdirektiv*

Avvisningsbestemmelsene knyttet til leverandørens økonomiske vanskeligheter videreføres stort sett materielt uendret. Avvisningsbestemmelsene i gjeldende bokstav a og b er imidlertid blitt slått sammen i én ny bestemmelse, jf. ny artikkel 57 nr. 4 bokstav b.

Det fremgår av den nye bestemmelsen at det kan gjøres unntak fra denne regelen når det er blitt slått fast at leverandøren likevel vil være i stand til å gjennomføre kontrakten, under hensyn til nasjonale regler og tiltak for fortsettelsen av virksomheten. Hvordan et slikt unntak vil kunne se ut, avhenger av om avvisning på grunn av økonomiske vanskeligheter i nasjonal rett gjøres obligatorisk eller fakultativ. Dersom det innføres en plikt til å avvise leverandører i økonomiske vanskeligheter, kan det åpnes for at oppdragsgiver

likevel ikke skal/kan avvise når vilkårene er oppfylt. Dersom det bare innføres en rett til å avvise, kan det fastsettes at oppdragsgiver likevel ikke kan avvise når vilkårene er oppfylt.

#### *Utvalgets vurderinger*

Regler om avvisning av leverandører som er i økonomiske vanskeligheter, er med på å sikre kontraktsmessig oppfyllelse. *Utvalget* mener derfor at en slik bestemmelse også er nødvendig i del II.

Utvalget ser imidlertid ikke noen grunn til å gjøre en slik bestemmelse obligatorisk. Det bør overlates til oppdragsgiver å vurdere om det i det konkrete tilfellet er mest hensiktsmessig å avvise eller ei.

I stedet for å innføre en snever bestemmelse om avvisning på grunn av økonomiske vanskeligheter foreslår utvalget å innføre en generell avvisningsbestemmelse som også kan omfatte andre forhold som kan skape tvil om hvorvidt leverandøren er i stand til å gjennomføre kontrakten. En slik ny bestemmelse vil ikke bare omfatte økonomiske vanskeligheter som snevert definert i direktivet (konkurs mv.), men vil også kunne anvendes der andre økonomiske forhold gjør det tvilsomt om kontrakten kan gjennomføres. Denne generelle avvisningsbestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 25.3.4.

### 25.3.2.3 *Leverandører som er dømt for andre straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel*

#### *Gjeldende rett*

Oppdragsgiver har rett til å avvise en leverandør som er rettskraftig dømt for straffbare forhold som vedrører den yrkesmessige vandel, jf. § 11-10 annet ledd bokstav c. Bestemmelsen svarer til direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2 bokstav c.

Her tenkes det på andre straffbare forhold enn de som er listet opp i den obligatoriske avvisningsbestemmelsen i første ledd bokstav e, jf. kapittel 25.3.2.1. Det kan for eksempel være miljøkriminalitet, brudd på arbeidsmiljøloven eller annen økonomisk kriminalitet, herunder tilbudssamarbeid i strid med konkurranseloven. Dersom en direktør i et IT-firma har fått en fartsbot, vil dette imidlertid ikke relatere seg til den yrkesmessige vandel.

Formålet med bestemmelsen er i utgangspunktet det samme som med den obligatoriske avvisningsbestemmelsen i første ledd bokstav e. I motsetning til den obligatoriske bestemmelsen



har EU-lovgiver imidlertid ikke funnet at de samfunnsmessige hensynene skal veie tyngst, og det er derfor bare innført en rett til å avvise for slike andre straffbare forhold.

Også etter denne bestemmelsen kan avvisning bare finne sted når det foreligger en «rettskraftig dom». Hva som ligger i dette begrepet er nærmere diskutert i kapittel 25.1.0.

#### *Nytt anskaffelsesdirektiv*

En tilsvarende avvisningsbestemmelse videreføres ikke i direktiv 2014/24/EU. Dette henger sammen med at det er en viss overlapping mellom denne bestemmelsen og bestemmelsen om avvisning på grunn av alvorlige forsømmelser i artikkel 57 nr. 4 bokstav c, jf. nærmere i kapittel 25.3.2.4.

Oppdragsgivere vil imidlertid også etter det nye direktivet ha rett til å avvise en leverandør som er dømt for straffbare forhold som vedrører den yrkesmessige vandel. Dette kan da skje etter bestemmelsen om alvorlige forsømmelser. Her er det ikke stilt krav om at det skal foreligge rettskraftig dom, og oppdragsgiver må således i utgangspunktet antas å ha større rom til å avvise etter denne nye bestemmelsen.

#### *Utvalgets vurderinger*

Ettersom en fakultativ bestemmelse om avvisning av straffedømte leverandører ikke blir videreført i det nye anskaffelsesdirektivet, ser *utvalget* heller ikke grunn til å foreslå at en slik bestemmelse i anskaffelsesforskriften del II.

Det vises for øvrig til utvalgets vurderinger i kapittel 25.3.2.4.

#### *25.3.2.4 Leverandører som i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav*

##### *Gjeldende rett*

Oppdragsgiver har rett til å avvise en leverandør som har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav, jf. § 11-10 annet ledd bokstav d. Denne bestemmelsen svarer til direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2 bokstav d.

Formålet med denne bestemmelsen er det samme som med bestemmelsen i bokstav c om avvisning på grunn av straffbare forhold som vedrører den yrkesmessige vandel, jf. kapittel 25.3.2.3.

I FADs veileder er bestemmelsen omtalt slik:

«Brudd på en profesjons etiske retningslinjer og straffebestemmelser vil omfattes. Forsømmelsen må være av vesentlig betydning («alvorlige brudd») og være relevant for den konkrete anskaffelsen, jf. forholdsmessighetsprinsippet i kapittel 5.1.2.

[...]

Ved avvisning på grunn av alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav skal det foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor en blant annet tar hensyn til hvor alvorlig forsømmelsen er, tiltak leverandøren har gjort for å unngå nye forsømmelser, om det er en engangshendelse eller gjentatt adferd og hvor lenge det er siden.

Brudd mot konkurranse-, arbeidsmiljø, og miljøregler kan også falle under bestemmelsen og være avvisningsgrunn.»<sup>19</sup>

EU-domstolen har i sak C-465/11 (Forposta) slått fast at begrepet «forsømmelser mot faglige og etiske krav» skal tolkes ganske vidt. Det omfatter enhver uaktsom atferd som har innvirkning på leverandørens faglige troverdighet, og ikke kun brudd på regler og standarder for fagetikk i snever forstand. En leverandørs tidligere kontraktsbrudd kan i prinsippet også anses som en slik forsømmelse, men bare hvis det foreligger hensikt eller uaktsomhet av et visst alvor. Det må derfor foretas en konkret vurdering av leverandørens holdning.

Grensen mot bokstav c synes uskarp. Eksempelvis er det uklart om oppdragsgiver har adgang til å avvise en leverandør etter bokstav d for miljøkriminalitet der leverandøren (foreløpig) ikke er rettskraftig dømt. Denne problemstillingen vil ikke bli nærmere omtalt her.<sup>20</sup>

#### *Nytt anskaffelsesdirektiv*

Også etter direktiv 2014/24/EU har oppdragsgiver rett til å avvise leverandører som i sitt yrke har begått alvorlige forsømmelser, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav c. Denne svarer stor sett til gjeldende bestemmelse, bortsett fra en mindre presisering: Det tilføyes at slike forsømmelser skal bringe leverandørens integritet i tvil.<sup>21</sup> Dette må uansett

<sup>19</sup> Jf. FADs veileder, side 187–188.

<sup>20</sup> Jf. nærmere Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets fortolkningsuttalelse av 12. januar 2011.

<sup>21</sup> Det fremgår av direktivets fortale premiss 101 at alvorlige forsømmelser vil kunne skape tvil om leverandørens integritet og egnethet til å bli tildelt kontrakten, i de tilfeller der leverandøren ellers er teknisk og økonomisk i stand til å gjennomføre kontrakten, dvs. selv om han oppfyller kvalifikasjonskravene.

også antas å gjelde i dag som en følge av prinsippet om forholdsmessighet.

Som nevnt i kapittel 25.3.2.3 er bestemmelsen om avvisning av leverandører som er rettskraftig dømt for straffbare forhold som vedrører den yrkesmessige vandel, ikke videreført i det nye direktivet. Slike forhold vil imidlertid bli omfattet av den nye bestemmelsen om alvorlige forsømmelser. Her er det ikke noe krav at det foreligger rettskraftig dom, og det vil være tilstrekkelig at oppdragsgiver kan sannsynliggjøre slike forsømmelser med et hvilket som helst passende middel, jf. nærmere om krav til bevis i kapittel 25.6.

Oppdragsgiver kan i utgangspunktet også avvise en leverandør etter denne bestemmelsen for visse straffbare forhold som i utgangspunktet omfattes av den obligatoriske avvisningsbestemmelsen i artikkel 57 nr. 1, før det foreligger en endelig og bindende avgjørelse. Dette følger av fortalens premiss 101 og begrunnes i at oppdragsgiver uansett vil være ansvarlig for konsekvensene av å treffe en feil beslutning om avvisning.<sup>22</sup>

Dette må anses som en oppmyking i forhold til gjeldende rett. Dersom en leverandør for eksempel er tiltalt for korrupsjon eller kanskje dømt for dette i første instans, uten at det foreligger rettskraftig dom, vil det ikke være adgang til å avvise etter bestemmelsen i nr. 1. Oppdragsgiver vil derimot kunne ha en rett til å avvise etter nr. 4 bokstav c i et slikt tilfelle hvis det foreligger tilstrekkelig bevis for forholdet. Etter gjeldende rett er dette uklart.

#### *Utvalgets vurderinger*

*Utvalget* mener at oppdragsgiver også etter forskriftens del II bør ha mulighet til å avvise en leverandør som i sitt yrke har begått alvorlige forsømmelser. Dette sier noe generelt om leverandørens integritet og troverdighet, og det vil også kunne si noe om hans evne til å gjennomføre kontrakten. Har leverandørene tidligere begått alvorlige forsømmelser, er det risiko for at dette kan skje igjen i forbindelse med gjennomføringen av kontrakten.

Utvalget mener imidlertid at en slik bestemmelse ikke bør gjøres obligatorisk. Det bør – som i dag – overlates til oppdragsgiver å vurdere om det i det konkrete tilfellet er mest hensiktsmessig å avvise.

<sup>22</sup> Slik utvalget ser det, vil en avvisning ikke nødvendigvis være feil der leverandøren for eksempel etterfølgende frifinnes. Oppdragsgivers vurdering på avvisningstidspunktet kan ha vært forsvarlig likevel. Leverandøren kan også bli frifunnet på grunn av manglende forsett, men forholdet vil likevel kunne utgjøre en alvorlig forsømmelse.

Det er utvalgets vurdering at gjeldende avvisningsbestemmelse knyttet til alvorlige forsømmelser allerede omfatter mange av de forholdene som i det nye direktivet nå er skilt ut i selvstendige avvisningsbestemmelser, jf. omtalen i kapittel 25.3.2.8. Det gjelder for eksempel brudd på forpliktelser på miljø- og arbeidsområdet og på internasjonale menneskerettigheter, brudd på konkurranseregler, tidligere kontraktsbrudd, osv. Utvalget ser ikke behov for å innføre en rekke detaljerte avvisningsbestemmelser i del II som mer eller mindre har samme hensikt og anvendelsesområde. Utvalget vil i stedet foreslå å innføre en generell avvisningsbestemmelse som dekker samtlige forhold som kan medføre tvil om leverandørens integritet og hans evne til å gjennomføre kontrakten. Forslaget til en slik generell bestemmelse er nærmere omtalt i kapittel 25.3.4.

#### *25.3.2.5 Leverandører som ikke har betalt skatter, avgifter eller trygdeavgifter*

##### *Gjeldende rett*

I henhold til § 11-10 annet ledd har oppdragsgiver rett til å avvise en leverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av trygdeavgifter, jf. bokstav e, eller skatter og avgifter, jf. bokstav f.

Bestemmelsene, som følger av direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2 bokstav e og f, gjelder bare manglende innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter i Norge eller i det landet der leverandøren er etablert. En leverandør anses som etablert i det land hvor han har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak.

Disse bestemmelsene ivaretar dels samfunnsmessige hensyn. De skal gi leverandører et insitament til å oppfylle regler og forpliktelser som ligger utenfor anskaffelsesregelverket. Dels ivaretar de hensynet til gjennomføring av den konkrete kontrakten. Leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser, vil for eksempel kunne bli møtt med krav om innbetaling. Slike forhold sier også generelt noe om leverandørens integritet og økonomiske trygghet. Endelig er en slik bestemmelse med på å sikre at leverandørene konkurrerer på like vilkår.

Det følger av forholdsmessighetsprinsippet at ubetydelige restanser ikke bør lede til avvisning.

##### *Nytt anskaffelsesdirektiv*

Bestemmelser om avvisning av leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til

skatter, avgifter og trygdeavgifter, videreføres i det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2.

Som noe nytt gjøres bestemmelsen delvis obligatorisk, jf. første ledd: En leverandør skal avvise for slike brudd når oppdragsgiver er kjent med forholdet, og dette er blitt slått fast i en rettslig eller administrativ avgjørelse som har endelig og bindende virkning i henhold til nasjonale regler i leverandørens eller oppdragsgivers medlemsland. Oppdragsgiver har altså en plikt til å avvise når det for eksempel foreligger en rettskraftig dom.

At dette blir obligatorisk, er et eksempel på at ivaretagelsen av generelle samfunnsmessige hensyn som går lengre enn den konkrete anskaffelsen, styrkes. Kommisjonen har her pekt på at det er særlig viktig å sikre betaling av skatter og avgifter i finansielle krisetider.<sup>23</sup>

Etter annet ledd har oppdragsgiver rett til å avvise en leverandør for slike brudd som oppdragsgiver kan sannsynliggjøre med passende midler. Det vil altså si at oppdragsgiver bare har en rett til å avvise hvis det ikke foreligger en endelig og bindende avgjørelse. Medlemslandene kan likevel bestemme at avvising også gjøres obligatorisk i slike tilfeller. Oppdragsgiver må da avvise leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser, uansett hvordan dette kan slås fast.

Når leverandøren oppfylder sine forpliktelser ved å innbetale eller inngå i en bindende ordning om betaling av skyldige skatter, avgifter eller trygdeavgifter inklusiv eventuelle påløpne renter og bøter, kan han ikke lenger avvises, jf. tredje ledd.

#### *Utvalgets vurderinger*

Hvorvidt en leverandør har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter, vil kunne si noe om leverandørens seriøsitet og om han har en trygg økonomi. Derfor bør oppdragsgiver ha mulighet til å avvise leverandører som ikke har oppfylt slike forpliktelser.

*Utvalget* foreslår en regel om at oppdragsgiver skal ha rett, men ikke plikt, til å avvise leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter. Utvalget ønsker ikke at oppdragsgiver i noen tilfeller skal ha plikt til å avvise for slike forhold (der det foreligger en endelig avgjørelse), og

i andre tilfeller bare en rett (der dette bare kan dokumenteres på annen måte).

En avvinningsplikt vil styrke leverandørens insitament til å betale skatter og avgifter, og til en viss grad kunne bidra til like konkurransevilkår. Utvalget er imidlertid av den oppfatning at oppdragsgiver bare skal ha en avvinningsrett i disse tilfellene.

For det første kan det i slike tilfeller foreligge en helt adekvat og ikke enda avklart tvist mellom leverandøren og skattemyndighetene som godt kan munne ut i en konklusjon om at det ikke foreligger et krav om betaling. En leverandør som mottar et betalingskrav som han er uenig i, må riktignok uansett betale kravet i første omgang, og så eventuelt motta refusjon dersom han får medhold i en eventuelt klage. Utvalget mener likevel at det utad virker uheldig at en leverandør blir avvist fra en konkurranse hvis han etterfølgende får medhold i at kravet om betaling var urettmessig. Videre bør oppdragsgiver i en slik situasjon uansett gis mulighet til å foreta en konkret vurdering.

For det andre er det i utgangspunktet ingen klar sammenheng mellom dette ene elementet i leverandørens totale økonomi (manglende betaling) og hans generelle økonomiske styrke. Det er mye mer treffende å be om regnskap eller økonomiske nøkkeltall og kredittvurderinger for å vurdere leverandørens økonomiske styrke. Dette gjelder selv om det foreligger rettskraftig dom om for eksempel et skattekrav.

Endelig vil oppdragsgiver få mindre fleksibilitet. Oppdragsgiver vil bli tvunget til å legge avgjørende vekt på andre samfunnsmessige hensyn på bekostning av blant annet effektiv ressursbruk. Han vil heller ikke kunne ta i betraktning størrelsen på eventuelle skyldige beløp.

Utvalget har derfor kommet til at hensynet til oppdragsgivers interesser i den konkrete anskaffelsen bør veie tyngst, og at det derfor bare bør innføres en rett til å avvise. Dette vil være en videreføring av gjeldende rett. Oppdragsgivere som også ønsker å legge vekt på andre samfunnsmessige hensyn mv., har da full mulighet til dette.

Utvalget ser ikke behovet for en eksplisitt avvinningsbestemmelse og mener at det er tilstrekkelig at slike forhold omfattes av en generell bestemmelse som dekker samtlige forhold som kan medføre tvil om leverandørens integritet eller hans evne til å gjennomføre kontrakten. En slik generell bestemmelse er nærmere omtalt i kapittel 25.3.4.

<sup>23</sup> Jf. Kommisjonens non-paper til Rådet, dokument 5736/12 av 27. januar 2012, side 5.

### 25.3.2.6 *Leverandører som har gitt grovt misvisende, feilaktige eller manglende opplysninger*

#### *Gjeldende rett*

Oppdragsgiver har rett til å avvise en leverandør som har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller har unnlatt å gi opplysninger, jf. § 11-10 annet ledd bokstav g. Denne bestemmelsen svarer til direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2 bokstav g.<sup>24</sup>

Regelen gjelder opplysninger som oppdragsgiver etterspør for å kunne vurdere om leverandøren skal eller kan avvises, eller om kvalifikasjonskravene som stilles til leverandøren, er oppfylt.

Har for eksempel leverandøren gitt grovt feilaktige opplysninger om sine kvalifikasjoner, vil dette kunne være et tillitsbrudd som gir oppdragsgiver rett til å avvise leverandøren.

Bestemmelsen har en viss overlapping med bestemmelsen om manglende kvalifikasjoner. Hvis leverandøren faktisk ikke oppfylder de fastsatte kvalifikasjonskrav, har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandøren, jf. § 11-10 første ledd bokstav a. Som nærmere beskrevet i kapittel 25.3.3.1. vil dette også omfatte tilfeller der leverandøren ikke i tilstrekkelig grad dokumenterer at han er kvalifisert, slik at oppdragsgiver ikke kan vurdere om leverandøren faktisk oppfylder kravene. En slik avvisningsplikt må gå foran, og oppdragsgiver vil da bare kunne unnlate å avvise ved manglende dokumentasjon der det på annen måte kan slås fast at leverandøren oppfylder kvalifikasjonskravene.

Spørsmålet om avvisning kan avgjøres etter at oppdragsgiver eventuelt har gitt leverandøren en tilleggsfrist for ettersending av manglende dokumentasjon eller bedt leverandøren om å supplere visse dokumenter.

#### *Nytt anskaffelsesdirektiv*

Bestemmelsen om grovt feilaktige og manglende opplysninger videreføres stort sett uendret i direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 4 bokstav h. Heller ikke i det nye direktivet nevnes «misvisende opplysninger»; slike opplysninger er derimot eksplisitt nevnt i den nye bestemmelsen i bokstav i, jf. nærmere i kapittel 25.3.2.8.

Bokstav h omfatter nå også tilfeller der leverandøren ikke er i stand til å levere de dokumen-

tene som den nye egenerklæringen trer i stedet for, jf. artikkel 59. Dette henger sammen med at leverandører fremover kan nøye seg med, i første omgang, å fremlegge egenerklæringer, jf. nærmere i kapittel 20.3. Oppdragsgiver kan da på et hvilket som helst tidspunkt, men senest i forkant av tildelingen av kontrakten, kreve fremlagt de dokumentene som egenerklæringen her i stedet for. Kan leverandøren ikke fremlegge slike dokumenter, har oppdragsgiver rett til å avvise leverandøren. Her er det en overlapping med plikten til å avvise en leverandør på grunn av manglende kvalifikasjoner. Kan leverandøren ikke fremlegge dokumentene, og dette innebærer at oppdragsgiver ikke kan vurdere om leverandøren faktisk oppfylder kvalifikasjonskravene, har oppdragsgiver en plikt til å avvise leverandøren.

#### *Utvalgets vurderinger*

*Utvalget* mener at oppdragsgiver bør ha rett til å avvise en leverandør for slike forhold også etter forskriftens del II. Utvalget ser imidlertid ikke noe behov for en eksplisitt avvisningsbestemmelse, men foreslår at dette dekkes av den generelle bestemmelsen som er omtalt nærmere i kapittel 25.3.4.

### 25.3.2.7 *Rådgiverhabilitet*

#### *Gjeldende rett*

Dersom oppdragsgiver i strid med § 3-8 har brukt en leverandør som rådgiver ved utarbeidelsen av spesifikasjonene for en bestemt anskaffelse, inntrer en plikt til å avvise denne leverandøren i en etterfølgende konkurranse, jf. § 11-10 første ledd bokstav f. Det fremgår av § 3-8 at oppdragsgiver ikke skal benytte rådgivere som kan ha økonomisk interesse av anskaffelsen, dersom dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse jf. nærmere kapittel 29.4.

En slik eksplisitt avvisningsbestemmelse knyttet til bruk av rådgivere finnes ikke i anskaffelsesdirektivet. At en leverandør kan avvises i et slikt tilfelle, fremgår imidlertid implisitt av premiss 8 i fortalet til direktiv 2004/18/EF:

«Before launching a procedure for the award of a contract, contracting authorities may, using a technical dialogue, 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.»

<sup>24</sup> «Misvisende opplysninger» er ikke nevnt i direktivbestemmelsen, men er tatt med i den norske forskriften.

### *Nytt anskaffelsesdirektiv*

En avvisningsbestemmelse knyttet til rådgiverhabilitet er nå blitt tatt inn i direktiv 2014/24/EU, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav f. Oppdragsgiver kan avvise en leverandør som tidligere har vært involvert i anskaffelsesprosessen, jf. artikkel 41, hvis leverandørens forutgående involvering leder til en konkurransevridding som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak.

Etter artikkel 41 skal oppdragsgiver iverksette passende tiltak for sikre at konkurransen ikke vris til fordel for en leverandør som har gitt råd til oppdragsgiver eller på annen måte vært involvert i en anskaffelsesprosedyre. Det kan for eksempel være at en leverandør har foretatt en forundersøkelse for oppdragsgiver, har utarbeidet konkurransegrunnlaget eller skal bistå oppdragsgiver i å evaluere tilbudene. Denne bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 29.4.

Avvisningsbestemmelsen innebærer da at leverandøren kan avvises dersom det ikke er mulig å utjevne konkurransefordelen som leverandøren har fått gjennom sin forutgående investering. Innen han blir avvist, må han gis, mulighet til å sannsynliggjøre at hans deltakelse i prosessen ikke kan vri konkurransen.

Oppdragsgiver har plikt til å forsøke å utjevne den konkurransefordelen leverandøren har fått. Det fremgår således også av artikkel 41 annet ledd at leverandøren kun kan avvises når det ikke finnes andre muligheter for å sikre likebehandling. Det kan for eksempel skje ved å offentliggjøre relevante opplysninger som leverandøren har fått tilgang til, og ved å fastsette tilstrekkelige tidsfrister, som gir øvrige leverandører mulighet til å tilegne seg samme kunnskap. Avvisning er altså en siste utvei.

### *Utvalgets vurderinger*

*Utvalget* ser behovet for en slik regel for å sikre likebehandling av leverandørene.

Etter utvalgets vurdering bør imidlertid regelen utformes som en avvisningsplikt, ikke som en avvisningsrett. Utvalget antar at likebehandlingsprinsippet i langt de fleste tilfeller uansett vil føre til at en leverandør som har fått en konkurransefordel som ikke kan utjevnes, må avvises. Særlig i alvorlige tilfeller der leverandøren for eksempel har skreddersydd et konkurransegrunnlag eller tekniske spesifikasjoner til seg selv, eller skal evaluere sitt eget tilbud, er det åpenbart at leverandøren ikke kan delta i konkurransen.

Mot denne bakgrunn foreslår utvalget at det i forskriftens del II innføres en plikt til å avvise leverandører som har fått en urimelig konkurransefordel som ikke kan utjevnes med mindre inngripende tiltak.

### *25.3.2.8 Nye avvisningsbestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv*

#### *Innledning*

Det nye anskaffelsesdirektivet innfører en rekke nye fakultative avvisningsgrunner. Disse grunnene synes å være dekket av avvisningsplikten knyttet til «alvorlige forsømmelser» i gjeldende forskrift § 11-10 annet ledd bokstav d. Det nye er således bare at disse spesifikke forholdene fremheves i egne avvisningsbestemmelser.

En av disse nye bestemmelsene skiller seg imidlertid ut. Det gjelder bestemmelsen om avvisning når det foreligger en interessekonflikt. Slike forhold kan vanskelig sies å være omfattet av bestemmelsen om alvorlige forsømmelser. At det er adgang til å avvise for slike forhold også i dag, må imidlertid uansett følge av likebehandlingsprinsippet.

Samtlige nye avvisningsbestemmelser må således anses å være kodifisering av gjeldende rett.

#### *Leverandører som ikke har overholdt sine forpliktelser på miljø- og arbeidsområdet eller internasjonale menneskerettigheter*

Det følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav a at oppdragsgiver kan avvise en leverandør som har tilslidd sine forpliktelser på miljø- og arbeidsområdet eller internasjonale menneskerettigheter, jf. artikkel 18 nr. 2. Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre slike forhold med et hvilket som helst passende middel.

Denne avvisningsbestemmelsen ivaretar i høy grad ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

Bestemmelsen har en parallell i artikkel 56 nr. 1 annet ledd, som statuerer en rett til å avvise tilbud som ikke er i samsvar med krav på miljø- og arbeidsområdet og med internasjonale menneskerettigheter, jf. nærmere i kapittel 25.4.10.1.

#### *Leverandører som ikke har overholdt konkurransereglene*

Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver har tilstrekkelig plausible indikasjoner på at leverandøren har inngått en avtale med

andre leverandører som har til hensikt å vri konkurransen, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav d. Dette må antas å omfatte konkurransebegrensende samarbeid i henhold til konkurranseloven § 10, herunder ulovlig pris- og tilbudssamarbeid.

#### *Interessekonflikter*

Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når det foreligger en interessekonflikt som ikke kan avhjelpest med mindre inngripende tiltak, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav e.

I henhold til artikkel 24 omfatter begrepet interessekonflikt minst de situasjoner der ansatte hos oppdragsgiver eller oppdragsgivers rådgiver som er involvert i anskaffelsesprosessen eller kan påvirke denne, har en direkte eller indirekte økonomisk eller personlig interesse i anskaffelsen. Slike tilfeller må antas å svare til de tilfeller som omfattes av habilitetsreglene i forvaltningsloven, og vil for eksempel kunne oppstå der en ansatt leverer tilbud i konkurransen. Bestemmelsen er kort omtalt i kapittel 29.3.2.

Oppstår en slik interessekonflikt, har oppdragsgiver en plikt til å søke å avhjelpe den, for eksempel ved ikke å la den ansatte delta i anskaffelsesprosessen. Er ikke dette mulig, kan leverandøren avvises. Avvisning er altså en siste utvei.

Regelen kan vanskelig sies å være omfattet av gjeldende bestemmelse om avvisning på grunn av alvorlige forsømmelser. At oppdragsgivere i slike tilfeller også kan avvise en leverandør, må imidlertid uansett følge av likebehandlingsprinsippet.

#### *Leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige og gjentatte kontraktsbrudd*

Oppdragsgiver kan avvise en leverandør som har vist betydelige og gjentatte mangler ved gjennomføringen av vesentlige bestemmelser i tidligere kontrakter, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav g. Dette gjelder bare i forbindelse med tidligere kontrakter med oppdragsgivere og når slike mangler har ført til heving av kontrakten, erstatning eller tilsvarende sanksjoner.<sup>25</sup>

I direktivets fortale premiss 101 nevnes følgende eksempler på kontraktsbrudd som kan føre til avvisning:

- manglende gjennomføring av kontrakten
- betydelige mangler ved varen/tjenesten som gjør at den blir ubrukelig for oppdragsgiver

<sup>25</sup> Det gjelder uansett om kontrakten er omfattet av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet.

- dårlig oppførsel som skaper alvorlig tvil om leverandørens pålitelighet

Eksemplene kan tyde på at listen legges høyt. Eksempelvis vil oppdragsgiver i noen tilfeller kunne heve en kontrakt ved betydelige mangler, også selv om varen/tjenesten ikke blir ubrukelig for oppdragsgiver. Det er likevel nærliggende å anta at oppdragsgiver har avvisningsrett der oppdragsgiver har hevet kontrakten eller benyttet andre former for sanksjoner etter alminnelig kontraktsrettslige regler.

Det kan også tyde på at det ikke vil være adgang til å avvise etter denne bestemmelsen hvis oppdragsgiver faktisk ikke har hevet. Det kan imidlertid ligge andre kommersielle betraktninger til grunn som gjør at oppdragsgiver ikke hever, selv om han har rett til det. Det synes uheldig om oppdragsgiver ikke kan avvise leverandøren for slike forhold i en etterfølgende konkurranse. Slike forhold må imidlertid uansett kunne tas i betraktning i forbindelse med vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.

#### *Leverandører som har forsøkt å påvirke anskaffelsesprosessen*

Oppdragsgiver kan i henhold til artikkel 57 nr. 4 bokstav i avvise en leverandør som har forsøkt å påvirke oppdragsgivers beslutningsprosess på en urimelig måte, forsøkt å få tilgang til taushetsbelagte opplysninger som kan gi ham en fordel i anskaffelsesprosessen, eller som uaktsomt har gitt misvisende opplysninger som kan ha vesentlige innflytelse på oppdragsgiver beslutning vedrørende avvisning, utvelgelse eller tildeling.

Når det gjelder misvisende opplysninger, synes det å være en viss overlapping mellom denne bestemmelsen og gjeldende forskriftsbestemmelse om avvisning på grunn av grovt misvisende, feilaktige eller manglende opplysninger. Artikkel 57 nr. 4 bokstav i dekker imidlertid ikke bare opplysninger som gjelder avvisning og utvelgelse, men også tildeling. Videre er det et krav etter denne bestemmelsen at slike opplysninger skal kunne påvirke oppdragsgivers beslutning.

#### *Leverandører som har motstridende interesser*

Oppdragsgiver skal kunne gå ut fra at leverandøren ikke har de nødvendige kvalifikasjoner, når oppdragsgiver har slått fast at leverandøren har motstridende interesser som påvirker kontraktens oppfyllelse i negativ retning, jf. artikkel 58 nr. 4. Det vil for eksempel være tilfellet der leverandø-

ren har oppført et bygg; denne leverandøren vil da ikke være kvalifisert til å bli tildelt en kontrakt om kontroll med byggarbeidet.

#### *Utvalgets vurderinger*

Alle de forholdene som etter direktivets nye bestemmelser kan føre til avvising, vil etter *utvalgets* vurdering også være relevante etter forskriftens del II. Oppdragsgiver skal ikke være forpliktet til å inngå kontrakt med slike leverandører.

Særlig når det gjelder den nye bestemmelsen om interessekonflikter, er det utvalgets vurdering at det i de fleste tilfellene vil foreligge en avvsningsplikt. Utvalget foreslår derfor at oppdragsgiver i disse tilfellene skal ha en avvsningsplikt, og ikke bare en avvsningsrett.

Når det gjelder de øvrige nye avvsningsgrunnene, mener utvalget at disse ikke skal være obligatoriske. Oppdragsgiver bør ha fleksibilitet til å vurdere om det i den konkrete anskaffelsen er hensiktsmessig å avvise eller ei.

Utvalget ser heller ikke behovet for eksplisitte avvsningsbestemmelser om hvert enkelt av disse forholdene. Utvalget foreslår i stedet at det innføres en generell avvsningsbestemmelse som kan omfatte samtlige forhold som kan medføre tvil om leverandørens integritet og hans evne til å gjennomføre kontrakten. En slik bestemmelse er nærmere omtalt i kapittel 25.3.4.

### **25.3.3 «Særnorske» avvsningsgrunner**

#### *25.3.3.1 Leverandører som ikke oppfyller kravene til deltakelse i konkurransen*

##### *Gjeldende rett*

Leverandører som ikke oppfyller kravene som oppdragsgiver har satt for deltakelse i konkurransen, dvs. kvalifikasjonskravene, skal avvises, jf. § 11-10 første ledd bokstav a. Dette er en naturlig følge av likebehandlingsprinsippet.

Oppdragsgiver skal i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget opplyse om hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til leverandørene. Dersom oppdragsgiver ut fra de dokumenter mv. som er innlevert, kan se at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, har han plikt til å avvise leverandøren.

Leverandører som ikke i tilstrekkelig grad dokumenterer at de er kvalifisert, skal også avvises.<sup>26</sup> Kvalifikasjonskravene anses altså ikke som oppfylt når oppdragsgiver ikke har mulighet til å

vurdere om leverandørene faktisk oppfyller kravene. Manglende dokumentasjon kan også i seg selv i visse tilfeller gi oppdragsgiver en rett til å avvise leverandører, jf. nærmere i kapittel 25.3.2.6.

Oppdragsgiver har adgang til å gi en kort tilleggsfrist for ettersending av offentlig tilgjengelig dokumentasjon, jf. § 12-3. Det er eksplisitt vist til denne muligheten i avvsningsbestemmelsen. Dersom oppdragsgiver gir en slik tilleggsfrist, vil avvising i noen situasjoner kunne unngås. Dette forutsetter naturligvis at leverandøren er i stand til å levere den etterspurte dokumentasjonen. Oppdragsgiver kan også be om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren utdypes eller suppleres, jf. § 12-4. Disse bestemmelsene er nærmere omtalt i kapittel 20.4.

#### *Utvalgets vurderinger*

Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet tilsier at oppdragsgiver skal ha plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Kvalifikasjonskravene må anses som absolute krav som det ikke kan gjøres unntak fra. De kravene som oppdragsgiver stiller, vil være helt avgjørende for hvilke leverandører som kan og vil delta i konkurransen. Aksepterer oppdragsgiver at enkelte leverandører likevel ikke oppfyller disse kravene, vil konkurranseforholdet kunne bli forrykket.

Mot denne bakgrunn foreslår *utvalget* å videreføre en obligatorisk avvsningsbestemmelse knyttet til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.

Utvalget foreslår å stryke henvisningen til tilleggsfrist for ettersending av visse dokumenter. Det er åpenbart at oppdragsgiver kan vente med å vurdere om en leverandør skal avvises, til supplerende dokumentasjon er innhentet. Oppdragsgiver vil naturligvis også kunne velge ikke å innhente supplerende dokumentasjon, slik at leverandøren avvises umiddelbart dersom han ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

#### *25.3.3.2 Leverandører som ikke har levert skatteattest og HMS-egenerklæring*

##### *Gjeldende rett*

Det følger av § 11-10 første ledd bokstav b og c at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som har unnlatt å levere skatteattest eller HMS-egenerklæring i samsvar med §§ 8-7 og 8-8. Det følger av disse bestemmelsene at oppdragsgiver skal kreve skatteattester fra samtlige norske leve-

<sup>26</sup> Jf. for eksempel KOFAs sak 2010/173 avsnitt 29.

randører som deltar i anskaffelsen, og at det leveres HMS-egenerklæring for arbeid som skal utføres i Norge. Kravene til skatteattest og HMS-egenerklæring er nærmere omtalt i kapittel 11.4.3 og 11.5.3.

Oppdragsgiver har adgang til å gi en kort tilleggsfrist for ettersending av offentlig tilgjengelig dokumentasjon, jf. § 12-3. Det er eksplisitt vist til denne muligheten i avvisningsbestemmelsen. Dersom oppdragsgiver gir en slik tilleggsfrist, vil avvisning kunne unngås hvis leverandøren er i stand til å levere de etterspurte dokumenter. Bestemmelsen om tilleggsfrister er nærmere omtalt i kapittel 20.4.

Hvis leverandøren leverer skatteattest som viser restanser, har oppdragsgiver ikke plikt til å avvise leverandøren. Oppdragsgiver kan derimot vurdere om det er grunn til å avvise etter den fakultative avvisningsbestemmelsen i annet ledd bokstav e eller f (manglende innbetaling av trygdeavgifter og skatter), jf. nærmere i kapittel 25.3.2.5.

Hvis en HMS-egenerklæring er mangelfull, dvs. ikke utfylt i samsvar med forskriftens vedlegg 2, skal leverandøren avvises.<sup>27</sup>

#### *Utvalgets vurderinger*

Som det er redegjort for i kapittel 11.4.3, ønsker *utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, ikke å videreføre kravet om levering av skatteattest og HMS-egenerklæring. Som en naturlig konsekvens av dette forslaget er det heller ikke behov for en avvisningsbestemmelse knyttet til manglende levering av skatteattest og HMS-egenerklæring.

Flertallet peker likevel på at oppdragsgivere som ønsker å stille krav om innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring, har mulighet til å gjøre dette. Stiller oppdragsgiver et slikt dokumentasjonskrav, vil oppdragsgiver ha rett til å avvise leverandøren etter bestemmelsen om manglende opplysninger, jf. kapittel 25.3.2.6. Dersom den manglende dokumentasjon gjør at det ikke er mulig å vurdere om oppstilte kvalifikasjonskrav er oppfylt, vil det være en plikt til å avvise, jf. kapittel 25.3.3.1.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland, Gjønnnes og Strømsnes*, ønsker derimot å videreføre gjeldende krav om innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring. Dette har som konsekvens at avvisningsbestemmelsene knyttet til man-

glende levering av skatteattest og HMS-egenerklæring også må videreføres. De foreslår likevel at bestemmelsen om skatteattest og bestemmelsen om HMS-egenerklæring slås sammen i én og samme avvisningsbestemmelse.

#### *25.3.3.3 Leverandører som har levert forespørsel om å delta i konkurransen i strid med reglene om kommunikasjon eller etter fristens utløp*

##### *Gjeldende rett*

I henhold til § 11-10 første ledd bokstav d er oppdragsgiver forpliktet til å avvise en leverandør som har levert en forespørsel om å delta i en begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling etter fristens utløp. Bestemmelsen skal sikre likebehandling av leverandørene.

Videre skal oppdragsgiver avvise en leverandør som ikke har levert en slik forespørsel i samsvar med reglene i kapittel 7 om kommunikasjon. Disse reglene er behandlet i kapittel 18.3. Krever oppdragsgiver for eksempel at forespørsler om å delta skal leveres elektronisk, jf. § 7-1 første ledd, skal leverandører som leverer inn forespørsel på annen måte, avvises. Tilsvarende skal en leverandør som har fremsatt forespørsel om å delta telefonisk, jf. § 7-2 første ledd avvises, hvis han ikke etterfølgende skriftlig bekrefter forespørselen. Og hvis oppdragsgiver for eksempel stiller krav om at leverandører skal benytte en avansert elektronisk signatur, jf. § 7-3 første ledd bokstav a, har oppdragsgiver plikt til å avvise en forespørsel som ikke er signert, eller som har signaturer som ikke oppfyller dette kravet.

##### *Utvalgets vurderinger*

*Utvalget* har diskutert om oppdragsgiver skal ha rett eller plikt til å avvise leverandører som har levert forespørsel om å delta i konkurransen for sent.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Mathiesen, Amdal, Breiland, Brekke, Fredriksen, Gjønnnes, Strømsnes og Vigander*, mener at gjeldende avvisningsplikt er for streng. Situasjonen der en forespørsel blir levert for sent, skiller seg vesentlig fra situasjonen der et tilbud blir levert for sent, jf. nærmere i kapittel 25.4.2. I sistnevnte tilfelle er det en risiko for at selve tilbudet kan endres etter utløpet av tilbudsfristen, og dette begrunner en absolutt avvisningsplikt. En slik risiko oppstår imidlertid ikke ved for sent innkomne forespørs-

<sup>27</sup> Jf. for eksempel KOFAs sak 2011/79 avsnitt 42.



ler om å delta i konkurransen. Disse medlemmene foreslår derfor å endre bestemmelsen slik at oppdragsgiver bare får en rett til å avvise.

Flertallet understreker at dette forslag fremmes av hensyn til oppdragsgiver. En absolutt avvsningsplikt kan føre til at oppdragsgiver går glipp av gode tilbud, og at konkurransen derfor blir svekket. Bestemmelsen gir oppdragsgiver nødvendig fleksibilitet, og han vil naturligvis alltid kunne velge å avvise en leverandør som leverer forespørsel om å delta i konkurransen for sent.

Endelig peker flertallet på at det i forsyningsforskriften ikke er gitt en bestemmelse om avvsningsplikt, og at det derfor i praksis gjelder en avvsningsrett i disse tilfellene. Flertallet er ikke kjent med at en slik regel har skapt problemer i forsyningssektorene.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Frøyland og Liessem, ønsker å videreføre dagens avvsningsplikt når en forespørsel om å delta i konkurransen leveres for sent. Mindretallet mener at dagens regel er retts teknisk enkel. En avvsningsrett åpner derimot for usikkerhet, blant annet om hvor lang forsinkelse oppdragsgiver skal kunne akseptere. Mindretallet mener at det som følge av likebehandlingsprinsippet må være en ytre grense. Videre kan det reises spørsmål om det må stilles krav til leverandørenes begrunnelse for ikke å ha levert forespørselen innen fristen. Det kan også tenkes at enkelte kvalifikasjonskrav innebærer såpass store anstrengelser for leverandørene at en oversittelse av fristen vil kunne gi de leverandørene som leverer for sent, en fordel. Disse medlemmene viser også til at nye regler om egenerklæringer, jf. kapittel 20.3, vil kunne gjøre det enklere for leverandørene å levere forespørsel om å delta; de må ikke nødvendigvis fremlegge all underliggende dokumentasjon ved kvalifiseringen.*

Når det gjelder forespørsel om å delta som ikke er levert i samsvar med reglene om kommunikasjon, mener *utvalget* at det er behov for å gjøre visse endringer i bestemmelsen.

Som det er redegjort for i kapittel 18.3 foreslår utvalget på sikt å innføre krav til elektronisk kommunikasjon også i forskriftens del II. Når det blir obligatorisk å anvende elektronisk kommunikasjon, må oppdragsgiver fortsatt ha plikt til å avvise forespørsler som leveres på annen måte.

I en overgangsperiode frem til elektronisk kommunikasjon blir obligatorisk skal oppdragsgiver ha adgang til selv å velge hvilken kommunikasjonsform som skal gjelde. I denne overgangsperioden bør det imidlertid bare foreligge en rett til å avvise forespørsler som ikke respekterer kravene

til kommunikasjon. Stiller for eksempel oppdragsgiver selv krav om elektronisk innlevering av forespørsler om å delta i konkurransen, bør oppdragsgiver ha adgang til å avvise leverandører som ikke respekterer dette kravet. Mot denne bakgrunn foreslår utvalget i en overgangsperiode å innføre en rett til å avvise forespørsler som er avgitt i strid med den valgte kommunikasjonsformen. Når det på sikt gjøres obligatorisk å bruke elektronisk kommunikasjon, skal avvsningsretten erstattes av en avvsningsplikt. Utvalget foreslår ikke å videreføre gjeldende forskrift §§ 7-2 og 7-3. Da er det heller ikke behov for avvsningsregler knyttet til manglende overholdelse av disse bestemmelsene.

Når nye regler om elektronisk kommunikasjon blir innført, aktualiseres spørsmålet om avvsningsplikt på grunn av feil med den elektroniske signaturen. Utvalget overlater til departementet å utforme slike avvsningsbestemmelser.

Et samlet utvalg er enig om at ingen av avvsningsgrunnene i bokstav d som skal videreføres, sier noe om leverandørens evne og egnethet til å gjennomføre kontrakten. Disse forholdene har mer karakter av formalfeil. Utvalget foreslår at alle avvsningsgrunner som gjelder formalfeil, samles i en egen avvsningsbestemmelse.

#### **25.3.4 Ny bestemmelse om avvsningsplikt ved tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten**

Et samlet *utvalg* foreslår å innføre en generell regel som gir oppdragsgiver rett til å avvise leverandører ved tvil om leverandørens integritet eller hans evne til å gjennomføre kontrakten.

En slik sekkebestemmelse skal som minimum dekke alle forhold som er omfattet av ovennevnte direktivbestemmelser om avvsningsplikt på grunn av forhold ved leverandøren. Oppdragsgiver vil således ha rett til å avvise leverandører i hvert fall i følgende tilfeller:

- når leverandøren er i alvorlige økonomiske vanskeligheter, jf. kapittel 25.3.2.2
- på grunn av straffbare forhold som påvirker den yrkesmessige vandel, jf. kapittel 25.3.2.3
- når leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser, jf. kapittel 25.3.2.4.
- ved manglende oppfyllelse av forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter, jf. kapittel 25.3.2.5,
- ved manglende og feilaktige opplysninger, jf. kapittel 25.3.2.6,
- ved manglende oppfyllelse av forpliktelser på miljø- og arbeidsområdet og brudd på interna-

- sjonale menneskerettigheter, jf. kapittel 25.3.2.8
- ved brudd på konkurransereglene, jf. kapittel 25.3.2.8
  - ved alvorlige og gjentatte kontraktsbrudd, jf. kapittel 25.3.2.8
  - når leverandøren urettmessig har forsøkt å påvirke oppdragsgiver beslutninger, jf. kapittel 25.3.2.8 og
  - når leverandøren har motstridende interesser som kan påvirke kontraktsoppfyllelsen i negativ retning, jf. kapittel 25.3.2.8.

Bestemmelsen vil imidlertid også kunne omfatte andre forhold som kan skape tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten. Eksempelvis kan den tenkes også å dekke andre økonomiske vanskeligheter og andre typer kontraktsbrudd enn de som omfattes av direktivbestemmelsene. Det kan også tenkes at det er forhold som EU-lovgiver ikke har tenkt på i direktivene som bør gi oppdragsgiver en rett til å avvise.

En slik bestemmelse må likevel tolkes innskrenkende, slik at den ikke gir oppdragsgiver fri adgang til å avvise leverandører på grunn av anti-patier eller lignende. Oppdragsgiver vil ha bevisbyrden for at det foreligger forhold som skaper adekvat tvil om leverandørens integritet og hans evne til å gjennomføre kontrakten.

### 25.3.5 Utvalgets samlede vurderinger

Utvalget har vurdert muligheten for – i stedet for regler om avvisningsrett på grunn av forhold ved leverandøren – å innføre en adgang til å stille kvalifikasjonskrav om de relevante forhold, for eksempel krav om at leverandøren ikke skal være straffedømt eller at leverandøren har oppfylt sine forpliktelser vedrørende betaling av skatter og avgifter. På denne måten kan oppdragsgiver selv bestemme om han ønsker å stille et slikt spesifikt krav i en konkret anskaffelse, og således om forholdet skal føre til avvisning. Samtidig gis leverandørene mer gjennomsiktighet: Hvis kravet faktisk stilles, vil det inntre plikt til å avvise når det ikke oppfylles.

Utvalget har imidlertid kommet til at dette ikke er hensiktsmessig. Reglene om avvisningsrett gir oppdragsgiver en trygghet. Oppdragsgiver vil ikke måtte behøve å tenke på alle eventualiteter og ta inn kvalifikasjonskrav om ett eller flere av disse forholdene i konkurransereglene; han vil alltid kunne lene seg på avvisningsretten som er nedfelt i forskriften.

Utvalget foreslår at følgende bestemmelser om avvisning, som i dag finnes i bestemmelsen om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, samles i en egen bestemmelse om avvisning på grunn av formalfeil, jf. kapittel 25.3.3.3:

- når en forespørsel om å delta i konkurransen ikke er levert innen fristen (flertallet ønsker en avvisningsrett, mindretallet en avvisningsplikt)
- når en forespørsel om å delta i konkurransen er levert i strid med reglene om kommunikasjon (avvisningsrett)

Når det på sikt innføres krav til elektronisk kommunikasjon, må denne eventuelt også inneholde en bestemmelse om avvisning ved manglende oppfyllelse av obligatorisk krav om elektronisk signatur. Det overlates til departementet å utforme en slik bestemmelse.

Utvalget foreslår at følgende bestemmelser samles i bestemmelsen om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren:

- når leverandøren ikke oppfylder kvalifikasjonskravene (avvisningsplikt), jf. kapittel 25.3.3.1
- ved oppdragsgivers inhabilitet (avvisningsplikt), jf. kapittel 25.3.2.8
- ved rådgiverinhabilitet (avvisningsplikt), jf. kapittel 25.3.2.7
- ved visse straffbare forhold (avvisningsplikt), jf. kapittel 25.3.2.1 (flertallet)

I tillegg ønsker et mindretall å videreføre plikten til å avvise en leverandør som har unnlatt å levere skatteattest eller HMS-egenerklæring.

Endelig ønsker utvalget å innføre en generell avvisningsrett på grunn av forhold ved leverandøren som kan medføre tvil om leverandørens integritet, eller hans evne til å gjennomføre kontrakten.

## 25.4 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

### 25.4.1 Generelt

Forskrift om offentlige anskaffelser inneholder i § 11-11 bestemmelser om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet. Likelydende bestemmelser finnes i forskriften del III, jf. § 20-13.

Som nevnt innledningsvis er bestemmelsen oppdelt i obligatoriske avvisningsgrunner og fakultative avvisningsgrunner. Oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører i følgende tilfeller, jf. bestemmelsens første ledd:

- når tilbudet ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen, jf. bokstav a

- når tilbudet ikke tilfredsstillende visse krav til tilbudets utforming, jf. bokstav b
- når det foreligger et alternativt tilbud som er avgitt i strid med reglene om alternative tilbud, jf. bokstav c
- når tilbudet inneholder vesentlige forbehold mot kontraktvilkårene, jf. bokstav d
- når tilbudet inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. bokstav e
- når tilbudet inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene (relativ bedømmelsestil) jf. bokstav f

I følgende tilfeller har oppdragsgiver rett til å avvise et tilbud, jf. bestemmelsens annet ledd:

- når tilbudet etter forsøk på avklaringer, inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige, jf. bokstav a
- når tilbudet inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som i en konkurranse med forhandling kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene (relativ bedømmelsestil), jf. bokstav b
- når tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. bokstav c
- når tilbudet ikke er signert eller på grunn av andre forhold ikke kan anses bindende. Tilsvarende avvisningsrett foreligger når den elektroniske signatur ikke oppfyller kravene til e-signatur, jf. bokstav d

Bestemmelsen om avvisning av unormalt lave tilbud følger eksplisitt av direktiv 2004/18/EF. De øvrige avvisningsgrunnene kan karakteriseres som «særnorske» bestemmelser.

De forskjellige avvisningsgrunnene etter gjeldende rett er nærmere omtalt i kapitlene 25.4.2–25.4.9. Nye avvisningsgrunner vil bli diskutert i kapittel 25.4.10.

*Utvalget* har diskutert avvisningsbestemmelsene i lys av at et flertall i utvalget foreslår å oppheve forhandlingsforbudet, jf. nærmere i kapittel 16.3.1. Hvis et tilbud inneholder avvik, feil, uklarheter eller lignende, kan oppdragsgiver i utgangspunktet alltid velge å gå i forhandling med leverandøren om å presisere eller endre sitt tilbud. Avvisning vil således i mange tilfeller være mindre aktuelt.

Det er imidlertid åpenbart at det uansett vil være behov for avvisningsbestemmelser. For det første ønsker utvalget ikke å foreslå en forhandlingsplikt for oppdragsgiver der det foreligger avvik, feil eller lignende. For det andre er det ikke gitt at leverandøren kan eller vil rette eventuelle avvik. Det kan for eksempel være at leverandøren har tilbudt en vare med avvikende tekniske spesifikasjoner fordi han ikke er i stand til å levere det oppdragsgiver har etterspurt. Det kan også være at leverandøren har tatt forbehold mot visse kontraktsbestemmelser som han under ingen omstendigheter vil være villig til å godta.

Det som blir nytt, og som må anses som en stor forenkling, er at oppdragsgiver i utgangspunktet alltid vil ha adgang til å anmode leverandøren om å endre eller presisere sitt tilbud innen han treffer avvisningsbeslutningen.

## 25.4.2 Tilbud som er levert etter tilbudsfristens utløp

### 25.4.2.1 Gjeldende rett

Et tilbud som er levert etter tilbudsfristen skal avvises, jf. § 11-11 første ledd bokstav a. Dette følger også av likebehandlingsprinsippet. Aksepteres et tilbud som er levert for sent, vil leverandøren få en urimelig fordel, og det er risiko for at han kan ha fått kjennskap til innholdet i øvrige tilbud og dermed kan ha tilpasset sitt eget tilbud til dette.<sup>28</sup>

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet blir levert i tide, også når forsinkelsen skyldes uforutsette omstendigheter som leverandøren ikke selv er skyld i.<sup>29</sup> Selv et tilbud som er levert kort tid etter tilbudsfristens utløp, skal avvises.<sup>30</sup> Det vil i utgangspunktet heller ikke være mulig å ta et for sent levert tilbud i betraktning når forsinkelsen skyldes oppdragsgivers forhold, men dette kan føre til at oppdragsgiver må avlyse konkurransen.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Jf. KOFAs sak 2008/89 avsnitt 22. I denne saken presiserte KOFA at dette er en så viktig regel at det ikke bør gjøres unntak fra den.

<sup>29</sup> Jf. KOFAs sak 2003/81, der Posten var ansvarlig for forsinkelsen.

<sup>30</sup> Jf. KOFAs sak 2009/252, der tilbudet ble levert 12 minutter etter fristens utløp.

<sup>31</sup> Jf. KOFAs sak 2008/25, der oppdragsgiver hadde gitt motstridende opplysninger om tilbudsfrist i henholdsvis kunngjøring og konkurransegrunnlag. Avlyses konkurransen ikke, kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig, jf. KOFAs sak 2008/89.

I KOFAs sak 2008/103 ble et tilbud imidlertid ansett å være rettidig levert, selv om det ikke fysisk var mottatt.<sup>32</sup>

#### 25.4.2.2 Utvalgets vurderinger

Likebehandlingsprinsippet tilsier at oppdragsgiver må avvise et tilbud som er levert for sent. Utvalget foreslår derfor å videreføre gjeldende bestemmelse uten materielle endringer.

Blir et tilbud levert for sent, er dette en formalfeil som i utgangspunktet ikke sier noe om innholdet i eller kvaliteten på tilbudet. Utvalget foreslår at samtlige bestemmelser om avvisning på grunn av formalfeil, inkludert avvisning ved for sen levering av tilbud, samles i en egen avvisningsbestemmelse.

### 25.4.3 Tilbud som ikke oppfyller visse krav til tilbudets utforming

#### 25.4.3.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver skal avvise et tilbud som ikke oppfyller visse krav til tilbudets utforming, jf. § 11-11 første ledd bokstav b. Her er det vist til at tilbudet skal oppfylle kravene i følgende bestemmelser:

- § 11-2 første ledd om at tilbudet skal være skriftlig og avgis i lukket og merket forsendelse, enten direkte eller per post
- § 7-1 om regler for kommunikasjon
- § 7-2 om bruk av telefaks og telefon ved anmodning om å delta i konkurranser
- § 7-3 første ledd bokstav b-g om særlige krav til elektronisk mottak av tilbud

Dette er altså i prinsippet fire ulike avvisningsgrunner.

Kravene i § 11-2 første ledd er nærmere omtalt i kapittel 24.2. Disse formkravene skal blant annet sikre gjennomsiktighet og at tilbudet ikke åpnes før tilbudsfristens utløp.

Selv om avvisningsplikten er absolutt i slike tilfeller, har KOFA i sak 2003/24 anlagt en lempelig tolkning av om kravet til merking er oppfylt. I denne saken var tilbudet ikke korrekt merket. Tilbudet ble imidlertid levert inn personlig til kontaktpersonen som ble gjort kjent med konvolut-

tens innhold. Det var derfor ingen risiko for at tilbudets innhold skulle bli kjent eller at tilbudet skulle bli åpnet ved en misforståelse før tilbudsfristens utløp. Manglende merking ble således ansett som rettet opp ved overleveringen av tilbudet.

Reglene i §§ 7-1, 7-2 og 7-3 er nærmere omtalt i kapittel 18.3. Tilbud som leveres på annen måte enn oppdragsgiver har bestemt, jf. § 7-1, skal oppdragsgiver avvise. Reglene i §§ 7-2 og 7-3 første ledd bokstav b-g gjelder ikke leverandørens utforming av tilbud. Henvisningene til dem i § 11-11 første ledd bokstav b fremstår derfor som en feil.

#### 25.4.3.2 Utvalgets vurderinger

Som det fremgår av kapittel 18.3 foreslår utvalget å erstatte gjeldende regler i §§ 7-1, 7-2 og 7-3 med nye regler om elektronisk kommunikasjon i tråd med kravene i direktiv 2014/24/EU artikkel 22. Når disse reglene er på plass, foreslår utvalget at oppdragsgiver skal ha en plikt til å avvise tilbud som er levert i strid med forskriftens kommunikasjonsregler.

Utvalget foreslår at oppdragsgiver selv skal bestemme kommunikasjonsform frem til nye elektroniske løsninger er etablert, jf. kapittel 18.3. I denne mellomperioden bør oppdragsgiver ikke ha en plikt til å avvise tilbud som leveres på annen måte enn oppdragsgiver har bestemt. Etter utvalgets vurdering bør oppdragsgiver ha frihet til selv å bestemme om det er hensiktsmessig å avvise slike tilbud.

Mot denne bakgrunn foreslår utvalget å innføre en rett til å avvise tilbud som er levert i strid med den valgte kommunikasjonsformen. Avvisningsretten tas inn i en ny bestemmelse om avvisning på grunn av formalfeil. Når det blir obligatorisk å bruke elektronisk kommunikasjon, bør retten til å avvise endres til en plikt.

Utvalget foreslår å stryke kravene til lukking og merking i gjeldende forskrift § 11-2, jf. kapittel 24.2. Regler om avvisning knyttet til mangelfull lukking og merking er således ikke nødvendig. Utvalget mener imidlertid at oppdragsgiver skal ha adgang til å fastsette nærmere krav til tilbudets utforming. Oppfyller ikke en leverandør de fastsatte kravene, vil dette i utgangspunktet måtte anses som et avvik på lik linje med avvik fra andre krav i konkurransedokumentene, jf. kapittel 25.4.7. Slike avvik vil ha karakter av formalfeil, og utvalget foreslår derfor at det i en ny bestemmelse om avvisning på grunn av formalfeil slås fast at oppdragsgiver har rett til å avvise tilbud som ikke oppfyller kravene til tilbudets utforming.

<sup>32</sup> Posten hadde forsøkt å levere tilbudet innen fristen, men oppdragsgivers kontaktperson var ikke til stede, og Posten tok derfor tilbudet med tilbake til postkontoret. KOFA fant at oppgitt postboksadresse som alternativ til fysisk overlevering måtte forstås slik at når tilbudet var kommet til postkontoret dagen før fristutløp og kvittering var lagt i postboksen, måtte dette anses rettidig.

#### 25.4.4 Alternative tilbud som ikke oppfyller kravene til slike tilbud

##### 25.4.4.1 Gjeldende rett

Det følger av § 11-11 første ledd bokstav c at et alternativt tilbud skal avvises hvis det er avgitt i strid med bestemmelsene om alternative tilbud i § 11-4. Denne bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 24.2.5. Avvisningsregelen innebærer at oppdragsgiver skal avvise et alternativt tilbud i følgende tilfeller:

- når oppdragsgiver ikke har tillatt alternative tilbud
- når det ikke oppfyller minstekravene for alternative tilbud til ytelse og funksjon
- når det ikke oppfyller oppdragsgivers særlige krav til det alternative tilbudets utforming

Oppdragsgiver kan imidlertid ikke avvise et tilbud utelukkende med den begrunnelsen at kontrakten vil endre karakter fra tjenestekontrakt til varekontrakt eller omvendt.

Når oppdragsgiver har tillatt alternative tilbud, men ikke angitt minstekrav til slike tilbud, må utgangspunktet være at konkurransen avlyses, ikke at eventuelle alternative tilbud som kommer inn, avvises, jf. nærmere i kapittel 24.2.5.<sup>33</sup>

##### 25.4.4.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet viderefører i artikkel 45 en bestemmelse om alternative tilbud, jf. kapittel 24.2.5. I denne bestemmelsen videreføres kravene om at oppdragsgiver eksplisitt må tillate alternative tilbud, og at slike tilbud må oppfylle minstekrav til alternative tilbud og særlige krav til utformingen av alternative tilbud. Som noe nytt presiseres det også i bestemmelsen at oppdragsgiver kan kreve at det leveres inn et alternativt tilbud, eller at det innleveres et såkalt «normaltilbud» sammen med det alternative tilbudet. Det vil således også kunne være aktuelt å avvise tilbud som ikke oppfyller slike «nye» krav.

Det presiseres også i den nye bestemmelsen at oppdragsgiver må sikre at valgte tildelingskriterier kan anvendes likt både for «normaltilbud» og alternative tilbud. Har oppdragsgiver ikke sikret dette, må resultatet i utgangspunktet bli at konkurransen avlyses, og ikke at eventuelle alternative tilbud som kommer inn, avvises.<sup>34</sup>

##### 25.4.4.3 Utvalgets vurderinger

Som det fremgår av kapittel 24.2.5, foreslår utvalget at det innføres like regler om alternative tilbud i forskriftens del II og III. Dette innebærer også at den obligatoriske bestemmelsen om avvisning av alternative tilbud som er gitt i strid med reglene om alternative tilbud, må videreføres og ha lik utforming i del II og III. Den nærmere utformingen av en slik avvisningsbestemmelse overlates derfor til departementet.

#### 25.4.5 Tilbud som inneholder vesentlige avvik eller vesentlige forbehold

##### 25.4.5.1 Gjeldende rett

Et tilbud skal avvises når det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. § 11-11 første ledd bokstav d. Tilsvarende skal et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, avvises, jf. § 11-11 første ledd bokstav e.

Regelverket inneholder ingen definisjon av hva som menes med forbehold og avvik. Utgangspunktet må imidlertid være at et forbehold eller avvik foreligger der leverandørens tilbud på et eller flere punkter atskiller seg fra det som fremgår av konkurransegrunnlaget.<sup>35</sup>

Begrepet «kontraktsvilkår» i § 11-11 første ledd bokstav d kan anses å omfatte alle bestemmelsene i et konkurransegrunnlag, med unntak av prosedyrereglene for konkurransen. Det er derfor noe uklart hva som er forholdet mellom bestemmelsen om forbehold og avvik i henholdsvis § 11-11 første ledd bokstav d og e. Det naturlige vil være å benytte begrepet forbehold i første rekke der et tilbud etter sitt innhold ikke samsvarer med de juridiske, økonomiske og kommersielle forutsetningene i konkurransegrunnlaget, for eksempel bestemmelser om leveringstid, betaling, ansvarsfordeling osv. Og videre at begrepet avvik benyttes i første rekke der et tilbud etter sitt innhold ikke samsvarer med konkurransegrunnlagets kravspesifikasjoner, slik forskriftens ordlyd tilsier. Det er for eksempel tilfellet der leverandøren foreslår bruk av en annen teknisk løsning eller andre materialer enn de oppdragsgiver har angitt i de tekniske spesifikasjonene.<sup>36</sup> Når et til-

<sup>33</sup> Det må i hvert fall gjelde der det faktisk kommer inn et alternativt tilbud.

<sup>34</sup> Det må i hvert fall gjelde der det faktisk kommer inn et alternativt tilbud. Denne situasjonen tilsvarer den situasjon der oppdragsgiver har tillatt alternative tilbud, men ikke har fastsatt minstekrav til slike tilbud.

<sup>35</sup> Jf. en lignende formulering i EU-domstolens avgjørelse i C-243/89 (Storebælt) avsnitt 35.

bud avviker fra kravspesifikasjonen tilbyr leverandøren noe annet enn det som er etterspurt. Utvalget legger til grunn at det er en glidende overgang mellom hva som anses som forbehold og hva som anses som avvik etter gjeldende rett. I rettspraksis er det lagt til grunn at det foreligger et forbehold dersom oppdragsgiver ikke kan kreve utførelse i samsvar med det opprinnelige kontraktsforslaget.<sup>37</sup> Tilsvarende vil det foreligge et avvik dersom oppdragsgiver ikke kan kreve utførelse i tråd med kravspesifikasjonen.

I den juridiske litteraturen er det antatt at «avvik» kan benyttes som en samlebetegnelse for forbehold, avvik fra kravspesifikasjonen og øvrige avvik.<sup>38</sup> Departementet har i tilknytning til avvisningsbestemmelsene om «relativ bedømmelsestvil» lagt til grunn at det kun har teoretisk interesse i gråsonen mellom kategoriene, om årsaken til å avvise kan karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter eller lignende.<sup>39</sup> Dette skyldes at kategoriene er sidestilte.

Plikten til å avvise tilbud som inneholder vesentlige forbehold eller avvik er et utslag av likebehandlingsprinsippet; vesentlige forbehold og avvik kan gi leverandøren en konkurransefordel og medføre at tilbudene blir vanskelige eller umulige å sammenligne.

Dette har også blitt slått fast av EU-domstolen i en helt sentral avgjørelse om adgangen til å ta forbehold, sak C-243/89 (Storebælt). Saken gjaldt bygging av en bro over Storebælt. Det kunne avgis alternative tilbud hvis leverandøren utførte detaljprosjektet og bar det fulle ansvaret for prosjektet, både med hensyn til utarbeidelse, utførelse samt risikoen for mengdeforandringer i forhold til prosjekterte mengder. En leverandør avga et alternativt tilbud, men tok forbehold om at byggherren skulle overta både prosjekterings- og mengderisikoen. Et slikt forbehold var altså klart i strid med betingelsene i konkurransegrunnlaget.

Ifølge EU-domstolen følger det av likebehandlingsprinsippet at samtlige tilbud skal være i samsvar med konkurransegrunnlaget for å sikre muligheten for en objektiv sammenligning av tilbudene. Et slikt krav vil ikke bli oppfylt hvis leverandørene kunne fravike de «grunnleggende kon-

kurranserbetingelsene» ved å ta forbehold, slik domstolen fant var tilfellet i denne konkrete saken.

Det er også interessant at generaladvokat Tesauo i sitt forslag til avgjørelse omtaler adgangen til å ta forbehold:

«In particular, although the Commission acknowledges that tenderers may make reservations in their tenders, it believes that the availability of that option had its limit in the fundamental requirements contained in the general conditions, of which Condition 3, Clause 3 [de omtalte kravene om ansvarsfordelingen], is certainly an example...

[...]

It is true that Directive 71/305 does not contain any specific rule regarding reservations; nor does it expressly codify the principle of equal treatment. That does not mean, however, that all matters related to public contracts may be governed by national law without taking into account such a fundamental principle...»<sup>40</sup>

Et forbehold eller avvik vil ikke lovlig kunne aksepteres hvis det er av grunnleggende betydning. Dette vil således være det sentrale i vurderingen av om et forbehold eller avvik er vesentlig og må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Dette skal skje ut i fra en objektiv vurdering av tilbudet sammenholdt med krav og bestemmelser fastsatt i konkurransegrunnlaget.

Hvis et forbehold eller et avvik medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, må forbeholdet/avviket anses som vesentlig. Hvis oppdragsgiver likevel godtar tilbudet, innebærer det i praksis at oppdragsgiver godtar at konkurransegrunnlaget endres og at tilbudene avgis på forskjellig grunnlag. Er et tilbud ikke i samsvar med grunnleggende bestemmelsene i konkurransegrunnlaget, vil det ikke være mulig på objektivt grunnlag å sammenligne tilbudene.

En rekke momenter vil være relevante i vesentlighetsvurderingen, jf. blant annet KOFAs sak 2009/33:

«... det [må] ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen.»<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Der oppdragsgiver har åpnet opp for et alternativt tilbud, vil ikke slike forslag til andre løsninger utgjøre et avvik. Her blir det i stedet spørsmålet om det alternative tilbud oppfyller minstekravene, jf. nærmere i kapittel 24.2.5.

<sup>37</sup> Jf. Agder lagmannsretts dom av 10. april 2012 (LA-2011-100800).

<sup>38</sup> Jf. Dragsten, side 486–487.

<sup>39</sup> Jf. FADs veileder, side 194.

<sup>40</sup> Jf. avsnitt 15 og 18.

<sup>41</sup> Jf. avsnitt 32. Jf. for eksempel også avgjørelser fra Borgarting og Agder lagmannsrett, LB-2008-146318, LB-2010-115884 og LA-2007-135920 samt KOFAs saker 2009/244, 2009/126 og 2012/142.

Særlig når det gjelder avvik fra/forbehold mot krav som oppdragsgiver har betegnet som «minstekrav», «absolutte krav» eller lignende, har praksis gått i litt forskjellige retninger. Den helt klare hovedregel i tidligere praksis fra KOFA har vært at avvik fra/forbehold mot slike krav må anses vesentlige.<sup>42</sup> At et krav er et minstekrav, kan også i noen tilfeller innfortolkes, selv om ikke oppdragsgiver eksplisitt har benevnt det som et slikt.<sup>43</sup> Avvik fra minstekrav kan likevel i noen tilfeller bli ansett som ikke vesentlige, hvis et slikt avvik er ubetydelig for konkurranseforholdet mellom leverandørene.<sup>44</sup> Hvis minstekravet er tvetydig utformet og til å misforstå, så er det oppdragsgiver som har risikoen og det foreligger heller ikke noen avvisningsplikt i et slikt tilfelle.<sup>45</sup>

I den senere tid kan det imidlertid synes som KOFA har nyansert sin praksis noe: Brudd på minstekrav skal vurderes på lik linje med andre brudd, men vesentlighetstærskelen skal lettere anses oppfylt.<sup>46</sup>

Hvis leverandøren har tatt flere forbehold eller hvis tilbudet avviker fra kravspesifikasjonen på flere punkter, som isolert sett ikke anses som vesentlige, kan forbeholdene/avvikene likevel samlet sett medføre at tilbudet må avvises.<sup>47</sup>

I noen tilfeller kan det imidlertid være uklart om det i det hele tatt foreligger et forbehold eller et avvik. Dette må i så fall avgjøres ut i fra en konkret, objektiv vurdering av konkurransegrunnlaget sammenholdt med tilbudet.<sup>48</sup> Her må avtalerettens alminnelige tolkningslære gjelde som et utgangspunkt. Det spiller da i prinsippet ikke noen rolle om leverandøren benevner forholdet som et avvik/forbehold eller ikke. Det vises for øvrig til redegjørelsen for betydningen av uklar-

hetsregelen og preservasjonsprinsippet på anskaffelsesrettens område i kapittel 24.2.3.

#### 25.4.5.2 Utvalgets vurderinger

Ettersom det følger av likebehandlingsprinsippet at tilbud som inneholder vesentlige avvik eller forbehold, skal avvises, bør slike eksplisitte avvisningsbestemmelser også videreføres i forskriftens del II.

*Utvalget* ser imidlertid ikke behov for å sondre mellom avvik og forbehold, og viser til det som er sagt ovenfor ved gjennomgangen av gjeldende rett vedrørende dette. Begrepet «avvik» vil etter en språklig forståelse omfatte alle tilfeller hvor tilbudet ikke er i samsvar med oppstilte krav i kunningjøringen eller konkurransegrunnlaget. Utvalget ser ikke noen reell forskjell på rettsvirkningen av om et tilbud inneholder et forbehold eller et avvik: Er et forbehold eller avvik vesentlig, vil det inntre en plikt til å avvise. Er forbeholdet/avviket uvesentlig, men ikke helt ubetydelig, har oppdragsgiver rett til å avvise. Dersom oppdragsgiver ønsker å ta i betraktning et tilbud som inneholder et uvesentlig forbehold/avvik som har en økonomisk verdi, vil han ha plikt til å prissette det. Gjør han ikke det, vil det ikke være mulig å sammenligne tilbudene. Jf. nærmere om prissetting i kapittel 25.4.11.

Det kan i denne forbindelse nevnes at begrepet «forbehold» etter dansk praksis omfatter både forbehold mot kontraktsvilkårene og avvik fra kravspesifikasjonen.<sup>49</sup>

På dette grunnlaget foreslår utvalget å innføre «avvik» som en felles betegnelse for det som i dag betegnes forbehold og avvik. Dette skal dekke alle tilfeller der oppdragsgiver ikke vil kunne kreve oppfyllelse i tråd med konkurransegrunnlaget. I lys av at utvalget har besluttet at konkurransegrunnlaget skal inneholde en beskrivelse av anskaffelsen, kontraktsvilkår og prosedyreregler, jf. kapittel 19.3.2, vil et hvert avvik fra disse tre elementene innebære et avvik i forskriftens forstand. Det vil i prinsippet også utgjøre et avvik, der tilbudet ikke oppfyller formkravene til tilbudets utforming, men dette vil bli fanget opp av den foreslåtte bestemmelsen om avvisning på grunn av formalfeil.

Tilsvarende foreslår utvalget at avvisningsbestemmelsen bare viser til «vesentlige avvik»: Opp-

<sup>42</sup> Jf. for eksempel sak T-40/01 og KOFAs sak 2008/58.

<sup>43</sup> Jf. for eksempel Borgarting lagmannsretts kjennelse av 26. november 2010 (LB-2010-115884), og KOFAs sak 2005/243 avsnitt 27 og 2008/88 avsnitt 18. At ordet «skal» anvendes, kan være en indikasjon på at dette er et minstekrav, men ikke nødvendigvis, jf. for eksempel KOFAs sak 2012/7.

<sup>44</sup> Jf. for eksempel KOFAs sak 2010/336 avsnitt 58. Her var et krav om lege med spesialistgodkjenning et absolutt krav. Den tilbudte legen fikk først godkjenning fire måneder etter kontraktsstart. Med en kontraktsvarighet på tre år var det altså bare en kort periode at kravet ikke var oppfylt, og avviket ble ikke ansett som vesentlig.

<sup>45</sup> Jf. KOFAs sak 2010/337 avsnitt 24.

<sup>46</sup> I KOFAs saker 2013/2 og 2012/135 gjøres en regulær vesentlighetsvurdering. I sistnevnte sak legges det til at «avviket i klagers tilbud er et avvik fra et minstekrav til tilbudene, hvilket bare alene er et sterkt argument for at avviket må anses som vesentlig». Jf. også sak 2011/350.

<sup>47</sup> Jf. Agder lagmannsretts dom av 7. februar 2008 (LA-2007-135920).

<sup>48</sup> Jf. Rt. 2007 side 1489 (Byggholt).

<sup>49</sup> Forbehold mot grunnleggende elementer medfører en plikt til å avvise. Tilbud som inneholder slike forbehold benevnes «ukondisjonsmessige tilbud».

dragsgiver plikter å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra konkurransedokumentene.

En slik bestemmelse vil også omfatte tilfeller der det foreligger avvik, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som kan medføre relativ bedømmelsestil, jf. nærmere i kapittel 25.4.6.

Utvalget ønsker i denne forbindelse også å poengtere at gjeldende rett er noe uklar når det gjelder såkalte «minimumskrav» og spørsmålet om hvorvidt manglende oppfyllelse av slike krav må anses som vesentlige avvik. Denne usikkerheten er u hensiktsmessig for alle brukere av regelverket. Utvalget ønsker derfor å foreslå at et avvik fra krav som er betegnet som «absolutte krav» i konkurransegrunnlaget alltid skal anses som vesentlig. Dette vil være best i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og dette må gjelde uansett størrelsen og viktigheten av kravet i forhold til den konkrete anskaffelsen. Utvalget ser at dette kan gi uheldige konsekvenser der oppdragsgiver har angitt mindre og helt ubetydelige krav som absolutte. Utvalget mener likevel at det her er behov for en absolutt regel. Det skal i denne forbindelse ikke være avgjørende at begrepet «absolutt krav» er eksplisitt brukt i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende er hva som må legges til grunn etter en naturlig fortolkning av konkurransegrunnlaget. Det skal likevel mye til for at et krav må tolkes som absolutt, hvis ikke dette er eksplisitt angitt; da må presumpsjonen være at det ikke er et slikt krav.

For å markere et skille i praksis foreslår utvalget fremover å benytte begrepet «absolutte krav». Er et krav ikke angitt som absolutt, må avgjørelsen av om et avvik er vesentlig, fortsatt gjøres ut fra en konkret vurdering.

Samtidig kan det nevnes at det nye anskaffelsesdirektivet, i bestemmelsen om forhandlet prosedyre, eksplisitt slår fast at det ikke er adgang til å forhandle om minimumskravene, jf. artikkel 29 nr. 3. Selv i en konkurranse med forhandling ligger altså minimumskravene fast. Bakgrunnen for dette må være at slike krav er så grunnleggende for leverandørens evne og vilje til å delta at det ikke bør være mulig å endre på disse gjennom forhandling.

Det kan altså synes slik at det for anskaffelser omfattet av direktivet må settes likhetstegn mellom minstekrav og vesentlighet. I forlengelse av dette er det naturlig også å konkludere at det heller ikke vil være adgang til å anta et tilbud som ikke oppfyller minstekravene.

Dersom et avvik må anses som vesentlig foreligger det altså en plikt til å avvise. I forlengelse av dette oppstår spørsmålet om oppdragsgiver i en

prosedyre der det er adgang til å forhandle, skal ha adgang til å forsøke å bortforhandle et slikt vesentlig avvik.

Praksis fra EU-domstolen etter gjeldende direktiver er tilsynelatende ganske klar på når det gjelder tilbud som avviker fra absolutte krav, jf. sak C-561/12. Her sier domstolen at direktivene ikke tillater oppdragsgiver å føre forhandlinger med leverandører om tilbud som ikke oppfyller de bindende kravene som er fastsatt i de tekniske spesifikasjonene. Dette begrunnes i prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og domstolen uttaler blant annet følgende:

«Moreover, allowing a tender that does not comply with the mandatory requirements to be admissible with a view to negotiations would entail the fixing of mandatory conditions in the call for tenders being deprived of useful effect and would not allow the contracting authority to negotiate with the tenderers on a basis, made up of those conditions, common to those tenderers and would not, therefore, allow it to treat them equally.»<sup>50</sup>

Det er uklart om dette gjelder for vesentlige avvik generelt, eller bare der tilbudet avviker fra absolutte krav.<sup>51</sup> Det er videre uklart om denne avgjørelsen innebærer at det overhodet ikke vil være tillatt for oppdragsgiver å innlede noen form for forhandlinger der et tilbud inneholder vesentlige avvik/avvik fra minstekrav. Vil det for eksempel også være i strid med likebehandlingsprinsippet hvis oppdragsgiver i første runde, uten å forhandle om andre elementer i tilbudet, forsøker å få bortforhandlet et eventuelt vesentlig avvik, og bare dersom dette lykkes innleder reelle forhandlinger med leverandørene eller tildeler kontrakt?

Uavhengig av hva som må legges til grunn for anskaffelser som omfattes av direktivene (dvs. forskriftens del III), finner *utvalgets flertall, medlemmene Roll-Mathiesen, Amdal, Breiland, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander*, at oppdragsgivere bør ha mulighet til å søke å bortforhandle også vesentlige avvik for anskaffelser omfattet av den nasjonale delen av regelverket. Gis en slik adgang, vil man kunne unngå avvising og dermed oppnå størst mulig grad av konkurranse. Dette flertallet foreslår derfor at det i bestemmelsen slås fast at oppdragsgivere kan vente med å foreta en vurdering av om en leveran-

<sup>50</sup> Jf. avsnitt 38.

<sup>51</sup> Jf. for eksempel fagartiklene i Juristkontakt av Jostein Ramse (nr. 2 – 2014) og Helge Røstum (nr. 3 – 2014).



dør skal avises på grunn av vesentlige avvik, til eventuelle forhandlinger har vært gjennomført. Det tilbudet som til slutt aksepteres må naturligvis ikke inneholde noen vesentlige avvik. Flertallet understreker at oppdragsgiver alltid vil kunne fatte sin avvisningsbeslutning basert på det opprinnelige tilbudet, uten å invitere til forhandlinger. Et tilbud som inneholder vesentlige avvik vil altså alltid kunne avises uten videre. Dette harmonerer også godt med prinsippet om at leverandøren bærer risikoen for innholdet i sitt tilbud.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Brekke og Gjønnnes, ønsker derimot ikke at det skal åpnes for at oppdragsgivere kan innlede forhandlinger om tilbud som inneholder vesentlige avvik.*

Hensynet til like regler over og under EU/EØS-terskelverdiene taler for dette. En slik regel vil videre skape problemer for utvelgelsen av tilbud til forhandlinger fordi tilbudene vil være vesentlig forskjellige og inneholde vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget og dermed ikke være sammenlignbare. Mindretallet mener at en slik regel vil gå på bekostning blant annet av hensynet til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Etter mindretallets vurdering vil det videre innebære en fallitterklæring mot de grunnleggende kvalitetskrav som må stilles til konkurransegrunnlaget, å åpne for at oppdragsgiver kan innlede forhandlinger om tilbud med vesentlige avvik. Dette vil svekke oppdragsgivers incitamenter til å gjøre et forsvarlig forarbeid, og vil med stor sannsynlighet medføre økt utbredelse av dårlige konkurransegrunnlag. Leverandører som leverer tilbud med vesentlige avvik vil kunne oppnå fordeler ved at de kan presse ned prisen og derved komme i forhandlingsposisjon og manøvrere seg til kontrakten på billigst mulig måte. Ned-siden er derimot liten fordi erfaringen viser at «kan-avvisningsbestemmelsen» ikke brukes så ofte i praksis. Det er også usikkert i hvilken grad vesentlige avvik vil bli forhandlet bort i praksis, noe som vil kunne føre til økte endrings/tilleggskrav under kontraktgjennomføringen. Det er gjort et systematisk arbeid med å få oppdragsgivere til å gjøre et grundig arbeid med konkurransegrunnlaget. På [anskaffelser.no](http://anskaffelser.no) understrekes det at forarbeid og planleggingsfasen er vesentlig for å få til en god konkurranse. Mindretallet mener at et godt gjennomarbeidet konkurransegrunnlag fjerner risikoen for mange av klagen fra leverandørene. Det er viktig at konkurransegrunnlaget gir en god beskrivelse av hva oppgaven går ut på, slik at leverandørene svarer på oppgaven og oppdragsgiver får et godt sammenligningsgrunnlag. Disse medlemmene er redd for

at den gode planleggingen av anskaffelsen og arbeidet med konkurransegrunnlaget blir vesentlig dårligere med en slik prosedyre som flertallet foreslår.

I tillegg vil mindretallet påpeke at som konsekvens av flertallets forslag til ny prosedyre, der det alltid åpnes for forhandling, vil det bli enda viktigere å ikke tillate forhandlinger om vesentlige avvik. Flertallet legger samtidig opp til at oppdragsgiver kan velge å forhandle hvis ønskelig. I sum har leverandøren her ingen som helst mulighet til å hindre at oppdragsgiver legger opp til en prosess basert på sympatier eller antipatier mot en eller flere leverandører.

#### **25.4.6 Tilbud med avvik mv. som medfører relativ bedømmelsestil**

##### *25.4.6.1 Gjeldende rett*

Anskaffelsesforskriften inneholder bestemmelser om avvisning av tilbud som inneholder avvik<sup>52</sup>, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, såkalt relativ bedømmelsestil.

Dersom en slik tvil oppstår i forbindelse med en anbudskonkurranse oppstår det en plikt til å avvise, jf. § 11-11 første ledd bokstav f. Regelen er en naturlig konsekvens av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser, og at det er leverandøren som har risikoen for å utforme tilbudene korrekt.

Oppstår en slik tvil i forbindelse med en forhandlet prosedyre er det derimot bare en rett til å avvise, jf. § 11-11 annet ledd bokstav b. Dette henger nettopp sammen med at det i en forhandlet prosedyre vil kunne være mulig å få avklart eller bortforhandlet de elementene som gjør at tilbudene ikke kan sammenlignes, og det ville da være uheldig med en absolutt avvisningsplikt i slike tilfeller. Dette kan likevel i noen situasjoner være misvisende: Det vil uansett som følge av likebehandlingsprinsippet inntre en plikt til å avvise slike tilbud også i en forhandlet prosedyre, der tvilen faktisk ikke kan elimineres gjennom avklaringer eller forhandlinger.

Oppdragsgiver kan i utgangspunktet også velge å avvise et slikt tilbud før forhandlingene; oppdragsgiver har altså ikke noen plikt til å forhandle. Det kan derimot følge av de generelle

<sup>52</sup> Her brukes begrepet generelt, ikke bare om avvik fra kravspesifikasjonen, jf. kapittel 25.4.5.

prinsippene at oppdragsgiver kan ha plikt til å foreta avklaringer.

KOFA har i mange saker uttalt seg om forståelsen av bestemmelsene om relativ bedømmelsestvil. I sak 2010/323 avsnitt 59 oppsummeres mange av nemndas synspunkter:

«Klagenemnda har i sin tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud «kan medføre tvil» om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Nemnda har likevel lagt til grunn at det «kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene», jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å forsøke å prissette avvik, forbehold eller lignende, jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Dersom den prismessige konsekvensen av et forbehold lar seg fastsette, vil det normalt ikke foreligge «tvil» om hvordan tilbudet skal bedømmes, og forholdet til de øvrige leverandørene vil med dette være ivaretatt. Vurderingen av et konkret forbeholds prismessige konsekvens ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda, jf. klagenemndas sak 2012/70 (39) og 2011/308 premiss (88).»

Er det tvil om hvorvidt et tilbud inneholder et vesentlig avvik eller forbehold, kan dette i seg selv medføre en slik relativ bedømmelsestvil.<sup>53</sup>

Det spiller i utgangspunktet ikke noen rolle om det forholdet som fører til den relative bedømmelsestvilen skal karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter med videre. Departementet har lagt til grunn at dette kun har teoretisk interesse i gråsonen mellom kategoriene, ettersom kategoriene er sidestilte, og oppregningen uansett ikke er uttømmende, jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende».<sup>54</sup>

#### 25.4.6.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget finner at bestemmelsene om avvisning på grunn av relativ bedømmelsestvil er overflødige ved siden av bestemmelsene om plikten til å avvise tilbud med vesentlige avvik. Avvik eller lig-

nede som medfører at et tilbud ikke kan sammenlignes med andre tilbud, vil alltid være vesentlige. På denne bakgrunnen foreslår utvalget at avvisningsbestemmelsene om relativ bedømmelsestvil ikke videreføres.

Som fastslått i kapittel 24.2.3 skal leverandøren bære risikoen for uklarheter i sitt tilbud. I lys av denne uklarhetsregelen ønsker utvalget ikke å foreslå at det innføres noen forpliktelse for oppdragsgiver til å foreta avklaringer eller innlede forhandlinger for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Oppdragsgiver kan altså alltid velge å avvise et slikt tilbud uten videre. Som det fremgår av kapittel 16.3.1, foreslår utvalgets flertall at forhandlingsforbudet oppheves, noe som innebærer at oppdragsgiver alltid vil ha adgang til å forsøke å avklare og innlede forhandlinger, før avvisningsbeslutningen fattes. Lykkes det gjennom avklaringer og forhandlinger å bringe tvilen av veien og gjøre tilbudene sammenlignbare, vil det ikke inntre en plikt til å avvise.

I de tilfeller der den relative bedømmelsestvil ikke elimineres gjennom eventuelle avklaringer/forhandlinger, må tilbudet avvises etter bestemmelsen om vesentlige avvik.

### 25.4.7 Tilbud som inneholder ikke ubetydelige avvik, forbehold, feil mv.

#### 25.4.7.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver har rett til å avvise et tilbud som etter forsøk på avklaringer inneholder ikke ubetydelige avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende, jf. § 11-11 annet ledd bokstav a.

Hvorvidt årsaken til å avvise kan karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter mv. eller liknende, er kun av teoretisk interesse.

Det er et vilkår for å benytte avvisningsretten at oppdragsgiver har forsøkt å oppnå avklaring, jf. henvisningen til forskriftens § 12-1. Formålet er å begrense oppdragsgivers avvisningsrett, ettersom en for vid avvisningsrett vil kunne medføre misbruk, jf. likebehandlingsprinsippet, god forretningsskikk og forholdsmessighetsprinsippet. Oppdragsgiver må derfor gjøre et reelt forsøk på avklaring, innenfor de grensene forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser oppstiller. Dette forutsetter imidlertid at tilbudet er uklart; er det ikke det, kan det heller ikke foreligge plikt til å avklare. KOFA har slått fast at det normalt vil være tilstrekkelig om muligheten for avklaring er saklig og forsvarelig vurdert.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Jf. KOFAs sak 2011/208.

<sup>54</sup> Jf. FADs veileder, side 194.

I en konkurranse med forhandling vil det være en adgang, men ikke plikt, til å bortforhandle slike avvik, forbehold, feil osv.

For at det skal oppstå avvisningsrett er det et vilkår at mangelen ikke anses ubetydelig. Bestemmelsen er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretningsskikk. Det oppstår således ikke avvisningsrett for mangler som er så små at de ikke har noen betydning for gjennomføringen av kontrakten, enten økonomisk eller av andre grunner. Terskelen for hva som kan regnes som ubetydelig må imidlertid anses som lav.<sup>56</sup> Oppdragsgiver må selv kunne beslutte hva han skal anskaffe, og på hvilke vilkår.

Det må også være adgang til å avvise tilbud etter denne bestemmelsen hvis det ikke oppfyller de formkravene som oppdragsgiver har fastsatt til tilbudets utforming.<sup>57</sup> Oppdragsgiver kan for eksempel ha fastsatt at tilbudet skal leveres ved bruk av en bestemt tilbudsmal, at tilbudet maksimalt må bestå av et visst antall sider, eller at det skal utformes på et bestemt språk, jf. § 3-9. Brudd på slike formkrav vil i utgangspunktet gi en avvisningsrett.

Oppdragsgiver kan alltid velge å ta et tilbud i betraktning som inneholder ikke ubetydelige avvik, forbehold, feil osv, med mindre han i konkurransegrunnlaget har forpliktet seg til ikke å gjøre dette. Hvis et tilbud som inneholder et forbehold eller avvik ikke avvises, må det imidlertid vurderes om avviket/forbeholdet har en økonomisk verdi. Er dette tilfellet, følger det av likebehandlingsprinsippet at oppdragsgiver må prissette avviket/forbeholdet for å utligne den konkurransefordel som det gir, jf. nærmere i kapittel 25.4.11.

#### 25.4.7.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget har diskutert i hvilket omfang det nye anskaffelsesdirektivet gir rom for å akseptere tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget.

Som nevnt i kapittel 25.2 inneholder direktiv 2014/24/EU en bestemmelse om at kontrakter først skal tildeles når oppdragsgiver har verifisert

blant annet at tilbudet oppfyller de krav, betingelser og kriterier som er fastsatt i konkurransegrunnlaget eller øvrige konkurranse dokumenter, jf. artikkel 56 nr. 1 første ledd bokstav a.<sup>58</sup>

Etter en ren ordlydsfortolkning kan dette leses slik at direktivet ikke åpner opp for at tilbud i det hele tatt kan inneholde avvik eller forbehold (utover det som følger av bestemmelsene om alternative tilbud).

Slik utvalget leser den nye bestemmelsen er dette nærmere en kodifisering av utgangspunktet i sak C-243/89 (Storebælt): Det følger av likebehandlingsprinsippet at samtlige tilbud i utgangspunktet skal være i samsvar med konkurransegrunnlaget for å sikre muligheten for en objektiv sammenligning av tilbudene. Dette vil ikke være mulig der tilbudet inneholder et vesentlig avvik/forbehold.<sup>59</sup>

Utvalget mener videre at direktivbestemmelsen må tolkes i lys av forholdsmessighetsprinsippet. Dette prinsippet medfører at det ikke er ethvert avvik eller forbehold som skal føre til avvisning.

Utvalget ser imidlertid at det ikke er klart hva som må utledes av det nye direktivet når det gjelder adgangen til å levere tilbud med avvik og omfanget av denne adgangen, for anskaffelser som er omfattet av regelverket over EU/EØS-terskelverdiene. Utvalget mener at dette ikke kan være til hinder for at det etableres klarere rettsregler i den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket.

På denne bakgrunnen foreslår utvalget å videreføre en bestemmelse i den nasjonale delen av regelverket om at oppdragsgiver har rett, men ikke plikt, til å avvise tilbud som inneholder ikke-ubetydelige avvik fra konkurransegrunnlaget, uklarheter eller lignende. Utvalget ser ikke noe behov for eksplisitt å nevne «feil» og «ufullstendigheter», da slike forhold i langt de fleste tilfeller vil bli dekket av «avvik» og «uklarheter», og under alle omstendigheter av «eller lignende» formuleringen. Noen realitetsendring er altså ikke tilsiktet med denne språklige endringen.

Utvalget foreslår også å stryke avklaringsbestemmelsen. Under henvisning til at leverandøren

<sup>55</sup> Jf. KOFAs 2013/8 avsnitt 49.

<sup>56</sup> Jf. KOFAs sak 2013/8 avsnitt 51. Et forbehold mot kontraktsbetingelser ble ansett som av helt underordnet karakter, da det ikke kunne påregnes at det ville ha nevneverdige praktiske eller økonomiske konsekvenser. Oppdragsgivers ønske om likelydende kontraktbetingelser for sine avtaler var imidlertid saklig, og forbeholdet ble derfor ansett som ikke ubetydelig.

<sup>57</sup> Avvik fra visse formkrav vil kunne føre til pliktmessig avvisning, jf. § 11-11 første ledd bokstav b.

<sup>58</sup> Samme formulering er for øvrig benyttet i WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen).

<sup>59</sup> Også EU-retten har i sak T-8/09 uttalt seg om et forbehold mot kontraktsbestemmelser om varighet. Her kan det umiddelbart synes som alle avvik/forbehold skal føre til avvisning. Retten uttaler imidlertid at tilbudet med et slikt forbehold ikke kan sammenlignes med øvrige tilbud. Utvalget tolker derfor denne avgjørelsen slik at ikke-vesentlige forbehold/avvik kan aksepteres, når bare sammenligning med øvrige tilbud er mulig, eksempelvis ved å prissette forbeholdet/avviket.

skal bære risikoen for uklarheter i tilbudet ønsker utvalget ikke å foreslå at det innføres noen forpliktelse for oppdragsgiver til å foreta avklaringer av eventuelt uklarheter. Oppdragsgiver vil derfor alltid kunne avvise et slikt tilbud umiddelbart, så lenge det ikke er et helt ubetydelig forhold.

Oppdragsgiver som måtte ønske det, kan imidlertid alltid velge å foreta avklaringer. Utvalget foreslår at forhandlingsforbudet oppheves, og oppdragsgiver vil derfor alltid ha adgang til å forsøke å bortforhandle eventuelle avvik. Oppdragsgiver kan også godta et slikt tilbud uten å avklare/bortforhandle. Som nevnt over er oppdragsgiver imidlertid i et slikt tilfelle forpliktet til å prissette eventuelle avvik som har en økonomisk verdi, jf. nærmere i kapittel 25.4.11.

Når det gjelder tilbud som ikke oppfyller formkrav som oppdragsgiver har fastsatt til tilbudets utforming, foreslår utvalget at disse fremover skal kunne avvises etter den nye bestemmelsen om avvisning på grunn av formalfeil, jf. kapittel 25.4.3.

## 25.4.8 Unormalt lave tilbud

### 25.4.8.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver kan avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 11-11 annet ledd bokstav c. Fremgangsmåten for avvisning av unormalt lave tilbud er nærmere regulert i § 11-12. Disse bestemmelsene har sitt utspring i anskaffelsesdirektivet artikkel 55.<sup>60</sup>

Bakgrunnen for at oppdragsgiver skal kunne avvise unormalt lave tilbud, er å forhindre at oppdragsgiver må akseptere tilbud der for eksempel leverandøren mottar ulovlig statsstøtte, eller der gjennomføringen av kontrakten er i fare fordi leverandøren er i økonomiske vanskeligheter. Regelen skal altså primært beskytte oppdragsgiver. Det er likevel også elementer i bestemmelsen som skal ivareta samfunnsmessige hensyn. Samtidig gir bestemmelsene leverandørene en rettsbeskyttelse, ettersom oppdragsgiver først kan avvise et unormalt lavt tilbud etter å ha innhentet opplysninger om tilbudets sammensetning fra leverandøren.

Verken forskriften eller direktivet gir noen definisjon av hva som utgjør et unormalt lavt tilbud og de fastlegger heller ikke noen metode for beregning av når et tilbud skal anses som unormalt lavt. Vurderingen av om et tilbud virker unormalt lavt kan avhenge av forskjellige forhold.

<sup>60</sup> Tilsvarende bestemmelser finnes i del III i § 20-13 annet ledd bokstav c og § 20-14.

Eksempelvis kan et tilbud fremstå som unormalt lavt sett i forhold til de øvrige tilbudene som har kommet inn (en relativ vurdering). Et tilbud kan imidlertid også fremstå som lavt i forhold til den kvalitet eller oppgaveløsning som foreslås eller det som er vanlig praksis i den aktuelle bransjen, herunder den vanlige margin for profitt (en absolutt vurdering).

§ 11-11 annet ledd bokstav c gir bare oppdragsgiver en avvisningsrett. Oppdragsgiver har altså i utgangspunktet ikke plikt til å avvise et unormalt lavt tilbud.<sup>61</sup> Oppdragsgiver har heller ikke en undersøkelsesplikt, der et tilbud virker unormalt lavt. Det kan ikke utelukkes at de generelle prinsipper i noen tilfeller kan tale for at det likevel oppstår en plikt til å undersøke tilbudet nærmere og eventuelt avvise et unormalt lavt tilbud.<sup>62</sup> Uansett må kravet til likebehandling føre til at avvisningsretten benyttes likt overfor leverandørene.

Dersom en oppdragsgiver ønsker å avvise et tilbud som virker unormalt lavt, plikter oppdragsgiver først skriftlig å be leverandøren legge frem relevante opplysninger som kan forklare de lave prisene, og etterprøve disse opplysningene, jf. § 11-12 første ledd. Avvisning kan altså først skje etter en kontradiktorisk prosess. Skriftlighetskravet gjelder uavhengig av hvilken konkurranseform som er valgt.

§ 11-12 annet ledd gir en rekke eksempler på hva slike opplysninger kan omhandle:

- besparelser i forbindelse med byggemetoden, produksjonsmetoden for varene eller utførelsen av tjenestene
- de anvendte tekniske løsningene og/eller leverandørens usedvanlig gunstige betingelser
- originaliteten av ytelsen (den nyskapende karakter)
- oppfyllelsen av de krav vedrørende arbeidsforhold som gjelder på det sted som ytelsen skal presteres,
- eventuell statsstøtte

Listen er ikke uttømmende, og oppdragsgiver kan derfor ikke utelukke begrunnelser som ikke omfattes av listen.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Jf. for eksempel KOFAs sak 2009/9 avsnitt 65.

<sup>62</sup> Jf. KOFAs sak 2008/21 avsnitt 41. I Steinicke og Groesmeyer, side 1316 gis som et slikt eksempel at oppdragsgiver er klar over at tilbudet er uholdbart, men hvor han likevel foretrekker å akseptere tilbudet med viten om at det sannsynligvis må skje korrigeringer av prisen etter kontraktsinngåelse.

<sup>63</sup> Jf. forente saker C-285/99 og 286/99 (Impresa Lombardini).

Oppdragsgiver skal undersøke tilbudets sammensetning på grunnlag av de forklaringer som leverandøren gir, jf. § 11-12 tredje ledd. I utgangspunktet er det oppdragsgiver som har bevisbyrden for at et tilbud kan anses som unormalt lavt i bestemmelsens forstand.

Lav pris er imidlertid et konkurransefortrinn, og er ikke i seg selv tilstrekkelig avvisningsgrunn. Unormalt lav pris kan for eksempel skyldes uvanlig materialvalg, bruk av innovative løsninger med videre. En leverandør kan også velge å prise ytelsen unormalt lavt av strategiske årsaker, for eksempel for å få en prestisjefylt kontrakt som antas å generere flere oppdrag senere, uten at dette innebærer at tilbudet er unormalt lavt i bestemmelsens forstand. Selv om leverandøren vil ha en minimal avkastning eller taper penger på kontrakten, er dette i seg selv neppe grunn til å avvise tilbudet, så lenge det ikke utgjør en risiko for gjennomføringen. Hvis den lave prisen utgjør en risiko ved gjennomføringen av leverandørens kontraktsforpliktelser, for eksempel ved at den lave prisen utgjør en fare for leverandørens økonomiske stilling, vil oppdragsgiver imidlertid ha en avvisningsrett.<sup>64</sup>

EU-domstolen har akseptert at oppdragsgiver oppstiller et matematisk beregningskriterium for når et tilbud virker unormalt lavt og derfor må undersøkes nærmere etter prosedyren i direktivet.<sup>65</sup> Det er imidlertid ikke tillatt å anvende et slikt kriterium til automatisk å avvise slike tilbud, uten å gi leverandørene mulighet til å komme med en nærmere forklaring om prissammensetningen.

Som nevnt innledningsvis skal bestemmelsen om unormalt lave tilbud også ivareta generelle samfunnsmessige hensyn. Det gjelder særlig punktene d og e som går videre enn bare å beskytte oppdragsgivers interesser.

Hvis oppdragsgiver finner at tilbudet er unormalt lavt fordi leverandøren har mottatt statsstøtte, kan tilbudet kun avvises hvis leverandøren ikke kan godtgjøre at statsstøtten er lovlig, jf. § 11-12 nr. 4.<sup>66</sup> Oppdragsgiver må således konsultere leverandøren som, innenfor en rimelig frist fastsatt av oppdragsgiver, må godtgjøre dette. Kan han ikke det, kan tilbudet avvises. Bevisbyrden for

at det ikke er tildelt ulovlig statsstøtte påhviler altså leverandøren. Når oppdragsgiver avviser et tilbud med den begrunnelse at det er tildelt ulovlig statsstøtte, skal han meddele dette til ESA.

Dersom oppdragsgiver velger å ikke avvise et unormalt lavt tilbud, kan han ikke i stedet velge å legge negativ vekt på den lave prisen i forbindelse med tildelingen.<sup>67</sup> Det vil heller ikke i en anbuds-konkurranse være mulig for oppdragsgiver å justere prisen til et mer realistisk nivå, men oppdragsgiver kan i en forhandlet prosedyre oppfordre leverandøren til å justere tilbudet før en eventuell avvisning.<sup>68</sup>

#### 25.4.8.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet viderefører i artikkel 69 en bestemmelse om unormalt lave tilbud, men det gjøres noen substansielle endringer. Det innføres en generell plikt for oppdragsgiver til i alle tilfeller å foreta nærmere undersøkelser av tilbud som fremstår som unormalt lave, uansett om han vil velge å avvise tilbudet eller ei. Dette henger sammen med at det som noe nytt også innføres en plikt til å avvise tilbud som er unormalt lave fordi de ikke oppfyller krav på miljø- og arbeidsområdene eller internasjonale menneskerettigheter. Dette styrker forståelsen av at bestemmelsen skal ivareta generelle samfunnsmessige hensyn, og ikke bare den enkelte oppdragsgivers innkjøpsfaglige interesse i at kontrakten kan gjennomføres.

I det nye direktivet presiseres det også at et tilbud som er unormalt lavt på grunn av at leverandøren har mottatt statsstøtte, bare kan avvises når leverandøren ikke kan godtgjøre at statsstøtten er forenelig med det indre marked som omhandlet artikkel 107 i traktaten om den europeiske unions virkemåte.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> I direktivets artikkel 55 brukes formuleringen «støtte tildelt på lovlig vis». Direktivet synes altså å legge vekt på tildelingen, og det er derfor noe uklart om alle typer av urettmessig støtte omfattes av bestemmelsen: Støtte som er iverksatt men ikke notifisert til ESA/Kommisjonen, støtte som er uforenelig med EØS-avtalen og misbruk av statsstøtte, dvs. bruk til annet formål enn det som støtten ble bevilget til. Jf. blant annet Steinicke og Groesmeyer, side 1338. Jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-94/99 (Arge).

<sup>67</sup> Jf. KOFAs sak 2003/161.

<sup>68</sup> Jf. KOFAs sak 2003/197.

<sup>69</sup> Dette avklarer tvilen knyttet til gjeldende formulering om at støtten skal være lovlig tildelt: Fremover må det antas at et tilbud ikke kan avvises som unormalt lavt bare fordi støtten ikke har blitt notifisert til og godkjent av ESA/Kommisjonen. I et slikt tilfelle er støtten ikke nødvendigvis uforenelig med traktaten, og det kan da synes urimelig å avvise en slik leverandør.

<sup>64</sup> Jf. KOFAs sak 2008/47 avsnitt 31. Jf. også sak 2005/57 der klagers tilbud var taktisk priset. Oppdragsgiver anså enkelte av prisene som unormalt lave og tilbudet ble avvist. KOFA kom til at avvisningen var urettmessig, da oppdragsgiver ikke hadde godtgjort at de lave prisene utgjorde noen risiko for leverandørens gjennomføring av kontrakten.

<sup>65</sup> Jf. forente saker C-285/99 og C-286/99 (Impresa Lombardini).

### 25.4.8.3 Utvalgets vurderinger

Som nevnt er bakgrunnen for regelen at oppdragsgiver skal ha mulighet til å avvise tilbud som medfører en risiko for at kontrakten ikke kan gjennomføres (i den kvaliteten, til den tiden eller til den prisen som tilbudet faktisk legger opp til). Etter *utvalgets* vurdering vil en slik risiko kunne komme til uttrykk gjennom en pris som er unormalt lav, i form av en unormalt lav totalpris.

Utvalget finner imidlertid at også andre sider av et tilbud enn selve prisen kan medføre at det oppstår tvil om hvorvidt kontrakten vil bli oppfylt på riktig måte. Regelverket inneholder imidlertid ikke en avvisningsbestemmelse som uttrykkelig gir adgang til å avvise et slikt tilbud, hvis ikke denne tvilen avspeiler seg i prisen. Utvalget stiller derfor spørsmål ved om dagens bestemmelse om avvisning av unormalt lave tilbud fullt ut dekker oppdragsgivers behov for å sikre seg at kontrakten faktisk vil bli oppfylt i henhold til den pris og kvalitet leverandøren tilbyr.

Mot denne bakgrunn foreslår utvalget å ikke videreføre avvisningsbestemmelsen knyttet til unormalt lave tilbud i forskriftens del II, slik den i dag fremstår. Utvalget foreslår i stedet å innføre en mer generell avvisningsbestemmelse som også skal dekke tilfeller der et tilbud er unormalt lavt. Det er redegjort nærmere for en slik bestemmelse i kapittel 25.4.10.2.

## 25.4.9 Tilbud som ikke er signert, eller som for øvrig ikke kan anses bindende

### 25.4.9.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver kan avvise et tilbud som ikke er signert, eller når det på grunn av andre forhold ikke kan anses som bindende, jf. § 11-11 annet ledd bokstav d. Retten til å avvise må også omfatte tilbud som er signert, men av personer som ikke har fullmakt til å binde leverandøren avtalerettslig.<sup>70</sup>

I KOFA's sak 2011/254 er det diskutert om oppdragsgiver likevel kan være forpliktet til å avvise et tilbud som inneholder forbehold som innebærer at tilbudet som sådant ikke er bindende.<sup>71</sup> Saken gjaldt en anskaffelse av en bilførende hurtigbåt, der et tilbud var betinget av leverandørens kjøp av båten til en angitt maksimal pris. KOFA mente ikke at dette tilbudet kunne

anses som et «rettslig dispositivt tilbud» og uttalte følgende om avvisningsbestemmelsen:

«Forskriften § 11-11 (2) d kan leses dit hen at oppdragsgiver står fritt i spørsmålet om avvisning – jf. at hele bestemmelsens annet ledd handler om «kan»-regler som grunnlag for avvisning. Nemnda stiller seg sterkt tvilende til om forskriften kan tas på ordet her. Ganske visst er et ikke-bindende tilbud ikke uttrykkelig nevnt som et avvisningsalternativ i første ledd. Til nød kunne man se første ledds bokstav f som hjemmel for å avvise et mangelfullt tilbud som – når det ikke er rettslig bindende – vanskelig kan sammenlignes med øvrige tilbud i konkurransen. Klager har anført at uklarheten knyttet til hvorvidt valgte leverandør ville få rådighet over M/F Vetlefjord medførte tvil om hvordan tilbudet skulle sammenlignes med de øvrige tilbudene, og at tilbudet derfor skulle ha vært avvist allerede etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Det kan også reises spørsmål ved om et tilbud med et så omfattende forbehold mot oppdragsgivers kjøpsforutsetning medfører at forskriften § 11-11 (1) d (om vesentlige avvik fra kontraktsvilkårene) vil slå inn. Men det står fast at ordlyden i § 11-11 (2) d stenger for begge disse tolkningsalternativene.»<sup>72</sup>

KOFA kom til følgende konklusjon:

«Etter dette mener nemnda at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud med så omfattende forbehold at tilbudet ikke kan anses som avtalerettslig rettsoperativt. Klager gis medhold i at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist.

Forskriften har ingen regel om at bare bindende tilbud kan vurderes ved anbudskonkurranse, men avvisning synes etter det ovenstående åpenbart forutsatt i § 11-2 sammenholdt med § 11-11 (1) bokstav a. Nemnda finner det da naturlig å anse tildelingen til valgte leverandør som et brudd på disse bestemmelsene.»<sup>73</sup>

Et tilbud kan også avvise når den elektroniske signaturen ikke oppfyller visse krav til elektronisk signatur. Kravene til elektroniske signaturer er gitt i § 7-3 første ledd bokstav a og er nærmere behandlet i kapittel 18.3. Forskriften åpner for at oppdragsgiver kan velge hvilken type signatur som leverandørene skal bruke i konkurransen.

<sup>70</sup> Jf. KOFA's sak 2010/59 avsnitt 79.

<sup>71</sup> Jf. også Dragsten, side 648.

<sup>72</sup> Jf. avsnitt 67.

<sup>73</sup> Jf. avsnitt 71–72.

Hvis oppdragsgiver for eksempel stiller krav om at leverandører skal benytte en avansert elektronisk signatur, har oppdragsgiver rett til å avvise tilbud som ikke er signert, eller som har en signatur som ikke oppfyller dette kravet.

#### 25.4.9.2 Utvalgets vurderinger

At et tilbud ikke er signert, er ikke nødvendigvis ensbetydende med at tilbudet ikke er rettslig bindende. Det bør etter *utvalgets* oppfatning derfor ikke være avgjørende om tilbudet er signert eller ei. Det avgjørende bør derimot være om tilbudet faktisk er rettslig bindende. Dette må avgjøres ut i fra alminnelige avtalerettslige regler.

Dersom et tilbud ikke kan anses som rettslig bindende, kan oppdragsgiver ikke ta det i betraktning og det må avvises. På denne bakgrunnen finner utvalget at oppdragsgiver bør ha en plikt til å avvise tilbud som ikke er bindende, og at dette bør gå tydelig frem av forskriften. Er det uklart om et tilbud faktisk er bindende, mener utvalget for øvrig at oppdragsgiver uansett vil ha en rett til å avvise tilbudet etter bestemmelsen om avvisning av tilbud som inneholder avvik, uklarheter eller lignende.

Dersom et tilbud ikke er signert, men det likevel må anses som bindende, finner utvalget at dette er en formalitet som ikke bør kunne føre til avvisning. Utvalget foreslår derfor ikke å videreføre avvisningsbestemmelsen knyttet til om tilbudet er signert.

Når det gjelder avvisningsgrunnen knyttet til krav til elektronisk signatur, jf. § 7-3 første ledd bokstav a, bør avvisningsbestemmelsen her være lik i forskriftens del II og III når samme krav til kommunikasjon skal gjelde, jf. kapittel 18.4. Utvalget vil overlate det til departementet å utforme slike avvisningsbestemmelser.

I overgangsperioden frem til elektronisk kommunikasjon blir obligatorisk, foreslår utvalget å stryke bestemmelsene om elektroniske signaturer. Det vil derfor heller ikke være behov for en tilknyttet avvisningsbestemmelse. Oppdragsgiver kan naturligvis velge å stille krav om elektronisk signatur, herunder krav til et bestemt sikkerhetsnivå. Oppfyller leverandørene ikke slike krav, vil oppdragsgiver ha rett til å avvise etter den nye bestemmelsen om avvisning på grunn av formalfeil, jf. kapittel 25.4.3.

### 25.4.10 Nye avvisningsgrunner

#### 25.4.10.1 Manglende overholdelse av krav på miljø- og arbeidsområdet og internasjonale menneskerettigheter

I det nye anskaffelsesdirektivet innføres en ny bestemmelse om at oppdragsgiver kan beslutte å ikke tildele kontrakten til en leverandør som har levert det beste tilbudet, hvis det ikke oppfyller krav på miljø- og arbeidsområdet eller internasjonale menneskerettigheter, jf. artikkel 56 nr. 1 annet ledd. Dette er en ny fakultativ avvisningsgrunn på grunn av forhold ved tilbudet som må gjennomføres i forskriftens del III.

*Utvalget* ønsker ikke å innføre en slik bestemmelse i forskriftens del II. I stedet ønsker utvalget å innføre en generell avvisningsbestemmelse der tilbudet må anses som uakseptabelt, jf. nærmere i kapittel 25.4.10.2. Denne bestemmelsen vil også omfatte tilfeller der tilbudet ikke oppfyller krav på miljø- og arbeidsområdet og internasjonale menneskerettigheter.

#### 25.4.10.2 Ukorrekte og uakseptable tilbud

Som nevnt i kapittel 25.2 åpner anskaffelsesdirektivet for at oppdragsgiver kan avlyse en anbuds konkurranse og gå videre med en forhandlet konkurranse med eller uten forutgående kunngjøring, når det i den foregående konkurransen bare foreligger tilbud som er ukorrekte eller uakseptable. Oppdragsgiver må da også kunne avvise enkelte tilbud som er ukorrekte eller uakseptable.

Direktiv 2014/24/EU inneholder i artikkel 26 nr. 4 bokstav b en ikke uttømmende liste over hvilke tilbud som skal anses som ukorrekte og uakseptable. Blant annet tilbud som er unormalt lave er definert som ukorrekte. Videre er blant annet tilbud der prisen overstiger oppdragsgivers budsjett som fastsatt og dokumentert forut for iverksettelsen av anskaffelsesprosedyren, definert som uakseptable tilbud.

Utvalget ønsker å innføre en generell avvisningsbestemmelse som dekker slike forhold. Da trengs ikke spesifikke avvisningsbestemmelser om for eksempel unormalt lave tilbud.

Utvalget finner imidlertid sondringen mellom ukorrekte og uakseptable tilbud som noe kunstig. Slik utvalget forstår bestemmelsen vil rettsvirkningene være de samme, uansett om et tilbud karakteriseres som ukorrekt eller uakseptabelt. *Utvalget* foreslår derfor at «uakseptable tilbud» brukes som en samlebetegnelse for direktivbegrepene «ukorrekte tilbud» og «uakseptable tilbud».

En slik generell avvisningsbestemmelse vil gi oppdragsgiver rett til å avvise tilbud som for øvrig er uakseptable.<sup>74</sup> Dette vil som minimum omfatte slike tilbud som i direktivet er definert som «ukorrekte» eller «uakseptable»:

- tilbud som er unormalt lave, jf. kapittel 25.4.8, og
- tilbud der prisen overstiger oppdragsgivers budsjett.

Definisjonen i direktivet er imidlertid som nevnt over ikke uttømmende. En slik ny sekkebestemmelse vil etter utvalgets vurdering også kunne dekke tilfeller der et tilbud ikke oppfyller krav på miljø- og arbeidsområdet eller internasjonale menneskerettigheter, jf. kapittel 25.4.10.1. Et slikt tilbud kan altså etter utvalget oppfatning karakteriseres som et uakseptabelt tilbud.

Det kan også tenkes at andre forhold vil kunne føre til at tilbudet anses som uakseptabelt og således bli omfattet av avvisningsretten, som for eksempel ved forventet kontraktsbrudd: Oppdragsgiver må ha rett til å avvise et tilbud som etter sitt innhold gjør det klart at kontrakten vil bli misligholdt. For eksempel der leverandøren har tilbudt å løse en oppgave med et timetall som forekommer helt urealistisk.

#### 25.4.11 Nærmere om plikten til å prissette avvik

Som beskrevet i de foregående kapitlene har oppdragsgiver adgang til å akseptere et tilbud som inneholder ikke-vesentlige avvik.

Oppdragsgiver har imidlertid en plikt til å gjøre tilbudene sammenlignbare. Det betyr at dersom han ønsker å ta i betraktning et tilbud som har et avvik som har en økonomisk verdi, vil han være forpliktet til å prissette dette. Gjør han ikke det, vil leverandøren kunne få en urimelig konkurransefordel som følge av avviket. Tilbudene vil da ikke kunne sammenlignes, og det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet å ta et slikt tilbud i betraktning.

Leverandøren har imidlertid ikke krav på at oppdragsgiver i alle tilfeller skal prissette et avvik. Oppdragsgiver vil altså alltid kunne velge å avvise et tilbud som inneholder et ikke-ubetydelig avvik, uten forsøk på prissetting.

Når det gjelder spørsmålet om hvordan en slik prissetting skal skje spriker rettskildene noe.

<sup>74</sup> Eksempelvis er tilbud som er levert for sent, definert i direktivet som et ukorrekt tilbud, men slike forhold vil bli fanget opp av en egen avvisningsbestemmelse.

*Utvalget* mener at oppdragsgiver ved vurderingen må legge til grunn at avviket blir realisert, men samtidig innenfor det saklige og forsvarlige. Avviket må altså prissettes ut i fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering. Dette er begrunnet i hensynet til de øvrige leverandørene; ved avvik overfører leverandøren i strid med konkurransegrunnlaget en risiko til oppdragsgiver – noe øvrige leverandører ikke har gjort. Leverandøren som har et avvik i sitt tilbud skal ikke få noen fordel av dette. Da er det ikke tilstrekkelig å legge til grunn hva som i konkurransefasen fremstår som det mest sannsynlige. En slik regel synes også å ha støtte i nyere KOFA-praksis og en sak fra den danske Højesteret.<sup>75</sup>

Dersom et avvik har en økonomisk verdi, og det er ikke er mulig å prissette dette, mener utvalget at avviket alltid må anses som vesentlig, slik at tilbudet skal avises. Et avvik kan for øvrig naturligvis være vesentlig, selv om det kan prissettes.

## 25.5 Fremgangsmåten ved avvisning

### 25.5.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet inneholder ingen bestemmelser om fremgangsmåten ved avvisning. Forskriften inneholder imidlertid en slik bestemmelse i § 11-13.<sup>76</sup> Det følger av dennes første ledd at oppdragsgiver har plikt til snarest mulig å ta stilling til om en leverandør skal avvises, eventuelt etter at oppdragsgiver har benyttet seg av sin rett til avklaringer, supplering, utdypning mv. Bakgrunnen for dette er blant annet hensynet til forutsigbarhet for leverandørene. Et tilbud er bindende ut vedståelsesfristen, noe som er med på å binde opp ressurser for leverandøren. Dersom tilbudet avvises vil leverandøren ikke lenger være bundet, og han kan delta i nye konkurranser. Det er derfor viktig for leverandøren å få avklart raskt om tilbudet blir avvist.

Oppdragsgiver må imidlertid bruke den tiden som er nødvendig for å sikre en forsvarlig saksbehandling, herunder for eksempel foreta en juridisk vurdering av om han har plikt eller rett til å avvise. Når oppdragsgiveren har gjennomgått den nødvendige informasjonen må han ta stilling til avvisningsspørsmålet. Uavhengig av hvilken kon-

<sup>75</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2010/377 og Højesterets dom av 5. april 2011.

<sup>76</sup> En tilsvarende bestemmelse finnes i forskriftens del III, jf. § 20-15.



kurransform som er valgt, vurderes avvisnings-spørsmål knyttet til forhold ved leverandøren først, deretter tilbudene.<sup>77</sup>

I denne forbindelsen må det også slås fast at anskaffelsesregelverket i hovedsak bare regulerer prosessen frem til signering av kontrakt, og bestemmelsene om avvisning av leverandører får ikke betydning for allerede inngåtte kontrakter. Det er altså ingen bestemmelser i anskaffelsesregelverket som pålegger oppdragsgiver å si opp en eksisterende kontrakt, for eksempel dersom en leverandør etter kontraktsinngåelsen blir dømt for et straffbart forhold. Dette betyr at spørsmålet om avvisning av en leverandør i henhold til forskriften utelukkende blir aktuelt i forbindelse med inngåelse av en ny kontrakt. Om en eksisterende kontrakt kan heves som følge av slike forhold, må avgjøres ut i fra kontraktsretten og den enkelte kontrakt.

Oppdragsgiver har adgang til å foreta visse avklaringer og rette åpenbare feil i tilbudet, jf. § 12-1 annet ledd. Dette gjelder også selv om det foreligger et forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser. Avklaringene må foretas på en måte som sikrer overholdelse av de grunnleggende prinsippene.

Avklaringsmulighetene gjør at avvisning i visse tilfeller kan unngås. Det er imidlertid ikke i en anbudskonkurranse tillatt å forhandle om innholdet i tilbudene gjennom disse avklaringene, jf. forhandlingsforbudet, og det kan således ikke skje endringer i tilbudene. Oppdragsgiver bør derfor tre varsomt ved bruk av avklaringsadgangen. Det klare utgangspunkt er at oppdragsgiver ikke har noen plikt til å avklare; det er leverandøren som har risikoen for at et tilbud er fullstendig og klart formulert.<sup>78</sup> KOFA har likevel statuert at det i noen tilfeller foreligger en plikt til å avklare som følge av likebehandlingsprinsippet og kravet om god forretningsskikk. Oppdragsgiver vil således kunne ha en avklaringsplikt dersom uklarheten skyldes at konkurransegrunnlaget har vært uklart. Der én leverandør får adgang til å avklare, må øvrige leverandører i utgangspunktet også få mulighet til å foreta tilsvarende avklaringer.

Oppdragsgiver har også mulighet til å fastsette en tilleggsfrist for ettersending av visse dokumenter, jf. § 12-3, eller be om supplerende/utdypende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner

etter § 12-4. Disse bestemmelsene er nærmere omtalt i kapittel 20.4.

Både av hensyn til at leverandørene har nedlagt store ressurser i utarbeidelsen av tilbudene, og for å forhindre at oppdragsgiver avviser gode tilbud, er det viktig at oppdragsgiver ved vurderingen av om kvalifikasjonskriteriene er oppfylt, vurderer om eventuelle mangler ved innlevert dokumentasjon mv. kan avhjelpest ved å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, eller anmode om supplerende eller utdyping (kravet om god forretningsskikk). Oppdragsgiver er imidlertid ikke forpliktet til å gi en slik tilleggsfrist eller be om supplerende opplysninger; han kan velge å avvise med en gang.

Oppdragsgiver vil i en forhandlet prosedyre også til en viss grad ha adgang til å søke å bortforhandle forhold ved tilbudet som ellers skal eller kan føre til avvisning.

Foreligger det fortsatt en avvisningsgrunn etter forsøk på avklaringer, innhentning av supplerende opplysninger osv og eventuelle forhandlinger, skal/kan leverandøren avvises. Vurderingen av om det foreligger en avvisningsgrunn skal altså skje på bakgrunn av tilbudene/forespørlene om å delta, slik de fremstår etter eventuelle avklaringer, suppleringer, osv.

Leverandører som blir avvist, skal informeres om dette i samsvar med bestemmelsen om begrunnelsesplikt, jf. § 11-13 annet ledd. Oppdragsgiver skal således snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist. Hensynet bak begrunnelsesplikten er å gjøre leverandøren i stand til å vurdere om han er avvist på riktig grunnlag, og om det er grunnlag for å ta skritt for å få beslutningen omgjort eller anskaffelsesprosedyren stanset.

### 25.5.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet inneholder bestemmelser om fremgangsmåten ved avvisning av leverandører for de forhold som etter direktivet skal eller kan føre til avvisning, jf. artikkel 57 nr. 5. Det følger av denne at oppdragsgiver på et hvilket som helst tidspunkt i anskaffelsesprosedyren skal/kan avvise en leverandør, når det viser seg at det er forhold ved leverandøren som skal/kan føre til avvisning. Dette gjelder uansett om slike forhold har oppstått før eller under den pågjeldende anskaffelsesprosedyren.

Denne bestemmelsen må ses i lyset av at direktivene generelt endrer fremgangsmåten for evaluering av leverandørens kvalifikasjoner og egnetet, jf. nærmere i kapittel 24.4. Eksempelvis

<sup>77</sup> Jf. for eksempel KOFA's sak 2012/132.

<sup>78</sup> I avvisningsbestemmelsen i § 11-11 annet ledd bokstav a (ikke-ubetydelig avvik mv.) er det imidlertid eksplisitt vist til § 12-1, slik at det der vil foreligge en plikt til å avklare før leverandøren kan avvises.

åpner direktivet for at oppdragsgiver i en åpen anbudskonkurranse først evaluerer tilbudene, før han vurderer leverandørens kvalifikasjoner og om det er grunn til å avvise, jf. artikkel 56 nr. 2. Oppdragsgiver kan således nøye seg med å vurdere kvalifikasjonen/egnetheten til den leverandøren som har levert det beste tilbudet. Leverandøren har også rett til, i første omgang, å levere en egenerklæring om fravær av avvisningsgrunner i stedet for å levere offisielle sertifikater eller lignende som dokumenterer dette, jf. artikkel 59. Oppdragsgiver kan da vente med å be om slike sertifikater til rett før tildelingen av kontrakten.

Disse nye bestemmelsene vil i mange tilfeller kunne føre til at oppdragsgiver ikke foretar en vurdering av om en leverandør skal avvises eller først på et sent stadium i konkurransen får tilstrekkelig informasjon til å kunne konstatere om leverandøren skal eller kan avvises. Der er derfor behov for å poengtere at avvisning kan skje på et hvilket som helst tidspunkt i anskaffelsesprosedyren.

### 25.5.3 Utvalgets vurderinger

De nye direktivbestemmelsene medfører at bestemmelsen i forskriften om fremgangsmåten ved avvisning må endres. *Utvalget* ser ikke noen grunn til å ha forskjellige regler i del II og III om dette. Utvalget vil derfor overlate den nærmere utforming av bestemmelsene til departementet.

Særlig når det gjelder reglene om avklaring, innhentning av supplerende opplysninger mv., er utvalgets vurderinger nærmere omtalt i kapittel 16.3 og 20.4.

Som beskrevet i kapittel 16.3.1.2 forslår *utvalgets flertall, medlemmene Roll-Mathiesen, Amdal, Breiland, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander*, å gi oppdragsgiver mulighet til å forsøke å bortforhandle også vesentlige avvik. En vurdering av om det er grunn til å avvise, kan således utsettes til eventuelle forhandlinger er gjennomført. *Utvalgets mindretall, medlemmene Brekke og Gjønnnes*, ønsker derimot ikke at oppdragsgiver skal ha adgang til å innlede forhandlinger med en leverandør om et tilbud som inneholder vesentlige avvik.

## 25.6 Krav til bevis for leverandørens forhold

### 25.6.1 Gjeldende rett

Forskriftens § 11-10 tredje ledd inneholder en bestemmelse om krav til bevis for visse forhold

ved leverandøren.<sup>79</sup> Denne bestemmelsen har sitt utspring i anskaffelsesdirektivets artikkel 45 nr. 3.

Når oppdragsgiver krever bevis for at leverandørene ikke er straffedømt, jf. første ledd bokstav e og annet ledd bokstav c, og han ikke befinner seg i økonomiske vanskeligheter, jf. annet ledd bokstav a og b, skal utdrag fra strafferegister eller konkursregister godtas som tilstrekkelig bevis.

Når oppdragsgiver krever bevis for at leverandør har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter, jf. annet ledd bokstav e og f, skal en attest utstedt av den kompetente myndigheten i den relevante medlemsstaten godtas som tilstrekkelig bevis.<sup>80</sup>

Foreligger det ikke et slikt utdrag eller en slik attest, skal oppdragsgiver akseptere et tilsvarende dokument utstedt av en retts- eller forvaltningsmyndighet i leverandørens hjemstat eller oppholdsstat, som viser at kravene er tilfredsstillt. Utstedes heller ikke slike dokumenter i leverandørens hjemstat, kan de erstattes av en erklæring avgitt under ed eller forsikring av den aktuelle personen overfor en retts- eller forvaltningsmyndighet, en notarius publicus eller annen kompetent myndighet i hjemstaten eller nåværende oppholdsstat.

I Norge kreves det særskilt hjemmel for å få utferdiget attest (vandelsattest) om en person har vært gjenstand for strafferettslige reaksjoner eller andre tiltak i forbindelse med av straffbare handlinger som han har begått. En slik hjemmel foreligger ikke i forhold til å delta i offentlige anskaffelser. Dette innebærer at norske leverandører i utgangspunktet ikke har mulighet for å fremlegge et utdrag fra strafferegistret. Oppdragsgiver kan i stedet kreve at norske leverandører fremlegger en forsikring avgitt overfor en notarius publicus. Dette innebærer at leverandøren avlegger en forklaring under forsikring overfor en dommer etter reglene i domstolsloven, og at leverandørens erklæring om ikke å være rettskraftig dømt for visse straffbare forhold får en offentlig bekreftelse. Ved en slik notarialbekreftelse foretas det imidlertid ikke noen faktisk undersøkelse av forholdene; dommeren forholder seg utelukkende til leverandørens forsikring. Det er likevel den forskjellen i forhold til en egenerklæring at leverandøren som avgir falsk forklaring overfor en notarius publicus, kan straffes etter straffelovens kapittel 15.

<sup>79</sup> En tilsvarende bestemmelse finnes i del III i artikkel 20-12 tredje ledd.

<sup>80</sup> En slik bestemmelse fremgår av direktivet, men ikke av forskriften.

Når det gjelder bevis for oppfyllelsen av forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter er det i forskriften i dag obligatorisk for oppdragsgivere å kreve skatteattest fra norske leverandører, jf. § 3-3. Oppdragsgivere vil også i samsvar med reglene beskrevet over kunne kreve dokumentasjon fra utenlandske leverandører på at de har oppfylt slike forpliktelser.

Når det gjelder bevis for at oppdragsgivere ikke har begått alvorlige forsømmelser, jf. § 11-10 annet ledd bokstav d, fremgår det av direktivet at oppdragsgiver «beviselig» skal ha konstatert slike forsømmelser.<sup>81</sup> Her er det altså ikke noe krav om at det må foreligge rettskraftig dom eller et vedtak, men det må foreligge objektivt bevis for slike forsømmelser. Det er oppdragsgiver som må begrunne avvisningen og det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver kun har mistanke om slike forhold. Det må antas at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt som gjelder i sivile saker, også vil gjelde her.

Verken forskrift eller direktiv inneholder bestemmelser om bevis for at leverandøren har gitt grovt misvisende opplysninger med mer, jf. § 11-10 annet ledd bokstav g, men også her må det antas å gjelde krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

### 25.6.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det er i artikkel 60 nr. 2 tatt inn en bestemmelse om krav til dokumentasjon på at leverandøren ikke befinner seg i visse situasjoner som skal føre til avvisning etter artikkel 57. Dette er stort sett en videreføring av dagens artikkel 45 nr. 3. Utgangspunktet er altså fortsatt at et utdrag fra strafferegisteret eller et annet relevant register (alternativt et tilsvarende dokument fra en retts- eller forvaltningsmyndighet) skal anses som tilstrekkelig bevis. Utstedes ikke slike dokumenter i medlemsstaten må oppdragsgiver akseptere en erklæring avgitt under ed eller en forsikring. Denne bestemmelsen gjelder fortsatt bare bevis for at leverandøren ikke er straffedømt, har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til skatter, avgifter og trygdeavgifter og ikke befinner seg i økonomiske vanskeligheter.

Særlig når det gjelder krav til dokumentasjon for at leverandøren ikke har begått visse straffbare forhold, jf. artikkel 57 nr. 1, fremgår det at oppdragsgiver skal verifisere forholdet i samsvar

med dokumentasjonsbestemmelsene i artikkel 59, 60 og 61.

Dette innebærer at oppdragsgivere i første omgang må akseptere en egenerklæring som bevis for at leverandøren ikke er straffedømt. På et hvilket som helst tidspunkt i prosedyren kan oppdragsgiver be om sertifikater som dokumenterer disse forholdene. I forkant av tildeling av kontrakt skal oppdragsgiver kreve slike dokumenter fra den vinnende leverandøren.

I en rekke av de øvrige avvisningsbestemmelsene stilles det som krav til bevis at oppdragsgiver kan dokumentere forholdet med «et hvilket som helst passende middel», jf. nr 2 og nr. 4 bokstav a og c. Som i dag må det antas at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt som gjelder i sivile saker, også vil gjelde i slike tilfeller. Som bevismiddel kan da anvendes alle relevante bevis.

Av avvisningsgrunnen knyttet til brudd på konkurransereglene fremgår det imidlertid at oppdragsgiver kan avvise, der han har tilstrekkelig plausible indikasjoner på slike brudd. Det er noe uklart for *utvalget* hva som ligger i et slikt beviskrav, og om dette må forstås som noe annet og mindre enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

### 25.6.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* finner det mest hensiktsmessig at det gjelder de samme krav til bevis i forskriftens del II som etter del III. Utvalget vil derfor overlate utformingen av slike bestemmelser til departementet.

## 25.7 Self-cleaning

### 25.7.1 Nytt anskaffelsesdirektiv

Som beskrevet over kan/skal leverandøren avvise i en rekke tilfeller der det har oppstått tvil om hans integritet og pålitelighet. Direktiv 2014/24/EU gir regler om konsekvensene av såkalt «self cleaning», dvs. der leverandøren treffer tiltak for å rette opp på forholdet og for å unngå at slikt skjer igjen.<sup>82</sup> En leverandør som har satt i verk slike tiltak og «gjort opp for seg», bør ikke behandles likt som en leverandør som fortsetter sin virksomhet uten å gjøre noen endringer i de forhold som førte til misligheter.

<sup>81</sup> En slik formulering er ikke tatt med i den norske forskriftsbestemmelsen.

<sup>82</sup> Gjeldende regelverk inneholder ikke bestemmelser om self-cleaning, men dette må likevel til en viss grad følge av forholdsmessighetsprinsippet, se nærmere Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets fortolkningsuttalelse av 12. januar 2011.

Det fremgår således av artikkel 57 nr. 6 første ledd at en leverandør som er straffedømt for visse straffbare forhold, jf. bestemmelsens nr. 1 eller som kan avvises etter nr. 4, kan forelegge oppdragsgiver dokumentasjon for sin pålitelighet på tross av den relevante avvsningsgrunnen.

I bestemmelsens annet ledd remses opp tre relevante self cleaning tiltak. Etter denne bestemmelsen skal leverandøren bevise at han:

- har betalt eller påtatt seg å betale erstatning for eventuelle skader som følge av overtredelsen av straffeloven eller forsømmelsen,
- gjort inngående rede for forholdene og omstendighetene gjennom et aktivt samarbeid med undersøkelsesmyndighetene, og
- har truffet tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge ytterligere overtredelser/forsømmelser.

Som eksempler på sistnevnte tiltak nevnes i direktivets fortale premiss 44 følgende:

- avbrytelse av alle forbindelser til personale og organisasjoner som har vært involvert,
- passende omorganiseringstiltak,
- implementering av rapporterings- og kontrollsystemer,
- opprettelsen av en intern revisjons-/granskingsstruktur for å kontrollere/overvåke etterlevelsen, og
- vedtak av interne regler om ansvar og erstatning.

Tiltakene som leverandøren har iverksatt, skal vurderes under hensyn til grovheten av og de særlige omstendighetene omkring overtredelsen/forsømmelsen.

Hvis slik dokumentasjon anses som tilstrekkelig, kan leverandøren likevel ikke avvises. Det er opp til medlemslandene å fastsette om det er den enkelte oppdragsgiveren, en sentral myndighet eller lokale/regionale myndigheter som skal foreta slike vurderinger og beslutte om tiltakene er tilstrekkelige.<sup>83</sup> Medlemslandet kan også fastsette nærmere prosedyrekrav og materielle krav.

Det følger imidlertid direkte av direktivet at leverandøren skal ha en begrunnelse, hvis tiltakene ikke anses som tilstrekkelige.

### 25.7.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget finner det hensiktsmessig å regulere adgangen til self cleaning også i forskriftens del II. Klare og tydelige regler om self cleaning vil skape

<sup>83</sup> Jf. fortalens premiss 102.

et sterkt insentiv for leverandører til faktisk å få gjort opp for seg og sørge for at det ikke skjer gjentatte misligheter. Systemet bør imidlertid være likt og reglene utformes på samme måte i del II og III. Utvalget vil derfor overlate det til departementet å utforme nærmere bestemmelser.

Utvalget ønsker likevel å knytte noen merknader til valg av system. Utvalget vil anbefale at vurderingen av om self-cleaning tiltak er tilstrekkelig, overlates til oppdragsgiver. Dette vil gi oppdragsgiver den nødvendige og tilstrekkelige fleksibiliteten til å tilpasse vurderingen til den konkrete anskaffelsen. Gjelder det for eksempel en særlig sensitiv kontrakt kan oppdragsgivers krav til self-cleaningtiltak være strengere.

## 25.8 Utestengingsperioden

### 25.8.1 Gjeldende rett

Det er ikke i dag regulert hvor lenge en leverandør skal være utestengt fra offentlige anskaffelser. Det følger imidlertid av forholdsmessighetsprinsippet at en leverandør ikke skal være utestengt i evig tid. Det er stor tvil om hvordan dette skal praktiseres.<sup>84</sup>

### 25.8.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det følger av det nye direktivet at medlemsstatene skal fastsette den maksimale utestengingsperiode for en leverandør som ikke har iverksatt self cleaning-tiltak, jf. artikkel 57 nr. 7. Er leverandøren rettskraftig dømt for visse straffbare forhold, jf. artikkel 57 nr. 1, kan en slik utestengingsperiode ikke overstige fem år fra datoen for domsavsigelsen. I slike tilfeller vil det være plikt til å avvise. For andre forhold som omfattet av artikkel 57 nr. 4, der det bare er rett til å avvise, kan utestengingsperioden ikke overstige tre år.<sup>85</sup>

Det vil også være mulig å overlate det til domstolen å treffe beslutning om avvsnings fra offentlige anskaffelser, for eksempel i forbindelse med en straffesak. I slike tilfeller kan også utestengingsperioden fastsettes, og da gjelder ikke reglene om maksimal utestengingsperiode. Leverandøren vil i et slikt tilfelle heller ikke ha mulighet til å unngå utestenging ved å treffe self cleaning-tiltak.

<sup>84</sup> Jf. Fornyings-, administrasjons- og kirke departementets fortolkningsuttalelse av 12. januar 2011.

<sup>85</sup> En maksimal utestengingsperiode fremgår ikke av direktivet i de tilfeller leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter.

### 25.8.3 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* finner det mest hensiktsmessig at det gjelder de samme reglene om utestengingsperiode etter forskriftens del II og III. Utvalget vil derfor overlate til departementet å utforme de nærmere reglene.

## 25.9 Identifikasjon

Retten og plikten til å avvise en leverandør gjelder i utgangspunktet den juridiske personen som leverer tilbudet. Det kan imidlertid oppstå spørsmål om det likevel i noen tilfeller skal skje identifikasjon mellom leverandøren og straffedømte fysiske personer, for eksempel eiere, styremedlemmer mv.

Det følger av direktiv 2014/24/EØS at plikten til å avvise for visse straffbare forhold også gjelder når det er en fysisk person som er medlem av leverandørens administrasjons-, ledelses- eller tilsynsorgan eller som har myndighet til å representere eller kontrollere leverandøren eller til å treffe beslutninger på dennes vegne, som er rettskraftig dømt, jf. artikkel 57 nr. 1.

Selv om ikke dette fremgår eksplisitt av direktivet, mener *utvalget* også at slik identifikasjon vil kunne være relevant ved avvisning etter de fakultative avvisningsbestemmelser, eksempelvis der direktøren i leverandørselskapet er dømt for øvrige straffbare forhold eller har begått alvorlige faglige forsømmelser.

Det kan også oppstå spørsmål om det skal skje identifikasjon mellom en leverandør i et konsern og andre selskaper i samme konsern, for eksempel mellom mor- og datterselskaper. Dette er ikke avklart etter gjeldende rett, og det nye direktivet regulerer heller ikke dette spørsmålet. Denne problemstillingen er nærmere omtalt i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets fortolkningsuttalelse av 12. januar 2011.

Utvalget anser det for nødvendig at også forskriftens del II inneholder regler om identifikasjon, da det ellers kan bli enkelt å omgå avvisningsreglene. Skal det for eksempel ikke skje identifikasjon mellom selskaper i et konsern, vil det være enkelt for en straffedømt leverandør å etablere et datterselskap som deltar i en konkurranse med et tilbud. Det skal imidlertid ikke uten videre legges til grunn en identifikasjon mellom selskaper i samme konsern: Eksempelvis kan to datterselskaper ha forskjellig kultur og forskjellig etisk bevissthet. Om to selskaper skal identifise-

res med hverandre må altså avhenge av en konkret vurdering.

Utvalget finner det mest hensiktsmessig at det gjelder de samme reglene om identifikasjon etter forskriftens del II og III. Utvalget vil derfor overlate til departementet å utforme de nærmere reglene.

## 25.10 Begrepet «rettskraftig dom»

Som beskrevet i det foregående inntreer plikten til å avvise en leverandør som er dømt for visse straffbare forhold, bare når han er «rettskraftig dømt». En dom er rettskraftig når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler, slik at den ikke kan bringes inn for en overordnet domstol.

Det er imidlertid uavklart hvilke konsekvenser et forelegg får i forhold til avvisningsreglene, dvs. om et slikt forelegg skal sidestilles med en rettskraftig dom. Påtalemyndigheten kan, i stedet for å ta ut tiltale, velge å utstede et forelegg mot personer eller foretak som den mener har begått straffbare forhold. Dersom forelegget ikke blir vedtatt, må påtalemyndigheten eventuelt bringe saken inn for retten.

Det fremgår av straffeprosessloven § 258 at forelegg har virkning som en dom. Både en dom og et forelegg er en straff, hvorimot det ikke å få delta i en konkurranse om offentlige kontrakter er en sivilrettslig konsekvens. *Utvalget* mener derfor ikke at § 258 legger faste føringer for hva som kan og bør gjelde etter anskaffelsesregelverket.

Det er således utvalgets vurdering at det i henhold til både staffelovgivningen og anskaffelsesregelverket er adgang til å fastsette nasjonalt om forelegg skal sidestilles med rettskraftig dom. Utvalget finner det høyst uhensiktsmessig at dette ikke har blitt regulert, da det skaper stor usikkerhet både for oppdragsgivere og leverandører. En slik regulering bør derfor innføres i det nye regelverket, og denne bør være lik for del II og III. Utvalget vil derfor overlate til departementet å utforme en slik regel.

Utvalget tar likevel til orde for at dom og forelegg ikke bør sidestilles. Dette vil gi oppdragsgiver størst mulig fleksibilitet. Etter utvalgets oppfatning vil oppdragsgiver alltid ha rett til å avvise en leverandør som har vedtatt et forelegg etter den generelle avvisningsbestemmelsen om forhold som kan medføre tvil om leverandørens integritet. Oppdragsgiver vil da kunne se hen til hvor grov overtredelsen faktisk er, og han vil også kunne velge å ta rene anskaffelsesfaglige hensyn.

Samtidig vil en leverandør som har vedtatt et forelegg alltid risikere å bli avvist. Dette vil skape insentiver for leverandørene til å iverksette self cleaning-tiltak. I noen tilfeller vil et forelegg også bli vedtatt selv om ikke leverandører erkjenner skyld; forelegget blir da akseptert ut i fra andre avveininger, for eksempel for å unngå negativ publisitet i forbindelse med en eventuell rettssak. Dersom forelegg sidestilles med dom, vil det også kunne gi u hensiktsmessige insentiver for leverandører til ikke å akseptere forelegg.

## **25.11 Forhold ved underleverandører**

### **25.11.1 Nytt anskaffelsesdirektiv**

Det nye anskaffelsesdirektivet inneholder i artikkel 71 en bestemmelse om bruk av underleverandører, jf. nærmere i kapittel 15.7.

Det fremgår av denne bestemmelsen at oppdragsgiver kan undersøke, eller bli pålagt å undersøke, om leverandørens underleverandører er omfattet av noen av utelukkelsesgrunnene i artikkel 57. Hvis det foreligger en obligatorisk avvisningsgrunn skal oppdragsgiver kreve at den pågjeldende underleverandør byttes ut. Gjør leverandøren ikke dette, skal leverandøren avvises.

Hvis det foreligger en fakultativ avvisningsgrunn, kan oppdragsgiver kreve at underleverandøren byttes ut.

### **25.11.2 Utvalgets vurderinger**

*Utvalget* finner det i utgangspunktet hensiktsmessig at dette nå fremgår tydelig av regelverket. Utvalget ser imidlertid at bestemmelsen kan skape visse problemer i praksis. Slik utvalget forstår direktivbestemmelsen, har hovedleverandøren krav på å bytte ut underleverandøren; oppdragsgiver kan altså ikke uten videre avvise en hovedleverandør på grunn av slike forhold ved en underleverandør. Dette vil kunne føre til betydelige forsinkelser i anskaffelsesprosessen. Videre kan det oppstå spørsmål om utskiftning av en underleverandør vil kunne gi tilbudet et annet innhold, og om en slik endring i så fall vil være vesentlig.

Utvalget finner det likevel mest hensiktsmessig at det gjelder de samme reglene om avvisning av underleverandører etter forskriftens del II og III. Utvalget vil derfor overlate til departementet å utforme de nærmere reglene om dette.

## Kapittel 26

# Avlysning av konkurransen

### 26.1 Innledning

Oppdragsgiver kan ønske å avslutte konkurransen uten å tildele noen av leverandørene kontrakt. Dette kan skyldes oppdragsgivers egne forhold, eller utenforliggende forhold. I slike tilfeller blir konkurransen avlyst eller alle tilbudene forkastet (totalforkastelse).

Anskaffelsesregelverkets regler om avlysning og totalforkastelse – som angir at oppdragsgiver må ha saklig grunn for å avlyse en konkurranse eller totalforkaste tilbudene – bygger i hovedsak på intern norsk rett. Verken direktiv 2004/18/EF eller det nye anskaffelsesdirektivet inneholder regler om dette. Når det er sagt, har EU-domstolen kommet med enkelte uttalelser av betydning for avlysningsspørsmålet, blant annet at det ikke gjelder noen kontraheringsplikt for oppdragsgiver, og at en beslutning om å avlyse konkurransen uten kontraktstildeling må skje i tråd med EU/EØS-rettens grunnleggende regler.<sup>1</sup> At det ikke gjelder noen kontraheringsplikt, er også slått fast i norsk praksis.<sup>2</sup>

*Utvalget* ønsker å videreføre anskaffelsesforskriftens gjeldende regler om avlysning.

### 26.2 Adgangen til å avslutte konkurransen uten å tildele kontrakt

#### 26.2.1 Gjeldende rett

I henhold til anskaffelsesforskriften § 13-1 første ledd kan oppdragsgiver avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning hvis det foreligger saklig grunn. Tilsvarende kan oppdragsgiver forkaste alle tilbudene hvis resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det, jf. § 13-1 annet ledd. Hvis oppdragsgiver velger å avslutte konkurransen uten å tildele kontrakt eller å gjennomføre ny konkurranse, skal han informere leverandørene i

<sup>1</sup> Jf. sak C-92/00 (Hospital Ingenieure) avsnitt 41–42.

<sup>2</sup> Jf. KOFAs sak 2011/137 avsnitt 37.

samsvar med reglene om begrunnelsesplikt, jf. § 13-1 tredje ledd. Identiske regler er gitt i del III, jf. § 22-1.

Hvorvidt en avlysningsgrunn er saklig, beror på en konkret helhetsvurdering. Dette har gitt opphav til en rikholdig praksis, særlig fra KOFA, men også fra domstolene.

Sentralt i vurderingen av om en avlysningsgrunn er saklig, er hvilke omstendigheter som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiver ønsker å oppnå med den.<sup>3</sup> Eksempelvis vil det kunne foreligge saklig grunn hvis oppdragsgivers behov endrer seg underveis i en konkurranse,<sup>4</sup> hvis oppdragsgivers budsjett overskrides,<sup>5</sup> eller hvis det bare foreligger ett tilbud i konkurransen.<sup>6</sup>

Etter gjeldende rett må to vilkår være oppfylt for at en avlysning skal anses saklig; selve årsaken til avlysningen må være saklig (det objektive vilkåret), og oppdragsgiver må ikke kunne bebreides for ikke å ha forutsett den aktuelle årsaken til avlysningen (det subjektive vilkåret). Dersom ingen av vilkårene er oppfylt, kan oppdragsgiver ikke avlyse konkurransen uten å komme i erstatningsansvar (for den negative og eventuelt også den positive kontraktsinteresse).<sup>7</sup> Dersom det objektive, men ikke det subjektive vilkåret er oppfylt, vil oppdragsgiver fortsatt kunne komme i ansvar, men da bare for den negative kontraktsinteresse.<sup>8</sup>

#### 26.2.2 Utvalgets vurderinger

*Utvalget* ønsker å videreføre gjeldende bestemmelse om oppdragsgivers adgang til å avlyse en konkurranse uten realitetsendringer.

<sup>3</sup> Jf. gjengivelsen av lagmannsrettens premisser i Rt. 2001 side 472 (Concord II), som Høyesterett sluttet seg til.

<sup>4</sup> Jf. blant annet Agder lagmannsretts dom av 27. juni 2006 (LA-2006-5237).

<sup>5</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2008/78 og 2009/203.

<sup>6</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2008/216.

<sup>7</sup> Jf. Frostating lagmannsretts dom av 8. april 2010 (LF-2009-187906).

<sup>8</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2008/60 og 2009/135.

Utvalget ser imidlertid ikke noe behov for å videreføre et skille mellom avlysning av konkurransen og totalforkastelse av tilbudene. Både vilkår og virkning er de samme: Oppdragsgiver må ha saklig grunn, og konsekvensen er at konkurransen avsluttes uten at noen leverandører blir tildelt kontrakt (alle tilbudene forkastes).

Mot denne bakgrunn foreslår utvalget å justere ordlyden i gjeldende bestemmelse, slik at den benytter «avlysning» som en fellesbetegnelse på alle de tilfeller hvor en konkurranse avsluttes uten kontraktstildeling.



## Kapittel 27

# Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester

### 27.1 Innledning

Direktiv 2004/18/EF skiller mellom såkalte prioriterte og uprioriterte tjenester. Mens de prioriterte tjenestene er omfattet av alle kravene til anskaffelsesprosedyrene, er de uprioriterte tjenestene bare i begrenset grad regulert av direktivet. Kun direktivets bestemmelser om tekniske spesifikasjoner og kunngjøring av konkurranseresultater gjelder for de uprioriterte tjenestene. Bakgrunnen er at de uprioriterte tjenestene er blitt ansett for å ha begrenset grenseoverskridende interesse, det vil si at de i liten grad er egnet for handel over landegrensene. I Norge har man likevel valgt å la de uprioriterte tjenestene være omfattet av de nasjonale prosedyrene i forskriftens del II. Tankegangen har vært at behovet for å sikre effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling har vært like stort for disse tjenestene som for andre tjenester.

I det nye direktivet er skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester opphevet. De tjenester som i dag er uprioriterte, vil nå falle inn under en av de tre følgende kategoriene:

- Noen er underlagt direktivet fullt ut. Dette gjelder utvelgelse og rekruttering av personell, transport på vann og støtte- og hjelpetjenester i forbindelse med transport.
- Andre tjenester er helt unntatt, blant annet visse juridiske tjenester, offentlig transport med jernbane og t-bane, lån og enkelte forsvars- og beredskapstjenester som ytes av frivillige organisasjoner. I kapittel 12.3 drøfter utvalget om enkelte av disse unntakene likevel bør være omfattet av det nasjonale regelverket.
- Hoveddelen av dagens uprioriterte tjenester, blant annet helse- og sosialtjenester og kultur- og utdanningstjenester, er omfattet av egne og mer fleksible regler enn andre tjenester som er underlagt direktivet. Disse reglene er nedfelt i direktivets kapittel om «sosiale og andre spesifikke tjenester».

Det er den siste kategorien tjenester som drøftes i dette kapitlet. For disse anskaffelsene innfører direktivet en plikt til å kunngjøre anskaffelser av tjenester som overstiger en EU/EØS-terskelverdi på 750 000 euro (ca. 6 millioner kroner), og en plikt til å kunngjøre tildelingen av kontrakt. Videre pålegges medlemsstatene en plikt til å etablere nasjonale regler for tildelingen av kontrakter for å sikre at prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling overholdes. Reglene skal sikre at oppdragsgiver kan ta hensyn til særlige forhold ved slike tjenester.

Det fremgår av mandatet at utvalget skal vurdere hvilke særlige regler som skal gjelde for helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester som er underlagt direktivets særregulering. Utvalget skal i tillegg vurdere om det er behov for nasjonale kunngjøringsregler for anskaffelser av slike tjenester under EU/EØS-terskelverdien. Det presiseres i mandatet at utvalgets vurderinger må ta hensyn til de særegne forholdene ved helse- og sosialtjenester, og viktigheten av at kompetente tjenesteleverandører finner det attraktivt å levere sine tjenester til det offentlige.

I det følgende vil utvalget først gjøre rede for hvilke tjenestekontrakter som er omfattet av direktivets særregler (kapittel 27.2). Deretter peker utvalget på særtrekk ved helse- og sosialtjenester, som utgjør en viktig gruppe av særlige tjenester (kapittel 27.3). Disse særtrekkene utgjør en viktig del av grunnlaget for utvalgets vurderinger i kapittel 27.4. Utvalget drøfter her behovet for særregulering (kapittel 27.4.1), terskelverdier og særlige unntak (kapittel 27.4.2), kunngjøringsregler (kapittel 27.4.3), regler om tildeling av kontrakt (kapittel 27.4.4), særregler om brukervalg (kapittel 27.4.5), særregler knyttet til rammeavtaler og adgangen til å gjøre endringer i en konkurranse eller en inngått kontrakt (kapittel 27.4.6) og adgangen til å reservere visse kontrakter for særlige organisasjoner etter direktiv 2014/24/EU artikkel 77 (kapittel 27.4.7).

## 27.2 Tjenester som er omfattet av direktivets særregler

Vedlegg XIV til direktiv 2014/24/EU lister opp hvilke tjenester som omfattes av særregler i artikkel 74–76. Listen, som følger som vedlegg 1 til denne utredningen, inkluderer tjenester av svært forskjellig karakter, blant annet helse- og sosialtjenester, utdanningstjenester, kulturtenester, religiøse tjenester, hotell- og restauranttjenester, visse juridiske tjenester, tjenester innen fengsel, sikkerhet, etterforskning og beredskap og posttjenester.

I premiss 114–117 i fortalen til det nye direktivet er det redegjort for bakgrunnen for at disse tjenestene er underlagt egne regler. Det uttales at visse kategorier av tjenester fremdeles har begrenset grenseoverskridende interesse, og at først når kontraktene overstiger en viss verdi, vil de kunne være av interesse også for aktører fra andre medlemsland.

Helse-, sosial- og utdanningstjenester er særskilt omtalt. Hvordan disse tjenestene utføres, varierer fra medlemsland til medlemsland som følge av forskjellige kulturelle tradisjoner. For å ivareta den kulturelle konteksten og disse tjenestenes særtrekk er det understreket at medlemslandene bør gis et stort skjønn til å organisere valget av tjenesteleverandører på den måten de selv mener er mest hensiktsmessig. Direktivets bestemmelser tar hensyn til dette ved bare å pålegge at de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet skal overholdes, og ved å sørge for at oppdragsgivere har mulighet til å anvende spesifikke kvalitetskriterier ved valget av tjenesteleverandører. Det presiseres at medlemslandene bør jobbe for å oppnå forenkling og å lette den administrative byrden for oppdragsgivere og leverandører.

Det fremgår også av fortalen at medlemslandene og/eller offentlige myndigheter står fritt til å utføre disse tjenestene selv eller organisere dem på en måte som ikke innebærer inngåelse av offentlige kontrakter, for eksempel gjennom tilskuddsordninger eller ved å gi lisenser eller autorisasjoner til alle leverandører som oppfyller vilkår etablert på forhånd av oppdragsgiver, uten begrensninger eller kvoter. Forutsetningen er at et slikt system sikrer tilstrekkelig publisitet og ikke strider mot prinsippene om gjennomsiktighet og ikke-diskriminering.

Som nevnt gjelder direktivets særregler for en lang rekke tjenester av ulik karakter. Mange av

tjenestene har lite til felles annet enn at de har begrenset grenseoverskridende interesse. Dette har begrunnet at EU/EØS-terskelverdien for disse tjenestene er høyere enn andre tjenester.

*Utvalget* mener at behovet for et annet og mer fleksibelt anskaffelsesregime først og fremst gjelder helse- og sosialtjenester, og vil derfor i det følgende drøfte disse tjenestene særskilt. Samme hensyn vil likevel kunne være relevante også for enkelte andre tjenester som ytes til privatpersoner, for eksempel utdanningstjenester.

## 27.3 Helse- og sosialsektoren

### 27.3.1 Innledning

En viktig sektor som omfattes av det særlige regimet, er helse- og sosialtjenester.

De viktigste lovene som regulerer helse- og omsorgstjenestene, er spesialisthelsetjenesteloven, den kommunale helse- og omsorgsloven og pasient- og brukerrettighetsloven. Spesialisthelsetjenestene er et statlig ansvar som ivaretas av helseforetakene, mens kommunene har ansvar for øvrige helse- og omsorgstjenester.

Private aktører er aktive på alle disse feltene, om enn i varierende grad. Eksempelvis driftes 50 prosent av de spesialiserte tjenestene innen rusbehandling (TSB) og barnevern av private.

Kommuner og statlige virksomheter har et «sørge-for»-ansvar for at befolkningen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester. Dette betyr at de har frihet til selv å bestemme hvordan tjenestene organiseres, herunder om en tjeneste skal ytes i egen regi eller anskaffes. Selv om for eksempel en kommune velger å kjøpe en omsorgstjeneste fra en privat leverandør, har kommunen og helseforetaket det overordnede ansvaret for at tjenesten tilfredsstiller lovkravene.

Hvis tjenestene kjøpes, gjelder anskaffelsesregelverket som den klare hovedregel.<sup>1</sup> Kjøp av helse- og sosialtjenester reiser en del særskilte problemstillinger som blant annet er knyttet til sårbare brukere, behovet for stabilitet og langsiktighet, og utvikling av relevante kvalitetsparametere.

<sup>1</sup> Unntak gjelder blant annet kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse, jf. gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav k. Tjenestekonsesjoner reguleres nå av direktiv 2014/23/EU som skal gjennomføres i norsk rett.

## 27.3.2 Særtrekk ved helse- og sosialtjenester

### 27.3.2.1 Innledning

Helse- og sosialtjenester kjennetegnes ved at tjenestene tilbys mennesker som ofte er traumatiserte, har sammensatt problematikk, og for noen tjenesters vedkommende omhandler mennesker uten grunnleggende strukturer som fast bolig, sosialt nettverk, arbeid/skole, generell materiell trygghet, rusproblemer eller alvorlige psykiske vansker. Beskrivelsen gjelder ikke hele pasientgrunnet. Eksempelvis kan ikke mennesker med kroniske lidelser eller pasienter med behov for kirurgiske tjenester nødvendigvis inkluderes. Et felles særtrekk ved disse tjenestene er likevel at de i mange tilfeller kan ha avgjørende betydning for enkeltmenneskers og gruppers livskvalitet og levekår.

Nedenfor er gjort rede for særtrekk ved helse- og sosialtjenester med betydning for offentlige anskaffelser:

### 27.3.2.2 Kartlegging og beskrivelse av tjenestebehovene

På helse- og sosialfeltet kan det være krevende å beskrive alle sider ved tjenesteutøvelsen som har betydning for kvaliteten og dermed også for kostnadseffektiviteten i tjenesten.

Enkelte kvalitetsindikatorer kan objektiviseres i forkant gjennom kravspesifikasjon og kontrakt. Dette gjelder kontekstuelle faktorer som andel fagutdannet personell, bemanningsnormer, lokaliteter, overordnet metodikk, ansattes betingelser, systemkrav, epikrisetid mv. Andre faktorer kan kun verifiseres i etterkant gjennom aggregerte tall fra bruker-/pasientundersøkelser, tilsyn, revisjoner, kontraktsoppfølging, mv.

For en del av helse- og sosialtjenester er imidlertid *relasjonen* mellom bruker og behandler/tjeneste ofte av stor og avgjørende betydning for om tjenesten skal lykkes eller ikke. Dette gjelder særlig innen tjenesteområder som rusbehandling, barnevern, psykisk helse, sosiale bo- og arbeidstreningstiltak mv. Det er også slik at forskningsbasert kunnskap knyttet til hvilke egenskaper hos behandler som er avgjørende for vellykket behandling, tilsier at faktorer som engasjement, varme, respekt og empati står for opptil 70 prosent av effekten der relasjonen er et sentralt element i endringsarbeidet eller omsorgen.<sup>2</sup>

Den enkelte bruker/pasient er ofte også medprodusent av tjenestene og har en avgjørende funksjon i beskrivelse av behov og løsninger og i selve endringsarbeidet eller behandlingen.

Dette betyr at viktige sider av tjenestens kvalitet etableres der og da, i samspillet mellom behandler og pasient/bruker, og dermed ikke lar seg observere av andre enn leverandøren og tjenestemottaker. En annen viktig kvalitetsfaktor er leverandørens evne til samarbeid og samordning med andre ledd i tiltakskjeden i og utenfor tjenesteområdet. Dette kan være avgjørende for resultatet for den enkelte pasient/bruker og deres pårørende, samtidig som god samhandling ikke kan sikres gjennom detaljerte krav.

Det er et tankekorst at leverandørens kompetanse knyttet til disse kvalitetselementene som er av vesentlig betydning i helse- og sosialtjenester, ikke lar seg beskrive og verifisere i en anskaffelse. Dersom en knytter *effektiv ressursbruk* til forholdet mellom kvalitet (resultat for brukeren) og pris er det derfor behov for å være særlig opptatt av disse særegne kvalitetselementene.

Bestiller må være seg bevisst at objektive kvalitetskriterier ikke er tilstrekkelig for å sikre viktige forhold knyttet den brukererfarte kvaliteten.

### 27.3.2.3 Effektiv ressursbruk

#### Innledning

Effektivitet kan defineres som graden av måloppfyllelse. Det er med andre ord bare meningsfullt å snakke om en tjenestes effektivitet dersom det er definert mål for tjenesten. Effektivitet er da et rent instrumentelt begrep, og formuleringen mest mulig effektiv ressursbruk i denne sammenhengen må handle om en optimal avveining av ressursbruk og kvalitet i arbeidet med å oppfylle den overordnede målsettingen med helse- og sosialtjenester i Norge.

Med henvisning til helse- og sosiallovgivningen kan en overordnet målsetting for dette tjenesteområdet være å holde befolkningen frisk og fremme sosial trygghet og velferd.

Befolkningens helse og velferd er av overordnet betydning i et samfunn. Dette betyr at for å oppnå samfunnets målsettinger for tjenesteområdet kan det være relevant å trekke inn andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige ved kjøp av helse- og sosialtjenester.

Det er ellers flere sider ved helse- og sosialtjenester som gjør dem spesielle med hensyn til effektiv ressursbruk. Her skal nevnes fire forhold;

<sup>2</sup> Jf. blant annet Bjørn Wormnes, *Behandling som virker – relasjonens, alliansens og kontekstens betydning*, 2013.

bestillermonopol, eksterne virkninger, asymmetrisk informasjon og risikodeling.

#### *Bestillermonopol*

For helse- og sosialtjenesters vedkommende er det slik at det offentlige i de aller fleste tilfeller er den eneste bestiller av tjenester hos private leverandører. Tilbudet hos de private er også i stor grad regulert av det offentlige. Dette skjer blant annet gjennom begrensninger i avtalefestet volum, samtidig som det offentlige i mange sammenhenger også regulerer etterspørselen gjennom å ta rollen som fordeler av tjenestene. Et eksempel på dette er når alle henvisninger til institusjonsplasseringer i barnevernet skal godkjennes av det statlige, regionale Bufetat. Når denne etaten samtidig har en uttalt politikk om at man først skal bruke egne institusjoner før man benytter private ideelle eller kommersielle, innebærer dette en betydelig styring av etterspørselen.

I en situasjon hvor det bare er én bestiller, og leverandørene konkurrerer om avtalene, kan det innebære et press om å redusere pris på bekostning av kvaliteten for brukerne. Når det i tillegg ikke er et tydelig skille mellom bestiller og utførerrollen hos det offentlige, kan denne mekanismen forsterkes.

Slike konsekvenser av konkurransen kan unngås gjennom en fornuftig vektning av tildelingskriteriene, der kvalitet vektet tyngre enn pris. Forutsetningen er samtidig at oppdragsgiver evner å verdsette kvaliteten i tilstrekkelig grad i forbindelse med evalueringen.

#### *Eksterne virkninger*

Helse- og sosialtjenester har verdi for den enkelte, men de har også helse- og velferdsmessig verdi for andre enkeltindivider og grupper, og for samfunnet som helhet. Et eksempel på dette er at når en rusavhengig får behandlet sin ruslidelse, vil dette gi positive helsemessige effekter også for nærmeste pårørende og annet nettverk, samtidig som det også vil forebygge framtidig lidelse hos den rusavhengige. Begge deler har en ressursbesparende effekt for det offentlige og for samfunnet. Disse ressursbesparende effektene er likevel ikke tatt med i de økonomiske kalkylene som ligger til grunn for oppdragsgivers beslutninger. Ved anskaffelser innen området for helse- og sosialtjenester kan også disse effektene sikres ved at kvalitetsaspekter vektet tyngre enn pris.

#### *Asymmetrisk informasjon*

Asymmetrisk informasjon oppstår når en part i en transaksjon har mer informasjon enn en annen part. I anskaffelsesrettslig sammenheng er det særlig to typer asymmetriske informasjonsforhold som er viktige. Den ene er mellom leverandør/ behandler og bruker/pasient, den andre er mellom oppdragsgiver og leverandør.

De fleste ressursene på helse- og sosialområdet blir fordelt i møtet mellom behandler og bruker/pasient. Når en pasient er usikker på sin egen helsetilstand, søker han eller hun nettopp informasjon fra behandler om tilstanden og mulige løsninger eller behandlinger. Pasienten vet best hvordan forbedringer i helsen påvirker hans opplevde livskvalitet, men behandler har ofte bedre informasjon om hva som er opphavet til sykdommen/ lidelsen, og hvilke typer behandling som er mest effektive. Disse typer asymmetrier kan gi opphav til «markedssvikt», dvs. at pasienten/klienten velger å «kjøpe» tjenester han ikke ville kjøpt dersom han var bedre informert, eller pasienten/brukeren kan «kjøpe» tjenester av feil kvalitet.

Brukerens/pasientens rolle som kvalitetssikrer av tjenesten kan også være ytterligere begrenset av forhold som kognitiv svikt (demens), umyndighet (barnevern) eller generell livsbelastning. Oppdragsgiver står dermed i fare for å betale for en tjeneste som ikke er kostnadseffektiv.

Siden utforming av tjenestene skjer i møte mellom bruker/pasient og den individuelle tjenesteyter, vil den enkelte leverandør også ha lettere tilgang til informasjon om tjenestens kvalitet, endringer i brukers behov og reelle kostnader ved tjenesten enn oppdragsgiver. Leverandører av helse- og sosialtjenester har derved rom for eksempelvis å spare utgifter ved å tone ned viktige sider ved tjenestenes kvalitet, samtidig som de ivaretar de objektive kvalitetskravene som er satt.

Gitt denne informasjonsproblematikken kombinert med sårbare brukere/pasienter blir tillit mellom oppdragsgiver og leverandør av særlig betydning. Det er imidlertid også i dette tillitsrommet at mulighetene for et ikke-optimalt forhold mellom pris og kvalitet kan oppstå.

#### *Risiko*

Finansieringsordningene og avtaletypene i helse- og sosialtjenestene har betydning for risikodelingen mellom oppdragsgiver og leverandør. Grovt sett kan man si at rammeavtaler overfører all risiko til leverandøren, mens hundreproents «fas-

tavtaler» eksponerer oppdragsgiver for maksimal risiko. Med fastavtaler menes avtaler der omfanget av tjenestene er gitt på forhånd. Dette fordi rammeavtaler utløser betaling til leverandøren kun dersom bestiller benytter seg av tjenesten, mens ved hundreprocents fastavtaler er betaling allerede gitt. For leverandørene vil risikograden påvirke insentivene for atferd knyttet til effektivitet, kvalitet og tilgjengelighet. På helse- og sosialområdet, der det offentlige også har bestillermonopol, er det grunn for oppdragsgiver til å vurdere ekstra grundig hva som er en hensiktsmessig risikofordeling mellom oppdragsgiver og leverandør for å sikre et mangfold av leverandører og ønsket kvalitet på tjenestene.

#### 27.3.2.4 Annen lovgivning

Et siste forhold som er særegent for anskaffelser innen helse- og sosialsektoren, er at disse tjenestene er underlagt flere regelverk med til dels kryssende hensyn. Dette er hensyn som bør beskrives nærmere og vurderes i lys av anskaffelsesregelverket. I Difis veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester kapittel 2.2 og 4.2.2 er dette også framhevet. Her er blant annet brukernes medvirkningsrett nevnt som eksempel på et hensyn som må tas i forbindelse med en anskaffelse på dette feltet (jf. sosialtjenesteloven § 42, pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-1 og 3-10 og helseforetaksloven § 35). Veilederen understreker at man skal høre brukernes syn på om konkurranseutsetting er ønskelig, og at brukeren også skal involveres i utformingen av konkurransegrunnlaget. Brukerne skal videre involveres både ved planlegging og gjennomføring av anskaffelser, og ved utforming av mer langsiktige planer. Offentlige virksomheter må derfor etablere egne rutiner for å legge til rette for denne brukerinvolveringen.

## 27.4 Utvalgets vurderinger

### 27.4.1 Behovet for særregulering

Som omtalt i kapittel 27.2 er en lang rekke tjenester av svært ulik art omfattet av direktivets særregler i artikkel 74–76. Når direktivet beskriver behovet for et særlig fleksibelt anskaffelsesregime for disse tjenestene for å ivareta tjenestenes særtrekk og ulike nasjonale reguleringer som følge av nasjonale tradisjoner, er denne beskrivelsen treffende for personlige tjenester som for eksempel helse- og sosialtjenester. For andre tjenester, som for eksempel hotell- og restauranttje-

nester, smedtjenester eller posttjenester, er dette ikke like treffende.

Medlemsstatene står fritt til å bestemme prosedyrereglene selv så lenge prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling ivaretas. Reglene skal åpne for at oppdragsgiverne kan ta i betraktning særtrekkene ved tjenestene. Ettersom det er svært stor variasjon mellom de ulike tjenestene som er omfattet av dette kapittelet, må det utformes regler som ikke unødvendig begrenser oppdragsgivers mulighet til å inngå fornuftige kontrakter. Det må for eksempel åpnes for at oppdragsgiver i tildelingsvurderingen kan vektlegge momenter som er særlig relevante for de spesifikke tjenestene det er tale om.

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Mathiesen, Amdal, Breiland, Brekke, Frøyland, Strømsnes og Vigander,* mener at de prosedyrene som utvalgets flertall foreslår for anskaffelser omfattet av forskriftens del II, jf. kapittel 16.3.1, som utgangspunkt også er egnet for å regulere tjenester omfattet av det særlige anskaffelsesregimet for helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester. Flertallet mener at denne løsningen er så fleksibel at den i tilstrekkelig grad ivaretar de føringer som er gitt i direktivet. Utvalget har gjennom sitt arbeid fått forståelse for at dagens regelverk stort sett fungerer greit, selv om det kan oppstå noen utfordringer knyttet til helse- og sosialtjenester. De nye prosedyrereglene som utvalgets flertall foreslår, er mer fleksible enn dagens del II. I det følgende diskuterer utvalget likevel om det bør foretas noen særskilte tilpasninger for helse- og sosialtjenester, for å kunne avhjelpe de utfordringene som er beskrevet.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Fredriksen og Liessem,* er enig i at de prosedyrereglene som flertallet foreslår, også skal gjelde ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester, dog med ett viktig unntak. Det er etter mindretallets syn behov for større grad av forutberegnelighet for leverandørene på helse- og sosialfeltet når det gjelder spørsmålet om gjennomføring av forhandlinger enn det som ellers i hovedsak gjelder i del II.

I kapittel 16.3.1 fremgår det at utvalgets flertall anbefaler at oppdragsgivere bør planlegge anskaffelsen godt og i videst mulig omfang forsøke å beskrive sine intensjoner og forhandlingsprosedyren i konkurransegrunnlaget. Det pekes på at oppdragsgiver bør gi uttrykk for om det tas sikte på å foreta fulle forhandlinger om alle sider av tilbudene eller bare bruke forhandlingsmuligheten til å foreta eventuelle avklaringer eller forhandle bort eventuelle avvik. Der flertallet, som også dette mindretallet er en del av, i ovennevnte kapit-

tel konkluderer med at det ikke kan være noen plikt til å gi denne type opplysninger, og heller ikke skal være slik at oppdragsgiver blir bundet av opplysningene, mener dette mindretallet at hensynet til forutberegnelighet gjør seg gjeldende i så stor grad at dette må vurderes annerledes ved kjøp av helse- og sosialtjenester. Mindretallet foreslår derfor at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget plikter å opplyse om hvorvidt det vil bli gjennomført reelle forhandlinger eller ikke, og videre at oppdragsgiver så langt mulig skal beskrive den nærmere plan for forhandlingene, herunder fremdrift, den eventuelle grensen som er satt for antallet leverandører det vil bli forhandlet med, etc.

Hovedgrunnen til det økte behovet for forutberegnelighet er at det for den klare majoritet av anskaffelser av helse- og sosialtjenester vil være helt nødvendig for partene å ha en dialog i anskaffelsesprosessen. Det dreier seg ofte om tjenester som kan være vanskelige å beskrive i en kravspesifikasjon. Like vanskelig vil det være å få kommunisert tilstrekkelig godt i tilbudsbesvarelsen. Da er det betryggende å vite at partene gjennom forhandlingene vil kunne foreta de nødvendige avklaringene og presiseringene. Da er det etter dette mindretallets syn nødvendig at det fremkommer av konkurransegrunnlaget hvorvidt det skal gjennomføres forhandlinger eller ikke, slik at leverandøren er oppmerksom på at man i den aktuelle anskaffelsen vil avvike fra normalen, det vil si unnlåte å forhandle. Hensynet til leverandøren tilsier dermed at den fleksibilitet som ligger i flertallets forslag til prosedyrer ikke bør gjennomføres fullt ut på helse- og sosialfeltet.

En annen begrunnelse er at leverandøren ofte har et begrenset marked, der den aktuelle oppdragsgiver for enkelte kan være eneste kunde. Da kan avtalen bli et spørsmål om videre eksistens. Når det å vinne konkurransen blir så avgjørende, bør leverandøren kunne innrette seg på best mulig måte for å sikre egne muligheter. Det tilsier økt grad av forutberegnelighet i forhold til prosessen.

*Et annet mindretall, medlemmet Gjønnnes, har foreslått innført andre prosedyreregler for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene enn utvalgets flertall, jf. kapittel 16.3.2, og ønsker tilsvarende prosedyreregler innført for helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester underlagt særskilt anskaffelsesregime. Med forslag til et slikt regime foreslår dette mindretallet at slike regler suppleres med enkelte tilleggsregler om brukervalg som avropsmekanisme, som omtales av flertallet nedenfor. Dette mindretallet påpeker*

også at mange av tjenestene også vil kunne fremkaffes gjennom svært fleksible ordninger som tjenestekonsesjon og brukervalg ved kvalifikasjonsordninger/autorisasjonsordninger eller lignende. Tilsvarende i forhold til anskaffelser i unntakssituasjoner og unntak på grunn av personopplysninger som ikke skal spres uten samtykke.

## 27.4.2 Anvendelsesområdet

### 27.4.2.1 Nasjonal terskelverdi

Direktivets krav til særlige tjenester gjelder for kontrakter med en anslått verdi over 750 000 euro (ca. 6 millioner kroner), jf. artikkel 4 bokstav d.

*Utvalget har vurdert hvorvidt den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner også skal gjelde for kontrakter om særlige tjenester. Utvalgets flertall, Amdal, Breiland, Brekke, Fredriksen, Gjønnnes, Liessem og Strømsnes, foreslår at den nasjonale terskelverdien skal gjelde for de særlige tjenestene. Et mindretall, medlemmet Roll-Matthiesen, foreslår at terskelverdien skal være 600 000 kroner. Et annet mindretall, medlemmene Frøyland og Viganter, foreslår en egen nasjonal terskelverdi på 3 millioner kroner. For utvalgets nærmere vurderinger vises det til kapittel 13.6.3.*

### 27.4.2.2 Unntak for visse kontrakter om helse- og sosialtjenester

Etter gjeldende rett er oppdragsgiver fritatt fra å følge de detaljerte prosedyrereglene i del II ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester til en ideell organisasjon, og kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester, jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 tredje ledd. I tillegg foreligger et forslag fra departementet om å innføre et tilsvarende unntak for kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.

*Utvalget har vurdert i hvilken grad disse unntaksbestemmelsene skal videreføres:*

- Et flertall i utvalget foreslår å oppheve unntaksbestemmelsen for kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon.
- Et samlet utvalg foreslår å oppheve unntaksbestemmelsen for kontrakter om opptrenings- og rehabiliteringstjenester.
- Et samlet utvalg foreslår ingen egen unntaksbestemmelse for kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere, under forutsetning av at det gjøres nødvendige endringer i helsepersonellovens regler om taushetsplikt.

For utvalgets nærmere vurderinger vises det til kapittel 12.4.

### 27.4.3 Kunngjøring

#### 27.4.3.1 Kunngjøring av konkurranse

For kontrakter om særlige tjenester skal oppdragsgiver kunngjøre konkurranse på en av to følgende måter, jf. artikkel 75 nr. 1:

- Ved en alminnelig kunngjøring av konkurranse, som skal inneholde opplysninger som angitt i vedlegg V del H, jf. bokstav a.<sup>3</sup>
- Ved en forhåndskunngjøring, som skal kunngjøres løpende, inneholde opplysninger som angitt i vedlegg V del I,<sup>4</sup> angi uttrykkelig hvilke tjenester kontraktene gjelder, angi at kontraktene vil bli tildelt uten ytterligere kunngjøring, og oppfordre interesserte leverandører til å melde sin interesse, jf. bokstav b.

Direktivets generelle krav til utarbeidelse og publisering av kunngjøringer i artikkel 51 gjelder også for alminnelige kunngjøringer og forhåndskunngjøringer ved tildeling av kontrakter om særlige tjenester, jf. artikkel 75 nr. 4. Blant annet skal de sendes til Den Europeiske Unions Publikasjonsskontor for publisering i TED-databasen, jf. artikkel 51 nr. 2, og utarbeides på minst ett av de offisielle språkene i EU, jf. artikkel 51 nr. 3.

Som omtalt i kapittel 22.2 foreslår *utvalget* generelle regler om alminnelig kunngjøring og forhåndskunngjøring i del II etter modell av artikkel 75 nr. 1. Disse reglene skal således gjelde for alle anskaffelser som foretas etter del II, inkludert særlige tjenester.

Når det spesielt gjelder kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien, må kunngjøringen imidlertid tilfredsstille de krav som følger av artikkel 51, jf. artikkel 75 nr. 4. Det vil således være behov for visse særregler om slike kunngjøringer, blant annet knyttet til at de skal kunngjøres i TED-databasen og utarbeides på minst ett av de offisielle språkene i EU. Utvalget overlater den nærmere gjennomføringen av direktivets krav til departementet.

<sup>3</sup> Til sammenligning skal en «alminnelig» kunngjøring av konkurranse etter direktivets generelle regler inneholde flere og mer detaljerte opplysninger som angitt i vedlegg V del C, jf. artikkel 49.

<sup>4</sup> Til sammenligning stilles det krav til flere og mer detaljerte opplysninger for ikke-statlige «veiledende kunngjøring» av konkurranse etter artikkel 48 nr. 2, jf. vedlegg V del B avsnitt I og B avsnitt II.

#### 27.4.3.2 Unntak fra kunngjøringsplikten

Det følger av det nye direktivet artikkel 75 nr. 1 at oppdragsgiver er unntatt fra kunngjøringsplikten i de tilfeller som er omfattet av artikkel 32 (konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring), som for eksempel der tidsfristene for åpen og begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke kan overholdes på grunn av et hastetilfelle som er forårsaket av uforutsette omstendigheter.

Artikkel 32 er en videreutvikling av direktiv 2004/18/EF artikkel 31, som er gjennomført i norsk rett i § 14-4. Artikkel 32 skal derfor gjennomføres som en generell regel for alle anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.

*Utvalget* foreslår å innføre unntaket fra kunngjøringsplikten for særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien ved å henvise til en bestemmelse som gjennomfører artikkel 32 i norsk rett. Utvalget overlater til departementet å utforme ny bestemmelse som gjennomfører artikkel 32.

Utvalget foreslår videre at oppdragsgiver ved tildeling av kontrakter under EU/EØS-terskelverdien skal fritas fra de alle detaljerte prosedyrereglene i del II (ikke bare kunngjøringsplikten) i tråd med utvalgets forslag til generelle regler om unntak i særlige situasjoner, jf. kapittel 12.5.

#### 27.4.3.3 Kunngjøring av konkurranseresultater

Oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre konkurranseresultatet også ved tildeling av kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien, jf. artikkel 75 nr. 2. Kunngjøringen skal inneholde opplysninger som angitt i vedlegg V del J. I disse tilfellene skal oppdragsgiver ha mulighet til å kunngjøre kontraktsinngåelse kvartalsvis, senest 30 dager etter utgangen av hvert kvartal. For øvrig gjelder kravene til utarbeidelse og publisering i artikkel 51 også her, jf. artikkel 75 nr. 4. Blant annet skal de sendes til Den Europeiske Unions Publikasjonsskontor for publisering i TED-databasen, jf. artikkel 51 nr. 2, og utarbeides på minst ett av de offisielle språkene i EU, jf. artikkel 51 nr. 3.

*Utvalget* foreslår at oppdragsgivere som tildele kontrakter om særlige tjenester over EU/EØS-terskelverdien, pålegges en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater i tråd med kravene i direktivet. Oppdragsgiver skal ha mulighet til å samle opp kontraktstildelingene til kvartalsvise kunngjøringer. Fristen for å kunngjøre skal være senest 30 dager etter utgangen av hvert kvartal. Utvalget

foreslår ikke en slik plikt under EU/EØS-terskelverdien.

#### 27.4.4 Regler om tildeling av kontrakt – generelt

Av nytt direktiv artikkel 76 nr. 2 følger det at medlemslandene blant annet skal sørge for at oppdragsgiver har mulighet til å ta hensyn til behovet for å sikre kvalitet, kontinuitet, fysisk tilgang, tilgjengelighet, overkommelige priser og innovasjon ved tildeling kontrakter om særlige tjenester. Oppdragsgiver skal også kunne legge vekt på brukernes behov, og dessuten kunne involvere og gi brukeren innflytelse i anskaffelsesprosessen. Av samme bestemmelse følger det at medlemslandene kan bestemme at valg av leverandør skal skje på grunnlag av det tilbud som har det beste forhold mellom pris og kvalitet, det vil si at det ikke skal være mulig å konkurrere på pris alene.<sup>5</sup>

Det fremgår av direktivets fortale premiss 114 at prosedyrereglene skal åpne for at oppdragsgiverne skal kunne benytte tildelingskriterier særskilt tilpasset personlige tjenester, som kriterier angitt i dokumentet «A Voluntary European Quality Framework For Social Services».<sup>6</sup> Dette er et frivillig rammeverk som er ment å utvikle en felles forståelse av kvaliteten i sosiale tjenester innenfor EU ved å identifisere kvalitetsprinsipper som disse tjenestene bør oppfylle. For hvert prinsipp er det blitt identifisert operasjonelle kriterier som kan være til hjelp for overvåkingen og evalueringen av kvaliteten på sosiale tjenester. Rammeverket omtaler de særlige hensyn som er opplistet i direktivets artikkel 76 nr. 2.

*Kontinuitet (continuity):* Det fremgår av rammeverket at sosiale tjenester bør være organisert for å sikre kontinuiteten i ytelsen av tjenestene så lenge brukeren har behov for det. Dette gjelder særskilt ved utviklings- og langtidsbehov. Brukeren skal kunne støtte seg på en kontinuerlig, uavbrutt rekke av tjenester, fra tidlige inngrep til støtte og oppfølging. Samtidig er det et mål å unngå den negative påvirkningen av avbrudd i tjenesten.

*Tilgjengelighet (accessability):* Rammeverket angir at sosiale tjenester bør være lett tilgjengelig for de som har behov for dem. Informasjon og objektive råd om bredden av tilgjengelige tjenester og leverandører bør være tilgjengelige for alle brukere. Mennesker med handikap bør være sik-

ret tilgang til det fysiske området hvor tjenesten ytes, til transport til og fra dette stedet og tilgang til informasjon og kommunikasjon.

*Gunstige priser (affordability):* Det fremgår av rammeverket at kriteriet skal sikre at sosiale tjenester ytes til alle personer som har behov for dem enten gratis eller til en pris som ikke er for kostbar. Regelverket må altså åpne for at oppdragsgiver kan ta i betraktning at tilbudet skal sikre gode tjenester til en akseptabel pris.

*Tilgjengelighet (availability):* Rammeverket angir at dette kriteriet skal sørge for at brukere gis tilgang til et bredt tilbud av sosiale tjenester slik at behovene deres oppfylles på en hensiktsmessig måte. Der det er mulig skal bruker kunne motta tjenester innen nærområdet og i nærheten av sin familie. Her tydeliggjøres at oppdragsgiver kan ta slike hensyn i betraktning ved tildelingen av kontrakt.

*Tjenestenes helhet (comprehensiveness of the services):* Rammeverket viser til at sosiale tjenester bør være utformet og levert på en integrert måte som reflekterer brukernes forskjellige behov, kapasiteter og preferanser. Der det er hensiktsmessig skal utformingen og leveringen av tjenestene også ta i betraktning brukerens familie og karriere, og forbedre deres velvære. Regelverket bør åpne opp for at dette kan gjøres gjennom utforming av behovs-/kravspesifikasjonen.

*De spesifikke behovene til ulike kategorier av brukere (the specific needs of different categories of users):* Rammeverket presiserer at regelverket bør åpne for at oppdragsgiver kan stille krav og vektlegge kriterier som ivaretar behovene til ulike kategorier av brukere. Dette vil særlig gjelde ved ytelse av helse- og sosialtjenester til sårbare og vanskeligstilte grupper som psykiatriske pasienter, narkotikamisbrukere mv.

*Brukermedvirkning (the involvement of users):* I henhold til rammeverket bør tjenesteytere oppmuntre til aktiv involvering av brukerne og deres familie og venner i planleggingen, gjennomføringen og evalueringen av tjenestene. Regelverket bør her åpne for at brukere blir involvert i utformingen av behovs- og kravspesifikasjonen.

*Styrking av brukerne (empowerment):* I rammeverket angis det at tjenestene bør ha som mål å styrke eller opprettholde brukernes kapasiteter samtidig som de beholder så mye kontroll som mulig over deres egne liv.

Direktivets opplisting i artikkel 76 nr. 2 reiser spørsmålet om det er nødvendig med egne regler om tildelingskriterier ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester.

<sup>5</sup> Dette synes allerede å følge av artikkel 67, jf. kapittel 21.2.

<sup>6</sup> Utarbeidet av Rådets Social Protection Committee, SPC/2010/10/8 final.



*Utvalget* mener i utgangspunktet at alle de momenter som er listet opp i artikkel 76 nr. 2, vil lovlig kunne bli ivaretatt innenfor rammene av forslaget til nytt nasjonalt prosedyreregulativ. Utvalgets forslag til alminnelige regler gir betydelig fleksibilitet både når det gjelder hvilke forhold oppdragsgiver kan vektlegge, og betydningen av kvalitet. Utvalget foreslår likevel å innføre en særlig adgang til å tildele kontrakter på bakgrunn av brukervalg innen helse- og sosialsektoren. Dette utdypes særskilt i kapittel 27.4.5.

Utvalget ønsker å understreke at kvalitet ofte vil være av helt sentral betydning når det gjelder anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Utvalget mener at oppdragsgivere i større grad enn i dag må tillegge kvalitet tilstrekkelig vekt og/eller identifisere og honorere kvalitet i den utstrekning oppdragsgiver har hatt intensjoner om. Denne utfordringen vil ikke kunne løses i selve anskaffelsesregelverket. Etter utvalgets oppfatning er det et stort potensial knyttet til utarbeidelse av veiledningsmaterieell på dette punktet. Utvalget viser til Difis veileder om kjøp av helse- og sosialtjenester, som med fordel kan utdypes når det gjelder spørsmålet om hva kvalitet er, hvordan kvalitet kan etterspørres i en kravspesifikasjon, og hvordan kvalitet skal evalueres.

Utvalget finner også grunn til å peke på de kvalitetsparametre som mindretallet fremhever i forhold til unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle tjenesteleverandører, jf. kapittel 12.4.2. Selv om flertallet er av den oppfatning at unntaket ikke lovlig kan videreføres over EU/EØS-terskelverdien, mener et samlet utvalg at en rekke av de momenter mindretallet fremhever, er omstendigheter som oppdragsgiver har anledning til å vektlegge ved vurderingen av tilbudte tjenesters kvalitet.

Selv om utvalget mener at kvalitet er et svært viktig tildelingskriterium på dette området, foreslår det ikke å benytte adgangen til å forby bruk av laveste pris som modell for tildeling av kontrakt. Også på området for anskaffelser av helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester mener utvalget at valg av modell må overlates til oppdragsgivers anskaffelsesfaglige skjønn.

## **27.4.5 Særregler om brukervalg**

### *27.4.5.1 Innledning*

Det er en stadig økende oppmerksomhet om pasienters og brukeres rett til å delta i evalueringen og tildelingen av kontrakter om ytelse av helse- og sosialtjenester. Både statlige og kommu-

nale oppdragsgivere opplever at brukere av helse- og sosialtjenester presser på for å delta i beslutningsprosessen rundt hvilke leverandører som skal kunne levere tjenester til dem. Dette skyldes de helt spesielle omstendighetene ved ytelse av helse- og sosialtjenester. Dette er personlige tjenester som ofte er helt avgjørende for brukernes livskvalitet, og det er derfor naturlig at brukerne og deres pårørende har sterke meninger om hvilke leverandør som kan levere det beste tilbudet akkurat til dem.

I henhold til dagens regelverk må offentlige oppdragsgivere benytte objektive kriterier i valg av leverandør for å oppfylle det grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippet om likebehandling av leverandører. Dette gjør at det ofte er utfordrende å ta hensyn til kvalitative faktorer som er helt avgjørende fra brukernes perspektiv, fordi dette er subjektive synspunkter som det er vanskelig å spesifisere i en kravspesifikasjon eller ta i betraktning i tilbudsevalueringen.

*Utvalget* mener at det finnes et klart behov for at offentlige oppdragsgivere som ønsker å åpne opp for brukervalg ved anskaffelse innen helse- og sosialsektoren bør ha anledning til det. Utvalget kommer derfor nedenfor med forslag til nye forskriftregler om brukervalg som avropsmekanisme ved tildeling av kontrakter innenfor inngåtte rammeavtaler og om brukervalg som tildelingskriterium ved tildeling av ordinære kontrakter om helse- og sosialtjenester. Utvalget vil først beskrive behovet for brukervalg og mulighetene for å etablere brukervalgsordninger etter henholdsvis dagens og det nye konsesjonsdirektivets regler for tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter.

### *27.4.5.2 Behovet for brukervalg*

Pasienters og brukeres rett til brukermedvirkning er i dag lovfestet gjennom pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1. I henhold til denne bestemmelsen skal brukerens tjenestetilbud så langt som mulig utformes i samarbeid med pasient og bruker. Mange brukere og deres pårørende opplever imidlertid at denne retten til medvirkning ikke blir ivaretatt i tilstrekkelig grad der tjenestetilbudet blir satt ut på anbud, og det har spredt seg en oppfatning om at anskaffelsesprosessen umuliggjør reell brukermedvirkning.

Det er *utvalgets* oppfatning at retten til brukermedvirkning ikke nødvendigvis innebærer at pasienter og brukere eller deres pårørende skal ha rett til å delta i selve valget av tilbyder av tjenestene. Kravet til brukermedvirkning kan for

eksempel ivaretas gjennom at oppdragsgiveren gir brukerne mulighet til å delta i utformingen av kravene til leverandørene og spesifikasjonen av tilbudet i anskaffelsens planleggingsfase. Brukerne kan på denne måten påvirke og legge føringer for hvilke type leverandører som kan kvalifiseres til å levere ytelsen og hvilke løsninger de må tilby.

Utfordringen for brukerne er imidlertid at de ikke får anledning til å delta i selve valget av tilbyder. Tildeling av kontrakt skal i henhold til anskaffelsesregelverket skje på basis av objektive kriterier for å sikre at det grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippet likebehandling av leverandørene overholdes. I en slik evaluering er det ikke rom for brukernes subjektive vurderinger, og oppdragsgiverne er derfor nødt til å holde brukerne utenfor det som må sies å være den aller viktigste vurderingen. Offentlige anskaffelser av helse- og sosialtjenester omfatter ofte svært sårbare og vanskeligstilte brukere. Det kan være snakk om mennesker med omfattende og kompliserte lidelser som har store hjelpebehov. Dette er ofte individuelle behov som brukeren selv kjenner best. Brukeren derfor ofte nærmest til å avgjøre hvordan behandlingen bør gjennomføres.

Det er videre vanskelig å beskrive hva som er kvalitet for en spesifikk bruker eller pasient. Oppdragsgiver kan beskrive hvilke kompetanse leverandørens bemanning skal ha og hvilke tjenester de skal utføre. Men viktige kvalitative faktorer for brukeren som empati, mellommenneskelighet, godhet og lignende faktorer er det ofte ikke mulig å ta i betraktning i en vanlig anbudskonkurranse. Dette er subjektive vurderinger som brukeren eller pasienten selv må gjøre.

#### 27.4.5.3 *Brukervalg ved tjenestekonsesjonskontrakter etter gjeldende rett*

Det er flere kommuner som den siste tiden har valgt å etablere brukervalgsordninger gjennom å inngå tjenestekonsesjonskontrakter. Dette er kontrakter om tjenestekjøp hvor vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling.<sup>7</sup> Slike kontrakter er i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 bokstav j, unntatt fra forskriftens anvendelsesområde. KOFA har videre kommet til at heller ikke lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på konsesjonskontrakter.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Jf. definisjonen i forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav e.

Det avgjørende for om det foreligger en konsesjonskontrakt er om tjenesteyteren har påtatt seg en *vesentlig del* av driftsrisikoen.<sup>9</sup> Der risikoen forbundet med den aktuelle form for virksomhet er liten, kan det fortsatt inngås konsesjonskontrakter. Det avgjørende vil være om en vesentlig del av den økonomiske risiko som eksisterer, er overført til tjenesteyteren.

Tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter er altså ikke regulert av direktivbestemmelser i dag. EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen likevel gjelder ved tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter som er egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området. Om kontrakten er egnet til å påvirke samhandelen skal bero på en konkret vurdering der det avgjørende er om kontrakten hypotetisk vil kunne være av interesse for aktører utenfor landets grense. Dette vil vanligvis ikke være tilfelle for kontrakter av begrenset økonomisk verdi.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at kravet til overholdelse av EØS-avtalens grunnleggende prinsipper innebærer at det ved tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter gjelder krav om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Dette innebærer blant annet at det må være en eller annen form for offentliggjøring av at en kontrakt skal tildeles, slik at potensielle leverandører kan melde sin interesse. Omfanget av kravene skal stå i forhold til kontraktens størrelse.

Oppdragsgiver kan ved å organisere sine innkjøp som en konsesjonsordning etablere et brukervalgssystem der brukerne selv kan velge fritt mellom hvilken tjenesteyter de ønsker skal levere tjenester til dem. Oslo kommune har blant annet valgt å etablere en konsesjonsordning for ytelse av brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Ordningen er slik at alle leverandører som oppfyller de angitte kravene til leverandørene og tjenestene de skal utføre, blir tildelt kontrakt, og får anledning til å tilby sine tjenester til brukerne av BPA-tjenestene. De ulike brukerne kan så velge fritt mellom de forskjellige godkjente leverandørene. Her er risikoen for å etablere og drifte tjenesten overført fra oppdragsgiver til tjenesteyter gjennom at tjenesteyter må forplikte seg til å opprettholde en viss kapasitet uavhengig av om han får oppdrag eller ikke. Leverandørene kan i en slik ordning ikke være sikre på at de får dekket sine utgifter ved å etablere og opprettholde sitt tilbud.

<sup>8</sup> Jf. blant annet KOFAs sak 2003/250, sak 2005/24 og sak 2005/86

<sup>9</sup> Jf. sak C-206/08 (Eurowasser) avsnitt 77.

#### 27.4.5.4 *Brukervalg i nytt konesjonskontraktdirektiv*

Det nye direktiv 2014/23/EU om tildeling av konsesjonskontrakter viderefører gjeldende muligheter til å benytte brukervalg ved tildeling av konsesjonskontrakter.

Det er gitt en definisjon av begrepet konsesjoner i direktivets artikkel 5 punkt 1. Begrepet omfatter både tjenestekonsesjoner og bygg- og anleggskonsesjoner. Det følger videre av punkt 1 (b) at tjenestekonsesjoner er:

«a contract for pecuniary interest concluded in writing by means of which one or more contracting authorities or contracting entities entrust the provision and the management of services other than the execution of works referred to in point (a) to one or more economic operators, the consideration of which consists either solely in the right to exploit the services that are the subject of the contract or in that right together with payment..»

Konesjonskontraktdirektivet utdyper i tillegg denne definisjonen nærmere:

«The award of a works or services concession shall involve the transfer to the concessionaire of an operating risk in exploiting those works or services encompassing demand or supply risk or both. The concessionaire shall be deemed to assume operating risk where, under normal operating conditions, it is not guaranteed to recoup the investments made or the costs incurred in operating the works or the services which are the subject-matter of the concession. The part of the risk transferred to the concessionaire shall involve real exposure to the vagaries of the market, such that any potential estimated loss incurred by the concessionaire shall not be merely nominal or negligible;»

Direktivets fortale gir bidrag til tolkningen av bestemmelsen. Når det gjelder overføringen av den økonomiske risikoen er dette særlig omtalt i fortalens premisser 18, 19 og 20. Her fremgår det blant annet at et marked med lite økonomisk risiko, særlig på grunn av detaljerte offentlig reguleringer av de bygg- og anleggsarbeidene eller tjenestene som er gjenstand for konsesjonen, ikke utelukker konsesjonskontrakter. Dette bygger på rettspraksis, blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-206/08 (Eurowasser).

I henhold til konsesjonsdirektivet artikkel 19 er konsesjonskontrakter om sosiale og andre spesifikke tjenester kun underlagt reglene i artikkel 31 nr. 3, 32, 46 og 47. Artikkel 26 nr. 3 forplikter oppdragsgiver til å publisere en veiledende kunngjøring som kunngjøring av konkurranse om oppdraget. Den veiledende kunngjøringen skal inneholde opplysningene angitt i direktivets bilag IV. Artikkel 32 forplikter oppdragsgiver til å sende en kunngjøring om tildeling av konsesjonskontrakt innen 48 dager etter at konsesjonen ble tildelt. Oppdragsgiver kan også gruppere slike kunngjøringer kvartalsvis. Artiklene 46 og 47 omhandler håndhevelsen av tildelinger av konsesjonskontrakter. Utvalget går ikke nærmere inn på disse reglene.

Det er ikke gitt prosedyreregler for hvordan tildelingen av konsesjonskontrakter om helse- og sosialtjenester skal utføres i det nye konsesjonsdirektivet. Dette innebærer at offentlige oppdragsgivere fortsatt må forholde seg kun til EØS-avtalens grunnleggende prinsipper ved tildeling av konsesjonskontrakter, som beskrevet ovenfor. De nye reglene vil bortsett fra reglene om kunngjøring således ikke påvirke hvordan tildeling av konsesjonskontrakter om helse- og sosialtjenester skal gjennomføres.

Konesjonsdirektivet får videre kun anvendelse på tjenestekonsesjonskontrakter med en verdi som overstiger 5,186 millioner euro, jf. artikkel 8 nr. 1. Dette innebærer at de fleste norske tjenestekonsesjonskontrakter om helse- og sosialtjenester uansett vil falle utenfor direktivets anvendelsesområde.

#### 27.4.5.5 *Brukervalg ved kvalifikasjonsordninger eller lignende*

I det nye direktivet for tildeling av konsesjonskontrakter er det i direktivets fortale premiss 13 angitt at ordninger som åpner for at alle leverandører som oppfyller ordningens vilkår kan delta i utførelsen av en bestemt oppgave, uten at det foretas noen utvelgelse, ikke bør anses som konsesjoner. Dette gjelder også ordninger som er basert på rettslige avtaler mellom oppdragsgiver og leverandøren. Fortalen viser til at dette er ordninger som typisk er basert på en avgjørelse av en offentlig oppdragsgiver som definerer de gjennomslittige og ikke-diskriminerende vilkårene for det kontinuerlige opptaket av leverandører for utførelsen av spesifikke tjenester, slik som sosiale tjenester, hvor kundene kan velge mellom de leverandørene som oppfyller vilkårene.

Dette innebærer at kvalifikasjonsordninger, slik som Oslo kommunes konsesjonsordning for brukerstyrt personlig assistanse, der alle leverandører som oppfyller ordningens vilkår for deltakelse får tilby sine tjenester, vil falle utenfor det nye konsesjonsdirektivets anvendelsesområde. Ved denne typen brukervalgsordninger vil oppdragsgiver kun måtte forholde seg til EØS-avtalens grunnleggende prinsipper.

I henhold til det nye konsesjonsdirektivet må altså en oppdragsgiver som ønsker å legge opp til et begrenset brukervalg, dvs. en ordning der det foretas en utvelgelse av hvilke leverandører som får delta, følge reglene i konsesjonsdirektivet. Dersom oppdragsgiver derimot etablerer en ordning der alle leverandører som oppfyller ordningens vilkår får delta i ordningen, så faller tjenesten utenfor konsesjonsdirektivets anvendelsesområde.

#### 27.4.5.6 *Brukervalg som avropsmekanisme under rammeavtaler*

Det nye EU-direktivet om offentlige anskaffelser åpner for at brukervalg kan benyttes som avropsmekanisme ved valg av tilbyder under inngåtte rammeavtaler. Dersom en ytelse skal anvendes av fysiske personer, kan tildelingen av kontrakter innenfor en rammeavtale baseres på kriterier som omfatter disse personenes behov eller valg. I premiss 61 i direktivets fortale er det angitt at:

«The objective conditions for determining which of the economic operators party to the framework agreement should perform a given task, such as supplies or services intended for use by natural persons, may, in the context of framework agreements setting out all the terms, include the needs or the choice of the natural persons concerned.»

Direktivets bestemmelser om tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler gjelder ikke for helse- og sosialtjenester som er omfattet av direktivets særlige regime for særlige tjenester. Det er imidlertid å anse som et strengere regelverk enn det mer fleksible særskilte regimet for særlige tjenester. *Utvalget* mener det derfor er rimelig å anta at brukervalg også vil være tillatt som avropsmekanisme ved tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler om helse- og sosialtjenester. Det er også i tråd med det særskilte regimens fokus på brukermedvirkning og styrking av brukernes rettigheter.

For at brukernes valg skal være en reell valgmulighet så innebærer dette at kriteriet brukervalg ikke kan kombineres med andre avropskriterier som pris, kvalitet, kompetanse eller andre kriterier. *Utvalget* foreslår derfor at brukervalg etableres som en egen avropsmekanisme som ikke kan kombineres med andre kriterier. En slik løsning forutsetter at alle andre vilkår er fastlagt i forkant av inngåelsen av rammeavtalene.

*Utvalget* foreslår på denne bakgrunn at avrop på rammeavtaler skal kunne skje på bakgrunn av brukervalg både for helse- og sosialtjenester og varer innenfor helse- og sosialområdet til personlig bruk. Et typisk eksempel på det siste er varer som kjøpes inn fra Hjelpemiddelsentralen til enkeltbrukere, for eksempel diabetespumper.

#### 27.4.5.7 *Brukervalg som tildelingskriterium ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester*

*Utvalget* har også diskuterte om det kunne være mulig å innføre brukervalg også generelt ved tildelingen av kontrakter av helse- og sosialtjenester.

Det følger av direktivets artikkel 76 at medlemsstatene skal fastsette nasjonale regler for tildelingen av kontrakter som er omfattet av kapitlet for særlige tjenester, for å sikre at offentlige oppdragsgivere overholder prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling av leverandører. Spørsmålet er om tildelingskriteriet brukervalg vil være i strid med disse grunnleggende prinsippene.

For anskaffelser som er omfattet av direktivet i sin helhet, innebærer prinsippet om likebehandling at tildelingen av kontrakter skal basere seg på objektive kriterier, jf. artikkel 67. I fortalens premiss 90 angis det at:

«Contracts should be awarded on the basis of objective criteria that ensure compliance with the principles of transparency, non-discrimination and equal treatment, with a view to ensuring an objective comparison of the relative value of the tenders in order to determine, in conditions of effective competition, which tender is the most economically advantageous tender.»

Det er derfor klart at det ikke vil være mulig med brukervalg for anskaffelser som omfattes av direktivets ordinære regler.

*Utvalget* mener imidlertid at prinsippet om likebehandling bør tolkes mindre strengt ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester. *Utvalget*

viser her til at premiss 114 i direktivets fortale understreker at medlemsstatene bør gis vidt handlingsrom til å organisere valget av tjenesteytere på den måten de mener er mest hensiktsmessig. Videre angis det i artikkel 76 at medlemslandene skal etablere regler som sørger for at offentlige oppdragsgivere skal kunne ta i betraktning brukermedvirning og styrking av brukernes interesser.

Utvalget mener videre at helse- og sosialtjenester er av en helt spesiell karakter hvor brukers behov må stå i fokus ved tildeling av kontrakt. Det vil ofte ikke være mulig å ta i betraktning viktige kvalitative faktorer for brukeren som menneskelige relasjoner i ordinære anskaffelsesprosesser. Utvalget mener at reelle hensyn her taler for at det åpnes for brukervalg også ved tildeling av ordinære kontrakter om helse- og sosialtjenester.

For at et brukervalg skal kunne være reelt, er det som tidligere nevnt, ikke mulig å kombinere brukervalg med andre tildelingskriterier. Utvalget mener derfor at alle andre vilkår i kontrakten må være fastlagt før brukeren får anledning til å foreta sitt valg av leverandør.

Utvalget mener det finnes to løsninger på hvordan dette kan gjøres. For det første kan det etableres en løsning der oppdragsgiver må fastlegge de ulike vilkårene, herunder pris og kvalitetskrav, i kontrakten på forhånd slik at alle leverandørene som oppfyller kvalifikasjonskravene og aksepterer kontraktens betingelser, får være med på en liste over leverandører som brukeren kan velge fra. Det som skiller denne løsningen fra brukervalgsordningene beskrevet ovenfor er at den er beregnet på enkeltanskaffelser. Det er heller ikke noe krav om risikooverføring som ved tjenestetekonsesjonskontrakter.

Alternativt kan det tenkes en prosedyre der oppdragsgiver velger ut de beste tilbudene ut i fra angitte tildelingskriterier, og lar brukerne velge mellom de tilbudene som oppdragsgiver anser for å være de beste, for eksempel de tre eller fem beste tilbudene. For eksempel kan oppdragsgiver la brukeren velge mellom de leverandørene som leverte de tre mest økonomisk fordelaktige tilbudene.

Problemet med den siste løsningen er at den vil kunne være i strid med det prinsippet om likebehandling. I en slik situasjon kan den leverandøren som objektivt leverer tilbudet med det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, ende opp med ikke å få kontrakten. Utvalget ser prinsipielle motforestillinger mot å innføre en løsning der tilbyde-

ren med det objektiv sett beste tilbudet ikke blir tildelt kontrakten.

Utvalget mener at den første løsningen er den mest hensiktsmessige, og foreslår at brukervalg kan brukes som tildelingskriterium i slike tilfeller, og at dette kun gjelder ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

I en slik tildelingsmetode vil det være en forutsetning at oppdragsgiver kvalitetssikrer at leverandørene oppfyller de angitte kravene. Han må også ha anledning til å gjennomføre forhandlinger for å sikre at tilbudene oppfyller alle kvalitative vilkår. Oppdragsgiver kan deretter la brukeren selv velge leverandør.

## 27.4.6 Andre særregler

### 27.4.6.1 Varighet av rammeavtaler

I kapittel 15.4 er det gjort rede for varigheten av rammeavtaler. Her foreslår utvalget at rammeavtaler som utgangspunkt maksimalt skal kunne løpe i fire år, med mindre annet er berettiget ut fra kontraktens gjenstand. Dette er med andre ord tilsvarende regulering som over EU/EØS-terskelverdiene.

Ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester kan det av hensyn til brukerne være et særlig behov for kontinuitet i ytelsene, og dermed behov for å kunne inngå kontrakter av lengre varighet.<sup>10</sup> Dette gjelder for eksempel for anskaffelser av sykehjemsplasser, hjemmetjenester til mennesker med omfattende og sammensatte behov, barnevernsinstitusjoner og fosterhjemstjenester og annen langvarig og kontinuerlig oppfølging av pasienter/brukere med behov for trygghet og stabilitet eller pasienter/brukere med kroniske lidelser. Hensynet til forutsigbarhet for leverandøren er også relevant, særlig der det forutsettes store investeringer for å bygge opp tjenestetilbudet. Lang kontraktsvarighet er ikke like relevant for alle helse- og sosialtjenester, for eksempel der pasientene i større grad er til kortvarig behandling.

Den generelle regelen om rammeavtals varighet åpner for å inngå lengre avtaler når dette er særlig berettiget, for eksempel ut fra kontraktens gjenstand. Siden det for anskaffelser av helse- og sosialtjenester ofte vil være forhold som tilsier slik lengre kontraktsvarighet, foreslår utvalget en særbestemmelse som slår fast at det ved kjøp av slike tjenester ikke gjelder en hovedregel

<sup>10</sup> Jf. Difis veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester side 18.

om maksimal varighet på fire år. Her skal rammeavtalens varighet som hovedregel tilpasses brukernes behov og kontraktens formål/gjenstand.

#### 27.4.6.2 Adgang til å gjøre endringer i en konkurranse

Utvalget foreslår å innføre en regel om at oppdragsgiver til enhver tid skal kunne gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, både før og etter utløpet av tilbudsfristen, se nærmere omtale av utvalgets forslag i kapittel 19.5.2.

Behovet for å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget underveis i en konkurranse vil kunne være særlig stort når det anskaffes helse- og sosialtjenester. Det vil ikke minst være tilfellet der det anskaffes tjenester til enkeltbrukere, for eksempel fordi diagnosen endres underveis i prosessen eller hjelpebehovet endres av andre grunner. Som beskrevet i kapittel 27.4.6.3, vil behovet for å gjøre endringer i en inngått kontrakt om helse- og sosialtjenester kunne være særlig stort når slike forhold inntreffer, og tilsvarende vil gjelde behovet for å endre eller avlyse en igangsatt konkurranse dersom endringer i behovet skjer på dette stadiet. Terskelen for når en avlysningsgrunn er saklig, må være særlig lav i slike tilfeller. Tilsvarende må terskelen for når en endring av konkurransegrunnlaget anses som vesentlig, være særlig høy. Det forutsetter at den utvidete adgangen gjelder endringer og avlysninger som er begrunnet i brukers behov og kontraktens formål. *Utvalget* mener at det ikke er behov for en særskilt regulering av dette, men at den foreslåtte bestemmelse er tilstrekkelig fleksibel til at den åpner for en slik tolkning.

#### 27.4.6.3 Endringer i en inngått kontrakt

For anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivets detaljerte prosedyreregler, skal det innføres en bestemmelse som fastslår at det ikke er mulig å gjøre vesentlige endringer i en kontrakt. Utvalget foreslår at denne bestemmelsen skal gjelde for alle anskaffelser som er omfattet av regelverket, jf. kapittel 15.5.4. Som det fremgår der, må det avgjøres konkret i det enkelte tilfellet hva som utgjør en vesentlig endring.

For helse- og sosialtjenester kan behovet for å gjøre endringer i kontrakten være større enn for mange andre tjenester. Det kan for eksempel være inngått en kontrakt om brukerstyrt personlig assistanse der pasientens diagnose, og dermed

pasientens hjelpebehov, endrer seg betraktelig i kontraktperioden. Dersom samme leverandør vil være i stand til å dekke det endrede hjelpebehovet, taler gode grunner for at kontrakten med eksisterende leverandør bør kunne videreføres. *Utvalget* mener at regelverket ikke skal være til hinder for dette.

Utvalget mener imidlertid at det ikke er behov for en særskilt regulering av dette, men at den foreslåtte bestemmelsen må tolkes slik at adgangen til å gjøre endringer i inngåtte kontrakter om helse- og sosialtjenester skal være særlig vid. Etter utvalgets vurdering skal det mye til for å konstatere at en endring i kontrakt er vesentlig, når endringen er begrunnet i brukerens behov og kontraktens formål.

Det vil også kunne være hensiktsmessig ved slike tjenester å ta inn endringsklausuler i kontraktene.

#### 27.4.7 Kontrakter som reserveres særlige organisasjoner

Etter nytt direktiv artikkel 77 nr. 1 kan medlemslandene gi oppdragsgiver adgang til å reservere konkurransen om bestemte helse-, sosial- og kulturtjenester til visse særlige organisasjoner.<sup>11</sup> Organisasjonene som oppdragsgiver kan reservere konkurransen for, må oppfylle følgende kumulative vilkår, jf. artikkel 77 nr. 2:

- Organisasjonens formål er å utføre et offentlig tjenesteoppdrag som er knyttet til leveransen av helse-, sosial- eller kulturtjenester, jf. bokstav a
- Organisasjonens fortjeneste blir reinvestert med det formål å realisere organisasjonens mål; eventuell utdeling eller omfordeling av fortjenesten bør være basert på hensynet til deltakelse, jf. bokstav b
- Organisasjonens ledelses- eller eierskapsstruktur skal være basert på at de ansatte er eiere, eller prinsippet om ansattes medvirking i ledelsen av organisasjonen, eller kreve aktiv deltakelse fra ansatte, brukere eller interessenter, jf. bokstav c
- Organisasjonen skal ikke være blitt tildelt kontrakt for de samme tjenestene av den samme oppdragsgiveren i henhold til denne bestemmelsen i løpet av de siste tre årene, jf. bokstav d

<sup>11</sup> Unntakshjemmelen dekker bare helse-, sosial- og kulturtjenester som faller inn under bestemte CPV-koder som er opplistet i artikkel 77 nr. 1. En oversikt over hvilke tjenester dette er, er gitt i vedlegg 7 til direktivet.

Lengden på en kontrakt som oppdragsgiver reserverer konkurransen om, skal ikke være lenger enn tre år, jf. artikkel 77 nr. 3.

I direktivets fortale er det fremhevet at oppdragsgiver bør ha mulighet til å reservere konkurransen om visse helse-, sosial- og kulturtjenester til organisasjoner som er basert på eierskap av ansatte eller ansattes aktive medvirking i ledelsen, og til visse eksisterende organisasjoner, slik som kooperativer.<sup>12</sup> Bestemmelsen kom visstnok inn i direktivet etter forslag fra Storbritannia, som ønsket å ivareta nystartede virksomheter som er etablert som såkalte «spin-outs» bestående av tidligere ansatte i offentlig sektor, i en overgangsperiode. Slik bestemmelsen er utformet, er den imidlertid ikke uttrykkelig avgrenset til slike «spin-outs».

*Utvalget* har vurdert om det bør innføres en regel som gir oppdragsgiver adgang til å reservere konkurransen om helse-, sosial- og kulturtjenester i tråd med reglene i artikkel 77.

Definisjonen av organisasjoner som er omfattet av artikkel 77 nr. 2, bygger på flere av de elementer man finner igjen ideelle organisasjoner, særlig bokstav a og b. Noen ideelle organisasjoner vil antakelig også kunne oppfylle vilkårene i bokstav c, og således kanskje falle inn under den krets av organisasjoner som bestemmelsen dekker. Tidsbegrensningene i bokstav d synes imidlertid å representere en vesentlig innsnevring av unntaksbestemmelsens praktiske nedslagsfelt. Mot denne bakgrunn overlater utvalget til departementet å avgjøre om et slikt unntak bør innføres i norsk rett.

---

<sup>12</sup> Jf. fortalens premiss 118.

## Kapittel 28

# Utvalgets alternative forslag til regler – et minimumsregelverk

### 28.1 Innledning

---

Ifølge mandatet skal utvalget skissere rammene for:

«En minimumsvariant som innholdsmessig er begrenset til de krav og prosedyreregler som er nødvendige for å oppfylle kravene etter EØS-avtalen og formålet med regelverket slik dette i dag er nedfelt i anskaffelsesloven».

I kapittel 10.2 har utvalget redegjort for hvilke krav som følger av den alminnelige EU/EØS-retten. Disse kravene setter de ytre rammene for utformingen av et regelverk som på den ene siden ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen, og som på den andre siden er hensiktsmessig for å ivareta formålet med anskaffelsesregelverket.

Allerede i gjeldende lov og forskrift finnes et slikt minimumsregelverk. Det vises til anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriftens del I, særlig § 3-1 (kapittel 28.2). Det samme gjelder forsyningsforskriftens del I. Også den danske tilbudslovens regler for tildeling av vare- og tjenestekontrakter under EU/EØS-terskelverdiene har form av et minimumsregelverk (kapittel 28.3).

Når det gjelder det konkrete forslaget til et minimumsregelverk, har *utvalget* delt seg i et flertall og et mindretall (kapittel 28.4).

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem og Vigander*, foreslår at et minimumsregelverk kan baseres på anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper, et skriftlighetskrav og en kunngjøringsplikt.

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland og Gjønnnes*, mener at et minimumsregelverk i tillegg må suppleres med regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. *Medlemmet Gjønnnes* foreslår dessuten en forenklet kunngjøringsplikt ved tildeling av kontrakter over 100 000 kroner, en plikt til å føre

anskaffelsesprotokoll samt en utvidet begrunnelsesplikt for oppdragsgiver.

*Utvalget* foreslår at det iverksettes et prøveprosjekt hvor utvalgte oppdragsgivere blir gitt anledning til å tildele kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og om særlige tjenester i henhold til et minimumsregelverk.

### 28.2 Forskrift om offentlige anskaffelser del I

---

Forskrift om offentlige anskaffelser del I gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av forskriften. For anskaffelser som ikke også er underlagt de detaljerte prosedyrereglene i del II eller del III, er § 3-1 (grunnleggende krav for alle anskaffelser) den sentrale bestemmelsen. Den angir de grunnleggende kravene som oppdragsgiver må ta hensyn til uansett anskaffelsens art og verdi. Bortsett fra åttende ledd, som pålegger oppdragsgiver å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser ved planleggingen av den enkelte anskaffelse, gir bestemmelsen uttrykk for anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper. I hovedsak er de samme prinsippene kommet til uttrykk også i anskaffelsesloven § 5. Det vises til utvalgets omtale av de grunnleggende prinsippene i kapittel 10.4.

Utvalget er ikke kjent med tallmateriale som viser omfanget av anskaffelser som kun reguleres av anskaffelsesloven og forskriftens del I. Det er imidlertid klart at det foretas mange slike anskaffelser i dag.

### 28.3 Det danske regelverket for vare- og tjenestekontrakter under EU/EØS-terskelverdiene

---

Den danske tilbudsloven har separate regelsett for henholdsvis bygge- og anleggskontrakter og vare- og tjenestekontrakter. Disse reglene er nærmere beskrevet i kapittel 5.2.



Regelverket for vare- og tjenestekontrakter under EU/EØS-terskelverdiene (men som overstiger 500 000 DKK) er i hovedsak kun en kodifisering av de grunnleggende prinsippene. I korte trekk er oppdragsgiver pålagt følgende plikter:

- Kunngjøringsplikt, jf. § 15 c
- Utvelgelsen av leverandører skal skje på grunnlag objektive, saklige og ikke-diskriminerende kriterier, og leverandørene må ikke bli forskjellsbehandlet, jf. § 15 d stk. 1
- Begrunnelsesplikt, jf. § 15 d stk. 2

Reglene blir ofte omtalt som «annonseringsplikten»; det er kravet om å kunngjøre konkurranse som utgjør kjernen av oppdragsgivers plikter ved slike anskaffelser. Det er opplagt at reglene gir oppdragsgiver et fleksibelt utgangspunkt, særlig når de ikke legger konkrete føringer for hvordan en konkurranse skal gjennomføres.

Regelverket for bygge- og anleggskontrakter er mer detaljerte. Skillet synes først og fremst å være historisk betinget, som følge av at disse reglene i stor grad bygger på den tidligere licitationsloven, som gjaldt for både offentlige og private byggherrer. En samlet bygge- og anleggsnæring ønsket ikke å endre disse reglene da reglene for vare- og tjenestekontrakter ble innlemmet i tilbudsloven i 2007.

Utvalget er kjent med at man i Danmark nå vurderer et forslag om å oppheve tilbudslovens regler for vare- og tjenestekontrakter.<sup>1</sup> På tidspunktet for ferdigstillingen av utvalgets utredning er det ikke avklart i hvilken grad dette forslaget vil bli fulgt opp. Utvalget mener likevel det er relevant å gi disse opplysningene i forbindelse med en presentasjon av et alternativt minimumsregelverk.

Utvalget er orientert om at det danske forslaget per i dag går ut at oppdragsgiver ikke skal ha plikt til kunngjøre verken konkurranse eller konkurranseresultater. I stedet blir det vurdert å innføre en lovregel som pålegger oppdragsgiver å sikre at vare- og tjenestekontrakter tildeles «på markedsmessige vilkår». Det skal være opp til oppdragsgiver selv å avgjøre hvilken fremgangs-

måte han vil benytte for å sikre tildeling «på markedsmessige vilkår» – dette skal for eksempel kunne være kunngjøring på oppdragsgivers web-sider, innhenting av tilbud direkte fra utvalgte leverandører eller vurderinger basert på tidligere erfaringer. Oppdragsgiver skal også ha plikt til å dokumentere hvordan han har sikret at tildelingen har skjedd «på markedsmessige vilkår». Samtidig er det uttrykt et ønske om å fjerne klage- og håndhevelsesmulighetene for disse anskaffelsene.

Forslaget, som kommer fra leverandørsiden i Danmark, springer ut av et ønske om å redusere transaksjonskostnadene ved mindre anskaffelser. Dette vurderes å veie tyngre enn hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet i den konkrete anskaffelse. Utvalget har fått opplyst at forslaget i sin ytterste konsekvens vil kunne gå ut på at oppdragsgiver forbys å benytte anbudskonkurranser som anskaffelsesprosedyre. Anbudskonkurranser vurderes som svært kostbare både å arrangere og å delta i, særlig ved anskaffelser med lav verdi. Det blir hevdet at bruk av slike prosedyrer dypst sett er til hinder for konkurranse om offentlige kontrakter fordi oppdragsgivere avstår fra å invitere til konkurranse, og leverandører avstår fra å delta i dem. Utvalget har imidlertid fått opplyst at det nok er urealistisk å få politisk gjennomslag for et slikt forslag. Det arbeides derfor også med et forslag om at oppdragsgiver som utgangspunkt ikke kan innhente flere enn to eller tre tilbud. Hvis oppdragsgiver vurderer det som hensiktsmessig å innhente flere tilbud, skal dette i så fall begrunnes. Poenget med en slik regel er å tvinge oppdragsgiver til å vurdere behovet for flere tilbud opp mot transaksjonskostnadene for både oppdragsgiver selv og leverandørene.

## 28.4 Utvalgets vurdering

### 28.4.1 Generelt

*Utvalget* er av den oppfatning at anskaffelsesloven § 5 gjeldende forskrift § 3-1 kan danne et godt utgangspunkt for et minimumsregelverk.

Et slikt regelverk må i det minste pålegge oppdragsgiver en plikt til å overholde de grunnleggende prinsippene. Oppdragsgiver må ha plikt til å sikre konkurranse om offentlige kontrakter og ivareta de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Som det fremgår av kapittel 10.5, mener utvalgets flertall at disse fire prinsippene bør reddykes, og at det ikke er nødvendig å henviser til dem i forskriften hvis de allerede er forankret i loven.

<sup>1</sup> I februar 2014 avholdt utvalget et møte i København, hvor det ble orientert om det regjeringsoppnevnte «Udbudslovsudvalget» som skal legge frem forslag til ny «udbudslø» til gjennomføring av de nye anskaffelsesdirektivene i dansk rett. Utvalget har nedsatt en arbeidsgruppe som skal vurdere anskaffelser som ikke er omfattet av direktivene. Opplysningene over er basert på skriftlige innspill fra arbeidsgruppens leder Anders Brøndum (sjeffkonsulent i Dansk Industri). For øvrig er det ventet at utvalget vil legge frem sitt forslag i løpet av høsten 2014. Nærmere informasjon om utvalget er tilgjengelig på: <http://www.kfst.dk/KFST/forside/Offentlig%20konkurrence/Udbudslovsudvalg/Udbudslovsudvalget%20og%20relevante%20links>.

Utvalget mener også at et minimumsregelverk må inneholde et skriftlighetskrav, slik som i gjeldende forskrift § 3-1 syvende ledd. Oppdragsgiver bør ha en plikt til å sikre at alle vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen kan dokumenteres skriftlig. Det vises til omtalen av skriftlighetskravet i kapittel 14.2.

I tillegg foreslår utvalget at et minimumsregelverk må pålegge oppdragsgiver en plikt til å kunnngjøre konkurranse. Etter utvalgets vurdering er en generell kunnngjøringsplikt det beste virkemiddelet for å gi markedet informasjon om oppdragsgivers anskaffelsesbehov, slik at så mange leverandører som mulig gis anledning til å delta i en konkurranse. I mangel av andre holdepunkter legger utvalget til grunn at terskelverdien for kunnngjøringsplikt bør tilsvare gjeldende nasjonale terskelverdi på 500 000 kroner.

Unntak fra kunnngjøringsplikten bør gjelde i de særlige tilfellene hvor utvalget ellers har foreslått unntak fra detaljerte prosedyreregler, jf. kapittel 12.5.

Utvalget har vurdert om plikten til å kunnngjøre konkurranse kan erstattes av en plikt til å kunnngjøre konkurranseresultater, dvs. en plikt til å kunnngjøre at kontrakt er tildelt, og med hvem. En slik etterfølgende kunnngjøringsplikt vil sikre at markedet i ettertid får informasjon om oppdragsgivers atferd, og med dette bidra til gjennomsiktighet. Sammen med det grunnleggende skriftlighetskravet vil dette gi leverandørene mulighet til å kontrollere om det vide anskaffelsesfaglige skjønnet som et minimumsregelverk gir oppdragsgiver, faktisk blir utøvet i tråd med de grunnleggende prinsippene.

Utvalget ønsker imidlertid ikke å foreslå en slik kunnngjøringsplikt i stedet for en plikt til å kunnngjøre konkurranse. Utvalget antar at dette alternativet vil slå heldig ut først og fremst for den lokale konkurransen. Fravær av en plikt for oppdragsgiver til å kunnngjøre konkurranse vil medføre at det først og fremst vil være lokale leverandører som får kjennskap til anskaffelsesbehovet, for eksempel gjennom informasjon på websidene til oppdragsgivere som de vil være opptatt av å få oppdrag fra. Utvalget er opptatt av å sikre konkurranse for et samlet næringsliv i landet og anser det ikke formålstjenlig å foreslå løsninger som først og fremst vil legge til rette for lokale konkurranser.

Et regelverk som utelukkende er basert på de grunnleggende prinsippene og en plikt til å kunnngjøre konkurranse, vil gi oppdragsgiver et vidt skjønn og høy grad av fleksibilitet til selv å tilpasse gjennomføringen av en konkurranse til den kon-

krete anskaffelsen. Samtidig vil leverandørens rettigheter være ivaretatt gjennom de grunnleggende prinsippene.

Utvalget ser en fare for at et vidt skjønn fører til usikkerhet og til at oppdragsgiver på eget initiativ «overregulerer» gjennomføringen av en konkurranse ved å benytte kjente anskaffelsesprosedyrer, for eksempel de som i dag er angitt i forskriftens del III. Utvalget har fått inntrykk av at dette til en viss grad har skjedd i Danmark. Innføring av et minimumsregelverk synes derfor å forutsette – i enda større grad – gode og tilgjengelige veiledningstjenester. I denne sammenheng påpeker utvalget også hvor viktig det er å unngå såkalt «nedfallsproblematikk» (at detaljerte prosedyreregler «faller ned» fra en del i forskriften til en annen), jf. kapittel 7.1.

I prinsippet ser utvalget ingen grunn til at det skal gjelde forskjellige regler for kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Et minimumsregelverk vil kunne fungere like godt ved tildeling av alle typer kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene, samt kontrakter om særlige tjenester som omfattet av direktiv 2014/24/EU artikkel 74.

Når det gjelder klage- og håndhevelsesreglene i et minimumsregelverk, har utvalget ikke vurdert dette. Utvalget nøyer seg med å påpeke at en slik vurdering naturligvis må foretas, og viser i denne sammenheng til at man i Danmark vurderer å fjerne klage- og håndhevelsesreglene for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene.

#### 28.4.2 Flertallets syn

*Utvalgets flertall, medlemmene Roll-Matthiesen, Amdal, Brekke, Fredriksen, Frøyland, Liessem, Strømsnes og Vigander,* mener at et minimumsregelverk som skissert ovenfor – basert på de grunnleggende prinsippene, et skriftlighetskrav og en kunnngjøringsplikt – er tilstrekkelig til å fremme regelverkets formål ved tildelingen av kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og kontrakter om særlige tjenester som omfattet av nytt anskaffelsesdirektiv artikkel 74. Flertallet understreker at en slik løsning forutsetter at oppdragsgiver faktisk agerer lojalt i henhold til de grunnleggende prinsippene.

Flertallet viser til at anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene i hovedsak bare er underlagt de grunnleggende prinsippene, og uten en kunnngjøringsplikt, jf. forsyningsforskriften § 3-1 flg. Gjennom innspill fra oppdragsgivere og leverandører som er underlagt forsyningsforskriften, har flertallet fått et klart

inntrykk av at dette fungerer i samsvar med lovens formål. Tilsvarende har flertallet fått inntrykk av at danske aktører lever godt med tilbudslovens tilsvarende minimumsregelverk for tildeling av vare- og tjenestekontrakter under EU/EØS-terskelverdiene i Danmark, til tross for tendensen til at oppdragsgivere tidvis «overregulerer» konkurransegjennomføringen. Flertallet viser også til forslaget om ytterligere å redusere oppdragsgivers plikter som arbeidsgruppen til «Utbudslovsutvalget» arbeider med.

Etter flertallets vurdering skal et minimumsregelverk ikke inneholde regler om ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Bestemmelser om dette – blant annet anskaffelsesloven § 6 og gjeldende forskrift § 3-1 åttende ledd, som fastsetter at oppdragsgiver har plikt til å ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser ved planleggingen av en anskaffelse – går ut over det som er nødvendig for å ivareta de grunnleggende prinsippene. Flertallet viser til flertallets drøftelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i kapittel 11.4.

Gjeldende § 3-1 tredje ledd inneholder en regel om at oppdragsgiver ikke skal dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at regelverket kommer til anvendelse. Etter flertallets vurdering er det ikke nødvendig å presisere dette i et minimumsregelverk. Det sier seg selv at atferd som har til hensikt å omgå anskaffelsesregelverket, ikke skal være tillatt.

Mot denne bakgrunn foreslår flertallet følgende skisse til et minimumsregelverk:

- Plikt for oppdragsgiver til å basere tildelingen av en kontrakt på konkurranse
- Plikt for oppdragsgiver til å kunngjøre konkurranse om kontrakter over nasjonal terskelverdi
- Unntak fra kunngjøringsplikten i visse særlige situasjoner
- Plikt til å ivareta de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet i hele anskaffelsesprosessen
- Plikt til å gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen
- Plikt til å sikre at alle vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen kan dokumenteres skriftlig
- Alternativt erstattes plikten til å kunngjøre konkurranse med en plikt til å kunngjøre konkurranseresultater, med en enkel angivelse av oppdragsgivers anskaffelsesbehov og hvilken leverandør som er tildelt kontrakt

### 28.4.3 Mindretallets syn

*Utvalgets mindretall, medlemmene Breiland og Gjønnes*, mener at et minimumsregelverk basert på de grunnleggende prinsippene, et skriftlighetskrav og en kunngjøringsplikt må suppleres med enkelte andre regler.

Etter mindretallets vurdering må et minimumsregelverk inneholde bestemmelser som stiller krav om ivaretagelse av sosiale hensyn og miljøhensyn, inkludert livssyklus kostnader og universell utforming. Det må også inneholde regler om bruk av lærlingklausuler og antikontraktørklausuler. *Medlemmet Breiland* understreker at et minimumsregelverk dessuten må ha regler om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, mens *medlemmet Gjønnes* presiserer at regelverket må stille krav om bruk av kontraktsstandarder. Dette er bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som finnes i gjeldende anskaffelsesregelverk, og *mindretallet* viser til sine vurderinger av dem i kapittel 11.5.

*Medlemmet Gjønnes* mener at et minimumsregelverk må inneholde en regel om forenklet kunngjøringsplikt for små anskaffelser. Når omfanget av oppdragsgivers plikter reduseres, bør terskelen for kunngjøring av konkurranse reduseres. For SMB-er er det viktig at det blir kunngjort konkurranse også om små kontrakter. Dette kan gjøres på en enkel og byråkratisk måte og på et sentralt sted, slik at man sikrer bredest mulig konkurranse også om slike kontrakter. Dette medlem foreslår en forenklet kunngjøringsplikt for kontrakter med en anslått verdi over 100 000 kroner i Doffin. Forslaget vil sikre åpen og ryddig konkurranse om de minste anskaffelsene samt reell markedsadgang for SMB-er. Dette medlem viser for så vidt til mindretallets forslag om forenklet kunngjøringsplikt i kapittel 13.6.4.

Dette medlem er også av den oppfatning at et minimumsregelverk må inneholde regler om protokollføring og utvidet begrunnelsesplikt. Med en ordning hvor oppdragsgiver står meget fritt til å legge opp anskaffelsesprosedyren, vil leverandørene få et større behov for å vite hvordan konkurransen er blitt gjennomført. Leverandører som ikke når opp i konkurransen, og som ikke blir avvist, må få vite hvordan deres tilbud forholder seg til valgte leverandørs tilbud. Det er ikke godt nok å få en begrunnelse om hva som er de relative fordelene ved det valgte tilbudet. Dette medlem foreslår derfor at et minimumsregelverk skal inneholde en begrunnelsesplikt som tilsvare reglene om utvidet begrunnelse før regelendringene som trådte i kraft 1. juli 2012.

#### **28.4.4 Avslutning – forslag om prøveprosjekt**

*Utvalget* er usikre på om norske oppdragsgivere generelt er kompetanse- og ressursmessig beredt til å ivareta det ansvar og den fleksibilitet som ligger i å basere deler av den offentlige anskaffelsesvirksomheten kun på grunnleggende prinsipper. En grunnleggende forutsetning er at anskaffelsesvirksomheten er godt og profesjonelt organisert internt. Det vises til de forutsetninger som er omtalt i kapittel 30.2.

Noen oppdragsgivere vil imidlertid åpenbart kunne ivareta det ansvar som ligger i å anvende et fleksibelt og lite detaljert regelverk, på en god måte.

Utvalget lanserer derfor et forslag om å teste ut et minimumsregelverk i form av et prøveprosjekt for utvalgte oppdragsgivere. Et slikt prøve-

prosjekt kan gjelde for eksempel for enkelte store, ressurssterke oppdragsgivere som har profesjonalisert sin offentlige anskaffelsesvirksomhet, og som kan sannsynliggjøre dette gjennom en «søknadsprosess». Rent regelteknisk kan prøveordningen innføres ved at anskaffelsesforskriften gir hjemmel for å søke om en slags alternativ prosedyre for en gitt periode. Eventuelle tilsagn om deltakelse i ordningen kan følges opp med særlige evalueringer. Dette vil kunne gi et bedre grunnlag for å avgjøre om det radikale forenklingsegrep som et minimumsregelverk representerer, er riktig vei å gå. En alternativ løsning kan være å åpne for en tilfeldig utvelgelse av oppdragsgivere i Norge. Da vil man unngå spørsmål om minimumsregelverket vil fungere for oppdragsgivere som ikke er med i prøveprosjektet, om effektene skyldes seleksjon, osv.

## Kapittel 29

# Særlige direktivbestemmelser i forskriftens del I

### 29.1 Innledning

Forskriftens del I inneholder i dag en rekke bestemmelser som er en gjennomføring av direktivbestemmelser. Det gjelder blant annet bestemmelser om taushetsplikt, jf. kapittel 29.2, og reserverte kontrakter, jf. kapittel 29.5.

Videre innfører det nye anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU, noen nye bestemmelser som norsk lovgiver er forpliktet til å gjennomføre, men som allerede i dag, i hvert fall delvis, finnes i forskriftens del I. Dette er altså bestemmelser som til nå har vært «særnorske». Det gjelder regler om interessekonflikter (habilitet), jf. kapittel 29.3, forberedende markedsundersøkelser og bruk av rådgivere, jf. kapittel 29.4.

*Utvalget* ser at det kan være hensiktsmessig å fortsatt la slike bestemmelser gjelde for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene. Ettersom det prinsipielt faller utenfor utvalgets mandat å vurdere hvordan obligatoriske bestemmelser i det nye anskaffelsesdirektivet skal gjennomføres, har utvalget imidlertid ikke foretatt en nærmere vurdering av alle disse bestemmelsene. Det overlates derfor til departementet å utforme slike bestemmelser og vurdere hvor i regelverket disse skal plasseres.<sup>1</sup>

Flere av bestemmelsene vil likevel være av betydning for det nasjonale regelverket, nettopp fordi de relevante temaene i dag er regulert i forskriftens del I. Videre har enkelte av bestemmelsene også konsekvens for reglene om avvisning. I det følgende gis derfor en kort redegjørelse for gjeldende rett og de nye direktivbestemmelser, men uten nærmere vurdering.

Særlig når det gjelder bestemmelsene i § 1-2 om omfattede oppdragsgivere, samt i § 2-3 og § 2-4 om beregning av anskaffelsens anslåtte verdi og blandede kontrakter, er dette også en gjennomføring av direktivbestemmelser. Utvalget har derfor

ikke redegjort nærmere for bestemmelsene. Slik utvalget ser der, er det imidlertid åpenbart at slike bestemmelser må plasseres i forskriftens del I, da disse vil være avgjørende for hvem som omfattes av regelverket og hvilken del av forskriften som får anvendelse for en konkret kontrakt.

### 29.2 Taushetsplikt

#### 29.2.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesforskriften del I inneholder en generell bestemmelse om taushetsplikt i § 3-6:

«Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13.»

Denne bestemmelsen innebærer at forvaltningslovens regler om taushetsplikt kommer til anvendelse, uavhengig av om oppdragsgiver er et forvaltningsorgan omfattet av forvaltningsloven.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 6 om fortrolighet både over og under EU/EØS-terskelverdiene i norsk rett. Ifølge direktivbestemmelsen skal oppdragsgiver, i samsvar med nasjonal lovgivning, ikke offentliggjøre opplysninger som leverandørene har betegnet som fortrolige. I henhold til direktivet omfatter slike opplysninger særlig tekniske hemmeligheter, forretningshemmeligheter og fortrolige aspekter av tilbudet.

#### 29.2.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Bestemmelsen om fortrolighet om leverandørens opplysninger videreføres i nytt anskaffelsesdirektiv uten materielle endringer, jf. artikkel 21 nr. 1.

<sup>1</sup> Reglene om hhv. kontraktsvilkår og innkjøpssentraler har samme karakter. Disse temaene er særskilt behandlet i kapittel 15.2 og 15.8.

Som noe nytt slås det imidlertid også fast at oppdragsgiver kan pålegge leverandørene taushetsplikt om opplysninger som de får tilgang til i anskaffelsesprosedyren, jf. artikkel 21 nr. 2. Dette må antas å gjelde allerede i dag.

## 29.3 Interessekonflikter (habilitet)

### 29.3.1 Gjeldende rett

I anskaffelsesforskriften er det tatt inn en generell bestemmelse om habilitet i § 3-7. Den lyder:

«Ved behandling av saker som omfattes av denne forskrift, gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10 og lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 40 nr 3. Der forvaltningsloven ikke direkte kommer til anvendelse, gjelder reglene i forvaltningsloven § 6 til § 10 tilsvarende.»

Denne bestemmelsen innebærer at forvaltningslovens habilitetsregler kommer til anvendelse, uavhengig av om oppdragsgiver er et forvaltningsorgan omfattet av forvaltningsloven.

### 29.3.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Med det nye anskaffelsesdirektivet innføres det en generell bestemmelse om interessekonflikter, jf. artikkel 24. Det følger av denne bestemmelsen at medlemsstatene skal sørge for effektivt å hindre og avdekke interessekonflikter og sørge for kjøreregler der slike interessekonflikter oppstår. Formålet med bestemmelsen er å sikre likebehandling av leverandørene og unngå at konkurransen vris.

Ifølge direktivet skal begrepet interessekonflikt som minimum dekke over situasjoner der ansatte hos oppdragsgiver eller oppdragsgivers rådgiver som er involvert i en konkret anskaffelse eller som kan påvirke utfallet av prosedyren, har en direkte eller indirekte økonomisk eller personlig interesse som kan antas å bringe deres upartiskhet og uavhengighet i fare.

Det følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav e, at oppdragsgiver kan avvise en leverandør hvis det oppstår en interessekonflikt som definert i artikkel 24 som ikke kan avhjelpes effektivt med andre mindre inngripende tiltak, jf. nærmere kapittel 25.3.2.8.

## 29.4 Forberedende markedsundersøkelser og bruk av rådgivere

### 29.4.1 Gjeldende rett

Det kan være praktisk for oppdragsgiver å henvende seg til leverandører i forkant av en anskaffelse. Både for å få informasjon om hva som kan tilbys i markedet og for å sikre seg at konkurransegrunnlaget utformes på en måte som gir et godt grunnlag for inngivelse av tilbud. Bruk av slike forberedende markedsundersøkelser og dialog med markedet er en anbefalt metode, særlig dersom man ønsker mer innovative anskaffelser.

Gjeldende anskaffelsesregelverk inneholder ingen regler om slike forberedende markedsundersøkelser. Det fremgår imidlertid av premiss 8 i fortalen til gjeldende anskaffelsesdirektiv at oppdragsgiver gjennom en teknisk dialog kan søke råd i forbindelse med utarbeidelsen av tekniske spesifikasjoner, forutsatt at han sikrer at dette ikke fører til forskjellsbehandling av leverandører.

På bakgrunn av denne premissen er det tatt inn en bestemmelse i forskriftens § 3-8 om at oppdragsgiver ikke skal søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse. Forskriften inneholder en tilsvarende avvisningsbestemmelse i § 11-10 første ledd bokstav f: Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som har blitt benyttet under utarbeidelsen av de tekniske spesifikasjonene i strid med § 3-8, jf. nærmere i kapittel 25.3.2.7.

Bestemmelsen har vært vanskelig å forholde seg til for mange oppdragsgivere, og har medført en viss «redsel» for å ha kontakt med aktuelle leverandører i forkant av konkurransen. God markedsdialog er imidlertid viktig for å få til gode anskaffelser, og det er uheldig at oppdragsgivere ikke søker den ekspertkompetansen som finnes i markedet. Det har også vært et problem at oppdragsgivere tolker bestemmelsen for strengt og avviser leverandører i tilfeller der det i realiteten ikke har skjedd en vridning av konkurransen. Det kan ofte være krevende å vurdere om leverandørens involvering i planleggingsfasen har gitt ham fordeler som har medført konkurransevridning.

### 29.4.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

Det nye anskaffelsesdirektivet innfører to nye bestemmelser om henholdsvis forberedende mar-

kedsundersøkelser og forutgående involvering av leverandører.

Ifølge artikkel 40 kan oppdragsgiver, før han setter i gang en anskaffelsesprosedyre, gjennomføre markedsundersøkelser med sikte på å forbedre anskaffelsen og informere leverandører om kommende anskaffelser. Oppdragsgiver kan altså ha dialog med markedet i forkant av kunnngjøringen av anskaffelsen.

Oppdragsgiver kan for eksempel søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter eller fra markedsaktører som kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsesprosedyren. Dette forutsetter at dialogen med markedet skjer på en måte som ikke fører til brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og at råd som mottas ikke vrir konkurransen. Dette vil for eksempel være i strid med regelverket dersom kravspesifikasjonen tilpasses en bestemt leverandør, eller hvis en leverandør får opplysninger som stiller ham i en bedre posisjon til å sikre seg kontrakten enn de andre leverandørene.

Dersom en leverandør har gitt råd til oppdragsgiver, for eksempel i forbindelse med slike forberedende markedsundersøkelser, eller på annen måte har vært involvert i forberedelsen av anskaffelsesprosedyren, skal oppdragsgiver gjøre passende tiltak for å sikre at konkurransen ikke blir vridd ved at denne kandidaten eller tilbyderer deltar i konkurransen, jf. artikkel 41. Bestemmelsen pålegger altså oppdragsgiver en plikt til å gjøre hensiktsmessige tiltak for å utjevne eventuelle fordeler leverandører har fått ved tidligere å ha vært involvert. Eksempler på slike tiltak kan være å gjøre de opplysningene som leverandøren tidligere har mottatt og som kan gi ham en fordel, tilgjengelige for de øvrige leverandørene og utvide tidsfristen for levering av tilbud. Tiltakene skal dokumenteres i anskaffelsesprotokollen, jf. artikkel 84.

Kan en slik konkurransefordel ikke utjevnes inntre det, etter direktivet, en rett til å avvise, jf. nærmere kapittel 25.3.2.7. En leverandør kan imidlertid bare avvises dersom det ikke finnes noen måter å utjevne konkurransefordelen på; avvising er altså siste utvei. Før avvising skal leverandøren gis anledning til å påvise at hans deltagelse i forberedelsene ikke kan føre til en konkurransevidning, dersom han får delta i konkurransen.

Formålet med de nye bestemmelsene er å sikre likebehandling av leverandørene, samtidig som direktivene ikke skal legge unødvendige begrensninger på mulighetene til dialog med markedet og innhenting av råd.

## 29.5 Adgang til å reservere konkurransen til skjermede virksomheter

---

### 29.5.1 Gjeldende rett

I henhold til forskriftens § 3-12 har oppdragsgiver en adgang til å reservere konkurransen om en kontrakt til såkalte skjermede virksomheter. Dette gjelder ifølge forskriften virksomheter hvor:

«[...]flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handikap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår.»

Bakgrunnen for bestemmelsen er at slike virksomheter har en konkurransemessig ulempe og de vil ha vanskelig ved å klare seg i en ordinær konkurranse. Oppdragsgiver skal derfor ha adgang til å gjennomføre en konkurranse der bare slike virksomheter får delta.

Oppdragsgivere som velger å benytte seg av denne adgangen, må opplyse om dette i kunnngjøringen, jf. § 3-12 annet punktum.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 19 både over og under EU/EØS-terskelverdiene i norsk rett. Departementet har avgitt en forklaringsuttalelse om bestemmelsens rekkevidde.<sup>2</sup>

### 29.5.2 Nytt anskaffelsesdirektiv

I det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 20 er adgangen til å reservere konkurransen til skjermede virksomheter videreført. Den er imidlertid utvidet til også å gjelde virksomheter som har sosial og faglig integrasjon av funksjonshemmede og dårlig stilte personer som hovedformål. I tillegg er det presisert at minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten må være funksjonshemmet eller dårlig stilt.

<sup>2</sup> Jf. uttalelse av 14. desember 2011 fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet til Bergen kommune.





*Del III*  
*Avsluttende del*



## Kapittel 30

# Anskaffelsesregelverket i en større sammenheng

### 30.1 Bakgrunn

Som det fremgår av denne utredningen, mener et samlet utvalg at det er potensial for å forenkle regelverket. Det er dog ulike oppfatninger av hva forenkling er, og hvordan forenklinger kan gjennomføres. Dette gjenspeiles i forslagene til endringer, hvor utvalget på en rekke punkter har delt seg i et flertall og et mindretall. Det er imidlertid enighet om at det er rom for å gjøre regelverket mindre detaljert og mer fleksibelt for oppdragsgiver.

Etter utvalgets syn har både oppdragsversiden og leverandørsiden selvstendig interesse i de foreslåtte endringer. Begge sider har store administrative kostnader knyttet til offentlige anskaffelser. Rapporten «Public procurement in Europe – Cost and effectiveness» som PwC utarbeidet på oppdrag fra EU-kommisjonen i mars 2011, viser at leverandørene i gjennomsnitt bærer 75 prosent av kostnadene i en anskaffelsesprosess. I så måte mener *utvalget* at det også er i leverandørens interesse å få et enklere regelverk.

Et samlet utvalg vil påpeke at det hviler et stort ansvar på oppdragsgivere når de eventuelt, gjennom utvalgets forslag, gis økt fleksibilitet og større rom for å finne gode løsninger i den enkelte anskaffelsesprosess. Dette ansvaret handler selvfølgelig om å ivareta anvendelsen av regelverket på en god måte, men utvalget finner det også riktig å påpeke at det er minst like viktig å fokusere på å forbedre og profesjonalisere andre relevante forutsetninger for å oppnå en vellykket anskaffelsesvirksomhet og «det gode innkjøp».

Utvalget finner grunn til å understreke at også leverandørene har et ansvar for å realisere «det gode innkjøp». Utvalget har gjennom sitt arbeid fått en forståelse av at noen leverandører (med tilhørende juridiske rådgivere) nærmest av prinsipp leter etter feil i konkurranser som kan gi grunnlag for å klage, og at dette gjøres tilnærmet uavhengig av om en klage realistisk sett vil gi leverandøren mulighet til å bli tildelt kontrakt. En slik «overdreven» kontroll med at anskaffelsesregelverket blir

fulgt, går ut over oppdragsgivers produktivitet, skaper et unødvendig byråkrati og flytter fokus fra det som skal være essensen i enhver anskaffelsesprosess: «det gode innkjøp».

Utvalget har for øvrig merket seg at antall klager til KOFA har gått ned.

Det ligger utenfor utvalgets mandat å gå i dybden på andre forutsetninger for «det gode innkjøp» enn selve regelverket. I lys av utvalgets samlede erfaringer og de innspill det har mottatt gjennom sitt arbeid, finner utvalget likevel grunn til å peke på noen av disse andre forutsetningene. Det er avgjørende at sentrale fagmyndigheter, innkjøpsmiljøer og den enkelte oppdragsgiver arbeider systematisk med alle disse forutsetningene for at «det gode innkjøp» skal realiseres.

Det faktum at anskaffelsesregelverket må ses i en større sammenheng, er omtalt tidligere. Utvalget viser til stortingsmeldingen «Det gode innkjøp» fra 2009, som beskriver mange forutsetninger og karakteristika for gode offentlige anskaffelser:

«Regelverket for offentlige innkjøp er eit prosessuelt rammeverk med hovudformål å sikre best moglege innkjøp gjennom konkurranse og openheit om offentlege kontraktar. I dei seinare åra er det òg lagt vekt på at regelverket skal sikre andre samfunnsomsyn. Eksempel på dette er omsynet til miljø og universell utforming og å forhindre sosial dumping og korrupsjon.

Regelverket aleine kan ikkje sikre at innkjøpa er fagleg gode og har høg kvalitet. Både innkjøpsfagleg kompetanse og planlegginga av kvart enkelt innkjøp er vesentleg for å få til vellykka innkjøp. Dette er òg viktig for å gjennomføre innkjøpsprosessen i samsvar med reglane for offentlege innkjøp.

Bakgrunnen for denne meldinga er at regjeringa vil forbetre offentleg innkjøpsverksemd. Då er det nødvendig å sjå på gjennomføring av offentlege innkjøp i ein større samanheng. Innkjøpsreglar, organisering og gjen-

nomføring av konkurransar, kompetansebehov og statusen til innkjøpsfaget er blant dei faktorar som har avgjerande innverknad på kvaliteten i innkjøpsprosessane. Ved å sjå nærmare på korleis stat og kommune gjennomfører sine innkjøp, har regjeringa avdekt område der det er trøng for tiltak. Dette er organisering, leiing og kompetanse.»<sup>1</sup>

Gjennom tilbakemeldinger fra både oppdragsgivere og leverandører har utvalget fått inntrykk av at det de senere år har skjedd en betydelig profesjonalisering, særlig på oppdragsgiversiden. Den utvikling man så for seg i 2008–2009 synes til dels å være i gang. Samtidig er det utvalgets inntrykk at profesjonaliseringen i større grad er knyttet til forståelsen og anvendelsen av regelverket enn til andre viktige forutsetninger som ble påpekt allerede i 2009. Utvalget vil derfor slutte seg til de betraktninger som er gitt i utvalgets mandat om at mange offentlige oppdragsgivere er mer opptatt av ikke å begå feil i anskaffelsesprosessen med risiko for å bli tatt for brudd på regelverket, fremfor å fokusere på effektive anskaffelser og «det gode innkjøp».<sup>2</sup>

Også Riksrevisjonen har gjennom flere tilsyn påpekt behovet for en samlet profesjonalisering av det offentliges anskaffelsesvirksomhet:

I Dokument 3:6 (2010–2011) «Riksrevisjonens undersøkning av årsaker til at statlege verksemdar ikkje etterlever regelverket for offentlege ansakfingar» har Riksrevisjonen gitt uttrykk for følgende overordnede forventninger til offentlige anskaffelser:

«God bruk av regelverket skal tryggje effektive offentlege innkjøp der det offentlege går fram på ein profesjonell måte, og der det offentlege sørgjer for å få att så mykje som råd for pengane til felleskapet. Ved å vere ein krevjande og profesjonell innkjøpar kan det offentlege også tryggje andre samfunnsomsyn, for eksempel sosiale omsyn og miljøomsyn».

Riksrevisjonen påpekte så:

«Riksrevisjonen har i ei årrekkje rapportert i Dokument 1 om manglande etterleving av anskaffingsregelverket i staten. Når regelverket ikkje blir følgt, kan det føre til ineffektiv res-

sursutnytting gjennom høgare priser og lågare kvalitet på dei varene og tenestene som ein kjøper inn. Med manglande etterleving av anskaffingsregelverket aukar òg risikoen for korrupsjon og mislegheiter.»<sup>3</sup>

Riksrevisjonens hovedfunn i 2010–2011 var at offentlige virksomheter ikke konkurranseutsetter sine anskaffelser. Årsakene til dette mente Riksrevisjonen lå i følgende forhold:

- Lav faglig anskaffelseskompetanse
- Mangelfull organisering av anskaffelsesarbeidet
- Manglende internkontroll av anskaffelser
- Manglende ledelsesoppfølging

Det påfølgende året påpekte Riksrevisjonen i Dokument 1 (2012–2013) «Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2011»:

«Riksrevisjonen har i en årrekke rapportert om svakheter og mangler på dette området, og konstaterer at det fortsatt er rom for forbedringer – til tross for at det er iverksatt omfattende tiltak de senere årene.»<sup>4</sup>

PwC foretar en årlig analyse for «å ta pulsen på innkjøpsarbeidet i norske virksomheter», i det følgende omtalt som «PwC's modenhetsanalyser». I 2013 oppsummeres undersøkelsen:

«den viser en økende erkjennelse av den rollen innkjøp har i å støtte virksomhetens bærekraftige verdiskaping og realisering av deres strategiske mål. Dette innebærer et økende behov for at innkjøpsfunksjonen må utnyttes som et virkemiddel for å oppnå virksomhetens strategiske mål. Rapporten fastslår også i år at norske virksomheter har noe å strekke seg etter når det gjelder å realisere potensialet som ligger i ledende innkjøpspraksis.»<sup>5</sup>

På bakgrunn av ovennevnte klare observasjoner og anbefalinger samt de tilbakemeldinger Forenklingsutvalget har fått i sitt arbeid, ønsker et samlet utvalg å komme med noen betraktninger om

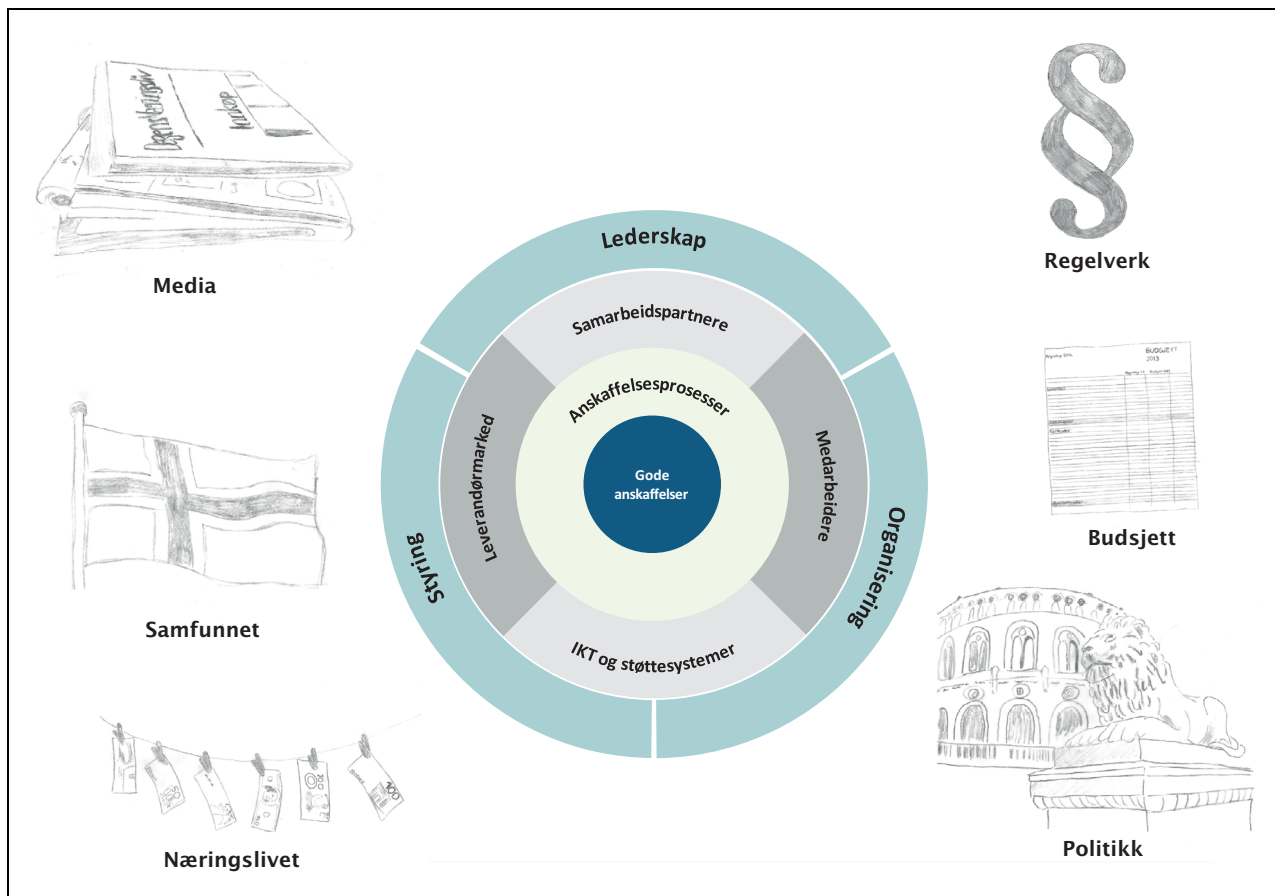
<sup>1</sup> Jf. St.meld. nr. 36 (2008–2009) side 5–6.

<sup>2</sup> Jf. også KS-rapporten «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse etter anskaffelsesreglene», februar 2014.

<sup>3</sup> Jf. Dokument 3:6 (2010–2011) side 7.

<sup>4</sup> Jf. Dokument 1 (2012–2013) side 22.

<sup>5</sup> Jf. PwC Sourcing Survey 2013 – Leverandøroppfølging og samarbeid, side 4. Rapporten er tilgjengelig på <http://www.pwc.no/no/publikasjoner/sourcing-survey-2013.pdf>.



Figur 30.1 Anskaffelsesmodellen, forutsetninger for «det gode innkjøp»

viktige forutsetninger for å profesjonalisere offentlig anskaffelsesvirksomhet.

## 30.2 Viktige forutsetninger for å profesjonalisere offentlig anskaffelsesvirksomhet

### 30.2.1 Innledning

Utvalget finner det formålstjenlig å ta utgangspunkt i en av Direktoratet for forvaltning og IKT's modeller for å illustrere relevante forutsetninger for «det gode innkjøp».<sup>6</sup>

Modellen illustrerer blant annet at forståelsen og anvendelsen av anskaffelsesregelverket kun er en liten brikke i et helhetsbilde som samlet bidrar til en vellykket «offentlig anskaffelsesvirksomhet».

<sup>6</sup> Modellen er basert på CAF (Common Assessment Framework) som er et verktøy for å gi bedre kvalitet på arbeidet som gjøres i offentlige virksomheter. CAF er inspirert av kvalitetsverktøyet til European Foundation for Quality Management (EFQM) og bygger på EFQM's Excellence model. Difi v/ LEO bistår offentlige virksomheter med å foreta CAF- evalueringer. For mer informasjon om CAF se: <http://www.difi.no/ledelse-og-organisering/caf>.

### 30.2.2 Gode anskaffelser

Som det fremgår av figuren må kjernen i all anskaffelsesvirksomhet være «gode anskaffelser». Utvalget har behandlet det grunnleggende formålet med anskaffelsesregelverket i kapittel 9.

### 30.2.3 Lederskap

Utvalget har merket seg at manglende lederskap er et av hovedfunnene både i Riksrevisjonens undersøkelser de senere årene, i PwC's modenhetssanalyse for 2013 og KS-rapporten fra februar 2014.

Gode anskaffelser er et lederansvar, og ledere bør aktivt legge til rette for kontinuerlig forbedring og prioritering av virksomhetens anskaffelsespraksis. Ledelsen på anskaffelsesområdet bør inngå som en sentral del av virksomhetens øvrige ledelse. Dette innbefatter utarbeidelse og fastsettning av anskaffelsesstrategi, egne mål og oppfølging og evaluering av disse. Utvalget mener at ledere på dette fagområdet bør ha reell innflytelse. Utvalget legger til grunn at det inngår i profesjonelt lederskap at ledere faktisk blir evaluert

og målt i lys av de oppgaver og mål som blir fastsatt.

#### 30.2.4 Organisering

*Utvalget* ser at organisering av anskaffelser kan vurderes ut fra to dimensjoner: organisering av virksomhetens anskaffelsesfunksjon og organisering av den enkelte anskaffelse.

For så vidt gjelder den generelle anskaffelsesfunksjonen, mener utvalget at denne bør være en klart definert del av virksomhetens organisasjonsmodell, med et mandat som tydeliggjør om og eventuelt hvilke anskaffelser som skal gjennomføres sentralt og desentralt. Det anbefales klare rolle- og ansvarsbeskrivelser for alle som deltar i anskaffelsesvirksomheten, knyttet opp til en tydelig fullmaktsstruktur.

Ved gjennomføringen av den konkrete anskaffelse, anbefales det tydelige samarbeids- og ansvarsmodeller, gjerne på tvers av virksomhetens organisatoriske grenser. Oppdragsgivere bør unngå at anskaffelser er noe enten fagmiljøet (den som har det faktiske anskaffelsesbehovet) eller anskaffelsesmiljøet bedriver. Særlig ved strategisk viktige anskaffelser bør det etableres tverrfaglige team (inkludert brukerteam) for å sikre tilstrekkelig kompetanse. I så fall bør det etableres en tydelig organisering.

#### 30.2.5 Styring

*Utvalget* vil påpeke at anskaffelsesvirksomheten bør følges opp gjennom fastsetting og styring av definerte mål, handlingsplaner og retningslinjer. Disse må så følges opp og måles, og avvik må komme til syne og rapporteres. Hvordan virksomhetsleder følger opp rapportering og funn fra interne revisjoner, må også fremkomme tydelig.

Gjennom tydeligere og bedre styring kan anskaffelsesarbeidet inngå i virksomhetens strategiske kostnadsstyring, slik at de kategorier av anskaffelser som har et potensial for kostnadsbesparelser, kan identifiseres.

Som det fremgår ovenfor, har utvalget merket seg at oppdragsgiveren har en betydelig frykt for å gjøre feil i sin anskaffelsesvirksomhet.<sup>7</sup> Utvalget er sågar blitt orientert om at noen oppdragsgivere måler hvor ofte virksomheten blir klaget inn for KOFA. Dette er uheldig dersom man ikke også måler om man oppnår gode innkjøp. Utvalget vil

derfor understreke at det er viktig at målingen av den enkelte ansatte i større grad dreier seg om hva som er gode innkjøp, og mindre om brudd på regelverket i seg selv. Begge deler er viktig, men oppmerksomheten om regeletterlevelse er altfor stor i forhold til resultatet av anskaffelsen. Det kan ikke forventes at en ansatt skal gå foran og være «den modige», hvis ledelsen sender signaler om det motsatte – nemlig at regelverket ikke må brytes. Sagt på en annen måte: å gjøre de riktige tingene enn å gjøre tingene riktig.

#### 30.2.6 Medarbeidere (kompetanse)

*Utvalget* har merket seg at mange oppdragsgivere gir uttrykk for at de mangler kompetanse om ulike elementer av offentlig anskaffelsesvirksomhet. De faller defor tilbake til kjente mønstre, som ikke nødvendigvis leder til de beste anskaffelsene.

Utvalget har mottatt mange beskrivelser av at oppdragsgivere eksempelvis tar utgangspunkt i gamle konkurransegrunnlag og dermed stiller feil eller unødvendige krav til leverandørene eller bestiller gårdsdagens løsninger. Videre har utvalget merket seg at mange oppdragsgivere velger å gjennomføre anbuds konkurranser, selv om det foreligger hjemmel for forhandlinger, fordi de ikke har kompetanse med eller erfaringer fra å gjennomføre forhandlinger. Mangel på kompetanse fører også til at oppdragsgiver ikke benytter seg av tilgjengelige muligheter for sonderinger i og dialog med markedet før konkurranse iverksettes. Også KOFA har overfor utvalget fremhevet manglende kompetanse som en vesentlig årsak til feil i anskaffelsesprosedyrene og derved til fellende avgjørelser.

Manglende kompetanse har etter utvalgets oppfatning en betydelig samfunnsøkonomisk kostnad. Dette underbygges av to rapporter som er utarbeidet av Menon.<sup>8</sup>

Utvalget vil derfor sterkt fremheve viktigheten av at anskaffelsesvirksomhet betraktes og behandles som et eget fagområde. Det er etter utvalgets oppfatning nødvendig å bygge gode faglige anskaffelsesmiljøer som disponerer den til enhver tid riktig sammensatte tverrfaglige kompetanse, inkludert riktig innkjøps-, markeds- og regelverkskompetanse. Oppdragsgiveres størrelse og ressursituasjon er naturlig nok svært varierende. Det kan neppe forventes at alle enhe-

<sup>7</sup> Jf. også Roar Jakobsen, «Public sector service contracting. Transaction cost economics and institutional theory considerations», 2012.

<sup>8</sup> Jf. Menon-publikasjon nr. 6/2012, «Verdien av styket kompetanse i offentlige innkjøpsprosesser» og Menon-publikasjon nr. 17/2013, «Kunnskap som virkemiddel i offentlige innkjøpsprosesser».

ter selv besitter all nødvendig kompetanse. Det faktum at en offentlig oppdragsgiver er «liten», eksempelvis i betydningen antall innbyggere eller dens omsetning, innebærer imidlertid ikke at de anskaffelser blir «enkle». Behovet for tilgang til kompetanse er det samme.

Sentrale kompetanseorganer, som for eksempel Difi, NHO og KS, må spille en aktiv og sentral rolle hva gjelder kompetanseheving, både for å til videreutvikle kompetanse hos store og profesjonelle oppdragsgivere, og ikke minst for å sikre tilgang på et minimum av kompetanse til mindre oppdragsgivere. Det minnes om at staten selv har ansvaret for Difi og dermed bør sette dette organet i stand til å utøve denne rollen på en god og proaktiv måte.

### 30.2.7 Systemer og teknologi

Offentlig anskaffelsesvirksomheten støttes i dag i varierende grad av IKT-systemer. *Utvalget* har i kapittel 18 påpekt at digitalisering av anskaffelsesprosessen vil være en vesentlig forutsetning for gode, forenklede og effektive anskaffelser.

Utvalget vil også her påpeke viktigheten av at offentlige myndigheter avsetter nok ressurser til å fullføre dette arbeidet.

### 30.2.8 Leverandørmarkedet

Leverandørmarkedet er et speilbilde av den offentlige anskaffelsesvirksomheten. Et godt tilpasset og effektivt leverandørmarked er nødvendig for en effektiv offentlig tjenesteproduksjon og for å oppnå lovens formål. Dette kommer ikke av seg selv, og *utvalget* har et klart inntrykk av at det arbeids godt nok med denne delen av anskaffelsesvirksomheten. I profesjonell offentlig anskaffelsesvirksomhet må oppdragsgiveren ha oversikt over aktuelle og potensielle leverandører, være bevisst på hvilke leverandører som er strategisk viktige for virksomheten, og vite hvordan disse kan utvikles over tid. Dialog, utvikling og styring av strategiske leverandørrelasjoner er sentrale oppgaver i anskaffelsesarbeidet.

Utvikling av markedsrelasjoner og leverandør-dialog er trukket frem som et område med stort forbedringspotensial i flere av innspillene utvalget har fått. Utvalget vil påpeke at mange aktører har en feilaktig oppfatning av at regelverket om offentlige anskaffelser er til hinder for en effektiv dialog med markedet. Det vises til omtalen av behovet for adekvat kompetanse i kapittel 30.2.6 ovenfor.

Utvalget vil for øvrig understreke at anskaffelsesregelverket i seg selv ikke er til hinder for innovasjon. Denne muligheten er godt til stede i gjeldende regelverk og vil bli ytterligere forbedret, både gjennom det nye anskaffelsesdirektivet, og utvalgets forslag til endringer i det nasjonale anskaffelsesregelverket. Utvalget påpeker imidlertid at oppdragsgiver ofte må ta en risiko for å lykkes med innovasjon.

Dette henger nært sammen med oppdragsgivers evne til å lede og styre anskaffelsesvirksomheten, jf. kapittel 30.2.5.

### 30.2.9 Samarbeidspartnere

Ikke alle oppdragsgivere er like profesjonelle eller har den samme kompetansen. *Utvalget* påpeker at mange oppdragsgivere vil være svært godt tjent med å samarbeide. Dette vil kunne effektivisere anskaffelsesarbeidet, redusere den samlede ressursbruken og gi en bedre oppgavefordeling. Det finnes flere nivåer for samarbeid, gjennomføring av felles anskaffelsesprosesser til utveksling av dokumentasjon og erfaringer.

Alle oppdragsgivere bør sikre at de er knyttet til gode anskaffelsesfaglige miljøer eller nettverk. Utvalget har dog et visst inntrykk av at det i mange slike miljøer i dag fokuseres for mye på rettslige temaer, og i mindre grad på de øvrige forutsetninger.

### 30.2.10 Anskaffelsesprosesser

#### 30.2.10.1 Innledning

Anskaffelsesprosessen deles gjerne inn i tre hovedfaser, som alle må gjennomføres for å oppnå



Figur 30.2 Anskaffelsesprosessens tre faser

det gode innkjøp. *Utvalget* vil påpeke viktigheten av at disse fasene ses i sammenheng.

Anskaffelsesprosessens tre faser gir et rammeverk for alle typer anskaffelser uavhengig av hvem som er oppdragsgiver, og hva som skal anskaffes. Særlig i første fase er det stor fleksibilitet og muligheter for tilpasninger, av de senere fasene. Grunnlaget for å oppnå de beste anskaffelsene legges derfor primært i den første fasen. Utvalget mener at oppdragsgivere har et stort forbedringspotensial. Dette henger sannsynligvis sammen med de temaer som er beskrevet ovenfor. Utvalgets poeng er at manglende utnytting av det handlingsrom regelverket faktisk gir oppdragsgiveren innebærer en passiv sløsing som gjør at han ikke oppnår gode resultater gjennom sine anskaffelser.

Utvalget ønsker å fremheve to temaer særskilt: innsyn i tilbud og protokoller, samt oppfølging av det offentliges anskaffelsesvirksomhet.

### 30.2.10.2 Særlig om innsyn i tilbud og protokoller

*Utvalget* har mottatt innspill om at konkurransefasen stadig oftere avsluttes med at leverandører som ikke er blitt tildelt kontrakt, ber om innsyn – «snart ber alle om innsyn i alles tilbud». I KS-rapporten fra februar 2014 viser en undersøkelse blant kommunale oppdragsgivere at de i 90 prosent av sine konkurranser opplever krav om innsyn i tilbud eller forespørsler om utvidet begrunnelse etter tildeling av kontrakt.<sup>9</sup>

Leverandørenes rett til innsyn er regulert av de alminnelige reglene i offentlighetsloven. Rett til innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll har leverandørene først fra tidspunktet for oppdragsgivers tildeling av kontrakt, jf. offentlighetsloven § 23 tredje ledd. Det ligger utenfor utvalgets mandat å mene noe om innsynsreglene, men det virker klart for utvalget at den praksis som har utviklet seg de senere år, krever betydelige ressurser som åpenbart kunne og burde vært benyttet på en bedre og mer konstruktiv måte. Utvalget har et klart inntrykk av at en del leverandører benytter sin rett til innsyn for å få innsyn og kunnskap om konkurrenters tilbud, ytelser og virksomhet.

Etter utvalgets vurdering er det uheldig at leverandørene kan få innsyn i hverandres tilbud før kontrakt er inngått. Problemet kommer særlig på spissen i tilfeller hvor konkurransen avlyses og

ny konkurranse skal gjennomføres. Leverandørenes innsyn kan påvirke og være ødeleggende for konkurransen. Videre kan innsyn innebære at leverandørene skaffer seg informasjon som de ellers ikke lovlig kan utveksle seg imellom, fordi det gir muligheter til å koordinere konkurranse-deltakelse og tilbudsutforming.

Det ble også kommentert i Håndhevelsesutvalgets utredning.<sup>10</sup> Forenklingsutvalget slutter seg til deres konklusjon og anbefaling om å se på disse reglene på nytt.

### 30.2.10.3 Særlig om oppfølging av det offentliges anskaffelsesvirksomhet

*Utvalget* ønsker for øvrig å gi noen særlige kommentarer til den siste fasen, «oppfølgingsfasen». Etter utvalgets vurdering blir denne fasen ofte undervurdert. Det vises i denne sammenheng til PwCs modenhetsanalyse for 2013 som påpeker følgende:

«dimensjonen Måling og Oppfølging har hatt en noe negativ utvikling fra 2012 og er den eneste dimensjonen hvor offentlige virksomheter ligger på modenhetsnivået under middels moden. Virksomhetene i denne sektoren har jevnt over ikke fått på plass måleindikatorer for å følge opp at de fastsatte mål på innkjøpsområdet faktisk nås.»

Det påpekes videre:

at «bakgrunnen for dette kan være at virksomhetene jevnt over ikke innehar nødvendige systemer som muliggjør presise målinger av måleindikatorer og at man derfor ikke prioriterer dette arbeidet.»

Utvalget slutter seg til de anbefalinger som fremkommer i ovennevnte analyse:

«Presis informasjon om hvilken retning man beveger seg i er helt nødvendig for å kunne iverksette justeringer/nye tiltak dersom man ikke beveger seg i ønsket retning. Måling og oppfølging er således en forutsetning for å kunne innhente de forventede gevinster fra innkjøpsstrategien og det operative innkjøpsarbeidet.»

Utvalget har i sitt arbeid tidvis opplevd det som frustrerende at det ikke er tilgjengelig systema-

<sup>9</sup> Jf. KS-rapporten «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse eller anskaffelsesreglene», februar 2014, side 19.

<sup>10</sup> Jf. NOU 2010: 2 side 177–178.



tisk informasjon om offentlige anskaffelser i Norge. Det finnes ingen detaljert offisiell anskaffelsesstatistikk. For eksempel kan ingen svare på hvor mange millioner kroner offentlig sektor kjøper konsulenttjenester for. Det innebærer at kunnskap om effekter og resultater knyttet til konkurranse om offentlige kontrakter nærmest er fraværende.

Et godt tallmateriale er et viktig utgangspunkt for å gjennomføre målrettede forbedringer av offentlig anskaffelsesvirksomhet.<sup>11</sup> Med et kunnskapsgrunnlag basert på fakta kan offentlig

myndigheter lettere gjennomføre egnede tiltak rettet mot oppdragsgivere og leverandører.

Utvalget mener at det i Norge burde være en årlig anskaffelsesstatistikk med en grovsortering av anskaffelseskategorier med tilhørende tallgrunnlag. Det vises her til at et mindretall i utvalget foreslår en plikt til å kunngjøre konkurranserresultater (jf. kapittel 22.4.3), nettopp ut fra et ønske om bedre grunnlag for å vurdere den offentlige anskaffelsesvirksomheten. Utvalgets flertall ønsker ikke en slik kunngjøringsplikt i dag ut fra forenklingshensyn. Dette vil kunne stille seg annerledes den dagen hele anskaffelsesprosessen blir digitalisert. Utvalget mener for øvrig at en plikt til å kunngjøre konkurranserresultater ikke kan være det eneste virkemiddelet for å bedre den generelle oppfølgingen av landets offentlige anskaffelsesvirksomhet. Utvalgets hovedpoeng at norske myndigheter i større grad bør være opptatt av dette, også som et virkemiddel for (videre) forenkling.

<sup>11</sup> Regjeringen foreslo i 2009 å styrke datagrunnlaget om offentlige anskaffelser, jf. St.meld nr. 36 (2008–2009) kapittel 2.3: «Det er behov for å få bedre datagrunnlag om offentlige innkjøp, og det er behov for meir kunnskap om totalt innkjøpsvolum, kven som kjøper, kva som vert kjøpt frå kva leverandørar. For å betre etterlevinga av plikta til å kunngjere kontraktavgjerder, er det allereie sett i gang ein ordning der kunngjorde konkurransar vert følgde opp med automatisk puring. Dette vil gi betre datagrunnlag over dei innkjøpsvolum som vert kunngjorde i Doffin.» Utvalget etterspør hva som er resultatet av dette arbeidet.

## Kapittel 31

# Økonomiske og administrative konsekvenser

### 31.1 Innledning

---

Offentlige anskaffelser utgjør omtrent 15 prosent av BNP i Norge. Det er derfor av stor betydning at offentlige anskaffelser gjennomføres på en effektiv måte.

Hensikten med denne utredningen har vært å vurdere behov for å endre det eksisterende regelverket med sikte på forenkling og økt fleksibilitet. Utvalgets mandat har vært avgrenset til å vurdere endringer i den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder for klassisk sektor. Utvalget har også vurdert ulike nasjonale terskelverdier.

Offentlige anskaffelser kan forbedres gjennom en rekke tiltak, slik det fremgår av kapittel 30. Utvalgets mandat har vært avgrenset til å vurdere endring i deler av regelverket for offentlige anskaffelser som hovedtiltak.

Under hvert kapittel i utredningen er de ulike forslagene til forenkling drøftet. Hovedtiltaket er forslag til ny lov og forskriftstekst, jf. kapittel 32. Dette kapittelet er en oppsummering av disse vurderingene med vekt på økonomiske og administrative konsekvenser. Der det foreligger disens rundt flertallets forslag til endring er henvisning til utvalget å betrakte som utvalgets flertall.

Eventuell usikkerhet og risiko er behandlet generelt i utredningen under utvalgets vurderinger av forslagene til forenkling. Det er ikke laget en egen risikoanalyse som samlet vurderer risiko ved utvalgets forslag til forenkling.

Utvalget mener at forslag til forenkling vil føre til at offentlige anskaffelser kan gjennomføres mer effektivt og at de administrative byrdene (transaksjonskostnadene) både for oppdragsgivere og leverandører blir redusert. Det er foreslått endringer som vil gi offentlige oppdragsgivere betydelig større fleksibilitet i gjennomføring av anskaffelsene. Denne fleksibiliteten mener utvalget vil bidra til økt verdiskaping ved at oppdragsgivere kan fokusere på å gjøre gode anskaffelser og gjennom dialog med leverandører oppnå de beste løsningene.

### 31.2 Økonomisk og administrativ vurdering av dagens regelverk

---

#### 31.2.1 Innledning

Utvalget har funnet god støtte i tidligere gjennomførte utredninger og studier av offentlige anskaffelser. Regelverket om offentlige anskaffelser har vært et sentralt tiltak for å forbedre offentlige anskaffelser, både innenfor EØS området og for de nasjonale anskaffelsene. Utvalget fant det nødvendig å få mer detaljert oversikt hvordan anskaffelsene fordeler seg og iverksatte derfor en studie av norske offentlige anskaffelser, jf. kapittel 4. Denne studien og tidligere utredninger har vært grunnlaget for utvalgets vurderinger av de økonomiske og administrative forhold for offentlige anskaffelser. Utvalget har ikke gjennomført noen egen ekstern samfunnsøkonomiske studie.

Utvalget har tatt utgangspunkt i samfunnsøkonomiske kost/nytte betraktninger i vurdering av dagens regelverk. Typisk er de samfunnsøkonomiske gevinstene i form av mer effektiv ressursutnyttelse ved økt konkurranse og mindre korrupsjon blitt drøftet opp mot de samfunnsøkonomiske kostnadene ved anvendelse av anskaffelsesregelverket. Det er vurdert om regelverket sikrer effektiv offentlig ressursbruk gjennom effektiv konkurranse, om dette gir likebehandling og forutberegnelighet for markedsaktørene, om regelverket er med på å forhindre korrupsjon og at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Det er også vurdert hvordan regelverket virker i dag både over og under nasjonale terskelverdier.

#### 31.2.2 Økonomisk vurdering av effekter ved dagens regelverk

##### 31.2.2.1 Kostnader

I studien «Public procurement in Europe. Cost and effectiveness» (PwC et al., 2011) er kostnadene ved å gjennomføre en offentlig anskaffelse esti-

mert til å være 1,4 prosent av kontraktsverdien, men det er store forskjeller mellom de ulike europeiske landene. For norske anskaffelser er kostnaden estimert til å utgjøre totalt 4,1 prosent av samlet kontraktsverdi. Dette er en kostnad som fordeler seg med 25 prosent for oppdragsgiver og 75 prosent for leverandørmarkedet. Det er funnet liten sammenheng mellom kontraktsverdi og kostnad for anskaffelsesprosessen. Ut fra dette estimatet utgjør kostnadene for norske offentlige anskaffelser 9,4 mrd. kroner årlig. Direktekostnaden årlig for offentlige oppdragsgivere med å konkurransetsette offentlige oppdrag er 2,4 milliarder kroner (25 prosent) og den samlede kostanden private tilbydere har med å konkurrere om offentlige oppdrag er 7,1 milliarder kroner (75 prosent).

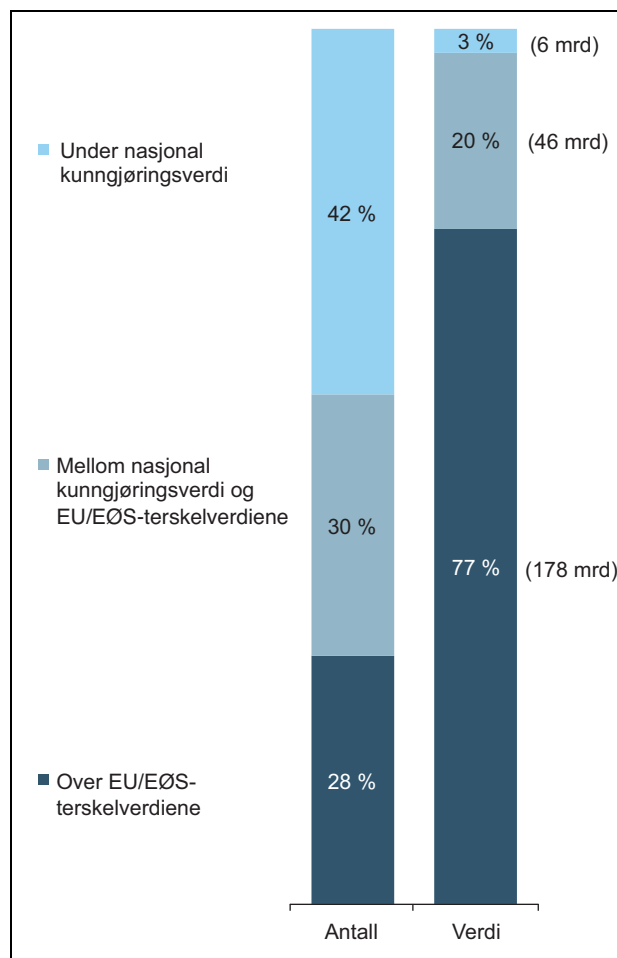
Kostnaden for å gjennomføre en anskaffelse er i liten grad påvirket av kontraktsverdien, med unntak av svært store anskaffelser. Kostnad ved bruk av ulike anskaffelsesprosedyrer varierer. Tilsvarende variasjoner er også funnet med bruk av ulike kontraktstyper. Bruk av elektroniske auksjoner og dynamiske innkjøpssystem gir mer kostnadseffektive innkjøpsprosesser, og det er observert at kostanden blir noe høyere for offentlige oppdragsgivere, men at den reduseres for private tilbydere.

Innkjøp i privat sektor er også vurdert i denne studien som betydelig mer effektive fordi det tillates større fleksibilitet i gjennomføringen av anskaffelsene.

I rapporten som PwC har utarbeidet på oppdrag fra utvalget, er fordelingen av estimert anskaffelsesvolum i antall og NOK fordelt på verdikategorier, illustrert med denne figuren:

Denne figuren viser at av et årlig anskaffelsesvolum på 230 milliarder kroner, som omfattes av lov om offentlige anskaffelser, utgjør anskaffelser under EU/EØS terskelverdiene totalt 52 milliarder kroner (23 prosent). Vurdert ut fra antall estimerte anskaffelser under EU/EØS terskelverdiene utgjør disse 72 prosent. Kostnadsbildet under EU/EØS terskelverdiene må da vurderes ut fra verdien av anskaffelsene som gjennomføres eller ut fra antallet anskaffelser som gjennomføres. Ut fra PwCstudien er det påvist liten sammenheng mellom kontraktsverdi og kostnader for gjennomføring av anskaffelsen. Kostnaden ved gjennomføring av anskaffelsen må derfor vurderes ut fra hvor fleksible anskaffelsesprosesser som gjennomføres, da dette er vurdert som hoveddriver for kostnadseffektivitet.

KS har i sin rapport «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse» fra februar



Figur 31.1 Relativ fordeling – Totalt antall og total verdi av kontrakter per verdikategori i gjennomsnitt per år for perioden 2009–2012.

2014 gjennomført en grundig studie av kostnader knyttet til gjennomføring av anskaffelser for kommunal sektor:

«Funn viser også at kommunesektoren vurderer det som like kostnadskrevende å gjennomføre anskaffelser under og over nasjonal terskelverdi opp til EØS-terskelverdi. Dette forklares med at kommunesektoren i stor grad forholder seg til del II av FOA, og i mindre grad til del I. I tillegg er kommunesektoren opptatt av ikke å gjøre «feil» i anskaffelsesprosessene, og velger derfor ofte å følge et «strengere» regelverk enn det som er nødvendig. Dette kan tyde på at kommunesektoren for anskaffelser under nasjonal terskelverdi ikke nødvendigvis følger intensjonen med regelverket om kostnadseffektive prosesser, jf. LOA § 1 og FOA del I.»<sup>1</sup>

<sup>1</sup> «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse» 2014, side 7.

Tabell 31.1 Gjennomsnittlig kostnad per anskaffelsesprosess

Gjennomsnittlig kostnad per anskaffelse	NOK
Under nasjonal terskelverdi	111 235
Under ESØ-terskelverdi	119 172
Over EØS-terskelverdi	123 865

Kilde: KS/Rambøll, 2014

Tabell 31.1 viser dette forholdet ved at det er relativt marginale forskjeller mellom gjennomsnittlig kostnad per anskaffelse, uavhengig av hvilket regelverk oppdragsgiver må forholde seg til.

I estimering av kostnader er det tatt utgangspunkt i tidsstudier for ulike anskaffelsesprosedyrer i forhold til regelverk og anskaffelsesområde. Studien trekker frem at offentlige oppdragsgivere i stor grad velger å praktisere mindre fleksible anskaffelsesprosedyrer enn det regelverket åpner for av frykt for å gjøre feil.

I rapporten «Offentlige anskaffelser – terskelverdi og tiltak i konkurransefasen» (Asplan Viak, 2008) er også kostnader ved gjennomføring av anskaffelsesprosessen vurdert. I denne studien varierer imidlertid anslagene, og det er her valgt en marginalbetraktning på gjennomføring av anskaffelsesprosessen med og uten plikt til offentlig konkurransekunngjøring der merkostnaden for offentlig kunngjøring er beregnet til ca. 20 timer.

Flere studier trekker frem manglende kompetanse som en viktig kostnadsdrivende faktor. I rapporten «Verdien av styrket kompetanse i offentlige innkjøpsprosesser» (Menon-publikasjon, nr. 6/2012) skisseres potensialet for kostnadsbesparelser ved forbedret kompetanse om gjennomføring av offentlige anskaffelser. I rapporten mener man at ved å øke kompetansen til gjennomføring av offentlige anskaffelsesprosesser vil dette kunne gi lavere priser på mellom 10 prosent og 15 prosent (som er mulig å måle ut fra at man kjøper varer og tjenester til samme kvalitet). I tillegg vil øket kompetanse kunne gi gevinster i form av økt innovasjon og dermed trolig bedre kvalitet, lavere kostnader knyttet til administrasjon og lavere kostnader for leverandørene, ved at bestillingene er mer presise.

Denne rapporten er fulgt opp med rapporten «Kunnskap som virkemiddel i offentlige innkjøpsprosesser» (Menon-publikasjon, nr. 17/2013). Her blir kostnaden ved ikke å ha tilstrekkelig kompetanse trukket frem. Kostnaden og utfordringene

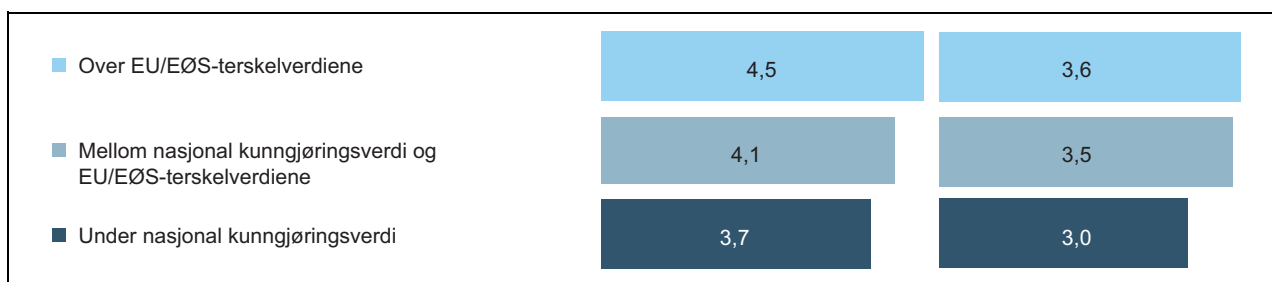
med å knytte riktig kompetanse til offentlige anskaffelser er her drøftet, men ikke kvantifisert.

En annen kostnadsfaktor som er trukket frem er behovet for anskaffelsesjuridisk kompetanse. Dette er kompetanse som både oppdragsgiver og leverandørmarkedet har behov for. Kompetansen etterspørres til støtte for selve anskaffelsesprosessen og til håndheving av regelverket om offentlige anskaffelser. Større offentlige virksomheter har ofte etablert internkompetanse og kapasitet til å håndtere løpende drift, og kjøper bare juridiske spisskompetanse og kapasitet i komplekse saker. Mindre offentlige virksomheter kjøper i langt større grad inn generell anskaffelsesjuridisk kompetanse. I utvalgets mandat er dette forholdet trukket frem med utgangspunkt i at regelverket kan være for vanskelig tilgjengelig og være for komplekst til å følge opp/forstå. Utvalget har ikke hatt mulighet til å vurdere de totale kostnadene for anskaffelsesjuridisk bistand, men mener dette bør følges opp i fremtidige studier og da sees i sammenheng med hvor mye ressurser offentlige oppdragsgivere og leverandørmarkedet bruker (internt og ved innkjøp) av denne type tjenester. Kostnad ved klageordning (KOFA) og domstolenes ressursbruk på offentlige anskaffelsessaker bør også vurderes i denne sammenheng.

Korrupsjon og nepotisme har en kostnad som må tas med i vurdering av anskaffelsesregelverket og transaksjonskostnader. Åpenhet og offentliggjøring (kunngjøring) er tiltak i regelverket for å forhindre korrupsjon. I Utvalgets PwC-rapport er omfanget av manglende konkurranseutsetting vurdert. Manglende konkurranseutsetting kan skyldes mange årsaker og kan ikke direkte knyttes til korrupsjon og nepotisme. Imidlertid kan korrupsjon og nepotisme lettere gjennomføres dersom anskaffelsene ikke er kjent eller offentlig kunngjort. I følge denne vurderingen utgjør manglende konkurranseutsetting ut fra KOFA saker 0,03 prosent av de offentlige anskaffelser. Vurdert ut fra Riksrevisjonens undersøkelser av statlige virksomheter utgjør manglende konkurranseutsetting 0,1 prosent av årlig anskaffelsesverdi.

I de studiene det er referert til over fremgår det at kostnadsbildet rundt offentlige anskaffelser er relativt komplekst. Det trekkes frem i studiene av norske offentlige anskaffelser at kostnadsbildet er relativt sammenfallene per anskaffelse uavhengig av hvilken del av regelverket anskaffelsen plikter å følge. Dette kan skyldes at:

- regelverket oppfattes av oppdragsgiver som relativt likt i forskriftens del II og III, der detaljgraden er den samme



Figur 31.2 Gjennomsnittlig og median antall tilbud per kontrakt i ulike verdikategorier for perioden 2009–2012

- oppdragsgiver velger å bruke omfattende prosedyreregler for å unngå å gjøre feil
- KOFAs praksis har bidratt til å legge en streng tolkning av oppdragsgivers plikter til grunn, noe som kan bidra til frykten for å gjøre feil
- manglende kompetanse

Undersøkelsen av norske offentlige anskaffelser viser videre at over nasjonal terskelverdi fordeler valg av prosedyrer seg likt som over EØS terskelverdi. Under nasjonal terskelverdi brukes forskriftens del I, for ca. halvparten av anskaffelsene.

### 31.2.2.2 Gevinster

Gevinster ved å ha et regelverk om offentlige anskaffelser knyttes i hovedsak opp mot effekten av å ha reell konkurranse om offentlige anskaffelser. Dette er en direkte effekt/priseffekt knyttet til selve objektet for anskaffelsen. Andre direkte gevinster kan være mer effektiv offentlig tjenesteproduksjon og verdiskapning gjennom innovasjon for den offentlige virksomhetens tjenesteproduksjon.

Gevinster ved reell konkurranse er vurdert i flere av de nevnte studiene innledningsvis. I studien til KS er ett funn at offentlige oppdragsgivere selv har liten kunnskap om gevinster ved å gjennomføre konkurranse. Årsakene til at gevinstene ved konkurranseutsetting varierer betydelig fra anskaffelse til anskaffelse kan være; markedsf forhold, tidligere konkurranseutsetting, hvor effektivt planleggingsfasen er gjennomført m.m.

Gomez-Lobo og Szymanski (2001) studerer effekten av konkurranse på kostnadene ved avfallshåndtering (innsamling) i Storbritannia gjennom å anslå effekten av antall budgivere på kontraktspris.<sup>2</sup> Ved å gå fra en til to budgivere (fra fravær av konkurranse til konkurranse med to) faller kostnadene med opp mot 14 prosent. Ved å gå fra to til tre faller kostnadene ytterligere med mellom 4 og 8 prosent. Den fjerde budgiveren gir

en prisreduksjon på mellom 3 og 5,5 prosent. Effekten av ytterligere flere budgivere flater så raskt ut.

PwC har også beregnet effekten av flere budgivere i en konkurranse og satt denne til 1 prosent redusert kontraktspris per tilbyder i en konkurranse, for eksempel vil fire budgivere i en konkurranse gi en reduksjon i kontraktspris på 4 prosent.<sup>3</sup>

I undersøkelsen om offentlige anskaffelser i Norge er det kartlagt hvor mange tilbydere det er i gjennomsnitt per konkurranse:

Dette viser at dagens regelverk gjennom å fremme konkurranse om offentlige anskaffelser bidrar til å realisere betydelige prisgevinster som kommer fellesskapet til gode. I Asplan Viak sin studie påpekes det at terskelverdier for kunngjøring i noen grad påvirker konkurranseintensiteten om offentlige anskaffelser, noe som også fremgår av figur 31.2. Imidlertid ble krav om anskaffelsesprotokoll for anskaffelser over 100 000 kroner trukket frem som den faktor som i størst grad fremmer konkurranse om offentlige anskaffelser under nasjonal terskelverdi. Omfanget av tilbydere for kontrakter under nasjonal kunngjøringsverdi i figur 31.2 underbygger denne vurderingen.

I et samfunnsøkonomisk perspektiv må de marginale samfunnsøkonomiske kostnadene ved å ha et regelverk under EU/EØS-terskelverdiene vurderes opp mot regelverkets marginale gevinster. Utvalget finner det vanskelig å beregne de samfunnsøkonomiske marginale kostnadene og gevinstene med dagens regelverk, samt si noe

<sup>2</sup> Gomez-Lobo og Szymanski (2001): Review of Industrial Organization 18 (105-113). A Law of Large Numbers. Bidding and Compulsory Competitive Tendering for Refuse Collection Contracts.

<sup>3</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/estimating-benefits-procurement-directives\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/estimating-benefits-procurement-directives_en.pdf) og [http://www.difi.no/filearchive/17\\_parallellesjon\\_3\\_smarte\\_grep\\_for\\_aa\\_redusere\\_anskaffelseskostnader\\_-\\_hvilke\\_grep\\_kan\\_innkjoperne\\_gjore\\_-\\_ivar\\_strand\\_pwc.pdf](http://www.difi.no/filearchive/17_parallellesjon_3_smarte_grep_for_aa_redusere_anskaffelseskostnader_-_hvilke_grep_kan_innkjoperne_gjore_-_ivar_strand_pwc.pdf)

nærmere om optimal nasjonal terskelverdi utover å referere til Asplan Viak sin studie. Det vil kreve ytterligere studier av offentlige anskaffelser i Norge som nyanserer de marginale samfunnsøkonomiske effektene av et nasjonalt regelverk. I rapporten som PwC utarbeidet på oppdrag fra utvalget ble det også klart at det er en betydelig underrapportering på kunngjøring av kontraktstildelinger (dette er en plikt over EU/EØS-terskelverdiene, men frivillig for de nasjonale anskaffelsene), noe som svekker analysegrunnlaget da nøyaktig anskaffelsesverdi ikke er kjent. Oppnådd konkurranseeffekt kan også variere betydelig fra anskaffelse til anskaffelse. I flere av studiene det er referert til er denne oppgitt på generelt grunnlag som en forventet flat prosentvis effekt. Over en viss anskaffelsesverdi er det rimelig å anta (jf. Gomez-Lobo og Szymanski) at denne er konstant. For de mindre anskaffelsene vil imidlertid konkurranseeffekten være av marginal betydning, selv om effekten ved konkurranse er sterkt økende til et nivå der tilstrekkelig konkurranse er oppnådd.

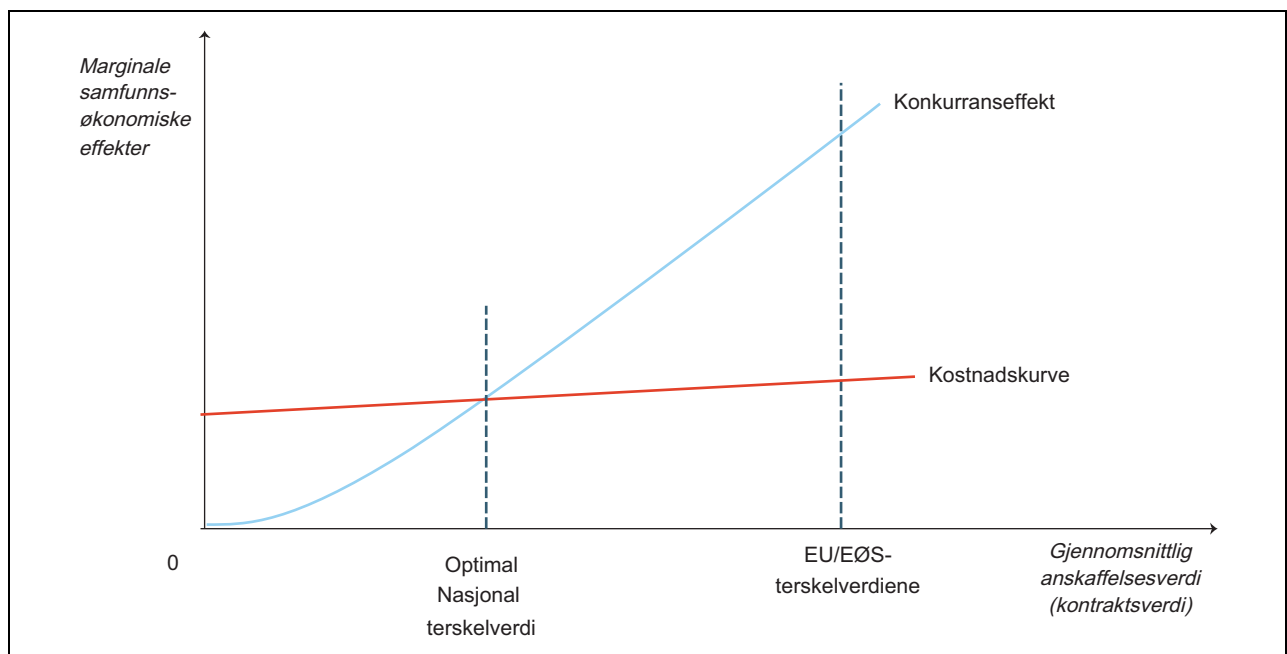
Figur 31.3 illustrerer kostnader og gevinster forbundet ved å ha et nasjonalt regelverk for offentlige anskaffelser. Disse marginale samfunnsøkonomiske effektene kan vurderes ut fra den gjennomsnittlige anskaffelsesverdien (kontraktverdien i en konkurranse). Ved en studie av hver enkelt konkurranse vil man kunne få frem en kostnadskurve og en kurve for konkurranseeffekt. Kostnadskurven er svakt økende jo større anskaffelsesverdien i en konkurranse blir. Flere

studier henviser til en slik profil på kostnadskurven. Konkurranseeffekten øker jo mer konkurranse det kan oppnås i en konkurranse. Denne kurven får en gradvis økende effekt for så å stige konstant, det vil si at effekten ved høyre kontraktverdi flater ut over en gitt verdi. Dette er effekten som påpekes i studien til Gomez-Lobo og Szymanski (2001).<sup>4</sup> Asplan Viak har vurdert optimal nasjonal terskelverdi i skjæringspunktet mellom kostnadskurven og konkurranseeffekten.

Utvalget mener at de studiene det vises til her, underbygger at det er en positiv samfunnsøkonomisk effekt ved å ha et nasjonalt regelverk for offentlige anskaffelser.

Utvalget kan legge til grunn at dagens regelverk sikrer konkurranseutsetting og at tilstrekkelig konkurranse oppnås i den enkelte konkurranse. Det fremkommer at anskaffelsesprosesser praktiseres mer ressurskrevende enn det dagens regelverk legger opp til for de nasjonale anskaffelsene. Praktisering av regelverket sett i sammenheng med at kostnader for anskaffelsesprosesser er betydelig høyere – 193 prosent (Norge 4,1 prosent av kontraktverdi mot snitt i EU 1,4 prosent) – enn i resten av Europa. Utvalget mener at det er et potensial til effektivisering av anskaffelsesprosesser i Norge.

<sup>4</sup> Gomez-Lobo og Szymanski (2001): Review of Industrial Organization 18 (105-113). A Law of Large Numbers. Bidding and Compulsory Competitive Tendering for Refuse Collection Contracts.



Figur 31.3 Kostnad og gevinst ved regelverk for offentlige anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Denne illustrasjonen bygger på figur i Asplan Viak (2008).

### 31.2.2.3 Andre forhold

Evne til nyskaping og innovasjon har vært et satsningsområde som ofte knyttes til innkjøp, jf. Strategi for økt innovasjonseffekt av offentlige anskaffelser (2013). En hindring for dette har vært at offentlige oppdragsgivere anvender detaljerte kravspesifikasjoner i anbudskonkurranser der muligheten til dialog og tilpasninger er begrenset. I rapporten «*Innovative offentlige innkjøp – mer produktivitet og bedre tjenester*» (Menon-publikasjon, nr. 11/2014) legges det frem at svak vektlegging av innovasjon i offentlige anskaffelser kan hindre produktivitetsvekst i offentlig sektor. Potensialet ved mer innovative offentlige anskaffelser er vurdert som betydelig. Utvalget mener at dagens regelverk ikke er til hinder for anskaffelse av innovative løsninger men at manglende kompetanse og forståelse for regelverket hindrer at anskaffelsesprosesser tilrettelegger for dette. Når det er sagt har utvalget foreslått en prosedyre som i mye større grad muliggjør tilrettelegging for innovative løsninger, ved at oppdragsgivere og leverandører alltid kan ha en dialog etter at tilbudene har kommet inn. Gjennom denne dialogen kan partene komme frem til den beste løsning for den konkrete anskaffelsen.

Utvalget har registrert en misnøye for måten dagens regelverk blir praktisert på. Denne kritikken er først og fremst rettet mot manglende fleksibilitet og rom for å finne effektive løsninger for den konkrete anskaffelse. Det er en viss grad av fleksibilitet i det nasjonale regelverket, men den utnyttes i liten grad av frykt for å gjøre feil. Utvalget tror at frykten for å gjøre feil er en følge av detaljgraden og formalismen i regelverket, som igjen fører til at mange trår feil selv med de beste intensjoner. Videre kan regelbrudd og klager få store konsekvenser, og innebære store kostnader for oppdragsgivere.

### 31.2.3 Administrative effekter ved dagens regelverk

En anskaffelsesprosess gjennomføres med utgangspunkt i tre hovedfaser; planlegging, gjennomføring og oppfølging, jf. nærmere i kapittel 30. Dagens regelverk om offentlige anskaffelser regulerer i hovedsak selve gjennomføringen av anskaffelser. Hvor effektivt gjennomføringen kan gjøres, reguleres av regelverket, men påvirkes i stor grad av hvor effektiv planleggingen av anskaffelsen har vært. Selve gjennomføringen av anskaffelsen påvirker i stor grad hvor effektiv oppfølgingen av anskaffelsen kan bli fordi det er i oppfølgingen av

anskaffelsen gevinster realiseres og eventuelle følgekostnader (som for eksempel kontraktsrettslige tvister, kvalitetsmangler, feilanskaffelser m.m.) oppstår.

Regelverket over den nasjonale terskelverdien er i stor grad likt regelverket over EU/EØS-terskelverdiene. Dette medfører at også arbeidsprosessene blir relativt like. For anskaffelser under nasjonal kunngjøringsverdi endrer dette bildet seg betydelig der man anvender direkteanskaffelser for ca. halvparten av anskaffelsene.

Utvalget har fått innspill fra en rekke offentlige oppdragsgivere med ulike utfordringer knyttet til praktisering av regelverket. Anskaffelsesfaglig kompetanse er en hovedutfordring for bedre etterlevelse og praktisering av regelverket. Spesielt er utfordringen stor for mindre offentlige virksomheter der det er vanskelig å rekruttere, utvikle og beholde denne type kompetanse. En konsekvens av dette er økende samordning av anskaffelser gjennom statlige sektorvise innkjøps-samarbeid/-organisasjoner (for eksempel HINAS og Uninett) og interkommunale innkjøps-samarbeid/-organisasjoner.

### 31.2.4 Andre vesentlige konsekvenser

Praktisering av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge fremstår som lite effektivt sammenlignet med praksis i EU. Dette er en merkostnad for samfunnet generelt og for privat næringsliv spesielt, som samlet bærer 75 prosent av direktekostandene ved en anskaffelsesprosess. Under vurdering av økonomiske konsekvenser er det identifisert en betydelig merkostnad i praktisering av nasjonalt regelverk, ved at offentlige oppdragsgivere velger unødig kostnadskrevennde prosedyrer som er lite tilpasset anskaffelsen. Dette påfører næringslivet unødig ineffektivitet og manglende kapasitet til verdiskaping. Innspill fra næringslivet understreker at utfordringer ved dagens regelverk først og fremst er knyttet til offentlig sektors praktisering av dette. Utvalget har ikke hatt tilgang til studier av hvordan denne ineffektiviteten blir fordelt, men kan anta at den dels tilbakeføres til offentlige oppdragsgivere i form av direkte høyere priser og leveranse av mindre effektive løsninger.

Håndhevelsespraksis har dannet grunnlag for et omfattende behov for anskaffelsesrettslig kompetanse. Offentlige oppdragsgivere hevder dette er en betydelig transaksjonskostnad i form av innkjøp av kompetanse og utsatte/forlengede anskaffelsesprosesser. Utvalget har ikke hatt anledning til å kartlegge disse kostnadene eller omfanget av

denne type tjenester, men på bakgrunn av antallet klageprosesser er det helt tydelig at det brukes mye ressurser på å håndtere klager og tvister.

Usikkerhet i praktisering av regelverket og muligheten til å overprøve oppdragsgivere på alle detaljregler, har medført omfattende bruk av klageorganet KOFA og domstolene, for å avgjøre tvister mellom offentlige oppdragsgivere og private tilbydere. Selv bagatellmessige avvik, som ikke har betydning for gjennomføringen eller resultatet av konkurransen, kan føre til avvisningsplikt, eller erstatningssøksmål dersom avvisning ikke har skjedd. Slike avvisningssaker kan ha betydelige kostnader både for den offentlige oppdragsgiver og den private tilbyder. Saker av denne type har vært med på å underbygge at dagens regelverk fremstår som detaljert, komplisert og formalistisk. Fremstilling av anskaffelsespraksis med utgangspunkt i slike saker svekker allmenhetens tillit til at offentlige anskaffelser gjennomføres i henhold til samfunnets interesser, og bidrar til økt frykt hos dem som skal etterleve regelverket.

### **31.3 Vurdering av økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser ved utvalgets forslag til nytt regelverk**

#### **31.3.1 Innledning**

I vurdering av økonomiske og administrative konsekvenser av dagens regelverk om offentlige anskaffelser er det påpekt muligheter til forbedring innenfor flere sentrale områder i regelverket. Utvalget har i utredningens øvrige kapitler drøftet forslagene til endringer og hvilke konsekvenser dette er antatt å få.

Flere studier har påvist at konkurranse om offentlige kontrakter genererer betydelige besparelser i form av prisreduksjoner. Dagens regelverk ivaretar dette og utvalget har valgt å beholde dette som et grunnleggende prinsipp, men kun for anskaffelser over 100 000 kroner.

Praktisering av prosedyreregler for de nasjonale anskaffelsene er ikke effektive i dag, ut fra den økonomiske verdi av anskaffelsen og har et betydelig potensial til forbedring, spesielt for de mindre anskaffelsene, der ressursbruk ikke kan forsvares ut fra en kost/nytte vurdering. Selv om konkurranseintensiteten ikke vurderes å være like stor for anskaffelser i privat sektor vurderes anskaffelsene der som totalt sett mer effektive. Grunnen til dette er at anskaffelsesprosesser i privat sektor gjennomføres med betydelig større

fleksibilitet knyttet både til valg av prosedyre og til å gjøre endringer og tilpasninger underveis i anskaffelsesprosessen. Utvalget legger frem et forslag til en betydelig mer fleksibel anskaffelsesprosedyre. Adgangen til å gjøre endringer underveis i konkurransen utvides betraktelig og avvisningsbestemmelser gjøres mer fleksible.

Bruk av elektronisk kommunikasjon i gjennomføring av anskaffelser vil også bidra til å effektivisere anskaffelsesprosessen og være et viktig grunnlag for videre oppfølging av anskaffelsene.

Kunngjøring av konkurranser er en viktig faktor for å gjøre det offentlige anskaffelsesbehovet kjent. Det er også av allmenhetens interesse at det gjøres kjent hvilke kontrakter som inngås av offentlige oppdragsgivere. Utvalget har vurdert dagens terskelverdi for de nasjonale anskaffelsene.

Krav til anskaffelsesprotokoll og skriftlighet har hatt stor disiplinerende effekt for offentlig konkurranseutsetting. Utvalget har opprettholdt kravet til skriftlig dokumentasjon av anskaffelsesprosessen for kjøp over 100 000 kroner.

Kvalifisering av tilbydere og evaluering av tilbud står sentralt i gjennomføringen av en anskaffelse, og etterprøves ofte. Utvalget har vurdert klarere og enklere regler for kvalifisering og evaluering. For kvalifisering foreslår utvalget å innføre en ordning med egenerklæring der dokumentasjon først etterspørres i forbindelse med kontraktsinngåelse.

#### **31.3.2 Økonomiske konsekvenser ved nytt regelverk**

Utvalget forutsetter at nytt forslag til regelverk for nasjonale anskaffelser skal bidra til å opprettholde minimum samme konkurranseintensitet i offentlige anskaffelseskonkurranser som ved eksisterende regelverk. Ved at prosedyrer forenkles og elektroniske verktøy innføres, vil dette kunne redusere leverandørers administrative kostnader ved deltakelse i konkurranser. En slik reduksjon kan bidra til at leverandører oftere finner det ressursmessig forsvarlig å delta i konkurranser. Med perspektivet vil det være rimelig å forvente noe økning i konkurranseintensiteten, spesielt for de mindre anskaffelsene. Høyere konkurranseintensitet kan bidra til å redusere priser. Utvalget vil allikevel påpeke at jo større grad av forutberegnelighet oppdragsgiver kan gi på alle stadier i anskaffelsesprosessen, jo mindre risiko må leverandøren ta, noe som igjen har betydning for prisen. Utvalget mener for øvrig at dialog mellom



partene kan være oppklarende og konstruktivt for risikoforhold og dermed også pris.

Gevinst ved konkurranse er vurdert som en direkte effekt i form av prisreduksjon, det vil si en direkte reduksjon av kontraktspris. Denne effekten oppnås som en andel av anskaffelsen noe som medfører at kroneverdien av denne effekten øker, jo større økonomisk omfang kontrakten har. Ut fra en ren anskaffelsesfaglig kost-nyttebetraktning må derfor ressursinnsats for å oppnå prisreduksjon tilpasses den enkelte kontrakt, justert for risiko ved å pådra seg følgekostnader til anskaffelsesprosessen.

Utvalgets forslag om at lov med forskrifter om offentlige anskaffelser kun skal gjelde for anskaffelser over 100 000 kroner vil være en betydelig forenkling for offentlige oppdragsgivere. For mindre anskaffelser under 100 000 kroner kan den offentlige oppdragsgiver selv velge hvilke rutiner og oppfølging virksomheten skal ha.

Utvalget foreslår å innføre en betydelig forenklet prosedyre der det vil være utvidet adgang til endringer og tilpasninger i hele anskaffelsesprosessen. Forenklingen av prosedyren gjør at det i mange tilfeller vil være lavere kostnader hos oppdragsgiver for administrasjon av anskaffelsesprosessen og lavere kostnader for leverandøren med å delta i konkurransen. I tillegg til at dette vil gi smidige anskaffelsesprosedyrer åpner det også opp for større grad av innovative anskaffelser.

Utvalget har vurdert, men ikke funnet grunnlag for å endre nasjonale terskelverdier for kunnngjøring.

Utvalget har ikke grunnlag for å kvantifisere de økonomiske virkningene av foreslåtte endringer til regler for de nasjonale anskaffelsene, men har her påpekt de økonomiske effektene og hvordan de kan gi utslag i forhold til dagens regelverk.

Den marginale samfunnsøkonomiske effekt av utvalget sine forslag til endringer er illustrert i figur 31.4. Det er ikke forventet noen endringer i kurven for konkurranseeffekt selv om det er forventet at enklere prosedyrer og bedre tilpasning kan gi flere deltakere i en konkurranse. Utvalget foreslår at regelverket om offentlige anskaffelser kun skal gjelde for anskaffelser over 100 000 kroner, noe som vil gi en besparelse der konkurranseeffekten fra før også er begrenset. Det er ikke kostnadsfritt å gjennomføre anskaffelser under 100 000 kroner men kurven her illustrerer merkostnaden ved å gjennomføre anskaffelsen i henhold til regelverket. Utvalgets forslag til forenkling av regelverket er forventet å gi lavere kostnadskurve for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene. Spesielt endring av anskaffelsespro-

sedyre er forventet å gi lavere samfunnsøkonomiske kostnader. Prosedyren utvalget har foreslått tar utgangspunkt i at en anskaffelse kan gjennomføres uten avklaringer og forhandlinger, samtidig som det kan åpnes for avklaringer og forhandlinger dersom oppdragsgiver finner dette nødvendig. Fleksibiliteten legger til rette for en tilpasset og effektiv prosedyre for den enkelte anskaffelse, der risiko for avvikskostnader i stor grad kan elimineres. Omfanget av endringen kan ikke utvalget ta stilling til, men mener dette kan kvantifiseres i studier etter at nytt regelverk er iverksatt og prøvd ut over en tidsperiode. Av den grunn har heller ikke utvalget grunnlag nå for å endre nasjonal terskelverdi, selv om en reduksjon i kostnadskurven kan indikere at den kan reduseres.

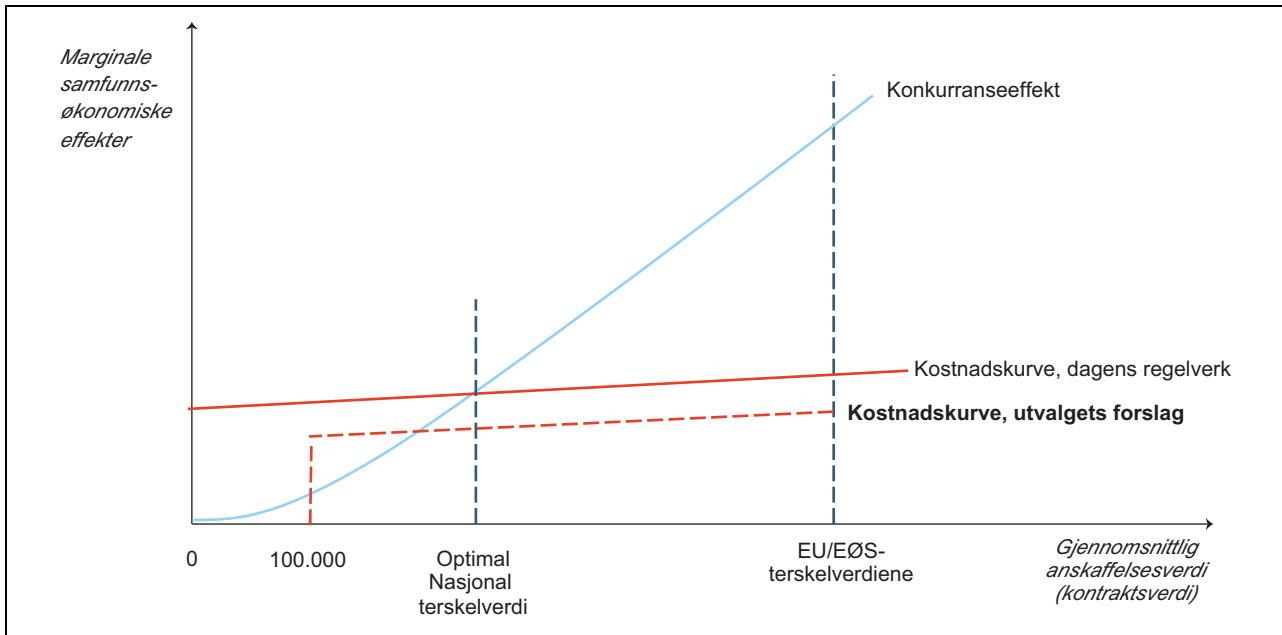
### 31.3.3 Administrative konsekvenser ved nytt regelverk

I kapittel 31.3.2 har utvalget drøftet de økonomiske konsekvensene av forslagene til endringer i anskaffelsesregelverket. Økt eller redusert ressursbruk kan sees i sammenheng med administrative konsekvenser og den administrative byrde dette påfører offentlige oppdragsgivere. Utvalget mener at forslagene til forenkling generelt vil kunne forenkle forvaltningen, gjøre arbeidsprosessene mer effektive og lette de arbeidsbyrdene offentlige oppdragsgivere rapporterer om for offentlige anskaffelser.

Utvalgets forslag til nye prosedyreregler vil ikke bare redusere oppdragsgiveres og leverandørers administrative byrde, men også redusere risikoen for at det blir formalfeil i anskaffelsesprosessen som kan påføre begge parter betydelige oppfølgingskostnader.

Innføring av elektronisk kommunikasjon vil forenkle kommunikasjonen mellom oppdragsgivere og leverandørmarkedet. Her vil e-post representere en betydelig administrativ forenkling frem til effektive elektroniske systemer er innført for å håndtere kommunikasjon mellom offentlige oppdragsgivere og leverandører. Effektive elektroniske systemer vil gjøre konkurranser betydelig mer effektivt å gjennomføre for offentlige oppdragsgivere, spesielt hvis det er mange deltakere i en konkurranse. Effektivitetsgevinsten her vil være sterkt knyttet til gjenbruk av data både for oppfølging av anskaffelsen og ikke minst for planlegging og gjennomføring av fremtidige anskaffelser.

Utvalget foreslår at anskaffelser under 100 000 kroner ikke skal være omfattet av anskaffelsesre-



Figur 31.4 Samfunnsøkonomisk effekt av utvalgets forslag til forenkling av regelverket<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Denne illustrasjonen bygger på figuren «Kostnad og gevinst ved regelverk for offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi» i Asplan Viak (2008).

gelverket. Dette medfører at det ikke vil være behov for kontroll, overprøving eller oppfølging av de mindre anskaffelsene. Når dette kontrollbehovet bortfaller, kan ressursene for kontroll og oppfølging brukes til å følge opp større anskaffelser der avvik har større økonomiske konsekvenser. Oppfølging av disse anskaffelsene vil naturlig følges opp gjennom de krav som settes i økonomireglementet for den enkelte offentlige oppdragsgiver, slik praksis bør være i dag.

### 31.3.4 Andre vesentlige konsekvenser ved nytt regelverk

Fleksible prosedyrer vil kunne gi bedre og mer tilpassede offentlige tjenester. Enklere og mer fleksibelt regelverk kan bidra til å fremme innovasjon også for de mindre anskaffelsene ved at alternative tilbud og løsninger med større sannsynlighet kan velges. Mer tilpassede og innovative løsninger kan gi befolkningen bedre offentlige tjenester.

Elektronisk støttede anskaffelsesprosesser er antatt å redusere kostnadene ved å delta i en konkurranse for leverandørene. Lavere prosesskostnad og mer fleksibel prosedyre vil kunne gjøre det mer attraktivt generelt for leverandører å delta i en konkurranse. Dette kan føre til mer konkurranse om oppdrag, men også muligheter for å tilby nye og mer effektive løsninger for å dekke offentlig oppdragsgivers behov.

Behov for anskaffelsesrettslig kompetanse for håndhevelse og støtte til de mindre anskaffelsene vil trolig bli redusert som følge av et enklere regelverk. Det betyr at denne type kompetanse i det private tjenestemarkedet i større grad kan brukes til å støtte de større anskaffelsene og brukes til forebyggende aktivitet, som for eksempel opplæring, i stedet for håndhevelse og tvisteløsning.

## Kapittel 32

# Forslag til ny lov- og forskriftstekst

### 32.1 Utkast til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

---

I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjøres følgende endringer:

- Gjeldende § 6 (livssykluskostnader, universell utforming og miljø) oppheves.
- Gjeldende § 7 (lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter) oppheves.
- Gjeldende §§ 8 til 17 blir ny §§ 6 til 15.

I tillegg skal følgende bestemmelser lyde (endringene er kursivert, og tekst i hakeparentes markerer endringer som forutsetter gjennomføring av bestemmelser i direktiv 2014/24/EU, og som utvalget overlater til departementet å forme):

#### § 1. Formål

Loven og tilhørende forskrifter skal *fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter.*

#### § 3. Anskaffelser som er omfattet

Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2.

*Loven gjelder ikke tildeling av følgende kontrakter:*

- kontrakter med en anslått verdi under 100 000 kroner ekskl. mva.,*
- [kontrakter som nevnt i direktiv 2014/24/EU artikkel 7 til 17, unntatt kontrakter som nevnt i artikkel 10 bokstav d romertall i og ii, artikkel 10 bokstav e og artikkel 10 bokstav fj, eller*
- kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32.*

#### § 5 Grunnleggende prinsipper

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med *grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet.*

### 32.2 Utkast til endringer i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

---

#### 32.2.1 Forskriftens del I. Alminnelige bestemmelser

I forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I (alminnelige bestemmelser) foreslår utvalget å oppheve følgende bestemmelser:

- § 1-1 (formål)
- § 2-1 (anvendelsesområde for forskriftens ulike deler)
- § 3-1 (grunnleggende krav for alle anskaffelser)
- § 3-3 (skatteattest)
- § 3-4 (HMS-egenerklæring)
- § 3-9 (språkkrav)
- § 3-10 (fristberegning)
- § 3-11 første, tredje og fjerde ledd (bruk av kontraktsstandarder og visse spesielle kontraktsvilkår)

Følgende bestemmelser har utvalget ingen forslag til endringer av:

- § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften)
- § 2-2 (terskelverdier)
- § 2-3 (beregning av anskaffelsens anslåtte verdi)
- § 2-4 (blandende kontrakter)
- § 3-5 (offentlighet)
- § 3-6 (taushetsplikt)
- § 3-7 (habilitet)
- § 3-8 (bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner)
- § 3-11 annet ledd (særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt)

- § 3-12 (reserverte kontrakter)
- § 3-13 (innkjøpssentraler)
- § 3-14 (pålegg)
- § 4-2 (definisjoner av prosedyrer)
- § 4-3 (definisjoner av standarder og spesifikasjoner)

I tillegg skal følgende bestemmelser lyde:

*§ 1-3. Hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften*

Denne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider.

[Annet og tredje ledd foreslår utvalget å oppheve.]

*§ 3-2. Skriftlighetskrav*

Oppdragsgiver skal sikre at alle vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen dokumenteres skriftlig.

*§ 4-1 bokstav r: kontrakt om særlige tjenester:* kontrakt som gjelder tjenester som er angitt i [vedlegg XIV til direktiv 2014/24/EU],

*§ 4-1 bokstav t: konkurransedokumenter:* [fellesbetegnelse på kunngjøring og konkurransegrunnlag, jf. direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 (13)]

**32.2.2 Forskriftens del II. Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester**

Utvalgets forslag til nytt nasjonalt prosedyreregulativ innebærer at samtlige bestemmelser i gjeldende del II oppheves og erstattes med følgende bestemmelser (tekst i hakeparentes markerer dels endringer som forutsetter gjennomføring av bestemmelser i direktiv 2014/24/EU, og som utvalget overlater til departementet, dels bestemmelser som utvalget på bakgrunn av mandatet ikke har vurdert):

Del II. Anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene og særlige tjenester

*§ 5-1. Anvendelsesområde*

- (1) Reglene i del II får anvendelse ved tildeling av kontrakter med en anslått verdi som overstiger 500 000 kroner, men ikke EU/EØS-terskelverdiene i § 2-2.
- (2) Ved tildeling av kontrakter om særlige tjenester får reglene i del II anvendelse selv om

den anslåtte verdien overstiger EU/EØS-terskelverdien i § 2-2.

*§ 5-2. Unntak*

- (1) Reglene i del II får ikke anvendelse ved tildeling av følgende kontrakter:
  - (a) [kontrakter om juridiske tjenester som nevnt i direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav d romertall i og ii],
  - (b) [kontrakter om finansielle tjenester som nevnt i direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav e], og
  - (c) [lånekontrakter som nevnt i direktiv 2014/24/EU artikkel 10 bokstav f].
- (2) Reglene i del II får heller ikke anvendelse ved tildeling av følgende kontrakter:
  - (a) kontrakter som oppdragsgiver bare kan tildele én leverandør i markedet,
  - (b) kontrakter som oppdragsgiver kan tildele på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelsen til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser, forutsatt at en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse ikke vil kunne la seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger,
  - (c) kontrakter som oppdragsgiver på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsette tildelingen av i den tiden det vil ta å gjennomføre en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse,
  - (d) kontrakter som gjelder tilleggsytelser som på grunn av uforutsette omstendigheter er strengt nødvendig å utføre for å fullføre en kontrakt, forutsatt at oppdragsgiver tildeler kontrakten om tilleggsytelser til samme leverandør,
  - (e) kontrakter som oppdragsgiver tildeler etter en mislykket åpen eller begrenset tilbudskonkurranse, forutsatt at oppdragsgiver ikke gjør vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget,
  - (f) kontrakter som gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende marked, og
  - (g) kontrakter om dekningskjøp som er nødvendig fordi en konkurranse må avlyses, eller fordi det har oppstått tvist som forsinke en kontraktsinngåelse, forutsatt at oppdragsgiver ikke inngår kontrakten om dekningskjøp for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.

- (3) Reglene i annet ledd gjelder ikke kontrakter om særlige tjenester som overstiger EU/EØS-terskelverdien i § 2-2.

#### § 5-3. Anskaffelsesprosedyrer

Oppdragsgiver skal bruke åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.

#### § 5-4. Utvelgelse av leverandører i konkurranser hvor det settes en grense for antall deltakere

- (1) Ved begrenset tilbudskonkurranse kan oppdragsgiver fastsette en nedre, eventuelt også en øvre, grense for antallet leverandører som vil bli invitert til å levere tilbud.
- (2) Den nedre og øvre grensen skal fremgå av konkurransedokumentene, sammen med objektive og ikke-diskriminerende kriterier som oppdragsgiver vil benytte ved utvelgelsen av eventuelt overtallig kvalifiserte leverandører.

#### § 5-5. Rammeavtaler

- (1) Oppdragsgiver skal følge prosedyrereglene i denne forskriften ved inngåelse av rammeavtaler.
- (2) Oppdragsgiver skal tildele kontrakter innenfor en rammeavtale på grunnlag av objektive regler og kriterier, som kan innebære ny konkurranse mellom partene. Disse reglene og kriteriene skal fremgå av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, og oppdragsgiver kan om nødvendig presisere dem.
- (3) Oppdragsgiver kan ikke inngå rammeavtaler for mer enn fire år, med mindre det foreligger særlige forhold, for eksempel knyttet til avtalens formål, investeringskostnader eller brukers behov.

#### § 5-6. Rammeavtaler i helse- og sosialsektoren

- (1) For rammeavtaler om helse- og sosialtjenester gjelder ikke hovedregelen om en maksimal varighet på fire år.
- (2) Oppdragsgiver kan tildele kontrakter innenfor en rammeavtale om helse- og sosialtjenester på grunnlag av brukervalg. Ved slik tildeling skal brukervalg være eneste kriterium, og alle kontraktsvilkår skal være fastsatt i rammeavtalen. Tilsvarende gjelder for varer innen helse- og sosialsektoren til personlig bruk.

#### § 5-7. Kommunikasjon

- (1) Oppdragsgiver velger kommunikasjonsmidler til bruk for informasjonsutveksling i konkurransen.
- (2) Valgte kommunikasjonsmidler skal være allment tilgjengelige, og kan for eksempel være post, e-post eller annen elektronisk kommunikasjon.
- (3) Oppdragsgiver skal ikke undersøke innholdet i tilbud eller forespørsler om å delta i konkurransen før fristen for levering har løpt ut. Oppdragsgiver skal sikre at innholdet i tilbud og forespørsler om å delta i konkurransen holdes fortrolig.

#### § 5-8. Konkurransegrunnlag

- (1) Oppdragsgiver skal utarbeide et konkurransegrunnlag.
- (2) Konkurransegrunnlaget skal inneholde en beskrivelse av hva oppdragsgiver skal anskaffe, hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget, og opplysninger om hvordan oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen. Oppdragsgiver bør så vidt mulig beskrive hvordan eventuelle forhandlinger vil bli gjennomført.
- (3) Oppdragsgiver har risikoen for uklareheter i konkurransegrunnlaget.
- (4) Frem til signering av kontrakt kan oppdragsgiver gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige. Oppdragsgiver kan ikke endre tildelingskriterier eller absolute krav etter tilbudsfristens utløp.

#### § 5-9. Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon

- (1) Oppdragsgiver kan stille kvalifikasjonskrav til leverandørene som skal sikre at de er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, for eksempel til deres tekniske og økonomiske stilling. Oppdragsgiver skal i så fall angi krav til dokumentasjon.
- (2) Når leverandørene skal levere dokumentasjon som utstedes av offentlige myndigheter eller uavhengige tredjeparter, skal oppdragsgiver akseptere egenerklæringer som foreløpig bevis. Oppdragsgiver kan også tillate egenerklæringer som foreløpig bevis i stedet for annen dokumentasjon som leverandørene skal levere, forutsatt at dette fremgår av konkurransedokumentene.
- (3) Hvis oppdragsgiver har mottatt egenerklæring i henhold til annet ledd, kan han på et

hvilket som helst tidspunkt kreve fremlagt den dokumentasjon som egenerklæringen trer i stedet for. Oppdragsgiver skal kreve slik dokumentasjon fra den leverandør som han har til hensikt å tildele kontrakt, senest før han meddeler sin beslutning om tildeling av kontrakt.

- (4) Oppdragsgiver kan fastsette en tilleggsfrist for ettersending av manglende og supplerende dokumentasjon.

#### § 5-10. Tildelingskriterier

- (1) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.
- (2) Oppdragsgiver skal benytte tildelingskriterier som er relevante for kontrakten. Slike kriterier kan for eksempel være pris, livssyklus kostnader, kvalitet, estetiske, tekniske og funksjonelle egenskaper, tilgjengelighet, universell utforming, sosiale, miljømessige og innovative egenskaper, den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaring, kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser.
- (3) For kontrakter om helse- og sosialtjenester kan brukervalg benyttes som tildelingskriterium. Brukervalg må i så fall være eneste tildelingskriterium.

#### § 5-11. Kunngjøring av konkurranse

- (1) Oppdragsgiver som skal tildele kontrakt eller rammeavtale ved åpen eller begrenset tilbudskonkurranse, skal kunngjøre konkurransen i Doffin på en av følgende måter, i samsvar med skjema fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet:
  - (a) i en alminnelig kunngjøring, eller
  - (b) i en forhåndskunngjøring, som oppdragsgiver kunngjør løpende.
- (2) Ved tildeling av kontrakter om særlige tjenester som overstiger EU/EØS-terskelverdien i § 2-2, gjelder i tillegg [reglene om kunngjøring over EU/EØS-terskelverdiene].
- (3) Kunngjøringsplikten gjelder ikke ved tildeling av følgende kontrakter:
  - (a) tjenestekontrakter som skal tildeles vinneren eller en av vinnerne av en plan- og designkonkurranse, forutsatt at alle vinnerne av plan- og designkonkurransen blir invitert til å levere tilbud, og
  - (b) kontrakter om særlige tjenester som overstiger EU/EØS-terskelverdiene, når vilkå-

rene i § [artikkel 32 i nytt anskaffelsesdirektiv] er oppfylt.

#### § 5-12. Kunngjøring av konkurranseresultater for særlige tjenester

- (1) Oppdragsgiver som har tildelt kontrakt eller rammeavtale om særlige tjenester som overstiger EU/EØS-terskelverdien i § 2-2, skal gjøre konkurranseresultatet kjent i en kunngjøring, utarbeidet i samsvar med skjema fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet.
- (2) Oppdragsgiver kan kunngjøre konkurranseresultater kvartalsvis.
- (3) Oppdragsgiver skal kunngjøre konkurranseresultatet senest 30 dager etter utløpet av det kvartal kontrakten ble tildelt.

#### § 5-13. Intensjonskunngjøring

[Gjeldende regler forutsettes videreført.]

#### § 5-14. Frist for levering av forespørsel om å delta i konkurransen og tilbud

Frist for levering av forespørsel om å delta i konkurransen og tilbud skal gi leverandørene tilstrekkelig tid til å foreta nødvendige undersøkelser og beregninger.

#### § 5-15. Vedståelsesfrist

- (1) Oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir den tiden tilbudene er bindende. Fristen skal angis med dato og klokkeslett. Den bør ikke settes lengre enn det som er nødvendig av hensyn til evalueringen av tilbudene.
- (2) Dersom ikke annet fremgår av konkurranse-dokumentene, utløper vedståelsesfristen klokken 24.00, 30 dager etter tilbudsfristens utløp.
- (3) Reglene i første og annet ledd er ikke til hinder for at oppdragsgiver før vedståelsesfristens utløp spør leverandørene som har levert tilbud, og som ikke er avvist, om å forlenge vedståelsesfristen. Oppdragsgiver kan også innen rimelig tid etter fristens utløp spørre slike leverandører om de vil fastholde tilbudet. Forlengelse av vedståelsesfristen eller fastholdelse av tilbudet etter fristens utløp kan kun skje dersom det ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen.

§ 5-16. *Frist for begjæring om midlertidig forføyning*  
[Gjeldende regler forutsettes videreført.]

§ 5-17. *Fristberegning*

Frister skal beregnes i samsvar med forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter.

§ 5-18. *Tilbudet*

- (1) Tilbudet skal være skriftlig og bindende.
- (2) Leverandøren har risikoen for uklarerheter i tilbudet.

§ 5-19. *Alternative tilbud*

[Adgang til å levere alternative tilbud i tråd med direktiv 2014/24/EU artikkel 45.]

§ 5-20. *Forhandlinger*

- (1) Oppdragsgiver skal etter tilbudsfristens utløp beslutte om det skal gjennomføres forhandlinger. Oppdragsgiver kan forhandle med en eller flere leverandører.
- (2) En oppdragsgiver som vil gjennomføre forhandlinger, skal innen rimelig tid før forhandlingenes oppstart informere leverandørene om dette. Oppdragsgiver skal gi de leverandører som han forbeholder seg retten til å forhandle med, nødvendige opplysninger om hvordan forhandlingene skal gjennomføres, med mindre slike opplysninger allerede fremgår av konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver skal gi øvrige leverandører en kort begrunnelse for hvorfor de ikke blir invitert til forhandlinger.
- (3) Leverandører som mottar begrunnelse i henhold til annet ledd tredje punktum, kan be om å bli fristilt fra sine tilbud.

§ 5-21. *Avvisning på grunn av formalfeil*

- (1) Oppdragsgiver skal avvise et tilbud når det ikke er levert innen tilbudsfristen.
- (2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør eller et tilbud:
  - (a) når leverandøren ikke har levert forespørsel om å delta i konkurransen innen fristen,
  - (b) når leverandøren har levert forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud med

annet kommunikasjonsmiddel enn angitt av oppdragsgiver, jf. § 5-7 første ledd, eller  
(c) når tilbudet ikke oppfyller kravene til tilbudets utforming.

§ 5-22. *Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren*

- (1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør:
  - (a) når leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene,
  - (b) [straffbare forhold som nevnt i direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1]
  - (c) når oppdragsgiver er inhabil overfor leverandøren, jf. [§ 3-7], og ikke kan avhjelpe inhabiliteten med mindre inngripende tiltak, eller
  - (d) når leverandøren ved å delta i forberedelsen av konkurransen, jf. [§ 3-8], har oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan utlignes med mindre inngripende tiltak. Oppdragsgiver skal gi leverandøren mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridning.
- (2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når han mener det er overveiende sannsynlig at leverandøren ikke har tilstrekkelig integritet, eller ikke har evne til å gjennomføre kontrakten med tilfredsstillende kvalitet, på hensiktsmessig og forsvarlig måte eller til rett tid.

§ 5-23. *Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet*

- (1) Oppdragsgiver skal avvise et tilbud:
  - (a) når tilbudet ikke kan anses bindende,
  - (b) når tilbudet inneholder vesentlige avvik fra konkurransedokumentene. Oppdragsgiver kan foreta vurderingen av om det foreligger et slikt avvik, etter at eventuelle forhandlinger er gjennomført, eller
  - (c) når tilbudet er et alternativt tilbud som ikke oppfyller kravene i [§ 5-18].
- (2) Oppdragsgiver kan avvise et tilbud:
  - (a) når tilbudet inneholder avvik fra konkurransedokumentene, uklarerheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige, eller
  - (b) når tilbudet for øvrig er uakseptabelt.

§ 5-24. *Meddelelse om kontraktstildeling og karenperiode før inngåelse av kontrakt*

[Gjeldende regler forutsettes videreført.]

*§ 5-25. Avlysning av konkurransen og totalforkastelse*  
Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning hvis det foreligger saklig grunn.

*§ 5-26. Begrunnelsesplikt*  
[Gjeldende regler forutsettes videreført.]

*§ 5-27. Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr*  
[Gjeldende regler forutsettes videreført.]

*§ 5-28. Tidsfrister ved søksmål etter § 5-27*  
[Gjeldende regler forutsettes videreført.]

### **32.2.3 Forskriftens del IV. Øvrige prosedyrer**

Utvalget foreslår å oppheve følgende bestemmelser:

- § 25-1 (særskilt behandlingsmåte ved bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål)
- § 25-2 (sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.)



## Kapittel 33

# Oversikt over utvalgets forslag og vurderinger sammenholdt med gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser

Gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser	Henvisning til utvalgets forslag	Henvisning til utvalgets merknader
Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser		
§ 1. Formål	Jf. forslag til ny § 1	Jf. kapittel 9.4
§ 2. Oppdragsgivere som er omfattet	Ingen forslag til endringer	–
§ 3. Anskaffelser som er omfattet	Jf. forslag til ny § 3	Jf. kapittel 12.2 og 13
§ 4. Rettighetshavere	Ingen forslag til endringer	–
§ 5. Grunnleggende krav	Jf. forslag til ny § 5	Jf. kapittel 10.5
§ 6. Livssyklus kostnader, universell utforming og miljø	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 11.3, 11.4.2 og 11.5.2
§ 7. Lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 11.3, 11.4.4.3 og 11.5.4.3
§ 8. Søksmål	Ingen forslag til endringer	–
§ 9 Beslutning om midlertidig forføyning	Ingen forslag til endringer	–
§10. Underretningsplikt for retten	Ingen forslag til endringer	–
§ 11. Erstatning	Ingen forslag til endringer	–
§ 12. Rådgivende tvisteløsningsorgan	Ingen forslag til endringer	–
§ 13. Søksmål om å kjenne kontrakt uten virkning	Ingen forslag til endringer	–
§ 14. Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme overtredelsesgebyr	Ingen forslag til endringer	–
§ 15. Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14	Ingen forslag til endringer	–
§ 16. Forskrifter og enkeltvedtak	Ingen forslag til endringer	–
§ 17. Ikrafttredelse	Ingen forslag til endringer	–
Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser		
Del I. Alminnelige bestemmelser		
Kapittel 1. Formål og virkeområde		
§ 1-1. Formål	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 9.4
§ 1-2. Hvem som er omfattet av forskriften	Ingen forslag til endringer	–

Gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser	Henvvisning til utvalgets forslag	Henvvisning til utvalgets merknader
§ 1-3. Hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften	Jf. forslag til ny § 3 annet ledd i loven, og ny §§ 1-3 og 5-2 første ledd	Jf. kapittel 12.2 og 12.3
<b>Kapittel 2. Anvendelsesområde for de ulike bestemmelsene i forskriften</b>		
§ 2-1. Anvendelsesområde for forskriftens ulike deler	Jf. forslag til ny §§ 5-1 og 5-2 annet og tredje ledd	Jf. kapittel 12.4.2, 12.4.3 (om tredje ledd); jf. kapittel 12.5 (om annet ledd annet punktum); jf. kapittel 13.6.1–13.6.4 (om annet ledd første punktum); jf. kapittel 27.4 (om femte ledd)
§ 2-2. Terskelverdier	Ingen forslag til endringer	–
§ 2-3. Beregning av anskaffelsens anslåtte verdi	Ingen forslag til endringer	–
§ 2-4. Blandede kontrakter	Ingen forslag til endringer	–
<b>Kapittel 3. Almennelige regler</b>		
§ 3-1. Grunnleggende krav for alle anskaffelser	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 10.5; jf. kapittel 14.2.2 (om syvende ledd); jf. kapittel 11.3, 11.4.2 og 11.5.2 (om åttende ledd)
§ 3-2. Protokollføring	Jf. forslag til ny § 3-2	Jf. kapittel 14.2.2 og 14.3.2
§ 3-3. Skatteattest	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 11.3, 11.4.3 og 11.5.3
§ 3-4. HMS-egenerklæring	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 11.3, 11.4.3 og 11.5.3
§ 3-5. Offentlighet	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 30.2.10.2
§ 3-6. Taushetsplikt	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 29.2
§ 3-7. Habilitet	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 29.3
§ 3-8. Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 29.4
§ 3-9. Språkkrav	Foreslås opphevet	–
§ 3-10. Fristberegning	Jf. forslag til ny § 5-17	Jf. kapittel 23.3.2
§ 3-11. Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår	Første, tredje og fjerde ledd foreslås opphevet; ingen forslag til endringer i annet ledd	Jf. kapittel 15.2.2 (om første ledd); jf. kapittel 15.2.3 (om annet ledd); jf. kapittel 11.3, 11.4.4, 11.5.4 (om tredje og fjerde ledd)
§ 3-12. Reserverte kontrakter	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 29.5
§ 3-13. Innkjøpssentraler	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 15.8
§ 3-14: Pålegg	Ingen forslag til endringer	–
<b>Kapittel 4. Definisjoner</b>		
§ 4-1. Generelle definisjoner	Jf. forslag til ny § 4-1 bokstav r og s	Jf. kapittel 27.2
§ 4-2. Prosedyrer	Ingen forslag til endringer	–

Gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser	Henvisning til utvalgets forslag	Henvisning til utvalgets merknader
§ 4-3. Standarder og spesifikasjoner	Ingen forslag til endringer	–
Del II. Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester		
Kapittel 5. Anskaffelsesprosedyrer		
§ 5-1. Tillatte anskaffelsesprosedyrer	Jf. forslag til ny § 5-3	Jf. kapittel 16.3
Kapittel 6. Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger		
§ 6-1. Rammeavtaler	Jf. forslag til ny §§ 5-5 og 5-6	Jf. kapittel 15.4.4, 27.4.5.6 og 27.4.6.1
§ 6-2. Rammeavtale med én leverandør	Jf. forslag til ny §§ 5-5 og 5-6	Jf. kapittel 15.4.4, 27.4.5.6 og 27.4.6.1
§ 6-3. Rammeavtale med flere leverandører	Jf. forslag til ny §§ 5-5 og 5-6	Jf. kapittel 15.4.4, 27.4.5.6 og 27.4.6.1
§ 6-4. Dynamiske innkjøpsordninger	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 18.4.1.3
Kapittel 7. Kommunikasjon		
§ 7-1. Regler for kommunikasjon	Jf. forslag til ny § 5-7	Jf. kapittel 18.3.3 og 18.3.4
§ 7-2. Bruk av telefaks og telefon ved anmodning om å delta i konkurranser	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 18.3.3 og 18.3.4
§ 7-3. Særskilte krav til systemer for elektronisk overføring og mottak av tilbud og forespørsel om å delta i konkurranser	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 18.3.3 og 18.3.4
Kapittel 8. Grunnlaget for konkurransen		
§ 8-1. Utarbeidelse av konkurransegrunnlag	Jf. forslag til ny § 5-8	Jf. kapittel 19.2.2 og 19.3.2
§ 8-2. Rettelse, supplering eller endring av konkurransegrunnlaget	Jf. forslag til ny § 5-8 fjerde ledd	Jf. kapittel 19.5.2, 21.5.2 og 27.4.6.2
§ 8-3. Krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 19.4.2
§ 8-4. Kvalifikasjonskrav	Jf. forslag til ny § 5-9	Jf. kapittel 20.2.3
§ 8-5. Kvalifikasjonsgrunnlag	Jf. forslag til ny § 5-9	Jf. kapittel 20.2.3 og 20.3.3
§ 8-6. Deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere	Jf. forslag til ny § 5-4	Jf. kapittel 17.2.3
§ 8-7. Skatteattest	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 11.3, 11.4.3 og 11.5.3
§ 8-8. HMS-egenerklæring	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 11.3, 11.4.3 og 11.5.3
Kapittel 9. Kunngjøringsregler		
§ 9-1. Kunngjøring av konkurranse	Jf. forslag til ny § 5-11	Jf. kapittel 22.2.3, 22.3, 27.4.3.1 og 27.4.3.2
§ 9-1A. Intensjonskunngjøring	Ingen forslag til endringer	–
§ 9-2. Kunngjøring av konkurranserresultater	Jf. forslag til ny § 5-12	Jf. kapittel 22.4.3 og 27.4.3.3
Kapittel 10. Frister		
§ 10-1. Frist for forespørsel om deltakelse og innlevering av tilbud	Jf. forslag til ny § 5-14	Jf. kapittel 23.1.3

Gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser	Henvising til utvalgets forslag	Henvising til utvalgets merknader
§ 10-2. Vedståelsesfrist	Jf. forslag til ny § 5-15	Jf. kapittel 23.2.2
§ 10-3. Frist for begjæring om midlertidig forføyning	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 23.3.2
<b>Kapittel 11. Gjennomføring av konkurransen</b>		
§ 11-1. Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter	Foreslås opphevet	Jf. Kapittel 24.4.3
§ 11-2. Tilbudets utforming	Jf. forslag til ny § 5-18	Jf. kapittel 24.2.1
§ 11-3. Avvik	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 24.2.2
§ 11-4. Alternative tilbud	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 24.2.5.4
§ 11-5. Tilbakekall og endring av tilbud	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 24.2.4
§ 11-6. Registrering av innkomne tilbud	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 24.3.1
§ 11-7. Tilbudsåpning	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 24.3.2
§ 11-8. Gjennomføring av konkurranse med forhandling	Jf. forslag til ny § 5-20	Jf. kapittel 16.3.1.2
§ 11-9. Forhandlinger etter gjennomført plan- og designkonkurranse	Jf. forslag til ny § 5-11 tredje ledd bokstav a	Jf. kapittel 22.3.2
§ 11-10. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	Jf. forslag til ny §§ 5-21 og 5-22	Jf. kapittel 25.3
§ 11-11. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet	Jf. forslag til ny §§ 5-21 og 5-23	Jf. kapittel 25.4
§ 11-12. Avvisning av unormalt lave tilbud	Jf. forslag til ny § 5-22 annet ledd	Jf. kapittel 25.4.8.3
§ 11-13. Fremgangsmåten ved avvisning	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 25.5.3
§ 11-14. Oppdragsgivers begrunnelsesplikt	Ingen forslag til endringer	
<b>Kapittel 12. Forhandlinger, avklaringer mv.</b>		
§ 12-1. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 16.3.1
§ 12-2. Mangelfull prisutfylling i bygge- og anleggstilbud	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 24.2.3
§ 12-3. Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter	Jf. forslag til ny § 5-9 fjerde ledd	Jf. kapittel 20.4.3
§ 12-4. Supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner	Jf. forslag til ny § 5-9 fjerde ledd	Jf. kapittel 20.4.3
<b>Kapittel 13. Avslutning av konkurranse</b>		
§ 13-1. Avlysning av konkurransen og totalforkastelse	Jf. forslag til ny § 5-25	Jf. kapittel 26.2
§ 13-2. Kriterier for valg av tilbud	Jf. forslag til ny § 5-10	Jf. kapittel 21.2.3, 21.3.3, 21.4.3, 21.6 og 27.4.5.7
§ 13-3. Meddelelse om kontraktstildeling og karenperiode før inngåelse av kontrakt	Ingen forslag til endringer	–
§ 13-4. Elektronisk auksjon	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 18.4.2.3
<b>Kapittel 13A. Sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.</b>		

Gjeldende lov- og forskriftsbestemmelser	Henvisning til utvalgets forslag	Henvisning til utvalgets merknader
§ 13A-1. Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr	Ingen forslag til endringer	–
§ 13A-2. Tidsfrister ved søksmål etter § 13A-1	Ingen forslag til endringer	–
Del IV. Øvrige prosedyrer		
Kapittel 23. Plan- og designkonkurranse		
§ 23-1. Plan- og designkonkurranse	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 12.6.2
§ 23-2. Regler for kommunikasjon	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 12.6.2
§ 23-3. Sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser	Ingen forslag til endringer	Ikke vurdert
Kapittel 24. Bygge- og anleggskonsesjon		
§ 24-1. Særlige regler om bygge- og anleggskonsesjon	Ingen forslag til endringer	Jf. kapittel 12.6.3
§ 24-2. Sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser	Ingen forslag til endringer	Ikke vurdert
Kapittel 25. Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål		
§ 25-1. Særskilt behandlingsmåte ved bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 12.6.4
§ 25-2. Sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.	Foreslås opphevet	Jf. kapittel 12.6.4

**Vedlegg 1**

**Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester som er  
omfattet av direktiv 2014/24/EU artikkel 74**

CPV-kode	Type tjeneste
75200000	Samfunnstjenester
75231200	Tjenester tilknyttet forvaring eller rehabilitering av kriminelle
75231240	Tilsynsvergetjenester
79611000	Jobsøkingstjenester
79622000	Formidling av hushjelpspersonal
79624000	Formidling av pleiepersonale
79625000	Formidling av medisinsk personal
85000000–85323000	Helse- og sosialtjenesteyting
98133100	Forbedring av samfunnet og støttetjenester til befolkningen
98133000	Tjenester levert av sosiale medlemskapsorganisasjoner
98200000	Konsulenttjenester for likestilling
98500000	Lønnet arbeid i private husholdninger
98513000–98514000	Arbeidskrafttjenester innen private husholdninger og husarbeid
85321000	Administrative tjenester i forbindelse med sosialtjenester
85322000	Kommunale handlingsprogrammer
75000000	Offentlig administrasjon, forsvars- og trygdetjenester
75121000	Administrative utdanningstjenester
75122000	Administrative helsetjenester
75124000	Administrative tjenester i forbindelse med rekreasjon, kultur og religion
79995000	Administrasjon av bibliotek
79995100	Arkiveringstjenester
79995200	Katalogisering
80000000–80660000	Tjenester i forbindelse med trening og utdanning
92000000–92700000	Rekreasjon, kultur og sport
79950000	Organisering av utstillinger, messer og kongresser
79951000	Organisering av seminarer
79952000	Organisering av arrangement
79952100	Organisering av kulturarrangement
79953000	Organisering av festival
79954000	Organisering av selskap
79955000	Organisering av moteshow

CPV-kode	Type tjeneste
79956000	Organisering av messer og utstillinger
79957000	Organisering av auksjoner
75300000	Obligatoriske trygdetjenester
75310000	Bidragstjenester
75311000	Sykebidrag
75312000	Bidrag i forbindelse med svangerskap og fødsel
75313000	Uføretrygd
75313100	Bidrag ved midlertidig uførhet
75314000	Arbeidsledighetstrygd
75320000	Pensjonsordninger for statlige ansatte
75330000	Familiebidrag
75340000	Barnebidrag
98000000	Andre kommunale, sosiale og personlige tjenester
98120000	Tjenester levert av fagforeninger
98132000	Tjenester levert av politiske organisasjoner
98133110	Tjenester utført av ungdomsorganisasjoner
98130000	Diverse medlemsorganisasjonstjenester
98131000	Religiøse tjenester
55100000–55410000	Hotelltjenester
55521000–55521200	Catering til private
55521100	Matombringingstjenester
55521200	Matleveransetjenester
55520000	Cateringvirksomhet
55522000	Catering til transportvirksomheter
55523000	Catering til andre virksomheter eller institusjoner
55524000	Catering til skoler
55510000	Kantinevirksomhet
55511000	Kantine- og annen kafeteriavirksomhet med begrenset adgang
55512000	Drift av kantiner
55523100	Tjenesteytelser i forbindelse med skolemåltider
79100000–79140000	Juridiske tjenester
75231100	Administrative tjenester vedrørende domstoler
75100000–75120000	Offentlig forvaltning

---

CPV-kode	Type tjeneste
75123000	Administrative boligjenester
75125000–75131000	Administrative tjenester vedrørende turisme, støttetjenester for staten og statlige tjenester
75200000–75231000	Samfunnstjenester
75231210–75231230	Tjenester i forbindelse med fengsling og fangeledsagelse og fengselstjenester
75240000–75252000	Tjenester vedrørende allmenn sikkerhet, lov og orden og brannvesen og redningstjenester
79430000	Krisehåndteringstjenester
98113100	Kjernefysiske sikkerhetstjenester
79700000–79723000	Etterforsknings- og sikkerhetstjenester
98900000	Tjenester utført av internasjonale organisasjoner og organer
98910000	Tjenester særskilt knyttet til internasjonale organisasjoner og organer
64000000	Post- og telekommunikasjonstjenester
64100000	Post- og budtjenester
64110000	Posttjenester
64111000	Posttjenester tilknyttet aviser og tidsskrifter
64112000	Posttjenester tilknyttet brev
64113000	Posttjenester tilknyttet pakker
64114000	Postkontortjenester
64115000	Utleie av postbokser
64116000	Poste restantetjenester
64122000	Interne post og budtjenester
50116510	Regummiering av dekk
71550000	Smedtjenester

---

---



# Norges offentlige utredninger

## 2013 og 2014

**Statsministeren:****Arbeidsdepartementet:**

Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2013. NOU 2013: 7.

**Arbeids- og sosialdepartementet:**

Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2014. NOU 2014: 3.

**Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet:****Finansdepartementet:**

Pensjonslovene og folketrygdreformen III.

NOU 2013: 3.

Uførepensjon i private tjenstepensjonsordninger.

NOU 2013: 12.

Lønnsdannelsen og utfordringer for norsk økonomi.

NOU 2013: 13.

**Fiskeri- og kystdepartementet:**

Med los på sjøsikkerhet. NOU 2013: 8.

**Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet:**

Hindre for digital verdiskaping. NOU 2013: 2.

**Forsvarsdepartementet:****Helse- og omsorgsdepartementet:****Justis- og beredskapsdepartementet:**

Når det virkelig gjelder... NOU 2013: 5.

Ett politi – rustet til å møte fremtidens utfordringer.  
NOU 2013: 9.

Festekontrakter og folkerett. NOU 2013: 11.

Ny arvelov. NOU 2014: 1.

**Klima- og miljødepartementet:****Kommunal- og moderniseringsdepartementet:****Kulturdepartementet:**

Det livssyns åpne samfunn. NOU 2013: 1.

Kulturutredningen 2014. NOU 2013: 4.

Lik og likskap. NOU 2014: 2.

**Kunnskapsdepartementet:****Landbruks- og matdepartementet:**

God handelsskikk i dagligvarekjeden. NOU 2013: 6.

**Miljøverndepartementet:**

Naturens goder – om verdier av økosystemtjenester.

NOU 2013: 10.

**Nærings- og fiskeridepartementet:**

Enklere regler – bedre anskaffelser. NOU 2014: 4.

**Olje- og energidepartementet:****Samferdselsdepartementet:****Utenriksdepartementet:**

#### Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:  
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon  
Internett: [www.publikasjoner.dep.no](http://www.publikasjoner.dep.no)  
E-post: [publikasjonsbestilling@dss.dep.no](mailto:publikasjonsbestilling@dss.dep.no)  
Telefon: 22 24 20 00

Privat sektor:  
Internett: [www.fagbokforlaget.no/offpub](http://www.fagbokforlaget.no/offpub)  
E-post: [offpub@fagbokforlaget.no](mailto:offpub@fagbokforlaget.no)  
Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på  
[www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Trykk: 07 Aurskog AS – 06/2014