



FORNYINGS- OG
ADMINISTRASJONSDEPARTEMENTET

Veileder

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser





FORNYINGS- OG
ADMINISTRASJONSDEPARTEMENTET

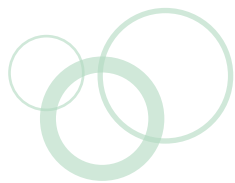
Veileder

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser



Innhold

Forord	9
Kapittel 1 Innledning	11
Kapittel 2 Hvilke virksomheter og kontrakter som omfattes	13
2.1 Hvem er omfattet av regelverket?	13
2.1.1 Stat, fylkeskommune og kommuner	13
2.1.2 Offentligrettslige organer	13
2.1.3 Innkjøpsentraler	15
2.2 Hvilke kontrakter er omfattet?	16
2.2.1 Hva er en kontrakt?	16
2.2.2 De mest sentrale unntakene i forskriften	18
2.2.3 Utbyggingsavtaler	27
Kapittel 3 Egenregi og tjenestekonsesjoner	30
3.1 Egenregi	30
3.1.1 Innledning	30
3.1.2 Kravet til kontroll over leverandøren	31
3.1.3 Omsetningskriteriet	34
3.1.4 Noen spesielle problemstillinger	37
3.2 Tjenestekonsesjoner	38
3.2.1 Innledning	38
3.2.2 Unntaket for tjenestekonsesjonskontrakter	39
3.2.3 Tildeling av tjenestekonsesjoner må skje i tråd med de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen	41
3.2.4 Spesielt om tjenestekonsesjon som enerett	43
Kapittel 4 Anvendelsesområde for de ulike delene i forskriften	44
4.1 Forskriftens struktur	44
4.2.1 Hvilke terskelverdier gjelder?	45
4.2.2 Hvordan beregne terskelverdier?	45
4.2.3 Hva er «én anskaffelse» når flere enheter gjør innkjøp?	51
4.2.4 Løpende kontrakter	51
4.3 Prioriterte og uprioriterte tjenester	53
4.3.1 Generelt	53
4.3.2 Blanding av prioriterte og uprioriterte tjenester	54
4.4 Blandede kontrakter	54
Kapittel 5 Alminnelige regler	57
5.1 Grunnleggende krav til alle anskaffelser	57
5.1.1 Betydningen av de grunnleggende prinsippene	57
5.1.2 Forholdsmessighet	59



5.1.3	Krav til konkurranse	59
5.1.4	God forretningsskikk	60
5.1.5	Likebehandling og ikke-diskriminering	61
5.1.6	Forutberegnelighet	63
5.1.7	Gjennomsiktighet og etterprøvbarhet	64
5.2	Samfunnsmessige hensyn	66
5.2.1	Universell utforming	66
5.2.2	Etiske krav til produksjonen av varer og tjenester	67
5.3	Anskaffelsesprotokoll	69
5.4	Bruk av rådgivere	70
5.4.1	Generelt	70
5.4.2	Hvem retter bestemmelsen seg mot	70
5.4.3	Nærmere om å «kunne utelukke konkurransen»	71
5.5	Offentlighet og taushetsplikt	74
5.5.1	Reglene etter offentlighetsloven av 1970	74
5.5.2	Reglene etter den nye offentlighetsloven	74
5.5.3	Hvem avgjør hva som er taushetsbelagt?	75
Kapittel 6 Konkurransereformer		76
6.1	Innledning	76
6.2	Kort presentasjon av de ulike anskaffelsesprosedyrene	76
6.2.1	Anskaffelser etter forskriftens del I	76
6.2.2	Åpen anbudskonkurranse	76
6.2.3	Begrenset anbudskonkurranse	77
6.2.4	Konkurransepreget dialog	77
6.2.5	Konkurranse med forhandling	77
6.3	Hvilken konkurranseform bør oppdragsgiver velge?	78
Kapittel 7 Når kan de ulike anskaffelsesprosedyrene benyttes?		80
7.1	Oversikt over når en kan benytte de ulike anskaffelsesprosedyrene	80
7.2	Anskaffelser under 500 000 kr	81
7.3	Anskaffelser under EØS-terskelverdi og uprioriterte tjenester	81
7.3.1	Hovedregel: Anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling	81
7.3.2	Unntak: Kjøp etter forskriftens del I	81
7.4	Anskaffelser over EØS-terskelverdiene	88
7.4.1	Hovedregel: Anbudskonkurranse	88
7.4.2	Unntak: Konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog	89
7.4.3	Konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring	89
7.4.4	Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring	92
7.4.5	Konkurransepreget dialog	101
Kapittel 8 Rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning		104
8.1	Innledning om rammeavtaler	104
8.1.1	Ny regulering	104
8.1.2	Bruk av rammeavtaler	104



8.2	Hva er rammeavtaler	105
8.2.1	Tre typer rammeavtaler	105
8.2.2	Kjøpeplikt/leveringsplikt	105
8.3	Generelle regler for inngåelse av rammeavtaler	105
8.3.1	Alminnelige prosedyreregler	105
8.3.2	Kravet til konkurranse	106
8.3.3	Varigheten av rammeavtaler	106
8.3.4	Hvem kan benytte seg av rammeavtalen(e)?	107
8.3.5	Vesentlige endringer	107
8.3.6	Spesielt om inngåelse av rammeavtaler med flere leverandører – krav til antall	107
8.4	Tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler	108
8.4.1	Én leverandør	108
8.4.2	Flere leverandører, generelt	109
8.4.3	Flere leverandører, faste vilkår	109
8.4.4	Flere leverandører, ikke faste vilkår	110
8.5	Dynamisk innkjøpsordning	112
8.5.1	Generelt	112
8.5.2	Sammenligning av dynamiske innkjøpsordninger og rammeavtaler	113
Kapittel 9 Konkurransesbetingelser		114
9.1	Innledning	114
9.2	Konkurransesgrunnlag	114
9.3	Kvalifikasjonskrav	115
9.3.1	Generelt om kvalifikasjonskrav	115
9.3.2	Noen spesielle problemstillinger	116
9.3.3	Om forholdet mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier	118
9.4	Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere	120
9.4.1	Generelt	120
9.4.2	Om nedre, og eventuelt øvre, grense	121
9.4.3	Kunngjøringen	121
9.4.4	Objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler	122
9.5	Tekniske spesifikasjoner	123
9.5.1	Generelt	123
9.5.2	Hovedregel i forskriftens del III	124
9.5.3	Bruk av standarder i forskriftens del III	125
9.5.4	Forbud mot å vise til et bestemt merke	125
9.5.5	Om etiske krav	126
9.6	Alternative tilbud	126
9.6.1	Generelt	126
9.6.2	Hva er et alternativt tilbud?	127
9.6.3	Noen mulige bruksområder for alternative tilbud	127
9.6.4	Krav til prosedyren ved åpning for alternative tilbud	129
9.6.5	Noen spesielle problemstillinger	129



9.7 Vedståelsesfrist	130
9.8 Kontraktbetingelser	131
9.8.1 Kontraksstandarder	131
9.8.2 Etikk som kontraktvilkår	132
Kapittel 10 Kunngjøring av konkurransen	134
10.1 Kunngjøringskrav	134
10.2 Kjøperprofil	135
10.3 Frivillig kunngjøring	135
10.4 Kunngjøring av konkurranse	135
10.5 Hvordan kunngjøre	136
10.6 Anskaffelsesreferanse, CPV – Common Procurement Vocabulary	136
10.7 Avvisning av kunngjøring	137
Kapittel 11 Frister	138
11.1 Innledning	138
11.1.1 Generelt om fristberegningen	138
11.1.2 Konsekvensen av at det er satt frister	138
11.2 Anskaffelser under EØS-terskelverdiene – forskriftens del II	138
11.2.1 Frist for forespørsel om deltakelse og innlevering av tilbud	138
11.3 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene – forskriftens del III	140
Kapittel 12 Generelle bestemmelser knyttet til gjennomføring av konkurransen	142
12.1 Kort om de grunnleggende krav	142
12.2 Regler om kommunikasjon	142
12.2.1 Generelle krav til kommunikasjon ved offentlige anskaffelser	142
12.3 Særlige krav til elektroniske systemer	145
12.3.1 Særlig om krav til elektronisk signatur	145
12.4 Tilbudet	147
12.4.1 Tilbudets utforming	147
12.4.2 Tilbakekall og endring av tilbud	147
12.4.3 Registrering av innkomne tilbud	147
12.4.4 Tilbudsåpning ved anbudskonkurranser	148
12.5 Forhandlinger, avklaringer mv.	148
12.5.1 Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser	148
12.5.2 Tillatte avklaringer og retting av åpenbare feil ved anbudskonkurranser	149
12.5.3 Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter	152
12.5.4 Supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner	153
12.6 Endring av eksisterende kontrakter	153
Kapittel 13 Avvisning	155
13.1 Innledning	155
13.1.1 Plikt og rett til å avvise	155
13.1.2 Er avvisningsbestemmelsene uttømmende?	156
13.1.3 Tidspunktet for vurderingen og begrunnelse	157



13.2 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	157
13.2.1 Plikt til å avvise	157
13.2.2 Rett til å avvise	160
13.3.1 Plikt til å avvise	163
13.3.2 Rett til å avvise	167
13.4 Fremgangsmåten ved avvisning	169
Kapittel 14 Gjennomføring av konkurransen	171
14.1 Innledning	171
14.2 Anskaffelser etter forskriftens del 1	171
14.2.1 Innledning	171
14.2.2 EF-domstolens praksis og kommisjonens fortolkningsuttalelse	172
14.2.3 Departementets kommentarer til kommisjonens fortolkningsuttalelse	173
14.2.4 Anskaffelser under 500 000 kr	173
14.2.5 Særlig om etiske krav til anskaffelser for anskaffelser etter forskriftens del I	175
14.2.6 Skatteattest og HMS i forskriften del I	176
14.3 Åpen eller begrenset anbudskonkurranse	177
14.4 Gjennomføring av konkurransepreget dialog	178
14.4.1 Innledning	178
14.4.2 Kunngjøring	178
14.4.3 Dialogfasen	179
14.4.4 Avslutning av konkurransen	182
14.5 Gjennomføring av konkurranse med forhandling	183
14.5.1 Innledning	183
14.5.2 Ett- eller to-trinns prosedyre	184
14.5.3 Gjennomføringen av forhandlingene	184
Kapittel 15 Avslutning av konkurransen	188
15.1 Kriterier for valg av tilbud	188
15.1.1 Tildelingskriterier	188
15.1.2 Prioritering og vektning i forskriftens del II	192
15.1.3 Vektning i forskriftens del III	192
15.2 Avlysning og totalforkastelse	197
15.2.1 Generelt	197
15.3 Elektronisk auksjon	197
15.3.1 Hva er elektronisk auksjon?	197
15.3.2 Når kan elektronisk auksjon benyttes?	198
15.3.3 Gjennomføring av auksjon	199
15.3.4 Avslutning av auksjonen	203
15.3.5 Tildeling av kontrakt	203

Kapittel 16 Tilbakemelding til leverandørene	204
16.1 Generelt	204
16.2 Meddelelse av tildelingsbeslutning	204
16.2.1 Rimelig tid	204
16.2.2 Innholdet i meddelelse om tildelingsbeslutning	204
16.2.3 Klagefrist	205
16.2.4 Betydningen av at tildelingsbeslutning meddeles	205
16.3 Begrunnelse	205
16.3.1 Begrunnelse ved avvisning av leverandører	205
16.3.2 Begrunnelse når konkurransen avlyses	206
16.3.3 Begrunnelse når et tilbud blir avvist	206
16.3.4 Kravet til nærmere begrunnelse	206
Kapittel 17 Øvrige prosedyrer	207
17.1 Plan- og designkonkurranser	207
17.2 Bygge- og anleggskonsesjoner	209
Kapittel 18 Klageadgang og overtredelsesgebyr	210
18.1 Klagemuligheter	210
18.1.1 Klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser	210
18.1.2 Anlegge sak for norske domstoler	211
18.1.3 Klage til EFTAs overvåkingsorgan	211
18.1.4 Klage på oppdragsgivere i andre EU- eller EFTA-land	212
18.2 Overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser	212
Litteraturliste	214



Forord

Kjære leser,

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

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

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

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

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

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

Oslo, november 2006

Heidi Grande Røys

Fornyings- og administrasjonsminister



Kapittel 1

Innledning

I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for godt over 200 milliarder kroner hvert år. Dette utgjør ca 15 prosent av bruttonasjonalproduktet. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til utvikling av et konkurransedyktig norsk næringsliv.

Gjennom EØS-avtalen og WTO-avtalen er Norge internasjonalt forpliktet til å følge bestemte fremgangsmåter ved offentlige anskaffelser over visse terskelverdier. I tillegg har vi nasjonale regler under disse terskelverdiene med større valgfrihet og fleksibilitet for innkjøperne. I forbindelse med revideringen av EU-direktivene for innkjøp, vedtok Norge ny forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006. Enkelte av de nye prosedyrene i EU-direktivet, som for eksempel e-auksjoner, dynamiske innkjøpsordninger og konkurransepreget dialog, er det valgfritt for Norge å gjennomføre. Vi har valgt å innføre alle de frivillige bestemmelsene. Hensikten er å legge til rette for moderne og effektive innkjøpsprosesser, og gi innkjøperne økt fleksibilitet. Per i dag har vi ikke detaljkunnskap om hvordan disse reglene skal forstås, eller hvordan disse prosedyrene bør gjennomføres. Vi har derfor ikke grunnlag for å gi detaljert veiledning om dette. Etter hvert som disse prosedyrene tas i bruk, og vi får mer kunnskap, vil vi oppdatere den elektroniske versjonen av veilederen.

Den nye forskriften trer i kraft 1. januar 2007.

Departementet har laget et omfattende veileder hvor den primære målgruppen er innkjøpere i offentlig sektor som jobber med innkjøp til daglig. Veilederen vil imidlertid også være nyttig for bedrifter som ønsker å levere til det offentlig. Som ansvarlig for regelverket for offentlige anskaffelser, har departementet i denne veilederen lagt vekt på å forklare hvordan reglene skal forstås. For å lette forståelsen av jussen har vi også laget eksempler på hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt. Når det gjelder råd knyttet til den mer praktiske planleggingen, gjennomføringen og oppfølgingen av innkjøp, vises det til Beste praksis – veilederen.

Departementet har søkt å kartlegge og vurdere relevante rettskilder, og gi vår forståelse av reglene basert på dette. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at det vil være domstolene som har det avgjørende ordet når det gjelder tolkningen av regelverket. Vurderinger som er gitt i veilederen er derfor av rådgivende karakter. Det er uansett viktig at de som er innkjøpsansvarlige setter seg godt inn i reglene.

Vi har også brukt eksempler fra ulike rettskilder, som for eksempel dommer fra EF-domstolen og KOFA-uttalelser, som illustrasjon på problemstillinger. Departementet gjør oppmerksom på at rettsområdet er i stadig utvikling, og at utfallet i de refererte sakene ikke nødvendigvis er gyldige for all fremtid. Referanser til slike saker, kan heller ikke tas til inntekt for at departementet alltid er enig i avgjørelsene.

Under arbeidet med veilederen har vi hatt stor nytte og glede av konstruktive innspill fra en referansegruppe. Referansegruppen har bestått av representanter fra E-handelssekretariatet, DepKjøp, Statsbygg, Sykehuset innlandet HF, KS, Oslo kommune, Aust-Agder fylkeskommune, Næringslivets Hovedorganisasjon, Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg og Servicebedriftenes Landsforening. Det presiseres at innholdet i veilederen står for departementets regning.

Når det gjelder oppdragsgivere som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene (vann- og forsyning, transport og posttjenester) reguleres dette i en egen forskrift av 7. april 2006. Reglene i forsyningsforskriften blir ikke behandlet i denne veilederen.

Den elektroniske veilederen vil bli oppdatert etter hvert som ny praksis og kunnskap kommer til. Departementet tar ikke ansvar for innholdet på internettsidene som vi har lenker til.



Kapittel 2

Hvilke virksomheter og kontrakter som omfattes

2.1 Hvem er omfattet av regelverket?

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

2.1.1 Stat, fylkeskommune og kommuner

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

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

2.1.2 Offentligrettslige organer

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

For å omfattes av forskriften kreves det at organet tjener allmennhetens behov og at det ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Organet må videre være et selvstendig rettssubjekt og i hovedsak være kontrollert eller finansiert av andre offentlige myndigheter eller offentligrettslige organer.

Allmennhetens behov og ikke av industriell eller forretningsmessig karakter

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

¹ Jf. blant annet C-18/01 Taitotalo-avgjørelsen, premiss 41-45

telse over, eller å imøtekomme behovene selv, fordi det av hensyn til allmennheten ikke er tilstrekkelig med de tjenester som tilbys av private næringsdrivende. Dette kan for eksempel være utdanning og helse- og omsorgstjenester. Det faktum at andre private virksomheter kan imøtekomme behovet, utelukker ikke at virksomheten tjener «allmennhetens behov»².

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

For å avgjøre om en virksomhet ikke er av industriell eller foretningmessig karakter, må det foretas en konkret helhetsvurdering hvor betingelsene for virksomhetens aktiviteter (deriblant konkurransesituasjonen), kommersiell risiko og omstendighetene ved stiftelsen av virksomheten, er sentrale momenter. EU domstolen uttrykker dette slik i domskonklusjonen i Taitotalo-avgjørelsen³:

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

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

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

Se for øvrig departementets fortolkningsuttalelse vedrørende dette vilkåret på http://odin.dep.no/filarkiv/220208/Norsk_Tipping_AS.pdf.

Selvstendig rettssubjekt

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

² C-360/96 Arnhem-avgjørelsen.

³ C-18/01, premiss 59.

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

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

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

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

Offentlig eierskap i selskapet vil oftest være utslagsgivende for at en virksomhet omfattes av reglene, fordi eierskapet normalt gir rett til å oppnevne styremedlemmer i virksomheten. Aksjonæravtaler eller vedtekter kan imidlertid begrense innflytelsen over virksomheten. Vurderingen må derfor skje konkret i hvert enkelt tilfelle. Når det gjelder alternativet om at forvaltningen må være underlagt offentlig kontroll, vil dette oftest være en administrativ kontroll- eller instruksjonsmyndighet. Alternativet om at virksomheten må være finansiert med mer enn halvdelen, kan gjelde både virksomhetens låneopptak og direkte tilskudd til driften. At en virksomhets inntekter i det vesentlige stammer fra det offentlige, fordi de har det offentlige som sin største kunde, faller i utgangspunktet ikke inn under begrepet «finansiert». Dette er betaling for innkjøp, og innebærer ikke i seg selv at det offentlige kan sies å ha en innflytelse på virksomhetens beslutninger på en slik måte at det offentlige har kontroll.

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

Departementet har i enkelte saker gitt med veiledende uttalelser med hensyn til om konkrete virksomheter er omfattet av regelverket eller ikke. For nærmere informasjon se <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30000502/bn.html>.

2.1.3 Innkjøpsentraler

Bruk av innkjøpsentraler har tidligere ikke vært regulert i anskaffelsesregelverket. Reglene om innkjøpsentraler fremgår av forskriftens §§ 4-1 bokstav g og 3-13. En innkjøpsentral er en oppdragsgiver som:

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

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

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

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

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

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

For å være en innkjøpssentral må sentralen selv være en oppdragsgiver etter anskaffelsesregelverket. Sentralen kan for eksempel være eid av en eller flere andre offentlige oppdragsgivere. Regelverket stiller imidlertid ikke krav om at en viss andel av innkjøpssentralens aktiviteter må være relatert til den eller de oppdragsgiverne som eier sentralen. Sentralen kan derfor også selge til andre offentlige oppdragsgivere. Dette betyr for eksempel at en statlig innkjøpssentral kan selge til kommuner.

2.2 Hvilke kontrakter er omfattet?

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

2.2.1 Hva er en kontrakt?

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

Det er altså kun gjensidig bebyrdende avtaler som omfattes. I dette ligger det at begge parter må være forpliktet av avtalen, og at forpliktelsene må være avhengige av hverandre⁴. Oppdragsgivers vederlag vil normalt bestå i å betale en sum penger, men det kan også være en annen form for økonomisk motytelse, som for eksempel å gi avkall på noe de ellers ville fått.

Støtte

Av begrepet gjensidig bebyrdende følger det at ensidig tildeling av støtte fra en oppdragsgiver ikke omfattes av kontraktsbegrepet. Slike tildelinger kan imidlertid omfattes av reglene om offentlig støtte. For mer informasjon om støtteregele, se <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/Konkurransopolitikk/stotte/bn.html>. Dersom oppdragsgiver forbeholder seg rett til visse motytelser, noe som er vanlig blant annet ved tildeling av offentlige forsknings- og utviklingskontrakter, kan imidlertid forholdet falle inn under anskaffelsesregelverket. Det avgjørende her vil være om det kan sies å foreligge et forhold som er gjensidig bebyrdende.

KOFA sak 2003/228:

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

Gaver

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

4 Se EF-domstolen C-107/98 premiss 48.

randør det skal kjøpes fra og det finnes flere leverandører av dette merket. Hvis giveren har latt det være opp til oppdragsgiver å bestemme hva som skal anskaffes og fra hvem, må det gjennomføres en konkurranse.

Skriftlighet

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

Avtale mellom to selvstendige rettssubjekter

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

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

Departementet har for øvrig kommet med et par fortolkningsuttalelser vedrørende hva som er en gjensidig bebyrdende kontrakt, se <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30000502/bn.html>.

2.2.2 De mest sentrale unntakene i forskriften

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

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

Særskilte sikkerhetstiltak og visse forsvarsanskaffelser

Forskriften gir unntak for anskaffelser som angår vesentlige sikkerhetsinteresser og visse forsvarsanskaffelser, jf. § 1-3 annet ledd bokstav a. Unntaket gjelder også for anskaffelser som er erklært hemmelige eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak. Unntaket kan for eksempel få anvendelse på anskaffelser av våpen og ammunisjon. Begrunnelsen for unntaket er at åpenhet rundt anskaffelsen vil kunne være skadelig ut ifra sikkerhets- og forsvarshensyn. Forsvaret har utgitt egne anskaffelsesregler for de forsvarsanskaffelsene som er unntatt, se <http://odin.dep.no/fd/norsk/dok/regelverk/010051-990014/dok-bn.html>.

Kontrakter om erverv eller leie av fast eiendom

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

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

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

Problemstillingen er omdiskutert i juridisk teori og enkelte hevder, at intensjonen må være at unntaket ikke bare skal omfatte bygninger som eksisterer på kontraktstidspunktet, men også bygninger som eksisterer på tidspunktet for «overdragelsen» av kontraktsgjenstanden.⁵ Dersom en legger denne forståelsen til grunn vil for eksempel en oppdragsgiver som inngår leiekontrakt for å leie en del av et næringsbygg som er under oppføring, omfattes av unntaket, forutsatt at oppdragsgiver ikke har så stor innflytelse på byggeprosessen at det kan sies å foreligge en bygge- og anleggskontrakt⁶. Andre forfattere viser imidlertid til at unntakene i regelverket generelt skal tolkes restriktivt, og at det ikke foreligger reelle hensyn eller andre rettskilder som taler for en utvidende fortolkning.⁷

Departementet kan ikke se noen klar begrunnelse for det skjæringspunktet som ordlyden legger opp til. Det foreligger imidlertid ingen dommer fra EF-domstolen om dette spørsmålet, og problemstillingen må derfor anses uavklart.

⁵ Blant annet Arrowsmith s. 360.

⁶ Se kapittel 4 om blandende kontrakter og KOFA-sak 2005/297.

⁷ Dragsten Lindalen s. 622 flg.

Når det gjelder spørsmålet om en kontrakt er en bygge- og anleggskontrakt eller en leieavtale, se kapittel 4.4.

Enkelte finansielle tjenester

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

Den nye forskriften konkretiserer de finansielle tjenestene som faller inn under unntaket, ved å si at bestemmelsen særlig gjelder transaksjoner utført av offentlige oppdragsgivere for å skaffe til veie penger eller kapital. Dette tillegget er en presisering av unntaket, ikke en utvidelse.

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

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

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

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

Enkelte forsknings- og utviklingskontrakter (FoU)

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

FoU-kontrakter er unntatt fra regelverket fordi det ofte kreves et samarbeid mellom partene som har mer til felles med et partnerskaps- og investeringslignende forhold, fremfor å være et forhold mellom en leverandør og en kjøper. Om en betegner en forsknings- og utviklingskontrakt som et samarbeid, felles prosjekt, støtte, anskaffelseskontrakt eller

andre betegnelser er ikke av betydning. Det er realiteten som avgjør om forholdet er omfattet av anskaffelsesregelverket.

I fortalen til direktivet⁸ uttrykkes det at fremme av forskning og utvikling er et virkemiddel for å styrke den vitenskapelig og teknologiske basen for europeisk industri⁹. Anskaffelsesforskriften skal ikke dekke forsknings- og utviklingsprogrammer som staten delfinansierer. Slike forsknings- og utviklingsprogrammer er definert som forsknings- og utviklingskontrakter, unntatt der hvor utbytte av kontrakten fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet eller når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten. Denne forklaringen er viktig for forståelsen av unntaket, men bør ikke leses begrensende i forhold til bestemmelsens ordlyd.

Begrepet forskning og utvikling

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

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

KOFA sak 2004/206:

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

⁸ Fortalen premiss 23

⁹ Se Expert group report, Public Procurement for Research and Innovation, Developing procurement practices favourable to R&D and innovation, September 2005. Rapporten behandler ikke unntaket i direktivet for FOU, men fokuserer på hvordan offentlige anskaffelser og regelverket kan brukes for å fremme innovasjon i næringslivet.

Kontrakten må med andre ord ha til formål å frembringe noe som ikke allerede er tilgjengelig i markedet. Departementet legger også til grunn at unntaket kun omfatter kontrakter hvor forsknings- eller utviklingsdelen utgjør et hovedelement. Kontrakter om å utføre en alminnelig tjeneste, som innebærer mindre elementer av utvikling, kan med andre ord ikke anses å oppfylle bestemmelsens krav til nyskaping, se departementets fortolkningsuttalelse http://odin.dep.no/filarkiv/220227/KRD_-_Prosjekt_Bostedslose.pdf.

Oppdragsgiver betaler ikke fullt ut

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

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

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

Anskaffelse

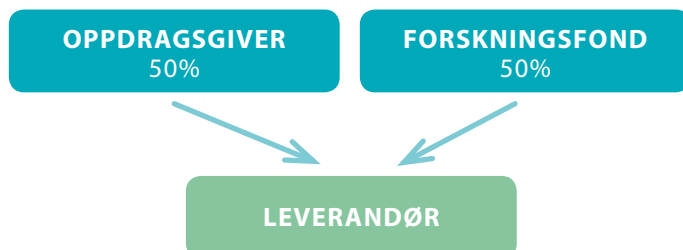


Unntak 1



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

Unntak 2



En tredje mulighet er hvor oppdragsgiver mottar økonomisk støtte som dekker hele eller deler av anskaffelsen. Unntaket kan også da komme til anvendelse. Dersom en kommune skal kjøpe et nytt renseanlegg og mottar støtte fra Innovasjon Norge til å kjøpe et renseanlegg som krever utvikling av en ny renseteknologi, vil det kunne være unntatt regelverket, selv om pengestrømmen formelt sett kommer fra oppdragsgiver. Dette må imidlertid vurderes konkret. Dersom en oppdragsgiver bruker en underordnet oppdragsgiver til å bestille en utredning vil dette ikke tilfredsstille vilkåret om at oppdragsgiver ikke fullt ut betaler.

Unntak 3



Ikke unntak



Antakeligvis vil alle FoU-kontrakter som finansieres over offentlige ordninger og programmer være omfattet av unntaket, dersom de har et reelt element av støtte fra det offentlige, jf. EØS-avtalens art. 61 flg.¹⁰ Forutsetningen er at støtten skjer på bakgrunn av alminnelige målsettinger om kompetanse og teknologiutvikling, og ikke forretningsmessige vurderinger. Rent kommersielle kontrakter, i betydningen hvor oppdragsgiver skal ha utført et oppdrag for eget behov, vil følgelig normalt anses å være en prioritert tjeneste som er omfattet av regelverket, mens ikke-kommersielle kontrakter normalt vil være unntatt.

Tjenesten tilfaller ikke oppdragsgiver fullt ut

Selv om oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten, omfattes den likevel av unntaket dersom tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver. Kravet innebærer at også andre enn oppdragsgiver skal benytte tjenesten. Eksempelvis vil dette være oppfylt dersom forskningen skal utvikle produkter eller teknologi som gir konkrete eller direkte fordeler for andre offentlige organer eller for markedet generelt. Publisering av forskningsresultatene kan innebære at tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiver fullt ut.¹¹ Dette må vurderes konkret. En tilsvarende problemstilling oppstår der flere går sammen om å kjøpe en forskningstjeneste, mens bare en av dem formelt sett fremstår som oppdragsgiver. Hvem som skal regnes som oppdragsgiver i slike situasjoner, i betydningen hvem tjenesten tilfaller, er ikke avklart. Hvis de andre betaler til oppdragsgiver, er det normalt ikke grunnlag for unntak fra anskaffelsesregelverket, da det i praksis vil anses som bruk av fullmektig.

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

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

Spesiell EØS-terskelverdi for FoU-tjenester

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

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

¹⁰ Se avsnittet nederst om offentlig støtte ved FOU.

¹¹ Kunnskapsdepartementets standardkontrakt for oppdragsforskning. (<http://odin.dep.no/kd/norsk/aktuelt/nyheter/070021-210061/dok-bn.html>) inneholder i punkt 10 bestemmelser om offentliggjøring. Det uttrykkes der ta slutt-rapporten normalt skal offentliggjøres. Oppdragstager har rett til offentliggjøring, også der oppdragsgiver ikke ønsker offentliggjøring. Bruk av denne standardkontrakten, herunder punktet om offentliggjøring, innebærer ikke som sådan at kontrakten er unntatt etter regelverket. Dette må vurderes konkret.

Vare og bygge- og anleggsanskaffelser med FoU-elementer

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

Kort om offentlig støtte ved FOU

Dersom regelverket om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse, kan statsstøttereglene være relevante.¹² Dersom tildelingen av en FoU-kontrakt skjer gjennom en konkurranse etter anskaffelsesregelverket er det en presumsjon for at det ikke foreligger statsstøtte. Hvor kontrakten tildeles uten konkurranse oppstår spørsmålet om kontrakten innebærer statsstøtte. Statsstøtte er i utgangspunktet forbudt, men det finnes flere unntak fra det generelle forbudet. Før unntaket for FoU-anskaffelser benyttes, bør oppdragsgiver undersøke om tildeling av kontrakten vil innebære ulovlig statsstøtte.

På FoU-området er særlig kapittel 14 i ESAs retningslinjer relevant.¹³ Ifølge dette kapitlet kan statsstøtte til FoU-prosjekter gis til grunnforskning, industriell forskning og eksperimentell utvikling. Støtten må notifiseres til og godkjennes av ESA.¹⁴

I visse tilfeller vil støtte til FoU-prosjekter også kunne gis som regionalstøtte. Hovedfokus ved regionalstøtte er imidlertid ikke å fremme forskning og utvikling, men å fremme utviklingen i ugunstig stilte områder ved å understøtte investeringer og sysselsetting. Regionalstøtte bidrar til at de virksomheter som er lokalisert i de pågjeldende områder kan utvides, moderniseres og diversifiseres, samt til at nye virksomheter kan etableres. Regionalstøtte må også notifiseres til og godkjennes av ESA.

Til sist finnes det såkalte gruppeunntak, som innebærer at noen typer statsstøtte blir ansett som forenlig med EØS-traktaten dersom visse krav er oppfylt. Gruppeunntak som kan bli relevante i FoU-sammenheng er gruppeunntaket for bagatellmessig støtte (støtebeløpet må ikke overstige EUR 100 000 i løpet av tre år) og gruppeunntaket for støtte til små og mellomstore bedrifter (SMB'er). Støtteordninger som faller under et gruppeunntak forutsetter ingen notifikasjon til ESA, men må meldes til Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

Kontrakter om enerett

Forskriften unntar kontrakter som oppdragsgiver tildeler en annen offentlig oppdragsgiver, med en enerett til å yte den aktuelle tjenesten, jf. § 1-3 annet ledd bokstav h. Det er et krav at eneretten er kunngjort i lov, forskrift eller administrativt vedtak, og at kontrakten er i overensstemmelse med EØS-avtalen. Unntaket gjelder kun for tjenestekontrakter.¹⁵

¹² For mer informasjon om støttereglene, se <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/Konkurransepolitikk/stotte/bn.html>.

¹³ Kapittel 14 i ESAs retningslinjer tilsvarer EU-kommisjonens «Framework for State Aid for research and development» (OJ No C 45, 17.2.1996, side 5), som endret ved EU-kommisjonens meddelelser av 13.2.1998 (OJ No C 48, 13.2.1998, side 2), 8.5.2002 (OJ No C 111, 8.5.2002, side 3) og 9.11.2005.

¹⁴ I skrivende øyeblikk foreligger det på EU-nivå et utkast til et nytt «Community Framework on State aid for Research and Development and Innovation», som innebærer en utvidelse av mulighetene for å gi støtte, til også å gjelde innovasjonsaktiviteter, særlig slike som behandler forskjellige typer markedssvikt. Det nye regelverket innebærer også en forbedret metodologi som Kommisjonen (og ESA) kan benytte for detaljert vurdering av støttetiltak som medfører ekstra høy risiko for konkurransevridning. Dessuten omfatter det endringer i forhold til insentiveffekt, støtteintensitet og støtteberettigede kostnader.

¹⁵ For hva som er en tjenestekontrakt, se kapittel 4.

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

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

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

Offentlig oppdragsgiver

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

Kunngjøring

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

Forenlig med EØS-avtalen

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

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

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

Økonomiske hensyn kan ikke anses som et allment hensyn.

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

2.2.3 Utbyggingsavtaler

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

Utbyggingsavtaler reguleres i plan- og bygningsloven kapittel XI-A Utbyggingsavtaler¹⁶. Hensikten med reguleringen er å forhindre en kostnadsoverføring på boligkjøper, og sikre forutsigbarhet for utbyggerne og kommunen. Reglene setter grenser for hvilke forpliktelser avtalen kan pålegge utbygger/grunneier.

Forholdet til regelverket for offentlige anskaffelser

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

I spørsmålet om en utbyggingsavtale kan sies å utgjøre en gjensidig bebyrdende avtale, er vurderingen av kommunens ytelse sentral. I motsetning til vanlige bygge- og anleggskontrakter, er kommunens avtalte ytelse som oftest ikke av økonomisk karakter, men består gjerne av et planvedtak eller en byggetillatelse. Vi har få holdepunkter i rettspraksis, utover EF-domstolens avgjørelse i Scala-saken¹⁷. Saken gjaldt et privat prosjekt for utvikling av et tidligere industriområde i Milano i Italia. En betingelse for å få innvilget byggetillatelse etter italiensk rett, er at tiltakshaver betaler en andel av utviklingen av infra- og servicestrukturen i området. Kommunens frafall av krav på bidrag til offentlig opparbeidning av infrastruktur ble betraktet som betaling etter avtalen, slik at kontrakten ble ansett for å være gjensidig bebyrdende og således omfattet av anskaffelsesdirektivet.

¹⁶ Denne delen av loven trådte i kraft 1. juli 2006.

¹⁷ C-399/98

Saken har imidlertid ikke direkte overføringsverdi til norske forhold, da premissene er nær knyttet til italiensk lovgivning. I motsetning til i italiensk rett, kan ikke norske kommuner ensidig pålegge grunneiere å betale for infrastruktur.

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

I en utredning for Bygningslovutvalget¹⁸ hevder professor Lasse Simonsen at det er nødvendig å se bak den formelle argumentasjonen til EF-domstolen. Ifølge Simonsen er den reelle motytelsen fra kommunen byggetillatelsen, og ikke avkall på pengebidraget. Dette støttes også av Arrowsmith, som mener at et standpunkt om at en byggetillatelse ikke anses som et «vederlag» i anskaffelsesdirektivets forstand, vanskelig kan forenes med Scala-dommen.¹⁹ Selv om det virker fremmed i norsk rett, kan man derfor ikke se bort fra at en domstol vil anse en ren byggetillatelse som et ledd i en gjensidig bebyrdende kontrakt.

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

Konsekvenser

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

¹⁸ Se <http://www.dep.no/krd/bygningslov/index-b-n-a.html>

¹⁹ Arrowsmith kapittel 6.203-6.204.

Der kommunen skal foreta en anskaffelse, kan den i stedet velge å utføre arbeidet i egenregi²⁰. Et spørsmål er om utbygger, som etter utbyggingsavtale gjennomfører en konkurranse på kommunenes vegne, kan utføre arbeidene selv. Dette er ut fra Scala-dommen meget tvilsomt. Det er også meget tvilsomt om utbyggeren selv kan delta i konkurransen (såkalt egenregitilbud).

For mer informasjon om utbyggingsavtaler, se Kommunal- og regionaldepartementets hjemmesider på <http://odin.dep.no/krd/norsk/tema/bolig/016031-990083/dokbn.html#5>.

20 Se kapittel 3 om egenregi



Kapittel 3

Egenregi og tjenestekonsesjoner

3.1 Egenregi

3.1.1 Innledning

Hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet, reguleres ikke av regelverket om offentlige anskaffelser. Det er det offentlige organet selv som avgjør om en ytelse bør utføres av eget personale («egenregi») eller om det bør benyttes en ekstern leverandør. Dersom en ytelse leveres i egenregi, faller dette utenfor regelverket. Det inngås da ingen kontrakt mellom to ulike juridiske personer om en anskaffelse. Det har ingen betydning om to enheter innenfor samme oppdragsgiver inngår en avtale. Dette vil ikke utgjøre en gjensidig bebyrdende avtale etter regelverket og ikke være omfattet av regelverket.¹ Spørsmål om hva som er en kontrakt etter regelverket om offentlige anskaffelser jf. definisjonen i forskriften § 4-1 bokstav a er redegjort for i kapittel 2.2.1.

Unntaket for egenregi gjelder også i noen tilfeller mellom to separate juridiske personer.² Spørsmålet om anskaffelsesregelverket kommet til anvendelse bør ikke være avhengig av hvordan oppdragsgiver har organisert sin aktivitet. Dette kapitlet behandler egenregi mellom to separate personer basert på et kontraktsrettslig forhold.^{3 4}

For at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse mellom to selvstendige personer som inngår en kontrakt, er det to vilkår som må være oppfylt:

- oppdragsgiver må utøve en tilsvarende kontroll over leverandørselskapet som over egen virksomhet
- den vesentlige delen av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver.

Dette unntaket er utviklet av EF-domstolen gjennom flere dommer.^{5 6} Denne utviklingen pågår fortløpende, og det er ikke gitt regler om egenregi. Rettstilstanden har derfor flere

¹ «Klassisk egenregi» eller «egentlig egenregi» innenfor en juridisk person behandles ikke videre.

² Egenregi mellom to separate juridiske personer omtales noen ganger som «kvasi-egenregi» eller «uegentlig egenregi», i motsetning til den egentlige egenregi internt hos en juridisk person. Fordi egenregi er et innarbeidet begrep også for såkalt kvasi-egenregi vil veilederen benytte begrepet egenregi i betydningen mellom to separate personer.

³ Generaladvokat Leger uttaler i C-94/99 ARTE, premiss 59 og 66, at kvasi-egenregi er unntatt fra regelverket fordi det på grunn av oppdragsgivers kontroll med egen leverandør, og den derav følgende manglende selvstendigheten for leverandøren, egentlig ikke foreligger noen reell kontrakt. Gjensidig bebyrdende kontrakt, slik det er definert i anskaffelsesregelverket, innebærer en reell kontrakt. En slik underliggende forståelse fremgår imidlertid ikke tydelig av rettspraksis. Det brukes derfor terminologien egenregi hvor to selvstendige personer inngår kontrakt.

⁴ Der samarbeid mellom to forskjellige offentlige myndigheter skjer gjennom en gjensidig bebyrdende avtale i anskaffelsesrettens forstand har EF-domstolen uttalt at et slikt samarbeid må vurderes etter de vanlige egenregikriteriene, jf. C-84/03, Kommisjonen mot Spania, premiss 38.

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

⁶ Kommisjonen foreslo ved revideringen av anskaffelsesdirektivene som ble sluttført i 2004 å innta en artikkel også i det klassiske direktivet om adgangen til egenregi. Det ble ikke oppnådd enighet om dette i Rådet og forslaget ble strøket underveis i behandlingen, jf. COM 2003 (503) endelig.

uavklarte spørsmål og modifiseres også underveis. Departementet forsøker å være tydelig der EF-domstolen har kommet med svar og ellers antyde mulige løsninger slik situasjonen er i dag.⁷

Egenregi er et unntak fra anvendelsen av anskaffelsesdirektivene og skal tolkes restriktivt. Oppdragsgiver må kunne begrunne bruken.⁸

3.1.2 Kravet til kontroll over leverandøren

Generelt

Ved bedømmelsen av om oppdragsgiver utøver en kontroll tilsvarende den oppdragsgiver fører med sin egen virksomhet, skal en se på alle relevante lovbestemmelser, vedtekter og andre faktiske omstendigheter. Oppdragsgiver må kunne påvirke selskapets beslutninger. Innflytelsen fra oppdragsgiver må være bestemmende både i forhold til selskapets strategi og i forhold til viktige beslutninger.^{9 10}

Selskapslovgivning og vedtekter

Ved en vurdering av eierens kontroll, må man både se på selskapslovgivningen til den aktuelle selskapsformen og på de konkrete vedtektene til selskapet. I sak C-340/04, Carbotermo¹¹ uttalte EF-domstolen at en kommunes kontroll med to italienske selskaper i det vesentlige er begrenset til den råderett selskapsretten gir flertallet av eierne i selskapet. Dette gir en betydelig begrensning i muligheten til å få innflytelse over selskaperens beslutninger. Slik kontroll er ikke tilstrekkelig.

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

7 Kapitlet er oppdatert per 15. oktober 2006.

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

9 C-340/04, premiss 36

10 Kravet til kontroll er strengere enn innenfor konkurranseretten. Generaladvokatens uttalelse i C-458/03, Parking Brixen, premiss 52.

11 Premiss 38 og C-458/03, Parking Brixen, premiss 65-71.

Noen betraktninger om norske selskaps/samarbeidsformer i forhold til kontrollkriteriet:¹²

- Kommuneloven § 27 åpner for å etablere et interkommunalt samarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner. Samarbeidet innebærer at det utarbeides vedtekter, etableres et felles styre og at det gis innskudd eller kan tas opp lån. Samarbeidsorganet kan drive ulike typer samarbeidstiltak, og det kan overføres ansvar og myndighet i saker som angår virksomhetens drift og organisering. Samarbeid etter kommuneloven § 27 vil normalt sett oppfylle kravet til kontroll.
- Aksjeselskaper er organisert etter lov om aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper. Departementet mener at norske aksjeselskaper ikke alene i kraft av selskapsformen vil være utelukket fra muligheten for egenregi, men at det må foretas en konkret vurdering, jf. momentene i sakene C-458/03 og C-340/04.
- Interkommunale selskaper er organisert etter lov om interkommunale selskaper. Denne loven gir eierkommunene en større grad av mulighet for styring og kontroll over foretaket enn et aksjeselskap.¹³ Departementet mener at en eierkommune i utgangspunktet vil oppfylle kontrollkriteriet for bruk av egenregi til et interkommunalt selskap.

Former for aktivitet foretaket driver

Hvilken type aktivitet foretak driver med kan også være relevant for kontrollkriteriet. Der som et selskap driver med aktiviteter utover de tradisjonelle serviceoppgavene for sin eier, kan dette tale mot kontroll. Det taler også mot kontroll om selskapet driver aktivitet i et geografisk område utenfor den kontrollerende eiers region.¹⁴ Kontroll konstateres lettere der foretaket utøver aktiviteter for eieren, siden eieren da gjennom bestillerrollen sin utøver en form for kontroll over foretaket.¹⁵ Dersom foretaket opererer på egenhånd med annen aktivitet stilles det større krav til den kommersielle kontrollen med selskapet. Kommersiell aktivitet kan både få betydning for kontrollkriteriet og for omsetningskriteriet.

Kontroll utøvd i fellesskap

Det var etter rettspraksis lenge uklart om flere offentlige eiere kunne utøve kontroll i fellesskap. EF-domstolen har nå klart uttalt at kontroll kan utøves av flere offentlige myn-

12 Se Fredrik B. Werpen, Anskaffelser i «egenregi» og «kvasi-egenregi» fra interkommunale samarbeid, Lov og Rett, 2005 nr. 05-06 s. 328-341, for en nærmere vurdering av ulike norske selskapsformer i forhold til egenregireglene. Artikkelen er skrevet før Coname, Parking Brixen og ANAV og Carbotermo. Se også Knut Høivik, Interkommunalt selskap eller aksjeselskap, Lov og Rett, 2005 nr. 9, s. 531-549, for en mer generell sammenligning av IKS og AS.

13 Se Graver s. 25 om dette.

14 C-458/03, premiss 67.

15 Generaladvokat Legers uttalelse i C-94/99 ARGE, premiss 74-75.

digheter sammen.^{16 17} EF-domstolen har imidlertid avvist at kontrollkravet er oppfylt der kontrollen er for spredt, jf. eksemplene under. Det er i teorien blitt antydnet at kontroll er utelukket ved et «meget betydelig antall»¹⁸ eiere.

Rettspraksis fra EF-domstolen I

Sak C-231/03, Coname, (Storkammer), gjaldt en sak fra Italia der en kommune eide 0,97 prosent av aksjene i et selskap. De øvrige eiere var andre kommuner i provinsen der kommunen lå. Kommunen hadde tildelt en tjenestekonsesjon for driften av metangassanlegget i området. Domstolen avviste her at kontrollkriteriet var oppfylt.

Rettspraksis fra EF-domstolen II

I sak C-107/98, Teckal, var kommunen de Viano medeier i en italiensk form for interkommunalt selskap.¹⁹ Selskapet hadde 45 eiere, hvorav kommunen de Viano eide 0,9 prosent. Egenregi var her ikke mulig.

Eksempel på tillatt egenregi:

Kommune A eier, sammen med syv andre kommuner, det interkommunale avfallsselskapet «Rent og ryddig IKS», organisert etter lov om interkommunale selskaper. Kommune A er den minste kommunen i samarbeidet og har eierandel etter dette. Kommune A vil etter departementets oppfatning kunne tildele oppdraget med å samle inn og behandle husholdningsavfallet i kommune A, til «Rent og ryddig IKS» etter unntaket for egenregi.

Eksempel på ikke tillatt egenregi:

Kommune A er medeier i det landsomfattende returordningsselskapet «Kjemikalieretur AS». Kjemikalieretur samler inn kjemikalier fra alle sine 150 eiere. Kommune A kan ikke tildele oppdrag til «Kjemikalieretur AS» som egenregi.

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

17 Dette er også blitt lagt til grunn i Ot. prp. nr. 53 (1997-98) avsnitt 7.3.2. I Danmark er oppgaver kommunale felleskaper utfører for de kontrollerende eierkommunene, generelt unntatt fra anskaffelsesregelverket jf. Lov nr. 378 af 14/06/1995 om kommuners og amtskommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder § 1 stk 2. Dette er også antatt i Sverige jf. SOU 2001:31 s. 294.

18 Michael Steinicke og Lise Groesmeier, EU's udbudsdirrektiver med kommentarer, København 2003, s. 94.

19 Se dommens premiss 11-16, og generaladvokatens uttalelse premiss 11-21 for en beskrivelse av selskapet.

Krav om faktisk kontroll

Kriteriene som er vurdert ovenfor angir om oppdragsgiver har en rettslig kontroll med leverandøren. Muligheten for å benytte unntaket for egenregi, er ikke forskjellig fra kontrakt til kontrakt, men vurderes for selskapet som sådan.²⁰ Det synes dermed ikke å være noe krav til at denne kontrollen skal være utøvd ved tildelingen av den aktuelle kontrakten.

Indirekte eierskap

Dersom leverandørselskapet kontrolleres indirekte gjennom et annet selskap kan dette vanskeliggjøre en sterk kontroll.²¹

Private medeiere

Egenregi er ikke mulig ved tildeling av kontrakter til selskaper som har private eiere.²² EF-domstolen har slått ned på forsøk på å omgå dette forbudet der oppdragsgiver har inngått kontrakt før privatisering.²³ EF-domstolen har også uttalt at dersom selskapet i kontraktsgjennomføringsperioden er åpen for privat kapital, vil dette innebære at tildelingen av kontrakten vil skje uten kunngjøring til et selskap som kan bli et offentlig-privat selskap. En mulighet for privat eierskap utelukker derfor egenregi.²⁴

3.1.3 Omsetningskriteriet**Generelt**

Det andre vilkåret for egenregi er at den vesentlige delen av omsetningen til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver. Hensynet er å sikre at offentlig eide leverandører som opererer i et marked ved å tilby sine tjenester til private eller offentlige myndigheter, har like konkurransevilkår som andre leverandører. Den offentlige opprinnelse og karakter til leverandøren er ikke tilstrekkelig for å skille den fra andre tjenesteytere, når den tilbyr den samme form for tjenesteytelser med et tilsvarende kommersielt øyemed.²⁵

Egenregiunntaket må tolkes i lys av formålet med EØS-regelverket om offentlige anskaffelser, som er å skape et felles indre marked og bekjempe vridning av konkurransen.²⁶

Omsetningskriteriet skal hindre vridning i konkurransen mellom selskap. Dersom et selskap mottar en del av sine oppdrag fra sin eier uten konkurranse, oppstår faren for at selskapet får for godt betalt og vil ha en konkurransefordel når det opptrer i det kommersielle markedet. Derfor vil selskapet, når det selger i et konkurranseutsatt marked, være forhindret fra egenregi.²⁷

²⁰ Generaladvokat Stix-Hackl sin uttalelse i C-340/04, premiss 65-68.

²¹ C-340/04, premiss 39.

²² Stadt Halle, premiss 49 og ANAV, premiss 31.

²³ C-29/04, Kommisjonen mot Østerrike. Den østerrikske kommunen Mödling tildelte en avfallshåndteringskontrakt til et heleid AS. To uker etter tildeling av oppdraget solgte kommunen 49 % av aksjene til et privat selskap. Ytterligere et par uker senere begynte selskapet å utføre tjenesten.

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

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

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

²⁷ Anskaffelsesreglene virker her i et samspill med regelverket om offentlig støtte og konkurransereglene for å sikre konkurranse mellom private og offentlige foretak på like vilkår.

Kvantitativt om omsetningskravet

Kravet om størrelsen på omsetningen til den kontrollerende oppdragsgiver er uttrykt på ulike måter. I ny rettspraksis fra EF-domstolen formuleres kravet slik:

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

EF-domstolen har ikke angitt hvor stor prosentvis andel det dreier seg om.²⁸ En absolutt fastsatt grense vil etter dagens rettspraksis heller ikke være naturlig, fordi hver enkelt situasjon må vurderes konkret, hvor det også tas i betraktning kvalitative momenter som beskrevet under.²⁹

Omsetningskravet kan, som det fremgår av sitatet, vurderes både positivt og negativt. Det positive i kravet ligger i at aktiviteten hovedsakelig må være bestemt for oppdragsgiver. Det negative ligger i at annen aktivitet kun må ha en marginal karakter. Disse to kravene henger sammen. I forhold til hensynet til å unngå konkurransevridning er det imidlertid karakteren av omsetningen til andre som er problematisk. I sitatet ovenfor formulerte EF-domstolen dette som at enhver annen aktivitet kun kan ha marginal karakter.

Kvalitative momenter

Ved vurderingen av omsetningskriteriet er det klart at en ikke kun skal se matematisk på omsetningstall. Det skal også foretas en vurdering av alle relevante kvalitative momenter.³⁰ Det er uavklart hvilke momenter man skal se på i denne vurderingen. Formålet med vurderingen er å sikre konkurranse i markedet og unngå at leverandøren får fordeler ved å få tildelt deler av sine oppdrag uten konkurranse. Det vil være av betydning om det, uavhengig av egenregileverandørens salg til markedet, eksisterer noe marked for den aktuelle tjenesten hvor andre leverandører konkurrerer. Det er herunder ikke avgjørende, men av betydning, om det er privat etterspørsel i markedet eller bare offentlig etterspørsel. Vurderingen ser ikke bare på forholdet mellom eier og egenregileverandør, men også på egenregileverandørens markedsposisjon. Der markedet kan utføre tjenesten er egenregi vanskeligere.

Egenregi kan være enklere der leverandøren, ved salg til tredjeperson, opererer innenfor eierens geografiske region og avgrensede tjenesteområde. Dersom det er rasjonelt at leverandøren utnytter overskuddskapasitet fra sin leveranse til eieren, er dette mindre problematisk enn om leverandøren går inn i helt uavhengige aktiviteter.

28 «Hovedsakelig» er tidligere formulert av ulike kilder som «over 50 %», «essential», «significantly», «the biggest part», «predominantly», «almost exclusively», «exclusively», «almost all» og «all».

29 Forsyningsforskriften § 1-7 (kontrakter som tildeles tilknyttede foretak) og § 1-8 (kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak) inneholder detaljerte regler om egenregi. EF-domstolen har imidlertid uttalt at forsyningsforskriftens regler om egenregi ikke kan anvendes analogisk på egenregiunntaket for den klassiske forskriften. Se sak C-340/04, premiss 50-57 der EF-domstolen avviser en analogisk tolkning fordi det gjelder ulike selskapsformer, forsyningsforskriften inneholder en notifikasjonsplikt til Kommisjonen ved bruk av unntaket, unntak skal tolkes innskrenkende og lovgiver valgte å ikke la reglene gjelde for klassisk sektor ved vedtagelsen av de nye direktivene i 2004.

30 C-340/04, premiss 64.

Eksempel på aktivitet til tredjeperson som kan være tillatt:

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

Eksempel på aktivitet til tredjeperson som kan være problematisk:

«Rent og ryddig IKS» gjør det godt og bestemmer seg for å utvide sin virksomhet til også å samle inn avfall i et område geografisk adskilt fra området til eierkommunene. Dette har ikke noen naturlig tilknytning til aktiviteten «Rent og Ryddig IKS» har for sine eiere.

Hvem oppdragsgiver er i forhold til omsetningskriteriet

Dersom det er flere kontrollerende myndigheter vurderes omsetningskriteriet samlet for disse, slik at det er den totale omsetningen for disse samlet vurderes.³¹

Der leverandøren ikke leverer direkte til oppdragsgiver må det foretas en avgrensning av hvem som identifiseres med oppdragsgiver, og som leverandøren derfor kan ha omsetning til. Det avgjørende er omsetning som leverandøren oppnår i kraft av det kontrollerende oppdragsgivers beslutninger om tildeling av kontrakter. Det er ikke avgjørende om oppdragsgiver mottar ytelsen selv, eller om den går tile andre brukere. Det er ikke relevant hvem som betaler leverandøren. Det er heller ikke relevant i hvilket geografisk område leverandøren leverer ytelsene som er blitt tildelt av oppdragsgiver.³² Dette kan imidlertid være relevant for ytelsene til tredjeperson, herunder for kontrollkriteriet jf. kapittel 3.2.

Selskapet sett samlet

Omsetningsvurderingen gjelder alle typer aktiviteter selskapet utfører. Dersom selskapet driver med aktiviteter innen både søppel, parkering og bredbånd må dette sees sammen. Det er ikke mulig å ha egenregi for søppel, og ikke for bredbånd og parkering.

³¹ Teckal premiss 50, C-29/04, Kommisjonen mot Østerrike, premiss 34 og C-340/04 Carbotermo, premiss 69.

³² C-340/04, premiss 65-67.

3.1.4 Noen spesielle problemstillinger

Egenregi i staten

Staten i Norge er å anse som en juridisk person. Med juridisk person forstås at enheten er selvstendig med råderett over egen formuesmasse. Departementer, underliggende etater, direktorater og forvaltningsbedrifter er en del av statens juridiske person. Statlig eide aksjeselskaper, stiftelser og selskaper med begrenset ansvar for staten, er ikke en del av statens juridiske person. Anskaffelser innenfor statens juridiske person kan foretas i egenregi.³³

Se <http://odin.dep.no/filarkiv/234885/Finansdepartementet.pdf> og <http://odin.dep.no/filarkiv/220399/Samferdselsdept.pdf> for uttalelser fra departementet om egenregi internt i staten.

Utskillelse av aktivitet

Der en aktivitet skilles ut til en virksomhet som ikke tilfredsstiller kravene til egenregi vil det være begrenset i hvilken utstrekning virksomheten kan ta med seg kontrakter som en del av utskillelsen. Kontrakter som er begrenset i tid og omfang vil normalt ikke være problematiske selv om de løper etter omorganiseringen. Dersom omorganiseringen var i gang på kontraktstildelingstidspunktet vil det kunne reises spørsmål om kontraktslengden. Spørsmålet om omgåelsehensikt ved at en bevisst inngår kontrakt før utskillelse vil her være av betydning.

Det er usikkert i hvilken grad dette påvirkes av at ikke kontrollkriteriet lenger er oppfylt, sett i forhold til at omsetningskriteriet ikke lenger er oppfylt. Dette vil også kunne reise spørsmål om statsstøtte.

Om offentlig støtte ved egenregi

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

Selv om forbudet mot offentlig støtte i utgangspunktet ikke stiller formelle krav til prosedyren ved tildeling av et oppdrag, får EØS artikkel 61 (1) anvendelse på den økonomiske realiteten i en avtale. Innenfor et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold er det sentrale spørsmålet om vederlaget må anses som markedsmessig. Et oppdrag som inneholder støtteelementer kan falle inn under forbudet mot offentlig støtte.

Støtteproblematikken er i praksis utelukket hvis et offentlig foretak mottar en kontrakt etter gjennomført konkurranse. Vederlaget er da per definisjon markedsmessig, og avtalen inneholder ikke støtteelementer. I «rene» egenregitilfeller vil enheten som får kon-

³³ I Danmark hvor det også antas at Staten er en juridisk person anses hvert enkelt ministerområde med tilhørende underliggende etater som en enhet i forhold til egenregiregelen. (Konkurransestyrelsens veiledning kapittel 3.2).

trakten normalt ikke kunne anses som et eget foretak som leverer varer/tjenester på et marked. EØS-avtalens artikkel 61 (1) får ikke anvendelse der støttemottakeren ikke er et «foretak».

Problematikken er imidlertid aktuell der egenregileverandøren leverer tjenester til sin offentlige eier, og ellers opptrer på et marked. Hvis foretaket leverer en tjeneste av «allmenn økonomisk» betydning, vil finansieringen av tjenesten måtte vurderes i lys av regelverket for tilskudd til tjenester av allmenn økonomisk betydning. Der selskapet leverer ordinære tjenester til det offentlige, vil imidlertid kryssubsidieringsspørsmålet også kunne oppstå dersom kontrakten ikke er tildelt etter en konkurranse. Selv om regelverket for offentlig støtte ikke har formelle krav til separate regnskaper, bør slike føres for å kunne dokumentere at ulovlig kryssubsidiering ikke finner sted.

3.2 Tjenestekonsesjoner

3.2.1 Innledning

En tjenestekonsesjon er det samme som en tjenestekontrakt, men hvor vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten, eller en slik rett sammen med betaling. En tjenestekonsesjon er for eksempel en avtale om drift av en parkeringsplass mot retten til å kreve inn parkeringsavgift. Tildeling av tjenestekonsesjoner er unntatt fra anskaffelsesregelverket, og her behandles først spørsmålet om når unntaket for tjenestekonsesjonskontrakter kommer til anvendelse.

Selv om tjenestekonsesjoner er unntatt fra anskaffelsesregelverket, må de imidlertid tildeles i tråd med visse grunnleggende prinsipper og disse kravene fremstilles som den andre delen av kapitlet. Spørsmål om konsesjoner generelt behandles ikke her.³⁴

Kravene til tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter er utviklet gjennom rettspraksis. Utviklingen pågår fortløpende.³⁵ I dette kapitlet fokuseres det på hvilke avklaringer som har kommet i rettspraksis. EU-Kommisjonen arbeider med å klargjøre reglene om tildeling av konsesjoner og har uttrykt ønske om å foreslå lovgivning på dette området.³⁶

Gjengivelse av aktuelle rettskilder:

Kommisjonens fortolkningsdokument fra april 2000, dommene C-108/98, C-324/98 *Telaustria*, C-358/00 *Buchhändler-Vereinigung*, C-231/03 *Coname* (Storkammer), C-458/03 *Parking Brixen*, C-410/04 *ANAV*, COM (2005) 569 *Kommunikasjon fra Kommisjonen om det videre arbeid med offentlig privat samarbeid og konsesjoner* fra 15. november 2005 med videre henvisninger.

³⁴ Se Hans Petter Graver, *Konsesjoner og konkurranse om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser*, Lov og Rett, 2004 nr. 4-5, s. 224-244, for en bred gjennomgang av konsesjoner.

³⁵ Dette kapitlet er oppdatert per 1. oktober 2006.

³⁶ COM (2005) 569, avsnitt 3.2.

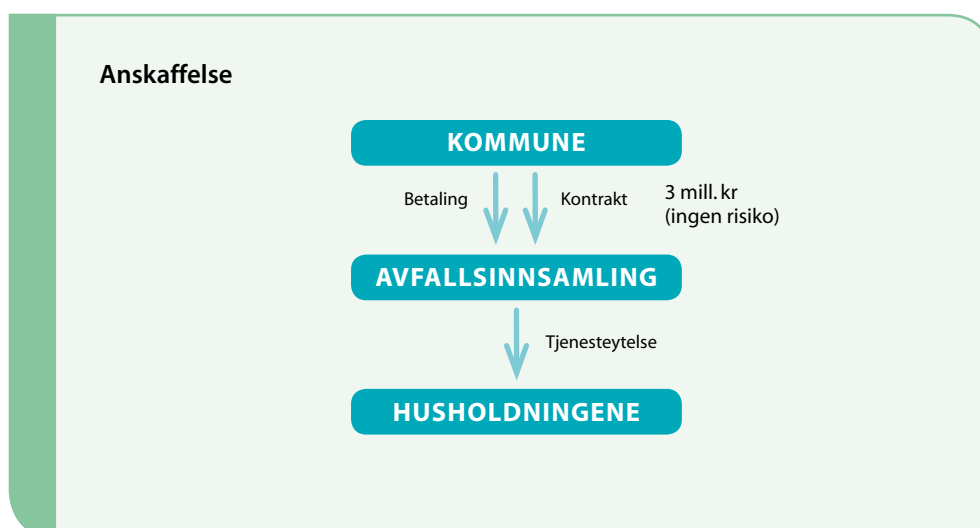
3.2.2 Unntaket for tjenstekonsesjonskontrakter

Forskriften inneholder en definisjon av tjenstekonsesjonskontrakt i § 4-1 bokstav e. Tjenstekonsesjonskontrakter unntas fra regelverket i § 1-3 annet ledd bokstav j. Det følger dermed nå klart av regelverket selv at tjenstekonsesjoner er unntatt regelverket. Bygge- og anleggskonsesjoner er definert i § 4-1 bokstav f og regulert i § 24-1. Dette avsnittet behandler tjenstekonsesjoner. Det er imidlertid de samme hensynene som ligger bak unntaket for tjenstekonsesjoner som for bygge- og anleggskonsesjoner. Tolkningsmomenter for bygge- og anleggskonsesjoner kan dermed være av interesse for forståelse av tjenstekonsesjoner.

I forskriften er en tjenstekonsesjon definert som å være det samme som en tjenste-kontrakt, men hvor vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten, eller en slik rett sammen med betaling.

En tjenstekonsesjon kjennetegnes dermed ved at konsesjonsinnehaveren får retten til å utnytte tjenesten. Konsesjonsinnehaveren må ha risiko for å sikre inntjening for å etablere og drive tjenesten. Overtagelsen av risiko må være reell. Det kan være et moment om konsesjonsinnehaveren faktisk har finansiell styrke til å ha risikoen eller om oppdragsgiver i praksis vil måtte ta regningen til slutt.

Det er retten til utøvelsen av tjenesten som skal danne grunnlaget for betalingen.³⁷ Mottakerne av ytelsen betaler helt eller delvis vederlag for tjenesten til konsesjonsinnehaveren. Dette i motsetning til en kontrakt etter regelverket, som innebærer en motytelse som betales direkte fra oppdragsgiver til leverandøren.³⁸ Dette er ikke til hinder for at den offentlige oppdragsgiver som tildeler tjenstekonsesjonskontrakten bidrar med midler for at tjenesten utføres.

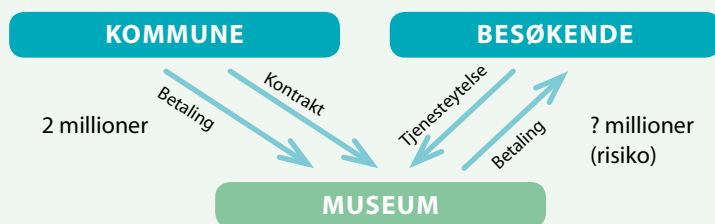


³⁷ C-410/04 ANAV premiss 16 og C-358/03, Parking Brixen premiss 40.

³⁸ C-458/03 Parking Brixen premiss 39.

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

Tjenestekonsesjon I



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

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

Tjenestekonsesjon II



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

Generelt

Selv om en tjenstekonsesjon faller utenfor lovens og forskriftens anvendelsesområde, gjelder EØS-avtalens alminnelige prinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer, ikke-diskriminering mv.^{39 40} Disse alminnelige prinsippene oppstiller på den ene siden et forbud mot «materielle» diskriminering, hva en ikke kan gjøre. Dette innebærer at det for eksempel ikke kan legges vekt på lokal eller nasjonal tilhørighet ved tildelingen. EF-domstolen har på den annen side utledet «prosessuelle» forpliktelser, hva oppdragsgiver aktivt må gjøre, til selve gjennomføringen av anskaffelsen.⁴¹ EØS-avtalen artikkel 31, 36 og 40 stiller krav til likebehandling. EF-domstolen har uttalt at kravet til likebehandling også gjelder selv om det ikke foreligger forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.⁴²

Innholdet i kravene som EF-domstolen har utledet fra de grunnleggende prinsippene og bestemmelsene om de fire friheter i EØS-avtalen, er ikke nødvendigvis det samme som følger av de grunnleggende kravene i lovens § 5 og forskriftens § 3-1. De grunnleggende EØS-prinsippene som gjelder for tildeling av tjenstekonsesjoner som ikke er omfattet av direktivet, stiller mer overordnede og mindre detaljutede krav til tildeling av konsesjoner, enn de grunnleggende prinsippene som følger av lovens § 5 og forskriftens § 3-1 ved tildeling av tjenstekontrakter. Det bør derfor vises varsomhet med å anvende praksis knyttet til disse bestemmelsene på tjenstekonsesjoner.⁴³

EF-domstolen har uttrykt at det kan tenkes at det for kontrakter av begrenset økonomisk interesse ikke vil være en interesse fra leverandører i andre medlemsland. Virkningene for samhandelen vil da være for usikre og indirekte til at det vil utgjøre en begrensning for den frie samhandel.⁴⁴ Tildelingen av slike små tjenstekonsesjoner vil da ikke være omfattet av kravene etter EØS-retten. Det er usikkert hvor denne grensen går. Se behandlingen av del I anskaffelser i kapittel 14.2.

Likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet

Ved tildeling av tjenstekonsesjoner gjelder et krav om likebehandling og ikke-diskriminering. For å sikre disse prinsippene har EF-domstolen utledet ett krav om gjennomsiktighet. Fordi en konsesjonskontrakt kan ha interesse for foretak som ligger i andre EØS-land, kan tildelingen av en slik kontrakt medføre forskjellsbehandling av virksomheter i andre land, hvis tildelingen ikke ivaretar behovet for gjennomsiktighet.⁴⁵ Uten gjennom-

39 C-275/98 Unitron Scandinavia, C-324/98 Telaustria, premiss 60, C-231/03 Coname (Storkammer), premiss 16 og C-458/03 Parking Brixen, premiss 46 og C-410/04 ANAV, premiss 18.

40 Den vanlige læren om unntak fra de grunnleggende frihetene som dels fremgår av EØS-avtalen og dels av rettspraksis fra EF-domstolen, unntaket for sikkerhet etter EØS-avtalen artikkel 123 og for offentlige foretak i EØS-avtalen artikkel 59 vil også gjelde for tjenstekonsesjoner. EF-domstolen har, i C-231/03, Coname, s. 23, uttrykt at egenregi også kan begrunne unntak fra den domstolsskapte læren om tildeling av tjenstekonsesjoner.

41 Generaladvokat Stix-Hackls uttalelse i C-231/03, Coname.

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

43 KOFA kom i sak 2003/250, senere tilsluttet i 2005/24 og 2005/86, til at lov om offentlige anskaffelser ikke regulerer tjenstekonsesjoner ettersom ordlyden i § 3 om at loven gjelder «anskaffelser» er uklar og det ville vært naturlig at lovgiver ved vedtagelsen av loven ville sagt fra uttrykkelig dersom det var ment at tjenstekonsesjoner skulle være omfattet av loven.

44 C-231/03 Coname, premiss 20.

45 C-231/03 Coname, premiss 17.

siktighet vil virksomheter i andre land ikke ha reell mulighet til å uttrykke sin interesse for å bli tildelt den aktuelle tjenestekonsesjonen. Dette vil kunne utgjøre en indirekte forskjellsbehandling som er i strid med EØS-avtalen.

Gjennomsiktigheten skal gjøre det mulig for en virksomhet i en annen EØS-stat å få adgang til de nødvendige opplysninger om konsesjonskontrakten, før denne tildeles. Dette skal sikre at interesserte leverandører vil være i stand til å melde sin interesse i å bli tildelt konsesjonen.⁴⁶

For tjenestekonsesjoner av en viss størrelse har EF-domstolen slått fast at det foreligger en plikt til å offentliggjøre konsesjonen på en slik måte at virksomheter i andre medlemsstater får muligheten til å melde sin interesse. For å kunne vurdere om tildelingen er av interesse, er det også et krav om å få tilgang til de nødvendige opplysninger. Kravet til gjennomsiktighet krever også at det skal være mulig å «kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske».⁴⁷ Denne åpenheten skal bidra til å åpne markedet for tjenestekonsesjoner for konkurranse.⁴⁸

Graden av offentliggjøring skal være passende overfor enhver potensiell leverandør. Det skal være et rimelig forhold mellom hvordan tildelingen av tjenestekonsesjonen skjer og den aktuelle tjenestekonsesjonen. Ved denne vurderingen vil det kunne være aktuelt å se på kontraktsverdien, kontraktsgjensstanden og anskaffelsens kompleksitet. Formålet er å skille mellom om en kontrakt er av interesse for samhandelen eller ikke.

I Parking Brixen-saken⁴⁹, hadde en italiensk kommune tildelt en tjenestekonsesjon til et selskap for å drive en parkeringsplass i ni år. Parkeringsplassen utgjorde et areal på ca 5000 kvm og hadde plass til ca 200 biler. Selskapet skulle også låne ut gratis sykler fra plassen, tillate organiseringen av et ukentlig marked på plassen og overta ansvaret for de ansatte som arbeidet der. I tillegg skulle selskapet betale et årlig beløp til kommunen på 151 700 euro.

EF-domstolen uttalte om kravet til gjennomsiktighet i denne saken:

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

46 C-231/03 Coname premiss 21.

47 C-410/04 ANAV premiss 21.

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

49 C-458/03.

Bari kommune, i Italia, tildelte en tjenestekonsesjon til å drive kollektivtrafikken i kommunen. Det fremgår ikke noe av dommen om størrelse på kontrakten. EF-domstolen uttalte:⁵⁰

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

Tildeling av en konsesjon er dermed ikke fritatt for krav til gjennomsiktighet selv om annen norsk lovgivning ikke krever kunngjøring.⁵¹ Kravet til gjennomsiktighet følger av EØS-loven som gjør EØS-avtalen til norsk lov.

3.2.4 Spesielt om tjenestekonsesjon som enerett

Tildeling av tjenestekonsesjon vil i praksis ofte innebære en særrett eller enerett⁵². En bedrift får enerett til transport på fergestrekningen A-B. En slik enerett utgjør en restriksjon på etableringsadgangen og friheten til å levere tjenester. En slik begrensning må derfor være begrunnet i et allment hensyn og overholde kravene til proporsjonalitet. Videre vil det være begrensninger etter konkurranseretten til å forby kommersielle aktører å utføre en tjeneste der enerettsaktøren ikke klarer å møte etterspørselen. Vurderingen vil her være avhengig av hvilke begrensninger som er nødvendige for å sikre utførelsen av særlige oppgaver etter EØS-avtalen art 59.

50 C-410/04 ANAV, premiss 22.

51 C-458/03 Parking Brixen, premiss 52.

52 Se nærmere om denne problemstillingen i Graver s.12-13.



Kapittel 4

Anvendelsesområde for de ulike delene i forskriften

4.1 Forskriftens struktur

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

Del I:

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



Del I og II:

For anskaffelser mellom 500 000 kroner og EØS-terskelverdiene. Uprioriterte tjenester reguleres også av del I og II (med noen få tilleggskrav som følger av del III) uavhengig av anskaffelsens verdi. Kontrakter om telefon-, teleks-, mobilradio-, personsøkings, og satellittjenester skal følge del I og II, uavhengig av anskaffelsens verdi.



Del I og III:

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Del I og IV:

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

4.2 Terskelverdier

4.2.1 Hvilke terskelverdier gjelder?

EØS-terskelverdiene fremgår av forskriftens § 2-2. Disse terskelverdiene justeres annen hvert år. Fornyings- og administrasjonsdepartementet foretar endringene i terskelverdiene og publiserer disse på departementets hjemmesider <http://odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p30005558/bn.html>. Nedenfor følger en oversikt over EØS-terskelverdiene (ekskl. mva) for 2007:

Sentrale statlige etaters vare- og tjenestekjøp	1 100 000 kroner
Andre offentlige oppdragsgiveres vare- og tjenestekjøp	1 700 000 kroner
Årlig veiledende kunngjøring om planlagte vare- og tjenestekjøp ¹	6 150 000 kroner
Delkontrakter (varer og tjenester) som kan unntas EØS-kunngjøring	650 000 kroner
Alle oppdragsgiveres bygge- og anleggsprosjekter	43 500 000 kroner
Årlig veiledende kunngjøring for bygge- og anleggsarbeider	43 500 000 kroner
Delarbeider (bygg- og anlegg) som kan unntas EØS-kunngjøring	8 250 000 kroner

I utgangspunktet skal den samlede verdien av delarbeider legges til grunn ved beregning av terskelverdiene. I forskriften er det imidlertid åpnet for at bygge- og anleggsarbeider som har en anslått verdi under 8 250 000 kroner eks.mva, eller varer- og tjenestekontrakter som har en anslått verdi under 650 000 kroner, kan inngås etter del II i forskriften, selv om verdien totalt sett overstiger EØS-terskelverdiene. Dette forutsetter at den samlede verdien av disse kontraktene ikke overstiger 20 prosent av samtlige delkontraktens sammenlagte verdi.

En oppdragsgiver planlegger et byggeprosjekt med totalverdi på 50 millioner kroner. Rørleggerarbeidene utgjør 6 millioner kroner. Dette er under grensen på 8 250 000 kroner, og overstiger heller ikke 20 prosent av totalverdien for alle delarbeidene. Oppdragsgiver kan da unnta rørleggerarbeidene fra EØS-kunngjøring.

4.2.2 Hvordan beregne terskelverdier?

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

¹ Terskelverdi for enkelte forsknings- og utviklingstjenester som nevnt i vedlegg 5 kategori 8 (forsknings- og utviklingstjenester) eller som nevnt i CPC-ref. 7524, 7525 og 7526 under vedlegg 5 kategori 5 (teletjenester), samt for etterfølgende kunngjøring av uprioriterte tjenester (jf vedlegg 6 og § 18-4) og for varekontrakter for forsvarsområdet som ikke er varer som er omfattet av Norges bilag 1 vedlegg 1 til WTO avtalen om offentlige innkjøp er 1,7 millioner kroner også for statlige myndigheter.

gjelder både EØS-terskelverdiene og den nasjonale terskelverdien.

Generelle bestemmelser

Ved beregning av terskelverdier må oppdragsgiver anslå anskaffelsens verdi. I den nye forskriften er det presisert at oppdragsgiver må gjøre et anslag over det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eksklusiv merverdiavgift, for de kontrakter som utgjør anskaffelsen.

Det er et generelt forbud i lov om offentlige anskaffelser § 5 mot å dele opp anskaffelser i den hensikt å unngå at bestemmelser i loven eller forskriften kommer til anvendelse. Oppdragsgiver må derfor ikke kunstig dele opp anskaffelsen for å tilpasse seg terskelverdiene. Anskaffelser kan bare deles opp der det foreligger saklige grunner for dette. Dette betyr imidlertid ikke at man ikke kan dele opp anskaffelsen i delkontrakter som leverandørene kan gi tilbud på, men man må da beregne verdien samlet for disse kontraktene dersom det kan betraktes som «en anskaffelse». Et naturlig utgangspunkt i vurderingen av hva som utgjør én anskaffelse er om den planlagte anskaffelsen samlet har til formål å dekke et bestemt behov.

En rekke av bestemmelsene om beregning av terskelverdi som behandles i det følgende, er en konkretisering av den generelle regelen om at oppdragsgiver skal anslå anskaffelsens samlede verdi, og at dette ikke skal gjøres på en måte som gjør at regelverket ikke kommer til anvendelse (forhindre omgåelse).

Oppdragsgiver må gjøre et kommersielt anslag over hva man mener anskaffelsen vil være verdt. Tidligere anskaffelser av samme type, andre offentlige oppdragsgivers anskaffelser og markedsundersøkelser vil være momenter som er sentrale i en slik vurdering. Ved tvil bør man utarbeide et notat som synliggjør hvilke vurderinger som er foretatt. Dette gjelder særlig hvis man er i tvil om anskaffelsen kommer over eller under aktuelle terskelverdier, eller ved anskaffelser som gjøres regelmessig. Dette vil særlig bli aktualisert i forbindelse med innføring av sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser, se kapittel 18.

Oppdragsgiver må foreta et forsvarlig skjønn ved beregningen av anskaffelsens verdi. Om tilbudene i etterkant likevel viser seg å ligge over terskelverdiene, er dette ikke avgjørende hvis oppdragsgiver har foretatt et forsvarlig skjønn. Dersom tilbudene ligger høyt over anslagene som er foretatt, kan det imidlertid være grunn til å stille spørsmål om oppdragsgivers anslag har vært forsvarlig.

To saker fra Danmark kan illustrere hvilket forarbeid oppdragsgiver bør gjøre ved beregning av terskelverdiene:

I Klagenævnet for udbud ble det i en sak fastslått at oppdragsgiveren ikke hadde skaffet seg et tilstrekkelig sikkert grunnlag for å beregne terskelverdiene. Alle tre tilbudene som kom inn var mer enn dobbelt så høye som den prisen oppdragsgiver hadde fått oppgitt ved telefonisk henvendelse til en annen oppdragsgiver. Oppdragsgiveren som ble oppringt hadde ikke oppgitt sine avtalepriser, men bare gitt et anslag.

I en annen sak som Konkurrancestyrelsen behandlet om oppførelse av skolebygg, var det ikke grunnlag for å kritisere oppdragsgivers skjønn ved beregning av terskelverdier i forbindelse med oppføring av et skolebygg. Oppdragsgiver hadde her foretatt en forsiktig og romslig budsjettering, men som ikke var motivert ut fra ønske om å omgå terskelverdiene. Tilbudene som kom inn i etterkant lå også under terskelverdiene.

Les mer i veilederen fra Konkurrancestyrelsen i Danmark.

Tidspunkt for vurderingen

Anslaget over anskaffelsens verdi må være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøring. I praksis innebærer dette når oppdragsgiver sender inn kunngjøringskjemaet til Doffin².

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

Hva skal inkluderes ved beregningen av terskelverdier?

Utgangspunktet for beregningen av terskelverdien er oppdragsgivers anslag over anskaffelsens samlede verdi. Omgåelsesreglene gir også sterke føringer for hva som skal tas med ved beregningen av anskaffelsens verdi. Nedenfor er det gitt en beskrivelse av en del anskaffelser, og enkelte eksempler som må tas med ved beregningen av anskaffelsens verdi. Oppramsingen er ikke uttømmende.

Opsjoner

Verdien av alle opsjoner og eventuelle forlengelser av kontrakter skal tas med ved beregningen av anskaffelsens verdi.

2 Se Sue Arrowsmith kapittel 6.1.4.1

En kommune har inngått avtale om snøbrøyting i 1 år, med opsjon for ytterligere forlengelse i 1 år. Kontraktssummen pr. år er 400 000 kroner. Ved beregning av anskaffelsens verdi må oppdragsgiver legge til grunn 800 000 kroner, som er det høyeste beløpet kommunen kan komme til å betale hvis opsjonen blir benyttet. Hvis oppdragsgiver i tillegg har opsjon på utvidelser til andre veistrekninger, må verdien av disse også legges til ved beregningen.

I noen tilfeller vil det være aktuelt å gi oppdrag til leverandøren som er en gjentakelse av lignende kontrakter som har vært utført tidligere. Muligheten for dette er nærmere omtalt i kapittel 7 om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. I slike tilfeller må oppdragsgiver ta med mulige gjentakende arbeider ved beregning av terskelverdier når den første kontrakten skal inngås.

Andre eksempler:

- Premier og betaling til deltagerne. Dette kan være aktuelt hvis det er spesielt ressurskrevende for leverandørene å utarbeide tilbud, for eksempel i et OPS-prosjekt, og det er aktuelt å betale leverandørene for jobben med å utarbeide tilbud. Et annet eksempel er arkitektkonkurranser (se under) hvor noen av deltakerne blir premiert.
- Materialer oppdragsgiver stiller til leverandørens rådighet for arbeidsutførelsen. Dette kan være aktuelt ved bygge- og anleggskontrakter hvor oppdragsgiver for eksempel har egne materialer som leverandøren kan bruke i byggearbeidene.
- Forsikringstjenester. Her vil det være forsikringspremien og andre former for vederlag som det er relevant å ta med i beregningen. Departementet antar at egenandeler oppdragsgiver må betale skal tas med i beregningen. Forsikringssummen skal ikke tas med i beregningen.
- Banktjenester. Renter og gebyrer vil være typiske kostnader som skal tas med ved beregning av terskelverdiene ved anskaffelse av banktjenester.
- Plan- og designkonkurranse. Ved plan- og designkonkurranse må oppdragsgiver inkludere både premier til deltagerne og verdien av tjenestekontrakter som vil kunne bli tildelt i etterkant av plan- og designkonkurransen. Dette kan for eksempel være hvis en oppdragsgiver har utlyst en arkitektkonkurranse hvor deltagerne i konkurransen får betalt for å delta i konkurransen. Med mindre oppdragsgiver i kunngjøringen har utelukket muligheten for at arkitektfirmaet skal få etterfølgende oppdrag, må verdien av det etterfølgende oppdraget også tas med i beregningen av terskelverdiene.

Forprosjekt og hovedprosjekt

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

Tildeling av flere enkeltkontrakter samtidig

En anskaffelse kan bestå av flere enkeltkontrakter som må sees i sammenheng når oppdragsgiver beregner terskelverdiene.

Tjenester og bygge- og anleggskontrakter

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

Saken fra EF-domstolen som er gjengitt nedenfor kan illustrere hvilke momenter som er relevante når man skal vurdere hvilke ytelser som må sees i sammenheng ved beregning av terskelverdier. Departementet understreker at beregning av terskelverdier alltid vil bero på en konkret vurdering. Det er derfor vurderingsmomentene i disse sakene som er interessante, og ikke nødvendigvis resultatet i avgjørelsene.

C-16/98 «Sydev-dommen»

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

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

Domstolen vurderte el-forsyningsarbeidene som ett arbeid fordi det var sterk sammenheng og avhengighet mellom de forskjellige ytelsene. I premiss 65 gjengir domstolen noen momenter som er sentrale i vurderingen:

«hver kontraktindgåelse skal vurderes i forhold til den kontekst, hvori den indgår, og de særlige forhold, som gjør sig gældende. I den foreliggende sag er der væsentlige forhold, der taler for, at kontrakterne skal opfattes under ét på departementsniveau, f.eks. det samtidige udbud af de omtvistede kontrakter, lighederne mellem udbudsbekendtgørelserne, den fælles geografiske ramme, inden for hvilken disse kontrakter er udbudt, samt at det er Sydev, som er et foretagende bestående af de forskellige fælleskommunale sammenslutninger med ansvar for elforsyning på departementsniveau, som har haft det overordnede ansvar for koordineringen.»

Oppsummering:

Momenter som kan være relevante for å vurdere om delarbeider skal ses i sammenheng ved beregningen av terskelverdier er:

- Om det foreligger en sterk avhengighet mellom de ulike ytelsene – om de ikke alene kan oppfylle en teknisk eller økonomisk funksjon.
- Er det behov for en sterk koordinering mellom arbeidene?
- At det er en oppdragsgiver som gjennomfører konkurransen for alle ytelsene er et indisium for at det er «ett arbeid», men er ikke avgjørende.
- Er ytelsene likeartet?
- Skal arbeidene inn i ett felles prosjekt?

Tildeling av flere varekontrakter

Dersom en planlagt anskaffelse av ensartede varer kan føre til tildeling av flere enkeltkontrakter samtidig, skal den samlede anslåtte verdien av enkeltkontraktene legges til grunn ved beregning av terskelverdiene. Vurderingen må foretas konkret i den enkelte anskaffelsen. I vurderingen av hva som er ensartede varer er det noen momenter som kan være til hjelp:

- Om varene dekker samme behov.
- Hvordan slike anskaffelser tidligere er blitt foretatt.
- Om det finnes leverandører som kan levere hele anskaffelsen.
- Hvordan anskaffelsen er behandlet i regnskapet (en eller flere poster).
- Hvordan man etter en kommersiell vurdering kan oppnå bedre og mer kostnadseffektive anskaffelser.

Adgang til å levere deltilbud

Det er viktig å understreke at selv om flere kontrakter skal ses i sammenheng når terskelverdiene beregnes, er det likevel fullt mulig å åpne for at leverandører kan gi tilbud på deler av anskaffelsen. Dette kan være viktig for å sikre konkurranse om oppdraget, og for å gi små og mellomstore bedrifter anledning til å delta i konkurransen.

4.2.3 Hva er «én anskaffelse» når flere enheter gjør innkjøp?

I enkelte innkjøpsvirksomheter kan det være flere desentraliserte enheter, innenfor samme juridiske enhet, som gjør innkjøp. Dette vil typisk kunne være aktuelt i staten, eller i en stor kommune hvor for eksempel en skole gjør innkjøp av samme art som andre skoler. En aktuell problemstilling er da om anskaffelser som de ulike enhetene gjør må ses i sammenheng når terskelverdiene beregnes. Forskriften gir ikke svar på denne problemstillingen. I en slik sammenheng må det vurderes hva som utgjør anskaffelsen. Departementet har i en fortolkningsuttalelse til Vest-Agder fylkeskommune oppsummert noen forutsetninger som må være oppfylt for at man ikke skal se flere enheters innkjøp i sammenheng ved beregning av terskelverdi.

I vurderingen legges det vekt på om anskaffelsen skjer av innkjøpsuavhengige enheter.

Sentral momenter i vurderingen er:

- om enheten har eget budsjett og selvstendig innkjøpsansvar,
- om anskaffelsen kun er til denne enheten, og om
- beslutningen om inngåelse av kontrakt tas utelukkende av denne enheten for denne type anskaffelse. Dette vil si at enheten ikke trenger godkjenning for anskaffelsen.

Hvis en enhet koordinerer kjøp for flere andre enheter, for eksempel gjennom en felles rammeavtale, må verdien av alle de planlagte innkjøpene sees i sammenheng ved beregning av terskelverdiene. Dette gjelder selv om de forskjellige enhetene ellers har selvstendig innkjøpsansvar. Reglene om omgåelse må også tas i betraktning hvis motivet for at enhetene inngår individuelle kontrakter er å omgå regelverket. Les mer om departementets vurdering i brevet til Vest-Agder fylkeskommune.

Se også kjennelse av 17. juli 2002 fra Klagenævnet for Udbud i Danmark på <http://www.klfu.dk/index.htm?http%3A//www.klfu.dk/Indhold.htm>

Betydningen av om innkjøpsenheten har et selvstendig budsjett og innkjøpsansvar er også fremhevet i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) Om lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, se også kapittel 18.

4.2.4 Løpende kontrakter

Tjenestekontrakter

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

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

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

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

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

Vare- og tjenestekontrakter som inngås regelmessig

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

Terskelverdien kan i disse tilfellene beregnes på to måter:

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

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

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

Rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning

Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er ordninger hvor oppdragsgiver inngår en avtale (uten av alle vilkårene for de endelige kontraktene trenger å være regulert) med en eller flere leverandører for en bestemt periode, eller lar leverandører bli tatt opp i en innkjøpsordning for en bestemt periode. Felles for både rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er at oppdragsgiver bruker ordningen som grunnlag for å inngå konkrete kontrakter i løpet av ordningens varighet. Som hovedregel skal varigheten for disse ordningene ikke overstige 4 år. Ved inngåelse av rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger må oppdragsgiver foreta et forsvarlig anslag og legge til grunn den høyeste verdien av alle forventede kontrakter i hele avtaleperiodens eller ordningens varighet. jf. forskriften § 2-3 femtende ledd.

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

Eksempel:

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

4.3 Prioriterte og uprioriterte tjenester**4.3.1 Generelt**

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

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

En mer presis angivelse av hvilke tjenester som er prioriterte og uprioriterte fremgår av forskriftens vedlegg 5 og 6. Normalt brukes CPV-nomenklatur i forbindelse med offentlige anskaffelser, og særlig ved kunngjøring av kontrakter. For å avgjøre om en tjeneste er prioritert eller uprioritert kan det imidlertid i tvilstilfeller være nødvendig å bruke det såkalte CPC-nomenklaturet. Ved motstrid mellom CPV- og CPC-nomenklaturet er det CPC-nomenklaturet som avgjør om en tjeneste er prioritert eller uprioritert.

Den danske veilederen gir også nærmere informasjon om de ulike tjenestekategoriene, og utdyper blant annet hva som regnes som finansielle tjenester:

<http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/kap4/kap4.3/>

4.3.2 Blanding av prioriterte og uprioriterte tjenester

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

4.4 Blandede kontrakter

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

De ulike kontraktstypene er definert i forskriften:

§ 4-1 bokstav b:

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

§ 4-1 bokstav c:

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

§ 4-1 bokstav d:

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

Avgrensning mellom vare- og tjenestekontrakter

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

En kontrakt som gjelder varer, men som i tilknytning til vareleveransen inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, er å anse som en varekontrakt, jf. § 2-4 første ledd. Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivet³, og slik departementet forstår denne bestemmelsen gjelder den uavhengig av hvilken del av kontrakten som har størst verdi⁴. Det sentrale spørsmålet er om monterings- og installasjonsarbeidet skjer i «tilknytning» til varekontrakten. Dette vil kunne være tilfelle ved kjøp av datautstyr hvor leverandøren også skal montere utstyret hos oppdragsgiver. Veilederen fra Konkurrancestyrelsen i Danmark gjengir en rekke saker hvor man har tatt stilling til avgrensning av varekontrakter i forhold til andre type kontrakter. Les mer om dette på http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirktiver-2006/kap_4/.

Avgrensning mellom tjenestekontrakter og bygge – og anleggskontrakter

En kontrakt som gjelder tjenester, men som i tilknytning til dette omfatter bygge- og anleggsarbeider, betraktes som en tjenestekontrakt, jf. § 2-4 annet ledd.⁵ Bestemmelsen nedfeller tidligere praksis. Dette vil typisk kunne være aktuelt å vurdere ved drift av eiendom, hvor det også skal utføres bygge- og anleggsarbeid. For å vurdere om kontrakten er en tjenestekontrakt eller bygge- og anleggskontrakt, må man se på hva som er hovedformålet med kontrakten, og hva som bare skjer i «tilknytning» til hovedformålet med kontrakten. Denne tolkningen ble lagt til grunn av EF-domstolen i Gestion Hotelera⁶ saken.

Gestion Hotelera-saken

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

³ Artikkel 1 nr.2 bokstav c.

⁴ Denne tolkningen legges også til grunn av Sue Arrowsmith s. 333

⁵ Se også nr. 9 og 10 i fortalet til direktivet.

⁶ C-331/92

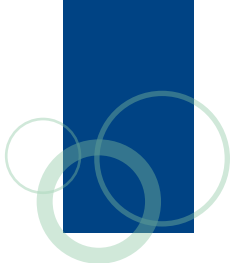
Bygge- og anleggskontrakt eller leiekontrakt?

Kontrakter om erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom er unntatt fra forskriften, jf. § 1-3 annet ledd bokstav b. For nærmere informasjon om unntaket vises det til kapittel 2. En problemstilling som kan oppstå er om avtaler hvor utleier først skal oppføre en bygning, eller gjøre vesentlige bygge- og anleggsarbeider etter at leieavtalen er inngått, er en reell leieavtale eller en bygge- og anleggskontrakt.

Spørsmålet må avgjøres etter en helhetsvurdering hvor et viktig spørsmål er formålet med kontrakten og om formålet gjenspeiles i kontraktsbestemmelsene. Faren for omgåelse av regelverket bør her tillegges stor vekt. Sentrale momenter⁷ i denne totalvurderingen er:

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

⁷ Momentene er hentet fra departementets fortolkningsuttalelse (brev til Buskerud fylkeskommune av 10. januar 1997) og er også omtalt i juridisk teori. Se blant annet Amdal og Roll-Matthiesen s. 97 og 98 og Dragsten og Lindalen s. 455-462.



Kapittel 5

Alminnelige regler

5.1 Grunnleggende krav til alle anskaffelser

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

5.1.1 Betydningen av de grunnleggende prinsippene

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

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

De grunnleggende kravene kan sees på som en forlengelse av lovens formålsbestemmelse¹, der det fremgår at regelverket skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

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

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

¹ Jf. lovens § 1

Visse kontrakter er unntatt anskaffelsesforskriftens anvendelsesområde. Som hovedregel er de imidlertid omfattet av anskaffelsesloven². I utgangspunktet vil derfor de grunnleggende kravene også gjelde når anskaffelsen ikke omfattes av forskriften, men kun loven.

De grunnleggende prinsippene har hovedsakelig to funksjoner:

- *Føringer for anskaffelsesprosedyren*

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

At de grunnleggende prinsippene gir føringer for anskaffelsesprosessen, er særlig synlig når anskaffelsen skal foregå etter forskriftens del I. I forskriftens del I er det få detaljerte prosedyrekrav for hvordan anskaffelser skal foretas. Dette er for å gi oppdragsgiver større fleksibilitet. Det er derfor hovedsakelig de grunnleggende prinsippene som fastsetter rammene for hvordan anskaffelsen skal foretas. Innenfor rammene har oppdragsgiver stor valgfrihet med hensyn til hvordan anskaffelsen skal foretas. Les mer om kjøp etter forskriftens del I i veilederens kapittel 14.2.

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

- *Fortolkningsmomenter*

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

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

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

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

² Jf. lovens § 3. Se veilederens kapittel 2 for lovens og forskriftens anvendelsesområde.

5.1.2 Forholdsmessighet

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

Det følger av dette prinsippet at kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi. Prinsippet kommer derfor inn ved fortolkningen av de øvrige grunnleggende prinsippene som gjennomgås nedenfor.

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

Eksempel:

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

5.1.3 Krav til konkurranse

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

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

Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at kravet til hvordan konkurransen skal gjennomføres, og hvor mange aktører som skal være med i konkurransen, øker med anskaffelsens verdi og betydning, se kapittel 14.2.

Kravet til konkurranse gjelder kun «så langt det er mulig». Hovedregelen er altså at konkurranse skal avholdes. I enkelte unntakstilfeller vil oppdragsgiver kunne tildele en kontrakt til en leverandør uten konkurranse, forutsatt at det foreligger hjemmel for dette i anskaffelsesregelverket. Dette vil typisk gjelde der det kun er én leverandør i markedet, og oppdragsgiver kan anskaffe ytelsen direkte fra leverandøren.³ Dersom anskaffelsen gjelder et ubetydelig beløp, kan forholdsmessighetsprinsippet i visse tilfeller også tilsa at det er tilstrekkelig å kontakte én leverandør.

Eksempel:

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

KOFA sak 2003/243:

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

5.1.4 God forretningsskikk

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

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

³ Jf. forskriftens § 2-1 annet ledd bokstav a (se veilederens kapittel 7.3.2), og § 14-4 bokstav c (se veilederens kapittel 7.4.4).

Eksempel:

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

KOFA sak 2006/31:

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

5.1.5 Likebehandling og ikke-diskriminering

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

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

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

nasjonalitet eller lokal tilhørighet, mens likebehandlingsprinsippet gjelder all forskjellsbehandling.

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

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

I Nucleus-dommen i Rt. 2001 s. 1062 skulle en fylkeskommune etablere et psykiatrisk senter, og inviterte tre arkitektkontorer til å delta i en konkurranse om idéskisser (dvs. et forprosjekt) til anlegget. Fylkeskommunen valgte en idéskisse, og utlyste så en begrenset anbuds konkurranse. Leverandøren som hadde laget «vinner-utkastet» deltok i den etterfølgende konkurransen, sammen med 9 andre kvalifiserte leverandører. I denne etterfølgende konkurransen kom Høyesterett til at fylkeskommunen hadde brutt likebehandlingsprinsippet i to tilfeller:

Ved å vektlegge at den valgte leverandøren hadde vunnet den forutgående prosjektkonkurransen, og kunne bruke denne erfaringen i det videre prosjektet. Høyesterett mente oppdragsgiver ved tildelingen måtte se bort fra deltakelse i idékonkurransen, slik at deltakerne i idékonkurransen ikke ble stilt bedre enn de øvrige leverandørene.

Ved å vektlegge at leverandøren hadde en geografisk tilknytning til utbyggingsstedet, selv om det ikke fremkom at dette var et krav av konkurransegrunnlaget. (Høyesterett tok ikke stilling til om det hadde vært anledning til å stille et slikt krav om lokal tilstedeværelse.)

Eksempel:

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

KOFA sak 2003/128:

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

KOFA sak 2004/77:

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

5.1.6 Forutberegnlighet

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnlighet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. lovens § 5 tredje ledd og forskriftens § 3-1 fjerde ledd. Kravet til forutberegnlighet innebærer at anskaffelsesprosessen skal være forutsigbar for leverandørene.

Flere av reglene i anskaffelsesregelverket har sitt utspring i kravet til forutberegnlighet. Dette gjelder blant annet plikten for oppdragsgiver til å informere markedet om hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres, hvilke kvalifikasjonskrav som oppstilles, og hva oppdragsgiver vil vektlegge i tildelingsfasen.

Forutberegnlighet gjør det mulig for leverandørene å vurdere om de vil delta i konkurransen. For at leverandørene skal være interessert i å bruke tid og ressurser på å utarbeide tilbud, er det en forutsetning at de stoler på at oppdragsgiver vil følge de rammene som er oppstilt i konkurransegrunnlaget/kunngjøring og anskaffelsesregelverket. Kravet fremmer derfor konkurranse.

Forutberegnlighet er også en forutsetning for at leverandørene i ettertid kan kontrollere hvorvidt oppdragsgiver faktisk fulgte regelverket, og fremmer således hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

Forutberegnlighet fremmer også likebehandling av leverandørene, siden oppdragsgiver ikke kan endre premissene og vilkårene for konkurransen for å tilgodese én bestemt leverandør.

KOFA sak 2005/116:

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av renholdsartikler. For å sammenligne pristilbudene tok innklagede utgangspunkt i forbrukstallene for året før. Klagenemnda fant at denne beregningen var saklig og forsvarlig. Imidlertid fastslo nemnda at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnlighet ved ikke å gi tilbyderne informasjon om hvilke forbrukstall prisevalueringen skulle foretas på grunnlag av.

KOFA sak 2005/50:

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med utbygging og rehabilitering av en videregående skole. I evalueringen av tilbudene hadde innklagede lagt vekt på opplysninger som ikke fremkom av tilbudene, blant annet opplysninger som var innhentet fra Internett, og egne erfaringer. Klagenemnda kom til at dette var i strid med lovens krav til forutberegnlighet, likebehandling og etterprøvnbarhet.

5.1.7 Gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til etterprøvnbarhet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. lovens § 5 tredje ledd og forskriftens § 3-1 syvende ledd.

Dette innebærer at oppdragsgiver må kunne dokumentere hva som har foregått i anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver må derfor fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, klar og utfyllende nok til at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger. Kravet til etterprøvnbarhet setter også krav til at kunngjøringen og konkurransegrunnlaget mv. må utformes klart og utfyllende.

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

har foregått, for å kontrollere at oppdragsgiver har fulgt anskaffelsesregelverket. Kravet til gjennomsiktighet er følgelig tett knyttet opp mot kravet til etterprøvbarhet. Gjennomsiktighet er en forutsetning for at leverandørene skal kunne etterprøve oppdragsgiver.

Begge kravene har hovedsakelig to formål. Det første formålet er å forhindre unødige tvister. Dersom en leverandør føler seg urettmessig behandlet, vil innsynsrett i mange tilfeller forhindre en unødvendig tvist, fordi leverandøren ser at oppdragsgiver har fulgt anskaffelsesregelverket. Det andre formålet er å sikre en effektiv håndheving av regelverket og ivareta leverandørenes rettsikkerhet. Kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet sikrer derfor at de øvrige grunnleggende prinsippene, slik som kravene til konkurranse og likebehandling, blir ivaretatt.

Flere regler i anskaffelsesregelverket kan sees på som et utslag av kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet. Dette gjelder for eksempel reglene om oppdragsgivers protokollplikt for anskaffelser over 100 000 kr, og oppdragsgivers plikt til å gi leverandører beskjed om hvilken leverandør de har valgt, med en begrunnelse for valget.

Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet i to tilfeller:

KOFA sak 2003/247:

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

KOFA sak 2006/53:

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

5.2 Samfunnsmessige hensyn

5.2.1 Universell utforming

Hva er universell utforming?

Universell utforming er definert i forskriftens § 4-1 bokstav l som «utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig.»⁴ Definisjonen omfatter alle typer anskaffelser.

Hensikten med universell utforming er å forenkle livet for alle ved å sikre at produkter, kommunikasjonsmidler, bygde omgivelser etc., blir mer anvendelige for flere mennesker, med små eller ingen ekstra kostnader.

Målgruppen for universell utforming er alle mennesker, i alle aldre, størrelser og med ulike ferdigheter, uten at de skal ha behov for tilpassing eller en spesiell utforming. Like muligheter betyr i denne sammenheng at alle skal ha samme muligheter til å delta på ulike samfunnsarenaer, for eksempel utdanning, arbeid og fritid, uten å måtte bli henvist til spesielle løsninger og særtiltak.⁵

Eksempler på universell utforming er nettsider som kan leses av alle, og potteplanter i kontorlandskap som ikke avgir pollen.

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

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

Ved siden av plikten til å ta hensyn til universell utforming i planleggingsfasen, fastsetter forskriftens §§ 8-3 og 17-3 første ledd tredje punktum at de tekniske spesifikasjonene, når det er mulig, skal utformes slik at det tas hensyn til kriterier for tilgjengelighet for funksjonshemmede og universell utforming.⁶

Veileder fra Deltasenteret

Deltasenteret, som er en del av Sosial- og helsedirektoratet, har i forbindelse med vedtagelsen av bestemmelsene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser utarbeidet en veileder om universell utforming i offentlige anskaffelser.⁷ Veilederen gir en god innledning i temaet universell utforming og tar spesielt for seg noen anskaffelsesområder der

4 Definisjonen i forskriften er hentet fra forslaget gitt i NOU 2005:8 Syse-utvalget i utkast til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 annet ledd.

5 Beskrivelse hentet fra Deltasenterets veiledning i universell utforming.

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

7 http://www.shdir.no/publikasjoner/veiledere/universell_utforming_i_offentlige_anskaffelser_38663

universell utforming er spesielt viktig. Deltasenteret⁸ har også annet mer utfyllende produktorientert veiledningsmateriale om universell utforming.

5.2.2 *Etiske krav til produksjonen av varer og tjenester*

Generelt

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

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

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

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

Grunnleggende menneskerettigheter og arbeidstagerrettigheter må respekteres av alle. Det vil dermed ikke være diskriminerende å stille slike krav uavhengig av hvor et produkt har sin opprinnelse. Dette omfatter de grunnleggende ILO-konvensjonene⁹ ¹⁰. De grunnleggende konvensjonene er:

- Retten til å være organisert i en fagforening (ILO konvensjon nr. 87 av 09.07.1948)
- Retten til kollektive forhandlinger (ILO konvensjon nr. 98 av 01.07.1949)

⁸ <http://www.shdir.no/deltasenteret/>

⁹ Se Kommisjonens kommunikasjon om grunnleggende arbeidstagerrettigheter. http://europa.eu.int/comm/trade/issues/global/development/docs/comcls_en.pdf

¹⁰ Disse konvensjonene fremgår også av forsyningsdirektivet 2004/17/EF vedlegg XXIII. Etter forsyningsdirektivet artikkel 59 fjerde og femte ledd kan EU ekskludere leverandører fra tredjeland dersom EU-leverandører har problemer med å konkurrerer om kontrakter i disse tredjelandene på grunn av konkurrentenes manglende overholdelse av de grunnleggende ILO-konvensjonene. Det følger indirekte av dette at EU-leverandører heller ikke kan benytte underleverandører som opererer i strid med grunnleggende ILO-konvensjoner.

- Forbudet mot tvangsarbeid (ILO konvensjon nr. 29 av 28.06.1930 og 105 av 25.06.1957)
- Forbudet mot all forskjellsbehandling i arbeid og belønning (ILO konvensjon nr. 100 29.06.1951 og 111 av 25.06.1958)
- Fastsette en minimums aldersgrense for å forhindre barnearbeid (ILO konvensjon nr. 138 26.06.1973)
- Forbud mot de grusomste formene for barnearbeid (ILO konvensjon nr. 182 17.06.1999)

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

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

Rettskildesituasjonen

Adgangen til å stille etisk krav er i liten utstrekning behandlet i direktivene, domstolspraksis eller Kommisjonsveiledning. For forpliktelsene etter WTOs innkjøpsavtale (GPA) er situasjonen enda mer uklar. Det er derfor vanskelig å gi veiledning om dette temaet. Myndighetene i flere EU-medlemsstater har imidlertid forsøkt å gi veiledning, se veiledning fra den danske Konkurrencestyrelsen fra 2004 om sosiale hensyn¹¹, svenske Nemnden for Offentlig Upphandling i NOUinfo juni 2006 m.v.¹² og britiske Office of Government Commerce.^{13 14}

Etiske krav i de ulike fasene

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

Merkeordninger og dokumentasjon

Gitt at et krav er lovlig innholdsmessig, oppstår spørsmålet om hva slags dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve for at kravene er oppfylt. Det er ikke adgang til å stille krav om at produkter skal være merket med bestemte merkeordninger, eksempelvis Max Have-laar eller SA 8000. Oppdragsgiver kan kun angi ulike merkeordninger som mulig dokumentasjon for at krav som oppdragsgiver har fastsatt er tilfredstilt. Leverandøren må imidlertid få anledning til, på annen måte, å dokumentere at kravene er tilfredstilt.

11 www.ks.dk/udbud/

12 www.nou.se

13 http://www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1001597

14 For veiledning på fransk eller flamsk se rådene fra Belgia: www.guidedesachsdurables.be

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

Utfordringen ved etiske krav

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

5.3 Anskaffelsesprotokoll

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

For at protokollplikten skal kunne etterleves på en brukervennlig og kostnadseffektiv måte, har departementet laget skjemaer som oppdragsgiver kan velge å benytte. Skjemaene ligger som vedlegg til forskriften, og kan finnes på departementets hjemmeside.¹⁵ Brukere kan fylle ut disse malene, i visshet om at de tilfredsstiller forskriftens krav. Hvis man velger å ikke bruke departementets maler, er det viktig at man uansett svarer på de spørsmålene som fremgår av disse malene.

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

¹⁵ <http://www.odin.dep.no/fad/norsk/tema/offentlig/p10002770/p30009088/bn.html>

5.4 Bruk av rådgivere

5.4.1 Generelt

Forskriftens § 3-8 regulerer bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner. Oppdragsgiver skal ikke benytte rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjonene dersom de kan ha en økonomisk interesse i anskaffelsen, hvis det skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurransen.^{16 17}

Bestemmelsen er et utslag av kravet til likebehandling. Likebehandlingskravet forutsetter at informasjon vedrørende betingelser og krav til produktet gjøres kjent for alle leverandører samtidig. Rådgivere som bistår oppdragsgiver med planlegging og/eller utforming av konkurransegrunnlaget, herunder behovsavklaring og kravspesifikasjon, vil gjennom dette arbeidet kunne få konfidensiell informasjon eller mer informasjon om anskaffelsen enn andre potensielle tilbydere. Leverandørene er ofte presset på tid. Rådgivere som deltar i den etterfølgende konkurransen vil få et konkurransefortrinn ved at de får lenger tid på å forberede og utarbeide tilbudet, i tillegg til at de kan sitte med kjennskap til detaljer om hva som vil være vesentlig mv. i forbindelse med utformingen av tilbudet.

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

5.4.2 Hvem retter bestemmelsen seg mot

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

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

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

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

5.4.3 Nærmere om å «kunne utelukke konkurransen»

Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd tilfeller hvor konsekvensen av å benytte rådene i en anskaffelsesprosess, kan være at konkurransen vil kunne utelukkes.

EF-domstolen har i forente saker, *Fabricom*, C-21/03 og C-34/03, uttalt at det må foretas en konkret vurdering av den aktuelle situasjonen. I saken for EF-domstolen hadde belgisk lovgivning en avvisningsbestemmelse som ekskluderte personer som hadde ytet visse tjenester for oppdragsgiver i forbindelse med det aktuelle prosjektet. Kommisjonen argumenterte for at dette var i tråd med EF-retten, fordi en automatisk avvisning medførte at en forhindrede mulig diskriminering og at dette førte til økt samhandel. Generaladvokaten argumenterte også for at den belgiske regelen var i tråd med EF-retten, fordi den sikret forutberegnlighet og gjennomsiktighet. EF-domstolen mente derimot at en slik regel var for streng og at det måtte foretas en konkret vurdering for hver situasjon. Automatisk avvisning innebar at ulike forhold ble behandlet likt. Likebehandlingsprinsippet innebærer ikke bare at like forhold ikke måtte behandles ulikt, men også at ulike forhold ikke måtte behandles likt.

Råd vedrørende utformingen av hele eller deler av kravspesifikasjonen eller tekniske spesifikasjoner, vil være av en slik karakter at konkurranse må kunne sies å utelukkes dersom det dreier seg om konkret detaljert veiledning, og ikke bare informasjon om hva som er mulige alternative løsninger eller standard løsninger.

Konkurranse vil også kunne utelukkes i de tilfelle der konkurransen blir vesentlig begrenset. Det er imidlertid viktig at oppdragsgiver kan utnytte den kompetansen leverandørene besitter under planleggingen av en anskaffelse. En rådgiver som ønsker å delta i konkurranse om en kontrakt, kan derfor gi råd om for eksempel generelle tekniske spesifikasjoner som ikke er særegne for rådgiverens eget produkt, uten at det i seg selv fører til utelukkelse.

Det må skje en konkret vurdering av forholdene ved den enkelte anskaffelse for å vurdere om en rådgiver kan delta i planleggingen av anskaffelsesprosessen og ved utformingen av kravene, uten at dette får betydning for den etterfølgende konkurranse-situasjonen.

Følgende spørsmål kan gi veiledning med hensyn til i hvilken grad rådgivningen vil kunne begrense konkurransen vesentlig:

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

Eksempel:

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

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

KOFA sak 2005/24:

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

Klagenemnda uttalte at det ikke kan utledes et generelt forbud mot at tilbydere benytter innklagedes rådgivere, og det kan dermed heller ikke være forbudt å opplyse om denne muligheten i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende i forhold til om kravet til likebehandling er brutt, er hvorvidt enkelte tilbydere faktisk kan få en konkurransefordel ved å kunne benytte innklagedes rådgivere. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av de faktiske forholdene i saken. Om denne helhetsvurderingen uttalte klagenemnda at: *«rådgiverne har utformet deler av kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Slik saken foreligger for klagenemnda, er det ingen holdepunkter for at kravspesifikasjonen er utformet på en slik måte at den er tilpasset innklagedes rådgiveres virksomhet. Det kan ikke utelukkes at A og B har oppnådd et forsprang i forhold til andre potensielle underleverandører i konkurransen. Dette skulle imidlertid være avhjulpet av at tilbyderne er gitt god tid ved utarbeidelsen av tilbud. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved utforming av konkurransegrunnlaget.»*

KOFA sak 2005/296:

Saken gjaldt krav til utjevning av eventuelle konkurransefordeler ved å opplyse om visse forhold i konkurransegrunnlaget:

Oppdragsgiver hadde brukt et konsulentfirma til å utarbeide konkurransegrunnlag for en totalentreprise og til å evaluere tilbudene. Oppdragsgiver utlyste så en konkurranse for byggeledelse. Klagenemnda uttalte at etter å ha evaluert det valgte tilbudet om totalentreprise hadde konsulentfirmaet etter nemndas vurdering en del viktig informasjon om denne kontrakten som de andre tilbyderne manglet. Dette gjaldt særlig opplysninger om total sum for

byggearbeidene og sum for de enkelte delene. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, fant nemnda at rådgiveren derfor hadde bedre forutsetninger for å utforme tilbud enn de andre tilbyderne. Dette medfører imidlertid ikke nødvendigvis at rådgiveren skulle vært avvist. Kravene til konkurranse og likebehandling tilsier at oppdragsgiveren innen rimelige grenser forsøker å utligne de fortrinnene en enkelt leverandør kan ha, slik at også vedkommende kan delta i konkurransen. Klagenemnda antok at det hadde vært mulig å utligne rådgiverens kunnskapsfortrinn ved å inkludere de vesentligste opplysningene fra entreprisekontrakten i konkurransegrunnlaget for byggeledelse. Dette var imidlertid ikke skjedd og konkurransegrunnlaget var dermed i strid med kravet til likebehandling.

KOFA sak 2004/215:

Saken gjaldt krav til utjevning av eventuelle konkurransefordeler:

En oppdragsgiver hadde tidligere engasjert et firma for å lage et notat om hvordan en skulle overføre erfaringer fra et tidligere prosjekt for kongekrabbenæringen til større deler av sjømatnæringen. Notatet ble drøftet i et par møter og firmaet gjorde en rekke endringer basert på hva som var interessant for oppdragsgiver. Samme dato som oppdragsgiver mottok notatet startet oppdragsgiver arbeidet med å utforme kunngjøring og konkurransegrunnlag for en videre konkurranse. Deler av oppsummeringsnotatet ble kopiert og tatt inn som beskrivelse i konkurransegrunnlaget for den påklagede anbudskonkurransen. Klagenemnda uttalte at oppdragsgiver hadde mottatt et notat fra en av leverandørene som inneholdt konkrete anbefalinger for tilbudsinnhenting, og hele konkurransegrunnlagets beskrivelse av oppdragets formål er sitert fra notatet. Oppdragsgiver anførte at formuleringene som ble benyttet fra notatet innholdsmessig finnes igjen i innklagedes egen marinestrategi og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Nemnda fant at utarbeidelsen av notatet ikke var egnet til å medføre risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av rådgiveren.

Om utjevning av eventuelle konkurransefordeler uttalte KOFA:

«Lovens § 5 oppstiller et generelt forbud mot forskjellsbehandling. Kravet til likebehandling kan innebære at oppdragsgiver har en plikt for å utjevne eventuelle fordeler en leverandør har som følge av tidligere oppdrag for oppdragsgiver, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen, jf. KOFA sak 2004/46 (KOFA-2004-46). Klagenemnda legger til grunn at NN, som følge av diskusjonen rundt NNs notat i april/mai, satt inne med en kunnskap om oppdragsgivers preferanser. Fordelen NN hadde ved sitt tidligere arbeide i forbindelse med prosjektet kunne utjevnes ved å gi samtlige leverandører tilstrekkelig tid til å utarbeide sine tilbud og eventuelt stille spørsmål til konkurransegrunnlaget.

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

5.5 Offentlighet og taushetsplikt

5.5.1 Reglene etter offentlighetsloven av 1970

Utgangspunktet er at forvaltningens dokumenter er offentlige, jf. offentlighetsloven § 2. Det er imidlertid et generelt unntak fra denne bestemmelsen, som gir adgang til å unnta tilbudsdokumenter og anskaffelsesprotokoll fra offentlighet, jf. forskrift 14. februar 1986 nr. 351 punkt V, nr 12.

Oppdragsgivere kan imidlertid etter egen vurdering gi innsyn i disse dokumentene, jf. reglene om meroffentlighet i offentlighetsloven § 2 tredje ledd. En forutsetning for offentliggjøring er at det ikke dreier seg om opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, jf. offentlighetslovens § 5a første ledd. Det gjelder for eksempel opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter, samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår, jf. forskriftens § 3-6 og forvaltningsloven § 13.

5.5.2 Reglene etter den nye offentlighetsloven

En ny lov om rett til innsyn i dokumenter i offentlig virksomhet er vedtatt, men er per november 2006 ikke trådt i kraft.

Også i den nye offentlighetsloven er hovedregelen at forvaltningens dokumenter er offentlige, jf. lovens § 3. Frem til valg av leverandør er gjort, gjelder det fremdeles et generelt unntak for innsyn i tilbud og protokoller, jf. den nye loven § 23. I denne fasen gjelder også reglene om meroffentlighet.

Med den nye offentlighetsloven gjelder det ikke lenger noe generelt unntaket for innsyn i tilbud og protokoll, etter at valg av leverandør er gjort. Etter dette tidspunktet er tilbud og protokoller derfor i utgangspunktet offentlige, og eventuelle unntak må hjemles særskilt. Unntak fra offentlighet vil for eksempel kunne hjemles i bestemmelsen om taushetsplikt i forvaltningsloven § 13, eller ut fra hensynet til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen i organet, jf. ny offentlighetslov § 23 første ledd.

Skjæringspunktet som er valgt i den nye lovens § 23, medfører altså at tilbud og protokoller skal være offentlige før kontrakt signeres, med andre ord allerede i tidsrommet mellom valg av leverandør og signering av kontrakt, den såkalte «Alcatel-pausen», jf. NOU 2003:30. Forarbeidene begrunner den økte innsynsretten med at innsyn i innkjøpsprosessen vil kunne føre til at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn når midlene til det offentlige blir disponert, og kan dermed motvirke korrupsjon og andre uheldige forhold. Lovgiver var klar over at en utskilling av opplysninger som er underlagt taushets-

plikt i tilbudene etter situasjonen kan være ressurskrevende, men la likevel avgjørende vekt på fordelene ved en gjennomsiktig innkjøpsprosess, slik at leverandører, politikere og allmennheten skal kunne kontrollere at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn.

5.5.3 Hvem avgjør hva som er taushetsbelagt?

Det er ikke noe i veien for å la leverandørene få anledning til å uttale seg om hvilke opplysninger de mener bør unntas. Forvaltningen må imidlertid alltid gjøre en selvstendig vurdering av hvorvidt opplysninger skal unntas offentlighet.



Kapittel 6

Konkurransereformer

6.1 Innledning

I dette kapitlet vil følgende anskaffelsesprosedyrer bli behandlet:

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

I kapittel 6.2. gis en kort presentasjon av prosedyrene.

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

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

6.2 Kort presentasjon av de ulike anskaffelsesprosedyrene

6.2.1 Anskaffelser etter forskriftens del I

Det som karakteriserer anskaffelsesprosedyren etter forskriftens del I¹ er at det foreligger få eksplisitte krav til hvordan oppdragsgiver skal foreta en anskaffelse. Det er blant annet ikke krav om kunngjøring. Oppdragsgiver har derfor betydelig fleksibilitet med hensyn til hvordan konkurransen kan gjennomføres, men må blant annet sørge for å overholde de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling, forutberegnetlighet, gjennom-siktighet og etterprøvnbarhet. Se nærmere i kapittel 14.2 om hvilke regler som gjelder for disse anskaffelsene.

6.2.2 Åpen anbudskonkurranse

En åpen anbudskonkurranse er en prosedyre som tillater alle interesserte leverandører å levere tilbud. Det skjer ingen prekvalifisering², og leverandørene må innlevere etterspurt

¹ Kjøp etter forskriftens del I blir ofte omtalt som «direkte anskaffelser». Departementet mener dette begrepet kan være misvisende, ettersom det leder tanken hen på at oppdragsgiver kan gå direkte til én leverandør, uten å avholde en konkurranse. Utgangspunktet også for disse anskaffelsene er at det skal holdes en konkurranse. For å unngå misforståelser velger derfor departementet å benytte samlebegrepet «kjøp etter forskriftens del I» for disse anskaffelsene.

² Prekvalifisering vil si at oppdragsgiver velger hvilke leverandører som skal kunne delta i konkurransen blant de leverandørene som anses som kvalifisert. Med andre ord er det kun de kvalifiserte leverandørene som er invitert av oppdragsgiver, som kan innlevere tilbud. Se mer om prekvalifisering under «begrenset anbudskonkurranse» kapittel 6.2.3 og 7.

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

6.2.3 Begrenset anbudskonkurranse

En begrenset anbudskonkurranse er en prosedyre som bare tillater de leverandørene som er invitert av oppdragsgiver til å gi tilbud. Det foretas først en prekvalifisering, der alle interesserte leverandører kan levere inn forespørsel om å få delta i konkurransen, sammen med dokumentasjon på at de er kvalifisert. Oppdragsgiver vurderer så om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene som er oppstilt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Deretter inviterer oppdragsgiver de kvalifiserte leverandørene, eller et utvalg av disse, til å levere inn tilbud. Oppdragsgiver må minimum kunngjøre den nedre grensen for hvor mange leverandører som skal inviteres, og hovedtrekkene i utvelgesmetoden eller kriteriene som vil bli lagt til grunn for valget. Antall leverandører som plukkes ut må være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse³. Det er ikke tillatt å forhandle med leverandørene.

6.2.4 Konkurransepreget dialog

Konkurransepreget dialog kan benyttes ved særlig komplekse anskaffelser der det er umulig for oppdragsgiver å beskrive hva som skal anskaffes. Dette kan typisk være særlig komplekse IT-kontrakter og OPS-kontrakter. Oppdragsgiver beskriver i kunngjøringen hvilket behov anskaffelsen skal dekke, og hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til leverandørene. Det gjennomføres deretter en prekvalifisering, og oppdragsgiver innleder så en dialog med de kvalifiserte leverandørene om mulige løsninger. Under dialogfasen kan alle aspekter ved kontrakten drøftes med leverandørene (inklusive pris). Når dialogfasen er over, og leverandørene har innlevert tilbud, er det imidlertid ikke tillatt å forhandle⁴.

6.2.5 Konkurrans med forhandling

Konkurranse med forhandling er valgfritt å benytte i forskriftens del II, og kan unntaksvis benyttes i del III. Anskaffelsesprosedyren gir oppdragsgiver adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene, noe som ikke er tillatt ved de øvrige konkurranseformene. Etter forskriftens del II kan oppdragsgiver velge om alle interesserte leverandører får levere inn tilbud⁵, eller om det skal foretas en utvelgelse av hvilke leverandører som skal gis mulighet til å levere tilbud (prekvalifisering). Ved anskaffelser etter forskriftens del III, må det foretas en utvelgelse av hvilke leverandører som skal få delta i konkurransen.

3 Ved begrenset anbudskonkurranse må minimum tre leverandører inviteres etter forskriftens del II, og minimum fem leverandører etter forskriftens del III, jf. § 7-6 tredje ledd og § 17-7 tredje ledd. Ved konkurransepreget dialog må minimum tre leverandører inviteres.

4 Jf. forskriftens § 20-9 annet og fjerde ledd.

5 Denne fremgangsmåten blir ofte omtalt som «ett-trinnsprosedyren», i motsetning til «to-trinnsprosedyren» der det foretas en prekvalifisering og en utvelgelse av leverandørene», jf. forskriftens § 5-1.

6.3 Hvilken konkurranseform bør oppdragsgiver velge?

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

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

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

- *Hva gjelder anskaffelsen?*

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

- *Hvordan er det aktuelle markedet?*

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

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

- *Hvor ressurskrevende blir konkurranseformen?*

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

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

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

- *Hvor lang tid har oppdragsgiver til rådighet før anskaffelsen må være på plass?*
Dersom markedssituasjonen tilsier at det ikke kommer inn mange tilbud, vil en åpen anbudskonkurranse kunne gjennomføres på kortere tid enn en begrenset anbudskonkurranse, ettersom sistnevnte må gjennomføres i to omganger. Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog vil også normalt være mer ressurskrevende, og ta lenger tid, enn en åpen anbudskonkurranse.

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

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

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



Kapittel 7

Når kan de ulike anskaffelsesprosedyrene benyttes?

7.1 Oversikt over når en kan benytte de ulike anskaffelsesprosedyrene

Nedenfor følger en oversikt over når en kan benytte anskaffelsesprosedyrene i forskriftens del I, II og III.

Forskriftens del I

Ved anskaffelser:

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

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

Forskriftens del II

For anskaffelser under EØS-terskelverdiene¹ og uprioriterte tjenester (uavhengig av verdi)² kan oppdragsgiver velge mellom:

- Åpen anbudskonkurranse
- Begrenset anbudskonkurranse
- Konkurranse med forhandling

Forskriftens del III

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene kan oppdragsgiver velge mellom:

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

¹ Unntaksvis kan forskriftens del I følges dersom vilkårene i § 2-1 annet ledd er oppfylt.

² Unntaksvis kan forskriftens del I følges dersom vilkårene i § 2-1 annet ledd er oppfylt.

7.2 Anskaffelser under 500 000 kr

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

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

7.3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi og uprioriterte tjenester

7.3.1 Hovedregel: Anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling

Anskaffelser mellom 500 000 kr og EØS terskelverdiene³ og uprioriterte tjenester uavhengig av verdi, skal som hovedregel følge prosedyrene i forskriftens del II. Oppdragsgiver kan da velge mellom åpen eller begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 5-1.⁴ Bakgrunnen for å likestille konkurranseformene er at det antas å være i samsvar med lovens formål om effektive anskaffelser å gi oppdragsgiver større fleksibilitet.

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

7.3.2 Unntak: Kjøp etter forskriftens del I

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

³ EØS-terskelverdiene fremgår av forskriftens § 2-2.

⁴ Konkurransепреget dialog er ikke gjennomført i del II fordi oppdragsgiver har adgang til å benytte prosedyren konkurranse med forhandling. Dette er en friere prosedyre enn konkurransepreget dialog, se kapittel 6.1. Det forutsettes at prosedyren konkurranse med forhandling kan benyttes til å gjennomføre et innkjøp etter modellen for konkurransepreget dialog. Oppdragsgiver står følgelig fritt til å benytte fremgangsmåten ved konkurransepreget dialog også under EØS-terskelverdiene.

Kun én leverandør i markedet

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

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

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

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

Dersom én leverandør har enerett på ytelsen, og ytelsen derfor kun kan leveres av denne, vil vilkåret være oppfylt. Med enerett siktes det typisk til immaterielle rettigheter som patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse mv. Det er antatt at det ikke er tilstrekkelig at leverandøren har enerett i juridisk forstand, det kreves også at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, siden det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen.

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

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

Det er ikke avklart i hvilket marked oppdragsgiver må undersøke for å kunne konstatere at det kun foreligger én leverandør. Hensynet til konkurranse og likebehandling tilsier imidlertid at det ikke er tilstrekkelig å undersøke det lokale markedet, for eksempel i en by eller kommune. Ettersom dette gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi, vil

det som et utgangspunkt være tilstrekkelig å godtgjøre at det kun er én leverandør i det norske markedet. Oppdragsgiver må imidlertid foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, da markedet vil kunne variere med anskaffelsens art og verdi. Kravene til forholdsmessighet, konkurranse, og ikke-diskriminering kan tale for at oppdragsgiver i visse tilfeller også må undersøke markedet i EØS-området for å godtgjøre at vilkåret er oppfylt.

Tillatt:

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

Ikke tillatt:

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

KOFA sak 2004/45:

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

Usedvanlig fordelaktig tilbud

Dersom det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe noe vesentlig under normal markedspris, og det ikke er tid til å gjennomføre en anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling i det tidsrommet tilbudet foreligger, kan

anskaffelsen foretas etter del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav b.. Et usedvanlig fordelaktig tilbud kan for eksempel foreligge i forbindelse med at en virksomhet går konkurs eller innstiller sin virksomhet.

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

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

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

Ikke kan utsettes grunnet uforutsette omstendigheter

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

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

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

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

konkurranse etter del II vil kunne gjennomføres relativt raskt siden det ikke gjelder noen minimumsfrister, se veilederens kapittel 11.

Det er et krav om årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og behovet for anskaffelsen. Med andre ord må årsaken til at fristene i del II⁵ ikke kan overholdes skyldes de særlige omstendighetene. Dersom årsaken til at det haster er at oppdragsgiver burde planlagt sine anskaffelser bedre, kan bestemmelsen ikke benyttes. Oppdragsgiver kan miste retten til å anvende unntaksbestemmelsen dersom det går for lang tid før en foretar anskaffelser begrunnet i disse uforutsette omstendighetene. I slike tilfeller ville oppdragsgiver hatt tid til å gjennomføre en hasteprosedyre.

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

De grunnleggende prinsippene, særlig forholdsmessighetsprinsippet⁶, taler for at bestemmelsen kun kan benyttes til å inngå kontrakter av kortere varighet. Unntaksbestemmelsen bør ikke brukes til å inngå kontrakter av lenger varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. For kontrakter av lenger varighet bør oppdragsgiver, innen rimelig tid, avholde en konkurranse i henhold til de alminnelige reglene i forskriften.

KOFA sak 2003/163:

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

Nødvendig med tilleggssytelser fra samme leverandør grunnet uforutsette omstendigheter

I visse tilfeller kan oppdragsgiver benytte en tidligere leverandør for å få nødvendige tilleggssytelser, som ikke er omfattet av den opprinnelige kontrakten, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav d. Begrepet konkurranse med forhandling er ikke dekkende i en slik situasjon, siden det jo ikke vil være en reell konkurranse da oppdragsgiver vil inngå forhandlinger med den opprinnelige leverandøren. De grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket må imidlertid overholdes, selv om det kun forhandles med en leverandør.

For at bestemmelsen skal kunne anvendes må det for det første foreligge uforutsette omstendigheter, det vil si forhold oppdragsgiver ikke har herredømme over. Det avgjørende for vurderingen er hva en normalt påpasselig oppdragsgiver etter en objektiv vurdering burde ha forutsett.

⁵ Se forskriftens §§ 10-1 og 10-2.

⁶ Jf. forskriftens § 3-1 femte ledd.

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

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

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

Mislykket forutgående konkurranse

Dersom det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, kan oppdragsgiver gjennomføre kjøpet etter forskriftens del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav e.

Anskaffelsen har i slike tilfeller allerede vært kunngjort, og normalt vil ikke en ny utlysning føre til et annet resultat. Unntaksbestemmelsen gir derfor oppdragsgiver en siste mulighet til å finne en leverandør. Det foreligger imidlertid også i slike tilfeller et krav om konkurranse, se kapittel 5.1.3. Oppdragsgiver må derfor kontakte flere leverandører.

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

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

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

Anskaffelse fra børs, råvarebørs eller lignende

Ved anskaffelse av varer eller tjenester på børs, råvarebørs eller liknede marked, kan anskaffelsen følge forskriftens del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav f.

Etablerte markedsplasser sikrer at prisen på varer eller tjenester tilsvarer det markedet til en hver tid er interessert i å selge og betale for ytelsen. Det vil derfor være unødvendig å gjennomføre en konkurranse etter anskaffelsesregelverket dersom anskaffelsen skjer fra børs, råvarebørs eller liknende.

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

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

Kjøp av helse- og sosialtjenester fra en ideell organisasjon

Innledning

Kjøp av helse- og sosialtjenester skal normalt følge forskriftens del I og II. Dersom slike tjenester kjøpes fra ideelle organisasjoner, kan imidlertid oppdragsgiverne i stedet følge kun del I, jf. forskriftens § 2-1 (3). Den generelle bakgrunnen for unntaksbestemmelsen er at man med kravet til åpen konkurranse risikerer at man ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til et ønsket samfunnsmessig engasjement og samarbeid med ideelle organisasjoner.

Typiske tjenester som anskaffes innen helse- og sosialsektoren er sykehustjenester, lege, fysioterapi, sosial omsorg i institusjon, forebyggende arbeid og oppfølging av utsatte grupper, samt pleie og omsorg for ulike grupper trengende.

Unntaket innebærer at det i utgangspunktet er tilstrekkelig at oppdragsgiver følger de grunnleggende kravene som stilles til alle anskaffelser, se kapittel 5, samt de få øvrige formalkrav som stilles i del I (protokollplikt, HMS- og skatteattest). Når det gjelder kravet til konkurranse ved kjøp som overstiger EØS-terskelverdi, følger det av en fortolkningsuttalelse fra Kommisjonen, at oppdragsgiver ikke kun kan plukke ut enkelte leverandører, men må sørge for en bredere offentliggjøring. Se KOFA-sak 2005/180 og kapittel 14.2.

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

Hvilke organisasjoner regnes som ideelle i forskriftens forstand?

Begrepet ideelle organisasjoner er ikke definert i forskriften. Virkeområdet for bestemmelsen må derfor utledes gjennom tolkning. Dette kan delvis søkes i forhistorien til at unntaket ble tatt inn i forskriften. Offentlig sektor har tradisjonelt hatt et tett samarbeid med organisasjoner hvor frivillig arbeid og veldedighetsarbeid er karakteristisk for virksomheten. Røde Kors, Frelsesarmeen og Kirkens Bymisjon har ofte vært trukket frem som eksempler på slike virksomheter. Virksomhetene skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper uten at mottager yter et fullt ut regningsvarende vederlag.

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

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

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

Ideelle organisasjoner som offentligrettslige organer

En del virksomheter som anses for å være ideelle organisasjoner etter unntaksbestemmelsen, kan etter omstendighetene selv være omfattet av regelverket når de foretar sine anskaffelser, jf. begrepet offentligrettslig organ i § 1-2 annet ledd, se kapittel 2.1. Se også http://odin.dep.no/filarkiv/288686/Fortolkningsuttalelse_off_anskaffelser_bergenkomm.pdf som omhandler finansieringsvilkåret i § 1-2 (2) i forhold til ideelle organisasjoner.

7.4 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

7.4.1 Hovedregel: Anbudskonkurranse

Hovedregelen ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene er i henhold til forskriftens del III at det skal benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. forskriftens § 14-1 første ledd. Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog kan kun benyt-

tes i visse unntakstilfeller. Årsaken til dette er at anbudskonkurranser anses å være den konkurranseformen som best ivaretar de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnlighet og etterprøvbarehet.

Det foreligger en særregel for oppdragsgivere som utøver aktivitet som hører inn i forsyningssektoren.⁷ Disse kan velge å benytte konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring, uten at vilkårene i § 14-3 er oppfylt, jf. forskriftens § 2-1 åttende ledd.

7.4.2 Unntak: Konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog

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

7.4.3 Konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring **Generelt om unntakshjemmel i § 14-3**

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

Dersom vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling i § 14-3 er oppfylt, må konkurransen kunngjøres.⁸ De øvrige reglene i anskaffelsesregelverket gjelder så langt de passer. Det nevnes blant annet at reglene om minimumsfrister vil gjelde i disse tilfellene.

Ukorrekte eller uakseptable tilbud

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

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

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

⁷ En del oppdragsgivere som tidligere var omfattet av forsyningsforskriften skal nå følge forskriften om offentlige anskaffelser. Se <http://www.odin.dep.no/odinarkiv/norsk/bondevikll/mod/pressem/050001-070068/dok-bn.html> oppdragsgivere for nærmere informasjon om denne endringen.

⁸ Jf. forskriftens § 14-3 første ledd jf § 18-3.

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

Ved vurderingen av om tilbudene er ukorrekte eller uakseptable, må det legges en objektiv vurdering til grunn. Dersom oppdragsgivers behov har endret seg, eller årsaken til at konkurransen er mislykket er at oppdragsgiver har utarbeidet et upresist konkurransegrunnlag, kan bestemmelsen ikke benyttes. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver har hatt urealistiske forventninger til hva markedet kan tilby, og anskaffelsen er underbudsjettert. Oppdragsgiver kan i slike tilfeller avlyse konkurransen,⁹ og eventuelt gjennomføre en ny anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog.

Det er ikke adgang for oppdragsgiver å gjøre vesentlig endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene. Vilkårene som var fastsatt i det opprinnelige konkurransegrunnlaget, kunngjøringen mv., blir således avgjørende for hva oppdragsgiver kan forhandle om. Det må foretas en konkret vurdering med hensyn til hva som skal anses som vesentlige endringer. Dersom endringene er så store at anskaffelsen får en annen karakter, og det er grunn til å tro at andre leverandører hadde ønsket å være med i konkurransen, tyder det på at endringene er vesentlige. I slike tilfeller står en ovenfor en ny anskaffelse som må følge hovedregelen om anbudskonkurranse (dersom ikke vilkår for å anvende konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog er oppfylt).

Anskaffelsens art eller tilknyttet risiko tillater ikke samlet prisfastsettelse på forhånd

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

Bestemmelsen gjelder for både vare- tjenester og bygge- og anleggskontrakter.

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

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

⁹ Jf. forskriftens § 22-1.

KOFA sak 2005/68:

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

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

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

Bestemmelsen gjelder kun for tjenestekontrakter.

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

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

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

KOFA sak 2003/184:

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

Bygge- og anleggskontrakter med utelukkende FoU-formål

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

Bestemmelsen gjelder kun bygge- og anleggskontrakter. Varekontrakter med FoU formål reguleres av § 14-4 bokstav e, se veilederens kapittel 7.4.4. Enkelte kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester kan unntas forskriften, jf. § 1-3 annet ledd bokstav g og veilederens kapittel 2.2.2.

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

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

7.4.4 Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring**Generelt om unntakshjemmelen i § 14-4**

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

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

Selv om det ikke foreligger en plikt til å kunngjøre konkurransen etter den aktuelle bestemmelsen, er ikke oppdragsgiver fritatt fra de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket. Oppdragsgiver må derfor blant annet sørge for, så langt som mulig, å avholde konkurranse og å likebehandle leverandørene.

Ukorrekte eller uakseptable tilbud

Dersom det har vært avholdt en anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog, og tilbudene som kom inn var ukorrekte eller uakseptable, kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-4 bokstav a. Det vises til behandlingen i kapittel 7.4.3 av hva som ligger i vilkårene i den liknende bestemmelsen i § 14-3 bokstav a.

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

Mislykket forutgående konkurranse

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

I forskriftens i § 2-1 tredje ledd bokstav e finnes en tilsvarende bestemmelse som hjemler kjøp etter forskriftenes del I for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det vises til kapittel 6.2.1.

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

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

Kun én leverandør i markedet

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

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

Se den liknende bestemmelsen i § 2-1 første ledd bokstav a som gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi, se veiledningens kapittel 6.4.2.

Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver er av den formening at kun én leverandør kan oppfylle deres behov, eller at de kun vet om én leverandør fordi de har manglende kunnskap om markedet. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

Det må foreligge objektive årsaker, for eksempel rettslige skranker, til at kun én leverandør kan oppfylle ytelsen.

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

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

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

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

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

Dersom én leverandør har enerett på ytelsen, og ytelsen derfor kun kan leveres av denne, vil vilkåret være oppfylt. Med enerett siktes det typisk til immaterielle rettigheter som patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse mv. Det er antatt at det ikke er tilstrekkelig at leverandøren har enerett i juridisk forstand, det kreves også at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, ettersom det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen.

Tillatt:

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

Ikke tillatt:

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

KOFA sak 2004/45:

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

Særlige forhold gjør det umulig å overholde fristene

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

Det må for det første foreligge særlige forhold. Det skal mye til for at det anses foreligge «særlige forhold». Det mest praktiske er trolig at det foreligger fare for liv og helse. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom det på grunn av såkalte force majeure liknede forhold, som jordskjelv, oversvømmelser, brann eller lignende, er nødvendig å foreta en anskaffelse for å skaffe livsnødvendige varer, som for eksempel medisiner, matforsyning

eller lignende. Oppbyggingsarbeid etter en naturkatastrofe, som det ikke er nødvendig å starte med før etter en vanlig anskaffelsesprosedyre, vil ikke omfattes av unntaksbestemmelsen. Med andre ord kan det tenkes tilfeller der deler av et prosjekt kan gjennomføres etter unntaksbestemmelsen (medisiner, mat) mens andre deler (oppbyggingsarbeid) må følge de ordinære prosedyrene.

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

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

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

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

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

De grunnleggende prinsippene, særlig forholdsmessighetsprinsippet¹⁰, taler for at bestemmelsen kun kan benyttes til å inngå kontrakter av kortere varighet. Unntaks-

¹⁰ Jf. forskriftens § 3-1 femte ledd.

bestemmelsen bør ikke benyttes til å inngå kontrakter av lenger varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Oppdragsgiver bør innen rimelig tid avholde en konkurranse i henhold til de alminnelige reglene i forskriften for kontrakter av lenger varighet.

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

Varekontrakter med utelukkende FoU-formål

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

Bestemmelsen gjelder kun for varekontrakter. Bygge- og anleggskontrakter med FoU formål reguleres av § 14-3 bokstav d, se veilederens kapittel 7.4.3. Enkelte kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester kan unntas forskriften, jf. § 1-3 annet ledd bokstav g og veilederens kapittel 2.2.2.

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

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

Tilleggsleveranser i en varekontrakt fra den opprinnelige leverandøren

Dersom oppdragsgiver har inngått en varekontrakt med en leverandør, kan han i visse tilfelle anskaffe tilleggsleveranser fra den samme leverandøren, jf. forskriftens § 14-4 bokstav f. Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene kan være økonomiske mest fordelaktig for oppdragsgiver å foreta anskaffelsen fra den opprinnelige leverandøren. Oppdragsgiver bør imidlertid alltid vurdere om anbudskonkurranse vil sikre en mer effektiv anskaffelse.

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

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

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

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

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

Kontrakter inngått etter denne bestemmelsen skal normalt ikke overstige tre år. Utgangspunktet for beregningen av fristen er da den opprinnelige hovedkontrakten ble inngått.¹¹

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

Varen kjøpes på varebørs

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

¹¹ EF-domstolen uttalte i C-385/02 at utgangspunktet for beregningen av fristen er da den opprinnelige kontrakten ble inngått.

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

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

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

Varen kan anskaffes på særdeles fordelaktige vilkår

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

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

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

Tjenestekontrakter som skal inngås etter plan- og designkonkurranse

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan benyttes ved tjenestekontrakter som inngås etter en plan- og designkonkurranse, der det er fastsatt at kontrakten skal tildeles vinneren eller en av vinnerne i konkurransen, jf. forskriftens § 14-4 bokstav i.¹² Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene allerede har vært en kunngjøring og konkurranse gjennom plan- og designkonkurransen.

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

Tilleggstjenester og tilleggsarbeid fra den opprinnelige leverandøren

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

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

Begrepet konkurranse med forhandling er ikke dekkende i en slik situasjon, siden det ikke vil være en reell konkurranse da oppdragsgiver vil inngå forhandlinger med den

¹² Jf. forskriftens § 21-1 og veiledningens kapittel 17.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.4.5 Konkurranspreget dialog

Bakgrunn

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

Ettersom det er ulovlig å forhandle med leverandørene i anbudskonkurranser, og konkurranse med forhandling kun kan benyttes i snevre unntakstilfeller, har det vokst frem et behov for å innføre en mer fleksibel prosedyre for disse kontraktene. Forskriften inneholder derfor en ny innkjøpsprosedyre etter mønster fra EUs nye anskaffelsesdirektiv¹³, kalt konkurransepreget dialog.

Særlig komplekse kontrakter

Hovedvilkåret som må være oppfylt for å bruke konkurransepreget dialog er at det gjelder tildeling av en særlig kompleks kontrakt. Forskriften definerer i hvilke tilfeller en kontrakt anses som særlig kompleks. Det første alternativet er når oppdragsgiver objektivt sett ikke er i stand til å presisere de tekniske vilkårene som vil oppfylle oppdragsgivers behov og formålet med anskaffelsen jf. § 15-4 tredje ledd. Det andre alternativet er der oppdragsgiver objektivt sett ikke er i stand til å presisere de rettslige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt. Det finnes foreløpig ikke domsavgjørelser eller annen praksis om hva som ligger i disse begrepene. En kan få noe veiledning i Kommisjonens notat, jf. CC/2005/04.

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

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

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

¹³ Prosedyren konkurransepreget dialog ble innført i direktiv EF/18/2004 og det er valgfritt for de enkelte EU/EØS- statene å gjennomføre konkurranseformen. Norge valgte å innføre prosedyren for å gi innkjøperne større valgfrihet og fleksibilitet ved særlig komplekse kontrakter.

Teknisk kompleksitet

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

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

Tillatt:

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

Juridisk eller finansiell kompleksitet

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

Tillatt:

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



Kapittel 8

Rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning

8.1 Innledning om rammeavtaler

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

8.1.1 Ny regulering

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

Ettersom de tidligere direktivene og den tidligere norske forskriften ikke inneholdt noen bestemmelser om rammeavtaler, finnes det få rettskilder. En rekke problemstillinger må løses gjennom praksis. En del veiledning gis i Kommisjonens notat².

8.1.2 Bruk av rammeavtaler

Bruk av rammeavtaler kan gi administrative besparelser både for oppdragsgivere og leverandører. Rammeavtaler kan gi oppdragsgiver stor fleksibilitet der anskaffelser skal skje over et tidsrom. Flexibiliteten må imidlertid avveies mot de grunnleggende kravene, herunder kravene til forutsigbarhet og gjennomsiktighet. Disse kravene innebærer blant annet at oppdragsgiver må gi tilstrekkelig informasjon om innholdet av anskaffelsen, fremgangsmåten og tildelingskriteriene som skal benyttes for inngåelse av den enkelte kontrakt. Svært vide angivelser av hva oppdragsgiver skal kjøpe inn, som for eksempel «alle rådgivningstjenester for oppdragsgiver i de neste 4 år» vil ikke være tillatt.

¹ 2004/18/EU

² CC/2005/03

8.2 Hva er rammeavtaler

8.2.1 Tre typer rammeavtaler

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

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

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

Eksempel:

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

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

8.2.2 Kjøpeplikt/leveringsplikt

Oppdragsgiver i en rammeavtale påtar seg ikke nødvendigvis noen forpliktelse til rent faktisk å benytte avtalen. Hvorvidt rammeavtalen inneholder en kjøpeplikt eller leveringsplikt, beror på alminnelig avtaletolkning.

8.3 Generelle regler for inngåelse av rammeavtaler

8.3.1 Alminnelige prosedyreregler

Rammeavtaler er ikke en type prosedyre, men et kontraktstype som kan benyttes gjennom bruk av de alminnelige prosedyrene, herunder reglene om kunngjøring, tidsfrister, kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, jf. forskriftens §§ 6-1 første ledd og 15-1 første ledd.

Oppdragsgiver må altså vurdere på vanlig måte hvorvidt det er tillatt og hensiktsmessig å benytte åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandlinger. Det er ingen regler som eksplisitt forbyr muligheten av å benytte konkurransepreget dialog. Denne prosedyren fremstår imidlertid som lite aktuell for rammeavtaler.

8.3.2 Kravet til konkurranse

Oppdragsgiver må ikke misbruke eller anvende rammeavtaler på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen. Bruk av rammeavtaler kan i noen tilfeller virke konkurransebegrensende og redusere små og mellomstore bedrifers adgang til markedet.

Begrensningen på rammeavtalens lengde er en viktig regel for å forhindre misbruk av rammeavtaler på en konkurransevidene måte.

Rammeavtaler kan imidlertid også benyttes for å fremme konkurransen, for eksempel der det kunne vært hensiktsmessig å tildele én stor kontrakt til én leverandør, men oppdragsgiver i stedet velger å dele opp anskaffelsen i flere partier, slik at små og mellomstore bedrifter lettere kan delta.

8.3.3 Varigheten av rammeavtaler

Rammeavtaler kan som hovedregel ikke inngås for mer enn fire år³, jf. forskriftens §§ 6-1 fjerde ledd og 15-1 fjerde ledd. Bestemmelsen om begrensnings av varighet har sin bakgrunn i det grunnleggende kravet til konkurranse.

En rammeavtale kan imidlertid benyttes til utløpet av avtaleperioden, selv om leveransen på bakgrunn av en konkret bestilling skulle finne sted etter utløpet av rammeavtalen. Det er noe uklart hvor grensene går for hvor lang varighet kontraktene innenfor rammeavtalen kan ha, etter utløpet av rammeavtalen. Det bør derfor vises varsomhet på dette området.

Eksempel:

En kommune har en rammeavtale på konsulenttjenester, med 3 års varighet. I løpet av 3-årsperioden har konsulenttjenestene som er utført under rammeavtalen normalt hatt en varighet på 1 måned. Kort tid før rammeavtalens utløp inngås det en kontrakt om et konsulentoppdrag på 18 måneders varighet. Dette vil kunne anses som misbruk av rammeavtalen.

Hovedregelen om maksimal varighet på fire år kan fravikes i tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand, jf. forskriftens §§ 6-1 fjerde ledd og 15-1 fjerde ledd. Kommisjonen notat uttaler at en lengre periode kan forsvares for å sikre effektiv

³ I kommisjonens opprinnelige forslag til direktivtekst ble det foreslått en hovedregel for rammeavtalers varighet på tre år, og en maksimalgrense på fem år. Imidlertid ble det antatt at det i enkelte tilfeller ville være behov for avtaler med en lengre varighet enn fem år. Resultatet ble direktivets artikkel 32 nr 2 fjerde ledd som bestemmer at rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn fire år «*unntagen i særlige tilfælde, som er behørig begrunnet navnlig i rammeaftalens formål*» eller på engelsk «*save in exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement*».

konkurranse om den aktuelle kontrakten, dersom utførelsen av kontrakten krever investeringer med nedskrivningsperiode på over fire år. Kravet til konkurranse står altså sentralt i vurderingen av hvorvidt unntaket kan benyttes. Det antas at unntaket er snevert, og at vurderingen av hvorvidt det kan benyttes ikke åpner for oppdragsgivers subjektive skjønn.

8.3.4 Hvem kan benytte seg av rammeavtalen(e)?

Kontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, jf. forskriftens §§ 6-1 tredje ledd og 15-1 tredje ledd. Rammeavtalene er med andre ord et lukket system, der verken nye oppdragsgivere eller nye leverandører kan slutte seg til rammeavtalen i løpet av avtaleperioden. Dette er en viktig begrensning for å hindre at nye oppdragsgivere eller leverandører bruker en allerede inngått rammeavtale hvor det ellers skulle vært gjennomført ny konkurranse.

Når en rammeavtale skal benyttes av flere oppdragsgivere, må det fremgå av kunngjøringen hvem som skal kunne benytte rammeavtalen. I kommisjonens notat fremgår det at navnene på oppdragsgiverne enten må fremgå direkte av kunngjøringen, eller gjennom referanse til andre dokumenter som for eksempel i konkurransegrunnlaget eller en liste som er tilgjengelig hos en av oppdragsgiverne. Kunngjøringen må altså gjøre det mulig å identifisere hvilke oppdragsgivere som skal inngå i rammeavtalen.

8.3.5 Vesentlige endringer

En viktig begrensning i bruken av rammeavtaler, er at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene, jf. forskriftens §§ 6-1 tredje ledd og 15-1 tredje ledd.

Dersom endringene er av en slik karakter at de kunne ha påvirket sammensetningen av hvilke leverandører som har respondert på oppdragsgivers kunngjøring, eventuelt hvordan leverandørene ville utformet tilbudet sitt, vil endringen normalt anses som vesentlig, og det må gjennomføres ny konkurranse.

Det fremgår av direktivets artikkel 32 nr.2 tredje ledd at oppdragsgiver må være spesielt tilbakeholden med å gjøre endringer i tilfeller med rammeavtaler med kun én leverandør. Dette trekker i retning av at det er noe større rom for endringer i forkant av minikonkurranser, der leverandører fremdeles skal konkurrere om kontrakten som skal tildeles, enn der det kun er én potensiell leverandør til kontrakten.

8.3.6 Spesielt om inngåelse av rammeavtaler med flere leverandører – krav til antall

Ved inngåelse av rammeavtaler med flere leverandører under forskriftens del III, skal det inngås rammeavtale med minst tre leverandører, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud, jf. § 15-3 første ledd.

Forskriftstekstens henvisning til «*tilstrekkelig antall egnede tilbud*» er en gjennomføring av direktivteksten som viser til et «*tilstrækkelig antal antagelige tilbud, der opfylder tilde-*

lingskriterierne». Direktivteksten er noe uklar, ettersom evalueringen av tildelingskriteriene er relativ, og ikke en bestått/ikke bestått-vurdering, slik som for kvalifikasjonskravene. En mulig fortolkning av bestemmelsen er at den er ment å åpne for muligheten til å inngå rammeavtale med færre enn 3 dersom øvrige tilbud er uakseptable, for eksempel på grunn av alt for høy pris.

I forskriftens del II er det ikke oppstilt et krav om minst tre leverandører ved inngåelse av parallelle rammeavtaler. Imidlertid gjelder også her det generelle kravet til konkurranse. Det må derfor foretas en konkret vurdering av hvorvidt kravet til konkurranse er tilfredsstillt ved inngåelse av parallelle rammeavtaler med kun to leverandører. Hensynet til effektiv ressursbruk kan for eksempel tale for dette, dersom kontraktsverdien for rammeavtalen er lav og det påløper uforholdsmessig store transaksjonskostnader ved inngåelse av mange parallelle rammeavtaler.

Dersom oppdragsgiver vil benytte seg av muligheten i §§ 8-6 og 17-6 til å sette en grense for antall deltakere i konkurransen, må minimumsantallet settes tilstrekkelig høyt til å tilfredsstille minimumskravene til antall leverandører for parallelle rammeavtaler.

8.4 Tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler

Tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale omtales også som at avrop eller bestilling skjer basert på en rammeavtale. Prosedyrene for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen reguleres av forskriftens §§ 6-2, 14-2, 6-3 og 14-3.

8.4.1 Én leverandør

Tildeling av kontrakter der oppdragsgiver har en rammeavtale med faste vilkår med én leverandør, reguleres av forskriftens §§ 6-2 første ledd og 15-2 første ledd. At vilkårene er bindende fastsatt betyr ikke nødvendigvis at prisen er endelig fastsatt til en bestemt sum. Det er fullt mulig at prisen refererer til en prisindeks, forutsatt at prisen for et bestemt bestilling kan fastsettes på en objektiv måte.

Ved tildeling av «alminnelige» kontrakter, er det normalt ikke behov for utfylling av tilbudet i perioden mellom valg av leverandør og kontraktsinngåelse. Dette kan være annerledes ved tildeling av kontrakt under en rammeavtale. Tildeling av kontrakter i situasjoner der oppdragsgiver har en rammeavtale med én leverandør, og der ikke alle vilkårene er bindende fastsatt i rammeavtalen, reguleres av forskriftens § 6-2 annet ledd, jf. første ledd og 15-2 annet ledd, jf. første ledd. Oppdragsgiver har muligheten til å skrift-

lig konsultere leverandøren og om nødvendig be om at tilbudet utfylles. Utfylling vil kun være aktuelt for avtaler der ikke alle vilkårene er fastsatt ⁴.

Dersom rammeavtalen ikke bindende fastsetter alle vilkårene, vil det være nødvendig å utfylle tilbudet, slik at inngåelsen av kontrakten kan skje på basis av vilkårene fra rammeavtalen i kombinasjon med de utfylte vilkårene.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med de generelle kravene til rammeavtaler som forbyr at partene gjør vesentlige endringer i avtalevilkårene.

8.4.2 Flere leverandører, generelt

En og samme rammeavtale kan ha faste vilkår for bestemte kontrakter under rammeavtalen, og ikke faste vilkår for andre kontrakter under rammeavtalen. Hvorvidt vilkårene er faste eller ei, beror på en tolkning av rammeavtalen.

Eksempel:

En kommune inngår parallelle rammeavtaler som angir stykkpriser på PC'er. Rammeavtalene presiserer samtidig at rabatt kan gis ved kjøp av minimum 30 PC'er. Dersom kommunen skal gå til innkjøp av en enkelt PC legges stykkprisene i rammeavtalene til grunn. Skal kommunen derimot fornye PC-parken og kjøpe inn mer enn 30 PC'er, må det gjennomføres en minikonkurranse.

8.4.3 Flere leverandører, faste vilkår

Tildeling av kontrakter hvor oppdragsgiver har rammeavtaler med faste vilkår med flere leverandører, reguleres i forskriftens §§ 6-3 første ledd og 15-3 annet ledd. At vilkårene skal være bindende fastsatt betyr ikke nødvendigvis at prisen skal være endelig fastsatt til en bestemt sum. Det er fullt mulig at prisen refererer til en prisindeks, forutsatt at prisen for en bestemt bestilling kan fastsettes på en objektiv måte.

Dersom alle vilkårene ligger fast, er det ikke tillatt å åpne konkurransen på nytt for å endre disse vilkårene. Av dette følger det at det ikke er tillatt å presse leverandører ytterligere gjennom en minikonkurranse på vilkår som allerede er bindende avtalt i rammeavtalen. For eksempel kan oppdragsgiver ikke åpne ny konkurranse på pris hvis leverandørene allerede har gitt sine beste priser gjennom faste prisvilkår i rammeavtalen.

⁴ Bestemmelsene er en gjennomføring av direktivets artikkel 32 nr 3 første og annet ledd. Annet ledd bestemmer at «for the award of those contracts, contracting authorities may consult the operator party to the framework agreement in writing, requesting it to supplement its tender as necessary». I forbindelse med utarbeidelsen av direktivteksten ga de tidligere forslagene til ordlyd oppdragsgiver mulighet til å «supplement its tender or to improve it as compared to the conditions established in the agreement» og i det påfølgende forslaget «to update its tender as necessary».

Kommisjonen har i sitt notat gitt uttrykk for at denne historikken viser at det ikke er rom for utfylling av avtalen dersom alle vilkårene er bindende fastsatt i rammeavtalen. De argumenterer med at begge de tidligere forslagene til ordlyd forutsetter at oppdragsgiver kan be om endringer av vilkårene, selv der samtlige vilkår opprinnelig var bindende fastsatt. I den endelige ordlyden endte man imidlertid kun med muligheten til å «supplement», det vil si å utfylle tilbudet. Utfylling vil derfor kun være aktuelt for avtaler der ikke alle vilkårene er fastsatt.

Bestemmelsene om rammeavtaler regulerer ikke eksplisitt hvordan oppdragsgiver skal velge ut leverandør til den enkelte kontrakten som tildeles innenfor rammeavtalene. De grunnleggende prinsippene gir imidlertid føringer på hvordan tildeling kan skje. Hensynet til forutberegnlighet taler for at alle forhold som er relevante for tildeling av kontrakten skal fremgå av konkurransegrunnlaget for rammeavtalene.

Eksempel:

Først la leverandøren av det beste tilbudet få mulighet til å levere. Hvis vedkommende ikke kan levere, for eksempel grunnet kapasitetsproblemer, får leverandøren som hadde levert det nest beste tilbudet mulighet til å levere etc.

Eksempel:

En kommune har inngått rammeavtaler om kjøp av lamper. I vilkårene for rammeavtalen inngår både kvalitetsstandard og stykkpris. Dessuten har hver leverandør tilbudt definerte rabatter avhengig av hvor mange lamper som skal kjøpes av gangen. I dette tilfellet vil det ikke være behov for en minikonkurranse, fordi vilkårene er gitt og oppdragsgiver har et grunnlag for å tildele den konkrete kontrakten.

8.4.4 Flere leverandører, ikke faste vilkår

Tildeling av kontrakter i situasjoner der oppdragsgiver har rammeavtaler med flere leverandører, og der ikke alle vilkårene er bindende fastsatt i rammeavtalene, reguleres av forskriftens §§ 6-3 annet ledd og 5-3 tredje ledd.

Konkurransen skal gjennomføres på vilkårene som fremgår av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, som generelt skal ligge fast, men om nødvendig kan presiseres. De konkrete omstendighetene kan for eksempel gjøre det nødvendig å stille et nærmere bestemt krav til leveringstid innenfor det avtalte spennet for leveringstid.

Dersom konkurransen skal baseres på andre vilkår, må disse oppgis i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen⁵. For eksempel kan det tenkes at bruk av et tildelingskriterium som leveringstid først vil kunne være relevant å se hen til i evalueringen av de enkelte kontrakter som skal tildeles under rammeavtalen, fordi kriteriet ikke vil gi mening utover det konkrete prosjektet kontrakten gjelder.

⁵ Det kan stilles spørsmål til hvorvidt tildelingskriteriene som skal benyttes i en minikonkurranse må følge reglene om vektning, jf. forskriften §§ 13-2 og 22-2. Verken forskriftens eller direktivets ordlyd gir noe entydig svar på dette. Sue Arrowsmith argumenterer med at oppdragsgiver plikter å angi hvilke kriterier som skal benyttes, men ikke vektningen av disse. Hun begrunner dette ut fra at det ikke alltid vil være mulig å forutse hvilke forhold som bør vektas tyngst når den enkelte kontrakten under rammeavtalen skal inngås. I ett tilfelle kan leveringstiden være det avgjørende kriteriet, mens i det neste tilfellet er av helt underordnet betydning.

Eksempel:

En kommune tildeler rammeavtaler på bakgrunn av tildelingskriteriene pris og kvalitet, mens tildelingen av den enkelte kontrakten innenfor rammeavtalen skjer på bakgrunn av tildelingskriteriet leveringstid. Vilkårene for den fornyede konkurransen fremgår av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.

Det skal iverksettes ny konkurranse «mellom partene», jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd og 15-3 tredje ledd. I samme bestemmelse bokstav a er det presisert at oppdragsgiver skriftlig skal konsultere «*de leverandører som er i stand til å gjennomføre kontrakten*». Normalt må dermed alle leverandørene kontaktes. Dersom rammeavtalene kun er delvis parallelle vil det imidlertid kun være aktuelt å invitere de som kan levere den aktuelle varen eller tjenesten som oppdragsgiver er på jakt etter.

Oppdragsgiver skal fastsette en tilstrekkelig frist til innlevering av tilbud på de enkelte kontraktene under rammeavtalen, jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd bokstav b og 15-3 tredje ledd bokstav b. Minimumsfristene i forskriftens kapittel 19 gjelder ikke i disse tilfellene. Fristen skal fastsettes skjønnsmessig i det oppdragsgiver tar hensyn til kontraktsgjenstandens kompleksitet, slik at leverandørene gis rimelig tid til å utarbeide og sende inn tilbudet. Dersom oppdragsgiver velger å gjennomføre minikonkurransen som en elektronisk auksjon, må imidlertid fristene i forskriftens §§ 13-4 og 22-4 overholdes.

Tilbudene skal sendes inn skriftlig og innholdet skal holdes fortrolig inntil den fastsatte tilbudsfristen har utløpt, jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd bokstav c og 15-3 tredje ledd bokstav c. Hvis oppdragsgiver benytter seg av e-auksjon, vil det imidlertid gjelde visse unntak fra fortrolighetskravet, da noe informasjon skal ut til leverandørene.

Tildelingen av kontrakt skal skje på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd bokstav d og 15-3 tredje ledd bokstav d. Tildelingskriteriene som legges til grunn for valg av leverandør til rammeavtalen, trenger ikke være de samme som tildelingskriteriene som skal legges til grunn ved valg av leverandør til den enkelte kontrakt innenfor rammeavtalen. Imidlertid er det vesentlig at dette går klart frem av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.

8.5 Dynamisk innkjøpsordning

8.5.1 Generelt

En dynamisk innkjøpsordning (DPS)⁶ er en ny måte å gjennomføre anskaffelser på og kan karakteriseres⁷ på følgende måte:

- Det er en fullelektronisk innkjøpsprosess,
- Ordningen brukes på ordinære anskaffelser som er tilgjengelige på markedet.
- Ordningen er begrenset i varighet.
- Ordningen er åpen gjennom hele ordningens varighet for alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, og som har levert et veiledende tilbud som er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget.

Bestemmelsene om dynamiske innkjøpsordninger fremgår av forskriftens §§ 6-4 og 15-4.

Et dynamisk innkjøpsordning kan brukes til å anskaffe standardiserte leveranser. Et eksempel på dette kan være kontorrekvisita. DPS kan ikke brukes for anskaffelser som forutsetter tilpassninger til oppdragsgiveren. Med relativt sett korte tidsfrister for å melde seg på systemet i systemets levetid, og til å levere tilbud for den enkelte kontrakt, kan det være vanskelig for leverandørene å delta der leveransene ikke er standardiserte.

En DPS kan som klar hovedregel ikke opprettes for mer enn fire år.

Bakgrunnen for denne nye ordningen er at oppdragsgiver ved bruk av elektroniske anskaffelsesmåter på en billig og rask måte får tilgang til, og kan evaluere tilbudsinformasjon fra en stor mengde firmaer, inkludert data som er gjort tilgjengelig gjennom elektroniske varekataloger. Gjennom et system for å ha flest mulige tilbud fra leverandører tilgjengelig til enhver tid, sikres størst mulig konkurranse.

DPS skjer gjennom en tredelt prosess:

1. Oppdragsgiver kunngjør opprettelsen av ordningen og bruker prosedyren for åpen anbudskonkurranse.
2. Interesserte leverandører leverer veiledende tilbud som angir om de kan levere de forespurte varene eller tjenestene. Oppdragsgiver må slippe alle kvalifiserte leverandører inn i systemet, og må også slippe inn nye leverandører kontinuerlig.
3. Oppdragsgiver må kunngjøre før hver kontraktsinngåelse, for å gi alle interesserte leverandører som ikke er registrert i ordningen muligheten til å bli registrert før kontrakten inngås. Oppdragsgiveren inviterer så alle leverandører som er registrert i systemet til å gi tilbud.

⁶ Den engelske betegnelsen på en dynamisk innkjøpsordning er dynamic purchasing system. Dette er blitt forkortet DPS. Fordi DPS er en innarbeidet forkortelse vil dette bli brukt i denne veilederen.

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

8.5.2 Sammenligning av dynamiske innkjøpsordninger og rammeavtaler

DPS og rammeavtaler med flere leverandører hvor kontrakter tildeles på basis av mini-konkurranse, er like ved at leverandørene innleverer tilbud ved starten av prosedyren. De skiller seg imidlertid ved at tilbudene, ved opprettelsen av en DPS, kun er veiledende og brukes til å se om leverandøren kan tilby det relevante produktet. Ved DPS må alle leverandører som har tilbud som oppfyller kravspesifikasjonene slippes inn i systemet. I en rammeavtale kan tilbudene som leveres inn ved starten av rammeavtalen brukes til å begrense antall leverandører som er tilknyttet rammeavtalen. Ved inngåelse av kontrakt i et DPS må oppdragsgiver dermed, i motsetning til ved en rammeavtale, kanskje måtte vurdere et stort antall tilbud. En rammeavtale med flere leverandører kan imidlertid også potensielt sett inngås med mange leverandører. En stor forskjell er at i et DPS må oppdragsgiver kunngjøre hver gang det skal inngås en kontrakt. Et DPS medfører dermed større konkurranse i systemets levetid i motsetning til en rammeavtale hvor det er låst i rammeavtalens levetid hvem som deltar. Et DPS kan imidlertid, sammenlignet med en rammeavtale, medføre økte transaksjonskostnader fordi det må kunngjøres med evaluering av mulige nye leverandører og det må vurderes tilbud fra potensielt sett mange leverandører. Å inngå en kontrakt under et DPS kan dermed også ta lengre tid enn under en rammeavtale. Et DPS er dermed trolig lite egnet til å inngå mange små kontrakter.

En sammenligning av DPS i forhold til rammeavtaler:

Fordel: Nye leverandører kan komme inn i ordningen i systemets løpetid.

Fordel og ulempe: Oppdragsgiver må vurdere et stort antall tilbud ved inngåelse av hver kontrakt.

Ulempe: Inngåelse av kontrakt under DPS er mer ressurskrevende og mer tidkrevende enn under rammeavtaler.



Kapittel 9

Konkurransetingelser

9.1 Innledning

I konkurranser om offentlige anskaffelser stiller oppdragsgiver en rekke krav og kriterier som er betingelser for konkurransen. Dette kan være krav til leverandørens kvalifikasjoner, krav til ytelsen som skal leveres og kontraktsbetingelser, se kapittel 9.3 og 9.5 til 9.8. Hvis det er aktuelt å begrense antall deltagere i konkurransen må det oppstilles kriterier for utvelgelse, se kapittel 9.4. For å evaluere hvilket tilbud som er best må oppdragsgivere oppstille tildelingskriterier. Tildelingskriterier blir behandlet i kapittel 15.

For å sikre kravene til gjennomsiktighet og forutberegnlighet må oppdragsgiver beskrive tydelig i kunngjøringen og/eller i konkurransegrunnlaget hvilke betingelser som gjelder for konkurransen.

9.2 Konkurransgrunnlag

Et konkurransegrunnlag supplerer og utdyper de opplysningene som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen. I konkurransegrunnlaget har derfor oppdragsgiver anledning til å fastsette mer detaljerte krav til konkurransen, anskaffelsen eller kontraktsbetingelsene. Ved anskaffelser som følger reglene i del II, trenger ikke oppdragsgiver å utarbeide et eget konkurransegrunnlag hvis kunngjøringen beskriver vilkårene for konkurransen på en tilstrekkelig utfyllende måte. Departementet mener at dette vil være mest aktuelt ved enkle kjøp av standardiserte varer. Når anskaffelsen følger reglene i del III må det utarbeides et konkurransegrunnlag som utfyller kunngjøringen.

Konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om hvilken ytelse som skal anskaffes. Departementet anbefaler i de fleste tilfeller at anskaffelsen spesifiseres gjennom behovspesifikasjon eller ved angivelse av funksjonskrav. For nærmere informasjon om bruk av tekniske spesifikasjoner, se kapittel 9.5.

Konkurransegrunnlaget skal videre gi opplysninger om hvordan konkurransen skal gjennomføres. Det skal opplyses om den prosedyre som er valgt og hvordan den skal gjennomføres, hvilke krav som stilles til leverandørene, hvordan oppfyllelse av disse kravene skal dokumenteres og, dersom det er aktuelt, hvorledes utvelgelse av leverandører i konkurranser der det settes en grense for antall deltagere, skal skje. Senere i dette kapittelet er både kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører nærmere beskrevet.

Oppdragsgiver skal også gi opplysninger om endelig frist for mottak av tilbud, hvor og hvordan det skal leveres, vedståelsesfrist og eventuelle krav som stilles til utfylling, utforming og merking.

Det skal også opplyses om de tildelingskriterier som legges til grunn for konkurransen og den relative vekten av disse.

For å ivareta kravene til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og likebehandling må konkurransegrunnlaget utformes på en klar, tydelig og nøyaktig måte. Sammen med kunngjøringen skal konkurransegrunnlaget gi leverandørene de opplysninger som er nødvendige for at de skal kunne utarbeide et fullstendig og fullverdig tilbud som har reell mulighet til å nå opp i konkurransen. Det er imidlertid, innenfor visse rammer, anledning til å endre, rette og supplere konkurransegrunnlaget, jf. §§ 8-2 og 17-2.

9.3 Kvalifikasjonskrav

9.3.1 Generelt om kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med å stille kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren teknisk, organisatorisk, økonomisk og finansielt har det nødvendige grunnlaget for å gjennomføre kontrakten. Dette kan for eksempel være krav til tilstrekkelig økonomisk soliditet.

Det fremgår nå uttrykkelig av forskriften at oppdragsgiver kan stille minimumskrav som leverandørene må oppfylle for å delta i konkurransen, jf. §§ 8-4 og 17-4. Manglende oppfyllelse av slike minimumskrav skal lede til avvisning. Slike minimumskrav skal være egnet til å sikre at leverandøren kan oppfylle kontrakten, og må stå i forhold til anskaffelsen, jf. §§ 8-4 annet ledd og 17-4 annet ledd. Dersom det eksempelvis stilles krav om minimumsomsetning, må dette kravet være proporsjonalt med hvor stor kontrakten er. Dette gjelder både selve innholdet i kravet og dokumentasjonsbyrden.

I forskriftens del III blir det gitt eksempler på dokumentasjon som kan godtas som bevis på leverandørens økonomiske og finansielle stilling, jf. § 17-8. Listen er ikke uttømmende. Listen over dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner er imidlertid uttømmende, jf. § 17-9.¹ Det kan dermed ikke bes om annen dokumentasjon enn den som er opplistet der.

Dokumentasjonskravene som stilles skal være like for alle leverandører. Det vil være et brudd på likebehandlingsprinsippet å stille ulike dokumentasjonskrav til leverandørene, uavhengig av egen kjennskap til leverandøren.

¹ I tillegg kommer forskriftens § 17-13 første ledd som er en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 48 nr. 2 bokstav f, men som departementet i motsetning til strukturen i direktivet, valgte å plassere sammen med den nærmere reguleringen av hvordan miljøledelsessystemer kan kreves dokumentert.

Kvalifikasjonsfasen er omfattende behandlet i departementets veileder Beste Praksis fra 2004². Denne veilederen går praktisk til verks og beskriver god innkjøpspraksis. Regelverket om kvalifisering av leverandører er i liten grad endret. Beste Praksis-veilederen vil derfor fortsatt kunne være til stor hjelp i kvalifiseringen av leverandørene. Dette kapitlet vil derfor fokusere på noen spesielle juridiske problemstillinger, og vil ikke gi noen samlet fremstilling av kvalifikasjonsreglene

9.3.2 Noen spesielle problemstillinger

Leverandøren kan støtte seg på andre foretaks kapasitet

En leverandør kan støtte seg på andre foretaks finansielle og økonomiske styrke og tekniske eller faglige kvalifikasjoner, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem, jf. §§ 17-8 og 17-9.³ Leverandøren skal i et slikt tilfelle kunne dokumentere at han har tilgang til disse andre foretakenes kapasitet. Forskriften angir at en skriftlig avtale vil være en mulig måte å dokumentere dette på. Det vil også være adgang til å kunne dokumentere dette på annen måte som oppdragsgiver anser egnet, i tråd med forskriftens § 17-8 femte ledd. Adgangen til å påberope seg muligheten er ikke begrenset til konsernforhold eller lignende. Bestemmelsen gjør det lettere for nystartede og små selskaper å få mulighet til å levere til det offentlige. Det avgjørende er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår.

Dokumentasjon av registrering eller godkjenninger mv.

Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren er registrert i faglig registre, handelsregistre eller foretaksregistre som beskrevet i lovgivningen i den stat hvor de er etablert, jf. § 17-10. For norske leverandører kan dette gjelde et krav om registrering i foretaksregisteret. For kjøp fra leverandører fra andre EØS-stater fremgår en liste over relevante registre i de andre medlemslandene i vedlegg IX til direktiv 2004/18/EF⁴.

Kvalifiseringsverktøy

Kvalifisering av leverandører er ressurskrevende både for oppdragsgiver og leverandørene. Det kan tenkes ulike systemer som forenkler denne prosessen. Slike systemer kan variere fra å være en dokumentasjonsdatabase hvor mye dokumentasjonen er lett tilgjengelig på ett sted, til å være mer utførlige systemer som foretar hele eller deler av kvalifiseringsarbeidet, inkludert vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Avhengig av arten av kvalifiseringsverktøyet, kan dette fungere som en database hvor leverandører som er registrert automatisk kan dokumentere kvalifikasjonskrav ved å vise til sin registrering. I kvalifiseringsverktøyet kan man sette av større ressurser til å undersøke hver leverandør ved registrering og til å følge opp leverandøren over tid. Leverandøren behøver ikke samle inn dokumentasjon og sende den inn til hver oppdragsgiver for hver konkurranse. Oppdragsgiver behøver ikke motta dokumentasjon og måtte bruke ressurser og kompetanse til å evaluere dokumentasjonen. Et eksempel på

² http://www.odin.dep.no/nhd/norsk/dok/andre_dok/veiledninger/024081-120019/dok-bn.html

³ Bestemmelsen kodifiserer gjeldende rett etter EF-domstolens dom C-176/98, Holst Italia.

⁴ Lenke til direktivet med vedlegg på våre hjemmesider.

et kvalifiseringsverktøy er <http://www.startbank.no/> som er utviklet av Byggenæringens Landsforening (BNL).

Oppdragsgiver kan ikke kreve at en leverandør skal dokumentere eller oppfylle kvalifikasjonskrav gjennom registrering i et kvalifikasjonsverktøy. Oppdragsgiver kan kun angi at dokumentasjonskravene eller kvalifikasjonskravene for visse kvalifikasjonskriterier vil være oppfylt gjennom en slik registrering, men at det også vil være oppfylt ved annen dokumentasjon. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å bruke kvalifikasjonsverktøy til å foreta hele eller deler av kvalifiseringsjobben. Oppdragsgiver må da dekke kostnadene.

I forsyningsforskriften er det adgang til å kunngjøre gjennom såkalte kvalifikasjonssystemer. Oppdragsgiver kan kunngjøre at det etableres et kvalifikasjonssystem som vil bli brukt for visse anskaffelser. Leverandører kan så bli kvalifisert til å bli tatt opp i dette systemet. Når oppdragsgiver så senere skal foreta en anskaffelse, behøver han ikke kunngjøre dette i TED⁵, men kun invitere de som er medlem av kvalifikasjonssystemet for den relevante type anskaffelsen. En dokumentasjonsdatabase har ikke denne virkningen i klassisk sektor.

Miljøledelse

Forskriftens § 17-13 regulerer muligheten for å stille krav om relevante miljøledelsestiltak hos leverandøren. Miljøledelsestiltak kan kun kreves for tjenesteytelser og bygge- og anleggsarbeider. Bestemmelsen forskriftsfester gjeldende praksis.⁶ Se departementets miljøveileder kapittel 5.3 for utdypning av dette. Kvalifikasjonskrav må være egnet til å sikre at leverandøren kan oppfylle kontraktsbetingelsene, jf. § 17-4 annet ledd. Det kan derfor ikke stilles et generelt krav om miljøledelsessystem, men det må i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering av om et miljøstyringssystem vil ha innflytelse på utførelsen av den aktuelle tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet. Dette innebærer at det ikke kan stilles krav som har betydning ut over utførelsen av den aktuelle kontrakten i tid og omfang.

Utførelsen av de fleste typer tjenester eller bygge- og anleggsarbeider vil medføre miljøbelastninger og oppdragsgiver kan da stille miljøkrav. Kommisjonen skriver som eksempel i sin miljøveileder:

*«Bygning af en bro i et beskyttet område
Et eksempel på sådanne specifikke miljøstyringsforanstaltninger vil være en kontrakt om bygning af en bro i et beskyttet område. En sådan kontrakt kræver fastlæggelse af en række specifikke miljøstyringsforanstaltninger, der har til formål at sikre effektiv beskyttelse af fauna og flora i området, mens broen bygges.»*

Bruken av miljøledelsessystemer vil imidlertid ikke være begrenset til så klare tilfeller. Også kontraktsbetingelser for å ivareta de mer hverdagslige miljøutfordringene knyttet til den konkrete kontrakten, kan gjøre det aktuelt med krav om miljøledelsessystemer.

⁵ Den europeiske kunngjøringsdatabasen.

⁶ Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 48 nr. 2 bokstav f og artikkel 50.

Etiske kvalifikasjonskriterier

Etiske og rettferdige krav⁷ til leverandøren vil i praksis vanskelig kunne utgjøre tekniske, finansielle eller økonomiske kriterier som er egnet til å vurdere om leverandøren er i stand til å oppfylle kontrakten.⁸ Etiske og rettferdige krav kan dermed ikke brukes som kvalifikasjonskriterier.

9.3.3 Om forholdet mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier

Kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to uavhengige faser i en anskaffelse, med forskjellige funksjoner. Følgelig er det ulike regler som styrer de to fasene. Noen forhold kan kun brukes som kvalifikasjonskriterier, mens andre forhold bare kan brukes som tildelingskriterier. Det er imidlertid også forhold som kan trekkes inn i begge fasene. Formålet med kvalifikasjonsvurderingen er å avgjøre om leverandørenes kvalifikasjoner er tilstrekkelige til å sikre kontraktsoppfyllelse. Resultatet av kvalifikasjonsvurderingen er aksept eller avvisning. Formålet med tildelingsvurderingen er å avgjøre hvilken tilbyder som skal vinne konkurransen, basert på hvilket tilbud som etter tildelingskriteriene er best.

EF-domstolen har uttalt at det er brudd på regelverket å gi uttelling for referanser for tidligere vareleveranser i tildelingsfasen, når disse leveransene kun angir identiteten og antallet, til eksisterende kunder, uten å si noe om kvaliteten på varene.⁹ Referanser som kun angir tidligere leveranser i mengde, kan gi informasjon om leverandøren vil kunne oppfylle kontrakten og kan dermed ligge til grunn som dokumentasjon for et kvalifikasjonsvilkår. Referanser som skal brukes i tildelingsfasen, må være egnet til å vurdere hvor godt en leverandør vil oppfylle kontrakten.

Eksempel:

Kommunen skal kjøpe en konsulenttjeneste for å utrede miljøkonsekvenser av en større planlagt industriutbygging i kommunen. Som kvalifikasjonskrav kan det da være relevant å be om liste over de viktigste tilsvarende utførte tjenestene de siste tre år. En slik liste kan dokumentere at leverandøren har forutsetningene for å gjennomføre oppdraget. Her kan det være tilstrekkelig med en liste med en kort beskrivelse av innholdet i de tidligere oppdragene. Som tildelingskriterium kan kommunen være opptatt av kvaliteten på tjenesten. Miljøutredningen har karakter av en innsatsforpliktelse og kvaliteten er viktig for kommunen. Kommunen kan da be om utfyllende referanser fra tidligere oppdrag, som kan gi grunnlag for kommunen til å vurdere hvem av leverandørene som trolig vil tilby den beste kvaliteten på det aktuelle oppdraget. Bruken av et slikt tildelingskriterium stiller i praksis store krav til beskrivelsen av kravene til referansene og kommunens evne til å vurdere referansene opp mot hverandre.

⁷ Se kapittel 5.2.2.

⁸ 31/87 Beentjes, premiss 17.

⁹ C-315/01.

KOFA har behandlet forholdet mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier i flere saker.¹⁰ KOFA har spesielt uttalt seg om bruken av referanser i kvalifikasjonsfasen og i tildelingsfasen.

KOFA sak 2005/153:

Klagenemnda uttalte at tildelingskriterier er ikke minstekrav. Det er ikke nok å konstatere at tildelingskriterier er oppfylt. Bruk av referanser som dokumentasjonskrav i tildelingsfasen krever at referansene kan si noe om at leverandøren kan utføre oppdraget bedre.

Kommentar om referanser

I KOFA-saken beskrevet ovenfor ville oppdragsgiver bruke erfaring både i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Som dokumentasjon for kvalifikasjonsfasen skulle leverandørene levere oversikt over utførte oppdrag, inkludert referanser. Dette ble brukt for å vurdere om leverandøren hadde den nødvendige minimumserfaringen for å kunne utføre oppdraget. I kvalifikasjonsfasen vil et krav om et visst antall referanser kunne være egnet til å vurdere om leverandøren er kvalifisert, fordi det sier noe om størrelsen på tidligere oppdrag.

Ved bruk av referanser i tildelingsfasen er spørsmålet om erfaringen kan tilsi at leverandøren kan utføre oppdraget bedre. Dette er spesielt aktuelt hvor ytelsen er en form for innsatsforpliktelse. Ved bruk av erfaring som tildelingskriterium må kriteriet utformes på en slik måte at det er egnet til å velge ut det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Som evalueringen av tilbudene i KOFA-saken ovenfor anga, var det svært vanskelig ut fra referansene å vurdere kvaliteten på tidligere utførte oppdrag. EF-domstolen har uttalt at et tildelingskriterium som ga uttelling etter antall referanser for lignende prosjekter, ikke er egnet til å vurdere kvalitet.¹¹

KOFA sak 2005/50:

Klagenemnda uttalte at referanser kan benyttes som dokumentasjon for å vurdere tildelingskriteriet kvalitet.

¹⁰ Spørsmålet er også behandlet av den danske Klagenemnden. Se den danske veilederen i avsnitt 9.7. Se: http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap_9/.

¹¹ C-315/01 GAT, premiss 57.

9.4 Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere

9.4.1 Generelt

Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere, reguleres av forskriftens §§ 8-6 og 17-6.¹² Reguleringen i forskriftens del II og III er lik, unntatt en forskjell i minstekravet til antall leverandører som skal inviteres til begrenset anbudskonkurranse. Bestemmelsen gjelder kun der anskaffelsen gjennomføres i to trinn med prekvalifisering før innlevering av tilbud. Regelen forsøker å avklare den uklare rettstilstanden som har vært etter den tidligere forskriften.

Utvelgelse av leverandører er aktuelt der oppdragsgiver skal gjennomføre en begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling. Formålet med å sette et tak på antall deltagere, er at det er kostbart å gjennomføre en anskaffelsesprosedyre med mange tilbudsgivere. Dersom det er mange tilbud som blir levert inn, må oppdragsgiver evaluere mange tilbud. Dette kan være unødvendig ressurskrevende. For leverandørene kan det være lite fristende å bruke ressurser på å utarbeide tilbud og være bundet av tilbudet, når en vet at den statistiske sannsynlighet for at en skal vinne konkurransen blir for lav. Dette kan føre til at leverandører velger å ikke levere inn tilbud og konkurransen blir redusert. Oppdragsgiver kan derfor opplyse i kunngjøringen at kun et visst antall leverandører vil bli invitert til å levere inn tilbud.

Regelen kommer kun til anvendelse der det er for mange leverandører som tilfredsstiller kvalifikasjonsvilkårene.

¹² Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 44 nr. 3.

9.4.2 Om nedre, og eventuelt øvre, grense

Dersom oppdragsgiver skal velge ut leverandører skal det oppgis en nedre, og eventuelt øvre grense for antall leverandører som skal få levere inn tilbud. Den nedre grensen må oppgis. Dette følger av systematikken i regelen og direktivets ordlyd. Ordet «kan» i forskriften peker på at oppdragsgiver kan velge å anvende bestemmelsen.

Dersom oppdragsgiver har angitt at han ønsker å begrense deltagelsen skal den øvre grensen «eventuelt» angis. Forskriften stiller ikke noe krav om at det skal angis en øvre grense. Det er imidlertid uklart om manglende angivelse av det maksimale antallet leverandører som vil bli invitert, resulterer i at oppdragsgiver må invitere alle leverandørene. Dette er ikke departementets syn. Når oppdragsgiver først har angitt i kunngjøringen at han vil begrense antall leverandører, er det forutberegnlig for en leverandør at han ikke får levere inn tilbud.

En angivelse av maksimalt antall leverandører gir leverandørene heller ingen garanti for at så mange leverandører faktisk vil bli invitert. Å ikke angi et maksimum betyr derfor etter departementets mening at oppdragsgiver står fritt. For å oppnå best mulig konkurranse ved at flest mulig leverandører ønsker å delta, kan det imidlertid være fornuftig å angi en øvre grense. På den annen side kan oppdragsgiver ønske å få en bedre oversikt over markedet og leverandørene før oppdragsgiver avgjør hva som skaper best konkurranse. Dersom oppdragsgiver har angitt en øvre grense, kan oppdragsgiver ikke utvide denne og invitere flere leverandører.

Muligheten for å angi et minimums- og maksimumsantall innebærer at oppdragsgiver kan angi en ramme, eksempelvis fem til åtte.

Det skal inviteres et antall leverandører som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Uansett skal minst tre inviteres, bortsett fra for begrenset anbudskonkurranse etter forskriftens del III, hvor det minimum må inviteres fem¹³. Det kan være tilfeller hvor det er nødvendig å invitere flere enn minimumsantallet for å sikre reell konkurranse. For eksempel kan dette tenkes i situasjoner hvor det er usikkert om alle leverandørene vil levere inn tilbud, spesielle trekk ved leverandørstrukturen eller særtrekk ved anskaffelsen som tilsier behov for et større antall deltagende leverandører.

Dersom oppdragsgiver oppgir i kunngjøringen at det vil bli invitert et visst antall leverandører, innebærer ikke dette at konkurransen må avlyses hvis det ikke foreligger et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan da be om tilbud fra de leverandørene som er kvalifisert.

9.4.3 Kunngjøringen

Utvelgelsen av leverandørene skal skje på en gjennomsliktig måte.¹⁴ Den eventuelle nedre og øvre grense skal oppgis i kunngjøringen. Kunngjøringen skal også oppgi de

¹³ Dette tallet er en kodifisering av EF-domstolens avgjørelse i C-225/98, Kommisjonen mot Frankrike Nord Pas de Calais, hvor domstolen uttrykte at fem leverandører er nødvendig for å sikre konkurransen.

¹⁴ Direktivets fortale premiss 39.

objektive og ikke-diskriminerende kriteriene og reglene som oppdragsgiver vil benytte ved utvelgelsen.

EF-domstolen har uttalt at der oppdragsgiver før fristen for å kvalifisere seg går ut, har utarbeidet en metode for å begrense antall leverandører, ut over det som kreves kunn- gjort, følger det av kravet til gjennomsiktighet at denne metoden må gjøres kjent for potensielle leverandører.¹⁵

9.4.4 Objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler

Det gis her en fremstilling av hvordan departementet mener at kravene til utvelgelse skal praktiseres jf. §§ 10-1 og 17-6. Utvelgelseskriteriene skal være objektive og ikke-diskriminerende. Oppdragsgiver må oppstille kriterier og regler for utvelgelsen. Det er ikke noe krav om at disse skal vektas, men det kan tenkes situasjoner hvor oppdragsgiver bør angi en vekting.

Med kravet til at kriteriene skal være objektive, ligger det et krav til gjennomsiktighet for leverandørene. Oppdragsgiver kan ikke fritt velge bort leverandører.

Bestemmelsen gir liten veiledning om hvilke kriterier som kan anvendes til utvelgelsen. Departementet mener at det kan benyttes ulike utvelgelsesformer. Disse kan være:

- best kvalifiserte
- best konkurransedynamikk
- loddtrekning

Disse mulighetene kan benyttes alene eller i kombinasjon.

Best kvalifiserte

En måte å redusere antall leverandører på er å velge de som isolert sett er best kvalifiserte. Oppdragsgiver må da angi hvordan han vil velge ut de best kvalifiserte. Utvelgelseskriteriene og vektingen av dem vil avgjøre hva som menes med best kvalifiserte.

Best konkurransedynamikk

En annen mulighet for å redusere antall leverandører er å velge kriterier basert på et ønske om å variere tilbyderkretsen, for å oppnå best mulig konkurranse. For eksempel kan oppdragsgiver signalisere at han vil velge ut både små, mellomstore og store bedrifter. Dette fordi oppdragsgiver mener at en blanding av små, mellomstore og store virksomheter vil gi en forretningsmessig god konkurransedynamikk i tilbudsfasen. Det må angis klart hva som menes med små eller store virksomheter. Oppdragsgiver kan likevel ikke begrense utvelgelseskriteriene av «overtallige» kvalifiserte virksomheter til kun små virksomheter, da en slik praksis har en innretning som i for stor grad utelukker virksomheter som kan levere over landegrensene.

Videre antas det at oppdragsgiver også kan signalisere at han kommer til å gjennomføre utvelgelsen ved å velge ut både veletablerte og nyetablerte firmaer i den aktuelle bran-

¹⁵ C-470/99 Universale Bau.

sjen. Også her må oppdragsgiver klart angi hva som menes med veletablerte og nyetablerte. Ved valg av leverandører innenfor hver kategori kan oppdragsgiver oppgi at han vil velge de best kvalifiserte. Dersom det benyttes kategorier kan det være nødvendig å øke antall leverandører som skal få levere tilbud for å sikre reell konkurranse. Hvis oppdragsgiver for eksempel begrenser konkurransen til noen små nyetablerte virksomheter som kan levere innovative og lavt prisede deltilbud, og noen store etablerte virksomheter som kan være totalleverandører, og etter vurderingen av tilbudene kommer til at en ønsker en totalleverandør, må det være tilstrekkelig konkurranse blant totalleverandørene.

Loddtrekning

En tredje mulighet kan være loddtrekning enten alene eller sammen med andre kriterier. Loddtrekning kan særlig være aktuelt i tilfeller hvor leverandører anses å falle noenlunde likt ut etter de kriterier eller metoder som oppdragsgiver har valgt å anvende. Loddtrekning må imidlertid ikke skje i anskaffelser som gjør at det oppfattes som vilkårlig myndighetsutøvelse og respektløst. Ved loddtrekning må selve trekningen skje på en måte som sikrer notoritet.

9.5 Tekniske spesifikasjoner

9.5.1 Generelt

Oppdragsgiver må beskrive for markedet hva han ønsker å anskaffe. Denne beskrivelsen gjøres i den tekniske spesifikasjonen, for eksempel i en funksjonsbeskrivelse.¹⁶ Tekniske spesifikasjoner er regulert i forskriftens §§ 8-3 og 17-3, og er definert i § 4-3 bokstav g. Det er gitt mer detaljerte krav i del III enn i del II. For uprioriterte tjenester som overstiger EØS-terskelverdiene må oppdragsgiver følge reglene i § 17-3 ved utarbeidelsen av de tekniske spesifikasjonene. Dette kapitlet beskriver i hovedsak reglene for del III. For anskaffelser etter del II, under EØS-terskelverdiene har oppdragsgiver større frihet.

Et sentralt formål med anskaffelsesdirektivene er å fremme offentlige innkjøp som en del av det indre marked. Direktivene skal åpne offentlige anskaffelser for utenlandske leverandører, og skal gjennom sine prosedyreregler gjøre det enkelt for utenlandske leverandører å selge sine produkter og tjenester til offentlige oppdragsgivere. De tekniske spesifikasjonene kan utgjøre en meget sentral barriere for dette. Dersom gjenstanden man skal anskaffe beskrives slik at det blir vanskeligere for utenlandske leverandører å levere, vil man ikke oppnå formålet med anskaffelsesreglene.

EØS-avtalens hoveddel gjelder for alle anskaffelser uavhengig av verdi.¹⁷ Bestemmelsene om fri bevegelighet for varer, tjenester, kapital og personer i EØS-avtalen gjelder dermed

¹⁶ Den tekniske spesifikasjonen brukes, i tråd med begrepsbruken i EØS-direktivene, som en betegnelse på spesifiseringen av anskaffelsen, uavhengig av hva slags type spesifikasjon oppdragsgiver benytter. Den tekniske spesifikasjonen er en samlebetegnelse for både en ytelsesspesifikasjon, en funksjonsspesifikasjon og en standardspesifikasjon (noen ganger i norsk terminologi betegnet en teknisk spesifikasjon).

¹⁷ Kommisjonen kommenterer i sin fortolkningsmeddelelse om anskaffelser som ikke er omfattet av direktivene. Se punkt 2.2.1 om hvilke krav som følger av EØS-avtalen til tekniske spesifikasjoner ikke regulert av direktivene.

også for den tekniske spesifikasjonen, ved siden av anskaffelsesforskriften.¹⁸ EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelse forbyr offentlige oppdragsgivere å formulere de tekniske spesifikasjonene på en slik måte at leverandører fra andre medlemsland ikke kan tilby produkter som tilfredsstiller oppdragsgivers funksjonsbehov.¹⁹

EØS-avtalen skal også forhindre tekniske spesifikasjoner som ekskluderer produkter som fyller de samme funksjonskravene. Dette gjelder selv om spesifikasjonene virker likt for innenlandske og utenlandske leverandører.²⁰

For å unngå diskriminering og skape størst mulig konkurranse og mulighet for innovasjon, bør oppdragsgiver beskrive anskaffelsen funksjonelt.

Også kravet til å kunne dokumentere at en oppfyller oppdragsgivers funksjonskrav, vil kunne utgjøre en barriere som er forbudt etter EØS-avtalen. For å unngå dette har leverandøren derfor som hovedregel mulighet til alltid å dokumentere at en oppfyller oppdragsgivers spesifikasjoner på annen måte enn den som er beskrevet av oppdragsgiver.

9.5.2 Hovedregel i forskriftens del III

Hovedregelen om tekniske spesifikasjoner i §17-3 er endret i forhold til tidligere forskrift om offentlige anskaffelser.²¹ Oppdragsgiver skal som hovedregel utforme den tekniske spesifikasjonen enten med henvisning til de typene standarder som er opplistet i fjerde ledd bokstav a, eller i form av ytelses- eller funksjonskrav. Oppdragsgiver kan velge mellom disse to måtene, bruke en kombinasjon eller angi en standard som middel for anta samsvar med ytelses- eller funksjonskrav. Oppstillingen av ulike typer standarder i bokstav a er uttømmende. Som hovedregel kan dermed oppdragsgiver ikke utforme den tekniske spesifikasjonen med henvisning til andre standarder. Der det ikke finnes en relevant standard som er opplistet, må oppdragsgiver funksjonsbeskrive anskaffelsen.

Eksempel:

Oppdragsgiver skal kjøpe programvare. Det finnes en de facto standard²² (Microsoft) for programvare som er utbredt i praksis. Denne de facto standarden faller ikke inn under noen av de typene standarder som er opplistet. Oppdragsgiver må dermed ytelses- eller funksjonsbeskrive programvaren.

18 For mer om dette se Arrowsmith s. 1107 flg.

19 45/87, Kommisjonen mot Irland Dunkalk, C-59/00 Vestergaard og E-5/98 Island.

20 C-359/93 Unix.

21 Den tidligere forskriften om offentlige anskaffelser hadde som hovedregel at oppdragsgiver skulle spesifisere anskaffelsen ved hjelp av en standard, fortrinnsvis en europeisk standard.

22 En de facto standard er en standard som er utbredt i bruk i så stort omfang at den i praksis brukes som om det skulle være en offisiell standard.

9.5.3 *Bruk av standarder i forskriftens del III*

Dersom oppdragsgiver vil beskrive gjenstanden for anskaffelsen ved hjelp av standarder, er det regler for hvilke standarder han skal benytte, og i hvilken rekkefølge de skal brukes. Dette fremgår av forskriftens § 17-3 fjerde ledd bokstav a. Dette blir ikke nærmere behandlet.

Når oppdragsgiver henviser til en standard i den tekniske spesifikasjonen, må han alltid ledsage henvisningen med uttrykket «eller tilsvarende». Leverandøren kan alltid levere en løsning som oppfyller oppdragsgivers funksjonsbehov slik det fremgår av standarden, selv om løsningen ikke oppfyller den detaljerte tekniske beskrivelsen i den aktuelle standarden.²³ Et tilbud som oppfyller funksjonsbehovet, men ikke den detaljerte beskrivelsen i den aktuelle standarden, er ikke et alternativt tilbud. Se om alternative tilbud i kapittel 9.6.

Reglene om hvordan en skal bevise at en løsning oppfyller funksjonskravene i den aktuelle standarden, er gitt i femte ledd. Det er leverandøren som må dokumentere at løsningen oppfyller funksjonskravene. Leverandøren kan imidlertid velge hvordan han vil dokumentere dette. At løsningen er like god må påvises «til oppdragsgivers tilfredshet». Ordlyden synes å indikere en viss grad av subjektiv vurderingsrom for oppdragsgiver. Teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en prøvingsrapport fra et anerkjent organ, synes å gi en presumsjon for at løsningen er tilsvarende god. Hvis oppdragsgiver avviser et tilbud fordi det ikke er tilsvarende, må oppdragsgiver, dersom det kreves nærmere begrunnelse, redegjøre for hvorfor kravene ikke anses oppfylt på tilsvarende måte, jf. forskriftens § 20-16 fjerde ledd tredje punktum.

9.5.4 *Forbud mot å vise til et bestemt merke*

Det fremgår av forskriftens §§ 8-3 fjerde ledd og 17-3 tiende ledd at med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning kan unntaksvis tillates der det ikke er mulig å gi en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til hovedregelen beskrevet i avsnittet ovenfor.

Dette unntaket gjennomfører direktivet artikkel 23 åttende ledd. Ordlyden angir selv at det kun kan benyttes «unntaksvis», og skal som unntak generelt, tolkes snevert. Unntaket kan benyttes der det ikke er mulig å gi en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse i tråd med forskriftens vanlig regler. Dette betyr at det verken må være mulig å ytelses- eller funksjonsbeskrive eller beskrive ved bruk av standarder i tråd med forskriften fjerde ledd bokstav a.

Det er ikke av betydning om et merke faktisk oppfattes som en standard, såfremt det er mulig å gi en nøytral beskrivelse. Det er heller ikke relevant om det er en implisitt for-

²³ Dette er endret i forhold til den tidligere forskriften.

ståelse av at andre produkter også er tillatt. Det er videre ikke relevant om «merket» er uoffisielt utviklet av brukere som en standard.

Begrensningen på å vise til et merke gjelder etter sin ordlyd kun der henvisning til et bestemt merke etc. har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Det vil imidlertid i praksis være en lav terskel for at det oppstår en slik virkning.

Bruken av unntaket må vurderes konkret ut fra faktiske omstendighetene. Oppdragsgiver må begrunne bruken av unntaket og sørge for at dette er etterprøvbart.

Dersom det er grunnlag for å benytte unntaket, skal en henvisning til et bestemt merke etc. ledsages av uttrykket «eller tilsvarende».

EU Kommisjonen uttaler i sin fortolkningsmeddelelse om anskaffelser som ikke er omfattet av direktivene, at det også for slike anskaffelser er fordelaktig å unngå tekniske spesifikasjoner med henvisning til et bestemt merke etc. for anskaffelser under terskelverdien. Se kapittel 14.2 om betydningen av fortolkningsmeddelelsen for anskaffelser i del I.

For spesifisering av mikroprosessorer i datamaskiner, se departementets veiledning om dette.

9.5.5 Om etiske krav

Dette avsnittet behandler muligheten for å stille etiske krav som en del av den tekniske spesifikasjonen. For bredere omtale av etiske krav se kapittel 5.2.2. Den tekniske spesifikasjonen må knytte seg til kontraktsgjenstanden og angi egenskapene til produktet. Dette kan også omfatte produksjonsfasen. Utfordringen ved rettferdige og etiske krav er at kravene knytter seg til de som produserer, og ikke til egenskapene ved selve produktet i dets levesyklus. Det er usikkert om det kan stilles rettferdige eller etiske krav til produksjonen eller tjenesteytingen. I praksis vil det være svært vanskelig å stille slike krav fordi det raskt vil være diskriminerende å stille krav til organiseringen av produksjonen, handelsbetingelser og sosiale standarder i andre land.²⁴

9.6 Alternative tilbud

9.6.1 Generelt

Alternative tilbud er definert i forskriftens § 4-1 bokstav k og regulert i forskriftens §§ 11-4 og 20-4.²⁵ Bestemmelsene som er like i forskriftens del II og III, endrer rettstilstanden

Reglene om alternative tilbud i forskriften gjennomfører artikkel 24 i direktiv 2004/18/EF og skal forstås i tråd med denne bestemmelsen. Bestemmelsene kan ikke tolkes i lys av

²⁴ Se veiledning om etisk handel fra britiske Office of Government Commerce, hvor det uttales « specifications for catering services and supplies cannot be framed in terms of fair or ethically traded requirements, as such "social" labels do not define the end product in terms of characteristics or performance as required by the EC rules».

²⁵ Avvisning av alternative tilbud avgitt i strid med disse bestemmelsene er regulert i §§ 11-11 første ledd bokstav c og 20-13 første ledd bokstav c. Se kapittel 13.3.1 om plikt til avvisning av tilbud avgitt i strid med bestemmelsene om alternative tilbud.

tradisjonell norsk bakgrunns anbudsrett. Det er derfor viktig å legge bort tidligere oppfatninger om vanlig norsk språklig forståelse og ulike bransjeoppfatninger av begrepet alternative tilbud.²⁶

9.6.2 Hva er et alternativt tilbud?

Et alternativt tilbud foreligger kun der oppdragsgiver bruker prosedyren for alternative tilbud. Oppdragsgiver kan spesifisere anskaffelsen ved hjelp av ulike tekniske standarder eller ved ytelses- eller funksjonskrav. Tilbud som oppfyller ytelses- eller funksjonskravene i en slik spesifisering, uavhengig av hvordan, vil ikke være alternative tilbud i forskriftens betydning. Se nærmere i kapittel 8.4 om tekniske spesifikasjoner. Dette gjelder også der en leverandør leverer inn ulike tilbud basert på ulike løsninger, for å møte kravene til oppdragsgiver. Reguleringen av alternative tilbud kommer kun til anvendelse der oppdragsgiver har tillatt alternative tilbud og oppgitt minstekrav for de alternative tilbudene.

9.6.3 Noen mulige bruksområder for alternative tilbud

Alternative tilbud kan brukes på ulike måter. Nedenfor er det angitt noen mulige bruksområder med eksempler.

Alternative tilbud for å åpne for andre løsninger

Et av formålene med alternative tilbud er å åpne for at leverandørene skal kunne tilby andre løsninger enn den oppdragsgiver har sett for seg. Dette vil kunne fremme innovasjon og gi bedre behovstilfredsstillelse for oppdragsgiver. Alternative tilbud kan brukes ved alle former for tekniske spesifikasjoner. Bruken av alternative tilbud for å åpne for andre løsninger, vil imidlertid trolig være mer aktuelt der anskaffelsen er beskrevet med detaljerte tekniske spesifikasjoner enn der den er beskrevet funksjonelt. Ved en funksjonell teknisk spesifisering velger leverandøren selv hvordan man vil tilfredsstille kravene. Se nærmere om tekniske spesifikasjoner i kapittel 9.5.

Eksempel:

Oppdragsgiver har behov for transport av et visst antall medarbeidere mellom sine to kontorer hver dag for møtevirksomhet. Primært ønsker oppdragsgiver å kjøpe en minibuss og oppstiller krav til denne. I tillegg lager oppdragsgiver en alternativ spesifisering som ikke sier noe om hvordan resultatet skal oppnås, men som oppstiller funksjonskrav til at et visst antall personer plassert i henholdsvis kontorlokale A og B skal kunne avholde møter hver dag. Tildelingskriterier er pris, levetid, miljø, driftssikkerhet og komfort/brukervennlighet.

²⁶ Bestemmelsen i forskriften om alternative tilbud er forskjellig fra reguleringen i NS 8400 punkt 5.2.3 annet ledd om alternative løsninger. I forskriften, i motsetning til NS 8400, må alternative tilbud positivt tillates. De alternative minstekravene må i forskriften, i motsetning til NS 8400, positivt angis av oppdragsgiver, og kan ikke utledes. De alternative minstekravene i forskriften må ikke, i motsetning til NS 8400, være de samme som minstekravene i den primære tekniske spesifikasjonen. Løsningen valgt i NS 8400 ble avvist av EF-domstolen i C-421/01 Traunfellner.

Oppdragsgiver mottar fem tilbud. Tre av dem oppfyller primærspesifikasjonen som gjelder minibuss. Et tilbud gjelder videokonferanseutstyr og oppfyller de alternative minimumskravene. Det siste tilbudet gjelder taxitransport, men inneholder vesentlig avvik fra den alternative spesifikasjonen og skal avvises.

Ved evalueringen av tilbudene kommer det frem at de to økonomisk mest fordelaktige tilbudene er det billigste tilbudet med minibuss og tilbudet med videokonferanseløsning. Av disse tilbudene scorer tilbudet med minibuss høyest på levetid, driftssikkerhet og komfort/brukervennlighet med en noe høyere pris og dårligere miljøscore. Tilbudet med videokonferanseutstyr er billigst og med høy score på miljø men scorer dårligere på levetid, driftssikkerhet og komfort/brukervennlighet. Samlet vinner tilbudet med videokonferanseutstyr.²⁷

Alternative tilbud for å ivareta ytterligere hensyn

Alternative tilbud kan også brukes til å vurdere muligheten til å ta ivareta ytterligere hensyn ved en anskaffelse, for eksempel å velge en mer miljøvennlig løsning. Oppdragsgiver vil da motta hovedtilbud og mer miljøvennlige tilbud, og kan vurdere ut fra tildelegningskriteriene om en ønsker å fremme miljøvennlige løsninger.

Eksempel:

Oppdragsgiver utlyser en konkurranse for bygging av renseanlegg til innbyggerne og industrien i området. Det oppstilles visse funksjonskrav til renseanlegget. I tillegg ønsker oppdragsgiver alternative tilbud hvor det er oppstilt ekstra funksjonskrav til visse miljøkrav, og enkelte av de andre funksjonskravene er satt lavere.

Åpning for alternative tilbud for å vurdere enklere løsninger

Alternative tilbud kan også benyttes til å etterspørre tilbud med mindre funksjonalitet enn hovedløsningen.

Eksempel:

Oppdragsgiver ønsker primært å få skreddersydd programvare for å styre sin virksomhet. Oppdragsgiver ønsker imidlertid også å åpne for billigere hyllevareprogramvare, og er da villig til å akseptere en enklere funksjonalitet.

²⁷ Formålet med å åpne for alternative tilbud kunne i dette tilfellet også vært oppnådd ved å funksjonsbeskrive anskaffelsen.

9.6.4 Krav til prosedyren ved åpning for alternative tilbud

Dersom oppdragsgiver vil tillate alternative tilbud, må dette angis i kunngjøringen. Kunngjørings skjemaene inneholder et eget felt for dette. Oppdragsgiver må i konkurransegrunnlaget også angi de alternative minstekravene til ytelse og funksjon. Uten at dette er angitt, er det ikke anledning til å levere inn eller akseptere alternative tilbud.

Forskriftens regel om at alternative tilbud positivt må tillates kan tilsynelatende virke begrensende på adgangen til å levere alternative tilbud, sammenlignet med en situasjon hvor oppdragsgiver må angi dersom man ikke tillater alternative tilbud. EF-domstolen fastslo imidlertid i C-421/01 Traunfellner, at det kun er mulig å levere alternative tilbud dersom oppdragsgiver har angitt alternative minstekrav. Såfremt det ikke er angitt alternative krav er det ikke mulig å evaluere om tilbudet tilfredstiller oppstilte minstekrav. I praksis er det derfor uavhengig av et krav til å positivt å tillate alternative tilbud, ikke mulig å levere alternative tilbud dersom ikke oppdragsgiver har oppstilt en alternativ spesifisering.

Oppdragsgiver kan oppstille spesielle krav til utformingen av alternative tilbud. Dette må gjøres i tråd med de generelle kravene til eksempelvis hvilken type dokumentasjon som kan kreves.

Oppdragsgiver må kunne vurdere alternative tilbud mot andre tilbud. Det er derfor bare adgang til å åpne for alternative tilbud der tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, må oppdragsgiver oppstille tildelingskriteriene på en slik måte at de er egnet til å evaluere og sammenligne tilbud på tildelingsstadiet etter både den primære tekniske spesifiseringen og den alternative spesifiseringen. Oppdragsgiver må kunne vurdere hvert kriterium for hvert tilbud. Dersom oppdragsgiver mottar så forskjellige tilbud at de ikke er mulig å sammenligne må oppdragsgiver kunne måtte avlyse konkurransen.

9.6.5 Noen spesielle problemstillinger

Kan det leveres alternative tilbud uten også å levere tilbud på hovedløsningen?

Det er ikke avklart om oppdragsgiver kan kreve at en leverandør må levere et tilbud som oppfyller den primære kravspesifiseringen for å kunne levere et alternativt tilbud. Den danske Konkurrencestyrelsen mener i sin veiledning avsnitt 10.2.1 at det kan stilles krav om dette. I mangel av et forbud, antar departementet at det er adgang til å stille krav om dette. Et slik krav kan være egnet der oppdragsgiver benytter alternative tilbud for å vurdere tilleggsytelser, og derfor ønsker å motta både tilbud med og uten tilleggsytelser for å kunne sammenligne. Dersom oppdragsgiver benytter alternative tilbud for å kunne motta tilbud på nye løsninger, kan imidlertid et slikt krav være til hinder for å motta tilbud fra små innovative leverandører, som kun kan tilby en alternativ nyskapende løsning. Et slikt krav kan også føre til mindre konkurranse, fordi det blir mer kostbart å levere tilbud.

Kan/skal prosedyren for alternative tilbud også brukes for kontraktsvilkår?

Eksemplene i kapittel 9.6.3 om bruk av alternative tilbud, gjelder alternative oppfyllelsemåter for den tekniske utførelsen. Oppdragsgiver åpner for to ulike tekniske spesifikasjoner, slik at leverandøren både kan leveres inn tilbud på asfaltdekke og tilbud på betongdekke. Tilsvarende kan det tenkes alternative sett med kontraktsvilkår. For eksempel ved at oppdragsgiver åpner for et sett med kontraktsvilkår for kjøp av bil, og et sett med kontraktsvilkår for leie av bil.

Det er ikke avklart om reglene for alternative tilbud kun regulerer alternative tekniske løsninger, eller om de også gjelder for alternative kontraktsvilkår. Direktivteksten gir ikke noe svar på dette.²⁸ Det er blitt hevdet i teorien at formålet med regelen om alternative tilbud, er å fremme innovative løsninger.²⁹ Innovative kontraktsmodeller er ikke en del av dette. Reglene om alternative tilbud er for eksempel også lite egnet for å gi muligheter til å la leverandører foreslå forskjellige betalingsmodeller. Alternative løsninger om kontraktsvilkår kan derfor trolig søkes utenfor forskriftens regulering av alternative tilbud. Motsatt er det i teorien blitt hevdet at reglene om alternative tilbud også gjelder for eksempelvis ulike modeller for finansiering.³⁰ Ved en OPS-kontrakt kan det for eksempel være nødvendig å ha et samspill mellom å åpne for alternative tekniske løsninger og kontraktsmodeller. Spørsmålet er uklart og må finne sin løsning i praksis.

Situasjonen der et alternativt tilbud endrer anskaffelsen fra å være en vare- til en tjenestekontrakt eller omvendt

Oppdragsgiver kan ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende med den begrunnelse at kontrakten vil endre karakter fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt. Eksempelvis der oppdragsgiver primært ber om en tjenestekontrakt i form av utvikling av programvare, og en leverandør leverer inn et alternativt tilbud på en ferdig utviklet programvareløsning, som gjør anskaffelsen til et varekjøp.

9.7 Vedståelsesfrist

Oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, med dato og klokkeslett, som angir hvor lenge tilbudene er bindende. Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å inngå kontrakt mens tilbyderne ennå vedstår seg sine tilbud. Ved fastsettelse av fristens lengde må oppdragsgiveren ta høyde for den tiden det tar å varsle tilbyderne om deres adgang til å klage, samt den tiden det tar å realitetsbehandle eventuelle klager.

En lang vedståelsesfrist kan medføre at leverandører må binde opp sine ressurser unødvendig lenge. Fristen bør derfor ikke settes lengre enn det som er nødvendig av hensyn til behandlingen av tilbudene.

Dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, bestemmer forskriften at vedståelsesfristen utløper kl. 24.00, 30 dager etter tilbudsfristens utløp.

²⁸ Direktiv 2004/18/EF artikkel 24 nr. 3.

²⁹ Arrowsmith s. 530.

³⁰ Hjemlborg m.fl. s. 190.

9.8 Kontraktbetingelser

9.8.1 Kontraksstandarder

Oppdragsgiver skal som hovedregel bruke fremforhandlede og balanserte kontraksstandarder ved inngåelse av kontrakter, jf. forskriften § 3-11 første ledd.

Bestemmelsen gjelder alle kontrakter, det vil si vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter. For varer kan dette eksempelvis være aktuelt for IT-kontrakter. En kontraksstandard er fremforhandlet når den er blitt til gjennom forhandlinger mellom representanter fra ulike parter. Dette omfatter først og fremst standarder som er blitt til på nasjonalt nivå, f.eks. innen bygg og anlegg Norsk Standard 8405, 8406 eller NS 8431 om fast renhold. Slike standarder inneholder alminnelige kontraktbetingelser som plikter og rettigheter ved mangler, avvik og betalingsgjennomføring. Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget gjøre kjent hvilke kontraksstandarder som vil bli brukt.

Regelen oppstiller en klar hovedregel om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraksstandarder. KOFA kom i sak 2003/138 til at bestemmelsen ikke inneholder noen plikt til å benytte kontraksstandarder eller forbud mot å gjøre unntak fra standardkontraktene.

Bestemmelsen er rettet mot oppdragsgiver og er en ordensbestemmelse som forutsetter at oppdragsgiver vurderer om det eksisterer en egnet standardkontrakt, og at oppdragsgiver søker å holde seg til standarden i den grad anskaffelsen ikke tilsier avvik. Departementet vil derfor understreke uttalelsen i Ot. Prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 10.2.331, som utgjør forarbeidene til bestemmelsen. Departementet uttalte der på s. 44:

«Departementet vil innledningsvis gi klart uttrykk for at det selvfølgelig ikke ønsker en utvikling hvor statlige oppdragsgivere benytter «ensidige» vilkår i den forstand at risiko og byrder fordeles på en lite rimelig måte mellom partene. Heller ikke ønsker departementet et «kontraksanarki». Dette vil hverken leverandørene eller staten som oppdragsgiver være tjent med.

Når det gjelder bruk av standarder og omforente regler, vil departementet bemerke at det anerkjenner betydningen av at partene kan forholde seg til kjente og balanserte regler i kontraktssituasjonen. Dette letter samarbeidet partene i mellom, man unngår tvil og misforståelser og man unngår å bruke tid og ressurser på å sette seg inn i og utforme kontraksbestemmelser i det enkelte tilfelle. At man opererer med kjente vilkår kan på sikt føre til stabilitet og lavere priser. Departementet har ikke grunnlag for å tro at statlige oppdragsgivere ikke selv ser fordelene av en slik opptreden. Det vises her til uttalelsene fra Statsbygg og Forsvarets bygningstjeneste.

På den annen side bør ikke oppdragsgiveren låses til standarder på en slik måte at han forhindres fra å opptre på en profesjonell, forretningsmessig og hensiktsmessig måte i markedet. En anvendelse av uhensiktsmessige kontraksbestemmelser kan på lik linje med ukjente og ensidige bestemmelser virke prisdrivende og kan vanskeliggjøre det samarbeid som er nødvendig partene i mellom. Videre vil en henvisning til bestemte standarder kunne forhindre en utvikling av nye og hensiktsmessige samarbeidsformer mellom byggherre og entreprenør. Særlig innenfor bygge-

31 <http://odin.dep.no/nhd/norsk/dok/regpubl/otprp/024005-050007/hov010-bn.html>

og entrepriseområdet er samarbeidet mellom partene ofte avgjørende for hvilket resultat som oppnås. En generelt utformet bestemmelse vil på denne måte bedre ta høyde for og virke som en inspirasjon for en profesjonell og forretningsmessig opptreden fra statlige oppdragsgivers side.

På denne bakgrunn går departementet inn for en generelt formet bestemmelse. Departementet tar imidlertid sikte på en strammere utforming av bestemmelsen enn hva utvalget har foreslått. Det bør etter departementets mening tydelig framgå av bestemmelsen at statlige oppdragsgivere som den klare hovedregel har en plikt til å anvende balanserte standarder og vilkår.»

Departementet vil også få peke på en viktig problemstilling hvor oppdragsgivers unntak fra standardene fører til forbehold fra leverandørene som igjen kan lede til avvising fra konkurransen. Dersom oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget avviker en fremforhandlet og balansert kontraktsstandard og overfører urimelig risiko til leverandøren for forhold og hendelser som leverandøren ikke har noen kontroll over og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd, vil dette kunne medføre at leverandører enten ikke deltar i konkurransen eller tar forbehold mot et slikt kontraktsvilkår. Når kostnads- og tidskonsekvensen av forholdet som kontraktsvilkåret gjelder ikke kan estimeres på forhånd, fører dette til at leverandører som tar et slikt forbehold må avvises. Konkurransen vil da kunne bli begrenset. Oppdragsgiver bør være bevisst på markedssituasjonen ved bruk av slike kontraktsvilkår. Maksimal overføring av risiko til leverandøren kan isolert sett være forlokkende, men kan være en uheldig innkjøpsstrategi og vil kunne motvirke prinsippene nedfelt i lovens §§ 1 og 5 om effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet, likebehandling og forutberegnlighet.

Før oppdragsgiver gjør unntak, bør oppdragsgiver foreta en vurdering av den enkelte anskaffelse for å undersøke om det er konkrete forhold som begrunner unntak fra standarden. Som en intern rutine kan det være hensiktsmessig å nedtegne for eget bruk den konkrete begrunnelsen for at man eventuelt mener at det er hensiktsmessig å avvike fra den relevante standardkontrakten.

9.8.2 Etikk som kontraktsvilkår

Forskriftens § 3-11 annet ledd gir oppdragsgiver muligheten til å stille særlige vilkår for gjennomføring av kontrakten. Det er uttrykt at dette kan omfatte sosiale vilkår. Kontraktsvilkår må ikke være i strid med kravene til konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling. Etske kontraktsvilkår for anskaffelser som ikke skal utføres i Norge vil raskt være i strid med forbudet mot diskriminering.³² Kontraktsvilkår knyttet til varer kan også være problematisk ettersom varen kan være produsert før kontrakt tildeles.

Det kan imidlertid stilles krav om at dersom leverandøren er i stand til å tilby varer som tilfredstiller visse etiske krav, skal dette tilbys som en del av kontrakten. Oppdragsgiver kan imidlertid ikke avvise en leverandør som ikke har rettferdige eller etiske varer, og kan ikke vektlegge dette i evalueringen.

³² Se veiledning fra danske Konkurransestyrelsen om sosiale hensyn ved offentlige anskaffelser fra 2004 hvor det uttales at sosiale kontraktsvilkår ikke kan eksporteres. Tilsvarende i den svenske utredning i SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler s. 300.

Det kan også inntas som kontraktsvilkår at leverandøren skal sikre overholdelse av de åtte grunnleggende ILO-konvensjonene. Disse konvensjonene er opplistet i kapittel 13 om avvisning.

Det kan for eksempel stilles krav om at den som er ansvarlig for innkjøp hos leverandøren kan garantere (avgi en erklæring om) at innkjøpene overholder disse åtte grunnleggende konvensjonene. I erklæringen kan det pålegges en viss plikt for leverandøren for å sikre seg at dens underleverandører overholder kravene. Hvis det avdekkes brudd skal leverandøren bytte til andre underleverandører.

Oppdraggiver kan angi at egenerklæring ikke må innleveres dersom produktene er merket med Max Havelaar, SA 8000 eller liknende. Dersom oppdraggiver krever en egenerklæring fra leverandøren, vil det av kravet til likebehandling kunne medføre et krav til oppfølging av leverandøren.



Kapittel 10

Kunngjøring av konkurransen

10.1 Kunngjøringskrav

Kunngjøring er et virkemiddel for å gjøre leverandører i markedet oppmerksom på anskaffelsen. Utgangspunktet er at hvis man tror at flere leverandører ønsker å konkurrere om en anskaffelse, så skal anskaffelsen offentliggjøres på en slik måte at ingen relevante leverandører bevisst blir forhindret fra å delta. På denne måten åpnes det for større konkurranse og gjennomsiktighet om offentlige anskaffelser, og det offentlige vil kunne få en bedre pris eller ytelse ved at flere konkurrerer om oppdragene. Reglene om gjennomføring av kunngjøring fremgår av forskriftens kapittel 9 og 18.

Forskriften gir følgende pålegg om kunngjøringer i anskaffelsesprosessen:

- Forskriften krever i utgangspunktet at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi (500 000 kr) skal kunngjøres. Dette gjelder både for varekjøp, tjenestekjøp og bygge- og anleggskontraheringer. Dersom anskaffelsen har en anslått verdi som ligger under nasjonal terskelverdi (kr 500 000), er det ikke plikt til å kunngjøre anskaffelsen, men forskriftens del I må følges. Det betyr blant annet at det, så langt det er mulig, skal gjennomføres konkurranse om anskaffelsen, se kapittel 5 om grunnleggende krav til alle anskaffelser. Man kan også unnlate å kunngjøre en anskaffelse dersom den omfattes av et av unntakene i § 2-1, eller når vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er oppfylt, jf. § 14-4.
- For dynamiske innkjøpsordninger kreves det en kunngjøring både ved opprettelsen av ordningen, og før tildeling av hver enkelt kontrakt.
- For alle tildelte kontrakter, rammeavtaler eller plan- og designkonkurranser over EØS-terskelverdiene (del III og IV-anskaffelser) gjelder også et krav om at man skal kunngjøre kontraktstildeling senest 48 dager etter at denne er foretatt. Oppdragsgivere som inngår kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning, skal også sende en meddelelse om dette innen 48 dager, men kan velge å istedenfor kunngjøre kontraktstildelinger kvartalsvis, jf. § 18-4 fjerde ledd. Kravet om kunngjøring av kontraktstildelinger gjelder også ved kjøp av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdi, jf. § 9-2 annet ledd.
- Det er frivillig å foreta en veiledende kunngjøring. Hvis oppdragsgiver ønsker å benytte seg av muligheten til å forkorte fristene ved ordinær kunngjøring i §§19-1 tredje ledd og 19-2 fjerde ledd, må han imidlertid først ha foretatt en veiledende kunngjøring, eller ha gitt de samme opplysningene i sin kjøperprofil. Når man benyt-

ter seg av veiledende kunngjøring for å forkorte fristene, må man følge fremgangsmåten i § 18-2 annet til fjerde ledd.

10.2 Kjøperprofil

En kjøperprofil er en nettside som er tilrettelagt for oppdragsgiver. Nettsiden viser innkjøpsrelatert informasjon, og er åpen og tilgjengelig for leverandører. Formålet med en kjøperprofil er å gi detaljer om oppdragsgivers praksis og formål med anskaffelsene, slik at potensielle leverandører får bedre kunnskap om kjøperen, og et bedre grunnlag for å ta stilling til om de skal delta i en eller flere potensielle konkurranser. En innkjøpsprofil er kort oppsummert en opplisting av fremtidige anskaffelser, prosedyre som vil bli benyttet, samt kontaktinformasjon. Det er ingen restriksjoner med hensyn til hva som kan kunngjøres på en kjøperprofil, men for enkelte kunngjøring er det spesielle prosedyrekrav.

10.3 Frivillig kunngjøring

Oppdragsgiver kan velge å kunngjøre anskaffelser selv om dette ikke er pålagt etter forskriften. I den norske offisielle databasen for offentlige anskaffelser (Doffin) er det laget et eget sett med kunngjørings skjemaer for frivillig publisering av anskaffelser som har en verdi under kr 500 000 (veiledende kunngjøring, kunngjøring av konkurranse, og kunngjøring av kontraktstildeling). Kunngjøring av disse anskaffelsene er en enkel måte å bidra til konkurranse, forutsigbarhet og gjennomsiktighet ved mindre oppdrag.

Dersom oppdragsgiver velger å kunngjøre en anskaffelse i TED-databasen, og verdien er under EØS-terskelverdiene, er det viktig at oppdragsgiver i kunngjøringen gjør oppmerksom på at det er de nasjonale delene av regelverket som gjelder for anskaffelsen.

10.4 Kunngjøring av konkurranse

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene er det et krav om kunngjøring i TED-databasen, som er EUs offisielle kanal for kunngjøring av offentlige innkjøp. Leverandører fra hele EØS-området vil på denne måten kunne være med i konkurransen. På samme måte har norske leverandører mulighet til å delta i konkurranser om leveranser til offentlige myndigheter i Europa. Disse kunngjøringene skal også inn i Doffin. Det er et absolutt krav at kunngjøring ikke publiseres eller på annen måte gjøres kjent før den dagen Doffin oversender kunngjøringen til TED-databasen.

For kontrakter over nasjonal terskelverdi, men under EØS-terskelverdiene, vil det være av mindre interesse for utenlandske leverandører å delta i konkurransen. Det er derfor bare et krav om nasjonal kunngjøring i Doffin. Dette skal sikre konkurransen om de offentlige oppdragene. Det er imidlertid adgang til å kunngjøre mindre anskaffelser også i EØS-området.

10.5 Hvordan kunngjøre

Alle kunngjøringer over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres på Doffin. For anskaffelser over EØS-terskelverdiene, eller som er underlagt WTO/GPA-avtalen, skal kunngjøringen også publiseres i EUs TED-database. Operatøren av Doffin har ansvaret for kontroll og videresending til TED-databasen. Alle kunngjøringer skal sendes på norsk til Doffin. For kunngjøringer som også skal publiseres i TED-databasen, kan oppdragsgiver selv oversette kunngjøringen til et av EUs offisielle språk, eller de kan kjøpe oversettelsestjenesten fra Doffin.

Det er utarbeidet egne skjemaer til hver type kunngjøring som oppdragsgiver må benytte. Kunngjørings skjemaene finnes tilgjengelig i elektronisk format på www.doffin.no. Her finnes også egne veiledninger for henholdsvis oppdragsgivere og oppdragsøkere.

For å kunngjøre på Doffin, må oppdragsgiver registrere seg.

10.6 Anskaffelsesreferanse, CPV – Common Procurement Vocabulary

I kunngjøringene skal anskaffelsen henvisse til en eller flere CPV-referanse(r). For anskaffelser over EØS-terskelverdiene skal det angis full kode på 8 siffer, mens det for kjøp under EØS-terskelverdiene er tilstrekkelig å angi de to første sifrene som viser gruppekode. Gruppekodene tilsvarer i stor grad vanlig bransjeinndeling.

CPV er EU-kommisjonens produkt/tjeneste/oppdragskoder og kreves av EUs Publikasjonkontor på alle kunngjøringer i TED-databasen. Kodene gjør det enkelt for leverandører å finne relevante oppdrag, uavhengig av hvilket språk som benyttes i kunngjøringen. I tillegg til CPV stiller Doffin også krav til bruk av stikkord for å forenkle søk etter oppdrag.

Fullstendig CPV-kode skal påføres alle kunngjøringer som i henhold til EØS-regelverket skal kunngjøres i TED-databasen. Doffin vil kontrollere at koden er påført før sending til TED. Det finnes i alt ca 9 000 CPV-koder ordnet i grupper. En oversikt over CPV-koder finnes på EUs SIMAP-sider (<http://simap.eu.int>). Her finnes kodelisten på alle EU-språk. CPV-kodene i norsk oversettelse finnes på www.doffin.no.

Det er også mulig å referere til andre nomenklatur eller typebetegnelser i selve kunngjøringen eller vedlegg til kunngjøringen, men dersom disse referansene ikke er produkt-nøytrale, er det viktig å tilføye «eller tilsvarende» i kunngjøringsteksten.

10.7 Avvisning av kunngjøringer

Operatøren av Doffin har fullmakt til å avvise kunngjøringer som ikke er fullstendige og korrekte etter reglene om kunngjøring og fristberegning, med mindre dette skyldes åpenbare feil som lett kan rettes opp.



Kapittel 11

Frister

11.1 Innledning

11.1.1 Generelt om fristberegningen

Alle fristene i anskaffelsesforskriften skal beregnes i samsvar med forskrift om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkt¹.

Hovedregelen ved fristberegninger at alle kalenderdager teller med, med mindre helligdager og lørdager/søndager uttrykkelig er unntatt i regelverket, eller fristen uttrykkelig angis i virkedager. Virkedager vil si alle dager som ikke er helligdager, fridag, lørdag eller søndag. Ingen av fristene i anskaffelsesregelverket unntar helligdager mv, slik at utgangspunktet etter anskaffelsesregelverket er at fristene regnes i kalenderdager.

Fristens utgangspunkt vil variere etter hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes og om anskaffelsen følger forskriftens del II eller III.

Hvis oppdragsgiver ikke har uttrykt et bestemt klokkeslett for når fristen løper ut, men kun har uttrykt fristen i dager, vil fristen utløpe på slutten av den siste timen av fristen siste dag. Dersom fristen kun er angitt i dager kan tilbud innleveres frem til kl. 24.00 den aktuelle dagen. Oppdragsgiver bør derfor angi et bestemt klokkeslett for når fristen løper ut.

11.1.2 Konsekvensen av at det er satt frister

Utgangspunktet er at de fristene oppdragsgiver har satt er ufravikelige. Dersom et tilbud leveres etter utløpet av tilbudsfristen, skal tilbudet avvises, se kapittel 13.3. Dette er i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnlighet og likebehandling, se kapittel 5.

11.2 Anskaffelser under EØS-terskelverdiene – forskriftens del II

11.2.1 Frist for forespørsel om deltakelse og innlevering av tilbud

Fristene for anskaffelser under EØS- terskelverdiene skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å innhente nødvendig dokumentasjon, og foreta nødvendige undersøkelser og beregninger, jf. forskriftens § 10-1. Det er ikke fastsatt noen minimumsfrister i forskriftens del II. Oppdragsgiver har dermed større frihet til å fastsette hvilke frister som skal gjelde, enn i forskriftens del III.

¹ Forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av regler om frister, datoer og tidspunkter.

Hvor lang fristen bør være for å gi leverandørene rimelig tid, vil bero på en konkret vurdering. Der må en blant annet må ta hensyn til at de grunnleggende kravene overholdes. I henhold til forholdsmessighetsprinsippet bør fristen være lenger jo mer omfattende og kompleks anskaffelsen er.

Nedenfor følger noen momenter oppdragsgiver bør ta hensyn til ved fastsettelse av fristen (listen er ikke ment å være uttømmende):

- *Anskaffelsens art, størrelse og kompleksitet*

Fristen kan være kortere dersom det skal anskaffes «hyllevarer» enn ved mer komplekse anskaffelser, der leverandørene har behov for å gjøre grundigere undersøkelser for å kunne utarbeide et tilbud, jf. forholdsmessighetsprinsippet.

- *Hvor omfattende tilbud som skal leveres*

Det har betydning for tilbudsfristens lengde hvor omfattende krav konkurransegrunnlaget stiller til tilbudsutforming, og hvor omfattende dokumentasjon som kreves fremlagt. Det vil også kunne ha betydning hvor presist anskaffelsen er beskrevet i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

- *Særlige forhold som tilsier at det er behov for en rask gjennomføring av anskaffelsen*

Det kan være adgang til å fastsette korte frister dersom det foreligger særlige forhold utenfor oppdragsgivers kontroll, som medfører behov for en rask gjennomføring av anskaffelsen. Dersom årsaken til at det haster skyldes oppdragsgivers dårlige planlegging, kan ikke dette begrunne at det settes en kort frist.

- *Hvor mange virkedager fristen vil gi*

Dersom fristen settes i en periode med mange helligdager/fridager, bør det settes enn lenger frist enn om den løper i en periode hvor det ikke er noen helligdager.

KOFA sak 2003/22:

Saken gjaldt frist for forespørsel om deltagelse, hvor oppdragsgiver hadde satt en frist på fem virkedager. På denne tiden skulle potensielle leverandører vurdere om anskaffelsen var av interesse, innhente skatteattest og utferdige HMS-egenerklæring og sende inn forespørselen. Klagenemnda fant at denne fristen var satt så kort at det var en mulighet for at kvalifiserte leverandører ikke hadde fått rimelig tid til å delta i konkurransen.

11.3 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene – forskriftens del III

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene er det regulert hvilke frister som gjelder i forskriftens kapittel 19. Det er fastsatt minimumsfrister som oppdragsgiver som hovedregel må overholde, som varierer etter hvilken anskaffelsesprosedyre som følges, jf. §§ 19-1 til 19-4.

Dersom det i hastetilfeller er umulig å anvende de ordinære minimumsfristene som gjelder ved begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, er det regulert hvilke minimumsfrister som kan anvendes i § 19-5.

Oppdragsgiver er forpliktet til ikke å fastsette kortere frister enn de minimumsfristene som gjelder for den konkrete anskaffelsen. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å fastsette lengre frister enn minimumsfrister. De grunnleggende kravene kan tilsi at oppdragsgiver i visse tilfeller også er pliktig til å fastsette lenger frister enn det som følger av minimumsfristene, se kapittel 5. I henhold til forholdsmessighetsprinsippet bør fristen være lenger jo mer omfattende og kompleks anskaffelsen er.

Det vises forøvrig kapittel 11.2.1 for hvilke momenter oppdragsgiver bør vektlegge ved fastsettelse av fristen.

Tabell frister:

	<i>Varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter</i>	<i>Vanlig tidsfrist</i>	<i>Haste-prosedyre</i>
Åpen anbudskonkurranse	Frist for mottak av tilbud etter kunngjøring av åpen anbudskonkurranse	45 dager	
	Frist for mottak av tilbud, dersom konkurransegrunnlag og supplerende dokument er gjort tilgjengelig på Internett fra kunngjøringstidspunktet.	40 dager	
	Frist for mottak av tilbud, dersom veiledende kunngjøring er publisert	29 dager	
	Utsendelse av konkurransegrunnlag etter at interesse for deltagelse er mottatt	6 dager	
	Utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	
Begrenset anbudskonkurranse	Frist for mottak av forespørsel om deltagelse etter kunngjøring av begrenset anbudskonkurranse	30 dager	10 dager
	Frist for mottak av tilbud (etter utsendelse av skriftlig invitasjon)	40 dager	10 dager
	Frist for mottak av tilbud, dersom konkurransegrunnlag og supplerende dokument er gjort tilgjengelig på Internett fra kunngjøringstidspunktet	35 dager	
	Frist for mottak av tilbud, dersom veiledende kunngjøring er publisert	29 dager	
	Utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	4 dager
Konkurransepreget dialog	Frist for mottak av forespørsel om deltagelse etter kunngjøring av konkurransepreget dialog	30 dager	
	Utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	
Konkurranse med forhandling	Frist for mottak av forespørsel om deltagelse etter kunngjøring av konkurranse med forhandling	30 dager	10 dager
	Frist for utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	4 dager
Dynamiske innkjøpsordninger	Følger reglene for åpen anbudskonkurranse frem til tildeling av kontrakter innenfor ordningen		
	Frist for å fullføre evaluering etter mottak av veiledende tilbud	15 dager	
	Frist for mottak av veiledende tilbud etter forenklet kunngjøring av konkurranse	15 dager	
Alle prosedyretyper	Kunngjøring av tildelt kontrakt	maksimalt 48 dager	



Kapittel 12

Generelle bestemmelser knyttet til gjennomføring av konkurransen

12.1 Kort om de grunnleggende krav

Ved gjennomføring av konkurransen er det viktig at de grunnleggende prinsipper overholdes. Dette gjelder blant annet kravene til konkurranse, god forretningsskikk, forholdsmessighet, likebehandling av leverandører, forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Kravene er nedfelt i lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

De grunnleggende prinsippene vil både kunne fungere som fortolkningsmomenter der forskriftens ordlyd gir rom for ulike løsninger, og selvstendig rettslig grunnlag der forskriften ikke har regulert spørsmålet. Ved tvil om en handling eller beslutning er i samsvar med regelverket, skal derfor handlingen vurderes opp mot de grunnleggende prinsippene.

Det vises for øvrig til veilederens kapittel 5 for en nærmere behandling av disse prinsippene.

12.2 Regler om kommunikasjon

12.2.1 Generelle krav til kommunikasjon ved offentlige anskaffelser

I den nye forskriften er elektronisk kommunikasjon likestilt med tradisjonelle papirbaserte kommunikasjonsmidler. Reglene om kommunikasjon er nye, og er en gjennomføring av direktivets¹ bestemmelser om kommunikasjon.

Reglene om kommunikasjon fremgår av forskriftens kapittel 7 og 16 for anskaffelser etter del II og III i forskriften. Ved gjennomføring av plan- og designkonkurranser etter del IV i forskriften er det bestemmelser i § 23-2 om kommunikasjon. I tillegg til bestemmelsene i kapittel 7 og 16, stiller §§11-2 og 20-2 noen krav til utforming av tilbud.

Flere steder i forskriften er det stilt krav om skriftlighet. Dette gjelder for eksempel ved innlevering av tilbud ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler, eller ved endringer av tilbud i forbindelse med forhandlinger. Skriftlighet er i forskriften definert som: «ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres. Det kan omfatte elektronisk melding når informasjonen i denne er tilgjengelig også for ettertiden». Krav til skriftlighet i forskriften, for eksempel ved gjenåpning av

¹ Direktiv 2004/18a Artikkel 42 og vedlegg X.

konkurransen i rammeavtaler, utelukker derfor ikke bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

I utgangspunktet kan oppdragsgiver velge om hele eller deler av kommunikasjonen og utveksling av informasjon skal skje per post, telefaks eller ved elektronisk kommunikasjon. Anskaffelsen kan også skje ved en kombinasjon mellom elektroniske og papirbaserte kommunikasjonsmidler, for eksempel ved at konkurransegrunnlaget kun legges ut elektronisk, men at tilbudene leveres inn i papirversjon.

Oppdragsgivers valgfrihet mellom kommunikasjonsmidler er ikke ubegrenset. Hvis nødvendige dokumenter, sertifikater og erklæringer ikke finnes i elektronisk versjon, skal leverandøren levere dette i samsvar med krav til utforming av ordinære «papirbaserte» tilbud. Dette vil for eksempel kunne være aktuelt for innlevering av skatteattester.

Opprettelse og forvaltning av en dynamisk innkjøpsordning skal skje ved elektroniske midler, og oppdragsgiver kan ikke her velge å bruke papirbasert kommunikasjon.

Bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler kan omfatte hele eller flere deler av innkjøpsprosessen. Innkjøper kan for eksempel legge ut konkurransegrunnlaget på Doffin eller på sin egen hjemmeside, eller be om at tilbudene sendes inn elektronisk. Elektroniske kommunikasjonsmidler kan bidra til å effektivisere innkjøpsprosessen betydelig. Hvis oppdragsgiver legger konkurransegrunnlaget fritt tilgjengelig på Internett, kan fristene for mottak av tilbud over EØS-terskelverdiene reduseres med inntil fem dager. Dette forutsetter at konkurransegrunnlaget, med alle relevante dokumenter, er tilgjengelig på Internett i hele perioden fra kunngjøringen og frem til innleveringsfristen.

Eksempel:

En kommune har kunngjort konkurranse om kjøp av datautstyr. Kommunen har i kunngjøringen opplyst at konkurransegrunnlaget må lastes ned fra kommunens hjemmeside. I konkurransegrunnlaget har kommunen gitt leverandørene valget mellom innlevering av elektronisk tilbud og papirbasert tilbud.

Det stilles en del generelle krav til kommunikasjonsformen oppdragsgiver velger: Kommunikasjonsmidlene skal være allment tilgjengelige, og ikke begrense leverandørens adgang til konkurransen. Sikkerhetstjenester og produkter som brukes ved elektronisk kommunikasjon, samt deres tekniske egenskaper må i tillegg ikke være diskriminerende og virke sammen med informasjons- og kommunikasjonsprodukter i alminnelig bruk.

EU-Kommisjonen har gitt ut et notat² som utdyper kravene som stilles til kommunikasjon. Nedenfor vil noen av forskriftens bestemmelser bli utdypet med utgangspunkt i Kommisjonens notat.

Allment tilgjengelig og ikke begrense leverandørens adgang til konkurransen

Bruk av allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler er viktig for å hindre at konkurransen ikke begrenses. Bruk av verdensvev og e-post over Internett vil være allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler. Kravet til allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler innebærer at nettverket må være åpent og at alle har mulighet til å koble seg til nettverket. Krav om oppkobling til et nettverk som ikke er tilgjengelig overalt, eller bruk av utstyr som ikke er vanlig, eller påfører leverandørene urimelig store kostnader, vil kunne være i strid med forskriften. Et eksempel som vil kunne være i strid med forskriften, er krav om tilknytning til oppdragsgivers eget interne nettverk.

Krav til ikke-diskriminering og integrerbarhet

Kravet om allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler og at valgte kommunikasjonsmiddel ikke skal begrense konkurransen gjelder, etter ordlyden i forskriften, alle formene for kommunikasjon som forskriften åpner for. For elektronisk kommunikasjon stilles det noen tilleggskrav. De sikkerhetstjenester og produkter som brukes ved elektronisk kommunikasjon, samt deres tekniske egenskaper, skal være ikke-diskriminerende og virke sammen med informasjons- og kommunikasjonsteknologiprodukter i alminnelig bruk.

Hvis det stilles krav til at leverandøren må kjøpe utstyr, innebærer kravet i forskriften at utstyret må være enkelt å få tak i, noenlunde enkelt å bruke, og at prisen ikke er uforholdsmessig høy i forhold til hva som er nødvendig. I noen tilfeller vil det være aktuelt for oppdragsgiver å stille utstyr til rådighet for leverandøren. Også i disse tilfellene må oppdragsgiver vurdere hvilke krav til kompetanse som forutsettes for å bruke produktene. Kravet til at produktene som skal brukes, kan virke sammen med annet utstyr hos leverandørene blir særlig viktig å vurdere når oppdragsgiver stiller utstyr til rådighet for leverandørene.

Krav til fortrolighet og sikring av dokumentets innhold

I tillegg til å stille krav til kommunikasjonsmidler og utstyr som benyttes i kommunikasjon mellom leverandørene og oppdragsgiver, stiller forskriften krav til fortrolighet og sikring av dokumentets innhold.

Kommunikasjon, utveksling og lagring av informasjon må skje på en måte som sikrer dokumentets innhold mot manipulering og uønsket innsyn. Dette gjelder både for tilbud og forespørsel om å delta i konkurransen. Videre må det ikke være mulig for oppdragsgiver å undersøke innholdet i tilbudene og anmodning om å delta i konkurransen før etter tidsfristen som er satt for å levering. Kravene gjelder både for levering i papirform og i elektronisk versjon. For tilbud som leveres på papir stiller forskriften krav om at tilbudet skal leveres i lukket konvolutt og være signert, se kapittel 12.4. For tilbud og

² Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC.

forespørsler om å delta i konkurranser er det stilt særskilte krav til systemer for elektronisk overføring og mottak av tilbud og forespørsler om å delta i konkurransen, jf. forskriftens §§ 7-3 og 16-3. Disse bestemmelsene utdyper de generelle kravene i §§ 7-1 og 16-1.

12.3 Særlige krav til elektroniske systemer

Hvis oppdragsgiver bestemmer at et tilbud eller en forespørsel om å delta i konkurransen skal leveres inn elektronisk, gir §§ 7-3 og 16-3 føringer for det elektroniske systemet som kan benyttes hos oppdragsgiver og leverandør for overføring og mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen. Oppdragsgivers krav til elektroniske systemer hos leverandøren må fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Kravene til de elektroniske systemene skal blant annet sikre sporbarhet i innkjøpsprosessen, og at dokumentets opprinnelige innhold bevares og holdes fortrolig.

Ordlyden i forskriften³ bruker innlevering av tilbud både om ordinære tilbud og ved innlevering av tilbud ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler og under dynamiske innkjøpsordninger. Etter departementets vurdering gjelder kravene til elektroniske systemer både ved ordinære innlevering av tilbud, og ved anmodning om å delta i konkurranser og ved tilbud som leveres ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

Alle kravene som stilles til det tekniske systemer vil ikke bli behandlet her. Den videre fremstillingen vil fokusere på krav til elektroniske signaturer.

12.3.1 Særlig om krav til elektronisk signatur

I forskriften er det stilt krav om bruk av elektroniske signaturer ved innlevering av tilbud og forespørsel om å delta i konkurranser, jf. §§ 7-3 og 16-3 bokstav a.

Elektronisk signatur defineres i lov om elektronisk signatur⁴ av 15. juni 2001, nr 81, som «data i elektronisk form som er knyttet til andre elektroniske data og som brukes som autentiseringsmetode». Dette er en allmenngyldig definisjon, som er teknologinøytral og som ikke stiller opp noen forutsetninger for hvem som bruker signaturen.

Loven inneholder imidlertid flere definisjoner av elektronisk signatur, som setter tilleggskrav til signaturen.

En «avansert elektronisk signatur» defineres som en elektronisk signatur som:

- er entydig knyttet til undertegneren
- kan identifisere undertegneren
- er laget ved hjelp av midler som bare undertegneren har kontroll over, og
- er knyttet til andre elektroniske data på en slik måte at det kan oppdages om disse har blitt endret etter signering.

³ Tilsvarende begrepsbruk er brukt i direktivene, se også Sue Arrowsmith kapittel 18.17.

⁴ Lov om elektronisk signatur av 15. juni 2001 nr 81.

I praksis innebærer denne definisjonen at en slik signatur kun kan fremstilles ved hjelp av en digital signatur / PKI⁵.

Det er blitt utarbeidet en felles kravspesifikasjon for PKI i offentlig sektor, publisert av Fornyings- og administrasjonsdepartementet i januar 2005. Kravspesifikasjonen definerer nærmere ulike typer elektroniske signaturer basert på PKI, med tilknyttede sikkerhetskrav og tekniske egenskaper. Kravspesifikasjonen er tilgjengelig på adresse: http://odin.dep.no/filarkiv/234091/Kravspesifikasjon_v1_02_jan2005.pdf

Det er stilt krav om at den elektroniske signaturen som benyttes oppfyller kravene i forskrift⁶ om frivillige selvdeklarasjonsordninger §§, 3, 4 eller 5, samt være oppført på publisert liste i henhold til § 11 i denne forskriften. Forskriften stiller dermed krav som utstedere av sertifikater til elektroniske signaturer må oppfylle, for at deres produkter og/eller tjenester kan nyttes i elektronisk kommunikasjon i forbindelse med innsending av tilbud og inngåelse av kontrakter.

Hensikten med selvdeklarasjonsordningen er at tilbydere av elektroniske signaturer som skal levere slike produkter til offentlig forvaltning, skal kunne dokumentere at deres produkter og tilknyttede tjenester oppfyller kravene oppstilt i Kravspesifikasjon for PKI i offentlig sektor. Post- og teletilsynet har publisert en liste med opplysninger om sertifikattyper som sertifikatutstedere har selvdeklart etter denne forskriften. Bestemmelsene viser til tre «nivåer/typer» elektronisk signatur med tilhørende sertifikat, som er definert i Kravspesifikasjon for PKI, henholdsvis *Person Høyt*, *Person Standard* og *Virksomhet*.

Skillet mellom de ulike typene signaturer går langs følgende egenskaper:

- Innholdet i det digitale sertifikatet (hvem kan være signatureier).
- Krav til utsteder av det digitale sertifikatet.
- Prosedyre for å søke om, og få utlevert, en elektronisk signatur.
- Sikkerhet ved lagring og bruk av den hemmelige nøkkelen som signatureier benytter ved signering av et dokument eller dekryptering av en kryptert forsendelse.

Forskriften om offentlige anskaffelser åpner for at oppdragsgiver kan velge hvilken av disse typene signatur som er ønskelig å bruke i konkurransen. I henhold til forskriften er det altså tilstrekkelig å bruke sertifikat på virksomhetsnivå. Valget av signatur vil blant annet avhenge av krav til sikkerhet og sporbarhet for det elektroniske tilbudet eller kontrakten som skal inngås. Dette kan igjen ha sammenheng med kontraktens verdi og med hva som er konkurransens gjenstand.

⁵ PKI – Public Key Infrastructure – en teknologi basert på kryptografiske metoder for å tilby bruk av elektronisk (digital) signatur i stor skala, mellom kommuniserende parter som ikke kjenner hverandre fra før.

⁶ Forskrift 21. november 2005 nr. 1296 om frivillige selvdeklarasjonsordninger

12.4 Tilbudet

12.4.1 Tilbudets utforming

Reglene for tilbudets utforming er nedfelt i forskriftens §§ 11-2 og 20-2.

Tilbudet skal avgis skriftlig i en lukket og merket konvolutt, enten direkte eller med post. Bestemmelsen skal ivareta notoritets- og anonymitetshensyn. Bestemmelsen gjelder uavhengig av hvilken konkurranseform en har valgt. Dersom tilbudet ikke er levert i samsvar med disse kravene, for eksempel fordi det er levert muntlig eller med telefaks, plikter oppdragsgiver å avvise tilbudet, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav b og 20-13 første ledd bokstav b.

Det er et krav at tilbudet skal være undertegnet. Det er ikke regulert eksplisitt hvem som skal undertegne tilbudet. Underskriften skal være et bevis på at leverandøren er bundet av tilbudet, og det skal derfor undertegnes av en som har fullmakt til å pådra leverandøren forpliktelser. Dersom tilbudet ikke er undertegnet har oppdragsgiver en rett, men ikke plikt, til å avvise det, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav d og 20-13 annet ledd bokstav d.

Tilbudet kan også avgis med elektronisk middel dersom oppdragsgiver har besluttet at dette skal være tillatt, og innleveringen er i samsvar med forskriftens kapitler 7 og 16, se kapittel 12.2. Konkurranses grunnlaget må angi at det er tillatt å levere inn tilbudet elektronisk, og hvordan et slikt tilbud skal avgis. Dersom tilbudet ikke oppfyller disse kravene, plikter oppdragsgiver å avvise tilbudet etter den samme avvisningsbestemmelsen som angitt ovenfor.

12.4.2 Tilbakekall og endring av tilbud

Reglene for tilbakekall og endring av tilbud er nedfelt §§ 11-5 og 20-5.

Tilbud som er mottatt av oppdragsgiver kan tilbakekalles og endres innen tilbudsfristens utløp. Tilbakekallet må skje skriftlig, for eksempel ved brev, elektronisk, eller telefaks. Endringen av tilbudet er å anse som et nytt tilbud, og må derfor oppfylle formkravene til tilbud og komme frem til oppdragsgiver innen tilbudsfristen for å være gyldig. Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet kommer frem til oppdragsgiver innen fristen.

12.4.3 Registrering av innkomne tilbud

Reglene for registrering av innkomne tilbud er nedfelt i §§ 11-6 og 20-6.

Oppdragsgiver skal merke tilbudene med tidspunkt for mottakelse etter hvert som de kommer inn. Bestemmelsen skal sikre gjennomsiktighet, etterprøvbarehet og likebehandling, da det blir mulig å kontrollere i ettertid at tilbudene faktisk ble innlevert innen tilbudsfristens utløp og at leverandørene ble likebehandlet.

Bestemmelsen er en ordensforskrift som retter seg mot oppdragsgiver. Dersom oppdragsgiver skulle glemme å merke de innkomne tilbudene, er dette uheldig i forhold til de grunnleggende prinsippene, men tilbudet vil likevel anses som rettidig innkommet.

På anmodning skal oppdragsgiver skriftlig bekrefte at tilbudet er mottatt.

12.4.4 Tilbudsåpning ved anbudskonkurranser

Reglene for tilbudsåpning er nedfelt i forskriftens §§ 11-7 i og 20-7.

Tilbudsåpningen skal foretas av minst to representanter for oppdragsgiver, på det tidspunkt og sted som er angitt i konkurransegrunnlaget. Bestemmelsene gjelder ved alle typer konkurranseformer, og referer seg til oppdragsgivers interne tilbudsåpning.

Oppdragsgiver kan velge om tilbudsåpningen skal være åpen for leverandørene. Dette vil bidra til økt gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Åpen tilbudsåpning vil imidlertid bare kunne benyttes i anbudskonkurranser og konkurransepreget dialog. Ved konkurranse med forhandling må tilbudene holdes hemmelig, slik at den videre konkurransen ikke påvirkes. Hvis oppdragsgiver velger å ha en åpen tilbudsåpning, skal det opplyses om tid og sted i konkurransegrunnlaget, jf. §§ 8-1 og 17-1 annet ledd bokstav c.

For å ivareta hensynet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet er det hensiktsmessig at oppdragsgiver fører utfyllende protokoll fra tilbudsåpningen.

12.5 Forhandlinger, avklaringer mv.

12.5.1 Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser

Utgangspunktet ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er at det er forbudt å endre eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger, jf. §§ 12-1 første ledd og 21-1 første ledd. Forhandlingsforbudet skal sikre likebehandling av leverandørene, gjennomsiktighet og reell konkurranse. Forhandlingsforbudet er absolutt, man kan ikke fri seg fra forbudet ved å angi i konkurransegrunnlaget at det vil bli gjennomført forhandlinger.

Forhandlingsforbudet gjelder som hovedregel fra tilbudsfristens utløp og helt frem til kontrakt er inngått, det vil si når kontrakten er undertegnet av begge parter.⁷ Forhandlingsforbudet innebærer at det ikke er adgang til å endre tilbudet etter tilbudsfristens utløp og frem til kontrakt er inngått. Dersom et tilbud er ufullstendig, uklart eller lignende og innholdet kun kan fastsettes gjennom forhandlinger, plikter oppdragsgiver å avvise tilbudet, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f og 20-13 første ledd bokstav f, se kapittel 13.3.1.

Forhandlingsforbudet innebærer imidlertid ikke et absolutt forbud mot kontakt mellom partene. Anskaffelsesregelverket har flere bestemmelser som regulerer kontakten mellom partene. I visse tilfeller er det for eksempel tillatt å foreta visse avklaringer og rette åpenbare feil, se kapittel 14.5. Videre plikter oppdragsgiver å ta kontakt med leverandøren dersom de vurderer å avvise tilbudet som unormalt lavt, se kapittel 13.

⁷ Jf. §§ 13-3 første ledd og 22-3 første ledd.

Forhandlingsforbudet brytes allerede ved at oppdragsgiver forsøker å forhandle med en leverandør, uavhengig av om dette medfører en faktisk endring av tilbudet.

KOFA sak 2004/180:

Oppdragsgiver gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om kjøp av rekvisita. Oppdragsgiver sendte en e-post til en leverandør etter tilbudsfristens utløp, der de bad om at leverandøren tilbød og prissatte produkter som ikke var med i det opprinnelige tilbudet. Klagenemnda kom til oppdragsgiver ved denne forespørselen forsøkte å få leverandøren til å supplere tilbudet sitt etter tilbudsfristens utløp, og at forhandlingsforbudet dermed var brutt.

KOFA sak 2006/77:

En kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for en total-entreprise. Etter at administrasjonens innstilling var gjort kjent for tilbyderne, sendte én av dem et brev til innklagede som ble tatt med ved formannskapetets og kommunestyrets vurdering av tilbudene. Klagenemnda fant at brevet innebar en endring av tilbudet, og at innklagede hadde brutt forhandlingsforbudet ved å ta hensyn til det.

KOFA sak 2004/79:

En leverandør fikk anledning til å legge frem en presisering av tilbudet i et møte, som resulterte i at prisen ble redusert. Klagenemnda kom til at forhandlingsforbudet var brutt.

12.5.2 Tillatte avklaringer og retting av åpenbare feil ved anbudskonkurranser

Avklaringer

Selv om det foreligger et forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser, er det adgang til å foreta visse avklaringer og presiseringer i tilbudet, jf. 12-1 annet ledd og §§ 21-1 annet ledd. Disse avklaringsmulighetene gjør at avvising i visse tilfeller kan unngås. Det er imidlertid ikke tillatt å forhandle om innholdet i tilbudene gjennom disse avklaringene, jf. forhandlingsforbudet. Tilliten til anbudssystemet tilsier at grensen for tillatte avklaringer er meget restriktiv.

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudene er klart og korrekt utformet. Avklaringsadgangen er i utgangspunktet kun en rett, og ikke en plikt for oppdragsgiver. Avklaringene må foretas på en måte som sikrer overholdelse av de grunnleggende prinsippene. Dersom oppdragsgiver har latt en leverandør presisere visse forhold ved tilbudet, tilsier likebehandlingsprinsippet at også andre leverandører gis tilsvarende muligheter. I et slikt tilfelle kan de grunnleggende prinsippene altså medføre en plikt for oppdragsgiver til å foreta avklaringer. Oppdragsgiver må også gi samtlige leverandører samme

mulighet til å avklare tilbudene. Dersom avklaringen fører til at leverandørene forskjellig-
behandles, vil likebehandlingsprinsippet være brutt.

Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at avklaringsadgangen foreligger etter ett
av de tre ulike alternativene:

- Oppdragsgiver har en viss adgang til å ta kontakt med leverandøren for å få klarlagt
uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Det er imidlertid kun adgang til å foreta
avklaringer dersom det ikke er forhold ved tilbudet som gjør at oppdragsgiver plik-
ter å avvise det. Dette vil særlig gjelde tilbud der det grunnet uklarheter og lignende
er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er
derfor kun uklarheter som knytter seg til ikke-vesentlige forhold som kan avklares, i
motsatt fall foreligger en avvisningsplikt. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke har
adgang til en avklaring som påvirker rangeringen av tilbudene, se omtale av KOFA
sak 2003/35 nedenfor.
- Dersom leverandøren foreslår egne løsninger, arbeidsmetoder og materialer, kan
oppdragsgiver be om at leverandøren utdyper og klargjør hvordan kravene i kon-
kurransesgrunnlaget vil bli ivaretatt. Det trenger altså ikke foreligge uklarheter i
tilbudene etter dette alternativet, men ettersom det foreligger andre løsninger med
mer, kan oppdragsgiver ha et behov for å sette seg nærmere inn i tilbudet. Bestem-
melsen vil særlig kunne være aktuell ved alternative tilbud. Det er ikke tillatt å endre
innholdet i tilbudet under avklaringen.
- Oppdragsgiver kan gjøre mindre justeringer i løsningene i tilbudet dersom det er
teknisk eller funksjonelt nødvendig. Dette innebærer i realiteten en endring av tilbu-
det. Bestemmelsen er derfor et snevert unntak fra forhandlingsforbudet. Det er ikke
adgang til å forhandle om pris. Det er kun tillatt å foreta små, men nødvendige, tek-
niske eller funksjonelle endringer. En prisjustering som følge av løsningsendringen
er imidlertid ikke utelukket dersom det følger av en ren prisendingsmekanisme, og
ikke innebærer forhandlinger.

KOFA sak 2003/35:

En kommune avholdt en anbudskonkurranse om detaljprosjektering og byggeledelse av kommunens vannbehandlingsanlegg. Som en del av konkurransegrunnlaget fikk interesserte leverandører utdelt et anbudsbrief som skulle innleveres i utfylt stand som en del av leverandørens tilbud. I anbudsbriefet fremgikk det at kostnader i forbindelse med reise til og fra arbeidsstedet var inkludert. Leverandør X underskrev anbudsbriefet, og hadde verken under rubrikken «forbehold» eller andre steder i anbudsbriefet tatt forbehold mot forutsetningen om at kostnader i forbindelse med reiser skulle være inkludert. Leverandør X innleverte i tillegg det de omtalte som et kompletterende tilbud med mer utfyllende informasjon om tilbudet. Her fremgikk det imidlertid at reisekostnader kom i tillegg til de kostnadene som var angitt. Kommunen fant at dette sitatet var i strid med anbudsbriefet leverandøren hadde undertegnet, og tok derfor kontakt med leverandør X for å avklare uklarheten. I e-post opplyste leverandør X at utgifter i forbindelse med reiser var inkludert i den pris som var opplyst i anbudsbriefet. Forskjellen i totalpris mellom leverandør X og leverandør Y var på ca. 30 000 kr i favør av leverandør X. Kostnadene til reiser var av begge to beregnet til minst 50 000 kr. Dette medførte at spørsmålet om reiser var inkludert var avgjørende for hvilket av de to tilbudene som hadde lavest pris. Klagenemnda uttalte at oppdragsgiver ikke har adgang til å foreta en avklaring som påvirker rangeringen av tilbudene. Nemnda mente uklarheten i tilbudet til leverandør X inneholdt en vesentlig uklarhet og at den medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Nemnda mente derfor at oppdragsgiver skulle avvist tilbudet, og at det var i strid med forhandlingsforbudet å avklare om reiser var inkludert i tilbudet.

KOFA sak 2005/306:

Oppdragsgiver hadde hatt elektronisk kontakt med to tilbydere i konkurransen. Kontakten gjaldt blant annet enhetspriser. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å ta stilling til om det ble foretatt ulovlige forhandlinger eller tillatte avklaringer i henhold til regelverket i samtalen, men understreket at endringer som gjelder priser normalt neppe kan godtas som avklaringer, og viste til Rt. 2003 s. 1531.

Åpenbare feil

Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, plikter oppdragsgiver å rette opp feilen dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes, jf. §§ 12-4 tredje ledd og 21-4 tredje ledd.

En feil er åpenbar dersom en normalt forstandig oppdragsgiver burde ha oppdaget feilen. Eksempler på dette kan være regnefeil, skrivefeil, overføringsfeil eller lignende der

det er åpenbart hvordan feilen skal rettes opp. Ved den minste tvil om hvordan feilen skal rettes opp, skal oppdragsgiver ikke rette feilen. Oppdragsgiver har ikke adgang til å ta kontakt med leverandøren for å få avklart om det foreligger en feil, og hvordan feilen eventuelt skal rettes opp. Bakgrunnen for den snevre adgangen til å rette feil, er å sikre at forhandlingsforbudet og likebehandlingsprinsippet overholdes.

Dersom det er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, foreligger det en plikt til å avvise i en anbudskonkurranse, og en rett til å avvise i en konkurranse med forhandling, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f, annet ledd bokstav b og 20-13 første ledd bokstav f og annet ledd bokstav b. Hvis feilen ikke er ubetydelig oppstår det en avvisningsrett i henhold til §§ 11-13 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a.

KOFA sak 2003/292:

Under en åpen anbudskonkurranse om drifts- og vedlikeholdstjenester av veinettet, mottok kommunen et tilbud de mente inneholdt en åpenbar feil. Kommunen kontaktet leverandøren per e-post og ba om å få bekreftet at prisen var feil, samt å få opplyst korrekt pris. Kommunen gav uttrykk for at de mente prisene var meget høye. Leverandøren justerte deretter prisene sine slik at de ble lavere, og vant anbudskonkurransen. Klagenemnda mente det ikke var utvilsomt hvordan feilen skulle rettes, og viste til at kommunen var nødt til å kontakte leverandøren for å få dette gjort. Nemnda konkluderte derfor med at kommunen ikke hadde hjemmel i forskriften for å rette feilen. Det var derfor et brudd på forhandlingsforbudet å kontakte leverandøren.

12.5.3 Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter

Dersom en eller flere leverandører ikke har levert HMS-erklæring, skatteattest eller andre offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at krav til leverandøren er oppfylt, kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av disse dokumentene, jf. §§ 12-13 og 21-3. I den tidligere forskriften var det kun adgang til å ettersende HMS-erklæring og skatteattest. Bakgrunnen for å utvide bestemmelsen, er at det også kan være hensiktsmessig å sette en tilleggsfrist for å ettersende annen offentlig tilgjengelig dokumentasjon, slik som for eksempel firmaattest.

I utgangspunktet er det leverandørens risiko å innlevere den etterspurte dokumentasjon. Oppdragsgiver har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å gi tilleggsfrist. God forretningsskikk kan imidlertid i visse tilfeller tilsa at oppdragsgiver bør gi en slik tilleggsfrist, se KOFA sak 2004/81 referert i kapittel 13.1.1.

Retten til å innhente manglende dokumentasjon knyttet til forhold ved leverandøren, må benyttes på en måte som ivaretar hensynene etter de generelle prinsippene, og da særlig prinsippene om likebehandling, god forretningsskikk og ikke-diskriminering.

Dersom oppdragsgiver velger å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, må den samme muligheten gis til alle deltakerne i konkurransen, slik at leverandørene likebehandles.

Oppdragsgiver må vente med å vurdere de innkomne tilbudene til tilleggsfristen er utløpt.

12.5.4 Supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner

Oppdragsgiveren kan anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren utdypes eller suppleres, jf. §§ 12-4 og 21-1. Det er i utgangspunktet kun de dokumenter som er fremlagt innen tilbudsfristens utløp som kan utdypes og suppleres. Bestemmelsene omfatter derfor en annen situasjon enn i §§ 12-13 og 21-3, som gir oppdragsgiver en rett til å sette en tilleggsfrist for å ettersende dokumenter, se kapittel 12.5.3.

I utgangspunktet er det leverandørens risiko å innlevere den etterspurte dokumentasjon. Oppdragsgiver har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å anmode om at attester og dokumenter utdypes. God forretningsskikk kan imidlertid i visse tilfeller tilsi at oppdragsgiver bør gi leverandørene en adgang til å supplere opplysninger, se KOFA sak 2004/81 referert i kapittel 13.1.1.

Dersom oppdragsgiveren benytter seg av sin rett til å be om at leverandøren utdyper eller supplerer visse dokumenter, må dette gjøres på en måte som overholder de grunnleggende prinsippene, og da særlig prinsippet om likebehandling, god forretningsskikk og ikke-diskriminering.

Etter at oppdragsgiver eventuelt har benyttet seg av sin rett til å be om supplering og utdypning, vil mulige avvissings spørsmål måtte avgjøres etter §§ 11-13 og 20-13, se kapittel 13.4.

12.6 Endring av eksisterende kontrakter

Spørsmålet er om endring av en eksisterende kontrakt er en ny kontrakt, som må følge forskriftens regler for inngåelse av kontrakter. Hvis det i den opprinnelige kontrakten er tatt høyde for at kontrakten kan endres underveis, for eksempel gjennom en opsjon til å forlenge kontrakten, kan dette gjøres uten at det kreve ny prosedyre etter forskriften. Dersom dette ikke er gjort, man likevel forlenger kontrakten, er dette å anse som inngåelse av en ny kontrakt. Det vil si at man må følge regelverket og gjennomføre ny konkurranse, se kapittel 7.4.4.

KOFA-sak 2005/40:

I denne saken anførte klager at en statlig etat ved utløsning av opsjoner hadde forhandlet om sentrale elementer i en avtale, og at innklagede med dette måtte anses å ha inngått nye kontrakter. Klagenemnda uttalte at reforhandlinger som har en rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den første inngåtte avtalen, i utgangspunktet må godtas. Videre at dette må stilles på linje med for eksempel utøvelse av endrings- og tilleggsarbeider i entreprise- og tilvirkningsforhold. Nemnda uttalte også at endringer som følge av den teknologiske utviklingen på punkter som er av marginal betydning, og endringer som følge av inflasjon eller prisjusteringsbestemmelser i kontrakten, etter omstendighetene må aksepteres, jf. også KOFA sak 2004/16.

Spørsmålet i den konkrete saken var om endringene i leverandørenes tilbud som lå til grunn for utløsning av opsjonene, var av så vesentlig karakter at innklagede måtte anses å ha inngått nye parallelle rammeavtaler, i strid med regelverket.

Innklagede hadde oppgitt at de ved å be om nye tilbud oppnådde en betydelig prisreduksjon. Isolert kan en betydelig prisreduksjon tale for at avtalene er vesentlig endret, jf. KOFA sak 2004/14 der en vesentlig prisendring var tilstrekkelig til at avtalen ble ansett som ny. I innklagedes tilfelle fulgte det imidlertid av kontrakten at leverandørene skulle tilby markedspris med eventuelle rabatter, samt at det kunne kreves reforhandling av pris dersom leverandøren ikke opererte med konkurransedyktige priser. Avtalene la således opp til at prisene kunne variere i avtaleperioden, og at prisene kunne reforhandles nedover. Klagenemnda kom derfor til at prisreduksjonen lå innenfor avtalens ordlyd, og at avtalen ikke var vesentlig endret.

Videre fulgte det av avtalene at oppdragsgiver kunne avtale endringer i rammeavtalens artikkelsortiment. Da innklagede søkte å redusere tilgjengelig sortiment vesentlig ved å konsentrere innkjøpene om færre produkter/leverandører/produsenter, ble derfor også denne endringen ansett å være innenfor avtalens ordlyd.



Kapittel 13

Avvisning

13.1 Innledning

13.1.1 Plikt og rett til å avvise

Leverandørene bærer risikoen for å innlevere den dokumentasjonen oppdragsgiver etterspør, og at tilbudene er klart og korrekt utformet. Oppdragsgiver kan i visse tilfeller avvise leverandører på grunn av forhold ved leverandøren eller tilbudet.

For å forenkle og redusere tvil og uklarheter er det er like avvisningsregler i forskriftens del II og III. Det er viktig å skille mellom de avvisningsbestemmelsene der oppdragsgiver plikter å avvise, og der oppdragsgiver får en rett til å avvise.¹

Der oppdragsgiver har en avvisningsrett, er det i utgangspunktet opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre om en leverandør skal avvises. Oppdragsgivers skjønn er imidlertid ikke ubegrenset. Oppdragsgiver må sørge for å overholde de grunnleggende prinsippene, slik som for eksempel hensynet til god forretningsskikk, forutberegnlighet og likebehandling. Oppdragsgiver kan for eksempel ikke benytte avvisningsreglene for 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 tilbudet avvises, jf. likebehandlingsprinsippet.

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 avhjelpes ved å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, eller anmode om supplering eller utdyping av attester eller dokumenter, se kapittel 12.5. I visse tilfeller kan kravet til god forretningsskikk tilsi at oppdragsgiver bør sette en slik tilleggsfrist eller gi adgang til å supplere dokumenter.

¹ Ofte omtalt som skal- og kan-avvisningsregler.

KOFA sak 2004/81:

En kommune ønsket å inngå et offentlig-privat samarbeid (OPS). Kommunen avviste en leverandør grunnet manglende HMS-egenerklæring fra en av «OPS-aktørene». Klagenemnda mente det var uklart ut fra konkurransegrunnlaget om alle OPS-aktørene måtte levere HMS-egenerklæring. Nemnda viste til at fire av åtte OPS-operatører manglet attester fra en eller flere OPS-aktører, og mente dette illustrerte at konkurransegrunnlaget var uklart på dette punktet. Ettersom klarheten var skapt av oppdragsgiver, og leverandørens tolkning av konkurransegrunnlaget fremstod som forsvarlig, mente nemnda at oppdragsgivers beslutning om ikke å gi leverandøren en tilleggsfrist var urimelig. Klagenemnda mente at det i et slikt tilfelle var i strid med god anbuds- og forretningskikk å ikke gi en kort tilleggsfrist for ettersending av HMS-egenerklæring.

13.1.2 Er avvisningsbestemmelsene uttømmende?

I utgangspunktet er forskriftens avvisningsregler ment å være uttømmende for å sikre forutberegnligheten for leverandørene. Det fremgår av EF-domstolens praksis² at avvisningsreglene som gir oppdragsgiver en rett til å avvise på grunn av forhold ved leverandøren, er uttømmende regulert. Oppdragsgiver har derfor ikke rett til å avvise for forhold ved leverandøren i andre tilfeller enn det som fremgår av forskriftens bestemmelser. Det kan imidlertid ikke utelukkes at oppdragsgiver plikter å avvise i andre særlige tilfeller enn de som er uttrykkelig regulert i forskriften. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle der det vil være i strid med de grunnleggende prinsippene å behandle tilbudet, for eksempel likebehandlingsprinsippet.

KOFA sak 2003/146:

Saken gjaldt en anskaffelse som etter sin art var omfattet av forsyningsforskriften, men som lå under terskelverdiene. Oppdragsgiver hadde i kunngjøring og konkurransegrunnlag opplyst at forskrift om offentlige anskaffelser fikk anvendelse. Klagenemnda kom til at de på avtalerettslig grunnlag derfor var forpliktet til å følge forskriften.

En leverandør hadde levert inn et tilbud på deler av ytelsen. Spørsmålet var om denne leverandøren skulle vært avvist. Hvis det skal være anledning til å innlevere tilbud på deler av ytelsen må oppdragsgiver opplyse om dette i konkurransegrunnlaget. Dette hadde oppdragsgiver ikke gjort, og tilbudet avvek derfor fra konkurransegrunnlaget. Klagenemnda stilte spørsmål ved om avvisningsregelen i den tidligere forskriftens § 15-19 annet ledd bokstav d var korrekt

² Se forente saker C-226/04 og C-228/04, La Cascina og Zilch, premiss 22. EF-domstolen uttalte at de avvisningsgrunnene som var opplistet i det tidligere tjenstedirektivet var uttømmende. Disse avvisningsgrunnene tilsvarer artikkel 45 annet ledd i det nye direktivet, som regulerer i hvilke tilfeller oppdragsgiver har rett til å avvise på grunn av forhold ved leverandøren. Hver medlemsstat kan velge å innføre færre avvisningsregler enn de som følger av denne bestemmelsen. Norge har imidlertid valgt å innføre alle direktivets avvisningsregler som gir oppdragsgiver en rett til å avvise. En kan derfor utlede av EF-domstolens avgjørelse at de bestemmelsene i det norske regelverket som gir oppdragsgiver en rett til å avvise på grunn av forhold ved leverandøren, er uttømmende regulert.

avvisningsgrunnlag for materielle avvik i konkurransegrunnlaget³ (se dagens § 11-1 første ledd bokstav f). Nemnda mente imidlertid at dette uansett rammes av det grunnleggende prinsippet om likebehandling i loven § 5. Nemnda konkluderte med at likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 var brutt, fordi kommunen ikke hadde avvist et tilbud med materielle avvik fra konkurransegrunnlaget.

13.1.3 Tidspunktet for vurderingen og begrunnelse

Avvisningsspørsmålet skal avgjøres snarest mulig⁴, etter at oppdragsgiver eventuelt har benyttet seg av sin rett til avklaringer, supplerer og utdypning mv., se kapittel 12.5.

Det vises for øvrig til veilederens kapittel 16 vedrørende oppdragsgivers plikt til å gi begrunnelse ved avvisning.

13.2 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

13.2.1 Plikt til å avvise

Ikke oppfyller kvalifikasjonskravene

Leverandører som ikke oppfyller kravene som er satt for deltakelse i konkurransen, skal avvises, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav a og 20-12 første ledd bokstav a. Oppdragsgiver skal i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget opplyse om hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til leverandøren. Det vises til kapittel 9 og til departementets Beste Praksis veileder for en nærmere behandling av temaet, blant annet hvilke kvalifikasjonskrav oppdragsgiver kan stille.

Dersom oppdragsgiver ut fra de dokumenter mv som er innlevert kan se at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, plikter oppdragsgiver å avvise leverandøren.

Spørsmålet er om oppdragsgiver også har en avvisningsplikt der leverandøren ikke har innlevert tilstrekkelig dokumentasjon til at oppdragsgiver kan vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Avvisningsspørsmålet må avgjøres etter at oppdragsgiver eventuelt har benyttet seg av sin rett til å anmode om at leverandøren ettersender dokumenter, supplerer eller utdyper opplysninger, se kapittel 12.5.⁵ Dersom det mangler dokumentasjon fra leverandøren, kan dette være en indikasjon på at kvalifikasjonskravene ikke er oppfylt. Dersom den manglende dokumentasjonen tilsier at leverandørene ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, foreligger det en plikt til å avvise.

Manglende dokumentasjon kan i seg selv i visse tilfeller gi oppdragsgiver en rett til å avvise leverandører, se kapittel 13.2.2.⁶

³ Dette er regulert i dagens forskrift, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav a, og 20-12 første ledd bokstav a.

⁴ Se forskriftens §§ 11-13 første ledd og 20-15 første ledd og veiledningens kapittel 13.4.

⁵ Jf. forskriftens §§ 12-3, 12-4, 21-3 og 21-4

⁶ Jf. forskriftens §§ 11-10 annet ledd bokstav g og 20-12 annet ledd bokstav g.

KOFA sak 2005/246:

En kommune arrangerte en åpen anbudskonkurranse for vintervedlikehold av veier. I konkurransegrunnlaget ba innklagede om en rekke opplysninger om den eller de maskinene som skulle benyttes, blant annet var det bedt om kopi av vognkort. Videre het det at «*kun driftsmessig fullgode lastebiler/maskiner vurderes*». Klagenemnda mente derfor at maskinpark var satt som et kvalifikasjonskrav. Den leverandøren kommunen valgte hadde ikke gitt noen opplysninger om hvilke maskiner/lastebiler som skulle benyttes. Nemnda uttalte at manglende dokumentasjon på kvalifikasjonene ikke nødvendigvis medfører avvisning. I medhold av kravet til likebehandling, jf lovens § 5, kreves det imidlertid at oppdragsgiver foretar en forsvarlig vurdering av om leverandøren som har utilstrekkelig dokumentasjon, likevel oppfyller kvalifikasjonskravene. Når den valgte leverandøren ikke har gitt noen opplysninger om maskinparken, mente nemnda at kommunen ikke har kunnet gjøre en forsvarlig vurdering av om maskinene var egnet til å oppfylle kontrakten. Kommunen hadde heller ikke bedt om å få slik dokumentasjon ettersendt. I medhold av kravet til likebehandling i lovens § 5 og forskriftens § 3-1 mente klagenemnda derfor at kommunen skulle avvist leverandøren.

KOFA sak 2004/238:

En kommune arrangerte en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale for levering av catering og selskapsmat til kommunen. Kommunen hadde stilt krav om at leverandørene skal levere inn årsregnskap for de siste tre årene. Den valgte leverandøren hadde ikke levert inn årsregnskap for 2003, og spørsmålet var om leverandøren derfor skulle vært avvist. For at det nevnte dokumentasjonskravet skulle ha noe innhold, mente klagenemnda at det må innfortolkes et kvalifikasjonskrav tilknyttet leverandørens økonomiske og finansielle stilling. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget hvor terskelen for avvisning på grunn av økonomisk og finansiell stilling gikk, og kommunen måtte derfor ha adgang til å utøve et forsvarlig skjønn ved fastsettelsen av nivået. Kommunen anførte at det ikke var nødvendig med en leverandør med god økonomi, ettersom kontrakten ikke innebar at kommunen yter kreditt til leverandøren, og at det for øvrig ikke var problematisk dersom leverandøren havnet i økonomiske vanskeligheter. Nemnda anså dette som relevante momenter i skjønnsutøvelsen. Kommunen hadde innhentet kredittvurdering som tilsa at den valgte leverandøren var kredittverdig. Nemnda mente kommunen hadde foretatt en tilstrekkelig vurdering av leverandørens økonomiske stilling, og at manglende fremleggelse av årsregnskap for 2003 dermed ikke hadde noen betydning. Klagenemnda fant ingen grunn til å overprøve innklagedes skjønnsutøvelse.

Ikke levert skatteattest eller HMS-erklæring

Dersom leverandøren ikke leverer skatteattest eller HMS-egenerklæring⁷, har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandøren, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav b og c og 20-12 første ledd bokstav b og c. Oppdragsgiver kan imidlertid velge å gi en kort tilleggsfrist for ettersending av denne dokumentasjonen⁸, se kapittel 12.5. Denne retten til å innhente manglende dokumentasjon knyttet til forhold ved leverandøren, må benyttes på en måte som ivaretar de grunnleggende prinsippene om likebehandling, god forretningskikk og ikke-diskriminering. Dersom oppdragsgiver velger å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumentene, må den samme muligheten gis til alle leverandørene. Dersom oppdragsgiver velger å ikke gi en tilleggsfrist, inntreer en plikt til å avvise leverandøren.

Alle andre tilfeller av manglende dokumentasjon faller inn under avvisningsregelen som gir oppdragsgiver en rett til å avvise dersom leverandøren har unnlatt å gi de opplysninger som kreves, se kapittel 13.3.2.⁹

Ikke levert forespørsel om deltakelse i begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling innen fristen eller i samsvar med reglene om kommunikasjon

Oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke leverer forespørsel om deltakelse i begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling innen fristen, eller i samsvar med reglene om kommunikasjon, jf. kapittel 7 og 16, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav d og 20-12 første ledd bokstav d. Bestemmelsen skal sikre likebehandling av leverandørene og forutberegnlighet.

Leverandøren er rettskraftig dømt for visse former for økonomisk kriminalitet

Dersom oppdragsgiver kjenner til at leverandøren er rettskraftig dømt for visse former for økonomisk kriminalitet, inntreer det en avvisningsplikt, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav e og 20-12 første ledd bokstav e. Oppdragsgiver har ikke plikt til å undersøke om leverandører er straffedømt.

Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlige ikke handler med leverandører som er straffedømt for økonomisk kriminalitet.

Dersom allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren, inntreer likevel ikke avvisningsplikten. Slike allmenne hensyn kan for eksempel være hensynet til liv og helse, forhindre ødeleggelser på eiendom, eller ivaretagelse av andre viktige samfunnsinteresser.

De former for kriminalitet som skal føre til avvisning er deltakelse i en kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri og hvitvasking av penger. Opplistingen er uttømmende, slik at andre former for kriminalitet ikke vil medføre en plikt til å avvise, men kan medføre en rett til å avvise etter §§ 11-10 annet ledd bokstav c eller 20-12 annet ledd bokstav c, se kapittel 13.2.2.

⁷ Jf. forskriftens §§ 8-7, 8-8, 17-14, 17-15

⁸ Jf. forskriftens §§ 12-3 og 21-3

⁹ Jf. forskriftens §§ 11-10 annet ledd bokstav g og 20-12 annet ledd bokstav g.

Bestemmelsen må tolkes i lys av forholdsmessighetsprinsippet. Selv om leverandøren er dømt for kriminell aktivitet, kan forholdsmessighetsprinsippet tilsi at det er uproporsjonalt å avvise leverandøren dersom disse forholdene ligger langt tilbake i tid.

Leverandøren har blitt anvendt som rådgiver ved utarbeidelse av spesifikasjonene i strid med § 3-8

Dersom oppdragsgiver har gjort bruk av en rådgiver ved utarbeidelsen av spesifikasjonene for en bestemt anskaffelse, i strid med § 3-8, inntreer en plikt til å avvise leverandøren, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f. Hvorvidt det foreligger en avvisningsplikt avhenger med andre ord av om vilkårene i § 3-8 er oppfylt. Oppdragsgiver skal ikke benytte rådgivere som kan ha økonomisk interesse av anskaffelsen, dersom dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurransen. Det oppstår kun en avvisningsplikt dersom bruken av rådgiveren vil kunne utelukke konkurransen. Det er tilstrekkelig at det er en risiko for at konkurransen kan utelukkes. Se nærmere om fortolkning av denne bestemmelsen i kapittel 5.4.

13.2.2 Rett til å avvise

Konkurs mv.

Oppdragsgiver kan avvise leverandøren dersom leverandøren er begjært konkurs, tvangsoppløst mv. eller der konkurs m.v. faktisk er åpnet, jf. forskriftens §§ 11-10 annet ledd bokstav a og b og 20-12 annet ledd bokstav a og b. Bakgrunnen for bestemmelsene er at det i slike tilfeller kan være stor risiko for at leverandøren ikke vil kunne gjennomføre oppdraget.

Kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel

Oppdragsgiver kan avvise leverandører som ved rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, jf. §§ 11-10 annet ledd bokstav c og 20-12 annet ledd bokstav c.

Det må foreligge en rettskraftig dom for de straffbare forholdene for at oppdragsgiver skal kunne avvise leverandøren etter denne bestemmelsen.

De straffbare forholdene må relatere seg til den yrkesmessige vandelen. Dette vil typisk gjelde leverandører som er dømt for økonomisk kriminalitet, for eksempel ulovlig tilbudssamarbeid i strid med konkurranseloven. Andre eksempler er miljøkriminalitet eller brudd på arbeidsmiljøloven. Dersom administrerende direktør i et IT-firma har fått en fartsbot, vil dette ikke relatere seg til den yrkesmessige vandelen.

Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at de straffbare forholdene må være av en viss betydning, og være relevant for den aktuelle anskaffelsen.

Alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav

Dersom leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav, kan leverandøren avvises, jf. §§ 11-10 annet ledd bokstav d, og 20-12 annet ledd bokstav d. Dette gjelder også der leverandørens underleverandører har gjort seg skyldig i dette.

Det er ikke krav om at det må foreligge rettskraftig dom, men det må foreligge objektive bevis for slike brudd. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver har mistanke om slike forhold.

Brudd på en profesjons etiske retningslinjer og straffebestemmelser vil omfattes. Forsømmelsen må være av vesentlig betydning («alvorlige brudd») og være relevant for den konkrete anskaffelsen, jf. forholdsmessighetsprinsippet i kapittel 5.1.2.

Ved avvisning på grunn av brudd mot etiske standarder skal det foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor en blant annet tar hensyn til hvor alvorlig forseelsen er, tiltak leverandøren har gjort for å unngå nye forseelser, om det er en engangsforseelse eller gjentatte brudd og hvor lenge det er siden bruddet skjedde.

Eksempelvis kan brudd mot EØS-direktivene¹⁰ om likebehandling for arbeidstagere og manglende overholdelse av kravene om utstasjonerte arbeidstagere kunne utgjøre en alvorlig forsømmelse.¹¹ Tilsvarende vil det være adgang til å avvise ved krenkelse av de grunnleggende ILO-konvensjonene, se kapittel 5.2.2 hvor disse er beskrevet.

Ikke betalt skatter, avgifter og trygdeavgift

En leverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter, eller trygdeavgifter i samsvar med lovbestemmelser i den stat der han er etablert eller i Norge, kan avvises, jf. forskriftens §§ 11-10 annet ledd bokstav e og f og 20-12 annet ledd bokstav e og f. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at forsømmelsen må være av en viss størrelse for å begrunne avvisning.

En leverandør anses som etablert i den stat hvor han har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak. Selv om en leverandør er etablert i et annet land enn Norge, kan oppdragsgiver avvise han dersom leverandøren ikke har innbetalt pliktige skatter, avgifter eller trygdeavgift til Norge.

¹⁰ Direktiv 2000/78/EF og 76/207/EF om likebehandling for arbeidstakere og direktiv 96/71/EF om utstasjonerte arbeidstagere.

¹¹ Dette uttrykkes i fortalens premiss 43 til direktiv 2004/18/EF. Dette er nærmere omtalt i Brian Bercusson og Niklas Bruun, Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU, i Nielsen/Treumer, The new EU Public Procurement directives s.97-116.

KOFA sak 2004/238:

En kommune arrangerte en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale for levering av catering og selskapsmat til kommunen. Den leverandøren som ble valgt hadde innlevert en skatteattest som viste en restanse på kr 3.281. Spørsmålet var om leverandøren skulle vært avvist, sett hen til at konkurransegrunnlagets krevde attest» som bekrefter at tilbyderen har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA«. Klagenemnda mente at en avvisning på grunn av en så beskjedne restanse, som dessuten gjaldt renter, ville være en uforholdsmessig streng reaksjon, og at konkurransegrunnlaget ikke hadde forpliktet kommunen til avvisning. Videre fant nemnda at det var foretatt en forsvarlig vurdering av den valgte leverandørens soliditet. Klagenemnda kom derfor til at innklagede handlet i overensstemmelse med regelverket da leverandøren ikke ble avvist.

Grovt misvisende eller feilaktige opplysninger, eller unnlatelse av å gi opplysninger

En leverandør som har gitt grovt misvisende, eller feilaktige opplysninger, eller unnlatt å gi opplysninger, kan avvises, jf. §§11-10 annet ledd bokstav g og 20-12 annet ledd bokstav g.

Dersom oppdragsgiver for eksempel har gitt grovt misvisende opplysninger, vil dette kunne være et tillitsbrudd som gir oppdragsgiver rett til å avvise leverandøren. Unnlattelse av å gi opplysninger omfatter både de tilfeller der leverandøren bevisst unnlater å gi opplysninger, og der forsømmelsen skyldes andre forhold, for eksempel en forglemmelse eller misforståelse.

Avvisningsspørsmålet må avgjøres etter at oppdragsgiver eventuelt har benyttet seg av sin rett til å gi tilleggsfrist for ettersending av dokumentasjon, eller anmode om at opplysninger suppleres, jf. kapittel 12.5.¹²

Bestemmelsen gjelder kun manglende opplysninger knyttet til forhold ved leverandøren. Dersom den manglende dokumentasjonen knytter seg til innholdet av tilbudet, skal avvisningsspørsmålet vurderes etter forskriftens §§ 11-11 eller 20-13.

Ved anvendelsen av bestemmelsen må oppdragsgiver sikre at de grunnleggende prinsippene overholdes, og da særlig hensynet til god forretningsskikk og likebehandling. Dersom oppdragsgiver avviser én leverandør som ikke har innlevert etterspurt dokumentasjon, må de øvrige leverandørene behandles likt.

¹² Jf. forskriftens §§ 12-3, 12-4, 21-3 og 21-4

13.3 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

13.3.1 Plikt til å avvise

Ikke levert innen tilbudsfristen

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet kommer frem i tide. Dersom tilbudet ikke er levert innen tilbudsfristen, plikter oppdragsgiver å avvise tilbudet, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav a og 20-13 første ledd bokstav a. Hvis tilbudsfristen forlenges i medhold av forskriftens bestemmelser, skal tilbud som ikke leveres innen utløpet av tilbudsfristen avvises.

KOFA sak 2003/81:

En leverandør hadde sendt tilbudet med eksprespost, som normalt skulle vært fremme innen tilbudsfristen. Tilbudet kom imidlertid frem etter tilbudsfristens utløp, og oppdragsgiver avviste det. Posten bekreftet at de var ansvarlig for forsinkelsen. Klagenemnda mente likevel at tilbudet var rettmessig avvist.

Ikke tilfredsstillende formkravene

Tilbud som ikke tilfredsstillende visse formkrav skal avvises, jf. forskriftens §§ 11-11 første ledd bokstav b og 20-13 første ledd bokstav b. Avvisningsbestemmelsene henviser til formkravene som er oppgitt i §§ 11-2 første og tredje ledd, og 20-2 første og tredje ledd. Dette innebærer at oppdragsgiver plikter å avvise tilbud som ikke er avgitt skriftlig eller i lukket, merket forsendelse, eller der et elektronisk tilbud ikke tilfredsstillende kravene til kommunikasjon i forskriftens kapittel 7 og 16. Formålet med disse kravene er at det skal være mulig å skille tilbudene fra annen post og oppbevare de på en betryggende måte før tilbudsåpning. Det er ikke stilt nærmere krav i forskriften til merkingens innhold, og oppdragsgiver har derfor adgang til å bestemme hvordan tilbudene skal merkes i den konkrete anskaffelsen.

KOFA sak 2003/24:

Et tilbud ble overlevert direkte til oppdragsgivers kontaktperson i en umerket, lukket konvolutt, med en muntlig forklaring om at konvolutten inneholdt et tilbud på den etterspurte tjenesten. Klager mottok skriftlig kvittering på at tilbudet var innlevert. Oppdragsgiver avviste senere tilbudet fordi det ikke var korrekt merket. Ettersom tilbudet ble levert til kontaktpersonen, som ble gjort kjent med konvoluttens innhold, mente klagenemnda at det ikke var noen risiko for at tilbudets innhold skulle bli kjent eller åpnet ved en misforståelse før tilbudsåpningen. Nemnda mente derfor at tilbudet var tilstrekkelig merket, og at en eventuelt manglende merking uansett ble rettet opp under overleveringen. Klagenemnda kom derfor til at oppdragsgiver ikke hadde adgang til å avvise tilbudet med den begrunnelse at tilbudet ikke var tilstrekkelig merket.

Alternative tilbud

Alternative tilbud avgitt i strid med §§ 11-4 og 20-4 skal avvises, se kapittel 9.6 for en fortolkning av disse bestemmelsene. Avvisningsbestemmelsene gjelder kun for alternative tilbud som ikke oppfyller de spesielle kravene som stilles til slike tilbud (prosessuelle krav). Sammenhengen i regelverket tilsier at alternativet tilbud som innholdsmessig avviker fra kravspesifikasjonene (materielle avvik), skal bedømmes etter de ordinære avvisningsbestemmelsene for avvik.

Vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene

Tilbudet skal avvises dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav d og 20-13 første ledd bokstav d. Bestemmelsen er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlige forbehold kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelig å sammenlikne. Disse bestemmelsene gjelder kun forbehold mot kontraktsvilkårene, mens avvik fra kravspesifikasjonene faller inn under §§ 11-11 første ledd bokstav e, og 20-13 første ledd bokstav e, se nedenfor.

Hvilke forbehold som anses som «vesentlige», må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Dersom forbeholdet medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, er forbeholdet vesentlig¹³ og tilbudet må avvises. Dersom leverandøren har tatt flere forbehold som isolert sett ikke anses som vesentlige, kan forbeholdene samlet sett medføre at tilbudet må avvises.

Forbehold som ikke er vesentlige kan falle inn under følgende avvisningsbestemmelser:

- Ved anbudskonkurranser, plikt til å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f og 20-13 første ledd bokstav f.
- Ved anbudskonkurranser, rett til å avvise tilbud som inneholder forbehold som ikke må anses ubetydelige, etter forsøk på avklaring, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a.
- Ved konkurranse med forhandling, rett til å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav b, og 20-13 annet ledd bokstav b.

Vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene

Dersom tilbudet inneholder vesentlig avvik mot kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, skal tilbudet avvises, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav e, og 20-13 første ledd bokstav e. Avvisningsbestemmelsene er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlige avvik kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelige å sammenlikne. Denne bestemmelsen gjelder kun avvik mot kravspesifikasjonene, mens forbehold mot kontraktsvilkårene faller inn under §§ 11-11 første ledd bokstav d og 20-13 første ledd bokstav d, se ovenfor.

¹³ Se erklæringen fra Rådet og EU-kommisjonen i 1993, inntatt i EF-tidende EFT 1994 L111 s.114.

Hvilke avvik som anses som «vesentlige» må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Der som avviket medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, er avviket vesentlig og tilbudet må avvises. Hvis tilbudet avviker fra kravspesifikasjonene på flere steder, som isolert sett ikke er å anse som vesentlige, kan avvikene likevel samlet sett medføre at tilbudet må avvises.

Avvik som ikke er vesentlige kan falle inn under følgende avvisningsbestemmelser:

- Ved anbudskonkurranser, plikt til å avvise tilbud som inneholder avvik som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f og 20-13 første ledd bokstav f.
- Ved anbudskonkurranser, rett til å avvise tilbud som inneholder avvik som ikke må anses ubetydelige etter forsøk på avklaring, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a.
- Ved konkurranse med forhandling, rett til å avvise tilbud som inneholder avvik som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav b og 20-13 annet ledd bokstav b.

Avvik, forbehold, feil mv. i en anbudskonkurranse

Dersom tilbudet inneholder avvik, ufullstendigheter, forbehold, uklarheter eller liknende som gjør at det kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, plikter en i en anbudskonkurranse å avvise tilbudet, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f, 20-13 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.

Hvorvidt årsaken til at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal forstås skal karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter mv., har kun teoretisk interesse i gråsonen mellom kategoriene, ettersom kategoriene er sidestilte, og oppregningen uansett ikke er uttømmende.¹⁴ Det kan derfor tenkes andre liknende tilfeller som også medfører avvisningsplikt.

For å medføre avvisningsplikt er det et vilkår at avviket mv. kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, såkalt relativ bedømmelsestvil. Det er tilstrekkelig at forbeholdet, avviket el. kan medføre tvil. Det skal i praksis ofte lite til før dette vilkåret er oppfylt. Oppdragsgiver må foreta en objektiv, saklig vurdering av om vilkåret er oppfylt.

Avvik, forbehold og lignende som ikke faller inn under denne bestemmelsen, kan gi oppdragsgiver en rett til å avvise tilbudet etter forsøk på avklaring, dersom de ikke anses ubetydelige, jf. § 11-11 annet ledd bokstav a og § 20-13 annet ledd bokstav a.

¹⁴ Jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende».

Eksempel:

En oppdragsgiver har fått inn to tilbud. Tildeling av kontrakten skal skje basert på hvilket tilbud som har lavest pris. Tilbud A har en samlet pris på 100 000 kr, tilbud B har en samlet pris på 130 000. I tilbud A er det tatt et forbehold som ikke lar seg prissette nøyaktig. Oppdragsgiver prissetter forbeholdet til et sted mellom 20-40 000 kr. Ettersom prissettingen av forbeholdet avgjør rangeringen av tilbudene, og vil derfor medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Tilbud A må derfor avvises.

KOFA sak 2005/49:

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak og håndtering av avfall. I følge konkurransegrunnlaget skulle eventuelle forbehold i tilbudene prissettes av tilbyder. Hvis forbeholdet ikke var prissatt, kunne oppdragsgiver prissette det reelt eller skjønnsmessig. Den valgte leverandøren hadde tatt flere forbehold i sitt tilbud. Spørsmålet var om tilbudet skulle vært avvist fordi det kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Klagenemnda mente forbeholdene ikke var så uklare at det ville være noe i veien for å foreta en beregning av hva de ville bety målt i kroner og øre. Nemnda mente derfor at kommunen ikke skulle eller kunne avvist leverandøren. Klagenemnda mente imidlertid at oppdragsgiver ikke hadde foretatt en tilfredsstillende verdivurdering av forbeholdene i tilbudet.

KOFA sak 2003/292:

Under en åpen anbudskonkurranse om drifts- og vedlikeholdstjenester av veinettet, mottok kommunen et tilbud de mente inneholdt en åpenbar feil. Kommunen kontaktet leverandøren per e-post og ba om å få bekreftet at prisen var feil, samt å få opplyst korrekt pris. Kommunen gav uttrykk for at de mente at prisene var meget høye. Leverandøren justerte deretter prisene sine slik at de ble lavere, og vant anbudskonkurransen. Uten priskorreksjon ville tilbudet vært det nest dyreste i pris. Etter priskorreksjonen ble de nest billigst. Klagenemnda kom derfor til at feilen kunne ha medført tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og at tilbudet skulle vært avvist.

13.3.2 Rett til å avvise

Reglene om oppdragsgivers rett til å avvise er omtalt i forskriftens § Avvik, forbehold, feil mv. i anbudskonkurranser

Dersom tilbudet inneholder avvik, ufullstendigheter, forbehold, uklarheter eller liknende som ikke må anses ubetydelige, har oppdragsgiver rett til å avvise, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a. Avvisningsretten etter disse bestemmelsene gjelder for anbudskonkurranser.¹⁵

Hvorvidt årsaken til at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal forstås skal karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter mv. eller liknende, har kun teoretisk interesse i gråsonen mellom kategoriene, ettersom kategoriene er sidestilte, og oppregningen uansett ikke er uttømmende.¹⁶

Det er et vilkår for å benytte avvisningsretten at oppdragsgiver har forsøkt å oppnå avklaring, se kapittel 12.5. Formålet er å begrense oppdragsgivers avvisningsrett, ettersom en for vid avvisningsrett vil kunne medføre misbruk, jf. likebehandlingsprinsippet, god forretningskikk og forholdsmessighetsprinsippet. Oppdragsgiver skal for eksempel ikke avvise tilbud som inneholder åpenbare feil, der det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes opp.¹⁷ Oppdragsgiver må derfor gjøre et reelt forsøk på avklaring, innenfor de grensene forhandlingsforbudet oppstiller. Oppdragsgiver vil ha rett til å avvise tilbudet der det har vært forsøkt avklaringer, og det ut fra en forretningsmessig vurdering ikke lenger er hensiktsmessig å benytte mer ressurser på videre avklaringer.

For å medføre avvisningsrett er det et vilkår at mangelen ikke anses ubetydelig. Bestemmelsen er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretningskikk. Det oppstår derfor ikke avvisningsrett for mangler som er så små at de ikke har noen betydning for tilbudet.

Avvik, forbehold, feil mv. i en konkurranse med forhandling

Ved en konkurranse med forhandling anses det uheldig med en absolutt avvisningsplikt for avvik, ettersom det kan tenkes at avvik kan avklares i forhandlingene. Oppdragsgiver har derfor isteden en avvisningsrett dersom uklarheten mv. kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav b og 20-13 annet ledd bokstav b.

Hvorvidt årsaken til at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal forstås skal karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter mv. eller liknende, har kun teoretisk interesse ettersom kategoriene er sidestilte, og oppregningen uansett ikke er uttømmende.¹⁸ Det kan derfor tenkes andre liknende tilfeller som også medfører avvisningsrett.

¹⁵ Dette fremgår ved at bestemmelsen henviser til forhandlingsforbudet for anbudskonkurranser, og ved at det finnes en liknede bestemmelse for konkurranse med forhandling (sammenheng i regelverket), jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav b og 20-13 annet ledd bokstav b.

¹⁶ Jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende».

¹⁷ Jf. forskriftens §§ 12-1 tredje ledd og 21-1 tredje ledd.

¹⁸ Jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende».

For å medføre avvisningsplikt er det som nevnt et vilkår at avviket mv. kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, såkalt relativ bedømmelsestvil. Det er tilstrekkelig at forbeholdet eller lignende kan medføre tvil. Det skal i praksis ofte lite til før dette vilkåret er oppfylt. Oppdragsgiver må foreta en objektiv, saklig vurdering av om vilkåret er oppfylt.

Dersom det etter forhandlingene fortsatt er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes, kan tilbudet falle inn under følgende avvisningsbestemmelser:

- Plikt til å avvise det dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene.
- Plikt til å avvise dersom det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene.

Unormalt lavt i forhold til ytelsen

I visse tilfeller har oppdragsgiver en avvisningsrett dersom tilbudet er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav c, 11-12, 20-13 annet ledd bokstav c og 20-14. Oppdragsgiver plikter imidlertid først å skriftlig be leverandøren legge frem relevante opplysninger som kan forklare de lave prisene, og etterprøve disse opplysningene. Skriftlighetskravet gjelder uavhengig av hvilken konkurranseform som er valgt. Denne prosedyren gir en rettsbeskyttelse for leverandørene. Oppdragsgiver kan kun be om de opplysningene som er nødvendig for å få avklart hvorfor tilbudet er unormalt lavt. Dette gjelder særlig ved anbudskonkurranser der det foreligger et forhandlingsforbud.

Bakgrunnen for at oppdragsgiver i visse tilfeller kan avvise unormalt lave tilbud, er å forhindre at oppdragsgiver må akseptere tilbud der for eksempel leverandøren mottar ulovlig statsstøtte, ytelsen er av mindreverdig kvalitet, eller der gjennomføringen av kontrakten er i fare fordi leverandøren er i økonomiske vanskeligheter.

Lav pris er et konkurransefortrinn, og er i seg selv ikke tilstrekkelig avvisningsgrunn. Unormalt lav pris kan for eksempel skyldes uvanlig materialvalg, bruk av innovative løsninger mv. En leverandør kan også velge å prise ytelsen unormalt lavt av strategiske årsaker, for eksempel for å få en prestisjefylt kontrakt som antas å generere flere oppdrag senere, uten at dette i seg selv medfører en avvisningsrett. Selv om leverandøren vil ha en minimal avkastning eller taper penger på prosjektet, er dette i seg selv neppe grunn til å avvise tilbudet, så lenge det ikke utgjør en risiko for gjennomføringen av prosjektet. Hvis den lave prisen utgjør en risiko ved gjennomføringen av leverandørens kontraktsforpliktelser, for eksempel ved at prisen indikerer dårlig kvalitet på tjenestene eller utgjør en fare for leverandørens økonomiske stilling, vil oppdragsgiver imidlertid ha en avvisningsrett.

Dersom årsaken til den lave prisen er at leverandøren mottar statsstøtte, kan tilbudet bare avvises dersom leverandøren ikke kan godtgjøre at statsstøtten er lovlig.

Ved vurderingen av om det foreligger et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, kan det kreves opplysninger om oppfyllelse av krav vedrørende arbeidsforhold som gjelder på det sted som ytelsen skal prestes. Dette kan dermed også føre til avvisning.

KOFA sak 2005/57:

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse, der kontrakt skulle tildeles på grunnlag av det tilbudet som hadde lavest pris. Klagers tilbud var taktisk priset, og enkelte av prisene ble av innklagede ansett som unormalt lave og tilbudet ble avvist på dette grunnlag. Klagenemnda kom til at avvisningen var urettmessig, da innklagede ikke hadde godtgjort at de lave prisene utgjorde noen risiko for leverandørens gjennomføring av kontrakten.

Ikke signert eller av andre grunner ikke anses bindende

Tilbud som ikke er signert, eller av andre grunner ikke anses bindende, kan avvises, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav d og 20-13 annet ledd bokstav d. Oppdragsgiver har derfor ikke en plikt til å avvise et tilbud uten underskrift, men kan vurdere om tilbudet skal avvises, forutsatt at de grunnleggende kravene om likebehandling mv. ivaretas.

Bestemmelsen må sees i sammenheng med bestemmelsene om adgang til retting av feil.

13.4 Fremgangsmåten ved avvisning

Det er en plikt for oppdragsgiver å snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet, jf. §§ 11-13 første ledd og 20-15 første ledd. Bakgrunnen for dette er blant annet hensynet til forutsigbarhet. Et tilbud er bindende for leverandøren ut vedståelsesfristen, noe som er med på å binde opp ressurser for leverandøren. Dersom tilbudet avvises vil leverandøren ikke lenger være bundet av tilbudet, og kan eventuelt levere inn tilbud i nye konkurranser. Det er derfor viktig for leverandøren å få avklart raskt om tilbudet blir avvist.

Oppdragsgiver må bruke den tid som er nødvendig for å sikre en forsvarlig saksbehandling, herunder for eksempel foreta en juridisk vurdering av om en har plikt eller rett til å avvise. Når oppdragsgiveren har gjennomgått den nødvendige informasjonen må oppdragsgiver ta stilling til avvisningsspørsmålet. Hvor lang tid oppdragsgiver kan bruke vil blant annet avhenge av hvor mange tilbud som har kommet inn, anskaffelsens art og kompleksitet med mer.

Uavhengig av hvilken konkurranseform som er valgt, vurderes avvisningsspørsmål knyttet til forhold ved leverandøren først, deretter tilbudene.

Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandøren som blir avvist en skriftlig melding med en kort begrunnelse i henhold til §§ 11-14 annet ledd bokstav a og 20-16 annet ledd bokstav a. Hensynet bak regelen er blant annet hensynet til etterprøvnbarhet og forutsigbarhet. Begrunnelsesplikten er nærmere omtalt i kapittel 16.

KOFA sak 2004/291:

Utgangspunktet er at oppdragsgiver snarest mulig skal ta stilling til spørsmålet om avvisning. En oppdragsgiver kan miste retten til å påberope seg en «kan»-avvisningsgrunn dersom dette først påberopes etter at tildeling har funnet sted. Det ble vist til Borgarting lagmannsretts dom av 14. mai 2002 hvor lagmannsretten ikke fant grunn til å gå inn på hvorvidt en leverandør kunne vært avvist, da leverandøren hadde vært med i tildelingsomgangen. Det ble også vist til KOFA sak 2003/70, der klagenemnda uttalte at avvisning forutsetter et vedtak, og slikt vedtak skal meddeles vedkommende tilbyder snarest mulig. I den aktuelle saken hadde oppdragsgiver ikke fattet beslutning om avvisning og det er ikke tilstrekkelig at innklagede påberoper seg rett til å avvise tilbudet først en måned etter at meddelelse om tildeling var gitt.



Kapittel 14

Gjennomføring av konkurransen

14.1 Innledning

Under dette punktet redegjør vi for hvordan konkurransen gjennomføres, hovedsaklig etter at oppdragsgiver har foretatt en eventuell kunngjøring og fått inn tilbud. Det blir også tatt opp enkelte spørsmål knyttet til kunngjøring for kjøp etter forskriftens del I og konkurransepreget dialog, for å få en samlet behandling av disse konkurranseformene.

De grunnleggende prinsippene vil ha stor betydning for hvordan konkurransen gjennomføres, se kapittel 5.1.

I kapittel 7 er det redegjort for når de ulike anskaffelsesprosedyrene kan benyttes, med andre ord hvilke vilkår som må være oppfylt.

14.2 Anskaffelser etter forskriftens del 1

14.2.1 Innledning

Kjøp etter forskriftens del I omtales ofte som «direkte anskaffelser». Departementet mener dette begrepet kan være misvisende, fordi det leder tanken hen på at oppdragsgiver kan gå direkte til én leverandør, uten å avholde en konkurranse. Utgangspunktet er imidlertid at det skal være en reell konkurranse forut for anskaffelsen. For å unngå misforståelser velger derfor departementet å benytte samlebegrepet «kjøp etter forskriftens del I» for disse anskaffelsene.

Forskriftens del I inneholder ikke de samme detaljerte krav til prosedyren som del II og III i forskriften. Det stilles blant annet ikke eksplisitte krav til kunngjøring, eller hvordan konkurransegrunnlag eller tilbud skal utformes. Lovens formål om effektive anskaffelser tilsier at oppdragsgiver gis større fleksibilitet til å bestemme hvordan disse anskaffelsene skal gjennomføres.

Oppdragsgiver må imidlertid følge de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket, jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1. Dette innebærer blant annet et krav om konkurranse så langt det er mulig, at en skal følge god forretningsskikk, likebehandle leverandører, og sikre forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Videre følger det av forholdsmessighetsprinsippet at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen. For en nærmere gjennomgang av de grunnleggende prinsippene vises det til kapittel 5.

14.2.2 EF-domstolens praksis og kommisjonens fortolkningsuttalelse

EF-domstolen har i sine avgjørelser lagt til grunn at visse grunnleggende prinsipper som utledes fra EF-traktaten, også skal gjelde for anskaffelser som faller utenfor direktivenes virkeområde.¹ Disse prinsippene tilsvarer i hovedsak prinsippene som er nedfelt i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, og EF-domstolens fortolkning av disse grunnleggende prinsippene vil derfor være et tungtveiende moment også i forståelsen av rettstilstanden i Norge. EU kommisjonen har gitt ut en fortolkningsuttalelse² der de kommenterer EF-domstolens avgjørelser, og gir eksempler på hvordan oppdragsgiver best kan sikre overholdelse av disse prinsippene. Uttalelsen gir ikke i seg selv bindende regler, men vil kunne være et moment ved tolkningen. Det er imidlertid kun EF-domstolen som bindende kan avgjøre hvordan EF-traktaten og de grunnleggende prinsippene skal fortolkes. Departementet vil her redegjøre for kommisjonens synspunkt på noen aktuelle problemstillinger, og deretter knytte noen kommentarer til hvilken betydning dette kan ha i Norge.

Det følger av Kommisjonens veiledning at prinsippene ikke vil gjelde for anskaffelser der spesielle omstendigheter, slik som at anskaffelsens verdi er meget lav, gjør at anskaffelsen ikke vil være av interesse for leverandører i andre medlemstater. Kommisjonen understreker at det er den enkelte oppdragsgivers ansvar å vurdere hvorvidt en konkret anskaffelse potensielt sett vil kunne være av interesse for leverandører i andre EU/EØS-land. Momenter i denne vurderingen vil være anskaffelsens verdi, hvilken sektor det gjelder (størrelse og struktur på markedet, praksis i det aktuelle markedet etc.) og geografisk beliggenhet for stedet anskaffelsen skal gjennomføres.

Dersom oppdragsgiver mener at anskaffelsen vil være aktuell for det indre marked, må anskaffelsen følge de grunnleggende prinsippene. Kommisjonen mener blant annet at oppdragsgiver må sørge for tilstrekkelig offentliggjøring i forkant av anskaffelsen. Kommisjonen mener det ikke er tilstrekkelig å kontakte et visst antall leverandører, selv om det inkluderer leverandører fra andre medlemsland. Det er heller ikke tilstrekkelig å (passivt) gi ut informasjon til de leverandørene som på egen hånd har tilegnet seg kunnskap om anskaffelsen og kontakter oppdragsgiver og ber om informasjon. Disse fremgangsmåtene vil etter kommisjonens vurdering ikke kunne forhindre diskriminering av potensielle leverandører fra andre medlemsland.

Det er opp til hver enkelt oppdragsgiver å vurdere den mest hensiktsmessige måten å offentliggjøre den konkrete anskaffelsen på. Dette vil for eksempel kunne gjøres ved å opplyse om anskaffelsen på Internett (f.eks. oppdragsgivers hjemmeside eller en felles nettportal), annonsering i nasjonale aviser, lokale aviser, eller TED-databasen. Momenter i vurderingen av hvordan anskaffelsen skal offentliggjøres, vil blant annet være hvor relevant anskaffelsen er for leverandører i andre EU/EØS-land, hva som skal anskaffes, anskaffelsens verdi og praksis i det aktuelle markedet. Jo større interesse anskaffelsen vil ha hos

¹ Se for eksempel følgende saker fra EF-domstolen, som gjelder tjenestekonsesjoner, uprioriterte tjenester og anskaffelser under terskelverdi: C-324/98 Teleaustria, C-231/03 Coname, C-458/03 Parking Brixen, C-59/00 Bent Moustens Vestergaard, C-264/03 Kommisjonen mot Frankrike og C-234/03 Contse.

² Commission Interpretative Communication, Brussels 23.06.2006.
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/keydocs/communication_en.pdf

potensielle leverandører fra andre medlemsland, desto videre bør annonseringen være. Kommisjonen trekker frem uprioriterte tjenester over terskelverdiene som et eksempel på anskaffelser som bør offentliggjøres på en måte som sikrer bred dekning, ettersom disse tjenestene ikke omfattes av direktivet men vil kunne gjelde store verdier.

14.2.3 Departementets kommentarer til kommisjonens fortolkningsuttalelse

Uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdi vil i Norge følge forskriftens del II. Etter departementets vurdering tilfredstiller fremgangsmåten i forskriftens del II de kravene kommisjonen mener kan utledes av EF-domstolens praksis.

Kommisjonens fortolkningsuttalelse vil særlig være aktuell for anskaffelser av rehabiliteringstjenester og anskaffelser fra ideelle organisasjoner, ettersom disse også over EØS-terskelverdi kan følge forskriftens del I. For slike anskaffelser over EØS-terskelverdi, tyder EF-domstolens praksis slik kommisjonen forstår den, på at oppdragsgiver ikke kun kan plukke ut noen leverandører, men må sørge for en bredere offentliggjøring som sikrer likebehandlings- og ikke-diskrimineringsprinsippet. Oppdragsgiver bør vektlegge de momenter kommisjonen trekker frem i vurderingen av hvilken annonseringsmåte som er mest hensiktsmessig i den konkrete sak.

Det er imidlertid usikkert hvorvidt anskaffelser under 500 000 kr vil omfattes av de mer detaljerte kravene Kommisjonen mener kan utledes fra EF-domstolens avgjørelser. Rettstilstanden er her uavklart. Departementet mener imidlertid at det er tvilsomt om anskaffelser under 500 000 kr vil ha tilstrekkelig betydning for samhandelen i EU/EØS, til at det er nødvendig å følge den fremgangsmåten kommisjonen mener kan utledes fra EF-domstolens avgjørelser. Departementet mener at oppdragsgiver har betydelig mer fleksibilitet ved slike anskaffelser. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, der en legger vekt på de momenter kommisjonen har trukket frem. Nedenfor følger departementets vurdering av hvilke føringer de grunnleggende kravene gir for anskaffelser under 500 000 kr etter forskriftens del I.

14.2.4 Anskaffelser under 500 000 kr

Forutsetningen under dette punktet er at anskaffelsens verdi er under 500 000 kr, og at anskaffelsen ikke har betydning for samhandelen. Dersom anskaffelsen har betydning for samhandelen, bør oppdragsgiver vurdere de momentene kommisjonen skisserer med hensyn til kunngjøringsmåte med mer. Dette for å sikre at utenlandske leverandører kan delta i konkurransen.

Oppdragsgiver må først ta stilling til hvordan konkurransen blir mest mulig effektiv for den enkelte anskaffelse. Dette kan blant annet gjøres ved ulike former for annonsering, for eksempel på Internett eller i aviser. Oppdragsgiver kan velge å kunngjøre i Doffin. Det finnes egne skjemaer for frivillige kunngjøringer i Doffin. Der oppdragsgiver ikke har tilstrekkelig kunnskap om markedet, vil en kunngjøring i Doffin sikre at oppdragsgiver får en mest mulig effektiv konkurranse.

Oppdragsgiver kan også invitere leverandører til å delta i en konkurranse, istedenfor, eller i tillegg til, annonsering. Antall leverandører som inviteres bør være tilstrekkelig til å sikre en reell konkurranse. En måte å gjøre dette på er at oppdragsgiver plukker ut et hensiktsmessig utvalg av leverandører som sikrer reell konkurranse, og at oppdragsgiver i utgangspunktet ikke er forpliktet til å invitere alle leverandører som potensielt sett vil kunne være interessert i å delta. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det vil kunne være i strid med likebehandlingsprinsippet å velge ut noen leverandører, mens en utelater andre. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle der markedet er lite, og utestengelse av noen leverandører vil fremstå som brudd på likebehandlingsprinsippet med mindre oppdragsgiver har objektive saklig grunner for det. Under konkurransen må oppdragsgiver likebehandle de inviterte leverandørene.

Det følger av forholdsmessighetsprinsippet at kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi.³ Høyere verdi kan tilsa at oppdragsgiver inviterer flere leverandører til konkurransen, eller sørger for bredere annonsering. Hva som skal anskaffes vil også ha betydning for hvordan anskaffelsesprosedyren gjennomføres.

For anskaffelser over 100 000 kr har oppdragsgiver en plikt til å protokollføre alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom anskaffelsesprosessen. Protokollen skal minimum inneholde de opplysninger som det bes om i forskriftens vedlegg 3, se kapittel 5 for nærmere omtale.

Det foreligger ingen eksplisitte krav i forskriftens del I om at oppdragsgiver i etterkant må orientere deltakerne i konkurransen om hvilken leverandør de har valgt og begrunne dette. Hensynene til god forretningsskikk, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet tilsier imidlertid at dette bør gjøres i noen tilfeller. Dette vil gjelde særlig dersom leverandørene har brukt mye tid på å utarbeide et tilbud, og således fått en berettiget forventning om å få en tilbakemelding når avgjørelsen er tatt. Jo høyere verdi anskaffelsen har, desto større grunn er det altså for at oppdragsgiver orienterer deltakerne i konkurransen om hvilken leverandør de har valgt og begrunner dette. Dette kan for eksempel gjøres på e-post eller ved å ta en telefon til leverandøren. Se kapittel 12.2 om de ulike kommunikasjonsformene.

Nedenfor følger noen eksempler på fremgangsmåter som kan sikre etterlevelse av de grunnleggende kravene i forskriftens del I:

En ansatt i et direktorat ønsker å delta på et kurs i prosjektledelse. Kursets verdi har en beregnet verdi på 5000 kr. Arbeidstakeren kan da for eksempel søke på nettet eller lete i kurskataloger etter et egnet tilbud, og velge det kurset han synes passer best med hensyn til tema og tid.

³ Jf. forskriftens § 3-1 femte ledd om at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen.

En kommune skal kjøpe inn oversettelsestjenester med beregnet verdi på ca 30 000 kr. Kommunen kan da for eksempel undersøke markedet ved å sjekke prislistene på Internett, og ringe til tre leverandører for å få forhøre seg om forventet leveringstid. Ettersom anskaffelsen i dette eksemplet har en relativt lav verdi, og leverandørene ikke har utarbeidet et tilbud, vil det etter departementets vurdering ikke være nødvendig å orientere leverandørene i etterkant om hvilken leverandør en har valgt med en begrunnelse for dette (jf. blant annet forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretningsskikk).

En skole skal anskaffe datautstyr til en samlet verdi av 200 000 kr. Skolen kan for eksempel annonsere i Doffin, eller henvende seg på e-post til ulike leverandører etter å ha undersøkt markedet. Fordelen ved å benytte e-post eller andre skriftlige kommunikasjonsformer, er at oppdragsgiver lettere kan sørge for at alle leverandørene får den samme informasjonen (likebehandling) og det er lett å dokumentere hva som har skjedd i ettertid (etterprøvarhet og gjennomsiktighet).

En kommune skal anskaffe transporttjenester til en samlet verdi av 400 000 kr. Kommunen kan velge å kunngjøre anskaffelsen, for eksempel i Doffin.⁴ Kommunen bør orientere alle deltakerne i konkurransen om hvilken leverandør som ble valgt og begrunne dette (jf. prinsippene om god forretningsskikk, forholdsmessighet, gjennomsiktighet og etterprøvarhet).

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

14.2.5 Særlig om etiske krav til anskaffelser for anskaffelser etter forskriftens del I

For anskaffelser som kun er omfattet av forskriftens del I gjelder det som beskrevet ikke nærmere fastsatte regler. De generelle prinsippene om konkurranse, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og likebehandling gjelder imidlertid også for disse anskaffelsene. Dette innebærer blant annet at kravene til leverandøren må være objektive, ikke-diskriminerende og ikke ekskludere så mange leverandører at konkurransen ikke opprettholdes. Såfremt de grunnleggende prinsippene overholdes kan oppdragsgiver for anskaf-

⁴ Det finnes et eget skjema for frivillige kunngjøringer i Doffin.

felser under 500 000 kr stille krav om at produktene skal være lisensiert av en uavhengig merkeordning som innebærer dokumentasjon og kontroll fra uavhengig tredjepart.⁵

Eksempel:

En kommune skal inngå kaffeavtale til en verdi av 50 000 kr for alle sine ansatte. Et raskt markedssøk viser at de fleste av leverandørene i markedet kan tilby rettferdig kaffe som tilfredsstillter kravene som følger av uavhengig tredjepartsverifiserte merkeordninger av typen Max Havelaar eller tilsvarende. Departementet mener da at kommunen kan velge å stille krav om produkter som er merket med «Max Havelaar eller lignende merkeordning».

Kommunen skal også inngå en fruktavtale til en verdi av 450 000 kr. For fruktavtalen er det kun en aktør som kan tilby tredjepartsverifisert rettferdig frukt. Noen andre leverandører kan gjennom annen dokumentasjon vise til at frukten er produsert i tråd med grunnleggende etiske krav. Her vil det kunne være i strid med kravet til konkurranse, likebehandling og ikke-diskriminering å kreve at frukten skal være tredjepartsverifisert av typen Max Havelaar eller lignende.

14.2.6 Skatteattest og HMS i forskriften del I

Skatteattest

Etter forskriftens § 3-3 skal alle norske leverandører som leverer tilbud fremlegge skatteattest ved anskaffelser som overstiger 100 000 kr. Oppdragsgiver skal angi innleveringsmåte, tidspunkt for innlevering og eventuell tilleggsfrist. Oppdragsgiver står fritt til å fastsette hvordan dette skal skje. Innleveringsmåten og tidspunktet må imidlertid fastsettes i tråd med de grunnleggende prinsippene, herunder spesielt kravet til likebehandling. Skatteattest skal leveres inn sammen med tilbudet. Oppdragsgiver kan ikke evaluere et tilbud uten først å ha mottatt skatteattesten. Grensen mellom å sondere i markedet og motta tilbud går der oppdragsgiver mottar et bindende tilbud fra en leverandør.

⁵ I sin fortolkningsmeddelelse om anskaffelser utenfor direktivene, som både gjelder uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene og anskaffelser under EØS-terskelverdien skriver Kommisjonen under punkt 2.2.1: *Non-discriminatory description of the subject-matter of the contract. The description of the characteristics required of a product or service should not refer to a specific make or source, or a particular process, or to trade marks, patents, types or a specific origin or production unless such a reference is justified by the subject matter of the contract and accompanied by the words «or equivalent».*

Eksempel på tillatt fremgangsmåte:

Oppdragsgiver skal kjøpe en enkel bil til hjemmehjelptjenesten. For å sondere markedet ringer en saksbehandler litt rundt og får oppgitt priser og andre vilkår for egnede biler. Oppdragsgiver sender så ut en forespørsel om tilbud til fem bilforhandlere. Leverandørene leverer inn tilbud sammen med skatteattest. Oppdragsgiver mottar ikke skatteattest fra en av bilforhandlerne og avviser denne før de øvrige tilbudene evalueres.

Eksempel på ikke tillatt fremgangsmåte:

Oppdragsgiver skal kjøpe en gravetjeneste. Han mottar tilbud fra 4 leverandører på e-post som han vurderer, før han ber den ene leverandøren bekrefte tilbudet sitt skriftlig og legge ved skatteattest.

For bygge- og anleggskontrakter⁶ skal entreprenøren kreve skatteattest i alle underliggende entrepriseforhold i tilknytning til oppdraget som overstiger 100 000 kroner eks. mva. Oppdragsgiver vil kunne kreve å få fremlagt denne dokumentasjonen, og kan også eventuelt kreve at dette automatisk skal oversendes for alle underentrepriser. Dersom dette ikke oppfylles, eller skatteattesten viser at underentreprenøren ikke har oppfylt sine forpliktelser, kan oppdragsgiver kreve at entreprenøren erstatter vedkommende underentreprenør. Entreprenøren er ansvarlig for eventuelle kostnader som følge av bytte av underleverandør. Dette ansvaret gjelder både eventuelle krav fra underleverandøren og eventuelle krav mellom entreprenør og oppdragsgiver som følge av forsinkelser etc.

HMS-egenerklæring

For arbeid som skal utføres i Norge, skal oppdragsgiver for anskaffelser som overstiger 100 000 kroner eks. mva. kreve HMS-egenerklæring. I motsetning til bestemmelsen for skatteattest, er det kun den valgte leverandøren som skal fremlegge HMS-egenerklæring. Oppdragsgiver angir innleveringsmåte og tidspunktet for innlevering. Regelen innebærer at egenerklæringen kan leveres inn etter at oppdragsgiver har valgt leverandøren.

14.3 Åpen eller begrenset anbudskonkurranse

Ved åpen- og begrenset anbudskonkurranse foreligger det et forhandlingsforbud, se kapittel 12.5.

Ved en åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere tilbud. Det

⁶ Forskriften krever at det skal kreves skatteattest for bygge- og anleggskontrakter. Regelverket er ikke til hinder for at oppdragsgiver også krever dette for tjenestekontrakter. Dette kan for eksempel være aktuelt for å sikre seriositet ved store renholdskontrakter.

foretas ikke en prekvalifisering⁷, med andre ord må leverandørene innlevere etterspurt dokumentasjon på at de er kvalifisert samtidig som de innleverer tilbudet. Oppdragsgiver må derfor behandle alle tilbudene som kommer inn. Dersom leverandøren er kvalifisert og ikke tilbudet avvises, må oppdragsgiver vurdere tilbudets innhold.

Ved en begrenset anbudskonkurranse foretas det først en prekvalifiseringsfase, der alle interesserte leverandører kan levere inn forespørsel om å få delta i konkurransen sammen med dokumentasjon på at de er kvalifisert. Oppdragsgiver vurderer så om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene som er oppstilt i anskaffelsesregelverket, kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Deretter inviterer oppdragsgiver de kvalifiserte leverandørene, eller et utvalg av disse, til å levere tilbud. Oppdragsgiver må minimum kunngjøre den nedre grensen for hvor mange leverandører som skal inviteres, og hovedtrekkene i utvelgelsesmetoden eller kriteriene som vil bli lagt til grunn for valget. Antall leverandører som plukkes ut må være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.⁸ Se kapittel 9.4 om utvelgelsen av leverandørene.

14.4 Gjennomføring av konkurransepreget dialog

14.4.1 Innledning

Konkurransepreget dialog er en ny konkurranseform, og det foreligger få rettskilder på området. Mange spørsmål knyttet til hvordan denne konkurranseformen skal benyttes, må derfor avklares i praksis. En kan imidlertid få noe veiledning i Kommisjonens notat og juridisk litteratur⁹.

I forskriftens del II kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling, som er en mer fleksibel prosedyre enn konkurransepreget dialog. Oppdragsgiver kan velge å følge samme fremgangsmåte som under en konkurransepreget dialog. Konkurransepreget dialog er derfor ikke eksplisitt regulert i del II, se kapittel 6 og 7.

I forskriftens del III er konkurransepreget dialog regulert i §§ 20-8, 20-9 og 20-10.

Nedenfor vil det bli redegjort for visse problemstillinger som er spesielle for konkurransepreget dialog.

14.4.2 Kunngjøring

Proseduren konkurransepreget dialog starter med en kunngjøring, jf. §§ 18-1 og 19-3. Formålet med kunngjøringen er å få kontakt med, og informasjon om, interesserte leverandører som mener de kan oppfylle oppdragsgivers behov.

⁷ Prekvalifisering vil si at oppdragsgiver velger hvilke leverandører som skal kunne delta i konkurransen blant de leverandørene som anses som kvalifisert. Med andre ord er det kun de kvalifiserte leverandørene som er invitert av oppdragsgiver, som kan innlevere tilbud. Se mer om prekvalifisering i omtalen av begrenset anbudskonkurranse.

⁸ Ved begrenset anbudskonkurranse må minimum tre leverandører inviteres etter forskriftens del II, og minimum fem leverandører etter forskriftens del III, jf. §§ 7-6 tredje ledd og 17-7 tredje ledd. Ved konkurransepreget dialog må minimum tre leverandører inviteres.

⁹ Følgende artikkel gir innblikk i en dansk oppdragsgivers erfaring ved bruk av konkurransepreget dialog: <http://www.udbudsportalen.dk/517046>. Se også Professor Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, second edition, ISBN 0421 758503, kapittel 10.

Ved siden av kunngjøringen må oppdragsgiver utarbeide såkalte «beskrivende dokumenter», som tilsvarer kravsspesifikasjonene ved anbudskonkurranser. Bakgrunnen for å velge terminologien «beskrivende dokumenter» var for å gjøre det klart at dokumentene vil kunne være mindre detaljerte og/eller mer beskrivende enn ordinære kravsspesifikasjoner.

I kunngjøringen eller de beskrivende dokumenter må oppdragsgiver beskrive hvilket behov anskaffelsen skal dekke, og hvilke kvalifikasjonskrav leverandørene må oppfylle. Dialogen skal brukes til å finne løsninger på oppdragsgivers behov. Det er ikke leverandørene som skal definere oppdragsgivers behov gjennom dialogen. Leverandørene kommer deretter med løsningsforslag basert på det behovet oppdragsgiver har beskrevet gjennom kunngjøring mv.

14.4.3 Dialogfasen

Hva som kan diskuteres og hvordan dialogen skal gjennomføres

I dialogfasen skal oppdragsgiver diskutere med de kvalifiserte og utvalgte leverandørene hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles. Oppdragsgiver starter med å ha individuelle dialoger med de inviterte leverandørene, der leverandøren gis anledning til å forklare sine forslag til løsninger. Det er adgang til å diskutere og forhandle om alle sider ved kontrakten i dialogfasen. Herunder kan det forhandles om tekniske løsninger, økonomiske forhold slik som pris, kostnader, erstatning mv., og kontraktsvilkår slik som ansvarsbegrensning, garantier med mer.

Under dialogen må oppdragsgiver sørge for å overholde de grunnleggende prinsippene, slik som likebehandlingsprinsippet. Det er spesielt viktig at oppdragsgiver ikke utøver forskjellsbehandling ved å gi opplysninger under dialogen som kan gi noen leverandører et konkurransefortrinn. Det vil for eksempel være et brudd på likebehandlingsprinsippet dersom oppdragsgiver gir én leverandør detaljopplysninger om oppdragsgivers behov og ønsker, uten at de øvrige leverandørene gis tilgang til de samme opplysningene.

Det er ikke oppstilt noen formkrav på hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Oppdragsgiver har derfor frihet til å velge den kommunikasjonsformen som anses mest hensiktsmessig, som for eksempel telefon eller møte. Det antas likevel at det i de fleste tilfeller vil være mest hensiktsmessig å invitere til forhandlingsmøter. I løpet av den muntlige dialogen kan oppdragsgiver be om at deltakerne skriver ned sine tilbud.

Dialog i faser

Oppdragsgiver kan i kunngjøring eller de beskrivende dokumenter bestemme at dialogfasen skal skje i flere faser, der de gradvis velger ut hvilke løsninger de ønsker å fortsette å diskutere basert på tildelingskriteriene. Ettersom det er adgang til å diskutere alle trekk under dialogfasen, herunder pris, er det adgang til å velge bort løsninger underveis i dialogen blant annet basert på foreløpig prising.

Det er løsninger, og ikke leverandører som velges for den videre dialogen. Hvis en leverandør har presentert flere løsninger, er leverandøren med i dialogfasen inntil alle

løsningsforslagene de har presentert er utelukket. I de fleste tilfeller vil imidlertid hver leverandør tilby en løsning, slik at utelukkelse av en løsning også innebærer utelukkelse av en leverandør.

Før oppdragsgiver kan utelukke et løsningsforslag, bør oppdragsgiver ha tilstrekkelig informasjon til å kunne konkludere med at løsningen ikke vil bli den mest økonomisk fordelaktige. Kommisjonen sier i sitt notat at oppdragsgiver må basere sin avgjørelse om å utelukke forslag til løsninger på skrevne utkast. Kommisjonen mener imidlertid det er klart at utkastene ikke trenger å inneholde all nødvendig informasjon om gjennomføringen av prosjektet, slik kravet er når de endelige tilbudene skal innleveres. Det er hevdet i juridisk teori¹⁰ at oppdragsgiver bør gis en viss fleksibilitet, og at det bør være anledning til å utelukke løsningsforslag kun basert på deres tekniske løsningsforslag, selv om en ikke har begynt å diskutere priser ennå, og pris er et av tildelingskriteriene. Dette spørsmålet må avgjøres i praksis.

Dersom oppdragsgiver har valgt å gjennomføre dialogen i flere faser, må oppdragsgiver sørge for at det er igjen et tilstrekkelig antall leverandører til å sikre reell konkurranse i den siste fasen av dialogen, det vil si den fasen der oppdragsgiver velger hvilken løsning som er den mest økonomisk fordelaktige. Det er ikke avklart hvor mange leverandører som kreves for å sikre reell konkurranse på dette stadiet. Ettersom oppdragsgiver plikter å invitere minimum tre leverandører til å delta i dialogen, har det i juridisk teori¹¹ vært hevdet at det ikke er nødvendig å ha minimum tre leverandører med i det siste stadiet av dialogen, men at det etter forholdene kan være tilstrekkelig med to. Det må foretas en konkret vurdering av hvor mange leverandører som er nødvendig for å sikre reell konkurranse i dette siste stadiet. Ett moment i denne vurderingen vil være hvor kostbart og tidkrevende det er å gjennomføre dialogen.

Fortrolighet

Uten å ha fått leverandørens samtykke, er det forbudt for oppdragsgiver å røpe en leverandørs forslag til løsninger eller andre fortrolige opplysninger overfor andre leverandører. I motsatt fall ville en risikere at leverandører ikke vil delta i dialogfasen, av frykt for at konkurrenten skal få innsyn i deres forretningshemmeligheter.

Oppdragsgiver kan ikke velge den tekniske løsningen til én leverandør og be en annen leverandør utføre dette uten å ha fått de berørte leverandørenes samtykke (såkalt «cherry picking»).

Hva som skal til for at en leverandør kan sies å ha samtykket til at andre leverandører får innsyn i deres løsningsforslag, må avgjøres etter en alminnelig avtalerettslig vurdering. En leverandør kan for eksempel eksplisitt samtykke i å dele løsningsforslaget sitt med øvrige leverandører mot betaling. Det antas også at oppdragsgiver kan forbeholde seg retten til å dele noe av informasjonen de mottar med de øvrige konkurrentene i kunn-
gjøringen eller de beskrivende dokumentene, og at leverandører som velger å delta i

¹⁰ Sue Arrowsmith, punkt 10.26, s. 646-647.

¹¹ Sue Arrowsmith, punkt 10.33, s. 649-650.

konkurransen dermed har samtykket i dette. En slik fremgangsmåte innebærer imidlertid en risiko for at enkelte leverandører avstår fra å delta i konkurransen, fordi de ikke ønsker å miste sine konkurransefortrinn.

Problemstillingen kommer på spissen dersom en leverandør har utviklet en mye bedre løsning enn øvrige leverandører, og ikke samtykker i at oppdragsgiver kan dele opplysningene med øvrige leverandører. Dersom oppdragsgiver kun ber denne leverandøren om å innlevere et tilbud, vil det ikke bli konkurranse i tilbudsfasen. Fordi leverandøren vet at de ikke har noen konkurrenter når de utarbeider sitt endelige tilbud, vil de kunne utnytte sin sterke stilling ved å tilby mindre gunstige vilkår og pris enn de normalt ville gjort i en reell konkurransesituasjon. Oppdragsgiver vil imidlertid kunne forhindre at leverandøren får en slik sterk posisjon ved å forhandle seg frem til best mulige vilkår, herunder pris, før dialogfasen avsluttes, mens det fortsatt er reell konkurranse om kontrakten.

Økonomisk godtgjørelse

Å delta i en konkurransepreget dialog vil kunne være meget ressurskrevende også for leverandørene. Oppdragsgiver kan derfor bestemme at deltakerne i dialogen skal få økonomiske godtgjørelse, jf. § 20-10. For å sikre likebehandling og forutberegnlighet må oppdragsgiver opplyse om vilkårene for å få økonomisk godtgjørelse i kunngjøringen eller det beskrivende dokumentet.

En delbetaling for utarbeidelse av løsningsforslag fritar ikke oppdragsgiver fra forbudet om å distribuere fortrolige opplysninger mv. til andre leverandører (med mindre dette er gjort som et vilkår for å motta betalingen og leverandøren godtar dette). Oppdragsgiver er uansett avhengig at leverandøren samtykker i at andre leverandører skal få innsyn i deres forslag til løsning.

Avslutning av dialogen

Når oppdragsgiver har valgt den eller de løsninger som best oppfylder deres behov, erklæres dialogfasen for avsluttet. Deltakerne i dialogen skal informeres om dette. Deltakerne blir så bedt om å innlevere endelig tilbud, basert på den eller de valgte løsninger.

Tilbudsfasen

Etter avslutning av dialogen oppfordres alle deltakerne til å innlevere tilbud på den eller de valgte løsninger som best oppfylder oppdragsgivers behov. Det er ikke eksplisitt regulert i forskriften at invitasjonen må være skriftlig, men de grunnleggende prinsipper om gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og likebehandling tilsier at invitasjonen er skriftlig og sendes samtidig til alle deltakerne. Invitasjonen må blant annet inneholde frist for mottak av tilbud, adressen de skal leveres til, samt språkkrav.

Det antas at oppdragsgiver i utgangspunktet må invitere alle de kvalifiserte leverandørene som var invitert til å delta i dialogfasen. Dette gjelder imidlertid ikke dersom oppdragsgiver har valgt å gjennomføre konkurransen i faser, da er det kun leverandørene som deltok i den siste fasen som skal oppfordres til å innlevere et tilbud.

Etter at dialogfasen er avsluttet, og en er over i tilbudsfasen, er det forbudt å forhandle (i motsetning til ved konkurranse med forhandling der en kan forhandle om alt ved tilbudet). Leverandørene må utarbeide et tilbud basert på de løsninger som er valgt og spesifisert i dialogfasen, og tilbudene må inneholde alle elementer som er nødvendige for prosjektets utførelse. Oppdragsgiver har imidlertid anledning til å be om visse avklaringer, spesifikasjoner og tilpasninger, se nedenfor.

Avklaringer mv.

Etter at tilbudet er innlevert foreligger det et forhandlingsforbud. Ved konkurransepreget dialog er det en særregel for hvilke avklaringer som kan gjøres i innleverte tilbud, jf. § 20-9 annet ledd.¹² Oppdragsgiver kan be leverandøren om å presisere, avklare og tilpasse tilbudet. Avklaringer mv. kan foretas så lenge det ikke medfører at grunnleggende elementer i tilbudet eller tilbudsinvitasjon endres, med mindre dette kan skje uten konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Ordlyden i bestemmelsen kan tyde på at det er en videre adgang til å foreta avklaringer ved denne konkurranseformen enn ved anbudskonkurranser. Det følger imidlertid av Kommisjonens notat kapittel 3.3, som baserer seg på fortalen til direktivet og tilblivelseshistorien til bestemmelsen, at adgangen til å foreta avklaringer er ment å være snever. Ettersom konkurransepreget dialog kun kan anvendes ved særlig komplekse kontrakter, antar departementet at det er en noe videre adgang til å foreta avklaringer ved denne konkurranseformen sammenliknet med anbudskonkurranser, men dette må avklares i praksis.

Avklaringsadgangen er i utgangspunktet kun en rett, og ikke en plikt for oppdragsgiver. Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet er korrekt utformet. God forretnings-skikk kan i visse tilfeller tilsa at oppdragsgiver bør la leverandøren få avklart visse forhold ved tilbudet, sett i lys av at leverandøren har brukt mye tid og ressurser på å være med i dialogen. Dersom oppdragsgiver har latt en leverandør presisere visse forhold ved tilbudet, tilsier likebehandlingsprinsippet at også andre leverandører må gis tilsvarende muligheter.

14.4.4 Avslutning av konkurransen

Valg av tilbud

Etter å ha gått gjennom alle tilbudene, skal oppdragsgiver velge det tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på tildelingskriteriene i kunngjøringen eller det beskrivende dokumentet.

Presiseringer i det valgte tilbudet

Etter anmodning fra oppdragsgiver kan den leverandøren som er blitt valgt, bli bedt om å presisere visse aspekter ved tilbudet eller bekrefte forpliktelser som er gitt i tilbudet. Forutsetningen er at dette ikke medfører en vesentlig endring av tilbudet eller konkurransegrunnlaget. Presiseringer eller bekreftelser må ikke føre til konkurransevridning

¹² Se for øvrig kapittel 12.5 om de generelle reglene om avklaringer.

eller forskjellsbehandling. Det er ikke tillatt å forhandle, jf. Kommisjonens notat kapittel 3.3.¹³ Endringer bør ikke ha noen påvirkning på hvilken leverandør som ville blitt valgt.

Bakgrunnen for at det gis et visst rom for endringer i det valgte tilbudet, er at konkurransepreget dialog skal anvendes på særlig komplekse kontrakter. Det bør derfor gis et visst rom for å presisere tilbudet etter at konkurransen er avsluttet.

14.5 Gjennomføring av konkurranse med forhandling

14.5.1 Innledning

Ved konkurranse med forhandling er det tillatt å forhandle om alle sider ved tilbudet, og er dermed et unntak fra hovedregelen om at det foreligger et forhandlingsforbud. Gjennomføring av prosedyren konkurranse med forhandling reguleres i hovedsak av de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, ikke-diskriminering, god forretningsskikk, etterprøvnbarhet og forutberegnlighet. For forhandlinger etter forskriftens del II og del III er §§ 11-8 og 20-11 sentrale bestemmelser.

Det har ikke vært ønskelig å detaljregulere prosedyren, da den skal kunne anvendes på anskaffelser som ofte stiller store krav til fleksibilitet med hensyn til hvordan forhandlingene legges opp. Det vises i denne sammenheng til anskaffelser som for eksempel kjøp av intellektuelle tjenester, visse OPS-prosjekter, juridiske tjenester, helse og omsorgstjenester, mv. Det må her være rom for ulik tilnærming. De grunnleggende prinsippene er derfor helt sentrale for hva som er tillatt under prosedyren. Se kapittel 5 for en nærmere gjennomgang av de grunnleggende prinsippene.

Bestemmelsene for gjennomføring av konkurranse med forhandling brukes i til dels helt forskjellige type situasjoner over og under EØS-terskelverdien. Forskriftens del III oppstiller strenge vilkår for å benytte konkurranse med forhandling, mens oppdragsgiver står fritt til å velge prosedyren i forskriftens del II. Det bemerkes i denne sammenheng at det kan være et problem at prosedyren konkurranse med forhandling i et visst omfang velges der hvor anbudsprosedyren vil være den mest rasjonelle og effektive anskaffelsesform. Dette kan gjøre kostnadene med anskaffelsen større enn nødvendig, for både oppdragsgiver og leverandører. Se nærmere om hvilke momenter oppdragsgiver bør legge vekt på ved valg av konkurranseform i kapittel 6.

I hovedsak er innholdet i bestemmelsene som regulerer konkurranse med forhandling i forskriftens del II og del III like. På enkelte punkter er det imidlertid noen ulikheter. Ulikhetene vil fortløpende bli kommentert nedenfor. For anskaffelser etter forskriftens del I vises det til kapittel 14.2.

Det kan settes en grense for antall deltakere i konkurransen, se veilederens kapittel 9.4.

¹³ Flexibiliteten til å foreta endringer på dette stadiet er med andre ord mindre enn ved konkurranse ved forhandling, der det også kan forhandles om tilbudet.

14.5.2 Ett- eller to-trinns prosedyre

Forhandlingene skal gjennomføres i tildelingsfasen. Før det kan gjennomføres forhandlinger, må oppdragsgiver ta stilling til om leverandørene er kvalifiserte.

Regelverket skiller mellom to ulike måter konkurransen kan legges opp:

- Ett-trinns prosedyre: Alle interesserte leverandører gis anledning til å innlevere et tilbud. Leverandørene sender inn dokumentasjon på at de er kvalifisert samtidig med tilbudet (derav navnet ett-trinns prosedyre).
- To-trinns prosedyre:
Konkurransen gjennomføres i to klart adskilte faser, en prekvalifikasjonsfase og en tildelingsfase. Oppdragsgiver vil i kunngjøringen blant annet redegjøre for hvilke kvalifikasjonskrav som stilles og sette en tidsfrist for mottak av forespørsel om deltakelse. Etter å ha mottatt forespørsler om deltakelse vil oppdragsgiver vurdere hvilke leverandører som anses kvalifisert. Kun de leverandører som anses kvalifisert, vil bli invitert til å innlevere et tilbud. Oppdragsgiver må med andre ord først foreta en vurdering av hvilke leverandører som er kvalifisert, deretter invitere disse utvalgte leverandørene til å delta i konkurransen ved å inngi et tilbud.

I forskriftens del III må oppdragsgiver alltid følge en to-trinns prosedyre, dvs. foreta en utvelgelse av hvilke leverandører som er kvalifisert til å delta i konkurransen, og kun disse vil bli invitert til å innlevere tilbud.¹⁴

Etter forskriftens del II kan oppdragsgiver imidlertid velge om det er mest hensiktsmessig å følge en ett-trinns eller to-trinns prosedyre. Begrunnelsen for dette er at det kan bli unødvendig omstendelig å foreta en to-trinns prosedyre for kontraktsverdier som ligger ned mot 500 000 kr. Ved vurderingen av hvilken fremgangsmåte som er mest hensiktsmessig, bør oppdragsgiver ta hensyn til ressursbruken på både oppdragsgivers side og leverandørens side.

14.5.3 Gjennomføringen av forhandlingene

Hva det kan forhandles om

Det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, for eksempel pris, tekniske spesifikasjoner, kontraktsvilkår med mer. Eksemplene som er nevnt i forskriften er ikke uttømmende, det kan forhandles om alle sider ved tilbudet. Forhandlingene skal relatere seg til konkurransegrunnlaget og tilbudet. Formålet med forhandlingene er å tilpasse tilbudene til de kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget, og da særlig tildelingskriteriene. Det kan ikke forhandles om absolutte vilkår oppdragsgiver har oppstilt i konkurransegrunnlaget, ettersom det vil være i strid med kravene til forutberegnet og likebehandling.

¹⁴ Dette fremkommer av systematikken i kunngjøringsbestemmelsene i forskriftens del III, som ikke tillater en «ett-trinnsmodell» hvor oppdragsgiver inviterer til å levere tilbud uten først å ha bli valgt ut.

Det går imidlertid en grense for hvor store endringer som kan gjøres i tilbudet. Det må ikke gjøres så store endringer at det ikke lenger dreier seg om samme ytelse som var angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Dersom ytelsen blir vesentlig endret, følger det av kravet til forutberegnelighet og likebehandling at konkurransen må avlyses og kunngjøres på nytt i endret form. Begrunnelsen for dette er at også potensielle leverandører skal få muligheten til å levere inn tilbud på denne ytelsen i endret form.

Hvordan forhandlingene skal gjennomføres

Forhandlingene skal gjennomføres slik at de grunnleggende kravene overholdes. Særlig vil kravet til likebehandling og forutberegnelighet være retningsgivende for hvordan konkurransen gjennomføres.

Dersom oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlag angir hvordan forhandlingene vil bli gjennomført, vil de være bundet av dette, jf. forutberegnelighetsprinsippet.

Når oppdragsgiver inviterer leverandørene til forhandlinger, må forhandlingene være reelle. Etter departementets vurdering innebærer dette at oppdragsgiver må gi leverandørene konkret tilbakemelding på tilbudene, og de må få mulighet til å innlevere reviderte tilbud, jf. likebehandlingsprinsippet. Oppdragsgiver plikter imidlertid ikke å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres.¹⁵

Det er ikke noen formkrav på hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Oppdragsgiver har derfor et forholdsvis vidt skjøn til å bestemme hvordan forhandlingene skal gjennomføres, og til å velge den kommunikasjonsformen som anses mest hensiktsmessig. I utgangspunktet er derfor både telefonmøter og fysiske møter mulige forhandlingsformer. Det antas at et fysisk møte i mange tilfeller vil kunne være en fordel for leverandørene. Det er viktig at oppdragsgiver ikke gir noen leverandører et konkurransefortrinn ved valg av forhandlingsform, jf. likebehandlingsprinsippet. Kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet tilsier at oppdragsgiver må føre utfyllende referater fra forhandlingsmøter mv. slik at det i ettertid kan kontrolleres at blant annet likebehandlingsprinsippet er ivaretatt. Endring av tilbud skal gjøres skriftlig av hensyn til etterprøvbarhet, jf. forskriftens §§ 11-8 annet ledd og 20-11 fjerde ledd.

Innholdet av tilbudene må holdes hemmelig for de øvrige leverandørene. Formålet med dette er å beskytte forretningshemmeligheter, og å forhindre at noen leverandører får et konkurransefortrinn ved å få innsyn i øvrige tilbud (og dermed «skreddersy» sine egne tilbud). Oppdragsgiver må begrense informasjonen til generelle beskrivelser om de relative svakheter og styrker ved det aktuelle tilbudet.

Forhandling i faser

Oppdragsgiver kan bestemme at prosedyren skal gjennomføres i flere faser for å begrense det antall tilbud som det skal forhandles om, jf. forskriftens §§ 11-8 og 20-11 første og annet ledd. Dette innebærer at oppdragsgiver etter å ha mottatt tilbudene,

¹⁵ KOFA sak 2003/105.

kan redusere antall tilbud på bakgrunn av tildelingskriteriene. Før oppdragsgiver kan utelukke et tilbud, bør oppdragsgiver ha tilstrekkelig informasjon til å kunne konkludere med at tilbudet ikke vil være konkurransedyktig i henhold til tildelingskriteriene. For hver fase vil antall tilbud reduseres. I tråd med god forretningskikk bør tilbydere fortløpende orienteres når det er avklart at de ikke er med i den videre konkurransen. Under den tidligere forskriften skulle oppdragsgiver kun forhandle med leverandører som «har reell mulighet til å få tildelt kontrakten». I dagens forskrift vil oppdragsgiver som velger å gjennomføre forhandlingene i faser, kunne redusere antall tilbud basert på tildelingskriteriene.

En første reduksjon av tilbudene kan skje før forhandlingene starter, slik at ikke alle leverandører vil ha rett til å levere inn et revidert tilbud. Å avholde konkurransen i faser vil kunne være effektivt, ettersom oppdragsgiver forholdsvis raskt kan skille ut de mest aktuelle tilbudene og sitte igjen med de som er mest konkurransedyktige. Denne fremgangsmåten vil kunne spare oppdragsgiver og leverandørene for unødvendig bruk av tid og ressurser, ettersom kun de leverandørene som har en mulighet til å nå frem i konkurransen, får delta i de videre forhandlingene.

For anskaffelser over EØS-terskelverdi, må oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget opplyse om at de skal gjennomføre konkurransen i faser. Dersom oppdragsgiver ikke opplyser om dette i forkant, skal samtlige leverandører som har innlevert et gyldig tilbud, gis adgang til å innlevere et forbedret tilbud før tildeling av kontrakt. En slik forhandlingsplikt med alle leverandørene kan etter omstendighetene være svært ressurskrevende, spesielt dersom det dreier seg om mange og omfattende tilbud. Det er derfor svært viktig at oppdragsgiver i forkant av kunngjøringen, tar stilling til om det er formålstjenlig å forhandle i faser, og i så fall kunngjør dette.

For anskaffelser under EØS-terskelverdi, gis oppdragsgiver en rett til å gjennomføre konkurransen i faser gjennom selve forskriftsteksten. Oppdragsgiver plikter derfor ikke å opplyse om dette i forkant. Leverandørene vil være forbredt på at oppdragsgiver kan komme til å følge en slik fremgangsmåte gjennom forskriftsteksten, og forutberegnligheten antas dermed ivaretatt. Oppdragsgiver vil kunne ta stilling til hvilken fremgangsmåte som er mest hensiktsmessig etter at de har mottatt tilbudene, med mindre de har forpliktet seg på avtalerettslig grunnlag til å forhandle med alle ved å opplyse om dette i kunngjøringen.

Både frasorteringen og forhandlingene skal skje i henhold til fastsatte tildelingskriterier. Det er opp til oppdragsgiver å vurdere hvor mange faser som er formålstjenlig å anvende i den konkrete anskaffelsen. I den avsluttende fasen, det vil si den fasen der oppdragsgiver velger hvilket tilbud som skal aksepteres, må oppdragsgiver sørge for at det er igjen et tilstrekkelig antall leverandører til å sikre den reelle konkurransen, forutsatt at det er igjen et tilstrekkelig antall egnede tilbydere. Hvor mange som skal til for å sikre den reelle konkurransen må avgjøres etter en konkret vurdering. Det vises likevel til forskriftens bestemmelser om at det skal minimum tre leverandører til for å sikre den reelle konkurranse der det settes en grense for antall deltakere, jf. §§ 8-6 og 17-6. Det kan

imidlertid ikke utelukkes situasjoner der to tilbydere kan være tilstrekkelig for å sikre den reelle konkurransen.

Avklaringer mv.

Ved konkurranse med forhandling er det full adgang til å rette feil, endre tilbudene mv. etter tilbudsfristens utløp, så lenge de grunnleggende prinsippene til likebehandling mv. blir overholdt, jf. §§ 11-8 annet og tredje ledd og 20-11 fjerde og femte ledd.

KOFA sak 2003/171:

En kommune gjennomførte en konkurranse med forhandling ved anskaffelse av byggeledertjenester. Tilbudene som kom inn, var imidlertid ikke direkte sammenlignbare med hensyn til forutsetninger i timepriser og estimat over antall timer som var nødvendig. Klagenemnda mente de fremlagte dokumenter tydet på at det ikke var ført reelle forhandlinger med klager. Det fremgikk blant annet av protokollen at den valgte leverandøren fikk anledning til å revidere sitt tilbud, uten at det samme fremgikk i forhold til klager. Nemnda mente oppdragsgiver under forhandlingene skulle ha sørget for at tilbudene bygget på like forutsetninger, både med hensyn til forståelse av oppdragsomfang, timebruk og timepriser, slik at sammenligningen av tilbudene kunne bli saklig og forsvarlig. Ettersom dette ikke ble gjort, fant klagenemnda at oppdragsgiver hadde brutt forskriftens krav om reelle forhandlinger og kravet til likebehandling jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

KOFA sak 2003/247:

Det var i strid med kravet til etterprøvbarhet at det ikke forelå notater om eventuelle forhandlinger eller angivelse av tidspunkt for kontakt mellom partene.



Kapittel 15

Avslutning av konkurransen

15.1 Kriterier for valg av tilbud

15.1.1 Tildelingskriterier

Generelt

Reglene om tildelingskriterier er basert på rettspraksis om de tidligere reglene.^{1 2} Tildeling av kontrakt skal baseres på objektive og saklige kriterier. Tildelingskriteriene skal være i samsvar med de grunnleggende prinsippene, se kapittel 5. Tildelingskriteriene skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget slik at det er forutberegnlig og gjennomslutning for leverandørene hva oppdragsgiver vil vektlegge ved valg av tilbud. For alle disse prinsippene gjelder grunnprinsippet om at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen.

Tildeling av kontrakten skal enten skje på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.

Laveste pris

Dersom kontrakten skal tildeles basert på hvilket tilbud som har den laveste prisen, er det kun spørsmål om finne frem til tilbudet med lavest pris. Regelen om avvisning av tilbud som er unormalt lavt gjelder imidlertid også her.

Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

Dersom kontrakt skal tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må oppdragsgiver fastsette på forhånd hvilke kriterier som vil bli vektlagt. For en behandling av forskjellen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier se kapittel 9.3.

Begrepet «økonomisk mest fordelaktige» skal ikke leses snevert. Oppdragsgiver kan også bruke kriterier som ikke er av ren økonomisk natur. Dette gjelder for eksempel estetikk og økologiske kriterier. Forskriften foretar en veiledende opplisting av mulige tildelingskriterier. Disse er kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, samt tid for levering eller ferdigstillelse. Opplistingen er ikke uttømmende, slik at oppdragsgiver kan også bruke andre kriterier.³

¹ Direktiv 2004/18/EF fortalens premiss 1.

² Se Kristian Trygstad, Tildeling av offentlige kontrakter, rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser, Oslo 2006, for en utførlig behandling av tildelingsfasen.

³ Forsyningsforskriften inneholder en veiledende liste som avviker noe fra listen i den klassiske forskriften. Departementet antar at dette ikke har betydning for tolkningen, ettersom ingen av listene er uttømmende.

Dersom oppdragsgiver skal tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal evalueringen skje for å kartlegge hvilket tilbud som gir best «value for money».⁴

Oppdragsgivere skal fastsette de økonomiske og kvalitative kriteriene, som samlet sett gjør det mulig å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, er det viktig å ta hensyn til livs- sykluskostnader, ikke bare anskaffelseskostnader, jf. lovens § 6.

Oppdragsgiver må fastsette kriteriene slik at de muliggjør at nivået på ytelsen i hvert tilbud kan bli evaluert i forhold til kontraktsgjenstanden, slik definert i de tekniske spesifikasjonene, slik at oppdragsgiver får det beste forholdet mellom kvalitet og pris.

Ved å benytte kriteriet «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet», vil oppdragsgiver også kunne etterspørre hvilken leverandør som kan tilby best kvalitet for en gitt pris.

Oppdragsgiver skal velge det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig sett fra oppdragsgivers ståsted.⁵ I Concordia-saken for EF-domstolen, brukte Helsinki by utslipp av nitrogendioksid og støynivå fra busser som tildelingskriterium. Dette har ingen umiddelbar verdi for Helsinki by som sådan, men bidrar til et bedre miljø for byens innbyggere. EF-domstolen uttalte imidlertid at sett fra Helsinki bys ståsted var dette viktig.

Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud må han sørge for at tildelingskriteriene også er egnet for å vurdere alternative tilbud, se kapittel 9.6.

Kriteriene må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden

Tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf §§ 13-2 annet ledd og 22-2 annet ledd.⁶

I Concordiasaken⁷ hadde Helsinki by ved kjøp av lokal busstransport, brukt som tildelingskriterier utslipp av nitrogenoksid og støynivå fra busser som skulle kjøre i Helsinki by. Formålet var å forbedre miljøet i Helsinki. Dette ga ingen bedriftsøkonomisk lønnsomhet for kommunen, men var til fordel for byens innbyggere. EF-domstolen kom til at dette kravet var knyttet til kontraktsgjenstanden, kjøp av lokal busstransport.⁸

4 Fortalens premiss 46.

5 Direktivets artikkel 53.

6 Kravet forskriftsfester EF-domstolens uttalelser i C-513/99 Concordia og C-448/01 EVN/Wienstrom. Denne problemstillingen er beskrevet i miljøveilederen til departementet.

7 C-513/99 Concordia.

8 Dette er nå uttrykt i direktivets fortale premiss 46 hvor det står at tildelingskriterier kan gjelde ordregivers mulighet for å oppfylle den berørte allmennhetens behov.

I kravet om at kriteriene må være knyttet til kontraktsgjenstanden, ligger det også et krav om at de må knytte seg til den aktuelle kontrakten. I EVN-saken ble det brukt som et tildelingskriterium hvor mye grønn strøm leverandøren kunne levere, også utover den mengden som var forespurt i kontrakten. Formålet med kravet var å oppmuntre til økt produksjon av grønn strøm. Dette var i strid med EF-retten. Et krav om grønn strøm for den aktuelle kontrakten, inkludert dokumentasjon for dette, vil imidlertid være tillatt. Kravet om tilknytning til den aktuelle kontrakten er spesielt aktuelt for sosiale tildelingskriterier. Det er usikkert om det er adgang til å bruke forhold ved produksjonen som tildelingskriterium. Et slikt kriterium vil for eksempel kunne gi mulighet for funksjonshemmede til å utføre kontrakten eller arbeidsforholdene ved produksjonen av de relevante produktene.

EF-domstolen uttalte også i EVN-saken at oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt til å velge tildelingskriterier og hvordan de vektet.⁹ Kriteriene skal må imidlertid gjøre det mulig å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I EVN-saken hadde oppdragsgiver vektet pris med 55 prosent og grønn strøm med 45 prosent. Dette ble akseptert av domstolen.

Interne følgekostnader som tildelingskriterium

Et mulig tildelingskriterium er å ta hensyn til følgekostnader internt i oppdragsgivers organisasjon ved en anskaffelse. I sak 2006/65 kom KOFA til at omstillingskostnader ved skifte av produkt, som et underkriterium under pris, var et tillatt tildelingskriterium. I den konkrete saken tilsa kontraktens størrelse at omstillingskostnadene ikke innebar en for stor konkurransefordel for eksisterende leverandør.

Forbud mot endring av tildelingskriteriene

Tildelingskriteriene skal fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Etter at tilbudsfristen er utløpt er det ikke adgang til å endre på tildelingskriteriene.¹⁰ Dersom det utarbeides vektingsmodeller etter tilbudsfristens utløp, må denne holde seg innenfor det som fremgår av konkurransegrunnlaget.

⁹ C-448/01 EVN/Wienstrom, premiss 39.

¹⁰ Se kapittel 11 om muligheten for å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp.

EF-domstolens dom i C-331/04 ATI EAC gjaldt et tilfelle hvor oppdragsgiver hadde oppgitt fire tildelingskriterier. For et av disse tildelingskriteriene skulle leverandøren beskrive organisasjonen og systemet for logistikk som skulle brukes ved utførelsen av den aktuelle tjenesten. Totalt skulle dette tildelingskriteriet tildeles 25 poeng. Etter at tilbudsfristen var utløpt fordelte oppdragsgiver disse 25 poengene på undergrupper innenfor dette tildelingskriteriet. EF-domstolen uttalte at kravet til likebehandling og gjennomsiktighet krevde at potensielle leverandører, ved utformingen av deres tilbud, skulle være klar over samtlige kriterier oppdragsgiver ville tillegge vekt. EF-domstolen overlot til den foreleggende domstolen å ta stilling til den konkrete tvisten, men uttalte at den nasjonale domstolen blant annet skulle vurdere om:

- vektingen av underkategoriene i tildelingskriteriet innebar en endring av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget,
- om vektingen av underkategoriene innebar informasjon som, dersom den var kjent ved tilbudsinnleveringen, ville kunne påvirke utformingen av tilbudene, og
- om vektingen av underkategoriene innebar at oppdragsgiveren tok hensyn til omstendigheter som kunne ha diskriminerende effekt.

Dersom noen av disse spørsmålene kunne besvares positivt ville vektingen være i strid med EF-retten.

Tildelingskriteriene skal ikke gi oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn

Tildelingskriteriene kan ikke gi oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn ved tildelingen av kontrakten.¹¹ I dette ligger det et krav til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnlighet. EF-domstolen har uttalt at tildelingskriteriene må fremgå på en slik måte, at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, å fortolke dem på samme måte.¹²

Oppdragsgiver kan ikke ta forbehold om fritt å kunne velge leverandør.¹³

Dokumentasjonskrav for tildelingskriterier

EF-domstolen har uttrykt at oppdragsgiver ikke kan bruke tildelingskriterier som ikke inneholder dokumentasjonskrav som gjør at informasjonen kan etterprøves.¹⁴ Tildelingskriteriene må gjøre det mulig for oppdragsgiver å foreta en effektiv kontroll med nøyaktigheten i tilbudets opplysninger.

11 Sak 31/87 Beentjes, premiss 26; C-19/00 SIAC, premiss 37 og C-513/99 Concordia, premiss 61.

12 C-19/00 SIAC, premiss 42: «to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way».

13 Se for eksempel den danske Klagenemnden i kjendelse av 11. oktober 2004 (Kort- og Matrikelstyrelsen) hvor Klagenemnden uttalte at en oppdragsgiver verken kan forbeholde seg rett til å velge helt fritt mellom de innkomne tilbud eller til å velge fritt mellom tilbud, som etter bedømmelse i overensstemmelse med tildelingskriteriene vurderes å være tett på at være det beste tilbud i henhold til de fastsatte kriteriene. I den pågjeldende sak fant Klagenemnden derfor at en betingelse i konkurransegrunnlaget om at «såfremt det etter evalueringen er en poengforskjell på 10% eller mindre mellom to tilbud, forbeholder oppdragsgiver seg rett til å velge fritt mellom disse tilbud», var i strid med tjenesteytelsesdirektivet.

14 C-448/01 EVN/Wienstrom, premiss 52.

Forholdsmessighetsprinsippet vil ha betydning for mengden dokumentasjon oppdragsgiver bør etterspørre. Det er gitt detaljerte regler om dette for kvalifikasjonsfasen, se kapittel 8 og Departementets veileder Beste Praksis. Disse synspunktene vil også være aktuelle for tildelingskriteriene.

15.1.2 Prioritering og vektning i forskriftens del II

Prioritering av tildelingskriteriene er i forskriftens del II regulert i § 13-2. Bestemmelsene inneholder et krav om at oppdragsgiver skal oppgi prioriteringen av tildelingskriteriene, dersom de er fastsatt på forhånd. Dette gir uttrykk for gjeldende praksis, slik det fremkommer av tolkningene fra EF-domstolen¹⁵, KOFA-praksis og juridisk teori¹⁶.

De grunnleggende prinsippene kan i noen tilfeller tilsi at det bør angis en prioritering eller vektning på forhånd. Dette må vurderes i forhold til kravet om at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen. Det er særlig viktig å kommunisere klart om tildelingskriteriene der minstekravene til tilbudet er små. I slike tilfeller er tildelingskriteriene spesielt avgjørende for at leverandøren skal kunne se hvordan oppdragsgiver er opptatt av forholdet mellom pris og kvalitet.

15.1.3 Vektning i forskriftens del III

Generelt

Oppdragsgiver skal angi den relative vektningen til hvert tildelingskriterium. Vektningen kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag.

Passende maksimalt utslag

Den relative vekten kan fastsettes med et passende maksimalt utslag. Begrepet «passende maksimalt utslag» er nytt og kommer fra direktivet. Det er usikkert hvordan denne regelen skal forstås.¹⁷ Departementet kan dermed kun komme med bidrag til mulig forståelse av bestemmelsen.^{18 19}

Siden det maksimale utslaget må være passende, ligger det en grense for hvor stort utslaget kan være. Reglene om vektning ble innført for å forsterke kravet til forutberegnligheten. Dersom det maksimale utslaget blir for stort, kan leverandørene ikke forutberegne hva oppdragsgiver ønsker å vektlegge. Med kravet til obligatorisk vektning kan det imidlertid i noen anskaffelser, eksempelvis som følge av ytelsenes kompleksitet eller uforutsigbarhet i mulige løsningsmodeller, være behov for større fleksibilitet. Dette kan for eksempel være tilfelle hvor oppdragsgiver skal foreta en anskaffelse hvor det er usikkert hvilke løsninger markedet vil komme opp med, og oppdragsgiver ønsker fleksibilitet i spørsmålet om man er villig til å betale ekstra for en kvalitativt bedre og nyskapende løsning. Forutberegnlighet kan her skapes ved at oppdragsgiver angir hvordan han vil benytte muligheten til utslag i vektningen. Motsatt bør det for (typiske) bygge- og

¹⁵ C-470/99 Universale Bau.

¹⁶ Se Sue Arrowsmith s. 473.

¹⁷ Spørsmålet er ikke behandlet av Kommissjonen eller EF-domstolen.

¹⁸ Råd gitt per September 2006 (før forskriften er trådt i kraft og har virket).

¹⁹ Departementets anbefalinger støtter seg med visse modifikasjoner på veiledningen fra Konkurrentestyrelsen, som er myndigheten for offentlige anskaffelser i Danmark. På tidspunktet for ikrafttredelse av den norske lovgivningen har den danske lovgivningen, som gjør direktivteksten til dansk lov, virket i to år.

anleggskontrakter utvises forsiktighet med å benytte utslag. Størrelsen på utslaget må avpasses etter anskaffelsens art og størrelse. Kravet til forutberegnlighet er proporsjonalt i forhold til anskaffelsen.

Departementet antar at formålet med innføring av kravet til vekting tilsier at passende maksimalt utslag ikke kan brukes på en måte som fører til mindre forutberegnlighet enn under rettstilstanden til den tidligere forskriften. Praktiseringen av denne regelen må etter hvert finne sin løsning gjennom praksis. Det er derfor vanskelig å gi generell veiledning om hvor store utslagene kan være. Departementet antar at et utslag, dersom anskaffelsens art og forhold ved tildelingskriteriet tilsier det, vanskelig kan tenkes å overstige +/- 10 prosentpoeng.²⁰ Et tildelingskriterium vil da for eksempel kunne oppgis til 30 prosent med +/- 10 prosentpoeng, som innebærer at kriteriet kan vektes fra 20-40 prosent. Dersom oppdragsgiver skal benytte utslag, anbefaler departementet at:

- Utslaget begrenses, men ikke oppgis så lavt at det kun får en marginal betydning.
- Det ved fastsettelsen av rammene tas hensyn til antallet tildelingskriterier, slik at utslaget ikke bør være større enn vekten av tildelingskriteriet, for eksempel et tildelingskriterium på 5 prosent med +/- 5 som prosentpoeng mulig utslag.
- En ramme ikke angis slik at tildelingskriteriet eventuelt kommer til å bli vektet 100 prosent eller helt bortfaller, f. eks. «0-10 prosent».
- Det ved fastsettelsen av rammene ikke gis mulighet for å nedtone de kvalitative kriterier i en slik grad at det reelt blir en priskonkurranse, f.eks. pris vektet 80 prosent og kvalitet 20 prosent med +/- 10 prosentpoeng utslag for hvert av kriteriene.
- Modellen gjøres så enkel som mulig for at det ikke skal bli uoversiktlig for oppdragsgiver selv og tilbydere.

Utslagene behøver ikke være like for samtlige underkriterier, og enkelte kriterier kan angis uten utslag. For eksempel kan vektingen av prisen ligge fast, slik at utslaget kun skjer på de øvrige tildelingskriteriene. Den samlede vektingen skal imidlertid alltid bli 100 prosent, og oppdragsgiver skal benytte den samme vektingen ved vurderingen av alle tilbudene.

Et særlig spørsmål er om plikten til å angi den relative vekten også innebærer en plikt til å prioritere. Problemstillingen er om kravet til vekting innebærer et forbud mot at to tildelingskriterier skifter plass selv om oppdragsgiver holder seg innenfor oppgitte rammer. Dette kan skje dersom eksempelvis pris og kvalitet er vektet 40-60 prosent. Da kan pris være 40 prosent og kvalitet 60 prosent eller motsatt. Dette spørsmålet er ikke avklart.

Den danske Klagenemnden har behandlet denne problemstillingen i sak 2. maj 2006 (Danske Arkitektvirksomheder). Oppdragsgiver hadde angitt tre tildelingskriterier og vektet dem 30-50 prosent, 30-50 prosent og 10-30 prosent. Ved den endelige vurdering ble de vektet med henholdsvis 30 prosent, 50 prosent og 20 prosent. Klagenemnden kom til at konkurransegrunnlagets opplysninger om vektingen var mindre informativ for leverandørene, enn om oppdragsgiver hadde angitt tildelingskriteriene i prioritert

²⁰ Hjelmborg m.fl. mener at det maksimale utslag synes å skulle være relativt lite. De baserer dette på de grunnleggende kravet til likebehandling og gjennomsiktighet. Hjelmborg m.fl., EU Udbudsretten, København 2005, ISBN 87-574-0235-3, s. 320.

rekkefølge. Klagenemnden kom til at dette var i strid med kravet til gjennomsiktighet. Klagenemnden tok ikke stilling til om utslag var for stort i seg selv.

Utformingen av vektingsmodeller kan skje på flere forskjellige måter. En mulig variant er å gi tilbudene karakter for hvert enkelt tildelingskriterium, se eksemplet nedenfor. Tilbudene oppnår da en samlet vektet gjennomsnittskarakter.

Bruken av vektning innenfor rammer illustreres av eksempelet nedenfor.

Eksempel:

Fastsettelse av vektingen med rammer kan gjøres slik:

Tildelingskriterier	Vekting med utslag
Pris	25-35 %
Leveringstid	15-25 %
Kvalitet	45-55 %
Sum	100 %

Det kan i teorien tenkes uendelig mange kombinasjoner av dette, men dersom man for eksemplets skyld forutsetter at vektingen på hvert kriterium er delelig med 5, oppstår syv mulige kombinasjoner:

	Kombinasjoner						
	I	II	III	IV	V	VI	VII
Pris	25	25	30	30	30	35	35
Leveringstid	20	25	15	20	25	15	20
Kvalitet	55	50	55	50	45	50	45
Sum	100	100	100	100	100	100	100

Slik det fremgår fra tabellen, endrer rangeringen av tildelingskriteriene seg avhengig av hvilken kombinasjon oppdragsgiver velger.

Også rangeringen av tilbudene kan endre seg, når oppdragsgiver vekter tilbudene etter de mulige kombinasjonene. Dette kan illustreres med eksempelet under. Det benyttes en karakterskala med 10 som maksimumskaraktter for det enkelte kriterium. Tilbud A og B oppnår følgende karakterer på de enkelte underkriterier:

	Karakter	
	Tilbud A	Tilbud B
Pris	4	10
Leveringstid	5	6
Kvalitet	8	4

Så beregnes totalsummen for de syv kombinasjonene:

	Kombinasjon						
	I	II	III	IV	V	VI	VII
Tilbud A	6,4	6,25	6,35	6,2	6,05	6,15	6
Tilbud B	5,9	6	6,1	6,2	6,3	6,4	6,5

Det følger av tabellen at hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktig, avhenger av hvilken kombinasjonen av vekten oppdragsgiver velger.

Når oppdragsgiver har angitt vekten innenfor en ramme, kan oppdragsgiver ved tildelingen av kontrakten avgjøre hvilken kombinasjon som skal legges til grunn. Konsekvensen av å anvende rammer for tildelingskriterier, er at oppdragsgiver får en vis fleksibilitet til å velge mellom hva som viktig for oppdragsgiver etter å ha mottatt tilbud på de løsningene markedet kan tilby. Det blir dermed ikke helt klart for leverandørene hvordan de ulike tildelingskriteriene vil bli vektet. Oppdragsgiver må avveie behovet for fleksibilitet mot hensynet til å formidle på en klar måte til markedet for å få inn best mulig tilbud.

Oppdragsgivers fastsettelse av endelig vekt skal være saklig og anvendelsen av rammene skal begrunnes ut fra den konkrete sak.

Ikke mulig å foreta vekting

Dersom det av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vekting, skal oppdragsgiver angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først. Dette er et unntak fra hovedregelen. Ordlyden peker på at det etter oppdragsgivers mening ikke må være mulig å foreta en vekting. Dette synes å indikere et visst skjønn for oppdragsgiver. Kravet til «påviselige grunner» innebærer at oppdragsgiver må kunne dokumentere disse grunnene. Fortalen til direktivet angir at situasjonen hvor vekting ikke er mulig kan oppstå spesielt ved komplekse kontrakter.²¹

Om poengsetting av pris eller prissetting av kvalitet

Når en skal vekte pris mot andre kriterier, her brukes kvalitet som en samlebetegnelse, kan en enten poengsette pris eller prissette kvalitet.

Dette kan illustreres ved to eksempler:

Poengsette pris:

Kommune A skal kjøpe inn biler. Pris vektet 50 prosent og kvalitet 50 prosent. Dette gjøres ved at pris maksimalt kan oppnå 50 poeng og kvalitet 50 poeng. Ved poengsettingen av pris scorer tilbudet avhengig av hvor god prisen er. Det gis poeng for pris og poeng for kvalitet. Disse regnes så sammen.

Prissette kvalitet:

Kommune A skal kjøpe inn biler. Kommunen oppgir at den er villig til å betale en gitt sum mer i pris ved gitt økning i kvalitet, for eksempel for bedre seter. En slik mulig modell kan kort forklares med at oppdragsgiveren tar utgangspunkt i minstekravene i tilbudet. Så vurderer han kvaliteten på de ulike setene og setter poeng på denne. Jo bedre seter, jo høyere poengsum. Prisen gis så et påslag hvor størrelsen på påslaget bestemmes av poengsettingen på kvaliteten. Jo høyere kvalitet, jo lavere påslag på prisen. Et lavt priset tilbud med dårlig kvalitet vil da starte med en lav pris, men få et høyt påslag. Et høyt priset tilbud med en god kvalitet vil starte med en høy pris, men få et lavt påslag. Tilbudet med lavest pris etter påslag vinner.

Forskriftsteksten indikerer metoden å poengsette pris. Regelverket er imidlertid ikke til hinder for å bruke metoden der en prissetter kvalitet. Begge systemer brukes for å måle den relative vektningen av tildelingskriteriene. Ved e-auksjoner, hvor noen tildelingskriterier er forhåndsevaluert og låst, mens andre kan endres av leverandøren, vil det fremgå av auksjonssystemet hvor stor endring leverandøren må foreta for det enkelte tildelingskriteriet for å forbedre tilbudet. De variable tildelingskriteriene er da gitt i forhold til de andre tildelingskriteriene.

²¹ Fortalens premiss 46.

Vektingsmodeller

Denne veilederen går ikke inn på ulike vektingsmodeller og fordeler og ulemper ved disse. Se det svenske Konkurrentvernets oppdragsforskningsserie: 2004:1: Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling²², for en beskrivelse av ulike vektingsmodeller fra et økonomisk ståsted. Det advares spesielt mot uheldige følger av modeller som poengsetter pris hvor poengsettingen skjer relativt i forhold til prisene på de andre tilbudene.

Lenker til ulike vektingsmodeller:

Se en mulig vektingsmodell hos GRIP

<http://www.grip.no/Innkjop/Evalueringsverktoy.htm>.

15.2 Avlysning og totalforkastelse

15.2.1 Generelt

Avlysning er regulert av forskriftens §§ 13-1 og 22-1. Bestemmelsene er ikke endret ved vedtagelsen av den nye forskriften og tidligere praksis er dermed relevant.²³ Reglene kommer fra alminnelig norsk anbudsrett. Det følger av EF-domstolens praksis at²⁴ avlysning må skje i tråd med de grunnleggende prinsippene.²⁵ Spørsmålet om avlysning har gitt saker for norske domstoler, KOFA-avgjørelser og en rik praksis fra Den danske Klagenævnet for Udbud²⁶.

Første ledd i disse bestemmelsene regulerer avlysning. Med avlysning menes at konkurransen avsluttes fordi det har oppstått forhold som medfører at oppdragsgiver må eller ønsker å avslutte konkurransen. Avlysning av konkurransen knytter seg normalt til utenforliggende forhold eller forhold på oppdragsgivers side. Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn, jf. forskriftens §§ 13-1 og 22-1, første ledd. Det finnes en rekke KOFA-avgjørelser om hva som skal til for at det foreligger saklig grunn. Se blant annet KOFA sak 2003/216 og 2004/1.

15.3 Elektronisk auksjon

15.3.1 Hva er en elektronisk auksjon?

Elektronisk auksjon er en måte å avslutte konkurranser og tildele kontrakt på, og er ikke en selvstendig prosedyre. En elektronisk auksjon er en prosess hvor det, etter en første evaluering av tilbudene, konkurreres om justerte priser og/eller andre verdier som er

22 Tilgjengelig i PDF format fra <http://www.kkv.se/bestall/rapporter.asp>

23 Omtalen av §§ 10-1 og 17-1 i den tidligere forskriften i kommentarutgavene til henholdsvis Amdal/Roll-Mathiesen på s. 450 flg. og Dragsten/Lindalen s. 1215 flg. gjelder derfor også ved forståelsen av reglene i den nye forskriften.

24 Sak C-203/96 Embassy Limousine and Services v Parliament, C-27/98 Metalmeccanica (avlysning fordi oppdragsgiver kun mottok et tilbud som ikke måtte avvises), C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik (avlysning av en konkurranse for å anskaffe ekstern prosjektledelse til catering på sykehusene i Wien, fordi en bestemte seg for ikke å ha ekstern prosjektledelse), C-244/02 Kauppatalo (avlysning av en konkurranse fordi oppdragsgiver ved en feil hadde valgt et tildelingskriterium som ikke muliggjør «value for money»).

25 Se om dette i Arrowsmith, s. 553 flg, spesielt på s. 557 og Hjemlborg m.fl. s. 339.

26 Se <http://www.klfu.dk/>. Hjemlborg m.fl. omtaler flere av de danske sakene i sin fremstilling av avlysningsreglene s. 338 flg.

gjenstand for evaluering. Auksjonen gjør det mulig å automatisk rangere tilbudene etter hvert som nye bud kommer inn.

Reglene om elektroniske auksjoner fremgår av forskriftens §§ 4-2 h, 13-4 og 22-4. Bestemmelsene er tilnærmet like i del II og III. De grunnleggende prinsippene, særlig kravet til likebehandling og gjennomsiktighet, er sentrale i vurderingen av hvordan elektronisk auksjon kan gjennomføres. Reglene om elektronisk auksjon er nye og er en gjennomføring av direktivbestemmelser. Kommisjonen har gitt ut et notat²⁷ som forklarer og fortolker de nye bestemmelsene. Siden reglene er nye og det er få andre rettskilder om elektronisk auksjon, er det vanskelig å si noe sikkert om hvordan bestemmelsene skal tolkes.

Forskriften regulerer i hvilke tilfeller elektronisk auksjon kan brukes og har regler om hvordan auksjonen skal gjennomføres. Kravene til hvordan auksjonen skal gjennomføres, gir også føringer for hvilke tekniske løsninger oppdragsgiver kan bruke til elektronisk auksjon.

15.3.2 Når kan elektronisk auksjon benyttes?

Elektronisk auksjon kan benyttes ved åpne og begrensede anbudskonkurranser, og i konkurranse med forhandling. Forhandlingsforbudet som gjelder ved gjennomføring av anbudskonkurranser,²⁸ er ikke til hinder for at man kan gjennomføre elektronisk auksjon. I konkurranse med forhandlinger over terskelverdiene kan elektroniske auksjoner bare brukes etter forutgående kunngjøring i samsvar med forskriftens § 14-3 bokstav a. Elektronisk auksjon kan også brukes ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler med flere leverandører og i dynamiske innkjøpsordninger.

For at elektronisk auksjon skal kunne benyttes, må kontraktsspesifikasjonene kunne fastsettes nøyaktig. Gjennomføring av auksjon forutsetter at elementene som er gjenstand for auksjon kan kvantifiseres (tallfestes), og at man i auksjonsprosessen automatisk kan rangere tilbudene. Oppdragsgiver skal ikke foreta vurderinger av tilbudene i løpet av auksjonen. Dette innebærer at enkelte typer ytelser ikke kan være gjenstand for auksjon. Typiske eksempler hvor dette kan være tilfelle, er designtjenester og bygge- og anleggstjenester som involverer intellektuell innsats. Det er imidlertid ikke alltid i strid med forskriften å gjennomføre auksjon for disse tjenestene. Det må gjøres en konkret vurdering av den enkelte anskaffelse for å vurdere om elektronisk auksjon kan brukes.

Om det er hensiktsmessig for oppdragsgiver å bruke elektronisk auksjon vil blant annet avhenge av anskaffelsens art og verdi, og hvordan markedet og konkurransesituasjonen er for den aktuelle ytelsen.

Kravet til nøyaktige kontraktsspesifikasjoner og automatisk rangering av tilbudene kan gjøre det vanskelig å bruke elektroniske auksjoner i forbindelse med konkurranse med forhandling. Bakgrunnen for at man bruker konkurranse med forhandling er ofte at

²⁷ Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC.

²⁸ jf. forskriftens §§ 12-1 og 21-1

man ønsker å diskutere ulike løsninger med leverandørene. En mulig løsning er å bruke forhandlingene til å gjøre tilbudene sammenlignbare og at andre kriterier enn pris evalueres ferdig. Etter dette kan oppdragsgiver eventuelt avslutte konkurransen med elektronisk auksjon hvor prisen fastsettes.

Elektronisk auksjon kan brukes både hvor pris alene er tildelingskriterium, og hvor oppdragsgiver tildeler kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, se kapittel 15.1.1. På grunn av kravet til nøyaktige kontraktspesifikasjoner, og at tilbudene skal kunne rangeres automatisk ved gjennomføring av auksjonen, vil antagelig elektronisk auksjon bli mest brukt i forbindelse med priskonkurranse. Selv om den elektroniske auksjonen bare omhandler pris, kan man bruke andre tildelingskriterier for tildeling av kontrakt. De andre kriteriene må da være ferdig evaluert før auksjonen starter.

Eksempel:

Tillatt:

En kommune skal kjøpe kontormøbler, og gjennomføre elektronisk auksjon mellom leverandør A, B og C om prisen. Tildelingskriterier for konkurransen er både pris og kvalitet. Før auksjonen starter er tildelingskriteriet kvalitet evaluert og kvantifisert. Kvalitet ble kvantifisert gjennom en gitt poengsum for blant annet slitestyrke på møbelstoffene. Rangeringen før auksjonen er C, B og A. Etter auksjonen var rangeringen B, C og A, og kontrakt ble tildelt leverandør B.

Ikke tillatt:

En statlig byggherre kunngjør en arkitektkonkurranse om tegning av et nytt kunstmuseum. Kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og i denne konkurransen vil det bli lagt stor vekt på estetikk og kvalitet. Det er vanskelig for byggherren å beskrive spesifikasjonene av bygget nøyaktig og uttrykke kvalitet og estetikk i kvantifiserbare størrelser, slik at dette kan gjøres til gjenstand for automatisk rangering. Elektronisk auksjon kan derfor ikke brukes for å justere estetikk og kvalitet i denne konkurransen.

15.3.3 Gjennomføring av auksjon

Informasjon til leverandørene

For å sikre forutberegelighet og gjennomsiktighet for leverandørene er det viktig at det gis grundig informasjon til leverandørene om bruk av elektronisk auksjon.

Oppdragsgivere som ønsker å bruke elektronisk auksjon må opplyse om dette i kunngjøringen.

I følge Kommisjonens notat må auksjonen gjennomføres hvis oppdragsgiver har kunngjort at elektronisk auksjon vil bli brukt. Det er usikkert om dette gjelder for alle type anskaffelser, som for eksempel gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler, eller om det bare gjelder ved ordinære kontraktstildelinger. Gode grunner taler for at det er tilstrekkelig at oppdragsgiver informerer ved inngåelsen av rammeavtalen eller den dynamiske innkjøpsordningen om at elektroniske auksjoner kan bli brukt og at konkurransen skal gjenåpnes, men at man ikke forplikter seg til å bruke elektroniske auksjoner ved alle kontraktstildelinger i avtaleperioden²⁹. Ved en slik varsling sikres gjennomsiktighet og forutsigbarhet, samtidig som man ivaretar fleksibiliteten som ofte vil være nødvendig å ha i rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger. Departementet understreker imidlertid at det er usikkert hvordan en domstol vil tolke kravet til informasjon i kunngjøringen.

Auksjonen skal gjennomføres ved bruk av elektroniske midler, se kapittel 12.2.

Konkurransesgrunnlaget må inneholde utfyllende informasjon om gjennomføring av auksjonen:

- Hvilke elementer som er gjenstand for auksjonen. Dette kan for eksempel være pris og/eller kvalitet, leveringstid osv. forutsatt at disse elementene kan kvantifiseres og uttrykkes i tall eller prosentdel.
- Eventuelle begrensinger på verdiene som kan fremlegges på bakgrunn av spesifikasjonene for ytelsen.
- Hvilke opplysninger som vil bli stilt til rådighet for tilbyderne under auksjonen, og tidspunktet opplysningene stilles til rådighet.
- Relevante opplysninger om den elektroniske auksjonsprosessen. Dette kan for eksempel være hvordan eventuelle spørsmål som kommer inn i løpet av auksjonen vil bli håndtert av oppdragsgiver.
- Vilkår for leverandørenes budgivning. Dette er særlig aktuelt hvis det kreves minimumsendringer i budene, for eksempel et bestemt kronebeløp eller en viss prosentvis nedgang i prisene.
- Relevante opplysninger om det elektroniske utstyret som brukes (se kapittel 12.2), hvordan dette virker og tekniske spesifikasjoner for tilkoblingen. Kommunikasjonsmidlene som brukes må være allment tilgjengelige. Systemene som brukes bør, i så stor grad som mulig, være kompatible med systemer som leverandørene allment benytter.

²⁹ Se også Sue Arrowsmith, punkt 18.42.

Eksempel på overordnet beskrivelse av elektronisk auksjon hvor prisen blir fastsatt gjennom auksjonen:

Tilbydere som deltar i auksjonen vil før auksjonen få vite hvilken poengsum de har oppnådd fordelt på pris og ikke-pris kriterier. Tilbyder vil også få tilgang på en anonymisert oversikt over hvordan han plasserer seg i forhold til andre tilbydere. Under auksjonen vil alle deltagerne kunne se innbyrdes rangering og egne priser. Den elektroniske auksjonen vil bli avholdt fredag 26. oktober 2007 fra klokken 13.00 til 16.00. Den offisielle klokken vil bli vist på nettstedet der auksjonen gjennomføres. Dersom det legges inn bud i løpet av de siste 10 minuttene før auksjonen er satt til å stenge, vil auksjonen automatisk forlenges med 10+5 minutter fra siste bud. Minste endring for å få godkjent et nytt bud er 0.5 prosent eller en forbedring på 10 000 kroner på en eller flere priser. Auksjonen stenger når tidsfristen er utløpt og ingen flere bud har kommet inn under den mulige forlengelsesperioden. Det siste tilbudet som ble avgitt før auksjonen stengte, er det endelige tilbudet til oppdragsgiver.

Foreløpig evaluering av tilbudene

Elektronisk auksjon skal som nevnt innledningsvis brukes for å avslutte konkurransen. Dette innebærer at oppdragsgiver må foreta en gjennomgang av tilbudene for å avgjøre spørsmål om avvisning av tilbud, om leverandørene er kvalifisert, og ellers følge de ordinære reglene som gjelder for konkurransen frem til auksjonen starter.

Før auksjonen kan starte må oppdragsgiver foreta en første fullstendig evaluering av tilbudene. Alle vurderinger oppdragsgiver må gjøre i forbindelse med evalueringen av tilbudet, skal gjøres i forkant av auksjonen, slik at oppdragsgiver kan tildele kontrakten på bakgrunn av resultatet av auksjonen. Tilbudene evalueres i samsvar med tildelingskriteriene og vektingen, slik de er fastsatt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Hvis kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må kriteriene vektas. Dette gjelder også for gjennomføring av elektroniske auksjoner etter forskriftens del II.

Invitasjon til å delta i auksjonen

Alle leverandører som har levert gyldige tilbud skal inviteres elektronisk og samtidig til å delta i auksjonen. Invitasjonen til å delta i auksjonen kan sendes på e-post.³⁰ Tilbyder må da kvittere for mottak av invitasjonen og sporbarheten må sikres. Dette er viktig for å sikre at invitasjonen har kommet frem til leverandøren. Det er ikke tilstrekkelig å legge invitasjonen ut på Internett.

³⁰ Se Kommissjonens notat: Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC.

Invitasjonen skal inneholde:

- Relevante opplysninger for tilkobling til den benyttede løsningen. Dette vil typisk være informasjon om det tekniske utstyret som brukes i auksjonen.
- Presis dato og klokkeslett for når auksjonen starter. Oppdragsgiver kan ikke sette et tidspunkt som er tidligere enn to virkedager fra invitasjonen ble sendt til tilbyderne.
- Hvordan og når auksjonen avsluttes. Dette kan for eksempel være informasjon om at auksjonen skal gjennomføres i et visst antall faser/runder, eller at auksjonen avsluttes etter 2 timer fra oppstart.
- En tidsplan for hver fase (hvis aktuelt) i auksjonen.
- Hvis kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal resultatet av den første fullstendige evalueringen for det aktuelle tilbudet oppgis. Det er ikke nødvendig på dette stadiet å oppgi leverandørens eksakte rangering i forhold til de andre tilbyderne i invitasjonen. Dette må det imidlertid senest opplyses om ved oppstart av auksjonen.
- Informasjon om den matematiske formelen som skal anvendes for å automatisk fastslå ny rangering mellom tilbudene på grunnlag av nye priser eller andre verdier. Hvis det åpnes for alternative tilbud må det utarbeides en formel for hvert alternativ. Formelen skal innarbeide vektning av alle de fastsatte kriteriene, for å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Hvis vektning av kriteriene i konkurransegrunnlaget er angitt innenfor en ramme (se eksempel under), skal oppdragsgiver før auksjonen fastsette dette nærmere til en bestemt verdi.

Eksempel:

Oppdragsgiver har i konkurransegrunnlaget sagt at kvalitet skal telle 30-40 prosent i evalueringen, og pris 60 –70 prosent. Før auksjonen starter må vektningen av evalueringskriteriene presiseres slik at for eksempel kvalitet oppgis til 40 prosent og pris til 60 prosent. Se også eksempel i veilederen fra Konkurrancestyrelsen i Danmark:

http://www.ks.dk/udbud/vejledning1/udbudsdirektiver-2006/kap_11/

Oppstart av auksjonen

Auksjonen starter på tidspunktet som fremgår av innbydelsen. Tilbydernes identitet skal være anonym ved gjennomføring av auksjonen.

Auksjonen gjennomføres etter den modellen oppdragsgiver har skissert i konkurransegrunnlaget og invitasjonen til å delta i auksjonen. Dette kan for eksempel være gjennom et gitt antall budrunder eller innenfor et gitt tidsrom. Oppdragsgiver skal i hver fase av auksjonen umiddelbart gi alle tilbydere informasjon slik at de kan fastslå sine respektive rangeringer. Annen informasjon om fremlagte priser eller andre verdier kan også gis dersom dette er angitt i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver kan også når som helst opplyse om antall deltagere i den aktuelle fasen av auksjonen.

Dersom det viser seg at den tekniske løsningen for auksjonen ikke er i stand til å håndtere det antall tilbydere som er invitert til å delta, må auksjonen utsettes og deltakerne informeres. Hvis det oppstår systemfeil må oppdragsgiver også vurdere om hele eller deler av auksjonen skal utsettes. Oppdragsgiver må sikre likebehandling av tilbyderne ved endringer av konkurransen som følge av tekniske problemer.

15.3.4 Avslutning av auksjonen

Oppdragsgiver kan avslutte auksjonen på en eller flere måter:

- På den dato og det klokkeslett som fremgår av innbydelsen til å delta i auksjonen,
- når oppdragsgiver ikke mottar nye priser eller verdier som tilfredsstillende eventuelle krav til minstedifferanser som er stilt. I dette tilfelle må oppdragsgiver i innbydelsen oppgi fristen for mottak av siste innleverte bud til lukking av auksjonen, eller
- når antallet auksjonsfaser som er fastsatt i innbydelsen til auksjonen er gjennomført.

Hvis oppdragsgiver har bestemt at auksjonen skal avsluttes i samsvar med punkt 3, eventuelt kombinert med punkt 2, skal innbydelsen til auksjonen inneholde en tidsplan for hver fase. Dette gir forutsigbarhet for leverandørene, slik at de til enhver tid vet når de senest må levere inn et forbedret tilbud som blir tatt med i evalueringen.

15.3.5 Tildeling av kontrakt

Etter avslutning av auksjonen tildeler oppdragsgiver kontrakten i samsvar med de kriterier som er fastsatt for tildeling av kontrakt, på grunnlag av resultatene i auksjonen. Dette er imidlertid ikke til hinder for at oppdragsgiver kan avvise unormalt lave tilbud i samsvar med forskriftens §§ 11-12 og 20-14.



Kapittel 16

Tilbakemelding til leverandørene

16.1 Generelt

Kravet om at oppdragsgiver skal begrunne sine beslutninger, må sees i lys av formålet med anskaffelsesreglene om å sikre gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i anskaffelsesprosessene, og dermed leverandørenes rettssikkerhet. Hvorvidt leverandørene har mulighet til å få oppdragsgivers beslutninger overprøvd, avhenger i stor grad av begrunnelsesplikten. Begrunnelsen må derfor være av en slik art at det er mulig å etterprøve om beslutningen er i samsvar med regelverket og de regler som er satt for konkurransen. Videre vil slike tilbakemeldinger være et bidrag til forbedringer i den enkelte bedrift.

16.2 Meddelelse av tildelingsbeslutning

16.2.1 Rimelig tid

Oppdragsgivers beslutning om hvem det skal inngås kontrakt med, skal meddeles alle deltagerne i konkurransen i rimelig tid før kontrakten signeres. Bakgrunnen for regelen er EF-domstolens dom C-81/98 Alcatel. I denne saken ble det slått fast at en tildelingsbeslutning skal kunne prøves ved en prosedyre som gjør det mulig å sette til side beslutningen. I Norge gjøres dette ved å begjære midlertidig forføyning.

Kravet til rimelig tid fra oppdragsgiver har besluttet valg av leverandør til signering av kontrakt er vagt, og gir oppdragsgiver et skjønn ved fastsettelse av tidsfristen. Fristen må være tilstrekkelig for leverandøren til å gjennomgå og vurdere oppdragsgivers beslutning, og eventuelt ta nødvendige skritt for å begjære midlertidig forføyning. Hvor lang fristen skal være vil avhenge av hvor komplisert anskaffelsen er.¹

16.2.2 Innholdet i meddelelse om tildelingsbeslutning

Et viktig formål med begrunnelsesplikten etter forskrifens §§ 11-14 første ledd og 20-16 første ledd, er å gi leverandørene et grunnlag for å vurdere om han eventuelt skal imøtegå tildelingsbeslutningen, enten gjennom å henstille til oppdragsgiver om å endre beslutningen, eller ved å ta ut en begjæring om midlertidig forføyning. Begrunnelsen må derfor ha et slikt innhold at leverandøren får mulighet til å vurdere hvorvidt beslutningen er saklig og forsvarlig, basert på korrekt grunnlag og i samsvar med tildelingskriteriene.

¹ Se forslag til nytt håndhevelsesdirektiv (COM (2006)195 final) hvor det foreslås at fristen settes til minimum 10 dager for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver henviser til tildelingskriteriene. Begrunnelsen må synliggjøre bruken av tildelingskriteriene, og hvordan det valgte tilbudet falt ut i forhold til disse.

16.2.3 Klagefrist

I meddelelsen skal oppdragsgiver også angi en klagefrist. Denne fristen må sees i sammenheng med kravet om at det skal være mulig å få satt til side beslutningen og oppdragsgivers anledning til å annullere tildelingsbeslutningen, jf. §§ 13-3 annet ledd og 22-2 annet ledd. Fristen må derfor ligge innenfor det som anses som «rimelig tid» før kontrakt signeres. Oppdragsgiver må derfor fastsette tidspunkt for planlagt kontraktsinngåelse til etter utløpet av klagefristen.

16.2.4 Betydningen av at tildelingsbeslutning meddeles

Etter §§ 13-3 annet ledd og 22-2 annet ledd har oppdragsgiver, helt frem til kontrakt er inngått, anledning til å omgjøre beslutningen om å tildele kontrakt dersom beslutningen er i strid med tildelingskriteriene. Dette innebærer at leverandøren som i utgangspunktet fikk tildelt kontrakten ikke har noe rettslig krav på å få oppdraget før kontrakten er signert.

En meddelelsesbeslutning er ikke å anse som et avslag av de øvrige tilbudene. Alle leverandører er med andre ord bundet av sine tilbud frem til utløpet av vedståelsesfristen eller kontrakt signeres, selv om oppdragsgiver meddeler at kontrakt vil bli tildelt en annen leverandør.

16.3 Begrunnelse

16.3.1 Begrunnelse ved avvisning av leverandører

Også når oppdragsgiver må avvise leverandører, for eksempel på grunn av forhold ved leverandøren, eller når det er satt en grense for antall deltagere i konkurransen, skal beslutningen begrunnes i en egen meddelelse til den aktuelle leverandøren. Ett formål med en slik begrunnelse er å gi leverandøren en mulighet til å vurdere om beslutningen skal påklages, og dersom den må omgjøres, ta nødvendige skritt for fortsatt å kunne delta i konkurransen. Begrunnelsen skal derfor gis så snart som mulig etter at beslutningen er tatt. Oppdragsgiver bør som hovedregel sende begrunnelsen samme dag som beslutningen er fattet, og ved gjennomføring av begrenset anbudskonkurranse senest når konkurransegrunnlaget sendes ut til de leverandører som får delta i konkurransen. Begrunnelsen er også viktig for å gi leverandøren mulighet til å forbedringer, og dermed redusere muligheten for at tilbud blir avvist i fremtiden.

Begrunnelsen må relatere seg til de aktuelle forhold som har innvirket på avvisningen. Siden ordlyden i bestemmelsen sier at det skal gis en kort begrunnelse, må det være tilstrekkelig å vise til avvisningsgrunnen og hjemmelen for avvisningen, samt hvilke faktiske forhold ved leverandøren som begrunner avvisningen eller begrunnelsen for utvelgelsen av hvilke leverandører som får delta videre i konkurransen. Begrunnelsen må være forankret i anskaffelsesreglene og de regler som er satt for konkurransen.

16.3.2 Begrunnelse når konkurransen avlyses

I de tilfeller hvor oppdragsgiver beslutter at konkurransen skal avbrytes eller avsluttes uten at de vil bli inngått kontrakt, skal denne beslutningen meddeles samtidig til alle leverandørene som har deltatt i konkurransen enten ved å levere tilbud eller ved å be om å bli kvalifisert. Begrunnelsen skal meddeles snarest mulig etter at beslutningen er tatt, og det er videre et krav om at begrunnelsen skal ha et likelydende innhold til alle leverandørene.

I begrunnelsen skal oppdragsgiver angi hvilke forhold som gjør at han har besluttet å ikke gjennomføre anskaffelsen, og gi leverandørene mulighet til å etterprøve de faktiske omstendigheter som påberopes og om dette er å anse som saklig grunn.²

16.3.3 Begrunnelse når et tilbud blir avvist

Når det gjelder hvilke forhold som kan føre til at et tilbud kan eller skal avvises, vises det til omtale av avvisningsreglene. Poenget med plikten til å begrunne beslutninger om å avvise tilbud, er å gi den aktuelle leverandøren mulighet til å ta stilling til om tilbudet er avvist på riktig grunnlag, og om det er grunnlag for å ta skritt for å få beslutningen omgjort eller anskaffelsesprosedyren stanset. Innholdet må derfor, selv om bestemmelsen angir at begrunnelsen skal være kort, som et minimum inneholde opplysninger om avvisningsgrunnen og hvilke faktiske forhold ved tilbudet, formelt eller kvalitativt, som påberopes. Begrunnelsen må forankres i de regler som gjelder for konkurransen, og vise til hvilke sider ved tilbudet som begrunner avvisningen.

16.3.4 Kravet til nærmere begrunnelse

Begrunnelse etter §§ 11-14 første og annet ledd og 20-16 første og annet ledd skal gis skriftlig av oppdragsgiver på eget initiativ så snart som mulig etter at beslutningen er tatt. Dersom en leverandør etter å ha mottatt en slik begrunnelse ber om det, skal oppdragsgiver gi en nærmere begrunnelse for hvorfor forespørsel om å delta i konkurransen er forkastet eller hvorfor leverandøren ikke får tildelt kontrakten.

Det fremgår av bestemmelsene at kravet til innhold og omfang er høyere enn hva som gjelder for begrunnelsesplikten etter første og andre ledd. Dette innebærer blant annet å synliggjøre og utdype hvilke vurderinger som er gjort. Hvorvidt en begrunnelse må være å anse som tilstrekkelig vil være avhengig av hvilke forhold leverandøren har bedt om en nærmere begrunnelse for.

Når kontrakt er tildelt skal begrunnelsen inneholde både navnet på den valgte leverandøren og en nærmere redegjørelse av det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. At de relative fordelene ved det valgte tilbudet skal omtales, betyr konkret at de egenskapene, i henhold til tildelingskriteriene, som gjorde at det vinnende tilbud kom best ut, skal beskrives og settes i forhold til de samme egenskapene ved leverandørens tilbud.

² Jf. omtale av oppdragsgivers mulighet til å avlyse konkurranse jf. § 13-1.



Kapittel 17

Øvrige prosedyrer

17.1 Plan- og designkonkurranser

En plan- og designkonkurranse går ut på at den offentlige oppdragsgiveren inviterer til en konkurranse om et konsept, design eller plan for eksempel på områdene arealplanlegging, byplanlegging, arkitekt- og ingeniørarbeider eller databehandling. Konkurransformen er forbeholdt konkurranser om tjenesteytelser.¹

Hvilken plan eller design som vinner skal avgjøres av en jury. Juryens avgjørelse kan være bindende eller innstillende. Formålet med konkurransen vil enten være å kåre en vinner som også skal gjennomføre prosjektet, eller bare å kåre en vinner hvor oppdragsgiver skal realisere prosjektet uten medvirkning av vinneren. Konkurransen kan avholdes med eller uten premiering eller utbetaling til deltakerne. Den anslåtte samlede verdien av eventuelle premier og utbetalinger skal hensyntas ved vurderingen av hvilke krav til kunngjøring som gjelder, jf. § 23-1 annet og tredje ledd.

I tillegg at konkurransen må kunngjøres, stiller forskriften visse krav til gjennomføringen av konkurransen.

I motsetning til ved anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling, plikter ikke oppdragsgiver å utarbeide et detaljert konkurransegrunnlag med ytelsesbeskrivelse. Oppdragsgiver har dermed større fleksibilitet til å få frem gode løsningsforslag fra markedet. Oppdragsgiver må imidlertid utlevere reglene for gjennomføring av konkurransen til dem som er interessert i å delta.

Plan- og designkonkurransen kan være åpen, eller for et begrenset antall leverandører. Dersom oppdragsgiver velger å begrense konkurransen, må utvelgelseskriteriene være klare og ikke-diskriminerende. Antallet som inviteres til å delta må være stort nok til å sikre reell konkurranse. Hvor grensen for dette går, vil avhenge av en konkret vurdering av markedsforholdene. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt.

Oppdragsgiver kan ikke nekte noen å delta i en plan- og designkonkurranse på grunnlag av nasjonalitet eller manglende lokal tilhørighet. Dette gjelder uavhengig av plan- og designkonkurransens verdi. Oppdragsgiver kan heller ikke begrense adgangen til å delta i konkurransen til bare fysiske eller juridiske personer. Bestemmelsene er utslag av generelle prinsipper om likebehandling og ikke-diskriminering, samt prinsippet om konkurranse så langt det er mulig.

¹ Direktivets avsnitt IV.

Juryen skal utelukkende bestå av fysiske personer som er uavhengige av konkurransedeltakerne. Juridiske personer kan derfor ikke delta i juryen. Dersom en særskilt yrkesmessig kvalifikasjon kreves av deltakerne i konkurransen, skal minst en tredjedel av juryen også ha samme eller tilsvarende kvalifikasjon. I tillegg til at juryen skal være uavhengig av konkurransedeltakerne, skal juryen være uavhengig i sine beslutninger og uttalelser. Den skal foreta selvstendige faglige vurderinger, basert på de kriteriene som er oppgitt i kunngjøringen. Det er kun disse kriteriene som er relevante. Juryen skal altså ikke ta hensyn til øvrige føringer fra oppdragsgiver eller andre.

Juryen skal vurdere planer og design som skal forbli anonyme helt til juryens uttalelse eller beslutning foreligger. Anonymiteten sikres i praksis ved at noen registrerer innkomne forslag og anonymiserer dem. Bestemmelsen åpner imidlertid for en dialog mellom juryen og deltakerne, idet juryen kan anmode deltakerne om å besvare spørsmål for å klargjøre enkelte aspekter ved prosjektene. Spørsmålene skal nedtegnes i protokollen, og denne skal inneholde en fullstendig oversikt over dialogen mellom juryens medlemmer og deltakerne. Dette er med på å sikre gjennomsiktighet i prosessen. Ettersom dialogen skal være anonym, kan juryen ikke ha møter med deltakeren. Juryen kan for eksempel i stedet sende spørsmålene til deltakerne via samme «kanal» som registrerte de innkomne forslagene.

Juryens vurderinger, konklusjoner og anbefalinger, inkludert en rangering av prosjektene, skal nedtegnes i protokollen. Denne skal underskrives av juryens medlemmer og sendes til deltakerne i konkurransen etter at vinner er kåret, eller senest etter oppdragsgiver har besluttet hvem som skal tildeles kontrakt. Protokollen skal ivareta det grunnleggende kravet til etterprøvbarehet.

Dersom kontrakten for utførelsen av oppdraget skal tildeles vinneren av konkurransen, og denne muligheten fremgår av den opprinnelige kunngjøringen, kan kontrakten om utførelsen tildeles vinneren gjennom forhandlinger, jf. §§ 11-9 og 14-4 bokstav i. Alle vinnerne i konkurransen skal da inviteres til å delta i forhandlingene.

Forskriftens § 23-1 ellefte ledd har regler om kunngjøring av konkurranseresultater. Regler om kommunikasjon fremgår av § 23-2.

17.2 Bygge- og anleggskonsesjoner

I motsetning til tjenestekonsesjoner omfattes bygge- og anleggskonsesjoner av regelverket. Reglene om bygge- og anleggskonsesjoner er behandlet i forskriftens §§ 24-1 og 25-1. Bygge- og anleggskonsesjon kan for eksempel foreligge når en entreprenør overtar den økonomiske risikoen ved at vederlaget for oppføringen av bygget eller anlegget vil skje gjennom senere utnyttelse og bruk (for eksempel videresalg eller utleie).

Ved tildeling av en kontrakt om bygge- og anleggskonsesjon er det oppdragsgiver selv som fastsetter hvilke prosedyreregler som skal gjelde for konkurransen. Oppdragsgiver står her fritt. Det er imidlertid fortsatt et krav om kunngjøring, og at tildeling av kontrakt skal skje enten på grunnlag av pris alene eller hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. I tillegg må EØS-avtalens generelle prinsipper om ikke-diskriminering, likebehandling og proporsjonalitet ivaretas.



Kapittel 18

Klageadgang og overtredelsesgebyr

18.1 Klagemuligheter

18.1.1 Klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser

For å gi en rask og rimelig klagemulighet for leverandørene på et lavere konfliktnivå enn domstolene, besluttet Stortinget i 2002 å opprette en uavhengig klagenemnd for offentlige anskaffelser. Klagenemnda trådte i funksjon 1. januar 2003.

Klagenemnda består av et sekretariat og en nemnd på til sammen 10 medlemmer. Nemnda oppnevnes av Regjeringen og består av uavhengige advokater og personer fra domstolene og universitetene. Oppnevningen er basert på et faglig grunnlag og med en sammensetning som sikrer teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. I den enkelte sak deltar tre av nemndas medlemmer.

Administrativt er sekretariatet en del av Konkurransetilsynet. Faglig er sekretariatet underlagt klagenemnda. Enkelte avgjørelser er tillagt sekretariatet, blant annet kompetanse til å avvise klager. Sekretariatets beslutninger kan påklages til klagenemndas leder.

Uttalelsene fra klagenemnda er rådgivende, men det forventes at de blir lagt til grunn i de aller fleste tilfeller. Dersom saken senere kommer inn for domstolene vil det normalt være adgang til å legge frem uttalelsen fra klagenemnda for domstolen.

Klagenemndens virksomhet styres av lov om offentlige anskaffelser § 7a og forskrift 15. november 2002 nr. 1288.

Hvem kan klage til KOFA?

Leverandører som har deltatt i en konkurranse om offentlige anskaffelser har klageadgang. Det samme gjelder leverandører som ønsker å delta i en konkurranse, men som mener at man på ulovlig vis har mistet muligheten til å delta. I tillegg er organisasjoner gitt selvstendig klagemulighet, forutsatt at de har tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsen til at det kan sies å foreligge en saklig klageinteresse.

Utvidet klagekrets ved ulovlige direkte anskaffelser

Hvis klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, kreves ikke rettslig klageinteresse for å kunne klage. Det betyr at også andre som får kjennskap til slike regelbrudd skal kunne klage, og hensikten er å avdekke flere grove brudd på regelverket. Gebyret kan ilegges uavhengig av om den som klager inn saken, ber om at et slikt gebyr blir ilagt. For mer om overtredelsesgebyr, se kapittel 18.2.

Når det gjelder saksbehandlingen i KOFA, se nemndas hjemmesider på www.KOFA.no.

18.1.2 Anlegge sak for norske domstoler

Leverandører eller andre med rettslig interesse, som mener at oppdragsgiver har brutt prosedyrebestemmelsene i regelverket, kan reise sak for tingretten. Foreligger det en overtredelse av regelverket, kan leverandørene under visse forutsetninger kreve at regelbruddet gjøres om, jf. lovens § 7 annet ledd.

For at inngrepsmuligheten skal være effektiv, må leverandørene kunne kreve midlertidig forføyning inntil kravet er rettskraftig avgjort. Når først inngrepshjemmelen er på plass, følger retten til midlertidig forføyning av de alminnelige reglene for tvangsfullbyrdelse.

Retten kan bare gripe inn i prosessen i tiden før kontrakt er inngått med tredjepart. Etter dette tidspunktet må leverandørene nøye seg med å rette et krav om erstatning mot oppdragsgiver. Et slikt krav kan framsettes både før og etter at kontrakt er inngått med tredjepart, det kan rettes mot så vel offentlige som private oppdragsgivere og kravet kan gjelde brudd på enhver bindende norm, så som overtredelse av lov, forskrift, avtale, god anbudsskikk, mv.

Den alminnelige hjemmel for å kreve erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene finner man i den ulovfestede erstatningsretten. Her finner man også prinsippene for erstatningsutmålingen.

18.1.3 Klage til EFTAs overvåkingsorgan

EFTAs overvåkingsorgan, EFTA Surveillance Authority (ESA), skal påse at norske myndigheter gjennomfører EØS-avtalen korrekt og at reglene overholdes i praksis.

ESA kan igangsette behandling av en sak på eget initiativ eller på grunnlag av en klage, for eksempel fra en leverandør med interesse i den aktuelle anskaffelsen. ESA har plikt til å undersøke alle klager som hører under dets kompetanse, men kan selv prioritere hvilke saker det vil forfølge videre.

ESA kan treffe vedtak som retter seg mot Norge som stat, men ikke mot den enkelte oppdragsgiver. I de tilfeller ESA finner at et EFTA-land har gjort seg skyldig i brudd på reglene for offentlige anskaffelser, skal vedkommende land og oppdragsgiver varsles om standpunktet. Det forutsettes deretter at landet svarer ved enten å bekrefte at bruddet på regelverket er korrigert, ved å gi en grunnlagt forklaring på hvorfor dette ikke er skjedd eller ved å gi melding om at konkurransen er stilt i bero.

Hvis ESA på grunnlag av norske myndigheters redegjørelse finner at anskaffelsesprosessen ikke er skjedd i samsvar med regelverket, kan saken bringes inn for EFTA-domstolen.

Korrespondansen i en klagesak skjer mellom ESA og Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD), med Utenriksdepartementet som mellomledd. Det er FAD som er saksbehandler for Norge og som forholder seg til den enkelte oppdragsgiver.

18.1.4 Klage på oppdragsgivere i andre EU- eller EFTA-land

Norge, representert ved Fornyings- og administrasjonsdepartementet, deltar i og er kontaktpunkt i et internasjonalt nettverkssamarbeid som kalles Public Procurement Network. Formålet med dette samarbeidet er å legge til rette for at leverandører som støter på problemer ved offentlige anskaffelser i utlandet, kan få bistand til en rask og uformell problemløsning, uten å måtte gå via domstolsapparatet eller annet formelt klagesystem. En nærmere beskrivelse av prosjektet og kontaktpersoner i Norge finnes på: http://www.minefi.gouv.fr/daj/marches_publics/ppn/ppn-anglais/ppn-anglais-summary.htm.

18.2 Overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser

Stortinget har vedtatt å innføre et overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser. Hensikten er å sikre større etterlevelse av regelverket.

En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrift om offentlige anskaffelser. Typiske eksempler på ulovlige direkte anskaffelser, er når oppdragsgiver inngår en kontrakt med en leverandør direkte uten konkurranse, eller når han splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under den nasjonale terskelverdien. Et annet eksempel er når oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakten til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket. Det vil også være en ulovlig direkte anskaffelse når oppdragsgiver benytter seg av rammeavtaler som andre oppdragsgivere lovlig har inngått, uten at kontrakten eller kunngjøringen lovlig rommer muligheten for at andre virksomheter enn de kontrakten er inngått med, kan gjøre bestillinger fra den.

Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettelig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete anvendelsen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettelig eller grovt uaktsomt. Det kan også være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt.

Sanksjonen kan kun rettes mot oppdragsgiver. Dersom en ansatt har handlet sterkt klanderverdig på vegne av oppdragsgiver, og oppdragsgiver ønsker å påtale dette, må eventuelt tjenestelige sanksjoner nyttes. Avgrensningen av begrepet oppdragsgiver følger den samme avgrensning som i forskrift om offentlige anskaffelser. Denne avgrensningen

er ikke nødvendigvis sammenfallende med avgrensningen av den aktuelle juridiske person som oppdragsgiver er en del av. Avgrensningen springer ut av en tolkning av forskriftens bestemmelse om beregning av anskaffelsens verdi (forskriftens § 2-3). I følge denne læren må det dreie seg om innkjøpsuavhengige enheter. Relevante momenter inkluderer selvstendig budsjett og innkjøpsansvar, se veilederens kapittel 4. Dette innebærer for eksempel at en skole, et departement og underliggende organer, kan være oppdragsgivere i lovens forstand.

Overtredelsesgebyret kan utgjøre inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi. Det er Klagenemnda for offentlige anskaffelser som har kompetanse til å ilegge gebyret.

For mer informasjon om overtredelsesgebyret, se Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på <http://odin.dep.no/fad/norsk/dok/regpubl/otprp/071001-050003/dok-bn.html>.



Litteraturliste

- Amdal, Gro og Roll-Matthiesen, Inger, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave, 2. utg 2004, ISBN 82-446-0727-0
- Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement, 2. ed 2005, ISBN 0421-758503
- Danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektivene
- Danske Udbudsportals problemnøkkel til rammeavtaler: <http://www.udbudsportalen.dk/515242>
- Dragsten, Marianne H og Lindalen, Esther, Offentlige anskaffelser kommentartutgave, bind I og II, Oslo 2005, ISBN 82-15-00577-2
- Kommisjonens notat om rammeavtaler CC/2005/03
- Kommisjonens fortolkningsuttalelse om kontrakter som helt eller delvis faller utenfor direktivenes anvendelsesområdet (2006/C 179/02)
- Kommisjonens notat om bruk av elektroniske midler etter de nye direktivene om offentlige anskaffelser SEC(2005) 959
- Kommisjonens notat om konkurransepreget dialog CC/2005/04
- Public Procurement Law Review, nr. 4 2006 "The Commission's Explanatory Notes" av Rhodri Williams
- Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad: EØS-rett 2. utgave, 2006, ISBN 82-15010210

Utgitt av :
Fornyings- og administrasjonsdepartementet

Offentlige institusjoner kan bestille flere
eksemplarer av denne publikasjonen fra:
Departementenes servicesenter
Kopi- og distribusjonsservice
www.publikasjoner.dep.no
E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no
Telefaks: 22 24 27 86

Oppgi publikasjonskode: P-0933 B
Layout: Lysvold Design 12/2006

