



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Det anskaffelsesrettslige konkurranseprinsipp

En analyse av prinsippets eksistens og innhold

Morten August Engan

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, vår 2022



John wrote “Strawberry fields forever”, so I went on and wrote “Penny Lane.”

Sir James Paul McCartney (2018)

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.1.1	Nærmere om konkurranse og et prinsipp om konkurranse	1
1.2	Videre fremstilling	3
2	Anskaffelsesregelverkets formål og system	5
2.1	Generelt	5
2.2	Pliktsubjekter	6
2.3	EØS-terskelverdier.....	9
2.4	Forholdet til konkurranseretten og reglene om statsstøtte	10
2.4.1	Forholdet til konkurranseretten.....	10
2.4.2	Forholdet til forbudet mot konkurransevidende statsstøtte	10
2.5	Konkurransesprinsippets forhold til likebehandlingsprinsippet.....	11
3	Metodiske særpreg og rettskilder	14
3.1	Innledning	14
3.2	EU/EØS-rettslig metode	14
3.2.1	Overordnede tolkningsprinsipper.....	14
3.2.2	Tolkningsmomenter	16
3.3	Rettspraksis og nemdspraksis	17
3.3.1	Nærmere om generaladvokatens forslag til EUD-avgjørelse	18
3.4	Juridisk teori.....	19
3.5	Særlig om prinsipper som rettskilde – i norsk rett og EU/EØS-retten	19
3.5.1	Innledning	19
3.5.2	Begrepet «prinsipp»	20
3.5.3	Bruken av prinsippargumentasjon i EU/EØS-retten.....	22
3.5.4	Forholdet mellom prinsippargumentasjon og bruken av reelle hensyn i rettslig argumentasjon	23
3.5.5	EU-EØS-prinsippenes funksjon som selvstendig plikt- og rettighetsgrunnlag, tolkningsmoment og «gap-filler».....	25

3.4.5	Nærmere om prinsipper i anskaffelsesretten.....	27
3.5.6	Oppsummering.....	28
3.6	Forholdet mellom likebehandlingsprinsippet og konkurranseprinsippet.....	28
DEL 2: KONKURRANSEPRINSIPPET I ANSKAFFELSESRETTEN I EU/EØS.....		32
4	Konkurranseprinsippet i EU/EØS	33
4.1	Innledning	33
4.2	Konkurranse under den første generasjonen anskaffelsesdirektiver.....	34
4.3	Konkurranse under den andre generasjonen anskaffelsesdirektiver	36
4.3.1	Direktivene.....	36
4.3.2	EUD-praksis under andregenerasjonsdirektivene om konkurranse.....	39
4.3.3	Nærmere om EUDs avgjørelse i C-247/02 Sintesi	42
4.3.4	Oppsummering.....	47
4.4	Konkurranse under den tredje generasjonen anskaffelsesdirektiver.....	48
4.5	Lisboa-traktaten og dens følger for konkurransemålsetningen ved offentlige anskaffelser i tiden etter dens ikrafttredelse.....	52
4.6	Konkurranseprinsippet etter någjeldende anskaffelsesdirektiv	54
4.6.1	Anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 1 andre ledd	54
5	Øvrige grunnlag for et konkurranseprinsipp.....	64
5.1	Innledning	64
5.2	Konkurransereglene i TEUV avdeling VII kapittel 1	64
5.3	Et konkurranseprinsipp avledet fra målsetningen om «value for money»	70
6	Avsluttende betraktninger	75
DEL 3: KONKURRANSEPRINSIPPET I NORSK ANSKAFFELSESRETT.....		77
7	Konkurranseprinsippet i norsk rett.....	78
7.1	Innledning	78
7.2	Konkurranseprinsippet historiske bakgrunn.....	78
7.2.1	Innledning	78

7.2.2	Anbudsforskriftene av 1899 og 1927 – Konkurrans prinsippet preget av proteksjonisme	79
7.2.3	Overnasjonale innkjøpsreglers betydning for hensynet til konkurranse i norsk anskaffelsesrett.....	80
7.3	Anskaffelsesloven av 2016	82
7.3.1	Prinsippbestemmelsen i LOA § 4	82
7.3.2	Konkurrans prinsippets betydning for offentlige innkjøp under nasjonal terskelverdi.....	85
7.3.3	Konkurrans prinsippets betydning for offentlige innkjøp over nasjonal terskelverdi.....	89
7.3.4	Formålsbestemmelsen i LOA § 1 som grunnlag for rettigheter og plikter	91
7.4	Noen særlige problemstillinger.....	96
7.4.1	Innledning	96
7.4.2	Konkurrans prinsippets innvirkning ved fastsettelsen av kontraktens varighet ..	96
7.4.3	Konkurrans prinsippets betydning for hvilke kontrakter som unntas fra regelverket som følge av egenregi	101
8	Avsluttende betraktninger	105
9	Referanseliste.....	107
9.1	Konvensjoner og multilaterale avtaler	107
9.2	Forordninger og direktiver	108
9.3	Forarbeider og tolkningsuttalelser fra Kommisjonen og Rådet.....	109
9.4	Norsk lovgivning og forskrifter	110
9.5	Proposisjoner, utredninger og innstillinger.....	111
9.6	Rundskriv	112
9.7	Praksis fra Den Europeiske Unions Domstol (EUD).....	113
9.8	Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten (GA).....	118
9.9	Praksis fra EFTA-domstolen.....	119
9.10	Praksis fra Lagmannsretten.....	121
9.11	Praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).....	121

9.12	Litteratur	123
9.13	Øvrige kilder	129

Forord

Denne masteravhandlingen markerer slutten på mine studier ved det juridiske fakultetet ved Universitetet i Tromsø – Norges Arktiske Universitet. Oppgaven har blitt til som et resultat av min særskilte interesse for anskaffelsesretten. Jeg vil rette en stor takk rettes til min veileder Trygve Harlem Losnedahl, som har bidratt med svært gode innspill gjennom hele prosessen. Jeg vil også takke Christian Ringkjøb, Vetle Ufsvatn og min far for nyttig korrekturlesning.

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er det anskaffelsesrettslige konkurranseprinsippet, slik det kommer til uttrykk i henholdsvis EU/EØS-retten og i norsk rett. Avhandlingens formål er todelt. For EU/EØS-rettens vedkommende, er formålet å klarlegge hvorvidt det eksisterer et prinsipp om konkurranse. For norsk retts vedkommende følger dette uttrykkelig av anskaffelsesloven¹ § 4. Spørsmålet blir dermed hvilket materielt innhold dette prinsippet har.

Som vi skal se, levnes det liten tvil om at konkurranse har vært sentralt hensyn i anskaffelsesretten i EU/EØS. Det har imidlertid vært diskutert over en lengre periode hvilket gjennomslag konkurranse har på dette rettsområdet. Bruken av prinsipper er særlig utbredt i EU/EØS-retten. Dette fordi EUs regelverk bygger på et sett av felles verdier, og prinsippene fungerer som et rettslig virkemiddel for å beskytte disse. Dersom noe får betegnelsen «prinsipp» i EU-retten, vil dets gjennomslagskraft derfor bli betydelig utvidet.² I norsk anskaffelsesrett er konkurranseprinsippet lovfestet i LOA § 4. I EU/EØS-retten er det langt mer usikkert hvilken plassering konkurranse har. Dersom man legger til grunn at det også her gjelder et konkurranseprinsipp, vil dets innhold ha betydning for tolkningen av regelverket generelt. Den overordnede problemstillingen under del 2 vil derfor være om det gjelder et generelt konkurranseprinsipp i anskaffelsesregelverket på EU/EØS-nivå. I tillegg til direktivene på området, blir flere potensielle grunnlag for et slikt prinsipp gjennomgått.

1.1.1 Nærmere om konkurranse og et prinsipp om konkurranse

Verken norsk rett eller EU/EØS-retten definerer eller benytter begrepet konkurranse på en bestemt måte. Det brukes i mange forskjellige sammenhenger, som i lovtekst, fortaler, forarbeider og rettsavgjørelser. Videre brukes det også på flere rettsområder, særlig i anskaffelsesretten og konkurranseretten. Heller ikke på konkurranseretten område har konkurranse noe definert eller entydig innhold. Ettersom avhandlingens tema omhandler

¹ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om anskaffelser (heretter LOA).

² Se f.eks. anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 første ledd, som kodifiserer prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

prinsippet om konkurranse, finner jeg det nødvendig å si noe om begrepet «konkurranse», generelt og i en anskaffelsesrettslig sammenheng.

Ordet «konkurranse» brukes ofte i dagligtale. De fleste vil derfor også ha en oppfatning av hva som naturlig kan legges i dette begrepet. Av Store Norske Leksikon blir begrepet i økonomisk sammenheng definert som en situasjon som oppstår når flere økonomiske aktører søker å nå samme mål, og det brukes særlig om forhold mellom produsenter. Det blir videre påpekt at eksistensen av konkurransen er viktig for markedsprisdannelsen, men at også andre konkurranseparametere enn pris får stadig større betydning (for eksempel produktutforming og kvalitet).³

Som et (litt enkelt) eksempel kan man se for seg en friidrettsutøver på en løpebane; dersom vedkommende løper om kapp med andre, vil utøverens rundetider høyst sannsynlig bli kortere, enn om vedkommende skulle løpt alene. Utøverne presser og motiverer hverandre til å yte ekstra i sitt forsøk på å passere målstreken på kortest mulig tid. Når løperne står på startstreken er også utgangspunktet likt for alle, noe vil bidra til at den beste går av med seieren..

Eksempelet ovenfor kan i stor grad anvendes på anskaffelsesretten, og understreker det kanskje mest sentrale formålet med konkurranse; effektivitet. Konkurranse fungerer som et virkemiddel for å sikre effektiv ressursbruk i det offentlige og økt verdiskapning i samfunnet. Dette bidrar videre til at bedriftene blir mer effektive, og på den måten holder priser og kostnader nede til gunst for skattebetalerne. Når bedriftene må konkurrere seg imellom, vil dette dessuten stimulere til innovasjon og nytenkning.⁴

Videre vil økt konkurranse gi leverandørene økt initiativ til å inngi sitt beste tilbud, da de ved å inngi et mindre godt tilbud risikerer å miste oppdraget til en markeds konkurrent, samt gå glipp av potensielt store inntekter. Jeg forutsetter i den videre analysen i avhandlingen at konkurranse i alminnelighet har slike virkninger og effektivitetsgevinster som her nevnt, selv om det selvfølgelig vil være en rekke andre faktorer i forskjellige markeder som kan medføre at konkurranse ikke har slike positive effekter. De beskrevne positive virkningene av

³ Stoltz (2021).

⁴ Thue mfl. (2018) side 57.

konkurransen har fokusert på de samfunnsmessige virkningene. I tillegg til at konkurranse gagnar samfunnet, kan det også være til gunst for den enkelte leverandør. Her er det særlig interessen i å få offentlige oppdragsgivere som kunde, og interessen i å faktisk få mulighet til å ta del i en (rettferdig) konkurranse om å få tilgang til en stor kunde med store økonomiske ressurser som det offentlige er. Med bakgrunn i disse resonnementene om konkurransens positive virkninger for samfunnet, vil mange trekke en videre slutning om at offentlige oppgaver mer generelt *bør* utsettes for konkurranse. Dette er et spørsmål av rent politisk art som det ikke vil tas stilling til i denne avhandlingen.

Et prinsipp om konkurranse vil knytte an mot slike elementer ved konkurranse som jeg her har fremhevet: effektivitet, innovasjon, rettferdig fordeling, bredere leverandørutvalg og markedsadgang. I den grad konkurranseprinsippet i EU/EØS-retten og i norsk rett har et materielt innhold som knytter an slike sider ved konkurranse, er et tema for avhandlingen. Hva slags rettslig virkning et prinsipp om konkurranse kan ha, omtaler jeg i punkt 6 (EU/EØS) og 8 (norsk rett).

1.2 Videre fremstilling

Videre i avhandlingens del 1 vil jeg redegjøre for anskaffelsesrettens formål og system, samt foreta avklaringer av noen utvalgte, sentrale deler av anskaffelsesretten som er relevant for avhandlingen.⁵ Deretter vil jeg se nærmere på noen metodiske sider ved EU/EØS-retten, samt rettskilder som er unike eller sentrale for anskaffelsesretten.⁶ Ettersom det hersker mye tvil vedrørende konkurranseprinsippets eksistens, og rettskildebildet er svært sammensatt, vil også del 2 oppta mesteparten av avhandlingen

Avhandlingens del 2 tar for seg konkurranseprinsippet i EU/EØS. Her vil jeg se nærmere på tidligere generasjoner anskaffelsesdirektiver og hvilken posisjon konkurranse hadde under disse.⁷ Jeg vil også se nærmere på om vedtagelsen av Lisboa-traktaten har hatt betydning for

⁵ Punkt 2.

⁶ Punkt 3.

⁷ Punkt 4.

konkurranse i anskaffelsesregelverket på EU/EØS-nivå. Videre tar jeg for meg problemstillingen om et prinsipp om konkurranse kan utledes fra anskaffelsesdirektivets artikkel 18 nr. 1 andre ledd. Deretter ser jeg på om et prinsipp om konkurranse kan utledes gjennom andre grunnlag, nærmere bestemt den EU-rettslige primærretten og målsetningen om «value for money».⁸

Del 3 i avhandlingen omhandler konkurranseprinsippet slik det fremgår av norsk lovverk. Det sentrale spørsmålet for denne delen er hvilket materielt innhold konkurranseprinsippet har.⁹ Deretter vil jeg se på hvordan konkurranse fungerer som en skranke både ved fastsettelsen av kontraktens varighet, og i forbindelse med oppdragsgivers adgang til å drive egenregi.¹⁰

Avslutningsvis vil jeg både under del 2 og del 3 foreta noen avsluttende betraktninger basert på de funnene fra de tidligere kapitlene.

⁸ Punkt 6.

⁹ Punkt 7.1-7.3.

¹⁰ Punkt 7.4.

2 Anskaffelsesregelverkets formål og system

2.1 Generelt

Norsk offentlig sektor kjøper inn varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider for ca. 600 milliarder årlig.¹¹ Av Den Europeiske Unions bruttonasjonalprodukt (BNP), utgjorde offentlige innkjøp i 2020 hele 14 prosent.¹² Det offentliges innkjøp er ofte betydelige i omfang og varighet, og er ikke bare av betydning for det offentlige. For den enkelte leverandør kan en tildeling av oppdrag være forskjellen på konkurs og drift i overskuelig fremtid.

Anskaffelseslovgivningen gir detaljerte regler rundt prosessen ved offentlige innkjøp. De viktigste rettskildene i norsk rett er anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.¹³ Disse to bygger på direktivet om offentlige anskaffelser, vedtatt av Den Europeiske Union i år 2014.¹⁴

Formålet med det norske anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1. Dette vil, naturlig nok, medføre at oppdragsgivere i de aller fleste tilfeller i stor grad vil vektlegge prisen av anskaffelsen ved tildelingen av et oppdrag.

Samtidig skal det norske anskaffelsesregelverket gjennomføre det tilsvarende regelverket fra EU.¹⁵ En slik gjennomføring har den norske stat gjennom EØS-avtalen forpliktet seg til å foreta.¹⁶ Avtalen gir Norge innpass i det indre markedet, som skal sikre fri flyt av varer, tjenester, mennesker og kapital. Disse målsetningene er bedre kjent under samlebetegnelsen de fire friheter.¹⁷ Dermed er det også et annet formål som ligger til grunn for anskaffelsesregelverket; reglene skal påse at tildelingen av offentlige kontrakter foretatt av eller på vegne av EU/EØS-medlemsstatenes myndigheter, er i samsvar med primær- og sekundærretten som ligger til grunn for Unionen.¹⁸ Med primærretten følger også en del avledede prinsipper. I en anskaffelsesrettslig sammenheng er prinsippene om

¹¹ Norsk Industri (2019).

¹² European Commission (2021).

¹³ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter FOA).

¹⁴ Direktiv 2014/24/EU (heretter «anskaffelsesdirektivet»).

¹⁵ Heretter «EU» eller «Unionen».

¹⁶ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) (heretter EØS-loven).

¹⁷ Sejersted mfl. (2011) side 284.

¹⁸ Se anskaffelsesdirektivets fortale avsnitt 1.

etableringsadgang og adgang til å yte tjenester de viktigste. Begge disse prinsippene er traktatfestet TEUV, og utgjør hjemmelen for vedtakelsen av anskaffelsesdirektivene.¹⁹

Anskaffelsesretten slik vi kjenner den i dag har sitt opphav i EU/EØS. I tiden før Norges undertegnelse av EØS-avtalen, besto reguleringen av offentlige anskaffelser av interne retningslinjer som påla forvaltningen forpliktelser med hensyn til hvordan anskaffelsene skulle foreta. Disse hadde imidlertid som hovedregel ikke ekstern virkning, og ga heller ikke private leverandører noen rettslige krav.²⁰ På EU/EØS-nivå begynte reguleringen av offentlige anskaffelser i direktivform allerede på starten av 1970-tallet.²¹ Dermed forelå det allerede et omfattende anskaffelsesregelverk da EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994.²²

Det har vært debattert hvilket formål reglene egentlig har, både på EU-nivå og nasjonalt. Forskjellige formål har blitt vektet forskjellig gjennom tiden og mellom land. Gjennomgående skal regler om offentlige anskaffelser sikre effektiv bruk av offentlige midler og sikre en rettferdig fordeling av offentlige midler. På EU-nivå representerer reglene et viktig virkemiddel for å bidra til å skape det indre markedet, og er slik sett siktet inn på å åpne opp for deltagelse i konkurranser på tvers av landegrensene

I punktene nedenfor vil jeg kort presentere pliktsubjektene for reglene, samt reglene for terskelverdier. Videre vil omtale forholdet til to tilgrensede rettsområder, samt forholdet mellom konkurranseprinsippet og likebehandlingsprinsippet.

2.2 Pliktsubjekter

Under dette punktet skal det klargjøres hvem som er pliktsubjekter etter anskaffelsesregelverket.

I enhver offentlig anskaffelse består den ene avtaleparten av en eller flere såkalte offentlige oppdragsgivere. FOA § 1-2 slår fast hvem forskriften gjelder for, og hvem som dermed

¹⁹ Se TEUV avdeling IV kapittel 2 (etableringsrett) og kapittel 3 (tjenester).

²⁰ Se punkt 7.2.2 nedenfor.

²¹ Se punkt 5.2 nedenfor.

²² Se EØS-loven § 7.

omfattes av anskaffelsesregelverket. Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter omfattes, jf. første ledd bokstav a og b. I tillegg gjelder forskriften også for offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av ett eller flere av disse, jf. første ledd bokstav c og d.

Anskaffelsesveilederen omtaler «offentligrettslige organer» som organer eller virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter og som står i en «nær tilknytning til det offentlige. Begrunnelsen for å inkludere disse, er å hindre at andre hensyn enn rent forretningsmessige kan påvirke virksomhetens valg av leverandør, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets anskaffelsesveileder.²³ Som eksempler på «offentligrettslige organer», nevner juridisk teori statlig kontrollerte aksjeselskaper og interkommunale foretak.²⁴

Når en virksomhet først er å anse som et «offentligrettslig organ», vil regelverket gjelde for alle anskaffelser organet foretar, uavhengig av om deler av virksomheten er kommersiell eller ikke. Dette ble lag til grunn av EU-domstolen (EUD) i *Mannesmann*.²⁵ Domstolen uttaler her at dersom man skulle operere med et krav om at en forholdsmessig del av virksomheten måtte være offentligrettslig, ville dette «være i strid med rettsikkerhetsprinsippet», og begrunner dette i grunnleggende prinsipper om forutberegnelighet.²⁶ EUD har uttalt at begrepet «offentligrettslige organer» i dagjeldende anskaffelsesdirektiv art. 1 bokstav b må tolkes vidt, jf. *Adolf Truley*, som begrunner dette i «dobbelte formål, der er at åpne for konkurranse og skape gennemsiktighet.»²⁷ FOA § 1-2 andre ledd bokstav a-c oppstiller tre kumulative vilkår.

For det første stilles det krav om at virksomheten «tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter», jf. bokstav a. EUDs praksis gir uttrykk for at det skal lite til før en virksomhet kan ansees å drive aktivitet som tjener til allmennhetens behov, jf. *Agorá*, hvor domstolen kom til at det ikke har betydning om områdene av virksomheten som tjener allmenhetens behov utgjør en relativt liten del av virksomheten.²⁸

²³ Se P-2017-933 pkt. 2.1.2 (heretter «veilederen»).

²⁴ Goller m.fl., 2017, side 21.

²⁵ Se C-44/96.

²⁶ Se dommens avsnitt 34.

²⁷ C-373/00 avsnitt 43.

²⁸ Forente saker C-223/99 og C-260/99 avsnitt 38.

Dersom en kommer til at virksomheten anses å tjene allmenhetens behov, oppstilles det videre et vilkår om at det allmenne behovet som virksomheten skal tjene, «ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter». EUD har i denne sammenheng uttalt at formålet med en slik begrensning er å fange opp virksomheter som kan la seg lede av andre hensyn enn de rent økonomiske, jf. *Arnhem* avsnitt 43.²⁹ Dette har sammenheng med at et av formålene med EUs innkjøpsdirektiver, er å fjerne risikoen for at innenlandske leverandører blir positivt forskjellsbehandlet ved inngåelse av kontrakter.³⁰

For det andre må virksomheten være et selvstendig rettssubjekt, jf. FOA § 1-2 andre ledd bokstav b.

Det tredje vilkåret om «tilknytning til det offentlige», fremgår av § 1-2 andre ledd bokstav c, som oppstiller tre alternative vilkår for at slik tilknytning skal foreligge. Felles for alle tre vilkårene, er at virksomheten har en tilknytning som gir det offentlige anledning til å øve innflytelse på virksomhetens beslutninger.

Det første alternativet krever at virksomheten «hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer». Ordlyden «hovedsakelig» tilsier en overvekt av offentlig finansiering. En slik forståelse er lagt til grunn av EUD i *Bayerischer Rundfunk mfl.* avsnitt 33, jf. uttalelsen «for mere end halvdelens vedkommende».³¹ Denne vurderingen skal gjøres årlig, beregnet fra regnskapsårets begynnelse, se *C-380/98 University of Cambridge*, avsnitt 38-41. Hvorvidt foretaket omfattes av regelverket, kan derfor variere fra år til år.

Når det gjelder det andre alternativet om at forvaltningen må være «underlagt offentlig ledelsesmessig kontroll», presiserer forarbeidene at dette typisk vil være administrativ kontroll eller instruksjonsmyndighet.³² Det avgjørende er, ifølge EUD, om det offentlige har en slik kontroll eller instruksjonsmyndighet at det kan påvirke virksomhetens

²⁹ C-360/96 *Arnhem*.

³⁰ C-44/96 *Mannesmann*.

³¹ C-337/06 *Bayerische Rundfunk mfl.*

³² NOU 1997: 21 side 119-120

anskaffelsesbeslutninger. På denne måten kan det offentlige redusere muligheten for at anskaffelser gjennomføres på forretningsmessige vilkår.³³

Det siste alternativet er at organet har et «administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer, jf. § 1-2 bokstav c nr. 3. Ordlyden «over halvparten» gir uttrykk for at flertallet av medlemmene må oppnevnes av det offentlige.

2.3 EØS-terskelverdier

Anskaffelsesforskriften skiller mellom anskaffelser over og under EØS-terskelverdiene. Om en offentlig anskaffelse befinner seg over eller under denne grensen, har betydning for hvilke deler av forskriften som kommer til anvendelse i det konkrete tilfellet. Dette har også betydning for hvordan konkurranseprinsippet etter norsk rett virker inn på den konkrete anskaffelsen.³⁴ Etter EU/EØS-retten har også tersklene betydning for om en anskaffelse må følge direktivenes regler eller bare reglene i TEUV. Der anskaffelsen er over terskelverdi må tolkningen av prinsippene i LOA gjøres i overenstemmelse med anskaffelsesdirektivet artikkel 18,³⁵ mens under terskelverdi er det tilstrekkelig at tolkningen gjøres i overenstemmelse med bestemmelse om fri bevegelighet i TEUV.³⁶

EØS-terskelverdiene reguleres i FOA § 5-3. Første ledd bokstav a fastslår at terskelverdiene for vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser er kr. 1 300 000. Første ledd bokstav b slår fast at terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser er kr. 2 050 000, mens første ledd bokstav c bestemmer at terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er kr. 51 500 000.

EØS-terskelverdiene endres normalt annethvert år, og publiseres på Nærings- og fiskeridepartementets nettsider.

³³ Se C-373/00 *Adolf Truley* avsnitt 69-70.

³⁴ Se pkt. 7.3.1 nedenfor.

³⁵ C-63/18 *Vitali* avsnitt 21, 22 og 39 (over terskelverdi).

³⁶ C-425/14 *Impresa Edilux* avsnitt 21 (under terskelverdi).

2.4 Forholdet til konkurranseretten og reglene om statsstøtte

2.4.1 Forholdet til konkurranseretten

Den norske konkurranselovens³⁷ formålsbestemmelse i § 1 slår fast at loven skal fremme «konkurranse derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.» Ordlyden tilsier at lovens overordnede mål er å legge til rette for en effektiv bruk av fellesskapets ressurser, og at økt konkurranse fungerer som et virkemiddel for å oppnå dette. Dette legges også til grunn i lovens forarbeider, som tydeliggjør at konkurranse er en del av et «mål-middel hierarki».³⁸ Lovens hovedformål er altså ikke å opprettholde konkurranse mellom virksomheter, men å sikre effektiv utnyttelse av samfunnsressurser. Målsetningen har dermed likhetstrekk med den som fremgår av LOA, jf. lovens § 1.

De sammenfallende formålene rettsområdene imellom har ført til at enkelte teoretikere har begrunnet eksistensen av et konkurranseprinsipp i anskaffelsesretten i nettopp likheten ved formålene bak de to regelsettene.³⁹ Det blir derfor nødvendig å ta for seg enkelte sider ved konkurranseretten under drøftelsen rundt konkurranseprinsippet i EU/EØS-retten. Dette gjelder særlig EUs konkurranseregler som fremgår av TEUV avdeling VII kapittel 1.⁴⁰ Utover dette er det imidlertid klare forskjeller mellom rettsområdene: Mens konkurranseregulverket regulerer det innbyrdes forhold mellom virksomheter i et marked, gjelder anskaffelsesregelverket for forholdet mellom det offentlige og private oppdragstakere. Denne forskjellen er såpass markant at det ikke vil gås nærmere inn på reglene om konkurranseforhold som reguleres av den norske krrl. i denne avhandlingen.

2.4.2 Forholdet til forbudet mot konkurransevridende statsstøtte

Som nevnt under punkt 1.1, skal EØS-avtalen sikre fri flyt av varer, tjenester, mennesker og kapital i medlemslandene. Avtalens artikkel 61 regulerer statens adgang til å subsidiere foretak. Bestemmelsens første ledd fastslår at begunstigelse av foretak eller produksjon av

³⁷ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (heretter krrl).

³⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 221.

³⁹ Sánchez-Graells (2015) kapittel 5.

⁴⁰ Se avhandlingens del 2.

enkelte varer som «vrir eller truer med å vri konkurransen», vil være uforenlig med EØS-avtalens funksjon, dersom støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.

Bestemmelsen i EØS-avtalen gjelder altså for tilfeller av subsidiering av foretak. Det er altså ikke tale om noen form for motytelse fra det begunstigede foretaket sin side. Dette i motsetning til anskaffelsesretten, hvor leverandørene konkurrerer om å få tildelt et oppdrag fra en offentlig oppdragsgiver. Dermed vil et eventuelt prinsipp om konkurranse, ha et annet innhold i statsstøtteren. Oppgaven avgrenses derfor mot dette rettsområdet.⁴¹

2.5 Konkurransesprinsippets forhold til likebehandlingsprinsippet

Problemstillingen under dette punktet er hvilket forhold konkurransesprinsippet har til likebehandlingsprinsippet, nærmere bestemt hva som skiller prinsippene fra hverandre. Jeg vil først gi en kort redegjørelse for likebehandlingsprinsippets materielle innhold.

I motsetning til konkurransesprinsippet, er likebehandlingsprinsippets eksistens (både i EU/EØS-retten og i norsk rett) ubestridt, da det inngår i prinsippbestemmelsen i anskaffelsesdirektivets artikkel 18 første ledd. Her slås det fast at offentlige oppdragsgivere skal behandle markedsdeltakere «likt og uten forskjellsbehandling». Tilsvarende bestemmelse finnes i LOA § 4, jf. ordlyden «grunnleggende prinsipper om ... likebehandling».

Departementet fremholder i proposisjonen til LOA at prinsippet er å anse som det mest sentrale prinsippet i anskaffelsesretten.⁴² Dette illustreres også av det faktum at likebehandlingsprinsippet fremgikk direkte av ordlyden i 1999-lovens formålsbestemmelse i § 1 første punktum. Det ble her fastslått at «loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og *likebehandling*» (min kursivering).

I likhet med mange andre prinsipper som i dag er inntatt i EUs sekundærrett, har prinsippet om likebehandling sitt opphav i EUD-praksis. Et tidlig eksempel finnes i *Universale Bau*, der

⁴¹ For en mer dyptgående fremstilling av forholdet mellom disse to rettsområdene, se Lund, Rosenvold (2020).

⁴² Prop. 51 L punkt 7.4.1.

domstolen fremhever at en prosedyre for tildeling av en offentlig kontrakt på samtlige stadier skal overholde «prinsippet om likebehandling av de potensielle bydende».⁴³ Grunnlaget for prinsippet er TEUVs regler om forbud mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet og mot oppstillingen av hindringer for handelen mellom medlemsstater.⁴⁴ EUDs avgjørelse i *Parking Brixen* presiserer imidlertid at anvendelsesområde ikke er begrenset for tilfeller av forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet: «Det følger heraf, at prinsippet om likebehandling af de bydende finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, selv når der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.»⁴⁵ Prinsippet kommer altså til anvendelse i enhver situasjon som oppstår før, under og etter tildelingen av en offentlig kontrakt. Om oppdragsgiver for eksempel ønsker å vektlegge sine egne erfaringer med leverandørene, må vedkommende samtidig åpne for at de andre leverandørene får mulighet til å dokumentere sin erfaring på andre måter. Dette kan for eksempel finne sted ved at leverandørene fremlegger attester på dokumentasjon fra tidligere oppdragsgivere.

Likebehandlingsprinsippet vil også i enkelte tilfeller gi grunnlag for forskjellsbehandling; samtidig som like situasjoner skal behandles likt, skal også ulike situasjoner behandles ulikt. Se EUDs avgjørelse i *P.M.* i denne retning.⁴⁶ Prinsippet innebærer også at all informasjon som blir gjort tilgjengelig for en leverandør, også må gjøres tilgjengelig for de øvrige leverandørene. Dette blir uttalt av Klagenemda for Offentlige Anskaffers⁴⁷ avgjørelse i *Akutt Helse SUS*, hvor nemda fremholder at «alle leverandører skal behandles likt under hele anskaffelsesprosessen, herunder skal alle tilbydere motta den samme informasjonen».⁴⁸

Oppsummert ser en at prinsippet om likebehandling i stor grad retter seg mot den *enkelte* leverandør. Prinsippet skal sørge for at enhver leverandør så godt det lar seg gjøre har like forutsetninger for å bli tildelt kontrakten. At prinsippet åpner for en forskjellsbehandling av leverandørene, illustrerer dette nokså tydelig. Konkurransesprinsippet på sin side bærer preg av å ha et mer *samfunnsmessig* perspektiv; konkurranse skal fremme effektiv bruk av samfunnets

⁴³ C-470/99 avsnitt 94. Tilsvarende gjelder for sammenligningen av tilbud, jf. C-87/94 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 54.

⁴⁴ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg (2016) side 57.

⁴⁵ C-458/03 avsnitt 48.

⁴⁶ C-264/18 avsnitt 30.

⁴⁷ Heretter «KOFA».

⁴⁸ KOFA sak 2007/116 avsnitt 64.

ressurser, som altså er til gunst for samfunnet som helhet, ikke de konkrete virksomhetene som inngir tilbud i den enkelte konkurransen.

Dette skillet vedrørende prinsippenes virkning på et henholdsvis individuelt og samfunnsmessig nivå, gjelder imidlertid ikke uten unntak. Det finnes eksempler på problemstillinger innenfor anskaffelsesretten, der likebehandlingsprinsippet og konkurranseprinsippet overlapper hverandre. For at en konkurranse skal være rettfærdig, må det foreligge en viss grad av likebehandling.⁴⁹ Man kan etablere et prinsipp om likebehandling i et prinsipp om konkurranse, men ikke motsatt. Ofte vil det kunne hevdes at en og samme handling strider imot likebehandling og konkurranse. Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav kan både forskjellsbehandle og begrense konkurransen: En oppdragsgiver som krever at leverandøren tilbyr kortreist mat, vil ikke være forenlig med likebehandlingsprinsippet. Samtidig kan man hevde at kravet om å levere kortreist er i strid med prinsippet om konkurranse, fordi det begrenser konkurransen i for stor grad.

Som nevnt blir likebehandlingsprinsippet vurdert som det mest sentrale prinsippet i anskaffelsesretten. Dette har medført at prinsippet har blitt viet stor oppmerksomhet i juridisk teori. Tilsvarende gjelder derimot ikke for konkurranseprinsippet. Dette har ført til at det kan være lettere for rettsanvendere å ta i bruk likebehandlingsprinsippet i sin argumentasjon, istedenfor å anvende konkurranseprinsippet. Dette har igjen medført at konkurranseprinsippet har havnet i skyggen av likebehandlingsprinsippet. Derfor finnes det per i dag lite juridisk teori som inneholder analyser av konkurranseprinsippets materielle innhold. Ettersom konkurranse er et prinsipp i LOA på lik linje med likebehandling, må det derfor etter min oppfatning inneholde noe mer. Spørsmålet er hva? Dette er tema for avhandlingen.

⁴⁹ Evt. forskjellsbehandling, da ulike tilfeller skal behandles ulikt, jf. ovenfor.

3 Metodiske særpreg og rettskilder

3.1 Innledning

Oppgaven gir en rettsdogmatisk fremstilling av eksistensen og det materielle innholdet av konkurranseprinsippet. Når det gjelder del 2 som tar for seg prinsippet i EU/EØS-retten, hersker det i stor grad tvil om eksistensen vedrørende konkurranseprinsippet. Etter mitt syn blir det derfor nødvendig at jeg tar stilling til hva som er rimelig resultat tilknyttet enkelte spørsmål. Avhandlingen vil således inneholde elementer av rettspolitisk drøftelse. Dette gjelder også for enkelte deler av del 3.

Ettersom det i avhandlingen gjennomgående tas i bruk kilder fra EU/EØS-retten, finner jeg det nødvendig å anvende EU-rettslige rettskildeprinsipper, i tillegg til alminnelig juridisk metode. I dette kapitlet vil jeg ta for meg noen metodiske problemstillinger innenfor EU-retten, samt gi en oversikt over rettskilder som er særlig relevante for oppgavens problemstilling.

3.2 EU/EØS-rettslig metode

3.2.1 Overordnede tolkningsprinsipper

Ettersom anskaffelsesreglene i hovedsak er basert på EU/EØS-rett, vil jeg kort redegjøre for EØS-rettslig metode.

EØS-avtalen skal sikre rettsenhet ved å fremme «like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde». Dette fremgår av avtalens artikkel 1, og en tilsvarende formulering finner man i fortalens fjerde ledd. EØS-retten skal i tillegg være lik EU-retten, med mindre EØS-avtalens særpreg gir åpning for avvikende løsninger. Dette følger av EØS-avtalens artikkel 6, som slår fast at gjennomføringen og anvendelsen av EØS-avtalens bestemmelse skal tolkes «i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps

domstol har truffet». Dette blir i juridisk teori kalt homogenitetsprinsippet,⁵⁰ og er i tillegg forankret i fortalens femte ledd.

Homogenitetsprinsippets betydning illustreres tydelig i EFTA-domstolens avgjørelse *L'Oréal*.⁵¹ Saken gjaldt tolkningen av en direktivbestemmelse der EFTA-domstolen hadde lagt til grunn én tolkning, og EUD senere la til grunn en annen – og uforenlig – tolkning. EFTA-domstolen tok ikke stilling til hvilken tolkning som var den «riktige», og den vurderte heller ikke hvilken tolkning som isolert sett hadde de beste grunner for seg. EFTA-domstolen fant nemlig, nettopp under henvisning til homogenitetsprinsippet, at det heretter skal være den tolkning EUD hadde lagt til grunn, som skal være gjeldende også i EØS-retten.

Illustrerende er også Rt. 2005 side 1365 (Finanger II). Høyesterett forkastet her statens anførsel om at statens erstatningsansvar er lempeligere ved brudd på EØS-avtalen enn ved det tilsvarende ansvaret i EU-retten. Her ble det også vist til homogenitet.⁵²

Det fremgår i tillegg av EØS-avtalens art. 3 at avtalepartene skal treffe alle «generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.» Denne lojalitetsplikten er lovfestet i EØS-lovens § 1, og EFTA-domstolen har lagt til grunn at denne plikten tilsvarer det EU-rettslige prinsippet om direktivkonform tolkning.⁵³ Dette medfører at nasjonale rettsanvendere har en lovfestet plikt til å komme frem til et direktivkonformt resultat.

Videre gjør det alminnelige presumsjonsprinsippet seg gjeldende i samspillet mellom nasjonal rett og folkerett. Prinsippet går ut på at norske rettsregler så langt som mulig skal tolkes i samsvar med folkeretten.⁵⁴ Ved tolkningen av norske rettsregler som gjennomfører EU-rettsakter, vil derfor presumsjonen være at disse reglenes materielle innhold er i tråd med EØS-retten (som ut fra lojalitets- og homogenitetsbetraktninger igjen er i tråd med EU-retten). Høyesterett uttalte i Rt. 2000 side 1811 (Finanger I) at prinsippet om EØS-konform tolkning ikke går lenger enn det nasjonale presumsjonsprinsippet. I samme avgjørelse la Høyesterett til

⁵⁰ Fredriksen og Mathisen, 2014, side 40-44.

⁵¹ Forente saker E-9/07 og E-10/07 avsnitt 24-36. Se også Fredriksen (2010) side 247-287.

⁵² Rt. 2005 side 1365 avsnitt 58.

⁵³ Sak E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 39.

⁵⁴ Se f.eks. HR-2018-456-P avsnitt 103.

grunn at det er grenser for presumsjonsprinsippets gjennomslag ved motstrid mellom nasjonale rettskilder og den folkerettslige forpliktelsen. Førstvoterende slår her fast at løsningen av et spørsmål om motstrid beror på en anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper; «ordlyden i den norske bestemmelsen kan sette en grense for anvendelsen av presumsjonsprinsippet».⁵⁵ Det vil si at dersom rettssetningene fra EU-direktivet ikke kan forenes med ordlyden i den norske, tilsvarende bestemmelsen, må den norske regelen anvendes. Høyesterett begrunner dette i at en av de grunnleggende forutsetningene for Norges deltakelse i EØS-avtalen, var at denne «ikke skulle innebære noen overføring av myndighet fra nasjonale organer til EØS-organer.»⁵⁶

3.2.2 Tolkningmomenter

Homogenitetsprinsippet tilsier at både EUD, EFTA-domstolen og norske domstoler må legge den samme metoden til grunn ved tolkningen av EØS-retten, og at de legger til grunn de samme tolkningsresultatene. Den eneste måten å oppnå like tolkningsresultat på, er å anse EUD som den ledende prejudikatsdomstolen på EØS-rettens område.⁵⁷ EFTA-domstolens avgjørelse i *L'Oréal*⁵⁸ vitner også om at en slik tolkningsfaktor må legges til grunn. Dette medfører at EFTA-domstolens avgjørelser vil ha begrenset rettskildemessig verdi, der det er motstrid mellom rettssetninger fra EFTA-domstolen og EUD.

At EFTA-domstolens avgjørelser er rådgivende og ikke bindende, er uttrykkelig fastslått av Høyesterett i Rt. 2013 side 258 (STX). Førstvoterende valgte her å se bort fra en uttalelse fra EFTA-domstolen, da den ble vurdert for ikke å være i tråd med EU-domstolens praksis og formålet til direktivet som var gjenstand for saken.⁵⁹ I denne sammenheng la førstvoterende til grunn at som utgangspunkt skal ikke Høyesterett legge EFTA-domstolens uttalelse i den enkelte sak opprøvd til grunn. Derimot skal en uttalelse tillegges «vesentlig vekt», og det «kreves særlige grunner for at Høyesterett skal kunne fravike den.»⁶⁰

⁵⁵ Rt. 2000 side 1811 på side 1831.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Arnesen og Stenvik (2015) side 27.

⁵⁸ Se pkt. 3.1.1 ovenfor.

⁵⁹ Rt. 2013 side 258 avsnitt 100.

⁶⁰ Ibid. avsnitt 94.

Ettersom EUDs avgjørelser blir ansett som en svært tungtveiende rettskilde, vil rettsanvenderen sin oppgave ved tolkningen av en bestemmelse å kartlegge hvordan EUD har tolket innholdet av den aktuelle bestemmelsen. Der slik EUD-praksis mangler, må EFTA-domstolens praksis gi veiledning. I tilfeller hvor det ikke foreligger praksis fra noen av domstolene, har Høyesterett fastslått at en må se hen til «avgjørelser og premisser i saker som gjelder mer eller mindre likeartede spørsmål».⁶¹ I den aktuelle saken anvendte Høyesteretts praksis tilknyttet en forordning som ikke var påberopt i saken, og foretok dermed en form for analogisk tolkning, i mangel av praksis om tolkningen av bestemmelser i varemerkedirektivet. Metoden ble senere fulgt opp i Rt. 2006 side 1473 (Livbøye). Her ble det dessuten presisert at en slik tolkning vil bidra til rettsenhet på området.⁶²

3.3 Rettspraksis og nemdspraksis

Som jeg har redegjort for under pkt. 3.2.1, har praksis fra EUD stor rettskildemessig vekt, også for de statene som er tilknyttet EU gjennom EØS-avtalen. EUD-praksis utgjør derfor en viktig rettskilde ved tolkningen av den norske anskaffelseslovgivningen. Den beskjedne mengden av praksis fra Norges Høyesterett på anskaffelsesområdet, gjør at EUD og EFTA-domstolens forståelse av regelverket må tillegges avgjørende betydning.⁶³

En viktig årsak til at tvister innen anskaffelsesretten behandles såpass sjeldent av norske domstoler, er opprettelsen av KOFA. Nemda ble opprettet 1. januar 2003, med hjemmel i LOA § 11. I alt uttalte nemda seg i 147 saker i 2020.⁶⁴ Den rettskildemessige betydningen av KOFA's avgjørelser antas imidlertid å være begrenset, i hvert når det er tale om enkeltstående avgjørelser. Der KOFA har etablert en fastere praksis, vil det være større grunn til å gi KOFA's avgjørelser selvstendig rettskildemessig vekt. I alle tilfeller vil mangel av mer

⁶¹ Rt. 2002 side 391 (GOD MORGON) på side 396.

⁶² Rt. 2006 side 1473 (Livbøye) avsnitt 59-60.

⁶³ Høyesterett i avdeling behandlet senest en anskaffelsesrettslig tvist i 2019, se HR-2019-1801 (Fosen linjen).

⁶⁴ Jf. søk i KOFA's database: <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/innkomne-avgjorte-saker?search&widget=single&submit=S%C3%B8k&years=2020&status=Avgjort®elverk&konkurransform&gjelder&avgjorelse&avgjortav=Klagenemnda#038;widget=single&submit=S%C3%B8k&years=2020&status=Avgjort®elverk&konkurransform&gjelder&avgjorelse&avgjortav=Klagenemnda> (besøkt 16.09.21).

tungtveiende rettskilder for det konkrete spørsmålet, må KOFA-praksis kunne vektlegges til en viss grad.⁶⁵

3.3.1 Nærmere om generaladvokatens⁶⁶ forslag til EUD-avgjørelse

TEUV artikkel 252 første punktum slår fast at EUD skal bistås av åtte generaladvokater. Deres virksomhet består i korte trekk i å bistå dommerne i EU-domstolene. Denne bistanden finner sted ved at generaladvokatene «offentlig og fullt upartisk og uavhengig avgir begrunnede innstillinger i saker som i saker som i henhold til vedtektene for Den europeiske unions domstol krever at generaladvokaten engasjerer seg.» Generaladvokatene dømmer altså ikke sakene EUD blir forelagt, men de gir forslag til avgjørelser som domstolen kan velge å følge eller ikke. Generaladvokatens viktigste funksjon er å gjøre en del av det juridiske grovarbeidet, systematisere saken, og gi dommerne et alternativ som de kan måle sine egne standpunkter mot.⁶⁷

Hvilken rettskildemessig vekt disse forslagene har vil variere.⁶⁸ Det avgjørende må være hvilken grad EUD har vektlagt forslaget i sin dom. I tillegg kan uttalelsene si noe om hvilke resonnementer domstolen fant overbevisende og ikke, selv om dette ofte vil være vanskelig å mene noe sikkert om. At domstolen velger resonnement A, der generaladvokaten har foreslått resonnement B, er ikke ensbetydende med at resonnement B er galt eller utelukket i lignende saker. Uansett vil forslagene være nyttige til å få en dypere forståelse av de spørsmålene som er gjenstand for den konkrete saken. Ettersom dommerne i EUD ikke har mulighet til å dissentere, slik vi kjenner det fra de norske domstolene, vil mange avgjørelser fra EUD bære preg av en form for forhandling dommerne imellom. Uttalelsene fra generaladvokatene vil ofte være klarere og grundigere fremstilt.

Når jeg videre i avhandlingen viser til forslag til avgjørelse fra generaladvokatene som EUD unnlot å følge opp, er dette begrunnet i at disse gir en mer dyptgående gjennomgang av sakens problemstillinger enn selve dommen i den tilsvarende saken. På den måten fungerer forslagene godt til å illustrere sakens sentrale problemstillinger.

⁶⁵ Goller mfl., 2017, side 18-19.

⁶⁶ Undertiden «GA».

⁶⁷ Sejersted, mfl. (2011) side 135.

⁶⁸ Sejersted mfl. (2011) side 135.

3.4 Juridisk teori

Uttalelser i juridisk teori blir av Skoghøy beskrevet som en sekundær rettskilde som i seg selv ikke har noen rettsnormerende kraft. Teoriuttalelser spiller allikevel en viktig rolle i det kke rettsliv, og en godt systematisert og underbygd rettsdogmatisk fremstilling kan bidra betydelig til rettsutviklingen.⁶⁹ For denne avhandlingens tema spiller imidlertid juridisk teori en viktig rolle. Dette fordi det primært er i juridisk teori det er tatt til orde for at det gjelder et konkurranseprinsipp i anskaffelsesretten på EU/EØS-nivå, og for prinsippets nærmere innhold og betydning. Det viktigste bidraget i denne sammenheng er *Public Procurement and the EU competition rules* av Albert Sánchez-Graells. Hans litteratur har initiert en debatt i akademia om konkurranseprinsippet på EU/EØS-nivå. En tilsvarende debatt om det norske konkurranseprinsippet har i skrivende stund ikke funnet sted. Ettersom det er av verdi i seg selv å omtale denne debatten, vil juridisk teori utgjøre en større rolle i denne avhandlingen enn hva teoriens vekt etter alminnelig rettskildelære skulle tilsi. For øvrig er norsk litteratur om offentlige anskaffelser preget av å være skrevet av og for praktikere.⁷⁰

3.5 Særlig om prinsipper som rettskilde – i norsk rett og EU/EØS-retten

3.5.1 Innledning

I avhandlingen tar for seg ett eller flere prinsipper om konkurranse i anskaffelsesretten. Termen prinsipp har ikke noe entydig innhold, verken generelt eller i rettsanvendelsen. I det følgende vil jeg gjennomgå tre forståelser av begrepet «prinsipp» i en rettsvitenskapelig kontekst, som er særlig relevante for det eller de anskaffelsesrettslige konkurranseprinsippene. Disse er: prinsipp som hovedregel/utgangspunkt, prinsipp som verdi og prinsipp som generelle normer utviklet i rettspraksis.

⁶⁹ Skoghøy, 2018, side 44.

⁷⁰ Goller mfl. (2017), Trygstad (2017) og Dragsten (2013)

3.5.2 Begrepet «prinsipp»⁷¹

En vanlig måte å bruke prinsipp på i rettsvitenskapen, er at man står overfor et utgangspunkt eller en hovedregel.⁷² Et eksempel på dette finnes i Rt. 2007 side 1573 (Krekar) om domstolenes prøvelsesrett av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn.

*«Det er en viktig rettssikkerhetsgaranti at domstolene kan prøve forvaltningens subsumsjon ved vedtak som innebærer inngrep overfor enkeltpersoner. **Fra dette prinsipp er det gjort enkelte unntak ...»** (min utheving).⁷³*

Høyesterett anvender her prinsippet om domstolenes vide prøvingsadgang som en hovedregel eller et utgangspunkt, som førstvoterende oppstiller enkelte unntak fra. Legger man et slikt meningsinnhold i prinsippet, markerer det startpunktet for rettsanvenderen sin drøftelse. Dersom et av unntakene ikke får anvendelse på det konkrete saksforholdet, vil den konklusjonen som i størst grad er i tråd med det aktuelle prinsippet måtte legges til grunn. Et ytterligere eksempel fra Høyesterettspraksis finnes i Rt. 1996 side 1114 (Løgndetektor). Saken gjaldt spørsmålet om resultatene fra en løgndetektortest kunne fremlegges som bevis i en straffesak. Førstvoterende tok her «utgangspunkt i prinsippet om fri bevisførsel, at partene har anledning til å føre de bevis de ønsker», før hun uttalte at «dette prinsippet gjelder imidlertid ikke uten unntak»⁷⁴

Prinsippet brukes også ofte til å fremheve at noe er, eller hviler på, en grunnleggende verdi.⁷⁵ I slike tilfeller kombineres prinsippet gjerne med forsterkende uttrykk, som f.eks. at det er tale om et «grunnleggende» prinsipp. Nettopp dette er tilfellet for prinsippbestemmelsen i LOA § 4, hvor det fremgår av bestemmelsens tittel at de fem prinsippene som er tatt inn i lovteksten er «grunnleggende». Disse prinsippene er dermed et uttrykk for de verdisetninger som regelverket bygger på, og utgjør dermed et viktig tolkningsmoment ved anvendelsen av det øvrige anskaffelsesregelverket.

⁷¹ Termene «prinsipp» og «rettsprinsipp» brukes om hverandre, da deres betydning er sammenfallende ved at de normalt ikke gir uttrykk for noen forskjell i meningsinnhold, se Fredriksen, 2011, side 37.

⁷² Fremhevet iblant annet forarbeidene til den nye forvaltningsloven, se NOU 2019: 5 punkt 11.7.1

⁷³ Avsnitt 52.

⁷⁴ Rt. 1996 side 1114.

⁷⁵ Frøberg, 2014, side 137.

Med «prinsipper» kan det i enkelte tilfeller siktes til normer som har sitt opphav i rettspraksis. Dette er særlig utbredt på formuerettens område.⁷⁶ Ved å analysere lover, rettsavgjørelser, privat praksis, rimelighetsvurderinger, mv., kan man identifisere felles reguleringer og rettsoppfatninger som potensielt kan uttrykke et mer allment prinsipp på det aktuelle området. Ofte kan det være uenighet om noe er et alminnelig prinsipp eller ikke.⁷⁷ Som vi skal se under del 2, er det en slik fremgangsmåte som ligger til grunn for å vurdere om det gjelder et konkurranseprinsipp i EU-retten. Dette er for øvrig også opphavet til den uenighet som råder om konkurranseprinsippet i EU-retten. Fraværet av et legalitetsprinsipp innenfor denne rettsdisiplinen kan til dels forklare dette; det er lettere å akseptere at rettslig argumentasjon bygger på ulovfestede rettskilder, der hensynet til innrettelse og forutberegnelighet ikke utgjør et like tungtveiende reelt hensyn. Dette i motsetning til strafferetten og forvaltningsretten, som begge hjemler det offentliges adgang til å foreta inngrep overfor den enkelte. På EU/EØS-rettens område, eksisterer det heller ikke et legalitetsprinsipp, slik vi kjenner det i norsk rett. I mange tilfeller vil imidlertid innrettelseshensynet og hensynet til forutberegnelighet gjøre seg derimot gjeldende i større grad enn det som er tilfellet for formueretten. Dette gjelder særlig hvor det er spørsmål om å måtte fravike det som har vært oppfattet som sikker rett nasjonalt for å oppnå samsvar mellom nasjonal rett og EU/EØS-retten. Dersom fravikelsen vil være til ugunst for den private part, vil dette være med på å svekke tilliten til lovgiver dersom den private part har innrettet seg etter den norske lovregelen. En står her overfor det Arnesen og Stenvik betegner som et «tilbakevirkningsproblem».⁷⁸

Dommen i Rt. 2015 side 421 (Grimstvedt) illustrerer tydelig denne problemstillingen. Saken dreide seg om en rekke festekontrakter, og spørsmålet var om bortfesteren kunne tillates å foreta et såkalt engangsløft av festeavgiften. Høyesterett hadde i Bøvre-dommen (plenumssak) åtte år tidligere kom til at enhver avtalemessig regulering av festeavgiften etter 1. januar 2002 ville avskjære en slik oppjustering.⁷⁹ I tiden mellom disse to dommene avsa Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) dom i *Lindheim*-saken i 2012. Utfallet

⁷⁶ Frøberg, 2014, side 159.

⁷⁷ Et eksempel innenfor obligasjonsretten er om kontrollansvaret er et prinsipp også utenfor lovregulerte tilfeller.

⁷⁸ Arnesen, Stenvik, 2015, side 117.

⁷⁹ Rt. 2007 side 1706 (Bøvre).

i den saken sto i motstrid med konklusjonen fra Bøvre-dommen. Om dette uttalte førstvoterende i avsnitt 51:

«Et klart prejudikat – som Bøvredommen – som også er fulgt opp i senere praksis, skal det mye til for å fravike. Nye folkerettslige forpliktelser – eller ny praksis fra konvensjonsorganer som klarlegger eller endrer forståelsen av eksisterende forpliktelser – er imidlertid omstendigheter som kan gi grunnlag for prejudikatfravikelse ...».

Med dette understreker Høyesterett viktigheten av innrettelseshensynet, ved å oppstille en høyt terskel for ikke å opprettholde en lovtolkning fra et klart prejudikat, som i tillegg er fulgt opp i senere praksis. Allikevel kan internasjonale forpliktelser rettferdiggjøre prejudikatsfravikelse.

3.5.3 Bruken av prinsippargumentasjon i EU/EØS-retten

Rettslige «prinsipper» spiller en større rolle i EU-retten enn i norsk rett. Det illustreres ved at de fleste alminnelige lærebøker i EU-rett gjerne har innledende kapitler om «general principles».⁸⁰ Dette skyldes delvis den skrevne EU-rettens dynamikk og relative uferdighet, noe som har skapt behov i teori og praksis for å skape sammenheng i regelverket, gjennom å oppstille generelle prinsipper.⁸¹ Dette gir mening, ettersom EU-lovgiver gjennom vedtakelsen primærrettslige utgangspunkter har oppstilt overordnede målsetninger bak opprettelsen av Unionen. Det fremgår f.eks. av TEU artikkel 9 at Unionen skal i all sin virksomhet «overholde prinsippet om likhet mellom borgerne, som skal ivaretas på samme måte av Unionens institusjoner, organer, kontorer og byråer.» Bestemmelsen stadfester det primærrettslige prinsippet om likebehandling. Prinsippet fungerer dermed som en rettesnor ved EUDs (og øvrige rettsanvenderes) tolkning av gjeldende regelverk, samt ved vedtakelsen av f.eks. ny sekundærrett. For å sikre at sekundærrett og rettspraksis ikke bryter med EUs grunnleggende mål og verdier, blir prinsipper avgjørende.

De grunnleggende prinsippene i EU-retten kan sies å ha to funksjoner. For det første har de betydning for tolkning av andre materielle EU-regler, i traktatene eller sekundærlovgivningen.

⁸⁰ Se Sejersted mfl., 2011 fotnote 60 på side 66,

⁸¹ Sejersted mfl., 2011, side 67.

For det andre kan de i seg selv utgjøre grunnlag for domstolskontroll, og brukes til å sette andre regler og vedtak til side.⁸² Det skilles videre mellom skrevne og uskrevne prinsipper i EU-retten.

Flere av de traktatfestede prinsippene er i praksis utviklet videre av EU-domstolen, utover det ordlyd og opprinnelig formål tilsa. Motsatt har det også hendt at prinsipper oppstilt av domstolen senere er nedfelt og kodifisert, enten i traktatene eller sekundærlovgivningen.⁸³ Sistnevnte er tilfellet for de anskaffelsesrettslige prinsippene som fremgår av EU-retten; prinsippene har først blitt formulert gjennom EUD-rettspraksis, før de til slutt ble gjennomført i 2004-direktivets prinsippbestemmelse. I dagens anskaffelsesdirektiv er de kodifisert i artikkel 18. Prinsippene er igjen er blitt gjennomført i en egen prinsippbestemmelse i den norske anskaffelsesloven § 4. LOA bærer således preg av å ha en EU/EØS-rettslig struktur; der andre skrevne rettsakter i norsk rett gjerne inneholder hovedregler og ikke en prinsippbestemmelse, er LOA i stor grad preget av å være inspirert av sitt EU/EØS-rettslige opphav.

3.5.4 Forholdet mellom prinsippargumentasjon og bruken av reelle hensyn i rettslig argumentasjon

Spørsmålet her er hvorvidt bruken av prinsipper som rettskilder skiller seg fra anvendelsen av reelle hensyn som rettskilde.

I likhet med prinsippterminologien, kan også begrepet «reelle hensyn» forstås på ulike måter. Blandhol tar til orde for en vid definisjon. Han fremholder at reelle hensyn kan sees på som en samlebetegnelse for interesser, verdier, prinsipper og hensyn som rettsordningen og rettsanvendelsen uttrykker, ivaretar eller søker å oppfylle.⁸⁴ Skoghøy på sin side gir en mer innsnevret karakteristik; at reelle hensyn er argumenter som kan knytte seg til de realiteter som rettskildene regulerer.⁸⁵

Det er ved rettsanvendelsen bred enighet om at reelle hensyn spiller en rolle hovedsakelig på to måter i norsk rett: For det første fungerer reelle hensyn som et middel til tolkningen av

⁸² Sejersted, mfl. (2011) side 67.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Blandhol (2013) side 24.

⁸⁵ Skoghøy (2018) side 42.

andre kilder, altså som et tolkningsmoment. For det andre kan det fungere som selvstendig kilde til argumenter. Sistnevnte vil være særlig praktisk for de tilfellene der øvrige, mer viktige rettskilder ikke eksisterer på det aktuelle området.⁸⁶ I slike tilfeller må retten avgjøre saken på grunnlag av dommerens egen vurdering av hva som vil være en god og hensiktsmessig regel.⁸⁷

I praksis fra Norges Høyesterett blir «alminnelige rettsgrunnsetninger» ofte brukt som betegnelse på reelle hensyn. Et velkjent eksempel er Rt. 1977 side 1035 (Sykejournal). Saken gjaldt en pasient som hadde vært behandlet ved offentlig sykehus sin rett til å få gjøre seg kjent med sin egen sykejournal. En slik adgang var på dette tidspunkt ikke regulert i lovgivningen på området. Høyesterett konkluderte enstemmig med at pasienten på ulovfestet grunnlag hadde rett til innsyn i journalen. Avgjørelsen ble begrunnet med «alminnelige rettsgrunnsetninger».⁸⁸

Det moderne begrepet «reelle hensyn» har en meget lang historisk fartstid. Det ville derfor vært påfallende om ikke også andre rettskulturer som ligner på den norske har et tilsvarende begrep eller praksis som fyller samme funksjon.

EU-institusjonenes kompetanse er begrenset som følge av det EU-rettslige prinsippet om myndighetstildeling. Dette fremgår av TEU art. 5 (2), som lyder slik:

«I henhold til prinsippet om myndighetstildeling skal Unionen handle bare innenfor rammen av den myndighet medlemsstatene har tillagt den i traktatene, for å oppnå de mål som er fastsatt i dem. Myndighet som ikke er tillagt Unionen i traktatene, forblir hos medlemsstatene.»

I norsk rett brukes ofte «legalitetsprinsippet» som betegnelse på det at forvaltningen må ha hjemmel i formell lov for å gripe inn overfor borgerne. Tilsvarende gjelder for EU-retten, men i en videre betydning; ikke bare forvaltningsutøvelsen, men også den lovgivende kompetansen må ha hjemmel i traktatene. Den kompetansebegrensningen som dette medfører, gjør at det vanskelig kan aksepteres at for f.eks. EUD i sin virksomhet avsier dommer som

⁸⁶ Være seg lov, forarbeider, rettspraksis, privates praksis etc.

⁸⁷ Skoghøy, 2018, side 43.

⁸⁸ Rt. 1977 side 1035 (side 1048).

befinner seg utenfor den kompetansen som fremgår av primær- eller sekundærretten i EU. En direkte konsekvens av dette er at reelle hensyn som rettskilde ikke er like utbredt som i norsk rett; EUD vil ikke ha domskompetanse med mindre saken har tilstrekkelig tilknytning til en nedskreven EU-rettsakt. Dermed vil det være problematisk i forhold til prinsippet om myndighetstildeling, om domstolen skulle legge til grunn rene verdibetraktninger som har begrenset forankring i de rettsaktene som er gjenstand for den konkrete saken. Dette kan muligens delvis forklare den utbredte bruken av prinsipper i EU/EØS-retten; Lovfestingen av slike prinsipper gjør at det blir mindre behov for å basere argumentasjonen på reelle hensyn i anskaffelsesretten.

Til tross for at EU-lovgivningen oppstiller klare rammer for EU-institusjonenes kompetanse, har EUD allikevel stått relativt fritt i tolkningen og utviklingen av sin egen kompetanse og jurisdiksjon. Domstolens funksjon fremgår av TEU artikkel 19. Det slås her fast at EUD blant annet skal «sikre at lov og rett overholdes når *traktatene blir overholdt og anvendt*» (min kursivering), jf. artikkel 19 (1) andre punktum. Ordlyden gir liten veiledning vedrørende hva domstolen kan og ikke kan foreta seg i sin virksomhet. Den vide ordlyden har medført at domstolen i flere tilfeller har foretatt en utvidende tolkning sin egen kompetanse, noe som igjen har ligget til grunn for utviklingen av en rekke fundamentale EU-rettslige prinsipper. Som eksempel kan nevnes forrangsprinsippet, som medfører at EU-retten går foran medlemsstatenes nasjonale rett. Dette ble lagt til grunn av EUD i *Flaminio Costa*, der domstolen fremholdt at dagjeldende TEF artikkel 189 bekreftet EU-rettens forrang, da EUs forordninger etter bestemmelsen var bindende og gjaldt «umiddelbart i hver Medlemsstat.»⁸⁹ I anskaffelsesretten er også prinsipper blitt stadig utviklet av EU-domstolen, som vi skal se nærmere på i del 2.

3.5.5 EU-EØS-prinsippenes funksjon som selvstendig plikt- og rettighetsgrunnlag, tolkningsmoment og «gap-filler»

De generelle rettsprinsippene som kan utledes av EU/EØS-retten har flere funksjoner. På anskaffelsesrettens område kan prinsippene danne selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. Dette blir fremholdt av Høyesterett i Rt. 2007 side 983 (SB Transport), hvor førstvoterende uttaler at prinsippene i dagjeldende LOA § 5

⁸⁹ C-6/64 på side 536 andre spalte.

blant annet «*pålegger* oppdragsgiver å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører» (min kursivering). Dette innebærer således at manglende overholdelse av de grunnleggende prinsippene vil representere et brudd på regelverket på lik linje med manglende overholdelse av regelverkets konkrete prosedyreregler.

Videre kan generelle rettsprinsipper på EU/EØS-området anvendes som tolkningsmoment ved fastleggelsen av det materielle innholdet av skrevne rettsakter. EUDs avgjørelse i *Rauh* gir et eksempel på en slik anvendelse. Det fremgår her at etter fast rettspraksis «skal en bestemmelse i den afledte fællesskabsret nemlig i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med traktatens bestemmelser og *de almindelige fællesskabsretlige principper*» (min kursivering).⁹⁰ Tolkningen som i størst grad er konform med generelle EU/EØS-rettslige prinsipper må altså legges til grunn. Tilsvarende forståelse ble lagt til grunn av forenklingutvalget i forbindelse med arbeidet med vedtakelsen av LOA:

EU-domstolen og klagenemnda bruker de grunnleggende prinsippene aktivt ved tolkningen av henholdsvis anskaffelsesdirektivene og det norske anskaffelsesregelverket. Ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, legges som utgangspunkt til grunn den løsning som støttes av de grunnleggende prinsippene. På denne måten har prinsippene fått en sentral plass i anskaffelsesretten, både på EU-nivå og nasjonalt nivå» (min utheving).⁹¹

For det andre er det slik at de fleste rettsområder vil inneholde «tomrom» ved at enkelte typetilfeller ikke er regulert av det aktuelle regelsettet. Slik var tilfellet i Sykejournal-dommen nevnt ovenfor; hverken forvaltningsloven eller offentlighetsloven inneholdt regler som regulerte spørsmålet om en pasient hadde rett til å gjøre seg kjent med sin egen sykejournal. Dette fenomenet vil særlig være praktisk i EU/EØS-retten, da dette er et nyere og mindre velutviklet rettssystem.⁹² Der for eksempel det norske rettssystemet har utviklet seg over lang tid, er EU/EØS-retten en relativt ny disiplin i retts historisk kontekst. Dermed vil man på EUs kompetanseområder, naturlig nok også støte på områder som foreløpig ikke er regulert hverken gjennom primærretten eller sekundærretten. De EU/EØS-rettslige prinsippene vil på

⁹⁰ C-314/89 avsnitt 17

⁹¹ NOU 2014: 4 side punkt 10.1.

⁹² Se Tridimas (2006) side 18, som omtaler disse tomrommene gjennom begrepet «*lacunae*».

denne måten fungere som en såkalt «gap filler», ved at EUD bidrar til å fylle tomrom i EU-rettsaktene gjennom utviklingen av generelle rettsprinsipper.

3.4.5 Nærmere om prinsipper i anskaffelsesretten

Spørsmålet under dette punktet er hvordan prinsipper kommer til uttrykk i anskaffelsesretten i henholdsvis EU/EØS-retten og i norsk rett.

I likhet med de EU/EØS-rettslige prinsippene som følger av EUs primærlovgivning, har også de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene sitt opphav i rettspraksis. Et tidlig eksempel finnes i EUD-avgjørelsen *Storebælt* fra 1993. Domstolen uttaler her det «følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgiverne» (min kursivering).⁹³

Det var først i 2004 at de anskaffelsesrettslige prinsippene ble kodifisert sekundærlovgivningen. Artikkel 2 i direktiv 2004/18 representerer den første prinsippbestemmelsen i anskaffelsesrettslig sekundærlovgivning.⁹⁴ Dagens prinsippbestemmelse finnes i direktiv 2014/24/EU artikkel 18 og direktiv 2014/25/EU artikkel 36. Begge artikkelbestemmelsene har tittelen «prinsipper for innkjøp».⁹⁵

For norsk anskaffelsesrett sitt vedkommende, har prinsippene vært inntatt i egne bestemmelser i to av tre generasjoner anskaffelseslover. Anskaffelsesloven av 1992 trådte i kraft 1. januar 1994, samtidig med ikrafttreddelsen av EØS-avtalen. I likhet med det dagjeldende direktivet, medførte loven ingen kodifisering av de anskaffelsesrettslige prinsippene. Anskaffelsesloven av 1999 inneholdt derimot en egen bestemmelse som inneholdt prinsippene som fremgikk EUD-praksis på området. Denne fantes i § 5. Overskriften var imidlertid «grunnleggende krav», og ikke «prinsipper», men kravene ble omtalt som prinsipper av Høyesterett.⁹⁶ Den någjeldende anskaffelsesloven av 2016 lovfester

⁹³ C-243/89 avsnitt 37.

⁹⁴ Nærmere om dette under punkt 5.4.

⁹⁵ Nærmere om dette under punkt 5.5.

⁹⁶ Rt. 2007 side 983 avsnitt 82.

de anskaffelsesrettslige prinsippene i § 4. Denne bestemmelsen har overskriften «grunnleggende prinsipper».

3.5.6 Oppsummering

Prinsipp termen kan både forstås på flere måter. Felles for de forståelsene som er gjennomgått ovenfor, er at dersom noe betegnes som et prinsipp, vil det få anvendelse på et generelt plan. Dersom en kommer til at det eksisterer et anskaffelsesrettslig prinsipp om konkurranse på EU/EØS-nivå, vil dette følgelig medføre at prinsippet med dets materielle innhold får anvendelse på ethvert offentlig innkjøp som går inn under regelverket. Videre vil det også ha betydning som tolkningsmoment ved anvendelsen av de øvrige delene av anskaffelsesregelverket.

Videre kan også prinsipper ha sitt opphav i ulovfestet rett. Dette gjelder særlig på EU/EØS-rettens område, der EUD selv har stått for introduksjonen av generelle prinsipper innenfor anskaffelsesretten. Dette medfører at det per i dag kan følge et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp av EUD-praksis.

3.6 Forholdet mellom likebehandlingsprinsippet og konkurranseprinsippet

Problemstillingen under dette punktet er hvilket forhold konkurranseprinsippet har til likebehandlingsprinsippet, nærmere bestemt hva som skiller prinsippene fra hverandre. Jeg vil først gi en kort redegjørelse for likebehandlingsprinsippets materielle innhold.

I motsetning til konkurranseprinsippet, er likebehandlingsprinsippets eksistens ubestridt, da det inngår i prinsippbestemmelsen i anskaffelsesdirektivets artikkel 18 første ledd. Her slås det fast at offentlige oppdragsgivere skal behandle markedsdeltakere «likt og uten forskjellsbehandling». Prinsippet er gjennomført i norsk rett gjennom LOA § 4, jf. ordlyden «grunnleggende prinsipper om likebehandling». Departementet fremholder at prinsippet er å anse som det mest sentrale prinsippet i anskaffelsesretten.⁹⁷ Dette illustreres også av det faktum at likebehandlingsprinsippet fremgikk direkte av ordlyden i 1999-lovens

⁹⁷ Prop. 51 L punkt 7.4.1.

formålsbestemmelse i § 1 første punktum. Det ble her fastslått at «loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og *likebehandling*» (min kursivering). At likebehandling av leverandører er et sentralt formål med anskaffelsesregelverket, er også lagt til grunn av EUD i *SIAC*. Det blir her fremholdt at anskaffelsesdirektivenes formål er:

*«at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat».*⁹⁸

I likhet med mange andre sekundærrettslige prinsipper, har prinsippet om likebehandling sitt opphav i EUD-praksis. Et tidlig eksempel finnes i *Universale Bau*, der domstolen fremhever at en prosedyre for tildeling av en offentlig kontrakt på samtlige stadier skal overholde «prinsippet om likebehandling av de potensielle bydende».⁹⁹ Grunnlaget for prinsippet er TEUVs regler om forbud mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet og mot oppstillingen av hindringer for handelen mellom medlemsstater.¹⁰⁰ EUDs avgjørelse i *Parking Brixen* presiserer imidlertid at anvendelsesområde ikke er begrenset for tilfeller av forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet: «Det følger heraf, at prinsippet om likebehandling af de bydende finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, selv når der ikke foreligger forskjellsbehandling på grundlag af nationalitet.»¹⁰¹ Prinsippet kommer altså til anvendelse i enhver situasjon som oppstår før, under og etter tildelingen av offentlige kontrakter. Om oppdragsgiver for eksempel ønsker å vektlegge sine egne erfaringer med leverandørene, må vedkommende samtidig åpne for at de andre leverandørene får mulighet til å dokumentere sin erfaring på andre måter. Dette kan for eksempel finne sted ved at leverandørene fremlegger attester på dokumentasjon fra tidligere oppdragsgivere.

⁹⁸ C-19/00 avsnitt 32.

⁹⁹ C-470/99 avsnitt 94. Tilsvarende gjelder for sammenligningen av tilbud, jf. C-87/94 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 54.

¹⁰⁰ Jakobsen, Poulsen & Kalsmose-Hjelmborg (2016) side 57.

¹⁰¹ C-458/03 avsnitt 48.

Likebehandlingsprinsippet vil også i enkelte tilfeller gi grunnlag for forskjellsbehandling; samtidig som like situasjoner skal behandles likt, skal også ulike situasjoner behandles ulikt. Se EUDs avgjørelse i *P.M.* i denne retning.¹⁰² Prinsippet innebærer også at all informasjon som blir gjort tilgjengelig for en leverandør, også må gjøres tilgjengelig for de øvrige leverandørene. Dette blir uttalt av KOFA's avgjørelse i *Akutt Helse SUS*, hvor nemda fremholder at «alle leverandører skal behandles likt under hele anskaffelsesprosessen, herunder skal alle tilbydere motta den samme informasjonen».¹⁰³

Oppsummert ser en at prinsippet om likebehandling i stor grad retter seg mot den *enkelte* leverandør. Prinsippet skal sørge for at enhver leverandør har så godt det lar seg gjøre har like forutsetninger for å bli tildelt kontrakten. At prinsippet åpner for en forskjellsbehandling av leverandørene, illustrerer dette nokså tydelig. Konkurransprinsippet på sin side, retter seg i større grad mot leverandørene *generelt*. Et eksempel som illustrerer dets ulikhet, er hensynet til «reell konkurranse». Dette hensynet pålegger oppdragsgiver til å legge opp til at flest mulig leverandører får mulighet til å delta i konkurransen. Denne plikten retter seg således mot oppdragsgivers generelle opptreden, altså antallet leverandører; dersom oppdragsgiver kunne ha utformet konkurransegrunnlaget på en måte som ville ført til at flere leverandører kunne inngitt tilbud, kan konkurransegrunnlaget være i strid med konkurranseprinsippet. Færre leverandører som inngir tilbud fører til at anskaffelsen blir gjenstand for et forminskert preg av konkurranse.

Dette skillet mellom oppdragsgivers opptreden på et henholdsvis generelt og individuelt nivå, gjelder imidlertid ikke uten unntak. Det eksisterer også problemstillinger innenfor anskaffelsesretten, der likebehandlingsprinsippet og konkurranseprinsippet overlappet hverandre. Et eksempel på dette er problemstillingen om anskaffelsesregelverket skal gjelde for kontrakter inngått mellom parter som tilhører samme rettssubjekt.¹⁰⁴ Både likebehandlingsprinsippet om prinsippet om konkurranse kan begrunne at anskaffelsesregelverket også skal få anvendelse for slike kontrakter. Dersom regelverket ikke kommer til anvendelse, kan dette potensielt føre til at den enkelte leverandøren mottar en

¹⁰² C-264/18 avsnitt 30.

¹⁰³ KOFA sak 2007/116 avsnitt 64.

¹⁰⁴ Konkurransprinsippets betydning for problemstillingen er behandlet under punkt 8.4.2 nedenfor.

konkurransfordel overfor de øvrige leverandørene som er i stand til å levere samme ytelse.¹⁰⁵

Samtidig vil det at den konkrete anskaffelsen ikke reguleres av anskaffelsesregelverket medføre at oppdragsgiver ikke er pliktet til å avholde konkurranse.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Jf. likebehandlingsprinsippet.

¹⁰⁶ Jf. konkurranseprinsippet.

DEL 2:
KONKURRANSEPRINSIPPET I
ANSKAFFELSESRETTE I EU/EØS

4 Konkurranser prinsippet i EU/EØS

4.1 Innledning

Problemstillingene i avhandlingens punkt 5 er (1) om det eksisterer et konkurranser prinsipp i anskaffelsesretten i EU, (2) på hvilket grunnlag dette kan utledes fra og (3) eventuelt hva som ligger i dette prinsippet.

På EU/EØS-rettens område har det i lang tid pågått en debatt i teorien om vedrørende eksistensen av et anskaffelsesrettslig konkurranser prinsipp. Som vi skal se nærmere på nedenfor, har det vært hevdet at det gjelder et konkurranser prinsipp i anskaffelsesretten i EU/EØS. Metoden for å etablere prinsippet er som obligasjonsrettslige prinsipper, det vil si en analyse av et bredt spekter av rettskilder og rimelighetsbetraktninger som samlet kan sies å gi uttrykk for, og/eller være utslag av, et prinsipp om konkurranse. Innholdet av dette anførte konkurranser prinsippet er i hvert fall at konkurranse er en grunnleggende verdi og et viktig tolkningsmoment, og et pålegg om å sikre konkurranse, med den følge at oppdragsgivere som ikke tilrettelegger (tilstrekkelig) for konkurranse bryter regelverket.¹⁰⁷ Videre ligger det i et slikt prinsipp at det må overholdes ved alle anskaffelser innenfor regelsettets virkeområde. I det følgende vil jeg omtale et slikt anført konkurranser prinsipp som «generelt konkurranser prinsipp».

Ingen av EU-direktivene som blir omtalt i det følgende, uttaler eksplisitt at oppdragsgiver må overholde «konkurranser prinsippet» / «det grunnleggende prinsippet om konkurranse».¹⁰⁸ Et generelt konkurranser prinsipp vil måtte bygge på en samlet analyse av relevante rettskilder og rettspolitiske betraktninger. Slik vil analysen spenne seg fra det strengt juridiske og rettsdogmatiske, til mer subjektive betraktninger av hva som ansees hensiktsmessig.

Det skal i tillegg undersøkes om hensynet til konkurranse er et selvstendig formål med anskaffelsesregelverket. Dersom dette er tilfellet, kan dette tale for et overordnet konkurranser prinsipp som gjelder ubetinget, og for ethvert innkjøp som faller inn under anskaffelsesdirektivenes virkeområde.

¹⁰⁷ Se pkt. 3.5.5 ovenfor.

¹⁰⁸ Til forskjell fra LOA § 4, se pkt. 7.1 nedenfor.

Presentasjonen vil i det følgende være kronologisk. I stedet for å begynne i de nyeste rettskildene, herunder anskaffelsesdirektivene fra 2014 og nyere avgjørelser fra EUD, vil jeg starte med de første direktivene om offentlige anskaffelser. En slik kronologisk gjennomgang bidrar til å forstå utviklingen og diskusjonene som har vært, som igjen kaster lys over hva som er gjeldende rett i dag. Når jeg i det følgende omtaler generasjoner av direktiver, er det totalt fire generasjoner. Kort sagt kom første generasjons direktiver på 1970-tallet, andre generasjon på tidlig 1990-tall, tredje generasjon i 2004 og fjerde generasjon i 2014. Sistnevnte er direktivene som gjelder i dag.

4.2 Konkurransen under den første generasjonen anskaffelsesdirektiver

Problemstillingen under dette underpunktet er hvordan hensynet til konkurranse ble ivaretatt i direktiv 71/305/EØF om samordning av behandlingen ved tildeling av kontrakter offentlige bygge- og anleggskontrakter og direktiv 77/62/EØF om samordning av behandlingen ved tildeling av kontrakter om offentlig varekjøp. Dette var de aller første direktivene som regulerte anskaffelser i EU.

Ingen av direktivene hadde egne formålsbestemmelser eller prinsippbestemmelser, slik anskaffelses- og forsyningsdirektivet har i dag i henholdsvis art. 18 og 36. Det første sporet av at EU har vektlagt hensynet til konkurranse i sin sekundærlovgivning om offentlige anskaffelser, finnes i direktiv 71/305/EØF.¹⁰⁹ Direktivet gir regler ved inngåelse av offentlige bygge- og anleggskontrakter. Avsnitt 9 i direktivets fortale tar for seg kunngjøringsplikten ved anbudsinnbydelser. Det fremgår her at «for å sikre utviklingen av *effektiv konkurranse*» (min kursivering) på området offentlige bygge- og anleggskontrakter, er det nødvendig at kunngjøringer om anbudsinnbydelse utarbeidet av medlemsstatenes offentlige oppdragsgivere blir offentliggjort i hele fellesskapsområdet. Offentlige oppdragsgiveres kunngjøringsplikt ble altså her begrunnet i hensynet til «effektiv konkurranse».¹¹⁰

¹⁰⁹ Heretter 1971-direktivet.

¹¹⁰ Det bemerkes at det i det følgende vil siteres på både på dansk og norsk. Grunnen til dette er at det kun er enkelte direktiver som har en offisiell norsk oversettelse. Der en slik norsk oversettelse ikke eksisterer, vil jeg sitere den danske versjonen.

For direktiv 77/62/EØF om kontrakter om offentlige varekjøp sitt vedkommende, inneholder fortalen til direktivet en tilsvarende uttalelse om konkurranse og offentliggjøring som i 1971-direktivet.¹¹¹

EUD har i enkelte avgjørelser avsagt under 1971-direktivet, gitt uttrykk for at direktivets formål er å fremme effektiv konkurranse. Dette kom tydelig fram i *Beentjes* avsagt i 1988, der domstolen slo fast at direktivets formål var «at sikre utviklingen av en effektiv konkurranse på udbudsområdet».¹¹² Saken gjaldt blant annet kunngjøringsplikten, og det siterte ovenfor gjaldt nettopp denne. EUD ga altså hensynet til effektiv konkurranse et større nedslagsfelt enn det som følger av en naturlig språklig forståelse av fortalen til 1971-direktivet avsnitt 9; fra at hensynet etter fortalen kun gjaldt i forbindelse med oppdragsgivers kunngjøringsplikt, tilsa formuleringen i *Beentjes* at effektiv konkurranse var et mer generelt formål med hele 1971-direktivet.

EUD la seg på samme linje i *Storebælt* avsagt i 1993. Domstolen uttalte her at oppdragsgiver hadde plikt til å behandle leverandører likt, og at dette fulgte «af selve hovedformålet med direktivet, som ifølge niende betragtning bl.a. tager sigte paa *at udvikle en effektiv konkurrence* med hensyn til offentlige bygge og anlægskontrakter» (min kursivering).¹¹³ EUD mente altså at hovedformålet med direktivet var å utvikle en effektiv konkurranse, og at dette kunne hjemles i fortalens avsnitt 9. Videre sluttet EU-domstolen fra dette hovedformålet at leverandører måtte behandles likt hjemler en plikt for oppdragsgiver til å behandle leverandører likt.

Etter mitt syn gikk EU-domstolen i *Beentjes* og *Storebælt* lenger enn hva det var rettskildemessig grunnlag for, ved å konkludere med at det å utvikle effektiv konkurranse var «hovedformålet» med direktivet. Det er på det rene at fortalens avsnitt 9 gjelder for selve kunngjøringsplikten til offentlige oppdragsgivere. Det er ingen holdepunkter som tilsier at det var EU-lovgivers vilje at hensynet til effektiv konkurranse skulle fungere som et grunnleggende og overordnet mål ved 1971-direktivet. For øvrig finnes det ingen artikkelbestemmelser i direktivet som nevner hensynet til effektiv konkurranse, hverken i den

¹¹¹ Se direktivets fortale avsnitt 12.

¹¹² C-31/87 avsnitt 21.

¹¹³ C-243/89 avsnitt 33.

konteksten som fremgår av fortalen avsnitt 9, eller på en måte som tilsier at effektiv konkurranse må ansees som et grunnleggende hensyn ved direktivet. Det må i denne sammenheng nevnes at rettigheter og plikter ikke kan utledes direkte av fortalene, men de spiller en viktig rolle for tolkningen av lovteksten. Dette gjelder i hele EU/EØS-retten.¹¹⁴

Arrowsmith har i en artikkel om anskaffelsesreglens formål tatt til orde for at avgjørelsen i *Storebælt* gir uttrykk for at hensynet til utviklingen av effektiv konkurranse er et direkte resultat av opprettholdelsen av likebehandlingsprinsippet.¹¹⁵ Dette kan vanskelig sies å være tilfellet. I uttalelsen sitert ovenfor fremholder EUD at forpliktelsen til å overholde likebehandlingsprinsipp følger av nettopp hovedformålet om utviklingen av en effektiv konkurranse for bygge- og anleggskontrakter. En må derfor kunne konstatere at likebehandlingsprinsippet på dette tidspunkt kunne spores tilbake i hensynet til fri konkurranse, ikke motsatt.

Oppsummert må rettstilstanden under 1971-direktivet og 1977-direktivet vedrørende hensynet til effektiv konkurranse sitt nedslagsfelt etter dette sies å ha vært begrenset for de tilfellene der offentlige oppdragsgivere plikter å kunngjøre et anbud.¹¹⁶ Dersom hensynet til offentlig konkurranse tilsier at oppdraget må kunngjøres, skulle dette bli vektlagt, jf. fortalen avsnitt 9. Det må også være klart at det ikke var rettskildemessig grunnlag for å oppstille noe generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp etter den første generasjonen anskaffelsesdirektiver.

4.3 Konkurranse under den andre generasjonen anskaffelsesdirektiver

4.3.1 Direktivene

Under dette punktet er problemstillingen hvordan hensynet til konkurranse ble ivaretatt i direktiv 92/50/EØF (tjenesteytelser), direktiv 93/36/EØF (varekjøp) og direktiv 93/37/EØF (bygge- og anleggskontrakter).¹¹⁷

¹¹⁴ Sejersted mfl. (2011) side 57.

¹¹⁵ Arrowsmith (2011) side 31.

¹¹⁶ Reglene om kunngjøring finnes i del II i 1971-direktivet.

¹¹⁷ Ved omtalen av disse tre direktivene samlet brukes heretter betegnelsen «andregenerasjonsdirektivene».

I likhet med den første generasjonen, inneholdt andregenerasjonsdirektivene heller ikke noen formålsbestemmelse eller prinsippbestemmelse. EU-domstolens (etter mitt syn tvilsomme) uttalelse i *Beentjes* om at utvikling av effektiv konkurranse var hovedformålet med direktivet, ble altså ikke gjenstand for kodifisering gjennom en uttrykkelig referanse i en eller flere direktivbestemmelser.¹¹⁸ I likhet med 1971-direktivet, inneholdt fortalen til direktiv 93/36/EØF en uttalelse om hensynet til konkurranse vedrørende offentliggjørelse av oppdrag. Det fremgår i avsnitt 14 at «for å sikre utviklingen av effektiv konkurranse på området for offentlige kontrakter, er det nødvendig at kunngjøringer av kontrakter utarbeidet av medlemsstatenes offentlige oppdragsgivere blir offentliggjort i hele fellesskapet (min kursivering)». Kunngjøringsplikts begrunnelse om utvikling av effektiv konkurranse besto dermed uendret fra 1971-direktivet.

Til forskjell fra 1971-direktivet, finner en i direktiv 93/36/EØF om varekjøp også artikkelbestemmelser, hvis innhold uttrykkelig var begrunnet i konkurransehensyn. Artikkel 9 (2) inneholdt direktivets hovedregel om alminnelig kunngjøringsplikt ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller kjøp etter forhandling. Artikkel 9 (3) ga samtidig unntaksregler fra denne kunngjøringsplikten. Det ble her åpnet for at enkelte opplysninger om kontraktstildelingen kan «unntas fra offentlighet der en offentliggjøring vil hindre lojal konkurranse mellom leverandørene.» Bestemmelsen representerer en omtale av konkurranse som ikke fremgikk av direktivene, da «lojal konkurranse» ble tatt i bruk istedenfor «effektiv konkurranse».¹¹⁹ Det er imidlertid slik at man her sto ovenfor en annen form konkurranse enn det som ble nevnt i første generasjonens fortale. Unntaket fra hovedregelen om offentliggjøring for å ivareta konkurranse «mellom leverandørene», vitner om at vi befinner oss innenfor den alminnelige konkurranseretten. Som nevnt i avhandlingens innledning, er det et sentralt formål med konkurranselovgivningen å ivareta konkurransen i det innbyrdes forholdet mellom markedsdeltakerne.¹²⁰ I utgangspunktet vil derfor unntaksregelen i artikkel 9 (3) dermed ha liten relevans for spørsmålet om det gjaldt et alminnelig, anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp. Etter mitt syn er det allikevel verdt å merke seg at termen konkurranse har blitt anvendt av EU-lovgiver i anskaffelsesdirektiv som vi her står overfor. Et spørsmål

¹¹⁸ *Storebælt* ble avsagt for sent til at eventuelle rettssetninger derfra kunne blitt kodifisert i direktivene.

¹¹⁹ Se punkt 4.2 ovenfor.

¹²⁰ Se pkt. 2.4.1 ovenfor.

som oppstår som følge av at denne typen konkurranse ble inntatt i direktivet, er om det indikerer at hensynene tilknyttet henholdsvis anskaffelsesretten og konkurranseretten går over i hverandre? I så fall vil dette tale for å legitimere påvirkningen av EUs konkurranseregler, også for offentlige innkjøp. Det behandles nærmere i punkt 5.2.

En annen formulering av hensynet til konkurranse finner en i artikkel 19 (2) andre ledd. Bestemmelsen gjelder begrensede anbudskonkurranser, og gir oppdragsgiver adgang til å fastsette en øvre grense for antall leverandører de vil innby. Dette er imidlertid betinget av at antallet er «tilstrekkelig til å sikre *reell konkurranse*» (min kursivering). Vi blir her altså introdusert for enda en ny måte å omtale konkurranse på. I motsetning til begrepet *lojal konkurranse*, er *reell konkurranse* et anskaffelsesrettslig anliggende. Plikten retter seg mot en offentlig oppdragsgiver som tilrettelegger for konkurransen, som må påse at konkurranse faktisk finner sted i det enkelte tilfellet. Etter mitt syn er står vi her overfor et sentralt aspekt ved det materielle innholdet til et (eventuelt) generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp: Prinsippet påla oppdragsgiver å invitere et minimum av leverandører til å inngi tilbud ved en anbudskonkurranse.

I direktiv 93/37/EØF om bygge- og anleggskontrakter, finnes en tilsvarende formulering om å sikre konkurranse vedrørende oppdragsgivers offentliggjøring av tilbud.¹²¹ I direktivets artikkel 11 (5) finnes tilsvarende unntaksregel fra offentliggjøring, som får anvendelse dersom det vil være til skade for «den loyale konkurrence mellem entreprenøerne».

Artikkel 22 (2) andre ledd stiller også krav til «reell konkurranse» der oppdragsgiver setter et øvre tak for antall søkere som oppfordres til å inngi tilbud, ved en begrenset anbudskonkurranse.

Oppsummert gjør de mange benevnelsene av konkurranse, både i fortalene og artikkelbestemmelsene, at det fremstår som lite tvilsomt at EU-lovgiver anså konkurranse som et viktig hensyn vedrørende anskaffelsesregelverket innad i Fellesskapet. Derimot ga ikke direktivenes fortale og bestemmelse i seg selv uttrykk for et generelt prinsipp om konkurranse, ettersom konkurrans hensynet kun gjorde seg gjeldende i nærmere bestemte

¹²¹ Slik som i de nevnte direktivene i fortalens avsnitt 10.

tilfeller. Direktivet inneholdt imidlertid to bestemmelser som begge var begrunnet i konkurransehensyn. For det første ble det gitt unntak fra plikten til å offentliggjøre enkelte sider av oppdraget, dersom dette ville gå på bekostning av den «lojale konkurransen» leverandørene imellom. For det andre ble den nedre grensen for antall leverandører oppdragsgiver ville innby, betinget av at begrensningen ikke gikk utover den «reelle konkurransen». Antallet leverandører som oppdragsgiver plikter å invitere, vil etter mitt syn måtte avgjøres ved en konkret helhetsvurdering, basert på leverandørbildet i enkelte tilfellet. Grensen kan for eksempel trekkes der leverandører ikke oppfyller absolutte tildelingskriterier. Slike tilbud vil oppdragsgiver ikke være forpliktet til å ta med videre inn i tildelingsfasen. Hvis det derimot viser seg at disse leverandørene potensielt kan oppfylle de absolutte kravene ved et senere tidspunkt og samtidig kunne gjennomføre oppdraget innenfor den angitte tidsfristen, må det kreves at leverandørene får delta i konkurransen.

At konkurransehensynet kun fikk anvendelse i mer bestemte tilfeller, betyr imidlertid ikke nødvendigvis at disse artikkelbestemmelsene ikke er uttrykk for et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp,¹²² men blant annet gitt omtalenes tematiske begrensninger og varierte formuleringer («reell», «lojal», «effektiv» konkurranse), er direktivet i seg selv et tynt grunnlag å bygge et mer generelt konkurranseprinsipp på. I det følgende skal vi se nærmere på praksis fra EUD som ble avsagt under andre generasjonen anskaffelsesdirektiver, for å undersøke hvilken betydning domstolen ga hensynet til konkurranse.

4.3.2 EUD-praksis under andregenerasjonsdirektivene om konkurranse

EU-domstolen har avsagt en rekke avgjørelser under andregenerasjonsdirektivene hvor formålene med direktivene og prinsippene har blitt omtalt på ulike måter. Den sentrale forskjellen har knyttet seg til om det å åpne markedene for effektiv konkurranse er et selvstendig formål med anskaffelsesdirektivene, eller om det ansees som en del av etableringsfriheten og tjenestefriheten.

¹²² Dette er tilfellet for den någjeldende, norske anskaffelseslovgivningen. FOA del II og del III inneholder en rekke bestemmelser som eksplisitt henviser til konkurransehensynet. Dette til tross for at konkurranseprinsippet allerede er lovfestet i LOA § 4. Nærmere om dette i punkt 7.3.3.

EUDs avgjørelse i *Mikhaniki* fra 2008 gjaldt en anbudskonkurranse om bygging av en toglinje i Hellas. En av leverandørene var blitt avvist med hjemmel i direktiv 93/37/EØF artikkel 24, som lister opp situasjoner der det kan tillates å utelukke entreprenører. Domstolen uttalte i avsnitt 39 at:

«Det fremgår af anden og tiende betragtning til direktiv 93/37, at denne samordning tilsigter den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter og **udvikling af en effektiv konkurrence**» (min utheving).¹²³

Ordlyden «og» indikerer at domstolen så på målet om effektiv konkurranse som en selvstendig målsetning, slik at målet var løsrevet fra målsetningen om etableringsfrihet og tjenestefrihet i markedet. En tilsvarende formulering finnes i *Kommisjonen mot Tyskland* avsagt året etter, som ble avsagt under direktiv 92/50/EØF, og gjaldt gyldigheten av en direkteanskaffelse av gaterengjøringstjenester, jf. direktivets artikkel 8. Domstolen uttalte her at den primære målsetning med fellesskapsreglene på området for offentlige anskaffelser var «den frie utveksling av varer og en fri og ufordrejet konkurrece i alle medlemsstaterne» (min kursivering).¹²⁴

Dommen i *Stadt Halle* fra 2005 ble avsagt under direktiv 92/50/EØF. Saken gjaldt et offentlig oppdrag om bortskaffelse av kommunalt restavfall. Oppdraget ble tildelt en delvis offentlig virksomhet uten en forutgående anskaffelsesprosedyre, såkalt direkteanskaffelse. EUD benyttet her den samme formuleringen som i *Michaniki*.¹²⁵ Senere i avgjørelsen bemerket domstolen også, at en tildeling av en offentlig kontrakt til en delvis offentlig virksomhet uten avholdelse av anbudskonkurranse i forkant, er i strid med målsetningen om en «fri og ufordrejet konkurranse samt med princippet om likebehandling af de interesserede parter». Domstolen la dermed selvstendig vekt på målsetningen om fri og uhindret konkurranse for at

¹²³ C-213/07.

¹²⁴ C-480/06 avsnitt 47.

¹²⁵ C-26/03 avsnitt 44.

en direkteanskaffelse fra en delvis offentlig virksomhet ikke kunne ansees som lovlig egenregi.¹²⁶

De tre EUD-avgjørelsene som er redegjort for ovenfor, er mest nærliggende å forstå slik at ved tolkning av anskaffelsesdirektivene skal det legges selvstendig vekt på den generelle målsetningen om fri konkurranse. Praksis fra EUD var imidlertid ikke konsekvent etter andregenerasjonsdirektivene, og fire EUD-avgjørelser som ble avsagt tidligere enn rekken ovenfor, byr imidlertid på en viss tvil ved om konkurranse måtte ansees som en egen selvstendig målsetning ved direktivene. *Ordine degli Architetti*¹²⁷ fra 2001 gjaldt forståelsen av direktiv 93/37 art. 1 bokstav a om hva som kan ansees som «offentlige bygge- og anlaegskontrakter». I avsnitt 52 uttaler domstolen at direktivet har som formål å «fjerne begrensningene for etableringsfriheten og den frie utveksling av tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på at åpne disse kontrakter for en effektiv konkurranse». Uttalelsen knytter konkurranse til det indre marked og legger til grunn at den effektive konkurransen realiseres gjennom etableringsfriheten og fri utveksling av tjenesteytelser.¹²⁸

I *Felix Swoboda GmbH* fra 2002 finner en ytterligere holdepunkter for at konkurranse skal ansees som en del av etablerings- og tjenestefriheten. Saken gjaldt forståelsen av direktiv 92/50 om fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige tjenesteytelsesavtaler. Domstolen framholder her at selv om den konkrete anskaffelsen ikke inneholder et «grenseoverskridende element», kan dette ikke fritta oppdragsgiver fra å overholde kunngjøringsplikten etter direktivet. Dette begrunnes med at det vil «forbedre tjenesteydernes adgang til udbudsprocedurerne med henblik på at afskaffe enhver praksis, der er *konkurrencebegrænsende i almindelighed ...*» (min kursivering).

En kan dermed stille seg spørsmålet om EUD, fra og med avgjørelsen i *Michaniki*, har ment å endre sitt syn på konkurransemålsetningen, slik at den fra å være en del av etableringsfriheten

¹²⁶Uttalelsen blir videreført i C-340/04 *Carbotermo SpA* avsnitt 58, som gjaldt direktiv 93/36/EØF. Med denne avgjørelsen slås det fast at målsetningen om fri og uforvrent konkurranse også gjelder for anskaffelser av vare og tjenesteytelser. Tilsvarende i C-337/06 *Bayerischer Rundfunk* avsnitt 39.

¹²⁷ C-399/98.

¹²⁸ Uttalelsen gjentas i forente saker C-285/99 og 286/99 *Lombardini & Mantovani*. Denne blir igjen vist til i C-470/99 *Universale-Bau m.fl.* avsnitt 89.

og tjenestefriheten skulle forstås som en selvstendig målsetning ved anskaffelsesdirektivene. En alternativ forståelse er at den formuleringen som går igjen i de senere avgjørelsene ikke er ment å oppstille konkurranse som et eget formål, slik at det alltid har vært EUDs intensjon at konkurransemålsetningen fortsatt skal utgå fra disse to frihetene. Sistnevnte forståelse styrkes ved at EUD i *Michaniki* har vist til *Ordine degli Architetti, Lombardini & Mantovani* og *Universale-Bau m.fl.* Samtlige av disse avgjørelsene hjemler konkurransemålsetningen i etableringsfriheten og tjenestefriheten.

I juridisk teori er de forskjellige formuleringene dette spørsmålet ikke problematisert. Kunzlik skriver i sin artikkel om liberalisering av anskaffelsesregelverket at:

*“... the Court of European Justice has itself been explicit in segregating the competition objective of the public procurement directives from their objectives in abolishing restrictions on freedoms of establishment and to provide services. It has said that the directives in question have a dual objective, namely abolishing restrictions on freedom of establishment and to provide services on the one hand and opening up the Community public contracts market to competition on the other.”*¹²⁹

Kunzlik viser her til samtlige av avgjørelsene nevnt ovenfor. Jeg kan imidlertid ikke se at de første avgjørelsene gir uttrykk for en individualisering av konkurransemålsetningen. Da det ikke foreligger holdepunkter for noe annet, må det tas utgangspunkt i alminnelige lex posterior betraktninger, og formuleringene i de seneste avgjørelsene legges dermed til grunn. Oppsummert må derfor gjeldende rett under andregenerasjonsdirektivene, anses å ha vært at konkurranseformålet var et eget formål, løsrevet fra de generelle EU-rettslige friheter om etableringsfrihet og tjenestefriheten.

4.3.3 Nærmere om EUDs avgjørelse i C-247/02 *Sintesi*

I punkt 4.3.2 ovenfor har jeg sett nærmere på rettspraksis vedrørende spørsmålet om hvorvidt hensynet til konkurranse var en selvstendig målsetning ved direktivene eller ikke. I det følgende skal jeg se på nærmere på en avgjørelse fra EUD (med tilhørende forslag fra generaladvokaten) om prinsippets materielle innhold.

¹²⁹ Kunzlik (2013) side 338.

Den første og mest eksplisitte beskrivelsen av et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp ble gitt av GA Stix-Hackl, i hennes forslag til avgjørelse i *Sintesi*.¹³⁰ Saken ble avsagt etter direktiv 93/37/EØF, og gjaldt oppføringen av et underjordisk parkeringsanlegg i byen Brescia i Italia. Tildelingen fant sted på bakgrunn av kriteriet om det mest fordelaktige tilbudet, til firmaet Sintesi. Dette ledet en annen leverandør som hadde deltatt i konkurransen til å klage til den italienske tilsynsmyndigheten. Dette på grunnlag av at italiensk lovgivning inneholdt en bestemmelse som påla oppdragsgiver å anvende tildelingskriteriet om laveste pris ved alminnelige entrepriser. Sintesi bestred tilsynsmyndighetens forståelse av regelverket, og anla saken for EUD. Sintesi anførte at italienske myndigheter hadde ulovlig tilsidesatt direktiv 93/37/EØF artikkel 30 (1) ved å pålegge bruk av laveste pris som tildelingskriterium for alminnelige entrepriser. Bestemmelsen slo fast at kriteriene som den ordregivende myndighet kan anvende ved kontraktstildeling er:

*«enten udelukkende den **laveste pris**,¹³¹ eller naar tildelingen sker paa grundlag af **det oekonomisk mest fordelaktige bud**, forskjellige kriterier, som varierer efter den paageldende kontrakt, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi»¹³² (min utheving).*

Sintesi anførte at kriteriene var likeverdige, noe som medførte at det var opp til oppdragsgiver selv hvilket av disse som skulle anvendes.

I sitt forslag til avgjørelse viser Stix-Hackl til at alle de tre anskaffelsesdirektivenes fortale uttrykkelig nevner at deres formål blant annet er «at utvikle en effektiv konkurranse», samt at EUD har uttalt at direktivene skal sikre utviklingen av dette. Hun viser her til samtlige av avgjørelsene som ble gjennomgått under punkt 4.3.2 ovenfor.¹³³ Videre fremholder generaladvokaten at direktivene først og fremst har til formål «at fjerne de former for praksis – der begrenser konkurransen, og dernæst åpne op for konkurranse på det pågældende

¹³⁰ C-247/02.

¹³¹ Jf. artikkel 30 nr. 1 bokstav a.

¹³² Jf. artikkel 30 nr. 1 bokstav b.

¹³³ Se forslaget avsnitt 31. Stix-Hackl viser i tillegg til avgjørelsen i C-513/99 *Concordia Bus Finland*. Dommen fastslo at målsetningen om utviklingen av en effektiv konkurranse også gjaldt for de øvrige andregenerasjonsdirektivene, se avsnitt 81.

marked for innkj b, dvs. navnlig sikre en fri adgang for virksomheter fra andre medlemsstater.»¹³⁴ Deretter presenterer hun de beskyttelsesform l prinsippet om den frie konkurranse oppfyller. Stix-Hackl tar til orde for at prinsippet har i alt tre beskyttelsesform l.

For det første retter prinsippet om den frie konkurranse seg mot «virksomheter og deres indbyrdes forhold, dvs. mellom kandidater eller bydende. Et udbud vedrørende innkj b bør betyde indbyrdes konkurranse mellom de bydende.»¹³⁵ Dette er en form for konkurranse som er forbeholdt den alminnelige konkurranseretten, og tilsvarer den konkurranseformen som blir nevnt i direktiv 93/36/EØF artikkel 9 (3) om unntagelser fra offentliggjøring dersom dette ville hindre «lojal konkurranse» mellom leverandørene.¹³⁶ Konkurranse leverandørene *imellom* er derfor ikke et hensyn som naturlig hører til et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp. Dette må overlates til bestemmelser innenfor konkurranseretten. Stix-Hackls formulering gir imidlertid til dels uttrykk for en litt annen form for innbyrdes konkurranse. Der artikkel 9 (3) retter seg direkte mot konkurransen leverandørene imellom, oppstiller generaladvokaten etter mitt syn en plikt for oppdragsgiver til   utforme konkurransen på en slik måte at den åpner for at flest mulig leverandører kan ta del i konkurransen.¹³⁷   sikre «indbyrdes konkurranse mellom de bydende» kan forstås som en oppgave for det offentlige som oppdragsgiver, og skiller seg dermed fra formålene bak den alminnelige konkurranselovgivningen.

For det andre f r prinsippet om konkurranse ifølge Stix-Hackl anvendelse på

*«forholdet mellom de ordregivende myndigheter, som kan anses for at våre virksomheter, og virksomheterne, navnlig forholdet mellom en ordregivende myndigheds adfærd, når denne har en dominerende stilling, og virksomheterne, eller omvendt en dominerende virksomheds adfærd i forhold til den ordregivende myndighet, og en bedømmelse af denne adfærd, set i lyset af artikkel 82 EF.»*¹³⁸

¹³⁴ Forslagets avsnitt 32.

¹³⁵ Forslagets avsnitt 34.

¹³⁶ Se punkt 4.3 ovenfor.

¹³⁷ Jf. «Et *utbud vedrørende innkj b* bør betyde indbyrdes konkurranse mellom de bydende» (min kursivering). Se forslaget avsnitt 34.

¹³⁸ Forslagets avsnitt 35. Artikkel 82 EF tilsvarer dagens TEUV artikkel 102.

Med andre ord skulle prinsippet få innflytelse på forholdet mellom oppdragsgiver og leverandørene, når en av dem hadde en dominerende stilling. Artikkel 82 EF (nåværende TEUV art. 102/EØS art. 54) inneholder forbud mot misbruk av dominerende stilling. Av bestemmelsen i artikkel 82 fremgår følgende:

«Ett eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling på det indre marked eller i en vesentlig del av det er uforenlig med det indre marked og er forbudt i den utstrekning det kan påvirke handelen mellom medlemsstatene.»

EUD gir en definisjon av «dominerende stilling» i *United Brands*:

*«Begrebet dominerende stilling i denne artikkel angår den situation, at en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet de nævnte stillinger giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne.»*¹³⁹

Definisjonen kan i utgangspunktet synes å begrense seg til kun private aktører i markedet. Undertiden kan det imidlertid forekomme at en leverandør som er aktuell for et oppdrag er en offentlig virksomhet. I slike tilfeller vil faren være til stede for at den offentlige oppdragsgiveren utformer konkurransegrunnlaget på en måte som stiller de offentlige leverandørene sterkere enn de private, eller på en annen måte favoriserer disse. Slik adferd kan være i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling.¹⁴⁰

Uttalelsen til Stix-Hackl kan forstås dit hen at hun mente et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp var et alternativt rettslig grunnlag for det grunnleggende konkurranserettslige forbudet mot misbruk av dominerende stilling, enten det var en oppdragsgiver eller leverandør som hadde dominerende stilling. I forbindelse med saken hadde imidlertid kommisjonen uttalt at den var av den oppfatning at andregenerasjonsdirektivene ikke hadde til formål å gjennomføre konkurranseretten. Stix-

¹³⁹ C-27/76 avsnitt 65.

¹⁴⁰ Problemstillingen ble også tatt opp i en arbeidsgrupperapport om konkurransevilkårene for offentlige og private aktører i norsk næringsliv. Det blir her pekt på at «handlingsrommet som en eventuell særfordel gir et offentlig foretak, kan bli utnyttet til en aggressiv strategi for størrelse og vekst.», Rapport fra arbeidsgruppe (2018) side 49.

Hackl la også dette til grunn i sitt forslag.¹⁴¹ Stix-Hackls omtale av «dominerende stilling» og henvisningen til artikkel 82 må forstås slik at hun mente art. 82 (EØS art. 54) kunne få anvendelse som tolkningsmoment ved forståelsen av direktivbestemmelsene. Dette underbygges av at Stix-Hackl i uttalelsen også argumenterte for at kartellforbudet i EF art. 81 (nå TEUV artikkel 101) kan fungere som «referencepunkt for en fortolkning af [direktivets] artikkel 30» om tildelingskriterier.¹⁴² De grunnleggende konkurranserettslige reglene var altså, ifølge Stix-Hackl, relevante tolkningsmomenter som ville tilsi en fortolkning av anskaffelsesregler i retning av å begrense faren for misbruk av dominerende stilling eller kartellvirksomhet.

For det tredje mente Stix-Hackl at prinsippet om fri konkurranse skulle «beskytte selve begrebet konkurrence.»¹⁴³ Hva generaladvokaten legger i dette, utdypes ikke.¹⁴⁴ En teori kan være at hun sikter til konkurranse på et overordnet plan.

Selve EUD-avgjørelsen i *Sintesi*, vier langt mindre oppmerksomhet til betydningen av konkurranse, enn det som fremgikk av generaladvokatens forslag. Domstolen bemerket imidlertid at det fremgikk av fortalens avsnitt 10 at direktivet har til formål «at utvikle en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge og anlægskontrakter».¹⁴⁵ Videre fremholdt domstolen at direktivet oppstilte objektive vurderingskriterier som det var tillatt for oppdragsgiver å vektlegge i forbindelse med tildelingen av oppdraget. Kravet om objektivitet tilknyttet tildelingskrav var av domstolen altså begrunnet i konkurransehensyn. Etter mitt syn ville det vært mer nærliggende å begrunne et slikt krav i prinsippet om likebehandling, basert på en naturlig språklig forståelse. Objektive krav fra oppdragsgiver stiller leverandørene likt og bidrar til at disse har like forutsetninger for å bli tildelt kontrakten. Slik retter dette kravet seg mot leverandørene på individuelt plan, slik likebehandlingsprinsippet skal gjøre.¹⁴⁶

¹⁴¹ Forslagets avsnitt 28. Sánchez-Graells er av samme oppfatning når det gjelder den tredje generasjonen anskaffelsesdirektiver, se Sánchez-Graells (2015) side 201.

¹⁴² Se Forslagets avsnitt 27.

¹⁴³ Forslagets avsnitt 36. «Begrebet» blir kalt «institution» i den engelske versjonen av forslaget.

¹⁴⁴ Arrowsmith har også stilt spørsmålsteget ved hva det er Stix-Hackl legger i dette, se fotnote 139 i Arrowsmith, 2011, side 26.

¹⁴⁵ C-247/02 avsnitt 35.

¹⁴⁶ Se punkt 2.5 ovenfor.

Domstolens rettsanvendelse i denne konkrete saken kan i en viss grad sies å representere en økt prioritering av konkurransehensyn.

EUD valgte imidlertid i *Sintesi* å ikke følge opp generaladvokatens forslag ved å oppstille et prinsipp om konkurranse, med det materielle innholdet som Stix-Hackl forfektet. Dette kan invitere til antitetiske slutninger om at EUD benektet at det på dette tidspunkt eksisterte et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp. Det er det ikke grunnlag for. At domstolene ikke griper første mulighet for å formulere et prinsipp, betyr ikke at domstolen dermed er avskåret fra å formulere prinsippet senere. Prinsipper vil typisk utvikles over tid i et samspill mellom rettspraksis, teori og lovgivning. Det er altså heller normalen at prinsipper blir anført for EUD før de senere også blir akseptert av domstolen. Selv om generaladvokatens formulering av et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp ikke kunne ansees som gjeldende rett, vil uttalelsen likevel kunne ha rettskildemessig vekt ved en senere fastsettelse av et konkurranseprinsipp.

4.3.4 Oppsummering

Vedtakelsen av andregenerasjonsdirektivene representerte en økt prioritering av konkurranse på anskaffelsesrettens område. I tillegg ble hensynet til konkurranse anerkjent som et selvstendig formål med anskaffelsesdirektivene. Samtidig ble konkurranse ikke omtalt som et prinsipp, hverken i direktivet eller av EUD. Sistnevnte hadde muligheten i *Sintesi*, der GA Stix-Hackl omtalte konkurranse som et prinsipp, supplert med at hun ga en nokså grundig gjennomgang av sitt syn på prinsippets materielle innhold. EUD valgte imidlertid å ikke følge dette resonnementet, og omtalte konkurranse på tilsvarende måte som tidligere, som et hensyn. Oppsiktsvekkende var det imidlertid at EUD i samme avgjørelse vurderte konkurransehensynet som grunnlaget for objektivitetsvilkåret ved oppdragsgivers tildelingskriterier. Konkurransens gjennomslagskraft var derimot langt unna den som EU/EØS-rettslige prinsipper innehar.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Jf. punkt 3.5 ovenfor.

4.4 Konkurransen under den tredje generasjonen anskaffelsesdirektiver

Problemstillingen under punkt 5.4 er hvordan direktiv 2004/18/EF (bygge- og anleggskontrakter, varekjøp og tjenesteyting) og direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhet) vernet om konkurranse.

2004-direktivene hadde ikke formålsbestemmelser, men direktiv 2004/18 fikk en prinsippbestemmelse i artikkel 2 med tittelen «Prinsipper for indgåelse af kontrakter», som lød i sin helhet:

«De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.»

Konkurranse inngikk ikke i prinsippbestemmelsen. Hensynet til konkurranse hadde likevel en mer fremtredende rolle i direktivets artikkelbestemmelser og fortale, enn det første og andre generasjon ga uttrykk for. I fortalen til 2004-direktivet avsnitt 2 fremgår det at det burde utarbeides felles regler for framgangen ved tildelingen av offentlige kontrakter:

«Når det gjelder offentlige kontrakter over en viss verdi, tilrådes det imidlertid å utarbeide bestemmelser om Fellesskapets samordning av nasjonale framgangsmåter for tildeling av slike kontrakter, basert på disse prinsippene, for å sikre virkningen av dem og for å sikre at offentlige innkjøp åpnes for konkurranse» (min utheving).

«Prinsippene» som fortalen omtaler i sitatet ovenfor er:

«... prinsippet om fritt varebytte, prinsippet om etableringsadgang og prinsippet om adgang til å yte tjenester, samt de prinsipper som er avledet av disse, som for eksempel prinsippet om likebehandling, prinsippet om ikke diskriminering, prinsippet om gjensidig godkjenning, forholdsmessighetsprinsippet og prinsippet om innsyn».¹⁴⁸

Det fremgår altså her at EU-lovgiver ikke så på konkurranse som et prinsipp, på lik linje med de øvrige anskaffelsesrettslige prinsippene som nevnes i samme avsnitt. Sånn sett benyttet ikke EU-lovgiver muligheten til å innta et prinsipp om konkurranse i verken

¹⁴⁸ 2004-direktivets fortale avsnitt 2.

prinsippbestemmelsen i art. 2 eller i fortalens opplisting av prinsippet. Dette taler for at det ikke gjaldt noe generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp etter 2004-direktivene. Samtidig utvikles som nevnt prinsipper gjerne over tid, og det var flere sider ved 2004-direktivene som styrket hensynet til konkurransen som slik sett kunne tale for eksistensen av et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp etter tredjegerasjonsdirektivene.

Fortalen bruker uttrykket om å «åpne» offentlige innkjøp for konkurranse, til forskjell fra andregenerasjonsdirektivene, som fremholdt at konkurransen skulle «utvikles». Det fremgår ingen steder hvorfor EU-lovgiver endret termen, og senere rettspraksis synes ikke å ha tillagt endringen betydning. Jeg kan for øvrig ikke se at endringen i formulering gir noen argumenter av betydning i den ene eller andre retning.

I en artikkel om neoliberalisme i anskaffelsesretten på EU/EØS-nivå, fremholder Peter Kunzlik at 2004-direktivet omtalte konkurranse i totalt seks forskjellige sammenhenger, inkludert sitatet i fortalen om direktivets formål.¹⁴⁹ Denne oppdelingen tar imidlertid ikke høyde for at uttalelser i direktivets fortale ikke har den samme rettskildemessige vekten som artikkelbestemmelsene; Kunzlik omtaler både fortalen og artiklene i samme kontekst. Etersom artikkelbestemmelsene veier tyngst ved at de representerer et grunnlag for konkrete rettigheter og plikter,¹⁵⁰ velger jeg å heller ta for meg disse først, for så å supplere bestemmelsene med eventuelle relevante uttalelser i fortalen.

2004-direktivets artikkel 23 nr. 2 slo fast at utformingen av tekniske spesifikasjoner «skal give tilbudsgiverne like muligheter og» må ikke skape «ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.»¹⁵¹ Bestemmelsen la altså etter sin ordlyd bånd på oppdragsgivers frihet til å fastsette tekniske spesifikasjoner som unødige hindrer leverandører i å kunne inngi tilbud. Denne bestemmelsen var ny av 2004-direktivet, da en tilsvarende bestemmelse ikke var å finne i andregenerasjonsdirektivene. Bestemmelsen representerte dermed en ny del av et potensielt materielt innhold til eventuelt konkurranseprinsipp: I tillegg til å sikre likebehandling, må ikke de tekniske spesifikasjonene være utformet slik at de skaper ubegrundede hindringer for konkurransen. Typisk kan man

¹⁴⁹ Se Kunzlik (2013) side 336 flg.

¹⁵⁰ I motsetning til fortalsuttalelser, se punkt 5.2 ovenfor.

¹⁵¹ Tilsvarende i fortalens avsnitt 29 nevnt ovenfor.

tenke seg så detaljerte kravspesifikasjoner at kun et fåtall leverandører kan ta del i konkurransen¹⁵² Det vil være vanskelig å angi en generell grense for når spesifikasjoner skal ansees for å være så detaljerte at de går på bekostning av konkurransen. Dette må etter mitt syn bero på hvor mange leverandører som da blir utelukket fra å kunne delta i konkurransen; for eksempel må det kunne tillates mer detaljerte tekniske spesifikasjoner der man risikerer at én leverandør ikke ser seg i stand til å inngi tilbud, enn der man risikerer å utelukke fem.

Artikkel 44 gir bestemmelser om konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling. Bestemmelsen setter en minimumsgrense for antall deltakere ved kjøp etter forhandling med kunngjøring av en kontrakt og ved konkurransedialog. I slike tilfeller skal det være med minst tre deltakere. Ved begrensede anbudskonkurranser skal det være minst fem med. EU-lovgiver har med dette valgt å utvide bestemmelsens virkeområde, som første gang ble vedtatt i direktiv 93/36/EØF artikkel 19 (2) andre ledd.¹⁵³ Bestemmelsen påla oppdragsgiver til å invitere et minimum av leverandører, for å sikre «reell konkurranse».¹⁵⁴ Bestemmelsen gjaldt imidlertid bare for begrensede anbudskonkurranser. Artikkel 44 i 2004-direktivet representerer dermed et større virkeområde for hensynet til reell konkurranse, ved at bestemmelsen også gjelder for konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling. I tillegg må det faktum at EU-lovgiver har satt en konkret grense minimumsgrense på henholdsvis fem og tre leverandører,¹⁵⁵ etter mitt syn tale i retning av at hensynet til reell konkurranse ble satt høyere på dagsorden av EU-lovgiver.

I motsetning til den andre generasjonen, er det under 2004-direktivet mindre EUD-praksis som direkte omtaler konkurransens posisjon i anskaffelsesretten. Den praksis som finnes har understreket at konkurransehensynet er å anse som en egen målsetning, løsrevet fra de alminnelige formålene med anskaffelsesregelverket.¹⁵⁶ Som, nevnt ovenfor er disse etableringsfriheten og tjenestefriheten, som begge fremgår av henholdsvis TEUV Avdeling

¹⁵² For EU-domstolen kom spørsmålet først på spissen i C-552/13 *Grupo Hospitalario Quirón*, som ble avsagt høsten 2015, altså etter vedtagelsen av 2014-direktivene. I saken kom domstolen til at det tilsynelatende tilleggskravet om konkurranse i artikkel 23 ikke stilte noen ytterligere krav enn å overholde likebehandlingsprinsippet, jf. særlig avsnitt 26.

¹⁵³ Direktivet inngår i den andre generasjonen anskaffelsesdirektiver.

¹⁵⁴ Se punkt 5.3 ovenfor for en nærmere gjennomgang av bestemmelsen.

¹⁵⁵ Minst 3 leverandører ved konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling, og minst 5 ved begrenset anbudskonkurranse.

¹⁵⁶ Som det er gjennomgått ovenfor, var også dette tilfellet for EUD-praksisen under andregenerasjonsdirektivene, se punkt 5.3.1. Se også C-226/12 *Manova* avsnitt 28.

IV kapittel 2 og 3. Saken i *Slovensko* gjaldt tolkningen av 2004-direktivets artikkel 51. Bestemmelsen åpner for at den offentlige oppdragsgiveren kan «innby markedsdeltakere til å supplere eller presisere de attester og dokumenter som er fremlagt i henhold til artikkel 45-50.» Innledningsvis bemerket domstolen følgende:

«For så vidt angår artikkel 2 i direktiv 2004/18 bemærkes, at blandt hovedformålene med EU-retten om offentlige kontrakter er at sikre fri bevegelse for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender EU-retten bl.a. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere eller ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf» (min utheving).

EUD gir med dette uttrykk for at formålet med konkurranseadgang kommer i tillegg til fri bevegelse. Disse formålene ivaretas blant annet gjennom anvendelse av prinsippet om likebehandling, og den gennemsiktighet dette fører med seg. Uttalelsen viser den nære forbindelsen mellom likebehandlingsprinsippet og hensynet til konkurranse. «Blant annet» tyder på at uttalelsen ikke tas til inntekt for at konkurranseformålet fullt ut ble ivaretatt av likebehandlingsprinsippet og gennemsiktighetsprinsippet.

2004-direktivet artikkel 32 regulerer adgangen til bruk av rammeavtaler som kontraktsform. Dette er en type kontraktsform som strekker seg over lengre tid, men som utgangspunkt ikke lengre enn fire år. Dette kan imidlertid fravikes i særlig begrunnede unntakstilfeller.¹⁵⁷ Artikkel 32 andre ledd presiserer at offentlige oppdragsgivere ikke kan bruke rammeavtaler blant annet på en måte som «vrir konkurransen.» Tilsvarende gjelder for dynamiske innkjøpsordninger og for elektroniske auksjoner, jf. hhv. art. 33 nr. 7 og art. 54 nr. 8.

Konkurranse blir også nevnt i 2004-direktivet i flere sammenhenger hvor det oppstilles unntak fra reglene om åpenhet ved offentlige innkjøp, dersom dette går på bekostning av den rettferdige konkurransen leverandørene imellom. Dette slås fast i 2004-direktivet art. 35 om kunngjøringer. Bestemmelsens nr. 4 femte ledd åpner for at oppdragsgiver ikke behøver å offentliggjøre opplysninger om kontraktstildeling eller inngåelse av rammeavtaler, dersom

¹⁵⁷ Nærmere om dette i NOU 2014:4 side 138.

dette vil «hindre rettferdig konkurranse» mellom markedsdeltakerne. Tilsvarende gjelder for oppdragsgivers plikt til å underrette kandidater og anbydere om beslutninger vedrørende inngåelse av en rammeavtale, tildeling av kontrakt eller adgang til en dynamisk innkjøpsordning, jf. art. 41 nr. 3, jf. nr. 1. For prosjektkonkurranser finnes en tilsvarende unntaksregel for tilfeller der opplysninger om resultatet av konkurransen vil være til hinder for «rettferdig konkurranse mellom tjenesteytere, jf. art. 69 nr. 2 andre ledd.

I sum var altså konkurranse vesentlig mer til stede som hensyn i artikkelbestemmelsene i 2004-direktivet. Dette taler for at det gjaldt et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp, selv om konkurranse ikke var inntatt i artikkel 2 eller omtalt som et prinsipp i fortalen. Samtidig var det før og under 2004-direktivene blitt en åpen diskusjon om det gjaldt (og burde gjelde) et konkurranseprinsipp på anskaffelsesrettens område, uten at verken EU-lovgiver eller domstolene tok skrittet ut og formulerte et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp. Konklusjonen er ikke klar, men etter mitt syn er det mest nærliggende å konkludere med at det etter 2004-direktivene ikke gjaldt noe generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp.

4.5 Lisboa-traktaten og dens følger for konkurransemålsetningen ved offentlige anskaffelser i tiden etter dens ikrafttredelse

Under dette punktet skal det undersøkes om Lisboa-traktaten og dens revisjon av TEUV og TEU/Roma-traktaten har fått betydning for spørsmålene om konkurranse er et formål etter anskaffelsesretten, om det gjelder et konkurranseprinsipp og hva innholdet i konkurranseprinsippet eventuelt er.

Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009. Med dette fulgte det en rekke endringer av henholdsvis EU-traktaten¹⁵⁸ og Traktaten om den europeiske unions virkemåte.¹⁵⁹ EU-traktaten hadde i forkant av revisjonen en uttalt målsetning at det skulle råde en «fri og uforvrent konkurranse innad i unionen», jf. dagjeldende EU-traktat artikkel 2. Denne

¹⁵⁸ Heretter TEU.

¹⁵⁹ Heretter TEUV.

formuleringen ble derimot tatt ut ved vedtakelsen av Lisboa-traktaten, og erstattet med at Unionen ved opprettelsen av det indre marked skulle arbeide for en sosial markedsøkonomi med «høy konkurranseevne».

EUs valg om å utelate formuleringen i artikkel 2, har av enkelte blitt tolket dit hen at den begrenset EUs rett og plikt til å sikre fri konkurranse i det indre marked. Det har vært hevdet at EU etter vedtakelsen av Lisboa-traktaten måtte anvende art. 352 i TEUV som hjemmel for å gripe inn i ulike forhold i unionen som anses for å være konkurransebegrensende, i motsetning til tidligere artikkel 2.¹⁶⁰ Artikkel 352 nr. 1 tillater at EU gjennomfører tiltak som synes nødvendig, innenfor rammen av den politikk som er fastlagt i traktatene, også uten at traktatene har noen bestemmelse som gir den nødvendige myndighet til å treffe tiltak av slik art. Dette er imidlertid betinget av at EU-kommisjonen foreslår slike tiltak, og at Europarådet enstemmig samtykker til disse. Artikkel 352 nr. 1 må derfor kunne kategoriseres som en snever unntaksregel for EU til å gi regler utenfor sin vanlige kompetanse. Dersom man legger til grunn at den generelle målsetningen om fri konkurranse er forlatt som følge av vedtakelsen av Lisboa-traktaten, må dette derfor medføre at EUs handlingsrom i stor grad er innsnevret.

Det fremgår derimot av den någjeldende EU-traktaten art. 3 nr. 3 at unionen oppretter et indre marked, og TEUV art. 3 nr. 1 bokstav fastslår at EU har «enekompetanse» til å fastsette «de konkurranseregler som er nødvendige for at det indre marked skal fungere etter sin hensikt.» EU besluttet i tillegg å innføre en protokoll nr. 27, som langt på vei tilsier at målsetningen om en fri konkurranse fortsatt er en del av det indre marked:

«DE HØYE TRAKTATPARTER, SOM TAR I BETRAKTNING at det indre marked som fastsatt i artikkel 3 i traktaten om Den europeiske union omfatter et system som sikrer at konkurransen ikke vris, ER BLITT ENIGE OM AT Unionen for dette formål om nødvendig skal treffe tiltak i henhold til traktatenes bestemmelser, herunder artikkel 352 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte. Denne protokoll skal vedlegges traktaten om Den europeiske union og traktaten om Den europeiske unions virkemåte.»

¹⁶⁰ Piris, 2010, side 307-308.

At protokoll nr. 27 uttrykkelig nevner at traktatens bestemmelser skal sikre en uforvrent konkurranse, må medføre at opprettholdelsen av fri konkurranse er klart innenfor EU-traktatens jurisdiksjon og virkeområde, også etter vedtakelsen av Lisboa-traktaten. Dette får som følge at EU ikke behøver å måtte lene seg på unntaksregelen i TEUV art. 352 nr. 1, for å iverksette tiltak som skal forhindre praksis i det indre marked som går på bekostning av en fri konkurranse. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.¹⁶¹ Lisboa-traktaten kan imidlertid ha fått betydning for den relative vekten konkurransehensyn, og et eventuelt konkurranseprinsipp har.

4.6 Konkurransesprinsippet etter någjeldende anskaffelsesdirektiv

4.6.1 Anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 1 andre ledd

Problemstillingen under dette punktet er om det eksisterer et generelt konkurranseprinsipp etter det någjeldende anskaffelsesdirektivet.

Anskaffelsesdirektivet fra 2014 er i stor grad en videreføring av 2004-direktivene. Uttalelser i fortalen til 2004-direktivet, samt EUD-avgjørelser avsagt under dette, kan derfor ha betydning for tolkningen av de någjeldende anskaffelsesdirektivene. I likhet med 2004-direktivene, inneholdt anskaffelsesdirektivene egne bestemmelser om anskaffelsesrettslige prinsipper, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 18 og forsyningsdirektivet artikkel 36 nr. 2. Artikkel 18 nr. 1 første og andre ledd lyder:

«1. Offentlige oppdragsgivere skal behandle markedsaktører likt og uten forskjellsbehandling, og opptre på en måte som gir adgang til innsyn og står i forhold til målet.

Utformingen av et innkjøp skal ikke gjøres i den hensikt å unngå at det omfattes av dette direktivs virkeområde, eller for å begrense konkurransen på kunstig måte. Det

¹⁶¹ Se Piris (2010) side 308. Han anfører her at bestemmelsen TEUV art. 3 nr. 1 bokstav b, samt protokoll 27, gjør at det ikke kan være forsvarlig å legge til grunn en tolkning om et begrenset handlingsrom for EU i tilfeller av forvrengning av fri konkurranse.

skal anses at konkurransen begrenses på kunstig måte dersom innkjøpet utformes i den hensikt å favorisere eller forfordele visse markedsdeltakere.»

Ser en første og andre ledd i sammenheng, tilsier ordlyden at det er oppdragsgiver som er pliktsubjekt etter bestemmelsen. Oppdragsgiver står for utformingen av det konkrete innkjøpet. Det er derfor rimelig å plassere ansvaret for et innkjøp som er i strid med nr. 1 andre ledd på oppdragsgiver. Dette i motsetning til plikten til å vedta miljøtiltak jf. artikkel 18 nr. 2, der det er medlemsstatene som er pliktsubjekt. Dette kan begrunnes i at det ville vært utfordrende for enhver oppdragsgiver å ta selvstendig stilling til hva som skulle ansees som egnede miljøtiltak.¹⁶²

Det mest nærliggende rettslige grunnlaget for et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp etter 2014-direktivene er prinsippbestemmelsen i art. 18 nr. 1 andre ledd, og den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsdirektivet art. 36. nr. 2.

Anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 1 andre ledd fastslår at utformingen av et innkjøp ikke skal gjøres i den hensikt å «begrense konkurransen på kunstig måte.» Videre defineres det at konkurransen begrenses på «kunstig måte» dersom «innkjøpet utformes i den hensikt å favorisere eller forfordele visse markedsaktører.» En ordlydsfortolkning av første punktum, sammenholdt med definisjonen i andre punktum, tyder på at det her er snakk om et rent omgåelsesforbud og ikke en regel som pålegger oppdragsgivere å generelt tilrettelegge for økt konkurranse. Et typisk eksempel kan være at en oppdragsgiver utformer en kravspesifikasjon med det formål at det skal gagne en bestemt leverandør.

Det opprinnelige forslaget til bestemmelsen i art. 18 nr. 1 andre ledd inneholdt ikke et krav om «hensikt» tilknyttet oppdragsgivers konkurranseinnskrenkning ved utformingen av et innkjøp. I prosessen frem til vedtakelsen av direktivet ble det også levert et endringsforslag som gikk ut på at oppdragsgivere skulle opptre i samsvar med «the principles of ... free competition and openness».¹⁶³ Dette i tillegg til de etablerte anskaffelsesrettslige prinsippene;

¹⁶² Platou (2021) side 538.

¹⁶³ COD (2011) 438.

likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, som alle av prinsippbestemmelsen til direktiv 2004/18/EF, jf. artikkel 2.

I forslaget fra komiteen for «industry research and energy» ble kunngjøringsplikten av kontrakter begrunnet med at dette skulle «sikre utviklingen av effektiv konkurranse». Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt av EU-parlamentet, som istedenfor strammet inn komiteens opprinnelige forslag ved å innta et vilkår om at oppdragsgiver må ha hatt som «hensikt» å kunstig innskrenke konkurransen. Direktivet ble vedtatt med disse endringene. Etter at parlamentet foretok denne nevnte innstramningen av bestemmelsen, må det legges til grunn at art. 18 nr. 1 andre ledd i dag inneholder et subjektivt element. Med dette menes at oppdragsgiver ved utformingen av et innkjøp har hatt som «hensikt» å omgå regelverket ved å favorisere eller forfordle visse markedsdeltakere. Kravet om «hensikt» er dessuten å finne i alle språkversjonene av direktivet.

Rettspraksis fra EUD vedrørende de nye direktivene taler også i retning av en slik tolkning. I avgjørelsen *Tim SpA* knesetter domstolen overholdelse av lovgivning om miljø, sosiale hensyn og arbeidsrettslige vilkår¹⁶⁴ som grunnleggende prinsipper, på lik linje med de øvrige anskaffelsesrettslige prinsippene. EUD påpeker i sin avgjørelse at artikkel 18 innledes med overskriften «udbudsprinsipper»¹⁶⁵, og ettersom miljøhensyn mv. inngår under denne bestemmelsen, må også disse regnes som grunnleggende prinsipper som medlemsstatene skal sikre oppfyllelsen av.

Domstolen gjengir de øvrige prinsippene i art. 18 nr. 1 første og andre ledd som «likebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gjennomsiktighedsprincippet, proportionalitetsprincippet og forbuddet mod at undtage en kontrakt fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24 eller kunstigt innskrenke konkurransen.»¹⁶⁶ EUD definerer med dette det påståtte konkurranseprinsippet som et forbud, og ikke et prinsipp. I tråd med den forståelsen av prinsipp som innledningsvis ble lagt til grunn i denne avhandlingen,¹⁶⁷ vil et forbud typisk ha et snevrere nedslagsfelt enn et prinsipp.

¹⁶⁴ Se anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 2.

¹⁶⁵ På norsk oversatt til «prinsipper for innkjøp».

¹⁶⁶ Se C-395/18 *Tim SpA* avsnitt 38.

¹⁶⁷ Se punkt 3.5

Dette fordi en forbudsregel bare kommer til anvendelse i de tilfellene der en står overfor et brudd på regelen. En prinsippbestemmelse på sin side, gjelder for ethvert saksforhold som faller inn under regelverket, som et viktig tolkningsmoment og som påbud om overholdelse. Avgjørelsen i *Tim SpA* gir dermed uttrykk for at artikkel 18 nr. 1 ikke inneholder et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp.

EUD-avgjørelsen *Sanresa* omhandler et eksempel på et tilfelle der domstolen har tatt i bruk øvrige anskaffelsesrettslige prinsipper, istedenfor å hjemle sin argumentasjon i et konkurranseprinsipp. Saken gjaldt en tjenestekontrakt vedrørende håndtering av farlig avfall fra et anlegg i Litauen. Oppdragsgiveren hadde avvist klageren fordi vedkommende manglet den nødvendige tillatelsen fra Litauiske myndigheter etter avfallstransportordningen, og dermed ikke hadde godkjent retten til å utøve den aktuelle aktiviteten. Spørsmålet for EUD var om leverandørene var forpliktet til å oppfylle kontraktskrav etter anskaffelsesdirektivet art. 70 allerede ved inngivelsen av tilbudet, slik at det ikke var tilstrekkelig at oppfyllelsen fant sted innen kontraktens begynnelse. EUD kom til at et slikt krav måtte ansees som for vidtgående, og at en dermed ville risikere å «afskrække disse operatører fra at delta i udbudsprosedyrer».¹⁶⁸

Et slikt krav om å ha tillatelsen på plass allerede ved tilbudsinngivelse ble av domstolen ansett som en tilsidesettelse av proporsjonalitetsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet, som begge fremgår av art. 18 nr. 1 første ledd. Hensynet som EUD her legger vekt på, er å forhindre at leverandører unnlater å inngi tilbud. Dette er et hensyn som etter en naturlig språklig forståelse kunne blitt innfortolket under et prinsipp om konkurranse. Allikevel velger EUD å hjemle hensynet i to av de øvrige prinsippene i art. 18 første ledd. En slik slutning kan tale i retning av at det EUD heller ikke her anså konkurranse som et generelt prinsipp i art. 18 nr. 1 andre ledd. At EUD velger å hjemle sin argumentasjon i prinsippene om proporsjonalitet og gjennomsiktighet, kan ikke uten videre tolkes antitetisk. Som nevnt flere ganger utvikler gjerne prinsipper seg over tid, og det at et prinsipp ikke formuleres og anvendes ved en anledning, betyr ikke at det ikke vil formuleres på et senere tidspunkt. Dommen kan imidlertid ikke sies å bidra til noen ytterligere stadfestning av konkurranseprinsippet.

¹⁶⁸ C-295/20 avsnitt 62.

Som det er redegjort for, finner en indikasjon i prosessen rundt vedtagelsen av anskaffelsesdirektivet, samt i EUD-praksis, på at det ikke gjelder et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp. På den annen side finnes det også en del holdepunkter i ulike EU/EØS-rettskilder som på sin side taler for at en ikke kan avskrive at et generelt konkurranseprinsipp gjelder i anskaffelsesretten.

Den opprinnelige teksten i forslaget til prinsippbestemmelsen i anskaffelsesdirektivet fra 2011 inneholdt ikke et vilkår om at den offentlige oppdragsgiveren har hatt til hensikt å kunstig innskrenke konkurransen. Artikkel 15¹⁶⁹ andre ledd i det opprinnelige kommisjonsforslaget slo fast at «Udbuddet udformes ikke med det formål å at udelukke dette fra direktivets virkeområde eller *kunstig innskrenke konkurransen*» (min kursivering).¹⁷⁰ Med en slik ordlyd ville en lettere kunne konstatere at det forelå et objektivt prinsipp om konkurranse, også på EU-nivå. Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt av Europaparlamentet og rådet, og forhandlingene om direktivets utforming fortsatte. I en konsolidert utgave fra 2012 hadde artikkel 15 andre ledd fått en ny ordlyd:

*«Udbuddet må her ikke udformes med den hensikt at udelukke det fra direktivets anvendelsesområde eller uretmæssigt at fremme visse økonomiske aktører eller visse bygge- og anlægsarbejder, var eller tjenesteydelser eller stille dem mindre gunstigt.»*¹⁷¹

Her ble altså det subjektive vilkåret om hensikt for første gang introdusert i prinsippbestemmelsen. Henvisningen til konkurranse ble imidlertid helt visket ut, og bestemmelsen bar i større grad preg av et rent forbud mot omgåelse av anskaffelsesregelverket. Forhandlingene om direktivet fortsatte, og i en konsolidert utgave fra 2013 ble et ytterligere forslag til prinsippbestemmelsen fremlagt. Det er også denne som i dag fremgår av anskaffelsesdirektivet artikkel 18. Konkurranseselementet ble her gjeninnført, og referansen til forbudet mot korrupsjon ble i stor grad fraveket.

¹⁶⁹ Tilsvaret artikkel 18 i anskaffelsesdirektivet av 2014.

¹⁷⁰ COM (2011) 896 endelig.

¹⁷¹ Se COD (2011) 438 artikkel 15.

Bestemmelsens utforming er blitt gjenstand for kritikk i juridisk teori. Sánchez-Graells har tatt til orde for at den endelige utformingen levner tvil om hvorvidt man som rettsanvender skal legge til grunn et konkurranseprinsipp, eller et forbud mot korrupsjon. I dette ligger det at ettersom både «korrupsjon» og «favorisering» er utelatt fra ordlyden i art. 18 nr. 1 andre ledd, kan dette medføre at forhold som ikke inneholder ett av eller begge disse forbudene faller utenfor bestemmelsens virkeområde. Dette medfører, ifølge Sánchez-Graells, at bestemmelsen blir begrenset til kun å gjelde tilfeller der oppdragsgiver har hatt som hensikt å forvrengte konkurransen. Dette mener han er et resultat av mangelfull lovgivning «that plagues the EU legislation».¹⁷²

Det kan fremstå som om Sánchez-Graells tar det for gitt at bestemmelsen skal gjelde for ethvert tiltak fra oppdragsgivers side som går på bekostning av konkurransen. En slik forståelse blir etter min mening lite treffende. Med bakgrunn i de ulike versjonene av bestemmelsen som ble fremlagt under forhandlingene mellom EUs internorganer, kan jeg ikke se at det på noe tidspunkt har vært EUs intensjon å gi bestemmelsen et så vidtrekkende virkeområde. Det at EU gikk fra å gi bestemmelsen et innhold som bar preg av en ren *antikorrupsjonsbestemmelse*¹⁷³ og *forbudsregel mot favorisering*, tyder på at hensiktsvilkåret alltid har vært til stede i regelen. Dersom EU-lovgiver skulle gått fra å i utgangspunktet ha ment å vedta en slik regel, til å vedta et generelt konkurranseprinsipp, ville dette representert en endring av dens materielle innhold som etter mitt syn er altfor radikal enn det det er dekning for å anta. En utvidende tolkning av et slikt omfang, representerer etter mitt syn en svakt fundert forstørring av bestemmelsens nedslagsfelt. Påstanden om at den endelige utformingen av artikkel 18 er et resultat av mangelfull lovgivning og at en må se bort fra ordlyden, fremstår derfor som lite treffende.

En annen argumentasjonslinje mot konkurranseformuleringen i artikkel 18, er at vilkåret om hensikt i bestemmelsens nr. 1 er problematisk vedrørende plassering av ansvar, og at bestemmelsen derfor burde objektiviseres gjennom tolkning. I dette ligger det for eksempel at man skal kunne se på ytre omstendigheter, som oppdragsgivers atferd, og av denne atferden kunne konkludere med at oppdragsgiver har hatt hensikt om å kunstig innskrenke

¹⁷² Se Sánchez-Graells, 2015, side 209.

¹⁷³ Jf. ordlyden “prevents corrupt practices” i forslaget til artikkel 15 i COD (2011) 438.

konkurransen. Hvis terskelen settes lavt for å presumere at oppdragsgivers atferd har til hensikt å kunstig innskrenke konkurransen, kan man få en regel som er svært lik et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp.

Ordet «hensikt» er for øvrig også blitt anvendt i de øvrige språkversjonene av artikkelbestemmelsen.¹⁷⁴ Det er derfor ikke snakk om en mangel ved den norske versjonen av direktivteksten. Fortalen til anskaffelsesdirektivet gir ingen veiledning vedrørende begrunnelsen for at hensiktsvilkåret ble en del av bestemmelsen i art. 18 nr. 1 andre ledd. Det er dermed ikke kjent om EU under utarbeidelsen av bestemmelsen har hatt *in mente* eventuelle følger hensiktsvilkåret vil bære med seg vedrørende håndhevingen av forbudet mot å kunstig begrense konkurransen. Sánchez-Graells argumenterer for at prosessen ved offentlige innkjøp gjør det nærmest umulig å stille krav et krav om hensikt. Viktige avgjørelser innenfor anskaffelsesområdet tas av offentlige organer og virksomheter. Det å skulle plassere et subjektivt ansvar for en eventuell kunstig begrensning ved utformingen av et innkjøp lar seg ikke gjøre. Slik ansvars plassering vil ifølge han kun la seg gjøre for de tilfeller der enkeltpersoner kan identifiseres.¹⁷⁵

Til sammenligning stiller ikke den alminnelige konkurranseretten et vilkår om hensikt i tilfeller hvor markedsaktører har kunstig begrenset konkurransen. Avdeling VII kapittel 1 inneholder EUs konkurranseregler. Artikkel 101 nr. 1 andre ledd har slik ordlyd:

Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstatene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke, eller vri konkurransen på det indre marked, er uforenlige med det indre marked og er forbudt ...».

Ordlyden «til formål» kan tilsa at det også her må være et krav om at markedsaktøren har hatt som hensikt å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Dette er uansett et alternativt vilkår,

¹⁷⁴ «Intencion» på engelsk, «intention» på fransk, «intuito» på portugisisk, «absicht» på tysk og «intención» på spansk,

¹⁷⁵ Se Sánchez-Graells, 2015, side 211. Han bruker her uttrykket «anthromorphism», som vil si å tillegge det som ikke er menneskelig, menneskelige egenskaper. Argumentasjonen er nokså lik den som har oppstått for det objektive straffansvar for foretak i norsk rett etter EMDs avgjørelse i EMD-2006-1828.

og det er tilstrekkelig at f.eks. avtalen har hatt som «virkning» at konkurransen f.eks. har blitt innskrenket. Dette medfører at uansett om avtalen er utformet i god tro, vil dette være uten betydning for vurderingen av virkning-alternativet i artikkel 101.

EUD har i sin avgjørelse *Ferriere Nord* presisert bestemmelsens innhold. Det uttales her at:

«... for at tilsidesaettelse af traktatens konkurrenceregler kan anses for forsætlig, er det ikke nødvendigt, at virksomheden har vaeret vidende om, at den overtraadte reglerne, men det er tilstraekkeligt, at den ikke kunne vaere uvidende om, at dens adfaerd havde til formaal at begraense konkurrencen.»¹⁷⁶

Denne lave terskelen for å konstatere brudd på traktatens konkurranseregler fører til en effektivisering av forbudet mot markedsaktørers hindring, innskrenkning eller vridning av konkurransen i markedet. Fokuset ligger her på hvilken *virkning* markedsaktørens atferd har hatt, og ikke hensikten tilknyttet dette. En tilsvarende formulering i anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 1 andre ledd ville ført til at langt flere tilfeller av konkurransebegrensende atferd fra ordregivende myndigheters side ble rammet av bestemmelsen. Økt konkurranse bidrar til å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, som representerer et av hovedformålene bak anskaffelsesregelverket. Rene formålsbetraktninger taler derfor langt på vei i retning av å legge til grunn en objektiv tolkning av anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre ledd.

En slik utvidende tolkning av bestemmelsen i art. 18, vil imidlertid være i strid med det som fremgår av ordlyden. Det fremstår som tydelig at en må konstatere at den offentlige oppdragsgiveren har innskrenket konkurransen med hensikt. EUD har allikevel ved en anledning valgt å se bort fra ordlyden i en tilgrensende særbestemmelse i anskaffelsesdirektivet. Saken i *Spania mot Kommisjonen* gjaldt tolkningen av direktiv 93/37 artikkel 6 nr. 4. Bestemmelsen er i det vesentlige videreført fram til og med anskaffelsesdirektivet.¹⁷⁷ Avgjørelsen har derfor overføringsverdi ved tolkningen av någjeldende direktiv. Artikkel 6 nr. 4 forbød at bygg- og anleggsarbeid eller kontrakter ble oppdelt «med henblik på at undgaa, at arbejdet eller kontrakten omfattes av dette direktiv.»

¹⁷⁶ T-143/89 *Ferriere Nord* avsnitt 41. Det bemerkes at saken gjaldt tolkningen av dagjeldende TEUV artikkel 81 (1), som tilsvarer någjeldende TEUV art. 101 (1).

¹⁷⁷ Se anskaffelsesdirektivet art. 5 nr. 3.

Ordlyden «med henblik» tilsier at det også her gjaldt et subjektivt vilkår som måtte være oppfylt for at bestemmelsen skulle få anvendelse. Spania argumenterte for at kommisjonen skulle ha godtgjort at de spanske myndigheter hadde «til hensikt at opdele de pågjældende kontrakter for at undgå direktivets forpligtelser.»¹⁷⁸ EUD tok ikke argumentasjonen til følge. Det ble lagt til grunn av domstolen at kommisjonens konstatering av en oppdeling av en kontrakt i strid med anskaffelsesreglene «ikke forudsætter, at der godtgøres en subjektiv hensigt til at omgå bestemmelserne heri».¹⁷⁹

I likhet med avgjørelsen i *Ferriere Nord* på konkurranserettens område, legger altså EUD også her utelukkende vekt på den *virkning* oppdragsgivers valg vedrørende anskaffelsesprosessen har hatt. Dette til tross for at bestemmelsens ordlyd oppstiller et krav om at det kan påvises en subjektiv hensikt knyttet til omgåelsen av bestemmelsen. Etter min mening fremstår tolkningsresultat som EUD la til grunn som rimelig. Som nevnt ovenfor, er et av hovedformålene bak reguleringen av offentlige anskaffelser å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser. Økt konkurranse kan i stor grad bidra til å ivareta dette formålet. Formålsbetraktninger taler dermed i retning av at man bør legge til grunn en utvidende tolkning av art. 18 nr. 1 andre ledd. Hensynet til koherens i anskaffelsesregelverket innad taler også for dette. EUD har bortfortolket kravet om subjektiv hensikt for overtredelse i en bestemmelse hvis begrunnelsen er såpass lik med artikkel nr. 18 nr. 1 andre ledd. Det vil derfor skape inkonsekvens dersom det subjektive vilkåret skal opprettholdes. Slik rettskildebildet vedrørende art. 18 står seg i dag, må en allikevel legge til grunn kravet om subjektiv hensikt som gjeldende rett. Det må være opp til EU-lovgiver selv, eller EUD, å eventuelt endre på dette.

Videre blir spørsmålet om en utvidende tolkning av art. 18 nr. 1 andre ledd fører med seg et konkurranseprinsipp. I det følgende forutsetter jeg at hensiktsvilkåret objektiviseres. Artikkel 18 nr. 1 andre ledd får da anvendelse for enhver omgåelse av regelverket, som har hatt som følge at konkurransen er blitt kunstig innskrenket i det enkelte tilfellet. Dette medfører at bestemmelsens nedslagsfelt blir vesentlig utvidet, og det er på det rene at den vil gjelde enhver del av en anskaffelsesprosess. På den annen side bærer andre ledd i artikkel 18 nr. 1

¹⁷⁸ T-384/10 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 94.

¹⁷⁹ *Ibid.* avsnitt 95.

preg av en vesentlig annen utforming enn de øvrige prinsippene i bestemmelsens første ledd. Mens likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet betegnes med få ord, er omtalen av konkurranse i andre ledd klart mer omstendelig og detaljert formulert. Grunnen til det er tilsynelatende at ordlyden bærer preg av et rent omgåelsesforbud, og «kunstig begrensning» har til og med fått en legaldefinisjon i andre ledd. Betegnelsen av konkurranse i andre ledd har et innhold og form som avviker fra hva som normalt tenkes på som et rettslig prinsipp. Dette har blitt problematisert av Vesterdorff og Steinecke. De fremholder at bestemmelsens ordlyd er for detaljrik til at man skal kunne konstatere at man står overfor et rettslig prinsipp. Dermed kan det argumenteres for at omtalen av konkurranse ikke er et prinsipp med utgangspunkt i forståelsen av et prinsippstermen som er lagt til grunn ovenfor.¹⁸⁰

Oppsummert er det slik at EU-lovgivers valg av ordlyd gjør at det vanskelig kan legges til grunn at det eksisterer et konkurranseprinsipp i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre ledd. Dette gjelder også der en ser bort fra det subjektive vilkåret. Det må derfor legges til grunn at det per i dag ikke eksisterer et konkurranseprinsipp i denne bestemmelsen.

¹⁸⁰ Se Vesterdorff, Steinecke (2015).

5 Øvrige grunnlag for et konkurranseprinsipp

5.1 Innledning

Under punkt 4.6 har jeg kommet til at anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre ledd med dens någjeldende utforming ikke kan danne grunnlag for et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp. Altså følger det ikke et prinsipp om konkurranse av EUs sekundærrett. Et konkurranseprinsipp kan imidlertid følge av EUs primærrett (punkt 5.2), samt målsetningen om «value for money» (punkt 5.3).

5.2 Konkurransereglene i TEUV avdeling VII kapittel 1

Et eventuelt konkurranseprinsipp på anskaffelsesrettens område hjemlet direkte i traktatbestemmelsene vil få betydning i flere sammenhenger. I tillegg til å få betydning for nasjonale myndigheters innkjøpspraksis, vil det også kunne legge begrensninger på EU-lovgivers handlingsrom ved vedtakelsen av sekundærlovgivning, da reglene må holde seg innenfor primærretten. Dette tilsvarer «lex superior»-prinsippet, slik vi kjenner det fra norsk rett; lover utleder sin gyldighet av Grunnloven¹⁸¹, og ved motstrid mellom loven og Grunnloven må sistnevnte gå foran.¹⁸² Videre vil det få betydning ved at det eventuelt traktathjemlede konkurranseprinsippet vil supplere sekundærlovgivningen. Et eventuelt konkurranseprinsipp hjemlet i traktatene vil også få betydning ved at det kommer til anvendelse på offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi og anskaffelser som av andre grunner faller utenfor anskaffelsesdirektivene.

Det rettslige grunnlaget for vedtakelsen av anskaffelsesdirektivene finnes i TEUV artikkel 53 (1) og 62 om etableringsfrihet og tjenestefrihet. For EØS-rettens vedkommende, finnes rettsakter om offentlige anskaffelser i EØS-avtalens vedlegg XVI, jf. EØS-avtalen artikkel 65. Etter Arnesens og Kolstads oppfatning, må disse rettsaktene sees i sammenheng med et ønske om å legge til rette for utveksling av varer og tjenester over landegrensene. Deres oppfatning

¹⁸¹ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grl.).

¹⁸² Skoghøy (2018) side 256.

er derfor at reglene i EØS-avtalens vedlegg XVI må sees på som en operasjonalisering av de fire friheter, slik disse fremgår av TEUV og EØS-avtalens hoveddel.¹⁸³

EØS-avtalens del I gir regler om «formål og prinsipper» som ligger til grunn for avtalen. Av artikkel 1 nr. 1 fremgår det at:

Formålet med avtalen er å «fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS.

Dette formålet skal ifølge artikkel 1 nr. 2 bokstav a-d oppnås gjennom et samarbeid «i samsvar med» de fire friheter. Både etableringsfriheten og tjenestefriheten inngår i de fire friheter. Som det er lagt til grunn under kapittel 5, har EUD ansett formålet om konkurranse for å være løst fra både etableringsfriheten og tjenestefriheten. Etter mitt syn medfører dette at EUD tilsynelatende har ment at et konkurranseformål ikke kan utledes av hverken etablerings- eller tjenestefriheten. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på disse to frihetenes materielle innhold, men heller undersøke om andre deler av primærretten kan danne grunnlag for et konkurranseprinsipp.

I tillegg til å omfatte de fire friheter etter EØS-avtalens artikkel 1 nr. 2 bokstav a-d, skal samarbeidet også omfatte opprettelsen av «et system som sikrer at konkurransen ikke vriss, og at reglene overholdes på samme måte». Dette fremgår av artikkel 1 nr. 2 bokstav e. En ordlydsfortolkning av bestemmelsen tilsier at den pålegger avtalepartene å gjennomføre egne regler innenfor den alminnelige konkurranseretten, som sikrer like konkurransevilkår for markedsaktører innad i EØS-området. Det er imidlertid slik at EØS-retten utgår fra EU-retten.¹⁸⁴ En mer formålsrettet tolkning av bestemmelsen tilsier derfor at avtalepartene skal

¹⁸³ Sejersted mfl. (2011) side 613-614. I forbindelse med vedtakelsen av den norske anskaffelsesloven av 1999, påpekte departementet at prinsippene som ble oppstilt i lovens bestemmelse om «grunnleggende krav» i § 5, uansett kunne sies å følge av «alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling, anbudsrettslige prinsipper og prinsipper som følger av EØS-avtalen.» Av lovens § 5 andre ledd fremgikk det at en anskaffelse «så langt det er mulig skal være basert på konkurranse». Departementet var dermed tilsynelatende av den oppfatning at det fulgte et krav til konkurranse av de prinsippene som lå til grunn for EØS-avtalen, se Prp. nr. 71 spesiell merknad til § 5.

¹⁸⁴ Se punkt 3.1.1 ovenfor.

gjennomføre EUs konkurranseregler, slik de fremgår av TEUV avdeling VII kapittel 1. En slik forståelse blir også lagt til grunn i kommentarutgaven av EØS-avtalen.¹⁸⁵

EUs konkurranseregler fremgår av TEUV artikkel 101 og 102. Tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen finnes i avtalens artikkel 53 og 54. Det skal bemerkes at det EU/EØS-rettslige anskaffelsesregelverket ikke er vedtatt med hjemmel i konkurransereglene som fremgår av TEUV. Dette ble lagt til grunn av EU-kommisjonen i forbindelse med EUDs avgjørelse i *Sintesi*.¹⁸⁶ Konkurransereglene i seg selv kan derfor i utgangspunktet ikke tjene som grunnlag for et konkurranseprinsipp i anskaffelsesretten. Som vi skal se, er det i juridisk teori imidlertid tatt til orde for at mange av de samme hensynene som konkurransereglene skal ivareta også gjør seg gjeldende i anskaffelsesretten. Spørsmålet blir så om det kan utledes et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp i lys av traktatens konkurransebestemmelser.

Det fremgår av TEUV artikkel 105 nr. 1 at bestemmelsene i både artikkel 101 og 102 er å anse som prinsipper, jf. ordlyden «kommisjonen skal kontrollere at prinsippene fastsatt i artikkel 101 og 102 blir overholdt».

EUD har ved fire anledninger uttalt at konkurransebestemmelsene i TEUV gir uttrykk for et prinsipp. *Waste Oils* fra 1985 gjaldt en godkjennelsesordning vedrørende håndtering av oljeavfall. Domstolen uttaler her at spørsmålet i saken var «hvorvidt godkendelsesordningen er i strid med prinsippene om ... fri konkurrence».¹⁸⁷ *Albako* avsagt to år senere, gjaldt gyldigheten av en EU-rettsakt. Spørsmålet som ble forelagt domstolen, var om rettsakten blant annet var uforenlig med «faelleskabsrettens prinsipper på konkurrenceområdet».¹⁸⁸ *Eco Swiss* fra 1999 gjaldt spørsmålet om voldgiftsavgjørelse var i strid med i TEF artikkel 85.¹⁸⁹ Domstolen omtalte bestemmelsen som «noedvendig for udfoerelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Faellesskabet, og navnlig for det indre markedes funktion.»¹⁹⁰ Domstolen

¹⁸⁵ Gjems-Onstad (1993) side 47.

¹⁸⁶ GA Stix-Hackls forslag til avgjørelse i C-247/02 avsnitt 21. For en nærmere gjennomgang av avgjørelsen, se punkt 5.3.1.1 ovenfor.

¹⁸⁷ C-240/83 avsnitt 9.

¹⁸⁸ C-249/85 avsnitt 16.

¹⁸⁹ Tilsvarende dagens TEUV artikkel 105.

¹⁹⁰ Se C-453/99 *Eco Swiss* avsnitt 36. Uttalelsen er fulgt opp i C-453/99 *Courage and Crehan* avsnitt 20-21.

bruker altså ikke prinsipptermen uttrykkelig, men betegner den på en måte som gir uttrykk for at bestemmelsen har en funksjon som en normalt tillegger et prinsipp.¹⁹¹

EUD uttalte seg om formålet med EU/EØS-rettslige anskaffelsesregelverket i *Assitur* fra 2009. Her ble det fremholdt at regelverket er vedtatt «som led i gjennomførelsen av det indre marked, inden for hvilket der er sikret fri bevægelighed, og konkurrencebegrænsningerne er ophævet.»¹⁹² Tilsvarende ble fremholdt i *Kommisjonen mot Italia* fra 2008, som ble avsagt under andregenerasjonen anskaffelsesdirektivet:¹⁹³ «Direktiverne tilsigter at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed».¹⁹⁴ Som det her fremgår omtaler begge avgjørelsene den frie bevegelse (herunder etableringsfriheten og tjenestefriheten) og konkurranse som to størrelser. Sistnevnte avgjørelse tyder også på at den konkurransen det her er tale om, er den alminnelige konkurranseretten som TEUV artikkel 101 og 102 regulerer.¹⁹⁵

Sánchez-Graells forfekter også et slikt syn. Han mener at avgjørelsene indikerer at anskaffelsesrettens og konkurranseretten formål i stor grad er sammenfallende. Dette begrunner han i at: 1) anskaffelsesregelverket og konkurranseretten baserer seg på de samme kjerneprinsippene, 2) de fremmer samme konkurranseform og søker å oppnå samme mål, og 3) begge har spesifikke følger for konkurransepolitikken i EU/EØS. Dette medfører ifølge Sánchez-Graells at anskaffelsesretten i så stor grad som mulig skal etterligne det private markedet.¹⁹⁶ Konsekvensen av dette må etter hans syn være at konkurransereglene i TEUV må få anvendelse også for offentlige innkjøp.¹⁹⁷

Sánchez-Graells fremholder at samtlige benevnelse av konkurranse, både i EUD-praksis og fortalsuttalelser, referer til den type konkurranse som fremgår av konkurransereglene i

¹⁹¹ Jf. punkt 3.5 ovenfor.

¹⁹² C-538/07 avsnitt 25.

¹⁹³ Se punkt 5.3 ovenfor.

¹⁹⁴ C-412/04 avsnitt 2.

¹⁹⁵ Jf. «konkurransebegrænsende i sin almindelighed». Det bemerkes at uttalelsen er vist til i *Assitur*, jf. dommens avsnitt 25.

¹⁹⁶ Sánchez-Graells (2015) side 201-202.

¹⁹⁷ Trepte (2007) forfekter i sin bok samme synspunkt: “The primary legal bases used for the public procurement rules are those which refer to the free movement of goods. There is, however, a natural connection between competition law and those rules which seek to ensure fair competition in tendering procedures”. Se side 40.

TEUV¹⁹⁸. Hvis så er tilfellet, kan en spørre seg hvorfor EUD og fortalene omtaler konkurranse på ulike måter.¹⁹⁹ Dersom det var slik at EUD og direktivene har ment å vise til de alminnelige konkurransereglene som fremgår av TEUV, skulle en tro at de omtalte konkurranse ved bruk av en mer ensformig terminologi, og med henvisning til artikkel 101 og 102. Istedenfor har EUD og fortalene omtalt konkurranse i et bredt omfang. Enkelte av disse kan ikke sies å inngå i den konkurranseformen som fremgår av TEUV; når fortalene f.eks. uttaler at direktivene skal sikre «reell konkurranse», er dette en plikt for offentlige oppdragsgivere til å legge opp til at flest mulig leverandører får mulighet til å delta i konkurransen.²⁰⁰ Hensynet til reell konkurranse retter seg således mot pliktsubjektet i anskaffelsesretten, og kan derfor neppe innfortolkes i konkurransereglene som fremgår av TEUV. At konkurranse omtales på forskjellige måter, er imidlertid etter Sánchez-Graells' oppfatning uten betydning:

*“References to the principle of competition have often been phrased using different terminology ... which might generate a debate on the possible existence of different competition principles or concepts in EU law. However, it is submitted that this debate seems largely formal and potentially misleading, and it's argued that these terminological differences should not obscure the fact that these different mentions were clearly intended to stress that the EU public procurement regime holds a direct and particularly close link with the principle of competition as a general principle of EU law.”*²⁰¹

Sánchez-Graells synes altså å legge til grunn at de mange henvisningene referer til konkurranseprinsippet i TEUV, uten å gi en nærmere begrunnelse for hvorfor. Han gir med andre ord ingen nærmere begrunnelse for hvorfor han mener alle de ulike henvisningene til konkurranse refererer til det prinsippet som fremgår av TEUV. Etter mitt syn må dette godtgjøres ytterligere, før det kan legges til grunn som gjeldende rett på anskaffelsesområdet.

¹⁹⁸ C-240/83 avsnitt 9. Det siktes her til den EUD-praksis og direktivene som er gjennomgått i kapittel 5 ovenfor.

¹⁹⁹ Blant annet *fri* konkurranse, *uforvrent* konkurranse, *sunn* konkurranse og *effektiv* konkurranse.

²⁰⁰ Se punkt 2.5 ovenfor.

²⁰¹ Sánchez-Graells, 2015, side 200.

Dette på grunn av den manglende konsistensen hva gjelder benevnelsen av «konkurranse» i EUD, fortalene og artikkelbestemmelsene i forskjellige direktiver.

Et annet motargument til Sánchez-Graells, er det faktum at ingen EUD-avgjørelser innenfor anskaffelsesretten uttrykkelig har omtalt konkurranse som et prinsipp. Dette er det til nå bare generaladvokaten parter som har gjort, uten at dette er blitt fulgt opp av domstolen.²⁰²

Betegnelse som brukes er istedenfor «hensyn», «mål» eller «formål».²⁰³ Dette forsøker Sánchez-Graells å forklare med at forhold som berører konkurranseprinsippet direkte, heller har blitt anført av partene under mer etablerte, anskaffelsesrettslige prinsipper. Disse er særlig likebehandlingsprinsippet og prinsippet om ikke-diskriminering.²⁰⁴ Jeg er enig i at et konkurranseprinsipp og prinsippet om likebehandling kan ha overlappende nedslagsfelt.²⁰⁵ Men så lenge EUD per i dag ikke har lagt til grunn at prinsippet i konkurranseretten i TEUV ikke gjelder for anskaffelsesretten, kan ikke dette tolkes antitetisk. Dette fordi så lenge ikke domstolen avkrefter at prinsippet får anvendelse, så vil det gjelde også for offentlige anskaffelser. Dette må etter mitt syn avklares uttrykkelig, enten av EUD eller av EU-lovgiver gjennom sekundærretten.

Oppsummert er det slik at det EU/EØS-rettslige anskaffelsesregelverket er vedtatt med hjemmel i etableringsfriheten og tjenestefriheten. EUD har i gjentatte avgjørelser fremholdt at konkurranseformålene med anskaffelsesretten ikke utgår av disse frihetene, men er et sideordnet selvstendig formål. Ettersom konkurranseformålet ikke har sitt grunnlag i de fire friheter, er det nærliggende at det har sitt grunnlag i konkurransereglene i TEUV artikkel 101 og 102. Som vi har sett har imidlertid omtalen av konkurranse variert, ved at ulike termer er blitt benyttet i mange forskjellige sammenhenger. Dette gjør det såpass usikkert hvilken forståelse av konkurranse det har vært henvist til, at det per i dag vanskelig kan konkluderes med at konkurranseformålet i anskaffelsesretten kan sies å være basert på prinsippet om konkurranse i konkurransereglene i TEUV som det henvises til. Det legges etter dette til

²⁰² F.eks. C-247/02 *Sintesi og Grupo Hospitalario Quiron* avsnitt 17.

²⁰³ Merk at EUD-avgjørelsene nevnt ovenfor ikke omhandler anskaffelsesrett, men forståelsen av konkurransereglene i TEUV.

²⁰⁴ Sánchez-Graells (2015) side 201.

²⁰⁵ Et tydelig eksempel på dette finnes i C-552/13 *Grupo Hospitalito Quirón*, hvor et krav til geografisk lokalisering av en helseinstitusjon ble ansett i strid med likebehandlingsprinsippet, fordi en tilbyder like utenfor det aktuelle området også kunne levere tjenestene. Den forbigåtte parten anførte at kravet om lokalisering var i strid med prinsippet om fri konkurranse, se avsnitt 17 og 26 flg.

grunn at det ikke gjelder et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp basert på EUs primærretten.

5.3 Et konkurranseprinsipp avledet fra målsetningen om «value for money»

Under dette punktet skal det undersøkes om målsetningen om «value for money»²⁰⁶ inneholder et prinsipp om konkurranse.

Midlene som brukes til å dekke det offentliges innkjøp, består i stor grad av penger som stammer fra innbyggernes lommebok, f.eks. i form av skatter og avgifter. For at offentlige styresmakter skal ha tillit hos innbyggerne, er det helt avgjørende at disse midlene blir forvaltet på en fornuftig måte. Målsetningen om at det offentlige skal få mest mulig verdi for pengebruken, blir i EU-retten omtalt som «value for money».²⁰⁷

Anskaffelsesdirektivet inneholder riktignok ikke en bestemmelse som eksplisitt knesetter en slik målsetning. Det fremgår imidlertid av fortalens avsnitt 2 at formålet bak EUs regulering av offentlige anskaffelser er å «sørge for en optimal utnyttelse av offentlige midler.» 2004-direktivet nevnte også effektiv ressursbruk som en av begrunnelsene bak revideringen av anskaffelsesregelverket. Direktivet var det første som integrerte miljøvernkrav i EUs anskaffelsespolitikk. Av fortalen avsnitt 5 fremgår det at direktivet klargjør hvordan oppdragsgivere kunne bidra til å verne om miljøet og fremme en bærekraftig utvikling, «samtidig som de sikrer at de kan oppnå best mulig forhold mellom pris og kvalitet for kontraktene.» Det siterte kan forstås slik at det å inngå mest mulig økonomisk fordelaktige kontrakter er å anse som en bieffekt av det å føre en miljøvennlig anskaffelsespraksis. Imidlertid ble bruken av dynamiske innkjøpsordninger delvis begrunnet med nettopp hensynet til effektiv ressursbruk. Avsnitt 13 slo fast at:

²⁰⁶ Terminologien «value for money», «effektiv ressursbruk» og «optimal utnyttelse av offentlige midler» vil i det følgende bli brukt om hverandre.

²⁰⁷ Merk at anskaffelsesdirektivets fortale avsnitt 2 betegner dette som å «increase the efficiency of public spending». «Value for money» synes allikevel å være den mest brukte terminologien i anskaffelsesrettlig juridisk teori på EU/EØS-nivå.

«Denne innkjøpsteknikken gjør at offentlige oppdragsgivere, ved utarbeidingen av en liste over anbydere som allerede er utvalgt, og ved at nye anbydere får mulighet til å slutte seg til, kan ha et særlig bredt utvalg av anbydere som følge av de elektroniske midlene som er tilgjengelige, og sikrer dermed en optimal bruk av offentlige midler gjennom en omfattende konkurranse» (min utheving).

Målsetningen om value for money kan tilsynelatende fremstå som en målsetning som er et nasjonalt anliggende. EUs mål med de fire friheter er i første rekke å tilrettelegge for at det indre marked lar seg realisere innen EU/EØS.²⁰⁸ EU ville derfor tilsynelatende vært tilfreds med at f.eks. norske myndigheter opererer med en innkjøpspraksis som legger til rette for økt konkurranse og likebehandling, selv om praksisen viser seg å være svært kostbar for den norske stat. Allikevel er det ifølge fortalen også i EUs interesse at landene som utgjør en del av det indre marked optimaliserer bruk av offentlige midler i forbindelse med sine innkjøp.²⁰⁹ Tilsvarende har blitt uttalt i en såkalt green paper fra kommisjonen om moderniseringen av EUs anskaffelsespolitikk:

“The link with subject-matter of the contract ensures that the purchase itself remains central to the process in which taxpayers’ money is used. This is an important guarantee to ensure that contracting authorities obtain the best possible offer with efficient use of public monies”²¹⁰

Som ledd i oppfyllelsen av formålet eller målsetningen om effektiv ressursbruk, er hensynet til effektiv konkurranse blitt vurdert som et viktig virkemiddel. Dette blir fremholdt av GA Poiaras Maduro i hans forslag til avgjørelse i *Kommisjonen mot Hellas*:

«en effektiv konkurranse fjerner barrierer, der hindrer nye markedsdeltagere at få adgang til markedet; er til fordel for ordregivende myndigheter, der kan velge blandt flere tilbudsgivere, der således mere sandsynligvis vil få valuta for pengene; og bidrager således til at opretholde integriteten af udbudsprocedurerne som sådan»²¹¹

²⁰⁸ Se TEUV artikkel 26.

²⁰⁹ EUs økte fokus på effektiv ressursbruk blir dessuten poengtert i proposisjonen til LOA, se Prop. 51 L punkt 7.4.1 tredje spalte.

²¹⁰ COM (2011) 15 endelig side 39.

²¹¹ Forslag til avgjørelse fra GA Poiaras Maduro i C-250/07 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 11.

Videre uttaler generaladvokaten:

«tildeling af kontrakter uden forudgående udbud, kan skade ikke alene potentielle tilbudsgivere, men også offentligheden, der betaler for udsbudsprosjekter gennem beskatning, og vil kunne forstyrre den konkurrencemæssige karakter af udbudsmarkedet og undergrave den effektive virkning af traktatens grundlæggende fællesskabsretlige frihedsrettigheder.»

GA Poiares Maduro sidestiller altså hensynet til allmennheten som bidrar til finansieringen av offentlige innkjøp gjennom beskatning, med hensynet til å fjerne forhindringer på det indre marked som vanskeliggjør nye aktørers inntreden i et nytt marked på tvers av landegrenser.

Uttalelsen fra generaladvokaten gir klart uttrykk for at han ser på konkurranse som et effektivt virkemiddel, ikke bare for å hindre restriksjoner på det indre marked, men også for å sikre effektiv ressursbruk. Som nevnt ovenfor ansees hensynet til effektiv ressursbruk som en målsetning det er opptil nasjonale styresmakter å vurdere oppnåelsen av. I det følgende blir det redegjort for en del holdepunkter som taler for at hensynet til value for money faller utenfor EU-direktivenes kompetanseområde.

I GA Fennelly sitt forslag til avgjørelse i *Tyskland mot Parlamentet* blir det fremholdt at det indre marked er et «ikke-værdiladet synonym for en generell økonomisk ledelse».²¹² Det indre marked sitt fokus er altså ikke rettet mot økonomistyringen til det enkelte medlemslandet. Det skal heller åpne opp og legge til rette for at aktører får anledning til å etablere seg i markeder på tvers av landegrenser.

GA Jacobs' forslag til avgjørelse i *SIAC* gir ytterligere veiledning. Han fremholder i forslaget avsnitt 33 at

«Det væsentligste formål med lovgivning om tildeling af offentlige kontrakter i det hele taget er at sikre, at offentlige midler anvendes på hæderlig og effektivt vis på grundlag av en seriøs vurdering og uden nogen form for favorisering eller modydelser, det være sig af økonomisk eller politisk art. Det væsentligste formål med

²¹² Forslag til avgjørelse fra GA Fennelly i C-376/98 *Tyskland mot Parlamentet* avsnitt 83.

fælleskabsharmonisering er desuden at sikre både ophævelsen af hindringer og lige vilkår, hvilket blandt annet opnås med krav om gennemsigtighed og objektivitet.»²¹³

GA Jacobs gir her et illustrerende skille mellom nasjonal- og EU-regulering av offentlige anskaffelser. Han gir uttrykk for et syn som omfatter at det å sikre effektiv bruk av ressurser, er et nasjonalt anliggende. EUs kompetanse på den annen side, er å oppheve restriksjoner på det indre marked.

Etter mitt syn er det derfor ikke utenkelig at det kan oppstå motstrid mellom hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk, slik at det å tvinge gjennom konkurranse kan være ineffektivt. Det samme er tilfellet for lite kostbare kontrakter, hvor transaksjonskostnadene ved å avholde en konkurranse (i tråd med regelverket) kan overstige kontraktssummen, slik at det mest effektive er direkteanskaffelse. At disse ikke er sammenfallende, gjør at det må konstateres at value for money per i dag ikke kan utledes av reglene om det indre marked. På den annen side fremgår hensynet til effektiv ressursbruk både av fortalen til anskaffelsesdirektivet. Det blir beskrevet som at hensynet til effektiv ressursbruk er en viktig del av begrunnelsen for revideringen av anskaffelsesdirektivet, slik det ble vedtatt i 2014. Reguleringen av anskaffelsesretten ikke bare her til lands, men også i EU/EØS, må derfor sies å være motivert av hensynet til value for money. Derfor er det også legitimt å vurdere hvorvidt man kan oppstille et prinsipp om konkurranse som en følge av dette hensynet.

Det fremgår av anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 1 at offentlige oppdragsgivere skal basere tildelingen av offentlige kontrakter på det «økonomisk mest fordelaktige tilbudet.» Det er derfor tilsynelatende en klar forbindelse mellom tildelingskriteriet i art. 67 nr. 1 og hensynet til å sikre at offentlige midler brukes på en mest mulig effektiv måte, jf. fortalens avsnitt 2. Etersom alle de tillatte tildelingskriteriene omfatter det økonomiske aspektet rundt anskaffelsen, fremstår det som tydelig at konkurranse vil bidra til at oppdragsgivers valg av leverandør ender opp med å være mer økonomisk fordelaktig, enn hvis det bare er en leverandør som deltar. Spørsmålet blir dermed om oppdragsgiver da er pålagt å skape konkurranse, med formål om å ivareta hensynet til effektiv ressursbruk. I så fall vil det gjelde

²¹³ Forslag til avgjørelse fra GA Jacobs i C-19/00 *SIAC*.

et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp med hjemmel i formålet om effektiv ressursbruk.

Anskaffelsesrettslige formål er i seg selv ikke grunnlag for rettigheter og plikter, i motsetning til prinsippene. Formålene vil bare utgjøre tolkningsmomenter. Dersom man skulle etablert et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp alene, eller i hovedsak, i formålet om value for money, vil medføre at en gir formålsbestemmelsen funksjon som et prinsipp. Selv om konkurranse bidrar til effektiv ressursbruk, må det ikke nødvendigvis gjelde et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp av den grunn. Det er på det rene at EU-lovgiver har omtalt konkurranse i prinsippbestemmelsen på en mye snevrere måte enn de øvrige prinsippene i anskaffelsesdirektivet artikkel 18. Dermed vil det å legge avgjørende vekt på formålet om value for money for å etablere et generelt anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp, være å tillegge dette for stor vekt holdt opp mot de rettskilder som er gjennomgått ovenfor.

Med bakgrunn i drøftelsen ovenfor, må det legges til grunn at hensynet til value for money/effektiv ressursbruk ikke bærer med seg et konkurranseprinsipp på EU/EØS nivå.

6 Avsluttende betraktninger

Gjennomgangen av de fire generasjonene med anskaffelsesdirektiver har vist at EU-lovgiver kontinuerlig har gitt konkurranse en mer sentral posisjon på anskaffelsesrettens område. Den hyppige henvisningen til konkurranse i ulike rettskilder, har ført til en nokså omfattende debatt vedrørende konkurranseprinsippets eksistens. Enkelte har hevdet at henvisningene gjelder prinsippet om konkurranse som fremgår av den alminnelige konkurranseretten på TEUV. En slik konklusjon er det per i dag ikke dekning for, til tross for at anskaffelsesdirektivene har henvist til denne type konkurranse ved enkelte anledninger. Som nevnt i avhandlingens innledning står prinsipper svært sentralt i EU/EØS-retten.²¹⁴ Ettersom dette rettsområdet er relativt nytt i en rettshistorisk sammenheng, vil prinsippene supplere den mindre velutviklede sekundærretten. Med mindre EU-lovgiver og EUD uttrykkelig har fremholdt eksistensen av et konkurranseprinsipp, vil det derfor ikke være forsvarlig å legge dette til grunn at det gjelder i anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp i EU/EØS. EUs primærrett og det anskaffelsesrettslige formålet om effektiv ressursbruk kan per i dag heller ikke sies å danne grunnlag for et konkurranseprinsipp, jf. punkt 5 ovenfor.

Samtidig ser en tendens til at ulike rettskilder på nasjonalt nivå i EU/EØS har begynt å anerkjenne konkurranse som et prinsipp i deres anskaffelsesrett. I tillegg til norsk rett,²¹⁵ har dansk rett til dels anerkjent «effektiv konkurranse» som et prinsipp,²¹⁶ gjennom den danske udbudsloven § 1 («effektiv konkurranse»)²¹⁷ I tillegg har den franske Høyesterett Conseil d'État tillagt seg en mer konkurranseorientert tilnærming, og har anerkjent konkurranse som et anskaffelsesrettslig prinsipp, med opphav i prinsippet om ikke-diskriminering.²¹⁸ Det er derfor ikke utenkelig at enten EU-lovgiver eller EUD også anerkjenner konkurranse som et prinsipp innenfor anskaffelsesrettslig prinsipp i fremtiden. Mer usikkert er det hvilket materielt innhold prinsippet eventuelt vil inneha. Etter mitt syn vil en anerkjennelse av et konkurranseprinsipp medføre at de artikkelbestemmelsene hvis innhold er begrunnet

²¹⁴ Se punkt 3.5 ovenfor.

²¹⁵ Jf. LOA § 4.

²¹⁶ Se Fabricius (2019) side 50.

²¹⁷ Bestemmelsens ordlyd inneholder riktignok ikke prinsippet, men «effektiv konkurranse» blir i dansk juridisk teori betegnet som et prinsipp.

²¹⁸ Sánchez-Graells (2015) fotnote 30 på side 201.

konkurransesyn, da blir å anse som et uttrykk for konkurranseprinsippet.²¹⁹ Kort oppsummert vil dette da for det første medføre at konkurranseprinsippet skal sikre «reell konkurranse», ved at oppdragsgiver plikter å invitere minimum tre eller fem leverandører avhengig av hvilken konkurranseform som tas i bruk.²²⁰ For det andre vil prinsippet forby at oppdragsgiver anvender tekniske spesifikasjoner som ubegrunnet hindrer konkurransen. I tillegg vil fremstillingen til Stix-Hackl i hennes også kunne gi veiledning i denne sammenheng. Med andre ord er det mye som taler for at det i fremtiden kan eksistere et anskaffelsesrettslig konkurranseprinsipp på EU/EØS-nivå. Det som gjenstår er at enten EU-lovgiver eller EUD tar steget ut og omtaler konkurranse som et prinsipp, på lik linje med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

²¹⁹ Dette er tilfellet for reglene i den norske FOA del II, hvor flere bestemmelser er et utslag av konkurranseprinsippet i LOA § 4.

²²⁰ Jf. 2004-direktivet artikkel 44.

DEL 3:
KONKURRANSEPRINSIPPET I
NORSK ANSKAFFELSESRETT

7 Konkurranser prinsippet i norsk rett

7.1 Innledning

Avhandlingens del 3 vil ta for seg konkurranser prinsippet, slik dette fremgår av den norske anskaffelsesloven med forskriften gitt i medhold av denne. Til forskjell fra på EU/EØS-nivå er det utvilsomt at det etter gjeldende rett eksisterer et konkurranser prinsipp i norsk rett. Dette fremgår uttrykkelig av prinsippbestemmelsen i LOA § 4. Det er på det rene at det er opp til nasjonalstatene selv å avgjøre hvordan direktiver skal gjennomføres i det enkelte lands rett. Det fremgår av EØS-avtalen artikkel 7 at det er overlatt til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen. En slik frihet vedrørende gjennomføringen vil kunne føre til at konkurranser prinsippet i norsk rett har et annet innhold enn det som fremgår av det tilsvarende prinsippet i EU/EØS. Dermed blir hovedproblemstillingen i avhandlingens del 3 hvilket innhold konkurranser prinsippet har i norsk rett.

Konkurranser prinsippet i LOA § 4 inngår i en viktig bestemmelse i det norske anskaffelsesregelverket. Der de øvrige reglene i lov og forskrift ikke uttrykkelig regulerer enkelte typetilfeller, vil konkurranser prinsippet fungere som et rammeverk som enhver tolkning av den aktuelle bestemmelsen må holde seg innenfor. Prinsippet setter også rettslige skranker for oppdragsgivers handlemåte. Leverandører kan dermed anvende prinsippet til å påberope brudd på regelverket.²²¹ Med mindre annet er regulert i anskaffelsesregelverket, vil en handlemåte knyttet til konkurransen ved en anskaffelse være lovlig så lenge den ikke strider imot det grunnleggende konkurranser prinsippet.

7.2 Konkurranser prinsippets historiske bakgrunn

7.2.1 Innledning

Ved analysen av det anskaffelsesrettslige konkurranser prinsippet i norsk rett, er det hensiktsmessig å se nærmere på hvordan hensynet til konkurranse tidligere har blitt vektlagt, for så å se hvordan og i hvilken grad økt internasjonalt samarbeid har påvirket prinsippets nedslagsfelt.

²²¹ Se f.eks. KOFA 2004/243 *Sico Data*.

Konkurransesprinsippet har tidligere ikke hatt, og har fortsatt ikke i dag, noe klart definert innhold eller klart definert rettslig funksjon. Hvis man leter etter konkurransesprinsippet historisk vil man gjerne enten ikke finne noe, eller lett ende i anakronismer ved å sortere elementer i historiske regelverk til det man i dag legger i konkurransesprinsippet eller et hypotetisk konkurransesprinsipp den gang. Her vil jeg derfor se på hvilken plass konkurranse har hatt gjennom tiden i det norske anskaffelsesregelverket.

7.2.2 Anbudsforskriftene av 1899 og 1927 – Konkurransesprinsippet preget av proteksjonisme

De første forskriftene om det offentliges innkjøp her til lands ble gitt allerede i 1899. Forskriftene ble gitt gjennom kongelig resolusjon av 16. desember 1899. Kapittel 1 i denne resolusjonen «fastslo konkurransesprinsippet som en hovedregel». For å sikre konkurransesprinsippet, ble offentlig anbudsinnbydelse gjort til en hovedregel. Dette innebar at det offentliges innkjøp som hovedregel måtte legges ut på anbud før en kunne bestemme seg for hvilken leverandør som skulle bli tildelt oppdraget.²²²

Videre regulerte kapittel 1 adgangen til å fravike hovedregelen om å gjennomføre konkurranse ved å gi særlige regler for når begrenset anbudskonkurranse kunne benyttes. I tillegg var det også adgang for det offentlige til å kjøpe direkte fra bestemte leverandører, uten å innhente anbud fra andre. Dette ble kalt «underhåndskjøp», og var tillatt kun i bestemte tilfeller; dersom det gjaldt en liten anskaffelse, saken hastet, eller det var nødvendig med spesiell teknisk sakkyndighet.²²³

Forskriftene besto av preferanseregler. Disse reglene tok sikte på å verne om norsk industri i konkurransen med utenlandsk industri, gitt at det fantes norske leverandører som var leveringsdyktige for det enkelte innkjøpet. I tillegg inneholdt forskriftene regler som ga utenlandske leverandører et handikap i sammenligningen med de norske. I 1923 ble det gitt særlige preferanseregler, som bare gjorde seg gjeldende i krisetider. Disse gikk ut på at ingen utenlandske anbud kunne antas før de var blitt forelagt det ansvarlige departement. «Krisetider» må i denne sammenheng forstås som tider med økonomisk nedgang, og at disse

²²² NOU 1997: 21 pkt. 9.1.1.

²²³ Ibid.

preferansereglene dermed ble gitt for å verne ytterligere om norsk industri i nedgangstider her til lands.²²⁴

Anbudsforskriftene av 1927 brakte med seg en prinsipiell endring for den norske anskaffelsesretten. Man gikk her bort fra det «billigste anbudsprinsippet» til det «beste anbudsprinsippet». Konkurransen gikk dermed over til å i større grad rette seg mot tilbudets kvalitative sider. Prisen ved tilbud gikk således fra å være det helt sentrale vurderingsmomentet ved offentlige innkjøp, til å inngå i en bredere og helhetlig vurdering av tilbudet. Utover dette var 1927-reglene stort sett bygget over samme lest som reglene fra 1899.²²⁵

I årene etter 1927 ble det gjort mindre endringer i regelverket, men det var først i etterkrigstiden at man så behovet for en større revisjon. Det ble derfor satt ned et utvalg i år 1967, og arbeidet resulterte i Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet mv. (REFSA), vedtatt 16. desember 1978. I likhet med forskriftene av 1899 og 1927, ble konkurranse også i REFSA vurdert som det som best ivaretar rettssikkerhetshensynet og effektivitetshensynet. Kjøp etter anbudskonkurranse var derfor hovedregelen også her, med mindre særlige grunner forelå. Blant annet ble det åpnet for kontrahering etter forhandling i bestemte tilfeller, noe som var en nyskapning i forhold til den gamle innkjøpsforskriften.²²⁶

7.2.3 Overnasjonale innkjøpsreglers betydning for hensynet til konkurranse i norsk anskaffelsesrett

Norge sluttet seg til EFTA-avtalen (European Free Trade Association) i 1960. Fra starten av konsentrerte EFTA seg om å oppnå fri varehandel mellom medlemsstatene, og samarbeidet var langt mindre omfattende enn EF (tilsvarende dagens EU). Medlemslandene i EFTA hadde ingen felles tollsatser eller handelspolitikk utad, og ingen ambisjoner om et tettere politisk samarbeid.²²⁷

²²⁴ Ibid.

²²⁵ NOU 1997: 21 punkt 9.1.2.

²²⁶ NOU 1997: 21 punkt 9.2.

²²⁷ Sejersted mfl., 2011, side 32.

Dette internasjonale samarbeidet førte til at norske myndigheters adgang til å favorisere norske leverandører ble begrenset.²²⁸ Leverandører fra de øvrige medlemslandene i EFTA-avtalen måtte dermed kunne påberope seg en rett til å konkurrere om offentlige vareinnkjøpskontrakter, på lik linje med norske leverandører.

Samtidig som utviklingen av anskaffelsesreglene pågikk i Norge, skjedde det et omfattende arbeid i EF med utvikling av internasjonale innkjøpsregler. Allerede i 1971 ble det første direktivet med regler om offentlige bygge- og anleggskontrakter vedtatt. I 1977 fulgte det første direktivet om offentlige varekjøp.

I 1992 vedtok EF et direktiv, Rådsdirektiv 92/50 om offentlige tjenestekjøp, og i 1993 ble EU-regelverket konsolidert og kodifisert ved at tre direktiver erstattet de opprinnelige som var endret flere ganger og ufullstendige. Et konsolidert og noe endret varedirektiv, Rådsdirektiv 93/36, et konsolidert bygge- og anleggsdirektiv, Rådsdirektiv 93/37, og et komplett forsyningsdirektiv, Rådsdirektiv 93/38, ble vedtatt i EU. I tillegg ble et håndhevelsesdirektiv i forsyningssektoren innført, Rådsdirektiv 92/13.²²⁹

Etter EØS-avtalens hoveddel artikkel 65 nr. 1 skulle EFs anskaffelsesregler gjennomføres i norsk rett, og gjelde også innkjøp av varer som falt utenfor EØS-avtalen, som f.eks. landbruksprodukter. Norge gjennomførte de konsoliderte direktivene samt tjenstedirektivet i norsk lovgivning hhv. 1. januar og 1. juli 1994, bortsett fra forsyningsdirektivet som trådte i kraft 1. januar 1995. Fra 1. januar 1995 var hele EU/EØS-regelverket på området offentlige anskaffelser på plass i norsk regelverk. Dette medførte følgelig at norske oppdragsgivere forpliktet seg til å la konkurranseprinsippet gjelde for alle leverandører som inngikk i det frie markedet. Oppsummert har økt internasjonalt samarbeid, og da særlig Norges tiltredelse til EFTA-avtalen og EØS-avtalen, gjort at den proteksjonistiske linjen som ble ført i forskriftene fra 1899 og 1921, ikke lenger kunne opprettholdes. Det man kalte «konkurranseprinsipp» i 1899, har derfor ikke det samme innholdet som «konkurranseprinsippet» etter dagens LOA § 4.

²²⁸ NOU 1997: 21 side pkt. 9.1.2 og punkt 4.3 ovenfor.

²²⁹ NOU 1997: 21 pkt. 10.1.1.

7.3 Anskaffelsesloven av 2016

7.3.1 Prinsippbestemmelsen i LOA § 4

LOA § 4 har slik ordlyd:

«Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelig, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.»

Ordlyden omtaler altså konkurranse uttrykkelig som et grunnleggende prinsipp. Denne benevnelsen av «konkurranse» representerer en markant forskjell fra den som fremgår av anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre ledd. Departementet har i proposisjonen til LOA gitt uttrykk for en tilbakeholdenhet når det gjelder å gi prinsippbestemmelsen et ulikt innhold, enn det som har vært EU-lovgivers intensjon:

«Departementet understreker at innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene må fastlegges i samsvar med EØS-retten. Det må utvises varsomhet med å legge noe mer eller noe annet i prinsippene enn EØS-retten gir grunnlag for.»²³⁰

Med dette som utgangspunkt, vil det, i tråd med en formålstolkning, være nærliggende å legge til grunn at konkurranseprinsippet i LOA § 4 har samme materielle innhold som anskaffelsesdirektivets tilsvarende prinsippbestemmelse. Departementet har i proposisjonen redegjort for sin forståelse av artikkel 18 nr. 1 andre ledd i anskaffelsesdirektivet:

*«I henhold til annet ledd, som er nytt i de nye direktivene, skal oppdragsgiver hverken omgå direktivets regler eller innskrenke konkurransen på en kunstig måte gjennom favorisering av bestemte leverandører. Det er nærliggende å forstå bestemmelsen som et **generelt forbud mot omgåelse av anskaffelsesregelverket**» (min utheving).²³¹*

Direktivbestemmelsen blir altså av departementet vurdert slik at den ikke gir uttrykk for noe mer enn en generell forbudsregel mot å kunstig innskrenke konkurransen. Det blir videre

²³⁰ Prop. 51 L merknad til § 4 på side 81 sjettede spalte.

²³¹ Ibid. pkt. 7.4.2 på side 43.

fremholdt i departementets vurdering at det ikke ansees nødvendig å vedta et slikt eget forbud mot omgåelse av direktivet:

«Til forskjell fra de nye anskaffelsesdirektivene, jf. blant annet anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 annet ledd, foreslår departementet ikke å innta et uttrykkelig forbud mot omgåelse av regelverket. Etter departementets vurdering er dette såpass selvsagt at det ikke er nødvendig å innarbeide forbudet i lovteksten.»²³²

Uttalelsen kan tyde på at departementet har latt være å ta med bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre ledd, noe som igjen taler for at konkurranseprinsippet som fremgår av § 4 var ment å skulle ha et annet innhold. Sånn sett er det tilsynelatende en viss inkonsistens mellom uttalelsene om at prinsippene må fastlegges i tråd med EU/EØS-retten og at konkurranse inntas som et prinsipp i LOA § 4. Etter mitt syn må uttalelsen fra departementet om å fastlegge prinsippene i tråd med EU/EØS-retten forstås å gjelde de prinsippene som departementet faktisk mente fulgte av EU/EØS-retten. Ettersom departementet ser på bestemmelsen i artikkel 18. nr. 1 andre ledd som en ren forbudsregel, er det ikke noen egentlig motstrid her om det legges «noe mer eller annet» i prinsippet om konkurranse i LOA § 4, enn det som fremgår av direktivet. Samtidig har forbudsregelen i artikkel 18. nr. 1 andre ledd ikke blitt gjennomført i LOA. Dette tilsier at det norske konkurranseprinsippet har et eget innhold, som ikke er utformet med utgangspunkt i den tilsvarende direktivbestemmelsen. Spørsmålet blir dermed hvilket materielt innhold konkurranseprinsippet i LOA § 4 har.

I anskaffelsesloven av 1999 fremgikk prinsippbestemmelsen av § 5 andre ledd, med tittelen «grunnleggende krav». Bestemmelsens andre ledd fastslo at «en anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse».²³³ Utvalget foreslo å gi bestemmelsen overskriften «grunnleggende prinsipper».²³⁴ Departementet valgte imidlertid å endre overskriften til «grunnleggende krav». Allikevel brukte departementet i proposisjonen betegnelsen «prinsipper» om de ulike kravene i bestemmelsen.²³⁵

²³² Ibid. pkt. 7.4.5 på side 46.

²³³ Tilsvarende fremgikk av forskriften gitt i medhold av 1999-loven, se 2006-forskriften § 3-1 første ledd.

²³⁴ NOU 1997: 21 merknad til § 5 side 115.

²³⁵ Se Prp. nr. 71

Det fremgikk videre et eget omgåelsesforbud av bestemmelsens femte ledd bokstav c: «Oppdragsgiver skal ikke dele opp en anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse.» Bokstav c inneholdt således et forbud mot kunstig innskrenkning av konkurranse, og er i stor grad sammenlignbar med artikkel 18 nr. 1 andre ledd, både når det gjelder form og innhold. Dette forbudet ble altså i 1999-loven skilt ut i en egen bestemmelse, løsrevet fra den mer generelt utformede regelen om konkurranse. Dersom det er slik at rettstilstanden er uendret etter vedtakelsen av den någjeldende anskaffelsesloven, vil dette indikere at konkurranseprinsippet i LOA § 4 må ansees som en regel med et innhold som går utover et rent omgåelsesforbud.

Proposisjonen til LOA gir ytterligere indikasjoner på at en slik forståelse må legges til grunn. I departementets vurdering av lovens grunnleggende prinsipper, ble det foreslått å ikke innta et uttrykkelig forbud mot omgåelse av regelverket. Dette var etter departementets vurdering «såpass selvsagt at det ikke er nødvendig å innarbeide forbudet i lovteksten.»²³⁶ Departementsuttalelsen tyder på at departementet har vurdert det slik at omgåelsesforbudet må sees på som en selvfølgelig del av konkurranseprinsippet, såpass selvfølgelig at det ikke var nødvendig å uttrykkelig nevne dette i lovteksten.

Både forenklingsutvalget og departementet har uttalt seg om hvordan konkurranseprinsippet i § 4 materielt sett skal forstås. Forenklingsutvalget uttaler at konkurranseprinsippet får særlig betydning for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på kr. 500 000, og for anskaffelser som i svært liten grad er underlagt detaljerte prosedyreregler.²³⁷ Departementet slutter seg i det vesentlige til uttalelsen fra forenklingsutvalget. Det fremgår at konkurranseprinsippet først og fremst vil ha betydning for anskaffelser der oppdragsgiver ikke er pålagt en plikt til å kunngjøre konkurranse i DOFFIN eller TED-databasen. Ved slike anskaffelser vil oppdragsgiver ha en «plikt til å sikre konkurranse om oppdraget.»²³⁸ Disse uttalelsene tyder på at det har vært lovgivers intensjon å gi konkurranseprinsippet et eget nasjonalt innhold, uavhengig av hva som måtte fremgå av den tilsvarende regelen i anskaffelsesdirektivet. Dette må igjen medføre at bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet

²³⁶ Prop. 51 L pkt. 7.4.5 side 46.

²³⁷ NOU 2014: 4 pkt. 10.4.7 side 79.

²³⁸ Prop. 51 L merknad til § 4 side 82.

artikkel 18 nr. 1 andre ledd, får begrenset betydning ved tolkningen av konkurranseprinsippet i LOA § 4. Etter mitt syn vil imidlertid direktivbestemmelsen ha avgjørende betydning for de tilfellene der man står ovenfor en omgåelse av anskaffelsesregelverket.

Konkurranseprinsippets materielle innhold utover omgåelsesforbudet må imidlertid per i dag betraktes som en norsk regel. Dermed vil norske rettskilder ha avgjørende betydning for fastsettelsen av prinsippets materielle innhold. Dette er imidlertid betinget av de norske rettskildene er i tråd med det som fremgår av det alminnelige presumsjonsprinsippet og homogenitetshensynet.²³⁹

Både forenklingsutvalget og departementet fremholder altså at oppdragsgivers plikt til å overholde prinsippet om konkurranse i stor grad vil avhenge av om den offentlige kontraktens verdi befinner seg over eller under de nasjonale terskelverdiene. Når jeg i det følgende skal drøfte konkurranseprinsippets betydning i norsk rett, vil det derfor være naturlig å dele opp drøftelsen etter disse to kategoriene av offentlige innkjøp.

7.3.2 Konkurransprinsippets betydning for offentlige innkjøp under nasjonal terskelverdi

Problemstillingen under dette punktet er hvordan konkurranseprinsippet gir føringer for offentlige innkjøp under nasjonal terskelverdi.

Ved vedtakelsen av LOA og FOA økte den nasjonale terskelverdien fra kr. 500 000 til kr. 1,3 millioner. Dette medfører at langt flere anskaffelser enn tidligere befinner seg under denne terskelverdien, og dermed bare omfattes av FOA del I. Som en konsekvens blir spørsmålet om konkurranseprinsippets innvirkning på kontrakter under nasjonal terskelverdi en mer praktisk problemstilling enn det som har vært tilfellet under tidligere gjeldende lovverk.

Som nevnt under punkt 7.3.1 ovenfor, har både forenklingsutvalget og departementet tatt til orde for at konkurranseprinsippets anvendelsesområde i særlig grad vil være for offentlige kontrakter under nasjonal terskelverdi. Dette fordi FOA del I ikke inneholder særskilte prosedyreregler, til forskjell fra del II og del III. Dermed har oppdragsgiver ingen plikt til å

²³⁹ Se punkt 3.2.1 ovenfor.

kunngjøre anskaffelsen. Det overordnede konkurranseprinsippet i LOA § 4 medfører allikevel at oppdragsgiver til en viss grad plikter å ivareta konkurransen.

FOA kapittel 5 gir regler for hvilke deler av forskriften som kommer til anvendelse for forskjellige anskaffelser. FOA § 5-1 første ledd fastslår at forskriftens del I gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av denne forskriften. FOA § 1-1 bestemmer at forskriften gjelder for oppdragsgivere som er nevnt i § 1-2, som inngår kontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger kr. 100 000 eksklusive mva. Det skilles mellom del I, del II og del III anskaffelser, etter hvilke deler av forskriften som kommer til anvendelse i det konkrete tilfellet. Dersom anskaffelsen har en anslått verdi som er lik eller overstiger kr. 100 000, men som ikke er lik kr. 1,3 millioner, vil anskaffelsen bare omfattes av FOA del I, se § 5-1 første ledd, jf. § 1-1. Anskaffelser som befinner seg i dette verdisjiktet, befinner seg således under nasjonal terskelverdi. Videre fastslår LOA § 2 at «loven» gjelder for kontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger kr. 100 000 ekskl. mva. Dette medfører at prinsippbestemmelsen i LOA § 4 gjelder i sin helhet også for kontrakter under nasjonal terskelverdi.

Departementet uttaler at ved anskaffelser under nasjonal terskelverdi vil oppdragsgiver «ha en plikt til å sikre konkurranse om oppdraget. Hvor langt denne plikten strekker seg må vurderes konkret. Her som ellers vil forholdsmessighetsprinsippet være avgjørende. Det vil naturligvis ikke være noen plikt til å avholde konkurranse hvis dette ikke lar seg gjennomføre.»²⁴⁰

Forholdsmessighet utgjør et av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Ordlyden «forholdsmessighet» tilsier at de krav som regelverket stiller, både til oppdragsgivere og leverandører, må tilpasses den konkrete anskaffelsen. Departementet fremholder at plikter og rettigheter som utledes av andre prinsipper, må

«tilpasses den enkelte anskaffelsens art og omfang. Dette innebærer at de krav som stilles til prosedyren oppdragsgiver skal gjennomføre, må stå i forhold til det som skal

²⁴⁰ Ibid. Det er også lagt til grunn av KOFA 2007/79 *Elkjøp* at selv om innkjøpene blir ansett for å ligge under terskelverdiene for kunngjøring, «må oppdragsgiver i rimelig grad sørge for å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet.» Konkurransen er et helt sentralt virkemiddel for å ivareta formålet om effektiv ressursbruk (se punkt 9.3.1 nedenfor). Uttalelsen må derfor også forstås slik at oppdragsgiver må gjennomføre konkurranse.

anskaffes. Jo mindre og enklere en anskaffelse er, jo mindre vidtrekkende prosedyrekrav kan utledes av de enkelte prinsippene.»²⁴¹

Uttalelsen fra departementet gir imidlertid begrenset veiledning for anskaffelser under nasjonal terskelverdi. Etter mitt syn er det grunn til å tro at fraværet av særskilte kunngjøringsregler for slike anskaffelser er basert på nettopp prinsippet om forholdsmessighet. På denne måten er prinsippet allerede blitt tatt høyde for ved fastsettelsen av anvendelsesområdet til reglene som følger av FOA.²⁴² Derfor er det lite hensiktsmessig å legge til grunn at kravet til konkurranse må tilpasses anskaffelsens «art og omfang», når det er tale om kontrakter med en samlet verdi under nasjonal terskelverdi. Disse kontraktene befinner seg jo allerede i det nedre sjiktet hva gjelder art og omfang.

Forholdsmessighetsprinsippet må heller gjøre seg gjeldende på den måten at det vil dempe kravet til konkurranse der dette vanskelig lar seg gjennomføre, uavhengig av anskaffelsens art og omfang.

FOA § 5-2 første ledd oppramser enkelte typetilfeller der det åpnes for at reglene i del II ikke kommer til anvendelse. Bestemmelsens bokstav a fastslår at del II gjelder ikke for kontrakter som oppdragsgiveren «bare kan inngå med en bestemt leverandør i markedet». Etersom det er snakk om unntak fra FOA del II, gjelder bestemmelsen i utgangspunktet kun for anskaffelser over nasjonal terskelverdi. Etter mitt syn må imidlertid bestemmelsen også kunne anvendes på kontrakter under nasjonal terskelverdi. Når § 5-2 åpner for unntak fra konkurranse for kontrakter over terskel, må de samme unntakene gjøres gjeldende for kontrakter under terskel. Dette er rimelig i henhold til et mer-til-det-mindre resonnement; hvis disse unntakene gjelder for kontrakter med en anslått verdi på mellom kr. 1,3-2,05 millioner, må de også kunne gjøres gjeldende for kontrakter mellom kr 100 000-1,3 millioner. Bestemmelsen må derfor komme til analogisk anvendelse på anskaffelser under terskelverdi.

Forenklingsutvalget har gitt uttrykk for sin forståelse av unntaket i § 5-2 bokstav a:

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Dette blir også poengtert i Bakken, Nordby, 2013, side 65-66: «Inndelingen av reglene i anskaffelsesforskriften over og under terskelverdi, er et resultat av at forholdsmessighetsprinsippet tilsier at man ikke kan stille like strenge krav til mindre kontrakter.»

Det avgjørende er at det objektivt sett bare finnes én leverandør som kan tilby den ytelse som oppdragsgiver etterspør. Oppdragsgiver har bevisbyrden, og det skal mye til for å godtgjøre dette. Det må blant annet vurderes om andre leverandører kan skaffe seg nødvendig kunnskap eller rettigheter for å levere ytelsen innen oppstarten for levering.»²⁴³

Prinsippet om konkurranse i LOA § 4 gjør seg dermed her gjeldende på den måten at selv om det på stadiet ved kontraktsinngåelsen tilsynelatende ser ut til at det der og da bare er en leverandør kan yte det som oppdragsgiver etterspør, vil oppdragsgiver allikevel ha en undersøkelsesplikt. Denne plikten går ut på å godtgjøre at det ikke finnes flere leverandører som på sikt kan levere ytelsen, og dermed delta i konkurransen. Dette illustreres av KOFAs uttalelse i *Aspheim flygel- og pianosenter*, der nemda bemerker at mangelen på øvrige leverandører må dokumenteres: «Det kreves at anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør, og dette må dokumenteres av oppdragsgiver.»²⁴⁴ KOFA har videre lagt til grunn i *Fjord Line* at det ikke tilstrekkelig for å benytte unntaksbestemmelsen at oppdragsgiver selv mener én leverandør kan utføre ytelsen mer effektivt enn andre leverandører i markedet.²⁴⁵

Videre oppstår spørsmålet hvor langt oppdragsgiver undersøkelsesplikt strekker seg. Må EØS-markedet undersøkes, er en undersøkelse av det norske markedet tilstrekkelig?

Veilederen uttaler følgende om spørsmålet:

«Ettersom forskriften del II gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi vil det som utgangspunkt være tilstrekkelig å godtgjøre at det er én leverandør i det norske markedet. Oppdragsgiveren må imidlertid foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, da markedet vil variere med anskaffelsens art og verdi. Kravene til forholdsmessighet, konkurranse og ikke-diskriminering kan tale for at oppdragsgiver i visse tilfeller også må undersøke EØS-området for å godtgjøre at vilkåret er oppfylt.»²⁴⁶

²⁴³ NOU 2014: 4 punkt 12.5.2.2.

²⁴⁴ KOFA 2016/39 avsnitt 24.

²⁴⁵ Uttalelsen er fulgt opp i KOFA 2014/3 *Frogn Kommune* avsnitt 33 og i KOFA 2016/123 *Moskenes Kommune* avsnitt 16. Se også 2006-veilederen side 94.

²⁴⁶ Veilederen pkt. 10.2.1.

Uttalelsen vil ha overføringsverdi til anskaffelser under nasjonal terskelverdi, jf. mer-til-det mindre-resonnementet ovenfor. Imidlertid må det etter mitt syn oppstilles en høyere terskel for når en oppdragsgivers undersøkelsesplikt strekker seg utover det norske markedet, ved kontrakter under norsk terskelverdi. Dette fordi slike kontrakter sjeldnere inneholder et grenseoverskridende element. Etter min mening skal derfor mye til for at regelverket ansees overtrådt der en oppdragsgiver har nøydt seg med å undersøke det norske markedet.

Oppsummert er det i dag slik at lov og forskrift gir liten veiledning når det gjelder hvor mye som skal kreves av oppdragsgivers tilretteleggelse for konkurranse, ved kontrakter under nasjonal terskelverdi. FOA § 5-2 med tilhørende KOFA-praksis må derimot utfylle og gi veiledning også for anvendelsen av kontrakter av denne verdien. Der det er flere enn bare én leverandør som er aktuell for tildeling av oppdraget, må det kunne kreves at oppdragsgiver enten frivillig kunngjør konkurransen i Doffin, eller utlyser den på andre måter, f.eks. ved å kontakte de aktuelle leverandørene. Videre er det på det rene at FOA § 5-2 bokstav a er en snever unntaksregel. Dette illustreres ved at bevisbyrden ligger hos oppdragsgiver, og det må kunne dokumenteres at det bare finnes én aktuell leverandør. I tillegg regnes ikke § 5-2 bokstav a som oppfylt hvis begrunnelsen er at en leverandør kan levere hurtigere enn andre, slik KOFA og 2006-veilederen legger til grunn.

7.3.3 Konkurrans prinsippets betydning for offentlige innkjøp over nasjonal terskelverdi

Spørsmålet under dette punktet er hvordan konkurranseprinsippet får betydning for anskaffelser over nasjonal terskelverdi.

Det fremgår av FOA § 5-1 bokstav a at forskriftens del II gjelder for kontrakter med en anslått verdi på 1,3 millioner kroner ekskl. mva., men som ikke overstiger EØS-terskelverdiene i § 5-3 første ledd, unntatt kontrakter om helse- og sosialtjenester. Bokstav b fastslår samtidig at del II får anvendelse på kontrakter om «særlige tjenester» med anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene i § 5-3 første ledd. Del II inneholder en rekke bestemmelser som gir uttrykk for det generelle konkurranseprinsippet i LOA § 4. Disse skal i det følgende undersøkes nærmere.

Den første bestemmelsen som gir uttrykk for konkurranseprinsippet, er FOA § 8-2 første ledd. Kapittel 8 i FOA inneholder regler vedrørende planlegging og kunngjøring av anskaffelsen,

og § 8-2 regulerer de tilfellene der oppdragsgiver har hatt dialog med leverandører i forkant av konkurransen. Det slås her fast at der en leverandør eller en virksomhet har gitt råd til oppdragsgiveren forut for konkurransen, skal oppdragsgiveren treffe egnede tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en «urimelig konkurransefordel» dersom leverandøren deltar i prosessen. Tilsvarende gjelder dersom leverandøren har vært involvert i planleggingen av konkurransen på «annen måte», jf. andre punktum.

Ordlyden «egne tiltak» gir uttrykk for at tiltakene som iverksettes er i stand til å oppnå målet om å utjevne den eventuelle konkurransefordelen som dialogen har medført. KOFA har i *Mindup* uttalt at et ikke stilles krav til *hvilke* tiltak oppdragsgiver må gjennomføre. Det som kreves er at tiltakene er egnet til å sikre at den aktuelle leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel.²⁴⁷ Oppdragsgiver står dermed fritt til å avgjøre hvilke tiltak som skal iverksettes for å avbøte konkurransefordelen den aktuelle leverandøren har fått.

Videre tilsier ordlyden «urimelig konkurransefordel» at dialogen mellom oppdragsgiver og leverandør har hatt som virkning at leverandøren har fått en konkurransefordel av en viss størrelse. Derimot har Borgarting lagmannsrett presisert i *Jernbaneverket* at en hvilken som helst fordel ikke er tilstrekkelig, slik at konkurransefortrinnet må være av en viss størrelse og betydning.²⁴⁸ KOFA utfyller dette og uttaler i *Mindup* avsnitt 35 at «det avgjørende er om rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt et *klart konkurransefortrinn*» (min kursivering). En rekke relevante momenter i vurderingen av om det foreligger en urimelig konkurransefordel, er opplistet av KOFA i *Team G8*. Blant disse er for det første om rådgiveren har fått en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelsen av sitt tilbud. For det andre om rådgiveren har mottatt informasjon om oppdraget som ikke er blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne. For det tredje hvordan valget av spesifikasjoner påvirker rådgiverens mulighet til å vinne konkurransen.²⁴⁹

FOA § 8-9 tredje ledd gir regler vedrørende utvelgelse av leverandører. Det fremgår her at oppdragsgiveren skal velge ut et antall deltakere som er «tilstrekkelig til å sikre reell

²⁴⁷ KOFA 2019/713

²⁴⁸ LB-2010-201985.

²⁴⁹ Se KOFA 2018/158. For øvrig nevner FOA § 8-2 andre ledd eksempler på «egne tiltak», noe det vil føre for langt å gå inn på her.

konkurransen, men likevel ikke færre enn tre». Det fremgår av KOFAs uttalelse i *Fasting mfl.* at dersom det ikke foreligger tilstrekkelig antall leverandører, kan oppdragsgiveren invitere alle de kvalifiserte leverandørene til å inngi tilbud. En utilstrekkelig konkurransesituasjon kan også være saklig grunn til å avlyse konkurransen etter FOA § 10-4 første ledd.²⁵⁰ I juridisk teori blir det tatt til orde for at kravet til reell konkurranse medfører at det bør fastsettes en nedre grense som er høyere enn tre leverandører.²⁵¹

Oppsummert er konkurranseprinsippet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi i stor grad blitt kodifisert gjennom de ulike bestemmelsene i forskriftens del II som er gjennomgått ovenfor. Dermed har lovgiver selv valgt å sørge for opprettholdelsen av konkurranse for del II-anskaffelser. Dette gjelder både for regler vedrørende prosedyren ved innkjøp, samt reglene om avvisning av leverandører. Utover disse reglene, må samtidig konkurranseprinsippet i LOA § 4 fungere som tolkningsmoment, ved at prinsippet drar det enkelte innkjøpet i en mer konkurransevennlig retning.

7.3.4 Formålsbestemmelsen i LOA § 1 som grunnlag for rettigheter og plikter

Problemstillingen under dette punktet er om formålsbestemmelsen i LOA § 1 utgjør et selvstendig rettsgrunnlag som det kan utledes rettigheter og plikter ut av. Problemstillingen er særlig relevant i denne sammenheng, da konkurranse blir sett på som et sentralt virkemiddel for oppnåelsen av effektiv ressursbruk, som er et av formålene nevnt i LOA § 1. En konklusjon i retning av at § 1 representerer et grunnlag for rettigheter og plikter, vil dermed medføre at konkurranseprinsippet gjennomslagskraft styrkes. Jeg har tidligere drøftet om konkurranseprinsippet kunne utledes av etter målet om «value for money» på EU/EØS-nivå. Dette underpunktet vil imidlertid skille seg fra denne drøftelsen på den måten at det ikke et spørsmål om effektiv ressursbruk er et formål bak det norske anskaffelsesregelverket, da dette fremgår eksplisitt av LOA § 1.

LOA § 1 første punktum fastslår at anskaffelsesloven skal «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser». Ordlyden tilsier at det er anskaffelsesregelverkets formål å legge til rette for en nøktern disponering av offentlige midler. Formålsbestemmelsen inneholder en

²⁵⁰ KOFA 2005/192 avsnitt 52.

²⁵¹ Ute og Ekre (2021).

språklig endring fra den tilsvarende bestemmelsen i 1999-lovens § 1. Det presiseres i forarbeidene at endringene ikke medfører store realitetsendringer. Uttalelser fra forarbeidene til 1999-loven, samt tilhørende praksis, vil derfor ha betydning ved anvendelsen av dagens regelverk. Forenklingsutvalget og departementet begrunner denne språklige endringen med forenkling og tydeliggjøring av anskaffelsesregelverkets formål.²⁵² Forenklingsutvalget foreslo samtidig å dele opp formålsbestemmelsen; ved siden av effektiv bruk av samfunnets ressurser, foreslo flertallet at formålsbestemmelsen skulle angi konkurranse om offentlige kontrakter som et formål med anskaffelsesregelverket. Dette på lik linje med de øvrige formålene som i dag fremgår av LOA § 1. En slik oppdeling ble begrunnet med at konkurranse etter flertallets syn ikke bare var et effektivt virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk, men et formål i seg selv. Dette ville ifølge flertallets syn fungere som en påminnelse om at regelverket skal sikre både nasjonal og internasjonal konkurranse om slike kontrakter.²⁵³

Departementet valgte imidlertid ikke å følge opp flertallets forslag. De sluttet seg heller til høringsinstansenes syn på konkurranse som et virkemiddel for å effektiv ressursbruk, ikke som et formål i seg selv. Samtidig ble det vist til at konkurranseprinsippet ble foreslått videreført som noe som skulle gjelde for alle anskaffelser, i den form som i dag fremgår av LOA § 4.²⁵⁴ En tolkning av konkurranseprinsippet som ikke vil føre til effektiv ressursbruk, vil derfor være nærliggende å betrakte som uforenlig det norske anskaffelsesregelverket.²⁵⁵

Proposisjonen til 1999-loven avviser muligheten til å utlede konkrete rettigheter og plikter av LOA § 1. Departementet fremholder om formålsbestemmelsen at: «Begrepene kan ikke tolkes videre enn det som er naturlig ut fra sammenhengen med regelverket for øvrig og den innkjøpsfaglige ramme regelverket relaterer seg til. Den er derfor ikke isolert egnet til å utlede

²⁵² Ibid. og Prop. 51 L merknad til § 1 på side 80.

²⁵³ NOU 2014: 4 pkt. 9.4.2.3.

²⁵⁴ Prop. 51 L pkt. 7.1.4 på side 38.

²⁵⁵ Det fremgår av NOU 2012: 2 om Norges avtaler med EU, at formålet med reglene om offentlige anskaffelser blant annet var å bedre den offentlige ressursbruken, samt «å styrke konkurransen i markedene», jf. utredningens pkt. 15.6.1. Denne forståelsen av anskaffelsesregelverket var altså i tråd med den forenklingsutvalget la til grunn i sitt forslag til utformingen av LOA § 1. Uttalelsen fra departementet som ble lagt til grunn ved utformingen av § 1, medfører imidlertid at denne todelte forståelsen om formålet med anskaffelsesregelverket nå er forlatt.

plikter og rettigheter fra.»²⁵⁶ Borgarting lagmannsrett fulgte opp uttalelsen i et *obiter dictum* i *Statnett*, avsagt i 2017:

*Rolstad har som grunnlag for erstatningskravet etter § 11 vist til brudd på både §§ 1 og 5. Lagmannsretten bemerker, selv om det ikke får reell betydning i denne saken, at den anser det som tvilsomt om § 1 sett [sic] kan påberopes som grunnlag for erstatning etter § 11. Bestemmelsen er isolert sett ikke egnet til å utlede plikter og rettigheter fra, jf. merknaden i Ot.prp.nr.71 (1997-1998). § 1 utfyller imidlertid de øvrige bestemmelsene i loven, slik at § 5 må leses i lys av § 1.*²⁵⁷

Lagmannsretten befester dermed forståelsen av formålsbestemmelsen i § 1 som en ren tolkningsfaktor, og ikke som et selvstendig rettsgrunnlag for utledning av konkrete rettigheter og plikter.

Tilsvarende ble lagt til grunn av KOFA i *Atea*. Saken gjaldt anskaffelse av IT/arbeidsplattform og teknisk utstyr. Klager anførte at måten konkurransen var lagt opp på var i strid med formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. anskaffelsesloven § 1, og dermed ulovlig: «anskaffelsesregelverkets formål er relevant ved tolkningen av lovens øvrige bestemmelser, men det kan ikke utledes konkrete handleplikter av anskaffelsesloven § 1. Anførselen om et selvstendig brudd på anskaffelsesloven § 1 kan derfor ikke føre frem.»²⁵⁸

Høyesterett har ved en anledning også anvendt § 1 som en ren tolkningsfaktor. I Rt. 2007 side 983 (SB Transport) uttaler førstvoterende:

*«... prinsippene kommer til uttrykk i anskaffelsesloven § 5, som blant annet pålegger oppdragsgiver å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Jeg viser også til anskaffelsesloven § 1, hvor det fremgår at et av formålene med regelverket er å sikre at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»*²⁵⁹

²⁵⁶ Ot.prp. nr. 71 merknad til § 1 på side 65.

²⁵⁷ Se LB-2016-65693 *Statnett* under «Rettslig utgangspunkter».

²⁵⁸ KOFA 2017/84 *Atea* avsnitt 32

²⁵⁹ Rt. 2007 side 983 avsnitt 82.

Høyesterett bruker altså her formålsbestemmelsen til å utfylle innholdet i prinsippet om likebehandling som fremgikk av 1999-lovens § 5.

Videre har KOFA i to uttalelser anvendt formålsbestemmelsen som grunnlag for å begrense oppdragsgivers plikter. Saken i *BMO entreprenør* gjaldt inngåelse av kontrakt om arbeid på Larvik fergekai og veianlegg. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å tildele kontrakten uten forutgående kunngjøring. Grunnen til det var at arbeidet på en annen kai enn den i Larvik var utelatt fra selve kontrakten, og heller utlyst som en separat konkurranse. Innklagede opplyste om at grunnen til at denne delen av ytelsen var unntatt kontrakten var hensynet til konkurranse, og mulighet for å oppnå lavere priser. Oppdragsgivers fremgangsmåte ble av nemda ansett for å være i «samsvar med hensynet til effektiv ressursbruk i loven § 1, NCC (leverandøren)²⁶⁰ utførte arbeidet for omkring to millioner kroner, nær innklagedes innhentede kostnadsoverslag.»²⁶¹

Uttalelsen fra nemda vitner om en mer aktiv bruk av bestemmelsen enn det som fremgår av praksisen nevnt ovenfor. Uttalelsen kan imidlertid ikke tjene som grunnlag for en tolkning av formålsbestemmelsen som grunnlag for konkrete rettigheter og plikter. Dette fordi KOFA her bare fastsetter omfanget av en plikt som fremgår av en annen bestemmelse i regelverket, med utgangspunkt i formålsbestemmelsen.

KOFA har også i en nokså nylig uttalelse foretatt en innskrenkende tolkning av oppdragsgivers plikt til å avlyse konkurransen, med bakgrunn i dagens LOA § 1. Nemda uttaler i *Stord Taxi* at «ikke enhver feil gir oppdragsgiver en avlysningsplikt. Dette ville stride mot anskaffelseslovens formålsbestemmelse i § 1 første punktum, som angir at loven skal «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser.»²⁶² Også begrunnelsesplikten har blitt tolket innskrenkende med bakgrunn i hensynet til effektiv ressursbruk, jf. § 1. I *Bedriftskompetanse* uttaler nemda at «det er imidlertid viktig at begrunnelsesplikten ikke blir trukket lenger enn det formålet bak regelen tilsier. Dette er ikke ønskelig ut fra lovens krav til effektiv

²⁶⁰ Min bemerkning.

²⁶¹ KOFA 2013/128 *BMO Entreprenør* avsnitt 37.

²⁶² KOFA 2021/351 *Stord Taxi* avsnitt 43.

ressursbruk, jf. § 1, at offentlige oppdragsgivere bruker uforholdsmessig lang tid på å utforme begrunnelse.»²⁶³

Til tross for at synet på formålsbestemmelsen i LOA/1999-loven som «bare» en tolkningsfaktor går igjen i både forarbeider og rettspraksis, finnes det et eksempel fra KOFA der formålsbestemmelsen har blitt ansett som et grunnlag for konkrete rettigheter og plikter. Uttalelsen i *Ragn Sells* gjaldt tolkningen av formålsbestemmelsen i 1999-loven. Saken gjaldt brudd på kravet til etterprøvbarhet i 1999-lovens § 5 etter at oppdragsgiver hadde avvist innklagede uten å vise at vilkårene for avvsningsplikt var oppfylt. Klagenemda uttalte her at oppdragsgiver har en plikt til å forsøke å prissette avvik, forbehold eller lignende».²⁶⁴ Dette ble av KOFA ansett som et utslag av den generelle bestemmelsen i 1999-lovens § 1 om å sikre mest mulig effektiv ressursbruk. Nemda benytter dermed formålsbestemmelsen til å utlede konkrete rettigheter og plikter for oppdragsgiver i forbindelse med vurderingen av avvik og forbehold i tilbudene opp mot anskaffelsesforskriftens avvsningsbestemmelser.

Nemdas begrunnelse for denne tolkningen av formålsbestemmelsen fremstår imidlertid som lite overbevisende. Til støtte for sin forståelse av formålsbestemmelsen viser KOFA til sin avgjørelse i *Runes Maskin* fra 2010. Saken gjaldt tolkningen av forskriften til 1999-lovens²⁶⁵ § 11-11 om avvsnning på grunn av forhold ved tilbudet. KOFA uttaler her at § 11-11 er «et utslag av den generelle bestemmelsen i loven § 1 om å sikre mest mulig effektiv ressursbruk.» Dette ville harmonere dårlig med en plikt til å avvise et tilbud som utvilsomt er det økonomisk mest fordelaktige, uansett hvordan oppdragsgiver vurderer avviket.»²⁶⁶ Plikten til å prissette «avvik, forbehold eller lignende» fremgikk altså av 2006-forskriftens § 11-11, og ikke formålsbestemmelsen i 1999-lovens § 1. Etter min mening fremstår det derfor som om nemda har gitt § 1 et innhold den ikke har. Uttalelsen i *Ragn Sells* kan dermed ikke stå til inntekt for at man kan utlede konkrete rettigheter og plikter fra formålsbestemmelsen i LOA § 1.

²⁶³ KOFA 2011/371 *Bedriftskompetanse* avsnitt 19.

²⁶⁴ KOFA 2014/27 *Ragn Sells* avsnitt 25.

²⁶⁵ Heretter «2006-forskriften»

²⁶⁶ KOFA 2009/281 *Runes Maskin* avsnitt 22.

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor, må det legges til grunn at LOA § 1 ikke kan tjene som selvstendig rettsgrunnlag for utledning av konkrete rettigheter og plikter. Den har derimot en funksjon som tolkningsfaktor ved anvendelsen av de øvrige reglene i LOA og FOA. Dette gjelder naturlig nok også for konkurranseprinsippet i LOA § 4. Ved eventuell tvil om hvordan en skal fastsette det materielle innholdet i prinsippet om konkurranse, vil det tolkingsresultatet som i størst grad er i tråd med formålsbestemmelsen i LOA § 1 måtte legges til grunn. Dette er særlig praktisk når det gjelder formålet om effektiv ressursbruk. Som nevnt ovenfor er konkurranse et viktig virkemiddel for å oppnå dette formålet. Derfor må også LOA § 1 ha stor påvirkning ved anvendelsen av konkurranseprinsippet i § 4.

7.4 Noen særlige problemstillinger

7.4.1 Innledning

I del 3 har jeg til nå gitt en generell fremstilling av konkurranseprinsippet i norsk rett. I det følgende skal jeg ta for meg to problemstillinger der konkurranseprinsippet gjør seg særlig gjeldende.

7.4.2 Konkurransprinsippets innvirkning ved fastsettelsen av kontraktens varighet

Problemstillingen under dette punktet er i hvilken grad konkurranseprinsippet begrenser oppdragsgivers frihet til å fastsette kontraktens varighet. Kontrakter av lang varighet vil kunne gå på bekostning av konkurransen i markedet, da disse hindrer eventuelle nye leverandører i å konkurrere om oppdraget.

Anskaffelsesregelverket inneholder ingen bestemmelser som setter uttrykkelige begrensninger for hvilken varighet en alminnelig kontrakt kan ha. EUD har slått fast at tilsvarende gjelder for EU-retten. Dette fremgår av *Pressetext*. Saken gjaldt spørsmålet om endringer i avtalen mellom leverandør og oppdragsgiver var så vesentlige at de i realiteten medførte at man sto overfor en ny kontrakt. Domstolen uttalte her at praksisen som «består i at indgå en offentlige

tjenesteydelsesaftale for en tidsbegrenset periode, som sådan ikke er en del af ordningen om og formålet med fælleskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.²⁶⁷

Videre uttaler EUD:

«Det fremgår ikke af sagen, at den ordregivende myndighed i perioden fra 2005-2008 - den af opsigelsesafkaldet omfattende periode – i mangel af en sådan klausul havde konkret udsigt til at afslutte den gyldige kontrakt og foretage et nyt udbud. Selv om det antages, at den havde haft til hensigt at gøre det, bevirkede varigheden af denne klausul – tre år – i dens daværende udformning ikke, at den ville have hindret myndigheden heri i usædvanlig lang tid i forhold til den tid, der krævedes for at tilrettelægge en sådan handling. Under disse omstændigheder er det ikke påvist, at en sådan opsigelsesklausul – forudsat at den ikke systematisk genindsættes i kontrakten, indebærer en væsentlig risiko for at fordreje konkurrencevilkårene til at skade for mulige nye tilbudsgivere. Klausulen kan følgelig ikke kvalificeres som en væsentlig ændring af den oprindelige aftale.»²⁶⁸

Uttalelsen kan forstås dit hen at det etter EUDs syn er problematisk i henhold til EU/EØS-reglene om fri flyt av varer og tjenester, at oppdragsgiver har adgang til å operere med tidsbegrensede kontrakter. Samtidig blir det lagt til grunn at dette ikke reguleres av EU-retten. At kontrakten i det konkrete tilfellet ikke inneholdt en konkret angivelse av kontraktens tidsforløp, kunne derfor ikke ansees for å være i strid med anskaffelsesregelverket.

GA Mengozzis forslag til avgjørelse i *Helmut Müller* deler domstolens syn i *Pressetext*. Han uttaler her at:

Det er i dette forslag til avgjørelse allerede flere ganger bemærket, at det grunnleggende formål med de fælleskabsretlige regler for offentlige kontrakter generelt er at begunstige konkurransen så meget som mulig ved at gerne alle begrensninger for de grunnleggende rettigheter. I betragtning heraf medfører en

²⁶⁷ C-454/06 *Pressetext* avsnitt 78.

²⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 79.

indrømmelse af muligheden for tidsubegrænsede koncessioner, at man til skade for konkurrencen og effektiviteten forhindrer, at udnyttelsen af arbejderne i fremtiden eventuelt sikres af andre personer med regler og efter kriterier, der er mere effektive.»²⁶⁹

I saken hadde Tyskland lovfestet en plikt for offentlige oppdragsgivere til å tidsbegrense bygg- og anleggskontrakter. GA Mengozzi mente at en slik bestemmelse var i tråd med EU-retten, jf. det grunnleggende formålet om konkurranse. EUD sluttet seg til uttalelsen fra GA Mengozzi:

«For så vidt angår varigheten af koncessionskontrakterne er der under alle omstændigheder tungtvejende grunde, herunder særligt ved opretholdelsen av konkurrencen, som taler for at betragte tildeling af en koncessionskontrakt uden tidsbegrænsning som værende i tråd med Unionens retsorden, således som generaladvokaten har anført i punkt 96 og 97 i forslaget til afgørelse».

EUD sitt syn vedrørende langvarige kontrakter er dermed utvilsomt at tidsbegrensninger i denne sammenheng må anees for å være helt i tråd med hensynet til konkurranse, slik det fremgår av primærretten i EU.²⁷⁰ Det er derimot ikke slik at EU-retten oppstiller noe forbud mot tidsubegrensede kontrakter. Dette kommer tydelig fram i avsnitt 74 i *Presstext*. Dermed kan det variere fra stat til stat, hvordan dens lovgivning har valgt å regulere oppdragsgivers adgang til å inngå langvarige kontrakter. For norsk retts vedkommende, vil vektleggingen av hensynet til konkurranse²⁷¹ måtte medføre at konkurranseprinsippet i LOA § 4 må tillegges betydelig vekt ved vurderingen av om en kontrakts varighet er i tråd med det norske anskaffelsesregelverket.

Det nærmeste en kommer en regulering av kontraktens varighet i anskaffelsesregelverket, finnes i FOA §§ 11-1 (del II) og 26-1 (del III) om rammeavtaler.²⁷² Bestemmelsene gjelder

²⁶⁹ Forslag til avgjørelse fra GA Mengozzi i C-451/08 *Helmut Müller*.

²⁷⁰ Se punkt 5.2 ovenfor.

²⁷¹ Jf. Både *Presstext* og *Helmut Müller*.

²⁷² Hvorvidt det er det er snakk om en rammeavtale eller en alminnelig kontrakt, beror på en tolkning av anskaffelsesdokumentene, jf. KOFA 2017/143 *Rakkestad Containerservice* avsnitt 42

for henholdsvis kontrakter med en samlet verdi under og over EØS-terskelverdi.²⁷³ Ifølge FOA § 11-1 fjerde ledd kan ikke oppdragsgiver inngå rammeavtaler for mer enn fire år, med mindre det foreligger «særlige forhold», for eksempel knyttet til avtalens formål, investeringskostnader eller brukerens behov. Ordlyden «særlige behov» tilsier en snever unntaksregel.

Som «særlige forhold» har KOFA uttalt i *iTet* at dette blant annet kan være «hensynet til å oppnå effektiv konkurranse om den aktuelle kontrakten».²⁷⁴ Saken gjaldt kjøp av IKT-driftstjenester og tilhørende utstyr. Oppdragsgiver hadde utlyst en rammeavtale på fire år med opsjon på to ettårige forlengelser, til sammen seks år. Som begrunnelse for å fastsette en varighet som oversteg hovedregelen på fire år, hadde oppdragsgiver nevnt «anskaffelsens kompleksitet» i kunngjøringen. I dette lå det at initielle kostnader med migrering av driftsløsningen og bytte av leverandør var store. Det ble også vist til at systemløsningen var omfattende.²⁷⁵ Leverandøren anførte altså at hensynet til effektiv konkurranse tilsa at en lengre kontraktsperiode var nødvendig. Uttalelsen er et eksempel på at konkurranseprinsippet ikke bare kan begrunne en reduisering av kontraktsperiode. Der anskaffelsens på ulike måter bærer preg av høy kompleksitet, vil konkurranseprinsippet tilsi at en utvidelse av kontraktens varighet er nødvendig for at flere leverandører skal få anledning til å konkurrere om oppdraget.

Hovedregelen om maksimalt fire års lengde for rammeavtaler, og fraværet av tilsvarende regel for alminnelige kontrakter, tilsier at oppdragsgiver står fritt med hensyn til fastsettelsen lengde på sistnevnte kontraktstype. Uttalelsene fra EUD, sammenholdt med konkurranseprinsippet i LOA § 4, tyder imidlertid på at det også for disse må gjelde en viss tidsbegrensning. Dette har KOFA lagt til grunn i sin praksis. I *Tele Trading* la nemda til grunn at en kontrakt som hovedregel ikke bør løpe lengre enn fire år. Nemda brukte altså forskriftens regler for rammeavtaler analogisk på løpende kontrakter.²⁷⁶ Klagenemda har videre uttalt at ved vurderingen om av om en kontrakt kan løpe lengre enn fire år, vil de samme momentene som i vurderingen for rammeavtaler gjøre seg gjeldende, jf. *Bergen-*

²⁷³ EØS-terskelverdien er i dag på 2,05 millioner kroner, jf. FOA § 5-3 første ledd bokstav b.

²⁷⁴ KOFA 2016/18 avsnitt 94.

²⁷⁵ Ibid. avsnitt 95.

²⁷⁶ KOFA 2007/19 *Tele Trading* avsnitt 27.

Nordhordland Rutelag.²⁷⁷ Dette medfører at konkurranseprinsippet vil ha betydning også ved vurderingen av denne typen kontraktens varighet.

I *GemiNor* har KOFA uttalt seg om hvilke momenter som må vurderes opp mot konkurranseprinsippet. Saken gjaldt anskaffelse av sluttbehandling av restavfall. Avtaleperioden var på fire år, med opsjon på to nye år. Nemda uttalte at spørsmålet om kontraktsperioden var i strid med konkurranseprinsippet, ville «bero på en konkret vurdering og at i en slik vurdering må avtalens konkurranseregulerende effekt vurderes ut fra hvilke andre hensyn som kan tilsi at kontrakten må gjelde et lengre tidsrom.» Oppdragsgiver hadde åpnet for å inngå kontrakt om sluttbehandling av avfall levert såkalt «ballet», noe som ville medføre store utgifter for oppdragsgiver, og for leverandørene. Det var dermed nødvendig med en viss avskrivningstid for kostnadene. En normal avskrivningstid på i alle fall deler av det utstyr som var nødvendig var etter det opplyste lengre enn seks år. Dette førte til at nemda konkluderte med at det ikke forelå brudd på regelverket. Her ser man hvordan nemda legger vekt på at en lengre kontraktsperiode i dette konkrete tilfellet tilsa besparte midler for oppdragsgiver (og leverandør). Vektingen av økonomiske hensyn må videre kunne sies å en nær sammenheng med hensynet til effektiv ressursbruk i LOA § 1. Dette beror på en konkret vurdering av om kontraktsperioden i det konkrete tilfellet er i strid med kravet til konkurranse i LOA § 4, der kontraktens konkurranseregulerende effekt vurderes ut fra hvilke andre hensyn som kan tilsi at kontrakten må gjelde for et lengre tidsrom.

Det blir i juridisk teori fremholdt at i praksis synes det avgjørende å være i hvilken grad lengden på kontrakten er forretningsmessig begrunnet. Andre forhold, som for eksempel kontraktens tilblivelseshistorie, herunder særlig om anskaffelsesreglene ble fulgt eller ikke, kan også ha betydning for når det oppstår en plikt til å utlyse en konkurranse. Øvrige relevante momenter for når oppdragsgiver bør igangsette en ny anskaffelsesprosess vil være privates praksis for tilsvarende kontrakter, endringer i oppdragsgiver behov og/eller markedssituasjonen, hvor reell og sterk konkurransen om den opprinnelige kontrakten var, om avtalen forutsetter særlig kunnskap om virksomheten som det vil ta tid å opparbeide seg, og

²⁷⁷ KOFA 2010/23 *Bergen-Nordhordland Rutelag* avsnitt 42.

om oppdragsgiver av andre grunner kan oppnå vesentlige bedre avtalevilkår ved å gå ut i markedet på nytt.²⁷⁸

Oppsummert vil konkurranseprinsippet i LOA § 4 ha stor betydning når en skal vurdere om en kontraktperiode må ansees for å være i strid med regelverket eller ikke. På den annen side er det en rekke motargumenter som kan tale for at det skal konkluderes med at en kontrakts lange varighet er i tråd med regelverket. Et sentralt moment her vil være hva som er gunstig ut ifra formålet om effektiv ressursbruk i LOA § 1. Dersom anskaffelsen er av en særlig kompleks art, vil dette tale for en kontraktperiode som strekker seg utover hovedregelen på fire år. I slike tilfeller kan også konkurranseprinsippet tjene som argument *for* en lengre kontraktperiode, slik tilfellet var i KOFAs uttalelse i *iTet*. Avgjørelsen må bero på en konkret vurdering, der hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk vektes mot hverandre.

7.4.3 Konkurransesprinsippets betydning for hvilke kontrakter som unntas fra regelverket som følge av egenregi

Formålet med dette punktet er å undersøke om konkurranseprinsippet tilsier at anskaffelsesregelverket får anvendelse på tilfeller av egenregi som er antatt å falle utenfor anskaffelsesregelverket.

Med egenregi menes at den offentlige oppdragsgiveren dekker sin etterspørsel etter varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider ved å anvende egne ressurser.²⁷⁹ Ofte benyttes begrepene «egentlig» egenregi og «utvidet» egenregi. Når oppdragsgiveren benytter ressurser i eget rettssubjekt, omtales det gjerne som «egentlig egenregi». Dette skiller seg fra situasjonen der oppdragsgiver dekker sin etterspørsel ved å henvende seg til en oppdragstaker som ikke tilhører oppdragsgivers egen organisasjon, men som står i et bestemt tilknytningsforhold til denne.²⁸⁰ Disse tilfellene kalles for «utvidet egenregi». Dette er opprinnelig et EUD-skapt unntak fra anskaffelsesregelverket, som i dag er kodifisert i

²⁷⁸ Goller mfl., 2017, side 110-111.

²⁷⁹ Se også Simonsen (1997) side 731, som definerer egenregi som at «innbyder velger å utføre arbeidet ved hjelp av egne krefter».

²⁸⁰ Wiggen (2012) side 15.

anskaffelsesdirektivet art. 12. Denne artikkelbestemmelsen er gjennomført i norsk rett i FOA § 3-1.²⁸¹

Etter FOA § 1-1 gjelder forskriften «vare-, tjeneste-, eller bygge- og anleggskontrakter». FOA § 4-1 bokstav a definerer «kontrakt» som en «gjensidig bebyrdende avtale» som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører. Ordlyden indikerer at leverandørene er adskilt fra oppdragsgiver, slik at avtalen inngås mellom to ulike rettssubjekter. Anskaffelsesregelverket kommer altså bare til anvendelse ved oppdragsgivers kontraktsinngåelser som er «gjensidig bebyrdende avtaler», jf. FOA § 4-1. I dette ligger det at den offentlige oppdragsgiver har foretatt et valg av leverandør som vedkommende ønsker å inngå den avtalen med. Dersom det ikke er foretatt et slikt valg, står en ikke overfor en kontrakt som reguleres av anskaffelsesregelverket. Dette har EUD tydelig slått fast i *Falk Pharma*²⁸² og i *Tirkkonen*.²⁸³ Egenregi (egentlig) vil foreligge i de tilfellene hvor ytelsen leveres av samme juridiske person som oppdragsgiver.²⁸⁴ Kontrakten faller da utenfor regelverkets virkeområde. Dette gjelder også de grunnleggende kravene i LOA § 4.

Det å påvirke et offentlig organs valg mellom å utføre en oppgave selv eller å etterspørre den fra andre aktører, ligger utenfor det formålet som anskaffelsesregelverket på EU/EØS-området skal ivareta. Dette fremgår av EUDs avgjørelse i *Stadt Halle*, hvor domstolen uttaler følgende:

«En offentlig myndighed, som er en ordregivende myndighed, kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse av almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne administrative, tekniske eller andre ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene.»

Uttalelsen forutsetter at oppdragsviers valg er et internt anliggende. Begrunnelsen for unntaket om egenregi er at spørsmålet om hvorvidt anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, ikke bør påvirkes av hvordan oppdragsgiver organiserer sin virksomhet. Dersom

²⁸¹ Nærmere om denne bestemmelsen på side ??? nedenfor.

²⁸² C-410/14 avsnitt 42.

²⁸³ C-9/17 avsnitt 36.

²⁸⁴ Dragsten, 2013, side 99.

oppdragsgiver har organisert seg gjennom flere uavhengige juridiske personer som regulerer forholdet seg imellom ved hjelp av kontrakter, vil ikke dette nødvendigvis innebære noen realitetsforskjell fra om virksomheten hadde vært organisert slik at all aktivitet gjennomføres innenfor samme juridiske person, som for eksempel forvaltningsapparatet i en stat eller i en kommune.²⁸⁵

Samtidig vil det i enkelte tilfeller foreligge momenter som taler med styrke for at anskaffelsesregelverket også skal få anvendelse ved egentlig egenregi.

Fra tid til annen vil enheter innenfor et rettssubjekt inneha en såpass selvstendig stilling, at det vanskelig kan begrunnes at de skal tilkjennes oppdrag uten at regelverket kommer til anvendelse. Jannicke Wiggen illustrerer i sin doktorgrad denne situasjonen med Universitetet i Oslo²⁸⁶ egen IT-seksjon «USIT» som eksempel. USIT operer som en egen tjenestegren under UiOs sentraladministrasjon. 40 prosent av finansieringsgrunnlaget for USITs virksomhet stammer fra tjenester som ytes til eksterne aktører.²⁸⁷ Verken UiO eller USIT er skilt ut fra staten som selvstendig rettssubjekt. Dette medfører at der UiO går til innkjøp av IT-tjenester fra USIT, vil dette formelt sett være en anskaffelse i egenregi, til tross for USITs selvstendige stilling.

Dersom situasjonen var den at UiO og USIT var organisert som to selvstendige rettssubjekter, ville anskaffelsesregelverket kommet til anvendelse på bakgrunn av regelen om «utvidet egenregi» i FOA § 3-1 første ledd. Bestemmelsen fastslår at når to selvstendige rettssubjekter inngår kontrakter med hverandre, vil regelverket ikke komme til anvendelse dersom tre kumulative vilkår er oppfylt: Etter bokstav a må oppdragsgiveren «utøve en kontroll som svarer til den kontrollen utøver over sin egen virksomhet» (kontrollkriteriet). Etter bokstav b må oppdragsgiver utøve «mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiveren eller andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer» (omsetningskriteriet). Etter bokstav c må rettssubjektet som det inngås kontrakt med, ikke inneha «direkte private eierandeler». Eksempelet med UiO og USIT faller utenfor FOA § 3-1 første ledds virkeområde, da vilkåret

²⁸⁵ Goller mfl. (2017) side 34-35.

²⁸⁶ Heretter «UiO».

²⁸⁷ Wiggen (2012) side 179. Avhandlingen er ti år gammel, og det tas derfor forbehold om at tallene og/eller forholdet mellom UiO og USIT er endret i senere tid.

om at kontrakten inngås mellom to selvstendige rettssubjekter ikke er oppfylt. Wiggen tar videre til orde for at det i et slikt tilfelle vil være vanskelig å avvise at anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse, bare fordi enhetene inngår i en og samme juridiske person.²⁸⁸ Hun legger til at etter hennes syn vil EUD i et slikt tilfelle la hensynet til likebehandling og konkurranse få avgjørende vekt i vurderingen av om tilfellet skal sies å utgjøre egentlig egenregi, eller en gjensidig bebyrdende kontrakt. Sistnevnte faller inn under definisjonen i FOA § 4-1 bokstav a.

Selv om Wiggens drøftelse er fra før 2014-direktivene, har synspunktene samme styrke i dag. Etter mitt syn vil konkurranseprinsippet i LOA § 4 tilsi, at FOA § 3-1 første ledd om utvidet egenregi må få analogisk anvendelse også på anskaffelser mellom virksomheter i samme rettssubjekt; dersom en anskaffelse i egenregi ikke oppfyller vilkårene i første ledd bokstav a-c om utvidet egenregi, må anskaffelsesregelverket komme til anvendelse. Jeg kan ikke se at det er noen tungtveiende reelle hensyn som tilsier at slike anskaffelser skal unntas regulering, bare faktum at partene befinner seg innenfor samme rettssubjekt.

Et motargument til et slikt syn oppstilles av KOFA i *Øst-Finnmark Politidistrikt*. Innklagede hadde uten kunngjøring inngått en kontrakt med Statsbygg om leie av nytt politiattestkontor i Vardø. Klager anførte at kontrakten i realiteten var en bygge- og anleggsanskaffelse, og at leiekontrakten derfor skulle ha vært kunngjort. Nemda uttaler her at det kan innvendes at «når to enheter med samme eier handler med hverandre, er man utenfor det marked som anskaffelsesreglene etter sitt formål skal regulere».²⁸⁹ Samtidig blir det fremholdt at «på den annen side kan et ubetinget egenregi-unntak for ethvert samarbeid mellom ulike enheter som tilhører samme juridiske person, komme i dårlig harmoni med anskaffelsesreglenes formål, dersom organiseringen av offentlig sektor fører til konkurransevidning» (min kursivering).²⁹⁰ Som KOFA så vidt er inne på, vil en overdreven bruk av egenregi potensielt føre til konkurransevidning, og følger dermed til dels resonnementet til Wiggen. Det skal bemerkes at uttalelsene fra nemda ikke hadde betydning i den konkrete saken, da Statsbyggs virksomhet etter KOFAs syn uansett ikke bar preg av å være konkurransevidende. Klagenemda gikk

²⁸⁸ Wiggen, 2012, side 180.

²⁸⁹ KOFA sak 2012/188 avsnitt 20.

²⁹⁰ Ibid.

derfor ikke nærmere inn på spørsmålet.²⁹¹ Uttalelsen kan imidlertid tas til inntekt for at KOFA anerkjenner at kontrakter mellom to parter innenfor samme rettssubjekt ikke omfattes av regelverket, og at dette i enkelte tilfeller kan være problematisk med tanke på blant annet konkurranseprinsippet.

Oppsummert er det slik at problemstillingen om anskaffelsesregelverket i enkelte tilfeller skal få anvendelse på kontrakter inngått mellom virksomheter innenfor samme rettssubjekt ikke har blitt tatt stilling til av EUD eller norske domstoler. Spørsmålet har dermed ikke blitt avklart. Etter mitt syn gjør ikke de hensyn som hjemler unntakene om egenregi seg gjeldende i like stor grad for de tilfellene som er nevnt ovenfor. Der vilkårene i FOA § 3-1 ikke er oppfylt for kontraktinngåelse mellom to parter i et og samme rettssubjekt, må konkurranseprinsippet tilsi at kontrakten reguleres av anskaffelsesregelverket.

8 Avsluttende betraktninger

Gjennom lovfesting i prinsippbestemmelsen i LOA § 4 utgjør konkurranseprinsippet en sentral del av det norske anskaffelsesregelverket. Dette gjelder både som selvstendig grunnlag for rettigheter og plikter, i tillegg til å fungere som en tolkningsfaktor som legger føringer for forståelsen av det øvrige regelverket innenfor anskaffelsesregelverket. Uttalelsene fra departementet og utvalget i forkant av vedtakelsen av LOA gir uttrykk for at konkurranseprinsippet i § 4 har et eget, mer generelt innhold som går utover det omgåelsesforbudet som fremgår av prinsippbestemmelsene i anskaffelsesdirektive art. 18 nr. 1 andre ledd.

Samtidig er det slik at konkurranseprinsippet har blitt gjennomført i flere bestemmelser under FOA del II. Dermed vil prinsippet isolert sett hovedsakelig ha betydning for del I-anskaffelser, dvs. anskaffelser under nasjonal terskelverdi, noe som også blir lagt til grunn i forarbeidene til LOA.²⁹² Konkurransprinsippet etter § 4 har imidlertid betydning for oppdragsgivers frihet vedrørende fastsettelsen av kontraktens varighet. I tillegg tar jeg til orde

²⁹¹ Ibid. avsnitt 23.

²⁹² Jf. f.eks. Prop 51 L side 82.

for at tungtveiende hensyn taler for at prinsippet må få betydning for spørsmålet om en står overfor en ordinær kontrakt eller et tilfelle av egenregi. Videre er det på det rene at vedtakelsen av LOA og FOA medførte en økning av den nasjonale terskelverdien fra kr. 500 000 til kr. 1,3 millioner, noe som har medført at konkurranseprinsippet vil ha direkte betydning for langt flere offentlige anskaffelser enn tidligere. I den store sammenhengen vil imidlertid majoriteten av anskaffelser reguleres av del II eller del III.²⁹³ Dette illustreres av at KOFA siden den startet sin virksomhet i 2003 har behandlet 79 rene del I-anskaffelser, mens den i alt har behandlet 430 del II-anskaffelser. Dette gjør at konkurranseprinsippet i LOA § 4 i de fleste tilfeller vil gjøre seg gjeldende som tolkningsmoment der øvrige bestemmelser i regelverket ikke regulerer konkurransehensynet uttrykkelig.

²⁹³ I tillegg til de alminnelige bestemmelsene som fremgår av FOA del I.

9 Referanseliste

9.1 Konvensjoner og multilaterale avtaler

EØS-avtalen

Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto, 2. mai 1992.

TEUV

Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte. Konsolidert utgave (EUT 2016/C 202/01).

TEU

Traktaten om den Europæiske Union. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).

TEF

Avtale om Det Europeiske økonomiske fellesskap.

9.2 Forordninger og direktiver

Forordning 1370/2007

Europaparlaments- og rådsforordning av 23. oktober 2007 om offentlig persontransport med jernbane og på vei. [Kollektivtransportforordningen]

Direktiv 71/305/EØF

Rådets direktiv av 26. juli 1976 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Direktiv 77/62/EØF

Rådets direktiv av 21. desember 1976 om samordning av behandlingen ved tildeling av kontrakter om offentlig varekjøp.

Direktiv 92/50/EØF

Rådets direktiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige tjenesteytelsesavtaler.

Direktiv 93/36/EØF

Rådets direktiv 93/36/EØF av 14. juni 1993 om fremgangsmåtene ved offentlige innkjøp.

Direktiv 93/37/EØF

Rådets direktiv 1993/37/EØF av 14. juni 1993 om samordning av fremgangsmåtene med hensyn til inngåelse av offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Direktiv 2004/18/EF

Europarlamentet og Rådets direktiv 2004/24/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved tildeling av offentlig bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting.

Direktiv 2014/24/EU

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.

9.3 Forarbeider og tolkningsuttalelser fra Kommisjonen og Rådet

COM (2011) 896 endelig

Europakommisjonen, *Forslag til Europaparlamentet og Rådets direktiv om offentlige innkjøp.*

COD (2011) 438

Rådet for den Europeiske Union, *Forslag til Europaparlamentet og rådets direktiv om offentlige innkjøp.*

COM (2011) 15 endelig

Europakommisjonen, GRØNBOG om modernisering af EUs politikk for offentlige innkjøp Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige innkjøp.

9.4 Norsk lovgivning og forskrifter

Grl.

Kongerikets Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

EØS-loven

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske samarbeidsområde (EØS).

1999-loven

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

Krrl.

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

LOA Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

FOA Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

9.5 Proposisjoner, utredninger og innstillinger

Prp. nr. 71 Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) om lov om offentlige anskaffelser.

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med sammenslutninger (konkurranseloven).

Prop. 51 L Proposisjon 51 L (2015-2016) om lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

NOU 1997: 21 NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser.

NOU 2012: 2

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU.

NOU 2014: 4

NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.

NOU 2019: 5

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov. Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning.

9.6 Rundskriv

Veilederen

Nærings- og fiskeridepartementets veileder P-2017-933 til reglene om offentlige anskaffelser.

2006-veilederen

Veileder fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet P-2006-933 til reglene om offentlige anskaffelser.

9.7 Praksis fra Den Europeiske Unions Domstol (EUD)

Flaminio Costa

Dom av 15. juli 1964, sak C-6/64.
ECLI:EU:C:1964:66.

United Brands

Dom av 14. februar 1978, sak C-27-76.
ECLI:EU:C:1978:22.

Waste Oils

Dom av 7. februar 1985, sak C-240/83.
ECLI:EU:C:1985:59.

Albako

Dom av 21. mai 1985, sak C-249/85.
ECLI:EU:C:1987:245.

Beentjes

Dom av 20. september 1988, sak
C-31/87. ECLI:EU:C:1988:422.

Rauh

Dom av 21. mars 1991, sak C-314/89.
ECLI:EU:C:1991:143.

Storebælt

Dom av 22. juni 1993, sak C-243/89.
ECLI:EU:C:1993:257.

Ferriere Nord

Dom av 6. april 1995, sak T-143/89.
ECLI:EU:T:1995:64.

Kommisjonen mot Belgia

Dom av 25. april 1996, sak C-87/94.
ECLI:EU:C:1996:161.

Mannesmann

Dom av 15. januar 1998, sak C-44/96.
ECLI:EU:C:1998:4.

Arnhem

Dom av 10. november 1998, sak
C-360/96. ECLI:EU:C:1998:525.

Eco Swiss

Dom av 1. juni 1999, sak C-126/97.
ECLI:EU:C:1999:269.

Agorá

Dom av 10. mai 2001, forente saker C-
223/99 og C-260/99. ECLI:EU:C:2001:259.

Ordine Degli Architetti

Dom av 12. juli 2001, sak C-399/98.
ECLI:EU:C:2001:401.

Courage and Crehan

Dom av 20. september 2001, sak C-453/99. ECLI:EU:C:2001:465.

Lombardini & Mantovani

Dom av 27. november 2001, forente saker C-285/99 og C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640.

Concordia Bus Finland

Dom av 17. september 2002, sak C-513/99. ECLI:EU:C:2002:495.

Universale-Bau mfl.

Dom av 12. desember 2002, sak C-470/99. ECLI:EU:C:2002:746.

Adolf Truley

Dom av 27. februar 2003, sak C-373/00. ECLI:EU:C:2003:110.

Sintesi

Dom av 7. oktober 2004, sak C-247/02. ECLI:EU:C:2004:593.

Stadt Halle

Dom av 11. januar 2005, sak C-26/03. ECLI:EU:C:2005:5.

<i>Parking Brixen</i>	Dom av 13. oktober 2005, sak C-458/03. ECLI:EU:C:2005:605.
<i>Carbotermo SpA</i>	Dom av 11. mai 2006, sak C-340/04. ECLI:EU:C:2006:308.
<i>Bayerischer Rundfunk mfl.</i>	Dom av 13. desember 2007, sak C-337/06. ECLI:EU:C:2007:786.
<i>SECAP</i>	Dom av 15. mai 2008, forente saker C-147/06 og C-148/06.
<i>Pressetext</i>	Dom av 19. juni 2008, sak C-454/06. ECLI:EU:C:2008:232.
<i>Mickhaniki</i>	Dom av 16. desember 2008, sak C-213/07. ECLI:EU:C:2008:731.
<i>Assitur</i>	Dom av 19. mai 2009, sak C-538/07. ECLI:EU:C:2009:317.

Kommisjonen mot Tyskland

Dom av 9. juni 2009, sak C-480/06.
ECLI:EU:C:2009:357.

Helmut Müller

Dom av 25. mars 2010, sak C-451/08.
ECLI:EU:C:2010:168.

Kommisjonen mot Spania

Dom av 29. mai 2013, sak T-384/10.
ECLI:EU:T:2013:277.

Grupo Hospitalario Quirón

Dom av 22. oktober 2015, sak C-552/13.
ECLI:EU:C:2015:713.

Impresa Edilux

Dom av 22. oktober 2015, sak C-425/14.
ECLI:EU:C:2015:721.

Falk Pharma

Dom av 2. juni 2016, sak C-410/14.
ECLI:EU:C:2016:399.

Tirkkonen

Dom av 1. mars 2018, sak C-9/17.
ECLI:EU:C:2018:142

<i>P.M.</i>	Dom av 6. juni 2019, sak C-264/18. ECLI:EU:C:2019:472.
<i>Vitali</i>	Dom av 26. september 2019, sak C-63/18. ECLI:EU:C:2019:787.
<i>Tim SpA</i>	Dom av 30. januar 2020, sak C-395/18. ECLI:EU:C:2020:58.
<i>Sanresa</i>	Dom av 8. juli 2021, sak C-295/20. ECLI:EU:C:2021:556.

9.8 Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten (GA)

<i>Tyskland mot Parlamentet</i>	Forslag fra GA Fennelly av 5. oktober 2000, sak C-376/98. ECLI:EU:C:2000:324.
<i>SIAC</i>	Forslag fra GA Jacobs av 10. mai 2001, sak C-19/00. ECLI:EU:C:2001:266.
<i>Sintesi</i>	Forslag fra GA Stix-Hackl av 1. juni 2004, sak C-247/02. ECLI:EU:C:2004:399.

Kommisjonen mot Hellas

Forslag fra GA Poiares Maduro av 17.
desember 2008, sak C-250/07.
ECLI:EU:C:2008:734.

Helmut Müller

Forslag fra GA Mengozzi av 17.
november 2009, sak C-451/08.
ECLI:EU:C:2009:710.

9.9 Praksis fra EFTA-domstolen

Straffesak mot A

Dom av 3. oktober 2007, sak E-1/07.

L'Oréal v. Per Aarskog AS mfl.

Dom av 8. Juli 2008, forente saker E-9/07
og E-10/07.

Praksis fra Norges Høyesterett

(Sykejournal) Rt. 1977 side 1035

(Løgn-detektor) Rt. 1996 side 1114

(Finanger I) Rt. 2000 side 1811

(GOD MORGON) Rt. 2002 side 391

(Finanger II) Rt. 2005 side 1365

(Livbøye) Rt. 2006 side 1473

(SB Transport) Rt. 2007 side 983

(Krekar) Rt. 2007 side 1573

(STX) Rt. 2013 side 258

(Grimstvedt) Rt. 2015 side 421

(Nesseby) HR-2018-456-P

(Fosen-linjen)

HR-2019-1801-A

9.10 Praksis fra Lagmannsretten

Jernbaneverket

LB-2010-201985

Statnett

LB-2016-65693

9.11 Praksis fra klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Sico Data

KOFA sak 2004/243

Fasting mfl.

KOFA sak 2005/192

Tele Trading

KOFA sak 2007/19

Elkjøp

KOFA sak 2007/79

<i>Akutt Helse SUS</i>	KOFA sak 2007/116
<i>Runes Maskin</i>	KOFA sak 2009/281
<i>Bergen-Nordhordland Rutelag</i>	KOFA sak 2010/23
<i>Bedriftskompetanse</i>	KOFA sak 2011/371
<i>Fjord Line</i>	KOFA sak 2012/22
<i>Øst-Finnmark Politidistrikt</i>	KOFA sak 2012/188
<i>BMO Entreprenør</i>	KOFA sak 2013/128
<i>Frogn Kommune</i>	KOFA sak 2014/3
<i>Ragn-Sells</i>	KOFA sak 2014/27
<i>iTet</i>	KOFA sak 2016/18
<i>Aspheim flygel- og pianosenter</i>	KOFA sak 2016/39

Moskenes Kommune

KOFA sak 2016/123

Atea

KOFA sak 2017/84

Rakkestad Containerservice

KOFA sak 2017/143

Team G8

KOFA sak 2018/158

Mindup

KOFA sak 2019/713

Stord Taxi

KOFA sak 2021/351

9.12 Litteratur

Simonsen (1997)

Simonsen, Lasse (1997). *Prekontraktuell ansvar – det alminnelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*. Universitetsforlaget.

- Tridimas (2006) Tridimas, Takis (2006). *The General Principles of EU Law* (2nd edition) Oxford EC law library.
- Trepte (2007) Trepte, Peter (2007). *Public Procurement in the EU – A practitioner's guide*. Oxford University Press.
- Piris, 2010 Piris, Jean-Claude (2010). *The Lisbon Treaty – A Legal and Political analysis*. Cambridge University Press.
- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland (2010), «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen «gjeldende EU-rett»» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 nr. 2 side 247-287.
- Arrowsmith (2011) Arrowsmith, Sue (2011). Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. Barnard Catherine mfl. (Red.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*

(volum 14, side 1-47). Cambridge University Press.

Sejersted mfl. (2011)

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. (2011). *EØS-rett*. (3. utgave). Universitetsforlaget.

Fredriksen (2011)

Fredriksen, Steinar, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett» *Jussens Venner* (2011) nr. 1 side 37-64.

Wiggen (2012)

Wiggen, Jannicke (2012), *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: Kontraktsbegrepets grenser* (Doktoravhandling). Universitetet i Oslo.

Bakken og Nordby (2013)

Bakken, Espen og Nordby, Thomas (2013) *Offentlige anskaffelser*. Fagbokforlaget.

Dragsten (2013)

Dragsten, Marianne H. (2013). *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*. Universitetsforlaget.

- Blandhol (2013) Franklin, Christian i Blandhol, Sverre (2013) De beste grunner – Reelle hensyn i juridisk argumentasjon.
- Kunzlik (2013) Kunzlik, Peter (2013). Neoliberalism and EU public procurement. Barnard Catherine mfl. (Red.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (volume 15, side 283-356). Cambridge University Press.
- Arrowsmith, 2014 Arrowsmith, Sue. (2014). *The law of Public and Utilities procurement Volume 1*. (3. utgave). Sweet and Maxwell.
- Frøberg (2014) Frøberg, Thomas (2014). *Rettslig prinsippargumentasjon*. Gyldendal Juridisk.
- Arnesen, Stenvik, 2015 Arnesen, Finn og Stenvik, Are. (2015). *Internasjonalisering og juridisk metode Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. (2. utgave). Universitetsforlaget.

Steinecke, Vesterdorf (2015)

Steinecke, Michael og Vesterdorf, Peter L. (2015) *EU Public Procurement law: Brussels Commentary*. Nomos/Hart.

Sánchez-Graells (2015)

Sánchez-Graells, Albert (2015). *Public Procurement and the EU Competition Rules*. (2. utgave). Hart Publishing.

Jakobsen, Poulsen og Kalsmose-Hjelmborg (2016)

Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg. *EU Udbudsretten* (3. utgave) Jurist- og Økonomiforbundets forlag.

Trygstad (2017)

Trygstad, Kristian Jåtog. (2017). *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. (2. utgave). Gyldendal Juridisk.

Goller mfl. (2017)

Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, Karoline Kreyberg, Kine Østbye Neslein, Kaspar Nygaard Thommessen og Line Camilla Werner (2017) *Anskaffelsesrett i et nøtteskall* (2.utgave). Gyldendal Juridisk.

Arrowsmith (2018)

Arrowsmith, Sue. (2014). *The law of Public and Utilities procurement Volume II*. (3. utgave). Sweet and Maxwell.

Fredriksen og Mathisen (2018)

Haukeland Fredriksen, Hallvard og Mathisen, Gjermund. (2018). *EØS-rett*. (3. utgave). Fagbokforlaget.

Skoghøy (2018)

Skoghøy, Jens Edvin A. (2018). *Retten og rettsanvendelse*. Universitetsforlaget.

Thue mfl. (2018)

Thue, Anders, Buan Anne, Lazaridis Sofia og Brun Kristine Røed Brun (2018). *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*. (2. utgave). Gyldendal.

Fabricius (2019)

Fabricius, Jesper (2019) *Udbudsretlige principper*. Steen Treumer (Red.), *Udbudsretten*. København: Ex Tuto Publishing A/S.

Lund, Rosenvold (2020)

Lund, Robert & Rosenvold, Ronny (2020) «Forholdet mellom anskaffelses-og statsstøttereguleringen», i *Offentlige kontrakter; aktuelle tema*, Kristian Jåtog Trygstad og Espen Bakken (Red.), Gyldendal.

Platou (2021)

Platou, Tonje, «Den rettslige rekkevidden av miljøkravet i lov om offentlige anskaffelser § 5» *Lov og Rett* (2021) nr. 9 side 533-551.

Ute og Ekre (2021)

Ute, Haroun Egeh og Oda Hellenes Ekre. Karnov lovkommentar: Anskaffelsesforskriften - FOA 2016, Lovkommentar 4 til § 8-9 3. ledd, [Lovdata.no](https://lovdata.no) (hentet 28. februar 2022).

9.13 Øvrige kilder

Norsk industri (2019)

Norsk industri (2019) *Ny handlingsplan for grønne offentlige innkjøp*, <https://www.norskindustri.no/dette-jobber-vi-med/okonomi/aktuelt/ny-handlingsplan-for-gronne-offentlige-innkjop/> (besøkt 27. april 2022).

European Commission (2021)

European Commission (2021) *Public Procurement*, https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/policy_areas/public-procurement_en (besøkt 20.04.22).

Stoltz (2021)

Stoltz, Gerhard (2021) «Konkurransse (Økonomi)» i Store Norske Leksikon, 20. desember 2021, [https://snl.no/konkurransse - %C3%B8konomi](https://snl.no/konkurransse-%C3%B8konomi) (besøkt 15. april 2022).

Arbeidsgrupperapport (2018)

Rapport fra arbeidsgruppe (2018) *Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører.*

