



UiT Norges arktiske universitet

Det Juridiske Fakultet

Tilrettelegging for lokalt næringsliv i offentlige anskaffelser

Med fokus på anskaffelser under nasjonal terskelverdi

Brit Røstad Bjordal

Masteroppgave i JUR-3902 Våren 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Avhandlingens tema og aktualitet.....	1
1.2	Avgrensning.....	2
1.3	Rettskildebildet	2
1.4	Oversikt.....	4
2	Kort om anskaffelsesregelverket.....	5
3	Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper	7
3.1	Prinsippenes formål og funksjon	7
3.2	Prinsippenes innhold.....	7
3.3	Nedfallsproblematikk.....	9
4	Tilrettelegging av lokalt næringsliv	11
4.1	Hvorfor er tilrettelegging problematisk?	11
4.2	På hvilke måter kan oppdragsgivere tilrettelegge?	12
5	Oppdragsgivers adgang til kommunikasjon med markedet.....	13
5.1	Innledning	13
5.2	Rettslige utgangspunkter for kommunikasjon med markedet	14
5.2.1	Hvilke krav stiller de grunnleggende prinsippene?	14
5.2.2	Forskriftens regulering av kommunikasjon med markedet	15
5.3	Adgangen til å utføre markedsundersøkelser i forkant av en anskaffelse	16
5.3.1	Markedsundersøkelser som tiltak for tilrettelegging	16
5.3.2	Rettslig grunnlag for adgangen til å utføre markedsundersøkelser	16
5.3.3	Når vil markedsundersøkelser være i strid med de grunnleggende prinsippene? 17	
5.4	Adgangen til å søke og motta råd fra markedet	18
5.4.1	Rettslige utgangspunkter.....	18
5.4.2	Når bruk av råd er i strid med likebehandlingsprinsippet.....	18

5.4.3	Muligheten til å utjevne konkurransefordeler.....	22
5.4.4	Likebehandlingsprinsippets grenser for dialog med lokale leverandører	24
6	Oppdragsgivers adgang til å tilrettelegge i konkurransegrunnlaget	26
6.1	Innledning	26
6.2	Konkurransegrunnlag i del I-anskaffelser.....	26
6.3	Regelverkets krav til tildelingskriterier	28
6.3.1	Innledning	28
6.3.2	Kort om FOA. § 8-11	28
6.3.3	Rettslige utgangspunkter for del I-anskaffelser	29
6.4	Tildelingskriterier som kan tilrettelegge for lokalt næringsliv	31
6.4.1	Rettslige utgangspunkter.....	31
6.4.2	Lokal tilhørighet som tildelingskriterium	32
6.4.3	Andre tildelingskriterier som er egnet til å tilrettelegge	35
6.5	Kravspesifikasjoner.....	35
6.5.1	kravspesifikasjoner i del I-anskaffelser	35
6.5.2	Muligheter for tilrettelegging.....	36
6.6	Kvalifikasjonskrav	38
6.6.1	Kvalifikasjonskrav i del I-anskaffelser	38
6.6.2	Muligheter for tilrettelegging.....	38
7	Oppdragsgivers adgang til å dele opp kontrakter	40
7.1	Innledning	40
7.2	Alternative måter å dele opp kontrakter.....	41
7.3	Rettslige utgangspunkter.....	41
7.3.1	Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.....	41
7.3.2	De grunnleggende prinsippers krav til valg om oppdeling.....	42
7.3.3	FOA § 19-4	43
7.4	Forbud mot oppdeling.....	43

7.4.1	Overordnet	43
7.4.2	Har oppdragsgiver alltid fritt skjønn til å kunne dele opp kontrakter?	44
7.5	Plikt til oppdeling.....	45
7.5.1	Overordnet	45
7.5.2	Når har oppdragsgiver plikt til å dele opp anskaffelsen?.....	45
7.6	Adgangen til å verdsette kontrakter hver for seg	48
7.6.1	Overordnet	48
7.6.2	Rettslige utgangspunkter.....	48
7.6.3	Grensene for når oppdragsgiver kan dele opp anskaffelser uten å beregne verdien samlet	49
8	Avsluttende bemerkninger	53
	Referanseliste	1

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og aktualitet

Når det offentlige anskaffer varer og tjenester fra markedet er det helt sentralt at de ikke favoriserer enkelte tilbydere på bekostning av det beste tilbudet. En kommune kan derfor ikke kjøpe varer og tjenester fra en lokal leverandør på bakgrunn av sympati eller et ønske om å tilgodese disse aktørene. Med lokale leverandører mener man som regel leverandører med kontoradresse i samme kommune.¹ Likevel er det tiltak som kommunen kan utføre som vil gjøre lokale leverandører konkurransedyktige.

Høsten 2022 ble det utarbeidet en rapport kalt *Kommunen som innkjøper*. Formålet til rapporten var å gi et kunnskapsgrunnlag om hvordan distriktene kan legge til rette for små- og mellomstore bedrifter og konkurranse fra lokalt næringsliv i anskaffelser.² Rapporten viser til flere tiltak som en kommune kan utføre og som direkte eller indirekte vil gjøre lokale leverandører mer konkurransedyktige.

Denne avhandlingen har som formål å redegjøre for hvilke muligheter en kommune har til å gjøre vurderinger som tilrettelegger for lokale leverandører, til tross for kravet om likebehandling. Avhandlingen vil drøfte hvilke tiltak som kan utføres, og grensene for disse. Problemstillingen for oppgaven vil være om hvilke muligheter oppdragsgiver³ har til å tilrettelegge for lokalt næringsliv i offentlige anskaffelser på bakgrunn av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del I.⁴

¹ Oslo Economics og Inventura, *Kommunen som innkjøper*, 2022, <https://distriktssenteret.no/wp-content/uploads/2022/12/Kommunen-som-innkjoper.pdf> (heretter *Kommunen som innkjøper*) s. 8.

² *Kommunen som innkjøper* s. 4.

³ Med oppdragsgiver siktes det til definisjonen i anskaffelsesloven § 2 første ledd jf. annet ledd.

⁴ Lov av 17.06.2016 nr.73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) (heretter LOA) og Forskrift av 12.08.2016 nr.974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) (heretter FOA).

1.2 Avgrensning

For anskaffelser med en verdi mellom 100 000 og 1 300 000 NOK er det kun LOA og FOA del I som kommer til anvendelse. Disse anskaffelsene har ikke forskriftsfestede prosedyreregler for anskaffelsesprosessen slik som øvrig deler av regelverket. Dette fører til at oppdragsgiver i disse anskaffelsene har større skjønnsfrihet og valgmuligheter. Oppdragsgivere har derfor flere muligheter til å gjøre egne vurderinger i den konkrete anskaffelsesprosess. Til tross for stor skjønnsfrihet i del I-anskaffelser, er det visse regler oppdragsgiver må forholde seg til. Dette vil særlig være de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper som er lovfestet i LOA § 4.

Det er ikke utelukkende fordeler ved stor skjønnsfrihet og flere valgmuligheter. Blant annet er uklarheten som ligger i vagt utformede regler og usikkerhet vedrørende skjønns grenser en ulempe. Dette gjør regelverket mindre forutsigbart, noe som kan føre til at det er mer tidskrevende å benytte seg av.⁵ Med dette som utgangspunkt er det behov for å klarlegge og fastsette innholdet i de grunnleggende prinsippene når de benyttes som grunnlag for krav som stilles til del I-anskaffelser. Oppgaven vil på bakgrunn av disse betraktningene knytte seg til del-I anskaffelser⁶ som på grunn av større skjønnsfrihet fører til større mulighet for tilrettelegging.

På grunn av avhandlingens sidebegrensninger, vil den avgrenses til tre ulike tiltak som har vært ansett som egnet for å tilrettelegge for små og lokale leverandører, og problemstillinger knyttet til disse.

1.3 Rettskildebildet

Avhandlingen er rettsdogmatisk og vil besvares gjennom Eckhoffs alminnelige juridiske metode. Metoden er også inspirert av Høyesterett gjennom hvordan deres avgjørelser blir strukturert og vurdert på bakgrunn av gjeldende rett. Som øverste domsmyndighet i det

⁵ Også gjennomgått som en problemstilling ved forenkling av lovverket Prop 51.L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) s. 26.

⁶ Med del I-anskaffelser menes det anskaffelser som er regulert av FOA del I. De samme begrepene vil brukes for FOA del II og del III.

norske rettssystemet vil domstolens fremgangsmåte være rettsnormerende for den juridisk metode.⁷ I tråd med denne metoden vil avhandlingen ha utgangspunkt i autorative rettskilder som lovtekst og forarbeider.

Avhandlingen byr på noen metodiske utfordringer. For det første vil det primære rettsgrunnlaget⁸ i stor grad være lovfestede prinsipper som på grunn av sin ordlyd kan være krevende å utlede noe fra. Særlig blir dette utfordrende når innholdet sjeldent blir avklart av Høyesterett.

Av sekundære kilder, altså rettskilder som i utgangspunktet ikke har et opphav som gir de rettsnormerende kraft i seg selv,⁹ er det mer å hente. Disse kildene er likevel knyttet til et tidligere regelverk eller andre deler av regelverket som ikke direkte kommer til anvendelse for del I-anskaffelser. Dette innebærer at kildene ikke umiddelbart er relevante for vurderingen, men at det må gjøres nærmere tolkninger og avveininger av dem.

Til slutt vil det gjennomgås et betydelig antall av saker fra Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFA skal uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter og kan avggi vedtak om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser.¹⁰ Disse avgjørelsene har i utgangspunktet ikke særlig høy rettskildemessig verdi. Likevel benyttes de ofte av Høyesterett, underrettspraksis, litteratur og andre KOFA-saker. Dette tilsier at nemdas vedtak i stor grad vises til dersom de har gjennomgått en lignende problemstilling, og vektlegges i ulik grad etter argumentasjonens kraft og om flere KOFA-avgjørelser stadfester det samme.

⁷ Skoghøy, Jens Edvin A, Rett og Rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018, Oslo s.19 som henviser til Nygaard (2004) s. 85 og Eckhoff/Helgesen (2001) s.20-21.

⁸ Eller de autorative kilder.

⁹ Skoghøy (2018) s. 215.

¹⁰ Se LOA § 12.

1.4 Oversikt

Oppgaven vil redegjøre for ulike måter kommunen kan tilrettelegge for lokalt næringsliv. Redegjørelsene vil knytte seg til muligheter eller tiltak som ofte fremheves som egnet i lys av regelverket. Tiltakene som avhandlingen skal gjennomgå er gjengitt fra rapporten *Kommunen som innkjøper*. Veilederen er brukt som inspirasjon for tiltakene og de praktiske eksemplene som rapporten oppstiller.

I kapittel 2-4 vil noen forutsetninger for oppgaven gjøres rede for. Dette innebærer en kort redegjørelse for anskaffelsesregelverket og reglene som er aktuelle for del I-anskaffelser. Det vil særlig brukes tid på de grunnleggende prinsippenes innhold og fallgruver.

I kapittel 5, 6 og 7 vil tre tiltak som kan utføres i en planleggingsfase i anskaffelsen gjøres rede for. Først vil muligheten for dialog eller markedskontakt vurderes i kapittel 5. Deretter vil oppdragsgivers mulighet til å tilrettelegge i sitt konkurransegrunnlag vurderes i kapittel 6. Til slutt vil oppdragsgivers mulighet til å dele opp kontrakter vurderes i kapittel 7. Alle kapitlene har underproblemstillinger som er aktuelle sett i lys av det aktuelle tiltaket som gjennomgås.

2 Kort om anskaffelsesregelverket

Anskaffelsesregelverket har en lang historie, men slik regelverket er bygget opp i dag har det i stor grad som formål å gjennomføre EU-regelverkets krav til offentlige anskaffelser, herunder¹¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU¹². Likevel er det deler av regelverket som anses som særnorske og er ment å ivareta andre anskaffelsesrettslige hensyn.¹³

Det norske anskaffelsesregelverket forankres i LOA med tilhørende forskrifter. Med mindre det er tale om anskaffelser som er unntatt fra regelverket, følger de prosessuelle og materielle krav til anskaffelsen av FOA. I forsyningssektoren og for konsesjonskontrakter gjelder egne forskrifter, og FOA kap. 2 fastsetter også enkelte andre unntak. Hver enkelt forskrift er inndelt etter anskaffelsens verdi, hvor det typisk er mer omfattende regler for anskaffelser av høyere verdi. Dette skillet er primært skapt av EU-rettens direktiver.

Ved gjennomføring av anskaffelser som har høy verdi stiller EU-retten krav til konkurranse i hele det indre marked, for å sikre de fire friheter. FOA skiller derfor mellom anskaffelser som er over og under EØS-terskelverdiene. Dette innebærer at reglene i eksempelvis FOA del III er utformet slik de er på bakgrunn av direktiver fra EU.

Til tross for at en anskaffelse etter sin verdi faller under EØS-terskelverdiene, kan den likevel være av interesse for det indre marked. En slik interesse kaller man gjerne en «klar grenseoverskridende interesse»¹⁴. Når en anskaffelse har klar grenseoverskridende interesse, stiller EU-retten også visse krav til anskaffelsesprosedyrene. Utover dette anses denne delen

¹¹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 5.

¹² Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF [Innkjøpsdirektivet 2014] EUT L 94/65.

¹³ NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser s. 15.

¹⁴ Se blant annet Sak C-298/15 (Borta) avsnitt 43 og 44.

av regelverket som særnorsk.¹⁵ Reglene etter del II, kommer til anvendelse dersom anskaffelsens verdi overstiger 1 300 000 NOK.

Del I-anskaffelser har ingen forskriftsfestede prosedyrekrav slik som del II og del III. Dette er tilsiktet for å sikre større fleksibilitet for disse anskaffelsene, på lik linje som forholdet mellom del II og del III. For å sikre at anskaffelser med anslått verdi under 1 300 000 NOK skjer i tråd med sentrale anskaffelsesrettslige hensyn, reguleres disse av grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.

¹⁵ NOU 2014:4 s. 63.

3 Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper

3.1 Prinsippenes formål og funksjon

Anskaffelseslovens formål fremgår av LOA § 1:

«Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte»

Regelverket er utformet for å oppfylle det overordnede formålet. For del I-anskaffelser er det i første rekke de grunnleggende prinsippene i LOA § 4 som skal sikre at formålet blir oppfylt. LOA § 4 bestemmer at oppdragsgiver «skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet». Disse prinsippene er grunnleggende krav som gjelder for alle anskaffelser som omfattes av loven. Dersom anskaffelser skjer i strid med prinsippene, vil dette kunne svekke tilliten og integriteten til det offentlige og føre til en dårligere konkurranse.¹⁶

De grunnleggende prinsippene har to funksjoner. De kan for det første danne et selvstendig grunnlag for rettigheter og plikter for oppdragsgivere og leverandører. Denne delen er særlig sentralt for del I-anskaffelser. For det andre kan de kan benyttes som tolkningsmomenter. Ved tvil om hvordan enkeltbestemmelser i regelverket skal forstås, vil det tolkningsalternativet som best ivaretar de grunnleggende prinsippene legges til grunn.¹⁷

3.2 Prinsippenes innhold

Det nærmere innholdet av prinsippene og hvor detaljerte krav som kan utledes fra dem, må vurderes etter hvilke deler av regelverket som kommer til anvendelse.

Kravene som stilles til en anskaffelse må ses i lys av at det gjelder et forholdsmessighetsprinsipp. Rekkevidden av de enkelte krav kan altså ikke gå lenger enn hva som er forholdsmessig i det konkrete tilfellet. Dette må vurderes etter anskaffelsens art,

¹⁶ Også lagt til grunn LH-2018-99424.

¹⁷ Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

kompleksitet og verdi. På denne måten vil kravet om forholdsmessighet sette føringer for de andre prinsippenes gjennomslagskraft.¹⁸

Konkurransesprinsippet bygger på en tanke om at konkurranse mellom flere tilbydere sikrer en effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. formålsbestemmelsen i LOA § 1. For del II og del III-anskaffelser vil konkurranse i stor grad være ivaretatt gjennom prosedyrereglene, herunder kravet om kunngjøring i Doffin og TED-databasen. For del I-anskaffelser må derimot prinsippet om konkurranse i lys av forholdsmessighetsprinsippet regulere hvor mange tilbydere som behøves.¹⁹

Prinsippet om likebehandling er et av de mest sentrale prinsippene i anskaffelsesretten. Prinsippet går ut på at alle potensielle og reelle leverandører skal behandles likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet.²⁰ EU-retten gir store bidrag til forståelsen av likebehandlingsprinsippet, og har i forbindelse med dette uttalt at kravet innebærer at like tilfeller skal behandles likt og ulike tilfeller skal behandles ulikt.²¹ For at anskaffelser skal være tillitsfulle er det elementært at tilbydere ikke skal bli utsatt for usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet.

Tillit bevares også gjennom at anskaffelsen skal kunne forutberegnes av tilbyderne og etterprøves av dem. Forutberegnelighetsprinsippet og etterprøvbarhetsprinsippet kan anses å være utledet av gjennomsiktighetsprinsippet som er forankret i praksis fra EU-retten. I EU/EØS-retten er det et krav om at anskaffelser skal være gjennomsiktig. Dette innebærer blant annet at alle betingelser og krav som stilles til en anskaffelse skal formuleres klart og presist slik at det reduserer risikoen for favorisering og vilkårlighet.²²

¹⁸ Prop. 51 L (2015-2016) s. 42 og 82.

¹⁹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 42.

²⁰ NOU 2014:4 s. 77.

²¹ C-279/93 (Schumacker) avsnitt 30.

²² T-165/12 (Evropaiki Dynamiki III) avsnitt 48.

3.3 Nedfallsproblematikk

Forholdet mellom de ulike delene av regelverket ble problematisert av Forenklingsutvalget i NOU 2014:4. Problematikken knytter seg til at de grunnleggende prinsippene kan danne grunnlag for selvstendige plikter og rettigheter, altså konkrete krav til gjennomføringen av en bestemt anskaffelse.

Ettersom det finnes konkrete prosedyrekrav i del II og del III, mens del I-anskaffelser i hovedsak reguleres av de grunnleggende prinsippene, er det rimelig å anta at de konkrete kravene i del II og del III raskt vil kunne være til inspirasjon når innholdet i reglene etter del I skal konkretiseres i en bestemt sak. Utvalget kaller dette nedfallsproblematikk:

«En særlig problemstilling er adgangen til å innfortolke konkrete saksbehandlingsregler for eksempel i forskriftens del I fordi de står i del II eller del III, med den begrunnelse at reglene følger av de grunnleggende prinsippene. Denne problemstillingen omtales som nedfallsproblematikk fordi detaljerte prosedyrekrav «faller ned» fra en del i forskriften til en annen, til tross for at lovgiver har valgt en annen ordlyd enn i denne delen eller ikke gitt nærmere regler overhodet».²³

Ved å innfortolke konkrete prosedyrekrav i de grunnleggende prinsippene opphører skillet mellom anskaffelser over og under nasjonale terskelverdier. Problematikken forsterkes ved at prinsippene brukes av tvisteløsningsorganer som grunnlag for en bestemt løsning for del II og del III-anskaffelser. Det vil i disse sammenhengene ikke være alltid være klart det samme resultatet vil kunne gjelde for del I-anskaffelser, da disse i utgangspunktet skal ha mindre strenge regler.

Innfortolking av detaljerte prosedyrekrav vil og være i strid med skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester som var et ønske i EU-retten. Skillet gitt ut på at de prioriterte tjenestene var omfattet av det tidligere direktivets prosedyreregler og de uprioriterte var bare i begrenset

²³ NOU 2014:4 s. 61.

grad regulert.²⁴ Skillet var begrunnet med at kontrakter uten tilstrekkelig grenseoverskridende interesse ikke måtte følge omfattende prosedyreregler.

I dag har lovgiver bevisst utformet et regelverk som er ment til å ha ulike regler for ulike anskaffelser. Skillet bør respekteres fordi loven og forskriftenes system må antas å være en følge av lovgiverviljen. Lovgiver har bevisst valgt å skille mellom anskaffelser som reguleres av særskilte prosedyrkrav og anskaffelser hvor det ikke gjelder bestemte saksbehandlingsregler.

Det er derfor en målsetning at prosedyrkravene som følger av de øvrige delene av regelverket ikke kan fungere som grunnlag for innholdet av de krav som skal stilles til del I-anskaffelser. Fastleggingen av kravene etter del I må forankres i de grunnleggende prinsippene.

²⁴ Prop.51 L (2015-2016) s. 8.

4 Tilrettelegging av lokalt næringsliv

4.1 Hvorfor er tilrettelegging problematisk?

Det er et ønske både fra lovgiver og EU at små og mellomstore bedrifter i større grad blir ivaretatt i offentlige anskaffelsesprosesser.²⁵ Lokalt næringsliv vil ofte være små bedrifter, noe som kan medføre at disse og bør bli ivaretatt. Dersom man tilrettelegger for at disse kan delta i anskaffelsesprosesser, vil det kunne øke konkurransen rundt en anskaffelse.

På en annen side er ivaretagelse av lokale leverandører i utgangspunktet ikke forenelig med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. Særlig prinsippet om likebehandling vil kunne medføre at aktører skal konkurrere på like vilkår, uavhengig av geografiske eller lokalpolitiske hensyn.

Likebehandlingsprinsippet medfører også at det ikke er adgang til å favorisere lokalt næringsliv. Det vil derfor være lovstridig av en oppdragsgiver å kjøpe varer eller tjenester av lokalt næringsliv med begrunnelse i at man ønsker å kjøpe lokalt. Et slikt forbud var tidligere nedfelt i anskaffelsesforskriften av 2006 § 3-1 (2) hvor oppdragsgiver hadde forbud mot å «diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet». Det er ikke eksplisitt forbud mot geografisk diskriminering i FOA, da regelen ble fjernet på grunn av et ønske om å forenkle regelverket. Innholdet i regelen vil likevel omfattes av likebehandlingsprinsippet.²⁶

Det kan være mange gode grunner til at man ønsker å tilrettelegge for lokalt næringsliv, men systematisk favorisering kan føre til økt redsel for korrupsjon og misbruk av samfunnets ressurser. Dette vil kunne føre til at færre tilbydere velger å delta i anskaffelsesprosesser, som vil føre til dårligere konkurranse. I tillegg vil det kunne føre til at oppdragsgivere går glipp av gode tilbud.

²⁵ Prop. 51 L (2015-2016) s. 5.

²⁶ NOU 2014:4 s. 82.

Favorisering av lokalt næringsliv er også i strid med de forpliktelser som følger av EØS-avtalen og EU/EØS-retten. Leverandører fra EØS-land skal ha like stor mulighet til å kunne delta i anskaffelsesprosesser som nasjonale leverandører som blant annet følger av ikke-diskrimineringsprinsippet i EØS-avtalen.²⁷

Spørsmålet er om det finnes tiltak, innenfor gjeldende regelverk, som gjør at man kan bidra til mer og bedre konkurranse gjennom tilrettelegging og ivaretagelse av lokale leverandører. Her må grensedragningene mellom ulovlig favorisering av lokale leverandører og tilrettelegging av lokalt næringsliv som er ønsket av kommunestyre, lovgiver og EU fastsettes. Denne grensedragningen vil være et sentralt vurderingstema i avhandlingen.

4.2 På hvilke måter kan oppdragsgivere tilrettelegge?

Det kan vanskelig skrives en uttømmende liste på hvordan oppdragsgivere kan tilrettelegge for lokale leverandører. Dette er fordi at de ulike anskaffelser krever ulik planlegging slik at det må foretas en konkret vurdering.

Likevel er det noen tiltak som kan anses som universale for tilrettelegging av små, lokale tilbydere. Et problem som gjerne oppstår i anskaffelsesprosesser er at kontraktene som lyses ut er så store, eller utformet på en slik måte, at små aktører ikke kan delta. På grunn av anskaffelsens utforming har de altså ikke mulighet til å levere på alle krav i konkurranse med store nasjonale eller internasjonale leverandører. Felles for tiltakene som er egnet til å tilrettelegge, er at de må gjøres ved planleggingen av en anskaffelse.

For det første kan man tilrettelegge for lokale leverandører gjennom dialog eller annen form for kommunikasjon mellom oppdragsgiver og lokalt næringsliv. Dialog kan klarlegge behov fra begge parter, og vil derfor kunne være nyttig både for leverandør og oppdragsgiver. For det andre kan tilrettelegging skje gjennom at oppdragsgiver er hensynsfull og bevisst på hvilke krav som stilles til aktuelle leverandører, eller hvilke krav som stilles til tilbudene. Til slutt er det mulig å tilrettelegge gjennom å dele opp anskaffelser slik at flere tilbydere har

²⁷ Lov 27.november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) art. 4.

mulighet til å selge sine varer eller tjenester til oppdragsgiver. Disse vil være kjernen av avhandlingen.

5 Oppdragsgivers adgang til kommunikasjon med markedet

5.1 Innledning

En oppdragsgiver kan ha flere grunner til å ønske å kontakte markedet i planleggingen av en anskaffelse. Det kan blant annet være for å finne ut hva markedet tilbyr sett i lys av det behovet som oppdragsgiver har, om det er ulike måter å dekke behovet på, hvilke leverandører finnes og hvor stor kostnad kan det antas at anskaffelsen blir å ha.²⁸ Jo mer informasjon oppdragsgiver tilegner seg om markedet, jo mer vellykket kan anskaffelsen bli.

I veilederen «Kommunen som innkjøper» blir dialog med lokale leverandører fremmet som et av tiltakene som kan fremme lokalt næringsliv. Det blir blant annet fremhevet at:

«[Det er] fullt mulig for en kommune å ha dialog med leverandørmarkedet for å finne ut hva som skal til for at lokale leverandører skal kunne være konkurransedyktige i en bestemt anskaffelsesprosess, og ta hensyn til dette når anskaffelsen skal planlegges. Kommunen kan også, gjennom dialog med markedet, sørge for at lokale leverandører er informert om, og forberedt på kommunens innkjøpsplaner. Kommunen må bare passe på at dette ikke skjer på en måte som har konkurransevridende effekt eller er i strid med prinsippet om likebehandling»²⁹

I veilederen hevdes det at kommunen for det første kan ha dialog med leverandørmarkedet for å finne ut hvordan lokale leverandører kan være konkurransedyktige for en bestemt anskaffelse. For det andre kan man ha kontakt med lokale leverandører for å holde de informert om deres innkjøpsplaner. Dette må likevel skje i tråd med prinsippet om likebehandling og kan ikke ha konkurransevridende effekt.

²⁸ Dragsten (2013) s. 249.

²⁹ Kommunen som innkjøper pkt. 4.5.1.

For at potensielle leverandører ikke skal få en fordel som er i strid med lovens formål og de grunnleggende prinsippene, er det viktig at kommunikasjon skjer innenfor visse rammer. Når en oppdragsgiver planlegger en anskaffelse er det derfor regler som setter grenser for kontakten mellom oppdragsgiver og ulike markedsaktører. Dersom oppdragsgiver har en anskaffelse i tankene og mottar råd for denne bestemte anskaffelsen, vil anskaffelsesregelverket komme til anvendelse.³⁰

Med utgangspunkt i veilederens forslag til tiltak, vil det gjøres rede for kommunens mulighet til kommunikasjon med lokale leverandører. Med «kommunikasjon» siktes det da til all form for kontakt mellom kommune og potensielle leverandører. Vurderingen tar sikte på å belyse ulike typetilfeller for kommunikasjon med markedet, og vurdere grensene for disse i lys av de grunnleggende prinsippene.

5.2 Rettslige utgangspunkter for kommunikasjon med markedet

5.2.1 Hvilke krav stiller de grunnleggende prinsippene?

Dersom kommunen ønsker å ha kontakt med lokale leverandører i forkant av en anskaffelse, må dette gjøres i tråd med de grunnleggende prinsippene. Særlig prinsippet om likebehandling setter føringer for hvor mye oppdragsgiver kan inkludere en tredjeperson i planleggingen av anskaffelsen.

Prinsippet om likebehandling medfører at kommunikasjon mellom oppdragsgiver og en tredjeperson ikke må føre til at potensielle leverandører gis ulike muligheter i en eventuell konkurranse.³¹ Dersom en leverandør har et særlig fortrinn overfor andre tilbydere på bakgrunn av kommunikasjon med oppdragsgiver, vil det trekke i retning av at prinsippet er brutt.

Dersom en oppdragsgiver ønsker å kontakte leverandører fra leverandørmarkedet, eller andre med særlig ekspertise om en konkret anskaffelse, vil det som utgangspunkt være opp til

³⁰ Jf. LOA § 2 første ledd og Goller, Morten mfl. Anskaffelsesrett: I et nøtteskall, Gyldendal Norsk forlag 2.utgave, 2017s. 57.

³¹ NOU 2014:4 s. 77.

oppdragsgivers skjønn å vurdere om dette er hensiktsmessig og forsvarlig. Her må hensynet til oppdragsgivers mulighet til å gjøre gode og effektive anskaffelser, ses opp risikoen for at en tredjeperson får en fordel.

5.2.2 Forskriftens regulering av kommunikasjon med markedet

På bakgrunn av nedfallsproblematikken bør det vises varsomhet i å benytte bestemmelser fra de andre delene av forskriften på del I-anskaffelser, slik som gjennomgått i pkt. 3.3. Dersom man følger forskriftens systematikk, har ikke prosedyrereglene som fremkommer av forskriftens del II og III overføringsverdi til del I-anskaffelser.

I noen tilfeller kan det imidlertid være behov for å se til mer handfaste regler for å belyse typetilfeller eller gjøre mer til det mindre-betraktninger. Særlig fordi mange av reglene som følger av del II er direkte utslag av de grunnleggende prinsippene. Innholdet i disse reglene kan derfor være til hjelp for å fastslå innholdet og rekkevidden prinsippene. FOA del II sine regler om markedskontakt skiller mellom ulike former for kontakt. Dette skillet kan være hensiktsmessig å bruke også for del I-anskaffelser

Det rettslige grunnlaget for kommunikasjon mellom oppdragsgiver og tredjepersoner for del II-anskaffelser er FOA §§ 8-1 og 8-2.

Det klare utgangspunktet er at oppdragsgiver både kan utføre markedsundersøkelser og ha kontakt med leverandører, jf. § 8-1 første ledd. Videre har oppdragsgiver mulighet til å søke og motta råd av et bredt spekter av tredjemenn, jf. annet ledd første punktum, og hvor disse kan brukes i «planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen». Oppdragsgiver har på bakgrunn av dette mulighet til å gå i dialog med markedet og motta råd som kan brukes i anskaffelsesprosessen.

Det er likevel en forutsetning for at oppdragsgiver skal kunne benytte seg av rådene, at de ikke brukes på en måte som har «konkurransesvridende effekt», eller er «i strid med likebehandlingsprinsippet», jf. § 8-1 annet ledd tredje punktum. Bestemmelsen stiller derfor krav til oppdragsgivers saksbehandling gjennom bruken av rådene.

Dersom en som har vært rådgiver også deltar i konkurransen som leverandør, stiller § 8-2 krav om at hans eventuelle fortrinn avbøtes med «egnende tiltak», for å sikre at leverandøren ikke får en «urimelig konkurransefordel» i konkurransen.

Ordlyden av bestemmelsene virker å knytte seg til ulike scenarioer av markedskontakt. For å tydeliggjøre ulike typetilfeller, kan det derfor være nyttig å bruke bestemmelsene som praktiske utgangspunkt.

5.3 Adgangen til å utføre markedsundersøkelser i forkant av en anskaffelse

5.3.1 Markedsundersøkelser som tiltak for tilrettelegging

Gjennom markedsundersøkelser kan oppdragsgiver få besvart spørsmål om markedet. I departementets høringsnotat av 17.mars 2015 ble det uttalt at det kan være praktisk og nødvendig for oppdragsgiver å henvende seg til enkelte leverandører i forkant av en anskaffelse for å få informasjon om hva som tilbys i markedet og for å sikre seg at konkurransegrunnlaget utformes på en måte som gir godt grunnlag for tilbud.³²

På samme grunnlag kan det være nyttig for en kommune å foreta markedsundersøkelser fra blant annet lokalt næringsliv for å lære mer om hva det lokale markedet har å tilby og om de er konkurransedyktige i en fremtidig konkurranse.

5.3.2 Rettslig grunnlag for adgangen til å utføre markedsundersøkelser

Når det er uttrykkelig oppfordret til å foreta markedsundersøkelser i del II og del III av forskriften, er det ingenting som tilsier at dette ikke kan gjøres også for anskaffelser etter del I. Dette kan begrunnes i at reglene for del I-anskaffelser skal ha større fleksibilitet. Likevel må markedsundersøkelsene utføres i tråd med de grunnleggende prinsippene jf. LOA § 4.

³² Se Det Kongelige Nærings- og Fiskeridepartementets høringsnotat 2 om ny forskrift om offentlige anskaffelser pkt. 3.2.1.

5.3.3 Når vil markedsundersøkelser være i strid med de grunnleggende prinsippene?

Prinsippet om konkurranse taler for at oppdragsgiver har mulighet til å foreta markedsundersøkelser, dersom dette er med på å skape en bedre anskaffelse med bedre konkurranse. Likevel kan de som blir kontaktet få informasjon om en kommende anskaffelse før andre i markedet. Dette kan for noen anses å være en fordel og dermed ikke likebehandling av potensielle tilbydere. Her taler imidlertid forholdsmessighetsprinsippet for at ikke enhver informasjonsfordel kan føre til at likebehandlingsprinsippet er brutt. Dette ville gjort det veldig komplisert for oppdragsgivere å få informasjon fra markedet, slik at de kan forbedre anskaffelsen.

Dragsten fremmer markedsundersøkelser som virkemiddel for å forbedre anskaffelsene. Blant annet argumenteres dette gjennom at markedsundersøkelser kan klargjøre om markedet kan levere en løsning som møter behovet oppdragsgiveren har, og hvordan konkurransesituasjonen er.³³

I KOFA-2013-130 argumenterte klagenemda i samme retning. Her hadde en oppdragsgiver kontaktet en leverandør og spurt om innspill og tips til hvilke krav som skulle oppstilles til anskaffelsen. Oppdragsgiver ønsket tilbakemelding om fordeler og ulemper ved ulike løsninger. Leverandøren kom med sine innspill og svarte oppdragsgiveren på spørsmålene. Nemda la til grunn at dette var en form for markedsundersøkelse for å finne ut hvilke løsninger som var mest hensiktsmessig.

På generelt grunnlag argumentere nemda også for at «[e]t viktig moment ved anvendelse av rådgiverbestemmelsen er nettopp at den ikke praktiseres så strengt at det offentlige i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra personer med tilknytning til et marked eller fagmiljø i

³³ Marianne Dragsten, Anskaffelsesforskriften. [Lovkommentar, § 8-1. Forberedende undersøkelser, Juridika](#) (2020) (kopiert 03. april 2023).

tilknytning til en anskaffelse»³⁴. Dette til tross for at leverandøren som ga råd, også vant konkurransen.

Oppdragsgivere bør altså kunne kontakte personer fra markedet eller fagmiljøer for å forbedre anskaffelsen sin. Det faktum at noen får informasjon om anskaffelsen er ikke nok til at likebehandlingsprinsippet eller prinsippet om konkurranse er brutt. Det vil heller ikke være formålstjenlig med tanke på målet om effektive anskaffelser.

Det er ingen praksis fra KOFA som har tatt stilling til om markedsundersøkelser er i strid med de grunnleggende prinsippene. Dette gir inntrykk av at markedsundersøkelser i de fleste tilfeller være i tråd med anskaffelsesregelverket, og at det heller ikke er særlig problematisk å foreta disse undersøkelsene.

5.4 Adgangen til å søke og motta råd fra markedet

5.4.1 Rettslige utgangspunkter

Del I-anskaffelser skal gi oppdragsgiver større frihet i vurderinger som angår anskaffelsen. Når utgangspunktet etter § 8-1 annet ledd er at oppdragsgiver både kan motta og bruke råd, er det ingen grunner til at det skal være strengere regler i del I-anskaffelser. Dette vil være i tråd med forholdsmessighetsprinsippet.

Det rettslige utgangspunktet må derfor være at de grunnleggende prinsippene tillater bruk av råd fra eksterne aktører i planleggingen av en del I-anskaffelse. Likevel kan det være tilfeller hvor særlig prinsippet om likebehandling og konkurranse setter begrensninger på bruken av rådene som innhentes fra markedet. Disse grensene vil bli gjennomgått i det følgende.

5.4.2 Når bruk av råd er i strid med likebehandlingsprinsippet

Etter § 8-1 er det forbud mot å bruke råd på en måte som har «konkurransesvridende effekt» eller fører til «brudd på likebehandlingsprinsippet». Det er altså hvordan råd fra markedet

³⁴ Se KOFA-2013-130 avsnitt 75 om den tidligere rådgiverinhabilitetsbestemmelsen.

benyttes som er det avgjørende.³⁵ Bestemmelsen kan oppstille to vilkår gjennom bruken av «eller», som ofte tyder på alternative vilkår. Likevel kan «konkurransavidende effekt» også være en presisering av likebehandlingsprinsippet. Dersom konkurransavidende effekt er en presisering, vil det være relevant for vurderingen av om likebehandlingsprinsippet er brutt.³⁶ En slik tolkning vil innebære at oppdragsgiver må sørge for at dialog med markedet ikke har en konkurransavidende effekt, da dette kan innebære at likebehandlingsprinsippet er brutt.

At det er sammenheng mellom når noe er i strid med likebehandlingsprinsippet og når noe har konkurransavidende effekt kan også argumenteres gjennom ordlyden til «konkurransavidende». Dersom oppdragsgiver benytter seg av et råd som vrir konkurransen i en bestemt retning i favør til en leverandør, vil dette kunne være til ugunst for andre. Dersom dette ikke har saklige grunner for seg, vil det være forskjellsbehandling av leverandører.

I vurderingen av om likebehandlingsprinsippet er brutt kan derfor kilder knyttet til når råd brukes på en måte som har «konkurransavidende effekt» være relevant for de nærmere grensene i lys av oppdragsgivers mulighet til dialog med markedet.

I det tidligere regelverket hadde forskriften tilsvarende regler som §§ 8-1 og 8-2 i en bestemmelse om rådgiverinhabilitet.³⁷ En oppdragsgiver kunne ikke søke eller motta råd som kunne bli benyttet til utarbeidelsen av spesifikasjoner for en anskaffelse, dersom disse rådene var gitt av noen med økonomiske interesser i anskaffelsen og dette skjedde på en måte som ville «utelukke konkurranse».

Den tidligere inhabilitetsbestemmelsen vil i likhet med § 8-1 ha som utgangspunkt om at råd kunne søkes og mottas, men ikke dersom dette har negativ innvirkning på konkurransen. På

³⁵ Se blant annet Bakgjord, Espen og Drasten, Marianne H, Innovative IT-anskaffelser (2018), Lovdata.

³⁶ Også lagt til grunn av Dragsten [Lovkommentar, § 8-1. Forberedende undersøkelser](#), (2020) (kopiert 27. januar 2023).

³⁷ Forskrift av 07.april 2006 om offentlige anskaffelser – FOA § 3-8.

grunn av reglens like utforming vil praksis knyttet inhabilitetsbestemmelsen være relevant i vurderingen av om bruk av et råd har konkurransevridende effekt.³⁸

I tilknytning til det tidligere regelverket om rådgiverinhabilitet tok lagmannsretten stilling til om når rådgivning ville «utelukke konkurranse».³⁹ Tvisten omhandlet et ingeniørfirma som hadde blitt avvist fra en konkurranse fordi de hadde utført «visse forberedende prosjekteringsoppgaver» i tilknytning til anskaffelsen. Oppgavene som ble utført besto blant annet i å foreta mindre utredninger og å oppdatere det foreliggende plangrunnlaget for bruk i den videre prosjekteringen. Lagmannsretten tok stilling til om arbeidet som ingeniørfirmaet utførte gjorde de inhabile til å delta i konkurransen og hvor strengt habilitetskravet skulle praktiseres.

Lagmannsretten argumenterer for at vurderingen må ses i lys av grunnleggende hensyn som likebehandling og reell konkurranse. Disse hensynene må likevel balanseres mot offentlige etaters behov for velkvalifisert og effektiv bistand. Lagmannsretten viser til blant annet Graver som tok stilling til spørsmålet om rådgiverinhabilitet.⁴⁰ Han argumenterer for at reglene ikke må «praktiseres slik at det offentlige i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra markedsaktører til konkretiseringen og oppfyllelsen av sine behov». Dersom man tolket bestemmelsen for strengt, ville det kunne føre til at markedsaktører ville unngå å bistå i tidligere faser av et prosjekt i redsel av å skulle bli avvist dersom de også deltok i senere konkurranser om samme prosjekt.⁴¹

I vurderingen av hva som skal til for å utelukke konkurranse, ville ifølge lagmannsretten primært være tilfeller hvor «rådgiveren medvirker til å spesifisere kravene til ytelsen på en slik måte at dette ekskluderer alle andre leverandører enn han selv eller en leverandør han har

³⁸ Også lagt til grunn av Dragsten [Lovkommentar, § 8-1. Forberedende undersøkelser](#) (2020) (kopiert 02. februar 2023).

³⁹ Se LB-2010-101985.

⁴⁰ Se Graver i Tidsskrift for forretningsjuss (2005) s. 463 som blant annet henviser til C-21/03 og C-34/03 Fabricom.

⁴¹ Ibid.

nær forbindelse med». Likevel var det ikke bare disse tilfellene som måtte anses å være omfattet av bestemmelsen. Etter en tolkning av juridisk litteratur og departementets veileder⁴² måtte inhabilitet også inntre når «rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt vedkommende et klart konkurransefortrinn og denne fordelten heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet».

Lagmannsrettens vurderingstema er brukt i en rekke KOFA-avgjørelser i ettertid.⁴³ I tillegg vil vurderingen i stor grad legge opp til den samme som må tas etter FOA § 8-2 om «urimelig konkurransefordel». Rettstilstanden fra det gamle og nye regelverket kan derfor anses å være forholdsvis likt, til tross for at det etter dagens regelverk er to bestemmelser i FOA del II og del III som regulerer muligheter for markedskontakt.

På lik linje som i tilknytning til § 8-1, vil en leverandør med en urimelig konkurransefordel tale for at likebehandlingsprinsippet også er brutt. Det vil heller ikke være i tråd med lovens formål at visse leverandører får en fordel på bekostning av andre leverandører, ettersom dette kan redusere tilliten til offentlige aktører. Hvilke konkurransefordeler som er så «urimelig[e]» at de fører til brudd på likebehandlingsprinsippet må vurderes konkret. Ordlyden trekker imidlertid i retning av at ikke enhver fordel bør føre til brudd på prinsippet.

Spørsmål om hva som skal til for at en leverandør har fått en «urimelig konkurransefordel» har vært gjenstand for vurdering i en rekke saker i klagenemda. Disse sakene er stort sett om anskaffelser knyttet til FOA del III. På grunn av at regelverket har like regler om markedskontakt, vil disse også være relevante i forståelsen av hva som anses som en urimelig konkurransefordel.

For det første må fortrinnet som en leverandør må inneha, være av en viss størrelse og betydning.⁴⁴ I KOFA-2004-256 var vurderingstemaet om «den informasjonen som

⁴² Departementets tidligere veileder til anskaffelsesforskriften

⁴³ Se blant annet KOFA-2019-713 avsnitt 35, KOFA-2018-158 avsnitt 60 og videre henvisninger.

⁴⁴ Dragsten, [Lovkommentar, § 8-1. Forberedende undersøkelser](#), (2020) (kopiert 09. februar 2023).

leverandøren hadde tilegnet seg, eller råd han måtte gi, har fått negativ innvirkning på konkurranseforholdet mellom leverandørene».⁴⁵

For det andre har det vært argumentert for at det avgjørende er om rådgiveren har oppnådd en slik fordel som innebærer at likebehandling av de øvrige tilbudsgivere er umulig.⁴⁶ Graver bruker eksempler som når rådgiveren har hatt mulighet til å påvirke et utlysingsgrunnlaget eller fått en særlig innsikt i prosjektet og oppdragsgiverens ønsker som innebærer at han har fått en utilbørlig konkurransefordel i forhold til konkurrentene.⁴⁷

Det er også bred enighet om momenter som kan vektlegges i vurderingen av når en rådgiver har hatt et «klart konkurransefortrinn». Det er lagt til grunn av klagenemnda at det må foretas en «konkret vurdering». I vurderingen er det for det første relevant hvor lett det er for andre å tilfredsstille de tekniske spesifikasjoner som er valgt, og om disse spesifikasjonene er naturlige ut fra oppdragsgivers behov. For det andre er det sentralt om rådgiveren får en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelsen av sitt tilbud. For det tredje om rådgiveren har mottatt informasjon om oppdraget som ikke er blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne og til slutt om hvordan de valgte spesifikasjoner påvirker rådgiverens mulighet til å vinne konkurransen.⁴⁸

De klare typetilfellene av når en rådgiver har fått en fordel, er at de påvirket anskaffelsen ved rådgivning til oppdragsgiver. Gjennom rådgivningen kan de ha fått informasjon som andre tilbydere ikke har fått, eller at oppdragsgiver har stilt krav til anskaffelsen som er i tråd med hva rådgiveren kan levere.

5.4.3 Muligheten til å utjevne konkurransefordeler

Hvor stor fordel en oppdragsgiver har, må ses i lys av at oppdragsgiver har muligheter til å utføre tiltak som kan forhindre at enkelte fordeler blir for store i en konkurranse. I § 8-2 er

⁴⁵ Se avsnitt 33.

⁴⁶ Graver (2005).

⁴⁷ Graver (2005).

⁴⁸ KOFA-2018-158 avsnitt 60, KOFA-2016-25 avsnitt 42 og videre henvisninger.

dette omtalt som en plikt til å utføre «egnende tiltak». Hvilke tiltak som er egnende, må vurderes konkret og ses i lys av hvilken fordel en leverandør sitter med.

Forholdsmessighetsprinsippet trekker i retning av at jo større konkurransefordel det er snakk om, jo større tiltak bør iverksettes.

Dersom det er snakk om en informasjonsfordel, kan oppdragsgiver sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene.⁴⁹

Avgjørelsen i KOFA-2012-144 er et eksempel på hvor tilstrekkelig utjevning av en konkurransefordel ikke hadde skjedd. Oppdragsgiver ønsket å anskaffe konsulenttjenester til en senere anskaffelse av skoleadministrasjonssystem. Valgte leverandør hadde utarbeidet spesifikasjonene til den senere anskaffelsen, noe som medførte at leverandøren hadde bedre kjennskap til prosjektet enn øvrige tilbydere. Spesifikasjonene som var utarbeidet var ikke vedlagt i konkurransegrunnlaget. Dette innebar at valgte leverandør var den eneste leverandøren som hadde kjennskap til det produktet som vinneren av konkurransen skulle bistå innklagede med å anskaffe. På bakgrunn av dette var ikke fordelene utjevnet, og det forelå brudd på regelverket. Dersom innklagede hadde levert ut all skriftlig informasjon til de andre tilbyderne, kunne konklusjonen blitt en annen.⁵⁰

Et annet tiltak kan være å utsette en tilbudsfrist slik at alle leverandører skal ha tilstrekkelig tid til å utarbeide et godt tilbud.⁵¹ Dette var blant annet tilfellet i KOFA-2004-215, hvor valgte leverandør hadde fått en fordel gjennom et arbeid som vedkommende hadde gjort for oppdragsgiver før konkurransen. For å utjevne denne fordelene ble de andre tilbyderne gitt tilstrekkelig tid til å kunne utarbeide sine tilbud og stille spørsmål til konkurransegrunnlaget, slik at de satt på tilsvarende informasjon som rådgiveren hadde gjort.⁵²

⁴⁹ Også brukt som tiltak i § 8-2 (2) a.

⁵⁰ Se KOFA-2022-924 avsnitt 41-43, KOFA-2015-60 avsnitt 44 og KOFA-2016-25 avsnitt 44 hvor en fordel var utjevnet på grunn av at dokumentasjon ble gjort tilgjengelig for alle tilbyderne.

⁵¹ Se § 8-2 (2) a. Og b.

⁵² Se også KOFA-2003-286 hvor nemda kom til det motsatte på grunn av for kort frist.

Det er også av betydning om hvor åpen oppdragsgiver har vært om kommunikasjonen med en tilbyder, da det kan skape tillit og være konfliktforebyggende.⁵³ Dette er i tråd med prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. KOFA har også vektlagt oppdragsgivers vurdering av en eventuell fordel i forkant av en anskaffelse, og dersom han har informert tilbydere om de avhjelpende tiltakene som er foretatt.⁵⁴

For anskaffelser under terskelverdiene kan det vanskelig forventes at kommunen gjør store tiltak for å utjevne eventuelle forskjeller. Dette må likevel vurderes konkret etter hvor stort konkurransefortrinn det er snakk om og byrden til å skulle utføre et slikt tiltak. Dersom kommunen kan utjevne en konkurransefordel gjennom å tilby informasjonsfordelen til andre tilbydere, så taler det for at kommunen bør gjøre nettopp dette. Særlig dersom anskaffelsen nærmer seg nasjonal terskelverdi på 1 300 000 NOK.

På samme måte som etter de forskriftsfestede krav om markedskontakt, vil også likebehandlingsprinsippet kreve en bred helhetsvurdering. Det avgjørende vil være hvor stor fordel en leverandør sitter med på konkurransetidspunktet. Oppdragsgiver bør derfor ta en forhåndsvurdering av om dialog med en leverandør gir vedkommende en urimelig fordel, og om det er muligheter for å utjevne fordelene på de andre tilbyderne.

5.4.4 Likebehandlingsprinsippets grenser for dialog med lokale leverandører

I det foregående har grensene for å motta og bruke råd fra markedet blitt gjennomgått. Etter en gjennomgang av relevante rettskilder, vil det avgjørende være hvor stor fordel en leverandør sitter med på konkurransetidspunktet, og om fordelene skyldes rådgivning eller dialog med oppdragsgiver.

Dersom en kommune ønsker å spørre om råd fra en lokal leverandør vil det klare utgangspunktet være at dette er mulig. Kommunen vil også ha mulighet til å bruke disse

⁵³ Goller mfl. (2017) S. 69.

⁵⁴ Goller mfl. (2017) S. 69 og KOFA-2009-274 avsnitt 37.

rådene i planleggingen av anskaffelsen. Dette kan være nyttig for å forbedre anskaffelsen, da lokalt næringsliv kan ha innsikt og kunnskap om det som skal anskaffes.

I tillegg tyder praksis fra KOFA på at likebehandlingsprinsippet ikke trekker så langt at annen form for dialog med lokale leverandører er i strid med regelverket. Dette gjør at kommunen kan ha dialoger med lokalt næringsliv, både for å bli bedre kjent med disse bedriftene, men også for å få bedre kunnskap om hvordan disse kan bli inkludert i kommunens anskaffelser.

Typetilfellene vil gjerne være situasjoner hvor en leverandør som deltar i konkurransen også har vært med på å utarbeide eller bistå i utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. Dersom dette er tilfellet for en lokal leverandør, må kommunen sørge for at de kravene som fremgår av konkurransegrunnlaget ikke utelukker konkurranse eller gir den lokale leverandøren en stor fordel. Dersom dette er tilfellet, bør kommunen være tydelig på hvorfor kravene er saklige i lys av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget eller gjøre andre tiltak som gjør prosessen gjennomiktig og tillitsfull.

6 Oppdragsgivers adgang til å tilrettelegge i konkurransegrunnlaget

6.1 Innledning

Kravene som stilles til anskaffelsen og til de aktuelle tilbydere, fremgår gjerne av et konkurransegrunnlag. Konkurransegrunnlag er definert i FOA § 4-2 a. som alle dokumenter det henvises til for å «beskrive eller fastlegge elementene i anskaffelsen eller konkurransen, inkludert dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkårene og hvordan oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen, kvalifikasjonsgrunnlag» med videre. I praksis vil dokumentene fungere som en veiledning og informasjon til leverandørene. I tillegg vil rammene for gjennomføringen av konkurransen angis i disse dokumentene.⁵⁵

Et konkurransegrunnlag vil som oftest inneholde kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjoner og tildelingskriterier. Kvalifikasjonskrav er krav som stilles til en leverandør og dens evne til å kunne levere i henhold til kontrakten. Gjennom kravspesifikasjoner skal leverandørene få informasjonen om kravene som stilles til ytelsen de skal tilby, Tildelingskriteriene er de parametere som oppdragsgiver skal vurdere tilbudene etter.

Gjennom planleggingen av innholdet i konkurransegrunnlaget kan oppdragsgiver ta stilling til hva som skal forventes av tilbyderne og tilbudene deres for at de skal kunne vinne anskaffelsen. Det vil derfor gjennom dette grunnlaget være mulig å tilrettelegge for at lokalt næringsliv også skal være konkurransedyktige. Mulighetene og grensene for tilretteleggingen i et konkurransegrunnlag vil bli gjennomgått i det følgende.

6.2 Konkurransegrunnlag i del I-anskaffelser

For del I-anskaffelser er det ingen forskriftsfestede krav om konkurransegrunnlag eller hva et eventuelt konkurransegrunnlag skal inneholde. Likevel må det etter fast praksis være et dokument eller en kunngjøring som sier noe om hva som skal anskaffes og hva man ser etter i aktuelle tilbud. Det bør også kreves skriftlighet for anskaffelser av en viss verdi slik at kravet

⁵⁵ Dragsten (2013) s.313.

til etterprøvnbarhet er ivaretatt.⁵⁶ Dersom kravene som stilles til tilbyderne og anskaffelsen fremgår av et konkurransedokument, er det større mulighet for å kontrollere at prinsippene om likebehandling og reell konkurranse er fulgt. Konkurranses grunnlaget bør videre utformes på en klar og utvetydig måte med nok informasjon til at tilbydere har et forsvarlig grunnlag for å kunne gi et tilbud.⁵⁷

Kravene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet taler for at oppdragsgiver innehar et konkurransegrunnlag som forteller hva som skal anskaffes og kravene som stilles til både tilbudet og tilbyder. I lys av forholdsmessighetsprinsippet vil særlig anskaffelser av en viss verdi ha flere krav til konkurransedokumentasjon, herunder kravspesifikasjoner og tildelingskriterier, enn anskaffelser av en mer ubetydelig verdi.⁵⁸ Dragsten argumenter for at dersom det først utarbeides et konkurransegrunnlag, vil flere av reglene for del II-anskaffelser som retter seg mot det samme være gjeldende også for del I-anskaffelser. Dette fordi disse reglene kan anses å være en naturlig følge av de grunnleggende prinsippene.⁵⁹

Innenfor de rammer som prinsippene oppstiller har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, eller et handlingsrom når innholdet i konkurransegrunnlaget fastsettes.⁶⁰

Problemstillingen i det følgende er hvilket innhold som stilles til konkurransegrunnlag i del I-anskaffelser, og det tas utgangspunkt i de begreper som er brukt i FOA del II og del III. I det videre drøftes hvilken utstrekning oppdragsgiver har mulighet til å tilrettelegge for lokale leverandører ved utformingen av tildelingskriterier, kvalifikasjonskrav og kravspesifikasjoner.

⁵⁶ Dragsten (2013) s. 790.

⁵⁷ KOFA-2019-152 avsnitt 26, KOFA-2017-140 avsnitt 31 som begge viser til C-19/00 (SIAC Construction)

⁵⁸ Dragsten (2013) s. 790.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Se HR-2022-1964-A avsnitt 41.flg om det innkjøpsfaglige skjønnet til oppdragsgiver når det kommer til kvalifikasjonskrav.

6.3 Regelverkets krav til tildelingskriterier

6.3.1 Innledning

I *Kommunen som innkjøper* er et annet tiltak som fremmes for å tilrettelegge for lokalt næringsliv å bruke «relevante krav og kriterier», i tilknytning til dette angis det blant annet at:

«valget av tildelingskriterier kan ha stor betydning for lokale leverandørers konkurransedyktighet. Det vil ikke være lovlig å velge tildelingskriterier kun i den hensikt å legge til rette for lokale leverandører. Det er likevel en del forhold som reelt sett vil kunne ha betydning for leveransen i den enkelte anskaffelse, og som samtidig lokale leverandører vil være godt posisjonert for å kunne score godt på»⁶¹

Etter veilederen er det i strid med regelverket å velge tildelingskriterier med hensikt å skulle legge til rette for lokale leverandører. Likevel kan det være forhold som reelt sett har betydning for leveransen, men hvor lokale tilbydere også er konkurransedyktige. Videre følger det av rapporten at det er flere kriterier som en oppdragsgiver kan oppstille, hvor lokale leverandører typisk vil være konkurransedyktige. Slike kriterier er blant annet transportkostnader, kostnader knyttet til eksterne virkninger på miljøet, responstid og leveringstid, kundeservice og organisering.

Dette aktualiserer flere problemstillinger. For det første kan det stilles spørsmål om i hvilken grad kommunen har mulighet til å tilrettelegge for lokalt næringsliv i sine tildelingskriterier. For det andre kan det gjøres rede for i hvilke tilfeller det har vært adgang til å stille kriterier som etter sin art tilgodeser lokale leverandører. For å ta stilling til dette må det tas utgangspunkt i de rettslige utgangspunktene for tildelingskriterier.

6.3.2 Kort om FOA. § 8-11

For anskaffelser etter FOA del II, oppstiller § 8-11 noen krav til tildelingskriteriene. Flere av kravene kan anses å være forankret i de grunnleggende prinsippene eller følge naturlig av dem. Bestemmelsen kan på bakgrunn av dette fungere som et utgangspunkt for å utlede et

⁶¹ Kommunen som innkjøper, s. 25.

nærmere bestemt innhold i de grunnleggende prinsippene som vil regulere del I-anskaffelsers konkurransegrunnlag.

Kravene som stilles til tildelingskriterier etter § 8-11 første ledd, er for første et objektivitetskrav. Objektivitetskravet fører til at man ikke kan favorisere enkelte leverandører. Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn vil derfor begrenses.

Første ledd stiller også et krav om at tildelingskriteriene skal angis i prioritert rekkefølge. Leverandører skal kunne forutse hvilke kriterier som oppdragsgiver kommer til å vektlegge mest.

Etter § 8-11 annet ledd skal tildelingskriteriene ha «tilknytning til leveransen». Det må altså være en sammenheng mellom det som skal anskaffes og kravene som stilles til tilbudene. Kriteriene kan etter annet ledd heller ikke være så «skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet». Dersom kriteriene er svært skjønnspregede, vil innholdet i dem være ufortuberegnelig for tilbydere. Dette kan gjøre prosessen mindre tillitsfull.

6.3.3 Rettslige utgangspunkter for del I-anskaffelser

Om det kreves tildelingskriterier for del I-anskaffelser, og hvilke krav som eventuelt må oppstilles i tilknytning til dem, må utledes av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.

Det er slått fast av klagenemnda at oppdragsgiver har et vidt skjønn for valg av tildelingskriterier.⁶² I tråd med forholdsmessighetsprinsippet, vil skjønnet være friere for oppdragsgivere når de skal anskaffe noe som kun reguleres av LOA og FOA del I. Dette vil være et naturlig utgangspunkt når det skal tas stilling til om et tildelingskriterium er i samsvar med loven eller ikke. Likevel er det visse begrensninger i oppdragsgivers skjønn, som kan utledes av de grunnleggende prinsippene.

For det første tilsier kravet om forutberegnelighet og etterprøvbarhet at leverandører på forhånd skal kunne skjønne hva oppdragsgiver vil legge vekt på ved vurderingen av hva som

⁶² KOFA-2005-236 avsnitt 23.

er det beste tilbudet.⁶³ Dersom det ikke er gitte kriterier for denne vurderingen, vil den kunne oppfattes som vilkårlig og lite forutberegnelig. Dette skaper lite tillit, og vil dermed være i strid med anskaffelseslovens formål.

Manglende tildelingskriterier har i en tidligere sak i KOFA ført til brudd på forutberegnelighetsprinsippet. Dette var begrunnet i at tilbyderne som var invitert til konkurransen ikke hadde fått opplysninger om på hvilket grunnlag tildeling av kontrakt skulle foretas. Tilbyderne kunne derfor ikke på forhånd vite hva oppdragsgiver ville vektlegge ved vurderingen. Saken gjaldt også en anskaffelse som var regulert av LOA og FOA del I.⁶⁴ Uttalelsen trekker i retning av at oppdragsgiver må oppstille en form for tildelingskriterier for å sikre prinsippet om forutberegnelighet.

Det er videre lagt til grunn at dersom man velger å angi tildelingskriterier har oppdragsgiver gitt en «berettiget forventning for deltakerne om at disse kriteriene vil danne grunnlaget for evalueringen».⁶⁵ Det er derfor sentralt for kravet om forutberegnelighet at tildelingskriteriene faktisk er reelle. Når det kommer til vektingen har KOFA uttalt at oppdragsgiver har et visst skjønn med hensyn til hvilken vekt tildelingskriteriene skal tillegges, men at et kriterium ikke kan tillegges uventet eller uforholdsmessig vekt, jf. forutberegnelighetsprinsippet.⁶⁶

Oppdragsgiver må likevel vektlegge tildelingskriteriene på den måten som det fremgår av konkurransedokumentene. Dersom det konkurransegrunnlaget tilsier at det avgjørende for anskaffelsen er prisen, så er oppdragsgiver bundet til dette.

For å sikre likebehandling og konkurranse bør tildelingskriteriene også være egnet til å vurdere hvilket tilbud som er best. I motsatt fall ville det være lett å velge leverandører av irrelevante begrunnelser.

⁶³ Dragsten (2013) s. 792, KOFA-2006-17 avsnitt 28 flg. og KOFA-2007-22 avsnitt 16 og KOFA-2017-44.

⁶⁴ KOFA-2007-22 avsnitt 15-16.

⁶⁵ KOFA-2011-29 avsnitt 30 (Opus Management I).

⁶⁶ KOFA-2007-31 avsnitt 22 som henviser til KOFA-2004-189 avsnitt 25.

For del II-anskaffelser skal tildelingskriterier ha tilknytning til anskaffelsen, jf. § 8-11 annet ledd. Dette innebærer at kriteriet må legge opp til «en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys».⁶⁷ Kravet om tilknytning kan også på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene måtte gjelde for del I-anskaffelse for å sikre likebehandling og forutberegnelighet. Likevel kan forholdsmessighetsprinsippet tale for at oppdragsgiver har et videre skjønn med tanke på hva som er egnende kriterier.⁶⁸

Dersom kriteriene er tilstrekkelig klare og forutberegnelig, legger opp til konkurranse og vurderer det tilbudet som er best, vil dette også gjøre anskaffelsen lettere å etterprøve. På denne måten henger alle de grunnleggende prinsippene sammen. Dersom et krav ikke er i behold er det lett at det får innvirkninger på de andre prinsippene.

I det følgende vil adgangen til å benytte kriterier som legger til rette for lokale leverandører behandles nærmere, i lys av disse rettslige utgangspunktene behandles nærmere.

6.4 Tildelingskriterier som kan tilrettelegge for lokalt næringsliv

6.4.1 Rettslige utgangspunkter

Likebehandlingsprinsippet stenger i utgangspunktet for å ha tildelingskriterier som forskjellsbehandler lokale leverandører foran leverandører fra andre kommuner eller EU-land. Prinsippet trekker i retning av at et tildelingskriterium med den hensikt å skulle tilrettelegge for lokale leverandører, vil være i strid med regelverket slik som veilederen *Kommunen som innkjøper* antyder.

Likevel trekker oppdragsgivers skjønn i retning av at dersom lokal tilhørighet, nærhet eller andre tildelingskriterier som vil gagne lokalt næringsliv er saklige og forsvarlige, så bør disse kunne godtas som tildelingskriterier. Når et tildelingskriterium som gagnar lokalt næringsliv, er saklig og forsvarlig vil derfor vurderes nærmere.

⁶⁷ KOFA-2015-149 avsnitt 30.

⁶⁸ Også uttalt av Dragsten (2013) s. 792.

6.4.2 Lokal tilhørighet som tildelingskriterium

Det kan være tilfeller hvor en oppdragsgiver ønsker å vektlegge en leverandørs nærhet i en konkurranse. Gjennom tildelingskriterier kan oppdragsgiver derfor vektlegge geografisk nærhet eller andre lignende tildelingskriterier i en tilbudsevaluering. Dette kan være å anse som en form for favorisering av lokale leverandører, og vil være et kriterium som lokale leverandører kan score høyt på. En relevant problemstilling er derfor i hvilke tilfeller slike tildelingskriterier er saklige.

En sak som kan belyse problemstillingen er sak C-234/03 (Conste) fra EU-domstolen. Argumentene som domstolen benytter, er relevante for om et tildelingskriterium knyttet til lokal tilhørighet kan tillates.

Saken dreide seg om anskaffelse av helsetjenester i hjemmet hvor respirator og andre pustestøtteteknikker var omfattet av anskaffelsen. I anskaffelsesdokumentene var det for det første påkrevd at tilbyderne måtte ha et kontor åpent i området hvor tjeneste skulle tilbys på tidspunktet for innleveringen av tilbudet. For det andre ville leverandører ved evalueringen få ekstra poeng dersom man kunne tilby et oksygenproduserende og kondisjonerende tappeanlegg som var i en radius på 1 000 kilometer fra kontorene eller området hvor tjenestene skulle tilbys.

Domstolen kom frem til at disse kravene var «liable to hinder or make less attractive the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty». På bakgrunn av dette måtte fire vilkår være oppfylt.⁶⁹ For det første må de anvendes uten forskjellsbehandling, de må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, være egnet til å sikre virkeliggjørelsen av formålet de forfølger og ikke gå ut over hva som er nødvendig for å oppnå formålet.⁷⁰

På grunn av etableringsfriheten var ikke kravet om å ha kontor på tilbudstidspunktet i utgangspunktet diskriminerende. Her argumenterte domstolen også for at dersom det ikke er noen hindring for utenlandske tilbydere å skulle etablere seg i en annen stat, så trenger ikke et

⁶⁹ C-234/03 avsnitt 25.

⁷⁰ Oversettelse fra Dragsten, Offentlige anskaffelser (2013) s. 185.

krav om lokal tilhørighet isolert sett være diskriminerende. Dette kan også ses i lys av prinsippet om forholdsmessighet. Selv om det er mer naturlig at nasjonale tilbydere har større sannsynlighet for geografisk tilknytning til tilbydere fra andre land, vil ikke etter sin art være diskriminerende.

Kravene som var stilt til anskaffelsen var også begrunnet i allmenne hensyn, nemlig at de var ment å sikre beskyttelse av pasienters liv og helse. Domstolen kom likevel frem til at selv om kravet var egnet til å virkeliggjøre det formålet som det skulle forfølge, kunne det ikke anses som nødvendig å stille krav om at tilbydere måtte ha etablert et kontor allerede på tilbudstidspunktet.⁷¹ De samme argumentene måtte også gjelde tildelingskriteriet om oksygentappeanlegg innen en radius på 1000 km. På bakgrunn av dette var kravene til anskaffelsen i strid med EU-retten.

Argumentene som domstolen brukte, er relevante i en vurdering av om lokal tilhørighet som tildelingskriterium er saklig og forholdsmessig, både med hensyn nasjonale og internasjonale leverandører. Selv om kravene i seg selv ikke nødvendigvis forskjellsbehandler andre tilbydere, så vil de kunne være uforholdsmessig sett i lys av anskaffelsen.

Muligheten for å tilrettelegge lokal tilhørighet eller andre former for geografisk nærhet ble også vurdert av KOFA. I KOFA-2013-93 var en anskaffelse av banktjenester i en kommune hvor innklagede oppstilte et tildelingskriterium om «service, teknisk bistand og rådgivning». I tilknytning til disse vilkårene var det flere momenter om nærhet til kommunen som ville bli vektlagt. Klager anførte blant annet at vektlegging av lokal tilhørighet var i strid med kravet til likebehandling, og siktet da til at vedkommende ble trukket for manglende tilstedeværelse i kommunen.⁷²

Klagenemda tok utgangspunkt i at oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandører på bakgrunn av lokal tilhørighet.⁷³ Nemda argumenterte imidlertid for at «det er likevel ikke

⁷¹ Avsnitt 40-43.

⁷² KOFA-2013-93 avsnitt 9, 13 og 14.

⁷³ Som fulgte uttrykkelig av den tidligere forskriftens § 3-1 annet ledd.

tvilsomt at oppdragsgiver i visse tilfeller har et legitimt behov for å benytte tildelingskriterier knyttet til responstid, tilstedeværelse i nærheten av oppdragsgiver og lignende. Dersom det foreligger saklige grunner for det, er det i slike tilfeller akseptabelt å forskjellsbehandle tilbydere på grunnlag av lokal tilhørighet»⁷⁴. Det avgjørende er altså om oppdragsgiver har legitime behov og saklige grunner til å vektlegge kriterier som kan være egnet til å forskjellsbehandle tilbydere på bakgrunn av nærhet til oppdragsgiver.

I denne saken forklarte innklagede kriteriene ved at tilbydernes lokalisering var en naturlig del av vurderingen av en tilbyders konkrete løsninger. Det var blant annet fordelaktig at valgte leverandør hadde kontor i kommunen fordi veksling av penger kunne gjøres på kort tid. I tillegg var det ansett som fordelaktig med kort avstand til bankfaglig kompetanse dersom det var behov for fysiske møter på kort varsel. Det var altså flere aspekter som gjorde at nærhet til oppdragsgiver gjorde tilbudet som vant konkurransen til et bedre tilbud.⁷⁵ På bakgrunn av dette kom nemda til at innklagede ikke diskriminerte tilbydere på bakgrunn av lokal tilhørighet.

Det avgjørende for å kunne oppstille krav om lokal tilhørighet og geografisk nærhet, er altså den konkrete begrunnelsen for hvorfor dette er relevant og viktig for oppdragsgiver. Dersom denne vurderingen er forsvarlig, vil det måtte godtas. I lys av oppdragsgivers vide skjønn i del I-anskaffelser, vil det samme måtte gjelde her.

Å vektlegge nærhet til oppdragsgiver i samspill med andre kriterier, vil kunne åpne for å at lokalt næringsliv scorer høyere, men ikke nødvendigvis diskriminere andre tilbydere.

I en tid hvor flere tjenester som tidligere måtte skje fysisk, nå kan skje digitalt kan åpne for at det skal mer til for å godta krav om geografisk nærhet. Dette kan særlig være fordi tjenester som tidligere har vært tilbudt i et kontorlokale, nå kan skje over nettet. Det avgjørende er likevel oppdragsgivers vurderinger.

⁷⁴ KOFA-2013-93 avsnitt 36.

⁷⁵ Se avsnitt 36.

6.4.3 Andre tildelingskriterier som er egnet til å tilrettelegge

Det er ikke utelukkende «lokal tilhørighet» som sådan som kan gagne lokalt næringsliv, slik som nevnt i *Kommunen som innkjøper* kan medføre at lokale leverandører er egnet til å score høyere. Dette kan blant annet være tildelingskriterier knyttet til transportkostnader, leveringstid, responstid og kundeservice. Dersom disse er saklige og med på å vurdere hva som er det beste tilbudet, vil de måtte aksepteres.

Dersom en kommune ønsker å inkludere lokalt næringsliv i sine anskaffelser, er det viktigste at det gjøres en analyse av hvilket behov kommunen har og hva markedet kan tilby. Lokale leverandører kan blant annet være konkurransedyktige på pris når det kommer til transportkostnader. En lokal leverandør kan videre score høyt på krav om responstid og leveringstid dersom tid fra etterspørsel til levering er sentralt for anskaffelsen.

6.5 Kravspesifikasjoner

6.5.1 kravspesifikasjoner i del I-anskaffelser

De grunnleggende prinsippene, jf. LOA § 4 stiller ingen plikt til oppdragsgiver om å ha kravspesifikasjoner i et konkurransegrunnlag. Likevel må det i lys av forutberegnelighetsprinsippet og prinsippet om konkurranse at oppdragsgiver må oppgi kravene som stilles til en anskaffelse, slik at det skal være mulig for leverandører å komme med tilbud. Det motsatte ville neppe ført til en god konkurranse.⁷⁶ For enkelthetsskyld vil disse kravene i det følgende kalles kravspesifikasjoner.

Prinsippet om forutberegnelighet og konkurranse, samt prinsippet om etterprøvbarhet taler for at kravene som stilles til anskaffelsen er saklige og objektive. Det bør altså være en form for tilknytning mellom de kravene som stilles og hva som anskaffes.

Hvor utfyllende kravene, vilkårene og egenskapene som stilles til anskaffelsen er, bør være i tråd med forholdsmessighetsprinsippet. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke kan stille svært omfattende krav til en anskaffelse hvor det ikke er et reelt behov for det. Dette vil kunne

⁷⁶ Ble også lagt til grunn av KOFA-2019-497 avsnitt 33.

begrense konkurransen unødig. I motsatt retning vil en anskaffelse som er mer innviklet, kunne kreve flere krav. Til slutt taler prinsippet om likebehandling for at kravspesifikasjonene ikke kan være utarbeidet slik at de aktivt favoriserer enkelte leverandører, eller begrenser konkurransen unødig.

Utover de kravene som naturlig følger av de grunnleggende prinsippene, trekker oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn i retning av at det bør være opp til oppdragsgiver selv å vurdere hvilke krav og egenskaper som skal stilles til den konkrete anskaffelsen. Dette begrunnes med at det er oppdragsgiver som er best egnet til å kunne vurdere hva som skal anskaffes.

Oppdragsgivers vide skjønn i utarbeidelsen av kravspesifikasjoner kan også ses i lys av at oppdragsgiver har et vidt skjønn i del II sine regler om kravspesifikasjoner.⁷⁷ Kravene som stilles til del II-anskaffelsers kravspesifikasjoner er at de må ha «tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi». Det stilles altså et tilknytningskrav, et forholdsmessighetskrav og et saklighetskrav på samme måte som kan utledes av de grunnleggende prinsippene. Utover dette, har oppdragsgiver stor skjønnsfrihet til å utarbeide kravspesifikasjonene, både i del I og del II-anskaffelser.⁷⁸

6.5.2 Muligheter for tilrettelegging

På bakgrunn av de grunnleggende prinsippenes krav til kravspesifikasjoner, er spørsmålet om kommune har mulighet til å tilrettelegge for lokalt næringsliv i disse.

I utgangspunktet vil likebehandlingskravet stenge for tilrettelegging for lokalt næringsliv. Dette gjør at oppdragsgiver ikke kan tilpasse kravene til ytelsen, slik at de passer ytelsene eller tjenestene til en lokal leverandør.

⁷⁷ Se FOA. § 8-5.

⁷⁸ Se imidlertid § 8-5 annet ledd om forbudet mot å bruke krav om bestemte fabrikater, prosesser, varemerker m.m.

Det kan tenkes at kommunen havner i en situasjon hvor han gjennom markedsundersøkelser eller samtaler med markedet oppdager en tjeneste eller et produkt som dekker et behov hos kommunen. Oppdragsgiver ønsker å rådføre seg til den lokale leverandøren om produktet og utarbeider kravspesifikasjonene som er inspirert etter produktet til leverandøren.

Det første det må tas stilling til er om kravene i seg selv er i tråd med de grunnleggende prinsippene. Dersom kravene som stilles er saklige og ikke begrenser konkurransen unødige vil de i seg selv kunne være i tråd med prinsippene. Her bør oppdragsgiver ha stor skjønnsfrihet så lenge ikke kravene kun kan oppfylles av den lokale leverandøren. I et slikt tilfelle vil likebehandlingsprinsippet kunne være brutt. Dersom kommunen derimot vet at det er flere i markedet som kan eller vil kunne tilby lignende løsninger, vil det trekke i retning av at prinsippet om likebehandling er i behold ser man kravene isolert sett.

Til tross for at kravspesifikasjonene isolert sett oppfyller de grunnleggende kravene, kan det videre stilles spørsmål om den lokale leverandøren står i en særstilling som kan stride med de grunnleggende prinsippene.

Spørsmålet om en lokal leverandørs særstilling etter rådføring må løses på samme måte som ble drøftet i kapittel 5.4 om når rådgivning fører til brudd på likebehandlingsprinsippet. Tar man utgangspunkt i nevnte resonnement, vil man kunne konkludere med at et råd kan føre til brudd på likebehandlingsprinsippet på grunn av den fordel leverandører sitter med.

For å ikke bryte de grunnleggende prinsippene kan kommunen gjøre tiltak som kan gjenopprette den fordel som den lokale leverandøren sitter med. Hvilke tiltak som kan utføres kan blant annet ses i lys av mulighetene for avhjelping i § 8-2 annet ledd. Dersom en leverandør har fått en fordel kan et mulig tiltak være at de andre leverandørene i konkurransen «mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren ved planleggingen av konkurransen» eller å «fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne eventuelle fordeler», jf. samme bestemmelse.

Dersom kommunen gjennom å informere andre tilbydere i konkurransen om at kravspesifikasjonene er utarbeidet gjennom rådgivning fra en leverandør, vil det gjøre konkurransen mer tillitsfull. Dersom kommunen også gir de andre leverandørene tid til å

tilpasse sine produkter mot kommunens behov, vil de kunne likestilles med den lokale leverandøren. På denne måten vil kommunen ha tilrettelagt for en lokal leverandør gjennom å bruke deres tjenester og produkter som inspirasjon for sin anskaffelse. Likevel ivaretar kommunen likebehandling og konkurranse ved å gi andre leverandører mulighet til å utarbeide sine tilbud.

6.6 Kvalifikasjonskrav

6.6.1 Kvalifikasjonskrav i del I-anskaffelser

Kvalifikasjonskravene retter seg mot kravene som retter seg mot tilbyderer og ikke tilbudet. I motsetning til kravspesifikasjoner og tildelingskriterier, er det ikke like intuitivt om det kan utledes noen krav om kvalifikasjonskrav i del I-anskaffelser.

Formålet til LOA taler for at dersom fellesskapets midler skal gå til kjøp av varer og tjenester m.m bør disse brukes på leverandører som har kompetanse og oppfyller visse minimumskrav. Det motsatte ville neppe ført til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette blir imidlertid ivaretatt gjennom blant annet kravet om skatteattest for anskaffelser som overstiger 500 000 NOK, jf. FOA § 7-2.

Utgangspunktet om at det ikke er et krav om kvalifikasjonskrav til del I-anskaffelser kan også ses i lys av § 8-7 hvor oppdragsgiver «kan» stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner. Av ordlyden er det derfor ikke obligatorisk med kvalifikasjonskrav.

Dersom oppdragsgiver stiller kvalifikasjonskrav i en anskaffelse, taler forholdsmessighetsprinsippet og prinsippet om konkurranse for at disse ikke kan være i overkant strenge. I tillegg taler likebehandlingsprinsippet for at kravene ikke kan utarbeides med hensikt i å gjøre tilbydere bedre egnet for å vinne konkurransen.

6.6.2 Muligheter for tilrettelegging

Kommunen som innkjøper har foreslått å «vurdere å begrense omfanget av kvalifikasjonskrav og tilhørende dokumentasjon til det som er absolutt nødvendig, for å senke terskelen for leverandører som har lite erfaring med offentlige anskaffelsesprosesser, og gjøre det mindre ressurskrevende å gi tilbud».

Å ikke ha omfattende kvalifikasjonskrav er også i tråd med ønsket om å tilrettelegge for små og mellomstore bedrifter. Blant annet kan krav om lang og bred erfaring være med på å gjøre det vanskeligere for små og nylig oppstartede leverandører å komme med tilbud. Kommunen bør derfor i planleggingen av en anskaffelse, vurdere om hvilke krav som er nødvendig å stille til aktuelle tilbydere for å kunne gjøre et godt kjøp av produkter eller tjenester.

I mange tilfeller vil kvalifikasjonskravene være sammenfallende eller like kravene som tildelingskriteriene. For eksempel kan nærhet og service være forhold som er tilknyttet tilbyderen, men som også kan være parametere som oppdragsgiver vil vurdere tilbudene etter. I vurderingen av muligheten for å stille slike krav, vises det til vurderingen av dette i kapittel 6.4.2 og 6.4.3.

7 Oppdragsgivers adgang til å dele opp kontrakter

7.1 Innledning

For å fremme små og mellomstore bedrifters mulighet til å kunne delta i konkurranser, har det vært et ønske om å tilpasse anskaffelsers størrelser til disse bedriftenes kapasitet.

Som tiltak for å tilrettelegge for lokalt næringsliv er også oppdeling av kontrakter nevnt i veilederen *Kommunen som innkjøper*. I denne sammenheng uttales det blant annet:

«Oppdeling av anskaffelser kan gi økt konkurranse om oppdraget ved at delkontraktene for eksempel er bedre tilpasset små og mellomstore bedrifters kapasitet, fagområde eller geografiske plassering.

Det overlates til oppdragsgiveren å vurdere om en kontrakt skal deles opp, og i så fall hva som skal være størrelsen på og innholdet i de enkelte delkontraktene (...) Det er viktig å være oppmerksom på at oppdragsgiveren ikke kan dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriftene»⁷⁹

I dette kapittelet er formålet å belyse ulike problemstillinger som gjerne dukker opp i spørsmålet om en anskaffelse kan, skal eller bør oppdeles. Slik som nevnt i *Kommunen som innkjøper*, vil særlig illojal oppdeling av kontrakter være i strid med regelverket.

Det vil først gjøres kort rede for mulige måter å dele opp kontrakter på. Deretter vil rettslige utgangspunkter for oppdeling av kontrakter for del I-anskaffelser presenteres. Til slutt vil tre alternative problemstillinger som angår oppdeling av kontrakter gjøres rede for og vurderes i lys av relevante rettskilder.

⁷⁹ Kommunen som innkjøper, s. 22.

7.2 Alternative måter å dele opp kontrakter

Oppdeling av kontrakter kan skje på mange måter. De mest praktiske er kvantitativ oppdeling, kvalitativ oppdeling, geografisk oppdeling eller oppdeling gjennom ulike faser i et prosjekt.⁸⁰

Ved en kvantitativ oppdeling blir størrelsen på den enkelte kontrakten bedre tilpasset små bedrifters kapasitet. Et typisk eksempel er dersom kommunen skal kjøpe inventar til kommunale kontorer så kan dette deles opp slik at mindre bedrifter har mulighet til å tilby et mindre parti av inventaret.⁸¹

Anskaffelser kan også deles opp i kontrakter som tilpasses bransjer eller spesialiseringer.⁸² Et eksempel på dette er utlysning av advokattjenester. Dersom man lyser ut advokattjenester uten å dele opp etter spesialiseringer på fagområder, så vil man kanskje gå glipp av tilbydere som kun er spesialisert på spesifikke fagområder. Dette gjør også at anskaffelsen kan bli bedre ved at man får kjøpe tjenester av noen med særlig spisskompetanse.

Geografisk oppdeling er å dele opp en anskaffelse etter områder eller soner hvor hvert område er en delkontrakt. Et eksempel kan være brøytetjenester eller former for vedlikehold. Ved å dele opp kontrakten kan en mindre bedrift utføre tjenester på et område og en annen bedrift utføre tjenester på et annet område.

Til slutt kan oppdeling skje gjennom at man i et større prosjekt har ulike kontrakter for ulike faser av prosjektet. Dette gir også mulighet for at mindre bedrifter med spesialiseringer kan komme med tilbud til en fase hvor de har kunnskap nok til å være konkurransedyktige.

7.3 Rettslige utgangspunkter

7.3.1 Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn

Valget om å dele opp en anskaffelse i flere kontrakter vil ligge innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Dette innebærer at det er opp til oppdragsgivers skjønn å vurdere

⁸⁰ P-2017-933 s. 220.

⁸¹ NOU 2014:4 s. 141.

⁸² Ibid.

hvilke behov som skal dekkes samlet, og om det er hensiktsmessig å skulle dele opp en anskaffelse eller ikke.⁸³ Klagenemnda har uttalt i en rekke saker at oppdragsgivers skjønn rekker langt, så lenge vurderingene som tas er saklig og forsvarlige.⁸⁴

At en vurdering skal være saklig stiller noen krav til beslutningenes begrunnelser. Dette tilsier at dersom oppdragsgiver ønsker eller ikke ønsker å dele opp en kontrakt så må dette være på bakgrunn av hva vedkommende mener vil gi den beste anskaffelsesprosessen. Forsvarligheten til vurderingen kan si noe om kvaliteten på den. Kravet til forsvarlighet synes ikke å stille særlig høye krav. Det må antas at det innebærer at begrunnelsen for oppdragsgivers valg er tilrådelig eller god nok. Selv om det bare er kommet inn et tilbud, innebærer ikke det nødvendigvis at kommunens beslutning om å dele eller ikke dele opp anskaffelsen er usaklig eller uforsvarlig.⁸⁵

7.3.2 De grunnleggende prinsippers krav til valg om oppdeling

Utgangspunktet om oppdragsgivers frie skjønn i vurderinger som angår anskaffelsen, vil blant annet være betinget av at den ikke er i strid med de grunnleggende prinsippene.

Hensynet bak å dele opp anskaffelser i flere kontrakter er å skape mer konkurranse rundt de gjennom å inkludere flere potensielle leverandører. Dette gjør at prinsippet om konkurranse kan tale for om oppdeling bør eller ikke bør skje.

For del I-anskaffelser har oppdragsgivere plikt til å skape en konkurranse rundt anskaffelsen på den måten som er mest egnet for anskaffelsen. Formålet er å få flere leverandører til å komme med tilbud. Dette medfører at oppdragsgiver skal ta vurderinger for hvordan man kan skape best mulig konkurranse rundt en anskaffelse. I spørsmålet om han skal dele opp anskaffelsen eller ikke, bør det derfor tas stilling til om oppdeling hemmer konkurransen eller fremmer den.

⁸³ Jf. blant annet KOFA-2012-36 avsnitt 21, KOFA-2012-118 avsnitt 21, KOFA-2012-238 avsnitt 28.

⁸⁴ KOFA-2015-32 og KOFA-2012-118.

⁸⁵Se blant annet KOFA-2015-32 og KOFA-2012-118 avsnitt 27.

7.3.3 FOA § 19-4

Etter implementering av det nye anskaffelsesdirektivet er det en plikt for oppdragsgivere å vurdere oppdeling av kontrakter for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.⁸⁶

Oppdragsgiver har en plikt til å begrunne hvorfor en anskaffelse ikke skal deles opp jf, FOA. § 19-4 annet ledd. Regelen gjelder derfor kun for anskaffelser som omfattes av del III i forskriften.

For anskaffelser under EØS-terskelverdiene og nasjonal terskelverdi er det ingen tilsvarende regel som i § 19-4. Dette er blant annet fordi det ikke ble ansett som nødvendig når regelverket allerede tillater det samme som følger av § 19-4. Det er også presisert at oppdeling kan være utfordrende i noen sektorer. Forenklingsutvalget nevner særlig utfordringen med fragmentering av kontrollaspektet når flere bedrifter er involvert. Også innovative løsninger kan overses når man ikke ser helheten ved å sette anskaffelsen som helhet på anbud.⁸⁷

I spørsmålet om en kommune ønsker å tilrettelegge for lokalt næringsliv, er det derfor noen vurderinger som må tas dersom man ønsker å få en vellykket anskaffelse som er basert på konkurranse. I den anledning er det interessant hvor stort skjønn oppdragsgiver har i spørsmålet om oppdeling, og om oppdeling alltid vil fremme lokalt næringsliv.

7.4 Forbud mot oppdeling

7.4.1 Overordnet

Slik som gjennomgått er det flere grunner til at oppdeling av kontrakter kan være gunstig for lokalt næringsliv. Tar man brøyte eller vedlikeholdstjenester som eksempel, kan det være at en mindre bedrift ikke har kapasitet til å kunne ta store områder. Ved å ha en geografisk oppdeling på en anskaffelse om vedlikeholdstjenester i en kommune, kan denne deles opp i flere mindre soner. Et annet eksempel kan være anskaffelse av advokattjenester, i stedet for å

⁸⁶ Premiss 78 i fortalet til Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.

⁸⁷ NOU 2014:4 s. 142

lyse ut advokathjelp om flere rettsområder i sin helhet, kan anskaffelsen deles opp etter særlige fagområder. Her har kommunen mulighet til å gjøre undersøkelser om hvordan kompetanseområder advokatkontorer gjerne har samlet.

Tar man utgangspunkt i at oppdeling av en anskaffelse vil være gunstig for lokale aktører ettersom det er tilpasset disse aktørenes kapasitet og kompetanse, er den klare hovedregel at avgjørelsen om oppdeling faller inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

Spørsmålet er om hensynet til konkurranse etter omstendighetene kan føre til at oppdeling av en anskaffelse er i strid med regelverket.

7.4.2 Har oppdragsgiver alltid fritt skjønn til å kunne dele opp kontrakter?

Oppdragsgivers frie skjønn taler for at det er opp til oppdragsgiver å ta stilling til om oppdeling skal skje eller ikke så lenge dette er saklig og forsvarlig. Dersom oppdeling vil svekke konkurransen nevneverdig, vil derimot prinsippet om konkurranse tale for at oppdeling ikke skal skje.

KOFA har lagt til grunn at en oppdeling i seg selv kan være ulovlig. De uttalte blant annet at «etter omstendighetene kan også de grunnleggende prinsippene i loven § 4 om konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet begrense en oppdragsgivers adgang til å velge mellom én samlet eller flere separate anskaffelser.»⁸⁸ Uttalelsen kan tolkes dithen at oppdragsgiver kan ha plikt til å dele opp anskaffelsen, men også til å ikke dele den opp. Dette vil avhenge av omstendighetene.

Til tross for at KOFA har lagt til grunn at de grunnleggende prinsippene i utgangspunktet kan begrense oppdragsgivers mulighet til å dele opp en anskaffelse, har det per dags dato ikke vært tilfelle i klagenemda. Dette er med på å underbygge oppdragsgivers vide skjønn.

Prinsippet om likebehandling kan trekke i retning av at en oppdragsgiver ikke kan dele opp anskaffelsen for å tilpasse anskaffelsen til en bestemt leverandør, dersom oppdeling objektivt sett er uforsvarlig og ikke baserer seg på andre hensyn. Dette kan for eksempel være dersom

⁸⁸ KOFA-2019-2.

oppdeling av en kontrakt bruker unødvendig med ressurser, eller vil gjøre konkurransen rundt anskaffelsen åpenbart mindre attraktiv.

Til tross for dette, vil kommunen kunne legge opp kontrakter slik den måtte ønske. Under forutsetning at det legges til grunn at det vil skape mer konkurranse.

7.5 Plikt til oppdeling

7.5.1 Overordnet

I kapittel 7.1 var problemstillingen om oppdeling kunne være i strid med de grunnleggende prinsippene i tilfeller hvor det er gunstig for lokalt næringsliv. På den andre siden er tilfellet hvor oppdeling er til ugunst for en lokal aktør, men til gunst for andre i markedet.

Et eksempel er en lokal aktør som har en pågående avtale om vintervedlikehold av veier i hele kommunen. Dersom kommunen utlyser anskaffelsen på nytt etter kontraktens utløp, vil denne aktøren være godt forberedt til å komme med et tilbud. Det kan imidlertid være bedrifter i andre kommuner som er bedre egnet til å komme med tilbud dersom denne anskaffelsen er delt opp i mindre kontrakter. Særlig hvis aktørene i denne kommunen er små og kun har kapasitet til å komme med et tilbud dersom anskaffelsen er delt opp. Man står da i et tilfelle hvor det lokale næringslivet og små bedrifter ikke lenger kan tilrettelegges for på samme måte.

Spørsmålet blir dermed om oppdragsgiver i et slikt tilfelle har plikt til å dele opp anskaffelsen.

7.5.2 Når har oppdragsgiver plikt til å dele opp anskaffelsen?

Som nevnt ligger det innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å avgjøre oppdeling.

Det er særlig hensynet til små bedrifter som sådan og ikke lokalt næringsliv det skal tilrettelegges for. Dersom hensynet til konkurranse og tilrettelegging for små bedrifter trekker i retning av at man bør dele opp kontrakter, vil dette som utgangspunkt måtte gjøres selv om det ikke vil være i favør til den lokale leverandøren. Dette vil også være i tråd med likebehandlingsprinsippet, da oppdragsgiveren kan komme i en situasjon hvor det er fare for å favorisere lokalt næringsliv på bekostning av konkurransen.

Det har i en rekke saker for KOFA vært vurdert om manglende oppdeling av anskaffelsen er i strid med prinsippet om konkurranse. Dette har vært begrunnet med at oppdeling ville ha ført til størst mulig konkurranse i det aktuelle markedet.

I saken KOFA-2012-118 var en oppdragsgiver innklaget fordi en rammeavtale om levering av en rekke ulike typer matvarer ikke var delt opp i flere kontrakter. Oppdragsgiveren hadde et punkt i konkurransegrunnlaget om at det skulle inngis tilbud på leveransen som helhet. Klager mente det var unødvendig begrensning å ikke dele opp anskaffelsen. Oppdeling ville kunne føre til at produsenter av ulike matvarer kunne komme med tilbud på anbudet som gjaldt sine råvarer. Dette ville igjen føre til mer konkurranse. Klagenemda vurderte dermed om prinsippet om konkurranse var brutt, jf. den tidligere LOA og FOA ved å ikke dele opp den foreliggende rammeavtalen i flere ulike kontrakter.⁸⁹

Nemda uttalte i forbindelse med dette at «oppdragsgiver bør ha stor frihet til å bestemme om det her hensiktsmessig å inngå én kontrakt for hele oppdraget, eller om anskaffelsen skal deles opp i flere kontrakter».⁹⁰

Klagenemda vurderte likevel om oppdragsgivers fremgangsmåte innebar en usaklig begrensning av konkurransen. I denne vurderingen ville det avgjørende være om oppdragsgiver hadde gjort en saklig og forsvarlig vurdering av markedet i forkant av kunngjøringen.⁹¹ Det ble konkludert med at oppdragsgiver hadde foretatt en forsvarlig vurdering. Dette ble blant annet begrunnet med at oppdragsgiver hadde vektlagt at ved å bruke én leverandør i stedet for flere så ville man få fordeler knyttet til avtaleoppfølging, rabatter, avtalelojalitet, logistikk mv. Det var også lagt opp til tilretteleggelse for underleverandører i konkurransegrunnlaget. Klagenemda konkluderte derfor med at prinsippet om konkurranse ikke var brutt.

⁸⁹ KOFA-2012-118 avsnitt 21.

⁹⁰ Avsnitt 23.

⁹¹ Avsnitt 24-25.

Det samme ble vurdert i KOFA-2011-198 hvor spørsmålet var om fremgangsmåten til oppdragsgiver innebar en usaklig begrensning av konkurransen. Her var et av spørsmålene som klagenemda sto overfor om anskaffelse av katalogdata sammen med bøker og media medførte usaklig begrensning av konkurransen. Dette måtte bero på om det kunne påvises objektive grunner til å skulle anskaffe dette samlet og at konkurranse ikke var blitt utelukket ved fellesanskaffelsen.⁹² Nemda uttalte videre at innklagede ikke hadde «påvist tilstrekkelige objektive grunner for å anskaffe katalogdata sammen med de øvrige produktene og at fellesanskaffelsen har utelukket konkurranse samt at innklagede kunne oppnådd formålet på en mindre konkurransebegrensende måte».

Legger man klagenemdas vurderingstema til grunn, blir spørsmålet om begrunnelsen for å ikke dele opp kontrakten er uforsvarlig eller usaklig begrensning av konkurransen. Det vil altså være oppdragsgivers vurderinger tilknyttet til konkurransen som er det sentrale spørsmålet i om en anskaffelse burde vært delt opp i flere konkurranser eller ikke.

Dersom anskaffelse av noe samlet anses som svært konkurransebegrensede så vil det kunne tale for at konkurranseprinsippet er brutt. Likevel har oppdragsgiver mye rom til å kunne gjøre egne vurderinger. Det er en klar overvekt av saker hvor oppdragsgiver har fått medhold i at oppdeling ikke var nødvendig for å sikre prinsippet om konkurranse. Dette sier noe om at terskelen er forholdsvis høy.⁹³

Dersom kommunen ikke ønsker å dele opp en anskaffelse i flere kontrakter, så vil det i lys av gjennomgatte praksis være i tråd med regelverket. Oppdragsgivers skjønn må anses som svært vidt i spørsmålet om en anskaffelse skal deles opp eller ikke. Det vil naturlig nok være tilfeller hvor manglende oppdeling er svært begrensende for konkurransen. For del I-anskaffelser vil måtte antas at dette forekommer svært sjeldent.

⁹² KOFA-2011-198 avsnitt 21-22.

⁹³ Se blant annet KOFA-2006-21, KOFA-2019-2 og KOFA-2017-84.

7.6 Adgangen til å verdsette kontrakter hver for seg

7.6.1 Overordnet

Dersom kommunen konkluderer med å lyse ut flere anskaffelser i samme tidsperiode, må det tas stilling til hvordan verdien av anskaffelsene skal beregnes. Dette knytter seg til vurderingen av om noe anses som flere delkontrakter av én anskaffelse, eller flere anskaffelser.

Spørsmålet om noe skal anses som én eller flere anskaffelser er særlig relevant i tilfeller hvor oppdeling fører til at hver enkelt kontrakt er under de nasjonale terskelverdiene, mens dersom verdien skulle beregnes samlet kommer de over nasjonal eller EØS-terskelverdiene. Dette er særlig fordi del II og del III-anskaffelser stiller krav om kunngjøring i TED og Doffin, mens del I-anskaffelser som utgangspunkt ikke må kunngjøres, bare sikres konkurranse.

Dersom en anskaffelse ikke er kunngjort fordi oppdragsgiver ikke har regnet verdien av den på rett måte, vil det kunne være en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt.⁹⁴

Problemstillingen er aktuell da det må legges til grunn at oppdragsgiver har et videre skjønn for valg av oppdeling i del I-anskaffelser, enn i del II- og del III-anskaffelser.

7.6.2 Rettslige utgangspunkter

Hva som er å anse som én anskaffelse, er ikke regulert i LOA eller FOA. Det er likevel regulert i FOA § 5-4 om hvordan man skal beregne verdien av en anskaffelse. Bestemmelsen bruker i første ledd ordet «kontrakt». I denne sammenheng vil derfor kontrakt og anskaffelse innebære det samme, slik at én anskaffelse også er én kontrakt.

Det følger av § 5-4 åttende ledd første setning at de tilfeller oppdragsgiver velger å dele opp tjenestekontrakter, bygge-og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Det skilles derfor mellom

⁹⁴ Merknader til § 12 i prop.51 L (2015-2016).

når en anskaffelse deles opp i flere delkontrakter og når oppdragsgiver lyser ut flere anskaffelser.

Klagenemnda forklarer skillet ved at «spørsmålet om flere kontrakter skal anses som én anskaffelse i relasjon til terskelverdiene må holdes atskilt fra spørsmålet om adgangen til å dele én anskaffelse i flere delkontrakter».⁹⁵ Skillet kommer derfor ikke på bekostning av hensynet til tilrettelegging for små og mellomstore bedrifter, da dette vil kunne gjøres uavhengig av verdisettingen.

Hensynet bak beregningsregelen er blant annet være at anskaffelser av en viss størrelse bør være kjent for markedet. Dette forankres i plikten til kunngjøring for anskaffelser over nasjonal terskelverdi.

7.6.3 Grensene for når oppdragsgiver kan dele opp anskaffelser uten å beregne verdien samlet

I motsetning til spørsmålet om oppdeling vil spørsmålet om anskaffelsens verdi følge av strenge regler. Dette kan begrunnes i at man ønsker å hindre at oppdragsgivere deler opp et behov i flere anskaffelser for å unngå kunngjøring eller andre prosedyreregler som følger av de øvrige forskriftene.

I mange tilfeller vil hva som er å anse som én eller flere anskaffelser være klart. Dersom kommunen på et tidspunkt ønsker tilbud på et nytt IT-system, vil dette være en anskaffelse som er atskilt fra en anskaffelse som dreier seg om asfaltering av kommunal vei. I andre tilfeller vil grensedragningene være mer tvilsomme.

Et eksempel fra EU-domstolen klargjør dette skillet. I C-16/98 (Sydev) var spørsmålet om om «hvilke kriterier der skal legges til grund ved afgørelsen af, om der er tale om et arbejde», altså om ulike arbeider skulle anses som én eller flere anskaffelser. Utgangspunktet domstolen brukte fulgte av det tidligere direktivet hvor det avgjørende var om arbeidet skulle dekke

⁹⁵ KOFA-2021-1604 avsnitt 40.

samme «økonomiske og tekniske funksjon, som resultatet af de pågældende arbejder opfylder».⁹⁶

Det første domstolen konstaterte var at et el-nett som knyttet seg til distribusjon av elektrisitet til forbrukere og et veibelysningsnett som var ment til å gi veibelysning til et offentlig område var to ulike anskaffelser. Dette ble begrunnet med at El-nettet ville bli betalt av forbrukere etter hvor mye forbruk de hadde og utgiftene til veibelysningsnettet ville bli betalt av oppdragsgiver gjennom kostnader fra befolkningen som en form for skatt, altså uten noe tilknytning til befolkningens forbruk. På bakgrunn av disse forskjellene hadde ikke anskaffelsene den samme økonomiske og tekniske funksjon, og var derfor ikke én og samme anskaffelse. De kunne derfor verdsettes hver for seg.⁹⁷ Fra dette eksempelet, kan det altså utledes at selv om anskaffelsene gjaldt elektrisitet og skulle oppfylle et behov hos samme oppdragsgiver, var det vesentlige forskjeller som gjorde at det ikke var ansett som samme anskaffelse.

Det neste domstolen vurderte, var om elforsyningsanskaffelsen var kunstig oppdelt. Domstolen besvarte dette bekreftende. Dette ble begrunnet i at anskaffelsene måtte anses sterkt avhengig av hverandre, de var inngått samtidig med samme oppdragsgiver, ytelsene var ensartede og arbeidene som skulle utføres var innenfor samme geografiske område.⁹⁸ I en lignende sak for EU-domstolen ble det også lagt til grunn at de samme momenter også vil være relevante for tjenestekontrakter.⁹⁹

Klagenemda har også vist til disse avgjørelsene i lignende spørsmål, hvor det særlig oppstår tvister rundt oppdeling av vedlikeholdstjenester. I KOFA-2021-967 var spørsmålet om brøyting av kommunal vei skulle verdsettes som én anskaffelse, eller om hver enkelt kontrakt skulle verdsettes for seg selv. Samtlige av kontraktene gjaldt brøytetjenester og annet vintervedlikehold av vei. Dette var også tjenester som kommunen var avhengig av for å kunne

⁹⁶ Se avsnitt 36 og 37.

⁹⁷ Se avsnitt 50-54.

⁹⁸ Se avsnitt 61.

⁹⁹ Se C-574/10 (Kommisjonen mot Tyskland).

oppfylle sin lovpålagte plikt om vedlikehold av vei. Kontraktene hadde altså samme formål og de dekket det samme behovet hos kommunen. I tillegg var kontraktene likt utformet og var annonsert samlet i en avis og inngått i samme tidsrom. På bakgrunn av en konkret vurdering og kontraktens sammenheng utgjorde alle kontraktene i realiteten én anskaffelse.¹⁰⁰

Anskaffelsesregelverkets veileder benytter også disse momentene i spørsmålet om hva som er én eller flere anskaffelser. Her oppgis det «hvorvidt ytelsene dekker det samme eller tilsvarende behov, om ytelsene normalt leveres fra en leverandør, om ytelsene er «ensartede» og om anskaffelsene utgjør et samlet prosjekt.»¹⁰¹ Momentene er likevel ikke uttømmende, og dersom momentene foreligger er det heller ikke ensbetydende med at det er snakk om én anskaffelse.¹⁰²

I KOFA-2021-1604 var de omtvistede tjenestekontraktene brøyting og vintervedlikehold. På grunn av samme oppdragsgiver, like kontraktsvilkår og de samme kravene til utstyr og muligheten til å kunne levere tilbud på én eller flere roder, ble det ansett som samme anskaffelse. Det eneste forskjellen mellom kontraktene var stedet som skulle brøytes.¹⁰³

Oppsummert vil de øvrige kildene trekke i retning av at vurderingen som må tas er svært konkret. Likevel er det sentrale likhetstegnene og tilknytningen mellom anskaffelsene.

Ettersom regelverket for del I-anskaffelser er forskjellig fra del II og III, trekker dette i retning av at kommunen har et strengt ansvar i å ta gode vurderinger i utregningen av anskaffelsen.¹⁰⁴ Dersom utregningen ikke er forsvarlig, er det en ulovlig direkte anskaffelse, noe som kan eller skal gi overtredelsesgebyr.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Se avsnitt 35-37.

¹⁰¹ P-2017-933 punkt 5.4.3.

¹⁰² Disse momentene ble også brukt i LB-2021-36870 som gjaldt spørsmålet om «liknende kontrakter» i § 5-4 niende ledd bokstav a.

¹⁰³ Avsnitt 38-39.

¹⁰⁴ Også lagt til grunn av Dragsten (2013) s. 256 om den tidligere utregningsbestemmelsen i FOA.

¹⁰⁵ Jf. LOA § 12 første ledd.

Kommunens skjønn til å kunne beregne verdien samlet vil derfor, i motsetning til spørsmålet om oppdeling, være svært begrenset. Dette trekker i retning av at kommunen i tvilstilfeller bør regne verdien samlet for å være sikker på at anskaffelsen ikke er en ulovlig direkte anskaffelse.

8 Avsluttende bemerkninger

Denne avhandlingen har ment å belyse at oppdragsgiver har en store muligheter til å kunne ha dialog med lokalt næringsliv, oppstille krav hvor lokalt næringsliv er konkurransedyktige og dele opp kontrakter. Adgangen til å kunne utføre disse tiltakene kan blant annet begrunnes i oppdragsgivers vide skjønn i del I-anskaffelser. I tillegg vil flere av disse tiltakene kunne føre til bedre anskaffelser og mer konkurranse.

Slik som gjennomgått, er det ikke alltid enkelt å utlede innholdet i de grunnleggende prinsippene uten å se til øvrige deler av regelverket. Dette kan medføre at det kan være vanskelig for enkelte kommuner å gjøre effektive og gode vurderinger. En kan derfor spørre seg om å kun regulere anskaffelsesprosessen i del I-anskaffelser gjennom prinsipper, er den beste løsningen. Ei heller er kanskje ikke forenklingen anskaffelsesregelverket helt i mål.

Referanseliste

Lov og forskrift

- Lov 27.november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- Forskrift 07.april 2006 om offentlige anskaffelser – FOA
- Lov 17.06.2016 nr.73 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven)
- Forskrift 12.08.2016 nr.974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

Forarbeider

- Prop.51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser, Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

Praksis fra nasjonale domstoler

- LB-2010-101985
- LB-2010-201985 (Jernbaneverket)
- LH-2018-99424
- LB-2021-36870
- HR-2022-1964-A

Internasjonale kilder

- Dom av 14.februar 1995, Schumacker, C-289/93, EU:C:1995:31
- Dom av 5.oktober 2000, Sydev, C-16/98, EU:C:2000:541
- Dom av 27.oktober 2005, Conste, C-234/03, EU:C:2005:644
- Dom av 15.mars 2012, Kommisjonen vs. Tyskland, C-574/10, EU:C:2012:145
- Dom av 5.april 2017, Borta C-298/15 EU:C:2018:266
- Dom av 13.desember 2013, Evropaïki Dynamiki, T-165/12, EU: T:2013:646

- Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF [Innkjøpsdirektivet 2014] EUT L 94/65.

Praksis fra klagenemda for offentlige anskaffelser

- KOFA-2003-286
- KOFA-2004-189
- KOFA-2004-256
- KOFA-2005-236
- KOFA-2006-17
- KOFA-2006-21
- KOFA-2007-22
- KOFA-2007-31
- KOFA-2009-274
- KOFA-2011-29
- KOFA-2011-198
- KOFA-2012-36
- KOFA-2012-118
- KOFA-2012-144
- KOFA-2012-238
- KOFA-2013-93
- KOFA-2013-130
- KOFA-2015-32
- KOFA-2015-60
- KOFA-2015-149
- KOFA-2016-25
- KOFA-2017-44
- KOFA-2017-84
- KOFA-2017-140
- KOFA-2018-158

- KOFA-2019-2
- KOFA-2019-152
- KOFA-2019-497
- KOFA-2019-713
- KOFA-2021-967
- KOFA-2021-1604
- KOFA-2022-924

Juridisk litteratur

- Bakjord, Espen og Drasten, Marianne H, Innovative IT-anskaffelser Lovdata, 2018
- Dragsten, Marianne Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger, 1.utg, Universitetsforlaget 2013, Oslo
- Dragsten, Marianne *Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar*, [Anskaffelsesforskriften, Juridika](#), 2020
- Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, Karoline Kreyberg, Kine Østbye Neslein, Kaspar Nygaard Thommesen, Line Camilla Werner, Anskaffelsesrett: I et nøtteskall, Gyldendal Norsk forlag 2.utgave, 2017, Oslo
- Graver, Hans Petter, «[Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser](#)», Tidsskrift for forretningsjus, 2005 s.460-475
- Skoghøy, Jens Edvin A, Rett og Rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018, Oslo
- Nærings- og fiskeridepartementet, P-2017-933 (P-933), november 2017

Andre kilder

- Oslo Economics og Inventura, *Kommunen som innkjøper*, 2022, <https://distriktssenteret.no/wp-content/uploads/2022/12/Kommunen-som-innkjoper.pdf>.

