NOU 2023: 26

Ny lov om offentlige anskaffelser

Første delutredning

Utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022

Avgitt til Nærings- og fiskeridepartementet 10. november 2023

Til Nærings- og fiskeridepartementet

Anskaffelsesutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022 for å gjennomgå regelverket for offentlige anskaffelser og komme med forslag til endringer. Utvalget er bedt om å dele arbeidet i to. Første del gjelder regelverkets struktur, forenkling av regelverket for anskaffelser og tydeliggjøring av bestemmelsene om samfunnshensyn. Utvalget gir med dette sin utredning av disse spørsmålene.

03N0xx2

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Oslo 10. november 2023 |  |
| Halvard Haukeland FredriksenLeder |
| Malin Arve | Mads Greaker | Kjersti Holum Karlstrøm |
| Marianne Breiland | Jon Reidar Gresseth | Svein Terje Tveit |
| Arnhild Dordi Gjønnes | Beatrice Dankertsen Hennyng |  |
|  |  | Samantha Tahir-Hafting (sekretariatsleder) |
|  |  | Nina Klefstad Bjørnebye  |
|  |  | Tone Bergh-Christensen  |
|  |  | Malin Fosse |
|  |  | Beate Gulbrandsen |
|  |  | Tora Holm |
|  |  | Turid Mette Nilsen |
|  |  | Sofia Sanner |
|  |  | Grethe Midgaard Torrissen |

Del I

Innledning

# Lovutkast

## Utkast til ny lov om offentlige anskaffelser

Forslag til ny lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Del I Innledende bestemmelser

Kapittel 1

§ 1-1 Formål

(1) Loven gir regler om fremgangsmåten for offentlige anskaffelser. Loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

(2) Dette innebærer blant annet at loven skal bidra til

* at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte
* omstilling til et lavutslippssamfunn
* at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres
* innovasjon
* anstendige arbeidsforhold
* konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører
* at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte
* at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning.

(3) Sammen med lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsanskaffelser gjennomfører loven Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.

§ 1-2 Hvem loven gjelder for

Loven gjelder for statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder også for sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i første punktum.

§ 1-3 Saklig virkeområde

Loven gjelder når offentlig oppdragsgiver som nevnt i § 1-2 har til hensikt å inngå varekontrakter, tjenestekontrakter eller bygge- og anleggskontrakter, og den aktuelle kontrakten har en antatt verdi over 300 000 kroner.

[§ 1-4 Geografisk virkeområde

Utvalget vil komme tilbake til denne bestemmelsen i andre delutredning].

§ 1-5 Rettighetshavere

(1) Rettighetshavere etter loven er

a. virksomheter etablert i Norge

b. virksomheter etablert i andre EØS-stater, i det omfang som følger av EØS-avtalen

c. virksomheter etablert i en stat som er part til WTO-avtalen om offentlige innkjøp, i det omfang som følger av denne avtalen

d. virksomheter etablert i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av den aktuelle avtalen.

(2) Virksomheter som ikke omfattes av første ledd kan ikke delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge uten godkjenning fra departementet.

§ 1-6 Offentlighet

For allmennhetens innsyn i dokumenter knyttet til en offentlig anskaffelse gjelder offentleglova.

§ 1-7 Taushetsplikt

(1) Reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven § 13 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte informasjon av fortrolig karakter som gjøres tilgjengelig for dem i forbindelse med en anskaffelse.

§ 1-8 Habilitet

(1) Ved gjennomføringen av en anskaffelse gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven §§ 11-10 og 13-3. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven §§ 6 til 10 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet.

§ 1-9 Omgåelsesforbud

En offentlig anskaffelse må ikke utformes med det formål å utelukke den fra anvendelsesområdet til lovens bestemmelser.

Kapittel 2 Samfunnshensyn

§ 2-1 Plikt til å ta samfunnshensyn og ha rutiner

(1) Oppdragsgiver skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene nevnt i § 1-1 ivaretas.

(2) Oppdragsgiver skal ha oppdaterte rutiner for dette formålet. Rutinene skal være offentlig tilgjengelige.

§ 2-2 Grønn omstilling

(1) Oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser.

(2) For kunngjøringspliktige anskaffelser etter denne loven gjelder følgende

a. oppdragsgiver skal i forkant vurdere hvordan anskaffelsen kan innrettes for å begrense dens samlede klimaavtrykk og miljøbelastning (klima- og miljøkartlegging). Kartleggingen kan involvere dialog med leverandører, og bør gjøre det, med mindre oppdragsgivers kjennskap til markedet gjør dette overflødig. Kartleggingen skal inngå i anskaffelsesprotokollen

b. oppdragsgiver skal stille klima- eller miljøkrav til ytelsen. Kravene skal gi reell klima- og miljøgevinst, men uten å påføre oppdragsgiver uforholdsmessige merkostnader

c. oppdragsgiver skal stille klima- eller miljørelaterte krav eller kriterier også i andre trinn av anskaffelsesprosessen, dersom det vil gi ytterligere klima- eller miljøgevinst uten å medføre uforholdsmessige kostnader for oppdragsgiver.

(3) Oppdragsgiver skal prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk.

(4) For anskaffelser undergitt standardiserte minimumskrav i henhold til § 2-3, kan oppdragsgiver velge å stille ytterligere krav eller kriterier.

(5) Forpliktelsene etter første til tredje ledd kan oppfylles ved bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring.

(6) Andre ledd gjelder ikke dersom anskaffelsen har et klimaavtrykk og en miljøbelastning som er uvesentlig. Dette skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

§ 2-3 Standardiserte minimumskrav

Departementet kan gi forskrift om standardiserte minimumskrav ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.

§ 2-4 Innovasjon

For å åpne for nye eller vesentlig endrede produkter, tjenester, produksjonsmåter med videre, kan oppdragsgiver stille egnede krav eller kriterier som fremmer innovasjon. En innovativ anskaffelse kan for eksempel skje gjennom bruk av konkurranse med forhandling, innovasjonspartnerskap, konkurransepreget dialog eller at oppdragsgiver åpner for alternative tilbud, jf. § 13-9.

§ 2-5 Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i tjenestekontrakter og bygge- og anleggsanskaffelser

(1) Oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten på områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, har lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med gjeldende forskrifter.

(2) På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal oppdragsgiver stille kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår som svarer til en gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Med lønns- og arbeidsvilkår menes bestemmelser om arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen.

(3) For kunngjøringspliktige anskaffelser skal oppdragsgiver føre risikobasert kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes. Risikovurderingen og eventuell ytterligere kontroll dokumenteres i tilstrekkelig grad.

(4) Oppdragsgiver skal i kontrakten kreve at leverandører og eventuelle underleverandører på forespørsel må dokumentere at krav til lønns- og arbeidsvilkår som nevnt i første og andre ledd er oppfylt. Leverandører og eventuelle underleverandører skal på forespørsel utlevere nødvendig dokumentasjon til oppdragsgiver for å dokumentere overholdelse av kontraktsvilkårene.

(5) Det skal fremgå av anskaffelsesdokumentene at kontrakten vil inneholde kontraktsvilkår i henhold til første, andre og fjerde ledd.

§ 2-6 Kontraktsvilkår om lærlinger

(1) Oppdragsgiver skal i tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter stille kontraktsvilkår om at leverandør er tilknyttet en lærlingordning og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med å oppfylle kontrakten. Dette gjelder når

a. kontrakten har en varighet på over tre måneder og

b. det er et særlig behov for læreplasser.

(2) En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og som kan dokumentere reelle forsøk på å inngå kontrakt med lærling uten å lykkes, skal av oppdragsgiver anses å ha oppfylt kravet om bruk av lærling.

(3) Plikten gjelder ikke når kontraktsvilkår må anses som uforholdsmessig etter kontraktens innhold, omfanget av arbeidet der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev eller andre forhold.

(4) For kunngjøringspliktige anskaffelser skal oppdragsgiver føre risikobasert kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes. Risikovurderingen og eventuell ytterligere kontroll dokumenteres i tilstrekkelig grad.

§ 2-7 Kontraktsvilkår om begrensning i antallet ledd i leverandørkjeden

(1) Oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at en leverandør ikke har mer enn to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre enten bygge- og anleggsarbeider, eller renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 90910000 (rengjøring).

(2) Oppdragsgiver kan godta flere ledd i leverandørkjeden dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse.

(3) Det maksimale antallet ledd oppdragsgiver vil godta, skal angis i anskaffelsesdokumentene.

(4) Etter at kontrakt er inngått, kan oppdragsgiver godta flere ledd dersom det på grunn av uforutsette omstendigheter er nødvendig for å få gjennomført kontrakten.

§ 2-8 Menneskerettigheter

I anskaffelser som følger lovens del III og der det er høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter, skal oppdragsgiver stille krav eller kriterier for å motvirke at slike brudd oppstår.

§ 2-9 Skatteattest

(1) Oppdragsgiver skal kreve at den valgte leverandør, inkludert underleverandør, leverer skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt. Dette gjelder bare for norske leverandører.

(2) Skatteattesten skal ikke være eldre enn seks måneder, beregnet fra den dato oppdragsgiver meddeler hvem som har vunnet kontrakten.

§ 2-10 Sanksjoner

Oppdragsgiver skal i kontrakten innta egnede sanksjoner for leverandørens eller eventuelle underleverandørers brudd på kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene i dette kapittelet.

Del II – Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Kapittel 3 Forenklede regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi

§ 3-1 Vare- og tjenesteanskaffelser

(1) Ved vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette kan for eksempel skje ved at oppdragsgiver

a. gjennomfører en markedsundersøkelse, og på grunnlag av denne innhenter tilbud

b. innhenter to eller flere tilbud

c. annonserer anskaffelsen, for eksempel på en relevant nettside eller ved frivillig kunngjøring i Doffin.

(2) Hvis oppdragsgiver etter første ledd mottar mer enn ett tilbud skal oppdragsgiver samtidig underrette alle leverandører som har inngitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. Etter anmodning skal oppdragsgiver begrunne beslutningen.

(3) Oppdragsgiver skal sikre at bruken av mulighetene i første ledd ikke over tid medfører favorisering av en eller et fåtall av leverandører.

(4) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal offentliggjøre at kontrakt er inngått.

§ 3-2 Bygge- og anleggsanskaffelser

(1) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 15 millioner kroner, gjelder § 3-1 tilsvarende. Hvis kontrakten har en antatt verdi mellom 3 og 15 millioner kroner skal oppdragsgiver også publisere en forenklet kunngjøring i Doffin, som åpner for at interesserte leverandører kan melde sin interesse. Kunngjøring skal minst beskrive kontraktsgjenstanden, på hvilke kriterier kontrakten vil tildeles, estimert verdi, og tidsrom for gjennomføring.

(2) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi over 15 millioner kroner skal oppdragsgiver følge reglene i del III. Oppdragsgiver kan likevel

a. velge fritt mellom konkurranseformene, og konkurranse med forhandling kan gjennomføres i ett trinn

b. fastsette egne tidsfrister for gjennomføring av konkurransen

c. la være å bruke ESPD

d. velge bare å kunngjøre nasjonalt

e. fritt innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

§ 3-3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi som likevel har klar grensekryssende interesse innen EØS, som følge av særlige forhold knyttet til anskaffelsens karakter og leverandørmarkedet, skal oppdragsgiver

a. annonsere kontrakten

b. fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakten og gjøre denne kjent for interesserte leverandører

c. underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning.

(2) Bestemmelsen gjelder bare for anskaffelser av varer og tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel.

Del III – Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Kapittel 4 – Virkeområde og definisjoner

§ 4-1 Virkeområde

Reglene i denne delen av loven gjennomfører anskaffelsesdirektivet i norsk rett, og får anvendelse hvis verdien av anskaffelsen overstiger terskelverdiene i kapittel 6.

§ 4-2 Definisjoner

I loven menes med

a. offentlige kontrakter: gjensidig bebyrdende kontrakter som inngås skriftlig mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, og som gjelder utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester,

b. bygge- og anleggskontrakter: offentlige kontrakter som gjelder ett av følgende

i. utførelse eller både prosjektering og utførelse av bygge- og anleggsarbeid i tilknytning til én av virksomhetene definert i anskaffelsesdirektivet vedlegg II

ii. oppføring eller både prosjektering og oppføring av et bygg

iii. oppføring, uansett på hvilken måte, av et bygg som oppfyller kravene fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren som har en avgjørende innflytelse på typen eller prosjekteringen av bygget.

d. bygg: resultatet av bygge- og anleggsarbeid eller ingeniørarbeid sett under ett, som i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon,

e. kontrakter om offentlig varekjøp: offentlige kontrakter som gjelder innkjøp, leasing, leie eller kjøp på avbetaling, med eller uten en kjøpsopsjon, av varer. En kontrakt om offentlig varekjøp kan også omfatte monterings- og installasjonsarbeid,

f. tjenestekontrakt: offentlige kontrakter som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i bokstav b,

g. leverandør: enhver fysisk eller juridisk person, eller en offentlig enhet eller gruppe av slike personer og/eller enheter, herunder midlertidige sammenslutninger av foretak, som på markedet tilbyr utførelse av bygge- og anleggsarbeid og/eller oppføring av bygg, levering av produkter eller tjenesteyting,

h. anskaffelsesdokument: ethvert dokument som er utarbeidet eller vises til av den offentlige oppdragsgiveren for å beskrive eller bestemme elementer i innkjøpet eller framgangsmåten, herunder kunngjøringen av konkurranse, den veiledende kunngjøringen dersom den benyttes som metode for utlysing av konkurranse, de tekniske spesifikasjonene, det beskrivende dokumentet, foreslåtte kontraktsvilkår, formater for framlegging av dokumenter, opplysninger om alminnelige forpliktelser samt eventuelle ytterligere dokumenter,

i. skriftlig: ethvert uttrykk som består av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres, herunder opplysninger som sendes og lagres ved hjelp av elektroniske midler,

j. elektroniske midler: elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler,

k. livssyklus: de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning,

l. plan- og designkonkurranser: de framgangsmåtene som gjør det mulig for den offentlige oppdragsgiveren å innhente, hovedsakelig på områdene by- og regionplanlegging, arkitektur, ingeniørarbeid eller databehandling, en plan eller et prosjekt valgt ut av en jury etter å ha vært satt ut til konkurranse med eller uten utdeling av premier,

m. innovasjon: innføring av nye eller vesentlig forbedrede produkter, tjenester eller prosesser, herunder, men ikke begrenset til, produksjons-, bygge- eller konstruksjonsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, organisering av arbeidsplassen eller eksterne forbindelser, blant annet med sikte på å bidra til å løse samfunnsmessige utfordringer,

n. merke: ethvert dokument eller sertifikat eller enhver attestasjon som bekrefter at de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene oppfyller visse krav,

o. merkekrav: de kravene som de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene skal oppfylle for å oppnå det berørte merket.

Kapittel 5 – Blandede anskaffelser

§ 5-1 Blandede anskaffelser

(1) Reglene i § 5-2 gjelder for blandede anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet.

(2) Reglene i § 5-3 gjelder for blandede anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsanskaffelsesdirektivet.

§ 5-2 Blandede anskaffelser som inneholder kontrakter som er omfattet av anskaffelsesdirektivet

(1) Kontrakter som innebærer en kombinasjon av flere typer ytelser (varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider) skal inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Hvis en blandet anskaffelse består av forskjellige typer tjenester, skal hovedgjenstanden fastsettes i overensstemmelse med den høyeste anslåtte verdi. Det samme gjelder for kontrakter som både innebærer varer og tjenester.

§ 5-3 Blandede anskaffelser som er omfattet av flere direktiver

(1) Hvis en kontrakt objektivt kan deles opp, gjelder reglene i §§ 5-4 og 5-5. Hvis en kontrakt ikke objektivt kan deles opp gjelder reglene i § 5-6.

(2) Hvis deler av en kontrakt kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, eller er underlagt reglene om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, så gjelder reglene i §§ 8-4 til 8-6.

§ 5-4 Blandede anskaffelser som kan deles opp på en objektiv måte

(1) Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivet, og delvis ikke, kan oppdragsgiver velge å inngå separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller en blandet kontrakt etter reglene i anskaffelsesdirektivet.

(2) Hvis en kontrakt inneholder elementer av varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider og konsesjoner, skal oppdragsgiver følge reglene i anskaffelsesdirektivet så fremt verdien av den delen av kontrakten som er omfattet av anskaffelsesdirektivet overstiger terskelverdien jfr. § 6-1.

§ 5-5 Blandede anskaffelser som delvis er knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter

Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av reglene i anskaffelsesdirektivet og delvis forsyningsdirektivet, gjelder reglene i [forsyningsdirektivet artikkel 4 og 5].

§ 5-6 Blandede anskaffelser som ikke kan deles opp på en objektiv måte

Hvis forskjellige deler av en kontrakt ikke kan deles fra hverandre på en objektiv måte, skal oppdragsgiver følge de reglene som gjelder for det som er kontraktens hovedgjenstand.

Kapittel 6 – Terskelverdier

§ 6-1 Terskelverdier

Del III gjelder for kontrakter med en anslått verdi lik eller høyere enn

a. 1,4 millioner kroner for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser for statlige myndigheter

b. 2,2 millioner kroner for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser for ikke-statlige myndigheter

c. 56 millioner kroner for bygge- og anleggsanskaffelser

d. 7,8 millioner kroner for sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser.

§ 6-2 Terskelverdier for oppdragsgivere innen forsvarssektoren

(1) Terskelverdien i § 6-1 bokstav b gjelder også for varekontrakter som tildeles av statlige myndigheter innen forsvarssektoren, når kontrakten gjelder varer som er listet i tillegg 2 til EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016.

(2) Terskelverdien i § 6-1 bokstav c gjelder også for varekontrakter som tildeles av statlige myndigheter innen forsvarssektoren, når kontrakten gjelder varer som ikke er listet i tillegg 2 til EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016.

§ 6-3 Utgangspunkter for beregning av anskaffelsens verdi

(1) Oppdragsgiver skal beregne anskaffelsens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen eksklusive merverdiavgift, inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene, og eventuelle fornyelser av kontrakten som er angitt i anskaffelsesdokumentene. Eventuelle betalinger eller premier til leverandørene skal tas med i beregningen.

(2) Beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen. For anskaffelser som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen.

(3) Dersom oppdragsgiver består av flere atskilte driftsenheter, skal den samlede anslåtte verdien for alle driftsenhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder likevel ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.

(4) Oppdragsgiver skal ikke velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra loven.

§ 6-4 Beregning av verdi ved visse former for anskaffelser

(1) Ved rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal oppdragsgiver legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som oppdragsgiver forventer å inngå i løpet av avtalens eller ordningens varighet.

(2) Ved konkurranse om innovasjonspartnerskap skal oppdragsgiver legge til grunn den maksimale verdien av forsknings- og utviklingsaktivitetene som skal utføres i løpet av partnerskapet. I tillegg skal oppdragsgiver ta med i beregningen verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver forventer å få utviklet og anskaffet ved det planlagte partnerskapets opphør.

(3) Ved bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiver ta hensyn til verdien av både bygge- og anleggsarbeidene og alle varene og tjenestene som oppdragsgiver stiller til rådighet for leverandøren, og som er nødvendige for å utføre arbeidene.

(4) Dersom oppdragsgiver planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 6-1, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av loven som gjelder for hver enkelt delkontrakt.

(5) Uavhengig av fjerde ledd, for anskaffelser der den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger en terskelverdi i § 6-1, gjelder likevel bare del II for delkontrakter om varer og tjenester med en anslått verdi under 800 000 kroner og delkontrakter om bygge- og anleggsarbeider med en anslått verdi under 10 millioner kroner, når verdien av de respektive delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene som anskaffelsen er delt opp i.

§ 6-5 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter som inngås regelmessig eller fornyes

Ved vare- og tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår regelmessig eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom, skal oppdragsgiver beregne kontraktens verdi på grunnlag av

a. den samlede faktiske verdien av liknende kontrakter som er tildelt i løpet av de foregående 12 månedene eller det foregående regnskapsåret, om mulig justert for forventede endringer i løpet av de 12 etterfølgende månedene, eller

b. den samlede anslåtte verdien av de kontraktene som vil bli tildelt i løpet av 12 måneder fra den første leveransen, eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder.

§ 6-6 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp for varer

Ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp av varer gjelder følgende

a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 12 måneder eller kortere skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi

b. for tidsbegrensede kontrakter med varighet over 12 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi, inkludert anslått restverdi

c. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter der varigheten ikke kan fastsettes nærmere, skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

§ 6-7 Beregning av anskaffelsens verdi for visse tjenestekontrakter

(1) Ved beregningen av verdien av visse tjenestekontrakter skal følgende verdier inkluderes

a. forsikringstjenester: premier og andre former for vederlag

b. banktjenester og andre finansielle tjenester: gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag

c. kontrakter vedrørende prosjektering: honorarer, provisjoner og andre former for vederlag

(2) Ved tjenestekontrakter uten en fastsatt samlet pris gjelder følgende

a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 48 måneder eller mindre skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede verdien for hele kontraktens varighet

b. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter med en varighet på over 48 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

Kapittel 7 – Unntak

§ 7-1 Anskaffelser som gjelder forsyningsaktiviteter

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter.

(2) Loven gjelder ikke når en oppdragsgiver som leverer posttjenester som definert i [forsyningsdirektivet artikkel 13 nr. 2 bokstav b], inngår kontrakter knyttet til utøvelsen av følgende aktiviteter

a. tilleggstjenester som har forbindelse med og utelukkende utføres med elektroniske verktøy, inkludert sikker elektronisk overføring av kodede dokumenter, adresseforvaltningstjenester og overføring av rekommandert elektronisk post

b. finansielle tjenester som er omfattet av CPV-kodene 66100000 (formidlingstjenester i forbindelse med bankvesen og investeringer) til 66720000 (reforsikring av ulykkes- og sykeforsikringer) eller § 7-4 bokstav f punkt i og iii, inkludert postanvisninger og postgirooverføringer

c. filatelitjenester

d. logistikktjenester som kombinerer fysisk levering eller lagring med funksjoner som ikke omfatter posttjenester.

§ 7-2 Anskaffelser som gjelder elektrisk kommunikasjon

Loven gjelder ikke for anskaffelser som hovedsakelig har til formål å sette oppdragsgiver i stand til å stille til rådighet eller drive et offentlig kommunikasjonsnett eller levere en eller flere offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester.

§ 7-3 Anskaffelser som er omfattet av internasjonale regler

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver

a. er forpliktet til å gjennomføre etter anskaffelsesreglene i en internasjonal avtale med offentlige myndigheter utenfor EØS-området, og som gjelder bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser som er beregnet på et felles prosjekt som avtalepartene gjennomfører eller utnytter, eller

b. som er fastsatt av en internasjonal organisasjon

c. i en internasjonal avtale i forbindelse med stasjonering av tropper.

(2) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver velger å gjennomføre etter anskaffelsesregler som er fastsatt av en internasjonal organisasjon eller finansieringsinstitusjon, forutsatt at organisasjonen eller institusjonen fullt ut finansierer anskaffelsen. Dersom en slik organisasjon eller institusjon finansierer hoveddelen av anskaffelsen, skal partene avtale hvilke regler som skal gjelde.

(3) Oppdragsgiver skal underrette departementet om internasjonale avtaler som nevnt i første ledd bokstav a.

§ 7-4 Unntak for visse tjenestekontrakter

Loven del III gjelder ikke for tjenestekontrakter om

a. erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom

b. leie av bygning som skal oppføres. Dette gjelder likevel ikke dersom avtalen i realiteten er en bygg- og anleggsanskaffelse som definert i § 4-2

c. anskaffelse, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmateriale som er beregnet på kringkasting eller audiovisuelle bestillingstjenester, og som en kringkaster eller tjenestetilbyder inngår, eller kontrakter om sendetider eller programtilbud som oppdragsgiver inngår med en kringkaster eller tjenestetilbyder

d. voldgifts- og meglingstjenester

e. følgende juridiske tjenester

i. representasjon ved advokat i tvistesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller mekling

ii. juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i nr. 1 eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak

iii. notarialforretninger

iv. tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd

v. juridiske tjenesteavtaler som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet

f. følgende finansielle tjenester

i. tjenester i forbindelse med emisjon, salg, kjøp eller annen overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter

ii. sentralbanktjenester

iii. prosjekter som oppdragsgiver utfører sammen med European Financial Stability Facility eller European Stability Mechanism

g. lån

h. ansettelser

i. sivilforsvars-, beredskaps- eller forebyggingstjenester som oppdragsgiver inngår med ideelle organisasjoner, og som er omfattet av CPV-kodene 75250000 (brannvesen og redningstjenester), 75251000 (tjenester utført av brannvesenet), 75251100 (brannbekjempelse), 75251110 (brannforebygging), 75251120 (bekjempelse av skogbranner), 75252000 (redningstjenester), 75222000 (sivilforsvarstjenester), 98113100 (kjernefysiske sikkerhetstjenester) eller 85143000 (ambulansetjenester) med unntak av pasienttransport med ambulanse

j. kontrakter om offentlig persontransport med jernbane eller t-bane.

§ 7-5 Unntak for tjenestekontrakter som tildeles på grunnlag av en enerett

Loven gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.

§ 7-6 Utvidet egenregi

Loven gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når oppdragsgiver inngår kontrakter med et annet rettssubjekt

a. som oppdragsgiver utøver en kontroll med som tilsvarer den kontroll som utøves over egne avdelinger

b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer, og

c. som det ikke er direkte private eierandeler i.

Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer på samme måte.

Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder heller ikke loven når det kontrollerte rettssubjektet inngår kontrakter med

a. det kontrollerende rettssubjektet, eller

b. andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det ikke er direkte private eierandeler i rettssubjektene som angitt i bokstav a og b.

§ 7-7 Felles kontroll

Selv om oppdragsgiver ikke alene oppfyller vilkårene i § 7-6 første ledd, gjelder loven heller ikke når det inngås kontrakter med et annet rettssubjekt

a. som oppdragsgiver og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sine egne avdelinger

b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer og

c. som det ikke er direkte private eierandeler i.

(2) Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når

a. det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne

b. de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og

c. det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser.

§ 7-8 Samarbeidsavtaler

Loven gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

a. som har til formål å sikre at offentlige tjenester blir utført for å oppnå et felles mål

b. som blir utført utelukkende av hensyn til allmennhetens interesse og

c. der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet gjelder, blir utført på det åpne markedet av de deltakende oppdragsgiverne.

§ 7-9 Beregning av aktivitet

Beregningen av den prosentvise aktiviteten etter § 7-6 første ledd bokstav b, § 7-7 første ledd bokstav b og § 7-8 bokstav c skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

Kapittel 8 – Særlige situasjoner

I. Subsidierte kontrakter og FOU-kontrakter

§ 8-1 Subsidierte kontrakter

(1) Loven gjelder også for tildelingen av følgende kontrakter som oppdragsgiver som nevnt i § 1-2 ikke inngår selv, men som den direkte subsidierer til med mer enn 50 prosent

a. bygge- og anleggskontrakter som listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg II og som har en anslått verdi som er lik eller overstiger 56 millioner kroner

b. tjenestekontrakter med tilknytning til en bygge- og anleggskontrakt som nevnt i bokstav a, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 2,2 millioner kroner.

(2) Oppdragsgiver som yter subsidiene skal sikre at bestemmelsene i denne loven overholdes.

§ 8-2 Tjenestekontrakter som gjelder forsknings- og utviklingstjenester

Loven gjelder bare for tildelingen av kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, som er omfattet av CPV-kodene 73000000-2 til 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 og 73430000-5 dersom

a. utbyttet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet, og

b. oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten.

II. Anskaffelser som inneholder forsvars- og sikkerhetselementer

§ 8-3 Forsvar og sikkerhet

(1) Loven gjelder ikke for kontrakter og plan- og designkonkurranser

a. som er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser

b. som ikke er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser på grunnlag av §§ [direktiv 2009/81/EF artikkel 8, 12 og 13]

c. når beskyttelsen av vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser ikke kan sikres ved mindre inngripende tiltak

d. når anskaffelsen eller oppfyllelsen av kontrakten er erklært hemmelig eller skal følges av særlige sikkerhetstiltak, og oppdragsgiver har bestemt at de berørte vesentlige sikkerhetsinteressene ikke kan sikres med mindre inngripende tiltak.

§ 8-4 Blandede anskaffelser som inneholder forsvars- eller sikkerhetsmessige aspekter

En oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser som delvis er omfattet av anskaffelsesloven, og delvis inneholder forsvars- eller sikkerhetselementer, kan velge å inngå

a. separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller

b. en samlet kontrakt, dersom dette kan rettferdiggjøres av objektive grunner.

§ 8-5 Blandede anskaffelser der oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt

(1) Hvis oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt, gjelder følgende

a. hvis deler av en kontrakt er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, kan kontrakten tildeles uten at reglene i anskaffelsesloven følges

b. hvis deler av kontrakten er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser, skal anskaffelsen følge reglene i nevnte lov.

(2) Oppdragsgiver kan ikke treffe beslutningen med formål å sikre at kontrakter ikke omfattes av enten anskaffelsesloven eller lov om forsvarsanskaffelser.

§ 8-6 Blandede anskaffelser som ikke kan deles opp på en objektiv måte

Når de forskjellige deler av en anskaffelse ikke objektivt kan deles opp, kan oppdragsgiver tildele en samlet kontrakt uten at reglene i anskaffelsesloven får anvendelse. Dette gjelder bare hvis kontrakten inneholder elementer som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, og hvis ikke skal oppdragsgiver følge reglene i lov om forsvarsanskaffelser.

Kapittel 9 – Generelle regler

§ 9-1 Prinsipper for offentlige anskaffelser

(1) En offentlig oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser.

(2) En offentlig anskaffelse må ikke utformes med formål å kunstig begrense konkurransen. Konkurransen anses kunstig begrenset dersom anskaffelsen utformes i den hensikt å favorisere eller forfordele visse leverandører.

§ 9-2 Leverandørens organisering

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten vedkommende er etablert.

(2) Oppdragsgiver kan kreve at en leverandør som er en juridisk person, oppgir navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. Opplysningene skal gis i forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet. Dette gjelder bare ved anskaffelser av tjenester, bygge- og anleggskontrakter og varekontrakter som også inneholder tjenesteytelser eller monterings- og installasjonsarbeid.

§ 9-3Sammenslutninger av leverandører

(1) Sammenslutning av leverandører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan ikke kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt juridisk form.

(2) Oppdragsgiver kan presisere hvordan sammenslutninger av leverandører må oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Presiseringen må være objektiv begrunnet og forholdsmessig.

(3) Alle vilkår for gjennomføringen av en kontrakt som pålegges en sammenslutning av leverandører og som avviker fra vilkår som pålegges individuelle leverandører, skal være objektivt begrunnet og være forholdsmessig.

(4) Uavhengig av første til tredje ledd kan oppdragsgiver kreve at en sammenslutning av leverandører antar en bestemt juridisk form når de er tildelt kontrakten, dersom dette er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende utførelse av kontrakten.

§ 9-4 Kontrakter som reserveres for virksomheter med personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer

Oppdragsgiver kan begrense deltakelse i en konkurranse til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har nedsatt funksjonsevne eller er vanskeligstilt. Kunngjøringen skal inneholde en henvisning til direktiv 2014/24/EU artikkel 20.

§ 9-5 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon

(1) All kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(2) Muntlig kommunikasjon kan likevel brukes, unntatt i forbindelse med utveksling av anskaffelsesdokumenter, forespørsel om å delta i konkurransen, bekreftelse av interesse og tilbud. Muntlig kommunikasjon skal dokumenteres i tilstrekkelig grad, for eksempel i form av skriftlige notater, lydopptak eller sammendrag av hovedelementene i kommunikasjonen. Oppdragsgiver skal tilpasse omfanget av dokumentasjon til den betydningen innholdet i den muntlige kommunikasjonen kan ha for forståelsen av anskaffelsesdokumentene.

§ 9-6 Generelle krav til verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon

(1) Verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon, skal være ikke-diskriminerende og allment tilgjengelige og ikke begrense leverandørenes muligheter for å delta i konkurransen. De skal også kunne fungere sammen med alminnelig brukte IKT-produkter.

(2) Spesifikasjoner og andre opplysninger som er nødvendige for å kunne levere forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud elektronisk, inkludert opplysninger om kryptering og tidsstempling, skal være tilgjengelige for alle leverandørene.

(3) Oppdragsgiver kan kreve bruk av bestemte verktøy og løsninger som ikke er allment tilgjengelige, dersom de er nødvendige for å utveksle relevante dokumenter. Oppdragsgiver skal i så fall tilby alternative tilgangsmuligheter. Oppdragsgiver anses å ha tilbudt egnede alternative tilgangsmuligheter dersom det

a. gis gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til de aktuelle verktøyene og løsningene fra kunngjøringstidspunktet eller fra den dagen det sendes invitasjon til å bekrefte interessen. Oppdragsgiver skal angi internettadressen hvor verktøyene og løsningene er tilgjengelige, i kunngjøringen eller i invitasjonen

b. gir leverandørene muligheten til å delta i konkurransen ved bruk av midlertidige passord eller andre midlertidige adgangstegn som stilles gratis til disposisjon for leverandørene. Oppdragsgiver er likevel ikke forpliktet til å gi en slik tilgang hvis mangelen på tilgang skyldes leverandøren, eller

c. tilbyr en alternativ kanal for å gi tilbud elektronisk.

§ 9-7 Krav til mottak og oppbevaring av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud mv.

(1) Oppdragsgiver skal sikre at forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud holdes fortrolig, og at innholdet beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring.

(2) Ingen skal ha tilgang til innholdet i forespørslene om å delta i konkurransen eller i tilbudene før fristen for mottak har løpt ut.

§ 9-8 Unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon

(1) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler dersom

a. anskaffelsens art innebærer at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve særlige verktøy, løsninger eller filformater som ikke er allment tilgjengelige eller ikke kan behandles av allment tilgjengelig programvare, og oppdragsgiver ikke kan tilby alternative tilgangsmuligheter som nevnt i § 9-6 tredje ledd

b. de filformatene som ville vært egnet for utformingen av tilbudene, ikke kan behandles av en åpen eller allment tilgjengelig programvare, eller er omfattet av en lisensordning og ikke kan lastes ned av oppdragsgiver eller gjøres tilgjengelig over internett eller på en annen lett tilgjengelig måte

c. opplysningene som skal utveksles, forventes å være av en slik art eller et slikt format at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve særlig utstyr som ikke er allment tilgjengelig for oppdragsgiver.

(2) Oppdragsgiver er heller ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler til levering av fysiske modeller eller skalamodeller som ikke kan leveres ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(3) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler hvis bruk av andre kommunikasjonsmidler er nødvendig

a. som følge av sikkerhetsbrudd i den elektroniske kommunikasjonsløsningen, eller

b. fordi sensitive opplysninger ikke kan beskyttes på tilfredsstillende måte ved bruk av elektroniske verktøy og løsninger som er allment tilgjengelig for leverandørene, eller som kan gjøres tilgjengelig på en alternativ måte som nevnt i § 9-5 tredje ledd.

(4) Dersom oppdragsgiver ikke krever bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, skal det brukes ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter, eventuelt kombinert med elektroniske hjelpemidler.

§ 9-9 Bruk av elektroniske signaturer mv.

(1) Oppdragsgiver kan kreve at leverandør ved levering av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud bruker løsninger som gir tilfredsstillende sikkerhet for at det kan sannsynliggjøres hvilken leverandør som har levert den enkelte forespørselen og det enkelte tilbudet, og knytte avsenderen til innholdet. Oppdragsgiver kan kreve bruk av

a. elektronisk signatur

b. elektronisk segl

c. elektronisk identitetsbevis eller midlertidige adgangstegn dersom det brukes en tredjeparts innsendingsløsning som støtter dette og kan knytte avsenderen til innholdet i forespørselen eller tilbudet.

(2) Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget angi kravene til sikkerhetsnivå for elektronisk signatur, elektronisk segl, elektronisk identitetsbevis og øvrige sikkerhetstiltak ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Sikkerhetsnivået skal ikke være høyere enn det som er nødvendig av hensyn til relevante risikofaktorer.

(3) Når oppdragsgiver krever bruk av elektronisk signatur, skal vedkommende godta avanserte elektroniske signaturer som er understøttet av et kvalifisert sertifikat som er utstedt av et organ som er oppført på en liste over tilbydere av tillitstjenester i henhold til lov av 15. juni 2018 nr. 44 om elektroniske tillitstjenester.

(4) Oppdragsgiver kan etter en risikovurdering kreve bruk av avansert elektronisk signatur. Når oppdragsgiver krever bruk av en slik signatur eller elektronisk segl, skal kravene til formater for signaturen eller seglet være basert på formater som er fastsatt i forskrift av 21.11.2019 nr. 1577 om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner § 5. Oppdragsgiver skal iverksette de tiltakene som er nødvendige for å kunne behandle formatene teknisk. Oppdragsgiver kan velge å godta andre formater for signaturer og segl som vedkommende er i stand til å validere på grunnlag av opplysningene i signaturen, seglet eller tilknyttet informasjon.

§ 9-10 CPV-koder

Når loven krever at oppdragsgiver bruker CPV-koder til å klassifisere en anskaffelse, skal oppdragsgiver bruke CPV-koder som er fastlagt i EU. Departementet kan gi forskrift om hvilke CPV-koder oppdragsgiver skal bruke.

Kapittel 10 – Anskaffelsesprosedyrer

I. Innledning

§ 10-1 Tillatte anskaffelsesprosedyrer

Anskaffelser kan gjennomføres på en av følgende måter

a. åpen anbudskonkurranse, jf. § 10-4

b. begrenset anbudskonkurranse, jf. §§ 10-6 til 10-8

c. konkurranse med forhandling, jf. §§ 10-9 til 10-14

d. konkurransepreget dialog, jf. §§ 10-15 til 10-19

e. innovasjonspartnerskap, jf. §§ 10-20 til 10-25

f. konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. §§ 10-26 til 10-29

g. plan- og designkonkurranse, jf. §§ 23-1 til 23-5.

§ 10-2 Kunngjøring av konkurransen

(1) Konkurransen skal kunngjøres ved kunngjøring i henhold til § 14-3 jf. § 14-5.

(2) Ved en begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, kan ikke-statlige oppdragsgivere i stedet publisere konkurransen ved en veiledende kunngjøring i henhold til § 14-2.

(3) Dersom invitasjon til å inngi tilbud gjøres ved en veiledende kunngjøring i henhold til andre ledd gjelder § 14-8.

§ 10-3 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog etter forutgående kunngjøring

Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog etter forutgående kunngjøring dersom

a. oppdragsgivers behov ikke kan oppfylles uten at det foretas tilpasninger i løsninger som allerede finnes

b. anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger

c. anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller økonomiske forhold eller tilknyttet risiko gjør det nødvendig å forhandle

d. oppdragsgiver ikke kan utforme kravspesifikasjonene tilstrekkelig presist ved henvisning til en standard, europeiske tekniske vurderinger, felles teknisk spesifikasjon eller teknisk henvisning

e. oppdragsgiver i en forutgående åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud. I disse tilfellene skal oppdragsgiver invitere alle leverandørene som ga tilbud i den forutgående anbudskonkurransen, og bare dem, til forhandlinger. Oppdragsgiver kan likevel ikke invitere leverandørene som ble avvist etter reglene i kapittel 16.

II. Åpen anbudskonkurranse

§ 10-4 Åpen anbudskonkurranse

(1) Alle interesserte leverandører kan gi tilbud.

(2) Kunngjøring av en åpen anbudskonkurranse må inneholde informasjon som angitt i § 14-3 jf. §14-5.

(3) Tilbudet må inneholde informasjon som angitt i kunngjøringen.

§ 10-5 Frister i åpen anbudskonkurranse

(1) I en åpen anbudskonkurranse skal fristen for mottak av tilbud være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 35 dager.

(2) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i første ledd til minst 15 dager dersom

a. oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring etter § 14-1 tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen, og

b. den veiledende kunngjøringen inneholder alle opplysningene som skal fylles ut i kunngjøringsskjemaet for slike kunngjøringer i tråd med anskaffelsesdirektivet vedlegg V del B avsnitt I, jf. § 14-1, så langt disse opplysningene forelå på tidspunktet for publisering av den veiledende kunngjøringen.

(3) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen til minst 15 dager dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristen i første ledd.

III. Begrenset anbudskonkurranse

§ 10-6 Begrenset anbudskonkurranse

(1) I en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg V, del B eller C, § 14-5.

§ 10-7 Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen

(1) I en begrenset anbudskonkurranse skal fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring, regnes fristen fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å bekrefte interessen.

(2) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristene i første ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen til minst 15 dager fra kunngjøringen var sendt.

§ 10-8 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være minst 25 dager regnet fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 30 dager.

(4) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i første ledd til ti dager dersom veiledende kunngjøring er brukt til innkallelse av tilbud og

a. veiledende kunngjøring inneholder alle opplysningene som skal fylles ut i skjemaet for slike publiseringer, så langt disse opplysningene forelå på publiseringstidspunktet

b. oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring etter § 14-1 tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen.

(5) Ikke-statlige oppdragsgivere kan fastsette tilbudsfristen i samarbeid med leverandørene som vil bli invitert til å gi tilbud. Forutsetningen er at den samme tilbudsfristen gjelder for alle leverandørene. Dersom oppdragsgiver og leverandørene ikke blir enige om en frist, skal tilbudsfristen være minst ti dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å gi tilbud.

(6) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristene i tredje ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av tilbud til minst ti dager fra invitasjonen var sendt.

IV. Konkurranse med forhandling

§ 10-9 Konkurranse med forhandling

(1) Alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 14-3 jf. § 14-5.

(3) I tillegg til informasjonen som må angis i kunngjøringen skal anskaffelsesdokumentene inneholde informasjon om

a. hva som skal anskaffes

b. minstekrav som alle leverandører må oppfylle

c. tildelingskriterier

d. om oppdragsgiver forbeholder seg retten til å tildele kontrakt uten forhandlinger, jf. § 10-12

e. om konkurransen skal gjennomføres i faser, jf. § 10-13.

§ 10-10 Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen

(1) I en konkurranse med forhandling skal fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver har publisert konkurransen ved en veiledende kunngjøring, regnes fristen fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å bekrefte interessen.

(2) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristen i første ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen til minst 15 dager fra kunngjøringen var sendt.

§ 10-11 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være minst 25 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 30 dager.

(4) Adgang til å forkorte fristene i § 10-8 fjerde til sjette ledd gjelder tilsvarende.

§ 10-12 Gjennomføring av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene om tilbudene for å forbedre innholdet i dem, med mindre oppdragsgiver har forbeholdt seg rett til å tildele kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger. Denne retten må være angitt i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

(2) Minstekrav og tildelingskriterier kan ikke endres gjennom forhandlingene. Det samme gjelder endelige tilbud.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under forhandlingene skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(5) Eventuelle endringer i anskaffelsesdokumentene som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiver gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.

§ 10-13 Forhandlinger i faser

(1) Oppdragsgiver kan beslutte at forhandlingene skal skje i flere faser for å redusere antallet tilbud. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Første reduksjon kan foretas på bakgrunn av det opprinnelige tilbudet.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall tilbud, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(3) I den siste fasen av forhandlingene skal antall tilbud være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall gjenværende tilbud.

§ 10-14 Avslutning av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene.

(2) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt i henhold til § 15-1.

V. Konkurransepreget dialog

§ 10-15 Konkurransepreget dialog

(1) I en konkurransepreget dialog kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen.

(3) Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan delta i dialogen.

(4) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 17-12.

(5) Oppdragsgiver kan bare velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet i samsvar med § 18-2.

§ 10-16 Informasjon i anskaffelsesdokumentene

(1) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 14-3 jf. § 14-5.

(2) I tillegg må kunngjøringen eller et annet anskaffelsesdokument inneholde informasjon om

a. oppdragsgivers behov

b. krav

c. tildelingskriteriene og en foreløpig tidsplan

d. om oppdragsgiver tilbyr premier eller betaling til leverandørene som deltar i dialogen.

e. om dialogen skal gjennomføres i faser, se § 10-18.

§ 10-17 Gjennomføring av dialogen

(1) Oppdragsgiver skal innlede dialog med alle leverandørene, med mindre antallet løsninger reduseres, jf. § 10-18, med formål å identifisere og definere hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles.

(2) Oppdragsgiver kan drøfte alle sider ved anskaffelsen med leverandørene i dialogen.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i dialogen. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under dialogen skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

§ 10-18 Dialog i faser

(1) En konkurransepreget dialog kan gjennomføres i flere faser for å redusere antallet løsninger. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Første reduksjon kan gjøres på bakgrunn av løsningsforslaget.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall løsninger, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(3) I den siste fasen av dialogen skal antall løsninger være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall løsninger.

§ 10-19 Avslutning av dialog

(1) Når oppdragsgiver har funnet de løsningene som kan oppfylle behovet, skal dialogen avsluttes.

(2) Oppdragsgiver skal invitere de gjenværende leverandørene i dialogen til å gi endelige tilbud basert på løsningene de har fremlagt og presisert i dialogen. De endelige tilbudene skal inneholde alle elementene som er obligatoriske og nødvendige for å gjennomføre løsningene.

(3) På forespørsel fra oppdragsgiver kan leverandørene avklare, presisere og forbedre tilbudene. Avklaringene, presisieringene og forbedringene kan ikke innebære endringer i grunnleggende sider ved tilbudene eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er sannsynlig at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

(4) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(5) Oppdragsgiver kan ferdigforhandle kontraktsvilkårene med den valgte leverandøren for å få bekreftet finansielle forpliktelser eller andre vilkår i tilbudet. Forhandlingene kan ikke føre til endringer i grunnleggende sider ved tilbudet eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er risiko for at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

VI. Konkurranse om innovasjonspartnerskap

§ 10-20 Konkurranse om innovasjonspartnerskap

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

(2) Alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 14-3.

(4) I tillegg til informasjonen som må angis i kunngjøringen, skal anskaffelsesdokumentene inneholde informasjon om følgende

a. beskrivelse av behovet for den innovative varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet

b. minstekrav som alle leverandører må oppfylle

c. krav til leverandørens kvalifikasjoner innen forskning og utvikling, inkludert utvikling og gjennomføring av innovative løsninger

d. tildelingskriterier

e. hvilke ordninger som gjelder for de immaterielle rettighetene

f. om oppdragsgiver forbeholder seg retten til å redusere antall tilbud, se § 17-12, og

g. om konkurransen skal gjennomføres i faser, se § 10-23.

(5) Oppdragsgiver kan bare velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet i samsvar med § 18-2.

(6) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen.

(7) Oppdragsgiver kan inngå innovasjonspartnerskap med en eller flere partnere som gjennomfører separate forsknings- eller utviklingsaktiviteter.

§ 10-21 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud.

(4) Fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være minst 25 dager regnet fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen. Unntakene i § 10-8 femte ledd gjelder tilsvarende.

§ 10-22 Gjennomføring av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene om tilbudene for å forbedre innholdet i dem.

(2) Minstekrav og tildelingskriteriene skal ikke endres gjennom forhandling. Det samme gjelder endelige tilbud.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under forhandlingene skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(5) Eventuelle endringer i anskaffelsesdokumentene som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiver gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.

(6) Oppdragsgiver skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene.

§ 10-23 Forhandlinger i faser

(1) Oppdragsgiver kan beslutte at forhandlingene skal skje i flere faser for å redusere antall tilbud eller løsninger. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall tilbud, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

§ 10-24 Gjennomføring av innovasjonspartnerskap

(1) Innovasjonspartnerskapet skal sette delmål for forsknings- og innovasjonsprosessen som partneren eller partnerne skal oppfylle.

(2) Innovasjonspartnerskapet skal struktureres i faser etter rekkefølgen av trinnene i forsknings- og innovasjonsprosessen. Prosessen kan inkludere produksjonen av varene, utførelsen av tjenestene eller ferdigstillelsen av bygge- og anleggsarbeidene.

(3) Oppdragsgiver skal sørge for at innovasjonspartnerskapets struktur, og særlig varigheten og verdien av dets faser, reflekterer graden av innovasjon i den foreslåtte løsningen og rekkefølgen av forsknings- og utviklingsaktivitetene som er nødvendige for å utvikle en innovativ løsning som foreløpig ikke er tilgjengelig på markedet. Den anslåtte verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe, skal stå i forhold til investeringene som er nødvendige for å utvikle dem.

(4) Etter hvert trinn i prosessen kan oppdragsgiver avslutte innovasjonspartnerskapet eller redusere antallet partnere ved å si opp individuelle kontrakter på grunnlag av de avtalte delmålene. Dette gjelder bare når oppdragsgiver har forbeholdt seg denne retten og angitt vilkårene for å bruke den i anskaffelsesdokumentene.

(5) I et innovasjonspartnerskap med flere partnere kan oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige partnere tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en partner har gitt innenfor rammene av partnerskapet. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(6) Oppdragsgiver skal betale vederlag i passende avdrag til partneren eller partnerne i innovasjonspartnerskapet.

§ 10-25 Avslutning av innovasjonspartnerskapet

Oppdragsgiver kan bare anskaffe de utviklede varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene når de oppfyller de avtalte ytelsesmålene og ikke overstiger de avtalte maksimumskostnadene.

VII. Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

§ 10-26 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for vare- tjeneste, og bygge- og anleggskontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved inngåelse av vare- tjeneste og bygge- og anleggskontrakter i tilfellene omtalt i andre til fjerde ledd.

(2) Der oppdragsgiver i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke mottok forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver bare mottok forespørsler eller tilbud som skulle eller kunne avvises etter [artikkel 57 – andre delutredning], eller bare mottok tilbud som åpenbart ikke oppfylte oppdragsgivers behov eller krav som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene.

(3) Anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere på bakgrunn av en av følgende situasjoner

1. formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring

2. konkurranse er umulig av tekniske årsaker

3. leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter.

Nr. 2 og 3 gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

(4) Det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig.

§ 10-27 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for varekontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved varekontrakter i tilfellene omtalt i andre til fjerde ledd.

(2) Kontrakter som gjelder varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, undersøkelses- eller utviklingsformål. Dette gjelder likevel ikke dersom varene produseres i større mengder for å påvise deres kommersielle muligheter eller for å dekke forsknings- og utviklingskostnadene.

(3) Oppdragsgiver skal inngå en varekontrakt om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren. Tilleggsleveransene skal være beregnet på enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner eller å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner. Dette gjelder bare når

a. skifte av leverandør ville tvinge oppdragsgiver til å anskaffe varer med tekniske egenskaper som er uforenlige med de opprinnelige leveransene eller installasjonene, eller som ville gjøre drift og vedlikehold uforholdsmessig teknisk vanskelig, og

b. varigheten av den opprinnelige kontrakten og kontrakten om tilleggsleveransene skal normalt ikke overstige tre år.

(4) Anskaffelsen gjelder varer som noteres og kjøpes på en varebørs.

(5) Anskaffelsen gjelder varer eller tjenester som oppdragsgiver kan anskaffe på særlig fordelaktige vilkår hos en leverandør som har stanset forretningsførselen, eller hos en forvalter av et konkursbo, en gjeldsforhandling eller en tilsvarende prosess med hjemmel i lov eller forskrift.

§ 10-28 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenestekontrakter

Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenestekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en tjenestekontrakt med vinneren eller en av vinnerne i en plan- og designkonkurranse. I sistnevnte tilfelle skal oppdragsgiver invitere alle vinnerne til forhandlinger.

§ 10-29 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygge- og anlegg og tjenestekontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygge- og anlegg og tjenestekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en kontrakt om nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som er en gjentakelse av lignende tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som er utført i forbindelse med en tidligere kontrakt mellom oppdragsgiver og den samme leverandøren.

(2) Første ledd gjelder bare når følgende er oppfylt

a. den tidligere kontrakten er inngått etter en konkurranse som er kunngjort etter §§ 14-2 og 14-3 og de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene er i samsvar med det prosjektet som denne kontrakten gjaldt

b. oppdragsgiver har angitt i anskaffelsesdokumentene for den opprinnelige konkurransen omfanget av slike nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, vilkårene for å inngå en ny kontrakt om disse ytelsene, og at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å inngå kontrakten uten konkurranse

c. kontrakt inngås inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakten ble inngått.

(3) Oppdragsgiver skal inkludere den anslåtte verdien av de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene i beregningen av verdien av den opprinnelige kontrakten.

Kapittel 11 – Elektroniske og samlede anskaffelser

I. Rammeavtaler

§ 11-1 Rammeavtaler

(1) Oppdragsgiver skal bruke én av de tillatte anskaffelsesprosedyrer, jf. § 10-1, ved inngåelse av en rammeavtale.

(2) Bare de oppdragsgiverne som er klart identifisert i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse, kan tildele kontrakter under rammeavtalen. Bare de leverandørene som er parter i rammeavtalen, kan tildeles kontrakter under rammeavtalen.

(3) Oppdragsgiver kan ikke inngå rammeavtaler for mer enn fire år, med mindre det foreligger særlige forhold.

(4) Ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale skal oppdragsgiver følge prosedyren i § 11-2 eller § 11-3.

(5) Ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale kan oppdragsgiver ikke foreta vesentlige endringer av kontraktsvilkårene i rammeavtalen.

§ 11-2 Rammeavtaler med én leverandør

Kontrakter som inngås på grunnlag av en rammeavtale med én leverandør, skal tildeles på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen. Oppdragsgiver kan før tildelingen av kontrakten skriftlig be om at leverandøren utfyller tilbudet.

§ 11-3 Rammeavtaler med flere leverandører

(1) Kontrakter som inngås på grunnlag av en rammeavtale med flere leverandører, kan tildeles ved direkte tildeling, jf. § 11-4 eller ved gjenåpning av konkurransen, jf. § 11-5. Det må angis i anskaffelsesdokumentene hvordan tildelingen av kontrakter skal skje.

(2) Oppdragsgiver kan for samme rammeavtale både anvende direkte tildeling og gjenåpning av konkurransen, men bare dersom valget mellom disse skjer på grunnlag av objektive kriterier som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene.

§ 11-4 Direkte tildeling

Direkte tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av rammeavtalens kontraktsvilkår. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter under rammeavtalen.

§ 11-5 Gjenåpning av konkurransen

Når konkurransen gjenåpnes skal det skje ved samtidig skriftlig oppfordring til leverandørene under rammeavtalen om å inngi tilbud. Gjenåpning av konkurransen skal baseres på en av følgende

a. de samme vilkår som ble anvendt ved tildelingen av rammeavtalen

b. om nødvendig mer presist formulerte vilkår

c. andre vilkår som er fastsatt på forhånd i anskaffelsesdokumentene.

II. Dynamiske innkjøpsordninger

§ 11-6 Generelle regler om dynamiske innkjøpsordninger

(1) Oppdragsgiver kan bruke en dynamisk innkjøpsordning til å anskaffe ytelser som ikke trenger særlige tilpasninger for å oppfylle oppdragsgivers krav, for eksempel hyllevarer eller standardiserte tjenester.

(2) Alle leverandører skal gis muligheten til å søke om opptak i ordningen under hele dens varighet.

(3) Oppdragsgiver skal gjennomføre ordningen som en fullt ut elektronisk prosess. All kommunikasjon skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(4) Ordningen kan deles inn i kategorier som er objektivt definert på grunnlag av egenskapene ved anskaffelsene som skal gjennomføres innenfor den enkelte kategori. Slike egenskaper kan blant annet være den maksimalt tillatte størrelsen på kontraktene eller det geografiske området hvor kontraktene skal utføres.

(5) Oppdragsgiver kan ikke kreve gebyr fra leverandørene for søknader om opptak i eller gjennomføringen av ordningen.

§ 11-7 Etablering av en dynamisk innkjøpsordning

(1) Ved etableringen av en dynamisk innkjøpsordning skal oppdragsgiver bruke en begrenset anbudskonkurranse.

(2) Oppdragsgiver skal kunngjøre etableringen av ordningen etter §§ 14-2 eller 14-3.

(3) Oppdragsgiver skal angi ordningens varighet i kunngjøringen. Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i ordningens varighet

a. ved en kunngjøring som nevnt i andre ledd, dersom ordningen ikke avsluttes

b. ved en kunngjøring av kontraktsinngåelse, jf. § 14-4, dersom ordningen avsluttes.

(4) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene under hele ordningens varighet. Anskaffelsesdokumentene skal inneholde følgende opplysninger

a. hvilke ytelser og den anslåtte mengden oppdragsgiver planlegger å anskaffe

b. eventuelle kategorier ordningen er delt inn i, egenskapene som definerer dem, og hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder for hver enkelt kategori

c. andre opplysninger av betydning, inkludert hvordan ordningen virker, hvilket elektronisk utstyr som brukes, tekniske ordninger og spesifikasjoner for tilkobling.

§ 11-8 Opptak i en dynamisk innkjøpsordning

(1) Alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, skal tas opp i den dynamiske innkjøpsordningen. Oppdragsgiver kan ikke sette grenser for antallet leverandører som vil bli tatt opp i ordningen.

(2) Oppdragsgiver skal fastsette en frist for mottak av søknader om opptak i ordningen før oppdragsgiver sender invitasjonene til å gi tilbud på den første anskaffelsen under ordningen. Fristen skal være minst 30 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender den alminnelige kunngjøringen til TED-databasen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Det gjelder ingen frist for mottak av søknader etter at oppdragsgiver har sendt invitasjonen til å gi tilbud på den første anskaffelsen.

(3) Oppdragsgiver skal kontrollere om en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene senest 10 virkedager etter mottak av søknaden om opptak i ordningen. Fristen kan forlenges til 15 virkedager i særlig begrunnede tilfeller, særlig når det er nødvendig for å vurdere supplerende dokumentasjon eller på annen måte kontrollere om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.

(4) Oppdragsgiver kan fastsette en lengre frist enn angitt i tredje ledd i anskaffelsesdokumentene for å vurdere søknader som mottas før oppdragsgiver sender ut den første invitasjonen til å gi tilbud under ordningen.

(5) Oppdragsgiver skal snarest mulig informere leverandørene om de er tatt opp i ordningen.

§ 11-9 Anskaffelser under en dynamisk innkjøpsordning

(1) For hver anskaffelse under den dynamiske innkjøpsordningen skal oppdragsgiver invitere alle leverandørene som er tatt opp i ordningen, til å gi tilbud, jf. § 14-8. Dersom ordningen er delt inn i kategorier, skal oppdragsgiver bare invitere leverandørene som er tatt opp i kategorien som anskaffelsen gjelder.

(2) Oppdragsgiver kan ikke sende invitasjonen til å gi tilbud på den første anskaffelsen før oppdragsgiver har vurdert alle søknadene om opptak i ordningen som oppdragsgiver har mottatt innen fristen i § 11-8 andre ledd.

(3) Fristen for mottak av tilbud skal være minst 10 dager fra den dagen invitasjonen ble sendt. Ikke-statlige oppdragsgivere kan fastsette en kortere frist i samarbeid med leverandørene som er tatt opp i ordningen, etter § 10-8 femte ledd.

(4) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Tildelingskriteriene kan presiseres i invitasjonen til å gi tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten etter § 14-4 fjerde ledd.

(6) Oppdragsgiver kan på et hvilket som helst tidspunkt kreve at leverandørene som er tatt opp i ordningen, leverer en oppdatert egenerklæring, jf. § 17-6 første ledd, senest etter fem virkedager. Under hele ordningens varighet gjelder §§ 17-5 og 17-6.

II. Elektronisk auksjon

§ 11-10 Generelle regler om elektroniske auksjoner

(1) Ved en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan oppdragsgiver bruke en elektronisk auksjon før tildeling av kontrakt. Dette gjelder bare når innholdet i anskaffelsesdokumentene, særlig kravspesifikasjonene, kan fastsettes nøyaktig.

(2) Oppdragsgiver kan ikke bruke en elektronisk auksjon ved anskaffelser av tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som omfatter intellektuelle ytelser som gjør at tilbudene ikke kan rangeres med automatiske evalueringsmetoder.

(3) Oppdragsgiver kan bruke en elektronisk auksjon ved gjenåpning av konkurransen under en rammeavtale, jf. § 11-5, og ved tildeling av kontrakter under en dynamisk innkjøpsordning.

§ 11-11 Forberedelse av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal strukturere den elektroniske auksjonen som en elektronisk prosess hvor leverandørene gjentatte ganger tilbyr lavere priser eller lavere verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet.

(2) Auksjonen skal baseres på

a. pris alene dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste prisen

b. pris, verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet eller en kombinasjon av pris og slike verdier dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

(3) Dersom oppdragsgiver skal bruke en elektronisk auksjon, skal dette fremgå av kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Anskaffelsesdokumentene skal inneholde de opplysninger som fremgår av anskaffelsesdirektivet vedlegg VI.

(4) Før oppdragsgiver gjennomfører auksjonen, skal tilbudene evalueres i henhold til tildelingskriteriene og deres angitte vekt.

§ 11-12 Gjennomføring av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal samtidig invitere alle leverandørene som ikke er avvist, til å delta i den elektroniske auksjonen.

(2) Invitasjonen skal inneholde følgende opplysninger

a. en evaluering av leverandørens tilbud, jf. § 11-11 fjerde ledd

b. den matematiske formelen som skal brukes til å rangere tilbudene automatisk på grunnlag av de nye prisene eller verdiene som leverandørene tilbyr. Dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, skal formelen inneholde tildelingskriterienes vekt. Når vekten er angitt innenfor et område med et passende maksimalt utslag, skal oppdragsgiver fastsette en bestemt verdi. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal det angis en egen formel for hvert alternative tilbud

c. alle relevante opplysninger for individuell tilkobling, samt dato og klokkeslett for auksjonen.

(3) Auksjonen kan tidligst begynne to virkedager etter at oppdragsgiver sender invitasjonen.

(4) Auksjonen kan foregå i flere faser. I hver fase skal oppdragsgiver umiddelbart gi leverandørene tilstrekkelige opplysninger til at de til enhver tid kan fastslå sin respektive rangering. Oppdragsgiver kan gi opplysninger om tilbudte priser eller verdier dersom dette er angitt i anskaffelsesdokumentene. Under auksjonen kan oppdragsgiver også opplyse om antallet gjenværende deltakere, men ikke deres identitet.

§ 11-13 Avslutning av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal avslutte den elektroniske auksjonen på en eller flere av følgende måter

a. på den dagen og på det klokkeslettet som tidligere er angitt

b. når oppdragsgiver ikke mottar nye priser eller verdier som oppfyller kravene til minste tillatte forskjeller mellom tilbudene, innen fristen som oppdragsgiver har satt for hvor lang tid som skal gå fra mottak av den sist tilbudte prisen eller verdien til auksjonen vil bli avsluttet

c. når det angitte antallet faser er gjennomført.

(2) Dersom oppdragsgiver vil avslutte auksjonen etter første ledd bokstav c, eventuelt kombinert med bokstav b, skal invitasjonen til å delta i auksjonen inneholde en tidsplan for hver fase.

(3) Etter at auksjonen er avsluttet, skal oppdragsgiver velge tilbud basert på tildelingskriteriene på grunnlag av resultatet av auksjonen.

III. Elektroniske kataloger

§ 11-14 Elektroniske kataloger

(1) Oppdragsgiver kan kreve eller tillate at leverandørene gir tilbud i form av en elektronisk katalog, eller at tilbudet omfatter en elektronisk katalog. Tilbud som gis i form av en elektronisk katalog, kan ledsages av andre dokumenter som gjør tilbudet fullstendig.

(2) Elektroniske kataloger skal opprettes av tilbyderne med sikte på å delta i en gitt anskaffelsesprosedyre i samsvar med de tekniske spesifikasjonene og formatet fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren.

(3) Oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse om leverandørene skal eller kan gi tilbud i form av elektroniske kataloger. Oppdragsgiver skal gi alle nødvendige opplysninger om format, hvilket elektronisk utstyr som brukes, og tekniske ordninger og spesifikasjoner for tilkobling i anskaffelsesdokumentene, jf. §§ 9-5 og 9-8.

(4) Dersom oppdragsgiver har inngått en rammeavtale med flere leverandører etter en konkurranse hvor tilbudene er gitt i form av elektroniske kataloger, kan gjenåpningen av konkurransen om en bestemt kontrakt skje på grunnlag av oppdaterte kataloger. Oppdragsgiver skal i så fall gjøre en av følgende

a. invitere leverandørene til å levere katalogene på nytt, slik at de er tilpasset kravene til den bestemte kontrakten

b. informere leverandørene om at hensikten er å bruke opplysningene som er relevante for den bestemte kontrakten, i de allerede mottatte katalogene. Denne fremgangsmåten kan oppdragsgiver bare bruke når det er opplyst om det i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen.

(5) Dersom oppdragsgiver gjenåpner konkurransen om en bestemt kontrakt etter fjerde ledd bokstav b, skal leverandørene få informasjon om dato og klokkeslett som opplysningene vil hentes ut. Leverandørene skal få mulighet til å nekte uthenting av opplysninger. Før tildeling av kontrakten, skal oppdragsgiver fremlegge opplysningene for den enkelte leverandøren og gi vedkommende muligheten til å bekrefte eller avkrefte at tilbudet, basert på disse opplysningene, ikke inneholder faktiske feil.

(6) Dersom oppdragsgiver har etablert en dynamisk innkjøpsordning, kan det kreves at leverandørene gir tilbud på en bestemt kontrakt i form av en elektronisk katalog. Oppdragsgiver kan også inngå kontrakt etter fjerde ledd bokstav b og femte ledd dersom søknaden om opptak i den dynamiske innkjøpsordningen inneholder en elektronisk katalog som oppfyller spesifikasjonene for katalogen og er levert i det formatet oppdragsgiver har fastsatt. Når oppdragsgiver informerer leverandørene om at det vil inngås kontrakt etter fjerde ledd bokstav b, skal leverandørene ferdigstille katalogene.

IV. Sentraliserte innkjøpsaktiviteter

§ 11-15 Innkjøpssentraler

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe

a. varer og tjenester fra innkjøpssentraler

b. varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjennom innkjøpssentraler. Dette kan skje ved at oppdragsgiver bruker kontrakter som er tildelt, rammeavtaler som er inngått eller dynamiske innkjøpsordninger som er etablert av en innkjøpssentral. Oppdragsgiveren skal i så fall være identifisert i kunngjøringen.

(2) En oppdragsgiver som anskaffer ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral, benytter en dynamisk innkjøpsordning etablert av innkjøpssentralen eller som benytter en rammeavtale inngått av innkjøpssentralen, anses for å ha oppfylt forpliktelsene etter denne loven. Oppdragsgiver er likevel ansvarlig for å overholde reglene for de delene av anskaffelsen som gjennomføres av oppdragsgiver selv, inkludert inngåelse av kontrakter under innkjøpssentralens rammeavtale eller dynamiske innkjøpsordning.

(3) Oppdragsgiver kan inngå kontrakter om samordnede innkjøp med en innkjøpssentral uten å følge loven. Slike kontrakter kan også inkludere tilknyttede innkjøpstjenester. Med samordnede innkjøp menes virksomhet som utføres på permanent basis om anskaffelser av varer og tjenester til bruk for oppdragsgivere eller tildeling av kontrakter eller inngåelse av rammeavtaler om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider for oppdragsgivere. Med tilknyttede innkjøpstjenester menes støtte til innkjøpsaktiviteter særlig i form av å stille til rådighet teknisk infrastruktur som gjør det mulig for oppdragsgivere å inngå kontrakter, å gi råd om gjennomføringen eller utformingen av anskaffelser, og å forberede og gjennomføre anskaffelser på vegne av oppdragsgivere.

V. Samordnede innkjøp

§ 11-16 Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap

(1) Flere oppdragsgivere kan gjennomføre anskaffelser i fellesskap.

(2) Når flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelser i fellesskap i alle oppdragsgivernes navn, er de solidarisk ansvarlige for å overholde loven. Dette gjelder også når en av oppdragsgiverne gjennomfører anskaffelsen på vegne av de andre oppdragsgiverne.

(3) Når flere oppdragsgivere gjennomfører deler av anskaffelsen i fellesskap, er de solidarisk ansvarlige for å overholde loven bare for de delene som de gjennomfører i fellesskap. Hver av oppdragsgiverne er ansvarlige for å overholde loven for de delene som de gjennomfører på egne vegne.

§ 11-17 Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral i en annen EØS-stat. Innkjøpssentralen skal gjennomføre sine anskaffelser etter reglene i den staten hvor sentralen er lokalisert. Dette gjelder også dersom oppdragsgiver selv tildeler en kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

(2) Oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater kan i fellesskap inngå en kontrakt eller rammeavtale eller etablere en dynamisk innkjøpsordning. De kan også i fellesskap tildele kontrakter under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

(3) Med mindre annet følger av en internasjonal avtale, skal oppdragsgivere som foretar en anskaffelse i fellesskap etter andre ledd, inngå en avtale som fastsetter

a. oppdragsgivernes ansvarsområder og hvilke nasjonale regler som skal gjelde. Oppdragsgiverne kan fordele ansvaret til en eller flere av oppdragsgiverne og velge reglene i en EØS-stat hvor minst en av oppdragsgiverne er lokalisert. Fordelingen skal angis i anskaffelsesdokumentene

b. den interne organiseringen av anskaffelsen, inkludert gjennomføringen av konkurransen, fordelingen av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som skal anskaffes, og inngåelsen av kontrakter.

(4) Oppdragsgiver anses å ha overholdt loven når det foretas en anskaffelse fra en oppdragsgiver som er ansvarlig for gjennomføringen av anskaffelsen etter tredje ledd.

(5) Når oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater har etablert en juridisk enhet som skal gjennomføre felles anskaffelser for oppdragsgiverne, kan de begrense samarbeidet til en bestemt periode, visse typer kontrakter eller til en eller flere bestemte kontrakter. Samarbeidet kan også gjelde for en ubestemt periode dersom dette er fastsatt i stiftelsesdokumentet. En av følgende regler skal gjelde når den juridiske enheten gjennomfører anskaffelser

a. reglene i EØS-staten hvor enheten er lokalisert, eller

b. reglene i EØS-staten hvor enheten utøver sine aktiviteter.

Det kompetente organet under den juridiske enheten skal beslutte hvilke nasjonale regler som skal gjelde.

(6) Oppdragsgiver skal ikke bruke fremgangsmåtene i denne bestemmelsen for å unngå at nasjonale regler i lov eller forskrift skal gjelde.

Kapittel 12 – Markedsundersøkelser

§ 12-1 Forberedende undersøkelser

(1) Før iverksettelsen av en anskaffelsesprosess kan oppdragsgiver foreta innledende markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og underrette leverandører om sine anskaffelsesplaner og krav.

(2) For dette formål kan oppdragiver for eksempel søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter eller markedsaktører. Rådene kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, så lenge slik rådgivning ikke har konkurransevridende effekt eller medfører brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

§ 12-2 Dialog med leverandører før konkurransen

(1) Når en leverandør eller en virksomhet tilknyttet leverandøren har gitt råd til oppdragsgiver i forkant av konkurransen, skal oppdragsgiver treffe egnede tiltak for å sikre at konkurransen ikke vris. Det samme gjelder dersom leverandøren har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte.

(2) Egnede tiltak skal omfatte å sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren i planleggingen av konkurransen, og å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud.

(3) Tiltakene som treffes skal omtales i anskaffelsesprotokollen.

Kapittel 13 – Kravspesifikasjon

§ 13-1 Kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonene skal fastsette egenskapene som kreves av ytelsen som skal anskaffes.

(2) Egenskapene kan også omfatte produksjonsprosessen og -metoden, levering eller en spesifikk prosess i en annen del av livssyklusen til kontraktsgjenstanden. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold, forutsatt at de er knyttet til kontraktsgjenstanden og står i forhold til dens verdi og formål.

(3) Krav om overføring av immaterielle rettigheter kan også fastsettes i kravspesifikasjonene.

(4) Kravspesifikasjonene skal inntas i anskaffelsesdokumentene.

§ 13-2 Plikt til å ta hensyn til universell utforming i visse anskaffelser

Kravspesifikasjonene skal ta hensyn til universell utforming når ytelsen skal brukes av personer, enten det er privatpersoner eller personale hos oppdragsgiver, med mindre unntak kan begrunnes særskilt. Hvis obligatoriske krav til universell utforming er vedtatt i lov eller forskrift, skal kravspesifikasjonene utformes gjennom en henvisning til slik lovgivning.

§ 13-3 Utforming av kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonene må ikke skape uberettigete hindringer for at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse.

(2) Med mindre noe annet er fastsatt i ufravikelige tekniske regler, skal kravene utformes på en av følgende måter

a. som ytelses- eller funksjonskrav, inkludert miljøegenskaper. Kravene må utformes slik at leverandørene kan identifisere kontraktsgjenstanden og oppdragsgiver kan tildele kontrakten

b. ved henvisninger til tekniske spesifikasjoner og, i rangert rekkefølge, nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske vurderinger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referansesystemer utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer. Dersom ingen av disse finnes, skal kravspesifikasjonene vise til nasjonale standarder, nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og gjennomføring av bygge- og anleggsarbeidene og bruk av produktene. Henvisningene skal følges av uttrykket «eller tilsvarende»

c. som kombinasjoner av bokstav a og b.

§ 13-4 Alternativ dokumentasjon på oppfyllelse av kravspesifikasjoner

(1) Dersom oppdragsgiver stiller ytelses- eller funksjonskrav kan et tilbud ikke avvises dersom ytelsen oppfyller nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske vurderinger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referanser, og disse standardene gjelder ytelses- eller funksjonskravene. Leverandøren skal i tilbudet godtgjøre på egnet måte at ytelsen som er i samsvar med en slik standard, oppfyller ytelses- eller funksjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise et tilbud med den begrunnelsen at de tilbudte varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene ikke oppfyller spesifikasjonene som nevnt i § 13-3 andre ledd bokstav b, dersom leverandøren på en egnet måte godtgjør i tilbudet at de løsningene som foreslås på en likeverdig måte oppfyller kravene i spesifikasjonene.

§ 13-5 Merkevarehenvisninger mv.

Kravspesifikasjonene kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer, eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon, som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. En slik henvisning er likevel tillatt dersom en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden ikke er mulig å utforme i henhold til § 13-3 andre ledd. Henvisningen skal følges av uttrykket «eller tilsvarende».

§ 13-6 Merker

(1) Oppdragsgiver kan kreve et bestemt merke som dokumentasjon for at ytelsen har miljømessige, sosiale eller andre egenskaper som angitt i kravspesifikasjoner, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Oppdragsgiver kan bare kreve merke dersom

a. samtlige merkekrav har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive egenskaper ved denne

b. merkekravene er basert på etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier

c. merkene er utviklet i en åpen og gjennomsiktig prosedyre hvor alle relevante interessenter kan delta

d. merkene er tilgjengelig for alle interessenter og

e. merkekravene er fastsatt av en tredjepart som leverandøren som søker om merket ikke kan utøve noen avgjørende innflytelse på.

(2) Dersom et merke bare oppfyller vilkårene i første ledd bokstav b til e, kan oppdragsgiver utforme kravspesifikasjonene ved henvisning til merkekravene som har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive egenskaper ved denne.

(3) Hvis oppdragsgiver ikke krever at ytelsen skal oppfylle alle merkekravene, skal det angis hvilke merkekrav som må være oppfylt.

§ 13-7 Andre merker og annen egnet dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver som krever et bestemt merke, skal godta alle merker som bekrefter at kontraktsgjenstanden oppfyller likeverdige merkekrav.

(2) Dersom en leverandør ikke hadde noen mulighet til å oppnå det bestemte merket eller et likeverdig merke innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen egnet dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt.

§ 13-8 Prøvingsrapporter, sertifikater og annen dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver kan kreve at leverandørene leverer en prøvingsrapport fra et samsvarsvurderingsorgan, eller et sertifikat som er utstedt av et slikt organ, som dokumentasjon for at ytelsen oppfyller kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene. Med samsvarsvurderingsorgan menes et organ som utøver samsvarsvurderingsvirksomhet, inkludert kalibrering, testing, sertifisering og inspeksjon, og som er akkreditert etter forordning (EF) nr. 765/2008.

(2) Oppdragsgiver som krever et sertifikat som er utstedt av et bestemt samsvarsvurderingsorgan, skal også godta sertifikat fra tilsvarende organer.

(3) Dersom leverandøren ikke har tilgang til prøvingsrapporter eller sertifikater som nevnt i første ledd, eller ikke har mulighet til å få dem utstedt innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen egnet dokumentasjon. Dokumentasjonen skal påvise at ytelsen oppfyller kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene.

§ 13-9 Alternative tilbud

(1) Oppdragsgiver kan tillate eller kreve alternative tilbud. I så fall skal dette angis i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Alternative tilbud skal ha tilknytning til leveransen.

(2) Oppdragsgiver skal angi hvilke minstekrav de alternative tilbudene skal oppfylle, og eventuelle særlige krav som gjelder for utformingen av disse tilbudene, i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan fastsette at leverandøren bare kan gi alternative tilbud når de samtidig gir tilbud som er i samsvar med løsningene som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(3) Oppdragsgiver som tillater eller krever alternative tilbud skal sikre at tildelingskriteriene kan anvendes ved evalueringen av både de alternative tilbudene og tilbud som er i samsvar med løsningen som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(4) Bare tilbud som oppfyller minstekravene skal evalueres.

(5) I en vare- eller tjenesteanskaffelse kan oppdragsgiver ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende fordi den tilbudte løsningen vil endre kontrakten fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt.

§ 13-10 Oppdeling av kontrakter

(1) Oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. Oppdragsgiver bestemmer selv størrelsen på og innholdet i delkontraktene.

(2) Dersom oppdragsgiver ikke deler opp anskaffelsen i delkontrakter, skal det gis en kort begrunnelse for dette i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen.

(3) Oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse om leverandørene kan gi tilbud på én, flere eller alle delkontraktene.

(4) Oppdragsgiver kan begrense antallet delkontrakter som kan tildeles til én leverandør, forutsatt at det maksimale antallet er angitt i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Dette gjelder også når leverandørene kan gi tilbud på flere eller alle delkontraktene. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette objektive og ikke-diskriminerende kriterier for vurderingen av hvilke delkontrakter som skal tildeles hvilke leverandører, dersom evalueringen av tilbudene etter tildelingskriteriene ellers ville ført til at en leverandør ville fått tildelt flere delkontrakter enn det maksimale antallet.

(5) Dersom oppdragsgiver har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter, kan oppdragsgiver likevel tildele en samlet kontrakt til én leverandør. Dette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, når det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre. Dersom oppdragsgiver vil forbeholde seg retten til å gjøre dette, skal det angis i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Det skal også angis hvilke delkontrakter som kan slås sammen i en samlet kontrakt.

§ 13-11 Fastsettelse av frister

(1) Når oppdragsgiver setter frister for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen, skal det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsel eller tilbud.

(2) Når det bare er mulig å gi tilbud etter en befaring eller en gjennomgang av supplerende anskaffelsesdokumenter på stedet, skal oppdragsgiver sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen.

(3) Oppdragsgiver skal forlenge tilbudsfristen forholdsmessig dersom

a. det foretas endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud, eller

b. oppdragsgiver gir tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller senere enn fire dager i hastetilfeller, jf. §§ 10-5 andre og tredje ledd, 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd.

(4) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å forlenge fristen etter tredje ledd bokstav b dersom tilleggsopplysningene er ubetydelige for utarbeidelsen av tilbudet, eller leverandøren ikke har bedt om tilleggsopplysninger i rimelig tid før utløpet av fristen.

Kapittel 14 – Kunngjøring av konkurransen

§ 14-1 Veiledende kunngjøring

(1) Oppdragsgiver kan gjøre sine planlagte anskaffelser kjent ved å publisere en veiledende kunngjøring.

(2) Oppdragsgiver kan publisere den veiledende kunngjøringen i TED-databasen eller publisere den på sin kjøperprofil. Hvis oppdragsgiver skal publisere en veiledende kunngjøring på sin kjøperprofil, skal det også sendes en kunngjøring om dette til TED-databasen.

§ 14-2 Veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring

(1) Ikke-statlige oppdragsgivere kan ved begrenset konkurranse og konkurranse med forhandling bruke en veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring av konkurransen hvis kunngjøringen oppfyller følgende betingelser

a. angir presist hvilke ytelser kontrakten omfatter

b. angir at kontrakten vil bli inngått uten annen kunngjøring av konkurransen, og at interesserte leverandører inviteres til å melde sin interesse

c. inneholder opplysninger som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg V, del B avsnitt I og II og

d. sendes til offentliggjøring tidligst 12 måneder og senest 35 dager før den dagen oppdragsgiver inviterer leverandørene til å bekrefte sin interesse

(2) Kunngjøringer etter første ledd skal kunngjøres i TED-databasen, og kan ikke dekke en periode på mer enn 12 måneder fra den dato oppdragsgiver sender kunngjøringen. Veiledende kunngjøringer kan dekke en lengre periode dersom anskaffelsen følger reglene i lovens kapittel 22.

§ 14-3 Alminnelig kunngjøring

(1) Oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen ved å offentliggjøre en kunngjøring. Kunngjøringen skal skje i TED-databasen og skje på et offisielt EU-språk.

(2) Første ledd gjelder ikke anskaffelser som kunngjøres etter § 14-2 eller følger reglene i §§ 10-26 til 10-29.

§ 14-4 Kunngjøring av kontraktsinngåelse

(1) Når oppdragsgiver har inngått en kontrakt, skal oppdragsgiver kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.

(2) Oppdragsgiver har ikke plikt til å kunngjøre avrop under rammeavtaler.

(3) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring og ikke vil inngå flere kontrakter i tidsrommet som kunngjøringen dekker, skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen.

(4) Oppdragsgiver skal kunngjøre kontraktsinngåelse som er inngått under en dynamisk innkjøpsordning, og kan sende dette kvartvis.

(5) Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen dersom en offentliggjøring vil

a. hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser

b. skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller

c. skade konkurransen mellom leverandørene

§ 14-5 Krav til innholdet i kunngjøringer

(1) Kunngjøringer som nevnt i §§ 14-1 til 14-4 skal inneholde opplysninger som fremgår av vedlegg V til anskaffelsesdirektivet. Opplysningene skal gis i kunngjøringsskjema. Departementet kan gi forskrift om hvilke opplysninger som skal fremgå av kunngjøringer, og hvilken informasjon som skal fremgå av kunngjøringsskjema.

(2) Kunngjøringen skal være på ett av de offisielle EU-språkene, og det er bare kunngjøringen på EU-språket som er gyldig.

(3) Oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøringen.

(4) Oppdragsgiver kan kunngjøre anskaffelser som ikke er omfattet av direktivets regler om obligatorisk kunngjøring. I så fall skal det skje etter de regler og i det format som følger av direktivet.

§ 14-6 Nasjonal kunngjøring

(1) Kunngjøringene i §§ 14-1 til 14-4, eller opplysningene i disse, skal ikke kunngjøres nasjonalt eller på annen måte gjøres kjent før den dagen de publiseres i TED- databasen. Dette gjelder likevel ikke hvis TED-databasen ikke har publisert kunngjøringen innen 48 timer etter at oppdragsgiver har mottatt bekreftelse på mottak av kunngjøringen.

(2) Den nasjonale kunngjøringen skal ikke inneholde andre opplysninger enn dem som blir publisert i TED-databasen eller på en kjøperprofil.

(3) Oppdragsgiver kan ikke offentliggjøre veiledende kunngjøringer på sin kjøperprofil før den dagen offentliggjøring om bruk av kjøperprofilen sendes til TED-databasen. Oppdragsgiver skal angi dato for oversendelsen.

§ 14-7 Elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumenter

(1) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene. Kunngjøringen eller invitasjonen skal inneholde internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig.

(2) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene av grunner som angitt i § 9-7 første eller andre ledd, skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen, eller i invitasjonen hvordan leverandørene kan få tilgang til disse dokumentene. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, bortsett fra i hastetilfeller, jf. §§ 10-5 tredje ledd, 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd.

(3) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene fordi de inneholder opplysninger underlagt taushetsplikt, skal oppdragsgiver i kunngjøringen eller invitasjonen angi hvilke tiltak som er nødvendige for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, unntatt i hastetilfeller, jf. §§ 10-5 tredje ledd, 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd.

(4) På forespørsel fra en leverandør skal oppdragsgiver gi supplerende opplysninger om konkurransen senest seks dager før tilbudsfristens utløp, forutsatt at leverandøren har bedt om dem i tilstrekkelig tid i forkant. I hastetilfeller, jf. §§ 10-5 tredje ledd, 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd, er fristen for å gi slike opplysninger fire dager. Opplysninger som gis på forespørsel fra en leverandør, skal sendes til alle leverandørene som deltar i konkurransen.

§ 14-8 Invitasjon

(1) Ved begrensede konkurranser, konkurransepreget dialog, innovasjonspartnerskap, og konkurranse med forhandling, skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig invitere leverandørene til å gi tilbud. Ved konkurransepreget dialog skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig invitere leverandørene til å delta i dialogen.

(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring jf. § 14-2, skal vedkommende skriftlig og samtidig invitere leverandørene som har meldt sin interesse, til å bekrefte interessen. Oppdragsgiver skal angi internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig, i invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke har gitt gratis, direkte og ubegrenset tilgang til anskaffelsesdokumentene av grunner som nevnt i § 9-8 første eller andre ledd, og dokumentene ikke er gjort tilgjengelige på andre måter, skal de oversendes sammen med invitasjonen.

§ 14-9 Meddelelse fra oppdragsgiver

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig, skriftlig og samtidig, gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutninger som er truffet om å inngå en rammeavtale, å tildele av kontrakt eller opptak i et dynamisk innkjøpssystem.

(2) Oppdragsgiver skal begrunne en beslutning om ikke å inngå en rammeavtale som har vært kunngjort, ikke å inngå en kontrakt som har vært kunngjort, for å starte en konkurranse på nytt eller ikke å implementere et dynamisk innkjøpssystem.

§ 14-10 Meddelelse etter forespørsel fra en berørt leverandør

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiver så fort som mulig, og uansett innen femten dager fra å ha mottatt en skriftlig henvendelse informere

a. en avvist leverandør om grunnlaget for avvisningen

b. en leverandør som har inngitt et tilbud om grunnlaget for hvorfor tilbudet er avvist

c. en leverandør som har deltatt i konkurransen, men som ikke har vunnet, om hvorfor de ikke har vunnet, herunder egenskaper og relative fordeler sammenlignet med det vinnende tilbud. Oppdragsgiver skal også informere om navnet på vinnende leverandør eller partene i en rammeavtale

d. en leverandør som har inngitt et gyldig tilbud om gjennomføringen av forhandlingene eller dialogen.

§ 14-11 Opplysninger som kan unntas fra meddelelser

Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra begrunnelsen dersom utsendelse vil hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene.

Kapittel 15 – Overordnet om tildeling av kontrakt

§ 15-1 Generelle regler for valg av leverandør og tildeling av kontrakt

(1) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt på grunnlag av tildelingskriteriene i §§ 18-1 til 18-6. Oppdragsgiver skal i samsvar med §§ 17-5 til 17-7 kontrollere at

a. tilbudet oppfyller krav og kriterier som fremgår av kunngjøringen og anskaffelsesdokumentene

b. leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, og

c. at det ikke foreligger andre grunner til avvvisning.

(2) Oppdragsgiver kan velge ikke å tildele kontrakt til en leverandør som har innlevert det økonomiske mest fordelaktige tilbudet, hvis det er fastslått at tilbudet ikke er i overensstemmelse med forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X.

§ 15-2 Oppdragsgivers adgang til be om avklaring

Hvis informasjon eller dokumentasjon som fremkommer av et tilbud, synes å være ufullstendig, feil eller hvis spesifikke dokumenter mangler, kan oppdragsgiver be leverandøren om å ettersende, supplere, avklare eller utfylle relevante opplysninger og dokumentasjon. Oppdragsgiver skal fastsette en rimelig frist, og må overholde prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet.

§ 15-3 Endring av leverandør eller underleverandør underveis i konkurransen

(1) En oppdragsgiver kan akseptere endringer hos en leverandør såfremt prinsippene i § 9-1 overholdes, blant annet i følgende tilfeller

a. når en underleverandør erstattes på grunn av forhold utenfor leverandørens kontroll. Dette gjelder likevel ikke dersom underleverandøren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 17-12 eller ved evalueringen av tilbudene

b. når en deltaker i en sammenslutning av leverandører går ut, med mindre deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene jf. § 17-12 eller ved evaluering av tilbudene

c. når en deltaker i en sammenslutning av leverandører erstattes på grunn av forhold, som er utenfor de øvrige deltakernes kontroll. En deltaker kan ikke erstattes, når deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 17-12 eller ved evalueringen av tilbudene

d. når en leverandør foretar en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Dette gjelder likevel ikke dersom omstruktureringen ville hatt betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 17-12 eller ved evalueringen av tilbudene, dersom den hadde vært gjort forut for oppdragsgivers vurdering.

(2) Oppdragsgiver kan bare akseptere endringer, hvis leverandøren etter endringen oppfyller kvalifikasjonskravene.

(3) Oppdragsgiver skal påse at leverandøren etter en endring som er omfattet av første ledd ikke er omfattet av [relevante avvisningsgrunner i artikkel 57 – andre delutredning.]

(4) Oppdragsgiver kan ikke akseptere at en sammenslutning av leverandører utvides med ytterligere deltakere etter fristen for prekvalifisering eller inngivelse av tilbud.

Kapittel 16 – Avvisning

Utvalget vil komme tilbake til avvisningsregler i andre delutredning.

Kapittel 17 – Kvalifikasjonskrav

§ 17-1 Kvalifikasjonskrav

(1) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner. Kravene kan bare gjelde

a. egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, jf. § 17-2

b. økonomisk og finansiell evne, jf. § 17-3

c. teknisk og faglig dyktighet, jf. § 17-4

(2) Kravene skal være relevante for å sikre at leverandøren har tilstrekkelig juridisk og finansiell evne og teknisk og faglig dyktighet til å gjennomføre den kontrakten som skal tildeles. Alle krav skal være tilknyttet og stå i forhold til kontraktens gjenstand.

(3) Oppdragsgiver skal angi kvalifikasjonskravene sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

§ 17-2 Krav til leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet

(1) Oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren er registrert i et bransjeregister eller et foretaksregister i leverandørens etableringsstat, jf. anskaffelsesdirektivet vedlegg XI, eller at de overholder andre krav i dette vedlegget.

(2) Ved anskaffelse av tjenester kan oppdragsgiver stille krav om at leverandøren har en bestemt tillatelse eller er medlem av en bestemt organisasjon, dersom dette er påkrevd for å yte de berørte tjenestene i leverandørens hjemstat. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren dokumenterer at de har en slik tillatelse eller et slikt medlemskap.

§ 17-3 Krav til leverandørens økonomiske og finansielle evne

(1) Oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren har tilstrekkelig økonomisk og finansiell evne til å utføre kontrakten, inkludert

a. krav om at leverandøren har en gitt minsteomsetning per år, herunder en årlig minsteomsetning innenfor det området kontrakten gjelder. Kravet skal ikke overstige det dobbelte av anslått kontraktsverdi. Oppdragsgiver kan likevel stille strengere krav dersom det kan særskilt begrunnes, for eksempel på grunn av særlig risiko knyttet til ytelsens art. Begrunnelsen for å stille strengere krav skal angis i anskaffelsesdokumentene

b. krav til årsregnskapets balanse, dersom det angis oversiktlige, objektive og ikke-diskriminerende metoder eller kriterier for hvordan forholdet mellom eiendeler og forpliktelser vil bli vurdert

c. krav om at leverandøren har et hensiktsmessig nivå av yrkesansvarsforsikring.

(2) Dersom kontrakten deles opp i delkontrakter, gjelder denne bestemmelsen for hver enkelt delkontrakt. Oppdragsgiver kan likevel stille krav til minsteomsetning per år for grupper av delkontrakter dersom leverandøren kan bli tildelt flere delkontrakter som skal gjennomføres samtidig.

(3) I en rammeavtale der tildeling av kontrakter skjer etter gjenåpning av konkurransen, skal krav til årlig minsteomsetning beregnes på grunnlag av den forventede største størrelsen på kontrakter som skal gjennomføres samtidig. Dersom denne verdien ikke er kjent, skal kravet beregnes på grunnlag av den anslåtte verdien av hele rammeavtalen.

(4) I en dynamisk innkjøpsordning skal kravet til minsteomsetning per år beregnes på grunnlag av den forventede maksimale verdien av kontraktene som skal inngås under ordningen.

§ 17-4 Krav til leverandørens tekniske og faglige dyktighet

(1) Oppdragsgiver kan stille krav som sikrer at leverandøren har de nødvendige menneskelige og tekniske ressursene og den nødvendige erfaringen til å gjennomføre kontrakten i henhold til en hensiktsmessig kvalitetsstandard.

(2) Ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- eller installeringsarbeid, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiver vurdere leverandørens faglige dyktighet på grunnlag av ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider.

§ 17-5 Europeisk egenerklæringsskjema – ESPD

(1) Oppdragsgiver skal elektronisk fylle ut det europeiske egenerklæringsskjemaet i et standardformat som er fastsatt av departementet. Skjemaet skal gjøres tilgjengelig sammen med kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

(2) Oppdragsgiver skal akseptere det europeiske egenerklæringsskjemaet som foreløpig dokumentasjon for

a. at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene

b. at det ikke foreligger avvisningsgrunner

c. at leverandøren oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier.

(3) Dersom en leverandør benytter kapasiteten til andre virksomheter, skal disse levere separate egenerklæringer. Dersom flere leverandører deltar i konkurransen i fellesskap, skal de deltakende leverandørene levere separate egenerklæringer.

§ 17-6 Underlagsdokumenter

(1) Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen be leverandørene fremlegge alle eller deler av underlagsdokumentene dersom dette er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte.

(2) Oppdragsgiver kan ikke be leverandørene fremlegge underlagsdokumenter som kan innhentes kostnadsfritt i en database i en EØS-stat, dersom egenerklæringen inneholder opplysningene som er nødvendige for å innhente dokumentasjonen. Dersom oppdragsgiver allerede besitter underlagsdokumentene, kan de ikke kreves fremlagt.

(3) Før tildeling av kontrakten skal oppdragsgiver kreve at den valgte leverandøren straks leverer oppdatert underlagsdokumentasjon. Dette gjelder ikke ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale uten gjenåpning av konkurransen.

§ 17-7 Dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver kan bare kreve sertifikater, erklæringer eller annen dokumentasjon som angitt i § 17-8 og anskaffelsesdirektivet vedlegg XII del I og II som dokumentasjon for at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i [kapittel 16 – andre delutredning], og som dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene er oppfylt. Dokumentasjonen som kreves må stå i forhold til ytelsens art, mengde og betydningen av eller bruken av den.

(2) [Hvilken dokumentasjon oppdragsgiver skal akseptere som bevis for at ingen av avvisningsgrunnene i artikkel 57 foreligger vil tas inn i forbindelse med utvalgets andre delutredning.]

(3) Oppdragsgiver skal godta alle hensiktsmessige midler som dokumentasjon for at en leverandør som utnytter andre enheters kapasitet etter § 17-9 råder over de nødvendige ressursene hos støttende virksomhet.

(4) Dersom leverandøren har saklig grunn til ikke å fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har krevd, kan leverandøren dokumentere sin økonomiske og finansielle kapasitet ved å fremlegge ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet.

§ 17-8 Standarder for kvalitetssikring og miljøledelse

(1) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse kvalitetssikringsstandarder, inkludert krav til universell utforming. Standarden skal være basert på relevante serier av europeiske standarder som er sertifisert av akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(2) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse miljøledelsesordninger eller -standarder. Oppdragsgiver skal vise til EU-ordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS), andre anerkjente miljøledelsesordninger i forordning (EF) nr. 1221/2009 artikkel 45, eller andre miljøledelsesstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(3) Oppdragsgiver skal godta annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak dersom leverandøren ikke har mulighet til å få sertifikater etter første eller andre ledd innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv. Leverandøren må dokumentere at tiltakene er likeverdige med dem som kreves i henhold til den påkrevde standarden for kvalitetssikring eller miljøledelse.

§ 17-9 Utnyttelse av andre enheters kapasitet

(1) En leverandør kan for en bestemt kontrakt utnytte andre enheters kapasitet for å oppfylle krav til økonomisk og finansiell evne og teknisk og faglige dyktighet. Dette gjelder uavhengig av den rettslige arten av forbindelsen mellom dem.

(2) Leverandøren må dokumentere at vedkommende råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra støttende enhet.

(3) Oppdragsgiver skal kontrollere at enhetene som leverandøren utnytter kapasiteten til, oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, og at det for øvrig ikke foreligger avvisningsplikt. Oppdragsgiver skal kreve at enheten byttes ut dersom den ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene eller det foreligger avvisningsplikt. Dersom det foreligger forhold ved enheten som gir avvisningsrett, kan oppdragsgiver kreve at enheten byttes ut.

(4) Dersom en leverandør utnytter andre enheters kapasitet for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell evne, kan oppdragsgiver kreve at de er solidarisk ansvarlige for gjennomføringen av kontrakten.

(5) Dersom en leverandør utnytter andre enheters kapasitet for å oppfylle kravene til utdanning og faglige kvalifikasjoner eller kravene til relevant yrkeserfaring, skal disse enhetene utføre tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som krever slike kvalifikasjoner.

(6) Leverandører som deltar i fellesskap kan utnytte kapasiteten til deltakerne i fellesskapet samt andre virksomheter.

§ 17-10 Krav om at visse kritiske oppgaver utføres av leverandøren selv

Ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- og installeringsarbeid, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiver kreve at visse kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv eller av en bestemt deltaker i et fellesskap.

§ 17-11 Offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering

(1) Som alternativ dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene er oppfylt, eller for fravær av avvisningsgrunner, kan leverandørene fremlegge

a. registreringsbevis for at leverandøren er registrert på en offisiell liste over godkjente leverandører, utstedt av en kompetent myndighet i leverandørens etableringsstat eller

b. sertifikat som godkjent leverandør, utstedt av et kompetent sertifiseringsorgan.

(2) Grunnlaget for at leverandøren er registrert eller sertifisert, og eventuelt hvilken klassifisering listen gir leverandøren, skal fremgå av registreringsbeviset eller sertifikatet.

(3) Leverandøren anses å ha dokumentert oppfyllelse av de relevante kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene, eller at det ikke foreligger relevante avvisningsgrunner, dersom vedkommende leverandør har fremlagt attester som nevnt i første ledd. Dersom oppdragsgiver likevel bestrider at kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene er oppfylt, eller at det ikke foreligger avvisningsgrunner, skal dette begrunnes.

(4) Oppdragsgiver kan i tillegg kreve at leverandøren fremlegger en attest for at de oppfyller sine forpliktelser til å betale pensjonspremier, trygdeavgifter og skatt.

§ 17-12 Reduksjon av antall ellers kvalifiserte leverandører som inviteres til å gi tilbud

(1) Ved en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurranse om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog, kan oppdragsgiver fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver skal angi den nedre og øvre grensen i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse, sammen med objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for å begrense antall kvalifiserte leverandører.

(3) Nedre grense kan ikke settes til færre enn fem leverandører i en begrenset anbudskonkurranse. I konkurranse med forhandling, konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap kan nedre grense ikke settes lavere enn tre leverandører. Under enhver omstendighet skal antall leverandører som inviteres, være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

(4) Oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn oppgitt i kunngjøringen eller i invitasjonen til å gi tilbud dersom det ikke foreligger et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan ikke invitere leverandører som ikke søkte om prekvalifisering, eller som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(5) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene som ikke blir invitert til å gi tilbud, en skriftlig meddelelse om utvelgelsen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse.

Kapittel 18 – Tildelingskriterier

§ 18-1 Tildelingskriterier

Oppdragsgiver skal tildele kontrakt basert på den laveste prisen, den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Ved tildeling på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet, skal oppdragsgiver bruke en kostnadseffektivitetsberegning, for eksempel en beregning av livssykluskostnader etter § 18-5.

§ 18-2 Tildeling basert på pris eller kostnad og kvalitet

(1) Ved tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, kan de kvalitative kriteriene blant annet gjelde

a. kvalitet, inkludert teknisk verdi, estetiske, funksjonelle, sosiale, miljømessige og innovative egenskaper, tilgjengelighet og universell utforming, og handelsbetingelser

b. organiseringen av og kvalifikasjonene og erfaringen til det tilbudte personalet dersom kvaliteten på personalet er av stor betydning for utførelsen av kontrakten

c. kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser, for eksempel leveringsmåte og leveringsdato eller ferdigstillelse.

(2) Pris- eller kostnadskriteriet kan bestå av en fast pris eller kostnad, slik at leverandørene bare konkurrerer på kvalitative kriterier.

(3) Oppdragsgiver skal angi tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesdokumentene. Vekten kan angis som en ramme med et passende maksimalt utslag. Dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte tildelingskriteriene, skal kriteriene angis i prioritert rekkefølge.

§ 18-3 Tildelingskriterienes tilknytning til leveransen

(1) Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i

a. produksjonen av, leveringen av eller handelen med kontraktsgjenstanden

b. en spesifikk prosess på et annet stadium i livssyklusen.

(2) Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker ytelsens materielle innhold.

§ 18-4 Dokumentasjonskrav og kontroll av informasjonen i tilbudet

Tildelingskriteriene skal ikke gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. De skal sikre mulighet for effektiv konkurranse, og ha tilhørende dokumentasjonskrav som gjør det mulig å kontrollere opplysningene i tilbudet på en effektiv måte for å kunne vurdere hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. I tvilstilfeller skal oppdragsgiver kontrollere at informasjonen i tilbudet er korrekt.

§ 18-5 Beregning av livssykluskostnader

(1) Dersom oppdragsgiver skal evaluere kostnadskriteriet gjennom beregning av livssykluskostnader, skal det angis i anskaffelsesdokumentene hvilke opplysninger leverandørene skal gi, og hvilken beregningsmetode som skal brukes.

(2) I beregning av livssykluskostnader skal alle eller noen av de følgende kostnadene inngå, så langt de er relevante

a. kostnader som oppdragsgiver eller andre brukere dekker, inkludert kostnader ved anskaffelsen, brukskostnader, vedlikeholdskostnader og kostnader ved kassering

b. kostnader som skyldes miljøbelastninger ved ytelsen i dens livssyklus, inkludert kostnader ved utslipp av klimagasser og andre forurensende utslipp, og andre kostnader knyttet til begrensning av klimaendringer. Dette gjelder bare dersom verdien kan tallfestes og etterprøves.

(3) Metoden for å beregne kostnader som skyldes miljøbelastninger skal være basert på objektivt etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier, tilgjengelig for alle interesserte parter og basert på opplysninger som leverandørene skal kunne fremskaffe med rimelig innsats.

§ 18-6 Unormalt lave tilbud

(1) Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiver skriftlig kreve at leverandøren forklarer prisen eller kostnaden. Forklaringene kan særlig gjelde

a. besparelser ved fremstillingen av varene, utførelsen av tjenestene eller ved byggemetoden

b. de valgte tekniske løsningene, eller særlig gunstige vilkår som er tilgjengelige for leverandøren,

c. ytelsens nyskapende karakter

d. hvordan forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X er oppfylt

e. leverandørens mulighet til å få statsstøtte.

(2) Dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra leverandørens forklaring, gjelder [avvisningshjemmel i kapittel 16 – andre delutredning].

Kapittel 19 – Kontraktsgjennomføring

§ 19-1 Kontraktsvilkår

(1) Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføring av en kontrakt. Vilkårene skal ha tilknytning til leveransen, jf. § 18-3 og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Vilkårene kan gjelde økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn.

(2) Der det finnes fremforhandlede og balanserte standardkontrakter skal oppdragsgiver bruke disse, med mindre konkrete forhold begrunner avvik fra standarden. Avvik fra standarden skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

§ 19-2 Underleverandør

(1) Oppdragsgiver kan angi i anskaffelsesdokumentene at leverandøren i tilbudet skal oppgi hvilke deler av kontrakten leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og hvilke underleverandører vedkommende planlegger å bruke.

(2) Bruk av underleverandører har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar ovenfor oppdragsgiver.

(3) Ved anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider, og tjenester på steder som er under oppdragsgivers direkte tilsyn, skal oppdragsgiver kreve at leverandøren oppgir navn, kontaktopplysninger og hvem som har signaturrett for underleverandøren. Opplysningene skal innleveres senest ved kontraktsoppstart, dersom opplysningene er kjent på dette tidspunktet. Oppdragsgiver skal også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperioden, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(4) Oppdragsgiver kan ved vare- og tjenestekontrakter utover de som er angitt i tredje ledd kreve at leverandørene oppgir navn og kontaktopplysninger, og hvem som har signaturrett for underleverandører som benyttes i forbindelse med utførelse av kontrakten. Oppdragsgiver skal i så fall også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperioden, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(5) Oppdragsgiver kan kreve opplysninger som angitt i tredje og fjerde ledd også for leverandører lenger ned i leverandørkjeden.

(6) Oppdragsgiver kan innhente dokumentasjon som nevnt i §§ 17-5 til 17-7 for å kontrollere om en underleverandør i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 – andre delutredning]. Hvis underleverandøren er i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 – andre delutredning] skal oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter underleverandør. Dersom underleverandør er i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 – andre delutredning] kan oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter ut underleverandør.

Kapittel 20 – Endring av kontrakt

§ 20-1 Endringer i inngått kontrakt

(1) Kontrakter og rammeavtaler kan endres uten ny anskaffelsesprosess når endringene ikke er vesentlige. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

(2) En endring er alltid vesentlig når den

a. innfører vilkår som ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør

b. endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren

c. utvider kontraktens omfang betydelig eller

d. gjelder bytte av leverandøren som ble tildelt kontrakten i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 20-3.

§ 20-2 Endringsklausuler

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom endringen er gjort i medhold av en endringsklausul.

(2) Endringsklausuler skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausuler kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede art blir endret.

§ 20-3 Bytte av kontraktspart

(1) Oppdragsgiver kan erstatte leverandøren som opprinnelig ble tildelt kontrakten med en ny leverandør, når denne helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens posisjon i kontraktsforholdet som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Den nye leverandøren må oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og det kan ikke gjøres andre vesentlige endringer i kontrakten. Utskiftning av leverandøren må ikke skje for å omgå loven.

(2) Oppdragsgiver kan også skifte ut leverandøren dersom dette fremgår av en endringsklausul som oppfyller vilkårene i § 20-2 andre ledd.

§ 20-4 Nødvendige endringer

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom det blir nødvendig med tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette gjelder bare dersom bytte av leverandøren ikke kan gjøres av økonomiske eller tekniske årsaker, og vil medføre betydelige ulemper eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver.

(2) Det kan også gjøres endringer uten ny anskaffelsesprosess dersom endringene er nødvendige på grunn av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, og anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Endringer i medhold av denne bestemmelsen kan ikke medføre en prisøkning som overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Gjøres det flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring. Slike påfølgende endringer må ikke gjøres for å omgå loven.

(4) Dersom avtalen inneholder en prisindeksklausul, skal den indeksjusterte prisen være referanseverdien.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i medhold av denne bestemmelsen etter § 10-2.

§ 20-5 Endringer med lav verdi

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess og uten at det vurderes om vilkårene i §§ 20-1 til 20-4 er oppfylt dersom verdien av endringen er lavere enn begge de følgende verdiene

a. terskelverdiene i § 6-1

b. 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter.

(2) Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede nettoverdien av alle endringene.

Kapittel 21 – Oppsigelse av kontrakter

§ 21-1 Oppsigelse

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

a. det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 20-1

b. leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt [artikkel 57 nr. 1 – andre delutredning] eller

c. EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at oppdragsgiver ikke skulle ha inngått kontrakten med den valgte leverandøren.

Kapittel 22 – Sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser

§ 22-1 Virkeområde

Offentlige anskaffelser som gjelder sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser, jf. anskaffelsesdirektivet vedlegg XIV, skal tildeles i overensstemmelse med reglene i dette kapittelet.

§ 22-2 Kunngjøring

(1) Oppdragsgiver som har til hensikt å tildele en offentlig kontrakt for tjenesteytelsene omfattet av dette kapittelet, skal kunngjøre konkurransen

a. ved en kunngjøring, som inneholder opplysninger som er listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg V del H, og på det standardskjema som er fastsatt i medhold av § 14-5 eller

b. ved en veiledende kunngjøring, som inneholder opplysninger som er listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg V del I. Det skal fremgå av kunngjøringen at kontraktene vil bli tildelt uten videre offentliggjøring, og at interesserte leverandører kan gi uttrykk for sin interesse i å delta skriftlig.

(2) Første ledd gjelder likevel ikke hvis vilkårene for å forhandle uten forutgående kunngjøring, jf. §§ 10-26 til 10-29 ville vært oppfylt.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre kontraktsinngåelsen. Kunngjøringen skal inneholde opplysninger som listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg V del J, og på det standardformular som er fastsatt i medhold av § 14-5. Oppdragsgiver kan samle opp flere kunngjøringer, og sende disse til kunngjøring kvartalsvis. De samlede kunngjøringene må sendes inn senest tretti dager etter utgangen av hvert kvartal.

§ 22-3 Prinsipper for tildeling av kontrakter

Oppdragsgiver skal ved anskaffelse av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakt i overensstemmelse med prinsippene i § 9-1, herunder fastsette tildelingskriterier.

§ 22-4 Kontrakter som reserveres for ideelle organisasjoner

(1) Oppdragsgiver kan reservere retten til å delta i konkurranser om sosiale tjenesteytelser til ideelle organisasjoner, dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.

(2) Ideelle organisasjoner etter første ledd har ikke avkastning på egenkapital som hovedformål. De arbeider utelukkende for et sosialt formål for felleskapets beste, og reinvesterer eventuelt overskudd i aktivitet som oppfyller organisasjonens sosiale formål. En ideell organisasjon kan i begrenset omfang drive kommersiell aktivitet som støtter opp om virksomhetens sosiale formål.

(3) Oppdragsgiver skal i kunngjøringen angi at anskaffelsen følger reglene i direktiv 2014/24/EU avdeling III kapittel 1.

§ 22-5 Reserverte kontrakter for visse tjenesteytelser

(1) Oppdragsgiver kan reservere retten til å delta i enkelte konkurranser til organisasjoner som oppfyller vilkårene opplistet i a til d, nedenfor. Kontraktslengden skal ikke overstige tre år, og kunngjøringen skal vise til direktiv 2014/24/EU artikkel 77

a. organisasjonens formål er å utføre offentlige oppdrag knyttet til slike tjenester

b. de ansatte eier eller medvirker i ledelsen av organisasjonen, eller de ansatte, brukere eller interessenter deltar aktivt i ledelsen

c. organisasjonens overskudd blir brukt til å oppnå organisasjonens mål. Eventuell utdeling eller omfordeling av overskudd skal skje i tråd med kravene til medvirkning eller deltakelse som nevnt i bokstav b

d. organisasjonen har ikke hatt kontrakt om levering av de samme tjenestene i løpet av de siste tre årene med den samme oppdragsgiver etter denne bestemmelsen.

(2) Reservasjonsadgangen etter denne bestemmelsen gjelder bare offentlige kontrakter som gjelder helse-, sosial-, og kulturtjenester som er nevnt i § 22-1 og omfattet av CPV-kodende 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, fra 85000000-9 til 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 og 98133110-8.

Kapittel 23 – Plan- og designkonkurranser

§ 23-1 Anvendelsesområde

(1) Oppdragsgiver kan gjennomføre en plan- og designkonkurranse

a. som skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt med eller uten premier eller utbetalinger til deltakerne, eller

b. utelukkende med premier eller utbetalinger til deltakerne.

(2) Dersom plan- og designkonkurranse skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt etter første ledd bokstav a, skal oppdragsgiver beregne verdien på grunnlag av kontraktens anslåtte verdi i tillegg til eventuelle betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen.

(3) Ved plan- og designkonkurranser etter første ledd bokstav b skal oppdragsgiver beregne verdien på grunnlag av betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen.

§ 23-2 Kunngjøring

(1) Ved en plan- og designkonkurranse med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene i § 6-1 skal oppdragsgiver kunngjøre konkurransen etter § 10-2. Dersom oppdragsgiver planlegger å inngå en etterfølgende tjenestekontrakt, jf. § 23-1, skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjonen som fremgår av anskaffelsesdirektivet vedlegg V del E og F.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre resultatet av en plan- og designkonkurranse med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene, jf. § 14-4.

(4) Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen dersom en offentliggjøring vil

a. hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser

b. skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller

c. skade konkurransen mellom leverandørene.

§ 23-3 Regler for gjennomføring av konkurranse og utvelgelse av deltakere

(1) Ved gjennomføringen av en plan- og designkonkurranse gjelder bestemmelsene i dette kapittelet og reglene i kapittel 4 til 9.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten oppdragsgiver er etablert.

(3) Dersom oppdragsgiver begrenser antall deltakere i en plan- og designkonkurranse, skal oppdragsgiver fastsette klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Antall deltakere som oppdragsgiver velger ut, skal være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

§ 23-4 Juryens sammensetning

(1) Juryen skal utelukkende bestå av fysiske personer som er uavhengige av deltakerne i konkurransen.

(2) Dersom oppdragsgiver krever at deltakerne har særskilte faglige kvalifikasjoner, skal minst en tredjedel av medlemmene i juryen ha tilsvarende kvalifikasjoner.

§ 23-5 Juryens avgjørelser

(1) Juryen skal foreta selvstendige og uavhengige vurderinger.

(2) Deltakerne skal levere sine planer og prosjekter anonymt. Anonymiteten skal bevares frem til juryens beslutning eller uttalelse foreligger.

(3) Juryen skal evaluere planene og prosjektene i henhold til kriteriene angitt i kunngjøringen. Juryen skal dokumentere evalueringen i en protokoll som alle medlemmene skal signere. Protokollen skal inneholde juryens merknader og eventuelle spørsmål som krever klargjøring. Spørsmålene kan gjelde alle sider ved prosjektene.

(4) Juryen kan be deltakerne om å svare på spørsmålene angitt i protokollen. Det skal føres et fullstendig referat av kommunikasjonen mellom medlemmene i juryen og deltakerne.

Kapittel 24 – Anskaffelsesprotokoll

§ 24-1 Anskaffelsesprotokoll

(1) Oppdragsgiver skal føre protokoll for gjennomføringen av anskaffelsen.

(2) Protokollen skal inneholde alle følgende opplysninger, i den utstrekning de er relevante

a. oppdragsgivers navn og adresse

b. en beskrivelse av hva som skal anskaffes, og den anslåtte verdien av anskaffelsen

c. ved konkurranser hvor det settes en grense for antall deltakere

i. navnet på leverandørene som er valgt ut, og begrunnelsen for utvelgelsen

ii. navnet på leverandørene som har fått sine tilbud forkastet, og begrunnelsen for reduksjonen

d. navnet på leverandørene som er avvist, og hjemmel for å avvise deres forespørsler om å delta i konkurransen eller deres tilbud

e. navnet på den valgte leverandøren, begrunnelsen for valget og kontraktens verdi

f. hvilke deler av kontrakten den valgte leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og underleverandørenes navn, forutsatt at opplysningene er kjent

g. begrunnelsen for å bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller konkurransepreget dialog

h. begrunnelsen for å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring eller anskaffelse uten konkurranse

i. begrunnelsen for at oppdragsgiver avlyser konkurransen

j. begrunnelsen for å bruke unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud

k. opplysninger om tilfeller av inhabilitet eller konkurransevridning som følge av dialog med leverandører og eventuelle avhjelpende tiltak som er gjennomført

l. andre vesentlige forhold.

§ 24-2 Andre forhold relatert til anskaffelsesprotokollen

(1) Når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en rammeavtale, gjelder plikten til å føre protokoll bare når oppdragsgiver gjenåpner konkurransen.

(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort en kontraktsinngåelse kan det henvises til denne kunngjøringen dersom den inneholder informasjon som skal angis i anskaffelsesprotokollen.

(3) Oppdragsgiver skal dokumentere gjennomføringen av en anskaffelse ved å oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon til å begrunne beslutninger i anskaffelsesprosessen.

(4) Dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for tildeling av kontrakten.

## Utkast til ny forskrift om offentlige anskaffelser

Utvalgets forslag

Forskrift om offentlige anskaffelser

Kapittel 1 – Innledende bestemmelser

§ 1-1 Virkeområde

Forskriften gir bestemmelser som utfyller lov om offentlige anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsanskaffelser.

Kapittel 2 – gjennomføring av tekniske forordninger

§ 2-1 Gjennomføring av forordning (EU) 2019/1780

EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 6i forordning (EU) 2019/1780 om fastsettelse av standardskjemaer for offentliggjøring av kunngjøringer om offentlig innkjøp, som endret ved [sett inn endringsrettsakter] gjelder som forskrift med de tilpasningene som følger av vedlegg XVI, protokoll 1 og avtalen for øvrig.

§ 2-2 Gjennomføring av forordning (EU) 2195/2002

EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 6a forordning (EF) nr. 2195/2002 om en felles klassifikasjon for offentlige innkjøp («CPV») som endret ved [sett inn endringsrettsakter] gjelder som forskrift med de tilpasningene som følger av vedlegg XVI, protokoll 1 og avtalen for øvrig.

§ 2-3 Gjennomføring av forordning (EU) 2016/7

EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 2a forordning (EU) 2016/7 om fastsettelse av standardskjemaet for det felles europeiske innkjøpsdokument gjelder som forskrift med de tilpasningene som følger av vedlegg XVI, protokoll 1 og avtalen for øvrig.

§ 2-4 Gjennomføring av forordning (EEC, Euratom) No 1182/71

EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 6 forordning (EØF/EAF) nr. 1182 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter gjelder som forskrift med de tilpasningene som følger av vedlegg XVI, protokoll 1 og avtalen for øvrig.

§ 2-5 Gjennomføring av direktiv (EU) 2014/55

EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 6e direktiv 2014/55/EU om elektronisk fakturering ved offentlig innkjøp gjelder som forskrift med de tilpasningene som følger av vedlegg XVI, protokoll 1 og avtalen for øvrig.

Kapittel 3 – Gjennomføring av vedlegg til direktiver på anskaffelsesområdet

§ 3-1 Gjennomføring av vedleggene til direktivene

Vedleggene til anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet gjelder som forskrift med de tilpasningene som følger av vedlegg XVI, protokoll 1 og avtalen for øvrig.

Vedlegg

[Oversatte vedlegg inntas her av Lovdata].

# Sammendrag

## Norsk sammendrag

### Innledning

Anskaffelsesutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022 for å foreta en gjennomgang av regelverket for offentlige anskaffelser og komme med forslag til endringer og ny lov. Utvalget er bedt om å dele arbeidet i to. Mandatet for første del av arbeidet angir at utvalget skal foreslå en ny struktur for regelverket der en større del flyttes fra forskrift til lov, for derigjennom å sikre demokratisk forankring og muliggjøre lovforarbeider som gir veiledning om de underliggende EØS-reglene. Utvalget skal også se etter muligheter for forenkling av regelverket og gjennomgå reglene om samfunnshensyn. Et helt sentralt formål med gjennomgangen av regelverket er å styrke klima- og miljøhensyn. Samfunnet må hurtig omstilles i mer bærekraftig retning, og det er besluttet at offentlige anskaffelser skal bidra til dette.

I andre del av arbeidet skal utvalget se nærmere på spørsmål knyttet til åpenhet om eierskap og skatt, hensynet til lokale og regionale leverandører, reglene om oppdragsgiveres erstatningsansvar for brudd på regelverket, avvisningsreglene, regelverkets geografiske anvendelsesområde og sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser. Fordi spørsmålene knyttet til erstatning henger tett sammen med spørsmål knyttet til håndheving av anskaffelsesregelverket mer generelt, vil utvalget behandle dette samlet i andre delrapport.

### Generelt om utvalgets forslag

Utvalget foreslår en ny hovedlov om offentlige anskaffelser, som vil regulere de aller fleste anskaffelser både over og under terskelverdiene i anskaffelsesdirektivet (2014/24/EU).[[1]](#footnote-1) Utvalget mener imidlertid at det ikke er hensiktsmessig å forsøke å samle alle offentlige anskaffelser i en og samme lov, og tar derfor til orde for at den nye loven suppleres av egne lover for forsyningsvirksomhet (direktiv 2014/25/EU)[[2]](#footnote-2), for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU)[[3]](#footnote-3) og for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (direktiv 2009/81/EF).[[4]](#footnote-4)

I tråd med føringene i mandatet foreslår utvalget en lov som vil konsumere mye av dagens forskriftsverk for offentlige anskaffelser. Med dette vil loven, og ikke ulike forskrifter, bli den sentrale kilden i norsk rett for de forpliktelser som offentlige oppdragsgivere er underlagt, og for de korresponderende rettigheter som tilkommer leverandørene. Samtidig inneholder anskaffelsesdirektivet en rekke detaljer som det etter utvalgets syn ikke er naturlig å gjennomføre på lovs nivå. Utvalget foreslår derfor at loven suppleres med en forskrift, hvor mer tekniske detaljer kan reguleres.

Utvalget foreslår at innslagspunktet for ny anskaffelseslov heves fra dagens kontraktsverdi på 100 000 kroner til 300 000 kroner. Anskaffelser under denne terskelen reguleres etter utvalgets syn i tilstrekkelig grad av generelle forvaltningsrettslige regler, supplert med de interne retningslinjer som den enkelte oppdragsgiver måtte finne formålstjenlig.

For vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi foreslår utvalget en betydelig forenkling av dagens regelverk. Med dagens terskelverdier vil dette gjelde statlige vare- og tjenesteanskaffelser med en verdi mellom 300 000 kroner og 1,4 millioner kroner og anskaffelser med en verdi mellom 300 000 kroner og 2,2 millioner kroner for andre oppdragsgivere. Etter utvalgets oppfatning bør offentlige oppdragsgivere få større frihet enn i dag til å innrette slike anskaffelser slik de selv finner formålstjenlig, så lenge oppdragsgiver sikrer at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår og opptrer i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper.

Også for mindre bygge- og anleggsanskaffelser mener utvalget at det er grunn til å forenkle dagens regler, men EØS-terskelverdi for slike anskaffelser er så høy (for tiden 56 millioner kroner) at det er behov for en mer nyansert tilnærming. De aller minste bygge- og anleggsanskaffelsene bør etter utvalgets syn underkastes samme regulering som de minste vare- og tjenestekontraktene. Utvalget foreslår derfor at bygge- og anleggskontrakter som har en verdi opp til 15 millioner kroner, følger de foreslåtte forenklede reglene for varer og tjenester. Utvalget foreslår videre at det skal gjelde en forenklet kunngjøringsplikt for bygge- og anleggsanskaffelser mellom 3 og 15 millioner kroner. Dette styrker leverandørenes mulighet til å følge med på, og melde sin interesse ved, bygge- og anleggsanskaffelser.

For bygge- og anleggsanskaffelser over 15 millioner kroner mener utvalget at EØS-regelverket bør komme til anvendelse, men med enkelte presiseringer som likevel gjør prosessen mer fleksibel. For eksempel foreslår utvalget at oppdragsgiver fritt kan velge hvilken konkurranseform vedkommende vil benytte og gjennomføre konkurranse med forhandling i ett trinn, fastsette egne tidsfrister for gjennomføring av konkurransen, unnlate å bruke ESPD og velge bare å kunngjøre nasjonalt. I tillegg foreslår utvalget at oppdragsgiver fritt kan innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Utvalget tar også til orde for endringer i lovens formålsbestemmelse, for å bringe den i overensstemmelse med de ulike formål som lovgiver klart har gitt uttrykk for at offentlige anskaffelser skal ivareta.

Et viktig grep for utvalget har vært å samle og operasjonalisere reglene om samfunnshensyn. Utvalget foreslår at alle regler om samfunnshensyn samles i et nytt kapittel 2 i lov om offentlige anskaffelser. Dette vil synliggjøre at det er samfunnshensyn som ligger til grunn for de ulike pliktene som pålegges oppdragsgiver og leverandører, og videre har utvalget viet særlig oppmerksomhet til å klargjøre og tydeliggjøre bestemmelsenes innhold.

Når det gjelder klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser har utvalget gjennom mandatet fått flere vurderingstema, som samlet skal svare på hvordan offentlige anskaffelser i praksis kan bidra til en grønn sirkulær økonomi. Utvalget foreslår flere tiltak for å realisere denne målsetningen: å synliggjøre bærekraft i lovens formål, ta i bruk standardiserte minimumskrav på prioriterte områder, krav til klima- og miljøhensyn i anskaffelser over og under EØS-terskelverdi og synliggjøre innovasjon som et viktig virkemiddel for grønn omstilling.

Utvalget har foreslått en ny gjennomføring av anskaffelsesdirektivet, og foreslår at de direktivbaserte bestemmelsene i størst mulig grad samles i ny lov del III.

Utvalget har i sitt arbeid viet betydelig tid til å sikre en lojal og gjennomsiktig gjennomføring av direktivets forpliktelser.

En gjennomsiktig gjennomføring innebærer blant annet at utvalget har synliggjort hvilke bestemmelser som er gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser, herunder også synliggjort handlingsrom der direktivet gir det. For de bestemmelser dette gjelder, vil rettsanvender få et klart signal om at både nasjonale og EU-rettslige kilder er nødvendige for å tolke og klargjøre det nærmere innholdet av lovbestemmelsen.

Utvalget har oppdatert regelverket i henhold til senere utvikling i rettspraksis, og dette har medført endringer og/eller nye lovbestemmelser. Der loven kodifiserer rettspraksis er dette synliggjort i utredningen og spesialmerknadene.

Siden utvalgets arbeid er oppdelt i to delutredninger, er det i forslaget til lov fristilt noe plass til de lovbestemmelser som utvalget vil foreslå i andre delutredning. Dette gjelder for eksempel regler om avvisning og håndheving. Utvalget har også funnet det naturlig å foreslå avsluttende administrative bestemmelser i andre delutredning.

## English summary

By Royal Decree of 4 November 2022, the Norwegian Government appointed a Commission to review the procurement legislation and set forth a proposal for a new regulatory framework. The Commission was asked to propose a new legal structure for the procurement legislation, simplify the legislation and clarify the rules regarding sustainable procurement. The mandate demanded that the Commission to especially assess the rules on green public procurement, and asked for a further strengthening of these rules. Furthermore, the Commission was asked to deliver its proposals in two separate reports, to be delivered on 4 November 2023 and 4 May 2024.

In this report the Commission set forth substantial changes to the procurement legislation in Norway. This includes, inter alia, that a new Public Procurement Act:

* regulates public contracts both above and below the EU-thresholds,
* places rules of a more technical character in an administrative regulation,
* does not regulate public contracts below 300 000 Norwegian kroner,
* implements the procurement directive in a loyal and transparent matter,
* utilises the flexibility in the directive,
* includes updates from relevant case-law,
* places all rules regarding sustainable procurement together,
* has a new provision regarding green public procurement,
* proposes a legal basis for upcoming regulatory acts from the EU,
* removes many of the national thresholds on specific subjects, and
* lays the foundation for the efficient use of public funds.

# Utvalgets arbeid

## Oppnevning og sammensetning av utvalget

Anskaffelsesutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022 for å gjennomgå regelverket for offentlige anskaffelser og komme med forslag til endringer.

Utvalgets sammensetning

Halvard Haukeland Fredriksen, professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen (leder)

Malin Arve, professor i økonomi ved Norges Handelshøyskole, Bergen

Marianne Breiland, statsviter, Landsorganisasjonen i Norge, Oslo

Arnhild Dordi Gjønnes, advokat i Næringslivets Hovedorganisasjon, Oslo

Mads Greaker, professor i økonomi ved OsloMet, Oslo

Jon Reidar Gresseth, partner og advokat, Trondheim

Beatrice Dankertsen Hennyng, advokat, Kommunesektorens organisasjon, Oslo

Kjersti Holum Karlstrøm, partner og advokat, Tromsø

Svein Terje Tveit, partner og advokat, Oslo

[Boks slutt]

Utvalget har vært bistått av et sekretariat som har vært ledet av utredningsleder Samantha Tahir-Hafting i Nærings- og fiskeridepartementet. Sekretariatets medlemmer har vært Nina Klefstad Bjørnebye (frem til februar 2023), Tone Bergh-Christensen, Malin Fosse (frem til mai 2023), Beate Gulbrandsen (fra februar 2023), Tora Holm, Turid Mette Nilsen, Sofia Sanner, Ellen Dannevig Abrahamsen (frem til februar 2023) og Grethe Midgaard Torrissen.

## Utvalgets mandat

Utvalget fikk ved oppnevningen følgende mandat:

«Innledning

Regjeringen vil revidere anskaffelsesregelverket. Hovedmålet er å gjøre regelverket enklere og lettere tilgjengelig, blant annet gjennom endringer i strukturen, materielle endringer og gjennomgang av reglene om samfunnshensyn. Arbeidet skal også ha fokus på å styrke klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser samt legge til rette for aktivitet og verdiskaping i hele landet. Utvalget skal se hen til at samfunnet hurtig må omstilles til et mer bærekraftig samfunn. Bærekraft har tre dimensjoner, miljømessig bærekraft (klima- og miljø, løse klimakrisen), sosial bærekraft (sikre menneskerettighetene, motvirke sosial dumping og bekjempe arbeidslivskriminalitet) og økonomisk bærekraft (sikre mennesker og samfunn økonomisk trygghet).

Formålet med anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det offentlige kjøper varer og tjenester for rundt 650 mrd. kroner årlig. Siden offentlige midler er knappe, er det viktig at anskaffelsene gjennomføres effektivt. Et godt regelverk om offentlige anskaffelser kan bidra til dette. Effektiv konkurranse om kontraktene er et viktig virkemiddel for velfungerende markeder. I forbindelse med overgang til en grønn økonomi, kan offentlige oppdragsgiveres praksis påvirke omstillingen i næringslivet. I tillegg til klima- og miljøhensyn inneholder anskaffelsesregelverket en rekke samfunnshensyn som skal ivaretas. Dette gjelder blant annet grunnleggende menneskerettigheter, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold.

Bakgrunn

Anskaffelsesreglene ble revidert i 2013–2016 ved gjennomføring av tre EØS-direktiver i norsk rett. I tillegg foreslo Forenklingsutvalget i utredning NOU 2014: 4 endringer i den nasjonale delen av regelverket. Den 1. januar 2017 trådte lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i kraft. Regelverket består av en nasjonal og en EØS-basert del. I den nasjonale delen, under EØS-terskelverdi, står norske myndigheter ganske fritt til å bestemme innholdet i reglene, så lenge grunnleggende prinsipper overholdes. I den EØS-baserte delen, over EØS-terskelverdi, er Norge bundet av anskaffelsesdirektivene.

Forenkling av regelverkets struktur

Anskaffelsesloven er i store trekk en hjemmelslov. Hovedtyngden av reglene er gitt i forskrifter som inneholder prosedyreregler og utdypning av regler om samfunnshensyn. Dette avviker fra vanlig regelverksstruktur i Norge, og skaper et fragmentert og til dels komplisert rettskildebilde. Det er viktig at nasjonalt regelverk som gjennomfører EØS-regler inneholder grundige lovforarbeider som beskriver EØS-rettens betydning.

Omfanget og kompleksiteten i regelverket kan føre til betydelig ressursbruk for både innkjøper og tilbyder. Regelverk som er enklere å orientere seg i kan redusere kostnadene for deltakere i konkurranser. For innkjøpere kan et mer oversiktlig regelverk bidra til å effektivisere innkjøpene. En gjennomgang kan også bidra til å redusere behovet for bistand for innkjøpere og leverandører. I tillegg kan potensialet for og omfanget av tvister reduseres.

Forenkling av innholdet i regelverket

Anskaffelsesregelverket har potensial for forenkling både over og under EØS-terskelverdiene. Reglene i den nasjonale delen er i dag i stor grad like reglene i den EØS-baserte delen. Skillet mellom de ulike delene av forskriftene blir mindre tydelig, samtidig som det kan være utfordrende å vite hvor stor innvirkning EØS-retten har på tolkningen av reglene. Over EØS-terskelverdi må forenkling skje innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet. Det kan likevel tenkes at endringer i struktur kan gjøre også denne delen av regelverket lettere tilgjengelig.

I løpet av de fem årene siden regelverket trådte i kraft, har det skjedd en rettsutvikling nasjonalt, i EU-domstolen og i EFTA-domstolen som gjør at det er behov for å vurdere behovet for å endre ordlyden i enkelte av bestemmelsene i regelverket.

Forenkling og tydeliggjøring av bestemmelsene om klima og miljø og andre samfunnshensyn

Anskaffelsesregelverket vil i tiden fremover bli et stadig viktigere virkemiddel for å nå klima- og miljømål, herunder regjeringens omstillingsmål, som ledd i det grønne skiftet. I tillegg inneholder anskaffelsesregelverket forpliktelser til å ivareta andre samfunnsmål, som arbeid mot arbeidslivskriminalitet og ivaretakelse av sosiale forhold. Dette øker kompleksiteten i regelverket. Det er derfor behov for å se regelverket og de ulike hensynene det skal fremme i sammenheng, samtidig som det anerkjennes at klima- og miljøhensyn er av særlig viktighet, og at det er uutnyttet potensiale for videreutvikling innenfor de EØS-rettslige rammene på dette området. Det er også behov for å foreta en gjennomgang av samfunnshensynene i lys av målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Arbeidet skal utføres med sikte på at regelverket skal bli mer brukervennlig, slik at det blir enklere å legge til rette for grønn omstilling og andre samfunnsmål som er tatt inn i anskaffelsesregelverket. Hensynene skal fremmes effektivt og til lavest mulig kostnad for samfunnet.

Oppdrag

Organisering

For å revidere anskaffelsesregelverket settes det ned et lovutvalg. Utvalget skal vurdere hvordan dagens regelverk fungerer, og foreslå endringer som vil gjøre det mer brukervennlig, samt bidra til bedre ressursbruk og bedre måloppnåelse. Utvalget vil bestå av jurister og økonomer. I tillegg inviteres LO, NHO og KS til å utpeke hvert sitt medlem i utvalget.

Utvalget står for utredningens innhold og anbefalinger. Utvalgets forslag til ny lov og endrede forskrifter skal i sin form være klare til å sendes på høring. Utvalget skal foreslå en samlet struktur for hele anskaffelsesregelverket.

Det skal opprettes en referansegruppe med representanter fra oppdragsgivere, leverandører og andre relevante aktører. Referansegruppen skal komme med innspill til utvalget underveis i arbeidet.

Utvalget skal levere sitt arbeid i to delleveranser. I den første delleveransen skal utvalget foreslå forenkling av regelverkets struktur, forenkling av innholdet i regelverket og forenkling og tydeliggjøring av bestemmelsene om samfunnshensyn.

Den første delleveransen skal omfatte følgende tema:

* Vurdering av hvordan offentlige innkjøp i praksis kan fremskynde overgangen til en grønn sirkulær økonomi, herunder:
* om miljøkrav skal stilles i alle trinn av anskaffelsesprosessen
* om eventuelle miljøkrav skal gjelde både over og under terskelverdiene
* om det bør utvikles sentralt fastsatte standardiserte minimumskrav på prioriterte områder.
* Vurdering av hvordan kravene til sosial bærekraft, herunder menneskerettigheter og bekjempelse av sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, bør tydeliggjøres.
* Oversikt over regelverksutviklingen i EU innenfor offentlige anskaffelser, blant annet som ledd i omstilling til en mer sirkulær økonomi, for å vurdere hvordan dette påvirker norsk rett, f.eks. fremtidig behov for nye lov- eller forskriftsbestemmelser.
* Hvordan det offentlige skal fremme innovasjon i anskaffelser, og spesielt innovasjon for å fremme grønn omstilling.
* Ny struktur for anskaffelsesregelverket samlet sett, hvor en større del av regelverket tas inn i lov.
* Forslag til lovforarbeider som er veiledende for brukerne av regelverket, hvor det blant annet gjøres klart om bestemmelser er basert på EØS-rett eller ikke, og på denne måten også klargjøre hvor det finnes et nasjonalt handlingsrom.
* Endringer for å gjøre regelverket enklest mulig for brukerne, særlig materielle forenklinger i den nasjonale delen av regelverket og strukturelle forenklinger i den EØS-baserte delen av regelverket.
* Oppdatering og klargjøring i regelverket som følge av rettspraksis.
* Vurdering av hvordan forslag til endringer i størst mulig grad kan oppnå formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Utvalget skal anslå nytten og kostnadene ved forenklingene som foreslås.
* En samlet vurdering av hvordan bestemmelsene om samfunnshensyn fungerer i dag, og forslag til endringer som kan bidra til en bedre måloppnåelse, herunder mulige endringer i bestemmelsenes anvendelsesområde.

I den andre delleveransen skal utvalget foreslå endringer på mer avgrensede områder i regelverket. Den andre delleveransen skal omfatte følgende tema:

* Hvordan regelverket kan endres for å skjerpe kravene til åpenhet om eierskap og skatt i offentlige anskaffelser. Utvalget skal også utrede om offentlige innkjøpere bør sette offentlig land-for-land-rapportering som vilkår i større anskaffelsesprosesser.
* Endringer som sikrer at offentlige anskaffelser har en utforming og størrelse som gjør det mulig for lokale og regionale aktører å delta i konkurransen om hele eller deler av oppdraget, og adgangen til å velge lokale og regionale leverandører, innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet.
* Innretningen av erstatningsreglene.
* Endringer i avvisningsreglene.
* Hvordan regelverkets geografiske virkeområde kan klargjøres.
* Tydeliggjøre muligheten for å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser.

Utvalget skal se hen til rettsutviklingen i EØS og reguleringen i de andre nordiske landene. Utredningen skal bygge på Utredningsinstruksen, herunder Utredningsinstruksens seks spørsmål. Justis- og beredskapsdepartementets veileder Lovteknikk og lovforberedelse skal benyttes.

Det avholdes et oppstartmøte mellom utvalgsleder og departementet, og minst ett møte i løpet av utvalgets arbeid. Ved tvil om innholdet i mandatet skal utvalgsleder ta kontakt med departementet. Departementet kan foreta nødvendige avklaringer av og justeringer i mandatet.

Tidsplan

Første delleveranse legges frem 4. november 2023. Andre delleveranse legges frem 4. mai 2024. Begge rapporter vil være offentlige.»

## Utvalgets forståelse av mandatet

Mandatet for utvalgets arbeid er svært omfattende. Dette gjelder i særdeleshet oppdragsbeskrivelsen for første delutredning, hvor utvalget både er bedt om å foreta materielle vurderinger knyttet til en rekke ulike samfunnshensyn (klima og miljø, menneskerettigheter, bekjempelse av sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, innovasjon mv.) og strukturelle grep der en større del av regelverket flyttes fra forskrift til lov og gis en utforming som gjør det mer oversiktlig og lettere tilgjengelig. Mandatet etterspør også forslag til materielle forenklinger i den nasjonale delen av regelverket, for å gjøre denne delen av regelverket enklest mulig for brukerne. Det presiseres at norske myndigheter står ganske fritt til å bestemme hvilke regler som skal gjelde for anskaffelser som ikke reguleres av EØS-direktivene, og antydes relativt klart at utvalget bør se på om det er hensiktsmessig at de nasjonale reglene er så like de direktivbaserte reglene som det de er i dag. Utvalget er her bedt om å utarbeide forslag til lovforarbeider som er veiledende for brukerne av regelverket, og hvor det gjøres klart om en bestemmelse er basert på EØS-rett eller ikke.

Mandatet som utvalget er gitt kan i realiteten bare oppfylles gjennom et helhetlig forslag til en helt ny lov om offentlige anskaffelser, som tar opp i seg mye av dagens forskriftsverk og som av denne grunn må bli temmelig omfattende og ganske annerledes enn dagens kortfattede hjemmelslov. Utarbeidelse av en slik ny lov fører imidlertid nokså uunngåelig til at nær sagt ethvert anskaffelsesrettslig spørsmål kan hevdes å falle innenfor utvalgets mandat. Dette gjelder særlig når mandatet ber om en gjennomgang av relevante samfunnshensyn, materielle forenklinger av nasjonal del, strukturelle forenklinger i den direktivstyrte delen, en generell oppdatering og klargjøring i lys av rettspraksis og veiledende forarbeider til det hele. De eneste anskaffelsesrettslige spørsmålene som ikke er omfattet av oppdragsbeskrivelsen for første delutredning, er på sett og vis de spørsmålene som uttrykkelig er henvist til utvalgets andre utredning.

Samtidig er tidsfristen utvalget er gitt for å utarbeide første delutredning svært knapp. Utvalget ble nedsatt 4. november 2022, og arbeidet med første delrapport måtte sluttføres i september 2023 for å kunne legges frem som forutsatt 4. november dette år. For utvalget har dette gjort det nødvendig med harde prioriteringer. Overordnede spørsmål knyttet til struktur, formål, grunnleggende prinsipper, samfunnshensyn og forenkling av reglene for anskaffelser under EØS-terskelverdi har fått større oppmerksomhet enn veiledende forarbeider til bestemmelser hentet fra direktivene. Utvalget er av den oppfatning at spesialmerknader til enkeltbestemmelser ikke vil kunne fylle behovet for veiledning av oppdragsgivere og leverandører som departementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser tidligere har gjort. Et eventuelt forsøk på å skrive slike praksisrettede forarbeider bør uansett gjøres først etter at de mer overordnede spørsmålene er landet, slik at spesialmerknadene knytter seg til den struktur, den nummerering og den konkrete utforming av enkeltbestemmelser som til sist vedtas av lovgiver.

Utvalget har vurdert om det er mulig å samle reguleringen av alle offentlige anskaffelser i én og samme lov, men har kommet til at dette ikke er hensiktsmessig på grunn av behovet for særbestemmelser (se kapittel 25 og 26). Utvalget mener den nye anskaffelsesloven bør suppleres av egne lover for forsyningsvirksomhet (direktiv 2014/25/EU), for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU) og for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (direktiv 2009/81/EF). Utvalgets tidsfrist har ikke tillatt noen nærmere vurdering av hvordan disse særlovene bør utformes.

Parallelt med utvalgets arbeid har regjeringen arbeidet med skjerpede klima- og miljøkrav i offentlige anskaffelser og også skjerpede regler for å motvirke sosial dumping og arbeidslivskriminalitet («Norgesmodellen»).[[5]](#footnote-5) Mandatet avgrenser ikke mot disse spørsmålene. Tvert imot forutsettes det at utvalget vurderer hvordan offentlige anskaffelser kan fremskynde overgangen til en grønn, sirkulær økonomi og hvordan kravene til sosial bærekraft, herunder menneskerettigheter og bekjempelse av sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, kan tydeliggjøres.

Etter utvalgets syn er det en viss forskjell i mandatets omtale av klima- og miljøkrav på den ene siden og omtalen av sosial bærekraft på den andre, som også gjenspeiles i de parallelle prosessene i regjeringen. Klima og miljø er løftet frem i første kulepunkt i listen over tema som utvalget skal behandle i første delutredning, og det er bedt om en vurdering av hvordan offentlige anskaffelser kan fremskynde overgangen til en grønn sirkulær økonomi. Utvalget er også bedt om å vurdere om det bør utvikles sentralt fastsatte standardiserte minimumskrav på prioriterte områder, som er et spørsmål uten direkte tilknytning til den nye klima- og miljøbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 7-9. Når det gjelder sosial bærekraft, er utvalget til sammenligning bare bedt om å vurdere hvordan kravene til sosial bærekraft bør «tydeliggjøres». Det nærmere innholdet i reglene som skal sikre sosialt bærekraftige anskaffelser, synes fullt ut dekket av regjeringens arbeid med Norgesmodellen.

I lys av den svært knappe tidsfristen som utvalget må forholde seg til, har utvalget valgt å begrense vurderingene av sosial bærekraft til spørsmålet om hvordan de eksisterende reglene best kan tydeliggjøres i en ny anskaffelseslov, med henblikk til bestemmelsene om samfunnshensyn mer generelt. Spørsmålene knyttet til det nærmere innhold av reglene som skal bekjempe sosial dumping og arbeidslivskriminalitet finner utvalget det naturlig å overlate til prosessen knyttet til Norgesmodellen, men tilhørende høringsrunder.

Når det gjelder klima og miljø har derimot utvalget funnet det riktig å stille seg noe friere til regjeringens parallelle arbeid med den nye klima- og miljøbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 7-9. Siktemålet har vært å få til en helhetlig tilnærming til offentlige anskaffelser som et virkemiddel for å fremskynde overgangen til en grønn sirkulær økonomi, som etterspurt i mandatet. Utvalgets drøftelser av dette temaet fremgår av kapittel 14 om grønn omstilling.

Når det gjelder mandatets bestillinger knyttet til samfunnshensyn mer generelt, forstår utvalget disse slik at innretningen er klar: den nye anskaffelsesloven skal legge til rette for at offentlige anskaffelser bidrar til et mer bærekraftig samfunn, og i dette ligger ikke bare miljømessig bærekraft (klima- og miljø), men også sosial bærekraft (menneskerettigheter, motvirke sosial dumping, bekjempe arbeidslivskriminalitet mv.) og økonomisk bærekraft (sikre mennesker og samfunn økonomisk trygghet). Utvalget har lagt dette til grunn for sitt arbeid, og har av den grunn ikke foretatt noen fri vurdering av i hvilken utstrekning det er hensiktsmessig å bruke offentlige anskaffelser for å fremme det som flertallet i Forenklingsutvalget i 2014 omtalte som «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn».[[6]](#footnote-6) Samtidig fremhever mandatet viktigheten av at offentlige anskaffelser gjennomføres effektivt, og også viktigheten av effektiv bruk av samfunnets ressurser mer generelt. Utvalget vil flere steder drøfte det spenningsforhold som tidvis eksisterer mellom ønsket om effektiv sikring av ulike samfunnshensyn og ønsket om å holde ressursbruken nede, så vel knyttet til konkurransen om kontrakten som ved den etterfølgende oppfyllelsen av denne.

Mandatets omfang, og tidsfristen for første delutredning, gjør at utvalget ikke har hatt kapasitet til å vurdere anskaffelsesrelaterte spørsmål som i dag reguleres av andre lover enn anskaffelseslovgivningen. Et praktisk viktig eksempel, som har vært tatt opp i flere innspill til utvalget, er innsynsreglene. Det kan hevdes at dokumentinnsyn i anskaffelsesprosesser reiser særegne spørsmål som kan tilsi særregulering i en fremtidig anskaffelseslov, og at begrensning av offentlighet vil være den mest ressursbesparende endringen av anskaffelsesregelverket, men utvalget har ikke hatt kapasitet til å drøfte dette.

## Møter og arbeidsform

Anskaffelsesutvalget hadde sitt første møte 24. november 2022. Utvalget har hatt ti møter. De fleste møtene har hatt en dags varighet, men to av møtene har vært holdt over to dager. Ett møte fant sted i Bergen og ett i Trondheim, mens de øvrige fant sted i Oslo. Et møte ble avholdt digitalt.

Utvalget har åpnet for å motta innspill på sin nettside.[[7]](#footnote-7) Utvalget har fått elleve innspill via nettsiden. I tråd med mandatet ble det også opprettet en referansegruppe til utvalget. Referansegruppen har bestått av Sykehusinnkjøp HF, Hovedorganisasjonen Virke, Nye Veier AS, Diffia AS, Kongsberg Defence & Aerospace AS, Skanska Norge AS, Oslo kommune, Forsvarsmateriell, Statsbygg, VEAS AS og Grønn Byggallianse. Utvalget har hatt to møter med referansegruppen, og referansegruppen har oppsummert sine innspill til utvalget i skriftlig form. Innspillene er publisert på utvalgets nettside.[[8]](#footnote-8)

Utvalget har hatt enkelte eksterne foredragsholdere på sine møter. Dette inkluderer Kjetil Østgård fra Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) og Martin Skancke, utvalgsleder for Klimautvalget 2050. I tillegg har utvalget besøkt Konkurransetilsynet i Bergen. Som følge av besøket til Konkurransetilsynet har utvalget mottatt skriftlig bakgrunnsmateriale om ulovlig samarbeid i offentlige anskaffelser. I Bergen mottok også utvalget en kort presentasjon av utvalgte anskaffelsesrettslige spørsmål fra forskerne Kristian Strømsnes og Linda Mitdhun fra Universitetet i Bergen.

Utvalget har for sitt arbeid hatt behov for å innhente eksterne rapporter. Enkelte av rapportene har tjent som bakgrunnsmateriale til utvalgets arbeid og diskusjoner, andre rapporter har vært innarbeidet i utvalgets endelige rapport og andre er inntatt som digitale vedlegg til denne rapporten.

Oversikt over rapporter som har vært innhentet av utvalget til bruk i første delutredning

1. CMS Kluge – Kartlegging og vurdering av rettspraksis på anskaffelsesområdet
2. Advokatfirmaet Schjødt – Rapport om svensk og dansk anskaffelsesrett
3. Advokat Simen Hammersvik – Utredning av det rettslige handlingsrommet for regulering av offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi
4. Oslo Economics – Optimal terskelverdi for bygge- og anleggsanskaffelser
5. Advokatfirmaet Haavind – en juridisk analyse av forsyningsdirektivet
6. Advokatfirmaet Thommessen – en juridisk analyse av konsesjonskontraktdirektivet
7. Oslo Economics og Inventura – Offentlige anskaffelser 2022 (tallgrunnlag)

[Boks slutt]

Som følge av at sekretariatet har vært styrt fra Nærings- og fiskeridepartementet, har utvalget også innhentet informasjon fra øvrige departementer og underliggende etater.

Oversikt over informasjon innhentet fra departementet

1. Oversikt over utviklingen av rettsakter i EU som er av betydning for anskaffelsesområdet, forespørsel sendt til alle departementer og underliggende etater.
2. Utredning om standardiserte minimumskrav, DFØ og Miljødirektoratet
3. Bakgrunn om tekniske standarder, innhentet innspill fra Standard Norge

[Boks slutt]

Utvalgets arbeid med anskaffelsesregelverket er ikke spesielt rettet mot det samiske samfunnet, og er av svært generell karakter som må antas å treffe hele samfunnet likt. Det er derfor vurdert at konsultasjon ikke er pliktig eller nødvendig i utvalgets arbeid jf. sameloven kapittel 4.

## Oppbygging av utredningen

Utvalget har delt utredningen i fem deler, og for øvrig vises det til innholdsfortegnelsen for en mer detaljert oversikt over innholdet i utredningen.

Del I – innledende del

Del II – formål og samfunnshensyn

Del III – regler under EØS-terskelverdi

Del IV– regler over EØS-terskelverdi

Del V – avsluttende del.

# Utviklingstrekk

Anskaffelsesregelverket har en lang historie i norsk rett. I fremstillingen her begrenser utvalget seg til utviklingstrekk av betydning for dette utvalgets mandat, og det er i hovedsak utviklingen i perioden etter at EØS-avtalen trådte i kraft i 1994.

Før EØS-avtalen var anskaffelsesregelverket i Norge regulert gjennom interne instrukser. Instruksene var rettet mot statsforvaltningen, og kunne ikke påberopes av leverandørene. Som følge av EØS-avtalen ble det gitt en ny lov om offentlige anskaffelser av 27. november 1992, som trådte i kraft 1. januar 1994. Med hjemmel i loven ble det gitt en rekke forskrifter, som gjorde direktivene ordrett til norsk rett. Regelverket ble revidert, og ny lov fra 1999 trådte i kraft 1. juli 2001. Denne gjaldt også for kommuner og fylkeskommuner. Med hjemmel i loven ble det vedtatt to nye forskrifter, forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser og forskrift 5. desember 2003 om innkjøpsregler for forsyningssektoren. Ved utformingen av disse forskriftene gikk man bort fra den tidligere teknikken med ordrett inkorporering av direktivene.

I 2004 vedtok EU to nye direktiver, et for «klassisk sektor» (kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider) og et for forsyningssektorene (vann, energi, transport og posttjenester). I forbindelse med gjennomføringen i norsk rett ble det gjort endringer i loven fra 1999, og det ble gitt to nye forskrifter av 7. april 2006.

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

Parallelt med utviklingen av de nye materielle anskaffelsesreglene har det vært en løpende utvikling i systemet for håndhevelse av reglene, gjennom domstolskontroll og fra 2003 også Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Som følge av gjennomføringen av nytt håndhevelsesdirektiv, direktiv 2007/66/EF, ble det gjort endringer i regelverket som trådte i kraft 1. juli 2012. Nytt i direktivet var sanksjoner «uten virkning» og avkortning av kontrakt. KOFA mistet samtidig kompetansen til å ilegge gebyr for ulovlige direkteanskaffelser idet håndhevelsesmyndigheten ble lagt til de ordinære domstolene.

I 2011 påbegynte EU en revisjon av anskaffelsesreglene som resulterte i direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter, direktiv 2014/24/EU om kontrakter i klassisk sektor og direktiv 2014/25/EU om kontrakter i forsyningssektorene. Formålet med endringene var blant annet enklere og mer fleksible regler, reduksjon av de administrative byrdene for både oppdragsgivere og leverandører, ivaretakelse av små og mellomstore bedrifter, innovasjon og bedre tilretteleggelse for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta samfunnshensyn som klima og miljø, og sosiale hensyn i sine anskaffelser.

I 2012 ble det oppnevnt et utvalg for å utrede og foreslå endringer av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder innenfor klassisk sektor (Forenklingsutvalget). Utvalget leverte sin rapport 10. juni 2014.[[9]](#footnote-9)

Rapporten ble sendt på offentlig høring 20. juni 2014.[[10]](#footnote-10) Året etter sendte Nærings- og fiskeridepartementet utkast til ny lov og utkast til tre nye forskrifter som gjennomfører de tre EU-direktivene på høring.[[11]](#footnote-11) Det ble ikke tatt stilling til Forenklingsutvalgets forslag til nytt nasjonalt regelverk i høringsnotatene, men departementet opplyste om at den særnorske og den EØS-rettslige delen av regelverket ville bli satt sammen til et samlet revidert anskaffelsesregelverk etter utløpet av høringsfristen. Forslag til endring av håndhevelsesbestemmelsene ble sendt på høring i april 2015.[[12]](#footnote-12)

Enkelte av Forenklingsutvalgets forslag ble gjennomført allerede i 2015, gjennom endringer av daværende forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften. Anskaffelser under 100 000 kroner ble unntatt fra anskaffelsesregelverket, reglene om lukking og merking av tilbud ble opphevet, plikt til å kreve HMS-egenerklæring ble opphevet, grensen for plikt til å kreve skatteattest ble hevet fra 100 000 kroner til 500 000 kroner og det ble også foretatt enkelte andre endringer.[[13]](#footnote-13) Bestemmelsen om lærlinger ble endret i tråd med forslaget til et mindretall i Forenklingsutvalget, som en oppfølging av regjeringens strategi mot arbeidslivskriminalitet. Endringene trådte i kraft 1. juli 2015.

Forslag til to nye forskriftsbestemmelser om krav til begrensning av antallet ledd i leverandørkjeden innen visse bransjer og en bestemmelse om subsidierte bygge- og anleggskontrakter ble sendt på høring i desember 2015.[[14]](#footnote-14)

Lovproposisjon med forslag til en ny lov om offentlige anskaffelser ble sendt til Stortinget i januar 2016.[[15]](#footnote-15) Departementet foreslo blant annet en ny og mer kortfattet formålsbestemmelse, utvidelse av lovens virkeområde til å omfatte tjenestekonsesjonskontrakter, en ny og enklere bestemmelse om grunnleggende prinsipper, nye bestemmelser om ivaretakelse av miljø, menneskerettigheter og krav om bruk av lærlinger og krav om universell utforming. Departementet foreslo også å gjeninnføre KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser.

Ny anskaffelseslov med tilhørende forskrifter ble vedtatt i 2016, og trådte i kraft 1. januar 2017. Det nye regelverket skulle samlet sett innebære en forenkling og gi mer fleksibilitet i gjennomføringen av offentlige anskaffelser.

Det nye anskaffelsesregelverket medførte en rekke materielle endringer både i nasjonal del og over EØS-terskelverdiene. Det ble gitt en helt ny forskrift om konsesjonskontrakter. De nye direktivene innførte regler om elektronisk kommunikasjon som skal bidra til effektivisering for både oppdragsgiver og leverandørene. Det ble videre innført egenerklæringsskjema som foreløpig bevis for at en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene og gjort enklere for oppdragsgivere å benytte konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog. En ny kontraktstype, innovasjonspartnerskap, skulle gjøre det enklere å gjennomføre innovative anskaffelser. Skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester ble opphevet, men slik at mange av de tidligere uprioriterte tjenestene nå ble omfattet av fleksible regler, opp til en terskelverdi på 6 millioner kroner.[[16]](#footnote-16) For å legge til rette for deltakelse for små og mellomstore bedrifter ble det innført en plikt til å gi en begrunnelse hvis oppdragsgiver ikke delte opp en større anskaffelse. Det ble også klargjort at oppdragsgiver kan stille krav til hele livssyklusen til produkter, inkludert produksjonsprosessen hvor en stor del av miljøbelastningen ligger. Direktivene inneholdt også andre klargjøringer basert på EU-domstolens praksis.

I tillegg til de allerede innførte forenklingene i den nasjonale delen av regelverket ble terskelverdien for når dette regelverket kommer til anvendelse hevet fra 500 000 kroner til 1,1 millioner kroner i 2017. I anskaffelsesforskriftens del II ble det også innført en ny prosedyreform, tilbudskonkurranse, hvor oppdragsgiver kan velge om oppdragsgiver vil forhandle eller inngå kontrakt basert på første tilbud.

Ved revisjonen i 2017 ble det tydeligere at offentlige oppdragsgivere kunne ta hensyn til ulike samfunnshensyn i sine anskaffelser, og det ble formulert plikter knyttet til dette. Det ble blant annet innført krav til ivaretakelse av klima- og miljøhensyn, lønns- og arbeidsvilkår, krav til bruk av lærlinger og til å ha rutiner for ivaretakelse av menneskerettigheter.

I 2019 ble stortingsmeldingen Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser lagt frem.[[17]](#footnote-17) Meldingen foreslo ikke endringer i regelverket, men handlet om hvordan anskaffelser kan utføres mest mulig effektivt innenfor eksisterende regelverk. Meldingen la blant annet vekt på kompetansebygging, veiledning, samarbeid, innovasjon, ivaretakelse av samfunnshensyn, bedre statistikk og tallgrunnlag, digitalisering, håndheving og kontroll, samt organisering, styring og ledelse.

Handlingsplan for økt andel grønne og innovative anskaffelser ble varslet i stortingsmeldingen om smartere innkjøp fra 2019, og lagt frem i 2021.[[18]](#footnote-18) Formålet med handlingsplanen er å gi veiledning og øke kompetansen om hva som er sentrale klima- og miljøspørsmål, samt å gi praktisk veiledning. Handlingsplanen gir anbefalinger, men stiller ikke rettslig bindende krav.

# Gjeldende rett

## Innledning

Utvalget vil nøye seg med å gi en overordnet omtale av gjeldende rett, og knytte denne til de tema som er sentrale for utvalgets mandat. Dette er i hovedsak regelverkets struktur (kapittel 5.3) og utvalgte deler av det materielle innholdet (kapittel 5.4). Gjeldende norsk anskaffelsesrett er imidlertid i stor grad styrt av EØS-avtalen, og det er derfor påkrevd å først gi det en fremstilling av gjeldende EU-rettsakter på området (kapittel 5.2).

## EØS-avtalen vedlegg XVI

Det overordnede målet med EØS-avtalen er å knytte EFTA-landene, nå bare Norge, Island Liechtenstein, til EUs indre marked. Avtalens hoveddel, som er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1, inneholder grunnreglene for det indre marked, og flere av disse er relevante for offentlige anskaffelser. Tre eksempler er det generelle forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling (artikkel 4), grunnreglene om fri vareflyt (artikkel 8 og følgende) og grunnreglene om fri bevegelighet for tjenester (artikkel 36 og følgende). Hoveddelen av EØS-avtalen forutsetter også at EUs regelverk om offentlige anskaffelser skal være en del av avtalen, men fastsetter at dette regelverket skal inntas i vedlegg XVI (artikkel 65 nr. 1). Det er grunn til å merke seg at artikkel 65 nr. 1 slår fast at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet skal gjelde for «alle varer», noe som betyr at avgrensningen i artikkel 8 om hvilke varer som omfattes av hovedreglene om fri vareflyt ikke gjelder for offentlige anskaffelser som reguleres av direktivene inntatt i vedlegg XVI.

Oversikt over rettsakter i EØS-avtalen vedlegg XVI – Offentlige innkjøp

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp (anskaffelsesdirektivet).

Kommisjonens gjennomføringsforordning (EU) 2016/7 av 5. januar 2016 om fastsettelse av standardskjemaet for det felles europeiske innkjøpsdokument (ESPD-skjema).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester (forsyningsdirektivet).

Kommisjonsvedtak 93/327/EØF av 13. mai 1993 om fastsettelse av på hvilke vilkår oppdragsgivere som utnytter geografiske områder med sikte på leting etter eller utvinning av olje, gass, kull eller annet fast brensel, skal oversende Kommisjonen opplysninger om kontrakter de tildeler.

Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter (håndhevelsesdirektivet).

Rådsdirektiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og forskrifter om anvendelsen av fellesskapsreglene på innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (håndhevelsesdirektivet).

Rådsdirektiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteytelser (EFT nr. L 209 av 24. juli 1992, s. 1).1

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av framgangsmåtene ved oppdragsgiveres eller offentlige oppdragsgiveres tildeling av visse bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet (forsvarsanskaffelsesdirektivet).

Forordning (EØF/EAF) nr. 1182 av 3. juni 1971 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter.

Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2195/2002 av 5. november 2002 om en felles klassifikasjon for offentlige innkjøp (CPV-koder).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/55/EU av 16. april 2014 om elektronisk fakturering ved offentlige innkjøp.

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktsdirektivet).

Kommisjonens gjennomføringsforordning (EU) 2015/1986 av 11. november 2015 om fastsettelse av standardskjemaer for offentliggjøring av kunngjøringer om offentlige innkjøp.2

Kommisjonens gjennomføringsforordning (EU) 2016/1804 av 10. oktober 2016 om nærmere regler for anvendelse av artikkel 34 og 35 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester.

Kommisjonens gjennomføringsforordning (EU) 2019/1780 av 23. september 2019 om fastsettelse av standardskjemaer for offentliggjøring av kunngjøringer om offentlig innkjøp og om oppheving av gjennomføringsforordning (EU) 2015/1986 («elektroniske skjemaer»).

1 Direktivet er opphevet i EU.

2 Rettsakten er opphevet i EU.

[Boks slutt]

For at de opplistede rettsaktene i EØS-avtalen vedlegg XVI, se boks 5.1, skal få virkning i norsk rett, må de gjennomføres i tråd med EØS-avtalen artikkel 7.

I kapittel 10 gis det en nærmere fremstilling av rettsakter som er vedtatt i EU og inneholder forslag til bestemmelser om offentlige anskaffelser. Rettsaktene regulerer primært andre sektorer eller forhold, og skal derfor ikke tas inn i vedlegg XVI.

## Strukturen til det norske anskaffelsesregelverket

Siste større revisjon av anskaffelsesregelverket var i forbindelse med gjennomføringen av EUs reviderte direktiver fra 2014. Endringene trådte i kraft 1. januar 2017, og da ble majoriteten av direktivforpliktelsene gjennomført i ulike forskrifter.

Oversikt over lover og forskrifter som regulerer offentlige anskaffelser

02J1xx2

|  |  |
| --- | --- |
| Lov/forskrift | Ansvarlig departement |
| Anskaffelsesloven, 2016  | Nærings- og fiskeridepartementet |
| Anskaffelsesforskriften, 2016  | Nærings- og fiskeridepartementet |
| Forsyningsforskriften, 2016 | Nærings- og fiskeridepartementet |
| Konsesjonskontraktforskriften, 2016 | Nærings- og fiskeridepartementet |
| Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, 2013 | Forsvarsdepartementet |
| Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser, 2002 | Nærings- og fiskeridepartementet |
| Forskrift om plikt til bruk av lærlinger i offentlige kontrakter, 2016 | Kunnskapsdepartementet |
| Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, 2008 | Arbeids- og inkluderingsdepartementet |
| Forskrift om utslippskrav til kjøretøy ved offentlig anskaffelse til veitransport, 2022 | Samferdselsdepartementet |
| Forskrift om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser, 2019 | Kommunal- og distriktsdepartementet |
| Forskrift om fastsettelse av tvangsmulkt i medhold av anskaffelsesloven, 2016 | Nærings- og fiskeridepartementet |
| Forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, 1992 | Nærings- og fiskeridepartementet |
| Forskrift om overgangsregler for anskaffelsesloven, 2016 | Nærings- og fiskeridepartementet |

Kilde: www.lovdata.no

[Boks slutt]

## Materielt innhold

### Anskaffelsesloven

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) trådte i kraft 1. januar 2017. Anskaffelsesloven inneholder atten bestemmelser, se boks 5.3, og kan omtales som en hjemmelslov. Størstedelen av gjeldende anskaffelsesregelverk finnes ikke i loven, men i et omfattende forskriftsverk gitt med hjemmel i den, se oversikten i boks 5.2.

Anskaffelsesloven (2016)

§ 1. Formål

§ 2. Virkeområde

§ 3. Rettighetshavere

§ 4. Grunnleggende prinsipper

§ 5. Miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn

§ 6. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

§ 7. Krav om bruk av lærlinger

§ 7a. Regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester

§ 8. Søksmål

§ 9. Midlertidig forføyning

§ 10. Erstatning

§ 11. Tvisteløsningsorgan

§ 12. Overtredelsesgebyr

§ 13. Søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning

§ 14. Søksmål om å avkorte en kontrakts varighet eller idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr

§ 15. Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14

§ 16. Forskrifter

§ 17. Pålegg

§ 18. Ikrafttredelse og overgangsregler

[Boks slutt]

### Anskaffelsesforskriften

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) inneholder detaljerte regler og fremgangsmåter for anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsanskaffelser.

Forskriften gjennomfører direktiv 2014/24/EU i norsk rett, men den regulerer også anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Forskriften er strukturert slik at den i størst mulig grad følger gangen i en anskaffelse, fra planlegging av anskaffelsen, kunngjøring, gjennomføring av konkurransen, avslutning av konkurransen og gjennomføring av kontrakten.

Del I i forskriften inneholder alminnelige bestemmelser som virkeområde, unntaksregler, definisjoner, anvendelsesområde for de ulike delene av forskriften og fellesbestemmelser. Del I gjelder for alle anskaffelser som omfattes av forskriften, det vil si anskaffelser som overstiger 100 000 kroner og som omfattes av forskriftens saklige virkeområde. Alle terskelverdier i anskaffelsesregelverket er eksklusive merverdiavgift.

Del II i forskriften gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdiene og særlige tjenester. Del I og del II av forskriften er omtalt som den nasjonale delen av regelverket. Terskelverdien for når reglene i del II kommer til anvendelse er 1,3 millioner kroner for varer, tjenester, bygg- og anleggsanskaffelser og særlige tjenester.[[19]](#footnote-19) Kontrakter om helse- og sosialtjenester er særskilt regulert i del IV med en terskelverdi på 7,8 millioner kroner. I del II gjelder det en kunngjøringsplikt i den nasjonale kunngjøringsdatabasen Doffin. Særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien på 7,8 millioner kroner følger også forskriftens del II, men med en del særlige regler som kommer frem av ulike bestemmelser i del II, blant annet gjelder det en kunngjøringsplikt i TED-databasen. Del II inneholder detaljerte prosedyreregler, men reglene er enklere og mer fleksible enn i del III.

Del III i forskriften gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene. I 2023 er EØS-terskelverdiene 1,4 millioner kroner for statlige myndigheters vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser, og 2,2 millioner kroner for øvrige oppdragsgiveres tilsvarende anskaffelser. For bygg- og anleggsanskaffelser er terskelverdien 56 millioner kroner, og for særlige tjenester og helse- og sosialtjenester er terskelverdien 7,8 millioner kroner. Del III inneholder detaljerte prosedyreregler som i hovedsak er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet i norsk rett, men det er også enkelte særnorske bestemmelser.

Del IV inneholder særskilte regler for anskaffelse av helse- og sosialtjenester, og del V inneholder regler for plan- og designkonkurranser, som er en egen anskaffelsesprosedyre. Del VI inneholder avsluttende bestemmelser om ikrafttredelse. Det er også fem vedlegg til forskriften. Vedlegg 1 inneholder en oversikt over bygge- og anleggsaktiviteter, vedlegg 2 inneholder en oversikt over særlige tjenester og vedlegg 3 inneholder en oversikt over helse- og sosialtjenester. Vedlegg 4 er en oversikt over helse- og sosialtjenester som kan reserveres visse ideelle organisasjoner, mens vedlegg 5 er en oversikt over internasjonale sosiale og miljømessige konvensjoner som direktivet artikkel 18 nr. 2 henviser til.

### Forsyningsforskriften

Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) inneholder detaljerte regler og fremgangsmåter for anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsanskaffelser innenfor forsyningssektoren. Forskriften gjennomfører direktiv 2014/25/EU i norsk rett, men den regulerer også anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Forsyningssektoren (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) har også tidligere vært underlagt særskilt regulering i EU og Norge. Bestemmelsene i direktivet for forsyningssektorene er gjennomgående mer fleksible enn i anskaffelsesdirektivet, og det er ikke gitt like omfattende prosedyreregler. Terskelverdiene er også høyere. Det har vært endringer i hvilke sektorer som faller inn under direktivets virkeområde i tråd med markedsutviklingen. For eksempel var både telekommunikasjonstjenester og leting etter olje og gass tidligere omfattet av forsyningsdirektivet, men dette er nå tatt ut ettersom markedene anses så liberalisert at særskilt regulering ikke er påkrevd. Det er også en særskilt hjemmel i forsyningsforskriften § 2-9 om fritak for liberaliserte sektorer hvor EFTAs overvåkningsorgan kan treffe vedtak om å unnta en sektor, og oppdragsgiver kan også søke om unntak.

Forskriften del I inneholder alminnelige bestemmelser om bl.a. virkeområde, unntak, definisjoner, terskelverdier og fellesbestemmelser. Del I gjelder for alle anskaffelser som omfattes av forskriften.

Forskriften gjelder for alle anskaffelser over 100 000 kroner for oppdragsgivere som utøver forsyningsaktiviteter. Forsyningsaktivitetene er nærmere definert i egne paragrafer og omfatter virksomhet innen gass og varme, elektrisitet, drikkevann, transport, havner og lufthavner, post, olje, gass, kull og andre typer brensel. I tillegg til offentlige oppdragsgivere som definert i anskaffelsesforskriften er også offentlige foretak, og andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett, omfattet av virkeområdet.

I 2023 er EØS-terskelverdiene 4,5 millioner kroner for vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser, og 56 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter. For kontrakter om særlige tjenester og helse- og sosialtjenester er terskelverdien 10 millioner kroner. For anskaffelser under EØS-terskelverdiene gjelder kun forsyningsforskriften del I og anskaffelsesloven.

Forskriften del II gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Del II inneholder detaljerte prosedyreregler som i hovedsak er en gjennomføring av direktiv 2014/25/EU i norsk rett. Mange av bestemmelsene i forsyningsdirektivet og forsyningsforskriften er sammenfallende med reglene i anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften.

Lempeligere regler i forsyningsforskriften

Noen av de lempeligere reglene i forsyningsforskriften er blant annet:

* Høyere terskelverdier.
* Oppdragsgiver kan fritt velge anskaffelsesprosedyre.
* Det tillates anskaffelser gjennom en kvalifikasjonsordning, kravet til kunngjøring av konkurransen er oppfylt gjennom kunngjøringen av kvalifikasjonsordningen.
* Rammeavtaler kan ha en varighet på inntil åtte år.

[Boks slutt]

Forskriften del III omhandler anskaffelse av særlige tjenester og helse- og sosialtjenester, del IV plan- og designkonkurranser og del V avsluttende bestemmelser om ikrafttredelse. Vedlegg 1 er en liste over prosedyrer som sikrer at en tildelt rettighet ikke utgjør en enerett eller særrett som omfattes av forsyningsforskriften. Vedlegg 2 til 6 tilsvarer vedlegg 1 til 5 i anskaffelsesforskriften.

### Konsesjonskontraktforskriften

Forskrift av 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften) gjennomfører direktiv 2014/23/EU i norsk rett. En konsesjonskontrakt er definert som en gjensidig bebyrdende avtale om tjenester eller bygge- og anleggsarbeid, hvor vederlaget enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet eller i en slik rett sammen med betaling. Dette innebærer at driftsrisikoen må være overført til leverandøren, det vil si at leverandøren ikke er garantert å få dekket sine investeringer eller driftskostnader.

Det var tidligere enkelte regler om bygge- og anleggskonsesjoner i anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften, men det var først ved direktiv 2014/23/EU at det ble innført regler om tjenestekonsesjonskontrakter. Det foreligger imidlertid en rekke avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av begrepet konsesjonskontrakt og hvordan EU-rettens grunnleggende prinsipper skal anvendes på disse kontraktene også fra tiden før direktivet.

Forskriften del I inneholder alminnelige bestemmelser om bl.a. virkeområde, unntak, definisjoner, terskelverdier og fellesbestemmelser. Del I gjelder for alle anskaffelser som omfattes av forskriften.

Forskriften gjelder for alle anskaffelser over 100 000 kroner, og den gjelder for oppdragsgivere innen klassisk sektor og forsyningssektoren som inngår konsesjonskontrakter om tjenester eller bygge- og anleggsarbeid.

EØS-terskelverdien er i 2023 på 56 millioner kroner for konsesjonskontrakter. For konsesjonskontrakter om særlige tjenester og helse- og sosialtjenester er terskelverdien også 56 millioner kroner, men disse følger egne regler i forskriften del III. For anskaffelser under EØS-terskelverdien gjelder kun konsesjonskontraktforskriften del I og anskaffelsesloven.

Forskriften del II gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi. Konsesjonskontrakter skal kunngjøres, men det er ikke så omfattende prosedyrekrav. Oppdragsgiver skal følge de grunnleggende prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Det er en generell adgang til å forhandle med leverandørene. Konsesjonskontraktenes varighet er regulert, og hvis kontrakter inngås for mer enn fem år må lengden ikke overstige den tiden som anses nødvendig for at leverandørene skal ha mulighet til å tjene inn sine investeringer og oppnå en rimelig avkastning. Det er en egen bestemmelse om at oppdragsgiver kan endre den fastlagte rekkefølgen på tildelingskriteriene for å kunne ta i betraktning innovativ løsning med usedvanlig god funksjonell ytelse. Det finnes ikke tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften.

Forskriften del III gjelder anskaffelse av særlige tjenester og helse- og sosialtjenester. Forskriften del IV inneholder avsluttende bestemmelser. Vedlegg 1 til 3 er de samme som vedleggene til anskaffelsesforskriften. Vedlegg 4 tilsvarer anskaffelsesforskriften vedlegg 5.

### Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Forskrift av 4. oktober 2014 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser gjennomfører direktiv 2009/81/EF i norsk rett. Siden forskriften gjennomfører et direktiv som ble vedtatt før revisjonen av de øvrige direktivene i 2014, har den en oppbygging og en del bestemmelser som tilsvarer den nå opphevede anskaffelsesforskriften fra 2006.

Forskriften del I inneholder alminnelige bestemmelser som gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av forskriften. Det fremgår ikke direkte av forskriften, men siden anskaffelsesloven som hjemler forskriften kun gjelder anskaffelser over 100 000 kroner, så gjelder denne terskelen også for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Forsvarsanskaffelsesdirektivet og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-1 viser til et «tilleggsformål» i forhold til de andre anskaffelsesforskriftene om å ivareta behovet for å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk og industriell base.

Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser gjelder for de samme oppdragsgiverne som må følge anskaffelsesforskriften. I tillegg omfatter forskriften offentlige foretak samt eneretts- og særselskaper i forsyningssektoren.

Forskriften § 1-3 regulerer hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften. Dette er bl.a. levering av forsvarsmateriell og gradert materiell, samt bygg- og anleggsarbeid og varer og tjenester i tilknytning til forsvarsmateriell eller gradert materiell. Forsvarsmateriell er i § 4-1 bokstav f definert som «materiell som er spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk, som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell». Gradert materiell er i § 4 h definert som «materiell til sikkerhetsformål som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon». Forskriften får ikke anvendelse på kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123.

Del II i forskriften gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Terskelverdiene i 2023 er 4,5 millioner kroner for vare- og tjenestekontrakter og 56 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter. Forskriften skiller mellom prioriterte og uprioriterte tjenester, og uprioriterte tjenester følger reglene i del I selv om EØS-terskelverdien er overskredet. For anskaffelser under EØS-terskelverdi gjelder kun forskriften del I og anskaffelsesloven, og det er ingen nasjonal kunngjøringsplikt. For oppdragsgivere i forsvarssektoren gjelder i tillegg anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) som er en intern instruks i tillegg til del I.[[20]](#footnote-20)

Oppdragsgiver står fritt til å velge mellom begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som standardprosedyre etter forskriften del II. Åpen anbudskonkurranse er ikke inntatt i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og er derfor heller ikke en tillatt prosedyre etter forskriften del II. Bakgrunnen for dette er at EU-kommisjonen mener at prosedyren åpen anbudskonkurranse med kunngjøring på europeisk nivå, ikke er forenlig med behovet for konfidensialitet. Adgangen til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er noe større enn etter anskaffelsesforskriften.

Særlige bestemmelser i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Øvrige særlige bestemmelser i forsvars- og sikkerhetsforskriften er blant annet:

* Oppdragsgiver har rett til å kreve dokumentasjon på at leverandør og underleverandør kan sikre at graderte opplysninger oppbevares på en forsvarlig måte.
* Oppdragsgiver kan stille krav til forsyningssikkerhet i konkurransegrunnlaget.
* Rammeavtaler etter forskriften kan som hovedregel ha en maksimal varighet på inntil syv år.

[Boks slutt]

Forskriften del III omhandler ikraftsetting og overgangsregler. Vedlegg 1 inneholder oversikt over bygge- og anleggsaktiviteter. Vedlegg 2 er opphevet, vedlegg 3 og vedlegg 4 omhandler protokoll under og over EØS-terskelverdiene. Vedlegg 5 er en oversikt over prioriterte tjenester og vedlegg 6 er en oversikt over uprioriterte tjenester.

### Bestemmelser om samfunnshensyn

Anskaffelsesregelverket inneholder i dag flere bestemmelser om samfunnshensyn. Reglene står ikke samlet, men er plassert i loven og i forskjellige forskrifter. En nærmere redegjørelse er gitt i kapitlene 12 til 21.

# Regelverket i andre nordiske land (Sverige og Danmark)

Fremstillingen i dette kapittelet er basert på en utredning som Advokatfirmaet Schjødt har skrevet på oppdrag fra utvalget.[[21]](#footnote-21)

## Anskaffelsesregelverket i Sverige

### Regelverkets struktur

Offentlige anskaffelser i Sverige styres hovedsakelig av tre lover: lag (2016:1145) om offentlig upphandling («LOU»), lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (som dekker vann, energi, transport og posttjenester) («LUF»), og lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner («LUK»).[[22]](#footnote-22) [[23]](#footnote-23) [[24]](#footnote-24) Disse lovene gjennomfører henholdsvis anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet. Hver av lovene regulerer både anskaffelser som overstiger de direktivbestestemte terskelverdiene («direktivstyrte anskaffelser») og anskaffelser som faller utenfor direktivenes anvendelsesområde («ikke-direktivstyrte anskaffelser»). Lovene implementerer også håndhevelsesdirektivet, som gir regler om håndhevelse av anskaffelsesregelverket og rettsmidler ved brudd på regelverket.[[25]](#footnote-25)

I svensk rett er det vanlig å gjennomføre EU-direktiver ved å utforme lovgivningen så direktivnært som mulig. Dette er også gjort ved gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet, og LOU, LUF og LUK er i hovedsak utformet likt som direktivbestemmelsene med visse språklige og redaksjonelle endringer.[[26]](#footnote-26)

LOU, LUF og LUK suppleres av særlover som lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet («LUFS»), som gjennomfører og i hovedsak er utformet likt som direktiv 2009/81/EF, lag (2010:1065) om kollektivtrafik, lag (2008:962) om valfrihetssystem, lag (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen, lag (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering, lag (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster og lag (2019:668) om upphandlingsstatistik.

Den ovennevnte lovgivningen utfylles av følgende forskrifter (svensk: «förordning»): upphandlingsförordningen (2016:1162), förordning (2020:332) om upphandlingsstatistik, förordning (2022:315) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa tjänster inom vägtransportområdet, förordning (2020:486) om miljö- och trafiksäkerhetskrav för myndigheters bilar, förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt og förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning.

I tillegg finnes det en rekke erklæringer (svensk: «tillkännagivande») fra den svenske regjeringen: tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, tillkännagivande (2016:1226) av CPV-referensnummer för tjänstekontrakt vid upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, tillkännagivande (2016:1227) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling og tillkännagivande (2016:1228) av CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt vid offentlig upphandling.

Følgende regler (svensk: föreskrifter) fra det svenske konkurransetilsynet (Konkurrensverket) kan også nevnes: föreskrifter om ansökan om registrering av annonsdatabas enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik (KKVFS 2020:1), föreskrifter om betalning av avgifter enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik (KKVFS 2020:2) og föreskrifter om ändring i Konkurrensverkets föreskrifter (2020:2) om betalning av avgifter enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik (KKVFS 2020:3).

Fremstillingen vil hovedsakelig bygge på LOU, siden det er denne anskaffelsesloven som regulerer størsteparten av offentlige anskaffelser i Sverige. De fleste andre svenske anskaffelsesregelsett følger en lignende struktur.

### Materielle regler

#### Generelt

LOU regulerer offentlig sektors innkjøp av varer, tjenester og byggearbeider i det som kalles den klassiske sektoren. LOU gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, andre offentligrettslige organer,[[27]](#footnote-27) og sammenslutninger av slike organer.[[28]](#footnote-28)

Lag om offentlig upphandling

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. Blandad upphandling

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. Allmänna bestämmelser

5 kap. Tröskelvärden

6 kap. Upphandlingsförfaranden

7 kap. Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

8 kap. Elektroniska metoder för upphandling

9 kap. Tekniska krav

10 kap. Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

11 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

12 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

13 kap. Uteslutning av leverantörer

14 kap. Kvalificering

15 kap. Egen försäkran och utredning om leverantörer

16 kap. Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

17 kap. Fullgörande av kontrakt

18 kap. Projekttävlingar

19 kap. Annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2

19 a kap. Direktupphandling

20 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

21 kap. Upphandlingsskadeavgift

22 kap. Tillsyn

I tillegg har LOU tre bilag:

Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

[Boks slutt]

#### Regler om anskaffelser over EU-terskelverdiene (direktivstyrte anskaffelser)

Ved anskaffelser over EU-terskelverdiene gjelder LOUs regler om direktivstyrte anskaffelser.[[29]](#footnote-29) De fleste reglene er hentet direkte fra direktivet, men på noen punkter har svensk lovgiver valgt en tilnærming som avviker fra direktivene.

Et eksempel på dette er reguleringen av endringer i offentlige kontrakter og rammeavtaler som finnes i 17 kap. LOU. Mens det i visse deler av anskaffelsesdirektivet er uklart om reglene om kontraktsendringer også omfatter rammeavtaler, har den svenske lovgiveren klargjort at rammeavtaler alltid må respektere disse reglene så langt det er mulig og rimelig.[[30]](#footnote-30) For eksempel følger det av 17 kap. 13 § LOU at reglene om leverandørbytte også omfatter rammeavtaler, selv om det ikke finnes noen tilsvarende regel i direktiv 2014/24 artikkel 72 nr. 1 bokstav d.

Videre følger det av 17 kap. 13 § tredje ledd LOU at en underleverandør kan tre inn i hovedleverandørens stilling ved avtale mellom hovedleverandøren, underleverandøren og den offentlige oppdragsgiveren, uten at dette utløser en plikt til en ny konkurranse. Dette skiller seg fra anskaffelsesdirektivet artikkel 72 nr. 1 bokstav d, som åpner for leverandørskifte hvis den offentlige myndigheten selv overtar hovedleverandørens forpliktelser overfor underleverandøren(e). Regelen i 17 kap. 13 § tredje ledd LOU synes å utfordre direktivet, ettersom det ikke stilles krav om at underleverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene til kontrakten, slik det gjøres ved alminnelige leverandørskifter etter bestemmelsens andre ledd.

Det finnes også andre eksempler på at LOU gir en mer omfattende regulering enn det som kreves av anskaffelsesdirektivene. For eksempel er oppdragsgiveren ifølge 16 kap. 7 § andre ledd LOU pliktig til å forkaste et tilbud dersom prisen er unormalt lav og leverandøren ikke kan gi en tilfredsstillende forklaring på den lave prisen. Til sammenligning følger det kun en avvisningsplikt ved unormalt lave tilbud etter anskaffelsesdirektivet artikkel 69 nr. 3 når den unormalt lave prisen er en følge av at tilbudsgiveren ikke oppfyller gjeldende miljøkrav eller andre sosiale og arbeidsrettslige forpliktelser.

Den svenske lovgiveren har også valgt å gjennomføre en rekke regler som ifølge anskaffelsesdirektivet ikke er obligatoriske. Et eksempel på dette er at det i 6 kap. 12-19 §§ LOU er åpnet for å benytte en fremforhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring i situasjonene som er opplistet i direktivets artikkel 32, slik artikkel 26 nr. 6 i direktivet gir medlemsstatene en rett til å gjøre. Lovgiveren har også benyttet muligheten til å innføre regler om at oppdragsgivere kan foreta innkjøp gjennom innkjøpssentraler, slik anskaffelsesdirektivet artikkel 37 nr. 1 og 4 åpner for.

#### Regler om offentlige anskaffelser under terskelverdiene og av visse sosiale og særskilte tjenester (ikke-direktivstyrte anskaffelser)

##### Innledning

Den 1. februar 2022 trådte et nytt regelverk for ikke-direktivstyrte anskaffelser i kraft i Sverige.[[31]](#footnote-31) De nye reglene gjelder i første omgang anskaffelser etter LOU, LUF og LUFS, og i enkelte situasjoner for anskaffelser etter LUK. Det overordnede formålet med endringene var å gjøre regelverket enklere, både med tanke på utforming og innhold.

Med det nye regelverket ble det innført to nye kapitler i LOU for ikke-direktivstyrte anskaffelser og for anskaffelser av visse sosiale og særskilte tjenester, 19 kap. LOU og 19 a kap. LOU.[[32]](#footnote-32) Kapittel 19 gjelder for kunngjøringspliktige anskaffelser under EU-terskelverdiene og visse sosiale og andre særskilte tjenester som er angitt i LOU bilag 2 mens kapittel 19 a gjelder såkalte direkte anskaffelser.[[33]](#footnote-33)

Anskaffelser som reguleres av et av disse to kapitlene faller som en hovedregel utenfor anvendelsesområdet til de øvrige kapitlene i LOU. Det følger imidlertid av 19 kap. 1 § og 19 a kap. 1 § LOU at enkelte av lovens øvrige kapitler likevel får anvendelse. Dette gjelder blant annet reglene om blandede anskaffelser, terskelverdier, beregningen av anskaffelsenes verdi, rettsmidler og tilsyn.

##### Kunngjøringspliktige anskaffelser under terskelverdiene og av visse tjenester – 19 kap. LOU

I 19 kap. LOU gis det regler for kunngjøringspliktige anskaffelser under EU-terskelverdiene og for sosiale og andre særskilte tjenester som er angitt i LOU bilag 2, og som ikke faller inn under grensen for lovlige direkte anskaffelser.[[34]](#footnote-34) Tjenestene som omfattes av bilag 2 er blant annet helsetjenester, sosiale tjenester, hotell- og restauranttjenester, visse juridiske tjenester og posttjenester. Bestemmelsene i 19 kap. LOU gir anvisning på en noe enklere og mer fleksibel ordning enn det som gjelder for direktivstyrte anskaffelser.

I svensk rett er de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet, forholdsmessighet, gjensidig anerkjennelse og ikke-diskriminering styrende for alle offentlige anskaffelser.[[35]](#footnote-35) I en lovendring som trådte i kraft 1. februar 2022 ble flere av reglene som tidligere gjaldt for ikke-direktivstyrte anskaffelser opphevet. Dette har medført at de grunnleggende prinsippene har blitt mer fremtredende, og det færre antallet regler innebærer at det stilles strengere krav til oppdragsgiver til selv å angi hvordan ikke-direktivstyrte anskaffelser skal gjennomføres.[[36]](#footnote-36) Ved siden av de grunnleggende prinsippene, følger det også av loven at miljøhensyn, sosiale hensyn og arbeidsrettslige hensyn bør tas i betraktning når anskaffelsens art tilsier det.[[37]](#footnote-37)

Hovedforskjellen mellom reglene om direktivstyrte anskaffelser og kunngjøringspliktige ikke-direktivstyrte anskaffelser, er at det ikke finnes bestemte anskaffelsesprosedyrer for ikke-direktivstyrte anskaffelser.[[38]](#footnote-38) I stedet overlates oppdragsgiveren til selv å utforme hver anskaffelse ut fra omstendighetene, med de begrensninger som følger av de grunnleggende prinsippene. Det er en presumpsjon for at det som er tillatt ved direktivstyrte anskaffelser, også er tillatt ved ikke-direktivstyrte anskaffelser. En oppdragsgiver kan derfor hente inspirasjon fra det direktivstyrte området ved anskaffelser som reguleres av 19 kap. LOU.[[39]](#footnote-39) [[40]](#footnote-40)

Ved kunngjøringspliktige ikke-direktivstyrte anskaffelser må følgende forhold spesifiseres i anskaffelsesdokumentene: 1) hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres, 2) hvilke krav det er som må oppfylles for å kunne delta i konkurransen, 3) minimumskrav som tilbudet skal oppfylle, 4) tildelingskriterier, inkludert vekting og prioritetsrekkefølge, og 5) kommersielle vilkår og andre betingelser som gjelder for utføringen av kontrakten. Anskaffelsesdokumentene skal også inneholde annen informasjon som er relevant å ha med, som må avgjøres konkret for hver anskaffelse.[[41]](#footnote-41)

Oppdragsgiveren må kunngjøre alle anskaffelser i en kunngjøringsdatabase som er registrert etter lag (2019:668) om upphandlingsstatistik. Samme dag som kunngjøringen publiseres, skal oppdragsgiver gi tilgang til anskaffelsesdokumentene. Fristen for leverandører til å levere tilbud skal være rimelig. Ved vurderingen av om det er gitt en rimelig frist, må det både tas hensyn til anskaffelsens omfang og kompleksitet, og hvor lang tid det vil ta for en leverandør å utarbeide sitt tilbud.[[42]](#footnote-42) [[43]](#footnote-43)

En oppdragsgiver kan ha dialog med en eller flere leverandører i en pågående anskaffelsesprosess. Denne kan både være skriftlig og muntlig, men det kreves at muntlig informasjon av betydning dokumenteres. Muligheten for dialog gjelder fra anskaffelsesprosessen begynner og helt frem til kontrakt signeres. Dersom dialogen medfører en justering av et tilbud kreves det at andre leverandører får tilsvarende mulighet til å justere sine tilbud, jf. likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet. De retningslinjer som EU-domstolen her har utviklet for direktivstyrte anskaffelser er overført til anskaffelser som reguleres av 19 kap. LOU.[[44]](#footnote-44) [[45]](#footnote-45)

Det er videre tillatt for oppdragsgiver å forhandle med en eller flere leverandører under 19 kap. LOU. Forhandlingene kan gjelde alle sidene av anskaffelsesdokumentene utenom minimumskrav for deltakelse i konkurransen og tildelingskriterier ved evalueringen av tilbudene. Det kan forhandles om alle sidene av tilbudet eller andre dokumenter som er innsendt av leverandørene. Dersom oppdragsgiveren ønsker å gjennomføre en anskaffelse med forhandlinger, må dette angis i anskaffelsesdokumentene, i tillegg til en beskrivelse av hva forhandlingene kan omfatte. Sistnevnte forhold kommer ikke uttrykkelig frem i det nye regelverket, men er ifølge forarbeidene en konsekvens av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene.[[46]](#footnote-46) [[47]](#footnote-47)

Når det gjelder utelukkelse av leverandører, står oppdragsgiver fritt til å benytte de avvisningsgrunnene som gjelder for direktivstyrte anskaffelser. Oppdragsgiver får også benytte andre avvisningsgrunner, så lenge disse er angitt tydelig i anskaffelsesdokumentene og lar seg forene med de grunnleggende prinsippene. Før en leverandør avvises fra en konkurranse, må leverandøren gis mulighet til å kommentere på forholdene som anses å utgjøre en avvisningsgrunn.[[48]](#footnote-48)

Det finnes ingen regler i 19 kap. LOU om oppdragsgivers anledning til å stille kvalifikasjonskrav, eller hvordan det skal kontrolleres om tilbydere oppfyller slike. I henhold til 19 kap. 9 § LOU skal det likevel fremgå av anskaffelsesdokumentene hvilke eventuelle krav som stilles for leverandørenes deltakelse i konkurransen. Konkurransegrunnlaget må også inneholde opplysninger om hvordan leverandørene skal vise at de oppfyller de oppstilte kravene.

Tilbyderne må underrettes skriftlig om tildelingsbeslutningen. Underretningen skal inneholde en begrunnelse for tildelingsbeslutningen og en angivelse av karensfristen før kontrakt kan inngås. Tilsvarende forpliktelse gjelder når det treffes en beslutning om kontraktstildeling innenfor en rammeavtale ved fornyet konkurranseutsetting eller annen tilbudskonkurranse.[[49]](#footnote-49)

##### Direkte anskaffelser – 19 a kap. LOU

Bestemmelsene i 19 a kap. LOU gjelder for såkalte direkte anskaffelser, det vil si for tildelinger av kontrakter eller rammeavtaler som ikke er underlagt krav om forutgående kunngjøring.[[50]](#footnote-50) I sin enkleste form kan en direkte anskaffelse innebære at en oppdragsgiver tar direkte kontakt med en leverandør og inngår en avtale.

Selv om det ved lovlige direkte anskaffelser ikke er noe krav til forutgående kunngjøring, gjelder de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten fremdeles. Prinsippenes betydning avhenger av omstendighetene rundt den enkelte anskaffelse.[[51]](#footnote-51)

Direkte anskaffelser er tillatt ved lave kontraktsverdier opp til visse grenser, for øyeblikket 700 000 svenske kroner for varer, tjenester og byggekontrakter, og 7 802 550 svenske kroner for sosiale tjenester og andre særskilte tjenester som er angitt i LOU bilag 2.[[52]](#footnote-52)

Det kan også gjøres direkte anskaffelser i følgende særskilte situasjoner ifølge 19 a kap. 3-7 §§ LOU:

* når det kun er innsendt uegnede, ugyldige eller uakseptable tilbud ved kunngjøringspliktige anskaffelser etter 19 kap. LOU;
* i hastetilfeller som ikke skyldes forhold på oppdragsgiverens side, som gjør det praktisk umulig å foreta en anskaffelse etter kunngjøring i samsvar med 19 kap. LOU, forutsatt at innkjøpet er absolutt nødvendig;
* når vilkårene for å iverksette en fremforhandlet prosedyre etter de direktivstyrte reglene i 6 kap. 14 § eller 17-19 §§ LOU[[53]](#footnote-53) er oppfylt;
* hvis det finnes andre «synnerliga skäl»[[54]](#footnote-54); og
* om anskaffelsen er nødvendig for å ivareta et presserende behov som har oppstått som følge av en overprøving av en anskaffelses eller en avtales gyldighet i en domstol, på de vilkår som følger av 19 a kap. 6-7 §§ LOU.

Oppdragsgiver har mulighet til å publisere en intensjonskunngjøring om å foreta en direkte anskaffelse i en kunngjøringsdatabase som er registrert i henhold til lag (2019:668) om upphandlingsstatistik. Hvis denne retten brukes og en frivillig karensfrist på ti dager overholdes, så kan ikke den inngåtte kontrakten i ettertid kjennes ugyldig som følge av brudd på anskaffelsesregelverket.[[55]](#footnote-55)

Oppdragsgiver skal dokumentere direkte anskaffelser om verdien av anskaffelsen er på minst 100 000 svenske kroner, og skal som hovedregel etterannonsere resultatet av anskaffelsen hvis kontrakten overstiger 700 000 svenske kroner.[[56]](#footnote-56) Ettersom den ordinære beløpsgrensen for lovlige direkte anskaffelser etter 19 a kap. 2 § LOU er på 700 000 svenske kroner, gjelder plikten til å etterannonsere resultatet av anskaffelsen i praksis kun for direkte anskaffelser som er lovlige av de andre grunnene som finnes i 19 a kap. 3-7 §§ LOU. Etterannonsering er ikke nødvendig for kontrakter som tildeles gjennom en rammeavtale.[[57]](#footnote-57) Kontrakter som inngås gjennom en dynamisk innkjøpsordning eller som dekkes av LOU bilag 2 kan etterannonseres kvartalsvis, men det er ingen plikt til dette.[[58]](#footnote-58)

### Samfunnshensyn

#### Innledning

En målsetting med Sveriges anskaffelsesregelverk er at offentlige anskaffelser skal kunne benyttes til å oppnå felles samfunnsmål som miljøbeskyttelse, ressurs- og energieffektivitet, kampen mot klimaendringer, oppfordring til innovasjon, sysselsetting og sosial integrasjon.[[59]](#footnote-59) I den relasjon er det bestemmelser som har til formål å gi oppdragsgivere muligheter, og i visse situasjoner plikter, til å bidra til oppfyllelsen av disse målene.

Gjennomgangen i det følgende er konsentrert om bærekraft i et miljøperspektiv og et sosialt perspektiv.[[60]](#footnote-60)

#### Utgangspunktet: «bör-regeln» og forslag om «ska-regel»

Den sentrale bestemmelsen om samfunnshensyn er den såkalte «bör-regeln» i 4 kap. 3 § LOU, som bestemmer at alle offentlige oppdragsgivere bør se hen til miljøhensyn i tillegg til sosiale og arbeidsrettslige hensyn når anskaffelsens karakter gir grunn til dette. Denne målsettingen gjelder både for direktivstyrte anskaffelser og for kunngjøringspliktige ikke-direktivstyrte anskaffelser, men ikke for direkte anskaffelser.[[61]](#footnote-61) Det overlates til den enkelte oppdragsgiveren å bedømme når og hvordan slike hensyn skal ivaretas, for eksempel ved utformingen av tekniske spesifikasjoner, evalueringsmodell eller særskilte kontraktsvilkår. Friheten til å ta slike hensyn må leses i lys av de grunnleggende prinsippene i 4 kap. 1-2 §§ LOU. Siden bör-regeln er frivillig, er overholdelsen av de oppgitte hensynene uegnet til rettslig overprøving.

I 2022 tok den svenske regjeringen til orde for at bör-regeln erstattes med en «ska-regel», det vil si at det skal bli obligatorisk å ta miljøhensyn, sosiale og arbeidsrettslige hensyn i betraktning når anskaffelsens art gir grunn til dette.[[62]](#footnote-62) Forslaget til ny 4 kap. 3 § LOU lyder slik:

«En upphandlande myndighet ska beakta klimatet, miljön, människors arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig hälsa, djuromsorg samt sociala och upphandling om upphandlingens arbetsrättsliga aspekter om upphandlingens art motiverar det. Myndigheten ska besluta om riktlinjer för hur dessa intressen ska beaktas.»

I samsvar med det som i dag gjelder for bör-regeln foreslås det at ska-regeln både skal gjelde for direktivstyrte og for kunngjøringspliktige ikke-direktivstyrte anskaffelser, men ikke for direkte anskaffelser. For sistnevnte kategori anser regjeringen behovet for fleksibilitet som mer tungtveiende enn å fremme samfunnshensyn.[[63]](#footnote-63) Utover miljøhensyn og sosiale- og arbeidsrettslige hensyn, foreslås det også at hensyn til klima, menneskers helse og dyrevelferd skal ivaretas. Videre foreslås det at alle oppdragsgivere skal vedta retningslinjer for hvordan samfunnshensyn skal tas i betraktning, men oppdragsgiver gis et vidt skjønn i utformingen av disse.[[64]](#footnote-64) Det foreslås også at oppdragsgivere for direktivstyrte så vel som kunngjøringspliktige ikke-direktivstyrte anskaffelser skal dokumentere hvilke vurderinger som er gjort for å fremme de nevnte samfunnshensyn.[[65]](#footnote-65)

Dersom det besluttes at samfunnshensyn skal ivaretas gjennom en ska-regel, vil leverandører antakeligvis få en rettslig interesse i å gå til søksmål mot oppdragsgivere som ikke i tilstrekkelig grad ivaretar de opplistede samfunnshensynene. Forslaget har blitt kritisert, blant annet med henvisning til ressursmangel og at forslaget griper inn i offentlige myndigheters handlefrihet.[[66]](#footnote-66) Forslaget er per september 2023 ikke vedtatt.

I det følgende gis en gjennomgang av hvordan miljøhensyn, sosiale og arbeidsrettslige hensyn ivaretas etter gjeldende svensk anskaffelsesrett.

#### Avvisning og kvalifisering av tilbydere

Ved direktivstyrte anskaffelser plikter oppdragsgiver å avvise leverandører som er dømt for visse alvorlige lovbrudd, slik som menneskehandel eller bestikkelser. I enkelte andre angitte situasjoner er det frivillig å utelukke en leverandør, blant annet om leverandøren har krenket gjeldende miljøforpliktelser eller sosiale og arbeidsrettslige forpliktelser.[[67]](#footnote-67)

Ved ikke-direktivstyrte kunngjøringspliktige anskaffelser er det frivillig for oppdragsgiver å benytte avvisningsreglene som gjelder for direktivstyrte anskaffelser. En leverandør kan også utelukkes om vedkommende av andre grunner er uegnet til å delta i konkurransen, forutsatt at disse utelukkelsesgrunnene er oppgitt i anskaffelsesdokumentene.[[68]](#footnote-68)

Ved direkte anskaffelser er det ingen særskilte regler om avvisningsgrunner, som betyr at oppdragsgiveren selv kan velge hvilke avvisningsregler som skal gjelde for anskaffelsen, forutsatt at de grunnleggende prinsippene overholdes. Normalt vil en direkte anskaffelse være innrettet slik at det ikke oppstår noe spørsmål om å avvise en leverandør.

Samfunnshensyn kan også ivaretas gjennom kvalifikasjonskrav, ved både direktivstyrte anskaffelser og ikke-direktivstyrte anskaffelser. Oppdragsgivere kan blant annet kreve at leverandører har den tekniske og yrkesmessige kapasiteten som kreves for å gjennomføre kontrakten, for eksempel når anskaffelsen gjelder utførelse av miljøfarlige aktiviteter.[[69]](#footnote-69)

#### Tekniske spesifikasjoner

Oppdragsgivere har en stor frihet til å ta hensyn til ulike samfunnsinteresser når de angir kravene til det som skal anskaffes, både ved direktivstyrte og ikke-direktivstyrte anskaffelser. Forutsetningen er at kravene er forenlige med de grunnleggende prinsippene. Ved utformingen av tekniske spesifikasjoner kan både livssyklusegenskaper og bærekraft i produksjonsprosessen vektlegges. Det er også tillatt å stille krav i tråd med visse standarder eller merkeordninger for å sikre at det som anskaffes overholder miljømessige eller sosiale krav. De tekniske spesifikasjonene kan utformes som funksjons- og/eller prestasjonskrav. For eksempel kan det stilles krav om bruk av fornybare energikilder ved anskaffelser av elektrisitet, og krav om fossilfrie kjøretøy ved transportanskaffelser.[[70]](#footnote-70)

Når det som skal anskaffes ved direktivstyrte anskaffelser skal benyttes av fysiske personer, stilles det som regel krav om at oppdragsgiveren tar brukernes behov i betraktning ved utformingen av tekniske spesifikasjoner, herunder tilgjengelighet for personer med funksjonsnedsettelser. Unntak kan kun gjøres i spesielle tilfeller.[[71]](#footnote-71) Tilsvarende plikter gjelder ikke for ikke-direktivstyrte anskaffelser.

#### Evaluering av tilbud

Oppdragsgivere kan ivareta samfunnshensyn ved evalueringen av tilbud, både ved direktivstyrte og ikke-direktivstyrte anskaffelser. Ved bedømmelsen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, står oppdragsgiveren fritt til å se hen til miljø og sosiale forhold, så lenge de grunnleggende prinsippene overholdes. En metode som kan benyttes for å evaluere både økonomisk og miljømessig bærekraft, er å foreta evalueringen i lys av livssykluskostnadene for varen eller tjenesten som skal anskaffes. Evalueringen kan for eksempel ta i betraktning kostnader knyttet til forurensning ved utvinning av råvarer eller ved fremstillingen av et produkt.[[72]](#footnote-72) [[73]](#footnote-73)

Det er videre adgang for oppdragsgivere til å vurdere visse samfunnshensyn når det inngis unormalt lave tilbud. Dersom et tilbud ved direktivstyrte anskaffelser fremstår som unormalt lavt vurdert opp mot miljømessige og sosial- eller arbeidsrettslige forpliktelser, skal oppdragsgiveren be om en forklaring og avvise tilbudet om denne ikke er tilfredsstillende. Det samme gjelder hvis det unormalt lave tilbudet skyldes at tilbudet ikke stemmer overens med gjeldende miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige krav.[[74]](#footnote-74) Ved ikke-direktivstyrte anskaffelser er det frivillig for oppdragsgivere å forkaste unormalt lave tilbud om det ikke gis en tilfredsstillende forklaring av leverandøren. Selv om det ikke står uttrykkelig i LOU, følger det av lovens forarbeider at unormalt lave tilbud kan avvises ved ikke-direktivstyrte anskaffelser når den lave prisen skyldes at tilbudet ikke overholder gjeldende miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige krav stilt i anskaffelsesdokumentene.[[75]](#footnote-75)

#### Kontraktsvilkår

Oppdragsgivere kan angi særskilte miljømessige, sosiale, arbeidsrettslige og andre vilkår for hvordan en kontrakt skal gjennomføres. Det kan blant annet stilles krav til begrenset miljøpåvirkning, et godt arbeidsmiljø, forsvarlig bruk av antibiotika, gjennomføring av tiltak for å motvirke kjønnsdiskriminering på arbeidsplassen, helsevern for ansatte og ansettelse av personer som har vanskeligheter med å komme seg inn på arbeidsmarkedet. Muligheten til å stille vilkår av denne typen finnes både ved direktivstyrte og ikke-direktivstyrte anskaffelser.[[76]](#footnote-76) [[77]](#footnote-77) [[78]](#footnote-78)

I enkelte tilfeller som er oppgitt i 17 kap. 2–5 §§ LOU plikter oppdragsgiveren å stille krav om at leverandøren oppfyller visse arbeidsrettslige vilkår ved oppfyllelsen av kontrakten. Plikten gjelder kun ved direktivstyrte anskaffelser, og omfatter lønn, ferie og arbeidstid i tråd med sentrale tariffavtaler i den aktuelle bransjen og arbeidsmiljø i tråd med svensk rett. Om svensk arbeidsrett ikke er anvendelig, skal vilkårene stilles i samsvar med International Labour Organisation (ILO) kjernekonvensjoner.[[79]](#footnote-79) Tilsvarende forpliktelser gjelder også for underleverandører.[[80]](#footnote-80) Ved ikke-direktivstyrte anskaffelser er det ingen plikt til å stille slike arbeidsrettslige krav, men oppdragsgiver har anledning til å gjøre dette så lenge kravene overholder de grunnleggende prinsippene.

#### Reserverte kontrakter

I direktivstyrte anskaffelser kan samfunnshensyn i form av sosiale og arbeidsrettslige hensyn også ivaretas ved at oppdragsgivere reserverer kontrakten til såkalte «skyddade verkstäder»[[81]](#footnote-81), eller ved å stille krav om at kontrakten utføres innenfor rammene av et vernet ansettelsesprogram.[[82]](#footnote-82) Det finnes ikke tilsvarende regler for ikke-direktivstyrte anskaffelser, men siden lovgiverens utgangspunkt har vært at det som er tillatt ved direktivstyrte anskaffelser også er tillatt ved ikke-direktivstyrte anskaffelser, vil tilsvarende muligheter gjelde for ikke-direktivstyrte anskaffelser.[[83]](#footnote-83)

På det ikke-direktivstyrte området foreskrives det en uttrykkelig mulighet til å reservere deltakelsen ved anskaffelser av visse tjenester som omfattes av bilag 2 til LOU.[[84]](#footnote-84) Organisasjonene som i så fall kan få kontrakten reservert til seg er:

* organisasjoner som har til formål å fullføre et offentlig oppdrag som er knyttet til å levere aktuelle tjenester, som reinvesterer eventuell gevinst for å oppnå nevnte formål og som har en viss leder- eller eierstruktur;
* ideelle organisasjoner hvis allmennyttige formål bidrar til å oppnå formålet med tjenesten som skal leveres.

#### Miljøkrav ifølge andre regelverk enn anskaffelsesregelverket

Visse særskilt angitte statlige myndigheter er ifølge 13 § förordningen (2009:907) om miljö-ledning pliktige til å miljøtilpasse sine anskaffelser i den grad det er mulig. Det stilles også krav til miljøtilpasset anskaffelser innenfor visse områder, for eksempel ved anskaffelser av kjøretøy og transporttjenester.[[85]](#footnote-85) [[86]](#footnote-86) I tillegg er visse myndigheter pålagt av regjeringen å ta hensyn til klimatilpasning i anskaffelser gjennom förordningen (2018:1428) om myndigheters arbete med klimatanpassning.

## Anskaffelsesregelverket i Danmark

### Regelverkets struktur

I Danmark består anskaffelsesreglene hovedsakelig av udbudsloven,[[87]](#footnote-87) tilbudsloven[[88]](#footnote-88) og flere EU-direktiver som er gjennomført i dansk rett som sådanne. Udbudsloven trådte i kraft 1. januar 2016. Den gjennomfører anskaffelsesdirektivet, men inneholder også enkelte danske særregler. Før innførselen av udbudsloven var direktiv 2014/24/EU implementert i dansk rett ved en forskrift (dansk: bekendtgørelse), som ga direktivteksten direkte anvendelse i dansk rett.[[89]](#footnote-89) Formålet med udbudsloven var å skape større klarhet, forenkle regelverket, få ned transaksjonskostnadene og sikre økt fleksibilitet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gjennomførte i mai 2021 en faglig vurdering av om udbudsloven levde opp til lovens formål. Styrelsen kom til at loven hadde bidratt til å gjøre anskaffelsesreglene tydeligere, men at det var behov for enkelte justeringer. Loven ble deretter revidert, hvor de seneste endringene trådte i kraft 1. januar 2023.[[90]](#footnote-90)

For anskaffelser som overstiger EU-terskelverdiene, er anskaffelsesdirektivets bestemmelser nokså direkte gjennomført i udbudsloven, men med noen språklige tilpasninger. Loven inneholder også særskilte nasjonale bestemmelser for direktivstyrte anskaffelser som går ut over det som kreves av direktivet, som beskrives nærmere under punkt 6.2.2.2. For ikke-direktivstyrte anskaffelser gjelder nasjonale regler, som i et visst omfang bygger på de samme prinsippene som anskaffelsesdirektivene. Reglene om ikke-direktivstyrte anskaffelser er beskrevet under punkt 6.2.2.3.

Udbudsloven er supplert av tilbudsloven, som får anvendelse på bygge- og anleggskontrakter under EU-terskelverdiene. Før udbudsloven i 2016 trådte i kraft, var vare- og tjenesteanskaffelser også omfattet av tilbudsloven, men slike kontrakter er nå regulert i udbudsloven.

For statlige oppdragsgivere suppleres lovverket av instrukser («cirkulærer»), slik som indkøbscirkulæret om indkøb i staten og cirkulære om brug af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.[[91]](#footnote-91) [[92]](#footnote-92)

Forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsdirektivet er gjennomført i dansk rett gjennom bekendtgørelser med hjemmel i udbudsloven § 194.[[93]](#footnote-93) [[94]](#footnote-94) [[95]](#footnote-95) Udbudsloven gir også næringsministeren myndighet til å utstede nye forskrifter på anskaffelsesområdet.

Utenom det som er nevnt ovenfor, suppleres anskaffelsesreglene generelt av grunnleggende EU-rettslige prinsipper. Særlig viktig i dansk rett er prinsippene om gjennomsiktighet, likebehandling og forholdsmessighet som er lovfestet i udbudsloven § 2, sammen med et forbud mot å omgå regelverket og kunstig konkurransebegrensning. Andre sentrale prinsipper, slik som forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling og reglene om interessekonflikter, fortrolighet og innsyn, er regulert i udbudsloven §§ 3 til 5.

Fremstillingen i det følgende konsentreres om reglene i udbudsloven og tilbudsloven.

### Materielle regler

#### Innledning

Udbudsloven består av syv deler («afsnit»), som igjen er delt i flere kapitler. Afsnit I (som inneholder kapitlene 1 til 5 og §§ 1 til 38) viderefører de generelle reglene i direktiv 2014/24/EU som særlig angår anvendelsesområde og generelle prinsipper om gjennomsiktighet, likebehandling og forholdsmessighet. Afsnit II og III (kapitlene 6 til 17 og §§ 39 til 190) gir regler for anskaffelser over EU-terskelverdiene. Afsnit IV (kapittel 17, §§ 191 og 192) gjelder anskaffelser under EU-terskelverdiene som har en klar grenseoverskridende interesse, mens afsnit V (kapittel 17, § 193) regulerer anskaffelser under terskelverdiene som ikke har en klar grenseoverskridende interesse. Lovens afsnit VI til VII (kapitlene 17 til 20 og §§ 194 til 199) er nasjonale administrative bestemmelser.

#### Anskaffelser over EU-terskelverdiene

Bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet er gjennomført, mer eller mindre direkte i udbudsloven, med visse språklige og redaksjonelle endringer for å lette forståelsen av reglene, og for å tilpasse regelverket til dansk lovgivningstradisjon.

Bestemmelser i udbudsloven som ikke er basert på direktivet

Udbudsloven inneholder en del viktige bestemmelser som ikke er hentet fra direktivet, blant annet disse:

* § 5a: dokumenttilgang. Bestemmelsen begrenser tilgangen til dokumenter som inngår i leverandørens tilbud eller andre opplysninger om tilbudet. Det er kun de som er berettiget til å levere klage til Klagenævnet for Udbud i forbindelse med anskaffelser, eller som representerer massemediene, som kan kreve innsyn.
* § 45: produktkategorier. En oppdragsgiver kan henvise til produktkategorier i anskaffelsesdokumentene, så lenge henvisningen gjør det klart for potensielle tilbydere hvilke konkrete produkter innenfor de oppgitte produktkategoriene det er som kan bli omfattet av kontrakten eller rammeavtalen. Dette supplerer reglene som finnes i anskaffelsesdirektivet artikkel 42 om tekniske spesifikasjoner, som ikke uttrykkelig nevner oppdragsgiveres rett til å benytte kategorier ved angivelsen av tekniske spesifikasjoner. Bestemmelsen skal avhjelpe de praktiske vanskelighetene med å utføre såkalte sortimentanskaffelser, hvor et bredt sortiment av produkter (slik som leketøy, matvarer, kontorartikler og lignende) legges ut på anbud. Formålet bak bestemmelsen er å gjøre det lettere for oppdragsgivere å beskrive de egenskapene som kreves etter kontrakten.
* § 53: sideordnede tilbud. Oppdragsgiveren kan akseptere eller kreve at leverandører inngir sideordnede tilbud. Det skal fremgå av anskaffelsesdokumentene om dette aksepteres eller om det er et krav. Bestemmelsen supplerer reglene som finnes i anskaffelsesdirektivet artikkel 45 om alternative tilbud, og ble tatt inn etter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.1 Formålet bak bestemmelsen er ifølge lovkommentarene å skape klarhet over praksisen som har oppstått særlig på bygge- og anleggsområdet vedrørende sideordnede tilbud. Et sideordnet tilbud skiller seg fra alternative tilbud, hvor det ved alternative tilbud er leverandøren som beslutter hvilke avvik fra konkurransegrunnlaget tilbudet skal inneholde, så lenge tilbudet overholder bestemte minstekrav.2 Ved sideordnede tilbud er det oppdragsgiveren som fastslår hvilke sideordnede løsninger det skal leveres tilbud til. Sideordnede tilbud kan for eksempel være tilbud basert på forskjellige materialvalg, utførelsesmetoder, leveransetider og lignende. Oppdragsgiver kan som hovedregel ikke kreve flere enn åtte sideordnede tilbud i en konkurranse.3
* § 76: frist. Det skal fastsettes en passende frist for mottak av innledende tilbud i innovasjonspartnerskap. Dette gjelder reglene som finnes i anskaffelsesdirektivet artikkel 31 om innovasjonspartnerskap. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har presisert at selv om udbudsloven oppstiller en minimumsfrist for innhenting av tilbud, er ikke dette ensbetydende med at minimumsfristen er passende i det konkrete tilfellet. I konkurranser om innovasjonspartnerskap, hvor de inviterte leverandørene skal utvikle nye varer eller metoder kan det være nødvendig å gi leverandørene lengre tid til å utarbeide sine innledende tilbud.4
* § 134: supplerende opplysninger og endringer i anskaffelsesdokumentene. Denne bestemmelsen regulerer når en oppdragsgiver kan foreta endringer i anskaffelsesdokumentene, og supplerer anskaffelsesdirektivet artikkel 53 nr. 2 første punktum. Bestemmelsen er en kodifisering av rettspraksis fra EU-domstolen. Formålet er å gi klare regler for når det kan gjøres endringer.
* § 134a: avvisningsplikt ved skatteparadis. Regler om avvisning av tilbydere som er etablert i et land som er på EU-listen over ikke-samarbeidsvillige skattejurisdiksjoner. Bestemmelsen trådte i kraft 1. juli 2022 som følge av et politisk ønske om at virksomheter som er basert i skatteparadiser eller på annen måte unndrar seg beskatning av selskapets fortjenester, utelukkes fra anskaffelsesprosesser etter udbudsloven. Bestemmelsen supplerer anskaffelsesdirektivet artikkel 57 om utelukkelsesgrunner.
* § 136 fjerde ledd: avvisningsplikt ved alvorlige forsømmelser. Avvisningsplikt for leverandører som på alvorlig vis har begått forsømmelser ved utførelsen av sitt erverv som sår tvil om søkerens eller tilbyderens integritet. Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 4 bokstav c, men med den presisering at avvisning gjøres obligatorisk.
* § 147: leverandørbytte mv. Bestemmelsen inneholder regler om leverandørbytte mv. i lys av sak C-396/14 MT Højgaard A/S og Züblin A/S mot Banedanmark. Bestemmelsen supplerer direktiv 2014/24/EU artikkel 65 og 66 om utvelgelse av tilbydere, og tar sikte på å klargjøre når det er lov for oppdragsgivere å akseptere endringer i en tilbyders virksomhet eller sammensetning.
* §§ 149 (standardskjemaer), 191 (annonsering) og 194 («køb grønt eller forklar»). Disse reglene gir næringsministeren mulighet til å fastsette nærmere regler om bruk av standardskjemaer, regler om annonsering, og om plikten til å gi en forklaring dersom klima- og miljøhensyn ikke vektlegges i anskaffelser. «Kjøp-grønt-eller-forklar»-prinsippet gjøres nærmere rede for under punkt 6.2.3.6.
* § 170: tilbakekall av en tildelingsbeslutning. Bestemmelsen presiserer når oppdragsgiver har mulighet til å tilbakekalle en tildelingsbeslutning. Denne muligheten har blitt slått fast i praksis fra Klagenævnet for Udbud og domstolene, som har gjort det ønskelig med klare regler for når muligheten kan benyttes.
* § 176: lærlinger. Ved revisjonen av udbudsloven ble det bestemt at en oppdragsgiver må benytte lærlinger ved gjennomførelsen av visse offentlige kontrakter. Bestemmelsen er et eksempel på særlige betingelser som en oppdragsgiver kan fastsette ifølge anskaffelsesdirektiv artikkel 70, men hvor det i dansk rett er innført som et krav i visse situasjoner.5 Plikten til å benytte lærlinger gjelder ikke der bruk av lærlinger medfører en sikkerhetsrisiko, ikke er egnet til gjennomføringen av kontrakten, eller hvor det er forbudt ifølge annen lovgivning, jf. udbudsloven § 176 tredje ledd.

1 Konkurrence- og forbrugerstyrelsen 2014

2 Udbudsloven §§ 50 til 52

3 Udbudsloven § 53 andre ledd

4 Konkurrence- og forbrugerstyrelsen 2016 side 165

5 Se udbudsloven § 176 fjerde ledd med henvisning til nærmere regler fra næringsministeren

[Boks slutt]

#### Anskaffelser under EU-terskelverdiene

##### Innledning

Dersom kontraktsverdien av en vare- eller tjenestekontrakt er under terskelverdiene som er angitt i EU-direktivene kan oppdragsgiveren benytte udbudslovens mer fleksible regler i lovens afsnit IV og V. I denne forbindelse må det vurderes om kontrakten har en klar grensekryssende interesse eller ikke. Denne vurderingen er viktig, ettersom den avgjør hvor mye fleksibilitet oppdragsgiveren nyter i anskaffelsesprosessen.

Bakgrunnen for denne sondringen er EU-domstolens praksis knyttet til når hovedreglene om fri bevegelighet kommer til anvendelse på anskaffelser under direktivenes terskelverdier, se nærmere om dette i kapittel 6.2.2.3.2. For å sikre at oppdragsgivere overholder de EU-rettslige forpliktelsene uten å måtte gi EU-prinsippene generell anvendelse under terskelverdiene er udbudsloven inndelt slik at kontrakter med en klar grensekryssende interesse er regulert særskilt i afsnit IV, mens kontrakter uten en klar grensekryssende interesse er regulert i afsnit V.

##### Kontrakter med klar grensekryssende interesse

Reglene i udbudsloven afsnit IV har til formål å sikre etterlevelse av EU-rettens krav samtidig som reglene for mindre innkjøp forenkles og transaksjonskostnader for både oppdragsgivere og leverandører holdes nede.

Udbudsloven § 191 bestemmer at en oppdragsgiver forut for inngåelsen av en vare- eller tjenestekontrakt med en klar grensekryssende interesse skal annonsere kontrakten, selv om den ikke overstiger EU-terskelverdiene. Det følger av annonceringsbekendtgørelsen[[96]](#footnote-96) at annonsen minst skal inneholde 1) en kort beskrivelse av de viktigste opplysningene rundt kontrakten for å sette leverandører i stand til å vurdere om de vil inngi tilbud, 2) en beskrivelse av prosedyren som vil benyttes i henhold til loven § 192, herunder opplysninger om tildelingskriterier, og 3) oppdragsgiverens kontaktopplysninger, adressen for mottak av søknader og tilbud og tidsfrister. Annonsering skal skje på nettsiden www.udbud.dk ved bruk av en oppgitt mal.

Udbudsloven § 192 inneholder nærmere regler for tildelingen av kontrakter, og innebærer et krav om at oppdragsgivere i forbindelse med annonsering er forpliktet til å fastslå en prosedyre som vil benyttes for kontraktstildelingen, og angi hvilke kriterier som ligger til grunn for tildelingen. Prosedyren skal utarbeides i overensstemmelse med de grunnleggende EU-prinsippene om gjennomsiktighet, likebehandling og forholdsmessighet, men oppdragsgiveren står fritt til selv å beslutte fremgangsmåten ut over dette.

##### Kontrakter uten klar grensekryssende interesse

Udbudsloven afsnit V består av én bestemmelse, § 193, som får anvendelse på kontrakter under EU-terskelverdiene uten klar grensekryssende interesse, forutsatt at kontraktens anslåtte verdi er høyere enn 500 000 danske kroner. Oppdragsgiveren skal ifølge udbudsloven § 193 første ledd sikre seg at innkjøpet skjer på markedsmessige vilkår, som for eksempel kan gjøres ved at oppdragsgiveren:

* gjennomfører en markedsundersøkelse og på grunnlag av denne undersøkelsen innhenter ett tilbud;
* innhenter to eller flere tilbud; eller
* annonserer kontrakten på sin hjemmeside eller www.udbud.dk.

Listen er ikke uttømmende. Oppdragsgiveren skal i nødvendig omfang kunne dokumentere at kjøpet er gjort på markedsmessige vilkår.

De generelle EU-rettslige prinsippene kommer ikke til anvendelse i disse tilfellene, jf. kapitlene 22 og 24.12.

Ved en kontrakt med en anslått verdi under 500 000 danske kroner uten klar grensekryssende interesse, er oppdragsgivere kun omfattet av forvaltningsrettslige regler. Dette inkluderer prinsippene om saklighet i forvaltningen, herunder forbudet mot å hensynta private interesser, likebehandlingsprinsippet, kravet om forsvarlig økonomisk utøvelse av forvaltningsmyndighet, og forholdsmessighetsprinsippet.[[97]](#footnote-97)

##### Tilbudsloven

Tilbudsloven gir regler om offentlige anskaffelser for bygge- og anleggskontrakter under EU-terskelverdiene,[[98]](#footnote-98) og gjelder ifølge § 1 andre ledd for:

* statlige, regionale og lokale myndigheter og offentligrettslige organer;
* andre oppdragsgivere som anskaffer bygge- og anleggsarbeider og som mottar offentlig støtte; og
* leverandører når de innhenter tilbud hos underentreprenører til bruk for utførelsen av en bygge- og anleggskontrakt som er omfattet av loven, for en offentlig oppdragsgiver som er omfattet av § 1 nr. 1 eller 2.

Tilbudsloven opererer med tre beløpsgrenser som hver har særlige prosedyreregler.

Kontraktsverdi over 3 millioner danske kroner

Hvis bygge- og anleggskontrakten har en verdi over 3 millioner danske kroner skal tilbud innhentes ved offentlig eller begrenset «licitation».[[99]](#footnote-99) I tilbudsloven § 4 er dette definert som en prosedyre der flere leverandører innen bestemte tidspunkt og på samme konkurransegrunnlag eller felles minstekrav gis en oppfordring til å inngi tilbud om å inngå i et forpliktende samarbeid om et bygge- eller anleggsprosjekt. Ved licitation skal anskaffelsen innledes med en annonse.[[100]](#footnote-100)

Ved en offentlig licitation inviterer oppdragsgiver en ubestemt krets leverandører til å inngi tilbud gjennom en annonse i pressen eller i digitale medier. Ved en begrenset licitation blir bestemte leverandører invitert til å inngi tilbud. Dersom oppdragsgiveren velger å benytte en begrenset licitation, følger det av tilbudsloven § 6 andre ledd at det kan gjennomføres en prekvalifikasjonsrunde hvor oppdragsgiveren publiserer en annonse med en femten dagers frist til å inngi søknad. Annonsen skal gjøres i pressen eller over digitale medier, og skal inneholde opplysninger om hva som skal kjøpes, på hvilke kriterier kontrakten vil tildeles, og hvor mange leverandører som vil inviteres til å inngi tilbud.

Hvis oppdragsgiveren velger å holde en begrenset licitation uten prekvalifikasjonsrunde, følger det av § 6 tredje ledd at invitasjonene til konkurransen skal opplyse om hvor mange som vil inviteres og på hvilke kriterier kontrakten tildeles. Det er ikke noe krav til et minimumsantall som skal inviteres, men det følger av § 2 andre ledd at det skal sikres tilstrekkelig konkurranse. I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens veiledning til tilbudsloven er det angitt at det minst skal inviteres tre tilbudsgivere for å overholde kravet til konkurranse. Det skal ifølge veiledningen kun i særlige omstendigheter anses for å være tilstrekkelig konkurranse hvis det ikke inviteres flere enn to leverandører. Når det ikke benyttes en forutgående prekvalifikasjonsrunde, og oppdragsgiveren er et offentligrettslig organ eller en annen oppdragsgiver som mottar offentlig støtte, skal det som hovedregel inviteres minst én leverandør som ikke er fra oppdragsgiverens lokalområde.[[101]](#footnote-101)

Kontraktsverdi under 3 millioner danske kroner

Hvis bygge- og anleggskontrakten har en verdi som ligger under 3 millioner danske kroner, kan tilbud til kontrakten innhentes direkte i form av et såkalt «underhåndsbud», det vil si tilbud som ikke innhentes på bakgrunn av en formell konkurranse eller en rammeavtale, og hvor kontraktstildelingen kan skje i form av en direkte anskaffelse, jf. tilbudsloven § 12. Byggherren kan innhente opp til tre – og under visse forutsetninger fire – underhåndsbud, men ikke flere.[[102]](#footnote-102)

Kontraktsverdi over 300 000 danske kroner

Hvis bygge- og anleggskontrakten har en verdi over 300 000 danske kroner og byggherren velger å innhente underhåndsbud, skal byggherren innhente minst to slike.

Utvelgelsen av leverandører skal skje på grunnlag av objektive, saklige og ikke-diskriminerende kriterier, jf. tilbudsloven § 2 tredje ledd. Utover dette skal anskaffelsesannonsen inneholde opplysninger om hvilket tildelingskriterium det er som vil benyttes ved kontraktstildelingen, der valget står mellom det laveste tilbudet og det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

### Samfunnshensyn

#### Innledning

En oppdragsgiver kan planlegge og utforme en anskaffelse på en måte som ivaretar miljøhensyn og sosiale hensyn. For å oppnå dette, har oppdragsgivere i tråd med udbudsloven § 39 mulighet til å foreta markedsundersøkelser for å undersøke om markedet lever opp til kravene som er tenkt stilt i anskaffelsen. Loven inneholder ingen plikt til å gjennomføre en slik undersøkelse, og det er heller ikke gitt at en eventuell undersøkelse er tilstrekkelig alene til å oppfylle kravet om å vektlegge samfunnshensyn. Muligheten til å gjennomføre markedsdialog følger direkte av udbudsloven for innkjøp over EU-terskelverdiene, men oppdragsgiver kan gjøre tilsvarende markedsundersøkelser for anskaffelser som faller under disse verdiene.

I løpet av anskaffelsesprosessen kan økonomiske, miljømessige og sosiale hensyn ivaretas i for eksempel kravspesifikasjonen, utvelgelsesfasen, ved tildelingen av kontrakt og i utformingen av kontraktsvilkår. Nedenfor er det nevnt enkelte eksempler hvor lovgiveren har lagt til rette for at oppdragsgiver kan oppfylle plikten til å ivareta særlige samfunnshensyn.

#### Kravspesifikasjoner

En oppdragsgiver kan ta miljøhensyn i de tekniske spesifikasjonene, blant annet knyttet til kvalitetsnivå, miljø- og klimaprestasjoner, produktets tilsiktede bruk og emballasje, jf. udbudsloven §§ 40 til 45.

Miljøhensyn kan ivaretas i form av merkeordninger for miljø eller sosiale forhold, eller ved henvisning til relevante merkekrav, jf. udbudsloven § 46. Ettersom grønne løsninger utvikler seg raskt, og det ikke er sikkert at alle kravene knyttet til en merkeordning vil være relevante i en anskaffelse, kan det være gunstig å benytte utvalgte «merkekrav» fremfor krav til bestemte merker. Et merkekrav har også potensialet til å fremme innovasjon i forbindelse med anskaffelsen, ettersom leverandørene gis en større mulighet til selv å by på løsninger som kan imøtekomme de ønskede funksjonene. På denne måten åpnes det opp for at leverandører bidrar til utviklingen av miljøvennlige løsninger, som bidrar til å ivareta samfunnshensyn.

Oppdragsgivers mulighet til å stille klima- og miljøkrav i anskaffelsesdokumentene gjelder alle offentlige anskaffelser uavhengig av kontraktens verdi.

#### Utvelgelse, egnethet og avvisning

Hvis anskaffelsen gjennomføres etter en prosedyre med en utvelgelsesfase, slik som ved begrenset licitation med eller uten prekvalifisering, kan oppdragsgiver foreta utvelgelsen på bakgrunn av hvilke leverandører som kan dokumentere overholdelse av ønskede egenskaper. Utvelgelseskriteriene skal være objektive og ikke-diskriminerende. Udbudsloven § 137 første ledd gir oppdragsgivere en adgang til å avvise leverandører som enten overfor oppdragsgiver eller på generelt grunnlag har brutt gjeldende forpliktelser innenfor miljø-, sosial-, og arbeidsrettens område etter EU-retten, nasjonal lovgivning, tariffavtaler eller av forpliktelsene som er avledet av konvensjonene som er nevnt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X.

Ifølge udbudsloven § 134 a skal en oppdragsgiver utelukke en leverandør etablert i et land som er oppgitt på EU-listen over ikke-samarbeidsvillige skattejurisdiksjoner og som ikke har tiltrådt WTOs Government Procurement Agreement[[103]](#footnote-103) eller andre handelsavtaler som forplikter Danmark til å åpne markedet for offentlige kontrakter i det gjeldende landet. En leverandør er ansett for å være etablert i det landet hvor vedkommende er registrert og har sin adresse. Bestemmelsen trådte i kraft 1. juli 2022. Bestemmelsen er som beskrevet i punkt 6.2.2.2 en følge av et politisk ønske om at virksomheter som er basert i skatteparadiser eller på annet vis unndrar selskapets fortjeneste fra beskatning, holdes utenfor anskaffelser etter udbudsloven. Selv om de nevnte reglene gjelder for direktivstyrte offentlige anskaffelser, utelukker ikke dette at oppdragsgiver legger seg på samme linje for ikke-direktivstyrte anskaffelser.

#### Tildeling

Ifølge udbudsloven § 161 skal kontrakter i direktivstyrte anskaffelser tildeles på bakgrunn av det mest økonomisk fordelaktige tilbudet. I vurderingen av hva det er som er økonomisk mest fordelaktig, er det ifølge § 162 anledning til å vurdere miljøegenskaper opp mot omkostninger, og det er mulig å ta miljøhensyn og sosiale hensyn inn som et underkriterium ved vurderingen av hvilket tilbud som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet.

Klima- og miljøhensyn kan tas i betraktning på forskjellige måter i oppdragsgivers tildelingskriterier. For eksempel kan oppdragsgiver velge å evaluere omkostninger, herunder totalomkostninger eller livssykluskostnader, jf. udbudsloven §§ 166 til 168. Ved bruk av livssykluskostnader tar oppdragsgiver i betraktning de ulike omkostningene i hele livssyklusen av det som anskaffes, hvor miljøbelastninger kan regnes som en kostnad ifølge udbudsloven § 166 nr. 2. Det kan også stilles kvalitative underkriterier med fokus på klima og miljø i tilbudsevalueringen, så lenge disse kriteriene er knyttet til kontraktens gjenstand.

For ikke-direktivstyrte offentlige anskaffelser med en klar grenseoverskridende interesse, skal oppdragsgiver benytte en konkurranseform som overholder de grunnleggende prinsippene i udbudsloven § 2,[[104]](#footnote-104) jf. loven § 192. Det er imidlertid opp til den enkelte oppdragsgiver å avgjøre hvordan tildelingskriteriene i anskaffelsen vil formuleres og settes opp, i motsetning til det som er tilfellet for direktivstyrte anskaffelser, jf. udbudsloven §§ 161 til 168.

#### Kontraktsbetingelser

Det er mulig å fastsette kontraktsvilkår til anskaffelsen som må være oppfylt ved kontraktens ikrafttredelse, og vilkår som må være oppfylt i hele kontraktens løpetid, jf. udbudsloven § 176 første ledd. En oppdragsgiver kan dermed stille krav til innovasjonsrelaterte, miljømessige, sosiale eller bærekraftsrelaterte hensyn ved gjennomføringen av en kontrakt.

Lovkommentarene til udbudsloven legger til grunn at en oppdragsgiver kan stille krav til alle aspekter og ethvert trinn i realytelsens livssyklus fra utvinning av råmaterialer til den endelige fremstillingen og leveransen av produktet, herunder faktorer som inngår i den spesifikke produksjons- og leveranseprosessen og handelsbetingelser for ytelsen.

Ifølge lovkommentarene kan kontraktsbetingelsene også ha til formål å sikre likestilling mellom menn og kvinner på arbeidsplassen, øke kvinners deltakelse på arbeidsmarkedet, skape balanse mellom arbeidsliv og privatliv, fremme beskyttelse av miljø eller dyrevelferd, overholde reglene i de grunnleggende ILO-konvensjonene og ansette vanskeligstilte personer. Så lenge kravene ikke strider mot nasjonal rett eller EU-rett kan oppdragsgiveren for eksempel benytte arbeidsklausuler eller lignende klausuler i kontrakten.

Kontraktsbetingelser kan ifølge lovkommentarene også ta sikte på å fremme helsevern for ansatte som deltar i fremstillingen av varer og tjenester, eller å fremme sosial integrasjon av vanskeligstilte personer eller medlemmer av sårbare grupper når slike personer benyttes til å gjennomføre kontrakten. Det følger dessuten av den nyreviderte udbudsloven som trådte i kraft 1. juli 2022 at en oppdragsgiver kan velge å innføre krav i kontrakten om at en leverandør benytter personer under opplæring (lærlinger) ved gjennomføringen av anskaffelsen, jf. udbudsloven § 176 andre ledd. Det følger av forarbeidene til loven at regjeringen ønsker å fremme utdannelsen av fremtidens arbeidskraft og å skape flere lærlingplasser.

#### Miljørettslige hensyn

I udbudsloven § 194 fjerde ledd og tilbudsloven § 16 er det tatt inn en hjemmel for at næringsministeren kan fastsette regler om at oppdragsgivere som ikke ivaretar miljø- eller klimahensyn skal opplyse om grunnen til dette i anskaffelsesdokumentene. Bestemmelsen gir dermed hjemmel til å vedta et «kjøp-grønt-eller-forklar»-prinsipp. Bestemmelsen endrer ikke på at en oppdragsgiver selv kan beslutte hva det er som skal kjøpes, og om det tas særlige klima- og miljøhensyn i en offentlig anskaffelse. Hvis en oppdragsgiver velger ikke å kjøpe grønt, skal bakgrunnen for denne beslutningen fremgå av anskaffelsesdokumentene. Næringsministeren har ikke på dette tidspunkt utstedt noen regler med hjemmel i udbudsloven § 194 fjerde ledd eller tilbudsloven § 16, men det forventes at et fremtidig regelsett minst vil omfatte direktivstyrte anskaffelser og anskaffelser som faller innenfor tilbudslovens anvendelsesområde.

Ifølge lovkommentarene er hensikten med å fastsette en hjemmel til å vedta et kjøp-grønt-eller-forklar-prinsipp, i stedet for å innføre et slikt krav direkte i lovteksten, at hjemmelen skal kunne benyttes til å støtte en dynamisk utvikling av klima- og miljøkrav i anskaffelser i takt med at mulighetene for å kjøpe grønt øker.

Dersom næringsministeren vedtar et kjøp-grønt-eller-forklar-prinsipp i fremtiden, har Klagenævnet for Udbud kompetanse til å pålegge økonomiske sanksjoner hvis en offentlig oppdragsgiver ikke overholder plikten. Kompetansen til å sanksjonere overtredelsen av disse reglene er et supplement til de øvrige reaksjons- og sanksjonsmulighetene i kapittel 5 i lov om Klagenævnet for Udbud. Den økonomiske sanksjonen skal tilsvare 1 prosent av kontraktens verdi, men kan ikke gå høyere enn 100 000 danske kroner.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i september 2022 utstedt en veiledning som har til formål å hjelpe offentlige oppdragsgivere med å gjøre grønne innkjøp i overensstemmelse med anskaffelsesreglene.[[105]](#footnote-105) Veiledningen inneholder forklaringer for hvordan en oppdragsgiver kan strukturere anskaffelsen på en måte som ivaretar miljøhensyn, slik som ved å innta grønne krav i de tekniske spesifikasjonene, eller ved å formulere tildelingskriterier som belønner klima- og miljøvennlige leverandører.

Økonomistyrelsen publiserte et Charter for godt og grønt indkøb i april som angir en rekke minstestandarder for ulike aspekter av grønne offentlige anskaffelser for statlige institusjoner. Den statlige oppfølgningen av charteret utarbeides og offentliggjøres av Økonomistyrelsen hvert år.[[106]](#footnote-106)

# Internasjonale forpliktelser

## Innledning

Norge har sluttet seg til flere folkerettslige avtaler som inneholder forpliktelser om offentlige anskaffelser. Norges internasjonale forpliktelser på området kan deles i tre hovedkategorier:

Internasjonale forpliktelser

1. EØS-avtalen, og dens vedlegg XVI om offentlige anskaffelser
2. WTO-avtalen om offentlige innkjøp (Government Procurement Agreement, GPA)
3. Bilaterale og multilaterale handelsavtaler som spesifikt regulerer offentlige anskaffelser, og åpner opp for markedsadgang.

[Boks slutt]

Hovedformålet med avtalene er å sikre norske bedrifter markedsadgang i utlandet. Motstykket er en gjensidig forpliktelse for Norge om å gi utenlandske bedrifter en tilsvarende adgang til det norske markedet.

Et fellestrekk ved avtalene er at de oppstiller prosedyreregler for hvordan anskaffelser skal foretas, og angir hvilke leverandører og anskaffelser som er omfattet. Norges internasjonale forpliktelser utgjør bakgrunnen for reguleringen av rettighetshavere i anskaffelsesloven § 3. Dette kapittelet redegjør for markedsadgangen etter de tre ovenfor nevnte kategoriene av avtaler, og omtaler avslutningsvis i korte trekk prosedyrereglene avtalene krever.

## Markedsadgang etter EØS-avtalen

EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser er i Norge gjennomført ved anskaffelsesloven og forskrifter gitt i medhold av denne. Rettighetshavere etter EØS-regelverket er virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat. Slike virksomheter anses som hjemmehørende i EØS. Vilkårene om sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak er alternative. Det oppstilles ikke krav om at eiere eller styremedlemmer er statsborgere i en EØS-stat.

Definisjonen av rettighetshavere følger ikke direkte av EØS-avtalens anskaffelsesdirektiver, men av reglene om de fire friheter i avtalens hoveddel og etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 34 og tilknyttet rettspraksis. I gjeldende anskaffelseslov er dette gjennomført i § 3.

## Markedsadgang etter WTOs avtale om offentlige innkjøp (GPA)

WTOs avtale om offentlig innkjøp (Government Procurement Agreement, GPA) har som hovedmålsetting å sikre en effektiv multilateral ramme for offentlige anskaffelser, hvor lovgivning og praksis i medlemslandene er basert på prinsippet om nasjonal behandling og ikke-diskriminering. Avtalen ble inngått i 1994 og trådte i kraft i 1996. Den ble revidert i 2012. Etter at Stortinget hadde gitt sitt samtykke, trådte den reviderte avtalen i kraft for Norge i 2014.[[107]](#footnote-107) Formålet med revisjonen var å gjøre avtalen mer brukervennlig og fleksibel, sikre større åpenhet og forebygge korrupsjon. Avtalens dekningsområde ble også noe utvidet.[[108]](#footnote-108)

Avtalen er en plurilateral avtale, noe som i WTO-sammenheng innebærer at det er frivillig for WTOs medlemsland å slutte seg til den. Per 1. september 2023 har 48 parter tiltrådt avtalen, inkludert EU, se boks 7.2.

Oversikt over land som har tiltrådt GPA

Armenia, Australia, Canada, European Union (27 member states), Hong Kong China, Iceland, Israel, Japan, Republic of Korea, Liechtenstein, Republic of Moldova, Montenegro, Netherlands with respect to Aruba, New Zealand, Norway, Singapore, Switzerland, Chinese Taipei, Ukraine, United Kingdom, United States.

Kilde: https://www.wto.org/english/tratop\_e/gproc\_e/memobs\_e.htm

[Boks slutt]

Når Norge gjennomfører frihandelsforhandlinger med andre land tas det normalt utgangspunkt i avtaleteksten til GPA. Dette gjelder både med hensyn til prosedyreregler og markedsadgang.

Det er kun leverandører som er hjemmehørende i land som har tiltrådt GPA som kan være rettighetshavere i medhold av avtalen, jf. anskaffelsesloven (2016) § 3. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, vilkår for å anses som rettighetshavere i en konkret anskaffelse. Leverandører fra GPA-land har nemlig kun rettigheter etter anskaffelsesregelverket «i det omfang som følger» av GPA. For å avgjøre om GPA-leverandører er rettighetshavere i anledning av en konkret anskaffelse, må en se hen til anvendelsesområdet til GPA og Norges spesifikke forpliktelser etter avtalen, jf. GPA artikkel II.

Norges forpliktelser med hensyn til markedsadgang, ofte omtalt som bindingslister, fremgår av syv undervedlegg til vedlegg 1 til GPA. Disse vil nedenfor grupperes i to bolker og utgjør grunnlaget for å besvare følgende tre spørsmål: om oppdragsgiveren er omfattet av norske forpliktelser, om ytelsen som skal anskaffes er omfattet av norske forpliktelser og om anskaffelsens anslåtte verdi overstiger relevant terskelverdi. Dersom samtlige spørsmål besvares bekreftende, vil anskaffelsen være omfattet av Norges forpliktelser etter GPA og gi GPA-leverandører status som rettighetshaver etter anskaffelsesloven.

Terskelverdiene er oppgitt i både SDR («Special Drawing Rights») og nasjonal valuta. Medlemslandene kalkulerer og konverterer selv terskelverdien angitt i SDR til deres respektive valuta, og notifiserer disse annethvert år til WTO-komiteen for offentlige anskaffelser. I utgangspunktet vil derfor terskelverdiene uttrykt ved SDR ligge fast, med mindre de reforhandles, mens terskelverdien uttrykt ved nasjonal valuta vil variere. GPA inneholder ingen regel om automatisk inflasjonsjustering av terskelverdiene.

### Hvilke oppdragsgivere som omfattes, inkludert terskelverdier

Hvilke oppdragsgivere som omfattes, dersom anskaffelsens anslåtte verdi overstiger relevant terskelverdi, angis i undervedlegg 1 til 3 til GPA.

Etter undervedlegg 1 «Central Government Entities» omfattes i utgangspunktet alle statlige myndigheter og underordnede organer som ikke er egne rettssubjekter, jf. note 1. Det er for Norge angitt en veiledende liste over hvilke statlige myndigheter som omfattes. Listen er ikke uttømmende. For slike oppdragsgivere er terskelverdien 130 000 SDR (1,7 millioner kroner) for anskaffelser av varer og/eller tjenester og 5 000 000 SDR (63,6 millioner kroner) for anskaffelser av bygge- og anleggsarbeid.

Etter undervedlegg 2 «Sub-central Government Entities» omfattes i utgangspunktet alle fylkeskommunale myndigheter, kommunale myndigheter, offentligrettslige organer og sammenslutninger av disse. Det er angitt en veiledende liste over hvilke offentligrettslige organer som omfattes. Listen er ikke uttømmende, og definisjonen av begrepet offentligrettslige organer i fotnote 1 samsvarer med definisjonen i anskaffelsesforskriften § 1-2 andre ledd. For slike oppdragsgivere er terskelverdien 200 000 SDR (2,5 millioner kroner) for anskaffelser av varer og/eller tjenester og 5 000 000 SDR (63,6 millioner kroner) for anskaffelser av bygge- og anleggsarbeid.

Etter undervedlegg 3 «Other Entities» omfattes i utgangspunktet alle oppdragsgivere under undervedlegg 1 og 2 samt offentlige foretak som driver visse forsyningsaktiviteter innen drikkevann, elektrisitet, lufthavner, havner og transport. Det er angitt en veiledende liste over hvilke oppdragsgivere og aktører som omfattes. Listen er ikke uttømmende. For slike aktører er terskelverdien 400 000 SDR (5,1 millioner kroner) for anskaffelser av varer og/eller tjenester og 5 000 000 SDR (63,6 millioner kroner) for anskaffelser av bygge- og anleggsarbeid.

### Hvilke ytelser som omfattes

Hvilke ytelser som omfattes fremgår hovedsakelig av undervedlegg 4 til 6 til GPA, men suppleres av undervedlegg 7 og noter til undervedlegg 1 til 3.

Varedekningen fremgår av undervedlegg 4. Alle varer er i utgangspunktet omfattet, med mindre de er uttrykkelig unntatt. Enkelte spesifiserte varer er unntatt dersom de anskaffes av forsvarsdepartementet, dets underliggende enheter og enheter på sikkerhetsområdet.

Dekningen av tjenester og bygge- og anleggsarbeider fremgår av henholdsvis undervedlegg 5 og 6. I motsetning til varedekningen, er omfattede tjenester og bygge- og anleggsarbeider uttrykkelig angitt.

Den angitte ytelsesdekningen begrenses av generelle og spesifikke krav til gjensidighet. For både tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjelder et generelt gjensidighetskrav.[[109]](#footnote-109) Det innebærer at de norske forpliktelsene kun gjelder overfor leverandører fra land som har gitt tilsvarende dekning for ytelsen i sine respektive GPA-forpliktelser. For å ta stilling til om slike ytelser omfattes av Norges forpliktelser er det følgelig nødvendig å se hen til relevante GPA-lands ytelsesdekning i sine respektive undervedlegg 5 og 6. Hvis den aktuelle ytelsen er dekket av Norge, men ikke av leverandørlandet, har leverandøren ikke rettigheter etter det norske anskaffelsesregelverket.

I tillegg oppstilles et spesifikt gjensidighetskrav overfor enkelte land.[[110]](#footnote-110) I motsetning til det generelle gjensidighetskravet, gjelder det spesifiserte gjensidighetskravet inntil Norge har akseptert at berørte land gir tilfredsstillende gjensidig tilgang for norske ytelser og leverandører i sine respektive innkjøpsmarkeder.

## Markedsadgang etter handelsavtaler

Norge har inngått over 30 bilaterale handelsavtaler. De aller fleste er inngått gjennom EFTA-samarbeidet. Reguleringen av offentlige anskaffelser i slike avtaler varierer. Noen avtaler omfatter ikke offentlige anskaffelser, mens andre oppstiller en overordnet målsetning om gjensidig og gradvis liberalisering av offentlige innkjøpsmarkeder. En tredje kategori regulerer offentlige anskaffelser spesifikt og åpner opp for markedsadgang. Et sentralt utviklingstrekk er at nye eller nylig reforhandlede avtaler i større grad faller innenfor denne tredje kategorien.

Det er kun leverandører hjemmehørende i land som har inngått avtaler med Norge som åpner opp for markedsadgang innen offentlige anskaffelser som kan være rettighetshavere i medhold av den enkelte avtalen, og dermed også etter anskaffelsesloven § 3. For å avgjøre om slike leverandører er rettighetshavere i en konkret anskaffelse, må en se hen til anvendelsesområdet til den spesifikke frihandelsavtalen og Norges spesifikke forpliktelser etter den.

Norges forpliktelser med hensyn til markedsadgang, ofte omtalt som bindingslister, må vurderes ut fra den konkrete avtaleteksten og vedleggene til avtalen. Forpliktelsene utgjør grunnlaget for å besvare følgende tre spørsmål: om oppdragsgiveren er omfattet av norske forpliktelser, om ytelsen som skal anskaffes er omfattet av norske forpliktelser og om anskaffelsens anslåtte verdi overstiger relevant terskelverdi. Dersom samtlige spørsmål besvares bekreftende, vil anskaffelsen være omfattet av Norges forpliktelser etter den konkrete frihandelsavtalen og gi leverandører fra land som er part til denne rettighetshaverstatus.

Strukturen i handelsavtalene som regulerer markedsadgang samsvarer i høy grad med strukturen etter GPA. Vedleggene til avtalens kapittel om offentlige anskaffelser oppgir hvilke oppdragsgivere og ytelser på norsk side som omfattes, og relevant terskelverdi. I avtaler som dekker alle tre nivåer av oppdragsgivere vil vedleggene være oppdelt etter statlige myndigheter («Central Government Entities»), fylkeskommunale myndigheter, kommunale myndigheter, offentligrettslige organer og sammenslutninger av disse («Sub-Central Government Entities»), og visse forsyningsvirksomheter («Other Entities»). På samme måte vil ytelsesdekningen, der det konkret dekkes i avtalen og dens vedlegg, være oppdelt etter varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider.

Terskelverdiene er oppgitt i SDR («Special Drawing Rights») og samsvarer med de som gjelder for ulike oppdragsgivere etter GPA. Det er imidlertid verdt å merke seg at det er betydelige variasjoner mellom dekningsområdet i ulike handelsavtaler, både med hensyn til hvilke oppdragsgivere og hvilke ytelser som omfattes. Videre vil forekomsten av norske gjensidighetskrav nødvendiggjøre at en også ser hen til hvilke ytelser som det andre landet dekker, for å kunne ta stilling til om den konkrete anskaffelsen dekkes av avtalen.

## Prosedyreregler

Samtlige avtaler oppstiller et grunnleggende krav til ikke-diskriminering eller likebehandling på grunnlag av nasjonalitet. Ordlyden i kravet varierer mellom ulike avtaler, men innholdet kan oppsummeres slik at rettighetshavere etter slike avtaler ikke skal gis dårligere behandling enn nasjonale leverandører.

Etter norsk rett sikres behandlingen av leverandører innenfor det prosessuelle rammeverket gitt av forskriftene som gjennomfører EØS-relevante anskaffelsesdirektiver. For EØS-avtalens vedkommende vil reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel etter omstendighetene kunne komme til anvendelse under EØS-terskelverdi, se nærmere i kapittel 23.

GPA og handelsavtaler som åpner for markedsadgang oppstiller videre en rekke spesifikke prosedyreregler, utover det grunnleggende kravet til likebehandling på grunnlag av nasjonalitet. I EU legges det generelt til grunn at en overholdelse av anskaffelsesdirektivene også vil overholde EUs forpliktelser etter GPA og inngåtte frihandelsavtaler, jf. fortalen premiss 17 til anskaffelsesdirektivet og fortalen premiss 27 til forsyningsdirektivet. Det samme må antas å gjelde for Norges folkerettslige forpliktelser og den internrettslige nasjonale gjennomføringen av disse ved anskaffelsesloven og forskrifter i medhold av loven.

Avgrensningen i anskaffelsesloven § 3 til de rettigheter som i en konkret sak følger av GPA eller en handelsavtale, gjelder også prosessuelle rettigheter. Det fremste eksemplet på dette er Norges begrensninger av anvendelsen av GPA artikkel XVIII overfor tilbydere og leverandører fra enkelte land.[[111]](#footnote-111) Artikkel XVIII oppstiller krav til administrative eller rettslige håndhevelsesprosedyrer, blant annet adgang til å bestride kontraktstildelinger. Denne adgangen kan imidlertid ikke påberopes av leverandører fra land som Norge har meldt inn at Norge mener ikke etterlever likebehandlingsforpliktelsene i GPA. Leverandører fra disse landene kan derfor ikke påberope seg de håndhevelsesmuligheter som det norske anskaffelsesregelverket gir opphav til.

# Behovet for et nytt regelverk om offentlige anskaffelser

## Spørsmålet om større deler av regelverket om offentlige anskaffelser bør løftes til lov

Det er i mandatet vist til at hovedtyngden av reglene for offentlige anskaffelser i dag er gitt i forskrifter, noe som avviker fra vanlig regelverksstruktur i Norge og skaper et fragmentert og til dels komplisert rettskildebilde. Videre peker mandatet på viktigheten av at nasjonalt regelverk som gjennomfører EØS-regler inneholder grundige forarbeider som beskriver EØS-rettens betydning. Utvalget er bedt om å foreslå en ny struktur for regelverket, hvor en større del av regelverket tas inn i lov. Det skal utarbeides lovforarbeider som er veiledende for brukerne av regelverket og hvor det klargjøres hvorvidt bestemmelser er basert på EØS-rett eller ikke. Dette kan også klargjøre hvor det finnes nasjonalt handlingsrom.

Mandatet tilsier at betydelige deler av anskaffelsesregelverket løftes til lovs nivå. Det er bare slik anskaffelsesregelverket kan bringes i overensstemmelse med det mandatet betegner som vanlig regelverksstruktur i Norge. Det er også bare slik det legges til rette for forarbeider som beskriver EØS-rettens betydning, klargjør hvor det finnes nasjonalt handlingsrom og gir lovgiver reell mulighet til å ta stilling til hvilke regler som bør gjelde for anskaffelser som ikke reguleres av EØS-avtalen.

Utvalget tilføyer at også anskaffelsesregelverkets praktiske og prinsipielle betydning tilsier at større deler av det løftes til lovs nivå. Anskaffelsesregelverket legger rammene for hvordan 743 milliarder kroner benyttes av det offentlige hvert eneste år, noe som tilsvarer om lag tretten prosent av Norges brutto nasjonalprodukt.

Når det gjelder hvilke formål regelverket skal forfølge, og hvilke forpliktelser ulike offentlige oppdragsgivere skal ta hensyn til, bør disse diskusjonene føres i, og avgjøres av, Stortinget.[[112]](#footnote-112) Det samme gjelder diskusjonen om hvor detaljerte regler som bør gjelde for anskaffelser som ikke reguleres av EØS-avtalen, som langt på vei handler om å avveie ulike offentlige oppdragsgiveres ønske om tillitsbasert handlingsrom, og leverandørenes interesse i regler som sikrer konkurranse om oppdragene. Selv om det i utgangspunktet er bred enighet om at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse må stå i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning, vil det kunne være politisk uenighet om hvordan dette skal omsettes i konkrete regler for anskaffelser over og under nærmere angitte terskelverdier.

Utvalget bemerker videre at mesteparten av anskaffelsesregelverket kommer fra EU, hvor det er vedtatt av EUs lovgivende organer, Europaparlamentet og Rådet, i henhold til den alminnelige lovgivningsprosedyren i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte. Etter utvalgets syn er dette i seg selv et argument for at gjennomføringen av direktivene i norsk rett bør skje på lovs nivå, for å sikre regelverket samme demokratiske forankring som det har i EU. Med dette sikres også at substansielle endringer av anskaffelsesdirektivene må forelegges Stortinget, før EØS-komiteens vedtak om innlemmelse i EØS-avtalen trer i kraft, jf. Grunnloven § 26 andre ledd og EØS-avtalen artikkel 103. Utvalget erkjenner at Stortingets reelle mulighet til å påvirke innholdet av EU-lovgivning er begrenset, men mener at dette ikke kan få betydning for vurderingen av om anskaffelsesdirektivenes innhold er av en karakter som tilsier at de bør gjennomføres i lov vedtatt av Stortinget.

Utvalget har også sett hen til at EU/EØS-anskaffelsesregelverket innen 2030 vil inkludere en rekke rettsakter med detaljerte regler for visse anskaffelser, slik som standardiserte minimumskrav. Etter utvalgets vurdering styrker dette behovet for at det grunnleggende regelverket, altså direktivene, gjennomføres i lov, som så suppleres med forskrifter med slike minimumskrav. Den nærmere omtalen om utviklingen av regelverket i EU er redegjort for i kapittel 10 og 14.1.6.

Samtidig er det klart at det ikke er hensiktsmessig å løfte hele anskaffelsesregelverket til lovs nivå, noe mandatet heller ikke legger opp til. Anskaffelsesdirektivene er omfattende og inneholder en hel del detaljer som vil gjøre loven lang og tungt tilgjengelig, og utløse behov for relativt hyppige endringer av den. På samme vis som dagens løsning med nær sagt alle anskaffelsesreglene i forskrifter avviker fra norsk lovgivningstradisjon, vil det være et avvik, men med motsatt fortegn, om alle detaljene tas inn på lovs nivå.

For utvalget har det vært krevende å finne den rette balansen mellom hva som bør inn i lov og hva som bør beholdes i forskrift. EUs lovgivningstradisjon avviker fra den norske. Anskaffelsesdirektivene inneholder en rekke bestemmelser som ut fra norsk lovgivningstradisjon bør tas inn i lov, men også mange bestemmelser som ut fra norsk tradisjon hører naturlig hjemme på forskriftsnivå. Samtidig utgjør hvert enkelt av direktivene et hele. Det er ikke opplagt at det norske regelverket alt i alt blir mindre fragmentert og lettere tilgjengelig av å gjennomføre noen direktivbestemmelser i lov og andre i forskrift. En løsning med en eller flere nye lover med hovedregler som brukerne hele tiden må supplere med utfyllende regler i et omfattende forskriftsverk, vil ikke være noe fremskritt, snarere tvert imot.

Etter utvalgets syn bør hensynet til helheten i anskaffelsesdirektivene tillegges betydelig vekt, med den følge at størstedelen av direktivene gjennomføres i lov. Det er derfor bare regler av mer teknisk karakter som foreslås gjennomført i forskrifter. Dette er for eksempel forordninger med krav til standardskjema for kunngjøring, en lengre liste med CPV-koder eller tekniske krav til elektronisk fakturering. I tilfeller hvor utvalget har funnet det riktig å henvise visse regler til en forskrift, har utvalget bestrebet seg på å utforme lovbestemmelser som gjør det klart for brukerne hvilke spørsmål som er nærmere regulert i forskrift.

Forslaget om å løfte store deler av anskaffelsesregelverket til lovs nivå fører uunngåelig til en eller flere temmelig omfattende lover, med et stort antall paragrafer. Hensynet til en lojal og komplett gjennomføring av direktivene begrenser i betydelig grad muligheten til å utforme en lov som det vil være enkelt å orientere seg i, som etterspurt i mandatet. Utvalget har imidlertid forsøkt å strukturere lovverket på et vis som skal gjøre det så oversiktlig som mulig, se nærmere i kapittel 9.

Gitt utvalgets anbefaling om at store deler av anskaffelsesregelverket løftes til lovs nivå, sier det seg selv at det ikke er noe alternativ å nøye seg med endringer i den eksisterende anskaffelsesloven.

## Spørsmålet om en eller flere lover

Oppfatningen av at store deler av anskaffelsesregelverket bør løftes over i lov, innebærer ikke med nødvendighet at dette må skje i én felles lov for alle kategorier av offentlige anskaffelser. Det er her tilstrekkelig å vise til at EU har valgt å vedta flere direktiver, fremfor et felles anskaffelsesdirektiv for alle anskaffelser. Direktivene har ikke parallelle anvendelsesområder, slik at en anskaffelse i utgangspunktet følger fremgangsmåten som er angitt i ett av dem. Direktivene inneholder detaljerte regler for å avklare hvilket direktiv som kommer til anvendelse på ulike varianter av sammensatte anskaffelser.

Danmark og Sverige har begge valgt løsninger med flere lover. Sverige har gjennomført anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsanskaffelsesdirektivet i fire forskjellige lover. Danmark har gjennomført anskaffelsesdirektivet i en egen lov, mens forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsanskaffelsesdirektivet ganske enkelt er inkorporert som sådanne gjennom to ulike forskrifter. Utvalget viser til fremstillingen i kapittel 6, der det redegjøres nærmere for strukturen i det danske og svenske anskaffelsesregelverket.

Utvalget har drøftet hvorvidt direktivene bør gjennomføres i én felles lov eller flere separate lover. Det er likhetstrekk mellom de aktuelle direktivene som tilsier at en samlet lov vil kunne klare seg med langt færre paragrafer enn om det utarbeides separate lover for hvert direktiv. Bestemmelser i direktivene som er like, kan gjennomføres i en generell del, med etterfølgende henvisninger dit fra senere kapitler med særregler for forsyningsanskaffelser, konsesjonskontrakter og forsvarsanskaffelser. Også diskusjonene om formål, samfunnshensyn, generelle prinsipper med videre er langt på vei felles for de ulike anskaffelseskategoriene og slik sett egnet for felles regulering innledningsvis i en helhetlig lov.

Samtidig er det forskjeller mellom de fire direktivene som tilsier at forsøk på å samle dem i en felles lov om offentlige anskaffelser ikke nødvendigvis vil være noen forenkling. Felles regulering vil også kunne føre til større harmonisering av reglene for de ulike anskaffelsene enn det reelt sett er grunnlag for.

Etter utvalgets syn er dette særlig klart for anskaffelser som reguleres av direktiv 2009/81/EF om forsvarsanskaffelser (forsvarsanskaffelsesdirektivet). Dette direktivet er eldre enn de tre andre direktivene, og inneholder flere særregler. I utvalgets referansegruppe har både representanten for forsvarsindustrien og representanten for forsvaret gitt klart uttrykk for at innlemmelse av forsvarsanskaffelsene i en helhetlig anskaffelseslov med generelle formål og prinsipper vil kunne føre til at de særlige hensynene som preger disse anskaffelsene ikke blir godt nok ivaretatt. Utvalget har også fått innspill fra referansegruppen på at det er fleksibilitet i forsvarsanskaffelsesregelverket som ikke er benyttet. Når dette utvalget foreslår flere forenklingsgrep og økt fleksibilitet i gjennomføringen av de tre andre direktivene på anskaffelsesområdet, vil skjevheten mellom regelverkene bli enda tydeligere. Utvalgets forslag vedrørende forsvarsanskaffelsesdirektivet er redegjort for i kapittel 26.

For de tre andre direktivene – anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet – er argumentene for regulering i en samlet lov sterkere. Også her er imidlertid utvalget bekymret for at felles regulering vil kunne føre til større harmonisering av reglene for de ulike anskaffelsene enn det reelt sett er grunnlag for. Ettersom eventuelle felles regler må overholde minstekravene i anskaffelsesdirektivet, vil resultatet kunne bli strengere regler for anskaffelser regulert av de to andre direktivene enn det som er EU/EØS-rettslig påkrevd.

For innkjøpere og leverandører som stort sett bare beskjeftiger seg med anskaffelser som reguleres av et bestemt direktiv, slik som for eksempel konsesjonskontrakter, er det ikke uten videre noen forenkling om «deres» regler inntas i en omfattende lov som regulerer også andre typer offentlige anskaffelser, og hvor spesialreglene hele tiden må leses i sammenheng med og suppleres av andre deler av denne loven. Det kan bli mange krysshenvisninger, og det vil kunne oppstå uforutsette spørsmål knyttet til forholdet mellom de generelle og de spesielle reglene.

Utvalget har derfor kommet frem til at anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet bør gjennomføres hver for seg, på samme måte som i Sverige og i Danmark. Dette vil gi fire lover på området for offentlige anskaffelser: lov om offentlige anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsanskaffelser. Utvalget mener dette vil gi et mer oversiktlig rettskildebilde, særlig med tanke på lovbestemmelsenes EU/EØS-rettslige opphav. For hver lovbestemmelse vil det kunne vises til en konkret direktivbestemmelse som gjennomføres, og på denne måten klargjøres forholdet til EØS-retten på en oversiktlig måte. For en oppdragsgiver som gjennomfører en anskaffelse som følger reglene i forsyningsdirektivet vil det således i utgangspunktet være tilstrekkelig å forholde seg til én lov og bestemmelsene i denne. Det å gjennomføre direktivene i hver sin lov vil videreføre den kjente oppdelingen av regelverket som er gjort i dag, men på forskriftsnivå. Utvalgets inntrykk er at en slik oppdeling har fungert tilfredsstillende.

Samtidig mener utvalget at loven som gjennomfører anskaffelsesdirektivet også bør regulere anskaffelser under EØS-terskelverdi for alle anskaffelser som ikke er særregulert av de andre direktivene. Selv om dette i prinsippet kan gjøres i en egen «lov om offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi», mener utvalget at det er fornuftig å samle reguleringen av disse anskaffelsene i en og samme lov. De enklere reglene som foreslås for mindre anskaffelser, må forstås og fortolkes i lys av de mer omfattende EØS-reglene som er det sammenligningsgrunnlaget som gjør det berettiget å omtale reguleringen av mindre anskaffelser som forenklet. Reguleringen av formål, samfunnshensyn mv. vil dessuten ha interesse både over og under EØS-terskelverdiene, og en felles lov gir her mulighet til å skreddersy innslagspunkter som vurderes som optimale.

For så vidt gjelder håndhevelsesdirektivets krav til håndhevelse av EØS-anskaffelsesregelverket, kan det tenkes flere løsninger. Ett alternativ er at reglene om håndheving innarbeides i den nye «hovedloven» som regulerer alle anskaffelser som ikke særreguleres av forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet eller forsvarsanskaffelsesdirektivet. Et annet alternativ er å utarbeide en egen lov om håndhevelse av anskaffelsesregelverket, som gjelder felles for alle lovene. Utvalget vil vurdere disse og eventuelle andre muligheter i andre delutredning.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at regelverket for offentlige anskaffelser reguleres i lov som følge av regelverkets praktiske og prinsipielle betydning.
* at regelverket for offentlige anskaffelser deles opp i fire lover, der hver lov gjennomfører ett direktiv.
* at gjennomføringen av enkelte mer tekniske regler skjer i forskrift.

[Boks slutt]

# Nærmere om utformingen av regelverket

## Overordnet om utvalgets forslag

Utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser har en innledende del med overordnede bestemmelser om formål og virkeområde for det nye regelverket. I denne delen av loven har utvalget også foreslått å samle reglene om samfunnshensyn. Disse er i dagens anskaffelsesregelverk spredt på flere lover og forskrifter. I del II har utvalget foreslått et forenklet regelverk for anskaffelser under EØS-terskelverdi. I dagens regelverk utgjør del II av regelverket anslagsvis 34 bestemmelser, men utvalget foreslår at disse erstattes av bare tre lovbestemmelser. I del III foreslår utvalget at reglene i anskaffelsesdirektivet gjennomføres, og del III får anvendelse for anskaffelser over EØS-terskelverdi. Utvalget vil komme nærmere tilbake til utformingen av resten av loven i neste delutredning. Reglene om håndheving kan enten samles i en ny del IV, som illustrert i boks 9.1, eller i en egen lov.

Oversikt over ny lov om offentlige anskaffelser

Del I: Innledende bestemmelser

Del II: Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Del III: Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Del IV: Håndheving

Del V: Avsluttende bestemmelser

[Boks slutt]

## Gjennomføring av anskaffelsesdirektivet

Etter EØS-avtalen artikkel 7 er det opp til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen når det gjelder direktiver. I utgangspunktet gir artikkel 7 betydelig frihet med tanke på struktur i regelverket. For profesjonelle brukere av det norske anskaffelsesregelverket er det naturlig å følge strukturen i direktivene. For anskaffelser som er underlagt direktivene, må den norske gjennomføringslovgivningen alltid tolkes i lys av direktivene. Ved å ha klare linjer mellom lovbestemmelser og konkrete direktivbestemmelser, vil det være enklere å finne frem til relevant rettskildemateriale for brukere av regelverket. Dette gir også fordeler når det kommer til å utarbeide veiledere, lovkommentarer med videre. På anskaffelsesområdet er det dessuten et stort tilfang av rettspraksis fra EU-domstolen og også en del avgjørelser fra EFTA-domstolen, og begge disse domstolene tar utgangspunkt i direktivbestemmelsene. For å kunne følge utviklingen i EU-domstolen og EFTA-domstolens praksis er det en klar fordel å kunne spore direktivbestemmelsene til de korresponderende nasjonale lovbestemmelsene. Utvalget er av disse grunner av den oppfatning at strukturen i direktivene bør være styrende for oppbyggingen av den nye anskaffelsesloven.

Anskaffelsesdirektivet inneholder mange og detaljerte bestemmelser. Mange av disse fremstår langt på vei som ferdig lovtekst, som kan limes inn i nasjonal lovgivning. I Danmark er det på denne bakgrunn lagt til grunn at både forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsanskaffelsesdirektivet ganske enkelt kan inkorporeres i dansk rett som de er, noe som er gjort i form av rene henvisninger til dem.[[113]](#footnote-113)

Samtidig skiller EUs lovgivningstradisjon seg fra norsk tradisjon. Mange av bestemmelsene er langt mer detaljerte enn det som er vanlig i norske lover, noe som blant annet skyldes at EU ikke har samme tradisjon for å ha utfyllende forarbeider som i Norge. I noen tilfeller følger kompleksiteten av kompromisser i og mellom EUs lovgivende institusjoner. Bestemmelsen om hvilke endringer som kan gjøres i en tildelt kontrakt er et eksempel på dette.[[114]](#footnote-114)

Selv om direktivene tidvis er utformet på et vis som avviker fra norsk lovgivningstradisjon, har utvalget funnet det riktig å legge seg tett opp til ikke bare direktivenes systematikk, men også ordlyden i de enkelte bestemmelsene.[[115]](#footnote-115) Utvalget viser til mandatets oppfordring om å synliggjøre hvilke bestemmelser i det norske anskaffelsesregelverket som er gjennomføring av EØS-rett og hvilke som ikke er det.

Utvalgets arbeid med å gjennomføre anskaffelsesdirektivene i norsk rett særpreges av at direktivene allerede er gjennomført i norsk rett, om enn på forskriftsnivå. Ettersom forskriftene har vært i kraft i sju år, og må anses godt innarbeidet i det norske anskaffelsesmiljøet, mener utvalget det er naturlig at et forslag til ny gjennomføring av direktivene på lovs nivå tar utgangspunkt i den eksisterende gjennomføringen. Ettersom også denne må kunne karakteriseres som relativt direktivnær, vil et forsøk på vesentlige språklige forenklinger i praksis kunne oppfattes av brukerne av regelverket som forvanskning fremfor reell forenkling. Selv om det er enkelte bestemmelser i dagens forskrifter som avviker fra direktivene uten noen nærmere begrunnelse, og som utvalget vil foreslå å endre, så er det ikke grunnlag for å mene at det er større svakheter ved den eksisterende gjennomføringen som gjør det påkrevd med betydelige endringer.

Utvalget har likevel, på samme måte som departementet i 2016, vært på utkikk etter mulige språklige og strukturelle forenklinger. Dette er ikke minst viktig av hensyn til de som bruker anskaffelsesregelverket uten juridisk utdannelse. Utvalget har bestrebet seg på å formulere gjennomføringen så enkelt som mulig, men uten å skrive om de rettslige vurderingskriteriene som direktivbestemmelsene gir anvisning på. Resultatet er et forslag som ligger noe tettere på direktivene enn dagens gjennomføring, men som vil være godt gjenkjennelig for det norske anskaffelsesmiljøet. Med dette har utvalget forsøkt å etterkomme mandatets bestilling av forenkling også av EØS-delene av anskaffelsesregelverket, men uten å skape usikkerhet om reglenes EØS-konforme innhold. En oversikt over hvilke direktivbestemmelser som er gjennomført i de ulike lovbestemmelsene følger som et digitalt vedlegg til rapporten.

Utvalget bemerker for ordens skyld at det ikke vil anbefale den danske løsningen med inkorporasjon av forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsanskaffelsesdirektivet. Disse direktivene er i dag gjennomført i forskrifter som er forsøkt tilpasset norsk lovgivningstradisjon. Det vil oppleves som et tilbakeskritt om dette i fremtiden skulle bli erstattet av en ren henvisning til direktivene, som ikke er utformet med sikte på å gjelde direkte som nasjonal lov eller forskrift. Dette gjelder desto mer i EØS-rettslig enn i EU-rettslig sammenheng, ettersom det ikke finnes noen EØS-konsolidert versjon av direktivene hvor EØS-tilpasningene vedtatt av EØS-komiteen er innarbeidet.

## Norsk oversettelse av direktivene

I arbeidet med å gjennomføre anskaffelsesdirektivet på nytt har utvalget blitt oppmerksom på at det er ikke ubetydelige terminologiske forskjeller mellom den nåværende gjennomføringen i anskaffelsesforskriften på den ene side og den offisielle norske versjonen av direktivet på den andre. Forklaringen synes å være en forsinkelse på flere år med å få utarbeidet og kunngjort en offisiell norsk versjon av direktivet, noe som medførte at gjennomføringen av direktivet synes å ha skjedd med utgangspunkt i den danske og engelske direktivteksten.

Anskaffelsesdirektivet ble vedtatt av EU 26. februar 2014, og innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016. EØS-komiteens beslutning trådte i kraft 1. januar 2017, og på samme dato ble den norske gjennomføringen av direktivet satt i kraft, i form av dagens anskaffelsesregelverk. Den offisielle norske versjonen av direktivet ble imidlertid først kunngjort i EØS-tillegget til EU-tidende den 13. desember 2018, mer enn to og et halvt år etter EØS-komiteens beslutning.[[116]](#footnote-116)

Utvalget er ikke kjent med om departementet ved utformingen av dagens anskaffelsesforskrift hadde tilgjengelig en foreløpig norsk oversettelse av direktivet. Forskriften synes uansett utarbeidet med utgangspunkt i den danske versjonen av direktivet, samtidig som det er sett hen til terminologiske valg gjort ved gjennomføringen av tidligere versjoner av EUs anskaffelsesregelverk, som med tiden har blitt godt innarbeidet i det norske anskaffelsesregelverket. De terminologiske forskjellene mellom dagens anskaffelsesforskrift og den norske versjonen av direktivet synes slik å ha røtter som går tilbake til tidligere anskaffelsesforskrifter og tidligere direktiver.

De nevnte terminologiske forskjellene er mange. Direktivets offisielle navn på norsk er Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp, med kortformen innkjøpsdirektivet, mens forskriften og loven bruker termen offentlige anskaffelser. Direktivets utelukkelsesgrunner tilsvarer forskriftens avvisningsgrunner, utvelgingskriterier tilsvarer kvalifikasjonskrav, kombinerte innkjøp i direktivet svarer til blandede anskaffelser i forskriften og markedsdeltakere i direktivet svarer til leverandør i forskriften. Et annet eksempel er at direktivet har oversatt gennomsigtighed/transparency/öppenhet med innsyn.

For utvalget har de terminologiske forskjellene mellom den gjeldende norske gjennomføring av direktivet og den norske versjonen av direktivet bydd på uforutsette utfordringer.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 129 nr. 1 tredje ledd at alle rettsakter som tas inn i EØS-avtalen skal oversettes til norsk. Oversettelsene kunngjøres i EØS-tillegget til Den Europeiske Unions Tidende, og får da «samme gyldighet» som EUs offisielle språkversjoner. Selv om det er direktivet som sådan, og ikke direktivet i én bestemt språkversjon, som skal gjennomføres i norsk rett, synes det naturlig å ta utgangspunkt i den offisielle norske versjonen ved gjennomføringen i norsk rett. Ubegrunnede terminologiske forskjeller mellom den norske gjennomføringslovgivningen og den norske versjonen av direktivet kan skape usikkerhet hos rettsanvendere som vil etterprøve om gjennomføringen er i tråd med direktivet. Nasjonal gjennomføring som ignorerer de terminologiske valg som er gjort ved utarbeidelsen av den norske versjonen av direktivet vil undergrave den prinsipielle likestillingen av avtalepartenes språk som kommer til uttrykk i EØS-avtalens artikkel 129. De ressurser som Utenriksdepartementet legger ned i arbeidet med å utarbeide norske versjoner av direktiver som tas inn i EØS-avtalen, i et forsøk på å få EU-lovgivningen inn i en helhetlig norsk språkdrakt, vil langt på vei være bortkastet. Som et generelt utgangspunkt må det derfor være riktig å ta utgangspunkt i den offisielle norske versjonen av direktivet.

Samtidig har det norske anskaffelsesmiljøet over tid vent seg til en terminologi som avviker fra den som finnes i den norske versjonen av direktivet, som illustrert ved eksemplene nevnt ovenfor. Utvalgets syn er at det er lite hensiktsmessig å forsøke å endre på godt innarbeidet terminologi. I verste fall vil det kunne føre til usikkerhet om endringene også er ment å endre på reglenes innhold. Det er heller ikke gitt at rent terminologiske endringer vil slå igjennom i praksis, noe som i seg selv vil kunne bidra til uønsket uklarhet. Utvalget har som følge av dette tatt hensyn til innarbeidet terminologi i utformingen av ny lov.

Utvalget har forsøkt å balansere de motstående hensynene her gjennom et «følg eller forklar»-prinsipp. Forslaget til ny gjennomføring av anskaffelsesdirektivet er utarbeidet med utgangspunkt i den norske versjonen av direktivet, men i en del tilfeller har utvalget valgt å videreføre innarbeidet terminologi fra dagens forskrift. Avvik fra den norske versjonen av direktivet er særskilt omtalt. Utvalget vil samtidig påpeke at det er uheldig at direktivet på flere punkter avviker fra etablert norsk terminologi på anskaffelsesrettens område, og vil oppfordre Nærings- og fiskeridepartementet og Utenriksdepartementet til å se på mulighetene for å få endret på den norske oversettelsen av direktivet.

Utvalget har gjennom sitt arbeid blitt klar over at det mangler oversettelse av vedleggene til anskaffelsesdirektivene. Vedlegg til direktivene utfyller direktivbestemmelser, og utgjør således en integrert del av direktivene. Etter utvalgets syn må også vedleggene til direktivet gjennomføres i norsk rett. Innenfor den tildelte tidsrammen har utvalget ikke rukket å oversette vedleggene til direktivet, men dette har heller ikke vært avgjørende for utvalgets arbeid. Utvalget foreslår at departementet følger opp dette i det videre arbeidet med å utarbeide en lovproposisjon. Det nevnes for ordens skyld at en praktisk konsekvens av manglende oversettelse av vedleggene, har vært at utvalget har vært nødt til å sitere fra dansk versjon av direktivet, der norsk offisiell oversettelse mangler.

## Gjennomføring av tekniske forordninger på anskaffelsesområdet

På anskaffelsesområdet er det også gitt en del forordninger av mer teknisk karakter. Som eksempel kan nevnes forordning 2019/1790 om standardskjemaer for offentliggjøring av kunngjøringer, eller forordning 2002/2195 om felles klassifikasjon for offentlige innkjøp (CPV). Det følger av EØS-avtalen artikkel 7 første ledd bokstav a at disse «som sådan» skal gjøres til en del av den interne rettsorden. I utvalgets forslag til ny anskaffelsesforskrift er flere forordninger av mer teknisk karakter foreslått gjennomført ved inkorporasjon, altså at forskriften angir at forordningene skal gjelde som norsk forskrift.

## Behovet for veiledning

Selv om utvalget har tilstrebet en utforming av regelverket som skal gjøre det så tilgjengelig som mulig for brukerne, vil utvalget fremheve at anskaffelsesregelverket også i fremtiden må suppleres med en Veileder til reglene om offentlige anskaffelser. Utvalgets forslag til ny anskaffelseslov er ledsaget av generelle redegjørelser og merknader til hver enkelt bestemmelse, men dette er etter utvalgets vurdering likevel ikke tilstrekkelig til å fylle brukernes behov for praksisrettet veiledning. Det er behov for løpende oppdatert og praktisk innrettet veiledning til de som gjennomfører anskaffelser, og da særlig brukere av regelverket som ikke er jurister. Utvalget vil vise til anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 4 hvor det fremgår at medlemslandene skal sikre at «informasjon og veiledning om fortolkning og anvendelse av unionsretten for offentlige innkjøp er tilgjengelig vederlagsfritt for å hjelpe offentlige oppdragsgivere og markedsdeltakere, særlig små og mellomstore bedrifter, til å anvende unionsreglene for offentlige innkjøp korrekt».

Etter utvalgets syn må dagens Veileder til reglene om offentlige anskaffelser videreføres og oppdateres, uten at det dermed er sagt at ansvaret for dette nødvendigvis må ligge hos Nærings- og fiskeridepartementet. Et godt alternativ kan være å overlate ansvaret for veilederen til Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ). Hovedsaken er at det må foreligge én helhetlig veileder fra det offentlige, for å unngå at det vokser frem ulike, og potensielt innbyrdes motstridende, veiledere fra ulike instanser.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at anskaffelsesdirektivet i hovedsak gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser
* en ny lov om offentlige anskaffelser tar utgangspunkt i en direktivnær gjennomføring
* regler av mer teknisk karakter skal plasseres i forskrift
* at vedleggene til anskaffelsesdirektivet gjennomføres i forskrift
* at departementet sørger for oversettelse av vedleggene til relevante rettsakter på anskaffelsesområdet
* at det må videreutvikles oppdatert veiledning fra det offentlige vedrørende anskaffelsesregelverket.

[Boks slutt]

# Regelverksutviklingen i EU

## Innledning

Utvalget er bedt om å gi en oversikt over regelverksutviklingen i EU innenfor offentlige anskaffelser, blant annet som ledd i omstilling til en mer sirkulær økonomi. Utvalget er bedt om å vurdere hvordan dette påvirker norsk rett, og for eksempel behovet for fremtidige lov- eller forskriftsbestemmelser.

I det følgende vil utvalget redegjøre for den regelverksutviklingen i EU som utvalget er kjent med. Utvalget har prioritert å omtale de rettsaktene som er de mest relevante i henhold til norsk regelverk, uavhengig av om de er markert som EØS-relevant fra EU-kommisjonens side. Enkelte rettsakter som antas å være av mindre betydning er utelatt.

For å innhente informasjon har utvalgets sekretariat sendt en bestilling til alle departementene inkludert underliggende etater, for å kartlegge hvilke nye rettsakter norske myndigheter er kjent med. Nærings- og fiskeridepartementet er representert i ekspertgrupper i EU-kommisjonen på anskaffelsesområdet, og gjennom dette har utvalget fått oversikter over hvilke nye rettsakter som EU har markert som av interesse for anskaffelsesområdet. I tillegg har utvalget gjennom Klima- og miljødepartementet bestilt en utredning fra Miljødirektoratet og Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ), hvor direktoratene ble bedt om å redegjøre for regelverksutviklingen i EU når det gjelder omstillingen til en mer sirkulær økonomi. Bakgrunnen for bestillingen er at de rettsaktene som EU utvikler på området for sirkulær økonomi hører til Klima- og miljødepartementet og Miljødirektoratet som underliggende etat.

En innledende betraktning fra utvalget er at det er en økende tendens til at regelverket på EU-nivå blir mer fragmentert. Fremover vil ikke alle bestemmelsene vedrørende offentlige anskaffelser fortsatt være å finne i anskaffelsesdirektivene. Enkeltbestemmelser om offentlige anskaffelser inkluderes i sektorovergripende rettsakter som primært handler om andre spørsmål, og en stor andel av de nye rettsaktene kommer i form av forordninger. Dette øker faren for at også det norske anskaffelsesregelverket blir fragmentert, ettersom forordninger må gjennomføres i norsk rett som sådanne, jf. EØS-avtalen artikkel 7 første avsnitt bokstav a. Dette styrker behovet for at eksisterende nasjonal lovgivning om offentlige anskaffelser samles, jf. drøftelsen i kapittel 8 om ny lovstruktur.

## Regelverksutvikling på området for sirkulær økonomi

EUs handlingsplan for sirkulær økonomi skal sikre et renere og mer konkurransedyktig Europa. Planen ble lagt frem 11. mars 2020, og står sentralt i EUs grønne giv. Den tar sikte på at forbruket av ressurser skal holdes innenfor planetens tåleevne, og at bruken av sirkulære materialer skal dobles i løpet av det kommende tiåret.

Handlingsplanen inneholder 35 tiltak som skal følges opp av EU-kommisjonen, blant annet gjennom forslag til nytt regelverk. De viktigste tiltakene er listet opp i et vedlegg, og der står det også angitt i hvilket tidsrom de ulike tiltakene skal følges opp.

Det er angitt et eget punkt om «Obligatoriske kriterier og mål for grønne offentlige indkøb i sektorspecifik lovgivning og indfasning af obligatorisk rapportering om grønne offentlige indkøp». Tiltaket skal følges opp fra 2021. EU-kommisjonen har nå lagt frem forslag til flere forordninger, som inneholder krav eller hjemmel til å utvikle krav til grønne offentlige anskaffelser.

Utvalgte foreslåtte rettsakter på området for sirkulær økonomi

04J1xx2

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Rettsakt | Referanse | EØS-relevant | Bestemmelse om offentlige anskaffelser | Status |
| Forordning om batterier og udtjente batterier (batteriforordningen) | Forordning (EU) 2023/1542 | Ja | Artikkel 85, forslag om at offentlige oppdragsgivere skal ta hensyn til miljøbelastningen i et livsløpsperspektiv, og plikt til å benytte krav og tildelingskriterier fastsatt i delegerte rettsakter.Hjemmel til EU-kommisjonen til å utarbeide delegerte rettsakter med tildelingskriterier. | Vedtatt |
| Forslag til forordning om fastlæggelse af en ramme for krav til miljøvenligt design for bæredygtige produkter (økodesignforordningen) | COM(2022) 142 final2022/0095(COD) | Ja | Artikkel 4 og 58, hjemmel til EU-kommisjonen til å utarbeide delegerte rettsakter om krav til offentlige kontrakter.Kravene kan være kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår.  | Forslag |
| Forslag til forordning om emballage og emballageaffald(emballasje og emballasjeavfallsforordningen) | COM(2022) 677 final2022/0396 (COD) | Ja | Artikkel 57, forslag om at EU-kommisjonen skal utarbeide delegerte rettsakter med pålagte minimumskriterier for grønne offentlige anskaffelser.  | Forslag |
| Forslag til forordning om fastlæggelse af harmoniserede betingelser for markedsføring af byggevarer (byggevareforordning) | COM(2022) 144 final2022/0094(COD) | Ja | Artikkel 83 og 84, forslag om at EU-kommisjonen kan utarbeide delegerte rettsakter med bærekraftskrav for offentlige kontrakter, inkludert gjennomføring, overvåking og rapportering i medlemslandene.  | Forslag |

Kilde: EUR-LEX

EU-kommisjonen har også lagt frem et forslag til endret regelverk med sirkulære krav til design av kjøretøy, og håndtering av kasserte kjøretøy.[[117]](#footnote-117) Forslaget inneholder ikke forslag til harmoniserte krav i offentlige anskaffelser, men det fremgår av rettsakten at dette er blitt vurdert.[[118]](#footnote-118)

## Regelverksutvikling på andre områder i EU

Oversikt over andre rettsakter i EU med bestemmelser om offentlige anskaffelser

04J1xx2

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Rettsakt | Referanse | EØS-relevant | Bestemmelse om offentlige anskaffelser | Status |
| Direktiv om tilgængelighedskrav for produkter og tjenester | Direktiv 2019/882/EU af 17. april 2019 | Ja | Artikkel 24. Det følger av bestemmelsen at tilgjengelighetskravene etter direktivet utgjør de obligatoriske tilgjengelighetskrav som omhandlet i artikkel 42 nr. 1 i anskaffelsesdirektivet og artikkel 60 nr. 1 i forsyningsdirektivet. | Vedtatt |
| Direktiv om energieffektivitet | Direktiv 2012/27/EU af 25. oktober 2012 | Ja | Artikkel 6 angir at medlemsstatene skal sikre at statsforvaltningen kun kjøper produkter, tjenesteytelser og bygninger, som oppfyller høye krav til energieffektivitet.  | Vedtatt |
| Forslag til forordning om ændring af forordning (EU) 2019/1242 for så vidt angår skærpelse af præstationsnormerne for nye tunge køretøjers CO2-emissioner og indarbejdning af indberetningsforpligtelser  | COM(2023) 88 final2023/0042(COD) | Ja | Artikkel 3c inneholder et forslag om å vekte tilbudets bidrag til forsyningssikkerhet med 15–40 prosent.  | Forslag |
| Forslag til forordning om fastlæggelse af en ramme for foranstaltninger til styrkelse af Europas økosystem for produktion af nettonulteknologier (forordningen om nettonulindustri) | COM(2023) 161 final2023/0081(COD) | Ja | Artikkel 19, forslag om krav til vekting 15–30 prosent av bærekraft og resiliens ved anskaffelse av visse nullutslipps-teknologier | Forslag |
| Forslag til forordning om fastlæggelse af en ramme for at sikre en sikker og bæredygtig forsyning med kritiske råstoffer | COM(2023) 160 final2023/0079(COD) | Ja | Artikkel 25 nr. 1 bokstav c, forslag om at medlemsstatene skal etablere nasjonale programmer for å øke bruken av sekundære kritiske råstoffer i produksjonen av varer og tjenester. Hvis det er relevant skal resirkulert materiale inngå som tildelingskriterium ved offentlige anskaffelser.  | Forslag |
| Forslag til forordning om en ramme for foranstaltninger til styrkelse af det europæiske økosystem for halvledere (mikrochipforordningen) | COM(2022) 46 final2022/0032(COD) | Ja | Artikkel 22, forslag om at EU-kommisjonen skal få mandat til å opptre som en innkjøpssentral på vegne av medlemsstatene og gjennomføre anskaffelser av kriserelevante produkter for kritiske sektorer.  | Forslag |
| Forslag til direktiv om definitionen af strafbare handlinger og sanktioner for så vidt angår overtrædelse af Unionens restriktive foranstaltninger | COM(2022) 684 final2022/0398(COD) | Nei | Artikkel 7, forslag om at medlemsstatene skal sikre at en aktør som er holdt ansvarlig for brudd på EUs restriksjoner eller sanksjoner, skal bli møtt av en effektiv og forholdsmessig straff, herunder utelukkelse fra å delta i offentlige anskaffelser.  | Forslag |
| Forslag til forordning om oprettelse af et nødinstrument for det indre marked | COM(2022) 459 final2022/0278(COD) | Ja | Artikkel 34–39, forslag om felles anskaffelse av varer og tjenester av strategisk betydning og kriserelevante varer på vegne av medlemsstatene i overvåkning og nødsituasjoner. | Forslag |
| Forslag til forordning om tilgængeliggørelse på EU-markedet og eksport fra Unionen af visse råvarer og produkter, der er forbundet med skovrydning og skovforringelse | COM(2021) 706 final2021/0366(COD) | Ja | Artikkel 23, forslag om at brudd på forordningen skal sanksjoneres, blant annet med utelukkelse fra å delta i offentlige anskaffelser. | Forslag |
| Forslag til endring av direktiv om energieffektivitet | COM(2021) 558 final2021/0203(COD) | Ja | Foreslår endringer i bestemmelsen om offentlige anskaffelser (nå artikkel 7), noe utvidet virkeområde og skjerpede formuleringer.  | Forslag |

Kilde: EUR-LEX

Utvalget viser i tillegg til at EU har vedtatt ytterligere to rettsakter som ikke fremgår av oversikten over. Det er for det første forordningen om tredjelandssubsidier, som ikke er merket som EØS-relevant av EU-kommisjonen.[[119]](#footnote-119) Det andre er forordningen om internasjonale offentlige anskaffelser (IPI-forordningen).[[120]](#footnote-120) Den regulerer blant annet adgangen for leverandører, varer og tjenester fra tredjeland, til EUs marked for offentlige anskaffelser og konsesjonskontrakter. IPI-forordningen er markert som EØS-relevant av EU-kommisjonen.

Felles for begge forordningene er at de delvis er hjemlet i EUs handelspolitikk, som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Samtidig regulerer de begge forhold som er av betydning for hvordan det indre markedet fungerer, herunder også markedet for offentlige anskaffelser. Begge forordningene handler om å beskytte det indre marked mot markedsaktører fra tredjeland, som etter EUs syn ikke opererer ut fra samme forutsetninger som det virksomheter etablert i EU må forholde seg til.[[121]](#footnote-121) Et eksempel på at dette kan få konsekvenser også for norske oppdragsgivere, kan være et tilfelle hvor leverandører etablert i EØS reagerer på at en såkalt avtaleløs leverandør fra et tredjeland får konkurrere om en kontrakt i Norge, se utvalgets drøftelser i kapittel 24.19 om dette spørsmålet. Vanskelige spørsmål vil også kunne oppstå dersom Norge skulle ha eller inngå handelsavtaler med tredjeland, som gir leverandører derfra bedre tilgang til det norske markedet for offentlige anskaffelser enn det de har i EU. En nærmere vurdering av hvilke konsekvenser EUs tiltak mot tredjeland kan tenkes å få for EØS-landet Norge, faller imidlertid utenfor rammene for denne utredningen. Utvalget nøyer seg med å konstatere at ingen av de nevnte forordningene i skrivende stund er implementert i EØS-avtalen.

Som en del av EUs strategi om et rettferdig, sunt og miljøvennlig matsystem er det også varslet en forordning om bærekraftige matsystemer.[[122]](#footnote-122) I strategien fremholder EU-kommisjonen at den vil undersøke hva som vil være den beste fremgangsmåten til å fastsette obligatoriske minimumskriterier for bærekraftige anskaffelser av matvarer.[[123]](#footnote-123) Forslaget er ventet mot slutten av 2023.

## Vurdering av behovet for fremtidige lov- eller forskriftsbestemmelser

Utvalget er bedt om å vurdere behovet for fremtidige lov- eller forskriftsbestemmelser, i forlengelsen av den regelverksutviklingen som skjer i EU. Fremstillingen over viser at det skjer betydelig regelverksutvikling i EU, men også at mesteparten av de nevnte rettsaktene er på forslagsstadiet. Utvalget mener derfor det er riktig å avvente en vurdering av behovet for lov- og forskriftshjemler til rettsaktene er vedtatt i EU. Det er først når en rettsakt er vedtatt at det kan gjøres en rettslig holdbar vurdering av hvordan den bør gjennomføres. Det er ikke opplagt at det er ny lov om offentlige anskaffelser som kan eller bør være hjemmel for alle de nevnte rettsaktene.

Utvalget mener likevel at en ny lov om offentlige anskaffelser bør inneholde en hjemmel til å vedta forskrifter om standardiserte minimumskrav. Fremstillingen over viser at det vil komme standardiserte minimumskrav på flere områder, og etter utvalgets oppfatning bør disse gjennomføres med hjemmel i anskaffelsesloven. I en situasjon hvor offentlige oppdragsgivere vil måtte forholde seg til stadig mer fragmentert EU-lovgivning, bør norsk lov- og forskriftsgiver forsøke å samle så mye som mulig av denne lovgivningen i et helhetlig anskaffelsesregelverk.

Utvalgets forslag

Utvalget viser til:

* at regelverksutviklingen i EU er fragmentert, og det foreslås spredte bestemmelser knyttet til offentlige anskaffelser.
* at dette styrker behovet for å samle det nasjonale regelverket for offentlige anskaffelser.
* at det vil bli et behov for veiledning til offentlige oppdragsgivere når rettsaktene etter hvert blir innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett.

Utvalget foreslår:

* at ny lov om offentlige anskaffelser inneholder en lovhjemmel til å fastsette forskrift om standardiserte minimumskrav.
* at fremtidig behov for lovhjemmel knyttet til øvrige rettsakter vurderes når rettsaktene er vedtatt i EU, slik at det kan gjøres en konkret vurdering av rettsaktens innhold og påkrevde hjemmelsgrunnlag.

[Boks slutt]

Del II

Formål og samfunnshensyn

# Lovens formål

## Innledning

Anskaffelsesloven innledes med en egen formålsbestemmelse i § 1 som gir uttrykk for at lovens formål er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og å bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Bestemmelsen kan ikke anses som en uttømmende angivelse av anskaffelsesregelverkets formål. Den gir likevel overordnede føringer for tolkningen og anvendelsen av loven.

Utvalget mener at en ny anskaffelseslov også bør innledes med en egen formålsbestemmelse, hvor lovgiver gir uttrykk for hvilke formål anskaffelsesregelverket er ment å fremme. Dette er ikke bare av betydning for tolkningen av loven og avledet regelverk i tilfeller hvor det måtte oppstå tvil om dette – lovens formål er også av betydning for anvendelsen av regelverket i tilfeller hvor offentlige oppdragsgivere råder over et handlingsrom. Gjennom formålsbestemmelsen kan lovgiver signalisere hvilke hensyn offentlige oppdragsgivere forventes å ta når de går ut i markedet for å kjøpe varer eller tjenester.

Målsettingen om effektiv bruk av samfunnets ressurser er og blir sentral. For utvalget er det likevel klart at det over tid har vokst frem et ønske fra Storting og regjering om å bruke offentlige anskaffelser som verktøy for å oppnå også andre formål. Det klareste eksempelet på dette i dagens lov er § 5 om miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn. Et stykke på vei vil det være mulig å inkludere disse formålene i en vid forståelse av hva som menes med effektiv bruk av samfunnets ressurser. Etter utvalgets syn er det likevel ikke til å komme forbi at det i enkelte saker vil være et spenningsforhold mellom formålene som kommer til uttrykk i § 5, og det som fra et samfunnsøkonomisk perspektiv kan anses dekket av formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser i § 1.

Utvalget legger til grunn de føringer knyttet til regelverkets ulike formål som kommer til uttrykk i mandatet. Samtidig er utvalget opptatt av at det bør være samsvar mellom ordlyden i lovens formålsbestemmelse og de ulike formål som lovgiver faktisk ønsker å bruke anskaffelsesreglene til å fremme. Utvalget fremmer derfor forslag om en revidert formålsbestemmelse, i tråd med de formål som kommer til uttrykk i så vel gjeldende anskaffelsesregelverk som utvalgets mandat.

## Gjeldende rett

### Anskaffelsesdirektivet

Anskaffelsesdirektivene inneholder ikke egne formålsbestemmelser, men omfattende fortaler som gir uttrykk for en rekke ulike gode formål som direktivene er ment å ivareta.

Overordnet handler EU-regelverket om offentlige anskaffelser om å sikre leverandører fra samtlige EU-stater like muligheter til å konkurrere om offentlige oppdrag i hele EU (over gitte terskelverdier). I bakgrunnen ligger det alminnelige forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og reglene om fri bevegelighet av varer og tjenester, som er nedfelt i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). I kraft av EU-retten har hver av medlemsstatene gitt avkall på muligheten til å favorisere nasjonale leverandører, mot garantier for at deres nasjonale leverandører ikke utsettes for forskjellsbehandling i konkurransen om offentlige oppdrag i de andre 26 medlemsstatene. Anskaffelsesregelverket tjener med dette til å realisere EUs indre marked, og dermed indirekte også til økt internasjonal konkurransekraft for europeiske leverandører som kan vokse på et stort hjemmemarked.

I anskaffelsesdirektivets fortale fremheves det videre at anskaffelsesreglene skal bidra til smart, bærekraftig og inkluderende vekst («smart, sustainable and inclusive growth»), samt sikre effektiv bruk av offentlige midler («the most efficient use of public funds»), jf. avsnitt 2. De tidligere direktivene fra 2004 ble revidert blant annet for å gjøre det «lettere for små og mellomstore bedrifter (SMB-er) å delta ved offentlige innkjøp, og gjøre det mulig for innkjøpere å utnytte offentlige innkjøp på en bedre måte til støtte for felles samfunnsmål».

Anskaffelsesdirektivets fortale omtaler videre en lang rekke gode formål som EU-retten enten selv fremmer eller i det minste tillater at medlemsstatenes regler for offentlige anskaffelser forfølger, innenfor de rammer som direktivet setter. Eksempler på dette er sosial og yrkesmessig integrering og reintegrering av personer med nedsatt funksjonsevne og vanskeligstilte personer (avsnitt 36), innovasjon (avsnitt 47), hensynet til små og mellomstore bedrifter (avsnitt 78), miljøhensyn (avsnitt 91 og utover), likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet, økt deltakelse av kvinner på arbeidsmarkedet, balanse mellom arbeid og privatliv, vern av miljøet og dyrs velferd, etterlevelse av de grunnleggende bestemmelsene i Den internasjonale arbeidsorganisasjon (ILO) mv. (avsnitt 98) og hensynet til et lovlydig nærings- og arbeidsliv (avsnitt 101, jf. 105).

Tilsvarende formål som nevnt for anskaffelsesdirektivet ovenfor, fremgår av forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet.

De mange gode formål som nevnes i anskaffelsesdirektivets fortale har gitt opphav til en diskusjon i litteraturen om hva formålet med EUs anskaffelsesregelverk egentlig er.[[124]](#footnote-124) Et stykke på vei handler diskusjonen om hvorvidt konkurranse om offentlige kontrakter i EU-rettslig sammenheng er et mål i seg selv, eller snarere et virkemiddel for å oppnå de overordnede formålene ved det indre marked, slik disse kommer til uttrykk i Traktaten om Den europeiske union (TEU) artikkel 3 nr. 3. Det kan også problematiseres om mest mulig effektiv bruk av offentlige midler er noe EU kan pålegge medlemsstatene å prioritere i typetilfeller hvor det kan hevdes å være et spenningsforhold mellom dette formålet og andre hensyn som EU-retten anerkjenner og som en medlemsstat ønsker å prioritere. I lys av alle de ulike samfunnshensynene som også omtales i direktivets fortale, bør den praktiske betydningen av denne diskusjonen ikke overdrives. Utvalget nøyer seg med å påpeke at det ved tolking og anvendelse av anskaffelsesdirektivet er viktig å ha for øye at direktivet inngår i en større EU-rettslig sammenheng, jf. TEU artikkel 3 nr. 3.

Gjennom EØS-avtalen er det indre marked utvidet til å inkludere EFTA-statene som er parter til avtalen. For norske leverandører gir dette rett til å konkurrere om offentlige oppdrag i hele EØS-området, mens det for norske oppdragsgivere innebærer en plikt til å likebehandle leverandører fra Norge og de andre EØS-statene. Gjennom EØS-avtalen er de overordnede formålene med EU-lovgivningen om offentlige anskaffelser utvidet til å gjelde for hele EØS-området.

### Anskaffelsesloven

#### Innledning

Dagens anskaffelseslov § 1 angir et todelt formål. Loven skal for det første fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. For det andre skal den bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

#### Forenklingsutvalgets forslag

Forenklingsutvalgets flertall trakk frem effektiv bruk av samfunnets ressurser som det sentrale formålet med anskaffelsesregelverket.[[125]](#footnote-125) Flertallet mente at formålsbestemmelsen burde angi dette og konkurranse om offentlige kontrakter som lovens formål.

Forenklingsutvalgets flertall fulgte opp synet på effektiv ressursbruk som anskaffelsesregelverkets sentrale formål i sine anbefalinger knyttet til det som ble omtalt som «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn»: slike hensyn, som for eksempel miljø, HMS, skatteinndrivelse, antall lærlinger og så videre, ville ifølge utvalget «raskt kunne komme i konflikt med formålet om å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser».[[126]](#footnote-126) Bestemmelser i anskaffelsesloven av 1999 som ivaretok slike hensyn ble derfor foreslått fjernet. Samtidig uttalte utvalgets flertall at det ville være å gå i helt feil retning å introdusere nye bestemmelser som skal fremme andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige.[[127]](#footnote-127) Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn burde i stedet fanges opp av annet regelverk.

Samtidig presiserte Forenklingsutvalgets flertall at det måtte legges til grunn en vid forståelse av hva som ligger i «effektiv bruk av samfunnets ressurser», hvor gjennomføringen av offentlige anskaffelser ses i en større samfunnsmessig sammenheng.[[128]](#footnote-128) Flertallet uttalte i denne sammenheng at det offentliges anskaffelsesvirksomhet blant annet skulle legge til rette for innovasjon og ivaretakelse av miljøhensyn.[[129]](#footnote-129) At plikten til å ta hensyn til blant annet miljømessige konsekvenser ble foreslått strøket, skulle ikke innebære at oppdragsgiver ville være forhindret fra å ta slike hensyn.[[130]](#footnote-130)

Selv om Forenklingsutvalgets flertall ikke ønsket å begrense oppdragsgivers anledning til å ta «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn», så ville bortfallet av en lovbestemt plikt føre til at muligheten til å ta slike hensyn ville bero på løpende politiske prioriteringer og ressursallokeringer. Flertallet var bekymret for at en presisering av formålet utover «effektiv ressursbruk» kunne gi føringer for særinteresser og favorisere enkelte interessegrupper, og ønsket i stedet en rettstilstand hvor lovens formål ikke var til hinder for den politiske handlefriheten til å gjøre nødvendige prioriteringer og ressursallokeringer.[[131]](#footnote-131) Ettersom samfunnet endrer seg over tid, mente utvalgets flertall at formål som det kunne være fornuftige å presisere i dag, ville kunne vise seg mindre viktige i fremtiden.

Forenklingsutvalgets mindretall fremhevet at anskaffelsesregelverket er et stort og viktig verktøy for å nå samfunnspolitiske mål, og påpekte at dette også kom til uttrykk i de (da) nye EU-direktivene.[[132]](#footnote-132) Mindretallet delte flertallets syn på en vid tilnærming til hva som ligger i effektiv bruk av samfunnets ressurser, men viste til at effektiv ressursbruk ofte feilaktig vurderes å bety at tilbudet med lavest pris i konkurransen må velges, eller at det må brukes minst mulig ressurser på å gjennomføre anskaffelsen. Mindretallet foreslo derfor at lovens formål burde angis som i) størst mulig samlet verdiskapning gjennom effektiv ressursbruk, basert på konkurranse, og ii) et regelverk som sikrer at allmennheten har tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet, og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte.

#### Departementets syn

Departementet sluttet seg til Forenklingsutvalgets flertall i synet på effektiv bruk av samfunnets ressurser som det sentrale formålet med anskaffelsesregelverket.[[133]](#footnote-133) Etter departementets syn burde det samtidig fremgå av formålsbestemmelsen at loven skal bidra til at det offentlige opptrer med integritet ved offentlige anskaffelser.

Forslaget om å løfte frem konkurranse om offentlige kontrakter som et formål med anskaffelsesregelverket ble ikke fulgt opp, idet departementet anså dette som et virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk, og ikke som et formål i seg selv.

På tilsvarende vis som Forenklingsutvalgets flertall presiserte departementet at angivelsen av effektiv ressursbruk som det overordnede formålet med regelverket, ikke skulle være til hinder for at det kan tas andre samfunnshensyn ved gjennomføringen av konkurranser om offentlige kontrakter. Departementet viste her til sitt forslag om å regulere hvordan ulike samfunnshensyn skal og kan ivaretas i en anskaffelsesprosess (lovens § 5) og forslaget om krav om bruk av lærlinger (§ 7). Det følger forutsetningsvis av dette at departementet, i motsetning til Forenklingsutvalgets flertall, ikke så noen motsetning mellom effektiv ressursbruk som lovens sentrale formål og lovpålagte plikter for oppdragsgivere til å ta ulike «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn».

#### Stortingets syn

Under Stortingets behandling av lovforslaget uttalte Næringskomiteen at det overordnede målet med anskaffelsesregelverket er å bidra til at den samlede verdiskapingen i samfunnet økes.[[134]](#footnote-134) Komiteen merket seg samtidig at det i den åpne høringen var flere som tok til orde for at formålsparagrafen må ses i en større samfunnsmessig sammenheng enn det departementet hadde foreslått, og at flere hensyn må inntas i formålsparagrafen. Komiteen tok derfor ordet «samfunnstjenlig» inn i formålsparagrafen, for å kunne ivareta hensyn knyttet til blant annet «konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold».

Komiteen fulgte samtidig opp departementets forslag til samfunnshensyn (§ 5), med tilføyelser av hensyn til livsykluskostnader som ledd i miljø- og klimavennlige anskaffelser (første ledd), innovasjon (andre ledd) og krav til universell utforming (fjerde ledd).

Med hensyn til klima og miljø, et av de «ikke-anskaffelsesfaglige» hensynene som Forenklingsutvalgets flertall ville ta ut av loven, uttalte en samlet komité at den så på offentlige anskaffelser som ett av flere viktige virkemidler i omstillingen til lavutslippssamfunnet. En samlet komité løftet også frem flere andre samfunnshensyn som den ønsket at anskaffelsesregelverket skal legge til rette for, slik som hensynet til små og mellomstore bedrifter.

Næringskomiteens endringsforslag ble alle vedtatt av Stortinget.

#### Særskilte formålsbestemmelser i forskriftene

I en del forskrifter gitt i medhold av anskaffelsesloven (2016) er det tatt inn egne formålsbestemmelser. For eksempel er det i forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter § 1 angitt at forskriften skal «bidra til et tilstrekkelig antall læreplasser for elever i yrkesfaglig utdanning og et tilstrekkelig antall kvalifiserte arbeidere med fag- eller svennebrev, samt å motvirke økonomisk kriminalitet». Et annet eksempel er § 7-9 om klima- og miljøhensyn, som med virkning fra 1. januar 2024 får nytt første ledd som fremhever at «krav og kriterier etter denne bestemmelsen skal ha som mål å redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk eller miljøbelastning».

I henhold til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i § 1-1 er formålet blant annet å bidra til økt verdiskaping i samfunnet ved å sikre «mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling, for på denne måten også ivareta behovet for å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk og industriell base».

## Utvalgets vurderinger

### Overordnet om ny formålsbestemmelse

Utvalget mener at en ny anskaffelseslov bør innledes med en bestemmelse som sier hva loven gjelder – fremgangsmåten for offentlige anskaffelser – og hvilke formål anskaffelsesregelverket er ment å fremme.

I utformingen av forslaget har utvalget tatt konsekvensene av at det over tid har vokst frem et sterkt ønske fra Stortinget og ulike regjeringer om å bruke offentlige anskaffelser som verktøy for å fremme ulike samfunnshensyn. Selv om en vid forståelse av hva som menes med effektiv bruk av samfunnets ressurser kan gi rom for å ta ulike samfunnshensyn, så er det etter utvalgets oppfatning ikke til å komme forbi at det er et visst spenningsforhold mellom samfunnshensynene som kommer til uttrykk i § 5 i dagens lov og det som fra et samfunnsøkonomisk perspektiv kan anses dekket av formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette er en oppfatning i tråd med vurderingene til både flertallet og mindretallet i Forenklingsutvalget, hvor flertallet nettopp som følge av dette spenningsforholdet foreslo å ta alle «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn» ut av loven, samtidig som mindretallet mente at en rendyrket henvisning til effektiv ressursbruk var for snever for de samfunnshensyn som mindretallet mente at regelverket burde ivareta. Stortingets beslutning om å tilføye i formålsbestemmelsen i dagens lov at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, hviler forutsetningsvis på samme oppfatning.

Som uenigheten i Forenklingsutvalget viste, er det to mulige løsninger på spenningen mellom bestemmelser som pålegger oppdragsgivere å ta ulike samfunnshensyn og en formålsbestemmelse som løfter frem effektiv ressursbruk som lovens sentrale formål: enten at plikten til å ta samfunnshensyn underordnes formålet om effektiv ressursbruk, eller at det angis et bredere formål for loven. Utvalget ser imidlertid ikke grunn til å gjenåpne denne diskusjonen. Selv om utvalgets mandat understreker betydningen av effektiv bruk av samfunnets ressurser, så kommer det klart frem at lovforslaget utvalget er bedt om å lage skal ivareta en rekke samfunnshensyn, slik som klima og miljø, menneskerettigheter og et seriøst arbeids- og næringsliv. Utvalget har tatt konsekvensene av dette og utarbeidet et forslag til en ny formålsbestemmelse som i større utstrekning enn i dag reflekterer de formål som lovgiver faktisk ønsker å bruke anskaffelsesreglene til å fremme.

I diskusjonen om hvilke formål som bør tas inn i en ny formålsbestemmelse, har utvalget vært opptatt av at listen ikke må bli for lang om den skal kunne tjene som retningslinje for anvendelsen av loven. En formålsbestemmelse som den foreslåtte vil uansett ikke være uttømmende. Den er ikke til hinder for at offentlige oppdragsgivere, innenfor de rammer som anskaffelsesregelverket setter, også forfølger andre gode formål gjennom sine anskaffelser. Lovens formålsbestemmelse bør derfor begrenses til samfunnshensyn som lovgiver mener det er grunn til å pålegge offentlige oppdragsgivere å ta hensyn til, og hvor denne forventningen følges opp i lovens øvrige bestemmelser.

Det er riktig, som påpekt av Forenklingsutvalgets flertall, at en formålsbestemmelse med konkrete samfunnshensyn vil begrense offentlige oppdragsgiveres handlefrihet, og at det ikke er gitt at dagens prioritering av viktige hensyn vil stå seg for all fremtid. Slik utvalget forstår departementet og Næringskomiteens uttalelser i forarbeidene til dagens lov, og også mandatet som dette utvalget har fått, er imidlertid hele poenget med å ta utvalgte samfunnshensyn inn i loven å styre offentlige anskaffelser gjennom lovverket. I dette ligger det også at lovgiver i fremtiden må være beredt til å justere lovens formålsbestemmelse dersom samfunnsutviklingen skulle tilsi dette.

På samme måte som i dagens lov er utvalgets forslag til formålsbestemmelse ikke i seg selv ment å gi opphav til rettigheter og plikter. Utvalgets syn er likevel at utkastet til ny formålsbestemmelse vil utgjøre en mer operativ retningslinje for så vel tolkning som anvendelse av regelverket enn dagens bestemmelse.

### Effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser

Utvalget foreslår at anskaffelseslovens overordnede formål angis som effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser, og at dette så utpensles i en ikke-uttømmende liste av underpunkter som klargjør hva som ligger i det overordnede formålet.

Effektiv bruk av samfunnets ressurser henviser både til hva som er effektiv ressursbruk for oppdragsgiver i den konkrete anskaffelsen, og hva som er effektiv ressursbruk for samfunnet i et større samfunnsmessig perspektiv. En anskaffelse er kostnadseffektiv dersom den gir best mulig leveranse i forhold til kostnaden på leveransen. Det vil si at for et gitt kvalitetsnivå, så skjer anskaffelsen til lavest mulig pris. En anskaffelse er formålseffektiv dersom formålet med anskaffelsen nås (ønskede effekter for brukerne og samfunnet). En god anskaffelse vil være både kostnadseffektiv og formålseffektiv. Både med hensyn til kostnadseffektivitet og med hensyn til formålseffektivitet kan det imidlertid være forskjell på hva som er mest effektivt for den enkelte oppdragsgiver og for samfunnet som helhet. Det kan også være avvik mellom hva som er henholdsvis kostnadseffektivt og formålseffektivt på kort sikt og på lang sikt. En anskaffelse som gir reduserte klimagassutslipp eller andre positive miljøeffekter for samfunnet, kan koste oppdragsgiver mer enn et mindre klima- og miljøvennlig alternativ. Bruk av offentlige anskaffelser som virkemiddel i klima- og miljøpolitikken krever av denne grunn at formålseffektivitet prioriteres over kostnadseffektivitet, og at det anlegges en samfunnsorientert tilnærming til formålseffektivitet.

Utvalget vil fremheve at målsettingen om effektiv bruk av samfunnets ressurser er og blir sentral. Det offentliges ressurser er begrensede. Effektiv ressursbruk i offentlige anskaffelser vil kunne frigjøre ressurser som kan brukes for å ivareta viktige samfunnshensyn på andre måter. Et enkelt eksempel vil være en anskaffelse hvor det aller mest klimavennlige tilbudet er så mye dyrere enn et tilbud som er bare litt mindre klimavennlig at oppdragsgiver ikke trenger å bruke mer enn en liten del av besparelsene på andre klimatiltak for å oppveie forskjellen. Se nærmere om dette i kapittel 14 om grønn omstilling.

Utvalget slutter seg til den vide forståelsen av effektiv ressursbruk som både flertall og mindretall i Forenklingsutvalget gav uttrykk for.[[135]](#footnote-135) Uttrykket dekker mer enn bare et ønske om at offentlige virksomheter skal få mest mulig ut av ressursene de bruker på en konkret anskaffelse. Gjennomføringen av offentlige anskaffelser må ses i en større samfunnsmessig sammenheng. Effektiv ressursbruk handler ikke bare om å sikre den beste kvaliteten til lavest mulig kostnad, men også om å bidra til en bærekraftig og effektiv offentlig sektor, effektivitet og kostnadsbevissthet i privat sektor, utvikling av bedre og mer brukervennlige tjenester til innbyggerne, effektive klima- og miljøtiltak og så videre.

Utvalget deler imidlertid også oppfatningen til Forenklingsutvalgets mindretall av at en målsetting om effektiv ressursbruk ofte feilaktig forstås slik at tilbudet med lavest pris i konkurransen må velges, eller at det må brukes minst mulig ressurser på å gjennomføre anskaffelsen. I høringen av Forenklingsutvalgets forslag var Justis- og beredskapsdepartementet inne på det samme da det ble stilt spørsmål ved om «effektiv bruk av samfunnets ressurser» var et tilstrekkelig presist uttrykk til å gi veiledning for anvendelsen av anskaffelsesregelverket.[[136]](#footnote-136) Når målsettingen om effektiv ressursbruk suppleres med en presisering av at anskaffelsene skal være bærekraftige, og så eksemplifiseres med en nærmere angivelse av sentrale samfunnshensyn som lovgiver ønsker å bruke anskaffelsesregelverket til å fremme, vil det etter utvalgets syn komme bedre frem at målsettingen om effektiv ressursbruk må forstås vidt.

Bærekraftige anskaffelser er anskaffelser som tar hensyn til både økonomi, miljø og sosiale hensyn. Dette kommer også frem i utvalgets mandat, hvor det fremheves at samfunnet hurtig må omstilles til et mer bærekraftig samfunn og angis at bærekraft har tre dimensjoner, miljømessig bærekraft (klima og miljø), sosial bærekraft (sikre menneskerettighetene, motvirke sosial dumping og bekjempe arbeidslivskriminalitet) og økonomisk bærekraft (sikre mennesker og samfunn økonomisk trygghet).

I dagens formålsbestemmelse er hensynet til å bekjempe arbeidslivskriminalitet, fremme miljø og klima, ivareta sosiale forhold med videre ment ivaretatt gjennom forventningen om at offentlige anskaffelser skjer «på en samfunnstjenlig måte».[[137]](#footnote-137) Næringskomiteens uttalelser gir imidlertid lite veiledning med hensyn til hva som mer konkret menes med samfunnstjenlige anskaffelser, hvilke andre samfunnshensyn enn de uttrykkelig nevnte som er omfattet og hvilken betydning dette formålet skal ha for anvendelsen av loven. I dagens lov er dessuten formålet om samfunnstjenlige anskaffelser koblet på formålet om en lov som skal bidra til at offentlige oppdragsgivere opptrer med integritet. Dette leder tankene hen til at forventningen om samfunnstjenlige anskaffelser handler mest om at regelverket sikrer åpenhet rundt og kontroll med anskaffelsene, for slik å forhindre korrupsjon og kameraderi. Det var også slik uttrykket «samfunnstjenlig måte» opprinnelig var ment, da det i 2006 kom inn i formålsbestemmelsen til 1999-loven.[[138]](#footnote-138) Forarbeidene til dagens lov gjør det klart at uttrykket nå har et annet og langt videre innhold, men denne forhistorien underbygger utvalgets oppfatning av at de samfunnshensynene som Stortinget var og er opptatt av, bør komme klarere til uttrykk i en ny formålsbestemmelse. Utvalget mener at dette sikres dels gjennom tilføyelsen av bærekraft i den overordnede formålsangivelsen og dels gjennom listen av underpunkter som klargjør hva som ligger i det overordnede formålet.

Utvalgsmedlemmet Breiland er uenig i flertallets forslag om ny formålsparagraf når det gjelder plasseringen av ordene «bærekraftig» og «effektiv». Dette medlemmet mener at lovens formål er å fremme bærekraftige anskaffelser, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Breiland peker på at utvalgets mandat løfter frem bærekraftige anskaffelser, der klima og miljø, kampen mot arbeidslivskriminalitet og sosial dumping, samt å fremme menneskerettigheter, står sentralt. Ved vanskelige avveininger mellom bærekraft og effektivitet kan plasseringen av bærekraft i ordlyden få avgjørende betydning. Det vil sende helt feil signaler dersom effektivitet skal få forrang foran bærekraft. Dette innebærer ikke at formålet om kostnadseffektiv behovsdekning tapes.

Breiland vil derfor foreslå at lovens formålsbestemmelse skal ha følgende formulering i første ledd: «Loven skal fremme bærekraftig og effektiv bruk av samfunnets ressurser».

Breiland har også ønsket at loven skal ha som et formål at den skal bidra til at vedtatt velferdspolitikk kan gjennomføres på en hensiktsmessig måte. Breiland mener det er viktig at loven bidrar til å synliggjøre handlingsrommet og gir mulighet for vedtatt norsk politikk innen velferd og sosialområdet.

### Utpenslingen av målsettingen om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser

Som en første presisering av hva som ligger i effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser mener utvalget at det bør komme klart frem at loven skal bidra til at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte. I dette ligger ikke noen prioritering av snever kostnadseffektivitet over andre formål som anskaffelsesregelverket skal fremme, men en viktig påminnelse om at ønsket om å bruke anskaffelsesregelverket til å fremme andre samfunnshensyn ikke må føre til at formålet om kostnadseffektiv behovsdekning tapes av syne.

Utvalget mener videre at en ny formålsbestemmelse bør løfte frem omstilling til et lavutslippssamfunn som et viktig ledd i målsettingen om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Utvalget vil i tråd med dette strekpunktet foreslå at oppdragsgivere skal prioritere å stille krav eller kriterier som reduserer klimaavtrykket til offentlige anskaffelser. Se nærmere om dette i kapittel 14. Etter utvalgets syn er det også en kobling mellom målsettingen om anskaffelser som bidrar til omstilling til et lavutslippssamfunn og målsettingen om anskaffelser som fremmer innovasjon.

Utvalget mener videre at målsettingen om omstilling til et lavutslippssamfunn bør suppleres av et mer generelt formål om å begrense de miljømessige konsekvensene av offentlige anskaffelser i et tredje strekpunkt. På denne måten synliggjør bestemmelsen både at klimagassutslipp fra offentlige anskaffelser skal reduseres, og at de miljømessige konsekvensene skal begrenses. Dette er i tråd med formålet som kommer til uttrykk i dagens anskaffelseslov § 5, men som etter utvalgets syn bør flyttes til lovens formålsbestemmelse.

Utvalget mener videre at også målsettingen om innovasjon bør synliggjøres i en ny formålsbestemmelse. Innovasjon er et virkemiddel for å oppnå bedre produkter og tjenester, men også et virkemiddel for å sikre et konkurransedyktig næringsliv. Utvalget mener imidlertid at det er riktig å fremheve innovasjon som et eget formål som anskaffelsesregelverket skal bidra til å fremme. Utvalget foreslår flere justeringer i regelverket for at det bedre skal legge til rette for innovasjon. Se nærmere omtale i kapittel 15.

Videre mener utvalget at det bør fremheves som et eget formål at offentlige anskaffelser skal bidra til anstendige arbeidsforhold. Anskaffelsesregelverket brukes i dag som et av flere virkemidler for å motvirke sosial dumping og arbeidslivskriminalitet. Etter utvalgets syn inngår en målsetting om å bidra til anstendige arbeidsforhold i den overordnede målsettingen om bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Anstendige arbeidsforhold har også en side til rettferdig konkurranse. Dette handler om å motvirke at uanstendige lønns- og arbeidsvilkår blir et prisreduserende konkurransefortrinn, og at offentlige kontrakter bidrar til press på ansattes lønns- og arbeidsvilkår. Også EU er opptatt av slike hensyn i anskaffelser. Utvalget viser til at et av flere formål med det nye anskaffelsesdirektivet er å legge bedre til rette for å ta samfunnshensyn, herunder sosiale hensyn, i offentlige anskaffelser. Utvalget viser i den sammenheng til anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2 og direktivets fortale.

Utvalget mener videre at konkurranse om offentlige kontrakter bør synliggjøres i ny formålsbestemmelse. Utvalget vil i denne sammenheng vise til Næringskomiteens uttalelser i forarbeidene til dagens anskaffelselov om at samfunnstjenlige anskaffelser blant annet skal fremme konkurranse.[[139]](#footnote-139) Utvalget viser også til at et samlet Forenklingsutvalg ønsket å løfte frem konkurranse ikke bare som et virkemiddel for å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, men som et formål i seg selv.[[140]](#footnote-140) Også i fortalen til anskaffelsesdirektivet fremheves det at direktivet skal åpne markedet for offentlige kontrakter opp for konkurranse, noe som kan tas til inntekt for at også EU-lovgiver anser konkurranse som et formål og ikke bare som et virkemiddel. Fra leverandørenes perspektiv er muligheten til å få konkurrere om offentlige kontrakter et formål med anskaffelsesregelverket, noe som etter utvalgets syn bør anerkjennes i lovens formålsbestemmelse.

I de fleste tilfeller spiller det en liten rolle i praksis om konkurranse anses som et formål eller «bare» som et virkemiddel for effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor hensynet til kostnadseffektiv behovsdekning i snever forstand og hensynet til fremtidig konkurranse på det relevante leverandørmarkedet kan trekke i ulike retninger, og hvor det derfor er av betydning at begge er forankret i formålsbestemmelsen. Oppdeling av kontrakter for å utvikle konkurransen i leverandørmarkedet vil etter omstendighetene kunne føre til at enkelte store leverandører mister interessen for den konkrete konkurransen, men det kan likevel være riktig av hensyn til fremtidig konkurranse i det aktuelle leverandørmarkedet. Om bedre konkurranse om fremtidige kontrakter primært kommer den konkrete oppdragsgiveren eller andre oppdragsgivere til gode, er av underordnet betydning fra et samfunnsperspektiv. Hensynet til små og mellomstore bedrifter er særlig relevant i denne sammenheng, noe også EU-lovgiver har anerkjent i fortalen til anskaffelsesdirektivet. Etter utvalgets syn er det riktig å synliggjøre dette i lovens formålsbestemmelse, som ledd i det overordnede målet om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

Selv om utvalget ønsker å løfte frem konkurranse om offentlige kontrakter som et av lovens formål, er det klart at det skal mye til før dette formålet griper inn i oppdragsgivers frihet til å definere det behovet som anskaffelsen skal dekke og de kvalifikasjonene som oppdragsgiver mener leverandørene må ha for å kunne utføre oppdraget. Dersom behovet er spesialisert, vil konkurransen om oppdraget kunne bli begrenset. Oppdragsgiver bør tenke gjennom om det er nødvendig å stille krav eller kriterier som må antas å føre til begrenset konkurranse om kontrakten, men noe rettslig grunnlag for å overprøve kravspesifikasjonen eller kvalifiseringskriteriene vil det først være dersom oppdragsgivers skjønnsutøvelse er usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.[[141]](#footnote-141) Utvalget viser her til EU-lovgivers vurdering i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre ledd, hvor det angis at en anskaffelse ikke må utformes for å begrense konkurransen på en kunstig måte.

Videre mener utvalget at målsettingen om en lov som bidrar til at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte bør synliggjøres i formålsbestemmelsen. Utvalgets forslag til ny lov inneholder flere bestemmelser som gjør at oppdragsgiver opptrer tillitsvekkende. Under EØS-terskelverdi inneholder § 3-1 en henvisning til at oppdragsgivere må opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper. Over terskelverdi gjelder i tillegg prinsippene i § 9-1.

Videre mener utvalget at det er riktig å fremheve som et eget formål med loven at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning. Dette formålet kan henføres under målsettingen om effektiv ressursutnyttelse, og i EU-rettslig sammenheng også under proporsjonalitetsprinsippet, men utvalget mener det er ønskelig å fremheve dette som et eget formål. Som antydet i mandatet er det fare for at offentlige anskaffelser som skal ivareta en rekke samfunnshensyn blir kompliserte og ressurskrevende. Både for den enkelte oppdragsgiver, for rettsanvendere som skal håndheve reglene om samfunnshensyn, for departementet som skal gjennomføre standardiserte minstekrav (se nærmere i kapittel 14) og for lovgiver, kan det være til hjelp med en uttrykkelig påminnelse om at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning.

### Synliggjøring av anskaffelsesregelverket som gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser

Avslutningsvis mener utvalget at lovens formålsbestemmelse bør vise at et formål med loven er å gjennomføre Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.[[142]](#footnote-142) Over EØS-terskelverdi er norsk anskaffelsesregelverk for alle praktiske formål en gjennomføring av EUs anskaffelsesregelverk, og dette bør fremgå av formålsbestemmelsen. Argumentene for å nevne EØS-dimensjonen allerede i formålsbestemmelsen styrkes av at det etter omstendighetene kan tenkes å være et visst spenningsforhold mellom de formål som den norske loven angir og de som forfølges av EU-lovgiver.[[143]](#footnote-143) Over EØS-terskelverdi kan særnorske formål bare forfølges innenfor de rammer som EU-regelverket setter, og EU-regelverket må tolkes i lys av de formål som EU-lovgiver har angitt. Med den utpensling av lovens formål som utvalget tar til orde for, dempes imidlertid den potensielle spenningen mellom de formål som EU-regelverket forfølger og de formål som den norske loven angir.[[144]](#footnote-144)

Anskaffelsesloven gjennomfører også andre folkerettslige forpliktelser, og også dette bør brukere av loven gjøres oppmerksom på allerede i formålsbestemmelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at ny lov om offentlige anskaffelser har til formål å fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

[Boks slutt]

# Samfunnshensyn

## Innledning

Utvalget er bedt om å gjøre en gjennomgang av reglene om samfunnshensyn. Arbeidet skal ha fokus på å styrke klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser. Utvalget skal se hen til at samfunnet hurtig må omstilles til et mer bærekraftig samfunn. Begrepet bærekraft inneholder etter mandatet tre dimensjoner: miljømessig bærekraft (klima og miljø), sosial bærekraft (sikre menneskerettighetene, motvirke sosial dumping og bekjempe arbeidslivskriminalitet) og økonomisk bærekraft (sikre mennesker og samfunn økonomisk trygghet).

Hovedoppgaven for gjennomgangen av reglene om samfunnshensyn er å forenkle og tydeliggjøre bestemmelsene slik at regelverket blir mer brukervennlig. Hensynene skal fremmes effektivt og til en lavest mulig kostnad for samfunnet. Mandatet gir ingen uttrykkelig oppgave til utvalget om å fjerne eller å introdusere nye samfunnshensyn, og utvalget oppfatter dette slik at de eksisterende samfunnshensynene i dagens regelverk i utgangspunktet skal videreføres. Mandatet spesifiserer at klima- og miljøhensyn er av særlig viktighet og at utvalget skal ha fokus på å styrke klima- og miljøhensyn i regelverket. Det er ikke gitt tilsvarende formuleringer knyttet til de andre samfunnshensynene, og av dette kan det være naturlig å trekke slutningen om at utvalget har rom for å gå lengre når det gjelder klima- og miljøhensyn enn for de andre samfunnshensynene. Etter utvalgets oppfatning betyr det at utvalget kan foreslå nye og skjerpede forpliktelser som styrker klima- og miljøhensyn.

Utvalget er også bedt om å gjøre en samlet vurdering av hvordan bestemmelsene om samfunnshensyn fungerer i dag, og fremme forslag til endringer som kan bidra til bedre måloppnåelse. Utvalget har for den videre fremstillingen lagt til grunn at reglene om samfunnshensyn får bedre måloppnåelse hvis reglene forenkles og tydeliggjøres og med dette gjøres mer brukervennlige.

## Begrepet samfunnshensyn

På området for offentlige anskaffelser har begrepet «samfunnshensyn» etablert seg som en samlebetegnelse på de reglene som ivaretar andre mer ideelle formål eller bærekraftshensyn. Dette til forskjell fra de øvrige reglene i regelverket, som er knyttet til å forberede, gjennomføre og avslutte en konkurranse om en offentlig kontrakt. Begrepet har i utgangspunktet ikke et klart definert rettslig innhold, men begrepet er brukt i overskriften til anskaffelsesloven § 5. Begrepet er ikke ellers brukt i anskaffelsesloven eller forskrifter gitt i medhold av denne. Heller ikke anskaffelsesdirektivet inneholder begrepet samfunnshensyn. I en evaluering av den danske udbudsloven er det skrevet et eget kapittel om samfunnsansvar, og der er begrepet samfunnshensyn definert til hensyn som går lengre enn vurderingen av den relevante vare eller tjenestes funksjon og kvalitet samt omkostning.[[145]](#footnote-145) På engelsk brukes ofte begrepet «sustainable procurement» som viser til prosessen hvor offentlige oppdragsgivere tar hensyn til klima, miljø og andre sosiale hensyn. Målet er å fremme en bærekraftig utvikling.

Utvalgets oppfatning er at begrepet samfunnshensyn har et tilstrekkelig klart innhold, både i gjeldende anskaffelseslov § 5, og gjennom utvalgets mandat. I det følgende vil utvalget benytte begrepet som en samlebetegnelse på reglene i anskaffelsesregelverket som ivaretar andre mer ideelle formål.

## Historikk

Det har vært en utvikling fra spørsmålet om samfunnshensyn kan hensyntas i offentlige anskaffelser, til implementering av muligheten for dette, til dagens situasjon hvor spørsmålet er hvilket ambisjonsnivå som er ønskelig, hvor det gir størst effekt og om det skal innføres flere obligatoriske krav eller kriterier. EU-domstolen la allerede i 1987 til grunn at de da gjeldende anskaffelsesdirektivene åpnet for å ta samfunnshensyn.[[146]](#footnote-146) [[147]](#footnote-147) [[148]](#footnote-148) [[149]](#footnote-149)

Tronslin-utvalget uttalte i 1997 at «det er uheldig å blande forretningsmessige kriterier med andre krav i en anskaffelsesprosess». Etter Tronslin-utvalgets oppfatning burde samfunnsmessige krav i forbindelse med offentlige anskaffelser kun stilles der disse ikke er i konflikt med målene med selve anskaffelsesprosessen.[[150]](#footnote-150) Utvalget foreslo imidlertid en miljøbestemmelse uten sanksjonering. Anskaffelsesloven (1999) § 6 inneholdt en bestemmelse om at «statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer under planleggingen av den enkelte anskaffelse skal ta hensyn til livssykluskostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen».

I 2007 la regjeringen frem en handlingsplan for miljø og samfunnsansvar i offentlige innkjøp.[[151]](#footnote-151) I stortingsmeldingen Det gode innkjøp ble det påpekt at «[i]kkje minst er det viktig at offentlege innkjøp vert brukte til å fremje viktige samfunnsomsyn og bidra til miljøvennlege og innovative løysingar».[[152]](#footnote-152)

Forenklingsutvalgets flertall foreslo å fjerne eksisterende bestemmelser om ulike samfunnshensyn fra den særnorske delen av regelverket. Flertallet mente at den gjeldende reguleringen var lite hensiktsmessig, at bestemmelsene var lite egnet til å oppnå formålene de søkte å ivareta, at reguleringen sto i motstrid til ønsket om forenkling og at forskjellige samfunnsutfordringer primært burde søkes løst ved horisontale virkemidler fremfor spesifikk regulering i anskaffelsesregelverket.[[153]](#footnote-153) Departementet fremmet imidlertid mindretallets forslag, det som er dagens anskaffelseslov § 5.[[154]](#footnote-154)

I stortingsmeldingen Smartere innkjøp ble samfunnshensyn i offentlige anskaffelser viet stor plass.[[155]](#footnote-155) Regjeringen Solberg uttalte i meldingen at det «ikke er grunnlag for å vurdere regelendringer. Det er imidlertid grunn til å se nærmere på om handlingsrommet i regelverket brukes på en hensiktsmessig måte, og vurdere tiltak for å bedre regeletterlevelsen og utvikle en bedre praksis dersom denne skulle vise seg å være uhensiktsmessig.»[[156]](#footnote-156)

DFØ la i 2021 frem Handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon.[[157]](#footnote-157)

Vinteren 2022/2023 ble det gjennomført offentlige høringer av forslag til endringer i reglene om samfunnshensyn. Nærings- og fiskeridepartementet sendte et forslag til skjerpede miljøkrav på offentlig høring i perioden 8. desember 2022 til 8. mars 2023.[[158]](#footnote-158) I tillegg sendte Arbeids- og inkluderingsdepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet et forslag til endringer i anskaffelsesregelverket og byggherreforskriften for å bekjempe sosial dumping og arbeidslivskriminalitet. Høringsfristen var 4. februar 2023.[[159]](#footnote-159) Som følge av høringene er det vedtatt endringer i anskaffelsesregelverket som skal tre i kraft 1. januar 2024.[[160]](#footnote-160) [[161]](#footnote-161)

## Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2 pålegger medlemsstatene å treffe «egnede tiltak» for å sikre at leverandørene ved gjennomføring av offentlige kontrakter oppfyller gjeldende forpliktelser innenfor miljørett, sosialrett og arbeidsrett, fastsatt i unionsretten, nasjonal rett, kollektive avtaler eller i internasjonale miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige bestemmelser angitt i vedlegg til direktivet. EU-domstolen har gitt uttrykk for at artikkel 18 nr. 2 er «en kærneverdi» som medlemsstatene skal sikre oppfyllelsen av.[[162]](#footnote-162) Anskaffelsesdirektivet pålegger ellers ikke konkrete plikter til å ta samfunnshensyn i offentlige anskaffelser. Dette har blant annet kommet til uttrykk i fortalen til anskaffelsesdirektivet: «I lys av de store forskjellene mellom de forskjellige sektorene og markedene, ville det imidlertid ikke være hensiktsmessig å fastsette generelle obligatoriske krav til innkjøp med hensyn til miljø, samfunn og nyskaping».[[163]](#footnote-163) Det er likevel på det rene at direktivet oppfordrer, og gir handlingsrom til å ta samfunnshensyn. I Forenklingsutvalgets rapport ble det gitt en oversikt over enkelte bestemmelser i direktivet som gir slikt handlingsrom, se boks 12.1.

Utdrag fra NOU 2014: 4 kapittel 11.2

«Eksempler på bestemmelser i det nye direktivet som omhandler slike ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, er:

* Artikkel 18 nr. 2: Medlemslandene skal treffe passende tiltak for å sikre at leverandørene overholder gjeldende lovgivning på miljø- og arbeidsområdet og internasjonale menneskerettigheter når de gjennomfører kontrakter.
* Artikkel 42 nr. 1 annet avsnitt: Tekniske spesifikasjoner kan henvise til en bestemt produksjonsprosess eller metode for levering av forespurte ytelser, også når slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold.
* Artikkel 42 nr. 3 bokstav a: Tekniske spesifikasjoner kan angis som krav til ytelsen eller funksjonelle krav, herunder miljømessige egenskaper.
* Artikkel 43: Hvis oppdragsgivere skal anskaffe ytelser med spesifikke miljømessige eller sosiale egenskaper, kan han i de tekniske spesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene kreve et bestemt merke (sertifikat) som bevis for slike egenskaper.
* Artikkel 57 nr. 1: Oppdragsgiver skal avvise leverandører som er dømt for en rekke straffbare forhold, inkludert barnearbeid og korrupsjon.
* Artikkel 62: Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater for ulike kvalitetsstandarder, inkludert universell utforming og miljø.
* Artikkel 67 nr. 2: Ved tildeling av kontrakt kan oppdragsgiver legge vekt på sosiale, miljømessige og innovative aspekter.
* Artikkel 68 nr. 1 bokstav b: Eventuell beregning av livssykluskostnader skal blant annet inkludere kostnader ved utslipp av klimagasser og annen forurensning, og andre kostnader til klimatiltak.
* Artikkel 70: Kontraktsvilkårene kan omhandle innovasjon, miljø, sosiale forhold og arbeidsforhold».

Kilde: NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser kapittel 11.2

[Boks slutt]

I anskaffelsesdirektivets fortale illustreres bredden av ulike samfunnshensyn som direktivet legger opp til at kan fremmes:

«Vilkår for gjennomføring av kontrakter kan også ha til hensikt å være til gunst for gjennomføringen av tiltak som fremmer likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet, økt deltakelse av kvinner på arbeidsmarkedet, balanse mellom arbeid og privatliv, vern av miljøet og dyrs velferd, og å sikre at de grunnleggende bestemmelsene i Den internasjonale arbeidsorganisasjon (ILO) overholdes, samt å rekruttere flere vanskeligstilte personer enn det som kreves i henhold til nasjonal lovgivning».[[164]](#footnote-164)

## Vurdering av hvordan bestemmelsene om samfunnshensyn fungerer i dag

Anskaffelsesundersøkelsen er en undersøkelse som har blitt gjennomført i 2018, 2020 og 2022 av Difi (2018) og DFØ. Undersøkelsen er strukturert etter seks områder som er sentrale i arbeidet med innkjøp i offentlig sektor. Resultatene fra undersøkelsen gir et kunnskapsgrunnlag om modenhet i anskaffelser for offentlig sektor, og blir brukt i utviklings- og forbedringsarbeid på fagområdet.

Omkring halvparten av respondentene har en sentral innkjøpsenhet. Basert på innkjøpsledernes svar har en typisk sentral innkjøpsenhet fokus på det operative innkjøpsarbeidet, og driver prosessrådgivning, juridisk rådgivning og påser overholdelse av regelverket. De har hovedansvar for gjennomføring av større anskaffelser.

Når det gjelder prioritert tidsbruk i anskaffelsesprosessen så brukes det ca. 40 prosent på behovsfasen, 40 prosent på konkurransegjennomføring og 20 prosent på kontraktsoppfølging. Videre i undersøkelsen kommer det frem at det ikke nødvendigvis er de strategiske elementene i behovsfasen som blir prioritert. Dette har betydning ved at en del innkjøpsenheter gjør det som er påkrevet, men får ikke løftet blikket slik at de kan legge til rette for gevinster (økonomiske og samfunnsmessige), og hente dem i etterkant i oppfølging av kontrakt. I tillegg oppgir de fleste verken å ha tilstrekkelig tid og ressurser i anskaffelsesprosessen eller tid og ressurser til å videreutvikle innkjøpsenheten og drive med kompetanseutvikling.

For aktiviteter i kontraktsoppfølgingen kan vi se at oppgaver knyttet til samfunnsansvar får en lavere score enn andre oppgaver. Det vil si at virksomheter gjennomfører disse oppgavene sjeldnere enn andre oppgaver. Kontroll av lønns- og arbeidsvilkår, etterlevelse av miljøkrav og krav til menneskerettigheter i leverandørkjeden er det som kontrolleres minst. Andelen som svarer «vet ikke» er også høy her.

Anskaffelsesundersøkelsen viser at kommuner fokuserer mer på samfunnsansvar enn statlige virksomheter.

Utvalgets forslag

Utvalget vil peke på:

* at anskaffelsesregelverket i stor grad gir handlingsrom til å fremme samfunnshensyn.
* at denne adgangen er benyttet i dagens regelverk.

Utvalget legger til grunn at:

* reglene om samfunnshensyn får bedre måloppnåelse hvis reglene forenkles og tydeliggjøres, og med dette blir mer brukervennlige.

[Boks slutt]

# Plikt til å ta samfunnshensyn og ha rutiner

## Gjeldende rett

Anskaffelsesloven (2016) stiller ikke krav om at virksomheter på generell basis har en anskaffelsesstrategi eller anskaffelsesrutiner. I § 5 er det krav om at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen at den stiller overordnede krav til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis. Det betyr at oppdragsgiver må ha vurdert hvilke anskaffelser som medfører en vesentlig miljøbelastning slik at det er relevant å stille miljøkrav, og å ha utformet rutiner for hvordan disse anskaffelsene skal følges opp.[[165]](#footnote-165) Etter § 5 skal oppdragsgiver ha rutiner og følge disse opp i konkrete anskaffelser. Dette følger eksplisitt av første ledd tredje punktum for menneskerettigheter, men følger av forarbeidene hva gjelder miljøbelastning.[[166]](#footnote-166)

I tillegg skal oppdragsgiver ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter. Det følger av forarbeidene at oppdragsgiver har stor grad av fleksibilitet til å tilpasse innholdet i rutinene til sin virksomhet.[[167]](#footnote-167)

## Status for bruk av anskaffelsesstrategier

Anskaffelsesundersøkelsen fra 2022 viser at 62 prosent av virksomhetene oppgir å ha en anskaffelsesstrategi. Kommuner synes å fokusere mer på samfunnsansvar enn de andre virksomhetstypene. Når det kommer til styringsparametere er det kun 25 prosent som oppgir at de har dette på anskaffelsesområdet. Det er kun 6 prosent av statlige virksomheter og 9 prosent i kommuner og fylkeskommuner som rapporterer på styringsparametere til toppledelsen. Det kan tyde på at det er lite dialog i perioden mellom strategirevisjoner.

## Veiledning om strategisk organisering, styring og ledelse av anskaffelser

DFØ har veiledning til offentlige oppdragsgivere om hvordan en innkjøpsleder kan styre innkjøpsfunksjonen og legge til rette for styring av anskaffelsesprosessen. Det fremheves at god ledelse og styring av innkjøpsfunksjonen kan fremme effektivitet gjennom tverrfaglig samarbeid i hele virksomheten.

Det er flere virkemidler for hvordan en virksomhet kan styre sin innkjøpsfunksjon. Virksomheten kan for eksempel utvikle en anskaffelsesstrategi, organisere roller og ansvar, koordinere innkjøp gjennom kategoristyring, gjennomføre evalueringer, føre statistikk på utgifter til kjøp av varer og tjenester og gjennomføre kompetanseutviklingstiltak.

EU har utviklet et digitalt verktøy, «ProcurCompEU» som har til formål å støtte profesjonaliseringen av offentlige anskaffelser. Verktøyet definerer tretti nøkkelkompetanser, og gir støtte til offentlige anskaffelser som en strategisk funksjon som gir offentlige investeringer for en bærekraftig utvikling.

## Utvalgets vurdering

Utvalget mener at en ny lov bør inneholde en plikt for offentlige oppdragsgivere til å innrette sin anskaffelsespraksis, slik at samfunnshensynene som er nevnt i forslag til ny formålsbestemmelse ivaretas. Oppdragsgiver må som et utgangspunkt ha stor frihet til å velge hvordan anskaffelsespraksisen skal tilpasses. Det er likevel klart at flere av samfunnshensynene som er nevnt i formålsbestemmelsen, også er ledsaget av konkrete krav og plikter gjennom lovens kapittel 2. En oppdragsgiver som følger de konkrete kravene som er gitt i lovens kapittel 2 må anses å ha innrettet sin anskaffelsespraksis, samtidig som at det også er rom for at en oppdragsgiver går lengre i å tilpasse sin anskaffelsespraksis der det er hensiktsmessig og for øvrig i tråd med regelverket.

For å innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene i lovens formålsbestemmelse ivaretas, må den enkelte oppdragsgiver også opprette rutiner. Utvalget foreslår at dette uttrykkelig angis i lovteksten, og ledsages av et krav om offentliggjøring.

Utvalget mener det er viktig at offentlige virksomheter som gjennomfører anskaffelser har en god ledelse og styring av sin anskaffelsesenhet. Dette vil bidra til å oppnå en helhetlig og effektiv tilnærming til offentlige anskaffelser i sin virksomhet. Anskaffelsesregelverket forplikter oppdragsgiver til å ta en rekke samfunnshensyn, og det blir for ressurskrevende å starte med blanke ark i hver anskaffelse for å gjøre konkrete vurderinger av den enkelte anskaffelsen og hvert samfunnshensyn. Utvalget mener dette må effektiviseres ved hjelp av rutiner.

Utvalget mener derfor en ny lov bør inneholde et krav om rutiner for at oppdragsgiver skal innrette sin anskaffelsespraksis for å ivareta samfunnshensynene som er nevnt i lovens formålsbestemmelse. Utvalget mener også at oppdragsgiver skal gjøre rutinene offentlig tilgjengelig, for eksempel på en nettside. Dette gjør det mulig for interessenter å se hvordan offentlige oppdragsgivere ivaretar relevante samfunnshensyn ved bruk av offentlige midler.

Videre mener utvalget at det bør være en stor grad av frihet for den enkelte oppdragsgiver til å tilpasse rutinene til sin virksomhet. Rutinene bør oppdateres regelmessig, og stå i forhold til virksomhetens størrelse og art. I dette ligger det blant annet at større virksomheter med store innkjøpsbudsjetter er forventet å ta et større samfunnsansvar enn mindre virksomheter med mer sporadisk anskaffelsesvirksomhet.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at ny lov pålegger oppdragsgiver å innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene i ny formålsbestemmelse overholdes.
* at ny lov pålegger at oppdragsgiver har oppdaterte rutiner for dette formålet
* at rutinene skal være offentlig tilgjengelige.

[Boks slutt]

# Grønn omstilling

## Bakgrunn for utvalgets forslag om klima- og miljøhensyn

### Klima- og miljøutfordringene

Å begrense klimaendringer, naturtap og forurensning er de tre største miljøutfordringene i verden, og disse utfordringene må ses i sammenheng.[[168]](#footnote-168) Klima- og miljøendringene påvirker helse, livsgrunnlag og verdiskaping. Ifølge FNs klimapanel (IPCC) må de globale klimagassutslippene nå toppen mellom 2020 og 2025 for å begrense skadene fra global oppvarming. Deretter må utslippene reduseres raskt slik at utslippene av CO2 når netto null rundt midten av århundret. For å få til dette kreves det umiddelbare og store utslippskutt i alle sektorer, og utvikling av teknologier og systemer må akselereres. Hovedutfordringen er at mye må gjøres raskt og samtidig. FNs klimapanel er tydelige på at dette tiåret er avgjørende.[[169]](#footnote-169) Det store forbruket av materialer gir et økende press på naturressursene. Uttak og foredling av naturressurser står for rundt 90 prosent av totalt tap av biologisk mangfold og om lag 50 prosent av globale klimagassutslipp.[[170]](#footnote-170)

### Mål i klima- og miljøpolitikken

Norge har nasjonale mål for å redusere klimagassutslippene og forurensningen, og for å ta vare på naturmangfoldet. Økosystemene skal ha god tilstand, ingen arter og naturtyper skal utryddes og natur skal bevares for kommende generasjoner. Det er et overordnet mål at forurensningen ikke skal skade helse og miljø, og det er vedtatt mer konkrete mål som omhandler kjemikalier, redusert vekst i avfall, økt materialgjenvinning av avfall, trygg luft og mindre støy.[[171]](#footnote-171) Klimaloven stadfester Norges klimamål for 2030 og klimamålet for 2050.[[172]](#footnote-172) Norge skal i 2050 bli et lavutslippssamfunn, som innebærer å redusere utslippene med 90–95 prosent i forhold til 1990, inkludert effektene av Norges deltakelse i kvotesystemet. Innen 2030 skal klimagassutslippene reduseres med minst 50 prosent, og i tillegg skal dette skje innenfor naturens tålegrenser.[[173]](#footnote-173) Nedgangen i norske klimagassutslipp fra 1990 til 2022 har vært på 4,7 prosent.[[174]](#footnote-174)

Sirkulær økonomi skal bidra til å redusere klimagassutslipp, press på naturen og forurensning.[[175]](#footnote-175) Den adresserer også ressursknapphet, blant annet knapphet på kritiske mineraler som er viktige for en grønn omstilling. EU har pekt på sirkulær økonomi som et av de viktigste områdene for å nå målene i EUs grønne giv, og utvikler et nytt og omfattende regelverk for å fremme bærekraftige produkter og verdikjeder. I enkelte regelverk, herunder EUs taksonomi for bærekraftig økonomisk aktivitet, settes sirkulær økonomi opp som et eget miljømål.[[176]](#footnote-176) Taksonomien er et klassifiseringssystem som skal legge til rette for at finansmarkedene kanaliserer kapital til bærekraftige aktiviteter og prosjekter. EUs klassifiseringssystem for bærekraftige aktiviteter legger til grunn seks klima- og miljømål:

1. Redusere og forebygge klimagassutslipp.
2. Klimatilpasning.
3. Bærekraftig bruk og beskyttelse av vann- og marine ressurser.
4. Omstilling til en sirkulær økonomi, avfallsforebygging og gjenvinning.
5. Forebygging og kontroll av forurensning og
6. Verne om og restaurere naturmangfold og økosystemer.

Dette klassifiseringssystemet blir sentralt for å definere hvilke aktiviteter som kan regnes som grønne og bærekraftige.

### Det grønne skiftet

Det grønne skiftet er en omstilling som omfatter alle samfunnsområder og aktører. Innovasjon er en av nøklene til det grønne skiftet. Det innebærer blant annet utvikling og bruk av fornybar kraft, og en transportsektor med lave eller ingen utslipp. Ressursene må brukes mer effektivt ved å holde ressursene lenger i kretsløpet, bedre produktdesign, økt levetid, ombruk, bruk av sekundære råvarer, reparasjon og materialgjenvinning. Dette gjelder for eksempel bygg- og anleggssektoren, som står for om lag 40 prosent av det nasjonale energiforbruket, og en stor del av ressursbruken og avfallsmengden. Istandsetting, rehabilitering og ombruk av eksisterende bygninger er derfor viktige bidrag for å redusere utslippene fra sektoren og for at sektoren skal bli mer sirkulær.[[177]](#footnote-177)

### Klimautvalget 2050

Klimautvalget 2050 utreder hvilke veivalg Norge står overfor for å nå målet om å bli et lavutslippssamfunn innen 2050.[[178]](#footnote-178) Klimautvalget viser til at de aller fleste klimagassutslippene må fjernes for godt i 2050, men at klimadebatten ofte har dreid seg om hvilke utslippskutt som skal prioriteres. I et 2050-perspektiv er spørsmålet heller hvilke utslipp som fortsatt skal aksepteres. Klimautvalget påpeker at overgangen til et lavutslippssamfunn forutsetter en helhetlig omstilling av samfunnet. Energi må brukes mer effektivt, og teknologi må spres og utvikles. Klimautvalget mener at omstillingen ikke må koste mer enn nødvendig, men at kostnadseffektiviteten i klimapolitikken må vurderes mer helhetlig enn det som har vært gjort til nå. Når alle deler av samfunnet skal omstille seg handler det ikke lenger om å vurdere kostnadseffektiviteten i hvert enkelt tiltak isolert sett og prioritere de lavthengende fruktene. Klimautvalget mener at det må vurderes hva som gir den beste omstillingen til lavest kostnad samlet sett.[[179]](#footnote-179)

### Offentlige anskaffelser og andre virkemidler i klima- og miljøpolitikken

Anskaffelser er i dag en del av klima- og miljøpolitikken og innovasjonspolitikken i Norge, EU og de fleste OECD land. OECD peker på tre fordeler med å ta klima- og miljøhensyn ved offentlige anskaffelser.[[180]](#footnote-180) En fordel er å gi næringslivet insentiver til å utvikle ny grønn teknologi (innovasjon). En annen fordel er kostnadsbesparelser blant annet gjennom å ta hensyn til fulle livsløpskostnader. I tillegg kan klima- og miljømål oppnås gjennom at myndigheter bruker anskaffelser til å møte miljøutfordringer, som for eksempel å redusere utslipp av klimagasser og fremme en mer sirkulær økonomi.

Klima- og miljøhensyn i offentlig anskaffelser kommer i tillegg til andre virkemidler innenfor klima- og miljøpolitikken. På områder hvor andre virkemidler er tilstrekkelige, er offentlig innkjøp som tar ytterligere miljøhensyn ikke nødvendig. Myndighetene bruker offentlige anskaffelser for å supplere dagens klima- og miljøpolitikk på områder der andre virkemidler er utilstrekkelige.

For å nå klima- og miljømålene er det innført en rekke ulike sektorovergripende og sektorspesifikke virkemidler. Klima- og miljøpolitikken består av en rekke ulike typer virkemidler som reguleringer, økonomiske virkemidler, tilskudd, veiledninger og informasjon som adresserer de ulike miljøutfordringene, og som både supplerer og utfyller hverandre. Generelle virkemidler som omfatter alle aktørene som bidrar til klimagassutslipp eller miljøbelastning regnes ofte som de mest kostnadseffektive virkemidlene. Generelle virkemidler kan være både skatter og avgifter og reguleringer gjennom juridiske virkemidler. Fordelingseffekter eller hensyn til næringsutvikling og innovasjon kan gjøre det hensiktsmessig å bruke virkemidler rettet mot spesifikke aktører, herunder offentlige anskaffelser.

I norsk politikk er offentlige anskaffelser ansett som et viktig virkemiddel for det grønne skiftet, og kan bidra til å nå flere av målene i Norges klima- og miljøpolitikk. Offentlige anskaffelser kan bidra til å redusere klimagassutslipp, tap av naturmangfold og forurensning. I nasjonal handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon, som ble lagt frem i 2021, er lav- og nullutslippsløsninger og sirkulær økonomi gitt prioritet som de to viktigste tverrgående tema. Handlingsplanen peker også ut prioriterte anskaffelserkategorier hvor det er et særlig potensial for at offentlige anskaffelseroppdragsgivere kan bidra til å nå klima- og miljømål. Disse er transport, bygg og anlegg, mat og måltidstjenester, plastprodukter, IKT/elektriske og elektroniske produkter, batterier, møbler og tekstiler.

Anskaffelsesloven (2016) krever at offentlige virksomheter innretter sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Det er også blitt innført krav om nullutslipp for personbiler som anskaffes av det offentlige fra 2022, for varebiler fra 2023 og for bybusser fra 2025. Samferdselsdepartementet har i samarbeid med Klima- og miljødepartementet utarbeidet forslag til forskrift med krav om nullutslipp av klimagasser fra ferjer og hurtigbåter. Forslag til nye bestemmelser ble sendt på høring i mai 2023 med høringsfrist 1. oktober.

Riksrevisjonen konkluderte i 2022 med at offentlige oppdragsgiveres anskaffelser ikke bidrar i stor nok grad til å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger. Riksrevisjonen anbefalte at det blir vurdert standardiserte minimumskrav på de prioriterte områdene som er identifisert i handlingsplanen for grønne offentlige anskaffelser.

En av de største barrierene for å øke andelen klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser er mangel på tid, ressurser og kompetanse hos offentlige innkjøpere til å ta hensyn til klima og miljø i sine anskaffelser. Standardiserte minimumskrav vil kreve mindre kapasitet og kompetanse hos den enkelte oppdragsgiver. De kan også gjøre markedet mer forutsigbart for leverandører og bidra til at det er tilstrekkelig med tidlige brukere for nye løsninger i markedsintroduksjonsfasen. Standardiserte minimumskrav kan derfor medvirke til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger, jf. nærmere omtale av standardiserte minimumskrav i kapittel 14.3.

#### Nærmere om anskaffelser som virkemiddel i klimapolitikken

Hovedvirkemidlene i norsk klimapolitikk er CO2-avgifter og EUs kvotesystem for handel med utslippstillatelser (EU ETS). Å pålegge forurensere å betale avgifter og å kjøpe kvoter for klimagassutslipp er i tråd med prinsippet om at forurenser betaler.[[181]](#footnote-181)

Om lag 85 prosent av norske utslipp er ilagt enten CO2-avgift, kvoteplikt eller begge deler. EU har i 2023 vedtatt utvidelse og oppstramming av kvotehandelssystemet, hvor blant annet maritim sektor skal innlemmes, og det skal lages et eget kvotehandelssystem for bygg og veitransport fra 2027. Nær 70 prosent av de norske ikke-kvotepliktige utslippene er ilagt CO2-avgift. Både omfanget av og nivået på avgiftene er blant de høyeste i verden. Prising av klimagassutslipp gjennom avgifter og kvoter kan være et kostnadseffektivt virkemiddel, dvs. at reduksjon av utslipp av klimagasser oppnås til lavest mulig kostnad for samfunnet. Prismekanismen sørger for at alle aktører står overfor insentiver til å redusere utslippene, men lar aktørene selv finne de løsningene som egner seg best. For aktørene finnes det mange måter å redusere utslipp på.[[182]](#footnote-182)

Avgifter og kvoter gir aktører incentiver til å investere i teknologi og andre tiltak som reduserer utslippene. Bruk av avgifter og kvoter som kostnadseffektivt virkemiddel forutsetter imidlertid at aktørene i markedet tar tilstrekkelig hensyn til langsiktige driftskostnader når de skal gjøre investeringer. Undersøkelser viser at dette i relativt liten grad er tilfelle i offentlig sektor i Norge, se nedenfor om livsløpskostnader. Samtidig anses ikke avgiftsnivået som høyt nok. Skatteutvalget drøfter optimalt avgiftsnivå på norske klimagassutslipp.[[183]](#footnote-183) Utvalget sier at hvis en skal ta alle utslippsreduksjonene innenlands, altså ikke kjøpe kvoter i utlandet for å nå vårt 2030-mål, bør avgiften på ikke-kvotepliktige utslipp settes høyere enn 2 000 kroner per tonn CO2-ekvivalenter i 2030.

Klimakur 2030 peker på offentlige anskaffelser som et viktig virkemiddel for mange av tiltakene som skal bidra til å nå de nasjonale klimamålene, som null- og lavutslippsteknologiløsninger i ferger og busser, utslippsfrie anleggsmaskiner, kosthold med lavere klimaavtrykk og matsvinnhåndtering.

I oppdatert kunnskapsgrunnlag i 2023 omtaler også Miljødirektoratet offentlige anskaffelser som et viktig verktøy for å redusere klimagassutslippene.[[184]](#footnote-184) Direktoratet viser til at økt og målrettet bruk av miljøkrav og -premiering i offentlige anskaffelser vil redusere barrierer og bidra til raskere introduksjon av utslippsfrie maskiner, kjøretøy og fartøy. Direktoratet viser videre til at offentlig sektor kan stille krav til logistikkoptimalisering i anskaffelser som vil føre til mindre transport. Det er ifølge direktoratet et stort potensial for mer effektiv logistikk og dermed redusert transport. Direktoratet nevner bygge- og anleggsbransjen, og at en stor del av godstransporten i Norge gjennomføres på oppdrag fra det offentlige når mat, utstyr og forbruksvarer transporteres til offentlige sykehus, skoler, barnehager, kontorer med videre.

### Regelverk i EU for grønne offentlige anskaffelser og bærekraftig forbruk

EU ønsker å bruke offentlige anskaffelser som et strategisk virkemiddel, noe som fremgår av unionens grønne giv (Green Deal). Grønne anskaffelser er ifølge EU-kommisjonen et sentralt virkemiddel for å oppnå en bærekraftig, ressurseffektiv og konkurransedyktig lavutslippsøkonomi. Offentlige anskaffelser er en del av EUs handlingsplan for sirkulær økonomi fra 2020. Planen legger til grunn en verdikjedetilnærming, og har som hovedmål at bærekraftige produkter skal være normen i Europa. Handlingsplanen utpeker sju prioriterte verdikjeder: elektriske og elektroniske produkter, batterier og kjøretøy, emballasje, plast, tekstiler, bygg og anlegg, samt mat, vann og næringsstoffer.

Et omfattende regelverk ble varslet i handlingsplanen, og dette regelverket legger opp til egne krav som gjelder for offentlige kontrakter. Slike krav kan være obligatoriske tekniske spesifikasjoner, utvelgelseskriterier, tildelingskriterier, og bestemmelser om oppfyllelse av kontraktsvilkår eller mål. Det ventes blant annet konkrete krav til grønne anskaffelser i EUs batteriforordning, emballasjeforordning og økodesignforordning. Det er imidlertid ikke klart ennå hvordan kravene vil bli utformet. Det vises til kapittel 14.3 om standardiserte minimumskrav som redegjør nærmere for mulige fremtidige krav til offentlige anskaffelser.

Nytt regelverk som er under utvikling i EU skal styrke rettighetene til forbrukerne og stimulere til tiltak for bærekraftig forbruk i både private husholdninger og i offentlig sektor og næringslivet. Noen eksempler er direktivforslag om styrket forbrukervern i det grønne skiftet og direktivforslag for å fremme reparasjon av varer.[[185]](#footnote-185) En del av dette regelverket er informasjonsbasert og skal gi forbrukere og aktører i alle ledd større muligheter til å gjøre gode miljøvalg. Økodesignforordningen og regelverket under dette vil stille krav om produktpass og at det finnes tilgjengelig informasjon om produktenes miljøegenskaper.

Det utvikles også regelverk som definerer hva som kan kalles en grønn løsning for å forhindre grønnvasking og for å sette en standard for hva som regnes for et grønt produkt eller en grønn aktivitet. EUs taksonomi og det nye regelverket om miljøpåstander og miljømerker (Green Claims) som nylig har vært på høring, er eksempler på dette.[[186]](#footnote-186) [[187]](#footnote-187) Regelverkene vil bidra til at fremtidens forbrukere i alle ledd får mer pålitelig informasjon for å ta klima- og miljøvennlige valg. Samtidig legger det til rette for miljøbevisste forbrukere, næringsliv og en offentlig sektor som stiller krav og tar bevisste valg.

### Klimafotavtrykk fra offentlige anskaffelser

Nye beregninger gjort av Menon Economics (heretter kalt Menon) viser at klimafotavtrykket fra offentlige anskaffelser ligger på om lag 10,3 millioner tonn CO2-ekvivalenter (dvs. CO2e) for 2021.[[188]](#footnote-188) Dette utgjør rundt 15 prosent av Norges klimafotavtrykk.

Resultatene er nokså like beregningene for 2017 som ble gjennomført av Asplan Viak i 2019.[[189]](#footnote-189) Disse viste et klimafotavtrykk fra offentlige anskaffelser på 11,2 millioner tonn CO2e, tilsvarende 16 prosent av Norges klimafotavtrykk. Metodisk er rapportene imidlertid noe ulike. Beregningene fra Menon inkluderer scope 2, som er indirekte utslipp fra innkjøp av energi, og scope 3, som er indirekte utslipp fra innkjøp av varer og tjenester. Scope 1, som er direkte utslipp, er i denne beregningen tatt ut blant annet fordi det er vanskelig å finne et sikkert tallgrunnlag for denne delen av offentlig sektor. Utslipp fra drift, som for eksempel drivstoff og forbruk, er dermed ikke inkludert. Resultatene av elektrifisering av bilparken til offentlig sektor er således ikke en del av analysen.



Utslipp fra offentlige anskaffelser i Norge og EU fra energi og andre kilder

Kilde: Menon Economics

I figur 14.1 vises klimafotavtrykket fra offentlige anskaffelser på totalt 10,3 millioner tonn CO2e i 2021 fordelt på utslipp i Norge og i EU, og fordelt på utslipp fra energi (scope 2) og utslipp utenom energi (scope 3). De samlede utslippene som kan knyttes til offentlige anskaffelser er litt over 4 millioner tonn CO2e i Norge og litt over 6 millioner tonn CO2e i EU. Det innebærer at 42 prosent av utslippet skjer i Norge, mot 58 prosent i EU. Forskjellen mellom Norge og EU drives særlig av energisektoren, som har høyere utslippsintensitet i Europa enn i Norge.

Menon viser til at rundt 20 prosent av utslippene skjer i forbindelse med produksjonen av varer og tjenester som kjøpes av det offentlige. De resterende 80 prosent finner sted lengre ute i verdikjeden, og da særlig i Europa og i resten av verden. Dette betyr at det gjerne er flere ledd mellom det offentlige og de store utslippskildene, som gjør det mer komplisert å bruke krav til leverandører for å redusere offentlig sektors fotavtrykk.

De største utslippene fra offentlige anskaffelser kommer fra næringene industri og energi, og majoriteten av utslippene i begge næringene oppstår i utlandet. De største utslippene i Norge kommer fra industri, landtransport, samt bygg- og anleggsnæringen.



Utslipp fordelt på næringer

Kilde: Menon Economics

Figur 14.2 viser at det er offentlige anskaffelser fra bygg- og anleggsnæringen som gir de største globale utslippene. De store utslippene drives av omfanget av anskaffelsene, samt av produksjon og transport av materialer og energi som brukes som innsatsfaktorer i næringen. Deretter følger offentlige anskaffelse fra landtransport, medisin, drivstoff og kjemi, og mineralske produkter.

I perioden 1995–2021 har utslippsintensiteten for offentlige anskaffelser i Norge gått ned, samtidig som totalkostnaden for offentlige anskaffelser har økt. Økningen i offentlige anskaffelser har, til tross for redusert utslippsintensitet, gitt en økning i det totale klimautslippet. Dette tyder på at fordi offentlig sektors forbruk har økt betydelig de siste årene, reduseres ikke offentlig sektors klimafotavtrykk til tross for lavere klimabelastning på produktnivå over tid.

Klimafotavtrykket fordeler seg ujevnt mellom stat, kommune og fylkeskommune. Statlig nivå har de største anskaffelsene, og det er derfor i forbindelse med disse kjøpene at vi finner de største utslippene. Disse var i 2021 på rundt 6 millioner tonn CO2e. Fylkeskommunenes anskaffelser stod for litt under 2 millioner tonn CO2e, mens kommunenes resulterte i litt over 2 millioner tonn CO2e. Hvis man i stedet ser på utslippsintensitetene (tonn CO2e per million kroner brukt) til disse sektorene, ser man at fylkeskommunene kommer høyest med 21 tonn per million kroner, mot kommunene som har den laveste på 13 tonn per million kroner. Staten havner mellom disse med 18 tonn per million kroner. Denne forskjellen mellom klimafotavtrykket og utslippsintensitetene kommer av at de forskjellige sektorene anskaffer forskjellige typer varer og tjenester. Der kommuner anskaffer en del tjenester og andre lavutslipps-produkter, gjennomfører fylkeskommunen i større grad anskaffelser knyttet til transporttjenester og bygg og anlegg, som er anskaffelser med høye utslipp.

### Ulike perspektiver på anskaffelser som virkemiddel for å nå klima- og miljømål

Det finnes ulike faglige perspektiver på anskaffelser som virkemiddel for å nå klima- og miljømål. Det vises også til kapittelet om lovens formål, hvor blant annet bærekraft og ulike former for effektivitet blir gjort rede for.

#### Nytte-kostnadsperspektiv og effektive virkemidler

Forskning viser at grønne anskaffelser ikke er blant de mest effektive virkemidlene i klima- og miljøpolitikken.[[190]](#footnote-190) [[191]](#footnote-191) [[192]](#footnote-192) Normalt vil det være andre virkemidler som gir reduserte utslipp til en lavere kostnad og dermed er mer kostnadseffektive (særlig avgifter og kvoter), og andre virkemidler som gir mer effektiv oppnåelse av klima- og miljømål og dermed er mer formålseffektive (generelle reguleringer som for eksempel forbud mot utslipp). Virkemidler som er sektorovergripende, generelle og som gjelder alle som forurenser, belaster miljøet eller påvirker klimaet, er normalt mer effektive virkemidler enn grønne anskaffelser.

Grønne anskaffelser kan likevel ha en effekt og bidra til å nå klima- og miljømål. Dessuten kan myndighetene velge å bruke grønne anskaffelser som virkemiddel i klima- og miljøpolitikken når det blir oppfattet som rettferdig ut fra et fordelingsperspektiv og gir fleksibilitet til å løse miljøutfordringer. For eksempel kan virkemidler som fastsettes på lokalt nivå, som offentlige anskaffelser, være mer fleksible virkemidler som kan tilpasses lokale miljøutfordringer, enn skatter og avgifter på utslipp som fastsettes nasjonalt.[[193]](#footnote-193) Samtidig kan alternative virkemidler som svært høye avgifter på klimagassutslipp fra for eksempel drivstoff, bli oppfattet som lite rettferdig ut fra et fordelingsperspektiv og derfor politisk vanskelig å gjennomføre i praksis.

Å bruke offentlige anskaffelser som virkemiddel i klima- og miljøpolitikken kan gi økt kompleksitet og økte transaksjonskostnader. Å stille miljøkrav kan være komplekst og kreve mye kompetanse både hos offentlige oppdragsgivere og leverandører. For at oppdragsgiverne skal kunne gjennomføre grønne anskaffelser på en effektiv måte, er det ifølge enkelte forskere viktig at oppdragsgiverne har dialog med markedet.[[194]](#footnote-194) For å kunne stille gode miljøkrav som har effekt på miljøet og som gir konkurranse mellom leverandører, har oppdragsgivere behov for god innsikt i miljøutfordringer og markedet for varen eller tjenesten. Ifølge disse forskerne bør oppdragsgivere tilstrebe transparens ved at disse opplyser om hvilke miljømål man vil oppnå med miljøkravene, hvilke kostnader og effekter på miljøet det innebærer, samt ha indikatorer for å kunne vurdere effekten i etterkant. Også ved bruk av avgifter som virkemiddel kan det være behov for at innkjøper setter seg inn i ulike teknologiske løsninger som kan gi ulike langsiktige kostnadsprofiler, og ber om informasjon knyttet til livsløpskostnader.

#### Verdikjede og fotavtrykksperspektiv

Miljøvennlige offentlige anskaffelser kan bidra til reduserte klimagassutslipp og miljøbelastning i Norge. Samtidig er forsyningskjedene for mange produkter globale, og norske offentlige anskaffelser påvirker klimaet og belaster miljøet utover våre grenser. I et verdikjede- eller fotavtrykksperspektiv er klima- og miljøpåvirkninger utenfor våre grenser relevant.

I sin gjennomgang av Norges innsats for klima og miljø i 2022 pekte OECD på at Norge har et høyt materielt fotavtrykk per innbygger.[[195]](#footnote-195) OECD anbefaler at Norge legger bedre til rette for en overgang til en mer sirkulær økonomi, og at det tas hensyn til negativ miljøpåvirkning i andre land som følge av norsk konsum av varer. Skatteutvalget bemerker at de største miljøskadene av et høyt norsk forbruk oppstår i de vareproduserende landene med svakere forutsetninger for å innføre reguleringer og prising av natur- og miljøskadelig aktivitet. Skatteutvalget mener videre at tiltak på skatte- og avgiftssiden bør vurderes opp mot andre virkemidler, herunder direkte reguleringer og informasjonstiltak.

Regelverket for offentlige anskaffelser åpner for å legge vekt på forholdene under produksjonsprosessen selv om disse ikke har påvirket produktets egenskaper. Anskaffelser som stiller krav til produksjonsprosessen i andre land, må samtidig være i samsvar med andre handelsrettslige forpliktelser som Norge har under WTO- og EØS-regelverket.

Oppdragsgiver kan for eksempel kreve at produktet tilfredsstiller internasjonale merkeordninger. I tillegg kan undersøkelser av miljøeffekten av hele leveransekjeden (fotavtrykket til produktet) gjøre at oppdragsgiver endrer innretningen av en anskaffelse, for eksempel i form av endrede krav til byggematerialer. Dette er viktig i en fase hvor selve behovet for anskaffelsen defineres. Eksempler på anskaffelser som har en global påvirkning, er blant annet varer som kan ha ført til tropisk avskoging (mat og drikke, trevarer, kontormøbler, rengjøringsmidler, biodrivstoff), tekstiler og klær, emballasje og plast, industriprodukter og byggematerialer.

Noen produktområder får særlig stor oppmerksomhet på grunn av betydelige negative effekter globalt av norsk forbruk og hvor Norge har en klar internasjonal politikk. Dette gjelder for eksempel tropisk tømmer. Offentlige anskaffelser er et virkemiddel som kan bidra til å nå målene for den norske regnskogsatsingen om å redusere og reversere tap av tropisk skog, bidra til et stabilt klima, beskytte biologisk mangfold og styrke bærekraftig utvikling. Importørland kan gjennom ansvarlige anskaffelser bidra til å redusere avskoging i utviklingsland. I Danmarks handlingsplan mot avskoging er offentlige anskaffelser et hovedvirkemiddel mot global avskoging, og det er et mål å ha avskogingsfrie anskaffelser fra 2023.

#### Konkurranseperspektivet

Forskning peker på at grønne offentlige anskaffelser kan føre til redusert konkurranse, og dermed lavere samfunnsøkonomisk effektivitet.[[196]](#footnote-196) [[197]](#footnote-197) Det er frivillig å levere tilbud og det kan bli mindre konkurranse om anskaffelser med krevende klima- og miljøkrav. Konkurranse om anskaffelser er viktig for å oppnå effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det er en særlig gevinst ved anskaffelsesregelverket at det gir reell konkurranse om de offentlige kontraktene. Det gir lavere kostnader for offentlig sektor. Å stille klima- og miljøkrav i offentlige anskaffelser kan påvirke hvilke leverandører som vil levere tilbud på anskaffelsen. Kompliserte klima- og miljøkrav kan redusere konkurransen om leveransen, og gi økt pris på anskaffelsen. I markeder hvor offentlige anskaffelser er betydelige, er det mer sannsynlig at leverandører vil tilpasse sin produksjon til klima- og miljøkravene og levere tilbud på anskaffelsen, enn i markeder der offentlige anskaffelser er ubetydelige.[[198]](#footnote-198)

Figurene nedenfor illustrerer hva som kan skje med konkurransen mellom leverandørene A, B, C og D ved å stille klima- og miljøkrav i offentlige anskaffelser. Dersom oppdragsgiver stiller klima- og miljøkrav illustrerer første del av figuren at noen leverandører (i eksempelet B og D) allerede kan oppfylle disse, mens andre leverandører pådrar seg tilpasningskostnader (A og C) dersom de ønsker å oppfylle klima- og miljøkravene. Leverandør A og C kan velge å tilpasse seg klima- og miljøkravene (del 2 i figuren), eller velge å la være å delta i konkurransen (del 3 i figuren).



Hva som kan skje med konkurransen mellom leverandørene A, B, C og D når det stilles klima- og miljøkrav i offentlige anskaffelser

Kilde: Lundberg og Marklund, 2015, Offentlig upphandling som miljöpolitiskt styrmedel. SNS Analys nr 30.

Hvis det offentlige er en liten markedsaktør, er det sannsynlig at færre leverandører vil tilpasse seg klima- og miljøkravene, og at konkurransen dermed blir mindre. Hvis det offentlige er en stor aktør i det aktuelle markedet, vil det være mer sannsynlig at flere leverandører tilpasser seg klima- og miljøkrav, og deltar i konkurransen. Det offentliges markedsmakt i det aktuelle markedet og hvor villige leverandørene er til å tilpasse sin produksjon til klima- og miljøkravene vil påvirke konkurransesituasjonen og muligheten til å endre større deler av markedet til å tilby mer klima- og miljøvennlige løsninger.

#### Livssykluskostnader – begrensninger i offentlig anskaffelser

Drifts- og vedlikeholdskostnader kan i mange tilfeller utgjøre mesteparten av kostnadene ved en anskaffelse. Driftskostnaden påvirkes også av miljøavgifter som CO2-avgiften og avfallskostnader. Svært ofte er det imidlertid investeringskostnaden det tas størst hensyn til ved offentlige anskaffelser.

I anskaffelsesundersøkelsen i 2018 stilte DFØ spørsmål om i hvilke typer anskaffelser virksomhetene legger vekt på hele kostnadsbildet inkludert driftskostnaden (livssykluskostnader). Bygg og anlegg scoret høyest 34 prosent ja, mens 31 prosent svarte ja innen IKT og 26 prosent svarte vet ikke eller ikke relevant. Det var bare 14 prosent som svarte at de gjør dette i alle typer anskaffelser. En helt ny undersøkelse fra juli 2023 av DFØ og LCC-Forum (møteplass innenfor faget livssykluskostnader), om bruk av livsløpskostnader rettet mot offentlige byggherrer, viser at kun 10 prosent alltid vurderer LCC ved anskaffelser, mens 38 prosent oppgir at de gjør det ofte.[[199]](#footnote-199) Hele 80 prosent mener likevel at LCC gir et godt vurderingsgrunnlag for prosjektbeslutninger. Økte energi- og materialkostnader gjør det enda mer viktig å tenke hele livsløp for å budsjettere kostnader til drift og vedlikehold av bygg. Lengre levetid for bygningsmaterialer gir mindre utskiftninger, og mindre forbruk av råvarer og energi.

Mangel på beregning av livsløpskostnader ved offentlige anskaffelser kan bidra til at det ikke tas tilstrekkelig hensyn til driftskostnader som energibruk, drivstoffbruk og klimagassutslipp. Dette kan også medføre at en CO2-avgift ikke vil virke etter hensikten. CO2-avgiften gjør blant annet fossilt drivstoff dyrere. Dersom disse driftskostnadene ikke tas inn i anskaffelsesbeslutningen til aktørene, vil avgiften ikke ha sin tiltenkte effekt. I økonomiske analyser forutsettes det ofte at oppdragiver kalkulerer inn alle fremtidige kostnader.

#### Innovasjonsperspektivet og betydningen av en hurtig og radikal omstilling

Miljøinnovasjon fremmes blant annet gjennom patentrettigheter hvor innovatøren får et midlertidig monopol på den nye teknologien, noe som innebærer at FoU-investeringer blir lønnsomme. Myndighetene fører videre en egen innovasjonspolitikk gjennom skattefunn, offentlig finansiert forskning på universiteter og høyskoler og støtte til privat forskning fra Forskningsrådet. Myndighetene kan velge å bruke offentlige anskaffelser for å supplere dagens innovasjonspolitikk.

Teknologisk utvikling er avgjørende for å løse klima- og miljøutfordringene uten store tap i levestandard.[[200]](#footnote-200) [[201]](#footnote-201) For å nå klima- og miljømålene må teknologiutvikling skje raskt. Omstillingen som samfunnet skal gjennom, innebærer teknologiske sprang som krever virkemidler som retter seg direkte mot innovasjon.[[202]](#footnote-202) Ulike land konkurrerer om å utvikle fremtidens løsninger og gir betydelig offentlig støtte til grønn innovasjon. På noen områder har Norge muligheter til å utvikle løsningene og dermed også fremme grønn næringsutvikling. Anskaffelser som virkemiddel for grønn innovasjon er ikke bare en del av klima- og miljøpolitikken, men også en del av næringspolitikken.

Økonomisk litteratur gir flere grunner til å prioritere grønn innovasjon i virkemiddelbruken sett i forhold til annen innovasjon.[[203]](#footnote-203) [[204]](#footnote-204) Grønn innovasjon har lavere kunnskapsbase, næringslivet opplever usikkerhet om fremtidige reguleringer og flere grønne teknologier krever systemskifte utover egen teknologiutvikling (nettverkseffekter). For eksempel krevde satsingen på el-biler at det ble etablert et system for lading. Dette har bidratt til at forskning og utvikling av grønn teknologi blir prioritert i FoU-virkemidlene både i Norge og i EU.

Norge har flere eksempler på at offentlig sektor har drevet frem klima- og miljøvennlig innovasjon som kundepartnere. Utvikling av batteriferger, energiløsninger i bygg og fossilfrie anleggsplasser er eksempler der offentlige kundepartnere har vært helt avgjørende for at disse teknologiene har blitt utviklet.

Aktiv og målrettet innovasjonspolitikk, eller «mission-orientert» innovasjonspolitikk som det ofte benevnes, får stadig større utbredelse i EU og OECD-land for å møte komplekse utfordringer som klimaendringer og globale helseutfordringer. I en slik innovasjonspolitikk setter myndighetene klare tidfestede mål for hva som skal oppnås gjennom innovasjon og offentlig sektor tar en aktiv rolle i å få i stand og koordinere aktørene rundt komplekse tverrsektorielle utfordringer som enkeltaktører ikke kan løse alene.[[205]](#footnote-205) Midtveisevaluering av Horisont 2020 konkluderte med en klar oppfordring til å prioritere slike satsinger i neste rammeprogram for forskning og innovasjon Horisont Europa.[[206]](#footnote-206) I dag har Horisont Europa fem tydelige oppdrag som skal løses innen 2030, og de er alle knyttet til å omstille Europa til en grønnere, sunnere og et mer inkluderende kontinent. Nye former for offentlig styring og samarbeid i hele verdikjeden er en del av satsingene.[[207]](#footnote-207)

Norge har også gode erfaringer gjennom tilsvarende satsinger som eksempelvis Pilot E. Pilot E er et samarbeid mellom Forskningsrådet, Innovasjon Norge og Enova for å utvikle klimavennlig energiteknologi fra FoU til markedsintroduksjon, herunder til offentlig sektor. Gjennom Pilot E har innovasjonssamarbeid langs verdikjeden og bidrag fra offentlig sektor gjennom innovative anskaffelser og tidlige brukere blant annet medvirket til utviklingen av batteridrevne ferger og teknologi for fossilfrie anleggsplasser. Regjeringens satsning på grønt industriløft peker ut noen særlige innsatsområder, herunder batterier og den maritime verdikjeden, og det legges opp til et tettere samarbeid mellom næringsliv og myndigheter.[[208]](#footnote-208)

Innovasjon handler ikke bare om FoU. Forenklet kan en innovasjonsprosess deles inn i tre hovedfaser.[[209]](#footnote-209) Disse tre fasene er FoU-fasen, fasen for salg til tidlige brukere som gjør at teknologien kan videreutvikles ved læring gjennom bruk, og fasen for utbredt markedsspredning hvor den nye teknologien kan regnes som standard. Fra et innovasjonsperspektiv vil en klima- og miljøteknologi måtte gå gjennom alle de tre fasene, og det vil være behov for tilstrekkelig mange tidlige brukere i en fase hvor det er få tilbydere på markedet.

##### Offentlige kunder som tidlige brukere

Offentlige kunder er en betydelig markedsaktør, og er også relevant for tidlig utrulling og kritisk masse for teknologier som er nyutviklede. Slike teknologier kan imidlertid være dyrere i anskaffelser og innebærer at kunden tar på seg læringskostnader for markedet ved å være tidlig bruker av teknologien. For noen teknologier, for eksempel ferger, er offentlige virksomheter hovedkunden.

Fra et samfunnsøkonomisk ståsted kan det være lønnsomt å ta på seg læringskostnader, da dette medfører at kostnadene synker på sikt, og at både offentlig og privat sektor får en langsiktig gevinst ved senere anskaffelser av tilsvarende teknologi. Litteraturen viser at læringskurver gjør at enhetskostnadene for produktene går ned på sikt, og at dette medfører samfunnsøkonomiske gevinster. Dette betinger imidlertid at det er kunder som er villige til å være «tidlig markeds-kunder». Det kan også kreve styringssignaler, risikovilje og risikoavlastning både for leverandør og oppdragsgiver.

##### Markedsspredning og etterspørsel etter «beste tilgjengelige løsninger», miljømerker, minimumskrav med videre

Det pågår i dag en løpende utvikling for å fremme mer bærekraftige produkter og løsninger. Etter hvert som teknologien og markedet blir modent er utfordringen markedsspredning. For flere produktområder som har markedsmodne grønne løsninger finnes miljømerkeordninger, miljøvaredeklarasjoner, miljøstandarder for bygg og annet som viser hvilke produkter og løsninger som er de beste på markedet når det gjelder miljøegenskaper. Veiledende miljøkriterier for offentlige anskaffelser utviklet av DFØ kan også vise beste tilgjengelige miljøløsninger på markeder. Det vises også til omtalen av standardiserte minimumskrav i kapittel 14.3. Standardisere minimumskrav vil også være et relevant virkemiddel for å fremme tidlig bruk og spredning av løsningene som fremmer grønn omstilling.

De ulike perspektivene på anskaffelser som virkemiddel for grønn omstilling som effektivitetsperspektivet, verdikjede- og fotavtrykksperspektivet, konkurranseperspektivet og innovasjonsperspektivet kan faglig sett gi noe ulike svar på anskaffelser som virkemiddel for å nå klima- og miljømål. Innovasjon gjennom anskaffelser generelt er nærmere diskutert i kapittelet om innovative anskaffelser.

Klima- og miljøkrav i ulike trinn av anskaffelsesprosessen sett i forhold til markedets modenhet

Klima- og miljøløsninger har ulik modenhet i markedet, fra utviklingsstadiet, tidlig bruker fase og til spredning i et modent marked. Markedets modenhet kan påvirke i hvilket trinn av anskaffelsesprosessen det er mest hensiktsmessig å stille miljøkrav. Oppdragsgiver kan inkludere miljø på ulike trinn i anskaffelsesprosessen gjennom behovsavklaringen, kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjon, tildelingskriterium og kontraktsvilkår. For innovasjon er behovsfasen en viktig fase, men denne er i dag ikke regulert gjennom anskaffelsesloven.

I et modent marked vil minimumskrav være det mest effektive. Dette vil gi best mulig konkurranse og de laveste kostnadene for klima- og miljøkravene. Dersom en bruker tildelingskriterier for et produkt i et modent marked kan offentlig sektor risikere å betale mer enn nødvendig for produktet eller tjenesten uten at miljøeffekten blir bedre. I et mindre modent marked der få leverandører kan levere den ønskede miljøteknologien er bruk av tildelingskriterier eller en kombinasjon av minimumskrav og kriterier et virkemiddel for å premiere de leverandørene som ønsker å strekke seg lengre. På denne måten kan oppdragsgiver bidra til å modne markedet. Noen illustrerende eksempler følger:

Oslo kommunes utvikling av markedene for fossilfrie anleggsplasser:

* Første trinn: startet med å fremme innovasjon med klima/miljø som tildelingskriterium (20 prosent)
* Videre utvikling: gradvis stille strengere minimumskrav ettersom ulike maskinkategorier blir mer markedsmodne

Utvikling av lavutslippsferger (Statens vegvesen
– Ampere)

* Første trinn: konkurransepreget dialog
* Andre trinn: tildelingskriterier energieffektivitet og klima med vekting 40 prosent
* Nå: forskriftsfestede standardiserte minimumskrav vurderes

Bodø kommune (Sjøgata fossilfrie anleggsplasser)

* Første fase: tidlig markedsdialog og tildelingskriterier for klima og miljø med vekting 35 prosent

[Boks slutt]

Tiltakskostnader for klimahensyn i offentlige anskaffelser

Det finnes flere ulike tiltak for å redusere de globale klimagassutslippene, med ulike kostnader. Tiltakskostnaden er hvor mye det koster å redusere klimagassutslippene med ett tonn CO2e. Formålet med å beregne tiltakskostnaden er blant annet å kunne sammenlikne klimatiltak på tvers av sektorer. For klimatiltak med lang levetid, vil det ofte hefte usikkerhet ved tiltakskostnaden. For samfunnet er det mest lønnsomt å gjennomføre de klimatiltakene som gir størst utslippskutt for pengene. Regelverk for hvordan klimagassutslipp skal hensyntas i samfunnsøkonomiske analyser av statlige tiltak inneholder anslag for karbonpriser i kroner per tonn som varierer fra 798 i dag til 9099 i år 2100.1

Kvoter og avgifter på klimagassutslipp setter en pris på utslipp som gir aktører incentiver til utvikling av lavutslippsteknologi og andre tiltak for å redusere klimagassutslipp. Skatteutvalget (NOU 2022: 20) viser til at hvis en skal ta alle utslippsreduksjonene innenlands, bør avgiften på ikke-kvotepliktige utslipp settes høyere enn 2000 kroner i 2030. I Klimastatus og -plan (2022–2023) er en planlagt opptrapping av CO2-avgiftssatsen til 2000 kroner per tonn i 2030 en del av planen for å nå 2030-målet. Avgiften har de siste årene vært trappet opp i tråd med dette signalet.

På oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet gjennomførte Oslo Economics i 2018 en studie av virkninger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser.2 For miljø- og klimahensyn tas det utgangspunkt i 10 reelle eksempler som i stor grad er innovative løsninger. Disse bidro med reduserte klimagassutslipp med 30–80 prosent. For seks tilfeller fant de økte kostnader på 3–9 prosent og tiltakskostnader på 1800–5400 kroner per tonn CO2e. Rapporten viser også til en studie hvor 60 prosent svarte at klima- og miljøhensyn bidro til noe høyere kostnader (1–5 prosent kostnadsøkning), mens bare 10 prosent svarte at kostnadene steg med mer enn 5 prosent. Det vises også til eksempler hvor store anskaffelser har bidratt til reduserte kostnader på grunn av klima- og miljøhensyn.

Klimakur 2030 utredet i 2019 hva som skal til for å redusere ikke-kvotepliktige utslipp i Norge med minst 50 prosent innen 2030 sammenlignet med 2005. Offentlige anskaffelser kan bidra til å utløse en betydelig andel av tiltakene. Offentlige oppdragsgivere kan skape et marked for teknologi og løsninger, og adferdsendringer over tid, som bærekraftig kosthold og matsvinnhåndtering. Tiltakene deles inn i 3 kostnadskategorier, med tiltakskostnader på under 500 kroner per tonn, 500–1500 kroner per tonn og over 1500 kroner per tonn. Offentlige anskaffelser er ett av virkemidlene som kan utløse tiltak i alle de tre kostnadskategoriene. For eksempel er overgang fra rødt kjøtt til plantebasert kost og fisk og redusert matsvinn i den laveste kostnadskategorien, og flere elektrifiseringstiltak innenfor veitransporten i den midterste kostnadskategorien. Bruk av umoden teknologi og avansert biodrivstoff koster typisk mer enn 1500 kroner per tonn.3 I et oppdatert kunnskapsgrunnlag økte anslaget for tiltakskostnaden for avansert biodrivstoff til 4000 kroner per tonn CO2.4

1 https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/statlig-okonomistyring/karbonprisbaner-for-bruk-i-samfunnsokonomiske-analyser/id2878113/ 2022

2 Oslo-Economics 2018

3 Miljødirektoratet 2020

4 Miljødirektoratet 2022

[Boks slutt]

## Utvalgets vurdering

### Utvalgets vurdering av utgangspunktene for grønn omstilling i anskaffelsesregelverket

Utvalget har vært opptatt av å finne en god problembeskrivelse når det gjelder klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser. Det er en økende forventning til at oppdragsgivere må stille klima- og miljøkrav i sine anskaffelser. Utvalget har tatt et steg tilbake for å konkretisere problemet. Hvilke utfordringer skal en klima- og miljøbestemmelse i anskaffelsesregelverket ta sikte på å løse? Fremstillingen over viser at klimaendringer, naturtap og forurensning er de tre største miljøutfordringene. Det foreligger et betydelig tidspress og behov for utvikling av ny teknologi og nye løsninger.

I Norge er det satt nasjonale mål relatert til klima- og miljøutfordringene. Sirkulær økonomi får stadig større oppmerksomhet og skal bidra til å redusere klimagassutslipp, naturtap og forurensning, og også bidra til forsyningssikkerhet i det grønne skiftet. I klimaloven stadfestes Norges klimamål for 2030 og 2050. Norge skal i 2050 være et lavutslippssamfunn og Klimautvalget 2050 har påpekt at de aller fleste klimagassutslippene må fjernes for godt innen 2050.[[210]](#footnote-210)

Utvalget slutter seg til at alle disse formålene er relevante og viktige. Samtidig vil det være hensiktsmessig, når anskaffelser skal vurderes som virkemiddel for å fremme klima- og miljømål, å analysere de ulike utfordringene hver for seg. Dette gjelder særlig klimapolitikken, hvor flere forskere påpeker at offentlige anskaffelser er et mindre kostnadseffektivt virkemiddel enn utslippskvoter og avgifter. I en tenkt situasjon hvor nasjonale klimamål fullt ut oppnås gjennom de mest kostnadseffektive virkemidlene, vil offentlige anskaffelser som tar klimahensyn utover det som er lønnsomt i et livsløpsperspektiv ikke være nødvendig.

I mandatet til utvalget er det forutsatt at offentlige anskaffelser kan spille en viktig rolle i klimapolitikken ved å vektlegge reduksjoner i utslipp av klimagasser særskilt. Utvalget slutter seg til dette, men finner grunn til å presisere at dette behovet skyldes mangler ved eksisterende klimapolitikk. I en økonomi hvor følgende forutsetninger gjelder, trenger offentlige anskaffelser ikke å ta særskilte hensyn til utslipp av klimagasser:

1. Det finnes null-utslippsteknologier tilgjengelig som gjør det mulig å redusere norske utslipp med 50 prosent innen år 2030 til akseptable merkostnader, og som gjør det mulig å bli et lavutslippssamfunn innen 2050, også til akseptable merkostnader.
2. Alle sektorer i norsk økonomi står ovenfor samme pris på utslipp, og denne prisen er tilstrekkelig høy til at utslippene faktisk blir redusert med 50 prosent innen 2030 og 90 prosent innen 2050.
3. Punkt 1 og 2 er også oppfylt i alle andre land slik at hele verden vil bli et lavutslippssamfunn innen 2050.

Utvalget konstaterer at ingen av disse forutsetningene er oppfylt i dag. Når det gjelder punkt 1, mangler det i flere sektorer modne teknologier som kan redusere klimagassutslipp til akseptable kostnader. Eksempler på slike sektorer er langtransport av personer og gods på vei, transport av gods til sjøs, passasjertransport med hurtigbåter, flytrafikk, fiskefartøyer, bygg- og anleggsmaskiner og produksjon av metaller som aluminium og stål ved reduksjon av metalloksider. I alle de nevnte eksemplene finnes det idéer og/eller umodne teknologier som kan tenkes på sikt å bli akseptable kostnads- og kvalitetsmessig. For at det skal skje er teknologiene avhengig av å prøves ut slik at læringsgevinster kan høstes. Offentlige anskaffelser kan spille en viktig rolle i denne utprøvingen. Offentlig anskaffelser kan også gjøre det mer lønnsomt å drive ytterligere forskning og utvikling (FoU) av teknologiene. I slike tilfeller vil tiltakskostnaden (hvor mye det koster å redusere klimagassutslippene med ett tonn CO2e), kunne overstige tiltakskostnadene i andre sektorer. Dette kan imidlertid likevel være samfunnsøkonomisk effektivt så lenge den offentlige anskaffelsen fører til lærings- og FoU-gevinster som sannsynligvis ikke kunne vært realisert på billigere måter.

Når det gjelder punkt 2, er det slik at ulike sektorer i norsk økonomi står ovenfor ulike priser på klimagassutslipp. Tiltak som realiseres i en sektor med høye priser, for eksempel i petroleumsproduksjon, kan derfor ha høyere tiltakskostnader enn tiltak som forblir urealiserte i andre sektorer med lavere priser, for eksempel norsk landbruk. Videre er det slik at de gjeldende prisene på utslipp i Norge er for lave til at de i seg selv vil føre til at Norge vil nå sine klimamål for 2030. Offentlige anskaffelser som vektlegger reduksjoner i utslipp av klimagasser særskilt, kan dermed bidra både til at Norge når sine klimamål i 2030 og til å realisere kostnadseffektive tiltak i sektorer med lave priser på klimagassutslipp. Det er mange grunner til at prisene på klimagassutslipp i Norge varierer mellom sektorer, og at de eksisterende prisene samlet sett ikke er høye nok til at Norge når sine klimamål for 2030. Uønskede fordelingseffekter av tilstrekkelige høye og like priser på klimagassutslipp i alle sektorer er noe av forklaringen.

Når det gjelder punkt 3, er det opplagt at heller ikke punkt 1 og 2 er oppfylt i andre land. Mangel på modne teknologier som kan realisere et lavutslippssamfunn gjelder globalt. Videre mangler et flertall av land i verden et opplegg for prising av klimagassutslipp. Noen vil hevde at utslipp i utlandet ikke angår Norge, og at hvert land selv må ta ansvar for sine territorielle utslipp. Utvalget vil fremheve at dette ikke er offisiell politikk i Norge. Gjennom regnskogssatsningen har Stortinget besluttet gjennom direkte finansiell støtte å forsøke å redusere klimagassutslipp fra avskoging i utviklingsland. Videre har Norge gjennom Parisavtalen forpliktet seg til felles gjennomføring av klimamålene med EU. Utslipp i utlandet kan etter utvalgets mening ikke sees på som irrelevante for Norge, og offentlige anskaffelser kan spille en viss rolle når det gjelder å redusere slike utslipp. Effektene på utslipp i utlandet av ulike anskaffelsesstrategier vil imidlertid være mer usikre. Utvalget mener derfor at offentlige oppdragsgivere bør innrette sine anskaffelser med særlig blikk for å redusere innenlandske utslipp. Både fordi effekten på utslippene i de fleste tilfeller vil være sikrere og fordi kutt i Norge bidrar til å nå norske klimamål. Samtidig må dette selvfølgelig ikke føre til at leverandører som produserer varer i Norge straffes for dette i konkurranse med leverandører som tilbyr tilsvarende varer produsert i utlandet.

Utvalgets syn er at klimautfordringene først og fremst bør løses gjennom sektorovergripende virkemidler. Samtidig legger utvalget til grunn at slike virkemidler ikke alene er tilstrekkelige for å løse klimaproblemet, og at flere hensyn som blant annet fordelingseffekter, næringsutvikling og innovasjon gjør at offentlige anskaffelser er et hensiktsmessig tilleggsvirkemiddel i klimapolitikken.

Utvalget legger til grunn mandatet som påpeker at anskaffelsesregelverket i tiden fremover blir et stadig viktigere virkemiddel for å bidra til å nå klima- og miljømål som ledd i det grønne skiftet. Det er også en viktig faktor at samfunnet skal omstilles hurtig. I dette perspektivet mener utvalget at klima- og miljøhensyn må hensyntas i alle anskaffelser.

Bruk av offentlige anskaffelser som virkemiddel i klima- og miljøpolitikken krever at kostnadseffektivitet avveies og prioriteres mot formålseffektivitet og bærekraft i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Det innebærer etter utvalgets vurdering at den enkelte oppdragsgiver tar hensyn til langsiktige gevinster for samfunnet, selv om det gir oppdragsgiver økte kostnader på kort sikt. Utvalget har merket seg at tildelingskriterier for klima og miljø etter omstendighetene kan redusere konkurransen og gi økt pris på anskaffelsen. I markeder hvor offentlige anskaffelser er betydelige, er det mer sannsynlig at leverandører vil tilpasse sin produksjon til klima- og miljøkravene og levere tilbud på anskaffelsen, enn i markeder der offentlige anskaffelser er ubetydelige. Samtidig er innovasjon og teknologiutvikling nødvendig for grønn omstilling, og det kan ikke forventes betydelig konkurranse mellom leverandører av produkter som er tidlig i en innovasjonsfase. Det er viktig at anskaffelsesregelverket tilrettelegger for og motiverer til grønn innovasjon.

Etter utvalgets vurdering er det nødvendig at offentlige oppdragsgivere i visse tilfeller aksepterer visse merkostnader for å bidra til å løse klima- og miljøutfordringene. Når den enkelte oppdragsgiver skal ta hensyn til gevinster for samfunnet, må likevel merkostnaden ved å gjøre dette stå i et rimelig forhold til disse.

Utvalget understreker at en av de største barrierene for å øke andelen klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser er mangel på tid, ressurser og kompetanse hos oppdragsgivere til å ta hensyn til klima og miljø i sine anskaffelser. Styrking av klima- og miljøkravene i offentlige anskaffelser vil kreve mer kompetanse og øker kompleksiteten i anskaffelsesprosessen.

Standardiserte minimumskrav vil kreve mindre kapasitet og kompetanse hos den enkelte oppdragiver, og kan også gjøre markedet mer forutsigbart for leverandørene. Standardiserte minimumskrav kan også bidra til at offentlig sektor blir en mer betydelig kunde på markedet, noe som kan medføre at flere leverandører tilpasser sitt produktspekter i tråd med behovet for grønn omstilling. Utvalget vil derfor anbefale bruk av standardiserte minimumskrav. Dette innebærer blant annet at Norge bør følge utviklingen i EU og sørge for rask implementering og gjennomføring av de standardiserte minimumskravene som vil utvikles i de kommende årene. I tillegg kan det på noen områder være hensiktsmessig å utvikle særnorske standardiserte minimumskrav.

Utvalget mener videre at det er viktig at eksisterende forslag til standardiserte minimumskrav som er utviklet av DFØ tas i bruk uten å vente på ny lov, noe som kan sikres gjennom styringssignaler i offentlige virksomheter. Utvalget foreslår derfor at alle statlige virksomheter tar i bruk DFØs veiledende kriterier, og at regjeringen pålegger dette i tildelingsbrev til sine underliggende etater. Tilsvarende bør fylkeskommuner og kommuner selv vedta at kriteriene fra DFØ skal benyttes. Utvalget har også i sitt forslag til ny bestemmelse om grønn omstilling i anskaffelsesregelverket foreslått at bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av DFØ synliggjøres i bestemmelsen som et verktøy som oppdragsgiver kan bruke til å oppfylle kravene. Utvalget viser til nærmere omtale av standardiserte minimumskrav i eget kapittel.

Utvalget viser også til at markedets modenhet kan påvirke i hvilket trinn av anskaffelsesprosessen det er mest hensiktsmessig å stille miljøkrav. I et modent marked vil minimumskrav ofte være det mest effektive. I et mindre modent marked kan det være bedre å bruke vektingskriterier eller en kombinasjon av minimumskrav og vekting. Utvalget mener derfor det er viktig at klima- og miljøbestemmelsen i anskaffelsesregelverket har tilstrekkelig fleksibilitet.

Det er en vedvarende utfordring at langsiktige driftskostnader og andre livsløpskostnader i liten grad hensyntas i offentlige anskaffelser. Utvalget mener at slike kostnader i større grad bør ivaretas i offentlige anskaffelser. Dette vil også kunne medføre en mer bærekraftig og effektiv offentlig sektor.

Utvalget har vurdert spørsmål knyttet til hvilke klima- og miljøutfordringer som bør prioriteres i offentlige anskaffelser, men det har ikke vært anledning til en dyp analyse av disse spørsmålene. Utvalget har særlig sett hen til viktigheten av at offentlig sektor bidrar til å nå de nasjonale klimamålene og utvikling av lavutslippsløsninger. Etter utvalgets syn bør det fremgå av loven at offentlige oppdragsgivere skal prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens klimaavtrykk.

Samtidig er sirkulær økonomi (sirkulære verdikjeder) et område som stadig får større betydning og hvor offentlig sektor kan bidra både i forhold til nasjonale og globale klimagassreduksjoner gjennom økt ressurseffektivitet. De oppdaterte tallene for klimafotavtrykket til offentlig sektor viser at økende forbruk spiser opp utslippsreduksjonene vi oppnår gjennom ny teknologi. Dersom Norge skal oppnå raskere utslippskutt vil omlegging til en mer ressurseffektiv og sirkulær økonomi være viktig.

Utvalget har valgt å fremheve omstilling til lavutslippssamfunnet i lovens formålsbestemmelse. I praksis vil nok den store gevinsten ligge i å utvikle nye bærekraftige løsninger, men summen av inkrementelle virkninger av miljøkrav – både i store og små anskaffelser – vil kunne være et viktig bidrag til det grønne skiftet. Omstilling til lavutslippsamfunnet vil måtte skje gjennom både innovative tiltak og mindre justeringer.

Det er viktig at den enkelte offentlige oppdragsgiver jobber strategisk med klima- og miljøhensynene i anskaffelser og har gode rutiner for dette. Dette viser blant annet anskaffelsesundersøkelsen til DFØ.[[211]](#footnote-211) Utvalget foreslår en egen bestemmelse om at oppdragsgivere skal ha rutiner for å ivareta samfunnshensynene i loven, jf. § 2-1. Denne bestemmelsen omfatter grønn omstilling, og gjelder både over og under terskelverdiene.

### Nærmere om hvilke klimautslipp som bør prioriteres

Etter utvalgets syn bør en ny klima- og miljøbestemmelse i anskaffelsesregelverket ta utgangspunkt i at det i 2050 skal være et svært begrenset klimagassutslipp fra offentlige anskaffelser. Anskaffelser kan bidra til både direkte og indirekte klimagassutslipp, nasjonalt og internasjonalt. Når det må gjøres avveininger knyttet til de ulike typene mener utvalget at reduserte klimagassutslipp som bidrar til å nå Norges klimamål bør prioriteres. Eksemplene i boks 14.3 illustrerer dette.

Eksempler på avveininger – klimautslipp fra offentlige anskaffelser

Anskaffelser kan bidra til å redusere både direkte og indirekte klimagassutslipp, nasjonalt og internasjonalt. Som nevnt mener utvalget at reduserte klimagassutslipp som bidrar til Norges klimamål bør prioriteres, men uten at oppdragsgiver straffer leverandører som velger å produsere varer i Norge. Eksemplene under illustrerer dette. Alle tallene i disse eksemplene er fiktive og valgt for å gjøre fremstillingen enklest mulig.

Eksempel 1

En kommune skal bygge et nytt eldrehjem. Det er to tilbydere, A og B. A lover utslippsfri byggeplass med elektriske anleggsmaskiner som knyttes til elektrisitetsnettet i Norge. B lover ikke utslippsfri byggeplass, men vil benytte betong basert på biokull. A vil bruke vanlig betong. De to tilbudene er ellers like på pris og kvalitet. Det er derfor utslippene som avgjør hvilken leverandør som skal velges.

A oppgir at ved å erstatte fossildrevne anleggsmaskiner med elektriske så vil kommunen kutte utslipp tilsvarende 1000 tonn CO2. B vedgår at byggeplassen vil slippe ut 1000 tonn CO2, men argumenterer med at elektrisitetsforbruket til As anleggsmaskiner også har utslipp da elektrisitetsproduksjonen i EU delvis er basert på kull- og gasskraft. Den reelle utslippsreduksjonen er derfor kun 500 tonn ved å gå over til utslippsfri byggeplass. Videre hevder B at deres betong gir en utslippsreduksjon i Sverige tilsvarende 750 tonn CO2 (begge tallene basert på utslippsregnskap fra en autorisert leverandør av slike).

Utvalgets syn er at konkurransegrunnlaget bør utformes slik at leverandør A vil vinne. Utslippene fra sementproduksjonen er omfattet av EUs kvotemarked (EU ETS). Disse utslippene er dermed allerede regulert, og offentlige innkjøp av biobetong vil ha mindre effekt på miljøet når det kommer i tillegg til andre velfungerende virkemidler. As elektriske byggeplass vil derimot redusere norske utslipp med 1000 tonn og dermed bidra til oppfyllelse av klimamål.

Eksempel 2

En kommune skal gå til innkjøp av nye varebiler. Det er to tilbydere, A og B. Bare A kan tilby helelektrisk drift av varebiler i den størrelsen og med den rekkevidden og fremkommeligheten kommunen ønsker. De elektriske varebilene vil gi kommunen en merkostnad på 150 000 kroner (årlig, i forventet driftsperiode) og en utslippsreduksjon på 100 tonn CO2 per år sammenlignet med Bs tilbud. En pris på 1500 kroner per tonn CO2 er innenfor tiltakskostnaden for andre nødvendige utslippsreduserende tiltak i Norge. B har imidlertid fremlagt et regnestykke fra et analyseselskap som viser at de reelle utslippsreduksjonene fra elbilene er overdrevet, fordi det er et felles elektrisitetsmarked i EØS og elektrisitetsproduksjonen i EU delvis er basert på kull- og gasskraft. B hevder derfor at den faktiske utslippsreduksjonen er 50 tonn per år og at en pris på 3000 kroner per tonn CO2 er over tiltakskostnaden for andre nødvendige utslippsreduserende tiltak i Norge.

Etter utvalgets syn må kommunen her se bort fra regnestykket til B. Det er det målte kuttet i norske utslipp som skal benyttes som utgangspunkt dersom oppfyllelse av klimaloven har prioritet. Dessuten er utslipp i EU fra det ekstra elforbruket fra elbilene i Norge allerede regulert gjennom EU ETS. Elbiler vil redusere norske utslipp med 1000 tonn og dermed bidra til å oppnå klimamål (innenfor en rimelig tiltakskostnad).

Eksempel 3

En kommune skal pusse opp kommunehuset. Det er to tilbydere, C og D. Ds tilbud har en merkostnad på 100 000 kroner (årlig, over byggets levetid), men innebærer bruk av gjenbruksteglsten. Dette vil innebære en utslippsreduksjon på 100 tonn CO2 per år over byggets levetid gjennom mindre teglstensproduksjon i EU.

Etter utvalgets mening bør D vinne kontrakten til tross for at utslippsreduksjonen skjer utenfor Norge, og derfor er irrelevant for å oppfylle klimaloven. Dersom oppfyllelse av klimamål ikke kan brukes som kriterium for å velge mellom to leverandører, er oppfyllelse av EUs klimamål et relevant kriterium. Norge har vedtatt felles gjennomføring med EU av Parismålene, og innkjøp som bidrar til dette innenfor en rimelig tiltakskostnad (1000 kroner per tonn CO2 – dagens EU ETS pris) bør velges.

Eksempel 4

En kommune skal inngå kontrakt om levering av mat til sine sykehjem. Det er to tilbydere, A og B. A baserer seg på import av soya mm. og kan levere en vegetarisk ukesmeny til en pris X. B tilbyr mat fra lokale produsenter og kan også levere en vegetarisk ukesmeny, men til en høyere pris Y (> X). Kommunen har sett på klimagassutslippene til de to tilbudene. Dersom kommunen regner med globale utslipp kommer B best ut, blant annet på grunn av avskoging forbundet med soyadyrking. Dersom kommunen bare ser på norske utslipp, kommer A best ut da det blant annet er en del utslipp fra bruk av kunstgjødsel i produksjonen til B.

Etter utvalgets syn bør B vinne kontrakten. Klimaloven sier at Norge skal bli et lavutslippssamfunn. Et lavutslippssamfunn kan ikke basere seg på å importere høyutslippsvarer eller -tjenester fra utlandet fordi dette ikke vil være et reelt lavutslippssamfunn.

[Boks slutt]

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor foreslår utvalget at det i ny lov konkret angis hvordan oppdragsgiver bør prioritere når det skal stilles krav eller kriterier i en anskaffelsesprosess. Det vises til utvalgets forslag til § 2-2 om grønn omstilling. Forslaget er omtalt i den videre fremstillingen, se punkt 14.2.4.5 om prioritering av klimaavtrykk.

### Utvalgets hovedgrep for grønn omstilling gjennom bruk av offentlige anskaffelser

Utvalget foreslår fem tiltak for hvordan offentlige anskaffelser kan fremskynde overgangen til en grønn sirkulær økonomi.

For det første foreslår utvalget å synliggjøre i formålsbestemmelsen at loven skal bidra til effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Etter utvalgets syn bør bærekraftsaspektet synliggjøres allerede i lovens formål. I denne forbindelse viser utvalget til at forslaget til ny lov kapittel 2 inneholder en rekke bestemmelser som skal ivareta bærekraftshensyn i anskaffelsesregelverket, herunder en forpliktelse til å prioritere og redusere klimaavtrykk og at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres.

For det andre foreslår utvalget å ta i bruk standardiserte minimumskrav på prioriterte områder. Etter utvalgets syn bør dette skje ved å ta i bruk allerede utviklede standardiserte minimumskrav, gjennomføre de minimumskravene som kommer fra EU og eventuelt supplere med nasjonale minimumskrav for enkelte sektorer.

For det tredje foreslår utvalget en egen bestemmelse om grønn omstilling, og at denne stiller krav til at oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i offentlige anskaffelser. Bestemmelsen inneholder blant annet krav om å vurdere hvordan anskaffelsen kan innrettes for å begrense dens samlede klimaavtrykk og miljøbelastning (klima- og miljøkartlegging). Kartleggingen kan involvere dialog med leverandører. Utvalget mener det er viktig at klima- og miljøvurderinger gjøres på et tidlig stadium, allerede i behovsavklaringsfasen. Innholdet av bestemmelsen gjennomgås nedenfor.

Et fjerde grep er at oppdragsgiver skal ha rutiner for å ivareta samfunnshensynene, og dette inkluderer rutiner for omstilling til et lavutslippssamfunn og at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres. Rutinekravet er rettet mot alle oppdragsgivere, uavhengig av om de gjennomfører anskaffelser over eller under EØS-terskelverdi. Krav om rutiner for samfunnshensynene skal bidra til god styring på virksomhetsnivå, samt helhetlig og effektiv tilnærming til virksomhetens håndtering av grønn omstilling gjennom anskaffelser.

Det siste og femte tiltaket er innovasjon. Innovasjon er et viktig virkemiddel for å oppnå nye og mer effektive løsninger, både for varer og tjenester, herunder for grønn omstilling. Utvalget har som følge av dette foreslått at innovasjon synliggjøres både i formålsbestemmelsen, og som en egen bestemmelse i kapittelet om samfunnshensyn. Etter utvalgets syn er innovasjon i offentlige anskaffelser en sentral del av den grønne omstillingen. Hvis det offentlige skal kunne klare å kutte utslipp for å nå 2030- og 2050-målene, er det behov for nye null- og lavutslippsløsninger. Både mindre og større innovative grep vil bistå Norge på veien mot å nå utslippsmålene.

### Nærmere om utformingen av ny klima- og miljøbestemmelse

#### Innledning

Utvalget foreslår en ny og skjerpet klima- og miljøbestemmelse. Etter utvalgets syn bør tittelen på bestemmelsen være grønn omstilling. Dette for at brukerne av regelverket skal bli minnet om at bestemmelsen ikke bare handler om å stille krav og kriterier, men at kravene og kriteriene som stilles skal bidra til grønn omstilling. Dette inkluderer at Norge når sine klimamål i henhold til klimaloven. På denne måten synliggjøres bestemmelsens overordnede målsetning, hvilket kan tjene som en tankemessig rettesnor for oppdragsgiver. Forslaget til ny bestemmelse om grønn omstilling inneholder seks ledd.

Det samlede bildet av offentlige anskaffelser inneholder kontrakter av svært ulik karakter, og med ulik grad og type av klima- og miljøbelastning. Utvalget finner det derfor ikke hensiktsmessig å foreslå et bestemt tiltak, eller en bestemt fase av anskaffelsen, som per definisjon skal være best egnet til å fremme klima- og miljøhensyn. Dette medfører at utvalgets forslag inneholder flere tiltak for å fremme grønn omstilling i offentlige anskaffelser. Utvalget mener at oppdragsgiver må gis handlingsrom til å velge de tiltakene som er best egnet i den konkrete anskaffelsen, innenfor de angitte rammene i lovforslaget.

#### Krav til å hensynta klima og miljø i alle anskaffelsene

Første ledd gjelder for alle anskaffelsene som er omfattet av loven, og stadfester at oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser. Bestemmelsen har størst betydning for vare- og tjenestekontrakter under EØS-terskelverdi, og for bygge- og anleggsanskaffelser under tre millioner kroner, siden bestemmelsen i andre ledd stiller mer spesifikke krav til hvordan klima og miljø skal hensyntas for anskaffelser som er underlagt kunngjøringsplikt. Bestemmelsen gir ingen nærmere føringer på hvordan klima og miljø skal hensyntas. Det vil være opp til den enkelte oppdragsgiver hvordan dette operasjonaliseres i konkrete anskaffelser. Oppdragsgiver kan redusere de administrative kostnadene ved denne forpliktelsen gjennom gode rutiner, jf. kravet i forslag til § 2-1.

At oppdragsgiver skal ta hensyn til klima betyr at oppdragsgiver skal innrette anskaffelsen slik at klimaavtrykket fra anskaffelsen reduseres. Når det gjelder miljø skal oppdragsgiver innrette anskaffelsen slik at anskaffelsen ikke medfører forurensning eller skade på naturmangfoldet. Med tap av naturmangfold menes tap av ville planter, dyr og økosystemer, som globalt i hovedsak skyldes arealendringer, forurensning, klimaendringer, høsting og fremmede arter. Med forurensning menes i denne sammenhengen annen forurensning av luft, vann og jord enn klimagassutslipp, som for eksempel lokal luftforurensning, forurensing av vann og marine ressurser, avfall, kjemikalier og støy.

Utvalget vil også vise til at ved å innrette anskaffelsen slik at det som etterspørres er sirkulære løsninger, så vil dette både bidra til redusert klimaavtrykk og redusert miljøbelastning. Slike synergier er etter utvalgets syn positive.

#### Krav til kunngjøringspliktige anskaffelser

Bestemmelsens andre ledd stiller nærmere bestemte krav til kunngjøringspliktige anskaffelser. Kunngjøringspliktige anskaffelser er anskaffelser over EØS-terskelverdi jf. forslaget til § 6-1, og bygge- og anleggsanskaffelser med verdi lik eller over tre millioner kroner, jf. flertallets forslag til § 3-2. Bestemmelsen stiller krav til at oppdragsgiver skal gjennomføre en klima- og miljøkartlegging (bokstav a), stille krav til ytelsen (bokstav b) og i enkelte tilfeller også stille krav eller kriterier i øvrige trinn av prosessen (bokstav c). Forslagets andre ledd er ledsaget av et unntak i sjette ledd.

Klima-, miljø- og bærekraftshensyn i offentlige anskaffelser må ha fokus på om det skal kjøpes inn og eventuelt hva som kjøpes inn, like mye som hvordan. Fra et klima- og miljøperspektiv er hva oppdragsgiver kjøper inn etter utvalgets oppfatning viktigere enn hvordan anskaffelsen gjøres. Utvalget foreslår derfor en ny plikt til klima- og miljøkartlegging i anskaffelser som er underlagt kunngjøringsplikt jf. forslaget § 2-2 annet ledd bokstav a. Kartleggingen må omfatte en vurdering av om det overhodet er behov for anskaffelsen og valg av strategi (fornye, leie, eie, reparere, erstatte, nytt eller brukt, delingsmulighet med videre). Kravet til å dokumentere miljøkartleggingen vil sikre etterprøvbarhet, og bidra til økt bevisstgjøring hos oppdragsgiver. Etter utvalgets syn vil anskaffelsens art og størrelse være styrende for omfanget av kartleggingen. Dette betyr for eksempel at i større anskaffelser med stor klima- eller miljøbelastning, vil det forventes en kartlegging av et større omfang. Anskaffelsesprotokollen kan nøye seg med å omtale kartleggingen overordnet, så lenge det gir leverandører og andre som ber om innsyn tilstrekkelig visshet om at kartleggingen er utført i et omfang tilpasset anskaffelsens art og størrelse.

Utvalget mener at det mest effektive tiltaket for at offentlige anskaffelser kan bidra til den grønne omstillingen, i de fleste tilfeller, vil være klima- og miljørelaterte krav til selve ytelsen. Dette gjelder særlig for modne markeder hvor det er lite som skiller beste og nest beste tilbud, slik at tildelingskriterier for å fremme klima- og miljøhensyn er mindre egnet enn krav. Det følger implisitt av dette at utvalget ikke kan slutte seg til departementets standpunkt om at tildelingskriterium på tretti prosent er det mest effektive virkemiddelet til å nå klimamålene.[[212]](#footnote-212)

Utvalget mener at det i flere situasjoner vil være andre tiltak som er mer effektive enn å pålegge bruk av klima og miljø som tildelingskriterium og vekte dette med gitt prosentsats. I noen tilfeller vil strenge miljøkrav og 100 prosent pris- eller kostnadskonkurranse gi den mest effektive anskaffelsen som likevel ivaretar klima- og miljø på en hensiktsmessig måte, samtidig som kostnadsbesparelsen gir det offentlige handlingsrom for å prioritere klima og miljø på andre områder. Uten en fleksibilitet til å tilpasse hvordan klima- og miljøhensyn gjennomføres i den enkelte anskaffelse, vil en vektingsregel kunne komme i konflikt med lovens utgangspunkt om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Detaljregulering kan bli lite treffsikkert, og øker risikoen for overregulering og utilsiktede virkninger. I enkelte anskaffelser kan det være vanskelig å finne gode nok tildelingskriterier for klima og miljø. Dette kan for eksempel være hvis det er lite klimafotavtrykk å konkurrere om. I andre tilfeller kan det være enkelt å skille og evaluere tilbudene med høy vekting.

Utvalget foreslår derfor at det for kunngjøringspliktige anskaffelser alltid skal stilles klima- eller miljøkrav til ytelsen eller kontraktsgjenstanden, jf. forslaget § 2-2 annet ledd bokstav b. Hvilken klima- eller miljøeffekt det aktuelle kravet får, vil bero på hvordan oppdragsgiver velger å innrette seg. For eksempel kan en lite ambisiøs oppdragsgiver velge en liten eller avgrenset komponent av den aktuelle anskaffelsen, og knytte klima eller miljøkravet til den eller for øvrig stille et lite ambisiøst krav. Dette vil ikke bidra til grønne anskaffelser. Utvalget foreslår derfor at det står eksplisitt i lovbestemmelsen at kravet som stilles, skal gi en reell klima- og miljøgevinst. Dette betyr at oppdragsgiver er forpliktet til å vurdere både hvilken del av kontraktsgjenstanden som kravet skal knyttes til, og ikke kan velge avgrensede deler av kontraktsgjenstanden. I tillegg betyr det at oppdragsgiver må vurdere hvilket ambisjonsnivå kravet skal inneha, men da slik at ambisjonsnivået ved kravet alltid må være tilstrekkelig til å gi en reell effekt.

Ettersom leverandørenes evne til å levere klima- og miljøvennlige løsninger hele tiden er i utvikling, må oppdragsgiver før hver anskaffelse vurdere om det er grunnlag for å skjerpe de krav som stilles. Bestemmelsen hensyntar således også at ambisjonsnivået må økes over tid, slik at det offentlige kan bidra til å vri markedet i en mer grønn retning – helt frem til 2050.

Utvalget vil fremheve at det også kan være hensiktsmessig å stille klima- eller miljørelaterte krav i andre trinn av anskaffelsesprosessen. Utvalget foreslår at dette fremgår eksplisitt av lovteksten, men med den presisering at det gjelder dersom det vil gi ytterligere klima- eller miljøgevinst og uten å medføre uforholdsmessige kostnader for oppdragsgiver.

#### Avgrensning mot uforholdsmessige merkostnader

Både for klima- eller miljøkrav til ytelsen, og for andre klima- eller miljørelaterte krav eller kriterier, mener utvalget at det må tas forbehold for tilfeller hvor oppdragsgiver påføres merkostnader som fremstår som uforholdsmessige.

Utvalget vil gjenta og understreke at det er mange tilfeller der klima- og miljøvennlige produkter er billigere enn mindre klima- og miljøvennlige alternativer, særlig om oppdragsgiver tar hensyn til samlede kostnader over produktets levetid. Samtidig er det ikke til å komme forbi at det i visse tilfeller vil være merkostnader knyttet til ambisiøse klima- og miljøkrav. Etter utvalgets syn er det behov for å synliggjøre dette, og også gi anvisning på et vurderingskriterium som viser hvilke merkostnader lovgiver mener det må kunne forventes at offentlige oppdragsgivere påtar seg for å bidra til grønn omstilling.

Utvalget erkjenner at utgangspunktet om 30 prosent vekt på klima og miljø i den nye bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 7-9 er et forsøk på å kvantifisere noe av det samme. Etter utvalgets syn er det imidlertid bedre å knytte vurderingen direkte til de merkostnadene som det er grunn til å anta at klima- og miljøkrav vil medføre i den enkelte anskaffelse, og deretter angi et vurderingskriterium som viser at det forventes at oppdragsgiver må være beredt til å bære visse merkostnader, men ikke kostnader som fremstår som uforholdsmessige. En regel som pålegger å vekte klima og miljø med en viss prosentsats, er etter utvalgets syn mindre egnet til å synliggjøre denne avveiningen. Det er ikke vanskelig å innrette en konkurranse slik at den reelle klima- og miljøeffekten blir langt mindre enn intensjonen med 30-prosents vektingen som er vedtatt i anskaffelsesforskriften § 7-9, for eksempel gjennom lite ambisiøse klima- og miljøkriterier som det er grunn til å anta at nær sagt alle leverandører vil kunne score meget bra på.

Når det gjelder den nærmere vurderingen av hva som i et konkret tilfelle vil være uforholdsmessige merkostnader, vil utvalget vise til at EU-kommisjonen nylig har fremmet et forslag til forordning om nullutslippsteknologi, som legger opp til at oppdragsgivere som skal anskaffe nullutslippsteknologi må tåle en merkostnad på inntil ti prosent for å bidra til det grønne skiftet.[[213]](#footnote-213) Utvalget avstår imidlertid fra å mene noe om dette er en passende terskel mer generelt. Plikten til å vekte klima og miljø med minst 30 prosent i anskaffelsesforskriften § 7-9 kan tilsi at regjeringen mener oppdragsgiver bør være beredt til å ta større merkostnader. Det er likevel som nevnt ikke mulig å slutte noe sikkert fra en regel om vekting av tildelingskriterier, og til en terskel for hvilke merkostnader som oppdragsgiver må tåle.

Utvalget mener det er riktig å overlate til de folkevalgte på Stortinget å ta stilling til hvilke merkostnader offentlige oppdragsgivere må være beredt til å ta for å bidra til det grønne skiftet. I tilfeller hvor det ikke er til å komme forbi at ambisiøse klima- og miljøkrav vil medføre merkostnader, handler spørsmålet om hvilke merkostnader som anses forholdsmessige om politiske avveininger som bør diskuteres og avgjøres av Stortinget. For anskaffelser som foretas av kommunale eller fylkeskommunale oppdragsgivere, har terskelen en side til spørsmålet om økonomiske overføringer fra staten til kommunene og fylkeskommunene. Dersom lovgiver ønsker å etablere en høy terskel for merkostnader som kommuner og fylkeskommuner må være beredt til å betale for grønne anskaffelser, så er det naturlig at kommunene og fylkeskommunene vil etterspørre statlige bidrag til finansieringen.

Utgangspunktet for vurderingen av merkostnadene må være hva som er antatt kostnad med og uten det aktuelle klima- eller miljøkravet. I noen tilfeller vil dette trolig være relativt enkelt; en oppdragsgiver med oversikt over leverandørmarkedet vil kunne ha eller skaffe seg en kvalifisert oppfatning av hvilke merkostnader som er knyttet til bruk av elektriske anleggsmaskiner på en byggeplass, hvor mye dyrere det vil være å kreve utslippsfrie ferger på en gitt fergestrekning, hvor mye dyrere det er å kjøpe inn maling uten nærmere angitte miljøgifter, med videre. I andre tilfeller vil vurderingen være langt vanskeligere, særlig i mer komplekse anskaffelser og i tilfeller hvor det er aktuelt å stille flere ulike klima- og miljøkrav i flere trinn av anskaffelsesprosessen. Utvalget vil derfor understreke at oppdragsgiver i slike tilfeller må ha et visst skjønn i vurderingen av hvilke merkostnader nærmere angitte klima- eller miljøkriterier må antas å medføre. Vurderingen av merkostnadenes størrelse må her holdes atskilt fra vurderingen av hvor store merkostnader som er forholdsmessige.

Utvalget presiserer samtidig at selv om et særlig ambisiøst klima- eller miljøkrav skulle bli avvist av oppdragsgiver som uforholdsmessig kostbart, så betyr ikke det at oppdragsgiver kan la være å stille klima- eller miljøkrav. Oppdragsgiver må da i stedet stille andre krav som gir reell klima- eller miljøgevinst, men uten å påføre oppdragsgiver uforholdsmessige merkostnader.

En utfordring knyttet til å operasjonalisere uforholdsmessige merkostnader som en skranke for de klima- og miljøkrav som oppdragsgiver forventes å stille, er at vurderingen i utgangspunktet må foretas i forkant, under utarbeidelsen av anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan ikke vite med sikkerhet hvilke merkostnader som i den konkrete anskaffelsen er knyttet til et potensielt klima- eller miljøkrav før etter gjennomført konkurranse. For klima- eller miljøkrav, det være seg til selve ytelsen eller til leverandørenes kvalifikasjoner, finnes det imidlertid ikke noe alternativ til en slik kvalifisert forhåndsvurdering av antatte merkostnader. Som alt nevnt antar dessuten utvalget at en oppdragsgiver med oversikt over leverandørmarkedet vil kunne ha eller skaffe seg en kvalifisert oppfatning av hvilke merkostnader som er knyttet til et potensielt klima- eller miljøkrav.

For klima- eller miljørelaterte tildelingskriterier er det mulig å se for seg at spørsmålet om uforholdsmessige merkostnader først vurderes i ettertid, som et siste ledd i vurderingen av de innkomne tilbudene.[[214]](#footnote-214) Samtidig må en oppdragsgiver som vil stille klima- eller miljørelaterte tildelingskriterier ta stilling til vektingen av dette kriteriet på forhånd, og i den sammenheng vurdere hvor store merkostnader oppdragsgiver er beredt til å ta for å få en mer klima- og miljøvennlig anskaffelse. Utvalget mener derfor at det også her er riktig at forventningen om å ta visse, men ikke uforholdsmessige, merkostnader, må hensyntas ved utformingen av anskaffelsesdokumentene. For eksempel kan oppdragsgiver spesifisere en maksimal pris per redusert tonn klimagasser. Dette kan gjøres ved at oppdragsgiver flagger at klima vil bli tillagt vekt, men at oppdragsgiver ikke vil påta seg høyere merkostnader for å redusere utslipp av klimagasser enn de til enhver tid rådgivende karbonprisbaner publisert av Finansdepartementet.[[215]](#footnote-215)

Utvalget presiserer for ordens skyld at en oppdragsgiver selvfølgelig står fritt til å påta seg større merkostnader knyttet til en grønn anskaffelse enn påkrevd etter loven. En oppdragsgiver som ønsker å være helt i front i det grønne skiftet, kan stille mer ambisiøse klima- og miljøkrav enn det utvalget mener det er riktig å pålegge alle oppdragsgivere å gjøre.

#### Prioritering av klimaavtrykk

Utvalget foreslår å synliggjøre i loven at oppdragsgiver skal prioritere å stille krav eller kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk. Klimaloven § 4 første ledd angir målet om at Norge skal være et lavutslippssamfunn i 2050, og angir videre i andre ledd at dette krever reduksjon i klimagassutslippene.

I litteraturen skilles det mellom direkte og indirekte utslipp. Direkte utslipp er de utslipp som uomtvistelig følger av anskaffelsen, for eksempel i bygge- og anleggsprosjekter ved bruk av dieseldrevet anleggsutstyr eller ved bruk av kjøretøy med fossilt drivstoff i offentlig finansierte tjenester. Indirekte utslipp er de utslipp som følger fra produksjonen av de ulike innsatsfaktorene som benyttes i en offentlig anskaffelse. Det kan være utslipp fra produksjonen av byggematerialer til et nytt offentlig bygg, eller utslipp fra produksjonen av elektrisitet til driften av bygget. Det er opplagt vanskeligere å kalkulere de indirekte utslippene. Kommer elektrisiteten som brukes i bygget fra norsk vannkraft eller polsk kullkraft? Videre er de indirekte utslippene med all sannsynlighet allerede regulerte, spesielt hvis de har oppstått innenfor EU, da majoriteten av alle større utslipp fra fabrikker, kraftverk og lignende er omfattet av EUs kvotesystem. Ved å legge vekt på indirekte utslipp er det derfor en viss risiko for at oppdragsgiver innfører miljøkriterier uten en reell klimaeffekt.

Dersom en anskaffelse vil medføre direkte utslipp av klimagasser innenfor norsk territorium, som dessuten ikke er regulerte av EUs kvotesystem, mener utvalget at oppdragsgiver bør prioritere å stille krav eller kriterier som reduserer disse. Samtidig må denne prioriteringen ikke lede til at utslipp bare flyttes fra Norge og til utlandet. Det kan for eksempel ikke være slik at norske matprodusenter taper i konkurranse mot utenlandske produsenter fordi utslipp fra norsk landbruk skjer på norsk territorium og faller utenfor EUs kvotesystem. Se eksempel 4 i Boks 14.3.

En anskaffelse som gir særlig uttelling for utslippskutt i Norge, vil kunne være problematisk opp mot EØS-rettens krav til likebehandling av leverandører fra hele EØS. I mange tilfeller, som i eksempelet med dieseldrevet anleggsutstyr, er det imidlertid fullt mulig å prioritere utslippskutt i Norge, uten at det innebærer noen form for forskjellsbehandling av leverandørene.

Den nest viktigste kategorien av klimagassutslipp er utslipp som omfattes av EUs kvotesystem. Dette kan være både utslipp som er direkte og mer indirekte knyttet til den aktuelle anskaffelsen. Et eksempel kan være bruk av byggematerialer som medfører utslipp under produksjonen i Norge eller i andre EØS-land.

En tredje kategori av utslipp er utslipp utenfor EØS-området. Dette er utslipp som ikke er dekket av klimaloven og heller ikke av EUs kvotesystem. I den grad hensynet til likebehandling av leverandører fra ulike EØS-land tillater det, er ikke dette utslipp som oppdragsgiver bør prioritere like høyt som utslipp som inngår i klimaloven og/eller EUs kvotesystem.

Prioritering av utslippskutt i offentlige anskaffelser

Oppdragsgiver bør se hen til de utslippskutt som er forankret i klimaloven. Det betyr etter utvalgets syn at oppdragsgiver bør ha følgende prioriteringsliste:

1. Direkte utslipp fra norsk territorium hvor utslippene ikke er omfattet av EUs kvotesystem.
2. Direkte og indirekte utslipp som er omfattet av EUs kvotesystem og dermed omfattes av klimalovens bestemmelse om «felles gjennomføring».
3. Direkte og indirekte utslipp som ikke er omfattet av klimaloven, det vil si utslipp i EU som ikke er omfattet av EUs kvotesystem og utslipp i resten av verden.

[Boks slutt]

Foruten å se hen til de utslippskutt som er forankret i klimaloven, bør oppdragsgiver på generelt grunnlag prioritere å innrette anskaffelsen slik at valgte leverandør leverer en vare eller tjeneste som er forenlig med lavutslippssamfunnet.

Bestemmelsens virkeområde er ikke avgrenset, og den er således relevant også for anskaffelser som reguleres etter første ledd. Siden prioriteringen er knyttet til krav eller kriterier, vil det praktiske utslaget for bestemmelsen først og fremst gjøre seg gjeldende for anskaffelser som følger reglene i del III, altså anskaffelser over EØS-terskelverdi jf. § 6-1, og bygge- og anleggskontrakter som er regulert i § 3-2 annet ledd.

#### Standardiserte minimumskrav og veiledende kriterier

I det arbeidet som utvalget har gjort med å kartlegge regelverksutviklingen i EU, og som det er redegjort nærmere for i kapittel 10, så har det vært viktig for utvalget å klargjøre forholdet mellom bestemmelsen om grønn omstilling og de fremtidige standardiserte minimumskravene som er under utvikling. Slik utvalget har oppfattet de vedtatte og foreslåtte rettsaktene, så vil de kommende standardiserte minimumskravene fra EU komme for eksempel i form av krav til ytelsen eller som tildelingskriterier. Dette medfører et behov for å kalibrere kravene mot hverandre, slik at oppdragsgiver ikke risikerer å bli regulert dobbelt når det gjelder klima- og miljøkrav ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. For alle praktiske formål vil trolig oppdragsgiver som følger de standardiserte minimumskravene fra EU oppfylle kravene som er stilt i utvalgets forslag til § 2-2. Utvalget foreslår at dette kommer til syne i bestemmelsen, men samtidig peker på at oppdragsgiver også kan stille ytterligere krav. Dette er en viktig presisering siden oppdragsgiver i enkelte tilfeller kan oppleve at de standardiserte minimumskravene ikke er tilstrekkelig ambisiøse, og da er det en fordel at oppdragsgiver kan gå lengre. Det som her er sagt vedrørende standardiserte minimumskrav fra EU, vil gjelde tilsvarende for eventuelle nasjonale standardiserte minimumskrav som utvikles for spesifikke sektorer.

Utvalget foreslår også at det i bestemmelsens femte ledd klargjøres at oppdragsgiver kan oppfylle forpliktelsene i første og tredje ledd ved å bruke veiledende kriterier som er utviklet av DFØ. Etter utvalgets syn vil det innebære en markant besparelse av både tid og ressurser hos oppdragsgiver dersom de benyttet ferdig-produserte krav fra DFØ som tar sikte på å ivareta klima og miljø. Dette vil også medføre større forutsigbarhet for næringslivet. Når flere oppdragsgivere stiller de samme kravene vil det også i større grad kunne bidra til å flytte markedene i retning av lavutslippssamfunnet.

#### Unntak for anskaffelser med uvesentlig klima- eller miljøbelastning

Etter utvalgets syn er det behov for et unntak fra andre ledd, for de tilfeller at anskaffelsen har et uvesentlig klima- og miljøavtrykk, eller hvor det ikke er mulig å stille klima- eller miljøkrav eller kriterier som gir mer enn en bagatellmessig virkning. Dette kan skyldes mangel på teknologi, standardisering, anskaffelsens art eller omfang. Et eksempel kan være hvor anskaffelsen gjelder en hyllevare hvor det ikke finnes andre, potensielt mer klima- og miljøvennlige alternativer, og hvor det av disse grunner ikke er mulig å finne et krav eller kriterium som har tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at:

* det bør tas i bruk standardiserte minimumskrav på prioriterte områder i offentlige anskaffelser.
* det ikke kreves at det skal stilles miljøkrav i alle trinn av anskaffelsesprosessen, men at det alltid skal stilles krav til ytelsen.
* kravet til å hensynta klima og miljø i offentlige anskaffelser gjelder for alle anskaffelser (over og under terskelverdi), men at det stilles strengere krav til større anskaffelser.

[Boks slutt]

## Standardiserte minimumskrav

### Innledning

Utvalget er bedt om å vurdere hvordan offentlige anskaffelser i praksis kan fremskynde overgangen til en grønn sirkulær økonomi, herunder om det bør utvikles sentralt fastsatte standardiserte minimumskrav på prioriterte områder. Som det fremgår av fremstillingen over mener utvalget at standardiserte minimumskrav er et av de viktigste tiltakene for grønn omstilling gjennom offentlige anskaffelser. I det følgende vil utvalget redegjøre nærmere for dette.

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) og Miljødirektoratet har på oppdrag fra Klima- og miljødepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet utredet standardiserte minimumskrav.[[216]](#footnote-216) Rapporten har utgjort et kunnskapsgrunnlag for utvalget, og fremstillingen i dette kapittelet bygger på denne.

### Hva er standardiserte minimumskrav

Begrepet «standardiserte minimumskrav» er ikke definert i lov eller forskrift. Begrepet ble først introdusert av Riksrevisjonen i forbindelse med undersøkelsen av grønne offentlige anskaffelser, hvor følgende ble uttalt:

«For å sikre at offentlige oppdragsgivere bruker sin markedsmakt på en enhetlig måte er vi enige i at det kan være hensiktsmessig å etablere sentralt fastsatte, standardiserte minimumskrav på prioriterte innkjøpskategorier omtalt i handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon. Standardiserte minimumskrav vil kunne egne seg for innkjøpskategorier der markedene er modne og hvor det er behov for at offentlige oppdragsgivere drar i samme retning for å oppnå klima- og miljømål.»[[217]](#footnote-217)

Selv om Riksrevisjonen mener det er hensiktsmessig å etablere sentralt fastsatte standardiserte minimumskrav, inneholder ikke rapporten noen nærmere redegjørelse for hva dette er. Riksrevisjonen mener at de standardiserte minimumskravene bør utvikles på prioriterte kategorier, og viser til DFØs handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon.[[218]](#footnote-218) De prioriterte områdene i handlingsplanen er områder der klima- og miljøvennlige og innovative anskaffelser kan ha særlig stor betydning for klima- og miljømålene, se boks 14.6.

Prioriterte kategorier

Handlingsplanen trekker frem åtte prioriterte kategorier:

* Transport
* Bygg- og anlegg
* Mat og måltidstjenester
* Plastprodukter og produkter som inneholder plast
* IKT/elektriske og elektroniske produkter
* Batterier
* Møbler
* Tekstiler

Kilde: DFØs handlingsplan, side 10.

[Boks slutt]

I rapporten fra DFØ og Miljødirektoratet fastslås følgende definisjon: «krav som er fastsatt av en nøytral organisasjon og som enten pålegges (f.eks. i forskrift), eller anbefales (f.eks. i veiledning) oppdragsgiver å stille i nærmere definerte anskaffelser».

Obligatoriske krav kan være gitt i lov eller i forskrift, enten i anskaffelsesregelverket eller i annet sektorspesifikt regelverk. Et eksempel på standardisert minimumskrav i forskrift er plikt til å stille nullutslippskrav ved anskaffelse av kjøretøy, se boks 14.7.[[219]](#footnote-219) Et annet eksempel er at DFØ, Miljødirektoratet, Statens vegvesen og Sjøfartsdirektoratet har utredet forslag til standardiserte minimumskrav ved anskaffelse av ferger, hurtigbåter og sjøtransport.[[220]](#footnote-220) Når det gjelder anskaffelser av ferger og hurtigbåter har direktoratene foreslått en forskrift som angir en plikt til å stille krav om nullutslippsløsning i anskaffelser, men åpner for at oppdragsgiver kan gjøre unntak, som må dokumenteres. Hensikten med dokumentasjonskravet knyttet til bruk av unntak, er å gi direktoratene god informasjon for videre oppfølging. Utredningen foreslår at det for sjøtransport innføres en forskrift med plikt til markedsdialog og enkel rapportering. Når markedet er mer modent og det finnes tilstrekkelig erfaringsgrunnlag kan forskriften utvides til å forplikte oppdragsgiver til standardiserte minimumskrav. Samferdselsdepartementet har i samarbeid med Klima- og miljødepartementet utarbeidet forslag til forskrift med krav om nullutslipp av klimagasser fra ferger og hurtigbåter. Forslaget var på offentlig høring frem til 1. oktober 2023.

I tillegg har Miljødirektoratet fått i oppdrag å utrede minimumskrav i offentlige anskaffelser om nullutslupp og fossilfrie bygge- og anleggsplasser. Fristen for utredningen er 15. mars 2024.[[221]](#footnote-221)

Nærmere om obligatoriske standardiserte minimumskrav

Direktivet om offentlig anskaffelse av miljøvennlige kjøretøyskal bidra til å fremme markedsopptak av lav- og nullutslippskjøretøy, og er et av flere tiltak for å nå målet om overgang til lavutslippsmobilitet.1 Direktivet oppstiller minimumskrav til utslipp ved anskaffelse av personbiler og lette varebiler. Ved norsk gjennomføring av direktivet er det stilt strengere krav enn det som følger av direktivet, og fra 1. januar 2023 er det krav om nullutslipp ved offentlige anskaffelser av alle personbiler og varebiler. Direktivet er et eksempel på at offentlige anskaffelser er brukt som et virkemiddel av EU for å oppnå et konkret miljøpolitisk mål (nullutslippskjøretøy).

1 Green Vehicles Directive (EU) 2019/1161

[Boks slutt]

Veiledende standardiserte minimumskrav er forslag til krav som er utviklet, kvalitetssikret, vedlikeholdt og distribuert/markedsført av en sentral og nøytral institusjon med høy troverdighet og kapasitet for veiledning. Et eksempel fra Norge er DFØs kriterieveiviser, og et eksempel fra EU er EUs GPP-kriterier.[[222]](#footnote-222)

Nærmere om veiledende standardiserte minimumskrav

EU har utviklet veiledende standardiserte minimumskrav som er kalt «EU’s kriterier for grønne offentlige indkøb». Kriteriene er utviklet for å gjøre det lettere å inkludere grønne krav i offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver kan selv velge sitt ambisjonsnivå, og kan velge å bruke noen eller alle kriteriene som er stilt opp. Kriteriene oppdateres regelmessig, slik at de avspeiler den seneste teknologiske utviklingen og utviklingen på markedet.

DFØ har også utviklet veiledende standardiserte minimumskrav gjennom sin kriterieveiviser. Kriterieveiviseren gir krav og kriterier både for miljø og sosialt ansvar som kan stilles i en anskaffelsesprosess. Formålet med kriterieveiviseren er å bidra til å gi offentlige oppdragsgivere grunnlag for å stille gode krav til bærekraft.

[Boks slutt]

Standardiserte minimumskrav kan gjelde for alle oppdragsgivere som er omfattet av anskaffelsesregelverket, eller de kan være avgrenset til å gjelde for en nærmere angitt gruppe av oppdragsgivere, som for eksempel kun statlige oppdragsgivere.

Standardiserte minimumskrav vil normalt være begrenset til å gjelde for enkelte kategorier av anskaffelser, for eksempel visse typer produkter, og kan også begrenses til visse kategorier av slike anskaffelser, for eksempel over en gitt terskelverdi.

Standardiserte minimumskrav kan også kreve utarbeidelse av miljødata, for eksempel klimaavtrykket, knyttet til leveransen. Slike data kan være til bruk i kontraktsoppfølgingen og/eller oppdragsgiverens klimaregnskap.

Begrepet «standardisert» tolkes ofte snevert ved at det knyttes til standarder utarbeidet av nasjonale eller internasjonale standardiseringsorganer som for eksempel ISO, CEN og Standard Norge. I rapporten fra DFØ og Miljødirektoratet er begrepet «standardisert» benyttet uten at det er knyttet til offisielle standardiseringsorganisasjoner.

Begrepet «minimumskrav» i denne sammenhengen er en samlebetegnelse på alle krav eller kriterier som oppdragsgiver kan benytte i en anskaffelsesprosess. Det vil si kravspesifikasjon, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktskrav.

### Standardiserte minimumskrav i EU

#### Innledning

Utvalget viser til at det pågår en utvikling i EU når det gjelder standardiserte minimumskrav. I kapittelet om regelverksutviklingen i EU er det gitt en overordnet fremstilling av hvilke standardiserte minimumskrav som er under utvikling i EU. Enkelte sentrale rettsakter vil bli behandlet nærmere her.

Som en del av EUs grønne giv ønsker EU å bruke offentlige anskaffelser som et strategisk virkemiddel for klima og miljø. Ifølge Kommisjonen er grønne offentlige anskaffelser et sentralt virkemiddel for å oppnå en bærekraftig, ressurseffektiv og konkurransedyktig lavutslippsøkonomi.[[223]](#footnote-223) I EUs handlingsplan for sirkulær økonomi står det at Kommisjonen vil foreslå minimumskriterier for grønne offentlige anskaffelser i sektorspesifikk lovgivning, og fase inn obligatorisk rapportering for å overvåke utbredelsen av grønne anskaffelser.[[224]](#footnote-224) Det er som følge av dette lagt fram krav til grønne offentlige anskaffelser i flere EU-regelverk innen sirkulær økonomi, og flere forslag er på vei.

#### Økodesignforordningen

Forslaget til forordning om et rammeverk for økodesignkrav for bærekraftige produkter (økodesignforordningen), er kjernen i EUs handlingsplan for sirkulær økonomi. Forordningen skal erstatte det gjeldende økodesigndirektivet, og vil i utgangspunktet gjelde for alle typer produkter, med unntak for mat, fôr, medisiner og levende organismer, jf. artikkel 1 nr. 2. Produktspesifikke krav til økodesign skal fastsettes i delegerte rettsakter fra Kommisjonen. Dette vil være helt nye typer krav til produkter, som for eksempel krav til holdbarhet, ombruk, mulighet for reparasjon, miljø- og karbonfotavtrykk og energieffektivitet, jf. artikkel 5. Forordningen er til behandling i EUs lovgivende organer, hvor det er ventet vedtak senest våren 2024.[[225]](#footnote-225)

Kommisjonen har gjennomført en høring om hvilke produkter og horisontale krav som skal prioriteres i det videre arbeidet med slike underliggende rettsakter under økodesignforordningen. Prioriteringer skal velges ut fra produktenes påvirkning på miljø, bærekraft og sirkularitet, og potensial for forbedring. Ifølge en innledende analyse fra Kommisjonens felles forskningssenter (JRC) vil følgende sluttprodukter kunne bli prioritert: tekstiler og sko, møbler, keramiske produkter, dekk, rengjøringsmidler, madrasser til senger, smøremidler, maling og lakk, kosmetiske produkter, leker, fiskegarn og fiskeutstyr, og absorberende hygieniske produkter. Videre vil følgende mellomprodukter kunne bli prioritert: jern og stål, jernfrie metaller, aluminium, kjemikalier, plast og polymerere, papir, papirmasse og papp, og glass. Når det gjelder horisontale krav vil følgende kunne bli prioritert: holdbarhet, mulighet for materialgjenvinning, og materialgjenvunnet innhold.

Forordningen inneholder et forslag om at Kommisjonen i delegerte rettsakter kan utarbeide nærmere krav som skal gjelde for offentlige anskaffelser. Kravene kan være obligatoriske kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Det følger av artikkel 58 nr. 2 at Kommisjonen i utviklingen av kravene eller kriteriene skal ta i betraktning: verdien og volumet av offentlige kontrakter som gjelder et gitt produkt eller produktgruppe eller for tjenester som bruker produktgruppen, behovet for å sikre tilstrekkelig etterspørsel for flere miljømessig bærekraftige produkter og økonomiske betraktninger for å bidra til at flere oppdragsgivere kjøper miljømessig bærekraftige produkter uten at det gir uforholdsmessige kostnader.

#### Batteriforordningen

Ny batteriforordning ble vedtatt 12. juli 2023, og viser til at batterimarkedet i økende grad er blitt et strategisk marked på globalt plan og at batterier er en viktig katalysator for en bærekraftig utvikling, grønn mobilitet, ren energi og klimanøytralitet.[[226]](#footnote-226) Forordningen inneholder ulike krav til verdikjeden for batterier, som produktkrav, merkekrav, digitale produktpass, produsentansvar for innsamling og materialgjenvinning, tilrettelegging for ombruk, og en egen bestemmelse om grønne offentlige anskaffelser i artikkel 85.

I Kommisjonens forslag til artikkel 85 nr. 1 skal oppdragsgivere i henhold til anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet ta hensyn til miljøpåvirkningene av batterier ved anskaffelse av batterier eller produkter som inneholder batterier. Dette innebærer å se hen til miljøpåvirkningene av batteriet, i hele livssyklusen, slik at de miljømessige påvirkningene holdes på et minimum.

Det følger videre av artikkel 85 nr. 3 at EU-kommisjonen skal utvikle gjennomføringsrettsakter som fastsetter tildelingskriterier for anskaffelse av batterier eller produkter som inneholder batterier. Kriteriene skal være basert på bærekraftskravene i batteriforordningen artikkel 7 til 10. Videre følger det av artikkel 85 nr. 2 at oppdragsgivere, fra 12 måneder etter at disse gjennomføringsrettsaktene er vedtatt, skal bruke de vedtatte tildelingskriteriene i alle anskaffelser som gjennomføres og som innebærer kjøp av batterier eller produkter som inneholder batterier for å oppfylle forpliktelsen i artikkel 85 nr. 1. Videre skal alle anskaffelser som gjelder kjøp av batterier eller produkter som inneholder batterier, og som er omfattet av batteriforordningen artikkel 7 til 10, stille krav til ytelsen og tildelingskriterier som inneholder en henvisning til gjennomføringsrettsakten. Dette skal sikre at anskaffelse av batterier, eller produktene som inneholder batterier, medfører en mindre miljøpåvirkning, målt for hele deres livssyklus.

#### Ny byggevareforordning

I forslag til ny byggevareforordning er det foreslått bestemmelser om grønne offentlige anskaffelser i artikkel 83 og 84.[[227]](#footnote-227)

Artikkel 83 omhandler hvordan medlemsstatene kan fremskynde bruk av mer bærekraftige byggevarer, gjennom ulike insitamentsordninger som er knyttet til forordningens øvrige bestemmelser som fastsetter vesentlige egenskaper ved byggevarer og herunder definerer terskler og yteevneklasser.

Etter artikkel 84 kan Kommisjonen fastsette delegerte rettsakter med bærekraftskrav for offentlige kontrakter, inkludert gjennomføring, overvåking og rapportering i medlemslandene. Dette kan være obligatoriske kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier, kontraktsvilkår eller mål. Ved fastsettelsen av disse kravene skal Kommisjonen ta hensyn til følgende kriterier: verdien og volumet av offentlige anskaffelser innenfor den gitte produktgruppen eller tjenester som bruker den gitte produktgruppen, behovet for å sikre tilstrekkelig etterspørsel etter mer miljømessig bærekraftige produkter, og økonomisk gjennomførbarhet for oppdragsgivere til å kjøpe mer miljømessig bærekraftige produkter, uten at det innebærer uforholdsmessige kostnader.

#### Ny emballasjeforordning

I forslaget til forordning om emballasje og emballasjeavfall er offentlige anskaffelser omtalt i artikkel 57.[[228]](#footnote-228) Etter artikkel 57 nr. 3 skal Kommisjonen vedta delegerte rettsakter med obligatoriske minimumskrav for grønne offentlige anskaffelser. Kravene skal være basert på bestemmelsene i artikkel 5 til 10 og som regulerer ulike produktkrav. I tillegg skal Kommisjonen basere kravene på følgende elementer: verdien og volumet av offentlige kontrakter om emballasje, emballerte produkter eller tjenester som benytter slike produkter, behovet for å sikre tilstrekkelig etterspørsel etter mer miljømessig bærekraftig emballasje eller emballerte produkter, og økonomisk gjennomførbarhet for oppdragsgivere til å kjøpe mer miljømessig bærekraftig emballasje eller emballerte produkter, uten at det innebærer uforholdsmessige kostnader.

Offentlige oppdragsgivere etter anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet skal anvende minimumskravene fra 12 måneder etter at de delegerte rettsaktene trer i kraft, jf. artikkel 57 nr. 1 og 2.

### Standardiserte minimumskrav i andre europeiske land

I rapporten fra DFØ og Miljødirektoratet ble det løftet frem flere eksempler fra andre europeiske land, og hvordan de gjør bruk av standardiserte minimumskrav på området for offentlige anskaffelser.

I Belgia utredes det hvilke kategorier som skal prioriteres når det gjelder bærekraft, og planen er å definere minstekrav for disse kategoriene fra høsten 2023.

I Nederland er det utviklet et verktøy med anbefalte krav og kriterier, dette er kalt «Substainable Public Procurement», og tar sikte på å bruke offentlige anskaffelser til å oppnå en høyere grad av bærekraft, og unngå negativ miljømessig og sosial påvirkning.

I Kroatia har statlige oppdragsgivere plikt til å benytte grønne offentlige anskaffelseskriterier i sine anskaffelser. Dette gjelder innen kategoriene kontormateriell, forbruksmateriell, PC og PC-utstyr, kjøretøy og elektriske produkter. I tillegg henvises oppdragsgivere til å benytte Kommisjonens kriteriesett for grønne anskaffelser (omtalt over, EU GPP). Miljøverndepartementet er fra 2022 pålagt å publisere hvilke kutt i klimagassutslipp denne plikten resulterer gir.

### Hvordan kan standardiserte minimumskrav bidra til grønn omstilling

DFØ og Miljødirektoratet peker på tre sentrale fordeler ved å gjøre bruk av standardiserte minimumskrav. For det første kan klare og konsistente krav som er utarbeidet i åpne prosesser med markedet, gi signaler til leverandørene som gjør det lettere å forutsi/utvikle og innføre de etterspurte grønne løsningene. Dette vil også understøtte grønn innovasjon. For det andre vil kvalitetssikring av standardiserte minimumskrav øke troverdigheten, relevansen og prioriteringen av kravene som stilles. Dette vil maksimere miljøeffekten av anskaffelseskravene. For det tredje vil gjenbruk av de samme kravene redusere kostnader knyttet til utarbeidelse av nødvendig miljødokumentasjon og kompetansebehovet for evaluering av innkommende tilbud. Dette reduserer både transaksjonskostnader og kompetansekrav for både oppdragsgivere og leverandører.

### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at standardiserte minimumskrav i tiden fremover vil bli svært viktig i den grønne omstillingen. Grunnen er at standardiserte minimumskrav svarer på en av de største barrierene for å øke andelen klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser, nemlig mangel på tid, ressurser og kompetanse hos offentlige oppdragsgivere. Standardiserte minimumskrav vil kreve mindre kapasitet og kompetanse hos den enkelte oppdragsgiver. I et land med mange små oppdragsgivere som i Norge, vil viktigheten av standardiserte minimumskrav være særlig stor. Standardiserte minimumskrav kan også gjøre markedet mer forutsigbart for leverandører.

Utvalget vil foreslå at det oppstilles et skille mellom

* standardiserte minimumskrav som oppdragsgiver er pålagt å følge, obligatoriske standardiserte minimumskrav, og
* standardiserte minimumskrav som oppdragsgiver kan velge å bruke, veiledende standardiserte minimumskrav.

Utvalgets tilrådning er at det tas i bruk obligatoriske standardiserte minimumskrav på prioriterte områder. Dette bør skje gjennom vedtakelse av standardiserte minimumskrav, enten gjennom kommende krav fra EU eller gjennom sektorspesifikke krav på nasjonalt nivå.[[229]](#footnote-229) Videre mener utvalget at oppdragsgivere bør ta i bruk eksisterende veiledende standardiserte minimumskrav på prioriterte områder.

I EU utvikles det obligatoriske standardiserte minimumskrav på prioriterte områder, og utvalget mener at implementeringen av disse i norsk rett bør skje så snart de er vedtatt i EU, uten å vente verken på formell innlemmelse i EØS-avtalen eller på vedtakelsen av en ny norsk anskaffelseslov. Dersom oppdragsgivere i hele EØS stiller de samme kravene eller kriteriene på prioriterte områder, vil dette kunne vri etterspørselen i alle EØS-stater mot de mer grønne og bærekraftige løsningene. Utviklingen av forskriftsfestede sektorspesifikke standardiserte minimumskrav på nasjonalt nivå, som for eksempel for kjøretøy og ferger, er allerede vedtatt eller forventes vedtatt snart.

Utvalget har vurdert om oppdragsgivere i ny lov om offentlige anskaffelser bør pålegges å bruke veiledende standardiserte minimumskrav fra DFØ (fra kriterieveiviseren), på de områder hvor det er eller blir utviklet slike. Hvis en slik plikt tas inn i loven, vil det imidlertid i realiteten gjøre DFØ til forskriftsgiver. Dersom en slik plikt gjøres gjeldende også overfor kommunale og fylkeskommunale oppdragsgivere, er det ikke uproblematisk vurdert opp mot prinsippet om (fylkes-)kommunalt selvstyre. Utvalget foreslår derfor i stedet at alle statlige virksomheter tar i bruk DFØs veiledende kriterier, og at regjeringen pålegger dette i alle tildelingsbrev til underliggende etater. DFØs kriterier åpner for at oppdragsgiver kan velge ambisjonsnivå, og dette gjør det mulig for offentlige oppdragsgivere å tilpasse kravene til sin virksomhet, drift og økonomiske rammer. Utvalget mener denne type fleksibilitet er viktig. Tilsvarende mener utvalget at fylkeskommuner og kommuner bør vedta at kriteriene fra DFØ skal benyttes.

Hvis offentlige virksomheter allerede nå tar i bruk veiledende standardiserte minimumskrav der det finnes, vil det gjøre at den senere overgangen til obligatoriske standardiserte minimumskrav gjennom forordninger fra EU vil bli lettere, fordi både oppdragsgivere og leverandører gjennom en slik praksis er blitt vant til å bruke standardiserte minimumskrav.

Det er likevel viktig å peke på at utvalget ikke vet noe om hvilket ambisjonsnivå de obligatoriske standardiserte minimumskravene fra fremtidig EU-regelverk vil ha. Dersom det mot formodning skulle vise seg at de kommende standardiserte minimumskravene ikke er tilstrekkelig ambisiøse, i kombinasjon med at de gir handlingsrom, så bør norske myndigheter benytte dette handlingsrommet til å utvikle egne og mer ambisiøse standardiserte minimumskrav.

Utvalgets forslag

Utvalget mener at:

* standardiserte minimumskrav på prioriterte områder er det viktigste grepet for at offentlige anskaffelser i praksis skal bidra til grønn omstilling.
* for å oppnå en hurtig grønn omstilling, må de veiledende standardiserte minimumskravene som allerede er utviklet, tas i bruk så fort som mulig.

Utvalget foreslår at:

* staten i egen virksomhet og i tildelingsbrev pålegger å ta i bruk veiledende standardiserte minimumskrav på prioriterte områder.
* kommunale og fylkeskommunale virksomheter vedtar å ta i bruk veiledende standardiserte minimumskrav på prioriterte områder.
* ny lov om offentlige anskaffelser inneholder hjemmel for å kunne vedta standardiserte minimumskrav
	+ for å gjennomføre kommende obligatoriske standardiserte minimumskrav fra EU, og
	+ for å vedta nasjonale obligatoriske standardiserte minimumskrav for særskilte sektorer.

[Boks slutt]

# Innovasjon i offentlige anskaffelser

## Hva er innovasjon og innovative anskaffelser?

### Innledning

Innovasjon kan være et nytt eller vesentlig forbedret produkt, tjeneste, produksjonsmåte, måte å organisere eller markedsføre en aktivitet på. Innovasjon vil med andre ord enten føre til at oppdragsgiver får produkter/tjenester av en høyere kvalitet til samme pris som før, eller de samme produktene/tjenestene til en lavere pris enn før. Eksempler på det siste er innovasjoner innen fornybar energi, hvor prisen pr. kilowattime elektrisitet fra fornybare teknologier er gått drastisk ned (mens selve produktet, elektrisitet, er det samme som før).

En innovasjonsprosess kan deles inn i tre faser. Den første er forsknings- og utviklingsfasen (FoU-fasen). Neste fase er salg til tidlige brukere, som gjør at teknologien kan videreutvikles ved læring gjennom bruk (læringsfasen). Siste fase er utbredt markedsspredning, hvor den nye teknologien kan regnes som standard.[[230]](#footnote-230) I FoU-fasen drives det blant annet utprøving i laboratorier av prototyper med sikte på å finne en teknisk løsning, som enkelt kan skaleres opp og masseproduseres. I neste fase, læringsfasen, testes den nye teknologien ut i markedet. Forskning viser at det i denne fasen foregår læring, og annen erfaringsinnhenting, som i noen tilfeller er avgjørende for at kostnadene ved den nye teknologien skal falle, og teknologien bli konkurransedyktig med etablerte alternativer.

Både i FoU-fasen og i læringsfasen skapes det ny kunnskap som også kan tas i bruk av utenforstående. For eksempel vil FoU-fasen avdekke hva som ikke fungerer. Slik kunnskap kan ikke patenteres, men er nyttig kunnskap for andre aktører som forsker på det samme. Kunnskapen som produseres gjennom FoU- og læringsfasen er med andre ord en type kollektivt gode. Det er allment akseptert blant samfunnsøkonomer at produksjonen av kollektive goder bør understøttes av offentlige midler. Det finnes derfor mange typer av offentlige støtteordninger for FoU, hvor den mest omfattende er skattefunnordningen som gir bedrifter skattefritak for en andel av deres FoU-utgifter. I tillegg finnes det flere direkte støtteordninger administrert av blant annet Innovasjon Norge og Forskningsrådet. Brukt på riktig måte kan offentlige anskaffelser komplettere allerede eksisterende ordninger.

Innovative anskaffelser kan benyttes i situasjoner der oppdragsgiver ønsker å kjøpe nye løsninger, eller utfordre markedet til å utvikle nye løsninger. Anskaffelsesprosessen tilrettelegger for innovasjon gjennom tidlig dialog med markedet om tilgjengelige løsninger, ved å benytte anskaffelsesprosedyrer som åpner for innovasjon, og ved å bruke kvalifikasjons- og tildelingskriterier som ikke stenger dørene for nye selskaper eller nye løsninger.

Anskaffelsesprosessen gjennomføres uten at oppdragsgiver på forhånd vet nøyaktig hvordan løsningen vil fungere eller se ut. Det er derfor viktig at det i stor grad brukes ytelses- og funksjonskrav (åpne kravspesifikasjoner), som legger til rette for at leverandørmarkedet definerer løsningene. Innovative anskaffelser forutsetter risikovillighet hos oppdragsgiverne. Det er samtidig store muligheter for betydelige gevinster, først og fremst for samfunnet som helhet, dersom anskaffelsen bidrar til å gjøre den nye teknologien tilgjengelig for flere gjennom senkede kostnader. Offentlig sektor kan også høste egne gevinster av innovasjon, for eksempel reduserte energi- og materialkostnader og forbedrede løsninger i helsesektoren.

I dag brukes betegnelsen «innovative anskaffelser» både på mindre anskaffelser som legger til rette for innovasjon, og for større anskaffelser med forsknings- og utviklingselementer. Gjennom å skille mellom anskaffelser som legger til rette for innovasjon, og anskaffelser som aktivt søker innovasjon, vil virksomhetene enklere kunne definere hvilken rolle de kan ta innenfor området innovative anskaffelser. Det vil også bli enklere å utvikle virkemidler og etablere strategiske målsetninger. Både DFØ og Nasjonalt program for leverandørutvikling (LUP)[[231]](#footnote-231) opererer derfor med begrepene «innovasjonsvennlige anskaffelser» og «anskaffelser av innovasjon». De to begrepene legger føringer på ambisjonsnivået for innovasjon i den enkelte anskaffelsen. En innovasjonsvennlig anskaffelse tar ikke stilling til løsningens innovasjonsgrad ved utformingen av konkurransegrunnlaget, men åpner for løsninger med både høy og lav innovasjonsgrad. En anskaffelse av innovasjon vil alltid medføre en høy innovasjonsgrad. Innovasjonsvennlige anskaffelser legger derfor til rette for inkrementell innovasjon, mens anskaffelser av innovasjon er mer egnet for radikale innovasjoner. Se også boks 15.1.

Innovasjonsvennlige anskaffelser og anskaffelser av innovasjon

«Innovasjonsvennlige anskaffelser» er anskaffelser som legger til rette for, og oppfordrer til, innovative løsninger, uten at anskaffelsen har dette som et krav. Dette utelukker ikke at oppdragsgiver kan ta i bruk eksisterende løsninger og/eller dra nytte av andres innovasjon på det aktuelle området. Denne type anskaffelser resulterer ofte i produkter/tjenester hvor det meste av teknologien allerede er utviklet, men hvor bruken av teknologien i en ny sammenheng, eller sammensetningen av ulike nye teknologier, representerer det nye. Dialog med markedet, ytelses- og funksjonsspesifikasjoner og kontraktsmekanismer som legger til rette for videreutvikling i kontraktsperioden er sentrale elementer i innovasjonsvennlige anskaffelser. Innovasjonsvennlige anskaffelser gjennomføres ofte etter dagens regelverk med anbudskonkurranse, tilbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling.

«Anskaffelser av innovasjon» er anskaffelser hvor oppdragsgiveren aktivt søker et produkt eller tjeneste som ikke er tilgjengelig i markedet. I denne type anskaffelser har oppdragsgiveren en aktiv rolle som bestiller gjennom hele utviklingsprosessen, og spranget fra eksisterende teknologi i markedet til teknologien involvert i anskaffelsen er større. Elektrisk fergedrift, elektriske byggeplasser og nye driftsformer i skogbruket som unngår flatehugst kan være eksempler på denne type innovasjon. Videre kan elektriske langdistansebusser og luftfart være mulige eksempler på nært forestående eksempler på slik innovasjon.

Anskaffelser av innovasjon gjennomføres vanligvis med prosedyreformene plan- og designkonkurranse, konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap, eller som en før-kommersiell anskaffelse der unntaksbestemmelsen for forskning- og utviklingstjenester i anskaffelsesdirektivet artikkel 14 benyttes.

Slike anskaffelser vil ofte kreve en mer omfattende koordinert innsats for at oppdragsgiver skal lykkes. Dette fordi investeringene som kreves er større, noe som igjen betyr at markedet for innovasjonen må være større.

[Boks slutt]

### Sentrale elementer i innovative anskaffelser

Alle anskaffelser skal dekke et behov. Spørsmålet oppdragsgiver må avklare er om den eller de eksisterende løsningene dekker behovet på en tilfredsstillende måte, eller om oppdragsgiver bør orientere seg mot en ny eller forbedret løsning. Anskaffelsesprosessen gir dermed mulighet for å tenke nytt om behovet og hvordan dette eventuelt har utviklet seg. Innovative anskaffelser forutsetter en aktiv og helhetlig tilnærming til behovet. Gjennomføring av brukerundersøkelser, intervjuer med ansatte og bruk av tjenestedesign, kan bidra til å gi en bedre behovsforståelse. Dette arbeidet kan danne utgangspunktet for en kravspesifikasjon som oppfordrer markedet til å utvikle nye løsninger. Nedenfor omtales tre elementer som er sentrale for å legge til rette for innovative anskaffelser.

Dialog med markedet

Utstrakt dialog med markedet i forkant av kunngjøring, er en forutsetning for å kunne legge til rette for innovasjon i en anskaffelse. I dialogen formidles behovet til markedet. Innkjøpere får dermed innsikt i hva som finnes av løsninger i markedet, og hva som kan være mulig å utvikle. Oppdragsgivere kan for eksempel gå i dialog med markedet gjennom leverandørkonferanser, én-til-én møter eller høring av konkurransegrunnlag.

Ytelses- og funksjonskrav

Ytelses- og funksjonskrav er åpne spesifikasjonsformer som tilrettelegger for markedets beste løsningsalternativ. Ved å stille ytelse- og funksjonskrav får leverandøren mulighet til å tilby innovative løsninger, som kan oppfylle det offentliges behov på en ny og bedre måte. På denne måten kan oppdragsgivers behov beskrives gjennom en åpen spesifikasjon av kravene til leveransens ytelser og funksjon, fremfor detaljerte spesifikasjoner over hvordan oppgaven skal løses. Leverandører kan dermed i større grad selv vurdere hvilken løsning som vil være den beste å tilby, for å dekke de behovene oppdragsgiver har angitt. Spesifikasjonsformen legger på denne måten til rette for at de beste løsningene kan tilbys, i stedet for å begrenses av hva oppdragsgiver kjenner til av eksisterende løsninger.

Innovasjonsvennlige kontrakter

I implementeringen av en innovativ løsning oppstår ofte utfordringer som oppdragsgiver ikke var klar over da anskaffelsen ble gjennomført. Før konkurransen kunngjøres må oppdragsgiver derfor ta stilling til hvilken samarbeidsrelasjon som ønskes med valgte leverandør. Dette håndteres i kontraktsvilkårene.

Kontrakten kan samtidig legge opp til insentiver for videreutvikling av løsninger. Gjennom bruk av opsjoner eller kompensasjonsmodeller som gir leverandører bedre betingelser ved økt kvalitet/lavere kostnader, kan det stimuleres til innovasjon også i kontraktsperioden.

## Gjeldende rett

### Anskaffelsesdirektivet

Ved 2014-revisjonen av anskaffelsesdirektivene var EU opptatt av å legge bedre til rette for innovasjon gjennom forenklinger, økt fleksibilitet og nye verktøy. Det ble derfor introdusert en ny bestemmelse om markedsdialog, oppfordringer i regelverket om bruk av ytelses- og funksjonskrav, økt adgang til forhandlinger og innføring av anskaffelsesprosedyren innovasjonspartnerskap.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 punkt 22 definerer innovasjon som:

«innføring av nye eller vesentlig forbedrede produkter, tjenester eller prosesser, herunder, men ikke begrenset til, produksjons-, bygge- eller konstruksjonsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, organisering av arbeidsplassen eller eksterne forbindelser, blant annet med sikte på å bidra til å løse samfunnsmessige utfordringer eller støtte Europa 2020-strategien for smart, bærekraftig og inkluderende vekst».

Anskaffelsesdirektivet har ingen obligatoriske krav til innovasjon, men legger i stor grad til rette for innovasjon.[[232]](#footnote-232) Det følger av direktivets fortale premiss 47 at innovasjon, herunder miljøinnovasjon, er blant de viktigste driverne av fremtidig vekst, at offentlige myndigheter bør bruke offentlige innkjøp strategisk for å fremme nyskaping og at kjøp av nyskapende produkter, bygge- og anleggsarbeider og tjenester bidrar til å fremme bærekraftig økonomisk vekst.

Anskaffelsesdirektivet beskriver en anskaffelsesprosedyre med krav om innovasjon for å kunne benyttes. Dette er innovasjonspartnerskap i artikkel 31. I tillegg er det krav til innovasjon for å kunne bruke unntaket til å kjøpe forsknings- og utviklingstjenester i henhold til direktivet artikkel 14.

Anskaffelsesdirektivet har også prosedyrer som åpner for innovasjon. Dette er plan- og designkonkurranse artikkel 78 med videre, konkurransepreget dialog jf. artikkel 30 og konkurranse med forhandling jf. artikkel 29. Mens plan- og designkonkurranser kan brukes til å utvikle et innovativ løsningsdesign, er konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog velegnet der oppdragsgiver ønsker å utfordre markedet til å tilby nye innovative løsninger. Dette kan for eksempel skje ved å vekte innovasjon tungt gjennom anskaffelsens tildelingskriterier. Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog er også velegnet til førstegangskjøp av innovative løsninger som er helt nye på markedet, eller ikke helt ferdigutviklede, utprøvde eller skalerte (markedsnære). Eksempel er kjøp av løsninger som har vært utviklet i en forutgående før-kommersiell anskaffelse.

Innovasjon er også nevnt i en rekke andre bestemmelser i direktivet, som behandles i andre kapitler i denne utredningen.

### Anskaffelsesloven

Et av formålene med anskaffelsesregelverket som trådte i kraft 1. januar 2017 var å legge til rette for at offentlige oppdragsgivere i større grad kan hensynta innovasjon i sine anskaffelser. Selv om det også i det tidligere regelverket var store muligheter for å ivareta innovasjon i anskaffelser, fantes det ikke en uttrykkelig regulering av disse mulighetene. Hensynet til innovasjon ble i det nye regelverket introdusert i både lov og forskrift.

Det følger av anskaffelsesloven § 5 andre ledd at oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen. Dette er den eneste bestemmelsen i anskaffelsesloven hvor innovasjon er nevnt.

Nærings- og fiskeridepartementet vurderte i forbindelse med utarbeidelse av anskaffelsesloven at den ikke burde ha pålegg om innovasjon. Departementet vurderte at et slikt lovpålegg ikke ville være et egnet virkemiddel for å oppnå mer innovasjon i offentlig sektor. Det ble vist til at andre virkemidler var mer egnet. Blant annet ble det vist til daværende Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi, nedlagt 31. desember 2019), og Nasjonalt program for leverandørutvikling sitt oppdrag om å øke kunnskapen om, og gjennomføringen av, innovative offentlige anskaffelser.[[233]](#footnote-233)

### Anskaffelsesforskriften

Anskaffelsesdirektivets bestemmelser om innovasjon er i hovedsak gjennomført i anskaffelsesforskriften. Anskaffelsesforskriften § 4-5 bokstav h gjennomfører definisjonen av innovasjon i anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 punkt 22. Innovasjon er her definert som «innføring av en ny eller betydelig forbedret vare, tjeneste eller prosess, inkludert produksjons-, bygge- eller anleggsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, arbeidsplassorganisering eller eksterne relasjoner». Denne er i tråd med OECDs definisjon av innovasjon i offentlig sektor.

I anskaffelsesforskriften av 2016 ble det gjennomført flere grep for å tydeliggjøre handlingsrommet for innovasjon, som kom med revisjonen av anskaffelsesdirektivet. Se også i boks 15.2.

Anskaffelsesforskriften (2016) om innovasjon

Bestemmelser om innovasjon:

* Innovasjonspartnerskap jf. § 13-1 tredje ledd om tillatte anskaffelsesprosedyrer, og § 26-8 om innovasjonspartnerskap.
* Unntak for kontrakter om forsknings- og utviklingsprosjekter i § 2-5.
* Regler om plan- og designkonkurranse er gjennomført i forskriften kapittel 31, med bestemmelser om definisjon, kunngjøring, organisering og jury.
* Sentrale regler om bruk av konkurransepreget dialog finnes i forskriften § 13-1 andre ledd, § 13-2 bokstav b (vilkår), § 23-8 (gjennomføring) og § 23-9 (avslutning).
* Muligheten for å gjennomføre dialog med leverandører før konkurransen ble tydeliggjort i §§ 8-2 og 12-2.
* Vilkårene for å bruke konkurranse med forhandling er forskriftsfestet i § 13-1 andre og fjerde ledd jf. § 13-2 bokstav b og § 13-3, og regler for gjennomføringen av prosedyren står i forskriften § 23-7.

Innovasjon nevnes også i en rekke andre bestemmelser i forskriften. Eksempler på dette er adgangen til å bruke innovasjon som kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 16-5 tredje ledd, i tildelingskriterier, jf. §§ 8-11 andre ledd og 18-1 tredje ledd bokstav a, og i kontraktsvilkår, jf. §§ 8-12 første ledd og 19-1 første ledd.

[Boks slutt]

## Status for innovasjon i offentlige anskaffelser

### Offentlige virkemiddelaktører

Det er flere aktører som fremmer bruk av innovative anskaffelser, se boks 15.3. DFØ og Nasjonalt program for leverandørutvikling bistår offentlige virksomheter med å gjennomføre denne type anskaffelser. I tillegg har Innovasjon Norge og Forskningsrådet finansieringsordninger for innovative anskaffelser, og Miljødirektoratets klimasats har også bidratt til støtte til tidlig markedsintroduksjon.

Aktører som fremmer bruk av innovative anskaffelser

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) er fagorganet for offentlige anskaffelser, herunder innovative anskaffelser. DFØ utvikler skriftlig veiledning og maler som hjelper offentlige virksomheter med å stimulere til innovasjon, og utvikling av nye fremtidsrettede løsninger som blant annet klima- og miljøteknologi og velferdsteknologi. DFØ har en sparretelefon der virksomheter kan få konkret veiledning i hvordan de skal adressere ulike problemstillinger knyttet til innovative anskaffelser. DFØ administrer også rammeverket StartOff. Gjennom en rask, forutsigbar og strukturert prosess utvikler startups minimumsløsninger som svarer på offentlige virksomheters behov ved å bruke forsknings- og utviklingsunntaket i anskaffelsesregelverket. StartOff har utviklet en gjennomføringsmodell basert på prosedyren for førkommersielle anskaffelser. I tillegg gir DFØ støtte til virksomheter i design av anskaffelsesprosess, rigging av konkurransegrunnlag og kontrakt, samt prosedyreveiledning for gjennomføring av innovative anskaffelser. Se www.anskaffelser.no

Nasjonalt program for leverandørutvikling (LUP) eies av NHO, KS, Forskningsrådet og Innovasjon Norge. LUP veileder offentlige virksomheter i kompetansebygging og utvikling av en mer innovasjonsvennlig anskaffelsespraksis, og gir støtte til gjennomføring av innovative anskaffelser. I tillegg arbeider LUP med spredning av gode eksempler og mobilisering for å legge til rette for at flere oppdragsgivere med samme behov, går sammen om dialogen med markedet. LUP har vært involvert i rundt 500 anskaffelser hvor over 250 har resultert i nye løsninger. Se www.lup.no

Forskningsrådet deler ut midler til førkommersielle anskaffelser. Det er anskaffelser av innovasjon, der både bedrifter og forskningsorganisasjoner inviteres til å løse en konkret utfordring.

Innovasjon Norge forvalter «Offentlige og industrielle forsknings- og utviklingskontrakter» som finansierer utviklingssamarbeid mellom offentlig og privat sektor. Innovasjon Norge har tidligere delt ut midler til innovasjonspartnerskap, men denne ordningen er avsluttet.

[Boks slutt]

### Bruk av innovative anskaffelser i Norge

Bruk av innovative anskaffelser i Norge er ifølge Anskaffelsesundersøkelsen (2022) begrenset. Andelen som oppgir at de bruker innovative anskaffelser er 8 prosent.

Fra 2017 til 2022 er det blitt igangsatt omtrent 30 innovasjonspartnerskap, og like mange før-kommersielle anskaffelser (hvorav 19 er StartOff-prosjekter). Med dette er Norge i toppen i Europa når det gjelder bruk av metodene innovasjonspartnerskap og før-kommersielle anskaffelser. Antallet plan- og designkonkurranser og forhandlede prosedyrer benyttet til anskaffelse av innovasjon, er det ikke tall på.

Anskaffelsesundersøkelsen viser at oppdragsgivere i begrenset grad har dialog med markedet før kunngjøring. Barrierer som nevnes blant offentlige oppdragsgivere, er ledelsesforankring, ledelsesfokus, og (ledelses)prioritering til å få satt av tid og ressurser til å få hentet inn oversikten over muligheter i markedet.

### Utfordringer ved bruk av innovasjon

Det finnes flere kjente utfordringer i innovative anskaffelser som må håndteres på en god måte for å sikre mulighetene for en vellykket gjennomføring, se boks 15.4.

Oversikt over viktige faktorer og potensielle utfordringer ved gjennomføring av innovasjon i offentlige anskaffelser

Herunder følger en oversikt over faktorer som er viktige for innovasjon i offentlige anskaffelser. Dersom det er mangel på eller uklarhet rundt disse faktorene vil det danne utfordringer eller barrierer for innovasjon i offentlige anskaffelser.

Tid og kompetanse:

* Kunnskap om de særlige reglene for prosesser som åpner for innovasjon og mulighetsrommet som regelverket gir til dialog med markedet.
* Tid til og insentiver for behovskartlegging hos behovseierne før innkjøpsenhetene kobles på anskaffelsene.
* Tilgang til risikoavlastningsmidler både for leverandører og for oppdragsgiver.
* Styringssignaler fra bevilgende myndigheter og ledere.

Krav til innovasjon:

* Hva regnes som innovasjon?
* Hvordan dokumentere innovasjon?

Prismekanismer:

* Hvordan skal innovasjon prissettes?
* Hvordan kan betaling justeres ved endrede forutsetninger, antall leverandører, eller forskyvning i aktiviteter eller kostnadsdrivere i ulike faser av et utviklingsprosjekt?

Rettigheter:

* Hvem skal ha rettighetene til det som utvikles?
* Hvordan skal rettighetene prissettes?
* Vil offentlige oppdragsgiveres krav på rettighetene begrense leverandørens muligheter til å kommersialisere løsningen?

Tilbudsevaluering:

* Hvordan evaluere kvalitet på en løsning som ikke er utviklet?

Kjøp av ferdig utviklet løsning i forsknings- og utviklingsprosjekt:

* Kan prototype / testversjoner som er utviklet i en forsknings- og utviklingskontrakt kjøpes uten ny utlysning, eller skal noe som helst kjøpes hvis prototypen er god nok?
* Hvordan sikre likebehandling av tilbydere i en etterfølgende anskaffelse?

[Boks slutt]

## Potensialet ved bruk av innovasjon

Offentlige anskaffelser er et av flere tilgjengelige virkemidler til å stimulere til innovasjon, gjennom å etterspørre nye løsninger eller ta i bruk løsninger som nylig er utviklet. Nye og innovative løsninger er viktig for å løse de store samfunnsutfordringene, enten vi snakker om bærekraft, en sirkulær økonomi, klima- og miljøutfordringene, helse- og demografiutfordringene eller utenforskap med videre. Digitalisering og kunstig intelligens, robotisering, velferdsteknologi og etterspørsel etter lavutslippsløsninger er drivere for innovasjon.

Offentlige virksomheter har et betydelig ansvar for å stimulere fremveksten av bedre løsninger gjennom å etterspørre innovasjon i offentlige anskaffelser. Et eksempel er at kommune Norge står ovenfor store utfordringer med å håndtere eldrebølgen og utenforskap, og nye medisiner og helseteknologi gjør behandlingspotensialet betydelig, samtidig som både økonomiske og personellmessige ressurser begrenses. Mange offentlige utredninger og meldinger peker også på potensialet i innovative offentlige anskaffelser.[[234]](#footnote-234) Utfordringene og mulighetene omfatter både produkter og tjenester.

Teknologisk utvikling er også avgjørende for å løse klima- og miljøutfordringene uten store tap i levestandard. For å nå de krevende klima- og miljømålene Norge har satt, må teknologiutvikling skje raskt. Elektriske bygge- og anleggsplasser, elektrisk offentlig transport utenfor byene og elektriske hurtigferger er eksempler på områder som synes viktig for å nå Norges klimamål. Det offentlige kjøper også inn et stort volum av matvarer. Her kan innovasjon knyttet til et mer bærekraftig kosthold være relevant. Betydningen og potensialet for innovative anskaffelser for å nå klima- og miljømålene er nærmere beskrevet i kapittel 14 om grønn omstilling. Se to eksempler i boksene 15.5 og 15.6.

Samarbeid for å fremme utslippsfrie bygg- og anleggsplasser

I 2017 initierte LUP «fellesinitiativet for utslippsfrie bygge- og anleggsplasser» med 9 byggherrer i ryggen. I 2019 var verdens første utslippsfrie anleggsplass en realitet, og siden har det blitt mange flere og spredning til andre land. Byggebransjen er nå i ferd med å legge barnesykdommene bak seg og øker kapasiteten for at flere bygge- og anleggsprosjekter kan bli utslippsfrie. Samarbeidsaktørene var:

* Oslo kommune, Omsorgsbygg KF
* Statsbygg
* Statens vegvesen
* Bærum kommune
* Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ)
* OREEC
* Miljødirektoratet
* Bellona
* Vestfold Fylkeskommune
* Forsvarsbygg
* Bane NOR

Kilde: www.lup.no

[Boks slutt]

Innovasjon av rekrutteringsløsning for brukertester

I august 2021 lyste NAV ut StartOff-prosjektet «Rekrutteringsløsning for brukertester» for å finne bedre måter å rekruttere brukertestere på. Prosjektet førte til etableringen av startup-selskapet UX-signals, som har solgt sin løsning til NAV og andre offentlige og private virksomheter. NAV har estimert gevinsten til minimum 40 millioner kroner, og har kuttet ned brukertestprosessen fra to uker til 48 timer.

Kilde: www.startoff.no

[Boks slutt]

## Utvalgets vurdering

### Regelverket for offentlige anskaffelser

Utvalget mener i utgangspunktet at anskaffelsesregelverket er tilstrekkelig tilrettelagt for innovasjon, og at det ikke er behov for store regelverksendringer for å fremme innovative anskaffelser. Utfordringene nevnt ovenfor vil etter utvalgets vurdering i begrenset grad løses gjennom ytterligere forenkling eller detaljering av regelverket. Utvalget har også fått innspill fra flere i referansegruppen på at regelverket ikke er til hinder for innovasjon, og at det ikke er nødvendig å endre regelverket for å fremme grønn innovasjon. Andre i referansegruppen pekte på at oppdragsgivere må benytte det handlingsrommet som allerede finnes i dagens regelverk, og at det er viktig med god veiledning om hvordan dette skal gjøres. Utvalget mener også at det finnes gode ordninger, kompetansetilbud og samarbeidsløsninger for innovative anskaffelser, og vil oppfordre offentlige oppdragsgivere til å ta disse i bruk. Utvalget vil fremheve at større kommuner og statlige virksomheter har et særlig ansvar for å gjennomføre innovative anskaffelser, og tilrettelegge for innovative løsninger.

Selv om anskaffelsesregelverket i utgangspunktet er tilstrekkelig og ikke til hinder for innovasjon, er det utvalgets oppfatning at innovasjon er helt sentralt for å fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Utvalget foreslår derfor å synliggjøre innovasjon i formålsbestemmelsen. Utvalget foreslår også en egen bestemmelse om innovasjon under lovens kapittel om samfunnshensyn, som viser til noen av de viktigste verktøy for innovative anskaffelser. Utvalget mener at en slik bestemmelse er hensiktsmessig særlig av pedagogiske hensyn for å øke potensialet for innovasjon, samt for helheten i regelverket. Bestemmelsen vil ikke medføre materielle endringer, eller økte krav til offentlige oppdragsgivere. Utvalget mener at det er hensiktsmessig å gjøre enkelte endringer i eksisterende prosedyrebestemmelser i anskaffelsesregelverket for å fremme innovasjon. Nærmere om dette og øvrige endringer gjennomgås nedenfor.

I en konkurransepreget dialog går oppdragsgiver inn i en dialogprosess for å fastslå hvordan behovene i en behovsbeskrivelse best kan oppfylles. Når ønsket løsning er fastslått, gjennomføres det en endelig konkurranse, uten mulighet for forhandlinger i henhold til gjeldende regelverk. Dette er uheldig med tanke på at det i implementeringsfasen ofte oppstår utfordringer som oppdragsgiver ikke var klar over under dialogfasen. Dersom det hadde vært mulig å forhandle i den etterfølgende konkurransen, ville handlingsrommet vært større, og prosedyreformen enda mer innovasjonsvennlig. Heller ikke direktivet åpner for at det kan gjennomføres ordinære forhandlinger, men angir at det i avklaringsfasen er adgang til å forbedre tilbudet. Utvalget har foreslått å bruke ordlyden «forbedre» i ny lov for å tyddeliggjøre handlingsrommet i denne fasen. Se nærmere om dette i kapittel 24.20. Med dette gjøres prosedyreformen enda mer fleksibel til bruk for å fremme innovasjon, og utvalget mener dette er et viktig grep.

Innovasjonspartnerskap skal legge til rette for at oppdragsgiver kan utvikle et innovativt produkt, tjeneste eller bygge- og anleggsarbeid sammen med en eller flere partnere, med tilhørende kjøpsopsjon. Oppdragsgiver kan altså kombinere utviklingsdelen og det etterfølgende innkjøpet i én og samme prosess. Selv om dette i teorien betyr større sikkerhet for leverandøren til å få kommersialisert løsningen, har få innovasjonspartnerskap resultert i kjøp.

Utvalget mener det vil være en forenkling å gjennomføre direktivets bestemmelse om innovasjonspartnerskap i ny lov, og at utformingen av bestemmelsen ligger nært opp til direktivet. Dette fordi direktivet beskriver hvordan prosessen skal foregå. Anskaffelser med prosedyren innovasjonspartnerskap er ofte store og tidkrevende prosjekter. Innovasjonspartnerskap egner seg i liten grad for mindre selskaper som ikke har ressurser til å gjennomføre en slik prosess.

Regelverket for offentlige anskaffelser har unntak for enkelte typer av forsknings- og utviklingskontrakter. Utvalget har fått innspill fra aktører og fra referansegruppen om at det kan være krevende å forstå når unntaket kommer til anvendelse, og har valgt å klargjøre unntaket i denne delutredningen. Se nærmere fremstilling i kapittel 24.10.

### Øvrige tiltak

Utvalget mener at grep for å fremme innovasjon i hovedsak også må knyttes til praktiseringen hos den enkelte oppdragsgiver. Relevante løsninger er først og fremst relatert til styringsdialog, anskaffelseskompetanse, kultur, prosesser og samarbeidsformer, samt kontraktsforståelse hos oppdragsgivere. I dette ligger også kompetanse om regelverket. For eksempel ligger det mekanismer i regelverket som er egnet for å åpne for innovative løsninger. Dette er for eksempel ved å stille teknologinøytrale krav, stille ytelses- og funksjonskrav, og åpne for at det kan leveres alternative tilbud/løsninger.

Utvalget vil også trekke frem at samarbeid mellom offentlige virksomheter for å fremme innovasjon kan være svært viktig. Dersom flere går sammen, blant annet i en tidlig bruker fase, vil dette kunne gi bedre effekter og nok volum til å gi læring. Utvikling av elektriske ferger og fossilfrie anleggsplasser gjennom Pilot E er gode eksempler, hvor det er gjort en betydelig innsats for å samordne offentlige aktører, se boks 15.5. Slikt samarbeid kan også bidra til å unngå at det blir uforholdsmessig dyrt for den enkelte aktør.

Utvalget mener videre at offentlig sektor er en viktig aktør for å medvirke til innovasjon som fremmer grønn omstilling. Ferger, sjøtransport, teknologi for fossilfrie byggeplasser, sirkulære løsninger, energiteknologier er nevnt som eksempler på områder som er viktige både for å nå klimamålene og for å fremme næringsutvikling i den grønne omstillingen. Det er også viktig at offentlig sektor deltar i private-offentlig samarbeid slik som satsningen i Pilot E, målrettede satsninger i EUs rammeprogrammer og i det næringsrettede virkemiddelapparatet for å fremme grønn omstilling. Dette er nærmere beskrevet i kapittel 14. Utvalget viser også til at klima- og miljøbestemmelsen som foreslått i kapittel 14 forutsetter og inneholder betydelige muligheter for innovasjon. Til slutt peker utvalget på at bestemmelsene i anskaffelsesregelverket må understøttes av andre næringsrettede og risikoavlastende ordninger i virkemiddelapparatet, og eventuelt også kompensasjon av læringskostnader hvor det anses hensiktsmessig.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at innovasjon inntas i formålsbestemmelsen til ny ankaffelseslov.
* at det gis en ny bestemmelse om innovasjon i lovens kapittel 2 om samfunnshensyn.
* at innovasjonspartnerskap synliggjøres som en egen konkurranseform i nytt anskaffelsesregelverk.
* enkelte andre tydeliggjøringer og presiseringer i eksisterende regelverk.

Utvalget vil peke på:

* at innovasjon i offentlige anskaffelser i stor grad er opp til praktiseringen hos den enkelte oppdragsgiver.
* at offentlig sektor er en viktig aktør for å fremme innovasjon.
* at forslag til ny klima- og miljøbestemmelse forutsetter og inneholder betydelig muligheter for innovasjon.
* at andre næringsrettede og risikoavlastende ordninger i virkemiddelapparatet.

[Boks slutt]

# Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår

## Gjeldende rett

### ILO- konvensjon nr. 94

ILO-konvensjon nr. 94 (heretter omtalt som ILO 94 eller konvensjonen) om arbeidsklausuler i offentlige kontrakter ble vedtatt i Genève i 1949. Norge ratifiserte den i 1996, og har med det påtatt seg en folkerettslig plikt til å sørge for at innholdet blir etterlevd i norsk rett. Flere andre EØS-land, herunder Belgia, Danmark, Finland, Nederland og Frankrike har også ratifisert konvensjonen.

Konvensjonen stiller krav til kontraktsinnholdet når det offentlige setter bort arbeid. Formålet er å sikre at lønns- og arbeidsvilkår blir holdt på samme nivå som for sammenlignbart arbeid. Når det inngås tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, kreves det at kontraktene inneholder klausuler som sikrer arbeidstakerne lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn de som gjelder for samme type arbeid i det samme geografiske området. I praksis innebærer dette at lønns- og arbeidsvilkårene ikke skal være dårligere enn det som følger av gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som er normalt for vedkommende sted og yrke. Konvensjonen gjelder også for arbeid som blir utført av underentreprenører, og den omfatter også kjøp av tjenester der utenlandske virksomheter skal utføre arbeidet.

Konvensjonens krav gjelder for sentrale statlige myndigheter, men det står medlemsstatene fritt å utvide kretsen av pliktsubjekter til andre offentlige myndigheter.

Konvensjonen slår fast at virksomheter som leverer tilbud på entrepriser og tjenester, må gjøres oppmerksomme på innholdet i klausulene. Videre krever den at det må være ordninger som sikrer en effektiv overholdelse av klausulene, og at staten gjennomfører tilstrekkelige sanksjonstiltak dersom klausulene ikke blir etterlevd.

Konvensjonen ble i første omgang gjennomført ved rundskriv fra Moderniseringsdepartementet under Regjeringen Bondevik II i 2005.[[235]](#footnote-235) Rundskrivet rettet seg mot statlige myndigheter som regjeringen har instruksjonsmyndighet over, og gjaldt for alle tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som oversteg daværende EØS-terskelverdier.

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter trådte i kraft 1. mars 2008, som del av Regjeringen Stoltenberg IIs handlingsplan mot sosial dumping. Med forskriften ble kravene i den norske gjennomføringen av ILO 94 utvidet til også å gjelde for offentligrettslige organer samt kommunal og fylkeskommunal sektor.

### Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Anskaffelsesloven § 6 gir departementet kompetanse til å fastsette forskrift om lønns- og arbeidsvilkår mv. i offentlige kontrakter. Som ledd i arbeidet med Norgesmodellen ble bestemmelsen endret i 2023,[[236]](#footnote-236) og departementets forskriftskompetanse ble utvidet, slik at det nå kan gis regler for å innføre nye tiltak med formål om å bekjempe arbeidslivskriminalitet og sosial dumping gjennom regelverket for offentlige anskaffelser.[[237]](#footnote-237)

Etter § 6 første ledd kan departementet gi forskrift om at offentlige oppdragsgivere skal innta kontraktsvilkår i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som skal sikre at bestemte lønns- og arbeidsvilkår, krav til obligatorisk tjenestepensjon og krav til helse, miljø og sikkerhet overholdes. Etter § 6 andre ledd kan departementet i forskrift pålegge oppdragsgivere å kontrollere at kontraktsvilkårene blir overholdt og å iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende overholdelse av kontraktsvilkårene. Departementet kan i forskrift også pålegge leverandører og underleverandører å utlevere nødvendig dokumentasjon for at en oppdragsgiver skal kunne oppfylle plikten til å kontrollere at kontraktsvilkårene blir overholdt.

Etter § 6 tredje og fjerde ledd er Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet gitt tilsynskompetanse med forskrift gitt i medhold av bestemmelsen innenfor sine myndighetsområder.

Det følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 1 at formålet er å bidra til at ansatte i virksomheter som utfører tjenester og bygge- og anleggsarbeider for offentlige oppdragsgivere, ikke har dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende allmenngjøringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtaler.

Forskriften gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, og får anvendelse på tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,3 millioner kroner for statlige myndigheter, og 2,05 millioner kroner for andre oppdragsgivere.

Forskriften § 5 regulerer hvilke krav offentlige oppdragsgivere må ha med i sine kontrakter med leverandører og eventuelle underleverandører når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår for ansatte som direkte medvirker til kontraktsoppfyllelsen. På områder dekket av en forskrift om allmenngjort tariffavtale skal oppdragsgiverne stille krav om at ansatte hos leverandører eller underleverandører har lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med gjeldende forskrifter. Dersom området ikke dekkes av en forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår i henhold til en gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransjen. Hva som menes med lønns- og arbeidsvilkår i denne sammenheng er uttrykkelig presisert i § 5 tredje ledd.

Oppdragsgiver skal gjennomføre nødvendig kontroll av om kontraktsklausulene om lønns- og arbeidsvilkår overholdes, jf. § 7. Dette omtales gjerne som kontrollplikten. Etter § 7 kan graden av kontroll tilpasses behovet i vedkommende bransje, geografiske område mv. Dette innebærer at graden av kontroll kan tilpasses etter hvor stor sannsynlighet det er for sosial dumping i det konkrete tilfellet.[[238]](#footnote-238) I DFØs veiledning til forskriften fremkommer det at nødvendig kontroll forutsetter at oppdragsgiver gjør en risikovurdering for å avgjøre omfanget og behovet for å gjennomføre mer kontroll av kontrakten. Dersom risikovurderingen viser at det er lav risiko for brudd på kravene, vil det i de fleste tilfeller ikke være nødvendig å gjøre mer kontroll av kontrakten utover risikovurderingen. Avdekker oppdragsgiver derimot høy risiko for brudd på kravene, må oppdragsgiver gjennomføre mer kontroll.[[239]](#footnote-239)

Oppdragsgivere skal i kontrakten kreve at leverandøren og eventuelle underleverandører på forespørsel må dokumentere at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt, og forbeholde seg retten til å sanksjonere ved brudd, jf. § 6 første og andre ledd. Sanksjonene skal være egnet til å påvirke leverandøren eller underleverandøren til å oppfylle vilkårene. Oppdragsgiver skal videre i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget opplyse om at kontrakten vil inneholde krav om lønns- og arbeidsvilkår, dokumentasjon og sanksjoner i samsvar med forskriften, jf. § 6 tredje ledd.

Det fremgår ikke direkte av forskriften at risikovurderinger og kontroller skal nedtegnes skriftlig og arkiveres for ettertiden. Krav om å sikre skriftlighet og dokumentasjon kan imidlertid utledes av hensynet til god forvaltningsskikk og av arkivloven. Sivilombudet har i flere uttalelser fremholdt at det vil være god forvaltningsskikk at forvaltningen sørger for å dokumentere sine vurderinger og grunnlaget for disse.[[240]](#footnote-240) Skriftlighet og dokumentasjon er videre en forutsetning for å utøve tilsyn med etterlevelsen av bestemmelsen. Departementet har uttalt følgende i forbindelse med innføring av tilsynshjemmelen i anskaffelsesloven § 6:

«Tilsynsetatene vil kunne ta i bruk sine ordinære virkemidler etter arbeidsmiljøloven, pålegg, tvangsmulkt og stansing, og kan kreve å få utlevert de opplysninger som de anser nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Offentlige oppdragsgivere har plikt til å sørge for at nødvendige opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår hos leverandører og underleverandører fremlegges.»[[241]](#footnote-241)

Oppdragsgiver må, for å kunne etterleve dette, sørge for tilstrekkelig grad av skriftlighet og dokumentasjon for sine vurderinger.

### Forholdet til forskrift om informasjons- og påseplikt mv.

Forskrift av 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett (forskrift om informasjons- og påseplikt mv.) pålegger hovedleverandør en plikt til å påse at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrifter, jf. § 6 første ledd. Dette omtales gjerne som påseplikten. Dersom det ikke benyttes underleverandører, har bestiller (oppdragsgiver) som driver næringsvirksomhet en tilsvarende påseplikt overfor sine leverandører. Påseplikten gjelder generelt for offentlige og private virksomheter, og er slik sett ikke et virkemiddel kun innenfor offentlige anskaffelser.

Kontrollplikten etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og påseplikten har enkelte fellestrekk, men har i hovedsak ulike virkeområder. Påseplikten omfatter kun gjeldende allmenngjøringsforskrifter, og ikke lønns- og arbeidsvilkår i henhold til landsomfattende tariffavtale som ikke er allmenngjort. Påseplikten ligger på hovedleverandøren, mens oppdragsgiver kun har påseplikt dersom det ikke benyttes underleverandører. Videre innebærer forskrift om informasjons- og påseplikt mv. ikke noe formelt krav for oppdragsgiver til å innta sanksjonsmuligheter ved brudd i kontrakten, slik som i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Forskrift om informasjons- og påseplikt mv. gjennomfører ikke ILO 94. Det er imidlertid lagt til grunn av departementet, at overholdelse av kontrollplikten etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter som det klare utgangspunkt samtidig vil oppfylle påseplikten, i et tilfelle hvor disse overlapper for en offentlig kontrakt.[[242]](#footnote-242)

### Forholdet til EØS-retten

Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter har flere berøringspunkter med EØS-retten. Nedenfor omtales forholdet til restriksjonslæren, utsendingsdirektivet og anskaffelsesdirektivene.

Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår vil som et utgangspunkt kunne begrense den frie flyten av tjenester i EØS, jf. EØS-avtalen artikkel 36, og dermed utgjøre en restriksjon. I henhold til EØS-retten må en restriksjon ha et legitimt formål og være forholdsmessig for å kunne tillates. I odelstingsproposisjonen om innføringen av forskriftshjemmelen for lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter i anskaffelsesloven av 1999, viste departementet til at EU-domstolen blant annet har godtatt vern av arbeidstakere som et allment hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på tjenesteflyten.[[243]](#footnote-243) Departementet fremholdt at det er gode argumenter for at de hensyn som ILO 94-konvensjonen skal ivareta, er hensyn som legitimt burde kunne grunngi en restriksjon på tjenesteflyten. Det ble også vist til at 60 stater, hvorav ni EU-medlemmer, hadde ratifisert konvensjonen i 2008. Dette mente departementet var en sterk indikasjon på at bruk av arbeidsklausuler i offentlige kontrakter er et allment akseptert virkemiddel i offentlig internasjonal rett. Departementet mente også at det offentlige har et spesielt ansvar for å sikre at offentlige oppdragsgivere ikke medvirker til utnyttelse av arbeidstakere.[[244]](#footnote-244)

Utsendingsdirektivet regulerer hvilke lønns- og arbeidsvilkår vertslandet er forpliktet til å gjøre gjeldende overfor utenlandske tjenesteytere.[[245]](#footnote-245) Direktivet søker å balansere hensynene mellom tjenesteeksporterende lands interesser i å utnytte sine kostnadsfortrinn og importlandenes interesse i å beskytte det innenlandske arbeidsmarkedet mot dumping av lønns- og arbeidsvilkår. Utsendingsdirektivet er gjennomført i Norge gjennom arbeidsmiljøloven og utsendingsforskriften.

Utsendingsdirektivet setter både et gulv og et tak for hvilke lønns- og arbeidsvilkår vertsstaten skal stille krav om ved utsending. Direktivet stiller også krav til fremgangsmåten for hvordan vertslandets lønns- og arbeidsvilkår skal være fastsatt. Dette må skje ved lov, forskrift, administrativ beslutning eller tariffavtale som er erklært allmenngyldig. Dette står i et visst spenningsforhold til ILO 94, som formulerer lønns- og arbeidsvilkår ganske vidt. Også i den opprinnelige forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter fra 2008 var dette formulert vidt; «lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke».

I kjølvannet av Rüffert-saken fra EU-domstolen i 2008 åpnet ESA sak mot Norge om forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, slik den da lød.[[246]](#footnote-246) [[247]](#footnote-247) Rüffert-saken gjaldt lovligheten av en bestemmelse i den tyske delstaten Niedersachsens lov om at det ved offentlige anskaffelser skulle kreves at leverandørene måtte tilby lønns- og arbeidsvilkår i tråd med tariffavtalen for bygningsarbeid i delstaten. EU-domstolen mente at bestemmelsen ikke oppfylte utsendingsdirektivets krav til reguleringsmåter. Herunder kunne reglene ikke anses å falle inn under direktivets alternativ om tariffavtale som er erklært allmenngyldig, siden tariffavtalen ikke var allmenngjort etter den tyske allmenngjøringsloven, og fordi det allerede gjaldt en annen allmenngjort tariffavtale for byggebransjen. Fordi reglene bare gjaldt for arbeid for offentlig sektor, kunne de heller ikke sies å ivareta et tvingende allment hensyn som kunne begrunne en slik restriksjon. Tyskland har ikke ratifisert ILO 94-konvensjonen, og forholdet til denne ble ikke behandlet av EU-domstolen. ESA mente at den norske forskriften hadde slike likhetstrekk med Rüffert-saken, at den var i strid med EØS-retten, og pekte på to forhold. For det første mente ESA at det ikke kom tilstrekkelig klart til uttrykk i forskriften hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal kreves oppfylt hos leverandøren, når det ikke gjelder en allmenngjøringsforskrift. For det andre mente ESA at forskriften utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 som ikke kunne rettferdiggjøres ut fra hensynet til vern av arbeidstakerne, fordi forskriften kun gjaldt offentlig sektor.

En klargjøring av forskriftens krav ble sendt på høring i 2010, hvor formålet var å presisere hvilke kontrakter som skulle omfattes av forskriften, samt å presisere hvilke lønns- og arbeidsvilkår det skal stilles krav om i forbindelse med oppfyllelse av kontrakten. I sammenheng med dette, og som en del av oppfølgingen av Stortingsmeldingen «Felles ansvar for et godt og anstendig arbeidsliv», fikk Arbeidstilsynet kompetanse til å føre tilsyn med offentlig sektors etterlevelse av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.[[248]](#footnote-248) ESA lukket etter dette saken i 2012.

I lys av Rüffert-saken, og i sammenheng med forholdet til EØS-avtalen artikkel 36, nevnes at EU-domstolen den 17. november 2015 avsa dom i RegioPost-saken, også det en tysk sak, som gjelder tolkningen av anskaffelsesdirektivet av 2004 og utsendingsdirektivet.[[249]](#footnote-249) Spørsmålet i saken var om det er forenlig med EU-retten at nasjonal lovgivning, i dette tilfellet på delstatsnivå, stiller krav om at leverandører ved offentlige anskaffelser må avgi en skriftlig erklæring om at de ansatte som skal oppfylle kontrakten, minst skal motta en bestemt lønn. EU-domstolen mente i RegioPost-saken at anskaffelsesdirektivet, sammenholdt med utsendingsdirektivets bestemmelser, gir anledning til å ha regler som bare får anvendelse for offentlige kontrakter.

I 2014 kom det nye anskaffelsesdirektivet, som avløste anskaffelsesdirektivet av 2004. Et av flere mål med det nye direktivet var å legge bedre til rette for å ta samfunnshensyn, herunder sosiale hensyn, i offentlige anskaffelser. Nytt med 2014-direktivet var i denne sammenheng en overordnet bestemmelse i artikkel 18 nr. 2, som slår fast at medlemsstatene skal treffe «egnede tiltak» for å sikre at leverandørene ved gjennomføring av offentlige kontrakter oppfyller gjeldende forpliktelser innenfor miljørett, sosialrett og arbeidsrett, slik disse er fastsatt i unionsretten, nasjonal rett, kollektive avtaler eller i internasjonale miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige bestemmelser angitt i vedlegg til direktivet. EU-domstolen har omtalt kravet til å sikre at leverandører overholder miljø-, sosial- og arbeidslovgivning i offentlige anskaffelser som «en kerneværdi».[[250]](#footnote-250)

I forarbeidene til gjeldende anskaffelseslov fremgår blant annet følgende om direktivets betydning for samfunnshensyn i offentlige kontrakter:

«Et av EUs mål med revisjonen av anskaffelsesdirektivene har vært å legge bedre til rette for at andre samfunnshensyn, slik som miljø, sosiale hensyn, innovasjon og lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter, kan ivaretas ved offentlige anskaffelser. EU ser direktivene som et viktig virkemiddel for å fremme målene i Europa 2020-strategien for «intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst». De nye direktivene inneholder flere bestemmelser som utvider mulighetene til å trekke inn slike hensyn på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Disse bestemmelsene er primært kan-regler, og medfører ingen forpliktelser.

I tillegg inneholder direktivene en overordnet bestemmelse som slår fast at medlemslandene skal treffe egnede tiltak for å sikre at miljøkrav, arbeidsrettslige krav og sosiale krav overholdes ved gjennomføringen av offentlige kontrakter, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2, forsyningsdirektivet artikkel 36 nr. 2 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30 nr. 3. Det er opp til nasjonale myndigheter å beslutte hvordan pålegget skal følges opp. Én mulighet er å innføre en plikt for offentlige oppdragsgivere til å påse at slike krav overholdes, eventuelt at ansvaret legges til for eksempel offentlige tilsynsmyndigheter innenfor deres kompetanseområde. En annen mulighet er å benytte andre virkemidler enn lovgivning. Her har medlemslandene et stort handlingsrom.»[[251]](#footnote-251)

Sosiale klausuler i offentlige kontrakter har i den senere tid også blitt løftet frem av EU-parlamentet. EU-parlamentet har ikke myndighet til å fremme egne lovforslag, men kan gjennom resolusjoner be EU-kommisjonen om å utarbeide forslag. I resolusjon av 11. mai 2023, Roadmap on a Social Europe, ber parlamentet om en rekke nye tiltak for å følge opp EUs sosiale søyle, herunder en revisjon av anskaffelsesdirektivet med større vekt på sosiale klausuler.[[252]](#footnote-252) I Resolution on strengthening the social dialogue av 1. juni 2023 oppfordrer parlamentet EU-kommisjonen til å håndheve den sosiale klausulen i anskaffelsesdirektivet som ett av flere tiltak.[[253]](#footnote-253)

## Utvalgets vurderinger

### Gjennomføring av ILO 94 i ny anskaffelseslov

Utvalget foreslår å gjennomføre ILO 94 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget har i forbindelse med arbeidet fått utredet hvilke plikter Norge har med hensyn til å gjennomføre konvensjonens krav. Utvalget nevner for ordens skyld at tilsvarende regler også bør gjelde for de supplerende lover for forsyningsvirksomhet, for konsesjonskontrakter og for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, så langt kontraktens innhold faller innenfor konvensjonens virkeområde. Utvalget overlater til departementet å legge inn de relevante bestemmelsene i øvrige lover på anskaffelsesområdet i forbindelse med arbeidet med lovproposisjon.

Utvalget foreslår i hovedsak en videreføring av gjeldende rett hva gjelder de materielle krav til kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, men foreslår endringer i reglenes innslagspunkt, og enkelte presiseringer sammenliknet med dagens regler.

I tråd med føringene i mandatet foreslår utvalget at bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter inntas i ny lov om offentlige anskaffelser. Reglene plasseres i kapittel 2 om samfunnshensyn. Etter utvalgets syn vil det innebære en klar strukturell forenkling av regelverket å samle bestemmelsene om samfunnshensyn på denne måten. Dette vil også bidra til å fremheve samfunnshensynenes plass i anskaffelsesregelverket.

### Virkeområde

#### Oppdragsgivere og kontraktsgjenstand

Utvalget viser til at det er opp til den enkelte medlemsstat å avgjøre om gjennomføringen av konvensjonens bestemmelser skal gjelde også overfor andre oppdragsgivere enn sentrale statlige myndigheter. Utvalget mener dette bør gjøres. Det er ikke formålstjenlig å avgrense bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår mot visse offentlige oppdragsgivere. De formål bestemmelsene skal ivareta, herunder å sikre at ansatte som medvirker på offentlige kontrakter har anstendige lønns- og arbeidsvilkår, gjør seg like sterkt gjeldende for arbeid som utføres for andre offentlige oppdragsgivere enn statlige myndigheter. Utvalget foreslår følgelig at bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde for alle offentlige oppdragsgivere som omfattes av ny lov om offentlige anskaffelser i henhold til § 1-2. Dette samsvarer med dagens regler.

Utvalget foreslår også at gjeldende rettstilstand videreføres med hensyn til hvilke anskaffelser som bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde for. Som i dag bør bestemmelsene gjelde for tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter.

#### Innslagspunkt for plikt til å innta kontraktsvilkår

Et sentralt krav etter ILO 94 er oppdragsgivers plikt til å innta krav til lønns- og arbeidsvilkår i kontrakten med leverandøren. Leverandøren får med dette en kontraktsrettslig plikt til å etterleve vilkårene. Ved å innta kontraktsvilkår skaffer oppdragsgiver seg videre grunnlag for håndheving av kravene. Etter dagens regler inntrer denne plikten for kontrakter med anslått verdi på henholdsvis 1,3 millioner kroner for statlige myndigheter og 2,05 millioner kroner for andre oppdragsgivere. Oppdragsgivers plikt til å kontrollere etterlevelse av kravene (kontrollplikten) inntrer på de samme terskelverdier. Formålet med terskelverdiene er å begrense de administrative byrdene særlig kontrollplikten vil kunne medføre for mindre kontrakter.

Når det gjelder innslagspunktet for oppdragsgivers plikt til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i kontrakten med leverandør, har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

Utvalgets flertall, Fredriksen, Arve, Breiland, Gjønnes, Greaker, Gresseth, Karlstrøm og Tveit ser ikke grunn til å avgrense plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår mot mindre kontrakter. Etter flertallets syn medfører plikten til å kontraktsfeste lønns- og arbeidsvilkår begrensede byrder for oppdragsgiver. De administrative byrdene er knyttet til plikten til å føre kontroll med leverandørens etterlevelse av kravene, men dette er prinsipielt sett et annet spørsmål. Det må antas at kontraktsvilkår vil ha virkning, ikke bare symbolsk, men også reelt, selv om risikoen for at manglende etterlevelse skal bli påtalt er mindre uten en kontrollplikt. Brudd kan bli avdekket på andre måter og av andre aktører, og kontraktsvilkårene gir da oppdragsgiver mulighet til å reagere. Også hensynet til å sikre anstendige lønns- og arbeidsvilkår på bred basis taler for at mindre kontrakter skal inneholde slike kontraktsvilkår.

Flertallet foreslår derfor at plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde fra og med lovens innslagspunkt, altså for alle kontrakter som verdimessig omfattes av loven. Innslagspunktet for ny anskaffelseslov er foreslått satt til 300 000 kroner. Forslaget innebærer en endring av gjeldende rett, ved at flere kontrakter enn i dag skal inneholde kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår. Samme innslagspunkt foreslås å gjelde for plikten til å innta sanksjoner knyttet til lønns- og arbeidsvilkår, jf. kapittel 19 og forslaget til § 2-10.

Utvalgets mindretall, Hennyng, kan ikke støtte flertallets forslag om at kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal senkes fra dagens nivå til å gjelde fra lovens innslagspunkt, altså for alle tjeneste- og bygge- og anleggsanskaffelser over 300 000 kroner. Hennyng mener at det å skille mellom når plikten til å innta kontraktskrav om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde, og når det foreligger en plikt for oppdragsgiver til å gjennomføre risikobasert kontroll med at leverandører og underleverandører overholder kontraktsvilkårene, er problematisk. Det vil i tillegg øke kompleksiteten i regelverket.

Hennyng mener at når det først er en plikt til å innta et kontraktsvilkår, vil det være vanskelig for oppdragsgivere å bli hørt med at kontraktskravet ikke skal følges opp gjennom en kontroll. Det vil også kunne føre til manglende respekt for overholdelse av regelverket fra leverandørenes side. Oppdragsgiver må forventes å følge opp alle krav som stilles i kontrakten. Det vil da bli et kunstig skille mellom oppfølging og kontroll. Et slikt krav vil derfor medføre ressursbruk hos oppdragsgiver uavhengig av om kravet ikke ledsages av en kontrollplikt. Manglende oppfølging av kontraktsvilkår vil dessuten kunne innebære en ulovlig endring av kontrakt.[[254]](#footnote-254)

Krav til kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår er et omfattende krav som bør begrenses til kontrakter av en viss størrelse. Hennyng mener derfor at plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde med samme innslagspunkt som kontrollplikten, det vil si for kunngjøringspliktige anskaffelser. Dette innebærer, etter Hennyngs syn, en beskjeden heving fra dagens nivå.

I DFØs modenhetsundersøkelse fra 2022, fremgår det at etterlevelse av samfunnshensyn knyttet til lønns- og arbeidsvilkår, miljø og menneskerettigheter er de tre oppgavene som i minst grad ivaretas i kontraktsoppfølgingen. I tillegg er trenden fra 2020 synkende.

I Deloittes rapport «Evaluering av hvordan offentlige innkjøp bidrar til å fremme seriøsitet»,[[255]](#footnote-255) fremgår det at kontraktsoppfølging og kontroll av leverandørene er «den klart viktigste forutsetningen for å fremme seriøsitet [.]samtidig som dette arbeidet prioriteres ned i virksomhetenes praksis til fordel for andre mål og oppgaver». Rapporten trekker frem ressurs- og kapasitetsmangel som viktige årsaker til nedprioriteringen, samt at «kontraktsoppfølging av lønns- og arbeidsvilkår og andre kontraktskrav krever en spisskompetanse som ofte verken innkjøpsfunksjonen eller den delen av organisasjonen som eier kontrakten eller prosjektet besitter».

Å senke terskelen for hvilke kontrakter som omfattes vil utfordre oppdragsgivers ressurs- og kapasitetsmangel enda mer. Hennyng mener uansett at det vil være uforholdsmessig å senke terskelen for når krav til lønns- og arbeidsvilkår skal komme til anvendelse, særlig sett hen til omfanget av små kontrakter og den betydelige administrative byrden slik oppfølging betyr for oppdragsgiver.

Også sett i lys av regjeringens seneste regelverksendring i Norgesmodellen, vil det være særlig byrdefullt og uforholdsmessig å senke terskelen for når krav til lønns- og arbeidsvilkår gjelder, hvis dette også skulle gjelde tilsvarende for de nye kravene i Norgesmodellen.

#### Innslagspunkt for kontrollplikt

Også når det gjelder innslagspunktet for oppdragsgivers plikt til å føre risikobasert kontroll med at leverandører og underleverandører overholder kontraktsvilkårene, har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

Utvalgets flertall, Fredriksen, Arve, Gjønnes, Greaker, Gresseth, Hennyng, Karlstrøm og Tveit mener at innslagspunktet for kontrollplikten bør være høyere enn for plikten til å innta kontraktsvilkår. Flertallet ser at håndheving gjennom kontroll er en viktig effektivitetsmekanisme for bestemmelsen om lønns- og arbeidsvilkår, noe som kan tale for at også kontrollplikten skal gjelde for alle anskaffelser regulert av loven. En reell kontrollplikt innebærer imidlertid en betydelig administrativ byrde for oppdragsgiver. Det foreligger her et spenningsforhold mellom ønsket om effektiv sikring av de samfunnshensyn bestemmelsen skal ivareta, og ønsket om å holde ressursbruken hos oppdragsgiver nede. For å balansere disse hensynene, mener flertallet at en lovfestet plikt til å føre kontroll ikke bør omfatte de mindre kontraktene. Utvalgets flertall foreslår følgelig et annet og høyere innslagspunkt for kontrollplikten ved at denne skal inntre fra og med kunngjøringsplikten. For tjenestekontrakter mv. fremgår terskelverdiene for kunngjøringsplikt av forslaget til § 6-1. For bygg- og anleggskontrakter vil innslagspunktet for kontrollplikten være kontrakter med anslått verdi lik eller over 3 millioner kroner, jf. forslaget til § 3-2.

Flertallet påpeker imidlertid at oppdragsgiver ikke dermed er avskåret fra å føre kontroll med lønns- og arbeidsvilkår i kontrakter under disse verdiene. Oppdragsgiver kan også bli oppmerksom på manglende etterlevelse av kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår på annet vis, i form av tips, medieoppslag mv., og vil da kunne påtale dette. For kontrakter som ikke er kunngjøringspliktige er flertallets forslag at oppdragsgiver på kontraktsrettslig grunnlag skal ha kontrollrett, men ikke lovfestet kontrollplikt.[[256]](#footnote-256) Det bemerkes for ordens skyld at påseplikten etter forskrift om informasjons- og påseplikt mv. vil gjelde uavhengig av innslagspunktet etter ny lov om offentlig anskaffelser, på områder som omfattes av en allmenngjøringsforskrift. Påseplikten gjelder derimot ikke på kontraktsområder som ikke omfattes av en allmenngjøringsforskrift, som for eksempel anleggsanskaffelser.

Utvalgets mindretall, Breiland, kan ikke støtte flertallets forslag om at innslagspunktet for krav til å kontrollere lønns- og arbeidsvilkår i bygg- og anleggskontrakter heves til kontrakter med anslått verdi lik eller over 3 millioner kroner. Dette er en betydelig svekkelse av dagens kontrollplikt i denne type anskaffelser.

Breiland foreslår at kontrollpliktens innslagspunkt skal være lik innslagspunktet for å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i bygg- og anleggsanskaffelser, som utvalget foreslår skal være 300 000 kroner, altså lovens innslagspunkt.

Breiland viser til Riksrevisjonens rapport fra 2022, hvor konklusjonen er at virksomheter ikke i tilstrekkelig grad kontrollerer at de ansatte hos leverandørene av tjenester og bygge- og anleggsarbeider har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til regelverket.[[257]](#footnote-257) Riksrevisjonen karakteriserer dette som sterkt kritikkverdig. I rapporten Leverandører til det offentlige – Egenskaper ved leverandører som har begått lovbrudd fra NTAES i 2022 vises det til at i perioden 2015–2020 fikk useriøse aktører oppdrag for hele 243 milliarder kroner.[[258]](#footnote-258) Selv om disse aktørene bare utgjorde fem prosent av leverandørene, fikk de til sammen 23 prosent av inntektene. Disse leverandørene har også hatt flere ulike oppdragsgivere, og med dette et større geografisk nedslagsfelt.

Breiland vil også påpeke det store antallet useriøse aktører som får kontrakter av lavere verdi som vises i rapporten til NTAES. I tillegg må det antas at det finnes store mørketall, idet mange kontrakter ikke blir fulgt opp, som vist i Riksrevisjonens rapport. I dag består leverandørmarkedet til kommunene av et stort antall virksomheter, der de fleste anskaffelser faller under dagens nasjonale terskelverdier. Breiland er bekymret for at flere useriøse aktører vil sikte seg inn på de mindre kontraktene, nettopp fordi det nå foreslås at det ikke skal være lovfestet kontrollplikt for disse, kun at krav til lønns- og arbeidsvilkår skal stilles. Dermed kan useriøse aktører prise inn at de aldri blir kontrollert, og på den måten prise ut de seriøse aktørene. Bygg- og anleggsbransjen er blant bransjene som har store og alvorlige utfordringer med arbeidslivskriminalitet og sosial dumping. Dersom kontrollplikten for de mindre kontraktene innenfor bygg og anlegg fjernes, frykter Breiland at risikoen for at de useriøse aktørene vil utnytte dette vil øke betraktelig.

### Nærmere om oppdragsgivers plikt til å føre risikobasert kontroll

Utvalget har merket seg Riksrevisjonens undersøkelse og Deloittes rapport, begge fra 2022, som viser at oppdragsgivere i statlig og kommunal sektor ikke i tilstrekkelig grad håndhever kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår.[[259]](#footnote-259) [[260]](#footnote-260)

Det er flere grunner til at oppdragsgivere ikke følger opp at kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår etterleves, og det ligger utenfor utvalgets mandat å ta stilling til helheten i dette. Utvalget har imidlertid særskilt merket seg at oppdragsgivers kontrollansvar kan oppleves som uklart.

Utvalget mener at det er et potensial for å tydeliggjøre kontrollpliktens innhold. Utvalget foreslår endringer i ordlyden sammenliknet med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 7. Utvalget vil i det følgende også forsøke å gi noe nærmere veiledning.

Utvalget tar utgangspunkt i gjeldende rett, hvoretter oppdragsgiver skal føre risikobasert kontroll. Det innebærer at det er utfallet av en risikovurdering som avgjør om ytterligere dokumentasjonskontroll er nødvendig. Utvalget mener at nettopp dette aspektet, at oppdragsgiver skal innrette kontrollen slik at det er kontraktene med størst risiko som skal være gjenstand for dokumentasjonskontroll, bør komme tydeligere frem. Utvalget foreslår derfor at ordlyden presiserer at oppdragsgiver skal føre risikobasert kontroll.

Målet er ikke å pålegge oppdragsgivere å bruke mer ressurser på kontrollarbeidet, men at kontrollen blir mer målrettet ved at oppdragsgivers ressurser brukes der behovet er størst.

Kontrollplikten har etter utvalgets vurdering to elementer, hvor det første er en risikovurdering og det andre en eventuell ytterligere dokumentasjonskontroll. Dersom risikovurderingen viser at det er lav risiko forbundet med kontrakten, er det i de fleste tilfeller ikke nødvendig med noen ytterligere oppfølgning. Dersom oppdragsgiver derimot finner at det er høy risiko for brudd på kravene til lønns- og arbeidsvilkår, skal det gjennomføres dokumentasjonskontroll.

Det er stor variasjon i offentlige kontrakter, og risikoen avhenger av konkrete forhold ved kontrakten. Bestemmelsen må forstås slik at den gir oppdragsgiver spillerom til å avgjøre når det er behov for ytterligere kontroll. Utvalget viser til at det er oppdragsgiver som part i kontrakten, som er nærmest til å vurdere risikoen ved den. Som et generelt eksempel vil det neppe være behov for at oppdragsgiver foretar nærmere undersøkelser der leverandør/underleverandør er godt kjent for oppdragsgiver gjennom tidligere samarbeid som en seriøs og lovlydig virksomhet.

Motsetningsvis er det naturlig at oppdragsgiver gjennomfører ytterligere kontroll der kontrakten har flere kjennetegn som tilsier risiko for sosial dumping. Kjennetegn ved kontrakten som kan tilsi forhøyet risiko for sosial dumping, kan blant annet være:

* høyt innslag av utenlandske arbeidstakere,
* lave krav til formalkompetanse,
* ukjent leverandør,
* bruk av innleid arbeidskraft,
* bruk av underleverandører,
* tidligere negativ erfaring,
* bekymringsmeldinger.

Utvalget bemerker at det må ligge innenfor oppdragsgivers spillerom å velge en gruppevis tilnærming til kontraktene der dette er hensiktsmessig. Det ligger i dette at oppdragsgiver ikke nødvendigvis må risikovurdere hver enkelt kontrakt, men kan ta for seg grupper av kontrakter med visse kjennetegn. Det sentrale er at oppdragsgiver har et system som sikrer at kontraktene med størst risiko faktisk fanges opp.

Utvalget viser til at det vil være hensiktsmessig at oppdragsgiver i sine rutiner, jf. forslaget til § 2-1, beskriver en fremgangsmåte for kontraktsoppfølging. Dette vil bidra til å oppnå en helhetlig og effektiv tilnærming til anskaffelsene, samt at oppdragsgiver ikke må starte med blanke ark i hver anskaffelse. I tillegg til rutiner som beskriver fremgangsmåten, kan aktuelle virkemidler for å vurdere risiko ved kontrakten være dialog med leverandørmarkedet som inkluderer spørsmål om risikofaktorer, og bruk av egenerklæringsskjema. Utvalget viser i denne sammenheng til DFØs veiledning om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og DFØs risikostyringsverktøy for lønns- og arbeidsvilkår.[[261]](#footnote-261) [[262]](#footnote-262) Den 31. august 2023 lanserte DFØ i tillegg en veileder som beskriver beste praksis for kontraktsoppfølging, som gir anbefalinger for kontraktsoppfølging generelt, og for oppfølging av seriøsitetskrav spesielt.[[263]](#footnote-263) Veiledningene inneholder informasjon, eksempler og skjema som kan benyttes i kontraktsoppfølgingen av blant annet lønns- og arbeidsvilkår.

Dersom oppdragsgiver avdekker høy risiko i en kontrakt, må det foretas ytterligere kontroll. Dette kan for eksempel gjennomføres ved å innhente oversikt over arbeidstakere som har utført arbeid på kontrakten. I bygge- og anleggskontrakter kan det tas utgangspunkt i oversikten som skal føres etter byggherreforskriften.[[264]](#footnote-264) Det bør også innhentes opplysninger om eventuelle underleverandører. Deretter innhentes relevant dokumentasjon, som arbeidsavtaler, timelister og lønnslipper for et utvalg av de ansatte som har utført arbeid på kontrakten, for nærmere kontroll.[[265]](#footnote-265) Leverandørens plikt til å utlevere nødvendig dokumentasjon behandles i punkt 16.2.5 nedenfor.

Endelig foreslår utvalget å lovfeste et krav til at oppdragsgiver i tilstrekkelig grad må sørge for skriftlighet og dokumentasjon for risikovurderingen og eventuell etterfølgende kontroll. Målet er ikke å pålegge nye eller utvidede plikter til å sørge for dokumentasjon, men å skape større bevissthet omkring gjeldende krav. Kravets innhold må ses i sammenheng med rammene for risikovurderingen som utvalget har trukket opp ovenfor, og plikten til å ha rutiner, jf. forslaget til § 2-1. Utvalget bemerker at for kontrakter med lav risiko vil det kunne være tilstrekkelig å vise til rutinene som dokumentasjon på hvordan oppdragsgiver har vurdert disse. For kontrakter som vurderes å ha høyere risiko, og hvor oppdragsgiver gjennomfører ytterligere kontroll, skal dette dokumenteres. Det bør etableres gode rutiner på dette slik at erfaring og tidligere vurderinger kan gjenbrukes. Dokumentasjonen kan også legges til grunn hvis oppdragsgiver vurderer å avvise leverandøren ved senere anskaffelser.

Utvalget nevner også i denne sammenheng DFØs risikovurderingsverktøy. Verktøyet er ment som hjelp til å vurdere risiko for brudd på krav til lønns- og arbeidsvilkår, og til å utføre en dokumentasjonsgjennomgang der det er nødvendig. Oppdragsgiver kan generere en rapport etter kontroll i verktøyet.

Som et utgangspunkt mener utvalget at det er naturlig at det gjøres en risikovurdering i forbindelse med kontraktsinngåelsen. Dersom det skjer endringer av negativ karakter i kontraktsperioden, for eksempel klager på utført arbeid, skifte av personell, forsinkelser, at firmaet endrer navn eller medieoppmerksomhet rundt leverandørens forhold, kan det tilsi at oppdragsgiver bør og etter omstendighetene må gjennomføre en ny vurdering av kontrakten. Utvalget har imidlertid ikke funnet det hensiktsmessig å gi nærmere lovregler om hvordan og hvor ofte det bør risikovurderes. Det bør være en viss fleksibilitet for oppdragsgiver til å avgjøre dette.

### Innholdet i kravet til lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Utvalget foreslår ingen endring i gjeldende rett hva gjelder innholdet i kravet til lønns- og arbeidsvilkår. Slik utvalget vurderer det er ILO 94s krav til «arbeidsklausuler» gjennomført innenfor det veletablerte trepartsystemet i norsk arbeidsliv. Utvalget foreslår følgelig å videreføre kravet om at oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten på områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal ha lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med gjeldende forskrifter.

På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, foreslår utvalget å videreføre at oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår som minst svarer til en gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Utvalget foreslår at bestemmelsen, i likhet med dagens regler, presiserer uttrykkelig hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal hentes fra en landsomfattende tariffavtale utenfor allmenngjort område. Bakgrunnen for en slik presisering er at utsendingsdirektivet setter både et tak og et gulv med hensyn til hvilke lønns- og arbeidsvilkår som kan gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere, og det bør følgelig fremkomme uttrykkelig at det er disse lønns- og arbeidsvilkårene det skal stilles krav om. Med lønns- og arbeidsvilkår menes bestemmelser om arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer sammenliknet med gjeldende bestemmelser.

Utvalget har fått innspill fra referansegruppen om at leverandører på kontrakter utenfor allmenngjorte områder kan oppleve det som utfordrende å finne frem til de landsomfattende tariffavtalene som gjelder i bransjen. Dette gjelder særlig i bransjer hvor det finnes flere ulike landsomfattende tariffavtaler. Utvalget oppfatter at det i dag er vanlig praksis at oppdragsgivere angir forskriftsbestemmelsen i anskaffelsesdokumentene/kontrakten, uten å angi hvilke landsomfattende tariffavtaler som finnes i bransjen.

Utvalget påpeker at leverandøren kan velge en hvilken som helst landsomfattende tariffavtale for bransjen. Det er ikke et krav at leverandøren må følge en bestemt avtale. Det er slik sett heller ikke nødvendig for å oppfylle kontraktsvilkårene at leverandøren må kjenne til mer enn én landsomfattende tariffavtale, dersom det finnes flere. Hvis leverandøren allerede er omfattet av en landsomfattende tariffavtale, kan denne naturligvis legges til grunn. Ved behov for å finne frem til slike avtaler, viser utvalget til at i hvert fall noen avtaler vil være tilgjengelig på nett. Leverandører vil også kunne henvende seg til partene i arbeidslivet for informasjon om aktuelle tariffavtaler og virkeområdet for disse.

### Leverandørens dokumentasjonsplikt

For å kunne håndheve kontraktsvilkårene om lønns- og arbeidsvilkår, må oppdragsgiver ha et grunnlag for å be leverandøren om nødvendig dokumentasjon. I dagens forskrift er dette regulert ved at oppdragsgiver skal kontraktsfeste at leverandøren og underleverandører på forespørsel må dokumentere at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt. I høringen til første fase av Norgesmodellen foreslo Arbeids- og inkluderingsdepartementet en endring i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter på dette punktet, med utgangspunkt i personopplysningslovens krav til behandlingsgrunnlag. Denne endringen er nå fastsatt, og trer i kraft 1. januar 2024.[[266]](#footnote-266) Konkret er det fastsatt et nytt ledd i forskriften § 7 om kontroll, som skal gi hjemmel for leverandørens dokumentasjonsplikt. Om begrunnelsen for forslaget viser utvalget til punkt 6.6.1 i høringsnotatet hvor det fremgår:

«Utøvelse av kontrollpliktene i henhold til de foreslåtte bestemmelsene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter vil innebære at oppdragsgiver, leverandør og underleverandører behandler personopplysninger. (…)

Også for leverandøren og underleverandøren vurderer departementet at personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c er mest aktuell som behandlingsgrunnlag. Blant annet for å sikre at også leverandøren, inkludert eventuelle underleverandører, har tilstrekkelig behandlingsgrunnlag, bør det innføres en forskriftsfestet plikt for leverandøren til å utlevere nødvendig dokumentasjon til oppdragsgiver for å dokumentere overholdelse av kontraktsvilkår, jf. neste punkt.»[[267]](#footnote-267)

For å sikre tilstrekkelig behandlingsgrunnlag for leverandører etter nasjonal rett, som vil være en forutsetning for oppdragsgivers mulighet til å håndheve kontraktsvilkårene om lønns- og arbeidsvilkår, foreslår utvalget at det i ny anskaffelseslov gis en lovhjemmel for leverandørers og underleverandørers plikt til å utlevere nødvendig dokumentasjon til oppdragsgiver, for å dokumentere overholdelse av kontraktsvilkårene. I tillegg foreslår utvalget at dokumentasjonsplikten skal kontraktsfestes, slik at det knyttes kontraktsrettslige sanksjoner til manglende overholdelse av denne. Utvalget foreslår at innslagspunktet for dokumentasjonsplikten samsvarer med plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår, altså lovens innslagspunkt.

Utvalgsmedlemmet Gjønnes vil peke på at mange bedrifter opplever svært pressede frister for å utlevere personopplysninger om ansatte i kontrollfasen, og at kommunene ofte har egne definerte «seriøsitetsmodeller» i mange varianter som går langt utenfor forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Det er viktig å anerkjenne at det går grenser for hvordan og hvilke opplysninger om ansatte som skal overføres til kunder. Etter Gjønnes’ syn må en ny lovbestemmelse om leverandørenes dokumentasjonsplikt tolkes strengt, og ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle bestemmelsene i ny lov.[[268]](#footnote-268) Eventuelle offentlige tilleggskrav utenfor loven, må vurderes fra eventuelle andre hjemler i personopplysningsloven og ikke ovennevnte særhjemmel. Gjønnes påpeker at det også er til bekymring at kontraktsbestemmelsene ofte har svært pressede frister for å gi ut personopplysninger, og bedrifter melder ofte om at de ikke blir møtt med tilstrekkelig tid til å kvalitetssikre at hjemmelsgrunnlaget for behandling og oversendelse av personopplysninger er korrekt. Det minnes også om at bedriften av personopplysningsgrunner ikke skal lagre denne type informasjon på samme sted, og ofte med betydelige begrensinger for hvem i bedriften som skal håndtere dette. Det kan vanskelig ses som god praksis fra det offentliges side å legge unødvendig press på etterlevelse av svært korte frister, da bedrifter og det offentlige i en del tilfeller står i fare for uriktig behandling og kvalitetssikring av personopplysninger. Det bør være et kjennetegn hos bedrifter med god standard, at de ikke forserer kvalitetskontrollen med personopplysninger og at dette blir respektert av det offentlige i kontraktsfasen.

### Om plikt til å opplyse om kontraktsvilkår i anskaffelsesdokumentene

Utvalget foreslår at det skal fremgå av anskaffelsesdokumentene at kontrakten vil inneholde kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår og dokumentasjonsplikt. Dette innebærer i all hovedsak en videreføring av gjeldende rett, og gjennomfører ILO 94-konvensjonens krav om at leverandører må gjøres oppmerksomme på innholdet i arbeidsklausulene.

## Norgesmodellen

Utvalget har vurdert hvorvidt Norgesmodellen skal undergis en nærmere drøftelse i sammenheng med bestemmelsene om samfunnshensyn i ny anskaffelseslov.[[269]](#footnote-269) Innenfor den tidsfrist som utvalget har hatt til rådighet i første delutredning, har utvalget ikke hatt tid til å foreta egne vurderinger av regelverksendringene i Norgesmodellen, herunder hvilke kontraktsvilkår som bør stilles for å motvirke sosial dumping. Utvalget viser til at regjeringen helt nylig har tatt stilling til dette i egne prosesser, med tilhørende høringsrunder. Utvalget overlater til departementene å samordne disse prosessene i forbindelse med arbeidet med lovproposisjon.

Utvalgsmedlemmet Breiland har foreslått å finne en løsning for å unngå bruk av fiktive enkeltmannsforetak, ved at leverandørenes bruk av enkeltmannsforetak skal begrunnes skriftlig. Samme utvalgsmedlem har foreslått at tillitsvalgte skal få innsyn i lønns- og arbeidsvilkår. Innenfor rammene av mandatet og den tidsrammen som utvalget har fått stilt til rådighet, har utvalget ikke innledet diskusjoner om disse forslagene. Dette har også vært en naturlig følge av den avgrensningen som er gjort med hensyn til Norgesmodellen, som omtalt over.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å videreføre gjennomføringen av ILO-konvensjon nr. 94 i ny lov om offentlige anskaffelser § 2-5.

Utvalgets flertall foreslår:

* at plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde fra lovens innslagspunkt.
* at plikten til å foreta risikovurdering av kontrakten og eventuell ytterligere kontroll, skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser.

Utvalgets medlem Hennyng foreslår:

* at plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser.

Utvalgets medlem Breiland foreslår:

* at plikten til å foreta risikovurdering av bygg- og anleggskontrakter og eventuell ytterligere kontroll, skal gjelde fra lovens innslagspunkt.

[Boks slutt]

# Kontraktsvilkår om lærlinger

## Gjeldende rett

Anskaffelsesloven § 7 gir regler om bruk av lærlinger. Bestemmelsen er særnorsk i den forstand at den ikke gjennomfører noen EØS-forpliktelse.[[270]](#footnote-270) Den ble tatt inn i loven i 2017, og innførte et obligatorisk krav om å bruke lærlinger i offentlige kontrakter.

Det følger av forarbeidene at formålet både er å bidra til et seriøst arbeidsliv og å avhjelpe mangelen på læreplasser.[[271]](#footnote-271)

Første ledd angir at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer har plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter. Av leddets andre setning følger det at kravet om å bruke lærlinger gjelder i bransjer hvor det i forskrift er definert at det er særlig behov for læreplasser, mens det av andre ledd fremgår at det at også kan fastsettes nærmere regler om krav til bruk av lærlinger i forskrift. Dette omfatter å bestemme at kravet bare skal gjelde for kontrakter over en bestemt verdi og varighet.

Nærmere regler er gitt i forskrift 17. desember 2016 nr. 1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter (lærlingforskriften). Ansvaret for forskriften er lagt til Kunnskapsdepartementet.

Av forarbeidene til anskaffelsesloven § 7 fremgår det at kravet om bruk av lærlinger skal rettes mot hovedleverandøren. Hovedleverandør kan velge å oppfylle kravet selv eller ved hjelp av underleverandør.[[272]](#footnote-272)

I lærlingforskriften §§ 4 og 5 er det angitt at kravet om bruk av lærlinger kun gjelder for tjenestekontrakter og bygg- og anleggskontrakter med varighet over tre måneder og en verdi som overstiger 1,3 millioner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 2,05 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.

Av lærlingforskriften § 6 første ledd følger det videre at oppdragsgiver, i de tilfellene hvor plikten til å stille krav om bruk av læringer gjør seg gjeldende, skal stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning og at leverandøren benytter lærlinger ved utførelsen av den konkrete kontrakten.[[273]](#footnote-273) Ved å stille krav om lærlinger i den konkrete kontrakten sikres den påkrevde tilknytningen til kontraktsgjenstanden.[[274]](#footnote-274)

Videre er det angitt i forarbeidene at leverandøren må være godkjent lærebedrift enten i Norge, eller et annet land med lærlingordning.[[275]](#footnote-275) Kunnskapsdepartementet har i brev til Bergen kommune datert den 22. januar 2019 fremholdt at både lærling, lærekandidat, praksiskandidat og kandidat til fagbrev på jobb omfattes av lærlingbegrepet i anskaffelsesloven og lærlingforskriften.[[276]](#footnote-276)

I lærlingforskriften § 6 andre ledd er det angitt at plikten gjelder når kontraktens hovedelement omfatter arbeider der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev. Klagenemnda har i flere saker vurdert om oppdragsgiver har brutt regelverket ved ikke å stille krav til å bruke lærlinger i kontrakten. Nemnda fant i et tilfelle at den aktuelle kontrakten, som gjaldt maskinarbeid og vedlikehold av park og grøntarealer, ikke gjaldt arbeid hvor det var relevant å stille krav til lærlinger.[[277]](#footnote-277) I andre saker har nemnda funnet at det var relevant å stille krav om lærlinger.[[278]](#footnote-278) I lærlingforskriften § 6 fjerde ledd er det angitt at oppdragsgiver må innta sanksjoner i kontrakten, dersom det foreligger plikt etter § 6 første ledd til å benytte lærlinger.

I lærlingforskriften § 7 første ledd angis det at plikten til å stille krav om bruk av lærlinger etter forskriften § 6 kun gjelder dersom det er et «særlig behov» for læreplasser i en bransje. I § 7 andre ledd presiseres det at et slikt behov er til stede dersom det ved siste søkning til videregående opplæring var klart flere søkere til læreplass innenfor et utdanningsprogram enn antallet inngåtte lærekontrakter innen samme program. Ettersom konkurransen om kontrakten vil være åpen for leverandører fra hele landet, er det det nasjonale behovet for læreplasser som er avgjørende for vurderingen.[[279]](#footnote-279)

I lovforarbeidene er det presisert at kravet til å benytte lærlinger også gjelder ovenfor utenlandske leverandører. Hvordan utenlandske leverandører kan oppfylle kravet er nærmere regulert i lærlingforskriften § 8.[[280]](#footnote-280)

Av anskaffelsesloven § 7 andre ledd følger det at kravet om bruk av lærlinger må stå i forhold til kontraktens art og størrelse. I forarbeidene er det angitt at kravet kan være uforholdsmessig dersom det er behov for eksperter for å gjennomføre arbeidet, eller dersom det er andre grunner som medfører at lærlinger ikke er egnet.[[281]](#footnote-281) Også dersom kontrakten har liten verdi eller er kortvarig kan det være uforholdsmessig å stille krav om bruk av lærlinger. Det samme gjelder for tjenestekontrakter hvor en betydelig del av kontraktsverdien knytter seg til materialkostnader. Klagenemnda har i flere saker vurdert om krav til lærling er forholdsmessig.[[282]](#footnote-282)

At kravet ikke må være uforholdsmessig er også angitt i lærlingforskriften § 6 tredje ledd. Av bestemmelsen følger det at plikten til å stille krav om lærlinger ikke gjelder der kravet må anses som uforholdsmessig etter kontraktens innhold, omfanget av arbeidet der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev eller andre forhold.

Lærlingforskriften § 9 første ledd pålegger oppdragsgiver å kontrollere om kravet til bruk av lærlinger overholdes. Bestemmelsens andre og tredje ledd angir at dersom en leverandør tilknyttet en lærlingordning kan dokumentere reelle forsøk på å inngå kontrakt om lærling eller at manglende bruk av lærling skyldes lærlingen selv, så anses lærlingkravet oppfylt.

I klagenemndas praksis er det lagt til grunn at oppdragsgiver etter omstendighetene kan stille krav om lærlinger også ut over de tilfellene hvor anskaffelsesloven og lærlingforskriften krever dette.[[283]](#footnote-283)

Kontraktsvilkår om bruk av lærlinger vil som et utgangspunkt begrense den frie flyten av tjenester i EØS-området. I henhold til EØS-retten må begrensningen ha et legitimt formål og være forholdsmessig. Departementet fremholder i forarbeidene at bestemmelsen ivaretar legitime formål, herunder å sikre et seriøst arbeidsliv, og å bøte på mangelen på læreplasser.[[284]](#footnote-284) Om forholdsmessighetsvurderingen fremholdes det i forarbeidene at krav om bruk av lærlinger, slik det er regulert i anskaffelsesloven § 7, vil være forholdsmessig etter EØS-retten.[[285]](#footnote-285) Dette er begrunnet med momentene som er angitt over, herunder at kravet kun gjelder i bransjer hvor det er spesielle utfordringer med arbeidslivskriminalitet eller et særlig behov for læreplass, og at kravet kun stilles med kontrakter over en viss varighet og verdi. Departementet fremholder likevel at selv i anskaffelser der lov og forskrift åpner for å stille krav om bruk av lærlinger, vil oppdragsgiver måtte vurdere om det likevel vil være uforholdsmessig å stille et slikt krav.

Høsten 2023 sendte Kunnskapsdepartementet på høring nye regler om bruk av lærlinger.[[286]](#footnote-286)

## Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å videreføre dagens regel om stille krav om bruk av lærlinger. Bestemmelsen er med på å fremme et seriøst arbeidsliv og bidrar til å sikre tilstrekkelig antall læreplasser. Utvalget mener samtidig at dagens bestemmelser i lærlingforskriften hører naturlig hjemme i selve loven når det først skal gis en ny og mer omfattende anskaffelseslov. Utvalget foreslår videre å sammenfatte dagens bestemmelser i en enkelt bestemmelse i loven. Utvalget har ikke hatt tid til å vurdere forslagene som ble sendt på høring fra Kunnskapsdepartementet.

Utvalget har vurdert om vilkåret «særlige behov», som brukes i anskaffelsesloven § 7 og lærlingforskriften § 7 andre ledd, kan presiseres, da det kan være vanskelig for oppdragsgivere å vurdere behovet for læreplasser. Et godt alternativ er at Samarbeidsrådet for yrkesopplæring (SRY) og Kunnskapsdepartementet med jevne mellomrom, for eksempel årlig, vurderer hvilke fag som etter deres oppfatning har særskilt behov for læreplasser. De kan deretter offentliggjøre en liste over i hvilke bransjer det er særlig behov for læreplasser som alle oppdragsgivere kan forholde seg til. Dette vil gjøre at oppdragsgivere ikke må vurdere dette konkret i hver enkelt anskaffelse.

Etter utvalgets syn kan det være aktuelt at listen som utarbeides synliggjør geografiske områder hvor det finnes behov for det aktuelle faget. Hvordan en slik liste konkret utarbeides mener utvalget er opp til departementet.

Utvalget har også vurdert om kravet til minst tre måneders varighet av kontrakten er satt for høyt. Etter utvalgets syn vil imidlertid en generell plikt til å bruke lærlinger kunne være uforholdsmessig for kontrakter med kortere varighet. For kontrakter som reguleres av EØS-retten, enten fordi kontraktsverdien er over EØS-terskelverdi eller fordi kontrakten må antas å ha klar grensekryssende interesse, vil en generell plikt til å bruke lærlinger også i kortvarige kontrakter kunne være rettsstridig. Etter det utvalget kjenner til, er det heller ikke påkrevd å utvide plikten til å bruke lærlinger for å sikre nok læreplasser. Utvalget foreslår derfor å videreføre dagens innslagspunkt. Samtidig utelukker ikke utvalget at det kan tenkes kontrakter med en kortere varighet hvor det er grunn til å stille krav om lærlinger. Utvalgets forslag stenger ikke for at oppdragsgiver i en slik situasjon kan stille et slikt krav. For kontrakter som reguleres av EØS-retten må imidlertid oppdragsgiver påse at kravet ikke utgjør et uforholdsmessig hinder for interesserte leverandører.

Utvalget har også vurdert om bestemmelsen skal gjelde for alle anskaffelsene med en verdi som gjør at de er omfattet av anskaffelsesloven, eller om bestemmelsen først bør komme til anvendelse for anskaffelser av en verdi som gjør at de reguleres av del III i ny lov. Andre innslagspunkt kan også tenkes. Etter utvalgets syn er en plikt til å bruke lærlinger et effektivt grep for å sikre et seriøst arbeidsliv og et tilstrekkelig antall læreplasser. Dette tilsier at bestemmelsen bør gjelde samtlige anskaffelser som omfattes av loven, der vilkårene i bestemmelsen for øvrig er oppfylt. Behovet for en terskel knyttet til kontraktens verdi reduseres dessuten av videreføringen av kravet til en kontraktsvarighet på minst tre måneder. Dersom innslagspunktet settes likt som utvalgets foreslåtte innslagspunkt for reglene i del III for bygge- og anleggsarbeider, vil det representere en betydelig heving sammenlignet med dagens rettstilstand. Et alternativ kan være å videreføre dagens særskilte terskel for lærlingekravet, men utvalget mener generelt det er ønskelig å unngå for mange ulike terskler. Så lenge kravet til en kontraktsvarighet på minst tre måneder videreføres, mener utvalget at et krav til bruk av lærlinger vil være forholdsmessig. For kontrakter av en verdi som gjør at lovens del III ikke kommer til anvendelse, vil det for øvrig bare være helt unntaksvis at EØS-rettslige krav gjør seg gjeldende. Dersom det fremstår uforholdsmessig å stille krav om bruk av lærlinger i en kontrakt under EØS-terskelverdi som har «klar grensekryssende interesse», må oppdragsgiver benytte unntaksmuligheten som foreslås i en ny bestemmelse.

Unntaksbestemmelsen som er inntatt i lærlingforskriften § 6 tredje ledd foreslås videreført for å sikre at bestemmelsen er i samsvar med EØS-retten.

Utvalget foreslår også å videreføre plikten til å føre kontroll. Utvalget foreslår imidlertid en risikobasert kontroll for kunngjøringspliktige anskaffelser, tilsvarende som ved lønns- og arbeidsvilkår. Det vises til kapittel 16 for en nærmere gjennomgang av de rettslige rammene for kontrollplikten.

Utvalget foreslår at kontraktsvilkår i henhold til bestemmelsen skal ledsages av sanksjoner, jf. § 2-10.

Utvalgsmedlemmet Breiland er uenig i flertallets forslag om at kontrollplikten for kontraktsvilkår om lærlinger i bygg- og anleggskontrakter først skal tre inn ved kunngjøringsplikten, altså fra 3 millioner kroner. Dette er en svekkelse av dagens krav til kontroll av lærlinger i bygg og anlegg.

Bestemmelsen om lærlinger er viktig av flere grunner. For det første som ledd i å øke antall læreplasser. For det andre som et ledd i kampen mot arbeidslivskriminalitet og sosial dumping. Breiland mener at lærlingebestemmelsen er svært viktig i dette arbeidet og ikke må svekkes. Breiland mener derfor at oppdragsgiver må gjennomføre kontroll av alle bygg- og anleggskontraktene som omfattes av loven. Det er også fra lovens innslagspunkt at krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter er foreslått å gjelde, slik at det med dette forslaget blir samsvar mellom innslagspunktet for kontraktsvilkår og kontroll.

Breiland er enig i at oppdragsgiver skal føre risikobasert kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes, og at dette dokumenteres i tilstrekkelig grad. En slik risikobasert kontroll bør, etter Breilands syn, imidlertid gjelde for alle bygg- og anleggskontraktene som faller inn under loven. Rapporten fra Oslo Economics (2020) viser til manglende oppfølging av lærlingekravet ved og etter inngåelse av avtaler.[[287]](#footnote-287) Dette innebærer etter Breilands syn at leverandører kan unnlate å oppfylle kravet til bruk av lærlinger i kontrakter med offentlige oppdragsgivere uten at dette får konsekvenser.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å videreføre någjeldende regulering av plikt til å bruke lærlinger i ny lov om offentlige anskaffelser § 2-6 med de presiseringer som fremgår av drøftelsene over.

Et mindretall foreslår:

* at kontrollplikten knyttet til lærlingkravet ikke skal avgrenses til kunngjøringspliktige bygge- og anleggskontrakter, men gjelde for alle bygge- og anleggsanskaffelsene som er omfattet av loven.

[Boks slutt]

# Begrensninger av antallet ledd i leverandørkjeden

## Gjeldende rett

Forskrift om offentlige anskaffelser § 19-3 gir regler om å begrense antallet ledd i leverandørkjeden i bransjer der det er særlige utfordringer med arbeidslivskriminalitet. En tilsvarende bestemmelse er inntatt i anskaffelsesforskriften del II, § 8-13. Bestemmelsene er særnorske i den forstand at de ikke gjennomfører EØS-rettslige forpliktelser. De ble tatt inn i forskriften i 2017.

Ifølge forarbeidene er formålet med begrensningen av antall ledd i leverandørkjeden å forhindre økonomisk kriminalitet, sosial dumping og annen arbeidslivskriminalitet.[[288]](#footnote-288)

Etter § 19-3 første ledd skal oppdragsgiver ved anskaffelse av bygg- og anleggsarbeider eller renholdstjenester stille krav om at leverandørene maksimalt har to ledd i leverandørkjeden under seg. Det er antall leverandørledd som skal begrenses, ikke antall underleverandører. Dermed kan en hovedleverandør som utgangspunkt ha et ubegrenset antall sideordnede leverandører. Begrensningen til bygg- og anleggsarbeider og renholdstjenester skyldes at det her har vært særskilte utfordringer med sosial dumping og arbeidslivskriminalitet.[[289]](#footnote-289)

Etter § 19-3 andre ledd åpnes det for at oppdragsgiver kan godta flere ledd i leverandørkjeden hvis det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse eller for å få gjennomført en kontrakt. Videre fremgår det av andre ledd andre punktum at det maksimale antallet ledd oppdragsgiver kan godta, skal angis i anskaffelsesdokumentene. Etter andre ledd tredje punktum fremgår det at etter at kontrakt er inngått, kan oppdragsgiver godta flere ledd dersom det på grunn av uforutsette omstendigheter er nødvendig for å få gjennomført kontrakten.

Bestemmelsene gjelder i kontrakter som har en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva. for statlige oppdragsgivere og 2 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.

ESA har i brev til Nærings- og fiskeridepartementet datert 13. november 2019 stilt spørsmål ved om begrensningen av antall leverandørledd er i samsvar med EØS-retten.[[290]](#footnote-290) Nærings- og fiskeridepartementet har i sitt svar av 11. desember 2019 fremholdt at reguleringen har et formål som EØS-retten anerkjenner, herunder å bekjempe arbeidslivskriminalitet og sosial dumping, og at den er forholdsmessig, da den ikke går lenger enn nødvendig.[[291]](#footnote-291) Her er det særlig pekt på at begrensningen kun gjelder vertikalt, og ikke horisontalt. Videre er bestemmelsens virkeområde begrenset til visse sektorer, samt at bestemmelsen åpner for unntak fra plikten i visse situasjoner. ESA sendte formelt åpningsbrev 10. juni 2020,[[292]](#footnote-292) hvor Nærings- og fiskeridepartementet besvarte dette 28. oktober 2020.[[293]](#footnote-293) Saken er ikke lukket av ESA.

## Utvalgets vurderinger

Utvalget ser det som ønskelig å videreføre bestemmelsen om begrensning av antallet ledd i leverandørkjeden i ny anskaffelseslov.

Forut for 2017 hadde flere store oppdragsgivere, som Statens Vegvesen og Statsbygg, samt private entreprenører som Skanska Norge AS, allerede tatt i bruk klausuler som begrenser antall leverandørledd. Bakgrunnen var at disse aktørene opplevde en negativ utvikling knyttet til sosial dumping i sine prosjekter. Statens Vegvesen har for eksempel tatt i bruk kontraktsvilkår og begrensninger i leverandørledd siden 2012. Videre nevnes at flere av de kommunale og fylkeskommunale seriøsitetsmodellene, for eksempel Oslo-modellen, har inntatt begrensninger av leverandørledd som går lenger enn regelverket, og kun tillater ett ledd under hovedleverandør.

Utvalget viser til at bestemmelsen forfølger et viktig formål, nemlig å begrense arbeidslivskriminalitet i utsatte bransjer. Utvalget viser til at risikoen for økonomisk kriminalitet og sosial dumping særlig er til stede der det er lange leverandørkjeder. Det er utfordrende å holde oversikt over hva som skjer nedover i systemet.

Begrensingen av antall ledd i leverandørkjeden gjør det lettere å føre kontroll og ha kommunikasjon med de enkelte ledd i kjeden. Kontroll og kommunikasjon er sentrale mekanismer for å motvirke sosial dumping og arbeidslivkriminalitet. En begrensning av antall leverandørledd virker sammen med og kan bidra til å effektivisere andre tiltak mot arbeidslivskriminalitet, slik som oppdragsgivers kontroll av lønns- og arbeidsvilkår i henhold til den foreslåtte bestemmelsen i § 2-5.

Utvalget viser videre til at begrensningen av antall leverandørledd synes å være bredt akseptert i markedet, og at det er bred politisk oppslutning om bestemmelsen.

Utvalget foreslår enkelte endringer i bestemmelsen om begrensning i antallet ledd i leverandørkjeden i ny anskaffelseslov. Etter utvalgets syn bør bestemmelsen gjelde for alle anskaffelser som er omfattet av loven. Det er liten grunn til å tillate lengre leverandørkjeder for små anskaffelser, og det vil være en forenkling for både oppdragsgivere og leverandører at samme begrensning gjelder for anskaffelser i lovens del II og del III. Dette vil etter utvalgets syn ikke gi opphav til noen nye EØS-rettslige utfordringer.

Utvalget foreslår også en endret inndeling av bestemmelsen. Dette medfører ingen realitetsendring, og er kun ment som en forenkling.

Utvalget har ikke funnet grunn til å foreslå endringer i antallet ledd underleverandører eller for hvilke bransjer bestemmelsen skal gjelde.

Utvalget foreslår at kontraktsvilkår i henhold til bestemmelsen skal ledsages av sanksjoner, jf. § 2-10.

Utvalget har vurdert om bestemmelsen skal plasseres sammen med bestemmelsene som gjelder kontraktsgjennomføringen eller sammen med bestemmelsene om samfunnshensyn. På den ene siden kan det være naturlig å samle alle bestemmelsene om kontraktsvilkår i ett kapittel, men det er også ønskelig å samle alle bestemmelsene om samfunnshensyn på samme måte. Etter en samlet vurdering har utvalget falt ned på å plassere bestemmelsen sammen med de øvrige bestemmelsene om samfunnshensyn.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å videreføre någjeldende anskaffelsesforskrift § 19-3 i ny lov om offentlige anskaffelser § 2-7 og gi bestemmelsen anvendelse for alle anskaffelsene som reguleres av loven.

[Boks slutt]

# Menneskerettigheter

## Innledning

Brudd på grunnleggende menneskerettigheter i arbeidslivet er en betydelig utfordring i mange land. Det er ikke ønskelig at offentlige midler går til leverandører som bryter grunnleggende menneskerettigheter, og heller ikke til leverandører som ikke reagerer på slike brudd hos underleverandører. Regelverket om offentlige anskaffelser skal bidra til anstendige arbeidsforhold, jf. kapittel 11 om formålet med anskaffelsesregelverket. Hensynet til konkurranse på like vilkår tilsier også at leverandører som bruker tid og krefter på grunnleggende menneskerettigheter ikke blir utkonkurrert av leverandører som ikke gjør det. Dette er viktig ikke minst av hensyn til leverandører som velger å produsere varer eller tjenester lokalt i Norge eller i andre høykostland med liten risiko for brudd på arbeidernes grunnleggende rettigheter.

## Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet inneholder ingen bestemmelser om menneskerettigheter. Det er likevel på det rene at direktivet gir rom for å ta hensyn til brudd på menneskerettigheter, jf. artikkel 18 nr. 2.

Av anskaffelsesloven § 5 fremgår det at oppdragsgiver skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter.

Forpliktelsen til å ha slike rutiner gjelder for statlige, fylkeskommunale og kommunale oppdragsgivere, samt offentligrettslige organer. Disse skal ha «egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter», men bare for anskaffelser hvor det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Bestemmelsen oppstiller ingen terskel for hvilke anskaffelser som omfattes av dette kravet, slik at rutinene må dekke også anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Loven gir ingen videre veiledning i hva som er å anse som «grunnleggende menneskerettigheter». I forarbeidene uttales det at varer skal produseres under forhold som «ivaretar ansattes grunnleggende krav på forsvarlige arbeidsforhold».[[294]](#footnote-294) Videre står det at oppdragsgiver må ha stor frihet til å tilpasse sine interne rutiner til sin virksomhet. Deretter viser departementet til at FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter viser til FNs verdenserklæring fra 1948, FNs konvensjon fra 1966 om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon fra 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet.

Kravet til å ha egnede rutiner gjelder i anskaffelser hvor det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Det følger av forarbeidene at det må være mer enn en teoretisk risiko. Deretter vises det til en høyrisikoliste som er utarbeidet av DFØ, se nærmere omtale i boks 19.1. I forarbeidene er høyrisikoprodukter definert som produkter som krever en «arbeidsintensiv tilvirkning» og som er produsert i lavkostland.

For å følge opp kravet om å ha egnede rutiner anbefaler DFØ at virksomheter har en anskaffelsesstrategi som forklarer hvordan den konkrete virksomheten etterlever § 5. Ved høyrisikoanskaffelser anbefales det å ta i bruk kontraktsvilkår for ivaretakelse av grunnleggende menneskerettigheter i leverandørkjeden. DFØs anbefalte kontraktsvilkår ble oppdatert i 2021 for å ta hensyn til kravene i åpenhetsloven.

Høyrisiko-listen

På nettsidene til DFØ er det informasjon om produktkategorier med høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter i leverandørkjeden. «Høyrisikoprodukter» er produkter hvor det er dokumentert at det forekommer systematiske brudd på FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, ILOs kjernekonvensjoner (forbud mot barnearbeid, tvangsarbeid, diskriminering og rett til faglig organisering) og nasjonalt lovverk innen arbeidsrett og HMS i produktets leverandørkjede. Det fremgår videre at menneskerettsbruddene skjer ved råvareuttak, komponenttilvirkning eller endelig produktsammensetning. Det er presisert at listen kun er veiledende, og ikke uttømmende.

Listen inneholder våren 2023 følgende kategorier; bygg- og anleggsmaterialer (stein, trevirke og metall), elektronikk og IKT, konfliktmineraler, mat og drikke (frukt, grønnsaker, kaffe/te/kakao), medisinsk forbruksmateriell/utstyr, kontorrekvisita, leke- og idrettsutstyr, møbler, tekstiler, arbeidsklær og fottøy, samt kjøp av biler og andre kjøretøy.

Kilde: https://anskaffelser.no/berekraftige-anskaffingar/menneskerettigheter/hoyrisikolisten

[Boks slutt]

Forarbeidene gir ingen nærmere beskrivelse av hva som er «egnede rutiner», men fremhever at oppdragsgiver må ha stor frihet til å tilpasse sine rutiner til sin virksomhet. Dette må forstås dithen at det langt på vei ligger til oppdragsgivers skjønn å ta stilling til hva som er å anse som egnede rutiner.

Rutinene skal «fremme respekt for» grunnleggende menneskerettigheter. Forarbeidene kommenterer ikke valget av ordlyd på dette punkt ytterligere. Språklig er det å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter noe annet og mildere enn for eksempel å skulle sikre overholdelse av, eller ivareta, menneskerettigheter. I forbindelse med et representantforslag på Stortinget er dette også tydeliggjort overfor Næringskomiteen.[[295]](#footnote-295)

## Åpenhetsloven

Åpenhetsloven trådte i kraft 1. juli 2022 og skal fremme virksomheters respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold,[[296]](#footnote-296) og sikre allmenheten tilgang på informasjon. Loven gir de virksomheter som er omfattet av den en plikt til å gjennomføre aktsomhetsvurderinger. Aktsomhetsvurderinger handler om å undersøke og styre risiko for negativ påvirkning på menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.[[297]](#footnote-297) Det skal gis informasjon om resultatet av aktsomhetsvurderingen i en rapport som skal publiseres 30. juni hvert år fra 2023. I tillegg kan interessenter etterspørre informasjon om hvordan virksomheten håndterer faktiske og potensielle negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.

I forarbeidene er det fremhevet at offentlig sektor foretar betydelig innkjøp av varer og tjenester hvert år, og vil gjennom åpenhetsloven få et enklere arbeid med å kontrollere at selskaper etterlever de forpliktelser som følger av anskaffelsesloven § 5.[[298]](#footnote-298) Det presiseres at offentlige organer kan bruke åpenhetsloven til å be om informasjon som vil kunne brukes i vurderingen av om virksomheten etterlever forpliktelsene etter anskaffelsesloven § 5.[[299]](#footnote-299)

Virkeområdet til åpenhetsloven er «større virksomheter», som definert i åpenhetsloven § 3.[[300]](#footnote-300) Bestemmelsen angir to måter en virksomhet kan falle inn under definisjonen på. En er at virksomheten omfattes av regnskapsloven § 1-5 om store foretak. Dette er i hovedsak allmennaksjeselskaper og børsnoterte selskaper. En virksomhet vil også være omfattet av åpenhetsloven hvis den på balansedagen overskrider grensene for to av følgende tre vilkår:

* salgsinntekt på 70 millioner kroner,
* balansesum på 35 millioner kroner, eller
* har i gjennomsnitt ansatt 50 årsverk i regnskapsåret.

I konsekvensutredningen av forslaget til ny åpenhetslov ble 8 830 virksomheter identifisert å falle innenfor definisjonen av «større virksomheter».[[301]](#footnote-301)

Offentlige oppdragsgivere vil som den klare hovedregel ikke selv være pliktsubjekter etter åpenhetsloven. Spørsmålet ble reist fra flere hold i høringsrunden. Departementet påpekte imidlertid at offentlige oppdragsgivere må forholde seg til anskaffelsesregelverket og plikten til å ta hensyn til menneskerettigheter og arbeidsforhold ved gjennomføringen av sine anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 5.[[302]](#footnote-302) Løsningen ble derfor å avgrense kretsen av pliktsubjekter ut ifra hvilke virksomheter som er regnskapspliktige etter regnskapsloven. Dette betyr blant annet at kommuner, kommunale foretak og statlige virksomheter, dvs. forvaltningsorganer, ikke omfattes av åpenhetsloven. Statsforetak, vil imidlertid omfattes i den grad de øvrige vilkårene er oppfylt. Det samme gjelder interkommunale selskaper.

Åpenhetsloven inneholder i § 4 en plikt til å gjennomføre aktsomhetsvurderinger.

Åpenhetsloven § 4 – plikt til å utføre aktsomhetsvurderinger

«Virksomhetene skal utføre aktsomhetsvurderinger i tråd med OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper. Med aktsomhetsvurderinger menes å

a. forankre ansvarlighet i virksomhetens retningslinjer

b. kartlegge og vurdere faktiske og potensielle negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold som virksomheten enten har forårsaket eller bidratt til, eller som er direkte knyttet til virksomhetens forretningsvirksomhet, produkter eller tjenester gjennom leverandørkjeder eller forretningspartnere

c. iverksette egnede tiltak for å stanse, forebygge eller begrense negative konsekvenser basert på virksomhetens prioriteringer og vurderinger etter bokstav b

d. følge med på gjennomføring og resultater av tiltak etter bokstav c

e. kommunisere med berørte interessenter og rettighetshavere om hvordan negative konsekvenser er håndtert etter bokstav c og d

f. sørge for eller samarbeide om gjenoppretting og erstatning der dette er påkrevd.

Aktsomhetsvurderingene skal utføres regelmessig og stå i forhold til virksomhetens størrelse, virksomhetens art, konteksten virksomheten finner sted innenfor, og alvorlighetsgraden av og sannsynligheten for negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.

Departementet kan gi forskrift om plikten til å utføre aktsomhetsvurderinger.»

Bestemmelsen trådte i kraft 1. juli 2022.

Kilde: www.lovdata.no

[Boks slutt]

Plikten til å gjennomføre aktsomhetsvurderinger er sentral for å nå lovens formål. I forarbeidene uttales det at

«[v]irksomheters aktsomhetsvurderinger handler om å undersøke og styre risiko for negativ påvirkning på menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Aktsomhetsvurderingene gjelder bare forhold som virksomheten har en viss innvirkning på, noe som forutsetter en viss tilknytning mellom virksomheten og risikoen. Formålet med kravet om å utføre aktsomhetsvurderinger er å begrense negative konsekvenser og at allmennheten får tilgang til informasjon om disse forholdene».[[303]](#footnote-303)

Metoden for gjennomføring av aktsomhetsvurderingene er den samme som ved aktsomhetsvurderinger etter OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper. De seks trinnene i en aktsomhetsvurdering er synliggjort i åpenhetsloven § 4 bokstav a til f som sitert over. For en nærmere beskrivelse av de ulike trinnene i aktsomhetsvurderingen henviser departementet til OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv og tilhørende sektorveiledere.[[304]](#footnote-304)

EU jobber med et direktiv om aktsomhet for bærekraft for foretak. EU-kommisjonen la frem et forslag den 23. februar 2022.[[305]](#footnote-305) Rådet kom frem til sin posisjon i desember 2022. EU-parlamentet vedtok sin posisjon 1. juni 2023. EU-kommisjonen, Rådet og EU-parlamentet starter nå trilogforhandlinger. Målet er at direktivet vedtas i 2024 og trer i kraft i 2025.[[306]](#footnote-306)

Kommisjonen foreslår regler som skal hindre at virksomheter bryter menneskerettigheter eller skader miljøet, enten i egen virksomhet, i datterselskaper, eller ved aktiviteter utført av underleverandører og andre aktører i verdikjeden. Direktivforslaget inneholder også regler om bedriftsstyring. Virksomheter som omfattes av regelverket vil bli pålagt å identifisere, og om nødvendig forebygge, redusere eller avslutte negative påvirkninger som selskapet har på menneskerettigheter og miljø, for eksempel barnearbeid, slaveri, forurensning eller tap av biologisk mangfold. På samme måte som åpenhetsloven bygger aktsomhetsdirektivet på OECDs retningslinjer for ansvarlig næringsliv. Imidlertid har hensyn til miljø og ansvarlig virksomhetsstyring blitt inkludert i tillegg til respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i forbindelse med produksjon av varer og levering av tjenester.

Direktivet er foreslått å omfatte EU-baserte selskaper i to ulike grupper. Gruppe 1 omfatter alle sektorene, også finansielle tjenester, med mer enn 500 ansatte og en omsetning på over 150 millioner euro. Gruppe to omfatter mindre selskaper som operer innenfor sektorer der det er høy risiko for negativ påvirkning på menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter eller miljø, for eksempel innenfor landbruk, tekstiler eller mineraler. Her er terskelen 250 ansatte og en omsetning på over 40 millioner euro. Selskaper utenfor EU vil også omfattes av direktivforslaget i nærmere angitte tilfeller. Virksomheter som bryter regelverket, kan bli straffet med bøter.

I tillegg til arbeidet med aktsomhetsdirektivet er det allerede vedtatt et Bærekraftsrapporteringsdirektiv som trådte i kraft i EU fra januar 2023. Direktivet pålegger større virksomheter en utvidet bærekraftsrapportering i årsberetningen.[[307]](#footnote-307) Begrepet bærekraftsrapportering brukes om periodisk rapportering fra foretak om miljømessige, sosiale og styringsmessige forhold, inkludert forhold som gjelder arbeidstakere, respekt for menneskerettigheter og bekjempelse av korrupsjon og bestikkelser.[[308]](#footnote-308)

## Utvalgets vurdering

For utvalget er det klart at en ny lov om offentlige anskaffelser bør inneholde en bestemmelse om grunnleggende menneskerettigheter, på samme måte som dagens lov. Dette er også forutsatt i utvalgets mandat. Forarbeidene til den nye åpenhetsloven viser også at lovgiver forutsetningsvis mener at anskaffelsesloven skal forplikte offentlige oppdragsgivere til å ta hensyn til menneskerettigheter ved gjennomføringen av sine anskaffelser, og at dette er grunnen til at de ikke er pliktsubjekter etter åpenhetsloven.

Utvalget er samtidig opptatt av at næringslivet ikke pålegges unødige rapporteringskrav eller dobbeltrapporteringer. Som påpekt i forarbeidene til åpenhetsloven er det ønskelig å harmonisere forpliktelser som leverandørene vil møte i konkurranser om offentlige kontrakter og forpliktelser som de har i henhold til åpenhetsloven.[[309]](#footnote-309)

Åpenhetsloven stiller krav til at større virksomheter skal gjennomføre aktsomhetsvurderinger i tråd med retningslinjene fra OECD. Dette innebærer for eksempel at virksomheten skal vurdere «faktiske og potensielle negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter som virksomheten enten har forårsaket eller bidratt til, eller som er direkte knyttet til virksomhetens forretningsvirksomhet, produkter eller tjenester gjennom leverandørkjeder eller forretningspartnere».[[310]](#footnote-310)

Utvalget har vurdert om forholdet mellom anskaffelsesregelverket og åpenhetsloven bør være slik at en oppdragsgiver som inngår avtale med en leverandør som oppfyller kravene i åpenhetsloven uten videre skal ansees å oppfylle kravet etter anskaffelsesloven om å motvirke at det forekommer brudd på grunnleggende menneskerettigheter. Utvalgets syn er imidlertid at det må sondres mellom oppdragsgiveres generelle arbeid med å innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene nevnt i § 1-1 ivaretas, se kapittel 13 om utvalgets forslag til § 2-1 om rutiner, og arbeidet med å begrense risikoen for brudd på grunnleggende menneskerettigheter i den enkelte anskaffelse. Selv om en leverandør etterlever åpenhetslovens krav, kan det være forhold ved en konkret anskaffelse som tilsier at oppdragsgiver bør stille krav eller kriterier for å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter.

For leverandører underlagt åpenhetsloven, vil det likevel opplagt være slik at arbeidet med å etterleve åpenhetslovens krav vil komme til nytte også i tilfeller hvor offentlige oppdragsgivere stiller krav eller kriterier for å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter.

For leverandører som ikke er underlagt åpenhetsloven, er det viktig at oppdragsgiver ikke pålegger krav eller kriterier som i realiteten fører til at åpenhetsloven §§ 4 og 5 får anvendelse også overfor mindre virksomheter enn forutsatt i lovens § 3. Den forholdsmessighetsvurderingen som ligger til grunn for åpenhetsloven, og som innebærer at små og mellomstore bedrifter er unntatt fra den, må respekteres av offentlige oppdragsgivere.

For utvalget er det viktig at oppdragsgivers plikt til å treffe tiltak for å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter avgrenses til anskaffelser hvor det er kjent at det foreligger reell risiko for slike brudd. Også av denne grunn bør en generell påkobling til åpenhetsloven unngås.

Etter utvalgets syn tilsier hensynet til så vel oppdragsgiver som leverandører at plikten til å treffe tiltak bør brukes på anskaffelser hvor risikoen for brudd på grunnleggende menneskerettigheter er høy. Dette vil gi en bedre effekt av ressursbruken enn om tiltak settes inn på steder hvor risikoen er lav eller middels. Dette er også i tråd med alminnelige prinsipper for risikostyring hvor det gjerne skilles mellom grønn, gul og rød risiko.[[311]](#footnote-311)

Videre mener utvalget at betegnelsen «grunnleggende menneskerettigheter» bør presiseres. I åpenhetsloven § 3 b) er samme uttrykk definert som «de internasjonalt anerkjente menneskerettighetene som følger av blant annet FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966 og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet». I forarbeidene er det forklart at «grunnleggende menneskerettigheter» er valgt for å få frem at loven gis et bredt nedslagsfelt uten å avgrenses til enkelte nærmere angitte menneskerettigheter, i tråd med FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter (UNGP) og OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper.[[312]](#footnote-312)

Definisjonen i åpenhetsloven § 3 b) inneholder de samme konvensjonene som det er vist til i forarbeidene til anskaffelsesloven § 5.[[313]](#footnote-313) Det fremgår videre av forarbeidene til åpenhetsloven at selv om definisjonen har et bredt nedslagsfelt, så forventes det ikke at virksomhetene har fokus på alle de grunnleggende menneskerettighetene. Virksomhetene skal fokusere på risikoutsatte menneskerettigheter ut fra forholdene i deres virksomhet og leverandørkjeder. Andre menneskerettighetskonvensjoner enn de som er opplistet kan omfattes av definisjonen grunnleggende menneskerettigheter der den enkelte virksomhet har vurdert at konvensjonen er relevant innenfor sitt virkeområde.[[314]](#footnote-314) Utvalget legger til grunn at grunnleggende menneskerettigheter skal forstås på samme måte i anskaffelsesloven som i åpenhetsloven.

Utvalget mener at oppdragsgiver må ha stor grad av fleksibilitet til å håndtere risikoen for brudd på grunnleggende menneskerettigheter i den enkelte anskaffelse. Utvalget foreslår at bestemmelsen uttrykkelig angir at oppdragsgiver skal stille krav eller kriterier for å motvirke at brudd oppstår der det er avdekket høy risiko. Oppdragsgiver bør fortsatt, der det er relevant, gjennomføre markedsdialog for å finne frem til hensiktsmessige krav eller kriterier, eller få kjennskap til andre relevante faktorer.

Utvalget foreslår at ordlyden i ny bestemmelse ikke skal være knyttet til «å ha egnede rutiner for å fremme respekt», men at ordlyden mer direkte angir at oppdragsgiver skal stille krav eller kriterier for å motvirke at det oppstår brudd på grunnleggende menneskerettigheter. I utvalgets utkast ivaretas behovet for gode rutiner av § 2-1, se nærmere omtale i kapittel 13. Der oppdragsgiver stiller kontraktskrav for å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter, følger det av § 2-10 at det skal inntas egnede sanksjoner for brudd på bestemmelsene i kontrakten, se nærmere omtale i kapittel 21.

Fordi utvalgets forslag innebærer en konkret plikt til å stille krav i enkelte anskaffelser, mener utvalget at virkeområdet til bestemmelsen bør avgrenses til å gjelde anskaffelser som følger reglene i lovens del III.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å videreføre en regulering av hensynet til brudd på menneskerettigheter i den nye anskaffelsesloven med en mer operativ utforming i § 2-7.
* at bestemmelsens anvendelsesområde avgrenses til de anskaffelsene som følger del III av loven.

[Boks slutt]

# Skatteattest

## Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesforskriften § 7-2 første ledd at oppdragsgiver skal kreve at valgte leverandør leverer skatteattest for merverdiavgift og skatt. Kravet gjelder for anskaffelser som overstiger 500 000 kroner eksklusive merverdiavgift, og gjelder kun for norske leverandører. Det er et særnorsk krav, i den forstand at det ikke finnes noen EØS-rettslig plikt til å kreve fremleggelse av skatteattest.

Av anskaffelsesforskriften § 7-2 andre ledd følger det at skatteattesten ikke skal være eldre enn seks måneder regnet fra fristen for å levere forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud.

For bygg- og anleggskontrakter følger det av bestemmelsens tredje ledd at leverandøren skal kreve tilsvarende skatteattest fra alle underleverandører ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget. Brudd på leverandørens plikt til å kreve skatteattest gir oppdragsgiver rett til å kreve at leverandøren erstatter vedkommende underleverandør med en underleverandør som kan levere skatteattest. Oppdragsgiver kan tilsvarende kreve at leverandøren erstatter en underleverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter. Eventuelle økonomiske krav fra underleverandører eller omkostninger ellers som følge av heving av avtaler med underleverandører i denne forbindelse, skal bæres av leverandøren.

Videre følger det av bestemmelsens andre ledd at oppdragsgiver skal angi innleveringsmåte og tidspunkt for innlevering.

I henhold til bestemmelsens tredje ledd skal skatteattestene ikke være eldre enn seks måneder regnet fra fristen i andre ledd.

Ved bygge- og anleggskontrakter følger det av bestemmelsens fjerde ledd at entreprenøren tilsvarende skal kreve skatteattest i alle underliggende entrepriseforhold ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget, som overstiger en verdi på 100 000 kroner eksklusive merverdiavgift. Brudd på entreprenørens plikt til å kreve skatteattest gir oppdragsgiver rett til å kreve at entreprenøren erstatter vedkommende firma med underentreprenør som kan fremlegge skatteattest. Oppdragsgiver kan tilsvarende kreve at entreprenøren erstatter en underentreprenør som ikke har oppfylt sine forpliktelser som gjelder innbetaling av skatter og avgifter. Eventuelle økonomiske krav fra underentreprenører eller omkostninger ellers, som følge av heving av avtaler med underentreprenører i denne forbindelse, skal bæres av entreprenøren.

Tilsvarende bestemmelse er verken tatt inn i forsyningsforskriften eller konsesjonskontraktforskriften.

## Utvalgets vurderinger

Utvalget viser til at begrunnelsen for bestemmelsen om krav om levering av skatteattest har variert. Det følger av forarbeidene til anskaffelsesloven (1999) at kravet tradisjonelt har vært begrunnet i et ønske om å bekjempe økonomisk kriminalitet, samtidig som at informasjonen kan inngå i vurderingen av en leverandørs økonomiske og finansielle evne.[[315]](#footnote-315) I tidligere regelverk var det et absolutt krav om levering av skatteattest sammen med levering av tilbudet, dvs. på et tidligere tidspunkt enn det som følger av någjeldende bestemmelse, og omfattet da alle leverandørene. Flertallet i Forenklingsutvalget foreslo å fjerne kravet til skatteattest.[[316]](#footnote-316) Flertallet la blant annet vekt på at informasjon som kommer frem av skatteattesten i begrenset grad vil ha betydning for om en leverandør har tilstrekkelig finansiell og økonomisk evne til å gjennomføre en kontrakt, i tillegg til at det var usikkert om regelen faktisk hindrer svart arbeid. Bestemmelsen om skatteattest ble imidlertid beholdt, men i en noe endret form.

Utvalget har vurdert om det er behov for å videreføre kravet til skatteattest. Etter utvalgets syn vil andre bestemmelser i ny anskaffelseslov kunne hevdes å være bedre egnet for å bekjempe økonomisk kriminalitet og forhindre svart arbeid, jf. blant annet de foreslåtte reglene om samfunnshensyn i kapittel 2. Videre kan skatteattest kreves fremlagt som dokumentasjonskrav for å dokumentere krav som gjelder finansiell og økonomisk evne. Utvalget vil også peke på at Norge har et godt etablert regelverk og system for innbetaling av skatt, og at nytten ved kravet kan synes lav. Utvalget har i lys av dette drøftet om kravet påfører leverandører unødvendige og overflødige plikter.

Utvalget har landet på at kravet til skatteattest bør videreføres. Ordningen med skatteattest ble etablert for å sikre at det offentlige ikke inngår kontrakter med leverandører som mangler evne eller vilje til å betale sine forpliktelser til fellesskapet. Det vil stride mot den alminnelige rettsfølelse hvis slike leverandører skulle få tildelt offentlige kontrakter. Utvalget ønsker å opprettholde et system som skal sikre at offentlige kontrakter bare blir inngått med leverandører som har ordnede skatte- og avgiftsforhold. Dette vil demme opp for økonomisk kriminalitet og svart arbeid.

Utvalget foreslår at bestemmelsen skal gjelde for alle anskaffelser som er omfattet av loven, og at det ikke videreføres noen særskilt terskelverdi for når kravet inntreffer. Ulempen med et noe lavere innslagspunkt, er således vurdert å være mindre enn ulempen ved å ha en særskilt terskelverdi for kravet om skatteattest. Utvalget foreslår en mindre endring når det gjelder utgangspunktet for å beregne alder på skatteattesten, som følge av utvalgets forslag til forenklede regler under EØS-terskelverdi. Siden bestemmelsen eksplisitt ikke gjelder for utenlandske leverandører, har utvalget ikke foretatt noen EØS-rettslig vurdering av bestemmelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å videreføre bestemmelsen om skatteattest i ny lov om offentlige anskaffelser § 2-9.

[Boks slutt]

# Sanksjoner

## Gjeldende rett

I dette kapittelet behandles sanksjoner i kontrakt mot leverandører og underleverandører, ved manglende overholdelse av kontraktsvilkår om enkelte samfunnshensyn.

Både forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter, stiller krav til oppdragsgiver om å innta sanksjoner i kontrakten. Etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 6 andre ledd skal oppdragsgiver i kontrakten «forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner, dersom leverandøren eller eventuelle underleverandører ikke etterlever vilkårene i § 5. Sanksjonen skal være egnet til å påvirke leverandøren eller underleverandøren til å oppfylle vilkårene.» En likelydende bestemmelse følger av forskrift om plikt til bruk av lærlinger i offentlige kontrakter § 6 fjerde ledd.

Felles for disse bestemmelsene er at ordlyden ikke angir hvilken type sanksjoner oppdragsgiver skal kontraktsfeste. I stedet nøyer forskriftene seg med å konkretisere at sanksjonene skal være egnet til å påvirke leverandøren til oppfyllelse av vilkårene.

Etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 6 tredje ledd skal oppdragsgiver videre i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget opplyse om at kontrakten vil inneholde krav om sanksjoner i samsvar med forskriften. Forskrift om plikt til bruk av lærlinger i offentlige kontrakter har ikke en tilsvarende bestemmelse.

Gjeldende bestemmelser om begrensning i antallet ledd i leverandørkjeden i anskaffelsesforskriften §§ 8-13 og 19-3 inneholder ikke krav til sanksjoner.

Heller ikke anskaffelsesloven § 5 første ledd tredje punktum, som fastsetter at oppdragsgiver skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter, har krav til sanksjoner.

## Utvalgets vurderinger

Utvalget har vurdert om og i hvilket omfang bestemmelser om samfunnshensyn skal ha krav til sanksjoner.

For kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår tar utvalget utgangspunkt i at ILO 94-konvensjonen stiller krav om at det anvendes sanksjoner ved manglende etterlevelse. Utvalget foreslår at ny lov om offentlige anskaffelser skal inneholde en bestemmelse om sanksjoner, som blant annet skal gjelde ved brudd på bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår. Dette samsvarer med gjeldende regler.

Sanksjonsbestemmelsen må etter utvalgets syn ha samme innslagspunkt som plikten til å stille kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår, altså lovens innslagspunkt. Utvalget presiserer at krav til å innta sanksjoner i kontrakten ikke innebærer at oppdragsgiver er ment å ha en lovfestet kontrollplikt knyttet til lønns- og arbeidsvilkår for kontrakter som ikke er kunngjøringspliktige. Det vises til kapittel 16 om flertallets forslag til innslagspunkt for kontrollplikten i § 2-5 tredje ledd. Utvalget vil for ordens skyld nevne at oppdragsgiver, som følge av anskaffelsesregelverket for øvrig, må følge opp kontrakten for å unngå andre overtredelser som for eksempel vesentlige endringer i inngått kontrakt.[[317]](#footnote-317)

Utvalget bemerker at også brudd på leverandørens dokumentasjonsplikt etter forslaget til § 2-5 fjerde ledd første punktum skal være gjenstand for sanksjoner. At oppdragsgiver får tilgang til nødvendig dokumentasjon på forespørsel er en forutsetning for oppdragsgivers mulighet til å håndheve kontraktsvilkårene om lønns- og arbeidsvilkår effektivt. Etter utvalgets syn bør manglende oppfyllelse av dokumentasjonsplikten derfor også kunne møtes med sanksjoner. Utvalget viser i den forbindelse til de nylig vedtatte endringene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter som del av Norgesmodellen,[[318]](#footnote-318) hvor det tilsvarende er fastsatt at sanksjoner skal omfatte leverandørens dokumentasjonsplikt.[[319]](#footnote-319) Endringene trer i kraft 1. januar 2024.

Utvalget har vurdert om flere av bestemmelsene om samfunnshensyn skal ha krav til sanksjoner. På den ene siden ser utvalget at oppfølging av sanksjoner etter at det eventuelt er oppdaget brudd på kontraktsvilkår, vil kunne være ressurskrevende for oppdragsgiver. Samfunnshensyn omhandler fordeler for samfunnet i et større perspektiv, og ikke primært rettigheter for oppdragsgiver, noe som kan tilsi at tvungne sanksjoner ikke bør prioriteres for slike bestemmelser.

På den andre siden mener utvalget at sanksjoner er en viktig effektivitetsmekanisme for etterlevelse av samfunnshensyn og en naturlig følge av at ny lov stiller krav om, eller gir mulighet til, at oppdragsgiver skal innta kontraktsvilkår for å fremme ulike samfunnshensyn. Det vil sikre bedre effekt av disse kravene, dersom oppdragsgiver samtidig, gjennom sanksjoner, også har reaksjonsmuligheter hvis det oppdages brudd. Manglende sanksjonsregulering vil videre kunne være til useriøse aktørers fordel. Useriøse aktører kan ellers spekulere i kostnaden ved ikke å overholde kontraktsvilkår om samfunnshensyn.

Utvalget har derfor kommet til at det bør lovfestes en plikt til å innta sanksjoner for brudd på kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene i kapittelet om samfunnshensyn. Det er hensiktsmessig at dette reguleres i én felles bestemmelse. I det følgende gis en samlet vurdering av det nærmere innholdet i sanksjonsbestemmelsen.

Partene bør etter utvalgets syn ha avtalefrihet til å regulere hvilke sanksjoner som er passende. Kontraktsvilkår om sanksjoner må ses i sammenheng med kontrakten for øvrig, og det er partene i kontrakten som er nærmest til å avgjøre hvordan dette nærmere skal reguleres. Som veiledning bemerker utvalget likevel at sanksjonene må være egnet til å påvirke leverandøren til å oppfylle forpliktelsene, og være forholdsmessige. Utvalget mener at ordlyden bør reflektere dette ved at det fremkommer at sanksjonene skal være «egnede». Det innebærer en endring i ordlyden i forhold til gjeldende forskriftsbestemmelser om sanksjoner, som er omtalt over.

Utvalgsmedlemmet Gjønnes ønsker å gi en særmerknad som er ment å utdype noe mer hva som kan anses som «egnede» sanksjoner enn det utvalget har gjort ovenfor. I den forbindelse vil Gjønnes kommentere dagens praksis med bruk av sanksjoner knyttet til ulike særkrav/seriøsitetsbestemmelser fra kommuner, fylkeskommuner og andre offentlige oppdragsgivere. Gjønnes minner om at rapporter viser at offentlige oppdragsgivere ofte stiller strenge krav og sanksjoner i kontraktene, men at manglende konktraktsoppfølgning er et hovedproblem. Medlemmet vil uttrykke bekymring over at det har utviklet seg en praksis hvor enkelte offentlige oppdragsgivere ofte gjennomgående benytter omfattende bøter/dagmulkter som sanksjoner knyttet til denne typen kontraktsbestemmelser som krav til lønns- og arbeidsvilkår, lærlinger med videre. Bøter/dagmulkter er lite egnede sanksjoner knyttet til slike krav, og vil i mange tilfeller være uforholdsmessige, tvisteskapende og konkurransevridende. Det er ingen grunn til at oppdragsgiver skal tjene penger på bøter/dagmulkter ved brudd på slike bestemmelser. Slike sanksjoner er heller ikke nødvendige fordi brudd på denne typen bestemmelser kan gi oppdragsgiver grunnlag for å avvise leverandøren i nye konkurranser, jf. praksis fra KOFA. Dette er i seg selv en effektiv sanksjon. Sammen med en rett for oppdragsgiver til å heve kontrakten og/eller kreve stansing eller utskifting av underleverandører ved vesentlig brudd på bestemmelsene, gir dette et effektivt oppfyllelsespress. Dersom det for enkelte slike krav er relevant å benytte økonomiske sanksjoner, må beløpsstørrelsen være forholdsmessig og forutsigbar. Sanksjoner på enkelte bestemmelser kan for eksempel være tilbakeholdsrett og avkortning av vederlaget med et beløp som tilsvarer to ganger leverandørenes besparelse ved bruddet, slik det blant annet ble foreslått i departementets faktaark til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter i forbindelse med vedtakelsen av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter i 2008.[[320]](#footnote-320) Gjønnes vil videre peke på at praksis hos en del oppdragsgivere i dag med at bøter/dagmulkter typisk er angitt til inntil 1 prosent av kontraktssummen, ofte vil være en uforholdsmessig og uforutsigbar sanksjon, herunder også fordi oppdragsgiver forbeholder seg retten til selv å bestemme beløpet som skal sanksjoneres. Erfaringen er at bruken av bøter/dagmulkter er konfliktskapende og ødeleggende for samarbeidet på kontrakten. Praksisen kan også føre til redusert interesse for, og konkurranse om, offentlige kontrakter og gi høyere priser fordi seriøse leverandører kan la være å delta i konkurransen eller må prise inn risikopåslag for å ta høyde for et uforutsigbart, ukalkulerbart og uforholdsmessig sanksjonsregime. Bruk av bøter/dagmulkter favoriserer useriøse aktører som ikke priser inn risikoen som bestemmelsene innebærer. Effektiv kontroll er viktig, og må ledsages av forutberegnelige og forholdsmessige sanksjoner.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å innføre en ny bestemmelse om krav til kontraktsvilkår om egnede sanksjoner i ny lov om offentlige anskaffelser § 2-10.
* at kravet skal gjelde for kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene i kapittelet om samfunnshensyn.

[Boks slutt]

Del III

Forenklede regler for mindre anskaffelser

# Regler og prinsipper for anskaffelser under EØS-terskelverdi

## Innledning

Et hovedformål med utvalgets arbeid er i mandatet angitt å være forenkling av regelverket. Over EØS-terskelverdi styres anskaffelsesregelverkets innhold langt på vei av EØS-direktivene, slik at reell forenkling i all hovedsak må skje under terskelverdiene.[[321]](#footnote-321) Det er også under EØS-terskelverdi at behovet for forenkling er størst, fordi kontraktenes verdi er begrenset og det gjelder et stort antall kontrakter.[[322]](#footnote-322) Ressursene som brukes på en anskaffelse, både fra oppdragsgiver og fra leverandørene, må stå i et rimelig forhold til kontraktens verdi.

Under terskelverdiene står nasjonale myndigheter i utgangspunktet fritt til å fastsette regler for offentlige anskaffelser. Unntaket er anskaffelser som, til tross for at de er under EØS-terskelverdi, må antas å ha «klar grensekryssende interesse», og som derfor faller inn under hovedreglene om fri bevegelighet av varer og tjenester mv. i EØS-avtalens hoveddel. Denne kategorien behandles særskilt i kapittel 23.

Forenklingsutvalget foreslo endringer i regelverket for anskaffelser under EØS-terskelverdi («Del II»).[[323]](#footnote-323) Noen av forslagene ble gjennomført i 2016 da dagens anskaffelsesregelverk ble vedtatt. Forenklingsutvalgets flertall foreslo samtidig et innslagspunkt på 500.000 kroner for de nasjonale reglene.[[324]](#footnote-324) Departementet valgte imidlertid å heve dette innslagspunktet til 1,1 millioner kroner, senere oppjustert til 1,3 millioner i 2018. Anskaffelser under 1,3 millioner kroner reguleres derfor nå bare av de generelle anskaffelsesrettslige prinsippene nedfelt i lovens § 4.[[325]](#footnote-325) Justeringen av innslagspunktet har ført til at anvendelsesområdet for reglene i forskriftens del II er betydelig redusert. For statlige vare- og tjenesteanskaffelser er del II i dag uten reell betydning, fordi den bare gjelder for kontrakter med en antatt verdi på mellom 1,3 og EØS-terskelen på 1,4 millioner kroner. For andre oppdragsgiveres vare- og tjenesteanskaffelser er EØS-terskelen på 2,2 millioner og anvendelsesområdet til del II derfor noe større. De innspill utvalget har fått tyder likevel på at del II langt på vei bare har praktisk betydning for bygge- og anleggsanskaffelser, hvor EØS-terskelen er på hele 56 millioner kroner.

I mandatet er det vist til at reglene i den nasjonale delen «i stor grad» er lik reglene i den EØS-baserte delen. Skillet mellom de ulike delene av forskriftene oppfattes som mindre tydelig, og det er utfordrende å vite hvor stor innvirkning EØS-retten har på tolkningen av reglene i del II.

Mandatets antydning om at utvalget bør vurdere en betydelig forenkling av anskaffelsesforskriften del II styrkes av de innspill utvalget har fått underveis i arbeidet. Blant annet mener flere av medlemmene av utvalgets referansegruppe at del II bør oppheves.

Også i Danmark og Sverige er det i senere tid gjort endringer i de nasjonale reglene som gjelder under EU-terskelverdiene, for å få ned transaksjonskostnadene knyttet til mindre anskaffelser.

Utvalget vil foreslå vesentlige forenklinger av regelverket for anskaffelser under EØS-terskelverdi. For bygg- og anleggsanskaffelser er det imidlertid ulike syn i utvalget på hvor store forenklinger som bør gjøres. Flertallet vil ha større forenklinger enn mindretallet for bygge- og anleggsanskaffelser med en verdi på under 15 millioner kroner, men mener samtidig at anskaffelser over denne terskelen bør følge EØS-regelverket med bare enkelte unntak. Mindretallet foreslår i stedet felles regler for bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelen på 56 millioner, som er enklere enn dagens regelverk, men mer detaljerte enn flertallets forslag for kontrakter under 15 millioner kroner. Et samlet utvalg mener samtidig at det bør gjelde en plikt til å gjøre også mindre bygge- og anleggsanskaffelser kjent i leverandørmarkedet, og foreslår at terskelen for denne plikten settes til kontrakter med en verdi på 3 millioner kroner. Utvalget foreslår en forenklet kunngjøringsplikt for bygge- og anleggskontrakter fra 3 millioner kroner.

En reell forenkling av regelverket for anskaffelser under EØS-terskelverdi forutsetter etter utvalgets oppfatning at ny anskaffelseslov samtidig avgrenser anvendelsesområdet til de EU-rettslige anskaffelsesprinsippene til anskaffelser som faktisk faller inn under EØS-rettens anvendelsesområde, slik det er gjort i Danmark. I motsatt fall vil en forenkling av reglene under EØS-terskelverdi kunne føre til en rekke vanskelige spørsmål knyttet til om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, EU-prinsippene gir opphav til forpliktelser under EØS-terskelverdi som ligner på de forpliktelsene som over EØS-terskelverdi følger av direktivene («nedfallsproblematikk»). Dette betyr ikke at det ikke skal gjelde noen overordnede rettslige rammer for anskaffelser under EØS-terskelverdi, men innebærer at disse vil følge av alminnelig norsk forvaltningsrett, supplert med de generelle bestemmelsene i ny anskaffelseslov som vil komme til anvendelse på alle anskaffelser som loven gjelder for.

## Gjeldende rett

Anskaffelsesforskriften del I gjelder for alle anskaffelser som omfattes av forskriften, det vil si anskaffelser med en anslått verdi på minst 100 000 kroner eksklusive merverdiavgift.[[326]](#footnote-326) For del I er det ikke gitt noen regler for hvordan en anskaffelse skal gjennomføres, men oppdragsgiver må overholde de grunnleggende prinsippene som fremgår av anskaffelsesloven § 4.

Anskaffelser med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner følger del II i anskaffelsesforskriften. Dette innebærer blant annet at anskaffelsene må kunngjøres nasjonalt i Doffin. I del II er det også gitt egne regler for hvordan en anskaffelse skal gjennomføres, og det er etablert egne nasjonale prosedyreformer.

Anskaffelser med en antatt verdi under 100 000 kroner omfattes ikke av dagens anskaffelsesregelverk.

## Reguleringen av anskaffelser under EU-terskelverdi i Danmark og Sverige

I Danmark er reguleringen av vare- og tjenesteanskaffelser som faller utenfor EU-rettens virkeområde svært enkel. For slike anskaffelser med en antatt verdi på minst 500 000 danske kroner (tilsvarende om lag 750 000 norske kroner) kreves ikke noe mer enn at oppdragsgiver sikrer at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår, jf. udbudsloven § 193 første ledd.[[327]](#footnote-327) Dette kan for eksempel gjøres ved at oppdragsgiver gjennomfører en markedsundersøkelse; innhenter to eller flere tilbud; eller annonserer kontrakten på egen hjemmeside eller på www.udbud.dk. De generelle EU-rettslige prinsippene kommer ikke til anvendelse, men det gjør de øvrige generelle reglene i udbudsloven kapittel 1 (om interessekonflikter, fortrolighet mv.). Alle oppdragsgivere som omfattes av dansk forvaltningsrett må dessuten etterleve generelle forvaltningsrettslige regler og prinsipper. I udbudsloven § 193 stk. 5 er det presisert at en oppdragsgiver som foretar en anskaffelse etter denne bestemmelsen «skal handle i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper om saglighed, økonomisk forsvarlig forvaltning, forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet».

For vare- og tjenesteanskaffelser med en antatt verdi på mindre enn 500 000 danske kroner er reguleringen enda enklere. Disse reguleres bare av de nevnte generelle reglene i udbudsloven kapittel 1 og den nevnte forvaltningsrettslige bakgrunnsretten. De føringer for oppdragsgiver som følger av denne bakgrunnsretten er forklart som følger av Konkurrence- og forbrugerstyrelsen:

«Selvom en forvaltningsmyndigheds kontrakt ikke er omfattet af udbudsreglerne, finder de grundlæggende nationale forvaltningsretlige principper fortsat anvendelse.

Helt overordnet er det afgørende for gennemførelse af en lovlig indkøbsproces efter almindelige og uskrevne forvaltningsretlige principper, at der ikke efterfølgende kan rejses tvivl om sagligheden ved ordregiverens dispositioner. Der udspringer omvendt – i modsætning til udbudsretten – ikke i retlig henseende egentlige formkrav til gennemførelsen af indkøbsprocessen. Ordregiveren skal imidlertid sikre sig, at indkøbsprocessen dels er gennemført på et sagligt grundlag og i overensstemmelse med de øvrige grundlæggende forvaltningsretlige principper, dels at dette i fornødent omfang kan dokumenteres.

Princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning indebærer, at ordregiveren har en forpligtelse til at forvisse sig om at den virksomhed, som får kontrakten, også kan levere på den bedste og billigste måde».[[328]](#footnote-328)

Den enkle reguleringen av vare- og tjenesteanskaffelser under EU-terskel har utløst behov for å særregulere anskaffelser under terskelverdi som må antas å ha «klar grensekryssende interesse», og som derfor omfattes av hovedreglene om fri bevegelighet i TEUV, se nærmere i kapittel 23.

For bygge- og anleggskontrakter under EU-terskelverdi er det i Danmark innført svært enkle regler for anskaffelser med en antatt verdi under 3 millioner danske kroner (om lag 4,5 millioner norske kroner). Slike kontrakter kan inngås på grunnlag av et såkalt «underhåndsbud», det vil si tilbud som ikke innhentes på bakgrunn av en formell konkurranse eller en rammeavtale, og hvor kontraktstildelingen kan skje i form av en direkte anskaffelse, jf. tilbudsloven § 12.[[329]](#footnote-329) Byggherren kan innhente opp til tre – og under visse forutsetninger fire – underhåndsbud, men ikke flere.[[330]](#footnote-330) For større bygge- og anleggskontrakter skal tilbud innhentes ved offentlig eller begrenset «licitation», se nærmere om dette i redegjørelsen for dansk rett i kapittel 6. Åpningen for såkalt begrenset licitation uten en åpen prekvalifikasjonsrunde medfører at oppdragsgiver også her kan avgrense konkurransen til inviterte leverandører. Av Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens veiledning til tilbudsloven følger det imidlertid at det normalt må inviteres minst tre leverandører for å overholde kravet til konkurranse, og at det må være minst én leverandør som ikke er fra oppdragsgiverens lokalområde.

Også i Sverige er det gitt egne regler for anskaffelser under EU-terskelverdi, omtalt som «ikke-direktivstyrte anskaffelser». For de fleste anskaffelser går et avgjørende skille ved en antatt verdi på 700 000 svenske kroner (om lag 680 000 norske kroner). For anskaffelser under denne terskelen gjelder 19 a kap. LOU om såkalte direkte anskaffelser.[[331]](#footnote-331) Her gjelder ingen krav til forutgående annonsering av en anskaffelse. I sin enkleste form kan en direkte anskaffelse innebære at en oppdragsgiver tar direkte kontakt med en leverandør og inngår kontrakt. Dersom kontraktsverdien er over 100 000 svenske kroner skal normalt resultatet av konkurransen annonseres i ettertid, og oppdragsgiver må kunne dokumentere omstendighetene omkring anskaffelsen.

Til forskjell fra i Danmark vil imidlertid de generelle EU-rettslige prinsippene komme til anvendelse, jf. 19 a kap. 8 § LOU. Dette er i samsvar med tilnærmingen i svensk rett forut for dagens regler om ikke-direktivstyrte anskaffelser (som ble vedtatt i 2021). Det var imidlertid en løsning som ikke overraskende gav opphav til en del usikkerhet, da det ikke uten videre er lett å forene EU-domstolens utlegning av f.eks. likebehandlingsprinsippet med regler om «direktupphandling» som legger opp til at oppdragsgiver kan velge å bare henvende seg til én leverandør. Et svensk lovutvalg foreslo av denne grunn at det under EU-terskelverdi skulle gjelde særskilte nasjonale prinsipper for anskaffelser uten klar grensekryssende interesse, som i Danmark.[[332]](#footnote-332) Mens dette forslaget lå til behandling i departementet, kom imidlertid Högsta förvaltningsdomstolen med en dom i 2018 som slo fast at prinsippenes betydning er ulik over og under EU-terskelverdi.[[333]](#footnote-333) Selv om prinsippene er hentet fra EU-retten, og derfor «bestäms … av EU-domstolens praxis», så vil «relevansen och den faktiska innebörden» variere ut fra den enkelte anskaffelsens «karaktär och föremål». Högsta förvaltningsdomstolen forutsatte at det er forenlig med de generelle prinsippene, slik de må forstås under EU-terskelverdi, om oppdragsgiver foretar en direkte anskaffelse «där kontakt tas med endast en leverantör».

I lys av denne dommen, fant det svenske finansdepartementet ikke grunn til å følge opp forslaget om å avgrense EU-prinsippenes anvendelsesområde til anskaffelser som faktisk reguleres av EU-retten.[[334]](#footnote-334)

For anskaffelser med en antatt verdi over 700 000 svenske kroner gjelder kunngjøringsplikt og nærmere krav til utformingen av anskaffelsesdokumentene. Reglene er enklere enn de som gjelder for direktivstyrte anskaffelser, men ikke så enkle som de danske reglene for anskaffelser under EU-terskel. Utvalget viser til den generelle omtalen av svensk rett i kapittel 6.

## Norsk bakgrunnsrett

For utvalgets drøftelser av forenklede regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi har det vært viktig å få oversikt over hvilke privat- og offentligrettslige rammer som uansett gjelder for offentlige oppdragsgivere, uavhengig av anskaffelsesregelverket. Blant annet for dette formål har utvalget innhentet en utredning fra advokat Simen Hammersvik, som er inntatt som et digitalt vedlegg til utvalgets utredning. I det følgende gis det en kort oversikt, basert på Hammersviks utredning. Fremstillingen avgrenses til anskaffelser som ikke utgjør myndighetsutøvelse, og som derfor faller utenfor forvaltningslovens vedtaksbegrep.[[335]](#footnote-335)

Ved offentlige anskaffelser vil oppdragsgivers kompetansegrunnlag være den private autonomi, med den følge at alminnelige privatrettslige regler kommer til anvendelse. Dersom oppdragsgiver har kunngjort hvilke regler som skal gjelde for tildelingen, har leverandørene krav på at disse blir fulgt.[[336]](#footnote-336) [[337]](#footnote-337) Dersom oppdragsgiver ikke har klargjort hvilke regler som skal gjelde, eller disse skulle være ufullstendige, så vil bakgrunnsretten komme til anvendelse, blant annet med et krav til likebehandling av leverandørene. I Rt. 1998 s. 1951 Laura Klubben fant Høyesterett at en kommune gjennom selve anbudsutlysningen hadde forpliktet seg til å følge anskaffelsesrettslig bakgrunnsrett.[[338]](#footnote-338) I saken kom ikke dagjeldende regelverk om offentlige anskaffelser til anvendelse, og det var ikke sagt noe i utlysningen om hvilke regler som skulle følges ved tildelingen. Høyesterett anvendte derfor prinsippene i NS-3400, og utledet av disse blant annet et krav til likebehandling av leverandørene.

Selv om oppdragsgivers kompetansegrunnlag er privat autonomi, vil forvaltningslovens alminnelige regler i kapittel II og III komme til anvendelse, da disse ikke er avgrenset til tilfeller av myndighetsutøvelse.[[339]](#footnote-339) [[340]](#footnote-340) Med dette følger regler om habilitet og taushetsplikt. Alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om informasjon, kontradiksjon og veiledning vil derimot bare komme til anvendelse i den grad dette er forenlig med de anbudsrettslige prinsipper som på privatrettslig grunnlag kommer til anvendelse i konkurransen.

Høyesterett har i flere saker slått fast at det offentliges private autonomi er underlagt offentligrettslige skranker, herunder det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling og myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling.[[341]](#footnote-341) [[342]](#footnote-342) [[343]](#footnote-343) Høyesterett har i denne forbindelse også uttalt at staten forventes å utøve «sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk».[[344]](#footnote-344)

I kravet til forsvarlig saksbehandling ligger det blant annet et begrunnelseskrav, som for øvrig trolig også kan forankres privatrettslig i privatrettslige prinsipper om god anbudsskikk.

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling kan trolig tjene som grunnlag for en plikt til likebehandling av leverandørene i tilfeller hvor oppdragsgiver velger en form for konkurranse, men en slik plikt vil uansett følge av den privatrettslige bakgrunnsretten, jf. ovenfor.

I myndighetsmisbrukslæren ligger også et forbud mot utenforliggende hensyn, som må antas å komme til anvendelse også på offentlige anskaffelser. I tilfeller hvor oppdragsgiver har valgt en form for konkurranse, vil dette i seg selv begrense hvilke hensyn som lovlig kan vektlegges ved tildelingen, jf. Rt. 1998 s. 1398 Torghatten.[[345]](#footnote-345) Noen ytterligere skranke ut over det som følger av den privatrettslige bakgrunnsretten er dette likevel neppe.

Felles for de privatrettslige og de offentligrettslige skrankene er at de ikke kan fremtvinge at det avholdes en konkurranse om en anskaffelse.

Det eksisterer også andre formelle regelsett som skal forebygge sløsing med offentlige midler. Videre vil de fleste virksomheter som er å anse som oppdragsgiver etter anskaffelsesregelverket være underlagt regelverk for økonomistyring. Det foreligger også indirekte skranker gjennom strafferetten og arbeidsretten, uten at det omtales nærmere her.

## Utvalgets vurdering

### Avgrensning mot anskaffelser under 300 000 kroner

Et første spørsmål knyttet til regulering av anskaffelser under EØS-terskelverdi er om en ny anskaffelseslov skal få anvendelse på de aller minste anskaffelsene. Dagens lov og forskrift kommer ikke til anvendelse på anskaffelser med en anslått verdi under 100 000 kroner eksklusive merverdiavgift.[[346]](#footnote-346)

Spørsmålet om også ny anskaffelseslov bør avgrense mot de aller minste anskaffelsene, henger tett sammen med spørsmålet om hvilke generelle regler som tas inn i loven. I dagens lov er de generelle EØS-rettslige prinsippene i § 4 gitt generell anvendelse for alle anskaffelser som loven gjelder for, altså helt ned til 100 000 kroner. Innspill som utvalget har mottatt tilsier at det er dette som gjør at oppdragsgivere mener det er vesensforskjell på transaksjonskostnadene knyttet til anskaffelser like over og like under 100 000 kroner, og som gjør at det er ønskelig å videreføre en løsning hvor de minste anskaffelsene faller helt utenfor loven.

Dersom ny anskaffelseslov avgrenser virkeområdet til de EØS-rettslige prinsippene til anskaffelser som faktisk reguleres av EØS-retten, svekkes argumentene for å holde de minste anskaffelsene utenfor loven. Det kan argumenteres for at en ny anskaffelseslov i utgangspunktet bør gjelde for alle offentlige anskaffelser, men da selvfølgelig med egne og svært enkle regler for de minste anskaffelsene, slik som i Sverige. Samtidig er anskaffelseslovens formål temmelig omfattende, og listen over samfunnshensyn lang. Det kan dessuten hevdes at lovgiver ut fra subsidiaritetsbetraktninger bør avstå fra å regulere de minste anskaffelsene, og heller overlate dette til for eksempel den enkelte kommune. Dersom en eventuell lovregulering av de minste anskaffelsene begrenses til å gi alminnelige forvaltningsrettslige regler anvendelse, vil det for det store flertall av oppdragsgivere som er omfattet av forvaltningsloven ikke ha noen praktisk betydning. Om det er riktig å si at anskaffelser under 500 000 danske kroner er regulert av den danske udbudsloven eller ikke, synes bare å ha akademisk interesse.

Ut fra den betraktning at dagens løsning med en terskel for anskaffelsesregelverkets virkeområde synes å fungere fint, og erkjennelsen av at det trolig er vanskelig å gardere seg helt mot en viss «nedfallsproblematikk», er utvalget kommet til at også ny anskaffelseslov bør avgrense mot de minste anskaffelsene.

Samtidig er utvalget av den oppfatning at terskelverdien for lovens anvendelse, bør heves. Terskelen på 100 000 kroner kom inn i anskaffelsesregelverket i 2006, og en ren inflasjonsjustering tilsier at den heves til om lag 160 000 kroner. Ønsket om å få ned transaksjonskonstandene knyttet til mindre anskaffelser tilsier imidlertid etter utvalgets syn at den heves mer enn dette. Samtidig er ikke utvalget beredt til å gå fullt så langt som i Danmark, som i praksis har unntatt vare- og tjenestekontrakter under 750 000 norske kroner (500 000 danske kroner) fra det nasjonale anskaffelsesregelverket. Etter utvalgets syn kan et passende innslagspunkt for loven være 300 000 kroner. Utvalget tilføyer at dette innslagspunktet bør inflasjonsjusteres ved jevne mellomrom, for å unngå at terskelen reelt sett senkes for hvert år som går.

### Generelle prinsipper for anskaffelser under EØS-terskelverdi

Etter utvalget syn bør anvendelsen av de generelle EU-rettslige prinsippene avgrenses til anskaffelser som faktisk omfattes av EØS-rettens virkeområde, slik som i Danmark. EU-prinsippene er utviklet med henblikk på anskaffelser med grensekryssende interesse, for å åpne opp de nasjonale markedene for leverandører fra andre medlemsstater. Anvendelse av dem på små anskaffelser uten slik grensekryssende interesse gir opphav til vanskelige vurderinger knyttet til prinsippenes innhold og betydning utenfor deres egentlige anvendelsesområde. Fordi mange av bestemmelsene i direktivene kan betraktes som konkretiseringer av de generelle EU-prinsippene, kan anvendelse av prinsippene under EØS-terskel føre til at de detaljerte reglene i direktivene får anvendelse på langt mindre kontrakter enn de er ment for. Denne såkalte nedfallsproblematikken er en velkjent utfordring, men den vil kunne bli vesentlig større med utvalgets forslag til langt enklere regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Fortsatt generell anvendelse av EU-prinsippene vil utgjøre et reelt hinder for utvalgets ønske om forenkling av anskaffelser som ikke reguleres av EØS-retten.

Et mulig alternativ til å avskjære EU-prinsippenes anvendelse er den svenske løsningen hvor det gjennom forarbeider og praksis klargjøres at prinsippenes innhold og betydning er annerledes utenfor enn innenfor EØS-rettens virkeområde. Selv om den praktiske forskjellen mellom den tilnærmingen som er valgt i Danmark og i Sverige ikke nødvendigvis er så stor, mener utvalget det vil kunne bidra til rettsusikkerhet å operere med generelle prinsipper som ved nærmere øyesyn viser seg å ha forskjellig innhold og betydning innenfor og utenfor EØS-rettens virkeområde. Når Högsta förvaltningsdomstolen legger til grunn at prinsippet om likebehandling av leverandører tillater «direktupphandling» hvor oppdragsgiver velger å gå direkte til én leverandør, uten noen forhåndsannonsering av kontrakten, så har likebehandlingsprinsippet i 8 § i 19 a kap. i den svenske anskaffelsesloven fått et ganske annet innhold enn det det har i EU-rettslig sammenheng.

Utvalgets forslag om å avgrense anvendelsen av de EU-rettslige prinsippene til anskaffelser som faktisk reguleres av EØS-retten innebærer ikke at det ikke vil være noen prinsipper å falle tilbake på for anskaffelser som ikke omfattes av EØS-retten. For det første vil de generelle reglene i lovens del I komme til anvendelse for alle anskaffelser som reguleres av loven. Dette inkluderer for eksempel forslag til § 1-8 om habilitet. Det inkluderer også formålsbestemmelsen i lovutkastet § 1, se nærmere i kapittel 11. Også flere av bestemmelsene om samfunnshensyn vil komme til anvendelse, se nærmere i kapittel 12 til 21. Ved behov vil de konkrete reglene som utvalget foreslår for anskaffelser som ikke omfattes av EØS-retten (ny lov del II) også kunne fylles ut av bakgrunnsretten som det er redegjort for i punkt 22.4 ovenfor.

### Vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi

Utvalget har drøftet flere alternative innretninger for regulering av vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi, men har landet på et forslag som er inspirert av den danske reguleringen i udbudsloven § 193. Det har vært viktig for utvalget at regulering av vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi gir oppdragsgiver fleksibilitet, men også at det presiseres at oppdragsgiver skal sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår og at det sikres offentlighet om kontraktsinngåelsen.

Selv om anskaffelsene under terskelverdi er mange i antall, utgjør de verdimessig svært lite av det totale omfanget av anskaffelser. Det vises nærmere til fremstillingen i kapittel 29, og utvalget nøyer seg her med å vise til at av anskaffelser som følger reglene i anskaffelsesforskriften er det estimert at 90 til 96 prosent av kontraktsverdiene ligger over EØS-terskelverdi.[[347]](#footnote-347)

Hovedkravet ved anskaffelse av varer- og tjenester under terskelverdi er at anskaffelsen skal skje på markedsmessige vilkår. I lovforslaget er det synliggjort tre praktiske eksempler på hvordan oppdragsgiver kan gå frem. Oppdragsgiver kan gjennomføre en markedsundersøkelse, og på grunnlag av denne innhente tilbud, innhente to eller flere tilbud, eller annonserer anskaffelsen, for eksempel på en relevant nettside eller ved frivillig kunngjøring i Doffin. Det kan imidlertid også tenkes andre fremgangsmåter som vil sikre markedsmessig pris. For eksempel der oppdragsgiver kjøper varer på en varebørs, og hvor det er åpenbart at det er markedspris som betales.

I tilfeller hvor oppdragsgivers fremgangsmåte medfører at det innhentes flere tilbud, må oppdragsgiver etter forslagets andre ledd i ettertid underrette alle som har inngitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. På denne måten får leverandørene en orientering om utfallet av prosessen. En leverandør har anledning til å be om en nærmere begrunnelse. De nærmere kravene til begrunnelsens innhold må avpasses anskaffelsens størrelse.

For utvalget er det viktig at de forenklede reglene for vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi ikke over tid medfører en favorisering av en eller et fåtall av leverandør. I praksis innebærer dette at oppdragsgiver ikke uten en tilfredsstillende begrunnelse kan utelate de samme leverandørene fra konkurranser gjentakende ganger. Dette er en viktig skranke for oppdragsgiver, som ikke er relatert til den enkelte anskaffelse, men oppdragsgivers opptreden over tid. I tillegg skal oppdragsgiver i ettertid offentliggjøre at kontrakt er inngått. Dette vil gjøre det mulig for så vel leverandører som andre interesserte å følge med på oppdragsgivers opptreden, og mulighet til å ta affære dersom det kan synes som at oppdragsgiver favoriserer utvalgte leverandører.

Utvalget foreslår også å lovfeste at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med de forvaltningsrettslige prinsipper som gjelder for offentlige oppdragsgiveres private autonomi, og som det er redegjort for i punkt 22.4 ovenfor. Utvalget har vurdert om «god forvaltningsskikk» kan fungere som en opplysende samlebetegnelse på disse skrankene.[[348]](#footnote-348) Utvalget er imidlertid oppmerksom på at det er ulike oppfatninger av hva som menes med «god forvaltningsskikk», herunder om det oppfattes som en skranke av rettslig karakter.[[349]](#footnote-349)

I Danmark har lovgiver valgt å liste opp alle de aktuelle skrankene i udbudsloven § 191 stk. 5, hvor det presiseres at oppdragsgiver «skal handle i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper om saglighed, økonomisk forsvarlig forvaltning, forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet». Utvalget har vurdert om en lignende opplisting bør tas inn i den norske reguleringen av anskaffelser under EØS-terskelverdi. Etter utvalgets syn følger imidlertid et krav til økonomisk forsvarlig bruk av offentlige midler allerede av plikten til å sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår, og dessuten også av lovens formålsbestemmelse. De alminnelige reglene om habilitet gjelder uansett, også for oppdragsgivere som ikke er underlagt forvaltningsloven, jf. anskaffelsesforskriften § 7-5 og utvalgets forslag til § 1-8 i ny lov.

Utvalget er likevel kommet til at det kan være på sin plass å ta inn en generell henvisning til «forvaltningsrettslige prinsipper», og så løfte frem de i praksis to viktigste utslagene av dette: oppdragsgiver skal sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud. Utvalget presiserer imidlertid at forvaltningsrettslige prinsipper som utvalget foreslår å ta inn i ny bestemmelse er de eksisterende norske rettsprinsippene som setter skranker for offentlige oppdragsgiveres private autonomi, slik som det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling, og myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet, med de tilpasninger som følger av oppdragsgivers valg av fremgangsmåte for å sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dersom oppdragsgiver velger en fremgangsmåte som gjør at det innhentes eller innkommer flere tilbud, må oppdragsgiver sørge for å likebehandle leverandørene som deltar. Dette er likevel noe annet enn det EU-rettslige likebehandlingsprinsippet, som krever likebehandling, også av potensielle leverandører.[[350]](#footnote-350) Hensynet til leverandører som ikke får delta i konkurransen om en kontrakt under EØS-terskelverdi er søkt ivaretatt dels gjennom den overordnede plikten til å sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår, dels plikten til å påse at det over tid ikke finner sted noen favorisering av en eller et fåtall av leverandører og dels plikten til i ettertid å offentliggjøre hvem som har fått en kontrakt.

Kravet til at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper sikrer at de offentligrettslige skranker som gjelder for det offentliges bruk av privat autonomi også kommer til anvendelse for oppdragsgivere som ikke er underlagt forvaltningsloven, men som er omfattet av anskaffelsesregelverket i en gitt anskaffelse.

Utvalget foreslår ingen regulering av hvor eller hvordan oppdragsgiver i ettertid skal offentliggjøre at kontrakt er inngått. I praksis vil det imidlertid være hensiktsmessig å gjøre dette ved frivillig kunngjøring av kontraktsinngåelse på Doffin.

Forslaget innebærer at kunngjøringsplikten for statlige vare, og tjenestekontrakter heves fra 1,3 til 1,4 millioner kroner. For andre vare- og tjenestekontrakter er endringen større – her heves kunngjøringsplikten fra 1,3 til 2,2 millioner kroner. For utvalget har det vært viktig å forenkle regelverket for de mindre oppdragsgivere, spesielt for mindre oppdragsgivere som kommuner, som forholder seg til EØS-terskelverdien på 2,2 millioner.

### Bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi

#### Overordnet om reguleringen av bygg- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi

Når det gjelder reguleringen av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

Utvalgets flertall, Fredriksen, Arve, Breiland, Greaker, Gresseth, Karlstrøm og Tveit vil foreslå vesentlige forenklinger av regelverket for bygge- og anleggsanskaffelser under 15 millioner kroner. Dette er anskaffelser med en verdi på bare om lag 27 prosent av EØS-terskelverdien for bygge- og anleggsanskaffelser, som siden 23. mars 2022 har vært på 56 millioner kroner.[[351]](#footnote-351) Flertallets syn er at dagens regulering i anskaffelsesforskriften del II er for rigid for kontrakter av denne størrelse, med tilhørende høye transaksjonskostnader. Samtidig mener flertallet at det er grunn til å beholde en kunngjøringsplikt som slår inn på et lavere nivå, for å sikre at leverandørmarkedet er oppmerksomme også på de mindre anskaffelsene. Flertallet mener et passende innslagspunkt for kunngjøringsplikten kan være tre millioner kroner, opp fra dagens innslagspunkt på 1,3 millioner. Med dette sikres ytterligere forenkling for bygge- og anleggskontrakter av en verdi mellom 1,3 og 3 millioner kroner. Vurdert opp mot gjeldende EØS-terskelverdi, er dette anskaffelser som er svært langt unna de bygge- og anleggsanskaffelsene som EU-lovgiver mener må reguleres av de detaljerte reglene i anskaffelsesdirektivet. Flertallet nevner i denne sammenheng at et mindretall i Forenklingsutvalget foreslo en terskelverdi for bygge- og anleggsanskaffelser på tre millioner kroner (2014-verdi).[[352]](#footnote-352)

For å sikre reell forenkling også for bygge- og anleggsanskaffelser med en verdi mellom 3 og 15 millioner kroner foreslår flertallet at den pliktige kunngjøringen begrenses til å gi overordnet informasjon om den planlagte anskaffelsen. Utvalget har funnet inspirasjon i de danske kunngjøringsreglene i tilbudsloven av 2007, hvor det er innført en forenklet kunngjøringsplikt (pressen eller elektroniske medier) for bygg- og anleggsanskaffelser over 3 millioner danske kroner og opp til EU-terskelverdi. Derimot finner utvalget ikke grunn til å gi nærmere prosedyreregler for bygg- og anleggskontrakter mellom 3 og 15 millioner kroner, lik den danske tilbudsloven. Den forenklede kunngjøringsplikten i flertallets forslag vil kun gjelde for anskaffelser opptil 15 millioner kroner, og ikke opp til EU- terskelverdi, slik de danske reglene i tilbudsloven, avsnitt I. Behovet for nærmere prosedyreregler er da mindre, og hensynet til enkle regler og lave transaksjonskostnader gjør seg gjeldende med tyngde. Alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper vil gjelde, tilsvarende som ved vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi, herunder forbud mot usaklig forskjellsbehandling, vilkårlighet eller sterkt urimelige avgjørelser.

For bygge- og anleggsanskaffelser som overstiger 15 millioner kroner mener flertallet at det er behov for mer robuste regler for å sikre leverandørenes rett til å konkurrere om kontraktene. På denne bakgrunn foreslår flertallet å trekke ned de direktivbestemte reglene i lovutkastet del III. Dette omtales i det videre som nedtrekksmodellen. De direktivbestemte reglene er godt kjent både blant oppdragsgivere, leverandører og deres rådgivere. Bygge- og anleggsanskaffelser med en verdi på over 15 millioner kroner er etter flertallets syn av en slik størrelse at det er behov for robuste regler, og EØS-regelverket tilbyr nettopp dette. I stedet for å videreføre dagens del II-regler eller utvikle et nytt nasjonalt regelverk for bygge- og anleggsanskaffelser mellom 15 millioner kroner og EØS-terskelen på 56 millioner kroner, foreslår utvalget å ta utgangspunkt i EØS-regelverket og så ta inn de unntak og presiseringer som oppfattes som viktige for å sikre ønsket fleksibilitet. Å bruke eksisterende regler fremfor å utvikle nye, vil medføre en forenkling. Oppdragsgivere og leverandører vil kunne forholde seg til ett prosedyreregelverk, og rettsutviklingen vil skje mer i parallell i Norge og EU. Dette vil også være en forenkling fra et håndhevingsperspektiv. For små og mellomstore leverandører kan dette også være en læringsprosess og forberedelse til senere og større anskaffelser etter del III.

En kartlegging gjort av Oslo Economics på oppdrag fra utvalget viste at det i 2022 ble gjennomført 1990 kunngjøringer etter del II i anskaffelsesforskriften, og av disse hadde 75 prosent av kunngjøringene en verdi på lik eller mindre enn ti millioner kroner.[[353]](#footnote-353) Det store flertall var bygge- og anleggsanskaffelser. I praksis vil det neppe være mer enn anslagsvis 20 prosent av bygge- og anleggsanskaffelsene som i dag følger del II som flyttes over til «del III minus» med utvalgets forslag. Slik sett bidrar flertallets forslag til en vesentlig forenkling av de langt fleste anskaffelsene under EØS-terskelverdi.

#### Nærmere om det konkrete forslaget

Utvalgets flertall foreslår en differensiert regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi, hvor kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte tilpasses anskaffelsens antatte verdi. For det første foreslår flertallet at bygge- og anleggsanskaffelser med en verdi under tre millioner kroner reguleres på samme måte som vare- og tjenestekontrakter under EØS-terskelverdi, jf. punkt 22.5.3 ovenfor. For det andre foreslår flertallet at bygge- og anleggsanskaffelser med en antatt verdi på mellom 3 og 15 millioner reguleres på samme måte, men med tillegg av en plikt til å gjøre anskaffelsen kjent i leverandørmarkedet. For det tredje foreslår flertallet at bygge- og anleggsanskaffelser med en verdi over 15 millioner skal følge reglene i anskaffelsesdirektivet, men med visse justeringer som sikrer oppdragsgiver større fleksibilitet enn det EØS-reglene tillater for anskaffelser over EØS-terskel.

Med dette forslaget forsøker flertallet å tilpasse kravene til oppdragsgiver til anskaffelsens størrelse, samtidig som koblingen til henholdsvis reglene for vare- og tjenestekontrakter under EØS-terskelverdi og reglene over EØS-terskel sikrer at antall regelsett som oppdragsgiver må forholde seg til holdes nede.

Når det gjelder bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi mellom 3 og 15 millioner kroner mener flertallet at det er viktig at oppdragsgiver annonserer anskaffelsen i forkant, slik at interesserte leverandører kan bli kjent med den. Samtidig ønsker flertallet å unngå å pålegge «full» kunngjøringsplikt, med alt som følger med. Dette er av hensyn til at oppdragsgiver fortsatt skal kunne følge de enkle reglene i forslag til ny § 3-1, og at man i motsatt fall fort ender opp med en ny «del II». Flertallet foreslår derfor at oppdragsgiver ikke trenger å gjøre mer enn å publisere en forenklet kunngjøring, som informerer om at oppdragsgiver har til hensikt å gjennomføre en anskaffelse og som åpner for at leverandørene kan melde sin interesse. Dette vil i praksis si at oppdragsgiver må publisere en kunngjøring som kort beskriver hva som skal anskaffes, på hvilke kriterier kontrakten vil tildeles, estimert verdi og tidsrom for gjennomføring. Ved en slik kunngjøringsløsning oppnår oppdragsgiver en liste over interesserte leverandører, og denne kan brukes til å velge ut et gitt antall leverandører som får anledning til å inngi tilbud. Når det bærende elementet i lovforslaget for bygg- og anleggsanskaffelser med en verdi på mellom 3 og 15 millioner kroner er kunngjøringsplikten, bevarer dermed oppdragsgiverne en stor frihetsgrad med hensyn til hvordan oppdragsgiver vil tilrettelegge og gjennomføre konkurransen.

Utvalget foreslår ikke noe absolutt krav til minimumsantall som skal inviteres til å inngi tilbud, med mindre oppdragsgiver frivillig legger opp til en prekvalifiseringsrunde, og selv angir hvor mange leverandører som vil inviteres til å inngi tilbud. Oppdragsgiver må sikre tilstrekkelig konkurranse om kontrakten. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver ved valg av leverandører sikrer at vedkommende over tid ikke favoriserer en eller et fåtall av leverandører.

Utvalget har vurdert hvorvidt kunngjøring i pressen eller elektroniske medier skal være tilstrekkelig, eller om det skal kreves kunngjøring i Doffin. I den danske tilbudsloven § 6 er det for bygg- og anleggsanskaffelser under EU-terskelverdi stilt krav om at konkurransen kunngjøres gjennom pressen eller i elektroniske medier.[[354]](#footnote-354) Erfaringer har vist at det ofte kan være store transaksjonskostnader forbundet med å annonsere kontrakter av mindre verdier. Transaksjonskostnadene står ikke alltid i rimelig forhold til de besparelser som kan oppnås ved annonsering, for eksempel fordi det er få leverandører på markedet som kan levere. Erfaringer viser også at oppdragsgivere kan oppleve annonsering som tids- og ressurskrevende. Et mer fleksibelt kunngjøringskrav, hvor det ikke kreves Doffin-kunngjøring, vil delvis kunne svare ut disse utfordringene. Det viktigste formålet med kunngjøringsplikten er likevel, slik flertallet ser det, å styrke konkurransen om offentlige kontrakter og hindre at kontrakter av en viss størrelsesorden tildeles direkte til en leverandør, uten at andre virksomheter har hatt mulighet til å komme i betraktning. Utvalget mener en sentralisert kunngjøringstjeneste er viktig for å skape slik konkurranse, og for å sikre at en bredest mulig krets av virksomheter er informert om bygg- og anleggskontrakten før den inngås. Dette sikres etter flertallets oppfatning best gjennom en kunngjøring i Doffin, og ikke i aviser/lokalaviser, oppdragsgiveres egne nettsider eller oppdragsgiveres egne valg mellom disse alternativene. Utvalget vil samtidig oppfordre DFØ til å tilpasse Doffin, slik at kunngjøringen kan gjøres enklest mulig – og slik at tilbyderne enklest mulig kan skaffe seg oversikt over kunngjøringene direkte i Doffin.

Når det gjelder det nærmere innholdet i nedtrekksmodellen for bygge- og anleggsanskaffelser mellom 15 og 56 millioner kroner vil flertallet i det følgende knytte enkelte kommentarer til de særskilte unntakene fra EØS-regelverket som er ment å sikre oppdragsgiver noe større fleksibilitet.

For det første foreslår utvalget at oppdragsgiver kan velge fritt mellom konkurranseformene. Dette betyr for eksempel at oppdragsgiver for disse anskaffelsene kan se bort fra direktivets vilkår for å benytte konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog.

Oppdragsgiver kan videre fastsette egne tidsfrister for gjennomføring av konkurransen. Dette betyr at oppdragsgiver kan se bort fra direktivets minimumsfrister ved gjennomføringen av konkurransene. Dette gir oppdragsgiver mulighet til å tilpasse konkurransen til den konkrete anskaffelsen, og gjøre det mulig med en mer effektiv prosess.

Oppdragsgiver kan la være å bruke ESPD. Det hensynet som ligger til grunn for å opprette ordningen med ESPD, gjør seg ikke gjeldende for nasjonale bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi.

Oppdragsgiver kan velge bare å kunngjøre nasjonalt. Utvalget mener det i praksis er mest aktuelt å kunngjøre nasjonalt siden disse anskaffelsene presumtivt ikke har grensekryssende interesse. Dersom oppdragsgiver selv vurderer det som hensiktsmessig å kunngjøre konkurransen i TED, er dette selvsagt tillatt.

At oppdragsgiver fritt skal kunne innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå avvisning av en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, er etter utvalgets syn viktig. Etter utvalgets syn bør denne muligheten avgrenses til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, for å unngå en for stor forrykkelse av den fremgangsmåten som konkurranseformene i direktivet legger opp til. For at fleksibiliteten skal være reell, mener utvalget innhentingen av dokumentasjon og opplysninger som mangler må gjelde uavhengig av eventuell synliggjøring i opprinnelig tilbud. Utvalget foreslår derfor at ordet «fritt» settes inn i bestemmelsen.

### Unntak

Over EØS-terskelverdi er det gitt en rekke unntak fra anskaffelsesdirektivets bestemmelser. Utvalgets vurdering er at de reglene som foreslås for anskaffelser under EØS-terskelverdi er såpass enkle at det i utgangspunktet ikke vil være behov for unntak fra disse. At nærmere angitte anskaffelser er unntatt fra anskaffelsesdirektivets anvendelsesområde, og derfor fra del III av dagens anskaffelsesforskrift, innebærer ikke at de ikke er regulert overhodet. Anskaffelsesloven, inkludert de EU-rettslige prinsippene i § 4, og anskaffelsesforskriftens del I kommer til anvendelse. Utvalget kan ikke umiddelbart se at forslaget til § 3-1 innebærer noen mer omfattende regulering av disse anskaffelsene enn etter gjeldende rett. Dette er imidlertid ikke en problematikk som utvalget har hatt kapasitet til å forfølge, og det er derfor viktig at et eventuelt behov for unntak fra de nye reglene for anskaffelser under EØS-terskelverdi vurderes nærmere av departementet i oppfølgningen av utvalgets forslag.

### Dissens for regler vedrørende bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi

Utvalgets mindretall, Gjønnes og Hennyng er enige med flertallet i at bygge- og anleggsanskaffelser med en verdi under tre millioner kroner bør reguleres på samme måte som vare- og tjenestekontrakter under EØS-terskelverdi, jf. punkt 22.5.3 ovenfor.

Utvalgets mindretall, Gjønnes og Hennyng foreslår at alle kunngjøringspliktige bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi er underlagt ett regelsett. Mindretallets forslag ligger nær opp til den danske modellen, som har egne prosedyreregler for bygge- og anleggsanskaffelser over 3 millioner danske kroner og opp til EU-terskelverdi.[[355]](#footnote-355)

Mindretallet er enige med flertallet i at kunngjøring bare bør gjelde for kontrakter med en antatt verdi over 3 millioner kroner.

Mindretallet deler ikke flertallets syn om at deres forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi medfører forenkling.

Mindretallet oppfatter at flertallets forslag til ulik regulering av kunngjorte bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi, ikke medfører en forenkling, og mener at den regulering av bygge- og anleggsanskaffelser som flertallet har lagt opp til, kan være utfordrende for oppdragsgiver å forholde seg til.

Mindretallet støtter ikke flertallets foreslåtte kunngjøringsløsning, som går ut på at oppdragsgiver oppnår en liste over interesserte leverandører som kan brukes til å velge ut et gitt antall leverandører som får anledning til å inngi tilbud. Mindretallet mener at når oppdragsgiver først kunngjør en konkurranse, må en begrensning i deltakelse i den videre konkurransen avgjøres på bakgrunn av tilkjennegitte kvalifikasjonskrav eller utvelgelseskriterier for å skape forutsigbarhet for leverandørene.

Mindretallets forslag inneholder en forenklet kunngjøringsplikt på Doffin ettersom det ikke stilles nærmere krav til kunngjøringens innhold. Mindretallet har videre inntatt et unntak fra kunngjøringsplikten for de tilfeller hvor oppdragsgiver etter kunngjort konkurranse ikke mottar tilbud, eller alle tilbud i en forutgående kunngjort konkurranse ble avvist, eller det foreligger andre særlige forhold. Med særlig forhold menes unntakene i dagens anskaffelsesforskrift § 5-2.

Mindretallets forslag inneholder videre de samme prinsipper som flertallets forslag, og som er foreslått å gjelde for vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi om at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

I likhet med flertallets forslag gir også mindretallets forslag oppdragsgiver en stor frihetsgrad med hensyn til hvordan anskaffelsen skal tilrettelegges og gjennomføres. Det følger av forslaget at oppdragsgiver skal fastsette regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres i tilbudsinnbydelsen, herunder hvilke forhold oppdragsgiver vil vurdere ved valg av tilbud. Oppdragsgiver står dermed fritt til å velge fremgangsmåte slik som følger av dagens anskaffelsesforskrift del I og flertallets forslag. Oppdragsgiver må likevel oppgi de reglene oppdragsgiver har satt for gjennomføringen av anskaffelsen for å sikre forutberegnelighet. Oppdragsgiver må også i anskaffelsesdokumentene opplyse om det er planlagt å gjennomføre forhandlinger. Dersom oppdragsgiveren planlegger å forhandle, skal oppdragsgiver angi hva forhandlingene vil gjelde og så vidt mulig beskrive hvordan forhandlingene vil bli gjennomført. Oppdragsgiver kan videre fritt innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, samt avklare og forhandle om alle sider av tilbudet, herunder vesentlige forbehold og avvik. Det er likevel bare en «kan» regel, det vil si en rett oppdragsgiver har. Det betyr at oppdragsgiver ikke må innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler. Dersom oppdragsgiver først innhenter opplysninger og dokumenter hos en leverandør tilsier likevel krav til lik behandling av leverandørene, at oppdragsgiver innhenter dokumentasjon og opplysninger hos de andre leverandører som deltar i konkurransen. Unntak fra denne regelen kan likevel tenkes dersom en leverandør ikke har levert inn noe dokumentasjon på kvalifikasjonskravene i det hele tatt. Oppdragsgiver skal derfor ikke få økt administrasjon ved å måtte bistå leverandørene med å sende inn etterspurt dokumentasjon. Det er leverandørene som har risikoen for innholdet i tilbudet. Det er kun en adgang til å innhente all dokumentasjon for å unngå unødige avvisninger og for å kunne opprettholde konkurransen om oppdraget. Dette er også en frihet som skal ligge i dagens anskaffelsesforskrift del I.

Etter mindretallets vurdering vil kunngjøring i seg selv medføre økt behov for regulering av prosessen ettersom flere leverandører kan delta i konkurransen og oppdragsgiver er mer eksponert for klager. Mindretallets forslag inneholder derfor i tillegg enkle regler og veiledning for hvilke krav oppdragsgiver kan stille, for eksempel kvalifikasjonskrav for å eventuelt sikre riktig kompetanse og erfaring. Mindretallets forslag inneholder også praktisk viktige regler om kravspesifikasjon, tildelingskriterier, begrunnelse, avvisning og avlysning. Dette er i all hovedsak en forenkling av tilsvarende bestemmelser i anskaffelsesforskriften del II. Mindretallet mener at fraværet av slik regulering i flertallets forslag er lite hensiktsmessig og medfører usikkerhet om hvilke (uskrevne) regler som gjelder for eksempelvis for begrunnelse, avvisning og avlysning, samt hvor dette skal hjemles. Mindretallet mener det er viktig at oppdragsgiver har «knagger» å henge beslutningene på. Dette øker også rettssikkerheten for leverandørene i en anskaffelseskonkurranse. I tillegg vil et slikt regelverk gi tillit i markedet.

Mindretallet mener videre at flertallets «nedtrekksmodell» gir unødig omfattende og rigide regler for bygge- og anleggskontrakter med en verdi på 15 millioner kroner og opp til EØS-terskelverdi, noe som vil kunne føre til økt ressursbruk og dermed økte transaksjonskostnader for disse anskaffelsene for både oppdragsgivere og leverandører. EØS-bestemmelsene om kravspesifikasjon, kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier inneholder mer detaljerte og strenge regler for hvilke krav og kriterier oppdragsgiver kan stille. Det øker sjansen for at oppdragsgiver trår feil, noe som fører til et økt antall avvisninger, avlysninger og klagesaker.

Mindretallet foreslår på dette punktet en videreføring og til dels forenkling av bestemmelsene i anskaffelsesforskriften del II, om kravspesifikasjon, kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Etter EØS-reglene må kravspesifikasjonen tilpasses EU-markedet i de tilfeller internasjonale standarder finnes. Dette slipper oppdragsgiver å hensynta ved mindretallets forslag.

Etter mindretallets forslag står oppdragsgiver videre fritt til å stille kvalifikasjonskrav så lenge kravene har tilknytning til og står i forhold til leveransen. Dette gir oppdragsgiver mer frihet enn etter EØS-reglene som angir hva kvalifikasjonskravene må relatere seg til, samt uttømmende angir hvilke dokumentasjonskrav som skal stilles til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det medfører begrensninger på hvilke tekniske og faglige krav med tilhørende dokumentasjon, oppdragsgiver kan stille i konkurransen. I tillegg vil oppdragsgiver kunne benytte samme vurderingstema som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterier. Dette følger av anskaffelsesforskriften del II og er en viktig bestemmelse for å hindre å måtte avlyse konkurransen i de tilfeller kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier overlapper eller inneholder samme vurderingstema. Den samme muligheten følger ikke av EØS-reglene.

Likeledes gir mindretallets forslag oppdragsgiver adgang til fritt å kunne velge tildelingskriterier så lenge disse har tilknytning til leveransen. Dette gir oppdragsgiver mye større frihet enn bestemmelsene over EØS-terskelverdi, som setter begrensninger om hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver kan stille. Oppdragsgiver unngår med dette at konkurransen må avlyses fordi oppdragsgiver har stilt et ulovlig tildelingskriterium, for eksempel stilt et krav om mannskapslister, som ikke er et tillatt tildelingskriterium etter EØS-bestemmelsene[[356]](#footnote-356). Dette gir økt handlingsrom for oppdragsgiver og fører til færre klager og avlysninger.

Videre inneholder mindretallets forslag en bestemmelse om markedsdialog for å minne oppdragsgivere om denne muligheten. Dette er i all hovedsak en videreføring av dagens § 8-1. Bestemmelsen har ikke lenger en henvisning til «brudd på likebehandlingsprinsippet» siden det ikke videreføres som et nasjonalt prinsipp. Det er likevel et krav om at rådene ikke skal ha konkurransevridende effekt.

Mindretallets forslag inneholder videre ikke et krav til elektronisk format, noe som kan være praktisk viktig for noen kontraktstyper hvor leverandørmarkedet er mindre vant til å bruke KGV. Oppdragsgiver står fritt til å sette en rimelig tilbudsfrist. Oppdragsgiveren må likevel ta hensyn til anskaffelsens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud.

Mindretallets forslag inneholder også bestemmelser om at oppdragsgiver kan tillate alternative tilbud. Dette er ingen pliktregel, men kan brukes som et redskap til å fremme innovasjon.

Mindretallets forslag inneholder videre bestemmelser om dokumentasjon. Oppdragsgiver må sikre at vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen dokumenteres skriftlig i en anskaffelsesprotokoll. Dette er en viktig bestemmelse for å sikre at prosessen kan etterprøves. Samtidig stiller den ikke detaljerte krav til hva protokollen må inneholde slik som i anskaffelsesforskriften § 10-5.

Mindretallets forslag inneholder også en bestemmelse om endringer i kontrakt. Dette er i all hovedsak en videreføring av anskaffelsesforskriften § 11-2 første ledd. Det er samtidig tatt inn i bestemmelsen at endringer i leveransen i medhold av justerings- eller endringsklausuler i kontrakt eller anskaffelsesdokumentene ikke er vesentlige. Dette er en praktisk viktig regel. Samtidig stilles det ikke et like strengt krav til utforming av endringsklausulen som over EØS-terskel, noe som gir oppdragsgiver større fleksibilitet til å foreta endringer som naturlig faller inn under endringsklausulen.

Mindretallets forslag om kontraktsvilkår er en ren videreføring av anskaffelsesforskriften § 8-12, som blant annet bestemmer at der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, skal oppdragsgiver som hovedregel bruke disse.

Mindretallet mener at forslaget ivaretar både oppdragsgiver og leverandørenes behov for enkle forutsigbare regler, samtidig som de gir oppdragsgiver stor fleksibilitet og mulighet til å gjennomføre (tids-)effektive anskaffelser. Leverandørenes behov for å kunne etterprøve prosessen blir også ivaretatt.

Mindretallet mener også at det vil være enklere for oppdragsgivere og leverandører at alle kunngjøringspliktige bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi følger samme regelsett.

Selv om «nedtrekksmodellen» som foreslått av flertallet, inneholder unntak fra EØS-bestemmelsene for å gi oppdragsgiver mer fleksible regler om for eksempel avklaring, frister og forhandlet prosedyre, mener mindretallets at denne innretningen i seg selv kompliserer rettsbildet. Det vil oppstå usikkerhet om hva som vil være tillatt i de ulike situasjonene og vil kunne føre til flere klagesaker og tvister. Mindretallets forslag åpner ikke opp for en slik fallgruve for oppdragsgiverne.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at anskaffelser under 300.000 kroner ikke omfattes av ny lov, og at denne nedre grensen bør inflasjonsjusteres og vurderes med jevne mellomrom.
* at prinsippene i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 ikke skal gjelde under EØS-terskelverdi.
* å fjerne reglene i del II i anskaffelsesforskriften.
* en enkel regulering av vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi, med krav om at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår og at kontraktsinngåelsen gjøres kjent i ettertid.

Utvalgets flertall foreslår:

* at bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi under 15 millioner kroner reguleres på samme måte som vare- og tjenesteanskaffelser, men med en plikt til å annonsere anskaffelsen i forkant hvis verdien er over 3 millioner kroner.
* at bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi over 15 millioner kroner følger reglene i del III, men med nærmere angitte unntak for å sikre ønsket fleksibilitet.

Utvalgets mindretall foreslår:

* at bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi over 3 millioner kroner og opp til 56 millioner kroner reguleres etter et eget regelsett.

[Boks slutt]

## Mindretallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser over tre millioner kroner

Del II Anskaffelser under EØS-terskelverdi

I Vare- og tjenesteanskaffelser

§ 3-1 Vare- og tjenesteanskaffelser

[lik som flertallets forslag]

II Bygge- og anleggsanskaffelser

§ 3-2 Bygge- og anleggsanskaffelser

(1) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 3 millioner kroner, gjelder § 3-1 tilsvarende.

(2) Ved anskaffelser av bygge- og anleggskontrakter med antatt verdi lik eller over tre millioner kroner skal oppdragsgiver kunngjøre anskaffelsen i Doffin.

(3) Kunngjøringsplikten gjelder ikke når oppdragsgiver etter kunngjort konkurranse ikke mottar tilbud, eller alle tilbud i en forutgående kunngjort konkurranse ble avvist eller det foreligger andre særlige forhold.

§ 3-3 Markedsdialog

(1) Oppdragsgiver kan gjennomføre markedsdialog for å forberede anskaffelsen og gi informasjon til leverandørene om sine planer og behov.

(2) Oppdragsgiver kan søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører. Rådene kan brukes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen. Forutsetningen er at rådene ikke har konkurransevridende effekt.

§ 3-4 Generelle prosedyreregler

(1) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsmessige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(2) Oppdragsgiver skal fastsette regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres i tilbudsinnbydelsen, herunder hvilke forhold oppdragsgiver vil vurdere ved valg av tilbud.

(3) Frem til signering av kontrakten kan oppdragsgiver foreta endringer i anskaffelsesdokumentene som ikke er vesentlige.

(4) Oppdragsgiver kan fritt innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, samt avklare og forhandle om alle sider av tilbudet.

(5) Oppdragsgiver må i anskaffelsesdokumentene opplyse om han planlegger å gjennomføre forhandlinger. Dersom oppdragsgiver planlegger å forhandle, skal oppdragsgiver angi hva forhandlingene vil gjelde og så vidt mulig beskrive hvordan forhandlingene vil bli gjennomført.

§ 3-5 Kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjoner skal angi kravene som stilles til egenskapene til bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe.

(2) Kravene skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. De kan vise til alle sider av, og trinn i, livssyklusen til bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder.

§ 3-6 Kvalifikasjonskrav

Oppdragsgiver kan fastsette krav til leverandørens kvalifikasjoner sammen med tilhørende dokumentasjonskrav. Kravene skal ha tilknytning, og stå i forhold, til leveransen.

§ 3-7 Tildelingskriterier

(1) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier som skal angis i prioritert rekkefølge i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium.

(2) Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene skal ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet.

(3) Oppdragsgiver kan bruke det samme vurderingstemaet både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium.

§ 3-8 Tilbudets form, tilbuds- og vedståelsesfrist

(1) Tilbudet skal være skriftlig. Oppdragsgiver kan kreve at tilbudet skal leveres kun i elektronisk format.

(2) Ved angivelse av frist for å inngi tilbud og eventuell forespørsel om å delta i konkurransen, skal oppdragsgiver ta hensyn til anskaffelsens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud.

(3) [Vedståelsesfrist vil bli behandlet i andre delutredning.]

§ 3-9 Alternative tilbud

Oppdragsgiver kan tillate alternative tilbud, dersom de alternative tilbud oppfyller de minstekrav som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan bestemme at alternative tilbud ikke kan mottas.

§ 3-10 Kontraktsvilkår

Kontraktsvilkår skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, skal oppdragsgiver som hovedregel bruke disse.

§ 3-11 Avvisning av leverandør

[andre delutredning.]

§ 3-12 Avvisning av tilbud

[andre delutredning]

§ 3-13 Avlysning

(1) Oppdragsgiver har rett til å avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene skriftlig meddelelse om avlysning. Meddelsen skal inneholde en kort begrunnelse og opplyse om det vil gjennomføres en ny konkurranse om den samme kontraktsgjenstanden.

§ 3-14 Meddelelse om valg leverandør

Oppdragsgiver skal gi en skriftlig meddelelse til berørte leverandører om hvilken leverandør som har vunnet, før kontrakten inngås. Oppdragsgiver skal i meddelelsen gi en begrunnelse for valget, og angi en karensperiode i meddelelsen.

§ 3-15 Omgjøring og karensfrist

[andre delutredning.]

§ 3-16 Dokumentasjon

Oppdragsgiver skal sikre at vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen dokumenteres skriftlig i en anskaffelsesprotokoll.

§ 3-17 Endringer i kontrakt

Oppdragsgiver kan foreta endringer som ikke er vesentlige i kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse. Endringer i leveransen i medhold av justerings- eller endringsklausuler i kontrakt eller anskaffelsesdokumentene er ikke vesentlig endringer.

# Anskaffelser under terskelverdi som likevel har klar grensekryssende interesse

## Innledning

Anskaffelsesdirektivene får bare anvendelse på offentlige anskaffelser over gitte terskelverdier. Tersklene er hentet fra WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA), se anskaffelsesdirektivet artikkel 6. Denne koblingen til GPA gjør at man ikke uten videre kan betrakte gjeldende EØS-terskler som uttrykk for EU-lovgivers frie vurdering av hvilke anskaffelser som generelt antas å ha interesse for leverandører fra andre medlemsstater. Samtidig er det ingenting i GPA som hindrer EU-lovgiver i å sette lavere terskler internt i EU dersom lovgiver skulle mene at også anskaffelser et stykke under GPA-tersklene er av grensekryssende interesse i EU-rettslig sammenheng. Den omstendighet at EU-lovgiver ikke har gjort dette, kan derfor gi opphav til en presumsjon for at anskaffelser under gjeldende terskler ikke er av grensekryssende interesse.[[357]](#footnote-357)

EU-domstolen har likevel i flere saker slått fast at også enkelte anskaffelser under relevant terskelverdi etter omstendighetene kan ha grensekryssende interesse, og dermed omfattes av EU-rettens hovedregler om fri bevegelighet som direktivene springer ut av.[[358]](#footnote-358) Disse hovedreglene gjenfinnes i EØS-avtalens hoveddel, hvor de relevante bestemmelsene er artikkel 8 og følgende om varer, artikkel 36 om tjenester, artikkel 31 om etablering og det generelle forbudet mot ikke-diskriminering i artikkel 4.

For å få klarhet i hvilke EØS-rettslige forpliktelser som eksisterer for anskaffelser under direktivenes terskelverdier, har utvalget innhentet en utredning fra advokat Simen Hammersvik. Utredningen følger som et digitalt vedlegg til utvalgets første delutredning.

## Anvendelsesområdet til EØS-avtalens hovedregler om fri bevegelighet

I vurderingen av hvilke EØS-rettslige krav som gjelder for anskaffelser under terskelverdiene, er det viktig å være oppmerksom på at anskaffelsesdirektivene har et videre saklig anvendelsesområde enn hovedreglene om fri bevegelighet for varer og tjenester. EØS-avtalen artikkel 65 slår fast at de særlige bestemmelsene i avtalens vedlegg XVI om innkjøp skal gjelde for alle varer og de oppførte tjenester, med mindre annet er særskilt angitt. Dette er annerledes for hovedreglene om fri vareflyt, som etter EØS-avtalen artikkel 8 er begrenset til varer med opprinnelse i EØS og som er omfattet av kapittel 25 til 97 i varenomenklaturen vedtatt av det internasjonale Tollsamarbeidsrådet eller listet opp i EØS-avtalen protokoll 3. Dersom en anskaffelse under EØS-terskelverdi gjelder for eksempel landbruksvarer som ikke faller inn under EØS-avtalen artikkel 8, vil det ikke være noen EØS-regler som kommer til anvendelse i saken.[[359]](#footnote-359)

Også for tjenester kan det være forskjeller i det saklige anvendelsesområdet for anskaffelsesdirektivene og hovedreglene om fri utveksling av tjenester, jf. blant annet henvisningen i EØS-avtalen artikkel 39 til unntaket i artikkel 32 for virksomhet som, om enn bare leilighetsvis, innebærer utøvelse av offentlig myndighet.

En viktig forskjell på anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivene og hovedreglene om fri bevegelighet gjelder hovedreglenes forutsetning om grensekryssende interesse. Mens direktivene gjelder uavhengig av om en anskaffelse er av interesse for leverandører fra andre EØS-stater eller ikke,[[360]](#footnote-360) [[361]](#footnote-361) så kommer hovedreglene om fri bevegelighet bare til anvendelse på saker som på et eller annet vis involverer kryssing av en EØS-intern landegrense.[[362]](#footnote-362) I anskaffelsesrettslig sammenheng får denne vurderingen en særskilt vri fordi den må skje i forkant, uten at oppdragsgiver vet om resultatet vil bli en anskaffelse som involverer hovedreglene om fri bevegelighet.[[363]](#footnote-363) EU-domstolen har løst dette gjennom et særskilt vurderingstema som oppdragsgiver må vurdere: dersom det må antas at anskaffelsen vil ha klar grensekryssende interesse, så slår hovedreglene om fri bevegelighet inn.[[364]](#footnote-364) En nærmere redegjørelse for dette vurderingstemaet gis i punkt 22.3 nedenfor.

En siste begrensning av anvendelsen av hovedreglene om fri bevegelighet på anskaffelser under terskelverdiene følger av de unntak og særregler som er oppstilt i anskaffelsesdirektivene. Disse særreglene begrenser hovedreglenes anvendelse på nærmere angitte typer av anskaffelser over EØS-terskelverdiene, og det gir svært dårlig sammenheng i regelverket om dette ikke skulle gjelde tilsvarende også under terskelverdiene. Dette betyr ikke at disse anskaffelsene vil være prinsipielt unntatt fra hovedreglene om fri bevegelighet, men det må kunne legges til grunn at oppdragsgivers handlingsrom her minst må være like stort under som over terskelverdiene.

## Terskelen for EØS-rettens anvendelse på anskaffelser under terskelverdi: anskaffelser med klar grensekryssende interesse

Vurderingstemaet klar grensekryssende interesse ble etablert av EU-domstolen i sak C-507/03 Kommisjonen mot Irland. I den engelske versjonen av dommen brukes formuleringen «certain cross-border interest».[[365]](#footnote-365) Med dette siktes det ikke til anskaffelser av en viss grensekryssende interesse («a certain interest»), men til anskaffelser hvor den grensekryssende interessen er sikker («certain interest»). Dette bekreftes av de øvrige språkversjonene av dommen, herunder formuleringen «un intérêt transfrontalier certain» i den franske versjonen (EU-domstolens arbeidsspråk). På svensk er dette oversatt til «ett bestämt gränsöverskridande intresse» og på dansk til «en klar grænseoverskridende interesse». Det er med andre ord snakk om en kvalifisert terskel. Vurderingstemaet er siden gjentatt i flere saker.[[366]](#footnote-366) [[367]](#footnote-367) [[368]](#footnote-368) [[369]](#footnote-369)

EU-domstolen har ikke uttalt seg uttrykkelig om hvilket beviskrav som gjelder for denne vurderingen, men den konkrete angivelsen av at den grensekryssende interessen skal være «klar» («certain»), tilsier at det kreves mer enn bare sannsynlighetsovervekt. Dette betyr ikke nødvendigvis at nasjonale domstoler må stille høye beviskrav, men at de kan gjøre det uten at dette vil være i strid med det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet. I det store flertall av EØS-stater er det rådende sivilrettslige beviskrav høyere enn sannsynlighetsovervekt, noe EU-domstolen forutsetningsvis anser i tråd med effektivitetsprinsippet.[[370]](#footnote-370)

Det er i utgangspunktet overlatt til de nasjonale domstolene å bestemme hvorvidt en konkret anskaffelse har grensekryssende interesse. Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at det i den konkrete vurderingen skal sees hen til kontraktens verdi i kombinasjon med dens spesifikke egenskaper, oppfyllelsessted samt hvorvidt det foreligger klager fra utenlandske leverandører.[[371]](#footnote-371) Dersom det i ettertid skulle foreligge en klage på den aktuelle kontraktstildelingen fra en leverandør fra en annen medlemsstat, så er dette relevant for helhetsvurderingen, men det er ikke i seg selv tilstrekkelig til å konstatere at oppdragsgiver i forkant skulle ha vurdert anskaffelsen til å ha klar grensekryssende interesse.[[372]](#footnote-372)

Ettersom terskelverdiene etablerer en presumsjon for at kontrakter under den aktuelle terskelen ikke vil ha grensekryssende interesse, vil det også for anskaffelser tett opp under terskelverdien kreves særegne omstendigheter for å konstatere at anskaffelsen har slik interesse. Et eksempel på dette er sak C-298/15 Borta, som gjaldt byggearbeider i en litauisk havn. Kontraktsverdien var estimert til 4,8 millioner euro, nokså tett på dagjeldende terskelverdi for slike kontrakter (5,2 millioner euro). Dette var ikke tilstrekkelig til å konstatere at kontrakten hadde klar grensekryssende interesse, men den litauiske domstolen som forela saken for EU-domstolen mente selv at dette vilkåret var oppfylt som følge av arbeidets teknisk krevende karakter, med et spesialisert og internasjonalt leverandørmarked, noe som også ble underbygget med den omstendighet at to utenlandske leverandører faktisk hadde deltatt i konkurransen. EU-domstolen hadde ingen innvendinger mot den nasjonale domstolens vurdering.[[373]](#footnote-373) [[374]](#footnote-374)

For anskaffelser med en verdi som ligger godt under den relevante terskelverdien tyder EU-domstolens praksis på at det skal mye til før en kontrakt må antas å ha klar grensekryssende interesse.

Et illustrerende eksempel er sak C-318/15 Tecnoedi Costruzioni, som gjaldt en byggekontrakt med en verdi på under en fjerdedel av terskelverdien for anvendelse av anskaffelsesdirektivet fra 2004.[[375]](#footnote-375) [[376]](#footnote-376) [[377]](#footnote-377) Den italienske domstolen som hadde forelagt saken mente at en avstand til grensen til Frankrike på 200 km tilsa at kontrakten kunne ha interesse for leverandører etablert i Frankrike, og viste i den anledning til at flere av de italienske leverandørene som hadde deltatt i konkurransen var etablert mye lenger unna. EU-domstolen avviste imidlertid dette i temmelig kategoriske ordelag. Ifølge domstolen kan ikke eksistensen av en klar grensekryssende interesse «hypotetisk … udledes af visse oplysninger, som rent abstrakt betragtet kunne udgøre holdepunkter til støtte herfor» – det kreves tvert imot konkrete bevis for at det i den aktuelle sak foreligger klar grensekryssende interesse.[[378]](#footnote-378) Domstolen fremhevet videre at den aktuelle kontraktens verdi ikke engang utgjorde en fjerdedel av terskelverdien («et beløb, som end ikke udgør en fjerdedel af den i henhold til de EU-retlige bestemmelser fastsatte tærskelværdi»), og viste til at interessen fra leverandører fra andre medlemsstater ikke bare ville påvirkes av avstanden til byggeplassen, men også administrative og rettslige utfordringer knyttet til å utføre byggearbeider i et annet land.[[379]](#footnote-379)

Et annet eksempel er sak C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike, som blant annet gjaldt en kontrakt om produksjon av dokumentasjon på tillatelse fra myndighetene til å skyte opp fyrverkeri.[[380]](#footnote-380) Anskaffelsens verdi var på 56 000 euro, som var under en tredjedel av dagjeldende terskelverdi under anskaffelsesdirektivet fra 2004.[[381]](#footnote-381) Kommisjonen argumenterte for at kontakten likevel hadde klar grensekryssende interesse, siden markedet for produksjon av ulike former for offentlige tillatelser (ID-kort, sertifikater mv.) er spesialisert og internasjonalt, samtidig som geografisk nærhet er uten praktisk betydning. EU-domstolen viste imidlertid til at kontraktens verdi var forholdsvis lav («betydeligt under de tærskelværdier, der er fastsat») og at det gjaldt særskilte krav til utformingen av de aktuelle tillatelsene som det var knyttet kostnader til etterlevelsen av, og konkluderte med at EU-kommisjonen ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for at kontrakten hadde klar grensekryssende interesse.[[382]](#footnote-382) Det er ikke uten videre klart hvorfor kravene til utformingen av tillatelsene skulle være særlig kostnadsdrivende for leverandører fra andre medlemsstater, men nettopp av den grunn bekrefter dommen inntrykket av at det skal en hel del til før en kontrakt godt under terskelverdi anses å ha klar grensekryssende interesse.

For statlige vare- og tjenestekontrakter, hvor terskelverdien er markant lavere enn terskelen for tilsvarende anskaffelser foretatt av andre oppdragsgivere, kan det hevdes at det skal særlig mye til før en anskaffelse under terskel kan ha klar grensekryssende interesse. Selv om sondringen mellom statlige og andre oppdragsgivere har sitt opphav i GPA, kunne EU-lovgiver gitt terskelen for statlige oppdragsgivere generell anvendelse dersom man mente at kontrakter i spennet fra 1,4 til 2,2 millioner kroner er av grensekryssende interesse. For vurderingen av en kontrakts grensekryssende interesse, kan det ikke spille noen rolle om oppdragsgiver er statlig eller kommunal. Den omstendighet at EU-lovgiver ikke har gjort dette, kan derfor hevdes å gi opphav til en presumsjon for at vare- og tjenestekontrakter først har grensekryssende interesse om verdien er over 2,2 millioner kroner.

I vurderingen av om anskaffelser under terskelverdi har klar grensekryssende interesse må det også sees hen til at GPA-tersklene ikke inflasjonsjusteres, og at EØS-tersklene derfor heller ikke gjør det. I realiteten blir derfor tersklene lavere år for år, noe som må ha som konsekvens at det skal stadig mer til før en kontrakt under terskelverdi kan antas å ha klar grensekryssende interesse.

For vare- og tjenestekontrakter under terskelverdi er det trolig først og fremst anskaffelser av generiske varer og fjernleverbare ytelser som unntaksvis kan ha klar grensekryssende interesse. Et eksempel kan være sak C-278/14 Enterprise Focused Solutions, som gjaldt innkjøp av IT-systemer og utstyr.[[383]](#footnote-383) Kontraktsverdien var bare om lag en fjerdedel av den aktuelle terskelverdien, men EU-domstolen var likevel åpen for at kontrakten kunne ha klar grensekryssende interesse som en følge av kontaktgjenstandens generiske karakter.[[384]](#footnote-384) Den endelige vurderingen av dette spørsmålet ble her som ellers overlatt til den nasjonale domstolen (som i denne saken ikke hadde gjort noen slik vurdering før saken ble forelagt).

## EØS-rettslige forpliktelser ved anskaffelser under terskelverdi som har klar grensekryssende interesse

Dersom en anskaffelse under EØS-terskelverdi har klar grensekryssende interesse, så kommer det generelle forbudet mot nasjonalitetsbasert diskriminering til anvendelse. Oppdragsgiver kan ikke diskriminere potensielle leverandører etablert i andre EØS-stater, og heller ikke norske leverandører som for eksempel ønsker å tilby utenlandske varer som dekkes av EØS-avtalens anvendelsesområde. I sak C-458/03 Parking Brixen gikk EU-domstolen et skritt lenger når den slo fast at reglene om fri bevegelighet av tjenester og etablering krever «equal treatment of tenderers … even in the absence of discrimination on grounds of nationality».[[385]](#footnote-385) Denne tilnærmingen er fulgt opp i senere saker og gir grunnlag for å hevde at det gjelder et generelt anskaffelsesrettslig likebehandlingsprinsipp som også får anvendelse i saker som ikke faller inn under direktivene.[[386]](#footnote-386) En viktig følge av dette er at også norske leverandører kan påberope seg likebehandlingsprinsippet i saker som omfattes av EØS-retten som følge av at anskaffelsen har klar grensekryssende interesse, og det selv om deres potensielle tilbud ikke skulle ha noen EØS-tilknytning.

Med grunnlag i likebehandlingsprinsippet har EU-domstolen utledet et prinsipp om gjennomsiktighet, og også dette kommer til anvendelse på anskaffelser under terskelverdi som har klar grensekryssende interesse.[[387]](#footnote-387)

Spørsmålet om hvilke forpliktelser som kan utledes av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet i saker som ikke reguleres av direktivene, er vanskelig.[[388]](#footnote-388) EU-domstolen har flere ganger trukket inn avgjørelser om anskaffelsesdirektivene i saker som gjelder forståelsen av de generelle prinsippene.[[389]](#footnote-389) Samtidig har domstolen gjentatte ganger understreket at hovedreglene om fri bevegelighet ikke kan tjene som grunnlag for å gi de detaljerte reglene i direktivene anvendelse på anskaffelser under terskelverdiene.[[390]](#footnote-390) [[391]](#footnote-391) Samlet etterlater EU-domstolens avgjørelser et klart inntrykk av at den er seg den såkalte «nedfallsproblematikken» bevisst. Selv om bestemmelser i direktivene ofte kan utlegges som konkretiseringer av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, så betyr ikke dette at tilsvarende forpliktelser følger av disse prinsippene utenfor direktivenes anvendelsesområde. Så lenge leverandørene behandles likt, står oppdragsgiver langt friere etter reglene om fri bevegelighet enn etter direktivene. Dette er en tilnærming som også er i tråd med forholdsmessighetsprinsippet, som innebærer at det ikke stilles strengere EØS-rettslige krav til prosessen enn det anskaffelsens betydning for det indre marked krever. Under terskelverdiene vil forholdsmessighetsprinsippet legge større begrensninger på hvilke forpliktelser som kan utledes av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

I praksis er de viktigste følgene av at en anskaffelse har klar grensekryssende interesse i) at det må foreligge offentlig tilgjengelig informasjon om anskaffelsen i forkant, slik at potensielle leverandører har mulighet til å melde sin interesse, og ii) at leverandørene som melder sin interesse, behandles likt. For anskaffelser med klar grensekryssende interesse kan oppdragsgiver følgelig ikke bare henvende seg til et utvalg potensielle leverandører og be dem komme med tilbud. Så lenge anskaffelsen er gjort offentlig kjent på et vis som gjør at potensielle leverandører har kunnet melde sin interesse, er det mulig å begrense antall leverandører som får delta i selve konkurransen, men utvelgelsen av disse må overholde likebehandlingsprinsippet.[[392]](#footnote-392)

Hvilke minstekrav som stilles til offentlig informasjon om en forestående anskaffelse med klar grensekryssende interesse, er uklart.[[393]](#footnote-393) EU-domstolen har veket tilbake fra å oppstille en kunngjøringsplikt, og i stedet nøyd seg med å kreve at oppdragsgiver sikrer «en passende grad af offentlighed».[[394]](#footnote-394) [[395]](#footnote-395) Hva som er passende offentlighet må avgjøres konkret, men det må sees hen til at formålet er å sikre at også leverandører fra andre EØS-stater har reell mulighet til å bli oppmerksom på anskaffelsen. Etter omstendighetene kan kravet til tilstrekkelig publisitet oppfylles ved informasjon på egne nettsider, annonsering i regionale eller nasjonale aviser, bransjeaviser/nettsteder mv. En frivillig kunngjøring i Doffin eller TED vil i alle tilfeller være tilstrekkelig.

Informasjonen om den forestående anskaffelsen må være tilstrekkelig til at potensielle leverandører kan vurdere om den er av interesse. Ifølge EU-kommisjonen må det opplyses om «the essential details of the contract to be awarded and of the award method together with an invitation to contact the contracting entity».[[396]](#footnote-396) En meddelelse eller kunngjøring kan således suppleres med annen informasjon som utleveres på forespørsel fra interesserte leverandører.

Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet krever at oppdragsgiver i forkant av konkurransen fastsetter regler for den. De to prinsippene stiller også krav til hvilke konkurranseregler som kan oppstilles og til den nærmere gjennomføringen av konkurransen. For en nærmere omtale av dette viser utvalget til advokat Hammersviks utredning.[[397]](#footnote-397)

## Reguleringen av anskaffelser med klar grensekryssende interesse i Sverige og Danmark

### Danmark

I Danmark er anskaffelser med klar grensekryssende interesse særregulert i udbudsloven § 191.[[398]](#footnote-398) Etter denne bestemmelsen skal oppdragsgiver forut for inngåelsen av en vare- eller tjenestekontrakt med en klar grensekryssende interesse kunngjøre kontrakten. Bestemmelsen suppleres av en egen annonceringsbekendtgørelse, som slår fast at kunngjøringen minst skal inneholde 1) en kort beskrivelse av de viktigste opplysningene rundt kontrakten for å sette leverandører i stand til å vurdere om de vil inngi tilbud, 2) en beskrivelse av prosedyren som vil benyttes i henhold til loven § 192, herunder opplysninger om tildelingskriterier, og 3) oppdragsgiverens kontaktopplysninger, adressen for mottak av søknader og tilbud, og tidsfrister.[[399]](#footnote-399) Kunngjøring skal skje på nettsiden www.udbud.dk ved bruk av en oppgitt mal. Dette er også redegjort for i relasjon til dansk rett i kapittel 6.

Spørsmålet om hvorvidt anskaffelsen har en klar grensekryssende interesse, er en konkret vurdering som oppdragsgiver må foreta, men det er utarbeidet veiledning til hjelp i vurderingen.

Veiledning til vurdering av om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse

«Det beror på ordregiverens konkrete vurdering, om en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse. Ved vurderingen skal der lægges vægt på følgende elementer:

* Kontraktens genstand
* Kontraktens anslåede værdi
* Forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis
* Det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres
* Øvrige forhold, som fx kontraktens varighed

Der er tale om en samlet vurdering, hvor alle forholdene indgår. Ordregiver kan derfor ikke nøjes med at forholde sig til fx kontraktens værdi ved vurderingen af, om der er klar grænseoverskridende interesse.

Punkterne er heller ikke udtømmende, og andre elementer skal derfor muligvis inddrages i den konkrete vurdering. Eksempelvis kan kontraktens varighed have betydning for udenlandske virksomheders lyst til at byde på en kontrakt. En lang kontraktvarighed giver således bedre mulighed for at afskrive investeringer og peger dermed i retning af, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.»

Kilde: https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-forstaas-ved-klar-graenseoverskridende-interesse/

[Boks slutt]

Den generelle veiledningen til udbudsloven inneholder ytterligere veiledning også for vurderingen av om en kontrakt har klar grensekryssende interesse.[[400]](#footnote-400)

For bygge- og anleggskontrakter, som i Danmark reguleres av en egen lov (Tilbudsloven), finnes det ingen tilsvarende særregulering av anskaffelser med klar grensekryssende interesse. Forklaringen er trolig at tilbudsloven § 6 krever kunngjøring av alle bygge- og anleggskontrakter med en antatt verdi på mer enn 3 millioner danske kroner, og at det er lite praktisk at en bygge- og anleggskontrakt av lavere verdi vil måtte regnes som en anskaffelse med klar grensekryssende interesse.

### Sverige

I Sverige finnes det ingen særregulering for anskaffelser med klar grensekryssende interesse. Lovutvalget som i 2018 forberedte nye regler om anskaffelser under terskelverdiene tok til orde for en sondring mellom anskaffelser med og uten klar grensekryssende interesse, men dette fikk ikke tilslutning fra departementet.[[401]](#footnote-401) Lovutvalgets syn var at anvendelsen av de generelle EU-rettslige prinsippene for offentlige anskaffelser burde avgrenses til tilfeller som faktisk faller inn under EU-rettens anvendelsesområde. Departementet valgte imidlertid å videreføre en rettstilstand hvor de generelle prinsippene kommer til anvendelse på alle anskaffelser som reguleres av lag om offentlig upphandling. Med dette kan det hevdes at det ikke er behov for særregulering av anskaffelser med klar grensekryssende interesse, så lenge svenske oppdragsgivere anvender de generelle prinsippene i tråd med EU-domstolens føringer også for anskaffelser under terskelverdi.

For anskaffelser under EU-terskelverdiene som er kunngjøringspliktige i henhold til LOU kap. 19 synes det klart at de krav som følger av EU-rettens regler om fri bevegelighet er ivaretatt. I disse tilfellene må oppdragsgiver, uavhengig av om den aktuelle anskaffelse har klar grensekryssende interesse eller ikke, kunngjøre konkurransen og spesifisere i anskaffelsesdokumentene: 1) hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres, 2) hvilke krav det er som må oppfylles for å kunne delta i konkurransen, 3) minimumskrav som tilbudet skal oppfylle, 4) tildelingskriterier, inkludert vekting og prioritetsrekkefølge, og 5) kommersielle vilkår og andre betingelser som gjelder for utføringen av kontrakten.[[402]](#footnote-402)

For anskaffelser under EU-terskelverdiene som ikke er kunngjøringspliktige (LOU kap. 19 a) er det i realiteten overlatt til den enkelte oppdragsgiver å vurdere om anskaffelsen er av en slik karakter at EU-rettens krav til «passende offentlighet» slår inn. LOU kap. 19 a § 8 slår nå fast at oppdragsgiver i alle tilfeller av «direktupphandling» skal overholde prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Högsta forvaltningsdomstolen uttalte i 2018 at de generelle prinsippene «i vissa fall» kunne medføre en plikt til «någon form av konkurrensutsätting».[[403]](#footnote-403) I samme dom ble det imidlertid også understreket at forpliktelsene som kan utledes av de generelle prinsippene må tilpasses kontraktens karakter og størrelse, og det ble forutsetningsvis lagt til grunn at det etter omstendighetene kan være i tråd med de generelle prinsippene å velge ut bare en leverandør som oppdragsgiver tar direkte kontakt med.[[404]](#footnote-404) Ettersom en slik fremgangsmåte ikke vil være i tråd med EU-domstolens utlegning av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet forutsetter svensk lovgiver i realiteten at den enkelte oppdragsgiver passer på at dette ikke skjer i saker som har klar grensekryssende interesse.

Grensen for «direktupphandling» etter LOU kap. 19 a er for tiden på 700 000 svenske kroner for varer, tjenester og byggekontrakter. Det er lite praktisk at en bygge- og anleggskontrakt av lavere verdi vil måtte regnes som en anskaffelse med klar grensekryssende interesse. For vare- og tjenestekontrakter kan dette stille seg annerledes, selv om det nok også her skal mye til før en kontrakt på bare halvparten av gjeldende EU-terskel må anses for å ha klar grensekryssende interesse.

## Utvalgets vurdering

### Om det skal gis en regulering for anskaffelser under EØS-terskelverdi for anskaffelser med klar grensekryssende interesse

Vurderingen av om man i norsk rett må eller bør innføre særregler for offentlige anskaffelser med klar grensekryssende interesse avhenger av hvilke generelle regler man har eller innfører for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dersom de reglene som uansett vil komme til anvendelse på anskaffelser under terskelverdi er utformet slik at EU-domstolens krav er oppfylt, er det liten grunn til å innføre særregler for anskaffelser med klar grensekryssende interesse. Dette er forutsetningsvis den løsningen som er valgt i Sverige, og også i Danmark for så vidt gjelder bygge- og anleggsarbeider. Dersom man derimot ønsker mer fleksible regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi, kan det være behov for en særregel som den danske udbudsloven § 191. Dette avhenger likevel av de terskler som innføres for slike mer fleksible regler. Dersom terskelen settes godt under gjeldende EØS-terskel, er det lite praktisk at reglene vil komme til anvendelse på anskaffelser som må antas å ha klar grensekryssende interesse.

Etter gjeldende rett inntrer kunngjøringsplikt ved en anslått kontraktsverdi på 1,3 millioner kroner, jf. anskaffelsesforskriften § 5-1.[[405]](#footnote-405) For bygge- og anleggskontrakter er det lite praktisk at anskaffelser under denne grensen (del 1-anskaffelser) skal kunne ha klar grensekryssende interesse, men for vare- og tjenestekontrakter kan dette stille seg annerledes. Lovgivers vurdering har imidlertid forutsetningsvis vært at det ikke er påkrevd med en bestemmelse som den danske udbudsloven § 191. I kraft av anskaffelsesloven § 4 kommer de generelle anskaffelsesrettslige prinsippene til anvendelse også på del I-anskaffelser, og dersom prinsippene forstås og anvendes i tråd med EU-domstolens praksis så vil de sikre «en passende grad af offentlighed» om anskaffelser som har klar grensekryssende interesse. I hvilken utstrekning dette skjer i praksis, er imidlertid utvalget noe usikker på. Mens den danske særreguleringen av slike anskaffelser har ledet til en rekke saker i Klagenævnet for Udbud som gjelder grensen mellom sakstilfeller som reguleres av EU-retten og de som ikke gjør det, så konstaterer utvalget at det ikke finnes noen eksempler i KOFA-praksis hvor dette har vært tema. Dette kan skyldes at norske oppdragsgivere etterlever de generelle prinsippene på et vis som gjør at det ikke har praktisk betydning å ta stilling til om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse. Det kan imidlertid også tenkes at det er en del tilfeller hvor anskaffelser med klar grensekryssende interesse ikke i forkant gjøres kjent i leverandørmarkedet på det vis som EØS-retten krever.

I kapittel 24.12 drøfter utvalget om de EØS-rettslige prinsippene for offentlige anskaffelser også i fremtiden bør komme til anvendelse i saker som ikke omfattes av EØS-rettens anvendelsesområde. Utvalget anbefaler at det i den nye anskaffelsesloven trekkes et klart skille mellom anskaffelser som reguleres av EØS-retten og anskaffelser som ikke gjør det, slik det er gjort i Danmark. Dette gjør det mulig å forenkle regelverket for mindre anskaffelser i større grad enn det EU-domstolens generelle krav tillater. Det er for eksempel ikke lett å forene en regel som tillater at oppdragsgiver henvender seg direkte til et begrenset antall leverandører og innhenter tilbud fra dem, med EU-domstolens generelle krav til offentlighet knyttet til en forestående anskaffelse, og de tilhørende EU-rettslige kravene til hvordan konkurransen må gjennomføres for å sikre likebehandling av leverandører fra ulike EØS-land.

De forenklinger som utvalget foreslår for anskaffelser under EØS-terskelverdi, gjør at oppdragsgiver ikke kan legge til grunn at anskaffelser gjennomført etter disse reglene uten videre vil leve opp til de krav som EØS-rettens hovedregler om fri bevegelighet stiller til anskaffelser med klar grensekryssende interesse. Selv om disse hovedreglene alt er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven, med forrang fremfor øvrig norsk lov, så mener utvalget at hensynet til klar og lojal gjennomføring av våre EØS-rettslige prinsipper da tilsier at det tas inn i loven en egen bestemmelse som gjør det klart at anskaffelser med klar grensekryssende interesse må særbehandles.[[406]](#footnote-406) Den omstendighet at man har funnet grunn til å gjøre dette i Danmark, styrker utvalgets oppfatning av at det bør gjøres også i Norge. Utvalget har derfor ikke funnet det påkrevd å drøfte om lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 krever en slik særregel.

### Hvordan bør en bestemmelse som regulerer anskaffelser med klar grensekryssende interesse utformes?

Etter utvalgets syn skal det en del til før en anskaffelse under EØS-terskelverdi må antas å ha klar grensekryssende interesse. Videre erkjenner utvalget at det å vurdere om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse kan være en vanskelig vurdering for oppdragsgiver. Disse to betraktningene gjør at utvalget har foreslått en formulering i lovbestemmelsen som synliggjør at en anskaffelse under EØS-terskelverdi i utgangspunktet ikke har grensekryssende interesse. Det bør også utarbeides egen veiledning til oppdragsgivere om hvordan denne vurderingen skal foretas, på samme måte som i Danmark.

Bestemmelsen må kodifisere de føringene som fremkommer av EU-domstolens praksis, og dette er gjort i utvalgets forslag til § 3-3 første ledd bokstavene a til c. Oppdragsgiver må annonsere kontrakten, angi de valgte reglene for konkurransen, og orientere om utfallet etter at kontrakt er tildelt.

Fordi bestemmelsen kodifiserer EØS-rettslige regler om fri bevegelighet er det naturlig at bestemmelsen bare får anvendelse på varer og tjenester som er omfattet av EØS-avtalen. Dette foreslås synliggjort i et eget ledd i bestemmelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at det i ny anskaffelseslov tas inn en egen bestemmelse om anskaffelser under terskelverdi med klar grensekryssende interesse.
* at bestemmelsen bare gjelder for anskaffelser som er omfattet av EØS-avtalens hoveddel.
* at det gis egen veiledning for hvordan oppdragsgiver skal vurdere om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse.

[Boks slutt]

Del IV

Regler for anskaffelser over EØS-terskelverdi

# Anskaffelsesdirektivet

## Virkeområde [artikkel 1]

### Hvilke rettssubjekter er omfattet av loven

Dette kapittelet vil redegjøre for hvem anskaffelsesdirektivet gjelder for, og for hvilke anskaffelser som er omfattet. Det samlede virkeområdet til anskaffelsesdirektivet må avgrenses mot hvilke type anskaffelser eller kontrakter som er unntatt. Unntakene redegjøres nærmere for i kapittel 24.7. Det geografiske virkeområdet til loven som sådan skal utvalget behandle i andre delutredning, og vil derfor ikke bli behandlet her.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 angir at direktivet fastsetter reglene for offentlige oppdragsgivere når det gjelder offentlige kontrakter og plan- og designkonkurranser, og hvor verdien er antatt å ikke være lavere enn terskelverdiene som er fastsatt i artikkel 4. Direktivets virkeområde må leses i sammenheng med en rekke andre bestemmelser og definisjoner.

Det redegjøres nærmere for hva som anses som en offentlige oppdragsgiver og offentlig kontrakt i kapittel 24.2. Terskelverdier redegjøres for i kapittel 24.4.

Direktivet gjelder for offentlige oppdragsgivere, som er definert i artikkel 2 nr. 1 punkt 1, til å være statlige, regionale eller lokale myndigheter, offentligrettslige organer eller sammenslutninger av disse. I sak C-323/96 Kommisjonen mot Belgia fastslo EU-domstolen at begrepet «stat» omfatter alle organer som utøver lovgivende, utøvende og dømmende makt.[[407]](#footnote-407) Etter EU-domstolens praksis skal begrepet offentlig oppdragsgiver, herunder begrepet offentligrettslig organ (omtalt under) underlegges en bred formålsorientert tolkning. Tolkningen må gjøres i lys av formålet med anskaffelsesdirektivet, som er å hindre at hjemmehørende aktører gis en bedre posisjon enn utenlandske ved offentlige kontrakter. Regelverket skal videre utelukke muligheten for at et organ, som finansieres eller kontrolleres av staten, lokale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, lar seg lede av andre hensyn enn økonomiske.[[408]](#footnote-408)

Anskaffelsesdirektivet gjelder, som angitt ovenfor, også for offentligrettslige organer. Dette er organer eller virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter. Samtidig som de står i en nær funksjonell tilknytning til det offentlige, og som er opprettet spesielt med det bestemte formål om å imøtekomme allmennhetens behov.[[409]](#footnote-409) Begrunnelsen for å inkludere disse er at virksomheter som ikke er utsatt for den samme økonomiske risikoen som private bedrifter lettere kan ta andre hensyn ved anskaffelser enn de rent forretningsmessige. Slike virksomheter har ofte ikke kommersielle krav, eksempelvis krav om overskudd og utbytte til aksjeeierne. Det er også et poeng å unngå omgåelse av regelverket, ved at en offentlig oppdragsgiver ikke skal kunne uthule regelverkets effektivitet ved å overlate offentlige oppgaver til private rettssubjekt.[[410]](#footnote-410) [[411]](#footnote-411)

Offentligrettslige organer er definert i artikkel 2 nr. 1 punkt 4 og direktivet angir at et offentligrettslig organ har alle karakteristikkene som er listet i bokstavene a til c. EU-domstolen har i flere saker uttalt seg om kriteriene i vurderingen av om det foreligger et offentligrettslig organ.

EU-domstolen har i forente saker C-155/19 og C-156/19 FIGC, under henvisning til tidligere rettspraksis fastslått at de tre betingelsene i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 4 bokstavene a til c er kumulative.[[412]](#footnote-412) Det betyr at alle tre kriteriene må være oppfylt for at et organ er å anse som et offentligrettslig organ. Det må være opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, og ikke behov av industriell eller forretningsmessig art. Videre må organet være et selvstendig rettssubjekt og ha en tilknytning til det offentlige. Når det gjelder bokstav c har EU-domstolen, i samme avsnitt, uttalt at de tre kriteriene knyttet til vurderingen av om virksomheten i hovedsak må være finansiert eller kontrollert av offentlige myndigheter er alternative. Det er altså tilstrekkelig at ett av disse alternativene er oppfylt i en konkret sak. EU-domstolen uttalte i samme sak at organisering og valg av selskapsform er uten betydning i vurderingen av om en virksomhet er et offentligrettslig organ.[[413]](#footnote-413)

Det skal gjøres en formålsorientert tolkning, jf. sak C-31/87 Beentjes.[[414]](#footnote-414) Dette for å unngå at et organ faller utenfor direktivet utelukkende fordi det formelt sett ikke er en del av staten, selv om det utfører oppgaver for den, ville det være i strid med formålet med direktivet om å legge til rette for fri bevegelighet innenfor EU/EØS-området.

Dersom en virksomhet først er å regne som et «offentligrettslig organ», selv om det også delvis driver kommersiell virksomhet, vil direktivet uansett gjelde for alle anskaffelser som denne virksomheten foretar seg, jf. sak C-44/96 Mannesmann.[[415]](#footnote-415)

#### Allmennhetens behov

Vilkåret om at organet må være opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke for å møte behov av industriell eller forretningsmessig karakter, i bokstav a krever en konkret helhetlig vurdering av virksomhetens karakter. Det følger av ordlyden i direktivet at virksomheten må være opprettet med det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov. EU-domstolen har understreket dette i sak C-567/15 LitSpecMet.[[416]](#footnote-416) Dersom virksomheten tjener allmennhetens behov, må det videre vurderes om det allmenne behovet som virksomheten skal tjene er «av industriell eller forretningsmessig karakter», da et slikt behov utelukker at bokstav a er oppfylt. I denne sammenheng er det sentralt om virksomheten vil opptre som en privat aktør i markedet eller om den kan komme til å ta hensyn som ikke er rent økonomiske, jf. sak C-360/96 BFI Holding.[[417]](#footnote-417)

#### Industriell eller forretningsmessig karakter

Kjernen i vurderingen er etter ordlyden hvorvidt organet driver på tilsvarende måte som private selskaper. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering av selskapets virksomhet, relevante momenter er gjengitt i boks 24.1.

Relevante momenter i vurderingen

EU-domstolen har oppstilt en rekke momenter som er relevante i vurderingen:

* Virksomhetens formål, hvilke omstendigheter har ledet frem til opprettelsen av virksomheten.
* Hvorvidt organet driver i et konkurranseutsatt marked og driver på normale markedsvilkår. Dersom organet driver markedsmessig, vil det normalt sett foreta innkjøp som er begrunnet i økonomiske hensyn.
* Hvorvidt organet selv bærer risikoen forbundet med virksomheten. Dersom det er etablert ordninger for å dekke eventuelle økonomiske tap vil det tale for at det ikke er et organ av industriell og kommersiell karakter, eksempelvis dersom det offentlige vil gå inn og redde virksomheten ved fare for konkurs eller lignende.
* Hvorvidt prisen er fastsatt av offentlige myndigheter eller basert på markedet og konkurransen i markedet. Dersom prisene er fastsatt av offentlige myndigheter, vil dette tale for at det ikke er et organ av industriell eller kommersiell karakter.

Kilde: momentene er hentet fra nærings- og fiskeridepartementets veileder 2017, se punkt 2.1.2.1.2 med videre henvisninger til rettspraksis.

[Boks slutt]

#### Rettssubjekt

Det andre vilkåret, i bokstav b som må være oppfylt er at organet må være organisert som et rettssubjekt. Et rettssubjekt er en juridisk person som kan ha rettigheter og plikter, samt foreta rettsstiftende handlinger.

#### Organet må være tilstrekkelig tilknyttet til det offentlige

Det tredje vilkåret, i bokstav c som må være oppfylt er at organet må være tilstrekkelig tilknyttet til det offentlige. For å oppfylle dette vilkåret må ett av de følgende alternativene være oppfylt:

* Organet er hovedsakelig finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer
* Organets forvaltning er underlagt offentlige myndigheters eller andre offentlige organers ledelsesmessige kontroll
* Organet har et administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer.

Det avgjørende for om disse vilkårene er oppfylt er om virksomheten har en tilknytning til det offentlige som gir det offentlige en mulighet til å utøve innflytelse på virksomhetens beslutninger. Vilkårene er alternative, det vil si at kun ett av vilkårene må være oppfylt for at tilknytningen skal anses å være tilstrekkelig.

Anskaffelsesdirektivet er i gjeldende regelverk gjennomført i anskaffelsesloven § 2 og i anskaffelsesforskriften § 1-2.

### Utvalgets vurdering

Utvalgets forslag er at virkeområdet i artikkel 1 reguleres i ny lov, og at dette formuleres nokså likt som i dagens regelverk. Når direktivet i sin helhet skal gjennomføres i lov, mener utvalget imidlertid at det ikke er nødvendig at definisjonen og vurderingstemaet knyttet til hva som er å anse som et offentligrettslig organ omtales i lovteksten. Dette har imidlertid ikke betydning for det rettslige inneholdet. Det foreligger en del rettspraksis fra EU-domstolen, og nemndspraksis fra KOFA knyttet til vurderingene av vilkårene for om et organ er å anse som et offentligrettslig organ. Siden bestemmelsens materielle innhold videreføres, vil gjeldende rettspraksis om temaet være fullt ut relevant.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 1. nr. 1 i ny lov om offentlige anskaffelser § 1-2.

[Boks slutt]

### Saklig virkeområde

I artikkel 1 nr. 2 gir direktivet en beskrivelse av en anskaffelse. En anskaffelse i direktivets forstand er der en eller flere offentlige oppdragsgivere anskaffer, ved en offentlig kontrakt, av bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser fra leverandører som er valgt av oppdragsgiver. Dette gjelder uavhengig av om det som anskaffes er beregnet til et offentlig formål. Dersom oppdragsgiver foretar en anskaffelse i samarbeid med et organ/selskap som ikke er omfattet av anskaffelsesreglene, må det gjøres en konkret vurdering av hva som er hovedformålet med kontrakten.[[418]](#footnote-418)

Direktivet åpner for at en offentlig anskaffelse kan ha én eller flere offentlige oppdragsgivere. Videre må det være en offentlig kontrakt, som er definert i artikkel 2 nr. 1 punkt 5. Her fremgår det at en offentlig kontrakt i direktivets forstand er en gjensidig bebyrdende kontrakt som inngås skriftlig mellom en eller flere leverandører, og en eller flere oppdragsgivere og som omhandler utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller levering av varer eller tjenesteytelser.

I EU-domstolens sak C-451/05 Helmut Müller ble kontraktsbegrepet tolket etter 2004-direktivet, som også regulerte offentlige kontrakter.[[419]](#footnote-419) Domstolen uttalte at begrepet kontrakt er avgjørende for å fastlegge virkeområdet til direktivet, og viste til fortalen om at direktivets formål var å anvende EU-rettens bestemmelser på kontrakter som ble inngått på vegne av staten, regionale myndigheter og andre offentligrettslige organer.[[420]](#footnote-420) For at kontrakten skal være omfattet av anskaffelsesreglene, må den innebære en direkte økonomisk fordel for oppdragsgiver.[[421]](#footnote-421)

EU-kommisjonen har i en veileder angitt enkelte momenter som kan være relevante for å fastlegge om det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt, se boks 24.3.[[422]](#footnote-422)

Momenter i vurderingen av om det er en gjensidig bebyrdende kontrakt

Det kan tale for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt hvis:

* Formålet med kontrakten er å dekke behovene til oppdragsgiver som den har definert innenfor sitt kompetanseområde.
* Tjenestens karakter og måten den skal utføres på er spesifisert i detalj av den offentlige oppdragsgiveren.
* Det er kontraktsfestet et vederlag for tjenesten.
* Den offentlige oppdragsgiveren tar initiativet til å finne en leverandør som kan yte tjenesten.
* Kontrakten inneholder misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, for eksempel erstatning.

[Boks slutt]

Ensidig støtte og gaver vil falle utenfor kontraktsbegrepet. Forvaltningsvedtak eller utøving av offentlig myndighet vil normalt ikke være en gjensidig bebyrdende kontrakt.[[423]](#footnote-423)

Anskaffelsesdirektivet artikkel 1 er gjennomført i anskaffelsesloven § 2 første ledd og anskaffelsesforskriften § 1-1.

### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at anskaffelseslovens saklige virkeområdet skal følge det som er regulert i anskaffelsesdirektivet, og at det bør gis en egen lovbestemmelse som tydeliggjør lovens saklige virkeområde. Utvalget anser det ikke nødvendig at det i virkeområdet eksplisitt nevnes at også plan- og designkonkurranser er omfattet. Utvalgets forslag innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett. Bestemmelsen bør gjennomføres innledningsvis i ny lov.

Utvalget har foreslått at lovens saklige virkeområde også avgrenses beløpsmessig, dette er gjenstand for en særskilt drøftelse i kapittel 22.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 1 nr. 2 i ny lov om offentlige anskaffelser § 1-3.

[Boks slutt]

## Definisjoner [artikkel 2]

### Gjeldende rett

#### Definisjoner

Anskaffelsesdirektivet inneholder mange definisjoner. Det er ingen felles karakteristikk som kan brukes for alle definisjonene. Enkelte definerer mindre viktige og elementære begreper, mens andre er mer komplekse enten i omfang eller i innhold. Begrepene utfyller i enkelte tilfeller de rettslige forpliktelsene som følger av direktivet.

Artikkel 2 nr. 1 inneholder en liste med 24 begreper som fortløpende er definert, se boks 24.5. I tillegg inneholder også direktivet enkelte definisjoner fortløpende i direktivteksten.

Definisjoner i anskaffelsesdirektivet artikkel 2

«1. I dette direktiv menes med:

1) ‘offentlige oppdragsgivere’ staten, regionale eller lokale myndigheter, offentligrettslige organer eller sammenslutninger dannet av én eller flere slike myndigheter eller ett eller flere slike offentligrettslige organer,

2) ‘sentrale statlige myndigheter’ de offentlige oppdragsgiverne som er oppført i vedlegg I, og i den grad det er foretatt rettelser eller endringer på nasjonalt plan, de enhetene som har erstattet dem,

3) ‘ikke-statlige offentlige oppdragsgivere’ alle offentlige oppdragsgivere som ikke er sentrale statlige myndigheter,

4) ‘offentligrettslige organer’ organer som har alle følgende egenskaper:

a) de er opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, men ikke behov av industriell eller forretningsmessig art,

b) de er et rettssubjekt, og

c) de er i hovedsak finansiert av staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligrettslige organer; eller deres forvaltning er underlagt en av disse myndighetenes eller et av disse organenes tilsyn; eller de har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er utpekt av staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligrettslige organer,

5) ‘offentlige kontrakter’ gjensidig bebyrdende kontrakter som inngås skriftlig mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, og som gjelder utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester,

6) ‘offentlige bygge- og anleggskontrakter’ offentlige kontrakter som gjelder ett av følgende:

a) utførelse eller både prosjektering og utførelse av bygge- og anleggsarbeid i tilknytning til én av virksomhetene definert i vedlegg II,

b) oppføring eller både prosjektering og oppføring av et bygg,

c) oppføring, uansett på hvilken måte, av et bygg som oppfyller kravene fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren som har en avgjørende innflytelse på typen eller prosjekteringen av bygget,

7) ‘bygg’ resultatet av bygge- og anleggsarbeid eller ingeniørarbeid sett under ett, som i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon,

8) ‘kontrakter om offentlig varekjøp’ offentlige kontrakter som gjelder innkjøp, leasing, leie eller kjøp på avbetaling, med eller uten en kjøpsopsjon, av varer. En kontrakt om offentlig varekjøp kan også omfatte monterings- og installasjonsarbeid,

9) ‘kontrakter om offentlig tjenesteyting’ offentlige kontrakter som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i nr. 6,

10) ‘markedsdeltaker’ enhver fysisk eller juridisk person, eller en offentlig enhet eller gruppe av slike personer og/ eller enheter, herunder midlertidige sammenslutninger av foretak, som på markedet tilbyr utførelse av bygge- og anleggsarbeid og/eller oppføring av bygg, levering av produkter eller tjenesteyting,

11) ‘anbyder’ en markedsdeltaker som har innlevert et anbud,

12) ‘kandidat’ en markedsdeltaker som har søkt om eller er innbudt til å delta i en begrenset anbudskonkurranse, i en konkurranseframgangsmåte med forhandling, i en framgangsmåte med forhandling uten forhåndskunngjøring, i en konkurransedialog eller i et innovasjonspartnerskap,

13) ‘innkjøpsdokument’ ethvert dokument som er utarbeidet eller vises til av den offentlige oppdragsgiveren for å beskrive eller bestemme elementer i innkjøpet eller framgangsmåten, herunder kunngjøringen av konkurranse, den veiledende kunngjøringen dersom den benyttes som metode for utlysing av konkurranse, de tekniske spesifikasjonene, det beskrivende dokumentet, foreslåtte kontraktsvilkår, formater for kandidaters og anbyderes framlegging av dokumenter, opplysninger om alminnelige forpliktelser samt eventuelle ytterligere dokumenter,

14) ‘samordnede innkjøp’ virksomhet som utføres permanent, på én av følgende måter:

a) anskaffelse av varer og/eller tjenester beregnet på offentlige oppdragsgivere,

b) tildeling av offentlige kontrakter eller inngåelse av rammeavtaler for bygge- og anleggsarbeid, varer eller tjenester beregnet på offentlige oppdragsgivere,

15) ‘tilknyttede innkjøpstjenester’ virksomhet som består i å yte støtte til innkjøpsvirksomhet, særlig på følgende måter:

a) teknisk infrastruktur som gjør det mulig for offentlige oppdragsgivere å tildele offentlige kontrakter eller inngå rammeavtaler for bygge- og anleggsarbeid, varer eller tjenester,

b) rådgivning om gjennomføring eller utforming av framgangsmåter ved tildeling av kontrakter,

c) forberedelse og forvaltning av framgangsmåter ved tildeling av kontrakter på vegne av og for den berørte offentlige oppdragsgiverens regning,

16) ‘innkjøpssentral’ en offentlig oppdragsgiver som driver samordnede innkjøp og muligens tilknyttede innkjøpstjenester,

17) ‘yter av innkjøpstjenester’ et offentlig eller privat organ som tilbyr tilknyttede innkjøpstjenester på markedet,

18) ‘skriftlig’ ethvert uttrykk som består av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres, herunder opplysninger som sendes og lagres ved hjelp av elektroniske midler,

19) ‘elektroniske midler’ elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler,

20) ‘livssyklus’ de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning,

21) ‘plan- og designkonkurranser’ de framgangsmåtene som gjør det mulig for den offentlige oppdragsgiveren å innhente, hovedsakelig på områdene by- og regionplanlegging, arkitektur, ingeniørarbeid eller databehandling, en plan eller et prosjekt valgt ut av en jury etter å ha vært satt ut til konkurranse med eller uten utdeling av premier,

22) ‘innovasjon’ innføring av nye eller vesentlig forbedrede produkter, tjenester eller prosesser, herunder, men ikke begrenset til, produksjons-, bygge- eller konstruksjonsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, organisering av arbeidsplassen eller eksterne forbindelser, blant annet med sikte på å bidra til å løse samfunnsmessige utfordringer,

23) ‘merke’ ethvert dokument eller sertifikat eller enhver attestasjon som bekrefter at de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene oppfyller visse krav,

24) ‘merkekrav’ de kravene som de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene skal oppfylle for å oppnå det berørte merket.

2. I henhold til denne artikkel omfatter ‘regionale myndigheter’ myndigheter som er oppført på den ikke-uttømmende listen i NUTS 1 og 2, som nevnt i europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1059/20031, mens ‘lokale myndigheter’ omfatter alle myndigheter i de administrative enhetene som hører inn under NUTS 3 og mindre administrative enheter, som nevnt i forordning (EF) nr. 1059/2003».

[Boks slutt]

Anskaffelsesloven inneholder ingen særskilte bestemmelser som bare inneholder definisjoner av begreper. Anskaffelsesforskriften inneholder i kapittel 4, 27 begreper som fortløpende er definert i bestemmelsene §§ 4-1 til 4-5.

#### Nærmere om konkurransegrunnlag

##### Om konseptet «konkurransegrunnlag»

Anskaffelsesdirektivet har ingen egen bestemmelse om konkurransegrunnlag, og begrepet er heller ikke definert i direktivet. Da direktivet ble gjennomført i anskaffelsesforskriften ble det valgt å innta en egen definisjon av hva et konkurransegrunnlag er, og knytte rettsvirkninger til dette. Forskriften inneholder derfor et eget kapittel om konkurransegrunnlag, som blant annet inneholder en rekke krav til hvilke opplysninger som må fremgå av konkurransegrunnlaget.

Definisjonen av konkurransegrunnlag følger av forskriften § 4-2 bokstav a, hvor det fremgår at et konkurransegrunnlag er alle dokumenter, unntatt kunngjøringen og det europeiske egenerklæringsskjemaet, som oppdragsgiver utformer eller henviser til for å beskrive eller fastlegge elementene i anskaffelsen eller konkurransen. Dette inkluderer dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkårene og hvordan oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen, kvalifikasjonsgrunnlag og eventuelle supplerende dokumenter og tilleggsopplysninger.

Direktivets system er isteden bygget opp rundt kunngjøringen, og hvilke opplysninger som skal fremgå der. Det er opplysningene i kunngjøringen som setter potensielle tilbydere i hele EØS-markedet i stand til å vurdere om det er aktuelt å delta i en konkurranse eller ikke. Direktivet oppstiller derfor detaljerte krav til innholdet i kunngjøringen. Enkelte av disse opplysningene kan isteden fremgå av anskaffelsesdokumentene. Direktivet definerer anskaffelsesdokumenter i artikkel 2 nr. 1 punkt 13 til å være ethvert dokument som er utarbeidet eller vist til av oppdragsgiver for å beskrive eller bestemme elementer av anskaffelsen eller konkurransen.[[424]](#footnote-424) Dette omfatter alminnelig kunngjøring og veiledende kunngjøring, dersom den benyttes som eneste kunngjøring av konkurransen. Videre omfatter begrepet anskaffelsesdokumenter også kravspesifikasjonen, beskrivende dokumenter, foreslåtte kontraktsvilkår, formater for leverandørenes innlevering av dokumenter og opplysninger om alminnelige forpliktelser, samt eventuelle ytterligere dokumenter.

##### Endringer i kunngjort konkurransegrunnlag

Anskaffelsesforskriften kapittel 14 regulerer også forhold som ikke er en del av forberedelsen av konkurransen. § 14-2 regulerer adgangen til å gjøre endringer i et kunngjort konkurransegrunnlag. Her følger det at oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp kan foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige.

Direktivet inneholder ingen eksplisitt regulering av at det er adgang til å gjøre endringer i anskaffelsesdokumentene, men endringsadgangen kommer til uttrykk gjennom artikkel 47 nr. 3 bokstav b som angir at oppdragsgiver skal gi fristforlengelse dersom det gjøres «betydelige endringer» i anskaffelsesdokumentene. Det er antatt at adgangen til å gjøre endringer før tilbudsfristen er relativt vid, jf. fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 81. Dette henger sammen med at rettelser, suppleringer og endringer som skjer før tilbudsfrist umiddelbart skal sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget, og tilbudsfristen skal forlenges, jf. nr. 3.

Dette stiller seg annerledes for endringer som ville kunne medføre at andre eller flere leverandører ville delta i konkurransen.[[425]](#footnote-425) For endringer som ville medført endret deltakerinteresse i konkurransen, må oppdragsgiver avlyse konkurransen og starte på nytt.[[426]](#footnote-426) Se oversikt over ulike typetilfeller i boks 24.6.

Endringer i anskaffelsesdokumentene

En oppdragsgiver står ikke fritt til å endre anskaffelsesdokumentene. Det kan oppstilles tre ulike tilfeller hvor det er behov for endringer:

1. Uvesentlige endringer

Er tillatt, og krever ikke fristforlengelse.

2. Vesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene

Er tillatt, men oppdragsgiver må gi fristforlengelse.

3. Endringer av grunnleggende elementer

Er ikke tillatt, krever ny anskaffelse.

Kilde: den systemiske inndelingen er hentet fra veileder til anskaffelsesregelverket i Danmark. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven 2016 punkt 7.8.2

[Boks slutt]

##### Uklarheter i konkurransegrunnlaget

I anskaffelsesforskriften § 14-1 femte ledd står det at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. Tilsvarende står det i § 23-3 annet ledd at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet. Forenklingsutvalget foreslo disse to reglene, og mente dette var en kodifisering av EU-domstolens praksis og høyesterettspraksis.[[427]](#footnote-427) Forenklingsutvalget ville tydeliggjøre at konkurransegrunnlaget skal være klart og utvetydig formulert, og at det er oppdragsgivers ansvar. Tilsvarende regel ble foreslått også for leverandørens tilbud.

### Utvalgets vurderinger

#### Definisjoner

Utvalget har vurdert om ny lov om offentlige anskaffelser bør inneholde definisjoner, og kommet frem til at dette er hensiktsmessig, blant annet fordi dette kan være god veiledning til brukerne av regelverket. Utvalget mener imidlertid at alle definisjonene i direktivet ikke er nødvendig å gjennomføre i lov, men har valgt ut de mest relevante, og i denne vurderingen sett hen til hvilke definisjoner som i dag fremgår av anskaffelsesforskriften.

#### Konkurransegrunnlag

Utvalget foreslår at det særnorske konseptet «konkurransegrunnlag» ikke videreføres, og at direktivets skille mellom kunngjøring og anskaffelsesdokumenter benyttes i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget erkjenner at konkurransegrunnlag er et innarbeidet begrep, men mener samtidig at det ikke vil være store omstillinger ved å gå over til å bruke begrepet anskaffelsesdokumenter i stedet. Til dette vil utvalget vise til at det i dagens anskaffelsesforskrift § 4-2 er oppstillt et kunstig skille mellom kategorien av dokumenter som er «konkurransegrunnlag» eller «anskaffelsesdokumenter». Utvalget mener det er en forenkling å benytte direktivets system på dette punkt, og at det strengt tatt ikke er behov for å innføre ytterligere ett begrep. I praksis blir dette likevel en mindre endring, som følge av at oppdragsgiver fortsatt må utarbeide anskaffelsesdokumenter, og innta relevante opplysninger her som ikke tas inn i kunngjøringen.

Når det gjelder dagens bestemmelse i § 14-2 om endringer i konkurransegrunnlaget, har denne ikke et direkte motstykke i direktivet. Det fremgår samtidig av artikkel 47 nr. 3 bokstav b at oppdragsgiver skal forlenge tidsfrister forholdsmessig der det gjøres endringer i anskaffelsesdokumentene. Det vises til fremstillingen i kapittel 24.32.

Utvalget foreslår ikke å videreføre de særlige tolkningsreglene som gjelder konkurransegrunnlaget, og tilsvarende for leverandørens tilbud. Etter utvalgets syn er det naturlig at oppdragsgiver har risikoen for de anskaffelsesdokumentene som vedkommende selv har utarbeidet, og kan vanskelig se for seg situasjoner der oppdragsgiver skal kunne legge risikoen for uklarheter i anskaffelsesdokumentene over på andre. Etter utvalgets syn følger altså disse tolkningsreglene naturlig ut fra alminnelige betraktninger, og det er ikke nødvendig å lovfeste slike. Dette betyr at selv om utvalget ikke foreslår å videreføre bestemmelsene i ny lov, innebærer det ingen realitetsendring. Oppdragsgiver vil fortsatt ha risikoen for uklarheter i anskaffelsesdokumentene, og leverandør vil fortsatt ha risikoen for uklarheter i sitt tilbud.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at deler av anskaffelsesdirektivet artikkel 2 gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser § 4-2.
* ikke å videreføre begrepet konkurransegrunnlag i ny lov om offentlige anskaffelser.
* at de særskilte tolkningsreglene knyttet til uklarheter i konkurransegrunnlag og tilbud ikke reguleres i ny lov.

[Boks slutt]

## Blandede anskaffelser [artikkel 3]

### Gjeldende rett

Blandede anskaffelser er når en anskaffelse inneholder elementer som er dekket av to eller flere regelsett.[[428]](#footnote-428) Dette kan for eksempel være en situasjon hvor det skal anskaffes flere typer ytelser, sånn som både varer og bygge- og anleggsarbeider. Det samme gjelder der en anskaffelse inneholder elementer som delvis er omfattet av ett eller flere direktiver eller inneholder elementer som også faller utenfor det samlede anskaffelsesregelverket. Problemstillingen er da hvilke regler oppdragsgiver skal følge.

I fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 11 fremgår det at når det gjelder blandede kontrakter bør hvilke regler som kommer til anvendelse bestemmes ut fra hva som er kontraktens hovedgjenstand. Dette gjelder dersom kontraktens deler ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte. Direktivet tar derfor sikte på å klargjøre hvordan kontraktene skal deles opp, og dette er basert på rettspraksis fra EU-domstolen.

Det fremgår videre av direktivet premiss 11 annet avsnitt at det må gjøres en konkret vurdering fra sak til sak. Videre er det ikke bare opp til oppdragsgivers uttrykte eller antatte hensikt hvorvidt en kontrakt ikke kan deles opp, men det må kunne støttes av objektiv dokumentasjon. Begrunnelsen kan være både av teknisk og økonomisk art.

Når det gjelder blandede kontrakter som kan deles opp har oppdragsgiver alltid mulighet til å dele opp og tildele kontrakter etter de relevante reglene som gjelder for hver kontraktstype. I fortalen premiss 12 står det at dersom en oppdragsgiver velger å inkludere flere elementer i en anskaffelse, så skal som utgangspunkt reglene i anskaffelsesdirektivet følges for hele kontrakten.

Formålet med direktivets regler om blandede anskaffelser er å regulere hvordan oppdragsgiver skal håndtere situasjonen der en kontrakt inneholder flere elementer som er dekket av ulike regler på anskaffelsesområdet, eller delvis faller utenfor regelverket. Anskaffelsesdirektivets bestemmelser om blandede anskaffelser må leses i sammenheng med reglene om blandede anskaffelser i de andre direktivene, og også anskaffelsesdirektivets egne regler om blandede anskaffelser som inneholder forsvars- og sikkerhetselementer (direktivets artikkel 16). Forsyningsdirektivet inneholder egne bestemmelser om blandede anskaffelser i artikkel 5 og 6, og anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 5 henviser spesifikt til disse.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 3 gir regler om blandede anskaffelser. Bestemmelsen er bygd opp slik at de seks avsnittene regulerer ulike situasjoner.

Artikkel 3 nr. 1 henviser videre til at direktivet artikkel 3 nr. 2 får anvendelse på blandede kontrakter som er omfattet av anskaffelsesdirektivet. Det vil si kontrakter som inneholder en kombinasjon av varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider og helsetjenester og andre særlige tjenesteytelser. Videre viser bestemmelsen til at artikkel 3 nr. 3 til 5 får anvendelse på blandede kontrakter som gjelder anskaffelser som delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivet og delvis av forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet eller forsvarsanskaffelsesdirektivet.

Etter artikkel 3 nr. 2 skal kontrakter som gjelder en kombinasjon av minst to typer anskaffelser (bygge- og anleggsarbeider, tjenesteytelser eller varer) tildeles i samsvar med de bestemmelsene som gjelder for den anskaffelsen som kjennetegner den aktuelle kontraktens hovedgjenstand. Det følger av EU-domstolens praksis at hva som er kontraktens hovedgjenstand må skje etter en objektiv vurdering av hele kontraktens gjenstand.[[429]](#footnote-429) Det må gjøres en vurdering av hva som er kontraktens hovedytelser, og hva som er kontraktens tilknyttede ytelser og som bare utøves som følge av eller i forlengelsen av hovedytelsen. EU-domstolen sier også uttrykkelig at verdien av de ulike ytelsene kun utgjør ett av flere relevante momenter.[[430]](#footnote-430)

Dette stiller seg annerledes hvis det er tale om en blandet anskaffelse som delvis består av tjenesteytelser og delvis av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser. For disse tilfeller angir direktivet artikkel 3 nr. 2 annet ledd uttrykkelig at det kun er verdien som er det eneste relevante momentet som skal bestemme hva som er hovedgjenstanden til kontrakten. Dette gjelder også for kontrakter som både innebærer tjenester og varer.

Direktivet artikkel 3 nr. 3 regulerer situasjonen der en blandet anskaffelse objektivt kan deles opp. I disse tilfeller skal direktivet artikkel 3 nr. 4 få anvendelse, og hvis anskaffelsen ikke objektivt kan deles opp gjelder direktivet artikkel 3 nr. 6. En oppdragsgiver kan ikke dele opp anskaffelsen med det formål å unnta anskaffelsen fra direktivets anvendelsesområde, jf. artikkel 18 nr. 2.

I artikkel 3 nr. 3 annet avsnitt henvises det til at der en blandet anskaffelse er unntatt etter EØS-avtalen artikkel 123 eller omfattet av bestemmelsene i forsvarsanskaffelsesdirektivet, så gjelder særregelen i anskaffelsesdirektivet artikkel 16.

Direktivet artikkel 3 nr. 4 regulerer ulike typer situasjoner og inneholder tre avsnitt. I første avsnitt fremgår det at hvis en kontrakt omhandler en anskaffelse som delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivet, og delvis av en av de andre direktivene, så kan oppdragsgiver velge å dele opp kontrakten eller å tildele en samlet kontrakt. Hvis oppdragsgiver velger å tildele separate kontrakter, skal oppdragsgiver følge de reglene som normalt gjelder for den enkelte kontrakt. Dersom oppdragsgiver i stedet velger å tildele én samlet kontrakt, så skal oppdragsgiver i utgangspunktet bruke reglene i anskaffelsesdirektivet. Dette gjelder ikke hvis kontrakten inneholder forsvars- og sikkerhetselementer, da gjelder særreglene i direktivet artikkel 16.

Etter artikkel 3 nr. 4 tredje avsnitt er det gitt en særregel for de tilfeller at en blandet kontrakt inneholder elementer av kontrakter som gjelder varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider og av konsesjoner. Oppdragsgiver skal i disse tilfellene følge reglene i anskaffelsesdirektivet så fremt verdien av kontrakten som normalt ville vært omfattet av anskaffelsesdirektivet overstiger de fastsatte terskelverdiene i direktivet artikkel 4.

Direktivet artikkel 3 nr. 5 henviser til særreglene i forsyningsdirektivet som inneholder egne regler for blandende anskaffelser i dens artikkel 5 og 6. Bestemmelsen gjelder uavhengig av hva som eventuelt ville følge av artikkel 3 nr. 4.

Det følger av direktivet artikkel 3 nr. 6 at når en kontrakt ikke kan deles opp på en objektiv måte, avgjøres spørsmålet om hvilke regler som får anvendelse, ut fra hva som er hovedgjenstanden med kontrakten.

Forsyningsdirektivet gir detaljerte regler om blandede anskaffelser i artikkel 5 og 6. Artikkel 5 svarer i stor grad til anskaffelsesdirektivet artikkel 3. Artikkel 6 regulerer anskaffelser som omfatter flere aktiviteter under forsyningsdirektivet, og har ingen motsats i anskaffelsesdirektivet.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder regler om blandede anskaffelser i artikkel 20. Bestemmelsen har en del likheter med anskaffelsesdirektivet artikkel 3, men regulerer også noen andre typer av blandede kontrakter. Artikkel 20 nr. 1 svarer til anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 2. Artikkel 20 nr. 2 oppstiller på samme måte som anskaffelsesdirektivet artikkel 3 et skille mellom anskaffelser hvor de ulike delene objektivt kan deles opp eller ikke, og videre unntar anskaffelser etter TEUV artikkel 346, som på enkelte måter svarer til EØS-avtalen artikkel 123. Artikkel 20 nr. 3 åpner for at oppdragsgiver kan velge å dele opp kontrakter å tildele de ulike kontraktene under det direktivet som kommer til anvendelse på den konkrete delkontrakten. Artikkel 20 nr. 4 regulerer blandede konsesjonskontrakter som også inneholder elementer av offentlige kontrakter som er omfattet av enten forsyningsdirektivet eller anskaffelsesdirektivet. I så fall skal oppdragsgiver benytte reglene i det andre respektive direktivet. Artikkel 20 nr. 5 svarer til anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 6.

### Utvalgets vurdering

Utvalget viser til at anskaffelsesdirektivet inneholder detaljerte regler om blandede anskaffelser, og utvalget foreslår å gjennomføre disse i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. For det nærmere oppsettet har utvalget funnet det hensiktsmessig å følge direktivets oppsett. Forslaget innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett. Norsk offisiell oversettelse av anskaffelsesdirektivet benytter begrepet «kombinerte innkjøp», men utvalget viser til at begrepet «blandede anskaffelser» er innarbeidet og bør videreføres.

Utvalget har foreløpig ansett det som hensiktsmessig at bestemmelsene på enkelte punkter inneholder henvisninger direkte til direktivene, i stedet for konkrete deler av de andre lovene som gjennomfører de andre direktivene. Utvalget mener det er riktig for å sikre en presis henvisning til de deler av de andre lovene på anskaffelsesområdet som det vises til. Utvalget overlater til departementet å erstatte henvisningene med henvisning til nye lover når forslag til disse er utarbeidet.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 3 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 5-1 til 5-6.

[Boks slutt]

## Terskelverdier [artikkel 4]

### Gjeldende rett

#### Utgangspunkter

Terskelverdier er et sentralt begrep i regelverket for offentlige anskaffelser.[[431]](#footnote-431) Anskaffelsesdirektiver får bare anvendelse hvis den aktuelle kontraktens antatte verdi overstiger en gitt terskelverdi. Over disse terskelverdiene gir direktivene et minimumsharmonisert regelverk for offentlige anskaffelser fordi disse er antatt å være av grensekryssende interesse.[[432]](#footnote-432) Etter EU-lovgivers syn er kontrakter over terskelverdiene antatt å kunne være av interesse for aktører i andre medlemsstater.

EUs terskelverdier fastsettes av EU-kommisjonen, og endres annet hvert år som følge av endringer i valutakursene. Terskelverdier som er gjengitt her, svarer til terskelverdiene som er gjeldende per 1. september 2023. I Norge er disse terskelverdiene kalt EØS-terskelverdier.

#### Anskaffelsesdirektivet

Etter artikkel 1 gjelder reglene i anskaffelsesdirektivet bare for offentlige kontrakter over terskelverdiene i artikkel 4. I artikkel 4 gis det terskelverdier for ulike typer kontrakter. Det følger innledningsvis i artikkel 4 at direktivet gjelder for anskaffelser som har en anslått verdi eksklusive moms som svarer til eller er høyere enn tersklene i bestemmelsen. Det er gitt egne regler om å beregne anskaffelsens verdi i artikkel 5, disse er nærmere omtalt i kapittel 24.5. Terskelverdiene oppdateres annet hvert år, jf. artikkel 6, omtalt i kapittel 24.6.

Artikkel 4 bokstav a angir terskelverdien for offentlige bygge- og anleggskontrakter. Denne er angitt å være 56 millioner kroner.[[433]](#footnote-433)

Artikkel 4 bokstav b angir terskelverdien for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser som tildeles av statlige myndigheter. Denne er 1,4 millioner kroner.[[434]](#footnote-434) Det følger av samme bestemmelse at når offentlige varekontrakter tildeles av oppdragsgiver på forsvarsområdet, gjelder denne terskelen kun for kontrakter som gjelder varer som er listet i vedlegg III til direktivet. Dette er en lengre liste av produkter av ulik karakter.

Artikkel 4 bokstav c angir at terskelverdien for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser som tildeles av ikke-statlige myndigheter er 2,2 millioner kroner. Videre gjelder denne terskelverdien når offentlige varekontrakter tildeles av statlige myndigheter innen forsvarssektoren, når disse kontraktene gjelder varer som ikke er omfattet av vedlegg III. I EØS-komitébeslutningen, som implementerer anskaffelsesdirektivet i norsk rett, er det i artikkel 1 henvist til et eget vedlegg, tillegg 2, som utfyller direktivets vedlegg III.[[435]](#footnote-435) Dette betyr at det er gitt en egen liste som vedlegg til komitébeslutningen, som er avgjørende for Norges vedkommende. I tillegg 2 til EØS-komitébeslutningen er det listet en lang rekke produkter av ulik karakter.[[436]](#footnote-436)

Artikkel 4 bokstav d angir at terskelverdien for offentlige tjenestekontrakter som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser som er spesifisert i vedlegg XIV er 7,8 millioner kroner.[[437]](#footnote-437)

Terskelverdier i anskaffelsesdirektivet

02J1xt2

|  |  |
| --- | --- |
| Anskaffelsesdirektivet  | EØS-terskelverdi  |
| Subsidierte bygge- og anleggskontrakter  | 56 millioner kroner  |
| Subsidierte tilknyttede tjenestekontrakter  | 2,2 millioner kroner  |
|  |  |
| Statlige myndigheters vare- og tjenestekontrakter  | 1,4 millioner kroner  |
| Andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter  | 2,2 millioner kroner  |
|  |  |
| Alle oppdragsgiveres bygge- og anleggskontrakter  | 56 millioner kroner  |
|  |  |
| Kontrakter om særlig tjenester og kontrakter om sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser | 7,8 millioner kroner  |
| Statlige myndigheter innen forsvarssektoren |  |
| – For varer omfattet av tillegg 2 til EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 | 2,2 millioner kroner |
| – For varer ikke omfattet av tillegg 2 til EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 | 56 millioner kroner |

#### Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

Forsyningsdirektivet artikkel 15 angir tre terskelverdier i bokstavene a til c. Disse er 4,5 millioner kroner[[438]](#footnote-438) for varekontrakter, tjenestekontrakter og prosjektkonkurranser, 56 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter og 10 millioner kroner[[439]](#footnote-439) for tjenestekontrakter som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser som listet i vedlegg XVII.

Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 8 nr. 1 angir at direktivet gjelder for konsesjoner som har en verdi lik eller høyere enn 56 millioner kroner.

Terskelverdier for forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

02J1xt2

|  |  |
| --- | --- |
| Forsyningsforskriften  | EØS-terskelverdi  |
| EØS-terskelverdi for vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser  | 4,5 millioner kroner  |
| EØS-terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter  | 56 millioner kroner  |
| EØS-terskelverdi for kontrakter om sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser  | 10 millioner kroner  |

02J1xt2

|  |  |
| --- | --- |
| Konsesjonskontraktforskriften | EØS-terskelverdi  |
| EØS-terskelverdi for konsesjonskontrakter | 56 millioner kroner  |

### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at ny lov om offentlige anskaffelser skal inneholde bestemmelser om terskelverdier. Utvalget har drøftet om terskelverdiene skal reguleres i en egen forskrift. Fordelen med dette er at terskelverdiene kan endres lettere og raskere hvis de er i en forskrift. Terskelverdiene har imidlertid en nær sammenheng med anvendelsesområdet til ulike bestemmelser i loven. Flere særbestemmelser inneholder også en egen terskelverdi. Når hele direktivet gjennomføres i lov, blir det unaturlig å ta ut det mest sentrale elementet ved loven – som er terskelverdiene. Utvalget har derfor landet på at det vil gi best sammenheng, og økt tilgjengelighet i regelverket, dersom terskelverdiene fremgår av loven.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 4 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 6-1 og 6-2.
* at terskelverdiene fremgår av loven.
* at det foreslås en egen særbestemmelse som regulerer særlige terskelverdier for statlige oppdragsgivere innen forsvarssektoren.

[Boks slutt]

## Regler for å beregne anslått verdi av anskaffelsen [artikkel 5]

### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 5 gir regler for å beregne anslått verdi av anskaffelsen.

Det følger av artikkel 5 nr. 1 at beregningen av anskaffelsens verdi skal gjøres på bakgrunn av det totale beløpet som skal betales, inkludert eventuelle opsjoner, og eventuelle fornyelser av kontrakten som er uttrykkelig angitt i anskaffelsesdokumentene. Eventuelle betalinger eller premier til leverandørene skal tas med i beregningen.

Det følger av fortalen premiss 19 at ved beregning av anskaffelsens verdi skal alle inntekter hensyntas, uavhengig av om de kommer fra oppdragsgiver eller en tredjemann.

Av artikkel 5 nr. 2 følger det at dersom oppdragsgiver består av flere atskilte driftsenheter, skal den samlede anslåtte verdien for alle driftsenhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder likevel ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.

Fortalen premiss 20 angir skole og barnehager som eksempler på slike separate driftsenheter, forutsatt at den aktuelle enheten har selvstendig ansvar for anskaffelsen. Videre følger det av samme premiss at dette antas å være tilfellet dersom den atskilte driftsenheten opptrer selvstendig ved tildeling av en kontrakt, tar beslutning om kjøp, har eget budsjett til rådighet for anskaffelsene, inngår kontrakter selvstendig og finansierer de fra budsjett som driftsenheten har til rådighet. Ifølge fortalen er det ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver organiserer anskaffelsen på en desentralisert måte.

Det følger av artikkel 5 nr. 3 at oppdragsgiver ikke skal velge beregningsmåte med det formål å unnta kontrakten fra direktivet. Videre følger det at oppdragsgiver heller ikke skal dele opp en kontrakt med formål om å unnta kontrakten fra direktivet, med mindre oppdelingen er objektivt begrunnet.

Artikkel 5 nr. 4 angir at beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen. For anskaffelser som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen.

Lagmannsretten har fremholdt at i kravet til forsvarlig verdiberegning ligger at oppdragsgiver har plikt til å gjøre en solid og grundig beregning av anskaffelsens verdi, og som er lojal mot anskaffelsesreglene. Verdivurderingen i forkant av konkurransen er sentral.[[440]](#footnote-440)

Det følger av praksis fra KOFA at det avgjørende er om beregningen på kunngjøringstidspunktet er forsvarlig, selv om denne verdien avviker fra tilbudssummen. Det er oppdragsgiver som må dokumentere at det er gjort en forsvarlig vurdering.[[441]](#footnote-441)

Artikkel 5 nr. 5 gir regler for beregning av anskaffelsens verdi som gjelder rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

Artikkel 5 nr. 6 gir regler for beregning av anskaffelsens verdi når det gjelder innovasjonspartnerskap.

Artikkel 5 nr. 7 gir regler for beregning av anskaffelsens verdi når det gjelder bygge- og anleggsanskaffelser.

Artikkel 5 nr. 8 gir regler for beregning av anskaffelsens verdi når bygge- og anleggsarbeider eller en tjeneste medfører at kontrakter tildeles samtidig.

Artikkel 5 nr. 9 regulerer anskaffelse av lignende varer, som anskaffes i form av ulike delkontrakter.

EU-domstolen har kommet med uttalelser om hva som skal vurderes som ett arbeid ved beregningen av anskaffelsens verdi.[[442]](#footnote-442) Domstolen har fremholdt at om flere kontrakter skal ses samlet beror på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Utgangspunktet for vurderingen er om de ulike kontraktene anses for å dekke samme økonomiske og tekniske behov. Andre sentrale momenter i vurderingen av om kontraktene må ses samlet er om de ulike kontraktene lyses ut samtidig, om det er likheter i anskaffelsesdokumentene, geografisk nærhet og hvilken oppdragsgiver som gjennomfører konkurransene.[[443]](#footnote-443)

Artikkel 5 nr. 10 regulerer anskaffelsens verdi når det gjelder enkeltstående delkontrakter under en viss verdi og andel av arbeidene.

Artikkel 5 nr. 11 gir regler for beregningen av anskaffelsens verdi for vare- og tjenestekontrakter som inngås regelmessig, eller er ment å fornyes innenfor et bestemt tidsrom. Bestemmelsen skiller mellom når kontraktene er av samme type eller ikke.

Borgarting lagmannsrett har uttalt seg om hva som anses som lignende, som er begrepet som benyttes i dagens anskaffelsesforskrift.[[444]](#footnote-444) [[445]](#footnote-445)

Artikkel 5 nr. 12 gir regler for beregning av anskaffelser som gjelder leasing, leie eller kjøp på avbetaling av varer.

Artikkel 5 nr. 13 gir regler for beregning av anskaffelser av forsikringstjenester, bank- og andre finansielle tjenester og prosjekteringskontrakter.

Artikkel 5 nr. 14 gir regler for beregning av anskaffelser som ikke angir en samlet pris.

Forsyningsdirektivet artikkel 16 gir tilsvarende regler om beregning av anskaffelsens verdi. Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 8 har en noe kortere bestemmelse. Artikkel 5 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 5-4.

### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 5 i ny lov om offentlige anskaffelser, med enkelte språklige endringer fra direktivet for å benytte innarbeide begreper i anskaffelsesregelverket. Dette svarer i hovedsak til dagens regulering i anskaffelsesforskriften. Utvalget har delt opp direktivbestemmelsen i flere bestemmelser, for bedre å samsvare med norsk lovgivertradisjon. Dette er ikke ment å utgjøre noen realitetsforskjell, verken fra direktivet eller dagens regulering i anskaffelsesforskriften.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 5 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 6-3 til 6-7.

[Boks slutt]

## Revisjon av terskelverdiene [artikkel 6]

### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet opererer med terskelverdier for når anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse. Terskelverdiene er angitt i euro, og er knyttet opp mot terskelverdiene i GPA,[[446]](#footnote-446) jf. direktivets fortale premiss 18. Terskelverdiene i GPA-avtalen ligger i utgangspunktet fast, siden disse er fremforhandlet og inntatt i vedleggene til GPA.[[447]](#footnote-447) Terskelverdiene i GPA er oppgitt i SDR («Special Drawing Rights»). Medlemsstatene kalkulerer og konverterer terskelverdien som er angitt i SDR til deres respektive valuta, og notifiserer disse annethvert år til WTO-komiteen for offentlige anskaffelser.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 6 nr. 1 første avsnitt fastsetter at EU-kommisjonen hvert annet år skal revidere tersklene i direktivet, og justere terskelverdiene opp mot tersklene i GPA-avtalen. Det følger av artikkel 6 nr. 1 andre avsnitt hvordan EU-kommisjonen skal justere terskelverdiene som følge av endringer i euroens valutakurser. Det tas utgangspunkt i valutakursen i en tidsperiode som svarer til de siste 24 månedene før 31. august året før endringen av terskelverdien trer i kraft. Per 1. august 2023 er EUs terskelverdier etter GPA, omregnet til euro, den samme verdien som terskelverdien i direktivet, altså 140 000 euro.

Forsyningsdirektivet artikkel 17 gir føringer på revisjon av terskelverdier, denne svarer i stor grad til anskaffelsesdirektivet artikkel 6. Det samme gjelder konsesjonskontraktdirektivet artikkel 9.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 6 retter seg først og fremst mot EU-kommisjonen og fastsetter når og på hvilken måte terskelverdiene i direktivet skal revideres. Det er ikke nødvendig at ny lov om offentlige anskaffelser regulerer EUs endring av terskelverdiene.

Utvalget har i forlengelsen av dette drøftet hvordan justering av terskelverdiene kan løses på en hensiktsmessig måte i norsk rett. Hvis terskelverdiene i ny lov skal fremgå av loven, blir det en naturlig konsekvens at loven må endres annet hvert år, slik at terskelverdiene oppdateres. Etter utvalgets syn er dette en lite effektiv fremgangsmåte. Proposisjonen vil kun være en standardisert gjennomføring av en EU-rettsakt hvor det ikke er noen påvirkningsmulighet knyttet til innholdet. Utvalget viser til at andre land har løst dette på en mer hensiktsmessig måte. I Sverige følger det av 5 kap 1 § at terskelverdiene følger av anskaffelsesdirektivet, og videre at regjeringen skal gjøre oppdaterte terskelverdier tilgjengelig. I tråd med dette publiserer den svenske regjeringen oppdaterte terskelverdier i Svensk författningssamling. I Danmark fremgår terskelverdien av loven, men siden danske lovtekster ikke konsolideres med senere endringer, er de terskelverdiene som står i loven utdaterte. Det følger imidlertid av udbudsloven § 9 at terskelverdiene endres av EU-kommisjonen annet hvert år, og at oppdragsgivere som er omfattet av loven skal anvende de til enhver tid gjeldende terskelverdier.

Utvalget har vært i tvil om hvordan dette bør løses, på en måte som både er tilgjengelig og effektiv. Den svenske og danske løsningen gir en effektiv prosess, ved at det er enkelt og raskt å justere terskelverdiene når det er påkrevd. Samtidig gir løsningen om å ha terskelverdiene i lov den mest tilgjengelige løsningen. I lys av mandatets oppfordring om å gjøre regelverket mer tilgjengelig velger utvalget å foreslå at terskelverdiene fremgår, og dermed også endres, ved lov.

For Norges vedkommende er det ESA som gjennomfører beregningene, og dikterer hvilken justering norske myndigheter skal gjøre. ESA tar hensyn til den norske valutakursen for den samme tidsperioden som EU-kommisjonen, jf. over. Utvalget bemerker at ved forrige revisjon så ble de norske terskelverdiene justert først et par måneder etter at endringen på EUs side trådte i kraft. EUs nye terskelverdier trådte i kraft 1. januar 2022, og endringen for Norges del trådte i kraft 19. mars 2022, dagen etter beslutning i EØS-komiteen.[[448]](#footnote-448) Så lenge det er tale om oppjustering av terskelverdiene så skaper ikke slike EØS-forsinkelser nevneverdige problemer, siden kunngjøringen for norske oppdragsgivere da uansett vil være på et lavere punkt. Oppdragsgivere i Norge kan i slike situasjoner derfor ikke risikere brudd på kunngjøringsplikten. Dette stiller seg annerledes i tilfeller hvor terskelverdiene eventuelt skulle bli nedjustert, under gjeldende norske terskelverdier. I et slikt tilfelle vil ikke norske oppdragsgivere kunne bli holdt ansvarlig for brudd på anskaffelsesdirektivene, men staten vil kunne bli holdt ansvarlig for den sene implementeringen og gjennomføringen av de nye terskelverdiene.

Utvalget viser til at det ikke vil være nødvendig med offentlig høring av de nye EØS-terskelverdiene, det vil være åpenbart unødvendig, gitt at det ikke er mulig å påvirke disse. Det vil imidlertid være hensiktsmessig om departementet offentliggjør de reviderte EØS-terskelverdiene så snart de blir offentliggjort i EU. Normalt vil dette skje tidlig i november, cirka to måneder før endringen trer i kraft i EU.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at:

* ny lov om offentlige anskaffelser ikke inneholder noen lovbestemmelse som gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 6.

[Boks slutt]

## Unntak [artikkel 7 til 11]

### Innledning

Anskaffelsesdirektivet angir ulike unntak fra direktivets anvendelsesområde.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at unntak fra anskaffelsesdirektivet skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at et unntak kommer til anvendelse.[[449]](#footnote-449) [[450]](#footnote-450)

Videre er det slått fast i EU-domstolens praksis at selv om en anskaffelse ikke er omfattet av anskaffelsesdirektivet må oppdragsgiver følge de grunnleggende reglene i EØS-avtalen dersom anskaffelsen har klar grensekryssende interesse.[[451]](#footnote-451) [[452]](#footnote-452) Se nærmere omtale i kapittel 23.

### Kontrakter som gjelder vann- og energiforsyning, transport og posttjenester [artikkel 7]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 7 at anskaffelsesdirektivet ikke får anvendelse på kontrakter og plan- og designkonkurranser som i henhold til forsyningsdirektivet tildeles av eller organiseres av oppdragsgiver som utøver én eller flere av virksomhetene nevnt i artikkel 8 til 14 i forsyningsdirektivet, og som tildeles for utøvelse av slik virksomhet. Videre er kontrakter som er unntatt fra forsyningsdirektivets virkeområde i henhold til artikkel 18, artikkel 23 og artikkel 34 unntatt. Kontrakter er også unntatt når de tildeles av en oppdragsgiver som yter posttjenester i henhold til artikkel 13 nr. 2 bokstav b i forsyningsdirektivet, på kontrakter som tildeles for utførelse av følgende typer virksomhet:

* verdiøkende tjenester som er knyttet til og i sin helhet ytes ved hjelp av elektroniske midler (herunder sikker overføring av kodede dokumenter ved hjelp av elektroniske midler, adressebehandlingstjenester og overføring av registrert e-post), jf. bokstav a,
* finansielle tjenester omfattet av CPV-kode 66100000-1 til 66720000-3 og av artikkel 21 bokstav d i direktiv 2014/25/EU, herunder særlig postanvisninger og postgirobetalinger, jf. bokstav b,
* filatelitjenester, jf. bokstav c eller
* logistikktjenester (tjenester som kombinerer fysisk levering og/eller lagring med funksjoner som ikke er posttjenester), jf. bokstav d.

I fortalen til direktivet premiss 21 fremgår det at kontrakter som tildeles av oppdragsgiver innenfor sektorene vann- og energiforsyning, samt transport og posttjenester, og som omfattes av virkeområdet for disse virksomhetene, omfattes av forsyningsdirektivet. Kontrakter som tildeles av oppdragsgiver i forbindelse med deres drift av tjenester innenfor maritim transport samt kyst- eller elvetransport, omfattes imidlertid av dette direktivs virkeområde.

Om forsyningsdirektivets anvendelsesområde er det fremholdt av EU-domstolen i C-521/18 Pegaso at forsyningsdirektivet også kommer til anvendelse for aktiviteter som normalt støtter oppunder leveringen av den aktuelle forsyningsaktiviteten, og gjør det mulig å utøve denne på passende vis. Dette innebærer at det ikke bare er levering av den aktuelle forsyningsaktiviteten som sådan som er omfattet.[[453]](#footnote-453) EU-domstolen fremholder imidlertid at enhver positiv innvirkning for utøvelsen av forsyningsaktiviteten ikke vil være tilstrekkelig for å omfattes av forsyningsdirektivet.[[454]](#footnote-454) Om en anskaffelse av ytelser som ikke direkte er nevnt i forsyningsdirektivet artikkel 8 til 14 likevel omfattes av forsyningsdirektivet, som følge av tilknytning til disse aktivitetene beror etter dette på en konkret vurdering. I den konkrete vurderingen må det ses hen til kontraktens formål og tilknytningen til forsyningsaktiviteten. Det samme er lagt til grunn i praksis fra lagmannsretten, hvor det er fremholdt at det avgjørende er om den aktuelle kontrakten inngår som ledd i utøvelsen av oppdragsgivers forsyningsaktiviteter.[[455]](#footnote-455)

En nærmere fremstilling av forsyningsdirektivets anvendelsesområde finnes i kapittel 25.

Artikkel 7 er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 2-1 bokstav a og 2-7.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 7 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 7 i ny lov om offentlige anskaffelser § 7-1.

[Boks slutt]

### Særlige unntak for elektronisk kommunikasjon [artikkel 8]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 8 at anskaffelsesdirektivet ikke får anvendelse på kontrakter og plan- og designkonkurranser som har som hovedformål å gi oppdragsgivere mulighet til å levere eller drive offentlige kommunikasjonsnett. Det samme gjelder kontrakter der oppdragsgiver leverer en eller flere elektroniske kommunikasjonstjenester til allmennheten.

For forståelsen av hva som anses som hovedformål vises til tilsvarende begrep i artikkel 3. Hva som er hovedformålet med kontrakten, beror på en objektiv vurdering av hele prosjektet.

Av artikkel 8 andre avsnitt følger det at begrepene «offentlig kommunikasjonsnett» og «elektronisk kommunikasjonstjeneste» har samme innhold som i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/21/EF (felles rammeregler for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester (rammedirektivet)).

«Elektronisk kommunikasjonstjeneste» er definert i nevnte direktiv artikkel 2 bokstav c som:

«en tjeneste som normalt leveres mot betaling, og som utelukkende eller hovedsakelig består av overføring av signaler via elektroniske kommunikasjonsnett, herunder telekommunikasjonstjenester og overføringstjenester på nett som brukes til kringkasting, men ikke tjenester som består i å levere innhold ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester eller utøve redaktøransvar over slikt innhold; det omfatter ikke informasjonssamfunnstjenester som definert i artikkel 1 i direktiv 98/34/EF, som ikke utelukkende eller hovedsakelig består i overføring av signaler via elektroniske kommunikasjonsnett.»

«Offentlig kommunikasjonsnett» er definert i nevnte direktiv artikkel 2 bokstav d som:

«et elektronisk kommunikasjonsnett som utelukkende eller hovedsakelig brukes til å levere offentlig tilgjengelige elektroniske kommunikasjonstjenester.»

Samme bestemmelse følger av konsesjonskontraktdirektivet artikkel 11. Forsyningsdirektivet har ingen tilsvarende bestemmelse.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 2-6.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 8 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 8 i ny lov om offentlige anskaffelser § 7-2.

[Boks slutt]

### Offentlige kontrakter som tildeles og plan- og designkonkurranser som organiseres i henhold til internasjonale regler [artikkel 9]

#### Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 9 at direktivet ikke får anvendelse på kontrakter og plan- og designkonkurranser som oppdragsgiver er forpliktet til å tildele eller legge til rette for, i samsvar med andre anskaffelsesprosedyrer enn dem som er fastsatt i anskaffelsesdirektivet, herunder:

* et juridisk virkemiddel som skaper folkerettslige forpliktelser, for eksempel en internasjonal avtale som er inngått i samsvar med traktatene mellom en medlemsstat og én eller flere tredjestater eller deler av slike, om levering av bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester beregnet på et prosjekt som de undertegnende partene skal gjennomføre eller utnytte i fellesskap, jf. bokstav a,
* en internasjonal organisasjon, jf. bokstav b.

Medlemsstatene skal oversende alle juridiske virkemidler nevnt i nr. 1 bokstav a til EU-kommisjonen, som kan be om råd fra Den rådgivende komité for offentlige innkjøp nevnt i artikkel 89.

I henhold til artikkel 9 nr. 2 får direktivet ikke anvendelse på kontrakter og plan- og designkonkurranser som oppdragsgiver tildeler eller organiserer i samsvar med anskaffelsesregler, som er fastsatt av en internasjonal organisasjon eller internasjonal finansinstitusjon. Dette gjelder dersom de berørte kontraktene og plan- og designkonkurransene i sin helhet finansieres av denne organisasjonen eller institusjonen. I de tilfeller det gjelder kontrakter og plan- og designkonkurranser som hovedsakelig samfinansieres av en internasjonal organisasjon eller internasjonal finansinstitusjon, skal partene avtale relevante anskaffelsesprosedyrer.

Av artikkel 9 nr. 3 følger det at artikkel 17 får anvendelse på kontrakter og plan- og designkonkurranser som omfatter forsvars- og sikkerhetsaspekter som tildeles eller organiseres i henhold til internasjonale regler. Nr. 1 og 2 får ikke anvendelse på disse kontraktene og plan- og designkonkurransene.

Direktivets fortale premiss 22 angir uttrykkelig at direktivet retter seg mot medlemsstatene, og kommer ikke til anvendelse på internasjonale organisasjoner som gjør anskaffelser på egne vegne og for egen regning.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at unntaket skal tolkes strengt.[[456]](#footnote-456)

Tilsvarende bestemmelse er inntatt i forsyningsdirektivet artikkel 20, og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 4.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 2-1 tredje ledd.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 9 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer til dagens regulering.

Artikkel 9 nr. 1 pålegger medlemsstatene å oversende alle juridiske virkemidler nevnt i nr. 1 bokstav a til EU-kommisjonen. Utvalget kommer tilbake til hvordan formidling av opplysninger til ESA skal gjøres i andre delutredning.

Det følger av artikkel 9 nr. 2 at partene skal inngå avtale om hvordan kontraktene skal tildeles. I forarbeidene til udbudsloven er det fremholdt at dette er en unormal regel, uten at det er gitt veiledning til hvordan denne bestemmelsen skal forstås.[[457]](#footnote-457) I forarbeidene fremholdes videre at en EU-oppdragsgiver fortsatt må være forpliktet til å følge TFEU artikkel 3 nr. 4 (fremme likebehandling) for å sikre best mulig samsvar med EUs anskaffelsesregler i forhandlingene om hvilke prosedyrer som kommer til anvendelse.[[458]](#footnote-458) Utvalget er enig i at dette må være en nærliggende tolkning.

Utvalget viser også til fremstillingen i kapittel 24.11 om artikkel 17. Artikkel 9 og artikkel 17 har det samme innholdet, bortsett fra artikkel 17 nr. 1 b. Utvalget foreslår en samlet gjennomføring av bestemmelsene som svarer til dagens regulering i anskaffelsesforskriften.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artiklene 9 og 17 i ny lov om offentlige anskaffelser § 7-3.

[Boks slutt]

### Unntak for visse tjenestekontrakter [artikkel 10]

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav a

Artikkel 10 angir en rekke tjenestekontrakter som ikke omfattes av anskaffelsesdirektivet.

I henhold til bokstav a er tjenestekontrakter som gjelder anskaffelse eller leie – uavhengig av finansieringsform –, av grunn, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller tilhørende rettigheter, unntatt anskaffelsesdirektivet.

Det følger av fortalen til anskaffelsesdirektivet (2004) premiss 24, om det tilsvarende unntaket, at denne typen kontrakter har særegne karakteristikker som gjør at anskaffelsesreglene ikke er passende.[[459]](#footnote-459) I juridisk teori er det fremholdt at anskaffelser av fast eiendom er særpreget av den geografiske beliggenheten, slik at det eksisterer et lokalt marked. Det er derfor heller ikke tale om grensekryssende interesse.[[460]](#footnote-460) [[461]](#footnote-461)

Etter ordlyden er det kun leie av bygninger som eksisterer som er omfattet. Det følger imidlertid av praksis fra EU-domstolen at unntaket også kan omfatte leie av ikke-eksisterende bygninger, dvs. leie av bygninger som enda ikke er oppført.[[462]](#footnote-462) Samtidig fremholdt EU-domstolen at unntaket ikke kommer til anvendelse der det i realiteten er tale om en bygge- og anleggskontrakt, som definert i anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 punkt 6, i tråd med tidligere praksis fra EU-domstolen.[[463]](#footnote-463) [[464]](#footnote-464) [[465]](#footnote-465)

I tråd med dette har EU-domstolen fremholdt at dersom kontrakten inneholder både tjenestelementer, og utførelse av bygge- og anleggsaktiviteter som er omfattet av regelverket, må det foretas en konkret helhetsvurdering av hva som er kontraktens hovedformål for å avgjøre om en kontrakt omfattes av unntaket.[[466]](#footnote-466) [[467]](#footnote-467) Når det gjelder hva som utgjør kontraktens hovedgjenstand, se også kapittel 24.3 om blandede anskaffelser.

I vurderingen av hvilken type kontrakt en står ovenfor er det slått fast i praksis fra EU-domstolen at det ikke er avgjørende om oppdragsgiver har angitt avtalen som en leieavtale, men at det avgjørende er hva som er kontraktens hovedformål.[[468]](#footnote-468) [[469]](#footnote-469)

Det følger av EU-domstolens praksis at det er tale om en bygge- og anleggskontrakt dersom oppdragsgiver har avgjørende innflytelse på utformingen av bygningen.[[470]](#footnote-470) [[471]](#footnote-471) Dette er hovedtemaet ved vurderingen av om en står overfor en leie- eller bygge- og anleggskontrakt. EU-domstolen har fremholdt at oppdragsgiver vil ha slik avgjørende innflytelse dersom kravene fra oppdragsgiver til bygningen overskrider det en leietaker vanligvis etterspør.[[472]](#footnote-472) [[473]](#footnote-473) Det ble fremholdt at dette typisk vil være tilfellet når oppdragsgiver har utøvd innflytelse på bygningens arkitektoniske utforming. Derimot vil krav og innflytelse knyttet til de innvendige innretningene bare ha vært av avgjørende karakter hvis de på grunn av sitt særpreg eller omfang utmerker seg.[[474]](#footnote-474) Det ble også presisert at en teoretisk mulighet til å utøve avgjørende innflytelse ikke er tilstrekkelig. Denne muligheten må være benyttet.[[475]](#footnote-475)

Deretter fremholdt EU-domstolen at selv om beløpet oppdragsgiver betaler til utvikleren ikke er avgjørende for vurderingen av om det er tale om en leie- eller bygge- og anleggskontrakt, så er det samtidig ikke uten betydning.[[476]](#footnote-476) [[477]](#footnote-477) [[478]](#footnote-478)

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav b

Etter bokstav b er tjenestekontrakter om anskaffelse, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmateriale, som er beregnet til audiovisuelle medietjenester eller radiotjenester, og som tildeles av tilbyder av audiovisuelle medietjenester eller medietjenester på radiospredningsområdet unntatt. Det samme gjelder kontrakter om sendetid eller programtilbud, som tildeles tilbydere av audiovisuelle medietjenester eller radiotjenester unntatt.

I denne bokstav menes med begrepene «audiovisuelle medietjenester» og «tilbydere av medietjenester» det samme som i henholdsvis artikkel 1 nr. 1 bokstav a og artikkel 1 nr. 1 bokstav d i europaparlaments- og rådsdirektiv 2010/13/EU. Med «program» menes det samme som i henhold til artikkel 1 nr. 1 bokstav b i nevnte direktiv, men skal også omfatte radioprogrammer og materiale til slike. Ved anvendelse av denne bestemmelse menes dessuten med «programmateriale» det samme som «program».

I fortalen premiss 23 fremgår det at formålet med unntaket er at det bør tas hensyn til forhold av kulturell og samfunnsmessig betydning som medfører at det ikke er hensiktsmessig at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse ved offentlige medietjenesters tildeling av kontrakter om visse audiovisuelle tjenesteytelser. Ytringsfriheten og medienes uavhengighet og upartiskhet er eksempler på slike hensyn. Videre følger det av fortalen at det i lys av dette er gjort unntak i anskaffelsesdirektivet for tjenestekontrakter som gjelder kjøp, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmer som er klare til bruk, og andre forberedende tjenester. Både TV- og radiomedietjenester, samt ikke-lineære tjenester omfattes av unntaket.

Det fremgår også av fortalen at levering av teknisk materiell til produksjon, samproduksjon og utsendelse av programmene ikke omfattes av unntaket, slik at direktivet gjelder for slike tjenester. Om rekkevidden av unntaket er det også fremholdt av EU-domstolen at unntaket ikke kan tolkes utvidende, slik at det kun er tjenestekontraktene som er angitt i unntaket som omfattes.[[479]](#footnote-479)

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav c

I henhold til bokstav c er tjenestekontrakter som gjelder voldgifts- og meglingstjenester unntatt. Om bakgrunnen for bestemmelsen følger det av anskaffelsesdirektivets fortale premiss 24 at tjenesteytelser som gjelder voldgift og megling, samt andre lignende former for alternativ tvisteløsning, vanligvis leveres av organer eller enkeltpersoner som er utnevnt eller valgt på en måte hvor anskaffelsesreglene ikke passer. Direktivet bør derfor ikke gjelde for slike tjenestekontrakter. Dette gjelder uavhengig av hvordan disse tjenestene er navngitt i nasjonal rett.

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav d

Bokstav d unntar enkelte juridiske tjenester. Av bestemmelsen følger det at fem juridiske tjenester er unntatt.

I henhold til nr. i er representasjon ved advokat i tvistesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller mekling unntatt.

Av nr. ii fremgår det at juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i punkt i, eller der det er en konkret indikasjon og høy sannsynlighet for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak, er unntatt.

Av nr. iii følger det at dokumentsertifiserings- og autentifiseringstjenester, som skal ytes av notarer er unntatt.

Nr. iv unntar jurdiske tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd.

Nr. v unntar andre juridiske tjenesteytelser, som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, selv om den kun skjer sporadisk.

Det fremgår av fortalen premiss 25 at bakgrunnen for unntaket er at visse juridiske tjenester leveres av organer eller enkeltpersoner som er utpekt eller utvalgt på en måte som ikke kan omfattes av anskaffelsesreglene og i henhold til medlemsstatenes særskilte regler, og bør derfor unntas fra direktivets virkeområde.

EU-domstolen har vurdert om unntakene i bokstav c og visse juridiske tjenester i bokstav d var i strid med likebehandlingsprinsippet.[[480]](#footnote-480) EU-domstolen konkluderte med at unntaksbestemmelsene var gyldige da de bygger på særlige hensyn. I relasjon til unntaket i bokstav d nr. i og nr. ii ble det uttalt at det kun er juridiske tjenester som angitt i bokstav d som er omfattet, og at disse tjenestene kjennetegnes ved at det er gjensidig tillit mellom klient og advokat, som innebærer streng taushetsplikt. I tillegg ble det lagt vekt på at tillitsforholdet mellom klient og advokat bygger på fritt valg av advokat.[[481]](#footnote-481)

I praksis fra EU-domstolen er det fremholdt at unntaket i bokstav d nr. iii kun gjelder der det er krav om notarialbekreftelser i henhold til nasjonal rett.[[482]](#footnote-482) EU-domstolen har videre fremholdt at arbeid som utføres av en notarius ikke i seg selv er unntatt fra kravet til etableringsfrihet.[[483]](#footnote-483) [[484]](#footnote-484)

I relasjon til bokstav d nr. ii er det fremholdt i forarbeidene til udbudsloven at det at en sak er kontroversiell, eller at et rettsområde ofte medfører rettsaker ikke i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle vilkårene i bestemmelsen.[[485]](#footnote-485)

Bokstav d nr. v unntar juridiske tjenesteytelser som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet, selv om den kun skjer midlertidig. Det er ikke nærmere angitt hva som utgjør offentlig myndighet. Unntaket må ses i samsvar med EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32. Bestemmelsene gjør unntak fra EØS-avtalens regler om fri etableringsrett og fri flyt av varer og tjenester når en kontrakt innebærer utøvelse av offentlig myndighet. EU-domstolen har fremholdt at unntaket skal tolkes strengt.[[486]](#footnote-486) Ifølge EU-domstolen er unntaket begrenset til virksomhet som er direkte og særlig forbundet med utøvelse av offentlig myndighet. Dette innebærer utøvelse av ekstraordinære rettslige beføyelser, statsmaktens privilegier og adgang til å utøve tvang.[[487]](#footnote-487) [[488]](#footnote-488)

I norsk rett er det lagt til grunn at visse barnevernstjenester er omfattet av unntaket dersom det innebærer tvang ovenfor barna.[[489]](#footnote-489) [[490]](#footnote-490) [[491]](#footnote-491)

Utførelsen av juridiske tjenester som ikke er omfattet av unntaket i artikkel 10 bokstav d er omfattet av vedlegg XIV og dermed artikkel 74 som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser.

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav e

Bokstav e unntar følgende finansielle tjenester:

* Finansielle tjenesteytelser knyttet til utstedelse, salg, kjøp eller annen overføring av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter som nevnt i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/39/EF[[492]](#footnote-492)
* Sentralbanktjenester
* Prosjekter som oppdragsgiver utfører sammen med European Financial Stability eller European Stability Mechanism.

I fortalen premiss 26 fremgår det at finansielle instrumenter som henvises til i anskaffelsesdirektivet har samme betydning som i annen lovgivning i det indre markedet.

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav f

Etter bokstav f er tjenester om lån unntatt, uavhengig av om de gis i forbindelse med utstedelse, salg, kjøp eller annen overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter.

At tjenester om lån ikke er omfattet av direktivet fremgår også av fortalen premiss 26.

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav g

Bokstav g unntar ansettelseskontrakter.

Det er ikke definert i direktivet hva som utgjør en ansettelseskontrakt.

EU-domstolen har fremholdt om ansettelsesbegrepet at det må gis en ensartet og selvstendig tolkning i EU, og at utgangspunktet for tolkningen er bestemmelsens ordlyd, samt dens kontekst og formål.[[493]](#footnote-493) Videre viste EU-domstolen til anskaffelsesdirektivets fortale premiss 5 hvor det fremgår at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å outsource eller kjøpe inn en tjeneste eksternt. På den bakgrunn ble det fremholdt at ansettelseskontrakter utgjør en måte oppdragsgiver selv kan oppfylle et behov, uten at anskaffelsesreglene skal komme til anvendelse.

EU-domstolen fremholdt også at en ansettelseskontrakt kjennetegnes ved at en person over en viss periode presterer ytelser mot vederlag og etter retningslinjer, og at dette resulterer i et arbeidsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.[[494]](#footnote-494) Endelig fremholdt EU-domstolen at varigheten og vilkårene for ansettelsesforholdet er uten relevans for hva som defineres som en ansettelseskontrakt.[[495]](#footnote-495)

Grensen mellom ansettelseskontrakter som omfattes av unntaket og konsulentavtaler som ikke er omfattet, er vurdert av klagenemnda, i relasjon til tilsvarende unntak i anskaffelsesforskriften (2006).[[496]](#footnote-496)

Ansettelsesrelaterte kontrakter som ikke omfattes av unntaket, er ofte omfattet av tjenester som er angitt i vedlegg XIV og derfor omfattet av reglene i direktivet artikkel 74 til 77.

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav h

Bokstav h unntar sivilforsvars-, beredskaps- eller forebyggingstjenester som oppdragsgiver inngår med ideelle organisasjoner, og som er omfattet av CPV-kodene 75250000 (brannvesen og redningstjenester), 75251000 (tjenester utført av brannvesenet), 75251100 (brannbekjempelse), 75251110 (brannforebygging), 75251120 (bekjempelse av skogbranner), 75252000 (redningstjenester), 75222000 (sivilforsvarstjenester), 98113100 (kjernefysiske sikkerhetstjenester) eller 85143000 (ambulansetjenester) med unntak av pasienttransport med ambulanse.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 74, jf. vedlegg XIV, hvor det følger at fengselsrelaterte tjenester, tjenester i forbindelse med offentlig sikkerhet og redningstjenester, som ikke er omfattet av unntaket i artikkel 10 bokstav h, ikke er unntatt fra direktivet, men er omfattet av reglene i avsnitt III, kapittel I i direktivet.

Om bakgrunnen for unntaket følger det av direktivets fortale premiss 28 at det vil være vanskelig å bevare den særlige karakteren ideelle organisasjoner har dersom tjenesteyteren velges etter anskaffelsesregelverkets prosedyrer. Videre fremgår det av fortalen at unntaket skal tolkes innskrenkende, og at det kun er tjenester som er omfattet av de opplistede CPV-kodene som kan unntas etter bestemmelsen. Se kapittel 24.14 for en nærmere gjennomgang av hva som er ideelle organisasjoner.

I EU-domstolen sak C-456/17 Falck kom EU-domstolen med uttalelser knyttet til bestemmelsens virkeområde. Domstolen uttalte seg om grensen mellom ambulansetjenester og redningstjenester som er omfattet av unntaket, og pasienttransport som ikke omfattes.[[497]](#footnote-497)

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav i

Bokstav i unntar kontrakter om offentlig persontransport med jernbane eller t-bane. Det følger av fortalen premiss 27 at hensikten er å presisere at disse tjenestene i stedet er omfattet av forordning nr. 1370/2007 om offentlig persontransport med jernbane og på vei.[[498]](#footnote-498)

#### Gjeldende rett – unntak i bokstav j

Bokstav j unntar politiske kampanjetjenester, som er omfattet av CPV-kodene 79341400-0, 92111230-3 og 92111240-6, når de tildeles av et politisk parti i forbindelse med en valgkampanje. Bestemmelsen er nærmere omtalt i direktivets fortale premiss 29.

Forsyningsdirektivet artikkel 21 har, med enkelte unntak, tilsvarende unntaksbestemmelser som anskaffelsesdirektivet artikkel 10. Konsesjonskontraktdirektivet har unntaksbestemmelser i artikkel 10 nr. 8.

Anskaffelsesforskriften § 2-4 gjennomfører artikkel 10 bokstav a til h. Artikkel 10 bokstav i er gjennomført i § 2-1 andre ledd. Bokstav j er ikke gjennomført i norsk rett.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 10 i ny lov, i én samlet bestemmelse. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer slik at direktivbestemmelsen passer inn i norsk lovtradisjon. Særegne forslag til de enkelte unntakene gjennomgås nedenfor. Utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering i anskaffelsesforskriften.

Utvalget foreslår å gjennomføre bokstav a. Det foreligger imidlertid en omfattende rettspraksis knyttet til bestemmelsen, som ikke kan leses ut av bestemmelsens ordlyd slik den er formulert i dag. For å forenkle regelverket og gjøre det mer brukervennlig foreslår utvalget en egen bestemmelse om leie av bygninger som ikke er oppført. Bestemmelsen er ny.

Utvalget foreslår å gjennomføre bokstav b. Utvalget foreslår å videreføre begrepene fra dagens forskrift der disse avviker fra direktivet, fordi dette er innarbeidede begreper i norsk rett. Begrepene som benyttes i loven er ment å ha samme innhold som direktivet.

Utvalget foreslår å gjennomføre bokstav c, tilsvarende som i dagens anskaffelsesforskrift.

Utvalget foreslår å gjennomføre bokstav d. I relasjon til unntak i bokstav d underpunkt ii ser utvalget det likevel som hensiktsmessig å benytte begrepet «klar sannsynlighetsovervekt», fremfor direktivets ordlyd. Etter utvalgets syn er dette innholdsmessig det samme som vilkåret om høy sannsynlighet i direktivbestemmelsen. I relasjon til bokstav d underpunkt iii foreslår utvalget å benytte ordlyden som benyttes i dagens forskrift, fremfor direktivets formulering. Bokstav d underpunkt v unntar kontrakter om juridiske tjenester som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet. Øvrige kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse er ikke generelt unntatt i henhold til denne bestemmelsen. Utvalget har vurdert om det bør utformes et generelt unntak for tjenestekontrakter om offentlig myndighetsutøvelse i loven, slik det er formulert i anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav h i dag. Utvalget har imidlertid falt ned på at det ikke er nødvendig med en videre angivelse av unntaket, da dette uansett følger av bakgrunnsretten. Utvalget foreslår å unnta juridiske tjenestekontrakter knyttet offentlig myndighetsutøvelse, slik det er angitt i direktivet.

Utvalget foreslår å gjennomføre bokstav e, f, g og h i ny lov om offentlige anskaffelser, med enkelte språklige endringer for å tilpasse bestemmelsen til norsk lovtradisjon.

Utvalget foreslår å gjennomføre bokstav i i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget har vurdert om unntaket skal plasseres i en samlet bestemmelse med unntak for kontrakter som inngås etter annet regelsett, slik det er regulert i anskaffelsesforskriften i dag. Utvalget har imidlertid valgt å følge direktivets plassering av unntaket.

Utvalget foreslår ikke å gjennomføre bokstav j. Politiske partier i Norge er ikke oppdragsgivere, og bestemmelsen er derfor ikke relevant i Norge.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 10 i ny lov om offentlige anskaffelser § 7-4.

[Boks slutt]

### Tjenestekontrakter som tildeles på grunnlag av en enerett [artikkel 11]

#### Gjeldende rett

Det fremgår av artikkel 11 at anskaffelsesdirektivet ikke kommer til anvendelse på tjenestekontrakter som tildeles av en oppdragsgiver til en annen oppdragsgiver eller til en sammenslutning av oppdragsgivere på grunnlag av en enerett som er tildelt denne i henhold til offentliggjorte lover og forskrifter som er forenelige med TFEU.

Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 30 angir at unntaksbestemmelsen er tiltenkt den situasjon der en bestemt oppdragsgiver er eneste kilde til en bestemt tjenesteytelse, som den har enerett til å levere. Det samme er også fremholdt av EU-kommisjonen.[[499]](#footnote-499)

I henhold til bestemmelsen må oppdragsgiver ha en enerett. I praksis fra KOFA er det lagt til grunn at dette må forstås slik at eneretten må foreligge før tildeling av den aktuelle kontrakten.[[500]](#footnote-500) [[501]](#footnote-501) I KOFA-praksis er det også formulert et krav om reell uavhengighet mellom enerett og tildeling av kontrakten.[[502]](#footnote-502) [[503]](#footnote-503) Avgjørelsene gjaldt det tidligere anskaffelsesregelverket, som inneholdt tilsvarende bestemmelse, og er derfor fortsatt relevant.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at dersom en oppdragsgiver både leverer tjenester på bakgrunn av en enerett og andre tjenester, er det kun tjenestene som leveres i medhold av enerett som er unntatt. Dette innebærer at øvrige tjenester den samme leverandøren leverer ikke er omfattet av unntaket, og må anskaffes i henhold til anskaffelsesreglene.[[504]](#footnote-504)

Det følger av bestemmelsen at eneretten må være forenlig med EØS-avtalen. Dette gjelder særlig reglene om fri bevegelighet av tjenester i artikkel 36, konkurransereglene og bestemmelsene om statsstøtte i artikkel 53 til 63. Det følger av artikkel 59 i EØS-avtalen at offentlige og private foretak kan gis særlige rettigheter eller eksklusive rettigheter forutsatt at det ikke bryter med EØS-retten. Artikkel 59 nr. 2 åpner for at det i visse tilfeller kan være adgang til å begrense konkurransen selv om dette i utgangspunktet vil være i strid med EØS-retten.

Det følger av praksis fra EFTA-domstolen at en restriksjon vil være tillatt dersom restriksjonen er proporsjonal, og at det er opp til staten å sannsynliggjøre at tiltaket kan rettferdiggjøres.[[505]](#footnote-505)

I praksis fra EU-domstolen er det lagt til grunn at håndtering av avfall er en tjeneste som kan begrunne enerett fordi tjenesten ivaretar miljø, hygiene og helse.[[506]](#footnote-506) [[507]](#footnote-507)

Høyesterett har fremholdt at en restriksjon vil være tillatt dersom tre vilkår er oppfylt. Restriksjonen må for det første være begrunnet i allmenne hensyn. For det andre må restriksjonen være egnet til å sikre at formålet med tiltaket nås. For det tredje må restriksjonen ikke gå lenger enn det som er nødvendig, jf. proporsjonalitetsprinsippet.[[508]](#footnote-508) Videre fremholdt Høyesterett at det er opp til oppdragsgiver å sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt.

Det er lagt til grunn i KOFA-praksis, at oppdragsgiver har en viss grad av skjønn når det gjelder hvilke oppgaver som anses som egnet til å løses gjennom enerett.[[509]](#footnote-509)

Tilsvarende bestemmelse følger av forsyningsdirektivet artikkel 22. Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 7 nr. 2 har en lignende bestemmelse, men med annen utforming.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 2-3.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 11 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer til dagens regulering.

Utvalget viser til at det kan synes å være noe forskjell mellom ordlyden i den norske oversettelsen av direktivet, og den engelske ordlyden. I den engelske versjonen av direktivet fremgår det at eneretten må være tildelt i henhold til «law, regulation or published administrative provision» mens det i den norske versjonen av direktivet fremgår at eneretten må være tildelt i henhold til «offentliggjorte lover og forskrifter». Det er uvisst om den norske oversettelsen bevisst skiller seg fra den engelske versjonen av direktivet, eller om det er en feiloversettelse. Ordlyden i dagens forskrift samsvarer med den engelske versjonen av direktivet. Utvalget har landet på å videreføre dagens ordlyd i forskriften, og finner støtte til dette i den engelske versjonen av direktivet. Utvalget understreker at bestemmelsen ikke er ment å omfatte noe mer enn det som ligger i direktivet. Utvalget viser også til at rekkevidden av hva som skal til for at det foreligger en enerett i unntakets forstand også er omdiskutert.[[510]](#footnote-510) I relasjon til konsesjonskontraktdirektivet har Oslo tingrett sendt anmodning til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse angående rekkevidden av unntaket.[[511]](#footnote-511)

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 11 i ny lov om offentlige anskaffelser § 7-5.

[Boks slutt]

## Kontrakter mellom enheter i offentlig sektor [artikkel 12]

### Gjeldende rett

En offentlig oppdragsgiver står fritt til å dekke sitt behov for varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeid ved å bruke egne ressurser, såkalt egentlig egenregi. I slike tilfeller inngås det ingen gjensidig bebyrdende avtale mellom to juridiske personer, og anskaffelsesdirektivene kommer ikke til anvendelse.

Når en offentlig oppdragsgiver inngår en kontrakt med en annen offentlig enhet er utgangspunktet at anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse. Dette ble slått fast i en avgjørelse fra EU-domstolen om såkalt utvidet egenregi,
C-107/98 Teckal.[[512]](#footnote-512)

Det er imidlertid et viktig hensyn at offentlige myndigheter skal ha frihet til å organisere utførelsen av offentlige tjenesteoppgaver på en effektiv og hensiktsmessig måte.[[513]](#footnote-513) Dette kan inkludere samarbeid med andre offentlige myndigheter og enheter. EU-domstolen har gjennom rettspraksis derfor utviklet unntak fra regelverket for utvidet egenregi og såkalt offentlig-offentlig samarbeid. Direktivene fra 2014 kodifiserte og presiserte denne praksisen. Det fremgår av fortalen til anskaffelsesdirektivet at regelverket i hovedsak bygger på EU-domstolens praksis og må forstås i lys av denne.[[514]](#footnote-514)

Utvidet egenregi omfatter såkalt vertikalt og horisontalt samarbeid. Med vertikalt samarbeid menes kontrakter inngått mellom to selvstendige rettssubjekter på forskjellig nivå, for eksempel avtale inngått mellom en kommune og et selskap kommunen selv eier. Dette kalles også for institusjonelt samarbeid. Med horisontalt samarbeid menes samarbeid mellom to eller flere offentlige organer om å utføre sentrale offentlige tjenester. Dette kalles også for ikke-institusjonelt samarbeid.

Artikkel 12 nr. 1 regulerer vertikal egenregi, og oppstiller tre vilkår som alle må være oppfylt for at kontrakten mellom en offentlig oppdragsgiver og en annen juridisk person skal falle utenfor anskaffelsesdirektivets virkeområde:

* Oppdragsgiver utøver en kontroll over den berørte juridiske personen som svarer til den kontrollen oppdragsgiver utøver over sine egne avdelinger, jf. bokstav a,
* Mer enn 80 prosent av aktivitetene i den kontrollerte juridiske personen utføres ved gjennomføring av oppgaver den er gitt av den kontrollerende oppdragsgiveren eller av andre rettssubjekter som kontrolleres av oppdragsgiveren, jf. bokstav b,
* Det foreligger ikke noen direkte privat kapitalinteresse i den kontrollerte juridiske personen, unntatt ikke-kontrollerende og ikke-blokkerende former for privat kapitalinteresse som kreves av nasjonal lovgivning, i samsvar med traktatene, som ikke utøver noen avgjørende innflytelse på den kontrollerte juridiske personen, jf. bokstav c.

Bokstav a kalles kontrollkriteriet og er en oppsummering av kontrollkriteriet slik det kom til uttrykk i Teckal-dommen.[[515]](#footnote-515) I artikkel 12 nr. 1 andre avsnitt er det en definisjon av nødvendig kontroll som samsvarer med EU-domstolens praksis i blant annet sak C-458/03 Parking Brixen.[[516]](#footnote-516) En oppdragsgiver skal anses å utøve en kontroll som tilsvarer den kontrollen den utøver over sine egne avdelinger «dersom den utøver en avgjørende innflytelse på både strategiske mål og viktige beslutninger i den kontrollerte juridiske personen». Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer på samme måte.

I vurderingen av kontrollkriteriet skal det tas utgangspunkt i en juridisk og faktisk vurdering, og denne må ta utgangspunkt i de kriterier som er utledet av EU-domstolens praksis. Nærings- og fiskeridepartementets veileder omtaler kontrollkriteriet og angir lovregulering, vedtekter, leverandørens selvstendighet og markedsorientering som omstendigheter som må tas i betraktning.[[517]](#footnote-517) Se også advokatfirma Hjorts rapport for en nærmere gjennomgang av rettspraksis frem til 2014.[[518]](#footnote-518) Det følger av ordlyden «tilsvarer», at den kontroll oppdragsgiver utøver over leverandøren, ikke må være identisk på alle punkter med den som utøves over egne avdelinger, men i henhold til EU-domstolens praksis må den være strukturell, funksjonell og effektiv.[[519]](#footnote-519)

Reguleringen i andre avsnitt siste setning om at kontroll også kan utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer viser at kontrollen kan være indirekte ved at oppdragsgiver kontrollerer en enhet, som igjen kan utøve nødvendig kontroll over den juridiske personen som er tildelt kontrakt.

Bokstav b omtales som aktivitetskriteriet og omtaler hvor stor andel av den kontrollerte virksomhetens aktivitet som må være rettet mot oppdragsgiver. Det er et krav om at minst 80 prosent av aktiviteten i den kontrollerte juridiske personen skal være oppdrag gitt dem av oppdragsgiver eller en enhet oppdragsgiver kontrollerer. Hensynet bak regelen er å sikre at egenregi-unntaket ikke kommer til anvendelse der en virksomhet som er kontrollert av en eller flere offentlige oppdragsgivere er aktiv på markedet og kan konkurrere med andre virksomheter.[[520]](#footnote-520) Det følger av fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 31 tredje avsnitt at det må sikres at et samarbeid mellom offentlige enheter ikke fører til konkurransevridning i forhold til private leverandører. Aktivitetskriteriet kan være oppfylt selv om det er andre enn oppdragsgiver som nyter godt av aktivitetene den juridiske personen utfører, for eksempel brukere som mottar en tjeneste.[[521]](#footnote-521) Det avgjørende er at det er «gjennomføring av oppgaver den er gitt av den kontrollerende offentlige oppdragsgiveren». Det følger av artikkel 12 nr. 5 omtalt nedenfor hvordan aktiviteten skal beregnes.

Bokstav c fastslår at det ikke skal være direkte private eierinteresser i den kontrollerte juridiske personen, altså den virksomhet som tildeles en kontrakt. Begrunnelsen for kriteriet fremgår av anskaffelsesdirektivets fortale premiss 32 andre avsnitt, og er at dette vil kunne stille en privat markedsdeltaker som har kapitalinteresser i den kontrollerte juridiske personen mer fordelaktig enn konkurrentene.

Indirekte privat eierskap ved at det foreligger private eierinteresser i den eller de kontrollerende offentlige oppdragsgiverne utelukker imidlertid ikke at unntaket for utvidet egenregi kommer til anvendelse.[[522]](#footnote-522)

Det er i utgangspunktet tidspunktet for tildeling av kontrakt som er avgjørende for vurderingen knyttet til privat kapitalinteresse.[[523]](#footnote-523) Etterfølgende omstendigheter kan imidlertid også spille inn, særlig hvis eierandeler i et selskap blir solgt til private rett etter tildeling av kontrakt.[[524]](#footnote-524) En teoretisk mulighet for at eierandeler vil kunne bli solgt til private i fremtiden er imidlertid ikke nok for å hindre at unntaket for egenregi kommer til anvendelse, det må foreligge en realistisk nærliggende mulighet.[[525]](#footnote-525) Hvis en kontrakt er tildelt basert på unntaket for egenregi, vil det at privat kapital kommer til senere i løpet av kontraktens varighet kunne være en vesentlig endring som tilsier at kontrakten må konkurranseutsettes.[[526]](#footnote-526)

EU-domstolen har lagt til grunn at ideelle organisasjoner må sidestilles med andre private aktører når det gjelder forbudet mot private eierinteresser i den kontrollerte juridiske personen.[[527]](#footnote-527)

Direktivet oppstiller en snever unntaksbestemmelse fra forbudet mot direkte privat kapitalinteresse i den kontrollerte juridiske enheten hvis den private kapitalinteressen er lovpålagt og ikke utøver noen kontrollerende innflytelse.

Vilkårene for utvidet egenregi må være oppfylt i hele kontraktsperioden.[[528]](#footnote-528) Videre er reglene om utvidet egenregi en unntaksbestemmelse som må tolkes restriktivt. Det er oppdragsgiver som påberoper seg at unntaksbestemmelsen er oppfylt som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.[[529]](#footnote-529)

Artikkel 12 nr. 2 regulerer unntaket for utvidet egenregi i konsernforhold, for eksempel hvor oppdragsgiver ønsker å tildele kontrakt til sitt morselskap, eller til et søsterselskap. Kontrollkriteriet vil i et slik tilfelle sjelden være oppfylt, da datterselskapet ikke kan kontrollere morselskapet eller søsterselskapet. Artikkel 12 nr. 2 sier imidlertid at nr. 1 også får anvendelse dersom en kontrollert juridisk person som er en offentlig oppdragsgiver, tildeler en kontrakt til sin kontrollerende offentlige oppdragsgiver, eller til en annen juridisk person som kontrolleres av den samme offentlige oppdragsgiveren. Dette er forutsatt av at det ikke foreligger noen direkte privat kapitalinteresse i den juridiske personen som tildeles kontrakten. Det følger av direktivteksten at det samme snevre unntaket for lovpålagt privat kapitalinteresse gjelder også her. Aktivitetskriteriet er ikke nevnt i artikkel 12 nr. 2, kun kriteriet knyttet til privat eierskap. Det er derfor diskutert i juridisk teori om det er en forutsetning at aktivitetskriteriet i artikkel 12 nr. 1 bokstav b er oppfylt selv om det ikke sies direkte i bestemmelsen.[[530]](#footnote-530)

Artikkel 12 nr. 3 regulerer situasjonen hvor en oppdragsgiver ikke oppfyller kontrollkriteriet alene, men hvor kontrollen utøves av flere oppdragsgivere i fellesskap. En offentlig oppdragsgiver som ikke utøver kontroll over en juridisk person i henhold til artikkel 12 nr. 1, kan likevel tildele en kontrakt uten at det reguleres av anskaffelsesdirektivet dersom alle følgende vilkår er oppfylt:

* Oppdragsgiver utøver sammen med andre offentlige oppdragsgivere en kontroll over denne juridiske personen, som tilsvarer den kontrollen som de utøver over sine egne avdelinger, jf. bokstav a,
* Mer enn 80 prosent av virksomheten til denne juridiske personen utføres ved gjennomføring av oppgaver den er gitt av de kontrollerende offentlige oppdragsgiverne eller av andre juridiske personer som kontrolleres av de samme offentlige oppdragsgiverne, jf. bokstav b,
* Det foreligger ikke noen direkte privat kapitalinteresse i den kontrollerte juridiske personen, unntatt ikke-kontrollerende og ikke-blokkerende former for privat kapitalinteresse som kreves av nasjonal lovgivning, i samsvar med traktatene, som ikke utøver noen avgjørende innflytelse på den kontrollerte juridiske personen, jf. bokstav c.

I artikkel 12 nr. 3 andre avsnitt er kontrollkriteriet i bokstav a nærmere presisert. Flere oppdragsgivere skal anses for å utøve felles kontroll over oppdragstaker når:

* Beslutningsorganene i den kontrollerte juridiske personen består av representanter for alle deltakende offentlige oppdragsgivere. Enkeltstående representanter kan representere flere eller alle deltakende offentlige oppdragsgivere, jf. punkt i,
* Disse offentlige oppdragsgiverne er sammen i stand til å utøve avgjørende innflytelse på de strategiske målene og viktige beslutningene i den kontrollerte juridiske personen, jf. punkt ii,
* Den kontrollerte juridiske personen har ingen interesser som er i strid med interessene til de kontrollerende offentlige oppdragsgiverne, jf. punkt iii.

Utover at kontrollkriteriet skal være oppfylt etter de ovennevnte betingelser stilles de samme krav om aktivitetskriteriet og at det ikke skal være noen direkte privat kapital som i artikkel 12 nr. 1. Vilkårene kan være oppfylt både når oppdragsgiverne sammen og samtidig oppretter et felles selskap som de deretter tildeler en kontrakt, og når en oppdragsgiver blir deleier i et eksisterende selskap.[[531]](#footnote-531)

EU-domstolen har i forente saker C-383/21 og C-384/21 Sambre og Biesme behandlet blant annet kontrollkriteriet i artikkel 12 nr. 3 andre avsnitt bokstav i.[[532]](#footnote-532) Et belgisk allmennyttig boligselskap eid av to kommuner besluttet å etablere et øko-kvartal bestående av 150 boliger sammen med kommunen Farciennes som var en av eierkommunene. Boligselskapet ville benytte tjenestene til det offentlige selskapet Igretecs til dette prosjektet. Igretec var eid av en rekke kommuner og andre offentlige organer, herunder kommunen Farciennes. Boligselskapet kjøpte en selskapsandel i Igretec for å kunne benytte deres tjenester in-house, men de eide en liten andel og hadde ikke en egen representant i Igretec sine styrende organer. Farcienne hadde imidlertid en representant i Igretec sitt styre, og denne representanten var også medlem av boligselskapet sitt styre som representant for Farcienne. Spørsmålet fra den henvisende domstolen var om det var tilstrekkelig for å utøve kontroll over en juridisk enhet sammen med andre oppdragsgivere, at en representant for en annen offentlig oppdragsgiver er medlem av styret til både den juridiske enheten (den enheten oppdragsgiverne ønsker å gi oppdraget til – Igretec) og den offentlige oppdragsgiveren (boligselskapet). EU-domstolen anså ikke vilkåret i artikkel 12 nr. 3 andre avsnitt bokstav i for å være oppfylt. Boligselskapet hadde ingen representant i Igretecs styre, og selv om representanten for Farciennes var medlem av boligselskapets styre, var vedkommende kun deltaker i Igretecs styre i egenskap av å være representant for Farcienne.

Artikkel 12 nr. 4 regulerer horisontalt samarbeid, også kalt ikke-institusjonalisert samarbeid eller offentlig-offentlig samarbeid. Dette er når to eller flere offentlige oppdragsgivere samarbeider om utføringen av en tjeneste uten at kontrollkriteriet er oppfylt. Bestemmelsen oppstiller tre vilkår som alle må være oppfylt for at samarbeidsavtaler kan inngås uten at anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse:

* Kontrakten oppretter eller gjennomfører et samarbeid mellom de deltakende offentlige oppdragsgiverne, med det mål å sikre at offentlige tjenester som de skal utføre, ytes med sikte på å nå mål de har felles, jf. bokstav a,
* Gjennomføringen av dette samarbeidet er utelukkende underlagt hensynet til allmennhetens interesse, jf. bokstav b,
* De deltakende offentlige oppdragsgiverne utfører mindre enn 20 prosent av den virksomheten som samarbeidet gjelder på det åpne markedet, jf. bokstav c.

Horisontal egenregi ble akseptert av EU-domstolen i sak C-480/06 Stadtreinigung Hamburg, også referert til som Kommisjonen mot Tyskland, og er nærmere konkretisert i blant annet sak C-159/11 Azienda.[[533]](#footnote-533) [[534]](#footnote-534) Bakgrunnen er at det offentlige skal stå fritt til å organisere sin virksomhet på en hensiktsmessig måte. I fortalen til anskaffelsesdirektivet er det sagt at «ingen bestemmelse i dette direktiv pålegger medlemsstatene noen forpliktelse til å konkurranseutsette eller benytte underleverandører til yting av tjenester som de ønsker å yte selv, eller til å organisere på annen måte enn ved hjelp av offentlige kontrakter i henhold til dette direktiv.»[[535]](#footnote-535)

Artikkel 12 nr. 4 kodifiserer unntaket som er utviklet i rettspraksis. Det er presisert i bestemmelsen at samarbeidet må oppstå i form av en kontrakt. Selv om det ikke er brukt begrepet offentlig kontrakt i denne bestemmelsen er det «offentlig kontrakt» slik det er definert i artikkel 2 første avsnitt nr. 5 og brukt i artikkel 12 nr. 1 som kommer til anvendelse.[[536]](#footnote-536) Det må avgrenses mot samarbeid som ikke er inngåelse av en gjensidig bebyrdende kontrakt, slik som utøvelse av offentlig myndighet eller intern organisering, jf. artikkel 1 nr. 6.

Bokstav a inneholder i seg selv flere vilkår. Det må som nevnt være en kontrakt, og kontraktspartene må være offentlige oppdragsgivere slik dette er definert i artikkel 2 første avsnitt nr. 1. Det er ikke utelukket med privat kapital hos de offentlige oppdragsgiverne, dette fremkommer av fortalen premiss 32 tredje avsnitt.

Samarbeidet må dreie seg om «offentlige tjenester som de skal utføre». I fortalen premiss 33 første avsnitt sies det at et samarbeid kan omfatte «alle typer virksomhet knyttet til tjenesteytingen og utøvelsen av ansvar som de deltakende myndighetene er tildelt eller har påtatt seg, for eksempel lokale eller regionale myndigheters obligatoriske eller frivillige oppgaver eller tjenesteyting som i henhold til offentlig rett er pålagt bestemte organer.»

I KOFA-sak 2017/107 hadde Ruter AS, Agder Kollektivtrafikk AS, Brakar AS, Kolumbus AS og Østfold kollektivtrafikk inngått en samarbeidsavtale om utvikling og videreutvikling av betalingsløsninger for kollektivtransporttilbudet med henvisning til forsyningsforskriften § 3-3.[[537]](#footnote-537) Klager hevdet blant annet at samarbeidet ikke gjaldt offentlige oppgaver, jf. forsyningsforskriften § 3-3 bokstav a, siden utvikling av en IT-løsning for billettsalg og betaling av billetter er en oppgave som en rekke ulike private aktører kan gjøre. Klagenemnda konkluderte imidlertid med at kollektivtransporttilbud er en offentlig oppgave, og at utvikling og videreutvikling av betalingsløsninger for dette kollektivtransporttilbudet da vil anses som aktiviteter i forbindelse med gjennomføringen av disse aktivitetene. Dette gjaldt også løsninger som gjør det lettere for de reisende å kjøpe billetter for reiser gjennom ulike regioner. Klagers anførsel om at det ikke var tale om en offentlig oppgave førte derfor ikke frem.[[538]](#footnote-538)

Det fremgår av fortalen premiss 33 tredje avsnitt at det ikke kreves at alle deltakende oppdragsgivere påtar seg utførelsen av kontraktsmessige hovedforpliktelser, så lenge det foreligger forpliktelser om å bidra til felles gjennomføring av den aktuelle offentlige tjenesten.

Artikkel 12 nr. 4 bokstav a bruker begrepet «samarbeid». EU-domstolens saker C-796/18 Stadt Køln og C-429/19 Remondis II fastslår at et samarbeid må være reelt.[[539]](#footnote-539) [[540]](#footnote-540) I Remondis-dommen utdyper domstolen hvilke krav som stilles til samarbeidet. Det vises til at partene i forberedelsen av en samarbeidsavtale fastsetter sine behov og hvordan disse kan oppfylles i fellesskap, dette i motsetning til en kontrakt hvor oppdragsgiver normalt fastsetter dette alene. Samarbeidet hviler derfor på en felles strategi, og hvor partene forener sine krefter for å utføre tjenesten.[[541]](#footnote-541) At en offentlig oppdragsgiver kun overlater utførelsen av tjenester til en annen offentlig oppdragsgiver mot å betale vederlag er ikke tilstrekkelig for å betrakte dette som et samarbeid i henhold til artikkel 12 nr. 4.[[542]](#footnote-542) Betraktningene i Remondis-dommen er fulgt opp av EU-domstolen i forente saker C-383/21 og C-384/21 Sambre og Biesme.[[543]](#footnote-543) Dette er også lagt til grunn av KOFA i sak 2017/107 som er omtalt ovenfor.[[544]](#footnote-544)

I fortalen premiss 31 tredje avsnitt er det presisert at et samarbeid mellom offentlige myndigheter ikke må stille private leverandører i en fordelaktig situasjon i forhold til sine konkurrenter.

I bokstav b er det et krav om at gjennomføringen av samarbeidet er «utelukkende underlagt hensynet til allmennhetens interesse». I fortalen premiss 33 tredje avsnitt er det vist til at «[d]essuten bør gjennomføringen av samarbeidet, herunder eventuelle økonomiske overføringer mellom de deltakende offentlige oppdragsgiverne, utelukkende være underlagt hensynet til allmennhetens interesse». Hensynet til allmennhetens interesser står i motsetning til kommersielle interesser, men i forbindelse med vedtakelsen av direktivet ble EU-kommisjonens forslag om å innta en begrensning knyttet til at betaling må basere seg på et prinsipp om kostnadsdekning ikke tatt med i direktivteksten.[[545]](#footnote-545) I Nærings- og fiskeridepartementets veileder er det uttalt at «[e]tter departementets syn er det trolig rom for at betaling mellom deltakerne i samarbeidet til en viss grad kan gå videre enn en ren kostnadsdekning, for eksempel kan det være tillatt at overskudd investeres i tjenesten som samarbeidet gjelder».[[546]](#footnote-546)

I bokstav c er det et krav om at de deltakende offentlige oppdragsgiverne utfører mindre enn 20 prosent av den virksomheten som samarbeidet gjelder på det åpne markedet.

Artikkel 12 nr. 5 reguler hvordan aktivitetskriteriet i nr. 1 første avsnitt bokstav b, nr. 3 første avsnitt bokstav b og nr. 4 bokstav c skal beregnes, og viser til ulike metoder som kan benyttes.

For å kunne bestemme prosentandelen av virksomheten nevnt i nr. 1 første avsnitt bokstav b, nr. 3 første avsnitt bokstav b og nr. 4 bokstav c, skal det tas hensyn til gjennomsnittlig samlet omsetning, eller et hensiktsmessig alternativt virksomhetsbasert mål, for eksempel kostnader som er påløpt hos den relevante juridiske personen eller offentlige oppdragsgiveren med hensyn til tjenester, varer eller bygge- og anleggsarbeider i de tre foregående årene før kontraktstildelingen.

Dersom disse opplysningene enten ikke foreligger, eller ikke lenger er relevant, på grunn av datoen da den juridiske personen eller offentlige oppdragsgiveren ble opprettet eller innledet sin virksomhet, eller på grunn av en omorganisering av virksomheten, skal det være tilstrekkelig å vise at målet for virksomhet er troverdig, særlig ved hjelp av prognoser for virksomheten.

Det foreligger i august 2023 ingen dommer fra EU-domstolen som gir veiledning i hvordan disse beregningene skal gjøres.

Forsyningsdirektivet har tilsvarende bestemmelser som anskaffelsesdirektivet i artikkel 28 og artikkel 29. I artikkel 30 er det en egen bestemmelse om joint ventures.

Konsesjonskontraktdirektivet har tilsvarende bestemmelser i artikkel 13 og artikkel 17. I artikkel 14 er det en egen bestemmelse om joint ventures.

Artikkel 12 er gjennomført i anskaffelsesforskriften kapittel 3 i §§ 3-1 til 3-4.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 12 skal gjennomføres i anskaffelsesloven. Bestemmelsen er allerede gjennomført i norsk rett, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til gjeldende anskaffelsesregelverk.

Anskaffelsesforskriften § 3-1 første ledd bokstav a bruker begrepet «virksomhet» for å beskrive kontrollkriteriet. Den norske oversettelsen av direktivet bruker begrepet «avdelinger». Dette stemmer også bedre overens med begrepsbruken i de danske og engelske språkversjonene av direktivet, og er derfor brukt i lovutkastet.

Utvalget legger til grunn at det er et vilkår for å kunne benytte unntaket for utvidet egenregi i konsernforhold, jf. artikkel 12 nr. 2, at aktivitetskriteriet i artikkel 12 nr. 1 bokstav b er oppfylt, selv om det ikke sies direkte i bestemmelsen. Det gir lite mening at aktivitetskriteriet ikke skal være oppfylt i disse tilfellene, og det er også lagt til grunn i anskaffelsesforskriften § 3-1 tredje ledd i dag.

Direktivet oppstiller en unntaksregel fra hovedregelen om at det ikke kan være privat eierskap i artikkel 12 nr. 1 bokstav c, artikkel 12 nr. 2 og artikkel 12 nr. 3 første avsnitt bokstav c for «ikke-kontrollerende og ikke blokkerende former for privat kapitalinteresse som kreves av nasjonal lovgivning, i samsvar med traktatene, som ikke utøver noen avgjørende innflytelse på den kontrollerte juridiske personen». Utvalget er ikke kjent med at det foreligger slik lovgivning i Norge, og har derfor ikke tatt med dette særlige unntaket i forslag til ny lovbestemmelse. Det er heller ikke tatt med i anskaffelsesforskriften i dag.

Artikkel 12 nr. 4 som omhandler samarbeidsavtaler mellom oppdragsgivere bruker begrepet «allmennhetens interesse» i bokstav b, mens anskaffelsesforskriften § 3-3 bokstav b bruker begrepet «offentlige interesser». Det er trolig det samme meningsinnholdet, men utvalget foreslår å bruke direktivets begrep. Artikkel 12 nr. 4 bokstav c bruker begrepet «det åpne markedet» i forbindelse med aktivitetskravet, mens anskaffelsesforskriften § 3-3 bokstav c lyder «der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne». Utvalget mener meningsinnholdet her kan forstås annerledes en direktivet, og har her foreslått en ordlyd som ligger nærmere direktivteksten.

Utvalget har fått innspill om at bestemmelsene om utvidet egenregi er vanskelige å forstå og oppleves unødig kompliserte. Det er begrenset handlingsrom ved gjennomføringen av direktivbestemmelsene. Det er anledning for medlemsstatene til å fastsette strengere vilkår enn direktivet, men dette anses ikke som ønskelig eller i tråd med mandatets føringer. Det er kun den manglende unntaksbestemmelsen i artikkel 12 nr. 1 bokstav c, artikkel 12 nr. 2 og artikkel 12 nr. 3 som nevnt over som i teorien innebærer en innstramming.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 12 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 7-6 til 7-9.

[Boks slutt]

## Særlige situasjoner [artikkel 13 og 14]

### Subsidierte kontrakter [artikkel 13]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 13 første avsnitt at direktivet får anvendelse på tildeling av kontrakter som er direkte subsidiert av offentlige oppdragsgivere med mer enn femti prosent, og den aktuelle kontrakten har en verdi som overstiger en gitt terskelverdi. Direktivet får således også anvendelse på visse subsidierte kontrakter. Bestemmelsen kan anses som en delvis utvidelse av direktivets virkeområde, jf. artikkel 1 om at direktivet får anvendelse på offentlige kontrakter som tildeles av offentlige oppdragsgivere. Artikkel 13 åpner for at direktivet får anvendelse på kontrakter som er subsidiert av en offentlig oppdragsgiver med mer enn femti prosent, uavhengig av om aktøren som mottar de subsidierte midlene er omfattet av direktivet eller ikke.

EU-domstolen har ved tolkningen av en tidligere utgave av bestemmelsen,[[547]](#footnote-547) gitt utrykk for at bestemmelsen har to formål. For det første skal bestemmelsen hindre at offentlige oppdragsgivere søker å unngå anskaffelsesregelverket, ved å overlate arbeider til private aktører som den aktuelle oppdragsgiveren subsidierer med mer enn femti prosent.[[548]](#footnote-548) EU-domstolen viste til at det i substans ikke er forskjell mellom det tilfellet der en oppdragsgiver selv inngår en kontrakt med en leverandør, og tilfellet der oppdragsgiver direkte subsidierer mer enn femti prosent av den samme kontrakten som er tildelt av en annen aktør. For å unngå omgåelse av bestemmelsene i direktivet, mente domstolen at det er nødvendig med en funksjonell tolkning av bestemmelsens rekkevidde.

For det andre skal bestemmelsen hindre at en aktør velger leverandør på bakgrunn av motivasjoner som ikke er rent økonomiske, og at dette skyldes nettopp måten kontrakten er finansiert på. Bestemmelsen tar således sikte på å sikre upartiske anskaffelser, når offentlige oppdragsgivere omfattet av direktivet utøver bestemt innflytelse.[[549]](#footnote-549)

Hva som utgjør direkte subsidier er ikke nærmere definert i direktivet eller dens fortale. I sak T-488/10 uttalte EU-domstolen at begrepet må tolkes vidt, og ikke bare inkludere direkte monetære utbetalinger.[[550]](#footnote-550) Begrepet ble vurdert av domstolen til også å omfatte andre typer støtte, som medfører at støttemottakeren får redusert kostnadene knyttet til utførelsen av en kontrakt.[[551]](#footnote-551) I den nevnte saken var det snakk om subsidier i form av skattelettelser. EU-domstolen har fastslått at subsidiene må være direkte knyttet til en spesifikk kontrakt, slik at det ikke vil være tilstrekkelig at støtten er generell.[[552]](#footnote-552)

Artikkel 13 gjelder kun når kontrakten omfatter visse bygge- og anleggsarbeider som er nærmere utdypet i vedlegg II til direktivet,[[553]](#footnote-553) eller når kontrakten gjelder oppføring av sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger eller bygninger til forvaltningsformål.

Det følger av artikkel 13 andre avsnitt at oppdragsgiver som yter subsidiene etter første avsnitt, skal sikre samsvar med bestemmelsene i direktivet dersom de ikke selv tildeler den subsidierte kontrakten, eller dersom de tildeler den for eller på vegne av andre enheter. I lys av at bestemmelsen tar sikte på å omfatte kontrakter som tildeles aktører som egentlig ikke er offentlige oppdragsgivere, men blir omfattet som følge av de subsidierte midlene, er det naturlig at det er oppdragsgiver som tildeler subsidiene som skal sikre at anskaffelsesregelverket overholdes.

Verken forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet inneholder tilsvarende bestemmelse.

Anskaffelsesforskriften regulerer subsidierte kontrakter i § 1-3.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalgets vurdering er at anskaffelsesdirektivet artikkel 13 bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget mener at direktivbestemmelsen er noe omfattende og tungt skrevet, og at den er hensiktsmessig omskrevet i dagens anskaffelsesforskrift. Utvalget har derfor tatt utgangspunkt i anskaffelsesforskriften § 1-3 i utformingen av ny lovbestemmelse. Når det gjelder bestemmelsens andre ledd foreslår utvalget en ny ordlyd som ligger nærmere direktivets ordlyd. Ny lov bør klargjøre at det er den offentlige oppdragsgiveren som gir subsidiene, som skal sikre at anskaffelsesregelverket overholdes. Dette vil være en endring fra dagens anskaffelsforskrift, som krever at den offentlige oppdragsgiveren som yter subsidiene kun skal underrette tilskuddsmottakeren senest ved tildelingen av tilskuddet, om at tilskuddsmottakeren ved tildeling av kontrakt er å regne som oppdragsgiver ved tildeling av kontrakten.

Utvalget mener direktivteksten klart angir at det er oppdragsgiveren som gir subsidiene som skal sikre at direktivbestemmelsene overholdes. Dette fremgår også tydelig av høringsnotatet fra departementet fra 2015.[[554]](#footnote-554) Etter utvalgets vurdering er direktivets løsning god fordi det er naturlig at oppdragsgiver som normalt er underlagt anskaffelsesregelverket også sikrer at det overholdes i et konkret tilfelle der vedkommende har gitt et tilskudd av det omfang som direktivbestemmelsen regulerer. Utvalget vil likevel presisere at direktivet ikke gir noen nærmere anvisning på hvordan oppdragsgiver skal sikre samsvar med direktivet, og utvalget legger derfor til grunn at oppdragsgiver står fritt til å finne den praktiske tilnærmingen på dette i en bestemt anskaffelse. Dette betyr for eksempel at oppdragsgiver kan avtale med tilskuddsmottakeren at de skal holdes ansvarlig for eventuelle brudd på regelverket, dersom oppdragsgiver selv ikke gjennomfører anskaffelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 13 i ny lov om offentlige anskaffelser § 8-1.

[Boks slutt]

## Tjenestekontrakter om forskning og utvikling [artikkel 14]

### Gjeldende rett

Forskning- og utviklingskontrakter er kontrakter som inneholder et forsknings- eller utviklingselement.[[555]](#footnote-555) Dette kan for eksempel være ved at kontrakten har til hensikt å fremskape ny kunnskap, eventuelt utvikle eller videreutvikle nye løsninger.[[556]](#footnote-556) Forsknings- og utviklingskontrakter faller i utgangspunktet utenfor anskaffelsesdirektivet, men direktivet artikkel 14 angir i hvilke tilfeller direktivet likevel får anvendelse på slike kontrakter.

Artikkel 14 gir anskaffelsesdirektivet anvendelse på offentlige tjenestekontrakter som gjelder forsknings- og utviklingstjenester. Dette gjelder likevel bare spesifikke CPV-koder (73000000-2 til 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 og 73430000-5), og så langt vilkårene i bokstavene a og b er oppfylt. Etter bokstav a stilles det krav om at utbyttet utelukkende tilfaller oppdragsgiveren for egen bruk ved utøvelse av egen virksomhet, og etter bokstav b at oppdragsgiveren fullt ut betaler vederlaget for tjenesten.

CPV-koder for forsknings- og utviklingstjenester omtalt i artikkel 14

* 73000000-2 til 73120000-9 «Forsknings- og udviklingsvirksomhed og hermed beslægtet konsulentvirksomhed», «Forskning og eksperimentel udvikling», «Forskning», «Tjenester ydet af forskningslaboratorier», «Havforskning».
* 7330000-5 «Planlægning og udførelse af forskning og udvikling».
* 73420000-2 «Præ-feasibilityundersøgelse og teknologisk demonstration».
* 73430000-5 «Planlægning og udførelse af forskning og udvikling».

Kilde: Kommissionens forordning (EF) nr. 213/2008

[Boks slutt]

Fortalen til direktivet premiss 35 viser til at samfinansieringen av forsknings- og utviklingsprogrammer fra industrien bør oppmuntres, og at det derfor må klargjøres at direktivet bare får anvendelse der det ikke foreligger noen samfinansiering og når resultatet fra virksomheten tilfaller den aktuelle oppdragsgiveren. Det presiseres også at fiktiv deling av resultater eller rent symbolsk deltakelse i betalingen til tjenesteyteren ikke skal forhindre at direktivet får anvendelse.

I anskaffelsesdirektivet (2004) var det et tilsvarende unntak for tjenesteytelseskontrakter om forskning og utvikling, bortsett fra hvis utbyttet utelukkende ble tilskrevet den ordregivende myndighet til bruk i egen virksomhet og forutsatt at tjenesteytelsen fullt ut ble betalt av den ordregivende myndighet.

I den tidligere veilederen til anskaffelsesregelverket ble unntaket forklart med at forsknings- og utviklingskontrakter er unntatt regelverket fordi det ofte kreves et samarbeid mellom partene, som har mer til felles med et partnerskaps- og investeringslignende forhold, fremfor å være et forhold mellom en leverandør og en kjøper.[[557]](#footnote-557)

I KOFA-sak 2017/43 uttalte klagenemnda følgende om forsknings- og utviklingskontrakter:

«Det sentrale for om en anskaffelse skal kategoriseres som en forsknings- og utviklingstjeneste, er om kontrakten har til hensikt å fremskaffe ny kunnskap, eventuelt utvikle eller videreutvikle nye løsninger, jf. klagenemndas sak 2011/351 (KOFA-2011-351) i premiss 42 med videre henvisning til Nærings- og handelsdepartementet fortolkningsuttalelse av 11. juli 2003. Fra fortolkningsuttalelsen gjengis videre:

‘Dette innebærer blant annet at kontrakten har til formål å fremskaffe noe som ikke er tilgjengelig i dagens marked. Det legges også til grunn at bestemmelsen kun omfatter kontrakter hvor forskning eller utviklingsdelen utgjør et hovedelement. Kontrakter om å utføre en alminnelig tjeneste, som innebærer mindre elementer av videreutvikling, vil med andre ord ikke anses å oppfylle bestemmelsens krav til nyskapning [ … ]’.

Klagenemnda slutter seg til dette. En ren innsamling og systematisering av data vil eksempelvis ikke være omfattet av unntaket, jf. klagenemndas sak 2004/206 (KOFA-2004-206) premiss 29. Det avgjørende er videre ikke om oppdragsgiver har betegnet kontrakten som en forsknings- og utviklingskontrakt, men om kontraktsgjenstanden reelt sett er å anse som en forsknings- og utviklingstjeneste. Det er derfor heller ikke avgjørende at innklagede har valgt å benytte en standardkontrakt om konsulenttjenester.»[[558]](#footnote-558)

Forsyningsdirektivet artikkel 32 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 25 inneholder tilsvarende bestemmelser.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 14 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 2-5.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår at artikkel 14 gjennomføres i ny lov. Siden direktivet får anvendelse på nærmere angitte kontrakter og forskning- og utviklingstjenester, er det nødvendig at loven også inneholder en tilsvarende bestemmelse.

Utvalget har fått innspill fra referansegruppen på at denne bestemmelsen bør klargjøres i ny lov. Utvalget foreslår ingen realitetsendringer, men foreslår at bestemmelsen bygges opp på samme måte som i direktivet i stedet for en unntaksbestemmelse som i dagens regelverk. Etter utvalgets vurdering vil forslaget til ny struktur og den generelle fremstillingen av bestemmelsen klargjøre anvendelsesområdet til bestemmelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 14 i ny lov om offentlige anskaffelser § 8-2.

[Boks slutt]

## Anskaffelser som omfatter forsvars- og sikkerhetsaspekter [artikkel 15, 16 og 17]

### Forsvar og sikkerhet [artikkel 15]

#### Gjeldende rett

Artikkel 15 nr. 1 angir at direktivet får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter og plan- og designkonkurranser som organiseres på forsvars- og sikkerhetsområdet. Dette gjelder bare som et utgangspunkt, og blir modifisert av bestemmelsen i bokstavene a og b.

Anskaffelsesdirektivet gjelder ikke hvis kontrakten hører inn under virkeområdet til forsvarsanskaffelsesdirektivet (bokstav a). Hvorvidt kontrakten reguleres av forsvarsanskaffelsesdirektivet må avgjøres konkret ut fra kontraktens gjenstand og verdien på kontrakten. Det avgjørende for om forsvarsanskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse, er kontraktens gjenstand jf. forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 2. Forsvarsanskaffelsesdirektivet gjelder ved anskaffelse av forsvarsmateriell og gradert materiell, herunder også delkomponenter. Videre gjelder direktivet ved enkelte varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som er knyttet til forsvarsmateriell og gradert materiell, og enkelte graderte tjenesteytelser.

Anskaffelsesdirektivet gjelder ikke for kontrakter som forsvarsanskaffelsesdirektivet ikke får anvendelse på, og dette på grunnlag av artikkel 8, 12 eller 13 (bokstav b).[[559]](#footnote-559) Kontrakter som er unntatt etter disse bestemmelsene skal ikke følge reglene i anskaffelsesdirektivet, og er unntatt anskaffelsesregelverket i sin helhet.

Hvis det er nødvendig for å beskytte vesentlige sikkerhetsinteresser til en medlemsstat, gjelder ikke reglene i anskaffelsesdirektivet jf. artikkel 15 nr. 2, med mindre disse interessene ikke kan sikres gjennom mindre inngripende tiltak som for eksempel å pålegge leverandørene taushetsplikt. Dette unntaket må ansees å ha et videre omfang enn TEUV artikkel 346.[[560]](#footnote-560)

Det følger av EU-domstolens praksis at det er opp til den enkelte medlemsstat å bestemme hva som er av vesentlige sikkerhetsinteresser. Unntaket skal tolkes strengt, og EU-domstolen foretar en grundig prøving av medlemsstatens begrunnelser.[[561]](#footnote-561) Dette innebærer for eksempel at oppdragsgiver må kunne begrunne hvorfor interessene ikke kan sikres med mindre inngripende tiltak.

Direktivet får heller ikke anvendelse på offentlige kontrakter og plan og -designkonkurranser som er unntatt på grunnlag av TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav a, dersom anvendelsen av direktivet ville forpliktet medlemsstaten til å utlevere opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser. Dette unntaket må anses som en henvisning til det som allerede følger av TEUV artikkel 346.

Avslutningsvis følger det av artikkel 15 nr. 3 at hvis anskaffelsen eller kontraktsgjennomføringen er erklært hemmelig, eller skal følge særlige sikkerhetstiltak i overensstemmelse med nasjonal rett, gjelder ikke reglene i anskaffelsesdirektivet med mindre de berørte vesentlige sikkerhetsinteressene kan sikres ved mindre inngripende tiltak. Direktivet viser tilbake til forslaget i artikkel 15. nr. 2 om å pålegge leverandørene taushetsplikt.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 15 henviser til TEUV artikkel 346. Det følger av tilpasningsteksten knyttet til innlemmelsen av direktivet i EØS-avtalen, at direktivets henvisninger til TEUV artikkel 346 skal forstås som henvisninger til EØS-avtalen artikkel 123. Bestemmelsene har ikke fullt ut lik ordlyd.

Forsyningsdirektivet har en tilsvarende bestemmelse i artikkel 24, og i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10 nr. 4 siste avsnitt og nr. 5 til 7.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget mener at bestemmelsen må gjennomføres i ny lov, og at det samtidig gjøres enkelte språklige forenklinger i bestemmelsen. Utvalget mener at dansk lovgivning har gjort en hensiktsmessig omstrukturering av bestemmelsen, og utvalget har foreslått et lignende oppsett i forslag til ny norsk lovbestemmelse. Selv om strukturen på bestemmelsen er annerledes, videreføres i hovedsak dagens rettstilstand, fordi de tilsvarende unntakene også følger av dagens regelverk.

### Blandede anskaffelser som omhandler forsvars- eller sikkerhetsmessige aspekter [artikkel 16]

#### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet gir egne regler om blandede anskaffelser i artikkel 3, og det vises til fremstillingen i kapittel 24.3. I artikkel 3 nr. 3 andre avsnitt fremgår det at dersom en anskaffelse er omfattet av TEUV artikkel 346 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet, så gjelder reglene i artikkel 16. I artikkel 16 gir direktivet spesifikke regler om blandede anskaffelser der deler av kontrakten omhandler forsvars- eller sikkerhetsmessige aspekter. Disse aspektene kan enten være omfattet av TEUV artikkel 346 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet.

På samme måte som i artikkel 3, skilles det i artikkel 16 mellom anskaffelser som objektivt kan deles opp eller ikke. Hvis anskaffelsen kan deles opp, gjelder reglene i artikkel 16 nr. 2 og 3. Hvis en anskaffelse ikke kan deles opp i mindre delkontrakter gjelder artikkel 16 nr. 4.

For det tilfellet at en anskaffelse kan deles opp, kan oppdragsgiver velge å inngå flere delkontrakter, eller en samlet kontrakt. Hvis oppdragsgiver velger å dele opp kontrakten til flere delkontrakter, så skal hver kontrakt følge relevante regler for hver kontrakt.

Hvis oppdragsgiver velger å tildele en samlet kontrakt, legger direktivet føringer på hvordan oppdragsgiver skal foreta dette valget. Det må foreligge objektive grunner for at oppdragsgiver velger å tildele en samlet kontrakt. Direktivet definerer ikke begrepet noe nærmere, men angir at oppdragsgivers beslutning ikke kan treffes med det formål å unndra en anskaffelse fra virkeområdet til enten anskaffelsesdirektivet eller forsvarsanskaffelsesdirektivet.

Når oppdragsgiver velger å tildele en samlet kontrakt skal anskaffelsesdirektivet ikke få anvendelse dersom deler av kontrakten er omfattet av TEUV artikkel 346, jf. artikkel 16 nr. 2 tredje avsnitt bokstav a. Da er kontrakten unntatt anskaffelsesregelverket i sin helhet. Videre angir direktivet at forsvarsanskaffelsesdirektivet skal få anvendelse dersom deler av kontrakten er omfattet av det, jf. tilsvarende bokstav b. Det er også konkret angitt at dersom en anskaffelse inneholder delelementer som gjør at kontrakten både kan dekkes av bokstav a og bokstav b, så gjelder bokstav a.

Hvis kontrakten ikke deles opp i flere kontrakter, har oppdragsgiver to alternativer å velge mellom etter artikkel 16 nr. 4. Hvis kontrakten omfatter elementer som er dekket av TEUV artikkel 346, kan oppdragsgiver tildele kontrakt, uten å bruke reglene i anskaffelsesdirektivet. Hvis kontrakten omfatter elementer som ikke er dekket av TEUV artikkel 346, skal oppdragsgiver følge reglene i forsvarsanskaffelsesdirektivet.

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 25, og konsesjonskontraktdirektivet i artikkel 21.

#### Utvalgets vurdering

Artikkel 16 gir en nokså detaljert regulering av håndteringen av blandede anskaffelser, der elementer i den aktuelle kontrakten inneholder forsvars- eller sikkerhetsmessige aspekter. Utvalget mener bestemmelsen bør gjennomføres i ny lov, men med noen språklige justeringer. Bestemmelsen bør også deles opp slik at den ikke blir alt for omfattende.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 16 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 8-4 til 8-6.

[Boks slutt]

### Offentlige kontrakter og prosjektkonkurranser som omfatter forsvars- eller sikkerhetsmessige aspekter og som tildeles eller tilrettelegges i henhold til internasjonale regler [artikkel 17]

#### Utvalgets vurdering

Artikkel 17 gir unntak for anskaffelser som tilrettelegges etter internasjonale regler. Utvalget viser til at anskaffelsesdirektivet artikkel 9 allerede gir et tilsvarende unntak med omtrent det samme innhold, og utvalget viser til fremstillingen i kapittel 24.7. Artikkel 17 nr. 1 bokstav b foreslås gjennomført sammen med unntaket i artikkel 9. Utvalget foreslår ingen ytterligere gjennomføring av direktivbestemmelsen, og viser til at Danmark har valgt en tilsvarende tilnærming.[[562]](#footnote-562)

Forsyningsdirektivet har en tilsvarende bestemmelse i artikkel 20, og konsesjonskontraktsdirektivet i artikkel 10 nr. 5.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 17 og artikkel 9 som én unntaksbestemmelse i ny lov om offentlige anskaffelser § 7-3.

[Boks slutt]

## Prinsipper for offentlige anskaffelser [artikkel 18]

### Innledning

I anskaffelsesretten er grunnleggende prinsipper en samlebetegnelse på de prinsipper som listes opp i anskaffelsesloven § 4: oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.

Plasseringen av disse prinsippene i anskaffelsesloven innebærer, i mangel av nærmere regulering, at de gjelder for alle anskaffelser som omfattes av den og de tilhørende forskriftene. I forarbeidene understrekes det at «innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene må fastlegges i samsvar med EØS-retten».[[563]](#footnote-563) I dette ligger en erkjennelse av at prinsippene er hentet fra EØS-retten, som igjen har hentet dem fra EU-retten. Gjennom anskaffelsesloven § 4 er de sentrale EU-rettslige prinsipper for offentlige anskaffelser gitt anvendelse også på anskaffelser under EØS-terskelverdi, uavhengig av om anskaffelsen har grensekryssende interesse.

Utvalget mener at en ny anskaffelseslov bør ha en egen bestemmelse som gjennomfører sentrale EU-rettslige prinsipper for offentlige anskaffelser i norsk rett, slik som dagens § 4. Utvalget er imidlertid av den oppfatning at EU-prinsippenes anvendelsesområde bør avgrenses til anskaffelser som faktisk faller inn under EØS-rettens anvendelsesområde, slik det er gjort i Danmark.

Når det gjelder den nærmere utforming av en ny bestemmelse om prinsipper for offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdi, mener utvalget dagens § 4 kan videreføres, men med visse justeringer.

### Gjeldende rett – anskaffelsesdirektivet

#### Innledning

Anskaffelsesdirektivet artikkel 18 angir hvilke prinsipper som gjelder for anskaffelser som er omfattet av direktivet. Av bestemmelsens nr. 1 første avsnitt fremgår det at offentlige oppdragsgivere skal behandle markedsaktører likt og uten forskjellsbehandling, og opptre på en måte som gir adgang til innsyn og står i forhold til målet. Nr. 1 andre avsnitt slår fast at utformingen av et innkjøp ikke skal gjøres i den hensikt å unngå at det omfattes av direktivets virkeområde, eller for å begrense konkurransen på kunstig måte. Dette avsnittet kan betraktes som en konkretisering av et generelt lojalitetsprinsipp, men andre del av det kan også sees som utslag av et konkurranseprinsipp.[[564]](#footnote-564)

Av artikkel 18 nr. 2 følger det at medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre at markedsdeltakere ved gjennomføring av offentlige kontrakter oppfyller gjeldende forpliktelser innenfor miljørett, sosialrett og arbeidsrett, fastsatt i unionsretten, nasjonal rett, kollektive avtaler eller i internasjonale miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige bestemmelser angitt i vedlegg X. I sak C-395/18 Tim uttalte EU-domstolen at EU-lovgiver med dette har oppstilt etterlevelse av miljørettslige, sosialrettslige og arbeidsrettslige forpliktelser «som et princip på lige fod med de øvrige principper, der er omfattet af nævnte artikels stk. 1».[[565]](#footnote-565)

Prinsippene nevnt i direktivets artikkel 18 må forstås i lys av de enda mer overordnede EU-rettslige prinsippene som de er utledet av, jf. fortalens premiss 1. Her fremgår det at tildeling av offentlige kontrakter skal skje i samsvar med prinsippene om fritt varebytte, etableringsadgang og adgang til å yte tjenester, «samt de prinsippene som er avledet av disse, for eksempel prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, gjensidig anerkjennelse, forholdsmessighet og innsyn». Her påpekes også koblingen mellom prinsippene og direktivbestemmelsene: Når det gjelder offentlige kontrakter over en viss verdi, bør det utarbeides bestemmelser om samordning av nasjonale framgangsmåter ved tildeling av kontrakter, «for å sikre at disse prinsippene får en praktisk virkning og at offentlige innkjøp åpnes for konkurranse».

Ut over dette gir anskaffelsesdirektivet lite veiledning om det nærmere innholdet av prinsippene. Dette er også fremholdt i forarbeidene til dagens anskaffelseslov.[[566]](#footnote-566) Det nærmere innholdet må utledes av EU-domstolens praksis.

Av forarbeidene til dagens anskaffelseslov fremgår det at de anskaffelsesrettslige prinsippene har to funksjoner.[[567]](#footnote-567) For det første utgjør de et selvstendig grunnlag for rettigheter og plikter. Dette innebærer at manglende overholdelse av prinsippene kan utgjøre et brudd på anskaffelsesregelverket på samme måte som brudd på spesifikke bestemmelser i direktivet. Det er flere eksempler også i norsk rettspraksis og klagenemndspraksis på at dette prøves.[[568]](#footnote-568) [[569]](#footnote-569) [[570]](#footnote-570) [[571]](#footnote-571) For det andre benyttes prinsippene i tolkningen av øvrige bestemmelser i anskaffelsesregelverket. Dersom det er tvil om det nærmere innholdet av en konkret bestemmelse i anskaffelsesregelverket, er utgangspunktet at løsningen som støttes av prinsippene skal legges til grunn. Også dette er fulgt opp i norsk rettspraksis.[[572]](#footnote-572)

Samtidig vil ikke prinsippene i artikkel 18 nr. 1 slå igjennom overfor spesialregulering i direktivet. Et enkelt eksempel er språkkrav. Et krav til at tilbud må skrives på norsk, vil kunne oppleves tyngende for leverandører fra andre EØS-land. En leverandør fra et annet EØS-land vil likevel ikke komme noen vei med en anførsel om at det utgjør nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling i strid med artikkel 18 nr. 1. Direktivet tillater slike språkkrav i konkurransen.[[573]](#footnote-573)

I det følgende omtales prinsippene i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 første avsnitt og nr. 2 noe nærmere. Omgåelsesforbudet i artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt kan betraktes som en presisering av likebehandlingsprinsippet, med et helt konkret anvendelsesområde, og omtales ikke særskilt.

I omtalen av prinsippene i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 første avsnitt har utvalget valgt å bruke gjennomsiktighetsprinsippet for det som i den norske versjonen av direktivet er kalt innsynsprinsippet.[[574]](#footnote-574) På dansk benyttes gennemsigtighedsprincippet og på engelsk principle of transparency. Terminologien i den norske versjonen av direktivet har ikke fått fotfeste i anskaffelsesrettslig sammenheng, og er heller ikke brukt i gjeldende anskaffelseslov § 4.

#### Likebehandlingsprinsippet

EU-domstolen har fremholdt i flere saker at formålet med likebehandlingsprinsippet er å legge til rette for effektiv konkurranse mellom virksomheter som deltar i en anskaffelsesprosess, herunder at det sikres at leverandørene har lik mulighet til å inngi tilbud.[[575]](#footnote-575) Det samme er fremholdt i forarbeidene til anskaffelsesloven.[[576]](#footnote-576)

Prinsippet om likebehandling gjelder på alle stadier i anskaffelsesprosessen. Dette innebærer blant annet at samtlige tilbydere må få like muligheter til å ta stilling til om de ønsker å inngi tilbud.[[577]](#footnote-577) Det gjelder også for potensielle leverandører.[[578]](#footnote-578) Det er ikke bare leverandører som har inngitt tilbud kan påberope seg prinsippet, men også leverandører som kunne vært interessert i å inngi tilbud dersom de hadde hatt kjennskap til den aktuelle kontrakten.[[579]](#footnote-579)

Anskaffelsesdirektivets fortale viser at likebehandlingsprinsippet er sentralt for en rekke av anskaffelsesdirektivets regler. Det følger blant annet av fortalen premiss 45 at likebehandlingsprinsippet må overholdes ved gjennomføring av forhandlinger. Fortalen premiss 58 angir at kravet til skriftlighet skal sikre at det er mulig å vurdere om likebehandlingsprinsippet er overholdt i en anskaffelsesprosess. Det samme gjelder reglene om innsyn, jf. fortalen premiss 90. Fortalen premiss 110 angir at reglene om endring av leverandør er et utslag av likebehandlingsprinsippet.

Andre utslag av likebehandlingsprinsippet er krav til lik frist for å inngi tilbud,[[580]](#footnote-580) krav om at det gis lik informasjon til leverandørene og kravet til at evalueringen av tilbudene skjer ut fra like krav og premisser.[[581]](#footnote-581) [[582]](#footnote-582) Likebehandlingsprinsippet er videre til hinder for å gjennomføre dialog med en leverandør om vesentlige avvik etter at tildeling er gjort.[[583]](#footnote-583)

Det følger av EU-domstolens praksis at kjernen i likebehandlingsprinsippet er at like tilfeller skal behandles likt, og at ulike tilfeller skal behandles ulikt.[[584]](#footnote-584) Det avgjørende for anvendelsen av prinsippet er om tilfellene er sammenlignbare. EU-domstolen gir retningslinjer for den nærmere vurderingen av hva som utgjør sammenlignbare tilfeller i sak C-264/18 P.M. Ulik behandling av tilsynelatende like tilfeller er tillatt såfremt dette er saklig og objektivt begrunnet.

Prinsippet omfatter ikke kun direkte («åpen») forskjellsbehandling, men også indirekte («skjult») forskjellsbehandling.[[585]](#footnote-585) [[586]](#footnote-586)

En viktig forskjell mellom likebehandlingsprinsippet og det generelle forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling, er at likebehandlingsprinsippet også kan påberopes av hjemlige leverandører, og det uten at deres tilbud inkluderer varer eller innsatsfaktorer fra andre deler av EØS. En norsk leverandør som mener seg forskjellsbehandlet, kan følgelig påberope seg likebehandlingsprinsippet på lik linje med leverandører fra andre EØS-land.

#### Ikke-diskrimineringsprinsippet

Av anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 fremgår det at oppdragsgiver ikke bare skal behandle markedsaktører «likt», men også «uten forskjellsbehandling».[[587]](#footnote-587) Sistnevnte er en henvisning til det generelle EU-rettslige forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling, jf. TEUV artikkel 18 og EØS-avtalen artikkel 4. Det er vanlig å omtale dette som ikke-diskrimineringsprinsippet.

I praksis vil ikke-diskrimineringsprinsippet ofte bli konsumert av det generelle likebehandlingsprinsippet, som omfatter enhver form for forskjellsbehandling og som dessuten også kan påberopes av leverandører fra samme land som oppdragsgiver. Direktivets henvising til ikke-diskrimineringsprinsippet er likevel en påminnelse om at forskjellsbehandling som går ut over leverandører fra andre EØS-land utgjør en særegen kategori. I saker som omhandler forskjellsbehandling av leverandører fra andre medlemsland synes EU-domstolen å foretrekke å vurdere dette opp mot ikke-diskrimineringsprinsippet fremfor det generelle likebehandlingsprinsippet.[[588]](#footnote-588) [[589]](#footnote-589)

På tilsvarende vis som det generelle likebehandlingsprinsippet rammer ikke-diskrimineringsprinsippet også indirekte eller «skjult» forskjellsbehandling, det vil si krav som i utgangspunktet er nasjonalitetsnøytrale, men som likevel gjør det mindre attraktivt for leverandører fra andre medlemsstater å delta i konkurransen. Dette betyr ikke at slike krav uten videre er EØS-stridige, men de må kunne rettferdiggjøres med hensyn som EØS-retten anerkjenner som legitime og de må være i overensstemmelse med det generelle forholdsmessighetsprinsippet.

#### Gjennomsiktighetsprinsippet

EU-domstolen har utledet et gjennomsiktighetsprinsipp av ikke-diskrimineringsprinsippet.[[590]](#footnote-590) Det er løftet frem i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 og i fortalen premiss 1 som et selvstendig prinsipp, men koblingen til likebehandlingsprinsippet er tett.

EU-domstolen har fremholdt at gjennomsiktighetsprinsippet har en todelt funksjon: å sikre åpenhet om inngåelse av en kontrakt og å sikre at tildeling av en kontrakt ikke er partisk eller vilkårlig.[[591]](#footnote-591) For å sikre påkrevd åpenhet må anskaffelsen gjøres kjent før tildeling for potensielle leverandører. For å sikre at en kontrakt ikke tildeles partisk eller vilkårlig må det angis ikke-diskriminerende og objektive kriterier i forkant av konkurransen.[[592]](#footnote-592)

EU-domstolen har i medhold av gjennomsiktighetsprinsippet også oppstilt et krav til klarhet.[[593]](#footnote-593) Dette er også fremholdt i norsk rettspraksis.[[594]](#footnote-594) Kravet til klarhet innebærer at anskaffelsesdokumentene må utformes slik at alle aktsomme leverandører vil forstå de på samme måte.[[595]](#footnote-595)

Gjennomsiktighetsprinsippet skal sikre at markedet for offentlige kontrakter åpnes for konkurranse i tråd med EØS-anskaffelsesdirektivenes overordnete formål,[[596]](#footnote-596) [[597]](#footnote-597) og at anskaffelsesprosessen er upartisk og ikke vilkårlig.[[598]](#footnote-598) Oppdragsgiver må sikre «passende grad av offentlighet».[[599]](#footnote-599) Potensielle leverandører skal ha tilgang til all nødvendig informasjon i tide til å melde sin interesse for en offentlig kontrakt før den blir tildelt.[[600]](#footnote-600) I tillegg må oppdragsgiver fastsette reglene for gjennomføringen av konkurransen på forhånd, og sørge for en etterprøvbar prosess.[[601]](#footnote-601) [[602]](#footnote-602) Oppdragsgiver må med andre ord fastsette reglene for hvordan oppdragsgiver vil gå frem for å velge hvilken tilbyder som skal tildeles kontrakt, og deretter gjennomføre anskaffelsesprosessen på en slik måte at tilbyderne kan kontrollere at oppdragsgiver har fulgt den angitte fremgangsmåten.

Hvilke konkrete krav som kan utledes av prinsippet er også nærmere redegjort for av Underretten i sak T-165/12 Evropaïki Dynamiki III. Her følger det at hovedformålet med prinsippet er å forhindre favorisering og vilkårlighet fra oppdragsgivers side. Dette innebærer at alle krav og regler for gjennomføringen av en konkurranse må angis klart i anskaffelsesdokumentene.[[603]](#footnote-603) Dette innebærer videre at all teknisk informasjon som er relevant for forståelsen av anskaffelsesdokumentene må gjøres tilgjengelig for alle leverandørene i en konkurranse, slik at leverandørene kan fastsette hva anskaffelsen gjelder og oppdragsgiver kan verifisere om tilbudene møter de fastsatte kravene.[[604]](#footnote-604)

I direktivets fortale trekkes det frem en rekke konkrete bestemmelser som er et utslag av prinsippet om gjennomsiktighet. Det følger av fortalen premiss 45 at for å sikre gjennomsiktighet bør alle trinn dokumenteres. Viktigheten av dokumentasjon for å sikre gjennomsiktighet er gjentatt i fortalen premiss 58. I fortalen premiss 61 er det angitt at for å sikre gjennomsiktighet bør oppdragsgivere i anskaffelsesdokumenter ved rammeavtaler angi hvilke kriterier som ligger til grunn for valg av metode ved gjennomføring av rammeavtalen. I fortalen premiss 82 er det fremholdt at for å sikre nødvendig gjennomsiktighet bør leverandører som har inngitt gyldig tilbud kunne be om opplysninger om gjennomføring av konkurransen.

EU-domstolens praksis viser at gjennomsiktighetsprinsippet benyttes både ved tolkning av enkeltbestemmelser i anskaffelsesdirektivet, samt at det benyttes som grunnlag for å supplere direktivets bestemmelser.[[605]](#footnote-605) I forarbeidene til den gjeldende anskaffelsesloven uttales det at den nærmere rekkevidden av prinsippet ikke synes å være klarlagt i praksis fra EU-domstolen.[[606]](#footnote-606) Dette synes fremdeles å være situasjonen, noe som trolig henger sammen med at prinsippet langt på vei konsumeres av likebehandlingsprinsippet som det er utledet av.

#### Forholdsmessighetsprinsippet

Forholdsmessighetsprinsippet er et grunnleggende EU-rettslig prinsipp, kjent blant annet fra hovedreglene om fri bevegelighet.[[607]](#footnote-607) I anskaffelsesrettslig sammenheng var det likevel først ved vedtakelsen av dagens direktiver at dette prinsippet ble tatt inn i oppregningen av de prinsipper som gjelder for anskaffelser som er omfattet av direktivet, jf. artikkel 18 nr. 1. Det er mulig dette har sammenheng med at det først var i dagens anskaffelsesdirektiv at det kom inn en påpekning i fortalen om at direktivet skal bidra til at offentlige midler brukes på en mest mulig effektiv måte.[[608]](#footnote-608)

Slik forholdsmessighetsprinsippet er formulert i direktivets artikkel 18 nr. 1, synes det å handle om et prinsipp som begrenser de forpliktelser som en oppdragsgiver kan pålegge interesserte leverandører.[[609]](#footnote-609) Også i fortalen fremheves denne siden ved forholdsmessighetsprinsippet, blant annet knyttet til krav til sikkerhetsnivå for elektronisk kommunikasjon, krav vedrørende økonomisk og finansiell kapasitet som et hinder for små og mellomstore leverandører og anvendelsen av fakultative utelukkelsesgrunner.[[610]](#footnote-610) Prinsippet er altså til hinder for å pålegge leverandører krav som ikke står i forhold til anskaffelsen.[[611]](#footnote-611) Forholdsmessighetsprinsippet kan imidlertid også virke til oppdragsgivers fordel. Fortalen inneholder flere eksempler også på dette, for eksempel knyttet til at oppdragsgiver må kunne påberope seg at det vil være uforholdsmessig vanskelig eller dyrt å dele opp en kontrakt, eller at et leverandørskifte kan medføre uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter.[[612]](#footnote-612) Det kan ikke stilles strengere krav til anskaffelsesprosessen enn det betydningen anskaffelsen har for det indre marked.[[613]](#footnote-613) Denne siden av forholdsmessighetsprinsippet har en side til overordnede krav til forholdsmessighet som en forutsetning for EU-lovgivers kompetanse til å pålegge medlemsstatene forpliktelser, jf. TEU artikkel 5.[[614]](#footnote-614)

Særlig viktig er det at det følger av forarbeidene til anskaffelsesloven § 4 at gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene reguleres av forholdsmessighetsprinsippet.[[615]](#footnote-615) Dette innebærer at konkret hvilke plikter og rettigheter som utledes av de øvrige prinsippene vil bero på art og omfang av den enkelte anskaffelse. Jo mindre en anskaffelse er, jo færre prosedyrekrav kan utledes av de øvrige prinsippene.

#### Sikring av forpliktelser innenfor miljørett, sosialrett og arbeidsrett

Av artikkel 18 nr. 2 følger det at medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre at markedsaktører ved gjennomføring av offentlige kontrakter oppfyller gjeldende forpliktelser innenfor miljørett, sosialrett og arbeidsrett, fastsatt i EU-retten, nasjonal rett, kollektive avtaler eller i internasjonale miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige bestemmelser angitt i vedlegg X.

Bestemmelsen angir at medlemsstatene skal treffe egnede tiltak, men sier ikke noe nærmere om hva dette innebærer i praksis. Ifølge fortalen premiss 37 følger det at tiltakene bør anvendes i samsvar med de grunnleggende prinsippene, særlig med tanke på å sikre likebehandling. Hva som anses som egnede tiltak er også forstått og gjennomført ulikt i ulike medlemsstater.[[616]](#footnote-616) I Danmark er bestemmelsen for eksempel ikke gjennomført som sådan, men i ulike avvisningsbestemmelser.

EU-domstolen har fremholdt at artikkel 18 nr. 2 er å anse som uttrykk for et prinsipp på lik linje med øvrige prinsipper i artikkel 18.[[617]](#footnote-617) Domstolen fremholdt at dette innebærer at kravene i artikkel 18 nr. 2 utgjør en kjerneverdi som medlemsstatene må sikre oppfyllelse av.[[618]](#footnote-618)

Betydningen av domstolens uttalelser om at artikkel 18 nr. 2 innebærer at kravene her likestilles med prinsippene i artikkel 18 nr. 1 er noe usikker.[[619]](#footnote-619) Bestemmelsen synes i større grad enn artikkel 18 nr. 1 rettet mot nasjonal lov- eller forskriftsgiver, som må utforme anskaffelsesregelverket slik at offentlige kontrakter tildeles leverandører som oppfyller gjeldende forpliktelser innenfor miljørett, sosialrett og arbeidsrett.[[620]](#footnote-620) Dette utelukker likevel ikke at hensynet til etterlevelse av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser også kan trekkes inn i konkrete anskaffelser. I sistnevnte tilfelle synes betydningen av at plikten til å sikre etterlevelse av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser er løftet opp som et prinsipp på like fot med prinsippene nevnt i nr. 1 først og fremst å være at det i tilfeller hvor det er et spenningsforhold mellom disse prinsippene må foretas en avveining av dem ut fra et likeverdig utgangspunkt.[[621]](#footnote-621) Et eksempel kan være et tilfelle hvor en leverandør mener det ikke er tilstrekkelig nær sammenheng mellom krav knyttet til etterlevelse av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser og kontraktsgjenstanden, og hvor oppdragsgiver nok kan anføre artikkel 18 nr. 2 til støtte for at tilknytningskravet ikke kan forstås for strengt. Et annet eksempel kan være en leverandør som hevder at krav knyttet til dokumentasjon på etterlevelse av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser er uforholdsmessig tyngende, hvor artikkel 18 nr. 2 må være relevant for den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet.

For sikring av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser som ikke følger av EU-retten, men av nasjonal rett, kollektive avtaler eller internasjonale kilder, forutsetter deres gjennomslag i anskaffelsesrettslig sammenheng at forpliktelsene som sådanne er EØS-konforme.

### Gjeldende rett – norsk anskaffelsesregelverk

I norsk rett er anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 gjennomført i anskaffelsesloven § 4. Av bestemmelsen fremgår det at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med de grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.

Anskaffelsesloven § 4 gjelder alle anskaffelser som er omfattet av loven, altså også for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Det er understreket i forarbeidene at rekkevidden av de grunnleggende prinsippene må fastlegges i samsvar med EØS-retten.[[622]](#footnote-622) Videre følger det av forarbeidene at det må vises varsomhet med å legge noe annet eller mer i prinsippene enn det som følger av EØS-retten.[[623]](#footnote-623) For det nærmere innholdet av prinsippene i anskaffelsesloven vises derfor i hovedsak til beskrivelsen av prinsippene i punkt 1.2 ovenfor. Nedenfor følger enkelte kommentarer som gjelder særnorske forhold.

#### Konkurranse

Prinsippet om konkurranse er tatt inn i anskaffelsesloven § 4, selv om det ikke er angitt som et prinsipp i anskaffelsesdirektivet artikkel 18. Forenklingsutvalget fremholdt at for å sikre mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser er konkurranse et viktig virkemiddel.[[624]](#footnote-624) Det samme ble også fremholdt i forarbeidene til anskaffelsesloven (1999), hvor det ble uttalt at det både fra et samfunnsøkonomisk og forretningsmessig perspektiv, og ut fra forvaltningsrettslige likebetraktninger, er hensiktsmessig at offentlige anskaffelser skjer på bakgrunn av konkurranse mellom potensielle leverandører.[[625]](#footnote-625) Forenklingsutvalget foreslo å videreføre konkurranse som et prinsipp.[[626]](#footnote-626) Dette ble fulgt opp av departementet.[[627]](#footnote-627)

Etter sin ordlyd gjelder prinsippet om konkurranse uten forbehold. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at prinsippet kun gjelder så langt det er mulig, men at det ikke var nødvendig med en presisering i loven av dette da dette uansett følger av forholdsmessighetsprinsippet.[[628]](#footnote-628)

Det fremholdes i forarbeidene at prinsippet om konkurranse i dagens regelverk hovedsakelig vil ha betydning i de tilfeller der oppdragsgiver ikke er pålagt en kunngjøringsplikt etter anskaffelsesforskriften.[[629]](#footnote-629) I de tilfeller det ikke foreligger en plikt til å kunngjøre en konkurranse etter forskriftene må det sikres at det er konkurranse om kontrakten.[[630]](#footnote-630) Det må foretas en konkret vurdering av hva prinsippet om konkurranse innebærer i hvert tilfelle.[[631]](#footnote-631)

I litteraturen er det fremholdt at prinsippet om konkurranse også innebærer et krav til at konkurransen må være reell, noe som innebærer at oppdragsgiver ikke uten saklig grunn kan innta konkurransebegrensende krav i konkurransegrunnlaget.[[632]](#footnote-632)

#### Likebehandlingsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet

I anskaffelsesloven § 4 er prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering slått sammen. Forklaringen er at både Forenklingsutvalget og departementet mente at ikke-diskrimineringsprinsippet er uten selvstendig betydning ved siden av likebehandlingsprinsippet.[[633]](#footnote-633) [[634]](#footnote-634) Det vises til punkt 1.2 for en nærmere redegjørelse av innholdet av likebehandlingsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet.

#### Prinsippene om etterprøvbarhet og forutberegnelighet

I anskaffelsesloven § 4 er det som EU-domstolen betegner som gjennomsiktighetsprinsippet gjennomført i form av et mer spesialisert prinsipp om etterprøvbarhet og et mer spesialisert prinsipp om forutberegnelighet. Forenklingsutvalgets flertall tok til orde for å erstatte disse to prinsippene med en henvisning til gjennomsiktighetsprinsippet,[[635]](#footnote-635) men departementet og Stortinget sluttet seg til mindretallets oppfatning av at det var klargjørende om det fremgikk av loven at gjennomsiktighetsprinsippet kan deles opp i disse to underkategoriene.[[636]](#footnote-636)

Det er presisert i forarbeidene at prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet må fastlegges i samsvar med det EU-rettslige gjennomsiktighetsprinsippet.[[637]](#footnote-637) Det vises til punkt 1.2.3 for en nærmere redegjørelse av gjennomsiktighetsprinsippets innhold.

Om innholdet av prinsippet om etterprøvbarhet er det i forarbeidene fremholdt at prinsippet innebærer at leverandørene må ha mulighet til å kontrollere at konkurransereglene er i samsvar med prinsippet om likebehandling. I tillegg innebærer prinsippet at oppdragsgiver må påse at vesentlige forhold i konkurransen kan etterprøves slik at det er mulig å kontrollere at anskaffelsesreglene er overholdt. Dette innebærer at kravet til etterprøvbarhet også omfatter et krav om å gi nødvendig innsyn.[[638]](#footnote-638) I forarbeidene er det på denne bakgrunn fremholdt at prinsippet om etterprøvbarhet er med på å sikre leverandørens rettssikkerhet.

Flere av bestemmelsene i anskaffelsesforskriften, blant annet reglene om å føre protokoll, nedtegningsplikt og reglene om innsyn er utslag av prinsippet om etterprøvbarhet.

Flere av anskaffelsesregelverkets regler er utslag av prinsippet om forutberegnelighet, herunder blant annet reglene om å gi informasjon om valgt anskaffelsesprosedyre, samt hvilke kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som gjelder.

#### Forholdsmessighetsprinsippet

Prinsippet om forholdsmessighet var ikke nevnt i prinsippbestemmelsen i anskaffelsesloven (1999), men ble tatt inn i dagens lov etter forslag fra Forenklingsutvalget. Bakgrunnen var at prinsippet ble tatt inn i anskaffelsesdirektivet av 2014. Forenklingsutvalget uttalte at for å nå lovens formål om effektiv ressursbruk, særlig ved de mindre anskaffelsene er det fremholdt i forarbeidene til anskaffelsesloven (2016) at det er helt sentralt at prinsippet overholdes. Dette innebærer at det ikke kan stilles for strenge krav til prosessen.

Utvalget fremhevet særskilt at forholdsmessighetsprinsippet bør brukes aktivt av domstoler og klageorgan når de skal ta stilling til hvilke krav som kan utledes av de grunnleggende prinsippene i den konkrete anskaffelsen. Departementet sluttet seg til denne vurderingen.[[639]](#footnote-639) Dette innebærer at gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene beror på forholdsmessighetsprinsippet, dvs. en forholdsmessighetsvurdering.

Det vises til punkt 1.2.4 for en nærmere redegjørelse av prinsippet.

#### Omgåelsesforbudet

Det er ingen bestemmelse i verken anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften som uttrykkelig gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt. Det fremgår av forarbeidene at bakgrunnen for dette er at departementet mente at reguleringen er såpass selvsagt at det ikke var nødvendig å innarbeide i lovteksten.[[640]](#footnote-640)

#### Etterlevelse av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser

Anskaffelsesdirektivets artikkel 18 nr. 2 om sikring av etterlevelse av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser er i dag gjennomført i anskaffelsesloven § 5 og i ulike avvisningsbestemmelser i anskaffelsesforskriften, herunder anskaffelsesforskriften §§ 24-2 tredje ledd, 24-8 første og andre ledd og 24-9 første ledd.

I departementets høringsnotat foreslo departementet en bestemmelse som gjaldt miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som svarer til dagens § 5, som gjennomføring av direktivet artikkel 18 nr. 2.[[641]](#footnote-641) Videre ble det fremholdt at bestemmelsen gir hjemmel til tiltak for å sikre at gjelder lover og regler blir overholdt.[[642]](#footnote-642) I forarbeidene ble det videre fremholdt at direktivbestemmelsen som gjennomføres i anskaffelsesloven innebærer at medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre at leverandørene, ved gjennomføring av en offentlig kontrakt, opptrer i samsvar med miljø, arbeidsrettslige og sosiale krav.[[643]](#footnote-643)

Om bestemmelsen er det videre fremholdt i forarbeidene at den omfatter miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i vid forstand for å favne flest mulig av ulike hensyn.[[644]](#footnote-644) Samtidig er det fremhevet at hvordan pålegget i artikkel 18 nr. 2 skal følges opp, er til nasjonale myndigheter å beslutte.[[645]](#footnote-645)

### Anskaffelsesrettslige prinsipper i Danmark og Sverige

I Danmark er anskaffelsesdirektivet artikkel 18 gjennomført i udbudsloven §§ 2 og 3. Udbudsloven § 2 angir prinsippene om gjennomsiktighet, likebehandling og forholdsmessighet, sammen med et forbud mot å omgå regelverket og kunstig begrensning av konkurransen. Udbudsloven § 3 angir forbudet mot forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet. Gjennom en særregulering av prinsippenes anvendelsesområde, i § 2, er det klargjort at prinsippene ikke gjelder for anskaffelser utenfor EU-rettens rekkevidde.[[646]](#footnote-646) Forbudet mot forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet gjelder derimot for alle anskaffelser.

I Danmark er omgåelsesforbudet i direktivets artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt gjennomført i udbudsloven § 2 stk. 2. Direktivets artikkel 18 nr. 2 om sikring av forpliktelser innen miljørett, sosialrett og arbeidsrett er derimot ikke gjennomført som et generelt prinsipp.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 18 er gjennomført i svensk rett i LOU 4 kap. 1 og 2 §§. Av 1 § er prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og åpenhet inntatt, samt prinsippene om gjensidig anerkjennelse og forholdsmessighet. 2 § angir at der et forbud mot å omgå regelverket og kunstig begrensning av konkurransen. 3 § fremholder at miljøhensyn, sosiale hensyn og arbeidsrettslige hensyn bør tas i betraktning når anskaffelsens art tilsier det. I motsetning til i Danmark har man i Sverige valgt å gi prinsippene anvendelse på alle anskaffelser som omfattes av loven. Praksis fra Högsta forvaltningsdomstolen viser imidlertid at prinsippenes nærmere innhold og gjennomslagskraft er annerledes i anskaffelser som ikke omfattes av EU-retten, slik at det for eksempel anses forenlig med likebehandlingsprinsippet at oppdragsgiver går direkte til en leverandør med en direktupphändling.[[647]](#footnote-647)

I Sverige er omgåelsesforbudet i direktivets artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt gjennomført i upphandlingslagen 4 kap. 2 §. Også direktivets artikkel 18 nr. 2 om sikring av forpliktelser innen miljørett, sosialrett og arbeidsrett er gjennomført som «Principer för offentlig upphandling», 4 kap. 3 §. Bestemmelsen er imidlertid lite konkret: «En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.»

### Utvalgets vurdering

Utvalget mener at en ny anskaffelseslov bør ha en egen bestemmelse som gjennomfører sentrale EU-rettslige prinsipper for offentlige anskaffelser i norsk rett, slik som dagens § 4. Utvalget er imidlertid av den oppfatning at EU-prinsippenes anvendelsesområde bør avgrenses til anskaffelser som faktisk faller inn under EØS-rettens anvendelsesområde, slik det er gjort i Danmark. EU-prinsippene er utviklet med henblikk på anskaffelser med grensekryssende interesse, for å åpne opp de nasjonale markedene for leverandører fra andre medlemsstater. Anvendelse av dem på små anskaffelser uten slik grensekryssende interesse gir opphav til vanskelige vurderinger av hvordan prinsippene skal anvendes utenfor deres egentlige anvendelsesområde. Fordi mange av bestemmelsene i direktivene kan betraktes som konkretiseringer av de generelle EU-prinsippene, kan anvendelse av prinsippene under EØS-terskel lett føre til at de detaljerte reglene i direktivene får anvendelse på langt mindre kontrakter enn de er ment for, ofte omtalt som nedfallsproblematikk. Dette utgjør et hinder for utvalgets ønske om reell forenkling av anskaffelser som ikke reguleres av EØS-retten, se nærmere i kapittel 22 om anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Når det gjelder den nærmere utforming av bestemmelsen som skal gjennomføre direktivets artikkel 18, mener utvalget at overskriften i bestemmelsen bør være «prinsipper for offentlige anskaffelser» i stedet for «grunnleggende prinsipper». Prinsipper er etter sin art grunnleggende, og det er unødvendig å gjenta dette flere ganger.

Videre foreslår utvalget at prinsippene skal gjengis på samme måte som i direktivet, slik at den norske gjennomføringsbestemmelsen speiler direktivets forpliktelser. Dette medfører flere endringer.

For det første mener utvalget at det ikke er grunn til å angi konkurranse som et generelt prinsipp sammen med prinsippene nevnt i direktivets artikkel 18 nr. 1 første avsnitt. I dette ligger ingen nedvurdering av viktigheten av konkurranse om offentlige kontrakter for å realisere anskaffelseslovens formål. Det er gjennom konkurranse at offentlige oppdragsgivere sikrer effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser, legger til rette for innovasjon, bidrar til kostnadseffektiv grønn omstilling med videre. I tråd med et på dette punkt enstemmig Forenklingsutvalg mener utvalget at konkurranse om offentlige anskaffelser bør komme til uttrykk allerede i lovens formålsbestemmelse, jf. kapittel 11 ovenfor. Noe behov for å angi konkurranse som et prinsipp på linje med prinsippene nevnt i direktivets artikkel 18 nr. 1 første avsnitt er det etter utvalgets syn da ikke. Derimot kan det for ordens skyld være grunn til å gjennomføre det mer avgrensede forbudet i direktivets artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt mot å utforme en anskaffelse for å begrense konkurransen på kunstig måte, slik som i den danske udbudsloven § 2 stk 2 og den svenske upphandlingslagen 4 kap. 2 §. Med dette markeres tydeligere enn i dag forskjellen på konkurranse som et formål med hele loven og det mer avgrensede forbudet mot kunstig begrensning av konkurransen som et EU-rettslig prinsipp.

For det andre foreslår utvalget at ny bestemmelse som gjennomfører prinsippene skal bruke termen gjennomsiktighet fremfor etterprøvbarhet og forutberegnelighet. Utvalget er av den oppfatning at innarbeidet EU-terminologi bør følges også på dette punkt, og viser til at rettsanvender da vil unngå å vurdere om EU-domstolen i en konkret sak har ment gjennomsiktighet i betydningen etterprøvbarhet eller i betydningen forutberegnelighet. Direktivet henviser dessuten til gjennomsiktighet i en rekke bestemmelser, og det bør være samsvar mellom gjennomføringen av disse bestemmelsene og gjennomføringen av prinsippet som de viser tilbake til.

Gjennomsiktighetsprinsippet innebærer at det skal være offentlighet og åpenhet om en anskaffelsesprosess. Gjennomsiktighet er en nødvendig forutsetning for å sikre ikke-diskriminering og likebehandling. Forutsatt at forståelsen av forutberegnelighet og etterprøvbarhet i norsk anskaffelsesrett faktisk har vært dekkende for hva EU-domstolen legger i prinsippet om gjennomsiktighet, vil denne språklige justeringen ikke medføre noen realitetsendring.

For det tredje mener utvalget at en ny anskaffelseslov bør inkludere forbudet mot diskriminering av leverandører fra andre EØS-land som et eget prinsipp. Det er nok riktig at det er mulig å utlegge likebehandlingsprinsippet slik at det konsumerer forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling, men samtidig har EU-lovgiver funnet grunn til å ta med begge prinsippene. Etter utvalgets syn kan det ikke utelukkes at det kan være visse nyanseforskjeller mellom likebehandlingsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet. Diskriminering av leverandører fra andre EØS-land er en særskilt kategori hvor det kan hevdes at EU-domstolen stiller strengere krav til begrunnelsen for forskjellsbehandling. Utvalget viser til at også Danmark og Sverige har funnet det riktig å gjennomføre ikke-diskrimineringsprinsippet særskilt, ved siden av det generelle likebehandlingsprinsippet.

Utvalget har drøftet om det er påkrevd eller hensiktsmessig å gjennomføre omgåelsesforbudet i artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt. Dette er gjort i både svensk og dansk rett. Utvalget deler langt på vei vurderingen som ble gjort i forbindelse med anskaffelsesloven fra 2016 om at det neppe er påkrevd å gjennomføre omgåelsesforbudet. Det følger forutsetningsvis av anskaffelsesregelverket, med ulike regler over og under ulike terskelverdier, at det vil være lovstridig om en oppdragsgiver deler opp en anskaffelse for å unngå å måtte følge de reglene som faktisk skulle kommet til anvendelse i den aktuelle anskaffelsen. Samtidig mener utvalget at det er hensiktsmessig å la dette fremgå uttrykkelig av loven. Ettersom omgåelsesforbudet ikke bare gjelder for EØS-tersklene, men for alle tersklene som oppstilles i loven, bør dette fremgå av lovens innledende del, jf. utvalgets forslag til § 1-9. Noe behov for å gjenta dette i bestemmelsen som gjennomfører direktivets artikkel 18 er det da ikke. Som nevnt ovenfor mener imidlertid utvalget at det er grunn til å gjennomføre forbudet i artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt mot å utforme en anskaffelse for å begrense konkurransen på kunstig måte.

Når det gjelder direktivet artikkel 18 nr. 2 er spørsmålet om hensiktsmessig gjennomføring vanskeligere. Bestemmelsen er rettet mot «medlemsstatene» og forplikter disse til å treffe «egnede tiltak» for å sikre at gjeldende forpliktelser innen miljørett, sosialrett og arbeidsrett oppfylles ved gjennomføringen av offentlige kontrakter. Hvilke tiltak som skal treffes, er overlatt til medlemsstatene. Det følger av fortalen premiss 37 at det er viktig at medlemsstatene treffer relevante tiltak, men også at tiltakene må anvendes i samsvar med grunnleggende EU-rettslige prinsipper, særlig med sikte på å sikre likebehandling. I dagens anskaffelsesregelverk er bestemmelsen gjennomført gjennom avvisningsreglene og anskaffelsesloven § 5.

I Sverige er artikkel 18 nr. 2 gjennomført ved at 4 kap 3 § angir at en oppdragsgiver bør «beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta». Dette medfører i praksis at forpliktelsen til å treffe egnede tiltak er skjøvet over på oppdragsgiver å vurdere i den enkelte anskaffelse.

Utvalget har drøftet om og hvordan artikkel 18 nr. 2 bør gjennomføres i ny lov, og utvalget har for dette spørsmål delt seg i et flertall og et mindretall. Utvalgets flertall, Fredriksen, Arve, Gjønnes, Greaker, Gresseth, Hennyng, Karlstrøm og Tveit, mener forpliktelsene som følger av denne bestemmelsen er ivaretatt gjennom forslaget til et eget kapittel om samfunnshensyn, som inneholder konkrete forpliktelser knyttet til miljørett, sosialrett og arbeidsrett. Flertallet viser også til forslaget til ny formålsbestemmelse i § 1-1, som også vil løfte frem de hensyn som artikkel 18 nr. 2 gir uttrykk for på en tydeligere måte enn i dag. Flertallet kan ikke se at en prinsippbestemmelse som 4 kap 3 § i svenske upphandlingslagen vil tilføre noe. Upphandlingslagen har ikke noen innledende formålsbestemmelse, og prinsippbestemmelse som 4 kap 3 § fyller derfor en funksjon i svensk rett som i norsk rett vil være ivaretatt av § 1-1. Flertallet bemerker også at direktivets artikkel 18 nr. 2 må ivaretas gjennom avvisningsreglene, som utvalget vil komme tilbake til i andre delutredning.

Utvalgets mindretall, Breiland, mener at artikkel 18 nr. 2 bør gjennomføres i ny lov og foreslår følgende formulering:

«Oppdragsgivere skal iverksette tiltak som sikrer at leverandørene gjennomfører offentlige kontrakter i samsvar med de rettslige forpliktelsene på miljø-, sosial- og arbeidsmarkedsområdet slik disse er nedfelt i EØS-retten, nasjonal rett, kollektive avtaler og de konvensjonene som er tatt inn i vedlegg X til anskaffelsesdirektivet.»

En slik utforming av lovteksten vil etter Breilands syn gi et presist uttrykk for norske oppdragsgiveres EØS-rettslige forpliktelser og fremheve den sentrale betydningen avtaleverket har i reguleringen av det norske arbeidsmarkedet og på miljøområdet. I tillegg gir foreslått gjennomføring en nyttig påminnelse om ILO konvensjonene og andre internasjonale konvensjoners betydning på området for offentlige anskaffelser.

Videre vil en slik endring etter Breilands syn være i samsvar med EU-domstolens avgjørelse i sak C-395/18 Tim SpA.[[648]](#footnote-648) Dommen er tydelig på at innkjøpere plikter å sikre at leverandører etterlever forpliktelser også innenfor miljø-, sosial- og arbeidsmarkedslovgivningen. Dette betyr at en innkjøper kan avvise en tilbyder dersom det kan dokumenteres at disse hensynene ikke etterleves. Videre angir dommen at artikkel 18 nr. 2 er et prinsipp på lik linje med de andre prinsippene og at prinsippet utgjør en kjerneverdi som medlemsstatene/offentlige myndigheter skal sikre.

En slik likestilling av samfunnshensyn med de andre prinsippene i artikkel 18 nr. 1 vil etter Breilands mening styrke muligheten til å bekjempe arbeidslivskriminalitet, ivareta klima- og miljøhensyn, menneskerettigheter og andre sosiale hensyn da det i større grad synliggjør handlingsrommet for oppdragsgiver for å stille krav om denne type hensyn i offentlige kontrakter.

Utvalget viser til et spenningsforhold mellom de ulike prinsippene. Breiland mener at ved å ta inn artikkel 18 nr. 2 vil spenningsforholdet synliggjøres. Det er samtidig viktig med en avklaring hvordan dette spenningsforholdet bør håndteres, før eventuelle rettssaker former lovgivningen.

Breiland mener på denne bakgrunn at hensyn til miljø, arbeidsmarkedslovgivning og menneskerettigheter blir tatt inn som et prinsipp på lik linje med de andre prinsippene i ny anskaffelseslov.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å begrense prinsippenes anvendelsesområde til anskaffelser som faller inn under EØS-avtalens rekkevidde.
* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 første avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser § 9-1.
* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser § 1-9.

Utvalgets flertall foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2 i ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 2.

Utvalgets mindretall foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2 i ny lov om offentlige anskaffelser § 9-1.

[Boks slutt]

## Markedsdeltakere [artikkel 19]

### Gjeldende rett

#### Anskaffelsesdirektivet

Anskaffelsesdirektivet artikkel 19 regulerer hvordan oppdragsgivere skal forholde seg til markedsdeltakere (leverandører) som er lovlig etablert i andre medlemsstater. Bestemmelsen sikrer at leverandører som er lovlig etablert i en medlemsstat kan tilby sine tjenester i hele EØS. Bestemmelsen regulerer også adgangen for at sammenslutninger av slike markedsdeltakere kan delta i konkurransen om offentlige kontrakter, og de videre følgende av dette.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 19 omhandler markedsdeltakere, og det fremgår av fortalen premiss 14 at dette skal forstås vidt. Begrepet omfatter personer og/eller enheter som tilbyr seg å utføre arbeider, levere produkter eller yte tjenester på markedet, uavhengig av hvilken juridisk form de har valgt å drive sin virksomhet innenfor. Selskaper, filialer, datterselskaper, partnerskap, samvirkeforetak, allmennaksjeselskaper, offentlige eller private universiteter mv. regnes alle som markedsdeltakere, uavhengig av om de er juridiske personer i andre sammenhenger.

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 19 nr. 1 første avsnitt at markedsdeltakere som har rett til å yte den aktuelle tjenesten i henhold til lovgivningen i hjemstaten, ikke kan avvises bare på grunnlag av at de i henhold til lovgivningen i medlemsstaten der kontrakten tildeles, må være enten en fysisk eller en juridisk person.

For kontrakter om offentlig tjenesteyting, offentlige bygge- og anleggskontrakter og kontrakter om offentlige varekjøp som i tillegg omfatter tjenester eller monterings- og installasjonsarbeid, kan det imidlertid i henhold til bestemmelsen andre avsnitt kreves av juridiske personer at de i tilbudet eller anmodningen om deltakelse oppgir navn og relevante faglige kvalifikasjoner for det personalet som skal være ansvarlig for å gjennomføre kontrakten.

Artikkel 19 nr. 2 første avsnitt regulerer grupper av markedsdeltakere, herunder midlertidige sammenslutninger. Også slike skal kunne konkurrere om offentlige kontrakter. Oppdragsgivere kan ikke stille krav om at de skal ha en bestemt rettslig form for at de skal kunne levere et tilbud eller å anmode om å delta i en konkurranse.

Etter artikkel 19 nr. 2 andre avsnitt kan en oppdragsgiver om nødvendig presisere i anskaffelsesdokumentene hvordan grupper av markedsdeltakere skal oppfylle kravene til økonomisk og finansiell evne eller teknisk og faglig dyktighet som nevnt i artikkel 58, forutsatt at dette er objektivt berettiget og forholdsmessig. Medlemsstatene kan utarbeide standardvilkår for hvordan grupper av markedsdeltakere skal oppfylle disse kravene.

Det følger videre av artikkel 19 nr. 2 tredje avsnitt at alle vilkår for gjennomføringen av en kontrakt som stilles til en gruppe av markedsdeltakere og som er annerledes enn de som pålegges individuelle deltakere, skal være objektivt begrunnet og forholdsmessige. Dette kan for eksempel være krav om felles representant i anskaffelsesprosessen eller en hovedpartner. Et annet eksempel er at oppdragsgiveren kan be om informasjon om sammenslutningens stiftelse eller opprettelse, jf. fortalen premiss 15 tredje avsnitt.

I artikkel 19 nr. 3 er det presisert at oppdragsgiver alltid kan kreve av grupper av markedsdeltakere at de antar en bestemt juridisk form når de er tildelt kontrakten, i den grad en slik endring er nødvendig for å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte.

#### Rettspraksis

I sak C-219/19 ble artikkel 80 nr. 2, som har samme ordlyd som artikkel 19 nr. 1, tolket av EU-domstolen.[[649]](#footnote-649) Saken gjaldt en italiensk regel som hindret stiftelser som ikke har økonomisk inntjening til formål, fra å delta i plan- og designkonkurranser. Reglen var begrunnet i den høye grad av profesjonalitet som ifølge italienske myndigheter var påkrevet for å sikre kvaliteten på slike ytelser. EU-domstolen viste til at markedsaktørbegrepet skal tolkes vidt og avviste at et ønske om høy grad av profesjonalitet kunne rettferdiggjøre en innskrenkende tolkning. Domstolen viste til at den italienske regjeringen ikke hadde påvist noen sammenheng mellom graden av profesjonalitet på den ene siden og en markedsdeltakers rettslige status til på den andre. Videre viste domstolen til EU-lovgiver allerede har tatt hensyn til viktigheten av at leverandører utviser høy grad av profesjonalitet, og det er derfor lovgiver i artikkel 19 nr. 1 andre avsnitt har regulert adgangen til å kreve at juridiske personer i tilbudet eller i forespørselen om å delta oppgir navn og relevante faglige kvalifikasjoner til de som skal ha ansvaret for å gjennomføre den aktuelle kontrakten.

Det følger av C-396/14 MT Højgaard at utgangspunktet er at det må være juridisk og materiell identitet mellom de prekvalifiserte leverandørene og leverandørene som inngir tilbud.[[650]](#footnote-650) Det ble imidlertid fremholdt av EU-domstolen at kravet til materiell og juridisk identifikasjon må kunne senkes der formålet er å sikre en tilstrekkelig konkurranse.[[651]](#footnote-651) Den konkrete saken gjaldt et konsortium som bestod av to leverandører, hvor en av disse ble insolvent og derfor måtte trekke seg ut av konsortiet. EU-domstolen fremholdt at endring i leverandørens identitet var tillatt når de opprinnelige kvalifikasjonskravene var oppfylt, og endringene ikke medførte en «en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling».[[652]](#footnote-652)

Disse synspunktene er senere fulgt opp av EU-domstolen i C-697/17 Telecom Italia. Saken gjaldt ikke endringer i et konsortium, men om det at en prekvalifisert leverandør signerer en fusjonsavtale med en annen prekvalifisert leverandør i perioden mellom prekvalifiseringen og før inngivelse av tilbud er tillatt. EU-domstolen aksepterte en slik endring. Avgjørende var som i EU-domstolen sak C-396/14 at leverandøren fortsatt oppfylte de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og endringene medførte ingen forringelse av de øvrige tilbudsgivernes konkurransemessige stilling.[[653]](#footnote-653) Generaladvokaten viste også til at direktivet uttrykkelig åpner for slike endringer i et selskaps identitet etter at kontrakt er inngått, og at det ikke var noen grunn til at det skulle stille seg annerledes i tilbudsfasen.[[654]](#footnote-654)

KOFA har i sak 2021/997 vurdert om oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør etter at konsortiet endret sammensetning i tiden mellom prekvalifiseringsfasen og tilbudsfristen.[[655]](#footnote-655) Endringen i den konkrete saken bestod i at tre av fire medlemmer gikk ut av konsortiet, og at en tidligere underleverandør gikk inn som hovedleverandør. Klagenemnda fant at oppdragsgiver ikke hadde en plikt til å avvise valgte leverandør, til tross for endringene som ble gjort i konsortiet.[[656]](#footnote-656)

I udbudsloven § 147, som kodifiserer rettspraksis fra EU-domstolen om dette tema, er det regulert at oppdragsgivere i visse situasjoner kan tillate endringer i en leverandørs identitet i tilbudsfasen. Udbudsloven åpner for fire situasjoner, hvor endring av leverandørens identitet er i tråd med de anskaffelsesrettslige prinsippene om gjennomsiktighet, likebehandling og forholdsmessighet. Det beror på en konkret vurdering om en endring kan foretas i de fire situasjonene. Se mer om de ulike situasjonene i forarbeidene til udbudsloven og Konkurrence- og forbrugerbestyrelsens veiledning til bestemmelsen.[[657]](#footnote-657) [[658]](#footnote-658)

#### Annet

Forsyningsdirektivet har en likelydende bestemmelse i artikkel 37, men denne viser naturlig nok til reglene om kvalifikasjonskrav og kvalitativ utvelgelse i forsyningsdirektivet artikkel 77–81 i stedet for anskaffelsesdirektivet artikkel 58.

Konsesjonskontraktdirektivet har en likelydende bestemmelse i artikkel 26.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 16-8 og 16-11.

### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår at artikkel 19 gjennomføres i ny lov, men at den deles opp slik at artikkel 19 nr. 1 gjennomføres i ny § 9-2, og artikkel 19 nr. 2 og nr. 3 i ny § 9-3.

I stedet for termen markedsdeltaker, som brukes i den norske versjonen av direktivet, foreslår utvalget å beholde termen leverandør, i tråd med innarbeidet terminologi, jf. også gjeldende anskaffelsesforskrift §§ 16-8 og 16-11.

Utvalget viser til at bestemmelsen har til formål å sikre EØS-rettens grunnprinsipp om at leverandører skal kunne tilby sine tjenester i hele EØS på området for offentlige anskaffelser. Bestemmelsen sikrer at mindre aktører sammen kan delta i konkurransen om større kontrakter enn de hver for seg ville hatt kapasitet til. Den bidrar dermed blant annet til at små- og mellomstore bedrifter kan delta i konkurransen om offentlige anskaffelser.[[659]](#footnote-659) Den sørger også for at det som i norsk sammenheng må regnes som store selskaper kan slå seg sammen i konkurranser som gjelder svært store anleggsarbeider, som for eksempel større vegprosjekter, noe som kan gjøre dem i stand til å konkurrere med store entreprenører fra andre deler av EØS.

Samtidig har bestemmelsen en side til konkurranseretten. Leverandører som går sammen om å delta i konkurranser må påse at dette skjer i tråd med konkurranseregelverket.[[660]](#footnote-660)

I § 9-2 første ledd er det foreslått at lovteksten eksplisitt stadfester at det også er tillatt med midlertidige sammenslutninger av leverandører. Dette anses å være en klargjøring av innholdet i bestemmelsen og bringer lovteksten nærmere direktivet.

Utvalget har vurdert om det bør reguleres i loven i hvilke tilfeller det er adgang til å gjøre endringer i identiteten til en leverandør underveis i konkurransen, slik det er gjort i Danmark. Det fremgår av forarbeidene til udbudsloven at bakgrunnen for bestemmelsen er å sikre at oppdragsgiverne får nødvendig fleksibilitet, og sikre best mulig konkurranse om offentlige kontrakter.[[661]](#footnote-661) Når oppdragsgiver gjennomfører en konkurranse der det brukes utvelgelseskriterier kan det være tvil om det vil være i samsvar med likebehandlingsprinsippet å la en deltaker i konkurransen være med videre i konkurransen dersom det skjer endringer i leverandøren eller i en gruppe av leverandører.[[662]](#footnote-662) Utvalget er enige i hensynet bak at en slik bestemmelse ble tatt inn i Danmark, og ser det som hensiktsmessig at dette også reguleres i ny anskaffelseslov. Dette ville gjøre det enklere og mer forutsigbart for både oppdragsgivere og leverandører å vite hvilke endringer som kan gjøres i en leverandørs identitet i tilbudsfasen. Utvalget har vurdert det som mest hensiktsmessig å plassere bestemmelsen sammen med de generelle reglene i kapittel 15.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 19 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 9-2 og 9-3.
* å innta en ny bestemmelse om endring i en leverandørs identitet underveis i konkurransen i ny lov om offentlige anskaffelser § 15-3.

[Boks slutt]

## Reserverte kontrakter [artikkel 20]

### Innledning

Enkelte grupper i samfunnet trenger en beskyttet sfære for å komme i arbeid og ha en meningsfylt hverdag, enten varig eller i en overgangsperiode. Bedrifter og organisasjoner som driver slik virksomhet kan ha vanskeligheter med å nå opp i en konkurranse på vanlige vilkår. Det er derfor lagt til rette for å kunne begrense konkurransen ved bruk av reserverte kontrakter.

### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 20 gir medlemsstatene mulighet til å innføre en bestemmelse om reserverte kontrakter. Retten til å delta i en konkurranse kan begrenses til vernede bedrifter eller virksomheter som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer sosialt og yrkesmessig i arbeidslivet. Konkurransen kan også begrenses ved at kontrakten skal gjennomføres i programmer for vernede arbeidsplasser.

Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i den vernede bedriften, virksomheten eller programmet har nedsatt funksjonsevne eller er vanskeligstilte. Dersom oppdragsgiver bruker denne muligheten, skal det angis i kunngjøringen og henvises til bestemmelsen om reserverte kontrakter.

Bestemmelsen har fått et utvidet virkeområde sammenlignet med 2004-direktivet. Etter 2014-direktivet kan visse sosiale foretak delta, vanskeligstilte personer er omfattet i tillegg til personer med nedsatt funksjonsevne og kravet til antall ansatte er redusert fra minimum 50 prosent til minimum 30 prosent.

Direktivet inneholder ingen definisjon av hva som skal anses som personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer. I anskaffelsesdirektivets fortale premiss 36 nevnes at blant andre arbeidsledige, medlemmer av minoritetsgrupper eller andre sosialt marginaliserte grupper kan omfattes av dette. I departementets høringsnotat er det vist til at EU-kommisjonens forordning nr. 651/2014, som gjelder offentlig støtte, benytter samme begreper og definerer disse.[[663]](#footnote-663) Selv om disse definisjonene ikke er bindende for forståelsen av anskaffelsesdirektivets bestemmelse om reserverte kontrakter, kan de gi veiledning om den nærmere forståelsen. EU-kommisjonen har også utarbeidet en veileder, «Sociale hensyn ved indkøb – En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige udbud» som kan gi veiledning.[[664]](#footnote-664) Det er heller ingen definisjon av hva som er en virksomhet med hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer sosialt og yrkesmessig i arbeidslivet. I EU brukes gjerne begrepet social enterprises om virksomheter som har som hovedformål å bidra til sosial påvirkning heller enn å skape profitt for eierne.[[665]](#footnote-665)

Artikkel 20 i anskaffelsesdirektivet gir en rett til å begrense deltakelsen i konkurransen, men prinsippene i artikkel 18, herunder kravet om ikke å begrense konkurransen på kunstig måte, gjelder fortsatt. Det følger imidlertid av rettspraksis fra EU-domstolen at oppdragsgiver kan fastsette krav som bare noen få leverandører kan oppfylle, så lenge de har tilknytning til kontrakten, er objektive, ikke gir oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn og fremkommer klart av anskaffelsesdokumentene, jf. EU-domstolen sak C-513/99 Concordia Bus.[[666]](#footnote-666) Den konkrete saken gjaldt bruk av tildelingskriterier, men det er antatt at saken har overføringsverdi til dette området.[[667]](#footnote-667)

I artikkel 20 nr. 2 står det at det skal vises til denne artikkel i utlysning av konkurransen. I og med at deltakelse i konkurransen begrenses, er det naturlig å vise til hvilken bestemmelse som gir anledning til dette.

Direktivet gir egne regler om reserverte kontrakter i artikkel 77 på området for anskaffelse av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser som opplistet i vedlegg XIV. Se nærmere omtale i kapittel 24.40 om anskaffelser som er regulert av direktivets light-regime.

I forsyningsdirektivet artikkel 38 er det likelydende bestemmelser som i anskaffelsesdirektivet. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke en bestemmelse om reserverte kontrakter.

Bruk av reserverte kontrakter er regulert i anskaffelsesforskriften §§ 8-8, 16-9 og 30-3. Bestemmelsene er likelydende og regulerer nasjonale anskaffelser, anskaffelser over EØS-terskelverdi og anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Det er utarbeidet en veiviser for kjøp fra vekst- og attføringsbedrifter av ASVL (Arbeidsgiverforeningen for vekst- og attføringsbedrifter), KS advokatene og Samfunnsbedriftene.[[668]](#footnote-668)

### Utvalgets vurderinger

Artikkel 20 er frivillig å gjennomføre i norsk rett. Bestemmelsen er gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og det er en bestemmelse som blir benyttet i praksis.

Direktivet oppstiller to alternativer. Kontrakten kan enten reserveres til vernede bedrifter og virksomheter som har sosial og faglig integrasjon av personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer som formål, eller kontrakten kan utføres i forbindelse med programmer for vernede arbeidsplasser. I Danmark har de utelatt alternativet for programmer for vernede arbeidsplasser, mens i Sverige har de tatt dette med i lovteksten. Utvalget er ikke kjent med om programmer for vernede arbeidsplasser er særlig aktuelt i Norge, men foreslår å videreføre begge alternativene for å gi størst mulig handlingsrom. Videre vil dette være i tråd med mandatets overordnede målsetting om å fremme ulike samfunnshensyn.

De språklige forenklingene i dagens forskriftstekst foreslås beholdt i stor grad, uten at dette medfører materielle endringer sammenlignet med direktivteksten.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* Å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 20 i ny lov om offentlige anskaffelser § 9-4.

[Boks slutt]

## Fortrolighet [artikkel 21]

### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 21 gir generelle regler om beskyttelse av fortrolig informasjon i anskaffelsesprosesser. I anskaffelsesprosessen kan det oppstå et spenningsforhold mellom prinsippet om gjennomsiktighet, og leverandørenes behov for beskyttelse av fortrolig informasjon.

Det følger av artikkel 21 at oppdragsgiver ikke kan videreformidle opplysninger som leverandøren har gitt til oppdragsgiver, og som leverandøren har betegnet som fortrolige, herunder, men ikke begrenset til, tekniske og forretningsmessige og fortrolige sider av tilbudet. Dette gjelder ikke hvis noe annet følger av direktivet eller av nasjonal rett. I artikkel 21 nr. 1 er det særlig henvist til direktivets bestemmelser om kunngjøring av inngåtte kontrakter i artikkel 50 og kravene til underretning i artikkel 55.

Ordlyden i artikkel 21 kan forstås slik at det er leverandørens merking av opplysninger som fortrolige som er et avgjørende inngangskriterium jf. «…og som disse [leverandører] har betegnet som fortrolige». Dersom ordlyden i artikkel 21 nr. 1 leses samlet, fremkommer det imidlertid at både direktivet og nasjonal rett modifiserer dette utgangspunktet.

Det følger av EU-domstolen sak C-54/21 Antea Polska at en oppdragsgiver ikke er bundet av en påstand fra en leverandør om at informasjon er fortrolig.[[669]](#footnote-669) I samme sak fastslår EU-domstolen også at kravet til fortrolighet i artikkel 21 omfatter mer enn bare forretningshemmeligheter. En lov som pålegger oppdragsgiver å offentliggjøre all informasjon fra tilbudsgiverne med unntak av forretningshemmeligheter vil ikke være i tråd med direktivet, det vises blant annet til artikkel 50 om kunngjøring av inngåtte kontrakter hvor det i artikkel 50 nr. 4 gjøres unntak fra denne plikten for opplysninger som vil være i strid med offentlige interesser eller skade de kommersielle interessene til en aktør, og en lignende unntaksbestemmelse i artikkel 55 nr. 2 om begrunnelsesplikten.[[670]](#footnote-670)

I Norge vil offentlighetsloven og forvaltningslovens regler om innsyn og taushetsplikt være av betydning for hvor langt kravet til fortrolighet rekker. Etter norsk rett må en oppdragsgiver på selvstendig grunnlag ta stilling til hva som er å anse som taushetsbelagte opplysninger.

Direktivet viser tilbake til artikkel 21 på flere punkt. Et eksempel er i artikkel 29 nr. 5 andre avsnitt som omhandler konkurranse med forhandling. Her fremgår det at oppdragsgiver ikke skal dele fortrolige opplysninger som er mottatt av en leverandør i forbindelse med kvalifisering eller forhandling med andre leverandører uten leverandørens samtykke. Tilsvarende regulering finnes i artikkel 30 og 31 om konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap.

Direktiv 2016/943/EU om beskyttelse av forretningshemmeligheter kommer også til anvendelse på anskaffelser omfattet av anskaffelsesdirektivene.[[671]](#footnote-671) [[672]](#footnote-672)

I artikkel 21 nr. 2 fremgår det at oppdragsgiver kan pålegge leverandørene plikt til å beskytte fortrolig informasjon som oppdragsgiver stiller til rådighet i en anskaffelsesprosess. Ved bruk av denne bestemmelsen kan oppdragsgiver fravike kravet om elektronisk tilgang til konkurransedokumentene, jf. artikkel 53 nr. 1 tredje avsnitt.

Artikkel 57 nr. 4 bokstav i gir oppdragsgiver under gitte vilkår rett til å avvise en leverandør som har innhentet fortrolige opplysninger som kan gi dem en uberettiget fordel i konkurransen. Bestemmelsen om avvisning vil behandles nærmere i utvalgets andre delutredning.

I fortalen avsnitt 51 er det presisert at direktivets bestemmelser om å beskytte fortrolig informasjon, ikke hindrer offentliggjøring av de deler av en kontrakt som ikke er fortrolig, herunder eventuelle senere endringer i kontrakten.

I sak C-450/06 Varec slo EU-domstolen fast at oppdragsgiver er forpliktet til ikke å avsløre opplysninger som kan brukes til å vri konkurransen, enten under en pågående anskaffelsesprosess eller under en senere anskaffelse.[[673]](#footnote-673) Det vil si at også hensynet til senere konkurranser er beskyttet av kravet til fortrolighet i artikkel 21. I dommen fremgår det også at organet som er ansvarlig for klageprosedyren skal ha tilgang til alle opplysningene i en sak, herunder fortrolige opplysninger og forretningshemmeligheter, som er nødvendige for å kunne treffe avgjørelsen med fullt kjennskap til saken. Det er i etterkant av dommen stilt spørsmål ved om tvistelovens system står i motstrid til EU-domstolens krav. Justisdepartementets lovavdeling uttalte at «[d]et kan etter dette synes som om tvistelovens bestemmelser om partsinnsyn og grunnlaget for rettens avgjørelser står i et visst motsetningsforhold til uttalelsene i EU-domstolens dom i sak C-450/06».[[674]](#footnote-674)

Avgjørelsen i C-450/06 Varec er fulgt opp i EU-domstolens avgjørelse i storkammer i sak C-927/19 Klaipėdos,[[675]](#footnote-675) hvor det blant annet uttales at en domstol i en tvist om en offentlig anskaffelse hvor saksøker anfører at oppdragsgiver har sladdet for mye, skal motta det usladdede tilbudet, og prøve om opplysninger er forretningshemmeligheter og dermed underlagt bevisforbud. Dersom opplysningene er forretningshemmeligheter kan det være saker hvor retten selv skal ha tilgang til de taushetsbelagte opplysningene uten at de fremlegges for saksøker. I sak LH-2023-45876 har lagmannsretten opphevet en kjennelse fra tingretten fordi den ikke redegjorde for hvilken betydning sak C-927/19 Klaipėdos kunne ha for bevisfremleggelsen i en sak om begjæring av bevistilgang til taushetsbelagte opplysninger i tre dokumenter.[[676]](#footnote-676) Det er per juni 2023 ikke kjent hva som er videre oppfølging av kjennelsen.

Forsyningsdirektivet regulerer kravet til fortrolighet i artikkel 39. I artikkel 39 nr. 1 om oppdragsgivers plikter er ordlyden likelydende som anskaffelsesdirektivet, bortsett fra at begrepet «den offentlige oppdragsgiveren» i den norske oversettelsen av direktivet er erstattet med «oppdragsgiveren». Dette fordi forsyningsdirektivet også omfatter enkelte private oppdragsgivere. Artikkel 39 nr. 2 er også lik som anskaffelsesdirektivet, men omtaler i tillegg opplysninger som er stilt til rådighet i forbindelse med en kvalifikasjonsordning, uavhengig av om kvalifikasjonsordningen har vært kunngjort.

I konsesjonskontraktdirektivet er kravet til fortrolighet regulert i artikkel 28. Reguleringen er lik reguleringen i anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet, men her er det i tillegg tatt inn en presisering om at bestemmelsen ikke hindrer offentliggjøring av ikke-fortrolige deler av inngåtte kontrakter, herunder alle etterfølgende endringer. Den særlige reguleringen her kan ses i sammenheng med at det ikke er like detaljerte regler om dokumentasjon og oppbevaring av kontrakter som i de to andre direktivene.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 21 om krav til fortrolighet er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 7-4. Forvaltningsloven har bestemmelser om taushetsplikt som gjennom anskaffelsesforskriften er gitt anvendelse også for oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven. Det har hittil vært antatt at forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt ivaretar direktivets krav.

### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår at artikkel 21 gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Begrepet fortrolighet som er brukt i den norske oversettelsen av direktivet, foreslås erstattet med taushetsplikt som er et innarbeidet begrep.

Artikkel 21 omhandler taushetsplikt, men EU-domstolens praksis knyttet til artikkel 21 omhandler også i stor grad hva det skal gis innsyn i. Dagens regulering i anskaffelsesforskriften med henvisning til forvaltningslovens taushetspliktbestemmelser og offentlighetslovens innsynsregler anses hensiktsmessig å videreføre i loven, og anses samlet å oppfylle direktivets krav om taushetsplikt og EU-domstolens praksis knyttet til innsyn.

Forvaltningslovens taushetspliktbestemmelser omhandler både forretningshemmeligheter og opplysninger om noens personlige forhold. Henvisningen til forvaltningsloven § 13 i lovforslaget omfatter også § 13 bokstav a. til e. Reglene om taushetsplikt må ses i sammenheng med offentleglovas regler om innsyn. Oppdragsgiver kan ved en innsynsbegjæring fra leverandør eller andre unnta dokumenter og opplysninger som går utover de rene taushetsbelagte opplysninger, f.eks. opplysninger som kan brukes til å vri konkurransen, enten under en pågående anskaffelsesprosess eller under en senere anskaffelse, jf. offentleglova § 23 første ledd. Det følger av EU-domstolens praksis at oppdragsgiver vil ha plikt til å foreta en slik vurdering, jf. omtalen av C-450/06 Varec ovenfor.

Direktivet har egne regler om oppbevaring av kontrakt og innsyn i artikkel 83 nr. 6 som i dag er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 7-3 om offentlighet. Utvalget vil komme tilbake til denne særregelen i andre delutredning.

Bestemmelsene om taushetsplikt og offentlighet bør gjelde alle anskaffelser som er omfattet av loven. Bestemmelsene er en videreføring av gjeldende rett, og tidligere praksis knyttet til innsyn og taushetsplikt vil fortsatt være relevant

Utvalget viser til nyere utvikling i EU-domstolens praksis vedrørende klageorganets tilgang til taushetsbelagte opplysninger, C-927/19 Klaipédos og C-450/06 Varec som er omtalt ovenfor. Det er stilt spørsmål om tvistelovens system er i overensstemmelse med de forpliktelsene som er utledet av EU-domstolen i sakene. Utvalget er kjent med at det foregår en dialog mellom norske myndigheter og ESA om dette. Utvalget vil vurdere om dette spørsmålet skal drøftes i andre delutredning, i forbindelse med håndhevingsreglene.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* Å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 21 i § 1-7.
* Å innføre en bestemmelse om offentlighet i § 1-6.

[Boks slutt]

## Regler for kommunikasjon [artikkel 22]

### Gjeldende rett

Elektroniske kommunikasjonsmidler kan bidra til å effektivisere anskaffelsesprosessen. I Norge har det vært krav om bruk av elektronisk kommunikasjon for alle oppdragsgivere siden 1. juli 2018.

I anskaffelsesdirektivet artikkel 22 er det gitt regler om kommunikasjon. Artikkel 22 nr. 1 første avsnitt fastsetter hovedregelen om at medlemstatene skal sikre at all kommunikasjon og informasjonsutveksling skal gjennomføres ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler i samsvar med reglene i artikkel 22. Elektronisk innlevering er spesifikt nevnt, det vil si elektronisk forespørsel om deltakelse i en konkurranse og elektronisk levering av tilbud.

I tillegg presiseres det at de verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon, skal være ikke-diskriminerende og allment tilgjengelige og ikke begrense leverandørenes muligheter for å delta i konkurransen. De skal også kunne fungere sammen med alminnelig brukte IKT-produkter.

«Elektroniske midler» er definert i artikkel 2 nr. 19 som «elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler».

Det fremgår av fortalen premiss 52 at direktivet ikke pålegger elektronisk behandling av tilbudene eller elektronisk evaluering. Videre at det ikke er krav til elektronisk kommunikasjon internt hos oppdragsgiver etter mottak av tilbudene. I praksis betyr dette at det stilles krav til bruk av elektronisk kommunikasjon fra kunngjøring av avskaffelsen (artikkel 51 nr. 1), tilgang til konkurransedokumentene (artikkel 53 nr. 1), levering av forespørsel om deltakelse eller tilbud (artikkel 22 nr. 6) og kommunikasjon med leverandørene frem til beslutning om tildeling av kontrakt (artikkel 22 nr. 1).[[677]](#footnote-677)

Artikkel 22 nr. 1 andre avsnitt bokstav a til d sier at kravet til elektronisk kommunikasjon ikke gjelder i følgende situasjoner:

* hvis anskaffelsens art innebærer at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler vil kreve særlige verktøy, løsninger[[678]](#footnote-678) eller filformater som ikke er allment tilgjengelige eller ikke kan behandles av allment tilgjengelig programvare[[679]](#footnote-679) (bokstav a)
* de filformatene som ville vært egnet for utformingen av tilbudene, ikke kan behandles av en åpen eller allment tilgjengelig programvare, eller er omfattet av en lisensordning og ikke kan lastes ned av oppdragsgiver eller gjøres tilgjengelig over internett eller på en annen lett tilgjengelig måte (bokstav b)
* bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler vil kreve særlig kontorutstyr som ikke er allment tilgjengelig for oppdragsgiver (bokstav c)
* anskaffelsesdokumentene krever levering av fysiske modeller eller skalamodeller som ikke kan overføres elektronisk (bokstav d).

Dersom oppdragsgiver ikke krever bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, skal det brukes ordinær postgang eller annen egnet transportør, eventuelt kombinert med elektroniske hjelpemidler. Det er uttalt i fortalen premiss 53 at bruken av andre kommunikasjonsmidler bør begrenses til de elementer av tilbudet som kan unntas. Videre står det at oppdragsgiver bør kunne sette en maksgrense for størrelsen av de filer som skal overføres.

I artikkel 22 nr. 1 fjerde avsnitt er det gjort unntak for innlevering av tilbud hvis bruk av andre kommunikasjonsmidler er nødvendig enten på grunn av sikkerhetsbrudd i den elektroniske kommunikasjonsløsningen eller for å beskytte opplysninger av særlig følsom karakter. Det er et vilkår at opplysningene ikke kan beskyttes på en tilfredsstillende måte ved bruk av elektroniske verktøy og løsninger som er allment tilgjengelig for leverandørene og heller ikke via alternative tilgangsmåter som beskrevet i artikkel 22 nr. 5 nedenfor.

Artikkel 22 nr. 1 femte avsnitt sier at der oppdragsgiver krever at tilbudet innleveres på annen måte enn med elektroniske midler skal dette begrunnes i anskaffelsesprotokollen.

Artikkel 22 nr. 2 tillater muntlig kommunikasjon så lenge det ikke kommuniseres om grunnleggende elementer i anskaffelsesprosedyren. Muntlig kommunikasjon skal dokumenteres i tilstrekkelig grad. Grunnleggende elementer i anskaffelsesprosessen omfatter anskaffelsesdokumentene, forespørsel om å delta, bekreftelse av interesse og tilbud. Særlig skal muntlig kommunikasjon med leverandører som kan ha vesentlig innvirkning på innholdet i, og vurderingen av tilbud, dokumenteres i tilstrekkelig grad og på hensiktsmessig måte, for eksempel skriftlige notater, lydopptak eller sammendrag av de viktigste elementene i kommunikasjonen.

Artikkel 22 nr. 3 stiller krav til dataintegriteten og fortroligheten knyttet til innlevering av tilbud og forespørsler om å delta i konkurranser. Oppdragsgiver skal sikre at forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud holdes fortrolig, og at innholdet beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn. Det er også krav om at ingen skal ha tilgang til innholdet i forespørslene om å delta i konkurransen eller i tilbudene før fristen for mottak har løpt ut.

I fortalen premiss 57 fremgår det at det kan være ulikt krav til sikkerhet i ulike faser av anskaffelsen.

Artikkel 22 nr. 4 gir medlemsstatene mulighet til å bestemme at det i bygge- og anleggsanskaffelser og plan- og designkonkurranser skal kreves særlige elektroniske verktøy, for eksempel elektroniske modellverktøyer for bygningsopplysninger (BIM) eller lignende.

Artikkel 22 nr. 5 angir at oppdragsgiver om det er nødvendig kan kreve at det benyttes verktøy og løsninger som ikke er allment tilgjengelige hvis de gir leverandørene alternative tilgangsmåter.

Oppdragsgiver anses å ha tilbudt egnede alternative tilgangsmåter hvis de:

* gir gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til de aktuelle verktøyene og løsningene fra kunngjøringstidspunktet eller fra den dato invitasjon til å bekrefte interesse blir sendt. Oppdragsgiver skal angi internettadressen hvor verktøyene og løsningene er tilgjengelige i kunngjøringen eller i invitasjonen (bokstav a)
* gir leverandørene muligheten til å delta i konkurransen ved bruk av provisoriske anordninger som gjøres gratis tilgjengelig på nettet. Oppdragsgiver er likevel ikke forpliktet til å gi en slik tilgang dersom leverandøren selv er skyld i manglende tilgang (bokstav b) eller
* tilbyr en alternativ kanal for å gi tilbud elektronisk (bokstav c).

Artikkel 22 nr. 6 fastsetter at utover de krav som er angitt i vedlegg IV til direktivet, se boks 24.27, gjelder det en rekke regler for verktøy og løsning for elektronisk overføring, mottak av tilbud og forespørsel om deltakelse.

Krav til verktøy og løsninger som skal brukes ved mottak av tilbud og forespørsler om deltakelse

Vedlegg IV til direktivet fastsetter at verktøy og løsninger som skal brukes ved mottak av tilbud, forespørsler om deltakelse og planer og prosjekter i plan- og designkonkurranse minst skal garantere følgende:

«a. det nøjagtige tidspunkt og den nøjagtige dato for modtagelse af tilbud/ansøgninger om deltagelse samt planer og projekter kan fastslås med sikkerhed

b. det kan med rimelighed sikres, at ingen kan få adgang til oplysninger, som er fremsendt i medfør af disse krav, før udløbet af de fastsatte frister

c. kun bemyndigede personer kan fastsætte eller ændre datoerne for åbning af de modtagne oplysninger

d. på de forskellige stadier af udbudsproceduren eller af projektkonkurrencen må kun bemyndigede personer få adgang til alle eller en del af de indsendte oplysninger

e. kun bemyndigede personer må give adgang til indsendte oplysninger og kun efter den anførte dato

f. oplysninger, som er modtaget og åbnet i overensstemmelse med de foreliggende krav, er kun tilgængelige for personer, der er bemyndiget til at få kendskab hertil

når adgangsforbuddene eller -betingelserne i litra b), c), d), e) og f) overtrædes eller forsøges overtrådt, skal det i rimelig grad sikres, at overtrædelsen klart kan spores.»

[Boks slutt]

I artikkel 22 nr. 6 første avsnitt bokstav a fremgår det at opplysninger om spesifikasjoner som gjelder for elektronisk innlevering av tilbud og forespørsel om deltakelse, herunder kryptering og tidsstempling, skal være tilgjengelig for berørte parter.

I artikkel 22 nr. 6 første avsnitt bokstav b er det krav om at medlemsstater eller oppdragsgivere som opererer innenfor et overordnet rammeverk fastsatt av medlemsstaten skal angi det sikkerhetsnivå som er nødvendig for de elektroniske kommunikasjonsmidlene i de ulike fasene av anskaffelsesprosessen. Nivået skal stå i et rimelig forhold til risikoen. Nærings- og fiskeridepartementet har gitt retningslinjer for sikkerhetstiltak ved elektronisk konkurransegjennomføring.[[680]](#footnote-680) Retningslinjene kapittel 4.4 legger til grunn at PEPPOL eDelivery brukes ved elektronisk kommunikasjon. Oppdragsgiver kan ved særskilt behov fastsette strengere krav, for eksempel krav om elektronisk signatur.

Artikkel 22 nr. 6 første avsnitt bokstav c omhandler elektronisk signatur. Hvis medlemsstater eller oppdragsgivere konkluderer med at risikoen, slik den er vurdert i tråd med bokstav b over, tilsier at det er behov for avanserte elektroniske signaturer som definert i direktiv 1999/93 EF, skal elektroniske signaturer som er understøttet av et kvalifisert sertifikat som er utstedt av et organ som er oppført på en pålitelighetsliste over registrerte sertifikatutstedere i henhold til EU-kommisjonens beslutning 2009/767/EF godkjennes, på visse vilkår som er nærmere beskrevet i underpunkt i) og ii).

Direktiv 1993/93 EF er erstattet av forordning 910/2014/EU om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester (eIDAS). Denne er tatt inn i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett i lov om elektroniske tillitstjenester.[[681]](#footnote-681) Definisjonen av avansert elektronisk signatur er lik som i direktiv 1999/93.

Underpunkt bokstav i) henviser til formater for avanserte signaturer fastsatt i EU-kommisjonens beslutning 2011/130/EU og gir oppdragsgiver ansvar for å iverksette nødvendige tiltak for å kunne behandle disse formatene teknisk. Hvis det brukes et annet format stilles det en del krav, og medlemsstatene skal gi opplysninger til EU-kommisjonen. Beslutning 2011/130/EU er erstattet av beslutning 2015/1506/EU. Denne er tatt inn i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett i forskrift om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner § 5.[[682]](#footnote-682)

I underpunkt ii) fremgår det at oppdragsgiver ikke kan stille ytterligere tekniske krav når et tilbud er signert med et kvalifisert sertifikat som står på pålitelighetslisten nevnt over.

I artikkel 22 nr. 6 andre avsnitt er det henvist til felles regulering av format for e-signering.

Elektronisk signatur

Elektronisk signatur er data i elektronisk form som er lagt ved annen data og brukes av underskriveren for å signere. I praksis kan alle former for signatur der underskriver utrykker sin vilje til å binde seg, som gjøres i et elektronisk miljø, regnes som elektronisk signatur. Eksempler kan være å klikke på en knapp eller merke av i en boks for å bli bundet av innholdet i dokumentet som er signert.

En avansert elektronisk signatur har høyere krav til identifikasjon av underskriveren. Identifikasjonen er entydig knyttet til underskriveren, er fremstilt med hjelp av data som underskriveren med en høy grad av pålitelighet har enekontroll over bruken av, og er knyttet til informasjonen som er signert på en måte som gjør at etterfølgende endringer kan oppdages.

Lov om elektroniske tillitstjenester regulerer krav til leverandører som utsteder data brukt til avansert elektronisk signatur. Dette omtales som kvalifisert elektronisk signatur, og oppnås ved bruk av leverandører, såkalte «Trust service providers», som er kvalifiserte av EU. EU-kommisjonen ivaretar en oppdatert liste over kvalifiserte leverandører på eIDAS Dashboard, europa.eu. Kvalifiserte avanserte signaturer er anbefalt å bruke og skal godtas av oppdragsgivere i EØS.

[Boks slutt]

Artikkel 22 nr. 7 første og andre avsnitt gir EU-kommisjonen myndighet til å vedta delegerte rettsakter for å ta hensyn til den teknologiske utviklingen, slik at de kan endre tekniske detaljer i vedlegg IV og endre listen over unntak i artikkel 22 nr. 1 andre avsnitt bokstav a til d. I tredje avsnitt gis EU-kommisjonen myndighet til å vedta delegerte rettsakter for å fremme interoperabilitet på tvers av landegrenser gjennom å fastsette obligatorisk bruk av spesifikke standarder, særlig når det gjelder bruk av elektronisk innlevering, elektroniske kataloger og midler for elektronisk autentisering. Delegerte rettsakter må vedtas i tråd med artikkel 87. Det er ikke gjort bruk av denne myndigheten per mai 2023.

Forsyningsdirektivet artikkel 40 har tilsvarende regler som anskaffelsesdirektivet artikkel 22.

I konsesjonskontraktdirektivet artikkel 29 fremgår det at utover kravene i artikkel 33 nr. 2 om oversendelse av kunngjøringer til TED og artikkel 34 om elektronisk tilgang til konsesjonsdokumentene er det frivillig å benytte elektroniske midler. Medlemsstatene kan imidlertid gjøre bruken av elektronisk kommunikasjon obligatorisk i større grad.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 22 er gjennomført i anskaffelsesforskriften kapittel 22, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Det anses ikke hensiktsmessig å gjennomføre artikkel 22 nr. 4 som gir medlemsstatene mulighet til å pålegge bruk av særlige elektroniske verktøy i bygg- og anleggsanskaffelser. De oppdragsgivere som har behov for det kan stille krav om bruk av elektroniske modellverktøyer for bygningsopplysninger (BIM) eller lignende i kravspesifikasjonen. Det bør utredes særskilt hvis det skal være aktuelt å innføre et slikt krav. Bestemmelsen er heller ikke gjennomført i anskaffelsesforskriften i dag.

Vedlegg IV til direktivet som inneholder krav til verktøy og løsninger som skal brukes ved mottak av tilbud og forespørsler om deltakelse vil bli gjennomført i forskrift sammen med øvrige vedlegg til direktivet, jf. utkast til anskaffelsesforskrift § 3-1. På dette punktet skiller lovutkastet seg fra anskaffelsesforskriften (2016) hvor disse kravene er inntatt i § 22-3.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 22 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 9-5 til 9-9.

[Boks slutt]

## Nomenklaturer [artikkel 23]

### Gjeldende rett

Nomenklatur betyr en liste over en samling av navn, fagord eller lignende. Det er behov for en felles klassifisering av de varer, tjenester og bygg- og anleggsanskaffelser som en oppdragsgiver skal anskaffe. Dette gjør det enklere for leverandørene å vite hvilke anskaffelser som er relevante for dem. En felles klassifisering gir også et godt grunnlag for å utarbeide statistikk knyttet til ulike sider ved anskaffelsene.

Artikkel 23 nr. 1 slår fast at alle henvisninger til nomenklaturer i forbindelse med offentlige anskaffelser skal gjøres ved å bruke den felles klassifikasjon for offentlige innkjøp (CPV), vedtatt ved forordning (EF) nr. 2195/2002.

CPV er en forkortelse av Common Procurement Vocabulary, felles anskaffelsesordliste på norsk. Ved kunngjøring av anskaffelser skal CPV-kodene benyttes for å beskrive det som skal anskaffes. CPV-kodene er bygget opp i et hierarkisk system med opptil ni tall. I tillegg er det et tilleggsvokabular for å kunne beskrive ytelsen ytterligere.

Artikkel 23 nr. 2 gir EU-kommisjonen myndighet til å vedta delegerte rettsakter i overensstemmelse med artikkel 87 for å tilpasse CPV-kodene. Det er et vilkår at det er nødvendig at endringer i CPV nomenklaturen gjenspeiles i direktivet, og at endringene ikke innebærer noen endring av direktivets virkeområde.

Riktig bruk av CPV-koder er viktig for at leverandørene skal få opplysninger om anskaffelser som er relevante for dem. I Rt. 2008 s. 982 slo Høyesterett fast at der hvor oppdragsgiver ikke kunngjør alle hovedelementene av en anskaffelse på grunn av uriktig bruk av CPV-koder så innebærer det en ulovlig direkteanskaffelse for den delen som ikke har vært kunngjort.[[683]](#footnote-683) Dette er fulgt opp blant annet i KOFA sak 2019/697 hvor Trondheim kommune kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om leasing, administrasjon og forsikring av kjøretøy.[[684]](#footnote-684) Oppdragsgiver benyttet CPV-koder for finansielle tjenester og CPV-koder for reparasjon og ombygging. Anskaffelsens hovedformål ble imidlertid ansett å være leasing av kjøretøy, som er en vareanskaffelse. De konkrete avropene som var innklaget var dermed ulovlige direkteanskaffelser, og Trondheim kommune ble ilagt gebyr.

Det er tilsvarende bestemmelse om nomenklatur i forsyningsdirektivet artikkel 41 og i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 27.

Artikkel 23 er gjennomført i anskaffelsesforskriften ved å innta en definisjon av CPV-kode i forskriften § 4-4 bokstav e. Det er også henvist til bruk av CPV-koder ulike steder i forskriften, for eksempel i en del unntaksbestemmelser og i vedleggene til forskriften. I tillegg brukes CPV-kodene i de fastsatte kunngjøringsskjemaene.

### Utvalgets vurderinger

Anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 1 skal gjennomføres i norsk rett. Det er ikke nødvendig å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 2 da det kun gir en hjemmel til EU-kommisjonen om å foreta oppdateringer. Det er imidlertid behov for at departementet får forskriftshjemmel for å gjennomføre forordningen om CPV-koder. Begrepet nomenklatur er ikke selvforklarende, og utvalget foreslås i stedet å innta en direkte henvisning til CPV-kodene.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 1 i ny lov om offentlige anskaffelser § 9-10.

[Boks slutt]

## Interessekonflikt [artikkel 24]

### Gjeldende rett

Prinsippet om likebehandling innebærer at det er behov for å regulere situasjoner hvor ansatte hos oppdragsgiver eller oppdragsgivers representant kan ha personlige relasjoner eller økonomiske interesser knyttet til anskaffelsen. Anskaffelsesdirektivet bruker begrepet interessekonflikt, mens i norsk rett omtales dette som inhabilitet, altså problemstillinger knyttet til habilitet.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 24 pålegger medlemsstatene å sikre at oppdragsgivere treffer hensiktsmessige tiltak for effektivt å forebygge, identifisere og avhjelpe interessekonflikter i forbindelse med gjennomføringen av en anskaffelse. Hensikten er å unngå konkurransevridning og sikre likebehandling av tilbyderne. I andre avsnitt er det utdypet at begrepet interessekonflikt minst omfatter situasjoner der ansatte hos oppdragsgiver eller oppdragsgivers rådgiver som er involvert i anskaffelsesprosessen eller kan påvirke denne, har en direkte eller indirekte økonomisk eller personlig interesse i anskaffelsen som kan oppfattes å sette deres uavhengighet og upartiskhet i fare.

Artikkel 24 andre avsnitt innebærer en minimumsdefinisjon av hva som anses som interessekonflikt på tvers av medlemsstatene.

Hvis en interessekonflikt ikke kan avhjelpes effektivt med mindre inngripende tiltak, så kan leverandøren i ytterste konsekvens avvises, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav e som vil behandles i utvalgets andre delutredning. Proporsjonalitetsprinsippet tilsier at mindre inngripende tiltak må forsøkes før leverandøren kan avvises. Hvis det er aktuelt, skal påviste interessekonflikter og hvilke tiltak som er iverksatt beskrives i anskaffelsesprotokollen, jf. artikkel 84 nr. 1 bokstav i.

Artikkel 24 må også ses i sammenheng med artikkel 41 om rådgiverhabilitet, hvor oppdragsgiver har plikt til å treffe hensiktsmessige tiltak for å sikre at konkurransen ikke vris, i de tilfeller en mulig tilbyder har vært involvert i forberedelsen av anskaffelsen.

Artikkel 24 sier ikke noe om hvilke tiltak som kan være aktuelle, dette er det opp til medlemsstatene å fastsette.

Bestemmelsen om interessekonflikt var ny i 2014-direktivet. Det er imidlertid stilt opp tilsvarende forpliktelser i tidligere rettspraksis, utledet av likebehandlingsprinsippet.

EU-domstolen har i forente saker C-21/03 og C-34/03 Fabricom slått fast at det kreves en konkret vurdering for å konstatere inhabilitet.[[685]](#footnote-685) Generelle regler som utelukker visse aktører uten noen konkret vurdering av om de inntrufne forholdene faktisk har gitt en konkurransefordel vil ikke være akseptabelt. Spørsmålet om det foreligger en interessekonflikt er imidlertid en objektiv vurdering, og det kan ikke kreves at det påvises en forskjellsbehandling eller intensjon om å utnytte situasjonen, se sak C-538/13 eVigilo.[[686]](#footnote-686)

Høyesteretts avgjørelse i Torghatten-dommen i Rt. 1998 s. 1398 gir uttrykk for at det lettere oppstår inhabilitet når det er tale om en konkurransesituasjon enn hva tilfellet er hvor det ikke er andre parter.[[687]](#footnote-687) I SB Transport-dommen i Rt. 2007 s. 983 ble dette utgangspunktet videreført, og det ble også vist til de grunnleggende prinsippene i daværende lov om offentlige anskaffelser § 5 og formålsbestemmelsen i § 1.[[688]](#footnote-688)

Klagenemnda for offentlige anskaffelsers avgjørelse i sak 2022/913 behandler flere sider av habilitet.[[689]](#footnote-689) Klagenemnda kom til at anskaffelsen av et risikovurderingsverktøy var i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvbarhet, fordi oppdragsgiver ikke kunne dokumentere at tildelingsbeslutningen ikke var tilrettelagt av en inhabil tjenestemann. Klagenemnda kunne ikke ta stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist i henhold til forskriften § 24-2 første ledd bokstav c som følge av manglende etterprøvbarhet, men konstaterte brudd på de grunnleggende prinsippene.

I forsyningsdirektivet artikkel 42 er det likelydende bestemmelser som i anskaffelsesdirektivet artikkel 24.

Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 35 inneholder en bestemmelse om bekjempelse av korrupsjon og interessekonflikter. De materielle reglene er de samme som i anskaffelsesdirektivet artikkel 24. Det er imidlertid en tilføyelse i artikkel 35 tredje avsnitt, hvor det står at de tiltak som treffes for å unngå eller avbøte interessekonflikter ikke må gå lenger enn det som er absolutt nødvendig for å hindre en mulig interessekonflikt eller fjerne en påvist interessekonflikt. Dette er et utslag av proporsjonalitetsprinsippet, og vil trolig også gjelde de øvrige direktivene.[[690]](#footnote-690)

Anskaffelsesforskriften regulerer habilitet i § 7-5.

### Utvalgets vurderinger

For oppdragsgivere som er omfattet av forvaltningsloven anser utvalget at direktivets forpliktelse allerede er oppfylt gjennom habilitetsreglene i forvaltningsloven. Det foreslås derfor å videreføre tilsvarende regulering som i anskaffelsesforskriften med å vise til habilitetsreglene i forvaltningsloven og kommuneloven, og gi forvaltningsloven §§ 6 til 10 anvendelse for oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven. Utvalget er også av samme oppfatning som Forenklingsutvalget om at tilfellene vist til i direktivet artikkel 24 nr. 2 «må antas å svare til de tilfeller som omfattes av habilitetsreglene i forvaltningsloven».[[691]](#footnote-691)

Kommunale oppdragsgivere er også omfattet av forvaltningsloven, men det er enkelte særbestemmelser om folkevalgtes behandling av saker i folkevalgte organer og ansattes habilitet ved behandling av klagesaker etter forvaltningsloven § 28 andre ledd i kommuneloven §§ 11-10 og 13-3.

Bestemmelsen om habilitet bør gjelde for alle anskaffelser som omfattes av loven.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 24 i ny lov om offentlige anskaffelser § 1-8.

[Boks slutt]

## Betingelser vedrørende GPA og andre internasjonale avtaler [artikkel 25]

### Rettighetshavere

Artikkel 25 fastsetter betingelsene for når aktører utenfor EU har rett til å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser på EU-markedet. Bestemmelsen gir således leverandører i tredjeland markedsadgang, i tillegg til en rett til ikke å bli behandlet dårligere enn leverandører i EU. Tilsvarende bestemmelse finnes i artikkel 43 i forsyningsdirektivet. Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktsdirektivet.

Det følger av EØS-avtalens vedlegg XVI i tilpasningsteksten til punkt 2 at artikkel 25 ikke får anvendelse. Det er likevel slik at Norge også har forpliktelser etter GPA og andre internasjonale avtaler. Dette betyr at Norge har tilsvarende forpliktelser for aktører utenfor EØS-området, men at disse beror på forpliktelsene Norge har etter GPA. Rettigheter som leverandører fra tredjeland har til å delta i konkurranser i Norge, har vært regulert som et spørsmål om en leverandør er «rettighetshaver», og omtales nærmere under.

Anskaffelsesloven § 3 regulerer hvilke leverandører som har rettigheter etter anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter. Det følger av bestemmelsen at rettighetshavere etter loven er virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat, og har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat. Det samme gjelder virksomheter som er gitt rettigheter etter WTO-avtalen om offentlige innkjøp (Global Procurement Agreement, GPA) eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av, men dette gjelder bare i det omfanget som følger av den enkelte avtale.

Utenlandske leverandører som har rettigheter etter anskaffelsesregelverket på grunnlag av § 3 kan inndeles i tre grupper.

Den første gruppen er leverandører fra EØS-stater. Det følger av forarbeidene til anskaffelsesloven at disse har rettigheter uavhengig av anskaffelsens verdi.[[692]](#footnote-692) I praksis betyr dette at leverandører i fra EØS har status som rettighetshaver også under EØS-terskelverdi, uavhengig av om den konkrete anskaffelsen har klar grensekryssende interesse.

Den andre gruppen er leverandører som er gitt rettigheter etter GPA.

Den tredje gruppen er leverandører som er gitt rettigheter etter andre internasjonale avtaler, det vil si bilaterale avtaler som dekker offentlige anskaffelser.

For de to siste gruppene er status som rettighetshaver begrenset med formuleringen «i det omfang som følger av slike avtaler». Det må her gjøres en konkret vurdering av hva som er omfanget av den aktuelle avtalen. På regjeringens nettside er det gitt veiledning knyttet til bestemmelsen.[[693]](#footnote-693) I en konkret anskaffelse må oppdragsgiver undersøke den internasjonale avtalen som Norge har med landet til den utenlandske leverandøren, og gjøre en vurdering av om oppdragsgiver og ytelsen er omfattet av norske forpliktelser og om anskaffelsens anslåtte verdi overstiger relevant terskelverdi. Det må også undersøkes om det gjelder generelle eller spesifikke krav til gjensidighet. For eksempel er det både for tjenester og bygge- og anleggsarbeider et generelt gjensidighetskrav. Dette betyr at de norske forpliktelsene kun gjelder overfor leverandører fra land som har gitt tilsvarende dekning for ytelsen i sine respektive GPA-forpliktelser. Det er også enkelte land som er undergitt spesifikke gjensidighetskrav.[[694]](#footnote-694)

Nærmere informasjon om Norges internasjonale avtaler

På EFTA sekretariatets nettside finnes en oversikt over avtaler som Norge har inngått som en del av EFTA-samarbeidet: https://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements.

Bilaterale avtaler som er fremforhandlet utenom EFTA-samarbeidet finnes på: https://lovdata.no/register/traktater.

[Boks slutt]

Leverandører fra land som ikke omfattes av de tre gruppene omtalt ovenfor, har ingen rettigheter etter anskaffelsesloven. Heretter omtales disse som avtaleløse leverandører. Leverandører som ikke er rettighetshaver etter regelverket kan avvises fra konkurransen uten annen begrunnelse enn at vedkommende leverandør ikke er rettighetshaver.[[695]](#footnote-695) Det er ikke noe forbud mot å la slike leverandører delta, men deltakelse vil ikke gi de status som rettighetshaver etter regelverket. Se eksempel på en rettssak hvor spørsmålet om status som rettighetshaver var tema, i boks 24.33.

Kjennelse fra Oslo byfogdembete

I sak mellom Blue Aerospace LLC og Staten v/forsvarsdepartementet sto tolkningen og anvendelsen av anskaffelsesloven (1999) § 4 om rettighetshavere sentralt.1 I saken hadde et amerikansk selskap deltatt i en konkurranse som gjaldt vedlikehold av militære helikoptre. Selskapet Blue Aerospace LLC ble rangert som nummer to i konkurransen, og begjærte midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelsen fordi de mente at vinnende leverandør skulle ha vært avvist. Retten fant at selskapet ikke var rettighetshaver etter anskaffelsesregelverket siden selskapet ikke var etablert i EØS, og anskaffelsens gjenstand var heller ikke omfattet av GPA. Retten kom til at ulovfestet norsk anbudsrett ikke ga leverandøren noe krav på naturaloppfyllelse. Ettersom anskaffelsesregelverket ikke kom til anvendelse, fant retten videre at et eventuelt erstatningskrav måtte avgrenses til den negative kontraktsinteressen. Leverandøren hadde derfor ikke rettslig interesse i å kreve kontraktsinngåelsen stanset.

1 TOBYF-2017-138788

[Boks slutt]

### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår at også en ny lov om offentlige anskaffelser bør inneholde en bestemmelse i lovens innledende del som regulerer hvilke leverandører som er rettighetshavere.

For utenlandske leverandører mener utvalget at det er prinsipielt riktig å avgrense deres rettigheter etter norsk anskaffelsesrett i samsvar med den aktuelle internasjonale avtalen som gir opphav til deres status som rettighetshavere. Dette bør prinsipielt gjelde også for leverandører fra andre EØS-stater, selv om den praktiske betydningen av akkurat denne avgrensningen er beskjeden. Under EØS-terskelverdi vil eventuelle rettigheter til leverandører fra andre EØS-stater bero på om anskaffelsen gjelder varer- eller tjenester som er omfattet av EØS-avtalens saklige virkeområde, og om den aktuelle anskaffelsen har klar grensekryssende interesse, se nærmere i kapittel 23.

Utvalget har drøftet om også leverandører fra stater som Norge ikke har noen relevante avtaler med, bør få status som rettighetshavere i tilfeller hvor en offentlig oppdragsgiver velger å la dem delta i en konkurranse. Muligheten til å la slike avtaleløse leverandører delta i konkurranser om offentlige kontrakter er ikke regulert i dagens anskaffelseslov. I mangel av særregulering vil det være opp til den enkelte oppdragsgiver å vurdere om oppdragsgiver ønsker å la en avtaleløs leverandør delta i konkurransen.[[696]](#footnote-696) Anledning til å delta gir imidlertid ikke status som rettighetshaver, og derfor heller ikke krav på likebehandling med andre leverandører eller tilgang på de håndhevelsesmuligheter som ligger i anskaffelsesregelverket. Det er gitt innspill til utvalget om at dette fører til at avtaleløse leverandører som får delta i en konkurranse befinner seg i en svært uforutsigbar situasjon.

En mulig løsning vil være å lovfeste at også avtaleløse leverandører har rettigheter etter det norske anskaffelsesregelverket dersom en offentlig oppdragsgiver først velger å la dem delta i konkurransen. Dette vil sikre likebehandling av alle leverandører som deltar, og fjerne den rettsusikkerhet som avtaleløse leverandører i dag opplever.

Etter utvalgets syn er det imidlertid tvilsomt om en slik løsning er i samsvar med Norges handelspolitiske interesser. Norge har fremforhandlet en rekke handelsavtaler med land utenfor EØS, alene eller gjennom EFTA, og det forhandles om flere slike. Et viktig element i disse avtalene er å fremforhandle gjensidig markedsadgang også innen offentlige anskaffelser. Hvis en ny lov om offentlige anskaffelser slår fast at enhver offentlig oppdragsgiver fritt kan velge å la avtaleløse leverandører delta i en konkurranse og at dette i så fall gir dem status som rettighetshavere, vil dette kunne svekke norske posisjoner i fremtidige forhandlinger om handelsavtaler. Dersom en ny lov om offentlige anskaffelser tvert imot stenger det norske anskaffelsesmarkedet helt for avtaleløse leverandører, vil dette styrke mulighetene for avtaler som sikrer norske leverandører tilgang til anskaffelsesmarkedene i aktuelle tredjeland.

Vurderingen av de avtaleløse leverandørenes rettsstilling kompliseres ytterligere av økt oppmerksomhet i EU knyttet til denne problematikken. Utvalget viser til fremstillingen i kapittel 10 om dette. Denne utviklingen tilsier at det ikke bør være opp til den enkelte oppdragsgiver om en avtaleløs leverandør skal få konkurrere om offentlige kontrakter i Norge. I ytterste konsekvens vil leverandører etablert i EØS kunne hevde at en kontraktstildeling til en avtaleløs leverandør er EØS-stridig. Utvalget vil også peke på at det for enkelte avtaleløse land kan være utfordringer relatert til sikkerhet og beredskap, noe utvalget vil komme tilbake til i andre delutredning.

Samtidig er utvalgets syn at en generell utelukkelse av avtaleløse leverandører etter omstendighetene kan svekke konkurransen om en kontrakt, og dermed påføre det offentlige unødige kostnader. På visse områder og i visse typetilfeller kan det tenkes at de beste tilbudene er å finne blant avtaleløse leverandører, og det uten at det er konkurransevridende statsstøtte involvert. Vissheten om at også avtaleløse leverandører får delta vil dessuten kunne bidra til at de øvrige leverandørene leverer tilbud som er mer fordelaktige for det offentlige enn de ellers ville gjort.

Utvalget har funnet dette spørsmålet vanskelig, og mener at regjeringen er rette til å treffe den endelige balansen mellom de ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Utvalget har belyst enkelte sider av saken gjennom drøftelsen her, og har tillitt til at den offentlige høringen av rapporten vil kunne bidra til at spørsmålet belyses ytterligere.

Utvalget har i ny lov inntatt et forslag til lovbestemmelse der avtaleløse leverandører i utgangspunktet ikke bør få delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge. Det bør likevel være rom for unntak, men dette bør vurderes konkret av departementet, som har ansvar for Norges handelspolitiske interesser og tilhørende EØS-rettslige forpliktelser, og ikke den enkelte oppdragsgiver. I den utstrekning avtaleløse leverandører gis rett til å konkurrere om offentlige kontrakter i Norge, så bør de etter utvalgets syn ha samme rettigheter som de andre leverandørene som konkurrerer om den samme kontrakten.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å videreføre dagens bestemmelse om rettighetshavere med noen mindre justeringer.
* at avtaleløse leverandører ikke skal kunne konkurrere om kontrakter på det norske markedet, med mindre departementet gir særskilt tillatelse.

[Boks slutt]

## Anskaffelsesprosedyrer [artikkel 26 til 32]

### Valg av prosedyrer [artikkel 26]

#### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 26 angir hvilke konkurranseprosedyrer oppdragsgivere kan benytte ved tildeling av offentlige kontrakter.

Det følger av EU-domstolenes praksis at direktivet angir en uttømmende liste over hvilke prosedyrer oppdragsgiver kan benytte ved gjennomføring av en offentlig anskaffelse etter direktivet.[[697]](#footnote-697) Oppdragsgiver kan ikke benytte andre prosedyrer, eller kombinere de ulike prosedyrene.

Det følger av artikkel 26 nr. 1 at oppdragsgivere kan tildele offentlige kontrakter i samsvar med nasjonale fremgangsmåter såfremt disse er i samsvar med anskaffelsesdirektivet, herunder kunngjort i samsvar med direktivet. Dette gjelder likevel ikke prosedyrer som følger artikkel 32 (konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring).

Artikkel 26 nr. 2 angir at oppdragsgiver kan velge å benytte åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Av nr. 3 følger det at oppdragsgiver kan velge en konkurranse med innovasjonspartnerskap.

Artikkel nr. 4 angir at prosedyrene konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog, kan benyttes når nærmere angitte vilkår er oppfylt.

Det følger av fortalen premiss 42 at bakgrunnen for bestemmelsen er at det er et stort behov for å gi oppdragsgivere fleksibilitet til å velge og gjennomføre en konkurranse med forhandling, enten i form av konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog. Videre følger det av fortalen at bruk av disse prosedyrene vil øke den grensekryssende handelen.

Dersom oppdragsgiver velger å benytte konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog etter forutgående kunngjøring, må begrunnelsen for dette angis i anskaffelsesprotokollen, se artikkel 84.

Det følger av tidligere praksis fra EU-domstolen at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt og at det er en streng unntaksbestemmelse.[[698]](#footnote-698) [[699]](#footnote-699) Praksisen er knyttet til bestemmelsen om å benytte konkurranse med forhandling etter de tidligere anskaffelsesdirektivene. Arrowsmith har tatt til orde for at bestemmelsen om å benytte konkurranse med forhandling er å anse som en unntaksbestemmelse som skal tolkes restriktivt.[[700]](#footnote-700) Arrowsmith viser til at støtte for dette kan finnes i fortalen premiss 42 og 43. Det foreligger ingen nyere rettspraksis fra EU-domstolen som avklarer dette.

Forenklingsutvalget fremholdt at basert på vilkårene i denne bestemmelsen, vil konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog kunne anvendes ved de fleste anskaffelser som ikke gjelder ordinære hyllevarer.[[701]](#footnote-701) Departementet fremholdt også i høringsnotatet om nye forskrifter at vilkårene vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiver vil ha et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger.[[702]](#footnote-702)

Etter artikkel 26 nr. 4 bokstav a punkt i er det et vilkår for å bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog at oppdragsgivers behov ikke kan oppfylles med mindre det foretas tilpasninger i tilgjengelige løsninger.

I forarbeidene til udbudsloven, er det under henvisning til ordlyden i fortalen premiss 42, fremholdt at «kan» ikke kan tolkes bokstavelig.[[703]](#footnote-703) I fortalen premiss 42 fremgår det at forhandlinger kan benyttes hvor anbudskonkurranse «sannsynligvis ikke» vil føre til et tilfredsstillende resultat.

I direktivets fortale premiss 43 fremgår det at det vil være adgang til å forhandle ved anskaffelse av bygge- og anleggsanskaffelser, såfremt det ikke er tale om standardbygninger, eller hvor arbeidet omfatter design eller innovative løsninger. Videre følger det at ved anskaffelse av tjeneste- og varekontrakter som krever tilpasning, eller designkrav, at forhandlinger kan være nyttig. Det er eksemplifisert med at dette typisk er tilfellet i forbindelse med komplekse innkjøp som avanserte produkter, intellektuelle tjenesteytelser, som for eksempel visse former for konsulent-, arkitekt- eller ingeniørvirksomhet eller større prosjekter som gjelder informasjon- og kommunikasjonsteknologi (IKT). Motsetningsvis fremgår det av samme premiss at i forbindelse med standard tjenesteytelser eller varer, som kan leveres av flere ulike aktører på markedet, bør konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog ikke anvendes.

Etter bokstav a punkt ii er det et vilkår for å bruke konkurranse med forhandling at anskaffelsen omfatter prosjektering eller nyskapende løsninger. Hva som vil anses som en nyskapende løsning er definert i artikkel 2 nr. 22.[[704]](#footnote-704)

Etter bokstav a punkt iii er det et vilkår for konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog at kontrakten på grunn av særlige omstendigheter ikke kan tildeles uten forhandling. Dette kan for eksempel være med hensyn til anskaffelsens art, kompleksitet, rettslige eller økonomiske forhold, eller på grunn av risikoen i forbindelse med disse. Av bestemmelsens ordlyd følger det at kontrakt «ikke kan» inngås uten forutgående forhandling. Det vises til det som er sagt ovenfor om forståelsen av denne ordlyden.

I Nærings- og fiskeridepartementets veileder er det vist til at dette unntaket typisk kommer til anvendelse ved prosjekter som omfatter kompleks og strukturert finansiering, store datanettverk eller integrerte infrastrukturprosjekter for transport.[[705]](#footnote-705)

Etter bokstav a punkt iv er det et vilkår for konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog at de tekniske spesifikasjonene ikke kan fastsettes med tilstrekkelig presisjon, med henvisning til en standard, europeiske tekniske vurderinger, en felles teknisk spesifikasjon eller en teknisk henvisning. Bestemmelsen henviser til punkt 2-5 i direktivets vedlegg VII, som inneholder en definisjon av de begrep som fremgår av bestemmelsen. Se boks 24.35. Om begrepet «ikke kan» vises det til fremstillingen over.

Begrep i direktivet vedlegg VII

«2) ‘standard’: en teknisk specifikation, som er vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, hvis overholdelse ikke er obligatorisk, og som er en af følgende kategorier

a) international standard: en standard, der er vedtaget af en international standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig

b) europæisk standard: en standard, der er vedtaget af en europæisk standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig

c) national standard: en standard, der er vedtaget af en national standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig

3) ‘europæisk teknisk vurdering’: den dokumenterede vurdering af en byggevares ydeevne med hensyn til dens væsentlige egenskaber i overensstemmelse med det respektive europæiske vurderingsdokument som defineret i artikel 2, nr. 12), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 305/2011 (1)

4) ‘fælles teknisk specifikation’: en teknisk specifikation på IKT-området, der er udarbejdet i henhold til artikel 13 og 14 i forordning (EU) 1025/2012

5) ‘teknisk reference’: enhver leverance fra europæiske standardiseringsorganer, bortset fra europæiske standarder, som er frembragt efter procedurer, der er indført med henblik på udvikling af markedsbehovene.»

[Boks slutt]

I artikkel 26 bokstav b åpnes det i tillegg for at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog dersom oppdragsgiver i en forutgående anbudskonkurranse bare mottok uregelmessige eller uakseptable tilbud. Av andre setning følger det at unntaket gjelder dersom prosedyren omfatter alle tilbudsgiverne, og kun de som oppfyller kvalifikasjonskravene, og som i den forutgående anbudskonkurransen har inngitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav.

Videre er det angitt i bestemmelsen tilfeller som anses som «uregelmessige» eller «uakseptable». Bestemmelsens ordlyd er «særlig», og opplistingen av tilfeller er derfor ikke uttømmende.[[706]](#footnote-706)

Det følger av tredje setning at «uregelmessige» omfatter tilbud som ikke er i samsvar med anskaffelsesdokumentene, er mottatt for sent, foreligger bevis for ulovlig samordning eller korrupsjon, eller der oppdragsgiver konstaterer at tilbudene er unormalt lave. I henhold til fjerde setning anses et tilbud som «uakseptabelt» dersom leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, og tilbudet overskrider oppdragsgivers budsjett som bestemt og dokumentert før anskaffelsesprosessen ble satt i gang.

Etter artikkel 26 nr. 5 følger det at innhenting av tilbud skjer ved kunngjøring i henhold til reglene i artikkel 49. Det følger likevel av andre avsnitt at når oppdragsgiver benytter begrenset konkurranse eller konkurranse med forhandling, kan medlemsstatene likevel velge å fastsette at, ikke-statlige oppdragsgivere kan innhente tilbud ved en veiledende kunngjøring i henhold til reglene i artikkel 48 nr. 2.

Det følger videre av artikkel 26 nr. 6 at det for de tilfeller som er angitt i artikkel 32, kan medlemsstatene bestemme at konkurranse med forhandling uten kunngjøring ved innhenting av tilbud kan benyttes. Det er lagt til grunn av EU-domstolen at det ikke er adgang til å innhente tilbud uten forhåndskunngjøring i andre tilfeller enn de som er angitt i artikkel 32.[[707]](#footnote-707) Det følger av fortalen premiss 50 at konkurranse uten forutgående kunngjøring kun kan benyttes i ekstraordinære tilfeller, på grunn av de negative konsekvensene for konkurransen dette medfører.

Bestemmelse om valg av prosedyreformer er inntatt i forsyningsdirektivet artikkel 44, med en noe annerledes ordlyd. Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30 angir generelle prinsipper for prosedyrer ved tildeling av konsesjonskontrakter, med ulik regulering.

Artikkel 26 er gjennomført i ulike bestemmelser i anskaffelsesforskriften, herunder §§ 13-1 til 13-3, 21-1 og 21-2.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår at artikkel 26 skal gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget ser det som hensiktsmessig med enkelte språklige justeringer for å bruke innarbeidede begreper i anskaffelsesforskriften.

Utvalget ser det som hensiktsmessig å gjennomføre artikkel 26 i tre bestemmelser: en som angir prosedyrene som kan brukes, en som gjelder kunngjøring av konkurransen, og en om vilkårene for å bruke konkurransepreget dialog eller forhandlinger. Forslag til ny lovbestemmelse er ikke ment å innebære realitetsendringer fra bestemmelsen i anskaffelsesforskriften.

Artikkel 26 nr. 3 åpner for at oppdragsgiver kan anvende innovasjonspartnerskap. Dette var en ny konkurranseform, som ble innført med 2014-direktivet. Danmark har, tilsvarende som i direktivet, angitt innovasjonspartnerskap som en konkurranseform. I forarbeidene til udbudsloven er det om innføringen av konkurranseformen fremholdt at formålet med innovasjonspartnerskap er at oppdragsgiver skal være i stand til å kjøpe innovative varer og tjenester, som fremmer fremtidig vekst og forbedrer effektiviteten og kvaliteten av offentlige tjenester.[[708]](#footnote-708) Utvalget er enig i dette. Innovasjon er en viktig komponent i omstillingen til et lavutslippssamfunn, og utvalget viser til kapittel 15 om innovasjon. For å tydeliggjøre viktigheten av innovasjonspartnerskap foreslår utvalget å synliggjøre bestemmelsen, slik at det blir enda klarere at innovasjonspartnerskap er en egen konkurranseform. Dette er ikke ment å medføre noen realitetsendring fra anskaffelsesregelverket slik det er i Norge i dag.

Artikkel 26 nr. 4 bokstavene a og b angir vilkår for å bruke konkurranse med forhandling. Etter utvalgets syn synes det å være en vid adgang for å kunne bruke konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog, basert på ordlyden i direktivbestemmelsen og omtalen av bestemmelsen i direktivets fortale.

Nr. 4 bokstav b viser til «uregelmessige» og «uakseptable». Selv om utvalget mener det som et utgangspunkt er hensiktsmessig å legge seg så tett opp til ordlyden i direktivet som mulig, anser utvalget det som hensiktsmessig å bruke fellesbetegnelsen «uakseptable» tilbud, da utvalget ikke kan se at det er nødvendig å skille mellom typetilfellene slik direktivet gjør. Etter utvalgets syn er det en forenkling å kunne benytte begrepet «uakseptable» tilbud, slik det gjøres i forskriften i dag.[[709]](#footnote-709) Dette begrepet er ment å omfatte både «uregelmessige og uakseptable» tilbud, slik angitt i direktivet. Videre foreslår utvalget å innta definisjonen av hva som anses som «uakseptable» i forarbeidene.

Utvalget vurderer at det er hensiktsmessig å benytte adgangen i artikkel 26 nr. 5 til at ikke-statlige oppdragsgivere kan innhente tilbud i begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ved en veiledende kunngjøring, på samme måte som i dagens regelverk.

Utvalget ser det også som hensiktsmessig å gjennomføre bestemmelsen om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i nr. 6, av hensynet til effektiv ressursbruk. Det vises til gjennomgangen av artikkel 32 for de nærmere vilkårene for dette.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 26 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-1 til 10-3.

[Boks slutt]

### Åpen anbudskonkurranse [artikkel 27]

#### Gjeldende rett

Artikkel 27 regulerer gjennomføring av åpen anbudskonkurranse, med særlig fokus på tidsfrister. Av artikkel 27 nr. 1 følger det at i en åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører gi tilbud. Videre følger det av nr. 1 andre avsnitt at i en åpen anbudskonkurranse skal fristen for mottak av tilbud være minst 35 dager, regnet fra den dagen kunngjøringen ble sendt. Det følger videre av nr. 1 tredje avsnitt at tilbudet skal inneholde opplysninger for kvalitativ utvelgelse som oppdragsgiver ber om.

Av artikkel 27 nr. 2 følger det at oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i nr. 1 andre avsnitt, til minst 15 dager dersom oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring, som ikke ble brukt som innkalling til tilbud, når vilkårene i bokstav a og b er oppfylt:

1. den veiledende kunngjøringen inneholder alle opplysningene som skal fylles ut i kunngjøringsskjemaet for slike kunngjøringer i vedlegg V, del B, avsnitt I, så langt disse opplysningene forelå på kunngjøringstidspunktet og
2. oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen.

Av nr. 3 følger det at dersom oppdragsgiver har behørig begrunnet at det er en hastesituasjon som gjør det praktisk umulig å overholde fristen i nr. 1 andre avsnitt, kan tilbudsfristen forkortes til minst 15 dager regnet fra den dagen da kunngjøringen ble sendt.

I henhold til nr. 3 må oppdragsgiver for det første vurdere om det foreligger en hastesituasjon, som gjør det nødvendig å forkorte fristen. Bestemmelsen angir ikke hvilke tilfeller som anses som hastetilfeller i henhold til bestemmelsen. I relasjon til forkorting av frister følger det likevel av direktivets fortale at hastesituasjonen ikke trenger å være en følge av forhold som oppdragsgiver ikke kunne forutse og ikke kan tilskrives oppdragsgiver.[[710]](#footnote-710) Dette innebærer at oppdragsgiver ikke må godtgjøre at hastesituasjonen ikke skyldes oppdragsgivers egne forhold. Dette i motsetning til artikkel 32 nr. 2 bokstav c som uttrykkelig angir at bestemmelsen kun omfatter forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse.

Ordlyden «hastesituasjon» setter imidlertid visse rammer for bruk av bestemmelsen, og direktivet stiller krav om at hastesituasjonen skal være «behørig begrunnet», eller forsvarlig begrunnet. I juridisk teori er det lagt til grunn at oppdragsgiver har en viss grad av skjønn ved anvendelsen av unntaket, men at det må kreves en objektiv nødvendighet.[[711]](#footnote-711) [[712]](#footnote-712)

For det andre må oppdragsgiver vurdere hvor stor reduksjon av fristen hastesituasjonen rettferdiggjør. Dette innebærer at selv om det er oppstått en hastesituasjon kan ikke tilbudsfristen nødvendigvis forkortes til 15 dager, det vil bero på det konkrete behovet.

Etter artikkel 27 nr. 4 følger det at oppdragsgiver kan redusere fristen i nr. 1 andre avsnitt med fem dager, dersom tilbudet kan inngis elektronisk i samsvar med artikkel 22 nr.1 første avsnitt og nr. 5 og 6.

Bestemmelsen om åpen anbudskonkurranse er også inntatt i forsyningsdirektivet artikkel 45. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet, hvor det ikke er fastsatt egne prosedyrer.

Artikkel 27 er gjennomført i ulike bestemmelser i anskaffelsesforskriften, herunder §§ 20-2 og 23-6.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 27 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer for å videreføre innarbeide begreper fra forskriften i dag. Videre foreslås å dele opp bestemmelsen i to, for å gjøre bestemmelsen mer brukervennlig. Forslag til nye bestemmelser innebærer ingen realitetsendring fra bestemmelsene i anskaffelsesforskriften.

I relasjon til artikkel 27 nr. 3 fremgår det at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden dersom fristen skal forkortes. Ettersom det er en unntaksbestemmelse ser utvalget det ikke som nødvendig at det presiseres at anvendelse av bestemmelsen må være «behørig begrunnet». Det ligger implisitt i bestemmelsen. Utvalget foreslår derfor ikke å innta dette vilkåret i bestemmelsen i ny lov om offentlige anskaffelser, uten at dette er ment å avvike fra direktivet. Bestemmelsen angir ikke hvilke tilfeller som vil anses for å være hastesituasjoner i henhold til bestemmelsen. Om forståelsen av bestemmelsen viser utvalget til at Nærings- og fiskeridepartementet i sin veileder har lagt til grunn at forholdet må være uforutsett og ikke kan skyldes oppdragsgiver.[[713]](#footnote-713) Basert på direktivets fortale premiss 46 er det utvalgets vurdering at det likevel ikke kan stilles krav om at forholdet må være uforutsett og ikke skyldes oppdragsgiver. Dette er i samsvar med forarbeidene til udbudsloven og dansk veiledning til udbudsreglene.[[714]](#footnote-714) [[715]](#footnote-715) Utvalget foreslår derfor ikke å videreføre departementets forståelse som er angitt i veilederen.

Utvalget viser også til at EU-kommisjonen og norske myndigheter publiserte retningslinjer for når oppdragsgiver kunne gjennomføre hasteanskaffelser under flyktningkrisen i 2015 og koronapandemien i 2020/21.[[716]](#footnote-716) [[717]](#footnote-717)

Utgangspunktet etter direktivet er at fristen for å inngi tilbud skal være 35 dager. Det er gjort unntak fra dette i artikkel 27 nr. 4 der tilbud kan inngis elektronisk. I anskaffelsesforskriften er dette regulert med motsatt utgangspunkt, slik at det angis at fristen er 30 dager, med mindre det ikke er adgang til å sende tilbudet elektronisk. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig å benytte dagens regulering ettersom det er den forkortede fristen på 30 dager, som i praksis benyttes. Det vil derfor ikke være en forenkling å angi fristen på 35 dager som hovedregel, når det ikke er denne som normalt benyttes. Den omvendte reguleringen er ikke ment å medføre en annen forståelse av fristene enn det som fremgår av direktivet.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 27 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-4 og 10-5.

[Boks slutt]

### Begrenset anbudskonkurranse [artikkel 28]

#### Gjeldende rett

Artikkel 28 gjelder begrenset anbudskonkurranse, og er i stor utstrekning bygget opp på samme måte som artikkel 27.

Det følger av artikkel 28 nr. 1 første avsnitt at alle interesserte leverandører kan søke om å delta i en begrenset anbudskonkurranse, som svar på en kunngjøring ved å sende etterspurte opplysninger for kvalifikasjonsvurderingen. Kunngjøringen må inneholde opplysninger, som følger av vedlegg V, del B eller C.

Videre følger det av nr. 1 andre avsnitt at fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra den dagen alminnelig kunngjøring sendes, eller fra oppdragsgiver har sendt invitasjon til å bekrefte interessen, dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring.

Av artikkel 28 nr. 2 første avsnitt følger det at kun de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud. Videre følger det at oppdragsgiver kan begrense antall leverandører som blir invitert til å delta i konkurransen i samsvar med artikkel 65. Av andre avsnitt følger det at fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være 30 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at det må være juridisk og materiell identitet mellom de prekvalifiserte leverandørene og leverandørene som inngir tilbud.[[718]](#footnote-718) EU-domstolen fremholdt samtidig at det på visse vilkår kan gjøres endringer i en leverandørs identitet.[[719]](#footnote-719) [[720]](#footnote-720) Adgangen til dette er nærmere redegjort for i kapittel 24.13.

Artikkel 28 nr. 3 første avsnitt angir at oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i nr. 2 andre avsnitt til ti dager. Dette gjelder bare dersom oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring, som ikke i seg selv er blitt brukt til innkallelse av tilbud, og hvis vilkårene i bokstavene a og b er oppfylt. Vilkåret i bokstav a er at den veiledende kunngjøringen inneholdt alle opplysninger som er påkrevet, jf. vedlegg V, del B, avsnitt I, i den utstrekning disse forelå når den veiledende kunngjøringen ble offentliggjort. Vilkåret i bokstav b er at den veiledende kunngjøringen ble sendt til offentliggjøring minst 35 dager og maks 12 måneder innen kunngjøringen ble sendt.

Det følger av artikkel 28 nr. 4 at medlemsstatene kan bestemme, at alle eller særlige kategorier av ikke-statlige oppdragsgivere kan fastsette fristen for mottakelsen av tilbud ved avtale mellom oppdragsgiver og de utvalgte leverandørene, når det gis lik frist for samtlige av de utvalgte leverandørene. Dersom det ikke foreligger avtale om frist for å inngi tilbud, skal fristen være minst ti dager regnet fra datoen da invitasjon til å inngi tilbud ble sendt.

Videre, i artikkel 28 nr. 5 følger det at tidsfristen som angitt i nr. 2 kan reduseres med fem dager når oppdragsgiver aksepterer at tilbudet kan inngis elektronisk i samsvar med artikkel 22 nr. 1, 5 og 6.

Etter artikkel 28 nr. 6 følger det at dersom oppdragsgiver har behørig begrunnet at det er en hastesituasjon som gjør det praktisk umulig å overholde fristen i artikkel 28, kan oppdragsgiver fastsette kortere frister etter nærmere angivelse i bokstavene a og b. Etter bokstav a kan oppdragsgiver angi at fristen for å levere forespørsel om å delta i en konkurranse er minst 15 dager regnet fra datoen for kunngjøring av anskaffelsen. Etter bokstav b kan oppdragsgiver sette frist for å inngi tilbud som ikke er mindre enn ti dager regnet fra datoen da oppfordring til å inngi tilbud ble sendt. Unntaket svarer til unntaket i artikkel 27 nr. 3, og det vises derfor til fremstillingen av denne ovenfor.

Bestemmelse om begrenset anbudskonkurranse fremgår av forsyningsdirektivet artikkel 46. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet, hvor det ikke er fastsatt egne prosedyrer.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 16-12, 20-3 og 23-6.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 28 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer for bedre å samsvare med innarbeide begreper i norsk anskaffelsesrett, samt å dele opp bestemmelsen i tre bestemmelser. Forslag til nye bestemmelser innebærer ingen realitetsendring fra bestemmelsene i anskaffelsesforskriften.

Utvalget foreslår å benytte muligheten for egne frister for visse ikke-statlige oppdragsgivere, ettersom det vurderes som hensiktsmessig å gi ikke-statlige oppdragsgivere en viss fleksibilitet til å fastlegge tilbudsfristene i lys av anskaffelsens kompleksitet.

I relasjon til nr. 6 fremgår det at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden dersom fristen skal forkortes. Ettersom det er en unntaksbestemmelse ser utvalget det ikke som nødvendig at det presiseres at anvendelse av bestemmelsen må være «behørig begrunnet» i ordlyden, da dette uansett gjelder ettersom det er en unntaksbestemmelse. Utvalget viser for øvrig til vurderingen av gjennomføringen av artikkel 27 nr. 3 ovenfor.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 28 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-6 til 10-8.

[Boks slutt]

### Konkurranse med forhandling [artikkel 29]

#### Gjeldende rett

Artikkel 29 regulerer konkurranse med forhandling. Konkurranseformen tillater at oppdragsgiver kan forhandle om tilbudene.

I en konkurranse med forhandling kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. artikkel 29 nr. 1. Dette skjer på bakgrunn av en kunngjøring som inneholder opplysninger som er angitt i vedlegg V, del B og C, og ved at leverandørene sender inn opplysninger for kvalitativ utvelgelse som oppdragsgiver etterspør.

I artikkel 29 nr. 1 andre avsnitt er det angitt hvilken informasjon oppdragsgiver må innta i anskaffelsesdokumentene. Informasjonen som fremgår av anskaffelsesdokumentene må være tilstrekkelig klare til at leverandører kan identifisere anskaffelsens art og omfang, og derved kunne ta stilling til om de ønsker å delta, jf. tredje avsnitt. Av artikkel 29 nr. 1 fjerde avsnitt fremgår det at fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra den dagen alminnelig kunngjøring sendes, eller fra oppdragsgiver har sendt invitasjon til å bekrefte interessen dersom oppdragsgiver har publisert konkurransen ved en veiledende kunngjøring. Videre er fristene i artikkel 28 nr. 3 til 6 gitt anvendelse, og dette er frister som gjelder gjennomføring av konkurranse.

Artikkel 29 nr. 2 angir at kun de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud, som danner grunnlaget for videre forhandling. Av andre avsnitt følger det at oppdragsgiver kan begrense antall leverandører som blir invitert til å delta i konkurransen i samsvar med artikkel 65 (begrensning i antall leverandører som oppfordres til å søke). Av tredje avsnitt følger det at fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være 30 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen.

Artikkel 29 nr. 3 regulerer hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Det fremgår her at oppdragsgiver forhandler om de innledende og etterfølgende tilbudene, bortsett fra det endelige tilbudet med tanke på å forbedre tilbudene, med mindre annet fremgår av nr. 4. Minstekravene og tildelingskriteriene er ikke gjenstand for forhandling.

I EU-domstolens praksis er det lagt til grunn at tildelingskriterienes vekt ikke kan endres gjennom forhandlingene.[[721]](#footnote-721) Se nærmere om endring av tildelingskriterier i kapittel 24.36.

Av fortalen premiss 45 fremgår det at formålet med forhandlingene er å forbedre tilbudene slik at oppdragsgiver kan kjøpe varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som er perfekt tilpasset oppdragsgivers særlige behov.

Fortalen premiss 45 angir retningslinjer for forhandlingen. Her fremgår det blant annet at forhandlingene kan berøre alle egenskaper ved ytelsen som anskaffes, forutsatt at de ikke utgjør minstekrav. Videre er det angitt at det med minstekrav siktes til vilkår og egenskaper som alle tilbud må oppfylle.

EU-domstolen har i sak C-561/12 Nordecon kommet med uttalelser knyttet til adgangen til å forhandle om minstekrav.[[722]](#footnote-722) Saken gjaldt en konkurranse med forhandling der kravspesifikasjonen ble endret av oppdragsgiver som følge av avvik i ett av tilbudene, slik at øvrige tilbud kunne bli i overenstemmelse med dette. EU-domstolen fremholdt at oppdragsgiver ikke kan forhandle om minstekravene. Videre fremholdt EU-domstolen at oppdragsgiver ikke kan føre forhandlinger med tilbydere om tilbud, som ikke oppfyller bindende krav. Rekkevidden av dommen er omdiskutert.

KOFA har i et obiter dictum fremholdt at anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 7 ikke innebærer at oppdragsgiver er avskåret fra å gi en leverandør anledning til å frafalle et vesentlig avvik i tilbud som er gitt før det endelige tilbudet.[[723]](#footnote-723)

I forarbeidene til udbudsloven er det fremholdt at det er adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.[[724]](#footnote-724) At det ikke er adgang til å forhandle om de endelige tilbudene utelukker ikke at oppdragsgiver kan etterspørre informasjon i samsvar med artikkel 56 nr. 3.

Etter artikkel 29 nr. 4 følger det at oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakt uten forhandlinger dersom oppdragsgiver har angitt dette i kunngjøringen eller i oppfordringen til å bekrefte interesse. Dette innebærer at oppdragsgiver har en forhandlingsplikt med mindre annet er uttrykkelig sagt.

Det følger av artikkel 29 nr. 5 at oppdragsgiver må sikre likebehandling gjennom forhandlingene. Det er i bestemmelsen nærmere angitt hvordan dette skal gjøres. Det er også regulert at oppdragsgiver ikke må utgi taushetsbelagte opplysninger i tråd med artikkel 21.

Av artikkel 29 nr. 6 fremgår det at det er adgang til å gjennomføre forhandlingene i flere faser, for å redusere antall tilbud basert på tildelingskriteriene som fremgår av konkurransedokumentene. Dersom oppdragsgiver ønsker å forhandle i faser må dette angis i kunngjøringen, i invitasjonen til å bekrefte interesse eller et annet anskaffelsesdokument.

Det følger av fortalen premiss 45 andre avsnitt at alle tilbud gjennom hele konkurransen skal leveres skriftlig.

I henhold til artikkel 29 nr. 7 må oppdragsgiver informere leverandørene om at forhandlingene avsluttes og tilbyderne må få adgang til å inngi et endelig tilbud. Oppdragsgiver må kontrollere at endelig tilbud oppfyller minstekrav og er i samsvar med artikkel 56 nr. 1. Videre skal oppdragsgiver vurdere endelig tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene og tildele kontrakten i samsvar med artikkel 66 til 69 (utvelgelse og kontraktstildeling).

Bestemmelsen om konkurranse med forhandling er også inntatt i forsyningsdirektivet artikkel 47. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet, hvor det ikke er fastsatt egne prosedyrer.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 14-1, 16-12, 20-4, 23-1, 23-7, 23-10 og 23-11.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 29 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer for å benytte innarbeidede begreper i norsk anskaffelsesrett. Utvalget foreslår å dele opp bestemmelsen for å gjøre den enklere tilgjengelig, men samtidig samle bestemmelsene i et eget kapitel som gjelder konkurranse med forhandling. Utvalget foreslår også enkelte presiseringer i ordlyden som følge av rettspraksis.

Utvalget foreslår ikke å innta artikkel 29 nr.1 tredje avsnitt i forslag til ny bestemmelse, da dette etter utvalgets syn uansett følger av prinsippene i artikkel 18.

Når det gjelder spørsmålet om hva det er adgang til å forhandle om (artikkel 29 nr. 3), og når oppdragsgiver skal kontrollere om et tilbud skal avvises (artikkel 29 nr. 7) ser utvalget det som hensiktsmessig å gjennomføre bestemmelsene i direktivet nært opp til direktivets ordlyd. I anskaffelsesforskriften er det regulert at visse avvisningsbeslutninger kan utsettes til etter at forhandlingene er gjennomført, se § 24-10 andre ledd. I bestemmelsen er det ikke angitt at det er adgang til å utsette vurderingen av om et tilbud har vesentlige avvik, da bestemmelsen ikke viser til anskaffelsesforskriften § 24-8 første bokstav b. I norsk rett synes det være usikkerhet knyttet til om § 24-10 andre ledd må forstås slik at det ikke er adgang til å forhandle om vesentlige avvik, slik at tilbudet må avvises før forhandlingene. Nærings- og fiskeridepartementets og DFØs veileder fremholder klart at bestemmelsen skal tolkes slik at det ikke er adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.[[725]](#footnote-725) [[726]](#footnote-726) Dette innebærer at tilbud som inneholder vesentlige avvik må avvises før forhandlingene starter. Departementets synspunkt synes å være begrunnet i at EU-domstolens sak C-516/12 stenger for at det er adgang til å forhandle om vesentlige avvik.[[727]](#footnote-727) Etter utvalgets syn kan avgjørelsen ikke tas til inntekt for et slikt syn. Utvalget viser også til at Forenklingsutvalget tok til orde for at rekkevidden av dommen var uklar.[[728]](#footnote-728) Det er utvalgets vurdering at heller ikke direktivet stenger for å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, men at det endelige tilbudet ikke kan inneholde et slikt avvik. Denne forståelsen har også støtte i lagmannsrettens praksis, som gjaldt konkurransepreget dialog, KOFA-sak 2021/2139 og juridisk teori.[[729]](#footnote-729) [[730]](#footnote-730) [[731]](#footnote-731) Utvalget foreslår derfor at ny lovbestemmelse klargjør at det er tillatt å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, da direktivet etter utvalgets syn ikke stenger for forhandling om tilbud med vesentlige avvik. Praksis knyttet til den norske bestemmelsen vil derfor ikke lenger være relevant. Det er først dersom endelig tilbud inneholder et vesentlig avvik at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbudet.

At oppdragsgivere kan forhandle med tilbydere med vesentlige avvik vil etter utvalgets syn ha betydelige praktiske og økonomiske fordeler. Gjennom forhandlingene vil oppdragsgiver og leverandør kunne få bedre oversikt over hvilke risikoer det er i prosjektet, som igjen kan lede til at leverandøren frafaller et avvik. Videre kan det gjennom forhandlingene avdekkes om det rent faktisk forelå et avvik. På denne måten vil oppdragsgiver slippe å måtte avvise tilbud som ikke inneholdt vesentlige avvik. Dette vil bidra til effektiv ressursutnyttelse. Videre vil oppdragsgiver da ha flere tilbud å forhandle med, som igjen vil lede til mer konkurranse.

Som gjennomgått over i punkt 24.20.4.1, skal oppdragsgiver etter artikkel 29 nr. 3 forhandle med tilbyderne for å forbedre tilbudene. Innholdet i denne forpliktelsen har vært gjenstand for sprikende praksis og diskusjoner i juridisk teori, ofte omtalt som et spørsmål om reelle forhandlinger.

For at forhandlingene skal muliggjøre forbedring av tilbudene, vil det ikke være tilstrekkelig å åpne for reviderte tilbud uten dialog med leverandørene om formålet med de reviderte tilbudene. Dette endrer likevel ikke utgangspunktet om at leverandøren har ansvar og risiko for eget tilbud.

Etter utvalgets syn har forpliktelsen til å forhandle to grunnleggende sider. Oppdragsgiver må åpne for dialog med leverandørene, og gi tilbakemeldinger på tilbudene. I førstnevnte ligger at oppdragsgiver blant annet må svare på spørsmål til anskaffelsesdokumentene og vurdere leverandørenes innspill. Plikten til å gi tilbakemeldinger er vanskeligere å konkretisere, og må veies mot leverandørens ansvar for eget tilbud. Hvis oppdragsgiver har oppdaget at et tilbud inneholder avvik som gir plikt eller rett til å avvise, bør oppdragsgiver gjøre leverandøren oppmerksom på dette. Oppdragsgiver har imidlertid ikke plikt til å gjøre endelige vurderinger av hvilke konsekvenser et avvik skal ha før forhandlinger gjennomføres. Oppdragsgivers manglende påpekning av et avvik kan heller ikke forstås som aksept av avviket.

Etter utvalgets syn kan det verken utledes en generell veiledningsplikt for oppdragsgiver i forhandlingene, eller en ubetinget plikt til å påpeke avvik eller lignende.[[732]](#footnote-732) [[733]](#footnote-733) Omstendighetene vil likevel kunne utløse forpliktelser til å gi bestemte tilbakemeldinger med grunnlag i anskaffelsesrettslige prinsipper, også knyttet til avvik. Dette vil for eksempel kunne følge av likebehandlingsprinsippet eller av uklarheter i anskaffelsesdokumentene. Overordnet må plikten til å søke forbedring av tilbudene forstås slik at oppdragsgiver skal gi en saklig og forsvarlig tilbakemelding til tilbyderen, der oppdragsgivers foranledning til å kommentere særskilte forhold vil stå sentralt. Dette vil ofte måtte avgjøres ut fra hva leverandører som deltar i en bestemt konkurranse med forhandlinger har rimelige forventninger om.[[734]](#footnote-734)

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 29 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-9 til 10-14.

[Boks slutt]

### Konkurransepreget dialog [artikkel 30]

#### Gjeldende rett

Artikkel 30 regulerer gjennomføring av en konkurransepreget dialog. Det følger av artikkel 30 nr. 1 første avsnitt at alle leverandører kan inngi forespørsel om å delta i konkurransen i henhold til kunngjøringen. Videre følger det av andre avsnitt at fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager, regnet fra den dagen alminnelig kunngjøring ble sendt. I henhold til nr. 1 tredje avsnitt følger det at bare leverandører som inviteres til dialogen kan delta i dialogen. Det følger av fjerde avsnitt at oppdragsgiver kan redusere antall leverandører som inviteres til å delta i dialogen i samsvar med artikkel 65. Etter femte avsnitt følger det at kontrakt skal tildeles på bakgrunn av beste forhold mellom pris og kvalitet i samsvar med artikkel 67 nr. 2.

Det følger av artikkel 30 nr. 2 at oppdragsgiver skal beskrive behovet og kravene i kunngjøringen eller i et beskrivende dokument. Samtidig skal oppdragsgiver også angi tildelingskriteriene og en veiledende tidsplan.

Etter artikkel 30 nr. 3 følger det at oppdragsgiver skal innlede dialog, med leverandører som er valgt ut i henhold til artikkel 56 til 66, med mål om å identifisere og definere hva som er best egnet for å møte oppdragsgivers behov. Alle aspekter av anskaffelsen kan diskuteres i dialogen. Av nr. 3 andre og tredje avsnitt følger det at kravet til likebehandling må følges, tilsvarende som ved konkurranse med forhandling. Det samme gjelder i forhold til taushetsbelagte opplysninger.

Etter artikkel 30 nr. 4 fremgår det at dialogen kan gjennomføres i faser, tilsvarende som ved konkurranse med forhandling. Det vises til gjennomgangen av faser ovenfor. Videre fremgår det av artikkel 30 nr. 5 at oppdragsgiver skal fortsette dialogen frem til det er funnet frem til en løsning som svarer til oppdragsgivers behov.

Det er i artikkel 30 nr. 6 angitt regler for avslutning av dialogen. Av første avsnitt fremgår det at etter at dialogen er avsluttet skal leverandørene inngi endelige tilbud på grunnlag av den eller de løsninger, som er forelagt og presisert under dialogen. Tilbudene skal inneholde alle elementer som er nødvendige for gjennomføringen av prosjektet.

Av andre avsnitt fremgår det at på oppdragsgivers anmodning kan tilbudene presiseres, spesifiseres og forbedres. Disse presiseringene, spesifiseringene og forbedringene eller tilleggsopplysningene må ikke medføre at vesentlige aspekter i eller anskaffelsen endres, herunder behov og krav som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene. Forbudet mot endringer gjelder kun så lenge endringer i disse aspektene vil kunne være konkurransevridende eller føre til forskjellsbehandling.

I LB-2022-60123 Telenor tok lagmannsretten stilling til om tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist, ettersom det endelige tilbudet inneholdt et vesentlig avvik i en konkurransepreget dialog.[[735]](#footnote-735) Lagmannsretten foretok en nærmere tolkning av begrepet «optimere», som er begrepet anskaffelsesforskriften bruker i dag. Under henvisning til det engelske begrepet «optimise» og det tyske begrepet «verbessert» kom lagmannsretten til at «optimere» inkluderer en forbedring. Samtidig fremholdt lagmannsretten at en rent språklig tolkning av «optimere» innebærer at det likevel bare er rom for mindre forbedringer av tilbudet, og fremholdt at uttrykket «optimering» tilsier at det skjer en spissing, eller på annen måte en justering, som utgjør en mindre styrking av utgangspunktet. Lagmannsretten fremholdt at forbudet mot konkurransevridning og forskjellsbehandling, slik det fremgår av direktivet artikkel 30 nr. 6 andre avsnitt, blir den avgjørende skranken for hvilken type forbedring det er rom for i det endelige tilbudet. På denne bakgrunn konkluderte lagmannsretten med at det er på det rene at kontrakt ikke kan tildeles tilbud med vesentlige avvik, men at det ikke er grunnlag for å tolke reglene slik at vesentlige avvik, uavhengig av de nærmere omstendighetene, aldri kan bøtes på ved optimering. Det må derfor gjøres en konkret vurdering opp mot vilkårene i bestemmelsen. Ifølge lagmannsretten er karakteren av minstekravene og årsaken relevante momenter for om det foreligger konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

Artikkel 30 nr. 7 angir at oppdragsgiver skal vurdere de mottatte tilbudene på bakgrunn av tildelingskriteriene. Oppdragsgiver kan gjennomføre forhandlinger med leverandøren, som etter tildelingskriteriene har levert det beste tilbudet. Formålet er å bekrefte økonomiske forpliktelser eller andre vilkår i tilbudet, med tanke på å ferdigforhandle kontraktsvilkårene. En forutsetning for å gjennomføre forhandlingene er at den ikke endrer viktige aspekter ved tilbudet eller anskaffelsen, herunder de behov og krav som er fastsatt i kunngjøringen eller i det beskrivende dokumentet, i vesentlig grad. Forhandlingene må heller ikke medføre risiko for konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

Det følger av artikkel 30 nr. 8 at oppdragsgiver kan tilby betaling eller premier til deltakerne i dialogen.

EU-kommisjonen har utarbeidet en veiledning til gjennomføring av konkurransepreget dialog etter anskaffelsesdirektivet fra 2004.[[736]](#footnote-736)

Bestemmelsen om konkurransepreget dialog følger av forsyningsdirektivet artikkel 48. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet, hvor det ikke er fastsatt egne prosedyrer.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 16-12, 14-1, 18-1, 20-5, 23-8 til 23-11.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 30 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer ved å benytte innarbeidede begreper i anskaffelsesforskriften. Utvalget foreslår å dele opp bestemmelsen for å gjøre den enklere tilgjengelig, men samtidig samle bestemmelsene i et eget kapitel som gjelder konkurransepreget dialog.

Utvalget antar at ordlyden «den veiledende tidsplanen», som benyttes i artikkel 30 nr. 2, gjelder selve prosessen (dialogfasen, tilbudsfasen, evalueringsfasen mv.) som også lagt til grunn i forarbeidene til udbudsloven.[[737]](#footnote-737) Videre er det angitt i bestemmelsen at informasjonen om tildelingskriteriene og en foreløpig tidsplan skal gis «samtidig». Etter utvalgets syn innebærer dette at oppdragsgiver må gi denne informasjonen samtidig med kunngjøringen. Dette er i samsvar med artikkel 53.[[738]](#footnote-738)

Utvalget foreslår å benytte direktivets ordlyd ved gjennomføring av artikkel 30 nr. 6. I anskaffelsesforskriften er begrepet «optimere», benyttet fremfor «forbedre». I den tyske versjonen av direktivet er begrepet «verbessert» benyttet. For å tydeliggjøre handlingsrommet i bestemmelsen foreslår utvalget å gjennomføre bestemmelsen ved å endre uttrykket «optimere» til «forbedre» slik at ordlyden svarer til den norske offisielle oversettelsen av anskaffelsesdirektivet, og gjør det tydeligere at direktivet åpner for å gjøre forbedringer. Dette svarer til også til den tyske oversettelsen.

I henhold til direktivet artikkel 30 nr. 8 er det opp til oppdragsgiver om det skal tilbys betaling. Ettersom konkurransepreget dialog kan være svært kostnadskrevende for leverandørene er det utvalgets syn at det kan være hensiktsmessig å tilby betaling. Det kan bidra til at det blir mer attraktivt å delta i dialogen, og på den måten oppnå mer konkurranse.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 30 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-15 til 10-19.

[Boks slutt]

### Innovasjonspartnerskap [artikkel 31]

#### Gjeldende rett

Artikkel 31 regulerer innovasjonspartnerskap. Fortalen premiss 49 beskriver behovet for innovasjonspartnerskap. Her følger det at innovasjonspartnerskap skal gjøre det mulig for oppdragsgiver å inngå langvarige partnerskap for å utvikle, eventuelt kjøpe, løsninger som ikke allerede finnes på markedet.

Det følger av artikkel 31 nr. 1 første avsnitt at alle leverandører kan inngi forespørsel om å delta i konkurransen i henhold til kunngjøringen.

Det fremgår av nr. 1 andre avsnitt hvilken informasjon som må fremgå av anskaffelsesdokumentene, herunder en beskrivelse av behovet for den innovative varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet og hvilke minstekrav som gjelder. Dette innebærer at det er en betingelse for å anvende innovasjonspartnerskap at det etterspørres en innovativ vare, tjenesteytelse eller et bygge- og anleggsarbeid, som ikke kan oppfylles ved løsninger som allerede finnes på markedet.

Etter artikkel 31 nr. 1 tredje avsnitt følger det at oppdragsgiver kan inngå innovasjonspartnerskap med en eller flere partnere som gjennomfører separat forskning og utvikling.

Av nr. 1 fjerde avsnitt fremgår det at fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra den dagen alminnelig kunngjøring sendes. Det er kun leverandører som inviteres som kan delta. Oppdragsgiver kan redusere antall leverandører som inviteres til å delta i samsvar med artikkel 65. Kontrakt skal tildeles på bakgrunn av beste forhold mellom pris og kvalitet i samsvar med artikkel 67. Dette følger også av direktivets fortale premiss 49, hvor det fremgår at dette er best egnet ved sammenstilling av tilbud med innovative løsninger.

I artikkel 31 nr. 2 er det forklart at innovasjonspartnerskap er ment å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, og etterfølgende kjøp av de utviklede varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene når de oppfyller de avtalte ytelsesmålene, og ikke overstiger de avtalte maksimumskostnadene.

Innovasjonspartnerskapet skal struktureres i faser etter rekkefølgen av trinnene i forsknings- og innovasjonsprosessen, jf. artikkel 31 nr. 2 andre avsnitt. Innovasjonsprosessen oppstiller delmål, som skal nås av partene og sørger for betaling av godtgjørelsen i passende rater. Direktivet beskriver ikke nærmere hvordan vederlaget skal fastsettes.

Oppdragsgiver kan velge å avslutte innovasjonspartnerskapet etter hver fase, eller redusere antall partnere, dersom det er innovasjonspartnerskap med flere partnere, jf. tredje avsnitt. Dette forutsetter at det er fastsatt i anskaffelsesdokumentene.

Artikkel 31 nr. 3 regulerer hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Her fremgår det at oppdragsgiver skal forhandle med leverandører om det innledende og alle etterfølgende tilbud, bortsett fra det endelige tilbudet, for å forbedre innholdet i dem. Det fremgår av direktivets fortale premiss 49 at innovasjonspartnerskap bør basere seg på de prosedyrereglene som gjelder for konkurranse med forhandling.

I artikkel 31 nr. 4 er det regulert hvordan prinsippet om likebehandling sikres, og dette er tilsvarende som for konkurranse med forhandling, jf. artikkel 29 nr. 5.

Forhandlinger under innovasjonspartnerskapsprosedyren kan forløpe i flere faser, jf. artikkel 31 nr. 5, på samme måte som ved konkurranse med forhandling.

Det følger av artikkel 31 nr. 6 at ved konkurranse om innovasjonspartnerskap skal oppdragsgiver særlig stille krav til leverandørens kvalifikasjoner innen forskning og utvikling, inkludert utvikling og gjennomføring av innovative løsninger, ved utvelgelse av leverandører. Videre følger det av nr. 6 andre avsnitt at bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud. Av nr. 6 tredje avsnitt fremgår det at anskaffelsesdokumentene skal inneholde informasjon om hvilke ordninger som gjelder for de immaterielle rettighetene. Videre er det regulert hvordan taushetsbelagt informasjon ivaretas i et innovasjonspartnerskap med flere partnere. I partnerskap med flere partnere må det foreligge samtykke fra den aktuelle partneren til å videreføre løsningsforslag eller andre taushetsbelagte opplysninger til de øvrige partnerne.

I artikkel 31 nr. 7 står det at oppdragsgiver skal sørge for at innovasjonspartnerskapets struktur, reflekterer graden av innovasjon i den foreslåtte løsningen og rekkefølgen av forsknings- og utviklingsaktivitetene som er nødvendige for å utvikle en innovativ løsning, som foreløpig ikke er tilgjengelig på markedet. Dette gjelder særlig varigheten og verdien av fasene. Den anslåtte verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe, skal stå i et rimelig forhold til investeringene som kreves for å utvikle dem. Det følger av direktivets fortale premiss 49 om tilretteleggelsen av innovasjonspartnerskap, at de må strukturers på en slik måte at det skapes nødvendig initiativer til å utvikle innovative løsninger, men uten at det begrenser konkurransen på markedet. Videre anføres det i samme premiss at opprettelsen av innovasjonspartnerskap med flere partnere i visse tilfeller kan bidra til å unngå at konkurransen hindres, begrenses eller vris.

Det er gitt en bestemmelse om innovasjonspartnerskap i forsyningsdirektivet artikkel 48. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet, hvor det ikke er fastsatt egne prosedyrer.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 13-1, 14-1, 16-5, 16-12, 18-1, 20-5, 23-7, 23-10, 23-11 og 26-8.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 31 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige endringer for å videreføre innarbeide begreper i anskaffelsesforskriften. Et eksempel på dette er at utvalget ønsker å videreføre begrepet innovasjon istedenfor nyskapende løsning. I tillegg foreslår utvalget å dele opp bestemmelsen, for å gjøre innholdet enklere tilgjengelig. Forslag til ny bestemmelse svarer i hovedsak til dagens reguleringer i anskaffelsesforskriften.

Utvalget viser til Nærings- og fiskeridepartementets veileder for en detaljert gjennomgang av innovasjonspartnerskap.[[739]](#footnote-739)

Utvalget foreslår ikke å gjennomføre artikkel 31 nr. 1 andre avsnitt, siste setning i bestemmelsen, da dette etter utvalgets syn uansett følger av prinsippene i forslag til § 9-1 i lov om offentlige anskaffelser.

I dagens anskaffelsesforskrift § 23-11 fjerde ledd har oppdragsgiver adgang til å tildele en kontrakt før forhandlinger gjennomføres ved innovasjonspartnerskap, dvs. basert på første tilbud, når muligheten for dette er angitt i anskaffelsesdokumentene. Dette er en tilsvarende regulering som for konkurranse med forhandling. Etter utvalgets syn åpner ikke direktivet for at oppdragsgiver kan unnlate å gjennomføre forhandlinger ved innovasjonspartnerskap. Artikkel 31 nr. 3 angir at det skal forhandles om innledende og etterfølgende tilbud, bortsett fra endelig tilbud, med mindre annet følger av nevnte artikkel. Det er ikke tatt forbehold andre steder i artikkelen om at oppdragsgiver kan forbeholde seg retten til å ikke forhandle. I artikkel 29 nr. 4 som gjelder konkurranse med forhandling er det motsetningsvis uttrykkelig regulert at oppdragsgiver har muligheten til dette. Selv om det fremgår av direktivets fortale at forhandlingene ved innovasjonspartnerskap bør følge reglene som gjelder for konkurranse med forhandling, kan dette etter utvalgets syn ikke være avgjørende, når ordlyden i artikkel 31, ikke åpner for en slik mulighet. Dette har også støtte i juridisk litteratur.[[740]](#footnote-740) Utvalgets forslag til ny regulering av gjennomføring av forhandlinger i innovasjonspartnerskap avviker derfor på dette punkt fra dagens forskrift.

Artikkel 31 nr. 5 angir at informasjon om forhandling i faser skal gis enten i kunngjøringen i invitasjonen til å bekrefte interesse eller annet anskaffelsesdokument. Invitasjon til å bekrefte interesse brukes når oppdragsgiver benytter en veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring i henhold til artikkel 48 nr. 2. Denne muligheten er begrenset til begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling. Ettersom invitasjon til å bekrefte interesse ikke er nevnt andre steder i artikkel 31, samt at artikkel 48 nr. 2 ikke gjelder innovasjonspartnerskap, synes denne muligheten ikke være anvendelig ved konkurranse om innovasjonspartnerskap. Utvalget foreslår derfor å ta ut henvisningen til at informasjonen kan fremgå av invitasjonen til å bekrefte interesse, slik at informasjon om forhandling i eventuelle faser må angis i kunngjøring eller annet anskaffelsesdokument.

Artikkel 31 nr. 5 svarer til artikkel 29 nr. 6 om gjennomføring av konkurranse med forhandling i faser. Det fremgår av bestemmelsene at forhandlinger kan foregå i flere faser, for å redusere antall tilbud det skal forhandles om. I artikkel 66 er det gitt regler for gjennomføring av forhandling i faser, og det er regulert hvordan oppdragsgiver skal gå frem for å redusere antallet tilbud. Etter sin ordlyd henviser artikkel 66 bare til konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog, men ikke til innovasjonspartnerskap i artikkel 31, selv om denne også tillater forhandling i faser. Som følge av at forhandling i faser er regulert på samme måte i innovasjonspartnerskap som ved konkurranse med forhandling, kan det etter utvalgets syn tilsi at også ved innovasjonspartnerskap bør artikkel 66 gjelde. Samtidig er ordlyden i artikkel 66 klart avgrenset til konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog. I mangel av støtte fra for eksempel EU-domstolens praksis eller teori for at artikkel 66 også gjelder for innovasjonspartnerskap, har utvalget falt ned på at artikkel 66 ikke gjelder her. Utvalget vil overlate til departementet å se nærmere på dette når det utarbeides en lovproposisjon, herunder undersøke om det kan ha kommet noen avklaringer gjennom EU-domstolens rettspraksis.

Artikkel 31 angir ingen frister. Ettersom innovasjonspartnerskap i alt det vesentlige følger reglene for konkurranse med forhandling ser utvalget det som hensiktsmessig å anvende fristene for å inngi tilbud og endelig tilbud i konkurranse med forhandling også i et innovasjonspartnerskap. Tilsvarende er gjort i udbudsloven i Danmark.[[741]](#footnote-741)

Etter artikkel 31 har oppdragsgiver ingen plikt til å betale vederlag til leverandørene som deltar i forhandlingsfasen, men oppdragsgiver kan velge å gjøre det. Etter utvalgets syn bør dette vurderes ved større og komplekse innovasjonspartnerskap for å sikre konkurranse om kontrakten.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 31 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-20 til 10-25.

[Boks slutt]

### Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring [artikkel 32]

#### Gjeldende rett

##### Innledning

Artikkel 32 nr. 1 angir at medlemsstatene kan velge å gi oppdragsgivere mulighet for å tildele offentlige kontrakter etter konkurranse med forhandling, uten forutgående kunngjøring, dersom vilkårene i nr. 2 til 5 er oppfylt. Dette er et unntak fra hovedregelen om at kontrakt skal kunngjøres, se artikkel 26 nr. 1.

Av bestemmelsen følger det at konkurranse med forhandling kan anvendes i de særlige tilfellene bestemmelsen angir. Av fortalen til direktivet premiss 50 fremgår det at unntakene kun kan anvendes ved helt ekstraordinære omstendigheter, gitt de negative konsekvenser dette har for konkurransen. Det følger av EU-domstolens praksis at bruk av unntakene skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for å benytte bestemmelsen er oppfylt.[[742]](#footnote-742) [[743]](#footnote-743)

Dersom oppdragsgiver gjennomfører en anskaffelse uten forutgående kunngjøring, må det begrunnes i anskaffelsesprotokollen hvilke omstendigheter som berettiget en slik fremgangsmåte, jf. artikkel 84 nr. 1 bokstav f.

Det følger av EU-domstolens praksis at det ikke er adgang til å åpne for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i situasjoner som ikke er omfattet av en av unntaksbestemmelsene, eller innføre vilkår som gjør det enklere å benytte unntakene.[[744]](#footnote-744) Det fremgår også av artikkel 26 nr. 6.

Bestemmelsen i artikkel 32 er rent systematisk inndelt etter kontraktstyper. Om det er adgang til å anvende anskaffelsesprosedyren avhenger således blant annet av hvilken kontraktstype det er tale om.

##### Unntak for bygge- og anlegg, vare- og tjenestekontrakter

Artikkel 32 nr. 2 angir at konkurranse med forhandling uten forhåndkunngjøring kan brukes ved varekontakter, tjenestekontrakter eller bygge- og anleggskontrakter i situasjonene angitt i bokstavene a til c. Dette er situasjoner der det ikke foreligger tilbud, eller kun uegnede tilbud, jf. bokstav a, kun en bestemt leverandør kan levere som følge av nærmere angitte omstendigheter, jf. bokstav b, eller at det er absolutt nødvendig av tvingende grunner, jf. bokstav c.

Bokstav a angir at unntaket kommer til anvendelse dersom oppdragsgiver i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke mottok forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud, eller kun mottok uegnede forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud. Bestemmelsen angir videre at et tilbud anses for å være uegnet dersom tilbudet ikke uten vesentlige endringer kan oppfylle oppdragsgivers behov og krav som angitt i anskaffelsesdokumentene. Videre anses en forespørsel om å delta i konkurransen som uegnet dersom leverandøren skal avvises etter artikkel 57, eller dersom leverandøren ikke oppfyller eventuelle kvalifikasjonskrav i henhold til artikkel 58.

Det følger av EU-domstolens praksis at tilbud som ikke er i samsvar med de tekniske spesifikasjonene anses som uegnede, såfremt de tekniske kravene ikke er overdrevent strenge eller upassende, men nødvendige for at oppdragsgiver skal nå mål fastsatt i lov eller administrative bestemmelser.[[745]](#footnote-745)

Dersom det ikke foreligger tilbud eller forespørsler, eller disse er uegnet, er det i tillegg et vilkår at de opprinnelige kontraktsvilkårene ikke endres vesentlig, og det sendes en rapport til EU-kommisjonen, hvis kommisjonen anmoder om det. EU-domstolen har slått fast at innholdet av vesentlighetsvurderingen svarer til innholdet av vesentlige endringer i artikkel 72 nr. 2.[[746]](#footnote-746)

Bokstav b åpner for konkurranse med forhandling uten kunngjøring dersom det kun er en bestemt leverandør som kan levere varene som følge av en av de opplistede forholdene:

i. formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring,

ii. konkurranse er umulig av tekniske årsaker eller

iii. leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter.

Punkt ii og iii gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til én bestemt leverandør.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at for at eneleverandørunntaket skal være oppfylt, er det ikke tilstrekkelig å hevde at det kun finnes en leverandør.[[747]](#footnote-747) Det er heller ikke tilstrekkelig å vise til at det er tale om en kompleks anskaffelse.[[748]](#footnote-748) Oppdragsgiver må kunne bevise at det kun eksisterer én leverandør i hele EØS-området, eller WTO-områder dersom avtalen er omfattet av WTO-avtalen.[[749]](#footnote-749) Det følger av Nærings- og fiskeridepartementet sin veileder at oppdragsgiver positivt må foreta seg noe for å verifisere om det eksisterer et marked for den aktuelle anskaffelsen.[[750]](#footnote-750) Det fremholdes videre at oppdragsgiver normalt må kunne bevise at oppdragsgiver ikke har identifisert andre konkurrenter, og dette kan gjøres ved å vise til tidligere kunngjøringer med identiske kvalifikasjonskrav eller kravspesifikasjoner hvor oppdragiver ikke har fått tilbakemelding, eller at det er gjennomført markedsundersøkelser.[[751]](#footnote-751)

Om unntaket i punkt i følger det av fortalen premiss 50 at disse tilfellene er unntatt fordi kunstnerens identitet i seg selv bestemmer selve kunstverkets unike karakter og verdi.

Etter artikkel 30 nr. 2 bokstav b punkt ii er det avgjørende om konkurranse er umulig av tekniske årsaker. Det følger av fortalen premiss 50 at dersom eksklusiviteten skyldes tekniske årsaker, bør disse årsakene defineres nøye og i hvert enkelt tilfelle. De kan for eksempel bestå i at det vil være noe nær teknisk umulig for en annen leverandør å sikre gjennomføringen, eller at det er nødvendig å anvende spesifikk knowhow, spesifikke verktøy eller midler som kun en enkelt leverandør har til rådighet. Tekniske årsaker kan også finnes i krav om spesifikk interoperabilitet, som skal oppfylles for å sikre funksjonsdyktigheten av de bygge- og anleggsarbeidene, vare eller tjenesteytelsene som skal kjøpes. EU-domstolen har i en konkret sak slått fast at det ikke forelå teknisk umulighet som gjorde unntaket anvendelig ved kjøp av helikoptre fra en leverandør.[[752]](#footnote-752) Det følger også av praksis fra EU-domstolen at det ikke er tilstrekkelig at et arbeid er komplekst og vanskelig, spesielt når arbeidene er delt i ulike oppdrag som skal utføres over mange år.[[753]](#footnote-753) Det var i den konkrete saken ikke bevist av oppdragsgiver at vanskelighetene knyttet til den tekniske sammenhengen ikke kunne overvinnes dersom en annen leverandør utførte de nye prosjektene.[[754]](#footnote-754)

Av fortalen premiss 50 følger det at det kun er objektiv eksklusivitet som kan berettige bruken av unntaket, så fremt situasjonen med eksklusivitet ikke er skapt av oppdragsgiver selv med tanke på en fremtidig anskaffelsesprosedyre. Sistnevnte fremgår også uttrykkelig av bestemmelsen. Når det gjelder rimelige alternativer følger det av EU-domstolens praksis at oppdragsgiver må begrunne hvorfor det ikke finnes andre rimeligere alternativer, som å bruke andre distribusjonskanaler for eksempel utenfor sitt eget land.[[755]](#footnote-755) Dette følger også av fortalen premiss 50, hvor det uttales at det må begrunnes at det ikke er mulighet for funksjonelt sammenlignende bygge- og anleggsarbeider eller vare og tjenesteytelser.

Det er lagt til grunn av KOFA at ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling, er terskelen høy for å sannsynliggjøre at det ikke finnes andre leverandører som kan eller innenfor oppdragsgivers tidsramme vil bli i stand til å levere ytelsen.[[756]](#footnote-756)

Etter nr. 3 er det gjort unntak når leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter. I praksis fra EU-domstolen er det lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig at en leverandør har juridisk enerett knyttet til et produkt eller ytelse, dersom det finnes tilsvarende ytelser eller produkter som kan dekke behovet til oppdragsgiver.[[757]](#footnote-757)

Bestemmelsen definerer ikke hva immaterielle rettigheter er.

Bokstav c gjør unntak dersom det er umulig å overholde fristene for en åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig. Det følger av EU-domstolens praksis at først dersom fristene for en hasteprosedyre ikke kan anvendes, vil unntaket komme til anvendelse.[[758]](#footnote-758)

Praksis fra EU-domstolen viser at ved vurderingen av om det er «umulig» skal det ses hen til om det er forholdsmessig byrdefullt å overholde fristene sett opp mot formålet av bestemmelsen.

EU-domstolen har slått fast at innsigelser fra et organ som må godkjenne et prosjekt, som de har adgang til å gi, ikke anses som et uforutsett forhold.[[759]](#footnote-759) EU-domstolen har også fremholdt at sesongbaserte omstendigheter ikke anses som uforutsette omstendigheter, med mindre de er eksepsjonelle.[[760]](#footnote-760) At et organ som må godkjenne et prosjekt setter tidsfrister som gjør at det ikke er mulig å overholde fristene utgjør heller ikke et uforutsett forhold, ifølge EU-domstolen.[[761]](#footnote-761)

Korona-pandemien ble av KOFA ansett som en uforutsett hendelse hvor det var umulig å overholde fristene.[[762]](#footnote-762) EU-kommisjonen utarbeidet i den forbindelse retningslinjer for anskaffelser knyttet til korona-krisen.[[763]](#footnote-763)

I KOFA-praksis er det lagt til grunn at i kravet om at kontraktens omfang ikke skal være større enn nødvendig, er kontraktens varighet relevant.[[764]](#footnote-764) Videre er det fremholdt at det avgjørende er at kontrakten som inngås ikke har en varighet som er lengre enn det som er nødvendig for å gjennomføre en ny anskaffelse etter de alminnelige prosedyrereglene.[[765]](#footnote-765)

##### Unntak for varekontrakter

Artikkel 32 nr. 3 angir at konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan brukes ved varekontakter, i situasjonene angitt i bokstavene a til d:

a. varekjøp med henblikk på forskning og utvikling,

b. supplerende vareleveringer,

c. kjøp på varebørs, eller

d. kjøp av varer på særlig fordelaktige vilkår.

Varekontrakter i henhold til bokstav a er kontrakter som gjelder varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, undersøkelses- eller utviklingsformål. Dette gjelder likevel ikke dersom varene produseres i større mengder for å påvise deres kommersielle muligheter, eller for å dekke forsknings- og utviklingskostnadene.

Nr. 3 bokstav b unntar varekontrakter om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren. Tilleggsleveransene skal være beregnet på enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner, eller å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner.

Dette gjelder bare når et skifte av leverandør ville tvinge oppdragsgiver til å anskaffe varer med tekniske egenskaper som er uforenlige med de opprinnelige leveransene eller installasjonene, eller som ville gjøre drift og vedlikehold uforholdsmessig teknisk vanskelig. Varigheten av den opprinnelige kontrakten og kontrakten om tilleggsleveransene skal normalt ikke overstige tre år.

Nr. 3 bokstav c unntar anskaffelser som gjelder varer som noteres og kjøpes på en varebørs. I fortalen premiss 50 fremholdes at med varebørs siktes det til handelsplattformer for varer som landbruksvarer, råvarer og energibørser. Bakgrunnen er at slike børser sikrer at varen kjøpes til markedspriser.

Nr. 3 bokstav d unntar anskaffelser som gjelder varer eller tjenester som oppdragsgiver kan anskaffe på særlig fordelaktige vilkår hos en leverandør som har stanset forretningsførselen, eller hos en forvalter av et konkursbo, en gjeldsforhandling eller en tilsvarende prosess med hjemmel i lov eller forskrift.

##### Unntak for tjenestekontrakter

Artikkel 32 nr. 4 gir unntak for offentlige tjenesteytelseskontrakter, når kontrakten er et ledd i en plan- og designkonkurranse som gjennomføres etter direktivet og som i henhold til reglene i plan- og designkonkurransen skal tildeles vinneren eller vinnerne av en plan- og designkonkurranse. Dersom det er flere vinnere, skal alle oppfordres til å delta i forhandlingene. EU-domstolen har fremholdt om uttrykket at kontrakten må være et ledd i en plan- og designkonkurranse innebærer at det må være en direkte link mellom konkurransen og den aktuelle kontrakten.[[766]](#footnote-766)

##### Unntak for bygge- og anleggs- og tjenestekontrakter

Artikkel 32 nr. 5 angir at konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan brukes ved tjenestekontrakter eller bygge- og anleggskontrakter som enten gjelder supplerende arbeider eller tjenesteytelser, eller gjentakende tjenesteytelser og arbeider.

Det følger av bestemmelsen at det er adgang til å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom oppdragsgiver skal inngå en kontrakt om nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som er en gjentakelse av lignende tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, og som er utført i forbindelse med en tidligere kontrakt mellom oppdragsgiver og den samme leverandøren.

Dette gjelder bare når den tidligere kontrakten er inngått etter en konkurranse som er kunngjort etter artikkel 26 nr. 1 og de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene er i samsvar med det prosjektet som denne kontrakten gjaldt.

Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene for den opprinnelige konkurransen angi omfanget av slike nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, vilkårene for å inngå en ny kontrakt om disse ytelsene, og at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å inngå kontrakt uten konkurransen.

Oppdragsgiver skal inkludere den anslåtte verdien av de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene i beregningen av verdien av den opprinnelige kontrakten. Oppdragsgiver kan inngå en slik kontrakt inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakten ble inngått. EU-domstolen har lagt til grunn at inngåelse av den opprinnelige kontrakten er utgangspunktet for tre-års fristen.[[767]](#footnote-767)

I forarbeidene er det fremholdt at dersom en anskaffelse er unntatt etter artikkel 32 så innebærer dette at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å kunngjøre en konkurranse, og forhandlingsforbudet gjelder ikke.[[768]](#footnote-768) Samtidig er det fremholdt at de øvrige prosedyrereglene i del III i sin helhet gjelder.[[769]](#footnote-769) I juridisk teori er det fremholdt at hvilke regler i direktivet som gjelder beror på hva grunnlaget for at det ikke er et krav til kunngjøring. Det beror på en konkret vurdering i den enkelte anskaffelse av hvilke krav som gjelder.[[770]](#footnote-770)

Tilsvarende unntaksbestemmelse finnes i forsyningsdirektivet artikkel 50. Konsesjonskontraktdirektivet har ingen tilsvarende bestemmelse. Artikkel 32 er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 13-3 og 13-4.

#### Utvalgets vurdering

Artikkel 32 er frivillig å gjennomføre. Utvalget ser det som effektiv bruk av samfunnets ressurser å gjennomføre unntaksbestemmelsen fordi den gir fleksibilitet hva gjelder oppdragsgivers fremgangsmåte. Utvalget viser til at denne muligheten er benyttet også i dagens regelverk. Utvalget foreslår derfor å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 32 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår imidlertid enkelte språklige justeringer for bedre å samsvare med norsk lovtradisjon, samt å dele opp bestemmelsen for å gjøre bestemmelsen mer brukervennlig. Utvalget foreslår å dele opp bestemmelsen basert på hvilke typer kontrakter den gjelder. Dette er ikke ment å innebære noen materielle endringer fra direktivet, eller i hovedsak fra dagens gjennomføring av artikkel 32 i anskaffelsesforskriften.

Tittelen på bestemmelsen indikerer at det skal holdes en konkurranse med forhandlinger, samtidig som at det i flere av unntakene kun kan være en leverandør som utfører anskaffelsen, slik at det ikke er mulig å gjennomføre en konkurranse. Etter utvalgets syn vil oppdragsgiver fortsatt gjennomføre forhandlinger med en leverandør, selv om det kun er en leverandør som er aktuell. Utvalget ser det derfor som hensiktsmessig å følge direktivets system på dette punkt. Dette innebærer at utvalget ikke viderefører inndelingen som fremgår av anskaffelsesforskriften i dag, hvor det er en bestemmelse som regulerer unntak hvor konkurranse med forhandling kan gjennomføres og en der kontrakt kan inngås uten konkurranse. Dette medfører imidlertid ingen materielle endringer sammenlignet med dagens anskaffelsesforskrift.

Når det gjelder artikkel 32 nr. 2 bokstav c følger det, som redegjort for ovenfor, av EU-domstolenes praksis at det ved vurderingen av om det er «umulig» skal det ses hen til om det er uforholdsmessig byrdefullt å overholde fristene sett opp mot formålet av bestemmelsen. Etter utvalgets syn tilsier EU-domstolens praksis at det ikke kreves en absolutt umulighet.

Nr. 3 bokstav b åpner for supplerende leveringer fra den opprinnelige leverandøren. Etter utvalgets syn må reglene som gjelder for bytte av kontraktspart i utvalgets forslag til § 20-3 komme til anvendelse her. Det anses ikke nødvendig at dette presiseres i bestemmelsen.

I henhold til overskriften i artikkel 32 nr. 3 gjelder bestemmelsen kun for varekontrakter. Samtidig følger det av nr. 3 bokstav d at den både gjelder ved kjøp av «varer eller tjenester». Det foreligger ikke rettspraksis på hvordan bestemmelsens virkeområde skal forstås. I juridisk teori er det tatt til orde for at bestemmelsen må forstås slik at dersom en varekontrakt også omfatter tjenester, så er den unntatt.[[771]](#footnote-771) Andre har tatt til orde for at både varer og tjenester generelt er unntatt i henhold til bestemmelsen.[[772]](#footnote-772) Utvalget mener bestemmelsens ordlyd peker mest i retningen av at begge typer kontrakter omfattes, og foreslår derfor at bestemmelsen skal gjelde både vare- og tjenestekontrakter.

Artikkel 32 nr. 5 åpner for tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Etter utvalgets syn må reglene som gjelder for skifte av leverandørens identitet i henhold til § 20-3 komme til anvendelse her. Det anses likevel ikke nødvendig at dette presiseres i bestemmelsen.

I anskaffelsesforskriften § 13-3 bokstav f er det gjort unntak fra kunngjøringsplikten for kontrakter som gjelder dekningskjøp som er nødvendige fordi en kontrakt er kjent uten virkning etter anskaffelsesloven § 13. Bakgrunnen for bestemmelsen er ifølge forarbeidene at oppdragsgiver ikke skal tvinges inn i en ulovlig direkte anskaffelse.[[773]](#footnote-773) I forarbeidene er det fremholdt at selv om direktivene ikke åpner for dette unntaket, må det likevel anses i tråd med EØS-retten, og derfor lovlig. Vurderingen ble gjort før anskaffelsesdirektivet 2014. Selv om utvalget ser hensikten med bestemmelsen er det etter utvalgets syn usikkert om det er mulig å forene unntaksbestemmelsen med direktivet, når direktivene ikke åpner for nasjonale unntaksbestemmelser fra direktivets anvendelsesområde. Motsetningsvis er det fremholdt i EU-domstolens praksis at det ikke er adgang til å innta andre unntaksbestemmelser fra direktivet enn de som er angitt i artikkel 32, se redegjørelsen ovenfor. Utvalget foreslår derfor ikke å videreføre dette unntaket. Som også fremgår av forarbeidene vil de fleste dekningskjøp kunne benytte hasteunntaket i någjeldende § 20-2 tredje ledd som utvalget foreslår videreført i ny lov om offentlige anskaffelser § 10-15 tredje ledd.[[774]](#footnote-774) I tillegg vil oppdragsgiver som regel ha noe tid til å områ seg før kontrakten kjennes uten virkning. Samtidig vil kontrakter om dekningskjøp normalt være av begrenset verdi, slik at slike kontrakter ofte ikke vil overskride EØS-terskelverdiene og derfor ikke omfattes av loven del III. Etter utvalgets syn vil derfor det å fjerne bestemmelsen ikke ha stor praktisk betydning.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 32 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-26 til 10-29.

[Boks slutt]

## Rammeavtaler [artikkel 33]

### Gjeldende rett

En rammeavtale er en avtale som er inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode. Vilkårene er særlig pris og eventuelt planlagte mengder. En rammeavtale tar således sikte på å fastsette noen ytre rammer eller vilkår for de(n) senere tildelingen(e) av kontrakter over en fastsatt periode.

I anskaffelsesdirektivet artikkel 33 er det gitt regler om rammeavtaler. Artikkel 33 nr. 1 første avsnitt åpner for at det kan inngås rammeavtaler, forutsatt at fremgangsmåtene i direktivet anvendes. Det vil si at når en oppdragsgiver skal inngå en rammeavtale må oppdragsgiver benytte én av de tillatte anskaffelsesprosedyrene i direktivet, som for eksempel åpen anbudskonkurranse. Det følger av dette at selve rammeavtalen er en kontraktsform, ikke en anskaffelsesprosedyre.

I artikkel 33 første avsnitt gis det også en definisjon på rammeavtaler. Direktivet definerer en rammeavtale som en avtale som er inngått med en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører, med det formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av et bestemt tidsrom, og særlig med hensyn til pris og eventuelt påtenkt mengde. Det følger deretter at løpetiden på en rammeavtale ikke kan overstige fire år, bortsett fra i særlig begrunnede unntakstilfeller, særlig gjennom rammeavtalens gjenstand. Det følger av vedlegg V del C til direktivet, i punkt nr. 10 bokstav a at begrunnelsen fra oppdragsgiver for å inngå en rammeavtale på mer enn fire år, må fremgå av kunngjøringen.

Direktivet gir ingen føringer på hva som kan være særlige begrunnede unntakstilfeller som kan tilsi en lengre varighet enn fire år, og gir heller ingen nærmere begrensning på hvor lang tid en rammeavtale kan være hvis det først foreligger særlige tilfeller som tilsier en lengre varighet enn fire år. Det følger av fortalen til direktivet premiss 62 andre avsnitt at dersom avtalen krever at leverandøren må avsette/disponere eller ha rådighet over utstyr som har lengre avskrivningstid enn fire år og som skal være tilgjengelig til enhver tid i hele rammeavtalens løpetid, kan dette være et eksempel på at en rammeavtale kan ha lengre løpetid enn fire år. Etter praksis fra klagenemnda er det fremholdt at «En lengre avtaleperiode kan for eksempel rettferdiggjøres for å oppnå effektiv konkurranse om den aktuelle kontrakten, eller dersom utførelsen av kontrakten krever investeringer med en nedskrivingsperiode på over fire år».[[775]](#footnote-775)

Siden løpetid på mer enn fire år er et unntak, bør unntaket ikke strekkes lengre enn hva som er nødvendig jf. prinsippet om forholdsmessighet i artikkel 18. Dette fremgår også av fortalen premiss 62 annet avsnitt, hvor bruk av lengre løpetid skal være «behørig» begrunnet. Videre kan dette tilsi at der det foreligger særlige tilfeller som begrunner en lengre varighet enn fire år, bør varigheten likevel ikke gå lengre enn nødvendig vurdert ut fra forholdet som motiverer bruken av unntaksadgangen. Se i boksene 24.43 og 24.44 hvor enkelte eksempler fra rettspraksis er omtalt, og hvor spørsmålet om utvidet varighet ble drøftet.

Eksempler fra norsk rett på rammeavtaler med utvidet varighet

Gjennom praksis fra KOFA er det flere eksempler på at rammeavtaler med lengre varighet har vært vurdert:

* KOFA-2016-18. Bodø kommune hadde inngått en rammeavtale på fire år, med opsjon på to ettårige forlengelser, til sammen seks år. I notatet til anskaffelsesprotokollen var det redegjort særskilt for de forhold som Bodø kommune mente at berettiget en varighet som oversteg fire år. Klagenemnda aksepterte i dette tilfelle at rammeavtalen fikk en samlet varighet på seks år.
* KOFA-2020-933.1 Lindesnes kommune hadde inngått en avtale om levering av brøytetjenester, og rammeavtalen hadde en kontraktsvarighet på fire og et halvt år, samt opsjoner på inntil to brøytesesonger. Avtalen krevde store investeringskostnader for leverandører som ikke allerede hadde utstyr tilgjengelig, og oppdragsgiver hadde derfor satt en lengre avtalevarighet for å oppnå økt konkurranse om kontrakten. Avtaletid på fire år ville også medført bytte av leverandør midt i en brøytesesong. Klagenemnda aksepterte at det forelå særlige forhold som krevde lengre varighet på avtalen, men dette var ikke begrunnet i kunngjøringen, og Lindesnes kommune hadde således brutt forskriften.

1 KOFA-2020-933 Lindesnes kommune: avsnitt 66 til 72.

[Boks slutt]

Eksempler fra svensk rett på rammeavtaler med utvidet varighet1

Dom fra lagmannsretten i Sundsvall 26. februar 2019 i sak nr. 2573–18. – I saken hadde lang gjennomføringstid, i kombinasjon med sikkerhetsaspektet en viss betydning for vurderingen av at en rammeavtale på åtte år og ti år for tjeneste utgjorde særlige grunner for en rammeavtaleperiode lengre enn fire år.

Lagmannsretten i Stockholms dom i sak nr. 1583-13 – en rammeavtaleperiode på fem år med mulighet for to års forlengelse ble ansett som berettiget fordi det var behov for svært store investeringer.

Lagmannsretten i Göteborgs dom i sak 3124-3127-13 – en høy investeringskostnad for kjøretøyene som trengs for å oppfylle oppdraget i rammeavtalen og en avskrivningsperiode på over fire år, ble ansett som særlige grunner for en kontraktsperiode på fem år med mulighet for forlengelse i to år.

1 https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1970561/avtalslangd-ghip/

Kilde: sakene er hentet fra den svenske upphandlingsmyndighetens database med spørsmål og svar. De tre eksemplene er inntatt her og oversatt til norsk.

[Boks slutt]

Det følger av fortalen til direktivet premiss 62 at kontrakter som er basert på en rammeavtale skal tildeles innenfor rammeavtalens løpetid, men likevel at varigheten av enkeltkontrakter som er basert på en rammeavtale ikke nødvendigvis trenger å sammenfalle med rammeavtalens varighet – den kan være både kortere eller lengre.

Direktivet angir i andre avsnitt at det gjelder egne fremgangsmåter for tildelingen av kontrakter som er basert på en rammeavtale. Direktivet spesifiserer at fremgangsmåten bare kan anvendes av de oppdragsgivere som er klart identifisert i kunngjøringen eller innbydelsen til å bekrefte interesse. I fortalen premiss 60 er dette nærmere utdypet ved at rammeavtalen klart må angi, enten ved navn eller på en annen måte hvilke oppdragsgivere som er omfattet av rammeavtalen. Det kan for eksempel være en gitt kategori av oppdragsgivere innenfor et tydelig avgrenset geografisk område, slik at de aktuelle oppdragsgivere kan identifiseres på en lett og entydig måte. I sak C-216/17 Antitrust and Coopservice aksepterte EU-domstolen at en oppdragsgiver, som ikke opprinnelig var part i en rammeavtale, senere kunne bli part gjennom en «extension clause», som var synliggjort i anskaffelsesdokumentene.

Det er i direktivet videre angitt at bare de leverandørene som er parter i rammeavtalen, kan tildeles kontrakter under rammeavtalen. I tillegg er det spesifisert at når det er inngått en rammeavtale, kan det ikke foretas vesentlige endringer av kontraktsvilkårene.

I direktivet artikkel 33 nr. 3 står det at når en rammeavtale inngås med én leverandør, så skal kontrakten inngås på de vilkår som er fastsatt i rammeavtalen. Oppdragsgiver kan i forbindelse med tildelingen rette en skriftlig henvendelse til den aktuelle leverandøren, og om nødvendig anmode vedkommende om å utfylle sitt tilbud.

Artikkel 33 nr. 4 regulerer situasjonen når en rammeavtale er inngått med mer enn en leverandør, og det gis tre alternative fremgangsmåter for en oppdragsgiver når tildelinger skal skje i henhold til en slik rammeavtale.

Etter bokstav a kan oppdragsgiver tildele kontrakt i henhold til bestemmelser og betingelser i rammeavtalen, uten å gjenåpne konkurransen, dersom rammeavtalen både fastlegger alle relevante bestemmelser vedrørende utførelsen av de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, tjenesteytelsene eller vareleveransene, og fastlegger de objektive vilkårene for å bestemme hvilke av de leverandørene som er parter i rammeavtalen som skal levere dem. Sistnevnte vilkår skal angis i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen.

Bokstav b åpner for at oppdragsgiver kan velge mellom delvis å gjenåpne konkurransen (bokstav c) eller delvis uten å gjenåpne konkurransen (bokstav a) – men dette gjelder bare så fremt oppdragsgiver har fastsatt denne muligheten i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen. Oppdragsgiver må velge gjenåpning, eller ikke, basert på objektive kriterier som også skal være definert i rammeavtalen.

Bokstav c åpner for at oppdragsgiver kan gjenåpne konkurransen blant de leverandørene som er part i avtalen, og dette gjelder der ikke alle vilkår for levering av bygge- og anleggsarbeidene, tjenesteytelsene eller vareneleveransene er definert.

Etter artikkel 33 nr. 5 skal en helt eller delvis gjenåpning av konkurransen, jf. nr. 4 bokstav b og c, basere seg på de samme vilkår som ble anvendt ved tildelingen av rammeavtalen, og om nødvendig mer presist formulerte vilkår og eventuelt andre vilkår som er nevnt i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen. Oppdragsgivere må legge til grunn fremgangsmåten i bokstavene a–d. Disse krever at oppdragsgiver for hver kontrakt som tildeles, skriftlig skal konsultere med de leverandørene som er i stand til å gjennomføre kontrakten. Deretter skal oppdragsgiver fastsette en frist som er tilstrekkelig lang til at tilbud for hver enkelt kontrakt kan innleveres, og i dette ta hensyn til hvor kompleks kontraktsgjenstanden er og hvor lang tid som er nødvendig for å sende inn et tilbud. Tilbudet skal innleveres skriftlig, og innholdet i dem skal ikke åpnes før den fastsatte svarfristen er utløpt. Oppdragsgiver skal tildele hver kontrakt til den leverandøren som har innlevert det beste tilbudet basert på tildelingskriteriene som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen.

### Rettspraksis

EU-domstolen har i sak C-23/20 Simonsen & Weel fastslått at oppdragsgiver skal angi rammeavtalens anslåtte og maksimale mengde og eller verdi i kunngjøringen.[[776]](#footnote-776) Domstolen viste til direktivet artikkel 5 nr. 5 om at oppdragsgiver ved beregningen av anskaffelsens verdi skal ta hensyn til den høyeste anslåtte verdi eksklusive moms av samtlige avtaler som forventes tildelt innenfor rammeavtalens løpetid.[[777]](#footnote-777) Når oppdragsgiver må beregne rammeavtalens maksimale mengde/verdi så kan den også meddeles til potensielle leverandører. Domstolen fremholdt også at oppdragsgiver i kunngjøringsskjemaet skal gi informasjon om anskaffelsen jf. punkt 7 i del C til direktivet, og at dette ikke kan gjøres uten å angi maksimal mengde eller verdi. I tillegg, i standard kunngjøringsskjema jf. implementerende forordnings 2015/1986, skal oppdragsgiver fylle ut feltet II.2.6, som konkretiserer at for rammeavtaler skal det angis en anslått samlet maksimumsverdi for hele varigheten av partiet. Informasjonen om maksimal mengde og eller verdi er viktig for potensielle leverandører, i det disse opplysningene setter dem i stand til å vurdere sin evne til å oppfylle sine eventuelle forpliktelser etter rammeavtalen.[[778]](#footnote-778) EU-domstolen antydet også at gjennomsiktighetsprinsippet kunne tilsi at maksimal mengde og eller verdi må oppgis, slik at leverandøren kan identifisere når vedkommende rent faktisk har oppfylt sine forpliktelser etter en rammeavtale. Kravet om å oppgi maksimal mengde og eller verdi vil også hindre misbruk av rammeavtaler eller bruk av rammeavtaler som vrir konkurransen. Når en rammeavtales maksimale mengde og eller verdi er nådd, så har rammeavtalen uttømt sin virkning, men likevel slik at det fortsatt er tillatt å gjøre endringer som ikke er vesentlige.[[779]](#footnote-779) [[780]](#footnote-780)

#### Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

I forsyningsdirektivet artikkel 51 er det gitt regler om rammeavtaler. Etter artikkel 51 nr. 1 første avsnitt åpnes det for at oppdragsgivere kan inngå rammeavtaler, så fremt de følger prosedyren som er fastsatt i direktivet. Videre er rammeavtale definert, på samme måte som i anskaffelsesdirektivet. Det er også spesifisert at rammeavtaler ikke kan ha en lengre løpetid enn åtte år, unntatt i ekstraordinære tilfeller som er særlig begrunnet i rammeavtalens formål.

Det følger av artikkel 51 nr. 2 første avsnitt at kontrakter som er basert på en rammeavtale skal tildeles etter objektive regler og kriterier, som kan omfatte iverksettelse av en fornyet konkurranse blant de leverandørene som er part i den inngåtte rammeavtalen. Disse regler og kriteriene fastsettes i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen.

Videre fremgår det av artikkel 51 nr. 2 andre avsnitt at de objektive regler og kriterier som nevnt i første avsnitt skal sikre likebehandling av de leverandlrene som er part i avtalen. Hvis en fornyet konkurranse er omfattet, så må oppdragsgiver fastsette en frist som er tilstrekkelig lang til å inngi tilbud på den enkelte kontrakt. Videre skal oppdragsgiver tildele kontrakt til den leverandøren som har gitt det beste tilbud på grunnlag av de tildelingskriterier som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene til den aktuelle rammeavtalen.

I tredje avsnitt fremgår det at oppdragsgiver ikke må misbruke rammeavtaler eller anvende dem på en slik måte at konkurransen hindres, begrenses eller vris.

Konsesjonkontraktsdirektivet inneholder ikke egne bestemmelser om rammeavtaler.

### Utvalgets vurdering

Anskaffelsesdirektivet inneholder en omfattende regulering av rammeavtaler, og det er viktig at lovens bestemmelser om rammeavtaler gjennomfører direktivforpliktelsene så langt det er nødvendig og hensiktsmessig.

Reguleringen av rammeavtaler må også sees i sammenheng med forpliktelsene som følger av vedleggene til direktivet, som også pålegger oppdragsgiver å kunngjøre visse opplysninger i forbindelse med rammeavtaler. Det grunn til å gjøre oppmerksom på at fremstillingen over også viser at KOFA idømmer brudd på vedleggene til anskaffelsesdirektivet, selv om disse verken er oversatt til norsk eller i sin helhet gjennomført i norsk rett.[[781]](#footnote-781) Utvalget har foreslått at vedleggene til direktivet må gjennomføres i forskrift knyttet til loven, og det vil av disse vedleggene blant annet fremgå at oppdragsgiver i kunngjøringen skal opplyse om eventuell begrunnelse for at løpetiden på rammeavtalen overstiger direktivets maksimale grense på fire år. Utvalget har ikke funnet det hensiktsmessig å gjenta disse forpliktelsene i loven, og dette ville uansett medføre lovtekst av et alt for stort omfang. Vedleggene inneholder såpass mange konkrete plikter, slik at oppdragsgiver uansett må konsultere disse i forbindelse med kunngjøring. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ), bør før en ny lov trer i kraft utarbeide detaljert veiledning for offentlige oppdragsgivere som tar utgangspunkt i vedleggene og de korresponderende standardskjemaene for kunngjøring.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 33 i ny lov §§ 11-1 til 11-5.
* at det utarbeides konkret veiledning om hvilke forpliktelser som følger av vedleggene til direktivene, når det gjelder kunngjøring.

[Boks slutt]

## Dynamisk innkjøpsordning [artikkel 34]

### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 34 har bestemmelser om dynamisk innkjøpsordning. En dynamisk innkjøpsordning blir ofte kalt DPS etter den engelske forkortelsen av Dynamic Purchasing System.

I artikkel 34 nr. 1 fremgår det at oppdragsgivere kan benytte en dynamisk innkjøpsordning for alminnelige innkjøp, som kjennetegnes ved at de er allment tilgjengelig på markedet og oppfyller oppdragsgivers krav. Den dynamiske innkjøpsordningen skal være en fullt ut elektronisk prosess som skal være åpen for deltakelse for alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene under hele dens varighet. Innkjøpsordningen kan deles inn i kategorier av produkter, bygge- og anleggsarbeider eller tjenester som er objektivt definert på grunnlag av egenskapene til det innkjøpet som skal foretas i den berørte kategorien. Slike egenskaper kan omfatte henvisninger til tillatt størrelse på etterfølgende bestemte kontrakter, eller et bestemt geografisk område der etterfølgende bestemte kontrakter skal utføres. Bakgrunnen for muligheten til å dele inn i kategorier er et ønske om å fremme små og mellomstore leverandørers mulighet til å delta i ordningen.[[782]](#footnote-782)

Alle leverandører som sender inn en søknad om deltakelse, og som oppfyller kvalifikasjonskravene, vil ha rett til å delta i anskaffelsesprosedyrer som foretas via en dynamisk innkjøpsordning så lenge den varer. Denne innkjøpsteknikken gjør det mulig for oppdragsgiver å ha tilgjengelig et spesielt bredt spekter av leverandører og dermed mulighet for å sikre best mulig bruk av offentlige midler på grunnlag av omfattende konkurranse. Det er en forutsetning at det dreier seg om alminnelig brukte eller standardiserte ytelser som generelt er tilgjengelig på markedet (hyllevarer).

Artikkel 34 nr. 2 sier at oppdragsgiver skal bruke reglene for begrenset anbudskonkurranse for å etablere en dynamisk innkjøpsordning. Alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene skal ha tilgang til ordningen, og antall leverandører kan ikke begrenses etter regelen i artikkel 65.[[783]](#footnote-783)

Hvis innkjøpsordningen er inndelt i kategorier skal kvalifikasjonskravene spesifiseres for hver kategori.

I artikkel 34 nr. 2 andre avsnitt er det bestemt egne tidsfrister som gjelder uavhengig av fristene i artikkel 28. Etter bokstav a skal minimumfrist for mottak av forespørsel om å delta være 30 dager fra dagen for kunngjøringen eller invitasjon til å bekrefte interesse sendes. Det er ingen ytterligere frist for mottak av anmodninger om deltakelse etter at den førte invitasjonen til å levere tilbud innenfor rammen av den dynamiske innkjøpsordningen er sendt. Etter bokstav b skal minimumsfristen for mottak av tilbud være minst 10 dager fra den dagen invitasjon til å levere tilbud ble sendt. Det er presisert at artikkel 28 nr. 3 og nr. 5 om forkortelse av frister ikke får anvendelse. Artikkel 28 nr. 4 om muligheten for ikke-statlige oppdragsgivere til å fastsette en kortere tilbudsfrist i samarbeid med leverandørene får anvendelse der det er relevant.

Artikkel 34 nr. 3 sier at all kommunikasjon innenfor rammen av en dynamisk innkjøpsordning skal foregå utelukkende med elektroniske midler i samsvar med artikkel 22 nr. 1, 3, 5 og 6. Artikkel 22 nr. 2 som regulerer muligheten for å bruke muntlig kommunikasjon er ikke nevnt. Det er dermed ikke anledning til muntlig kommunikasjon, og det er heller ikke anledning til å forhandle. Dette skiller dynamiske innkjøpsordninger fra blant annet rammeavtaler.

For at en oppdragsgiver skal kunne tildele kontrakter i en dynamisk innkjøpsordning må innkjøpsordningen være kunngjort. Oppdragsgiver må derfor kunngjøre en begrenset anbudskonkurranse hvor det fremgår klart at det gjelder etablering av en dynamisk innkjøpsordning. Videre fremgår det av artikkel 34 nr. 4 at anskaffelsesdokumentene må anslå hvilke ytelser og den anslåtte mengden oppdragsgiver planlegger å anskaffe. Det må også fremgå opplysninger om hvordan ordningen virker, hvilket elektronisk utstyr som brukes, og tekniske ordninger og spesifikasjoner for tilkobling. Det må videre opplyses om eventuelle kategorier ordningen er delt inn i, egenskapene som definerer dem, og hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder for hver enkelt kategori.

Artikkel 34 nr. 5 gjentar at så lenge innkjøpsordningen varer må oppdragsgiver gi leverandørene mulighet til å anmode om deltakelse i ordningen.

Oppdragsgiver må kontrollere om en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene senest ti virkedager etter mottak av søknaden om opptak i ordningen. Fristen kan forlenges til femten virkedager i særlig begrunnede tilfeller, særlig når det er nødvendig for å vurdere supplerende dokumentasjon eller på annen måte kontrollere om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.

I artikkel 34 nr. 5 andre avsnitt fremgår det at så lenge oppdragsgiver ikke har invitert til å levere det første konkrete tilbudet innenfor ordningen så kan fristen på ti dager forlenges fritt. Det må likevel fremgå av konkurransedokumentene hvor lang tid oppdragsgiver har tenkt å bruke.

Oppdragsgiver skal snarest mulig informere leverandørene om de er tatt opp i ordningen.

Artikkel 34 nr. 6 første avsnitt sier at oppdragsgiver skal oppfordre alle de kvalifiserte leverandørene til å gi tilbud. Hvis den dynamiske innkjøpsordningen er delt inn i kategorier, skal oppdragsgiver bare invitere leverandørene som er tatt opp i kategorien som anskaffelsen gjelder. Den enkelte anskaffelse under den dynamiske innkjøpsordningen kunngjøres altså ikke.

Oppdragsgiver skal tildele kontrakten til den tilbyderen som har levert det beste tilbudet, på grunnlag av tildelingskriteriene fastsatt i kunngjøringen av etableringen av den dynamiske innkjøpsordningen eller invitasjonen til å bekrefte interesse etter en veiledende kunngjøring. Tildelingskriteriene kan eventuelt presiseres i invitasjonen til å gi tilbud. Oppdragsgiver kan også velge å tildele kontrakt ved bruk av elektronisk auksjon eller elektronisk katalog, se artikkel 35 nr. 2 og artikkel 36 nr. 6.

Tildeling av kontrakt skal kunngjøres, jf. artikkel 50 nr. 3. Oppdragsgiver kan velge å kunngjøre tildeling av kontrakter samlet for et kvartal. Se nærmere omtale i kapittel 24.33.

Det følger av artikkel 34 nr. 7 at oppdragsgiver når som helst i løpet av den dynamiske innkjøpsordningens varighet kan kreve at deltakere som er tatt opp i ordningen, leverer en ny og oppdatert egenerklæring, ESPD-skjema, som fastsatt i artikkel 59 nr. 1, innen fem virkedager etter at en slik forespørsel er sendt. Artikkel 59 nr. 4 til 6 kommer til anvendelse i hele den dynamiske innkjøpsordningens varighet.[[784]](#footnote-784)

Oppdragsgiver skal angi den dynamiske innkjøpsordningens varighet i kunngjøringen av ordningen. Det er ikke noe øvre tak på hvor lenge en dynamisk innkjøpsordning kan vare, det er opp til oppdragsgiver å fastsette. Bakgrunnen for dette antas å være at ordningen skal være åpen for nye leverandører i hele varigheten. Det følger av artikkel 34 nr. 8 at oppdragsgiver også kan endre varigheten så lenge den varighet som var oppgitt i kunngjøringen ikke er utløpt. Oppdragsgiver skal orientere om eventuelle endringer i varigheten ved hjelp av følgende standardskjemaer:

* Dersom varigheten endres uten at ordningen avsluttes, det skjemaet som opprinnelig er brukt til utlysing av konkurranse for den dynamiske innkjøpsordningen (bokstav a),
* Dersom ordningen avsluttes, en kunngjøring av tildeling av kontrakt nevnt i artikkel 50 (bokstav b).

I artikkel 34 nr. 9 presiseres det at leverandørene ikke kan pålegges noe administrasjonsgebyr.

Det fremgår av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 bokstav c at det er frivillig å innføre en karensperiode for tildeling av kontrakter innenfor en dynamisk innkjøpsordning.[[785]](#footnote-785)

Forsyningsdirektivet artikkel 55 har likelydende regulering av dynamisk innkjøpsordning som anskaffelsesdirektivet.

Konsesjonskontraktdirektivet har ikke egne bestemmelser om dynamisk innkjøpsordning.

Anskaffelsesforskriften gjennomfører artikkel 34 i §§ 26-4 til 26-7.

Dynamisk innkjøpsordning kort oppsummert

En dynamisk innkjøpsordning (DPS) brukes ved anskaffelse av standardiserte varer og tjenester, og legger til rette for forenkling av forberedelser, utarbeidelse, innhenting og evaluering av tilbud. DPS gir en rekke fordeler inkludert kostnadsbesparelser, forenklet prosess for leverandører og muligheten for mindre leverandører til å konkurrere med større aktører. Det er blant annet ingen begrensning i antall leverandører som tas opp i ordningen, nye leverandører kan tiltre fortløpende, prisene trenger ikke være faste og ordningen kan ha lang varighet.

Dynamisk innkjøpsordning er en fullt ut elektronisk anskaffelsesprosess i to trinn. Trinn en er etablering av ordningen ved kvalifisering av leverandører. Trinn to er anskaffelsene i ordningen.

Kvalifiseringen av leverandører til en DPS foregår elektronisk, og digitale standarder og verktøy som ESPD-skjema og eBevis-tjenesten gjør det enkelt for oppdragsgivere å motta og verifisere leverandørenes dokumentasjon nesten fullstendig automatisert. Både leverandører som ikke ble kvalifisert i første kvalifiseringsrunde, samt andre leverandører, kan senere søke om opptak i ordningen. En enkel kvalifisering som er åpen i hele ordningens levetid bidrar til at flere og et større mangfold av leverandører vil kunne delta i ordningen og oppdragsgiveren vil nyte godt av sunn konkurranse rundt anskaffelsene sine.

Siden gjennomføring av konkurranse under DPS er fullstendig digital i tillegg til at ordningen skal brukes på standardiserte varer og tjenester, anbefales bruk av standardiserte spesifikasjoner for de varene og tjenestene som anskaffes. DFØ gjennomfører i 2023 arbeid knyttet til å forenkle produksjonen av spesifikasjoner på standardformat gjennom tjenesten Kravbank. Dette muliggjør gjenbruk av spesifikasjoner og automatisert evaluering av tilbudene.

[Boks slutt]

### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 34 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering. Den norske oversettelsen av direktivet benytter begrepet «anmode om deltakelse». Utvalget mener anskaffelsesforskriftens ordlyd om å søke om opptak er bedre og vil foreslå at dette videreføres.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 34 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 11-6 til 11-9.

[Boks slutt]

## Elektronisk auksjon [artikkel 35]

### Gjeldende rett

En elektronisk auksjon er en måte å avslutte en anskaffelse på for å tildele kontrakt. Etter en første vurdering av tilbudene blir det gjennomført en prosess hvor tilbudene blir vurdert automatisk basert på en matematisk formel. Det fremgår av fortalen til direktivet premiss 67 at kun tilbud som inneholder kvantifiserbare elementer kan delta i elektroniske auksjoner. Med kvantifiserbar menes forhold som kan uttrykkes i tall eller prosenter.

Artikkel 35 nr. 1 angir at oppdragsgiver kan bruke elektroniske auksjoner, hvor nye og lavere priser og/eller nye verdier for visse elementer i tilbudet presenteres. Den elektroniske auksjonen er en gjentakende prosess, som gjøres etter en første fullstendig vurdering av tilbudene slik at de deretter kan rangeres med automatiske vurderingsmetoder.

Av artikkel 35 nr. 1 tredje avsnitt fremgår det at visse tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter involverer en intellektuell ytelse som gjør at de ikke kan rangeres på grunnlag av automatiske vurderingsmetoder og derfor ikke kan gjøres til gjenstand for elektroniske auksjoner. Et praktisk eksempel som direktivbestemmelsen nevner, er prosjektering av bygge- og anleggsarbeider. Hvorvidt den intellektuelle ytelsen er av en slik karakter at elektronisk auksjon er utelukket, må vurderes konkret.[[786]](#footnote-786)

Artikkel 35 nr. 2 angir at elektronisk auksjon kan brukes for tildeling av kontrakt ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse og ved konkurranse med forhandling. Det kan også brukes ved gjenåpning av konkurransen i en parallell rammeavtale som fastsatt i artikkel 33 nr. 4 bokstav b eller c og ved tildeling av kontrakt innenfor en dynamisk innkjøpsordning, jf. artikkel 34. Det er en forutsetning at innholdet i anskaffelsesdokumentene, særlig kravspesifikasjonene, kan fastsettes nøyaktig.

Artikkel 35 nr. 3 angir hvilke elementer som kan være gjenstand for elektronisk auksjon. Hvis kontrakten tildeles utelukkende på grunnlag av pris skal den elektroniske auksjonen baseres utelukkende på dette. Hvis kontrakt tildeles på grunnlag av beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet, skal auksjonen baseres på priser og/eller de nye verdiene av de elementer som er angitt i anskaffelsesdokumentet. Hvis kontrakten tildeles basert på en metode for beregning av kostnadseffektivitet, skal auksjonen baseres på laveste kostnad. Det fremgår av artikkel 35 nr. 6 omtalt nedenfor at evalueringen må kunne gjennomføres via en matematisk formel.

Det er et krav at oppdragsgiver angir i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse at det skal gjennomføres elektronisk auksjon, jf. artikkel 35 nr. 4. Det er viktig for leverandørene å vite hvordan tilbudet vil bli behandlet. Når det er angitt at det skal gjennomføres en elektronisk auksjon følger det av hensynene til forutberegnelighet og likebehandling at oppdragsgiver ikke står fritt til å ombestemme seg etter å ha mottatt tilbudene. I motsatt fall vil leverandørene ha levert sitt første tilbud under feil forutsetninger.[[787]](#footnote-787)

Anskaffelsesdokumentene skal minimum inneholde de opplysninger som er fastsatt i vedlegg VI til direktivet, se boks 24.48.

Opplysninger som skal angis i anskaffelsesdokumentene

Artikkel 35 nr. 4 og vedlegg VI krever at følgende opplysninger minimum fremgår av anskaffelsesdokumentene i forbindelse med elektroniske auksjoner:

«a. de elementer, hvis værdier der holdes elektronisk auktion over, for så vidt disse elementer er kvantificerbare, således at de kan udtrykkes i tal eller procentdele

b. de eventuelle grænser for de værdier, som kan fremlægges, således som de fremgår af specifikationer af kontraktens genstand

c. de oplysninger, der vil blive stillet til tilbudsgivernes rådighed under den elektroniske auktion, og på hvilket tidspunkt de i givet fald stilles til rådighed

d. de oplysninger, der er relevante for afviklingen af den elektroniske auktion

e. de betingelser, på hvilke tilbudsgiverne kan byde, og især de mindste udsving mellem de bud, som i givet fald kræves for at byde

f. de relevante oplysninger om det elektroniske system, der anvendes, og om betingelser og tekniske specifikationer for tilslutning»

[Boks slutt]

I artikkel 35 nr. 5 første avsnitt fremgår det at oppdragsgiver må foreta en første fullstendig evaluering av tilbudene etter det eller de tildelingskriterier og den vekting som er fastsatt før auksjonen starter. Muligheten for å fastsette tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge, jf. artikkel 67 nr. 5, tredje avsnitt, er ikke nevnt og må derfor antas å være utelukket ved bruk av elektronisk auksjon.[[788]](#footnote-788)

Før oppdragsgiver inviterer leverandørene til å delta i auksjonen må det også vurderes om tilbudet er akseptabelt.[[789]](#footnote-789) Artikkel 35 nr. 5 andre til fjerde avsnitt inneholder en definisjon av akseptable tilbud. Det fremgår i andre avsnitt at et akseptabelt tilbud er gitt av en leverandør som ikke er avvist i henhold til artikkel 57, som oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. artikkel 58, og hvor tilbudet ellers er i samsvar med kravspesifikasjonene og verken er uakseptabelt eller uregelmessig. Dette er tilsvarende det som gjelder i anskaffelsesprosedyrer ellers. Artikkel 35 nr. 5 tredje og fjerde avsnitt introduserer i tillegg ytterligere presiseringer av hva som er et akseptabelt tilbud.[[790]](#footnote-790)

I artikkel 35 nr. 5 tredje avsnitt presiseres det at tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene, som er mottatt for sent, som er unormalt lavt, eller der det foreligger bevis på ulovlig samordning eller korrupsjon skal anses som uregelmessige. Tilbud som er levert av leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene og tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt og dokumentert i forkant av anskaffelsen anses som uakseptable.

I artikkel 35 nr. 5 fjerde avsnitt fremgår det at et tilbud anses som ikke egnet når det er irrelevant i forhold til kontrakten idet det er åpenbart at tilbudet ikke uten vesentlige endringer oppfyller oppdragsgivers behov og krav som angitt i anskaffelsesdokumentene. En forespørsel om å delta anses ikke egnet når leverandøren skal eller kan avvises i henhold til artikkel 57 eller ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. artikkel 58. Det er uklart om definisjonen av akseptable tilbud i artikkel 35 er ment å innebære en særskilt standard som gjelder for deltakelse i elektronisk auksjon eller om definisjonen har en større rekkevidde også utenfor reglene om elektronisk auksjon.[[791]](#footnote-791)

Når det gjelder oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, er det tilstrekkelig å basere vurderingen på leverandørens ESPD-skjema. Vurderingen av kvalifikasjonskravene basert på underlagsdokumentasjonen kan som vanlig utsettes til vinneren er kåret. Det kan imidlertid være fornuftig å be om og vurdere underlagsdokumentasjonen før auksjonen starter for å unngå at vinneren viser seg å ikke oppfylle kvalifikasjonskravene, og at auksjonen dermed er gjennomført på feil premisser med hensyn til informasjon om rangering av tilbud.[[792]](#footnote-792)

Artikkel 35 nr. 5 femte avsnitt angir at alle leverandører som har levert akseptable tilbud samtidig skal inviteres til å delta i den elektroniske auksjonen. EU-domstolen har i sak C-324/14 uttalt at konsekvensen av å utelate en leverandør som har levert et akseptabelt tilbud er at auksjonen må gjennomføres på nytt.[[793]](#footnote-793) Invitasjonen skal angi dato og tidspunkt for auksjonens start og informasjon om tilkobling. Auksjonen kan tidligst starte to virkedager etter utsendelse av invitasjonen. Auksjonen kan foregå i flere faser.

I artikkel 35 nr. 6 fremgår det at invitasjonen til å delta i auksjonen skal ledsages av resultatet av den første fullstendige vurderingen av den aktuelle leverandørens tilbud. Den skal også inneholde den matematiske formelen som skal brukes for å fastslå ny rangering mellom tilbudene på grunnlag av nye priser eller andre verdier. Hvis det åpnes for alternative tilbud, må det utarbeides en formel for hvert alternativ. Formelen skal innarbeide vekting av alle de fastsatte kriteriene, for å avgjøre hvilket tilbud som er best. Hvis vekting av kriteriene i anskaffelsesdokumentene er angitt innenfor en ramme skal oppdragsgiver fastsette dette presist i formelen.

I artikkel 35 nr. 7 fremgår det at oppdragsgiver i hver fase av auksjonen umiddelbart skal gi alle tilbydere informasjon slik at de kan fastslå sine respektive rangeringer. Annen informasjon om fremlagte priser eller andre verdier kan også gis dersom dette er angitt i anskaffelsesdokumentet. Oppdragsgiver kan også når som helst opplyse om antall deltagere i den aktuelle fasen av auksjonen. Tilbydernes identitet skal være anonym ved gjennomføring av auksjonen.

Artikkel 35 nr. 8 regulerer avslutning av den elektroniske auksjonen. Oppdragsgiver kan avslutte auksjonen på en eller flere av de følgende måter:

* på den dato og det klokkeslett som tidligere er angitt (bokstav a),
* når oppdragsgiver ikke mottar nye priser eller verdier som tilfredsstiller eventuelle minste tillatte forskjeller mellom tilbudene. I dette tilfelle må oppdragsgiver ha opplyst hvilken frist de vil overholde fra mottak av siste innleverte pris eller verdi til auksjonen avsluttes (bokstav b), eller
* når antallet trinn i auksjonen som tidligere er angitt, er gjennomført (bokstav c).

Hvis oppdragsgiver har bestemt at auksjonen skal avsluttes i samsvar med bokstav c, eventuelt kombinert med bokstav b, skal invitasjonen til auksjonen inneholde en tidsplan for hver fase.

Etter avslutning av auksjonen tildeler oppdragsgiver kontrakten i samsvar med artikkel 67 på grunnlag av resultatene i auksjonen, jf. artikkel 35 nr. 9.

Forsyningsdirektivet har tilnærmet likelydende bestemmelser om elektronisk auksjon som anskaffelsesdirektivet i artikkel 53. Den eneste forskjellen er at også en kvalifikasjonsordning kan benyttes, jf. artikkel 53 nr. 4.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke bestemmelser om elektronisk auksjon.

Anskaffelsesforskriften regulerer elektroniske auksjoner i §§ 27-2 til 27-5.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 35 er en omfattende bestemmelse, som må deles opp og forenkles når den gjennomføres i lov. Artikkel 35 er gjennomført i anskaffelsesforskriften, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering Anskaffelsesdirektivets vedlegg VI gjennomføres i forskrift om offentlige anskaffelser.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 35 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 11-10 til 11-13.

[Boks slutt]

## Elektroniske kataloger [artikkel 36]

### Gjeldende rett

En elektronisk katalog er et format å levere hele eller deler av et tilbud på. Den elektroniske katalogen systematiserer opplysninger på en måte som er felles for leverandørene som deltar i en konkurranse, og som er egnet for elektronisk behandling. Et eksempel kan være et tilbud som fremlegges som et regneark.[[794]](#footnote-794) I praksis vil elektroniske kataloger være egnet når det er behov for å systematisere tilbud med mange varelinjer og priser. Bestemmelsen om elektronisk katalog var ny i anskaffelsesdirektivet fra 2014, men ordningen var benyttet også tidligere.

Etter artikkel 36 nr. 1 kan oppdragsgiver kreve at tilbudet fremlegges i form av en elektronisk katalog eller at det inneholder en elektronisk katalog. En forutsetning for dette, er at det kreves bruk av elektronisk kommunikasjon i anskaffelsen, se artikkel 22. Tilbud som fremlegges i form av en elektronisk katalog kan ledsages av andre dokumenter som kompletterer tilbudet, jf. artikkel 36 nr. 1 tredje avsnitt. Det følger av andre avsnitt at medlemsstatene kan velge å gjøre bruk av elektronisk katalog obligatorisk i forbindelse med visse typer anskaffelser.

Artikkel 36 nr. 2 gir regler om opprettelse av elektroniske kataloger. I første avsnitt fremgår det at katalogen skal opprettes av leverandørene for å delta i en bestemt anskaffelse, i samsvar med kravspesifikasjonene og i det formatet som er fastsatt av oppdragsgiver. Det fremgår av direktivets fortale premiss 68 at leverandøren ikke kan nøye seg med å sende inn sin generelle katalog, men må tilpasse katalogen til den konkrete anskaffelsen. Videre skal elektroniske kataloger oppfylle kravene til elektroniske kommunikasjonsverktøy og eventuelle ytterligere krav fastsatt av oppdragsgiver i samsvar med artikkel 22.

Artikkel 36 nr. 3 fastslår at hvis oppdragsgiver aksepterer eller krever at tilbudene fremlegges i form av elektroniske kataloger, skal dette angis i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Videre skal anskaffelsesdokumentene angi alle nødvendige opplysninger i henhold til artikkel 22 nr. 6 om format, det elektroniske utstyret som brukes, og de tekniske ordningene og spesifikasjonene for katalogen.

Det følger av artikkel 36 nr. 4 at hvis det er inngått en rammeavtale med mer enn en leverandør hvor det opprinnelige tilbudet ble avgitt med elektroniske kataloger så kan oppdragsgiver bestemme at etterfølgende minikonkurranser skal skje på basis av oppdaterte kataloger. I slike tilfeller skal oppdragsgivere bruke én av følgende metoder:

* oppfordre leverandørene til å innlevere sine elektroniske kataloger på nytt, tilpasset kravene til den aktuelle kontrakten (bokstav a), eller
* orientere leverandørene om at oppdragsgiver planlegger å hente inn opplysninger som er nødvendig for å levere tilbud fra de elektroniske katalogene som allerede er innlevert, tilpasset kravene til den aktuelle kontrakten. Det er en forutsetning for å kunne bruke denne metoden at oppdragsgiver har angitt muligheten for dette i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen (bokstav b).

Forskjellen mellom de to metodene er at i artikkel 36 nr. 4 bokstav a er det leverandøren som sender oppdaterte kataloger, mens etter bokstav b er det oppdragsgiver selv som setter sammen tilbudet til det spesifikke avropet.

Artikkel 36 nr. 5 stiller krav til bruk av metoden beskrevet i artikkel 36 nr. 4 bokstav b. Dersom oppdragsgivere gjenåpner konkurransen om bestemte kontrakter i samsvar med bokstav b, skal de informere leverandørene om på hvilket tidspunkt de har til hensikt å innhente de opplysningene som kreves for å opprette tilbud som er tilpasset kravene til den aktuelle kontrakten, og gi leverandørene mulighet til å nekte slik innhenting av opplysninger. Videre skal det være et passende tidsrom fra tidspunktet da informasjonen ble gitt, til den faktiske innhentingen av opplysninger.

Før oppdragsgiver tildeler kontrakten skal de fremlegge de innhentede opplysningene for den aktuelle leverandøren for å gi en mulighet til å bekrefte eller avkrefte om tilbudet som er opprettet inneholder noen faktiske feil. Det fremgår av direktivets fortale premiss 68 at leverandøren må ha mulighet til å kontrollere tilbudet for faktiske feil siden de ikke har inngitt det selv, og at de ikke bør bli bundet av et tilbud med faktiske feil. Oppdragsgiver må i så fall rette feilen. Fremgangsmåten for retting, og hva som innebærer faktiske feil, er ikke nærmere beskrevet.

Artikkel 36 nr. 6 omhandler bruk av elektroniske kataloger i forbindelse med dynamiske innkjøpsordninger. I første avsnitt fremgår det at oppdragsgiver kan tildele kontrakter på grunnlag av en dynamisk innkjøpsordning ved å kreve at tilbud for en bestemt kontrakt skal fremlegges i form av en elektronisk katalog.

I andre avsnitt sies det at oppdragsgiver også kan tildele kontrakter på grunnlag av en dynamisk innkjøpsordning i samsvar med artikkel 36 nr. 4 bokstav b og nr. 5, forutsatt at søknaden om deltakelse i den dynamiske innkjøpsordningen ledsages av en elektronisk katalog i samsvar med kravspesifikasjonene og formatet som er fastsatt av oppdragsgiver. Denne katalogen skal deretter ferdigstilles av leverandørene når de informeres om at oppdragsgiveren har til hensikt å opprette tilbud ved hjelp av fremgangsmåten fastsatt i nr. 4 bokstav b.

Forsyningsdirektivet artikkel 54 har likelydende bestemmelser om elektroniske kataloger som anskaffelsesdirektivet artikkel 36.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke bestemmelser om elektroniske kataloger.

Anskaffelsesforskriften regulerer elektroniske kataloger i § 27-1.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 36 er gjennomført i anskaffelsesforskriften i dag, og utvalgets forslag til lovbestemmelse svarer i all hovedsak til dagens regulering. Utvalget mener det ikke er hensiktsmessig å benytte muligheten i artikkel 36 nr. 1 andre avsnitt til å gjøre bruk av elektronisk katalog obligatorisk i forbindelse med visse typer anskaffelser. Dette er heller ikke gjort i dagens regelverk.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* Å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 36 i ny lov om offentlige anskaffelser § 11-14.

[Boks slutt]

## Innkjøpssentraler [artikkel 37]

### Gjeldende rett

Sentralisering av innkjøp for å oppnå stordriftsfordeler, lavere transaksjonskostnader og økt innkjøpskompetanse er en økende tendens i hele EU.[[795]](#footnote-795) Det å benytte seg av innkjøpssentraler er en av måtene slik sentralisering kan foregå på. I tillegg har blant annet OECD pekt på at innkjøpssentraler bedre klarer bedre å ivareta miljø- og bærekraftshensyn.[[796]](#footnote-796)

Kjøp av tjenester fra en innkjøpssentral er i utgangspunktet en anskaffelse omfattet av direktivet, det ble derfor innført en regulering av innkjøpssentraler i 2004-direktivet som er videreført og utviklet i 2014-direktivet.

Artikkel 2 første avsnitt nr. 14 til nr. 16 inneholder definisjoner av samordnede innkjøp, tilknyttede innkjøpstjenester og innkjøpssentraler, mens artikkel 37 presiserer at oppdragsgivere kan bruke innkjøpssentraler til å gjennomføre anskaffelser uten at det er i strid med direktivet.

Artikkel 2 første avsnitt nr. 14 definerer samordnede innkjøp som virksomhet som utføres permanent på en av følgende måter:

* Anskaffelse av varer og/eller tjenester beregnet på offentlige oppdragsgivere (bokstav a)
* Tildeling av offentlige kontrakter eller inngåelse av rammeavtaler for bygge- og anleggsarbeid, varer eller tjenester beregnet på offentlige oppdragsgivere (bokstav b).

Det er ingen nærmere forklaring på hva som vil utgjøre permanent virksomhet. I det danske direktivet benyttes begrepet på permanent basis. Hvis de samordnede innkjøpene ikke er på permanent basis vil virksomheten reguleres av artikkel 38, se kapittel 24.26. Det er ikke noe krav til at virksomheten drives eksklusivt. En oppdragsgiver kan ha et annet hovedformål, for eksempel sykehusdrift, og i tillegg drive med samordnede innkjøp.[[797]](#footnote-797) I den danske direktivteksten benyttes begrepet centraliserede indkøbsaktiviteter og i den engelske centralised purchasing activities. Dette synliggjør at det er en forutsetning at virksomheten drives på vegne av flere oppdragsgivere.

Artikkel 2 første avsnitt nr. 15 definerer tilknyttede innkjøpstjenester som virksomhet som består i å yte støtte til innkjøpsvirksomhet, særlig på følgende måter:

* Teknisk infrastruktur som gjør det mulig for offentlige oppdragsgivere å tildele kontrakter eller inngå rammeavtaler for bygge- og anleggsarbeid, varer eller tjenester (bokstav a).
* Rådgivning om gjennomføring eller utforming av framgangsmåter ved tildeling av kontrakter (bokstav b).
* Forberedelse og forvaltning av framgangsmåter ved tildeling av kontrakter på vegne av og for den berørte oppdragsgiverens regning (bokstav c).

Artikkel 2 første avsnitt nr. 16 definerer innkjøpssentral som en offentlig oppdragsgiver som driver samordnede innkjøp og eventuelt tilknyttede innkjøpstjenester.

I fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 69 beskrives en innkjøpssentrals virksomhet på følgende måte;

«[.]Innkjøpssentraler er ansvarlige for å foreta anskaffelser, forvalte dynamiske innkjøpsordninger eller inngå offentlige kontrakter/rammeavtaler for andre offentlige oppdragsgivere, med eller uten godtgjøring. De offentlige oppdragsgiverne som det inngås en rammeavtale for, bør kunne bruke den til enkeltstående eller gjentatte innkjøp. På bakgrunn av de store volumene som kjøpes inn, kan slike teknikker bidra til å øke konkurransen og bør bidra til å profesjonalisere offentlige innkjøp. Det bør derfor innføres en unionsdefinisjon av innkjøpssentraler for offentlige oppdragsgivere, og det bør presiseres at innkjøpssentraler fungerer på to forskjellige måter. Først og fremst bør de kunne fungere som grossister ved å kjøpe, lagre og videreselge, eller dernest bør de kunne fungere som mellommenn ved å tildele kontrakter, drive dynamiske innkjøpsordninger eller inngå rammeavtaler som skal brukes av offentlige oppdragsgivere. [.]».

Som det fremgår av definisjonens ordlyd må en innkjøpssentral være en offentlig oppdragsgiver, slik dette er definert i artikkel 2, første avsnitt nr. 1. Dette ble også fastslått av EU-domstolen i sak C-3/19 Asmel, som gjaldt 2004-direktivet.[[798]](#footnote-798) Den norske oversettelsen av direktivet benytter også begrepet offentlig oppdragsgiver, mens oppdragsgiver er benyttet synonymt i denne utredningen. Med oppdragsgiver menes virksomheter som er omfattet av anskaffelseslovens (2016) virkeområde, jf. § 2, andre ledd.

Det er ingen krav til innkjøpssentralens organisering utover at det må være en offentlig oppdragsgiver.[[799]](#footnote-799)

Artikkel 37 om innkjøpssentraler er frivillig for medlemsstatene å gjennomføre.

Artikkel 37 nr. 1 første avsnitt gir medlemsstatene mulighet til å la oppdragsgivere anskaffe varer og/eller tjenester fra en innkjøpssentral som tilbyr samordnede innkjøp. Her opptrer innkjøpssentralen som en grossist som videreselger varer og tjenester.

Etter artikkel 37 nr. 1 andre avsnitt kan medlemsstatene også bestemme at oppdragsgivere kan anskaffe bygge- og anleggsarbeider, varer og tjenester ved å bruke kontrakter tildelt av en innkjøpssentral, ved å bruke dynamiske innkjøpsordninger som drives av en innkjøpssentral eller ved å bruke en rammeavtale inngått av en innkjøpssentral. Her opptrer innkjøpssentralen som mellommann. Funksjonen som mellommann kan gjennomføres på to ulike måter. Det fremgår av fortalen premiss 69 andre avsnitt at «…[e]n rolle som mellommann kan i enkelte tilfeller utføres ved å gjennomføre de relevante tildelingsprosessene selvstendig, uten detaljerte instruksjoner fra de berørte offentlige oppdragsgiverne; i andre tilfeller ved å gjennomføre de relevante tildelingsprosessene etter de berørte offentlige oppdragsgivernes instruksjoner, på deres vegne og for deres regning.»

Ved bruk av rammeavtaler er det en forutsetning at oppdragsgiver er klart identifisert, jf. artikkel 33 nr. 2 annet avsnitt. Ved bruk av en dynamisk innkjøpsordning skal det nevnes i utlysingen av konkurransen som etablerer den dynamiske innkjøpsordningen at andre oppdragsgivere kan bruke den.

Etter artikkel 37 nr. 1 tredje avsnitt kan medlemsstatene bestemme at visse innkjøp skal foretas hos innkjøpssentraler eller en eller flere bestemte innkjøpssentraler.

Artikkel 37 nr. 2 første avsnitt sier at oppdragsgiver oppfyller sine forpliktelser etter direktivet ved kjøp av varer og tjenester direkte fra en innkjøpssentral.

Etter andre avsnitt oppfyller oppdragsgiver også sine forpliktelser etter direktivet ved kjøp av bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester ved å bruke kontrakter tildelt av innkjøpssentralen, ved å bruke dynamiske innkjøpsordninger som drives av innkjøpssentralen, eller ved å bruke en rammeavtale inngått av innkjøpssentralen. Oppdragsgiver er imidlertid ansvarlig for å overholde direktivets forpliktelser knyttet til de aktiviteter som gjennomføres av oppdragsgiver selv, for eksempel:

* Tildele en kontrakt innenfor rammen av en dynamisk innkjøpsordning som drives av en innkjøpssentral (bokstav a).
* Gjenåpne en konkurranse i henhold til en rammeavtale som er inngått av en innkjøpssentral (bokstav b)
* Gjøre avrop på en parallell rammeavtale i henhold til bokstav a eller b i artikkel 33 nr. 4 (bokstav c)

I anskaffelsesdirektivet 2004 var det i artikkel 11 nr. 2 en forutsetning for at oppdragsgiver skulle anses å ha overholdt direktivforpliktelsene at innkjøpssentralen hadde overholdt dem. En slik forutsetning fremgår ikke av artikkel 37, og oppdragsgiver vil dermed ikke lenger kunne stilles til ansvar der innkjøpssentralen har brutt anskaffelsesregelverket.[[800]](#footnote-800)

Oppdragsgiver vil imidlertid være ansvarlig for de delene av anskaffelsen som oppdragsgiver selv skal gjennomføre. Et eksempel kan være at oppdragsgiver skal tildele kontrakter under en rammeavtale innkjøpssentralen har inngått. KOFA har i flere saker slått fast at et avrop som ikke kan forankres i rammeavtalen, vil innebære en ulovlig direkteanskaffelse.[[801]](#footnote-801) [[802]](#footnote-802) [[803]](#footnote-803) [[804]](#footnote-804) Rammeavtalen må inneholde de sentrale kontraktsvilkårene som avropene skal gjøres under.

Direktivet regulerer ikke ansvarsforholdet mellom innkjøpssentralen og de oppdragsgivere som benytter seg av den. Dette må reguleres gjennom avtale og eventuelt i nasjonal rett.

Artikkel 37 nr. 2 gjelder bare forpliktelsene etter anskaffelsesdirektivet, og generell konkurranserett er ikke omfattet av dette. Det er særlig reglene om misbruk av dominerende stilling som kan være et relevant tema knyttet til innkjøpssentraler.

Artikkel 37 nr. 3 angir at innkjøpssentraler alltid må bruke elektroniske kommunikasjonsmidler i samsvar med kravene angitt i artikkel 22. Innkjøpssentraler måtte bruke elektronisk kommunikasjon på et tidligere tidspunkt enn øvrige oppdragsgivere, og bestemmelsen er ikke lenger aktuell siden overgangsperioden for bruk av elektronisk kommunikasjon er utløpt.

Artikkel 37 nr. 4 sier at oppdragsgiver kan tildele en kontrakt om levering av samordnede innkjøp til en innkjøpssentral uten å bruke prosedyrene i direktivet. I andre avsnitt fremgår det at en slik kontrakt også kan omfatte levering av tilknyttete innkjøpstjenester.

Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 70 angir følgende om bakgrunnen for denne bestemmelsen:

«Offentlige oppdragsgivere bør kunne tildele en kontrakt om offentlig tjenesteyting for levering av samordnede innkjøp til en innkjøpssentral uten å anvende framgangsmåtene fastsatt i dette direktiv. Det bør også være tillatt at det i slike kontrakter om offentlig tjenesteyting inngår levering av tilknyttede innkjøpstjenester. Kontrakter om offentlig tjenesteyting for levering av tilknyttede innkjøpstjenester bør, når de utføres på annen måte enn gjennom en innkjøpssentral i forbindelse med dens levering av samordnede innkjøp til den berørte offentlige oppdragsgiveren, tildeles i samsvar med dette direktiv. Det bør også bemerkes at dette direktiv ikke bør få anvendelse dersom samordnede innkjøp eller tilknyttede innkjøpstjenester leveres på annen måte enn gjennom en gjensidig bebyrdende kontrakt, som utgjør innkjøp i henhold til dette direktiv.»

En oppdragsgiver kan inngå en kontrakt direkte med en innkjøpssentral om levering av samordnede innkjøp og tilknyttede innkjøpstjenester som om det var en in-house leverandør, men uten at det er et krav om at vilkårene i artikkel 12 er oppfylt.[[805]](#footnote-805)

Forsyningsdirektivet inneholder tilsvarende bestemmelser som anskaffelsesdirektivet i artikkel 55. Konsesjonskontraktdirektivet regulerer ikke innkjøpssentraler særskilt.

I anskaffelsesforskriften er begrepene innkjøpssentral, samordnede innkjøp og tilknyttede innkjøpstjenester definert i § 4-3. Bruk av innkjøpssentraler er regulert i anskaffelsesforskriften § 7-8 og gjelder alle anskaffelser omfattet av forskriften.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 37 er gjennomført uten noen innskrenkninger i gjeldende anskaffelsesregelverk, og utvalget mener det er riktig og hensiktsmessig å videreføre dette. Innkjøpssentraler er et mye brukt virkemiddel som kan bidra til å effektivisere og profesjonalisere innkjøpsvirksomheten.

Innkjøpssentraler er også et egnet virkemiddel for å bidra til å ivareta de samfunnshensyn, herunder miljø- og bærekraft, som loven skal fremme. Dette gjelder ikke minst i Norge, hvor innkjøp er mer desentralisert enn i flere andre europeiske land. Bruken av innkjøpssentraler, og hvordan anskaffelsene gjennomføres av og gjennom innkjøpssentraler, kan også gi små og mellomstore leverandører anledning til å konkurrere om offentlige anskaffelser, i tråd med utvalgets forslag til ny formålsparagraf.

Utvalget antar at særlig små oppdragsgivere vil kunne ha nytte av å bruke innkjøpssentraler. Oppdragsgiverne bør også kunne velge å bruke innkjøpssentraler både som grossist og som mellommann.

Utvalget kan heller ikke se at det er ønskelig å bestemme at visse innkjøp skal foretas hos innkjøpssentraler, eller en eller flere bestemte innkjøpssentraler, slik artikkel 37 nr. 1 tredje avsnitt åpner for.

Utvalget er kjent med at innkjøpssentraler er organisert på mange ulike måter, og at det kan være krevende å vurdere ansvarsforhold mellom innkjøpssentraler og oppdragsgivere. Direktivet er ikke til hinder for at medlemsstater fastsetter krav til innkjøpssentralers organisering, men innenfor den tidsramme utvalget har til rådighet har det ikke vært hensiktsmessig å prioritere utredning av dette spørsmålet.

Det anses hensiktsmessig å innarbeide definisjonen av samordnede innkjøp og tilknyttede innkjøpstjenester i lovbestemmelsen. Utvalget ser ikke behov for noen egen definisjon av begrepet innkjøpssentraler i loven.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 36 i ny lov om offentlige anskaffelser § 11-15.

[Boks slutt]

## Leilighetsvise felles innkjøp [artikkel 38]

### Gjeldende rett

Artikkel 38 var ny i 2014-direktivet, og gir regler om felles innkjøp som ikke skjer via en innkjøpssentral. Artikkel 38 regulerer først og fremst fordelingen av ansvaret for å oppfylle forpliktelsene i direktivet.

Begrepet leilighetsvise er brukt for å skille denne typen samarbeid fra bruk av innkjøpssentraler, som er regulert i artikkel 37. Leilighetsvis kan forstås som av og til og står i motsetning til et fast samarbeid. I direktivets fortale premiss 71 er det uttalt at felles innkjøp kan spille en viktig rolle i forbindelse med innovative prosjekter. Det fremgår også av premiss 71 at slike samarbeid kan ta mange former, for eksempel at oppdragsgivere utarbeider felles tekniske spesifikasjoner for bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester som deretter brukes av de enkelte oppdragsgivere i egne anskaffelser. Et annet eksempel er at oppdragsgiverne i felleskap gjennomfører anskaffelsen, enten ved å handle sammen, eller ved å gi én oppdragsgiver myndighet til å gjennomføre anskaffelsesprosessen på vegne av alle de offentlige oppdragsgiverne.

Artikkel 38 nr. 1 slår fast at to eller flere offentlige oppdragsgivere kan inngå avtale om å gjennomføre visse bestemte innkjøp i fellesskap. Artikkel 38 nr. 2 gir regler om hvordan felles innkjøp kan gjennomføres.

Artikkel 38 nr. 2 første avsnitt angir at hvis flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelser i fellesskap i alles navn, er de solidarisk ansvarlige for å oppfylle sine forpliktelser etter anskaffelsesdirektivet. Dette gjelder også når en av oppdragsgiverne gjennomfører anskaffelsen på vegne av seg selv og de andre oppdragsgiverne. Bestemmelsen regulerer ikke ansvaret for oppfyllelsen av den kontrakten som er resultatet av den felles anskaffelsen.[[806]](#footnote-806)

Artikkel 38 nr. 2 andre avsnitt angir at hvis flere oppdragsgivere gjennomfører deler av anskaffelsen i fellesskap, er de bare solidarisk ansvarlige for å overholde direktivforpliktelsene for de delene som de gjennomfører i fellesskap. Hver av oppdragsgiverne er selv ansvarlig for å overholde reglene for de delene som de gjennomfører på egne vegne.

Forsyningsdirektivet artikkel 56 har likelydende bestemmelser om felles innkjøp som anskaffelsesdirektivet artikkel 38.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke bestemmelser om felles innkjøp.

Felles innkjøp er regulert i anskaffelsesforskriften § 29-1.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 38 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 29-1 og utvalgets lovforslag er i hovedsak likelydende.

Begrepet «felles ansvarlige,» som benyttes både i direktivet og i forskriften, er erstattet med begrepet «solidarisk ansvarlige» som er et innarbeidet juridisk begrep, uten at det er ment å innebære noen realitetsendring.

På samme måte som i dagens forskriftsbestemmelse ser ikke utvalget det som nødvendig å bruke begrepet leilighetsvise i lovbestemmelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 38 i ny lov om offentlige anskaffelser § 11-16.

[Boks slutt]

## Innkjøp som omfatter oppdragsgivere fra forskjellige medlemsstater [artikkel 39]

### Gjeldende rett

Artikkel 39 var ny i 2014-direktivet, og inneholder regler for grensekryssende felles anskaffelser. Formålet med å ta bestemmelsen inn i direktivet var å avklare juridiske og praktiske vanskeligheter ved innkjøp fra innkjøpssentraler i andre medlemsstater eller ved felles tildeling av offentlige kontrakter.[[807]](#footnote-807)

Artikkel 39 nr. 1 første avsnitt slår fast at oppdragsgivere fra forskjellige medlemsstater kan opptre i fellesskap ved tildeling av offentlige kontrakter ved å benytte én av fremgangsmåtene fastsatt i denne artikkelen.

Det er tatt forbehold for artikkel 12, som regulerer såkalt utvidet egenregi og offentlig-offentlig samarbeid. Det vil si at utvidet egenregi, eller mest praktisk offentlig-offentlig samarbeid på tvers av landegrensene, kan finne sted uten at det reguleres av artikkel 39.[[808]](#footnote-808)

Artikkel 39 nr. 1 andre avsnitt er det tatt inn et forbud mot å misbruke reglene. Oppdragsgivere skal ikke benytte fremgangsmåtene i artikkel 39 for det formål å omgå ufravikelige offentligrettslige bestemmelser i samsvar med EU/EØS-retten, som de er underlagt i sin medlemsstat. Fortalen premiss 73 nevner som eksempel regler om innsyn og tilgang til dokumenter, eller særlige krav til sporbarhet av følsomme leveranser.

Artikkel 39 nr. 2 regulerer muligheten til å bruke innkjøpssentraler i andre medlemsstater. En medlemsstat kan ikke forby sine oppdragsgivere å bruke innkjøpssentraler som befinner seg i andre medlemstater. Etter andre avsnitt kan imidlertid medlemsstaten velge å angi at oppdragsgivere bare kan bruke samordnede innkjøp som definert i enten bokstav a eller b i artikkel 2 nr. 1 punkt 14. Det vil si enten som grossist, eller som mellommann, jf. kapittel 24.25.

Artikkel 39 nr. 3 regulerer kjøp fra en innkjøpssentral i en annen medlemsstat i henhold til 39 nr. 2. Artikkel 39 nr. 3 første avsnitt bestemmer at innkjøpssentralen skal gjennomføre sine anskaffelser etter reglene i den staten hvor innkjøpssentralen er lokalisert. I andre avsnitt sies det at dette også gjelder for tildeling av en kontrakt i henhold til en dynamisk innkjøpsordning eller en rammeavtale.

Artikkel 39 nr. 4 sier at oppdragsgivere fra forskjellige medlemsstater i felleskap kan inngå en kontrakt, eller rammeavtale, eller etablere en dynamisk innkjøpsordning. De kan også i fellesskap tildele kontrakter under en rammeavtale, eller gjennom en dynamisk innkjøpsordning. Med mindre annet følger av en internasjonal avtale, skal oppdragsgivere som foretar en anskaffelse i fellesskap inngå en avtale som fastsetter:

* Partenes ansvarsområder og de relevante gjeldende nasjonale bestemmelsene (bokstav a)
* Den interne organiseringen av anskaffelsen, fordelingen av de bygge- og anleggsarbeidene, varene eller tjenestene som skal kjøpes, og kontraktsinngåelsen (bokstav b).

Det fremgår av artikkel 39 nr. 4 andre avsnitt at oppdragsgiver anses å ha overholdt sine forpliktelser etter direktivet når det foretas en anskaffelse fra en oppdragsgiver som er ansvarlig for gjennomføringen av anskaffelsen. Når de fastsetter ansvarsområder og gjeldende nasjonal rett som nevnt i bokstav a over, kan de deltakende oppdragsgiverne tildele særlige ansvarsområder seg imellom og fastsette de gjeldende internrettslige bestemmelsene i enhver av deres respektive medlemsstater. Det skal vises til fordelingen av ansvarsområder og gjeldende nasjonal rett i anskaffelsesdokumentene for kontrakter som er tildelt i fellesskap.

Artikkel 39 nr. 5 fastslår at dersom oppdragsgivere fra ulike medlemsstater har opprettet en felles enhet, herunder europeiske grupper for territorialt samarbeid i henhold til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1082/2006, eller andre enheter opprettet i henhold til EU/EØS-retten, skal de deltakende oppdragsgiverne, etter beslutning fra kompetent organ i den felles enheten, inngå avtale om at en av følgende nasjonale regler for innkjøp skal gjelde;

* reglene i EØS-staten hvor enheten er lokalisert (bokstav a), eller
* reglene i EØS-staten hvor enheten utøver sine aktiviteter (bokstav b).

Avtalen kan enten gjelde for et ubestemt tidsrom, dersom det er tatt inn i den felles enhetens stiftelsesdokumenter. Den kan også begrenses til et visst tidsrom, visse typer kontrakter eller til én eller flere enkeltstående kontraktstildelinger.

Forsyningsdirektivet inneholder tilsvarende bestemmelser i artikkel 57.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke bestemmelser om samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater.

I anskaffelsesforskriften er artikkel 39 gjennomført i § 29-2.

### Utvalgets vurdering

Artikkel 39 er allerede gjennomført i anskaffelsesforskriften § 29-2, og utvalgets lovforslag er tilnærmet likt som anskaffelsesforskriftens regulering.

I henhold til artikkel 39 nr. 2, andre avsnitt kan medlemsstatene begrense oppdragsgiveres handlingsrom ved å angi at de bare kan bruke samordnede innkjøp som grossist eller som mellommann. Det kan argumenteres for at det vil være færre juridiske problemstillinger knyttet til lovvalg ved å begrense handlingsrommet til kun å anskaffe varer og tjenester direkte fra innkjøpssentralen som grossist. Utvalget mener imidlertid det er best i overensstemmelse med mandatet at oppdragsgivernes handlingsrom ikke innskrenkes.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* Å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 39 i ny lov om offentlige anskaffelser § 11-17.

[Boks slutt]

## Innledende markedsundersøkelser [artikkel 40 og 41]

### Gjeldende rett

Før en konkurranse innledes kan det være hensiktsmessig å undersøke markedet. Formålet er å få nærmere informasjon om det markedet som er målgruppen for en eventuell konkurranse. Gjennom markedsundersøkelser vil oppdragsgiver kunne få informasjon om hva markedet kan levere av ulike løsninger, men også utviklingen eller muligheten for nye metoder eller løsninger.

I anskaffelsesdirektivet artikkel 40 er det gitt regler om innledende markedsundersøkelser. Artikkelen åpner for at det kan gjennomføres markedsundersøkelser før en anskaffelsesprosess settes i gang, og gir en overordnet beskrivelse av hva en slik dialog kan inneholde. Dette kan for eksempel være å søke eller å motta råd fra uavhengige sakkyndige eller myndigheter, eller fra leverandører. Det er tillatt for oppdragsgiver å bruke rådene i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, men det oppstilles en begrensning ved at rådgivningen ikke må medføre at konkurransen vris, eller medfører brudd på prinsippene om ikke-diskriminering og gjennomsiktighet.

I artikkel 41 er det gitt regler om hvilke følger det får at en leverandør har vært involvert i planleggingen av anskaffelsen. Bestemmelsen gjelder uavhengig av hvilke omstendigheter som har ledet til at vedkommende har vært involvert. Det kan være i forbindelse med en innledende markedsundersøkelse i henhold til artikkel 40, men også andre former av involvering vil medføre at artikkel 41 kommer til anvendelse. I de tilfeller en leverandør har vært involvert i planleggingen av anskaffelsesprosessen, oppstiller anskaffelsesdirektivet en plikt for oppdragsgiver til å treffe hensiktsmessige tiltak for å sikre at konkurransen ikke vris som følge av deltakelsen.

Artikkel 41 andre avsnitt første punktum oppstiller en konkret angivelse av hva som er å anse som hensiktsmessige tiltak for å utjevne de potensielle fordelene leverandøren har hatt som følge av involveringen i forkant av anskaffelsesprosessen

Direktivets angivelse av egnede tiltak er ikke fakultative, men tiltak som oppdragsgiver skal iverksette, jf. ordlyden «Slike tiltak skal omfatte».

For det første skal oppdragsgiver kommunisere til de andre leverandørene relevant informasjon som ble utvekslet i forbindelse med, eller som et resultat fra involveringen i forkant av anskaffelsesprosessen. For det andre skal oppdragsgiver fastsette tilstrekkelige tidsfrister for å motta tilbud. Direktivet gir ingen angivelse eller beskrivelse på hva som er en tilstrekkelig tidsfrist.

Indirekte åpner direktivet også for at en tidlig involvering fra en leverandør kan medføre at vedkommende blir avvist fra konkurransen. Det følger av artikkel 41 andre avsnitt andre punktum at leverandøren «bare» skal avvises fra konkurransen når det ikke finnes noen annen måte å sikre at likebehandlingsprinsippet overholdes. Etter artikkel 41 tredje avsnitt første punktum skal vedkommende leverandør få anledning til å bevise at deres involvering i forberedelsen av anskaffelsesprosessen ikke er egnet til å vri konkurransen, før det skjer en avvisning.

Forsyningsdirektivet artikkel 58 og 59 inneholder samme bestemmelser som anskaffelsesdirektivet om innledende markedsundersøkelser. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke egne regler om markedsdialog.

### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivets artikkel 40 og 41 om markedsdialog i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 12-1 og 12-2.

Utvalget mener direktivets bestemmelser gir en hensiktsmessig regulering av markedsundersøkelser. Utvalget foreslår enkelte endringer fra dagens regulering i anskaffelsesforskriften, slik at ny lovtekst bringes nærmere direktivteksten. Etter utvalgets syn er dette ikke bare en rent språklig tilpasning og de mest sentrale endringene omtales i det følgende.

Utvalget viser til at anskaffelsesforskriften § 12-2 pålegger oppdragsgiver å treffe egnede tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel hvis vedkommende også skal delta i konkurransen. Terskelen for når plikten til å treffe tiltak inntreffer, synes å være lavere etter direktivet, ved at tiltakene skal sikre at «konkurransen ikke vris». Siden formålet med bestemmelsen er å sikre at oppdragsgiver treffer egnede tiltak for å utjevne potensielle fordeler, taler dette etter utvalgets syn for en lavere terskel enn det som oppstilles i dagens forskrift. Hensynet til likebehandling av leverandørene taler for at oppdragsgiver må ha en plikt til å utjevne konkurransefordeler, uten noen vurdering av om disse eventuelt kan klassifiseres som urimelige. I forslag til ny § 12-2 er det på denne bakgrunn foreslått at oppdragsgiver skal treffe tiltak for å sikre at konkurransen ikke vris.

Utvalget foreslår også en innstramming i ordlyden som bedre reflekterer at direktivteksten legger til grunn at egnede tiltak skal være å gi informasjon og fastsette en tilstrekkelig tidsfrist for mottak av tilbud. Dette fremgår av utvalgets forslag til § 12-2 annet ledd.

Utvalget vil komme tilbake til spørsmålet om avvisning, også i forlengelsen av markedsundersøkelser, i andre delutredning.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføres anskaffelsesdirektivet artikkel 40 og 41 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 12-1 og 12-2.

[Boks slutt]

## Kravspesifikasjoner [artikkel 42]

### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 42 nr. 1 første avsnitt at oppdragsgiver fastsetter egenskapene som kreves av ytelsen i kravspesifikasjoner.[[809]](#footnote-809) Kravspesifikasjonene skal angis i anskaffelsesdokumentene.

Det er presisert i artikkel 42 nr. 1 andre avsnitt at ytelsens egenskaper også omfatter produksjonsprosessen eller -metoden, levering av ytelsen, eller en bestemt prosess i andre deler av ytelsens livssyklus. Dette gjelder også dersom slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold, forutsatt at de er knyttet til kontraktsgjenstanden og står i forhold til dens verdi og formål. I dette ligger det både et krav om tilknytning, og et vilkår om forholdsmessighet. Det kan altså ikke stilles krav til ytelsen som er strengere enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen, og kravene kan ikke gjelde generelle forhold som ikke har konkret betydning for anskaffelsen. Forholdsmessighetsprinsippet medfører også at oppdragsgiver må foreta en vurdering av hvilken detaljeringsgrad som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen.[[810]](#footnote-810)

Det er presisert i artikkel 42 nr. 1 tredje avsnitt at kravspesifikasjonene også kan angi hvorvidt det vil kreves overføring av immaterielle rettigheter.

For alle anskaffelser som er beregnet til bruk av fysiske personer, følger det av artikkel 42 nr. 1 fjerde avsnitt at kravspesifikasjonene skal utformes slik at det tas hensyn til tilgjengelighetskriterier for personer med nedsatt funksjonsevne eller til universell utforming. Dette gjelder uansett om ytelsen skal brukes av privatpersoner eller av personale hos oppdragsgiver. Bare i saklig begrunnede tilfeller kan kravene utarbeides uten at det tas hensyn til tilgjengelighet eller universell utforming.

Dersom det er vedtatt obligatoriske tilgjengelighetskrav i en EU-rettsakt, følger det av artikkel 42 nr. 1 femte avsnitt at krav om tilgjengelighet eller universell utforming skal være utformet gjennom en henvisning til disse.

Artikkel 42 nr. 2 fastsetter at kravspesifikasjonene skal gi leverandørene lik tilgang til å delta i konkurransen, og at kravene ikke må skape uberettigede hindringer for at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse. Bestemmelsen er et utslag av prinsippet om likebehandling, og er ikke antatt å gå lenger enn det som allerede følger av dette prinsippet. I sak C-552/13 Grupo Hospitalisario Quiron tok EU-domstolen stilling til om kravspesifikasjonene skapte et ubegrunnet hinder for konurranse. Domstolen uttalte i denne saken, på generelt grunnlag, at artikkel 23 nr. 2, som tilsvarer artikkel 42 nr. 2, er et uttrykk for det grunnleggende prinsippet om likebehandling.[[811]](#footnote-811)

Artikkel 42 nr. 2 griper ikke inn i oppdragsgivers frihet til å definere sine egne behov. Bestemmelsen er heller ikke til hinder for at oppdragsgiver fastsetter egenskaper ved ytelsen som begrenser hvem som kan delta i konkurransen, så lenge egenskapen dekker et saklig behov hos oppdragsgiver.[[812]](#footnote-812) EU-domstolen har samtidig uttalt at prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet er særlig viktige ved fastsettelsen av kravspesifikasjoner fordi både valg av hvilke krav som skal stilles, og hvordan disse skal utformes, er forbundet med særlig risiko for forskjellsbehandling.[[813]](#footnote-813) [[814]](#footnote-814)

De forskjellige måtene oppdragsgiver kan utforme kravspesifikasjonen på er redegjort for i artikkel 42 nr. 3 bokstav a til d. Bestemmelsen gjelder med mindre annet fremgår av ufravikelige nasjonale tekniske regler.

Bokstav a angir at oppdragsgiver kan stille ytelses- eller funksjonskrav. Oppdragsgiver stiller da krav til ytelsens funksjon, eller behovet ytelsen skal dekke, men overlater til leverandørene å tilby løsninger som har de nødvendige funksjonene. Det er presisert at ytelses- og funksjonskravene kan omfatte miljøegenskaper. Beskrivelsen av den ønskede ytelsen eller funksjonen må være så presis at tilbyderne kan forstå hva som er kontraktsgjenstanden, og at oppdragsgiver kan tildele kontrakten.

I fortalen premiss 74 andre avsnitt er det gitt uttrykk for at ytelses- og funksjonskrav bør brukes i så stor grad som mulig. Slike krav reduserer muligheten for at konkurransen kunstig begrenses gjennom krav som favoriserer enkeltleverandører. Denne typen krav er også best egnet for å fremme innovasjon i offentlige anskaffelser.[[815]](#footnote-815)

Bokstav b angir at kravene kan utformes gjennom henvisninger til tekniske spesifikasjoner. De forskjellige typene tekniske spesifikasjoner er definert i vedlegg VII til direktivet, se boks 24.55 og 24.56.

Liste over tekniske spesifikasjoner i vedlegg VII

Det kan vises til følgende fem typer spesifikasjoner, angitt i rangert rekkefølge:

* Nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder
* Europeiske tekniske vurderinger
* Felles tekniske spesifikasjoner
* Internasjonale standarder
* Andre tekniske referanser utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer.

[Boks slutt]

Dersom ingen av disse spesifikasjonene finnes, fremgår det av bokstav b at det kan henvises til nasjonale standarder, nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og gjennomføring av arbeider og bruk av produktene. Hver henvisning skal etterfølges av uttrykket «eller likeverdig».[[816]](#footnote-816) I dette ligger både en plikt for oppdragsgiver til å opplyse om at oppdragsgiver aksepterer alternativ oppfyllelse, og et krav om at tilbud som dekker oppdragsgivers fastsatte behov skal godtas selv om de ikke oppfyller alle kravene i den tekniske spesifikasjonen det er henvist til.

Direktivet åpner også for at oppdragsgiver kan kombinere ytelses- og funksjonskrav og tekniske spesifikasjoner dersom dette er en hensiktsmessig måte å beskrive egenskaper ved ytelsen. Av artikkel 42 nr. 3 bokstav c følger det av kravene kan utformes som ytelses- eller funksjonskrav etter bokstav a, der det presumeres at kontraktsgjenstanden oppfyller disse kravene dersom den er i overenstemmelse med spesifikasjoner som angitt i bokstav b.

Bokstav d angir at kravene kan utformes gjennom henvisninger til tekniske spesifikasjoner for enkelte egenskaper, og som ytelses- og funksjonskrav for andre egenskaper.

Tekniske spesifikasjoner

I Norge finnes det tre standardiseringsorganisasjoner som forvalter ulike nasjonale, europeiske og internasjonale standardiseringsprodukter. Dette er Standard Norge, Norsk Elektroteknisk Komite (NEK) og Nasjonal Kommunikasjonsmyndighet (NKOM). I vedlegg VII til anskaffelsesdirektivet skilles det på følgende produkter, som kan benyttes som kravspesifikasjoner i en anskaffelse:

Tekniske spesifikasjoner

1. Tekniske spesifikasjoner i forbindelse med offentlige bygg- og anleggskontrakter er summen av dokumenter i anskaffelsen som angir krav til materialer, produkter og leveranser som er satt av oppdragsgiver for å oppfylle kontrakten.
2. Tekniske spesifikasjoner i forbindelse med offentlige forsynings- og servicekontrakter er krav som stilles til et produkt eller en tjeneste.

Eksempler på slike tekniske spesifikasjoner er lovkrav, spesifikasjoner fra bestiller med direkte henvisning til standarder, bestillers dokumenter med indirekte henvisning til standarder, for eksempel NS 3420-serien. Denne benyttes til å utarbeide tekniske beskrivelser som inngår i et konkurransegrunnlag, og den er bygget opp på en måte som ved bruk sikrer lik forståelse av omfang, produkt-, utførelses- og toleransekrav til det som skal leveres/bygges.

Standarder

Standarder er tekniske spesifikasjoner fastsatt av en anerkjent standardiseringsorganisasjon til gjentatt eller kontinuerlig bruk, uten at krav til overholdelse er obligatorisk, som en:

1. Internasjonal standard fastsatt av en internasjonal standardiseringsorganisasjon. Eksempler på slike standarder er ISO-standarder, som for eksempel ISO 9001:2015 om ledelsessystemer for kvalitet.
2. Europeisk standard fastsatt av en europeisk standardiseringsorganisasjon. Eksempler på slike standarder er CEN-standarder, som for eksempel EN 17687:2022 om integritet og ansvarlighet i offentlige anskaffelser.
3. Nasjonal standard fastsatt av en norsk standardiseringsorganisasjon. Eksempler på slike standarder er NS (Norsk Standard), for eksempel NS 9406:2022 om kvalitet på skrei.

Dette er dokumenter som i utgangspunktet er frivillig å benytte, med mindre det vises til dem av myndigheter i regelverk. Internasjonale og europeiske standarder kan være fastsatt som nasjonale standarder som for eksempel NS-ISO, NS-EN ISO eller NS-EN.

Europeiske tekniske vurderinger

Europeiske tekniske vurderinger er dokumenterte vurderinger av egenskaper ved en byggevare i henhold til EUs forordning 305/2011 artikkel 2 nr. 12. Eksempler på slike europeiske tekniske vurderinger er ETA (The European Technical Assessment), som gir en uavhengig Europaomfattende prosedyre for å vurdere essensielle ytelsesegenskaper til ikke-standardiserte byggevarer. ETA tilbyr produsenter en frivillig vei til CE-merking av produkter, når produktet ikke er helt eller delvis dekket av en harmonisert standard (hEN) under EUs byggevareforordning.

Felles tekniske spesifikasjoner

Felles tekniske spesifikasjoner er tekniske spesifikasjoner på IKT-området i henhold til EUs forordning 1025/2012 artikkel 13 og 14. Eksempler på slike felles tekniske vurderinger er EHF (Elektronisk handelsformat), som er det formatet som skal brukes for faktura i offentlige anskaffelser. Dette formatet er blant annet basert på UBL, som er én av de obligatoriske meldingssyntaksene det stilles krav om i en harmonisert standard om elektronisk fakturering (NS-EN 16931-1:2017+A1:2019).

Andre tekniske referanser

Andre tekniske referanser er leveranser utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer utover standarder. Eksempler på slike leveranser er SN-CEN/TS (CEN tekniske spesifikasjoner), SN-CEN/TR (tekniske rapporter), NHS (Norsk hurtigspesifikasjon) eller utredninger.

Kilde: Standard Norge

[Boks slutt]

Artikkel 42 nr. 4 fastsetter at kravspesifikasjoner ikke kan vise til bestemte forhold ved ytelsen som har til virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Dette omfatter henvisninger til bestemte fabrikat, en bestemt opprinnelse eller til en bestemt prosess som kjennetegner produktene eller tjenestene til en bestemt leverandør. Det kan heller ikke vises til varemerker, patenter, bestemte typer produkter, produktopprinnelse eller produksjon.

Slike henvisninger er bare unntaksvis tillatt, dersom en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden ikke er mulig å utforme gjennom ytelses- og funksjonskrav, henvisninger til tekniske spesifikasjoner, eller en kombinasjon av disse. Henvisningen skal i så fall ledsages av uttrykket «eller likeverdig». Unntaket er snevert, og skal fortolkes strengt.[[817]](#footnote-817) At unntaket er snevert, og at henvisningene må etterfølges av «eller likeverdig», henger sammen med at denne typen henvisninger både kan påvirke deltakerinteressen i den aktuelle konkurransen, men også skape hindringer for den grensekryssende handelen i EU.[[818]](#footnote-818)

Dersom oppdragsgiver henviser til tekniske spesifikasjoner nevnt i artikkel 42 nr. 3 bokstav b, kan et tilbud ikke avvises på grunn av manglende oppfyllelse av disse dersom leverandøren på en hensiktsmessig måte godtgjør at løsningene som foreslås oppfyller kravene i spesifikasjonen på en likeverdig måte, jf. artikkel 42 nr. 5. Dette gjelder tilsvarende når leverandøren på hensiktsmessig måte godtgjør at ytelsen har tilsvarende egenskaper som en merkevare eller lignende som er beskrevet i medhold av unntaksregelen i artikkel 42. nr. 4.[[819]](#footnote-819) Egnet dokumentasjon kan være prøvingsrapporter, sertifisering og annen dokumentasjon angitt i artikkel 44.

Dersom oppdragsgiver har stilt ytelses- og funksjonskrav etter bokstav a, følger det av artikkel 42 nr. 6 at et tilbud ikke skal avvises dersom det er i overenstemmelse med en av de fem typene spesifikasjoner nevnt i rangert rekkefølge i bokstav b, og spesifikasjonen tar sikte på å dekke de ytelses- eller funksjonskravene oppdragsgiver har fastsatt. Leverandøren må i tilbudet godtgjøre med egnet dokumentasjon at ytelsen som er i overenstemmelsen med en av de relevante spesifikasjonene, oppfyller oppdragsgivers ytelses- eller funksjonskrav.

Et spørsmål som har oppstått i praksis er grensen mellom kravspesifikasjoner, som gjelder ytelsens egenskaper, og kontraktsvilkår, jf. artikkel 70. I sak C-367/10 tok EU-domstolen stilling til om kravspesifikasjonen kunne utformes gjennom henvisning til merket Max Havelaar, som er en merkeordning for etisk handel. Domstolen konkluderte med at kjøpsbetingelsene mellom leverandøren og produsenten ikke gjaldt ytelsens egenskaper, og dermed ikke lovlig kunne inntas i kravspesifikasjonen. Slike krav måtte stilles som kontraktsvilkår.

Max Havelar-saken gjaldt forrige anskaffelsesdirektiv, men EU-kommisjonen har i en uttalelse 17. september 2021 gitt uttrykk for at denne typen merkeordninger normalt heller ikke vil kunne inntas som kravspesifikasjoner etter dagens regelverk:

«Requirements relating e.g. to conditions applicable to the staff performing the contract or the trading conditions of the goods, are in fact unlikely to qualify as technical specifications, as technical specifications relate to considerations directly concerning the product characteristics and its production process. Requirements concerning the staff’s treatment and trading conditions relate to how the contract needs to be performed, and as such they may be used as award criteria or contract performance conditions. For instance, fair trade label requirements for a specific product, or Ecolabel requirements aiming to ensure compliance of suppliers of the specific goods with ILO Conventions may be compliant with Article 43(1)(a) and may be used in award criteria or contract performance clauses, but not in technical specifications.»[[820]](#footnote-820)

Forsyningsdirektivet har tilsvarende regulering av kravspesifikasjoner i artikkel 60. I tillegg inneholder forsyningsdirektivet en egen bestemmelse om tilgang til kravspesifikasjoner i artikkel 63.

Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 36 om tekniske og funksjonelle krav har forenklede bestemmelser om kravspesifikasjoner sammenlignet med de øvrige direktivene.

Anskaffelsesforskriften regulerer kravspesifikasjoner og krav til universell utforming i §§ 15-1 og 15-2.

### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 42 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i norsk rett, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til gjeldende anskaffelsesregelverk.

Artikkel 42 er utformet på en måte som ikke passer inn i norsk lovtradisjon, og utvalgets forslag innebærer at bestemmelsen deles opp, og at språket forenkles sammenlignet med direktivteksten og gjeldende forskrift. Dette er innebærer ingen realitetsendring sammenlignet med gjeldende regelverk, utover at handelsbetingelser ikke lenger er nevnt som en type krav som kan stilles i kravspesifikasjoner.

Utvalget foreslår å beholde begrepet kravspesifikasjoner, som er godt innarbeidet i norsk anskaffelsesrett, der direktivet bruker begrepet tekniske spesifikasjoner. I norsk anskaffelsesrett har tekniske spesifikasjoner vært benyttet om kravspesifikasjoner som utformes ved henvisning til standardene nevnt i boks 1.1 og 1.2, jf. artikkel 42 nr. 3 bokstav b. Utvalgets forslag viderefører denne begrepsbruken. Flere av de øvrige språklige forenklingene i dagens forskrift er også videreført i utvalgets forslag.

Utvalgets forslag innebærer at artikkel 42 nr. 1 første, andre og tredje avsnitt gjennomføres i en overordnet bestemmelse om kravspesifikasjoner. Bestemmelsen angir rammene for hvilke egenskaper ved ytelsen som kan beskrives i kravspesifikasjoner. I gjeldende forskrift § 15-1 andre ledd er handelsbetingelser nevnt som en egenskap det kan stilles krav om. Dette følger ikke av direktivteksten, og i lys av EU-kommisjonens uttalelse 17. september 2021 fremstår det tvilsomt at slike egenskaper kan inntas i kravspesifikasjoner. Handelsbetingelser gjelder gjennomføringen av kontrakten, og må derfor inntas som kontraktsvilkår. Det vises til gjennomgangen av artikkel 70 i kapittel 24.37. Utvalgets forslag innebærer på dette punktet en endring sammenlignet med dagens forskrift.

Ved gjennomføringen av direktivet skal det tas hensyn til FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne.[[821]](#footnote-821) Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 42 nr. 1 fjerde og femte avsnitt i en egen lovbestemmelse og på denne måten fremheve plikten til å ta hensyn til universell utforming. I tråd med mandatet om forenkling vurderer utvalget det hensiktsmessig at bestemmelsen også gjelder der det finnes nasjonale, obligatoriske krav som er vedtatt i lov eller forskrift. Dette er også løsningen i gjeldende anskaffelsesforskrift.

Utvalget foreslår at det gis en egen bestemmelse om utforming av kravspesifikasjoner. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 42 nr. 2 og 3. Siden utformingen av kravspesifikasjoner er forbundet med en særlig risiko for at konkurransen begrenses, vurderer utvalget det som hensiktsmessig å fremheve at kravspesifikasjoner ikke må føre til uberettigede hindringer for at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse, jf. artikkel 42 nr. 2. Dette innebærer en regelteknisk endring sammenlignet med dagens regelverk, der dette måtte utledes av prinsippene i loven § 4. Innholdsmessig innebærer det imidlertid ingen endring.

Ved gjennomføringen av artikkel 42 nr. 3 foreslår utvalget å beholde løsningen i dagens anskaffelsesforskrift, der bestemmelsen i direktivets bokstav c og d er slått sammen i en felles bestemmelse om utforming av kravspesifikasjoner gjennom bruk av både ytelses- og funksjonskrav og tekniske spesifikasjoner. Dette innebærer ingen innsnevring sammenlignet med direktivet.

Artikkel 42 nr. 4 inneholder forbudet mot å henvise til merkevarer eller lignende, og unntak fra dette. Dette er praktisk viktige regler, og utvalgets forslag innebærer at disse skilles ut i en egen bestemmelse. Ved utformingen av kravspesifikasjoner ved henvisning til tekniske spesifikasjoner, eller gjennom henvisninger til merkenavn eller lignende, skal henvisningene etterfølges av tillegget «eller tilsvarende». Dette er ordlyden i dagens forskrift, og i den danske versjonen av direktivteksten. I den norske oversettelsen av direktivet heter tillegget «eller likeverdig», som innholdsmessig betyr det samme. I tråd med mandatet om forenkling, foreslår utvalget å beholde det innarbeidede begrepet.

Artikkel 42 nr. 5 og 6 gir regler om hvilken alternativ dokumentasjon på oppfyllelse av kravspesifikasjonene oppdragsgiver må godta. Disse foreslås gjennomført i en egen bestemmelse.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 42 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 13-1 til 13-5.

[Boks slutt]

## Merker [artikkel 43]

### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 43 nr. 1 at når oppdragsgiver skal anskaffe varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider med spesifikke miljømessige, sosiale eller andre egenskaper, kan det stilles krav om at disse egenskapene dokumenteres gjennom merker. For eksempel kan et miljømerke brukes som dokumentasjon på at ytelsen kommer med miljøvennlig emballasje, mens et fair trade merke kan dokumentere at handelen med produktet er skjedd på en etisk forsvarlig måte.[[822]](#footnote-822) [[823]](#footnote-823) Hvilke andre egenskaper som kan dokumenteres gjennom merker er ikke avklart i praksis, men det antas at egenskaper som innovasjon og inkludering vil være mulig å dokumentere gjennom merker.[[824]](#footnote-824)

Oppdragsgiver kan ifølge artikkel 43 nr.1 stille krav om merker som dokumentasjon på egenskaper angitt i kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller i kontraktsvilkårene. For å kunne brukes i kravspesifikasjoner, må merkeordningen oppfylle kravene i artikkel 42. Det vises til gjennomgangen i kapittel 24.29.

Dersom merket ikke kan brukes i kravspesifikasjonene, kan det likevel være egnet til å dokumentere egenskaper angitt i et tildelingskriterium eller i kontraktsvilkårene. I C-368/10 Max Havelaar kom EU-domstolen til at et fair-trade merke ikke kunne benyttes i kravspesifikasjonene, fordi det gjaldt forhold ved kontraktgjennomføringen i direktivets forstand, og lovligheten av å kreve merket måtte da vurderes etter bestemmelsen om kontraktsvilkår.[[825]](#footnote-825) [[826]](#footnote-826) Det er oppdragsgiver som må vurdere hvordan merker skal benyttes i den enkelte anskaffelsen.

Adgangen til å kreve merker forutsetter at de kumulative vilkårene i artikkel 43 nr. 1 bokstavene a til e er oppfylt.

Det følger av bokstav a at merkekravene bare må gjelde kriterier som har tilknytning til leveransen, og som er egnet til å beskrive egenskaper ved kontraktsgjenstanden, enten den består av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

I bokstav b er det angitt at merkekravene må være basert på objektivt kontrollerbare og ikke-diskriminerende kriterier.

Bokstav c stiller krav om at merkene må være vedtatt etter en åpen og gjennomsiktig fremgangsmåte der alle relevante interessenter kan delta. Eksempler på relevante interessenter er offentlige organer, forbrukere, partene i arbeidslivet, produsenter, distributører og ikke-statlige organisasjoner.

Bokstav d stiller krav om at merkene må være tilgjengelig for alle interessenter.

Det følger videre av bokstav e at merkekrav-ene må fastsettes av en tredjepart som leverandøren som søker om merket ikke kan utøve noen avgjørende innflytelse på. Dette utelukker blant annet interne merkeordninger. At offentlige institusjoner er involvert i fastsettelsen av merkekravene endrer ikke deres status som tredjeparter i forhold til den offentlige oppdragsgiveren som gjennomfører anskaffelsen.[[827]](#footnote-827)

Av artikkel 43 nr. 1 andre avsnitt følger det at dersom oppdragsgiver ikke krever at alle merkekravene i merkeordningen er oppfylt, skal det angis hvilke merkekrav som må oppfylles.

Det følger videre av artikkel 43 nr. 1 tredje avsnitt at en oppdragsgiver som har stilt krav om et bestemt merke, likevel skal godta alle merker som viser at kontraktsgjenstanden oppfyller likeverdige merkekrav.

Artikkel 43 nr. 1 fjerde avsnitt angir at dersom en leverandør påviselig ikke hadde noen mulighet til å oppnå det bestemte merket eller et likeverdig merke innen gjeldende frist, og dette ikke kan tilskrives leverandøren selv, må oppdragsgiver godta annen egnet dokumentasjon på at merkekravene er oppfylt. Direktivet angir teknisk dokumentasjon fra produsenten som eksempel på slik alternativ dokumentasjon. Det er leverandøren som har bevisbyrden for at den alternative dokumentasjonen oppfyller merkekravene.

Det følger avslutningsvis av artikkel 43 nr. 2 at dersom et merke oppfyller vilkårene i bokstav b til e, men også fastsetter krav som ikke har tilknytning til kontraktsgjenstanden, skal oppdragsgiver ikke kreve selve merket som dokumentasjon. Isteden kan kravspesifikasjonen utformes med henvisning til kravene for merket, eller deler av disse.

Forsyningsdirektivet har tilsvarende regulering av merker i artikkel 61. Konsesjonskontraktdirektivet har ingen tilsvarende bestemmelse.

Anskaffelsesforskriften regulerer bruk av merker i § 15-3.

### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 43 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesforskrift, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Adgangen til å be om merker gjør at oppdragsgiver kan få sikkerhet for at ytelsen har de etterspurte egenskapene uten selv å måtte vurdere komplisert eller teknisk dokumentasjon. Oppdragsgiver som stiller krav om merke må likevel under visse forutsetninger godta annen egnet dokumentasjon på at de underliggende merkekravene er oppfylt, herunder teknisk dokumentasjon.

Utvalget foreslår at plikten til å godta tilsvarende merker og annen egnet dokumentasjon plasseres i en egen bestemmelse, slik at det kommer tydelig frem i hvilke tilfeller oppdragsgiver må akseptere alternativ dokumentasjon, og at likeverdige merker alltid må godtas. Forslaget medfører en endring i regelstrukturen sammenlignet med dagens forskrift, men innebærer ingen materielle endringer.

Utvalget anser det ikke hensiktsmessig å utvide plikten til å godta annen dokumentasjon, selv om dette i noen tilfeller kan lette adgangen til konkurranser for små og mellomstore bedrifter.[[828]](#footnote-828) En slik utvidelse vil etter utvalgets syn kunne føre til at oppdragsgivere ikke stiller krav om merker, på bakgrunn av risiko for å måtte vurdere omfattende teknisk dokumentasjon. Det vil være en uheldig utvikling. Merker er forenklende og arbeidsbesparende.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 43 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 13-6 og 13-7.

[Boks slutt]

## Dokumentasjon [artikkel 44]

### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 44 nr. 1 at oppdragsgiver kan kreve at leverandørene leverer prøvingsrapport eller sertifikat fra et samsvarsvurderingsorgan som dokumentasjon på at ytelsen er i samsvar med krav i kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene. Dette skal hjelpe oppdragsgiver å sikre at krav til for eksempel forsyningskjeden eller andre komplekse forhold kan verifiseres, selv om oppdragsgiver ikke selv besitter den nødvendige kompetansen til dette.[[829]](#footnote-829)

Artikkel 44 nr. 1 andre avsnitt angir at dersom det kreves sertifikat fra et bestemt samsvarsvurderingsorgan, skal oppdragsgiver godta sertifikat fra tilsvarende organer.

For å være et samsvarsvurderingsorgan i bestemmelsens forstand, må organet være akkreditert i henhold til forordning (EF) nr. 765/2008 om akkreditering og markedstilsyn.[[830]](#footnote-830) Som eksempler på samsvarsvurderinger nevner artikkel 44 nr. 1 tredje avsnitt kalibrering, prøving, sertifisering og inspeksjon.

Artikkel 44 nr. 2 fastsetter at en oppdragsgiver som har stilt krav om prøvingsrapport eller sertifikat etter nr. 1, under gitte forutsetninger må godta annen egnet dokumentasjon på at kontraktsgjenstanden har de egenskapene rapporten eller sertifikatet skal dokumentere. Egnet dokumentasjon kan ifølge bestemmelsen være teknisk dokumentasjon fra produsenten.

Oppdragsgiver må bare godta slik dokumentasjon dersom leverandøren ikke hadde tilgang til å få utstedt prøvingsrapport eller sertifikat, eller det ikke var mulig å få slike utstedt innen gjeldende frist, og dette ikke skyldes leverandøren selv. Dokumentasjonen må vise at kontraktsgjenstanden oppfyller kravene i kravspesifikasjonen, tildelingskriteriene eller konstraktsvilkårene.

Artikkel 44 nr. 3 pålegger medlemsstatene å stille opplysninger om dokumenter fremlagt i henhold til artikkel 42 nr. 6, artikkel 43 og artikkel 44 til rådighet for andre medlemsstater.

Fosyningsdirektivet har en tilsvarende bestemmelse om prøvingsrapporter, sertifisering og annen dokumentasjon i artikkel 62. Konsesjonskontraktdirektivet har ingen tilsvarende bestemmelse.

Anskaffelsesforskriften gir regler om dokumentasjon i § 15-4.

### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 44 nr. 1 og 2 i ny lov om offentlige anskaffelser. Disse er gjennomført i gjeldende anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering. Artikkel 44 nr. 3 retter seg mot medlemsstatene, og foreslås ikke gjennomført i den nye loven.

Artikkel 44 åpner for at oppdragsgiver kan kreve at leverandørene fremlegger prøvingsrapport eller sertifikat fra et samsvarsvurderingsgsorgan som dokumentasjon på at ytelsen oppfyller kravene i konkurransen. Dette muliggjør, i likhet med merker, en forenklet bedømmelse av om tilbudene oppfyller kravene oppdragsgiver har stilt.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 44 i ny lov om offentlige anskaffelser § 13-8.

[Boks slutt]

## Alternative tilbud, oppdeling av kontrakter og fastsettelse av frister [artikkel 45, 46, 47]

### Alternative tilbud [artikkel 45]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 45 nr. 1 at oppdragsgiver kan tillate eller kreve alternative tilbud.[[831]](#footnote-831) I så fall skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Hvis det ikke er angitt, er alternative tilbud ikke tillatt.

Direktivet inneholder ingen definisjon av alternative tilbud. I anskaffelsesforskriften er alternative tilbud definert som et tilbud som på oppdragsgivers oppfordring beskriver en annen løsning enn den som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene. I dette ligger det at alternative tilbud må løse oppdragsgivers behov på en annen måte enn det oppdragsgiver har lagt føringer for i anskaffelsesdokumentene. Dette i motsetning til parallelle tilbud, der samme leverandør inngir to tilbud som på forskjellig måte oppfyller kravene i anskaffelsesdokumentene.

Ved å åpne opp for alternative tilbud, kan oppdragsgiver la leverandørene bruke sin kunnskap til å løse oppdragsgivers behov på mer kreative måter, og foreslå løsninger som oppdragsgiver selv ikke kjenner til. Samtidig angir artikkel 45 nr. 1 siste setning at de alternative tilbudene må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette er en forutsetning for at tilbudene skal kunne sammenlignes, selv om det alternative tilbudet avviker fra anskaffelsesdokumentene.

Artikkel 45 nr. 2 angir at oppdragsgivere som tillater eller krever alternative tilbud, må angi hvilke minstekrav den alternative løsningen må oppfylle. Dette har en side til at oppdragsgivere som tillater alternative tilbud, ikke kan avvise tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene, med mindre avviket knytter seg til minstekravene. Oppdragsgiver kan også fastsette eventuelle særlige krav til utformingen av alternative tilbud. Dersom alternative tilbud må gis sammen med et ordinært tilbud skal dette angis. Motsetningsvis må en oppdragsgiver som ikke stiller slike krav, akseptere at det bare gis alternative tilbud.

Artikkel 45 nr. 1 siste setning angir at oppdragsgiver må sørge for at tildelingskriteriene utformes slik at de kan brukes både på ordinære tilbud, og på alternative tilbud. Dette er en forutsetning for å kunne sammenligne tilbudene på en objektiv måte, i tråd med kravet til gjennomsiktighet, som er utledet av likebehandlingsprinsippet.

Artikkel 45 nr. 3 inneholder avvisningsregler for alternative tilbud som ikke oppfyller minstekravene i konkurransen. Det fremgår også at oppdragsgiver ikke kan avvise et alternativt tilbud utelukkende fordi den alternative løsningen endrer ytelsen fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt. Avvisningsreglene er tema for utvalgets andre delutredning, og vil ikke gjennomgås nærmere her.

Alternative tilbud er regulert i forsyningsdirektivet artikkel 64. Bestemmelsen gir noe mindre omfattende regulering enn anskaffelsesdirektivet artikkel 45. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ingen regulering av alternative tilbud.

I anskaffelsesforskriften er alternative tilbud i hovedsak regulert i § 23-4. Avvisning av alternative tilbud er imidlertid regulert i 24-8.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 45 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Utvalget foreslår å beholde begrepet alternative tilbud, selv om den norske direktivteksten benytter alternative anbud. Alternative tilbud er et godt innarbeidet begrep i gjeldende regelverk, og utvalget vurderer det som unødvendig å endre ordlyden på dette punktet.

Artikkel 45 nr. 3 inneholder regler om avvisning av tilbud. Avvisningsreglene er tema for utvalgets andre delutredning, og vil ikke gjennomgås nærmere her.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 45 nr. 1 og 2 i ny lov om offentlige anskaffelser § 13-9.

[Boks slutt]

### Oppdeling av kontrakter [artikkel 46]

#### Gjeldende rett

Artikkel 46 nr. 1 fastsetter at oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelser i delkontrakter. Å dele opp større anskaffelser i delkontrakter kan gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter å gi tilbud på offentlige kontrakter.

Det er oppdragsgiver som bestemmer størrelsen på, og innholdet i delkontraktene. Oppdelingen må likevel være saklig begrunnet. Kontrakten kan eksempelvis ikke deles opp med det formål at den enkelte delkontrakten skal unntas anskaffelsesreglene. Dette følger også av verdiberegningsreglene i artikkel 5, som fastslår at verdiberegningen skal baseres på den samlede verdien av delkontraktene, se gjennomgangen i kapittel 24.5.

I vurderingen av om det er hensiktsmessig å dele opp anskaffelsen eller ikke, har oppdragsgiver et vidt skjønn. Det kan blant annet legges vekt på økonomiske hensyn, som stordriftsfordeler, eller markedsmessige hensyn, som at markedet består av små, lokale leverandører. Et praktisk vanlig eksempel er at kommunale kontrakter om vintervedlikehold deles opp geografisk, slik at det konkurreres om å levere tjenester innenfor en eller flere angitte roder. Oppdelingen kan være kvantitativ, for eksempel ved at oppdragsgiver deler opp en større vareleveranse i flere små. Oppdelingen kan også være kvalitativ, ved at oppdragsgiver deler opp en sammensatt anskaffelse slik at forskjellige delytelser leveres av forskjellige leverandører.

I fortalen til direktivet, er oppdragsgivere oppfordret til å dele opp kontrakter på en måte som gjør det enklere for små- og mellomstore bedrifter å delta:

«Slik oppdeling bør gjøres på grunnlag av mengde, slik at størrelsen på enkeltkontrakter bedre tilsvarer SMB-ers kapasitet, eller på grunnlag av kvalitet, i samsvar med de forskjellige bransjene og spesialiseringene som er involvert, for å tilpasse innholdet i enkeltkontraktene bedre til de spesialiserte sektorene for SMB-ene, eller i samsvar med forskjellige senere prosjektfaser.»[[832]](#footnote-832)

Artikkel 46 gir ikke leverandørene rett til å få en kontrakt delt opp. Det følger av artikkel 46 nr. 1 andre avsnitt at oppdragsgivere som ikke deler opp kontrakten, skal gi en kort begrunnelse for dette, enten i anskaffelsesdokumentene, eller i anskaffelsesprotokollen. Bestemmelsen er ikke sanksjonert, og begrunnelsen kan ikke overprøves.[[833]](#footnote-833) Formålet med begrunnelsesplikten er isteden at oppdragsgiver, ved å gjøre en slik vurdering, oftere vil ende opp med å dele opp kontrakten.

Artikkel 46 nr. 2 første avsnitt angir at oppdragsgiver må opplyse i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse om det kan gis tilbud for en, flere eller alle delkontraktene.

Det følger av artikkel 46 nr. 2 andre avsnitt at selv om det er mulig å gi tilbud på flere eller alle delkontraktene, kan oppdragsgiver sette begrensninger på hvor mange delkontrakter som kan tildeles én leverandør. Det maksimale antallet delkontrakter som kan tildeles den enkelte leverandøren må i så fall være opplyst i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Det må også angis objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for hvilke kontrakter som skal tildeles hvem for det tilfellet at anvendelsen av tildelingskriteriene ville resultert i at én leverandør ble tildelt flere enn det maksimale antallet kontrakter. Disse kriteriene eller reglene må angis i anskaffelsesdokumentene.

Artikkel 46 nr. 3 åpner for at medlemsstatene kan gi regler om at oppdragsgiver kan tildele en samlet kontrakt ved å kombinere flere eller alle delkontraktene. Dette forutsetter at det angis i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse at oppdragsgiver forbeholder seg en slik rett. Det må også det angis hvilke delkontrakter eller grupper av delkontrakter som kan kombineres.

Handlingsrommet i artikkel 46 nr. 3 er i dag benyttet i norsk rett. I anskaffelsesforskriften § 19-4 femte ledd er det åpnet for at en oppdragsgiver som har delt opp anskaffelsen i delkontrakter, likevel kan tildele en samlet kontrakt til én leverandør. Dette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, når det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre.

Artikkel 46 nr. 4 åpner for at medlemsstatene kan gjennomføre artikkel 46 nr. 1 andre avsnitt ved å pålegge oppdragsgiver å dele opp anskaffelser på gitte vilkår. Vilkårene må spesifiseres i nasjonal rett, og være i samsvar med EØS-retten. Dette handlingsrommet er i dag ikke benyttet i norsk rett.

Forsyningsdirektivet har en tilsvarende bestemmelse om oppdeling av kontrakter i artikkel 65.

I anskaffelsesforskriften er oppdeling av kontrakter i hovedsak regulert i § 19-4. Deler av bestemmelsen er gjennomført i § 25-5.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 46 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Artikkel 46 nr. 3 gir medlemsstatene et nasjonalt handlingsrom, som i dag er benyttet i forskriften § 19-4 femte ledd. Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver som har delt opp kontrakten likevel på visse vilkår kan tildele en samlet kontrakt. Adgangen til å tildele en samlet kontrakt gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, så fremt det samlede tilbudet totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre.

Utvalget mener det er fornuftig å gi oppdragsgiver muligheten til å velge det som samlet sett er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og foreslår å videreføre regelen i anskaffelsesforskriften § 19-4 femte ledd. Ved å dele opp anskaffelsen, vil det være reelle muligheter for små og mellomstore aktører til å vinne offentlige kontrakter. Samtidig blir ikke det offentlige tvunget til å inngå flere kontrakter som samlet sett oppfyller deres behov dårligere enn én, samlet kontrakt.

Artikkel 46 nr. 4 gir medlemsstatene mulighet til å gjøre det obligatorisk å dele opp anskaffelser på vilkår som fastsettes nasjonalt. Etter utvalgets syn, er det oppdragsgiver selv som kjenner sitt behov, og som står nærmest til å vurdere om en anskaffelse bør deles opp i delkontrakter. I en norsk kontekst, som i liten grad er preget av store sentrale innkjøpere, er det utvalgets vurdering at obligatorisk oppdeling er en mindre egnet måte å fremme hensynet til små og mellomstore bedrifter på. Utvalget vurderer det som mer effektivt å benytte handlingsrommet i artikkel 46 nr. 3, som gjør det mindre risikofylt for oppdragsgivere å dele opp kontrakter. Oppdragsgivere som ikke deler opp kontrakten, må også begrunne dette.

Samlet sett er det utvalgets vurdering at regelverket ikke bør pålegge oppdeling, men isteden bør oppfordre til, og legge til rette for at oppdragsgiver kan dele opp kontrakten der det er hensiktsmessig. På denne måten vil det åpnes for konkurranse om offentlige kontrakter blant små og mellomstore bedrifter, samtidig som hensynet til effektiv ressursbruk ivaretas.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 46 nr. 1, nr. 2 og nr. 3 i ny lov om offentlige anskaffelser § 13-10.

[Boks slutt]

### Fastsettelse av frister [artikkel 47]

#### Gjeldende rett

Artikkel 47 gir regler om fastsettelse av tidsfrister. Bestemmelsen supplerer og tar utgangspunkt i minimumsfristene for de forskjellige anskaffelsesprosedyrene som fremgår av artikkel 27–31. Den nærmere fristberegningen, er regulert i forordning 1182/71 av 3. juni 1971 om fastsettelse av regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter.[[834]](#footnote-834) [[835]](#footnote-835) Oversittelse av tilbudsfrist eller frist for å søke om å delta, medfører at leverandøren ikke får delta i konkurransen.

Det følger av artikkel 47 nr. 1 at når oppdragsgiver fastsetter frister, skal det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden som er nødvendig for å utarbeide tilbud. Fristene kan likevel ikke være kortere enn minimumsfristene i artikkel 27–31.

Om fristen skal være lenger, må vurderes konkret. Det er likevel fremhevet i fortalen at fristen bør gjøres så kort som mulig, uten at det skaper urimelige hindringer for leverandører fra hele det indre marked, særlig små og mellomstore bedrifter.[[836]](#footnote-836)

Minimumsfristene i artikkel 27–31 må i lys av dette antas å være tilstrekkelig til å ivareta regelverkets krav i normale tilfeller.

Artikkel 47 nr. 2 gir en særregel for fastsettelse av tilbudsfrist når det bare er mulig å gi tilbud etter en befaring på stedet, eller etter gjennomsyn av dokumenter som supplerer anskaffelsesdokumentene. I slike tilfeller skal fristen være lang nok til at leverandørene kan få kjennskap til alle opplysninger som kreves for å utarbeide tilbudet. Det legges dermed opp til en forholdsmessighetsvurdering, der fristen må forlenges i tråd med betydningen befaringen eller dokumentgjennomsynet har for utformingen av tilbudet.

Dersom det er lagt opp til befaring, men denne ikke er en forutsetning for å utforme tilbud, kommer ikke bestemmelsen til anvendelse. Fristene skal være lenger enn minimumsfristene i artikkel 27–31, men hvor mye lenger må vurderes konkret.

Artikkel 47 nr. 3 bokstav a og b gir regler om forlengelse av en allerede fastsatt tilbudsfrist. Forlengelsen skal gi alle de berørte aktørene mulighet til å få kjennskap til alle opplysninger som kreves for å utforme tilbud i konkurransen.

Oppdragsgiver skal ifølge bokstav a forlenge fristen dersom tilleggsopplysninger, uansett grunn, ikke er gitt senest seks dager før tilbudsfrist. Dersom det er benyttet en hasteprosedyre, er fristen fire dager. Hvis det ikke er anmodet om supplerende opplysninger i tide, eller dersom tilleggsopplysningene er av uvesentlig betydning for utforming av tilbudet, er oppdragsgiver likevel ikke forpliktet til å forlenge fristen, jf. artikkel 47 nr. 3 tredje avsnitt.

Ifølge bokstav b skal oppdragsgiver også forlenge fristen hvis det gjøres betydelige endringer i anskaffelsesdokumentene. Hvilke endringer som utløser fristforlengelse, er utdypet i fortalen avsnitt 81. Dette gjelder særlig endringer i kravspesifikasjonene som leverandøren vil trenge mer tid til å forstå, og svare tilstrekkelig på, i tilbudet. Endringer som er så omfattende at det ville vært mulig for andre leverandører å delta i konkurransen, er ikke tillat.[[837]](#footnote-837) Dette vil være tilfellet dersom kontraktens karakter er vesentlig forskjellig fra det som opprinnelig fremgikk av anskaffelsesdokumentene.[[838]](#footnote-838)

EU-domstolen har i sak C-298/215 Borta uttalt at adgangen til å endre anskaffelsesdokumentene kan utledes av prinsippene om ikke-diskriminering og likebehandling, og av den tilhørende gjennomsiktighetsforpliktelsen. Domstolen la i tråd med dette til grunn at oppdragsgiver kan gjøre visse endringer i anskaffelsesdokumentene dersom de ivaretar hensynet til likebehandling og forutberegnelighet. Domstolen uttalte at endringene kan være betydelige, men ikke så vesentlige at de kan ha betydning for hvilke leverandører som er interessert i å delta i konkurransen.[[839]](#footnote-839) Adgangen til å gjøre endringer i anskaffelsesdokumentene er også et tema i kapittel 24.02.

Hvor lang fristforlengelsen skal være, må vurderes konkret. Varigheten skal imidlertid stå i et rimelig forhold til opplysningenes eller endringens betydning for utformingen av tilbudet, og det legges dermed opp til en forholdsmessighetsvurdering.

Artikkel 47 nr. 3 angir ikke uttømmende i hvilke situasjoner tilbudsfristen kan forlenges. Også i andre tilfeller kan fristen forlenges, så fremt dette gjøres i samsvar med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, og da særlig likebehandlingsprinsippet.

Forsyningsdirektivet har tilsvarende regulering i artikkel 66. Konsesjonskontraktdirektivet regulerer frister i artikkel 39, som er tilpasset dette direktivets system.

I anskaffelsesforskriften er fastsettelse av frister regulert i § 20-1. Endringer i anskaffelsesdokumentene er regulert i § 14-2.

#### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 47 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Artikkel 47 supplerer minimumsfrister i prosedyrereglene i artikkel 27–31, og forordning 1182/71 om fastsettelse av frister. Bestemmelsen bør derfor utformes på en måte som gjør at den fungerer etter sin hensikt som supplerende regulering. Utvalget foreslår likevel å beholde flere av de språklige forenklingene som ble gjort da bestemmelsen ble gjennomført i anskaffelsesforskriften.

Artikkel 47 nr. 3 bokstav b pålegger oppdragsgiver å forlenge tilbudsfristen dersom det gjøres betydelige endringer i anskaffelsesdokumentene. I den danske versjonen er dette omtalt som væsentlige ændringer. Direktivteksten åpner dermed tilsynelatende for at det gjøres større endringer i anskaffelsesdokumentene enn det som føler av dagens anskaffelsesforskrift § 14-2, som bare åpner for endringer som ikke er vesentlige.

Begrepet vesentlig endring er et godt innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett. Adgangen til å endre både konkurransegrunnlag og en inngått kontrakt, har i norsk rett vært knyttet opp mot denne rettslige normen. Innholdet i vesentlighetsvilkåret vil imidlertid påvirkes av om endringene skjer før eller etter at kontrakt er inngått. Etter utvalgets syn, er dette også i samsvar med direktivets regulering: De betydelige eller vesentlige endringene som utløser fristforlengelse etter artikkel 47 nr. 3 bokstav b, er noe annet enn de vesentlige endringene som utløser kunngjøringsplikt etter artikkel 72. Både den norske og den engelske språkversjonen av direktivet underbygger dette, gjennom å benytte forskjellige begreper i disse bestemmelsene, significant changes og betydelige endringer i artikkel 47 og substantial modifications og vesentlige endringer i artikkel 72.

Bestemmelsen i forskriften § 14-2 om adgangen til å gjøre uvesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene, er en særnorsk bestemmelse, og foreslås ikke videreført i ny lov om offentlige anskaffelser. Se i denne forbindelse gjennomgangen i kapittel 24.02. Endringsadgangen vil dermed følge av prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling og gjennomsiktighet.

Siden begrepet vesentlig endring er et godt innarbeidet rettslig begrep, vil det etter utvalgets syn kunne medføre usikkerhet dersom gjennomføringen av artikkel 47 nr. 3 b pålegger oppdragsgiver å gi fristforlengelse ved betydelige eller vesentlige endringer. Utvalget foreslår derfor å videreføre ordlyden i anskaffelsesforskriften, som sier at endringer som gjør at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud, gir rett til fristforlengelse.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 47 i ny lov om offentlige anskaffelser § 13-11.
* å gjennomføre Forordning 1182/71 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-4.

[Boks slutt]

## Offentliggjøring og gjennomsiktighet [artikkel 48–55]

### Innledning

Kunngjøring er et viktig virkemiddel for å sikre at oppdragsgiver opptrer i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. Kunngjøring gjør at oppdragsgiver kan nå ut til et stort marked, og aktørene på markedet kan respondere ved at interesserte leverandører inngir tilbud. Dette vil kunne gi oppdragsgiver flere valgmuligheter, både med hensyn til pris og kvalitet. Den enkelte leverandør vil være klar over at alle konkurrenter kan inngi tilbud, og på dette grunnlag søke å gi det beste tilbudet.

Direktivet inneholder detaljerte regler om forskjellig typer av kunngjøring, og direktivet stiller krav om at kunngjøring av kontrakter over visse terskelverdier kunngjøres i TED-databasen. Direktivbestemmelsene om kunngjøring utfylles av vedleggene til direktivet, som inneholder detaljerte lister om krav til opplysninger som skal inngå i de ulike kunngjøringstypene.

I norsk offisiell oversettelse av direktivet er dette avsnittet av direktivet oversatt til «offentliggjøring og innsyn». Utvalget vil i det følgende legge til grunn begrepet «gjennomsiktighet» i stedet for innsyn.[[840]](#footnote-840)

### Veiledende kunngjøring [artikkel 48]

#### Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 48 nr. 1 gir regler om veiledende kunngjøringer, og åpner for at en oppdragsgiver kan offentliggjøre en veiledende kunngjøring om de anskaffelser som oppdragsgiver planlegger å gjennomføre. Dette er ingen plikt for oppdragsgiver, men er en mulighet som oppdragsgiver har. Kunngjøringen skal i alle tilfeller inneholde opplysninger som er angitt i vedlegg V, del B, avsnitt I, se boks 24.63.

Krav til innhold i veiledende kunngjøringer etter artikkel 48

Artikkel 48 nr. 1 og vedlegg V, del B avsnitt I krever at følgende opplysninger fremgår av en veiledende kunngjøring:

«1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer, e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed eller den afdeling, hvor der kan fås yderligere oplysninger.

2. Den e-mail- eller internetadresse, på hvilken der er fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsdokumenterne.

3. Når der ikke er fri, direkte og fuld adgang af de grunde, der er anført i artikel 53, stk. 1, andet og tredje afsnit, angives det, hvordan der kan opnås adgang til udbudsdokumenterne.

4. Den ordregivende myndigheds art og dens hovedvirksomhed.

5. Det anføres i givet fald, hvis den ordregivende myndighed er en indkøbscentral, eller at der er eller kan være tale om en anden form for fælles udbud.

6. CPV-koder. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

7. NUTS-kode for det primære udførelsessted for bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med bygge- og anlægskontrakter eller NUTS-kode for hovedstedet for levering eller udførelse i forbindelse med vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

8. Kort beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsernes art og omfang.

9. Hvis denne bekendtgørelse ikke anvendes til indkaldelse af tilbud, de foreløbige datoer for offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller udbudsbekendtgørelser vedrørende den eller de kontrakter, der er nævnt i denne forhåndsmeddelelse.

10. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen,

11. Andre relevante oplysninger.

12. Angivelse af, om kontrakten er omfattet af GPA-aftalen.»

[Boks slutt]

Veiledende kunngjøringer skal offentliggjøres av kontoret for Den europeiske unions offisielle publikasjoner (heretter omtalt som EUs publikasjonskontor), eller på oppdragsgivers kjøperprofil. EUs publikasjonskontor er offisiell tilbyder av publikasjonstjenester til alle EUs institusjoner, organer og byråer, og herunder drift av kunngjøringsdatabasen TED. En oppdragsgiver kan opprette en kjøperprofil på sin internettside som kan inneholde opplysninger om anskaffelser som denne oppdragsgiveren skal foreta, inkludert opplysninger om pågående konkurranser, planlagte anskaffelser, inngåtte kontrakter og avlyste konkurranser.

Hvis den veiledende kunngjøringen offentliggjøres gjennom oppdragsgivers kjøperprofil, skal oppdragsgiver også sende en kunngjøring om dette til EUs publikasjonskontor i overensstemmelse med vedlegg VIII til direktivet. Kunngjøringen skal inneholde opplysningene som er listet i vedlegg V, del A, se boks 24.64.

Opplysninger i veiledende kunngjøring gjennom oppdragsgivers kjøperprofil

De opplysninger som skal angis er:

«1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer, e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed eller den afdeling, hvor der kan fås yderligere oplysninger.

2. Den ordregivende myndigheds art og dens hovedvirksomhed.

3. Det anføres i givet fald, hvis den ordregivende myndighed er en indkøbscentral, eller at der er eller kan være tale om en anden form for fælles udbud.

4. CPV-koder.

5. ‘Køberprofilens’ internetadresse (URL).

6. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen om offentliggørelse af forhåndsmeddelelsen vedrørende køberprofilen.»

[Boks slutt]

Formålet med en veiledende kunngjøring er å informere tidlig om, og forberede markedet på kommende konkurranser. Oppdragsgiver kan ikke kunngjøre en konkurranse ved bruk av en slik kunngjøring, men siden markedet har fått «et forvarsel» kan fristen for innlevering av tilbud forkortes når det senere publiseres en alminnelig kunngjøring.

Artikkel 48 nr. 2 åpner for at den veildende kunngjøringen i enkelte tilfeller kan tjene som eneste kunngjøring av konkurransen. Dette kan bare skje dersom oppdragsgiver skal benytte seg av en begrenset konkurranse eller konkurranse med forhandlinger. Dette var en nyhet i 2014-direktivet, og gir oppdragsgiver en mer fleksibel fremgangsmåte. Oppdragsgiver kan gjennom veiledende kunngjøring offentliggjøre flere planlagte anskaffelser samlet. I tillegg er det ikke like strenge krav til innholdet av veiledende kunngjøringer, som for alminnelige kunngjøringer. Hvis en veiledende kunngjøring skal kunne tjene som eneste kunngjøring av konkurransen, må imidlertid dette skje på nærmere bestemte vilkår, listet opp i bokstavene a til d.

Etter bokstav a må det i kunngjøringen spesifikt fremgå hvilke ytelser som kontrakten gjelder. Videre må det etter bokstav b fremgå spesifikt at kontrakten tildeles etter reglene om begrenset konkurranse eller konkurranse med forhandling, og at det ikke vil være noen ytterligere kunngjøring av konkurransen. Det skal også inngå en oppfordring til interesserte leverandører om å melde sin interesse. Etter bokstav c må kunngjøringen inneholde opplysninger som angitt i vedlegg V, del B, avsnitt I og II. Etter bokstav d må kunngjøringen sendes til offentliggjøring tidligst 12 måneder og senest 35 dager før den dagen oppdragsgiver inviterer leverandørene til å bekrefte sin interesse.

Reglene om veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring er bare tilgjengelig for ikke-statlige oppdragsgivere. Direktivet definerer statlige oppdragsgivere i artikkel 2 første avsnitt 2) til å være de opplistede myndighetene i vedlegg I til direktivet. For Norges vedkommende er det vedlegg I til direktivet utvidet med tillegg 1 til EØS-komiteens beslutning, og det følger av dette tillegget at statlige oppdragsgivere er statsministerens kontor, departementene og deres underliggende etater og institusjoner.[[841]](#footnote-841) Oppdragsgiverene listet i tillegg 1 til EØS-komité beslutningen kan ikke bruke veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring.

Hvis oppdragsgiver skal offentliggjøre en veiledende kunngjøring, kan det ikke gjøres på oppdragsgivers kjøperprofil jf. artikkel 48 nr. 2 annet avsnitt. Med andre ord må en slik offentligjøring skje i TED-databasen. Direktivet åpner for at en supplerende nasjonal offentliggjøring av en veildende kunngjøring kan skje i oppdragsgivers kjøperprofil, jf. artikkel 52.

Det følger av siste avsnitt i artikkel 48. nr 2 at den veiledende kunngjøringen høyst kan dekke en periode på 12 måneder fra den dato hvor kunngjøringen ble sendt til offentliggjøring. Men når det gjelder kontrakter om sosiale og andre særlige tjenesteytelser, så kan den veiledende kunngjøringen dekke mer enn en periode på 12 måneder. Det er i forarbeidene til udbudsloven antatt at dette viser tilbake til offentliggjøringen etter artikkel 48 nr. 2 bokstav d, og at selve kontraktsinngåelsen eller innkjøpet kan ligge etter utløpet av de 12 månedene.[[842]](#footnote-842)

Forsyningsdirektivet inneholder tilsvarende bestemmelse i artikkel 67 om veiledende periodiske kunngjøringer. Det er verdt å merke seg at alle oppdragsgivere kan benytte seg av slike kunngjøringer under forsyningsdirektivet. Det materielle innholdet svarer i hovedsak til bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 48, men det er gitt henvisninger til vedleggene til forsyningsdirektivet.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ingen tilsvarende bestemmelse.

#### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at artikkel 48 bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Mens dagens anskaffelsesforskrift har behandlet kunngjøringer etter artikkel 48 som to forskjellige typer kunngjøringer (veiledende kunngjøring og forhåndskunngjøring), foreslår utvalget å holde på direktivets system og bare bruke begrepet «veiledende kunngjøring». Dette er viktig for å sikre sammenheng med øvrige bestemmelser i direktivet. Artikkel 48 nr. 1 og nr. 2 regulerer imidlertid to forskjellige situasjoner, og utvalget foreslår å tydeliggjøre dette ved at direktivbestemmelsen gjennomføres og fordeles på to lovbestemmelser. Veiledende kunngjøringer som bare brukes for å informere markedet om kommende anskaffelser reguleres i ny § 14-1, mens veiledende kunngjøringer for enkelte konkurranseformer, og som brukes som eneste kunngjøring reguleres i ny § 14-2.

Utvalget har drøftet om det i lovteksten bør konkretiseres at direktivets vedlegg stiller krav til innholdet av kunngjøringen, men kommet frem til at dette uansett følger av artikkel 51, og at det ikke er nødvendig å gjenta for hver enkelt kunngjøringstype. Vedleggene til direktivet er foreslått gjennomført i ny forskrift til anskaffelsesloven, og oppdragsgivere kan konsultere ny anskaffelsesforskrift for en nærmere konkretisering av hvilke opplysninger kunngjøringen skal inneholde.[[843]](#footnote-843) I praksis må oppdragsgiver benytte standardiserte skjemaer for kunngjøring, og oppdragsgiver må i disse fylle ut obligatoriske felt.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 48 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 14-1 og 14-2.

[Boks slutt]

### Alminnelig kunngjøring [artikkel 49]

#### Gjeldende rett

Artikkel 49 angir at kunngjøring skal brukes som utlysning av konkurranse for alle prosedyrene. Bestemmelsen tar forbehold for artikkel 26 nr. 5 og artikkel 32. Artikkel 26 nr. 5 viser til at oppdragsgiver ved begrenset konkurranse og konkurranse med forhandling kan bruke veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring av konkurransen på nærmere bestemte vilkår, jf. ovenfor om veiledende kunngjøringer. Artikkel 32 åpner for at oppdragsgiver i særlige tilfeller kan gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. En alminnelig kunngjøring skal inneholde de opplysninger som følger av vedlegg V, del C, se boks 24.66, og kunngjøres i henhold til reglene i artikkel 51.

Opplysninger som skal inngå i kunngjøring etter artikkel 49

En kunngjøring skal inneholde opplysninger som følger av vedlegg V, del C:

«1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer, e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed eller den afdeling, hvor der kan fås yderligere oplysninger.

2. Den e-mail- eller internetadresse, på hvilken der er fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsdokumenterne.

3. Når der ikke er fri, direkte og fuld adgang af de grunde, der er anført i artikel 53, stk. 1, andet og tredje afsnit, angives det, hvordan der kan opnås adgang til udbudsdokumenterne.

4. Den ordregivende myndigheds art og dens hovedvirksomhed.

5. Det anføres i givet fald, hvis den ordregivende myndighed er en indkøbscentral, eller at der er tale om en anden form for fælles udbud.

6. CPV-koder. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

7. NUTS-kode for det primære udførelsessted for bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med bygge- og anlægskontrakter eller NUTS-kode for hovedstedet for levering eller udførelse i forbindelse med vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

8. Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsernes art og omfang. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.

9. Det anslåede samlede omfang af kontrakten eller kontrakterne. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

10. Accept af eller forbud mod alternative tilbud.

11. Tidsramme for levering af varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og så vidt muligt kontraktens varighed

a) I tilfælde af rammeaftaler oplyses ligeledes rammeaftalens planlagte løbetid, i givet fald med begrundelse af en løbetid, der overskrider fire år. I det omfang det er muligt, værdien eller omfanget og hyppigheden af de kontrakter, der skal tildeles, og eventuelt påtænkt største antal økonomiske aktører, der kan deltage.

b) I tilfælde af et dynamisk indkøbssystem oplyses ligeledes systemets planlagte løbetid. I det omfang det er muligt, værdien eller omfanget og hyppigheden af de kontrakter, der skal tildeles.

c) Betingelser for deltagelse, herunder:

d) i givet fald angivelse af, at det er en offentlig kontrakt forbeholdt beskyttede værksteder, eller hvis udførelse er forbeholdt programmer for beskyttet beskæftigelse

e) i givet fald angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession; henvisning til den pågældende lov eller administrative bestemmelse

f) en liste over og kort beskrivelse af kriterier vedrørende de økonomiske aktørers personlige forhold, som kan føre til deres udelukkelse, og af udvælgelseskriterier; eventuelle specifikke minimumstærskelkrav; angivelse af krævede oplysninger (egenerklæringer, dokumentation).

12. Tildelingsprocedurens art. Eventuelt begrundelse for anvendelse af en hasteprocedure (offentligt og begrænset udbud og udbud med forhandling).

13. Følgende angives:

a) Hvis der er tale om en rammeaftale, angives dette.

b) Hvis der er tale om et dynamisk indkøbssystem, angives dette.

c) Hvis der er tale om en elektronisk auktion, angives dette (i forbindelse med offentlige eller begrænsede udbud eller udbud med forhandling).

14. Når kontrakter er opdelt i delleverancer, angivelse af, om de økonomiske aktører har mulighed for at afgive tilbud på en, flere og/eller samtlige delleverancer. Angivelse af enhver mulig begrænsning af antallet af delleverancer, som kan tildeles en og samme tilbudsgiver. Hvis kontrakten ikke er opdelt i delleverancer, angivelse af grundene hertil, medmindre disse oplysninger er givet i den individuelle rapport.

15. I forbindelse med begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog eller innovationspartnerskab, hvor der gøres brug af muligheden for at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at indgive tilbud, at forhandle eller til dialog: mindste antal og eventuelt største antal ønskede ansøgere og objektive kriterier til udvælgelse af de relevante ansøgere.

16. I forbindelse med udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog eller innovationspartnerskab oplyses i givet fald, at der er tale om en procedure, der finder sted i flere faser for efterhånden at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles, eller løsninger, der skal drøftes.

17. Eventuelt særlige betingelser for opfyldelsen af kontrakten.

18. Kriterier, der skal anvendes for tildeling af kontrakten eller kontrakterne. Undtagen i tilfælde, hvor det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeres alene på grundlag af prisen, skal kriterierne for udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige tilbud samt deres vægtning anføres, når de ikke fremgår af specifikationerne, eller ved konkurrencepræget dialog af det beskrivende dokument.

19. Sidste frist for modtagelse af tilbud (offentlige udbud) eller ansøgninger om deltagelse (begrænset udbud og udbud med forhandling, dynamiske indkøbssystemer, konkurrencepræget dialog og innovative partnerskaber).

20. Den adresse, hvortil tilbud eller ansøgninger om deltagelse skal sendes.

21. I forbindelse med offentlige udbud:

a) periode, i hvilken tilbudsgiveren er forpligtet til at vedstå sit bud

b) dato, klokkeslæt og sted for åbningen af tilbuddene

c) personer, der har adgang til at overvære åbningen.

d) Det eller de sprog, tilbuddene eller ansøgningerne om deltagelse skal være affattet på:

e) Følgende angives:

f) Om der accepteres elektronisk indsendelse af tilbud eller ansøgninger om deltagelse.

g) Om der vil blive anvendt elektronisk bestilling.

h) Om der accepteres elektronisk fakturering.

i) Om der vil blive anvendt elektronisk betaling.

22. Oplysninger om, hvorvidt kontrakten vedrører et projekt og/eller et program, der modtager støtte fra EU-fonde.

23. Navn og adresse på det organ, der er ansvarligt for klager og eventuel mægling. Angivelse af sidste frist for klageprocedurer eller eventuelt navn, adresse, telefonnummer, telefaxnummer og e-mailadresse på det kontor, hvortil der kan rettes henvendelse for at få disse oplysninger.

24. Dato(er) og henvisning(er) til tidligere offentliggørelser i Den Europæiske Unions Tidende, som er relevante for den eller de kontrakter, der offentliggøres i denne bekendtgørelse.

25. I forbindelse med kontrakter, der kan fornyes, den anslåede tidsplan for yderligere bekendtgørelser, der skal offentliggøres.

26. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.

27. Angivelse af, om kontrakten er omfattet af GPA-aftalen.

28. Andre relevante oplysninger.»

[Boks slutt]

Det følger av punkt 22 at oppdragsgiver i kunngjøringen skal angi det språk som tilbudene eller forespørselen om å delta skal være skrevet på. Oppdragsgiver står derfor fritt til å bestemme hvilket språk tilbudene skal innleveres på, og kan stille krav om at tilbud skal inngis på norsk.

Forsyningsdirektivet inneholder tilsvarende bestemmelse i artikkel 69, men det er gitt henvisninger til vedleggene til forsyningsdirektivet.

Konsesjonskontraktdirektivet regulerer kunngjøring i artikkel 31 nr. 1. Bestemmelsen regulerer også krav til innholdet i kunngjøringer (artikkel 31 nr. 2), kunngjøring av konsesjonskontrakter vedrørende sosiale tjenester og andre særlige ytelser (artikkel 31 nr.3) og unntak (artikkel 31 nr. 4 og nr. 5).

#### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at anskaffelsesdirektivet artikkel 49 bør gjennomføres i lov. Utvalget foreslår at kunngjøringer etter artikkel 49 omtales som «alminnelig kunngjøring», fremfor den norske offisielle oversettelsen som benytter begrepet kunngjøring av konkurranse. Ved at lovteksten skiller mellom veiledende og alminnelig kunngjøring får loven et klart skille mellom de to typene kunngjøring. Direktivet stiller til dels omfattende krav til innholdet i kunngjøringene, og det følger av utvalgets forslag til § 14-5, omtalt under.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 49 i ny lov om offentlige anskaffelser § 14-3.

### Kunngjøring av kontraktsinngåelse [artikkel 50]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 50 nr. 1 at oppdragsgiver skal kunngjøre at det er inngått en kontrakt eller en rammeavtale. Formålet med en slik kunngjøring er å orientere markedet om hvilken leverandør som har fått tildelt kontrakten, og dermed bidra til gjennomsiktighet. Gjennomsiktighet om hvem som har vunnet konkurransen vil sette andre leverandører eller markedet i stand til å vurdere om konkurransen har gått riktig for seg, og om det eventuelt er grunnlag for å klage til oppdragsgiver eller ta rettslige skritt.

Kunngjøring skal skje senest 30 dager etter at oppdragsgiver har besluttet å tildele eller inngå kontrakten eller rammeavtalen. Kunngjøringen av kontraktsinngåelsen skal inneholde opplysninger som angitt i vedlegg V, del D, se boks 24.68, og offentliggjøres etter bestemmelsen i artikkel 51.

Krav til innhold av kontraktsinngåelse

Vedlegg V, del D:

«1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer, e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed eller den afdeling, hvor der kan fås yderligere oplysninger.

2. Den ordregivende myndigheds art og dens hovedvirksomhed.

3. Det anføres i givet fald, om den ordregivende myndighed er en indkøbscentral, eller at der er tale om en anden form for fælles udbud.

4. CPV-koder.

5. NUTS-kode for det primære udførelsessted for bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med bygge- og anlægskontrakter, eller NUTS-kode for hovedstedet for levering eller udførelse i forbindelse med vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter.

6. Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsernes art og omfang. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.

7. Tildelingsprocedurens art. I forbindelse med udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, begrundelse.

8. Følgende angives:

a) Hvis der var tale om en rammeaftale, angives dette.

b) Hvis der var tale om et dynamisk indkøbssystem, angives dette.

9. Kriterier, jf. artikel 67, der blev lagt til grund ved tildeling af kontrakten eller kontrakterne: Angivelse af, om der blev afholdt en elektronisk auktion (i forbindelse med offentlige eller begrænsede udbud eller udbud med forhandling)

10. Datoen for indgåelsen af kontrakten eller kontrakterne eller rammeafgørelsen eller rammeafgørelserne efter beslutningen om at tildele eller indgå den/dem.

11. Antal modtagne tilbud for hver kontrakttildeling, herunder:

a) antal tilbud modtaget fra økonomiske operatører, som er små og mellemstore virksomheder

b) antal tilbud modtaget fra en anden medlemsstat eller fra et tredjeland

c) antal tilbud modtaget elektronisk.

12. For hver kontrakttildeling, navn, adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer samt e-mail- og internetadresse for den eller de valgte tilbudsgivere, herunder:

a) oplysninger om, hvorvidt den valgte tilbudsgiver er en lille og mellemstor virksomhed

b) oplysninger om, hvorvidt kontrakten blev tildelt en sammenslutning af økonomiske operatører (joint venture, konsortium eller andet).

13. Værdien af det eller de antagne tilbud eller af det højeste og det laveste tilbud, der blev taget i betragtning ved tildeling af kontrakten.

14. I givet fald, for hver kontrakttildeling, hvilken del af kontrakten der vil kunne gives i underentreprise, samt værdien af denne del.

15. Oplysninger om, hvorvidt kontrakten vedrører et projekt og/eller et program, der modtager støtte fra EU-fonde.

16. Navn og adresse på det organ, der er ansvarligt for klager og eventuel mægling. Angivelse af sidste frist for klageprocedurer eller eventuelt navn, adresse, telefonnummer, telefaxnummer og e-mailadresse på det kontor, hvortil der kan rettes henvendelse for at få disse oplysninger.

17. Dato(er) og henvisning(er) til tidligere offentliggørelser i Den Europæiske Unions Tidende, som er relevante for den eller de kontrakter, der offentliggøres i denne bekendtgørelse.

18. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.

19. Andre relevante oplysninger.»

[Boks slutt]

Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring, og ikke vil inngå flere kontrakter i det tidsrommet som forhåndskunngjøringen dekker, så skal oppdragsgiver angi det i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen, jf. artikkel 50 nr. 2 første avsnitt.

Det følger av artikkel 50 nr. 2 andre avsnitt at når det er tale om en rammeavtale som er inngått i overensstemmelse med direktivet artikkel 33, så er oppdragsgiver ikke forpliktet til å kunngjøre hvert avrop under rammeavtalen. Direktivet åpner for at medlemsstatene kan bestemme at oppdragsgivere hvert kvartal skal sende en samlet kunngjøring av inngåtte kontrakter under en rammeavtale. I disse tilfellene skal oppdragsgivere sende disse senest 30 dager innen utgangen av hvert kvartal.

Direktivet stiller krav om at oppdragsgivere kunngjør kontraktsinngåelse av kontrakter som er basert på et dynamisk innkjøpssystem. Kunngjøring skal skje senest 30 dager etter tildelingen av hver kontrakt. Direktivet åpner for at det kan sendes kunngjøringer samlet for hvert kvartal, og da skal kunngjøringen sendes senest 30 dager etter utgangen av hvert kvartal.

Artikkel 50 nr. 4 åpner for at kunngjøring av visse opplysninger om inngått kontrakt eller rammeavtale kan unnlates, dersom det vil hindre håndhevingen eller på annen måte være i strid med offentlige interesser eller til skade for en bestemt offentlig eller privat virksomhets legitime økonomiske interesser, eller for rettferdig konkurranse mellom leverandører.

Forsyningsdirektivet inneholder en bestemmelse om kunngjøring av kontraktsinngåelse i artikkel 70. Bestemmelsen svarer i stor grad til artikkel 50 i anskaffelsesdirektivet, men henviser til forsyningsdirektivets vedlegg og gir i artikkel 70 nr. 3 en særregel om forsknings- og utviklingskontrakter.

Konsesjonskontraktdirektivet regulerer kunngjøring av kontraktsinngåelse i artikkel 32. Fristen for å kunngjøre er 48 dager etter tildelingen av en konsesjonskontrakt, og for konsesjonskontrakter om sosiale tjenester og andre særskilte ytelser kan dette kunngjøres kvartalvis. I vedlegg VII, IV og VIII fremgår hvilke opplysninger som må inngå i kunngjøringene.

#### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at artikkel 50 bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget mener at oppdragsgivere ikke skal pålegges kvartalsvise kunngjøringer av avrop under rammeavtaler etter artikkel 50 nr. 2. Selv om dette kunne ha hatt en oppdragende effekt ved å bringe oppmerksomhet til når en rammeavtale er utgått eller uttømt, vil dette antakeligvis påføre oppdragsgivere store administrative byrder, og dette har veid tyngst i utvalget sin vurdering.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 50 i ny lov om offentlige anskaffelser § 14-4.

### Krav til innholdet i kunngjøringer [artikkel 51]

Artikkel 51 inneholder krav til utforming og offentliggjøring av kunngjøringer. Det følger av artikkel 51 nr. 1 at kunngjøringer etter artikkel 48 til 49 og 50 skal inneholde opplysninger som er listet i vedlegg V til direktivet, i form av standardskjemaer. EU-kommisjonen utarbeider standardskjemaer i delegerte rettsakter.

Videre følger det av artikkel 51 nr. 2 at kunngjøringer etter artikkel 48 til 50 skal oversendes elektronisk til EUs publikasjonskontor og offentliggjøres i overensstemmelse med vedlegg VIII, se boks 24.70. Kunngjøringer skal offentliggjøres senest fem dager etter oversendelsen. Kostnadene som publikasjonskontoret har ved å offentliggjøre kunngjøringer skal dekkes av EU.

Videre følger det av artikkel 51 nr. 3 at kunngjøringer etter artikkel 48 til 50 skal offentliggjøres i sin helhet på ett av EU-institusjonenes offisielle språk som oppdragsgiver velger. Det er kun den utgaven av kunngjøringen som er på et offisielt EU-språk som er å regne som gyldig. Et sammendrag av hver kunngjøring skal offentliggjøres på de andre EU-språkene som ikke er valgt.

Artikkel 51 nr. 4 pålegger EUs publikasjonskontor noen nærmere angitte plikter i visse tilfeller.

Etter artikkel 51 nr. 5 skal oppdragsgiver kunne dokumentere dato for når en kunngjøring er oversendt. EUs publikasjonskontor skal sende oppdragsgiver en bekreftelse på mottakelsen av kunngjøringen og offentliggjøringen av innsendte opplysninger, med angitt dato for offentliggjøring. Denne bekreftelsen er å betrakte som bevis for offentliggjøringen.

Artikkel 51 nr. 6 angir at oppdragsgivere kan offentliggjøre kunngjøringer vedrørende offentlige kontrakter som ikke er omfattet av direktivets bestemmelser om obligatorisk offentliggjøring, så frem disse blir sendt elektronisk til EUs publikasjonskontor i overensstemmelse med det format og etter reglene som fremgår av vedlegg VIII.

Krav til format og fremgangsmåte for å sende kunngjøringer til EUs publikasjonskontor

Vedlegg VIII til direktivet:

«1. Offentliggørelse af bekendtgørelser

De bekendtgørelser, der er omhandlet i artikel 48, 49, 50, 75 og 79, sendes af den ordregivende myndighed til Den Europæiske Unions Publikationskontor og offentliggøres i overensstemmelse med følgende regler:

De bekendtgørelser, der er omhandlet i artikel 48, 49, 50, 75 og 79, offentliggøres af Den Europæiske Unions Publikationskontor eller af de ordregivende myndigheder, hvis der er tale om en forhåndsmeddelelse i en køberprofil, jf. artikel 48, stk. 1.

De ordregivende myndigheder kan desuden offentliggøre disse oplysninger på internettet i form af en «køberprofil», jf. punkt 2, litra b).

Den Europæiske Unions Publikationskontor giver den ordregivende myndighed den i artikel 51, stk. 5, andet afsnit, omhandlede bekræftelse.

2. Offentliggørelse af supplerende oplysninger

a) Medmindre andet er fastsat i artikel 53, stk. 1, andet og tredje afsnit, offentliggør de ordregivende myndigheder de fuldstændige udbudsdokumenter på internettet.

b) Køberprofilen kan indeholde de i artikel 48, stk. 1, omhandlede vejledende forhåndsmeddelelser, oplysninger om igangværende opfordringer til at afgive tilbud, planlagte indkøb, indgåede kontrakter og annullerede procedurer samt andre oplysninger af almen interesse såsom kontaktpersoner, telefon- og faxnummer, postadresse og e-mailadresse. Køberprofilen kan også indeholde forhåndsmeddelelser, der anvendes til indkaldelse af tilbud, og som offentliggøres på nationalt plan i henhold til artikel 52.

3. Format og regler for elektronisk fremsendelse af bekendtgørelser

Formatet og reglene for elektronisk fremsendelse af bekendtgørelser som fastlagt af Kommissionen er til rådighed på internetadressen http://simap.europa.eu».

[Boks slutt]

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 71, med henvisninger til direktivets egne vedlegg.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 33, nr. 1 til 3 med henvisning til direktivets egne vedlegg. I artikkel 33 er det ikke sagt noe om frivillig kunngjøring. Det fremgår av artikkel 33 nr. 4 at nasjonal kunngjøring ikke kan finne sted før etter at kunngjøring har skjedd i EU.

#### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at artikkel 51 inneholder overordnede praktiske bestemmelser knyttet til kunngjøringen, og dette bør gjennomføres i ny lov. Utvalget mener at det bør fremgå av loven at det er vedlegget til anskaffelsesdirektivet som nærmere angir hvilke opplysninger som skal inngå i kunngjøringer. Samtidig er det lovteknisk påkrevet at vedleggene til direktivet gjennomføres i forskrift. Utvalget foreslår derfor en hjemmel til departementet til å gi forskrift for dette formål. Det vises nærmere til fremstillingen i kapittel 28, om utvalgets forslag til ny anskaffelsesforskrift.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 51 i ny lov om offentlige anskaffelser § 14-5.

### Nasjonal kunngjøring [artikkel 52]

#### Gjeldende rett

Artikkel 52 gir regler om nasjonal kunngjøring. Det følger av artikkel 52 nr. 1 at kunngjøringer etter artikkel 48 til 50, og opplysningene i dem, ikke må kunngjøres nasjonalt før offentliggjøringen etter artikkel 51 (TED-databasen). Nasjonal kunngjøring kan likevel finne sted når det har gått 48 timer etter at oppdragsgiver har mottatt bekreftelse på kunngjøringen etter artikkel 51. Formålet med bestemmelsen er at alle potensielle leverandører skal ha muligheten til å gjøre seg kjent med innholdet i kunngjøringen, og formelt ha like mye tid til rådighet for å kunne innlevere et tilbud.

Det følger av artikkel 52. nr. 2 at den nasjonale kunngjøringen ikke må inneholde andre opplysninger enn de som blir publisert i TED-databasen, eller på en kjøperprofil. Formålet må være å sikre at aktørene i hele EØS-området får lik tilgang på opplysninger, og således sikre likebehandling i konkurransen om kontrakten.

Etter artikkel 52 nr. 3 skal veiledende kunngjøringer ikke offentliggjøres i en kjøperprofil før den dagen at kunngjøring om bruken oversendes til TED-databasen. Datoen for når kunngjøring av bruken sendes til TED-databasen skal fremgå av den veiledende kunngjøringen.

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 72.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 33 nr. 4.

#### Utvalgets vurdering

Artikkel 52 er en relativt teknisk bestemmelse som sorterer rekkefølgen på kunngjøringen på nasjonalt og EU-nivå. Utvalget mener bestemmelsen bør gjennomføres i ny lov. Utvalgets forslag innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett, og viser til at artikkel 52 i anskaffelsesforskriften er gjennomført i § 21-1 femte ledd og § 21-4 andre ledd.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre artikkel 52 i ny lov om offentlige anskaffelser § 14-6.

[Boks slutt]

### Elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumenter [artikkel 53]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 53 nr. 1 første avsnitt at oppdragsgiver skal gi vederlagsfri, ubegrenset og direkte elektronisk adgang til anskaffelsesdokumentene. Dette gjelder fra den dato hvor kunngjøringen offentliggjøres i henhold til artikkel 51, eller fra datoen når oppdragsgiver sender invitasjon til å bekrefte interesse. Oppdragsgiver skal i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse, oppgi på hvilken internettadresse anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig. Bestemmelsen skal sikre at alle potensielle leverandører kan sette seg inn i anskaffelsesdokumentene, slik at de settes i stand til å vurdere og inngi et tilbud. Bestemmelsen sikrer dermed at det er konkurranse om offentlige anskaffelser.

Artikkel 53 nr. 1 andre avsnitt regulerer de tilfeller at oppdragsgiver ikke kan gi vederlagsfri, ubegrenset og direkte tilgang til anskaffelsesdokumentene, og dette skyldes årsakene angitt i artikkel 22 nr. 1 andre avsnitt.[[844]](#footnote-844) Oppdragsgiver kan da angi i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse at anskaffelsesdokumentene vil bli overført på andre måter enn elektronisk. Dette må skje i overensstemmelse med artikkel 53 nr. 2 (omtalt under). I slike tilfeller skal fristen til å innlevere tilbud forlenges med fem dager bortsett fra hvis det er godtgjort at det foreligger et akutt behov jf. artikkel 27 nr. 3, artikkel 28 nr. 6 og artikkel 29 nr. 1 fjerde avsnitt.

Hvis oppdragsgiver ikke kan gi vederlagsfri, ubegrenset og direkte tilgang til anskaffelsesdokumentene, som følge av artikkel 21 nr. 2 om fortrolig informasjon, skal oppdragsgiver i kunngjøringen, eller invitasjonen til å bekrefte interesse, angi hvilke tiltak som er nødvendig for å sikre fortrolighet omkring opplysningene, og hvordan leverandørene på annen måte kan få tilgang til dokumentene. I slike tilfeller skal fristen til å innlevere tilbud forlenges med fem dager bortsett fra hvis det er godtgjort at det foreligger et akutt behov jf. artikkel 27 nr. 3, artikkel 28 nr. 6 og artikkel 29 nr. 1 fjerde avsnitt.

Etter artikkel 53 nr. 2 skal eventuelle supplerende opplysninger eller dokumenter om konkurransen som er forespurt av en leverandør, meddeles av oppdragsgiver til alle som deltar i konkurransen, senest seks dager før utløpet av fristen for å motta tilbud. Hvis det anvendes en hasteprosedyre jf. artikkel 27 nr. 3, eller artikkel 28 nr. 6, er fristen fire dager.

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 73. Bestemmelsen er lik, men med henvisninger til forsyningsdirektivets hasteprosedyrer. I tillegg er det i artikkel 73 nr. 1 andre avsnitt angitt at når en kvalifikasjonsordning kunngjøres, skal tilgangen til anskaffelsesdokumentene skje så fort som mulig, og senest når oppfordringen til å inngi tilbud eller invitasjon til forhandling sendes.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 34.

#### Utvalgets vurdering

Direktivets bestemmelser om elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalgets forslag innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett, da artikkel 53 er gjennomført i anskaffelsesforskriften kapittel 14.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 53 i ny lov om offentlige anskaffelser § 14-7.

[Boks slutt]

### Invitasjon [artikkel 54]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 54 nr. 1 at oppdragsgiver ved begrensede konkurranser, konkurransepreget dialog, innovasjonspartnerskap, og konkurranse med forhandling, skal henvende seg skriftlig og samtidig til alle de potensielle leverandører som oppdragsgiver har valgt, for å invitere de til å inngi et tilbud eller for konkurransepreget dialog å delta i dialogen. Videre følger det av artikkel 54 nr. 1 andre avsnitt at når det er brukt en veiledende kunngjøring til å innkalle tilbud jf. artikkel 48 nr. 2, skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig oppfordre leverandører som har meldt sin interesse, til å bekrefte sin interesse.

Det følger av artikkel 54 nr. 2 at oppfordringene i artikkel 54 nr. 1 skal inneholde en henvisning til den elektroniske adresse hvor det er direkte elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene. Anskaffelsesdokumentene skal være vedlagt oppfordringen. Dette gjelder likevel ikke hvis det ikke er vederlagsfri, ubegrenset og fullt direkte tilgang til anskaffelsesdokumentene som følge av forhold omtalt i artikkel 53 nr. 1 andre og tredje avsnitt, og de allerede ikke er gjort tilgjengelig på annet vis. Oppfordringene skal også inneholde opplysningene som følger av vedlegg IX til direktivet, se boks 24.74.

Opplysninger i oppfordringer til å inngi tilbud

Anskaffelsesdirektivet vedlegg IX:

«1. Opfordringen til at afgive tilbud eller deltage i dialogen, jf. artikel 54, skal mindst indeholde følgende:

a) en henvisning til den offentliggjorte indkaldelse af tilbud

b) fristen for modtagelse af tilbud, den adresse, til hvilken tilbuddene skal sendes, og det eller de sprog, som de skal være udfærdiget på

c) ved konkurrencepræget dialog den dato og den adresse, der er fastsat for indledningen af høringen, samt det eller de sprog, der anvendes

d) en angivelse af, hvilke dokumenter der eventuelt skal vedlægges, enten til støtte for erklæringer, som kan efterprøves, og som ansøgeren har fremlagt i overensstemmelse med artikel 59 og 60 og, hvor det er relevant, artikel 62, eller som supplement til de oplysninger, der kræves i samme artikler, på de samme betingelser som dem, der er fastsat i artikel 59, 60 og 62

e) vægtningen af kriterierne for tildeling af kontrakten eller, i givet fald, den faldende prioriteringsrækkefølge af disse kriterier, hvis de ikke er anført i udbudsbekendtgørelsen, opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen, de tekniske specifikationer eller det beskrivende dokument.

Hvis der imidlertid er tale om kontrakter tildelt gennem en konkurrencepræget dialog eller et innovationspartnerskab, anføres oplysningerne i litra b) ikke i opfordringen til at deltage i dialogen eller til at forhandle, men anføres i opfordringen til at afgive tilbud.

2. Hvis indkaldelse af tilbud sker ved hjælp af en forhåndsmeddelelse, skal de ordregivende myndigheder efterfølgende, men inden de påbegynder udvælgelsen af tilbudsgivere eller deltagere i en forhandling, anmode samtlige ansøgere om at bekræfte deres interesse på grundlag af detaljerede oplysninger om kontrakten.

Denne opfordring skal mindst indeholde følgende oplysninger:

a) art og mængde, herunder alle optioner vedrørende yderligere kontrakter og om muligt den foreløbige tidsfrist for udnyttelsen af disse optioner ved kontrakter, der kan fornyes, art og mængde samt om muligt den anslåede dato for offentliggørelse af senere bekendtgørelser om indkaldelse af tilbud vedrørende bygge- og anlægsarbejder, vareindkøb eller tjenesteydelser, der skal udbydes

b) udbudstype: begrænset udbud eller udbud med forhandling

c) eventuel dato for påbegyndelsen eller afslutningen af leveringen af varerne eller udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne

d) når der ikke kan gives elektronisk adgang, adresse og frist for indsendelse af anmodninger om udbudsdokumenter samt det eller de sprog, som anmodningerne skal være affattet på

e) adresse på den ordregivende myndighed, der tildeler kontrakten

f) økonomiske og tekniske betingelser, finansielle garantier og oplysninger, der kræves af de økonomiske aktører

g) den type kontrakt, der er genstand for opfordringen til at afgive tilbud: køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret eller flere af disse typer og

h) kriterierne for tildelingen af kontrakten og vægtningen af disse kriterier eller eventuelt prioriteringen af disse kriterier, hvis disse oplysninger ikke er anført i forhåndsmeddelelsen, de tekniske specifikationer eller i opfordringen til at afgive tilbud eller til at forhandle».

[Boks slutt]

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 74, men som henviser til forsyningsdirektivet vedlegg XIII for hvilke opplysninger som skal fremgå av oppfordringen til å inngi tilbud.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ingen tilsvarende bestemmelser.

#### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at bestemmelsen bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Selv om direktivet ikke benytter betegnelsen «invitasjon», foreslår utvalget å videreføre denne terminologien. Den er innarbeidet i Norge og gir en dekkende beskrivelse av bestemmelsens innhold. For øvrig innebærer utvalgets forslag en videreføring av gjeldende rett.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre artikkel 54 i ny lov om offentlige anskaffelser § 14-8.

[Boks slutt]

### Underretning til berørte leverandører [artikkel 55]

Artikkel 55 gir regler om informasjon til leverandører som har deltatt eller meldt sin interesse i å delta i en konkurranse. Bestemmelsen kan betraktes som en konkretisering av prinsippet om gjennomsiktighet i artikkel 18 og alminnelig god forvaltningsskikk.[[845]](#footnote-845)

Artikkel 55 nr. 1 pålegger oppdragsgiver å gi informasjon på eget initiativ, artikkel 55 nr. 2 pålegger oppdragsgiver å gi informasjon etter anmodning fra en leverandør, og artikkel 55 nr. 3 åpner for at oppdragsgiver i enkelte tilfeller kan tilbakeholde visse opplysninger på nærmere bestemte vilkår.

Etter artikkel 55 nr. 1 at skal oppdragsgiver gi en underretning til leverandører om hvilke avgjørelser som er truffet om å inngå en rammeavtale, tildeling av kontrakt eller opptakelse i et dynamisk innkjøpssystem. Underretningen skal gis så raskt som mulig, og det er de leverandørene som har inngitt tilbud, eller meldt sin interesse for å delta i konkurransen som skal motta underretningen. Oppdragsgiver skal i underretningen blant annet gi begrunnelsen for at de har besluttet ikke å inngå en rammeavtale eller tildele en kontrakt som har vært gjenstand for invitasjon til å inngi tilbud, at prosessen startes på nytt eller at oppdragsgiver velger ikke å innføre et dynamisk innkjøpssystem.

Oppdragsgiver skal sende underretningen på eget initiativ. Dette fremkommer i fortalen til direktivet premiss 82, men kan også leses ut fra bestemmelsen fordi den ikke sier noe om at leverandører må etterspørre den, noe som følger motsetningsvis av artikkel 55 nr. 2. Plikten kan sees i sammenheng med prinsippet om gjennomsiktighet (etterprøvbarhet) i offentlige anskaffelser, fordi oppdragsgivers underretning og begrunnelse kan sette leverandører i stand til å vurdere om anskaffelsesprosessen har gått riktig for seg.

Selv om direktivet ikke sier at underretningen skal skje samtidig til alle berørte leverandører, er det forutsatt i forarbeidene til udbudsloven[[846]](#footnote-846) og litteratur[[847]](#footnote-847) at dette følger av likebehandlingsprinsippet.

Direktivet angir ikke eksplisitt i artikkel 55 at underretningen skal skje skriftlig, men dette følger av artikkel 22 om elektronisk kommunikasjon, og vil uansett være nødvendig for å kunne dokumentere likebehandling (samtidighet) og start av karensperiode, jf. håndhevelsesdirektivet.

Direktivet gir ingen videre anvisning på innholdet eller omfanget av den begrunnelsen som oppdragsgiver skal gi etter artikkel 55 nr. 1 i de tilfeller at oppdragsgiver avslutter konkurransen ved å tildele en kontrakt, inngåelse av en rammeavtale eller opptak i en innkjøpsordning. EU-domstolen har i sak C-629/11 Evropaïkï Dynamiki mot Kommisjonen uttalt at omfanget av en begrunnelse generelt må vurderes i lys av den enkelte sak, og at det må sees hen til hvilken type beslutning det gjelder.[[848]](#footnote-848) Selv om saken ikke gjaldt anskaffelsesdirektivet, må det antas å gjelde et lignende proporsjonalitetsprinsipp etter anskaffelsesdirektivet. Videre er det gitt en egen bestemmelse i artikkel 55 nr. 2 som åpner for at berørte leverandører kan be om nærmere begrunnelse, noe som kan indikere at begrunnelsesplikten i artikkel 55 nr. 1 ikke er veldig omfattende.

Etter artikkel 55 nr. 2 skal oppdragsgiver etter anmodning fra en leverandør eller tilbudsgiver gi en underretning. Underretningen skal gis så raskt som mulig, og uansett senest 15 dager etter at oppdragsgiver mottok den skriftlige anmodningen.

Direktivet inneholder ingen unntak fra denne fristen, men det følger av sammenhengen i direktivet at dersom en oppdragsgiver har fulgt direktivets fremgangsmåte ved gjennomføringen av en konkurranse, så bør en begrunnelse kunne gis innen fristen. Dette skyldes også at oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger, jf. artikkel 55 nr. 3, noe som gjør at begrunnelsen oppdragsgiver gir etter artikkel 55 nr. 2 ikke skal kreve nærmere avklaringer med for eksempel andre leverandører om forretningssensitive opplysninger.

Artikkel 55 nr. 2 inneholder en liste i bokstavene a til d om hvilke tilfeller som oppdragsgiver må gi en nærmere begrunnelse for.

Etter bokstav a skal oppdragsgiver på forespørsel gi en begrunnelse til en leverandør som har meldt sin interesse i å delta i konkurransen, men som er avvist fra konkurransen.

Etter bokstav b skal oppdragsgiver på forespørsel gi en underretning til alle forbigåtte leverandører, om hvilke grunner som foreligger for at deres tilbud er blitt avvist.

Etter bokstav c skal oppdragsgiver gi en nærmere begrunnelse til en leverandør som har inngitt et gyldig tilbud. Begrunnelsen skal inneholde egenskapene og relative fordeler ved det valgte tilbudet, i tillegg til navnet på den vinnende leverandør eller parter til en rammeavtale.

Etter bokstav d skal oppdragsgiver på forespørsel gi en nærmere begrunnelse til en leverandør som har inngitt et tilbud om gjennomføringen av forhandlingen eller dialogen.

Etter artikkel 55 nr. 3 kan oppdragsgiver i visse tilfeller holde tilbake visse opplysninger når vedkommende gir underretninger og nærmere begrunnelser etter artikkel 55 nr. 1 og 2. Dette gjelder bare hvis deling av opplysningene kan hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene. Artikkel 55 nr. 3 gir oppdragsgiver bare adgang til å tilbakeholde visse opplysinger, og bestemmelsen kan dermed ikke brukes av oppdragsgiver til å unnlate og gi meddelelser som regulert i artikkel 55 nr. 1 og 2.

Når det gjelder det nærmere innholdet av hvilke opplysninger som kan unntas så må bestemmelsen leses i sammenheng med anskaffelsesdirektivet artikkel 21, som angir at oppdragsgiver ikke skal offentliggjøre opplysninger som en leverandør har oversendt og betegnet som fortrolige. Det følger av EU-domstolens praksis at en oppdragsgiver ikke er bundet av en påstand fra en leverandør om at informasjon er fortrolig. Oppdragsgiver må kreve at leverandøren påviser at påstått informasjon er konfidensiell.[[849]](#footnote-849)

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 75, men denne inneholder også et par spesialregler i artikkel 75 nr. 4 til 6 om informasjon knyttet til kvalifikasjonsordninger.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 40. Bestemmelsen inneholder ikke like detaljerte regler om de ulike tilfellene som krever at oppdragsgiver gir en begrunnelse etter forespørsel fra en berørt leverandør, men er for øvrig lik.

#### Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at artikkel 55 bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Det er gjort enkelte språklige tilpasninger slik at lovforslaget svarer til terminologien i anskaffelsesforskriften. For eksempel mener utvalget at «meddelelse» er et bedre begrep enn «underretning». Utvalget foreslår også å videreføre betegnelsen «berørte leverandører» som avgrenser kretsen for hvilke leverandører som kan be om en nærmere begrunnelse og skal motta en meddelelse. Videre mener utvalget at bestemmelsen bør deles opp slik at den ikke blir for omfattende.

Utvalget vil peke på at bestemmelsen har en side til reglene om håndheving. Det er for eksempel i anskaffelsesforskriften § 25-1 første ledd uttrykkelig angitt at oppdragsgiver i meddelelsen skal gi en begrunnelse for valget, og opplyse om karensperioden. Siden utvalget skal komme tilbake til reglene om håndheving i andre delutredning, vil utvalget ikke behandlet dette nærmere her. Utvalget vil understreke at det kan tenkes at enkelte av de foreslåtte bestemmelsene som gjennomfører artikkel 55 bør suppleres i forbindelse med arbeidet i andre delutredning.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 55 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 14-9 til 14-11.
* å komme nærmere tilbake til temaet om meddelelser i andre delutredning.

[Boks slutt]

## Generelle regler for tildeling av kontrakt [artikkel 56]

### Gjeldende rett

#### Fremgangsmåten for tildeling av kontrakt

Artikkel 56 gir generelle regler for tildeling av kontrakt.[[850]](#footnote-850) I artikkel 56 nr. 1 og 2 fremgår rekkefølgen for hvordan oppdragsgiver skal gå frem når kontrakt skal tildeles. I artikkel 56 nr. 3 reguleres oppdragsgivers adgang til å be leverandører om å ettersende eller supplere tilbudet i visse tilfeller. I artikkel 56 nr. 4 gis kommisjonen hjemmel til å endre listen i vedlegg X til direktivet. Listen inneholder relevante internasjonale avtaler.

Anskaffelsesdirektivet fra 2004 fastsatte en bestemt fremgangsmåte for hvordan oppdragsgiver skulle gå frem når kontrakt skulle tildeles, ved at oppdragsgiver først måtte sjekke om det forelå avvisningsgrunner og om leverandøren oppfylte kvalifikasjonskravene – før tilbudene ble evaluert. Anskaffelsesdirektivet 2014 artikkel 56 nr. 1 og 2 åpner for at oppdragsgiver kan velge hvilken rekkefølge dette gjøres i.

Det følger av artikkel 56 nr. 1 første avsnitt at oppdragsgiver kan tildele kontrakt på grunnlag av tildelingskriteriene jf. artikkel 67–69, hvis oppdragsgiver i overensstemmelse med artikkel 59–61 har verifisert at betingelsene angitt i bokstavene a og b er oppfylt. Etter bokstav a må tilbudet oppfylle de krav og kriterier som er fastsatt i kunngjøringen, eller oppfordringen til å melde interesse og i anskaffelsesdokumentene. I dette må oppdragsgiver også ta hensyn til artikkel 45 om adgangen til å åpne for alternative tilbud. Etter bokstav b må tilbudet være avgitt av en leverandør som ikke er avvist etter artikkel 56, og som oppfyller de kvalifikasjonene som oppdragsgiver har fastsatt.

Det fremgår også av artikkel 56 nr. 1 andre avsnitt at oppdragsgiver kan beslutte ikke å tildele en kontrakt til en leverandør som har avgitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, hvis det er fastslått at tilbudet ikke er i overensstemmelse med forpliktelsene som artikkel 18 nr. 2 viser til. Det vil si forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av EU-retten, nasjonale regler, kollektive avtaler eller internasjonale avtaler som er listet i vedlegg X til direktivet. I artikkel 57 nr. 4 bokstav a er brudd på forpliktelsene etter artikkel 18 nr. 2 en avvisningsgrunn, og hvis bruddet er årsak til at tilbudet er unormalt lavt, skal tilbudet avvises jf. artikkel 69 nr. 3 andre avsnitt.

Videre følger det av artikkel 56 nr. 2 første avsnitt at oppdragsgiver fritt kan velge å evaluere tilbudene, før vedkommende kontrollerer at det ikke foreligger avvisningsgrunner og om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Oppdragsgiver må i disse tilfellene sikre at det skjer en upartisk og gjennomsiktig kontroll av at det ikke foreligger avvisningsgrunner og om kvalifikasjonskravene er oppfylt, slik at kontrakten ikke tildeles til en som skulle ha vært avvist etter artikkel 57 eller som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

Det fremgår av artikkel 56 nr. 2 andre avsnitt at medlemsstatene kan utelukke denne fremgangsmåten som følger av første avsnitt eller begrense den til bestemte anskaffelser eller særlige omstendigheter.

#### Oppdragsgivers adgang til å be leverandør om å avklare tilbudet

I anbudskonkurranser gjelder det et forhandlingsforbud etter at tilbudsfristen er utløpt. Etter EU-domstolens praksis er det prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet som er til hinder for enhver forhandling mellom oppdragsgiver og tilbyder.[[851]](#footnote-851)

Hvis opplysninger eller dokumenter som en leverandør har sendt til oppdragsgiveren, er eller virker ufullstendig, inneholder feil, eller når det mangler spesifikke dokumenter, kan oppdragsgiver be leverandøren om å innsende, supplere, presisere eller komplettere de relevante opplysninger eller dokumentasjon. Dette skal skje innen en passende frist, og i samsvar med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Bestemmelsen er viktig fordi det kan gi flere fullverdige tilbud som kan konkurrere om den endelige kontrakten.

Utdrag fra generaladvokatens forslag til avgjørelse

«Efter min opfattelse er det måske lettest at beskrive Domstolens holdning ved hjælp af en metafor: De oplysninger og dokumenter, som en tilbudsgiver indgiver ved udløbet af fristen for at afgive tilbud, udgør et øjebliksbillede. Den ordregivende myndighed kan kun tage højde for de oplysninger og dokumenter, der allerede optræder i dette billede. Dette forhindrer ikke den ordregivende myndighed i at zoome ind på enkelte elementer i billedet, der er en smule uklare, og anmode om en bedre opløsning af billedet, således at den klart og tydeligt kan se de enkelte elementer. De grundlæggende oplysninger skal imidlertid allerede have været til stede i det oprindelige øjebliksbillede, omend i en lavere opløsning.»

[Boks slutt]

Mens den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet (2004) avgrenset rettingsadgangen til kvalifikasjonskrav, gir någjeldende artikkel 56 nr. 3 ingen slik avgrensning. I direktivteksten fremgår det at avklaringer må gjøres fullt ut i samsvar med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Både direktivets ordlyd og EU-domstolens praksis viser også at rettingsadgangen er begrenset til å gjelde supplering eller avklaring av forhold som allerede er omtalt i de opprinnelige tilbudsdokumentene. I praksis må opplysningene eller dokumentene som oppdragsgiver ber leverandøren om å rette eller supplere, være synlig i det opprinnelige tilbudet. Dette er nærmere forklart ved en metafor fra generaladvokat M. Bobek, inntatt i boks 24.77.[[852]](#footnote-852)

Gjennom EU-domstolens praksis er elementer av avklaringsadgangen nærmere konkretisert. EU-domstolens praksis viser at det tas utgangspunkt i forhandlingsforbudet, og at det derfor i prinsippet ikke er anledning til å endre tilbudet etter tilbudsfristen. Videre tar domstolen som regel utgangspunkt i at retting og avklaring er en snever unntaksregel, og at retting og supplering ikke er tillatt dersom rettingen og suppleringen skulle resultere i vesentlige endringer i tilbudet. Samtidig kan avklaringsadgangen synes å gå lengre i tilfeller der avklaringen er gjort under full overholdelse av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

EU-domstolens praksis viser at det både er prosessuelle og materielle rammer for hvordan oppdragsgiver kan gå frem dersom et tilbud er mangelfullt.

EU-domstolens praksis viser som nevnt at avklaringer må skje under full overholdelse av prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering.[[853]](#footnote-853)

I sak C-336/12 Manova lister EU-domstolen opp prosessuelle og materielle krav som må være oppfylt for at avklaringer skal være lovlige, under henvisning til tidligere praksis:

* Anmodningen om avklaring kan kun sendes etter at alle tilbud er åpnet (avsnitt 34)
* Anmodningen må sendes på samme måte til alle tilbydere i samme situasjon (avsnitt 34)[[854]](#footnote-854) [[855]](#footnote-855)
* Anmodningen må gjelde alle deler av tilbudet som trenger avklaring (avsnitt 35)
* Avklaringen må ikke lede til at leverandøren(e) inngir det som i realiteten er å betrakte som et nytt tilbud (avsnitt 36)
* Endelig må oppdragsgiver ved avklaringene behandle leverandørene likt og rettferdig, på en slik måte at det ikke i ettertid kan fremstå som om avklaringene uberettiget har favorisert eller forskjellsbehandlet noen leverandør (avsnitt 37).

Dette er fulgt opp i flere etterfølgende avgjørelser.[[856]](#footnote-856) [[857]](#footnote-857) [[858]](#footnote-858) Alle disse avgjørelsene er avsagt under det tidligere anskaffelsesdirektivet fra 2004, men det synes i juridisk teori å være antatt at anskaffelsesdirektivet 2014 artikkel 56 nr. 3 er en kodifisering av denne tidligere praksisen fra EU-domstolen.[[859]](#footnote-859)

Presiseringen fra EU-domstolen om at avklaringen ikke må medføre at leverandøren i realiteten får fremsette et nytt tilbud er viktig. I de ovenfor omtalte avgjørelsene er det vist til at likebehandlingsprinsippet, og forhandlingsforbudet, er til hinder for at noen leverandør får endre sitt tilbud etter utløpet av tilbudsfristen.[[860]](#footnote-860) [[861]](#footnote-861) Det er heller ikke i overensstemmelse med fremgangsmåten i anskaffelsesdirektivet, og prinsippet om likebehandling, at en eller flere leverandører i en konkurranse gis bedre tid på å forberede sitt tilbud, enn de øvrige.[[862]](#footnote-862)

I C-387/14 Esaprojekt kom EU-domstolen til at en leverandør som hadde supplert tilbudet med en ny underleverandør for å oppfylle et kvalifikasjonskrav, i realiteten hadde fått fremsette et nytt tilbud. Om dette uttalte EU-domstolen i avsnitt 42 at «Sådanne præciseringer udgør langt fra en præcisering i enkelttilfælde eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl som omhandlet i den i denne doms præmis 38 omtalte retspraksis, men udgør i virkeligheden en indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud».

Uttrykket «utgør langt fra en præcisering», viser at skranken ikke synes å være hvorvidt avklaringen medfører at det innholdsmessig fremsettes et nytt tilbud, men snarere at slike tilfeller – i alle fall ligger utenfor avklaringsadgangen. Det kan derfor ikke sies at dette er terskelen for avklaringsadgangen.

Det følger av artikkel 56 nr. 3 at avklaringer skal skje i fullt samsvar med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. I rettspraksis er dette konkretisert, og EU-domstolen har uttalt at det påhviler oppdragsgiver under utøvelsen av sitt skjønn til å be om avklaring å «behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning». Bevisbyrden for at avklaringer har skjedd i overensstemmelse med prinsippene i direktivet synes etter dette å påhvile oppdragsgiver.

Når det gjelder adgangen til å ettersende dokumenter har EU-domstolen tillatt ettersending av dokumenter så fremt det kan verifiseres at opplysningene i dokumentet forelå før tilbudsfristen.[[863]](#footnote-863)

#### Nærmere om oppdragsgivers plikt til å foreta avklaringer

I utgangspunktet har oppdragsgiver frihet til å velge om leverandørene i en konkurranse skal få anledning til å gjøre avklaringer eller få rette sitt tilbud. Dette følger av ordlyden i direktivbestemmelsen som åpner for at oppdragsgiveren «kan» be om slik retting.[[864]](#footnote-864) Oppdragsgiver har likevel, i enkelte tilfeller, en plikt til å be en leverandør om å rette sitt tilbud.

Et relativt klart tilfelle av plikt for oppdragsgiver, er i de tilfellene at oppdragsgiver ber én eller flere leverandører om å rette eller foreta andre avklaringer i tilbudet. Oppdragsgiver må for eksempel gi alle leverandører som har sammenlignbare feil få adgang til å rette, jf. over. Dette følger av likebehandlingsprinsippet.

Rettspraksis har også fremholdt at manglende avklaring kan være i strid med prinsippet om «good administration», hvis det foreligger omstendigheter i saken som oppdragsgiver kjenner til og som gjør at en uklarhet sannsynligvis kan forklares på en enkel måte.[[865]](#footnote-865) Videre er det i teorien antatt at oppdragsgiver kan ha en plikt til å avklare, dersom oppdragsgiveren selv har bidratt, eller er årsaken til en antatt feil i et tilbud.[[866]](#footnote-866)

#### Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

Forsyningsdirektivet artikkel 76 inneholder flere av de samme elementene som i artikkel 56 i anskaffelsesdirektivet, men er mer omfattende, og inneholder også spesialregler for kvalifikasjonsordninger.

Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30 nr. 3 og 4 svarer til anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 3 og 4. I konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30 nr. 1 og 2 er det gitt helt overordnede regler for tildeling av konsesjoner.

### Utvalgets vurdering

Utvalget mener at artikkel 56 nr. 1-3 skal gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Det anses ikke nødvendig å gjennomføre artikkel 56 nr. 4. Bestemmelsen er omfangsrik sammenlignet med det utvalget oppfatter som det materielle innholdet, og utvalget foreslår derfor en mer overordnet bestemmelse, og at avklaringsadgangen reguleres i en egen bestemmelse.

Når det gjelder avklaringssadgangen, fremgår det av anskaffelsesforskriften (2016) § 23-5 annet ledd at en ettersending, supplering, avklaring eller utfylling ikke skal medføre at tilbudet forbedres. At tilbudet forbedres er en annen formulering enn den begrensningen som er fremkommet gjennom EU-domstolens praksis, og som er knyttet til om det i realiteten fremsettes et nytt tilbud.

Etter utvalgets syn vil enhver avklaring språklig sett medføre en eller annen forbedring av tilbudet, i det leverandøren gis anledning til å avklare tilbudet med noe som for eksempel mangler. Bruken av dette begrepet, blir derfor noe misvisende. Formålet med å tillate avklaring er å redusere antallet leverandører som blir avvist, og således oppnå bedre konkurranse om utlyste kontrakter. Direktivets ordlyd sammen med foreliggende praksis fra EU-domstolen, synes å innta en mer åpen tilnærming enn dagens rettstilstand i § 23-5. Utvalget foreslår derfor at denne delen av bestemmelsen, om at tilbudet ikke kan forbedres, ikke videreføres i ny bestemmelse.

Utvalget vil gjenta at EU-domstolen gjennom sin rettspraksis både har konkretisert hvordan likebehandlingsprinsippet får praktisk betydning for oppdragsgivers fremgangsmåte, og videre at rettspraksis også har gitt uttrykk for en materiell skranke for når avklaringsadgangen i alle tilfeller må ansees utelukket. Dette er i tilfeller hvor avklaringen medfører at leverandøren i realiteten får fremsette et nytt tilbud. Etter utvalgets syn er det imidlertid ikke klart hvor den konkrete terskelen for avklaring går.

Basert på EU-domstolens praksis under det tidligere anskaffelsesdirektivet (2004) som omtalt i punkt 23.34.1.2, må alle avklaringer oppfylle visse prosessuelle og materielle krav. Det understrekes at det klare utgangspunkt er at det gjelder et forhandlingsforbud i anbudskonkurranser, og at tilbudene som et utgangspunkt ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp. Avklaringer må i tilfelle skje i samsvar med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Avklaringene må videre ikke skje på en slik måte at det i ettertid kan fremstå som om noen leverandør er favorisert eller forskjellsbehandlet gjennom bruken av avklaringer. Under enhver omstendighet må avklaringene ikke lede til at leverandøren i realiteten får fremsette et nytt tilbud. Det må gjøres konkrete vurderinger i den enkelte sak.

Utvalget har etter dette landet på løsningen at EU-domstolens praksis ikke kodifiseres, i betydningen at føringene fra rettspraksis ikke detaljeres i ny lovbestemmelse. Utvalget vil overlate til departementet å vurdere, i lys av eventuell ny rettspraksis, om lovbestemmelsen bør konkretiseres ytterligere. Utvalget vil i denne sammenhengen nevne at det i udbudsloven er kodifisert at bruk av avklaringsadgangen ikke må medføre at leverandøren i realiteten får fremsette et nytt tilbud.[[867]](#footnote-867) Utvalget finner som nevnt ikke at dette er et tilstrekkelig presist uttrykk for de krav og vurderingstemaer som EU-domstolen har oppstilt vedrørende avklaringsadgangen, og viser til gjennomgangen av EU-domstolens praksis ovenfor, hvor dette kun er ett av flere krav. Utvalget finner videre at direktivbestemmelsens ordlyd, og henvisningen til prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, gir bedre uttrykk for de rettslige rammene som gjelder for oppdragsgivers avklaringsadgang.

Direktivet angir at det skal settes en rimelig frist, og utvalget foreslår at ny lov også inneholder en tilsvarende angivelse av frist. Dette er en endring sammenlignet med anskaffelsesforskriften (2016) § 23-5 første ledd, som krever at oppdragsgiver fastsetter en kort tilleggsfrist. Utvalget mener oppdragsgiver bør gis fleksibilitet, og at oppdragsgiver på dette tidspunktet i konkurransen uansett vil ha en egeninteresse i relativt hurtige avklaringer, og at dette derfor vil løse seg selv i praksis.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre artikkel 56 nr. 1-3 i ny lov om offentlige anskaffelser.
* at departementet vurderer å kodifisere EU-domstolens praksis vedrørende avklaringsadgangen hvis det kommer ytterligere tydeliggjøring fra EU-domstolen.

[Boks slutt]

## Kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører, tilbud og løsninger [artikkel 58 til 66]

### Kvalifikasjonskrav [artikkel 58]

#### Gjeldende rett

Adgangen til å stille kvalifikasjonskrav er regulert i anskaffelsesdirektivet artikkel 58.[[868]](#footnote-868) Det er oppdragsgiver som velger om det skal stilles kvalifikasjonskrav. Hvilke krav som kan stilles følger av artikkel 58 nr. 1 første avsnitt bokstavene a, b og c. Her fremgår det at adgangen til å stille krav er begrenset til krav som gjelder leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, økonomisk og finansiell evne, og teknisk og faglig dyktighet.

Innenfor disse rammene ligger det et betydelig handlingsrom for oppdragsgiver når det gjelder hvilke krav som kan stilles.[[869]](#footnote-869) Valg av kvalifikasjonskrav må skje under overholdelse av de generelle prinsippene, og oppdragsgiver kan ikke velge krav med det formål å begrense konkurransen eller favorisere bestemte leverandører.[[870]](#footnote-870)

Dersom det stilles kvalifikasjonskrav, følger det av artikkel 63 nr. 1 andre avsnitt at kravene skal være relevante for å sikre at leverandøren har juridisk og finansiell evne og teknisk og faglig dyktighet til å gjennomføre kontrakten som skal tildeles. Alle krav som stilles, må være tilknyttet og stå i forhold til ytelsen.[[871]](#footnote-871)

I praksis fra EU-domstolen er det presisert at kravet til gjennomsiktighet, som er utledet av likebehandlingsprinsippet, innebærer at kvalifikasjonskravene må utformes så presist at rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører vil forstå dem likt.[[872]](#footnote-872) [[873]](#footnote-873) Hvordan kvalifikasjonskrav skal tolkes, er behandlet i Høyesterett i HR-2022-1964-A Flage Maskin,[[874]](#footnote-874) med videre henvisning til EU-domstolens sak C-27/15 Pippo Pizzo:[[875]](#footnote-875)

«Ved tolkingen av kravene må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. For å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, kan det være nødvendig å tolke og utfylle det generelle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på. I den forbindelse vil også ordlyden i dokumentasjonskravet være av betydning, jf. blant annet KOFA-2022-909 avsnitt 34 flg. Jeg er derfor ikke enig i at tolkningen av kvalifikasjonskravet må begrenses til den umiddelbare, isolerte forståelsen av hvordan det er formulert, slik det er anført fra partshjelperen. Det kan imidlertid ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget faktisk gir grunnlag for, jf. Pippo Pizzo avsnitt 35 følgende. Videre kan det ikke innfortolkes krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, jf. samme dom avsnitt 51. En oppdragsgiver må også forholde seg strengt til de kvalifikasjonskravene som er oppgitt. Dette fremgår blant annet av avsnitt 42, hvor det understrekes at «a contracting authority must comply strictly with the criteria which it has itself established».[[876]](#footnote-876) [[877]](#footnote-877)

Artikkel 58 nr. 2 regulerer hvilke krav som kan stilles til leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet. Av første avsnitt følger det at oppdragsgiver kan kreve at leverandørene er oppført i ett av handels- eller bransjeregistrene i sin etableringsstat. De relevante registrene fremgår av vedlegg XI til direktivet, som også angir hvilke nasjonale attester eller erklæringer som lovlig kan kreves som dokumentasjon på at leverandøren kan utføre den aktuelle yrkesvirksomheten.

I Norge erstattet Foretaksregisteret de tidligere handelsregistrene i 1988,[[878]](#footnote-878) og anskaffelsesforskriften § 16-2 første ledd viser til foretaksregister som en egen kategori av register det kan kreves at leverandøren er oppført i.

Ved anskaffelse av tjenester, følger det av artikkel 58 nr. 2 andre avsnitt at oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren har en bestemt tillatelse eller er medlem av en bestemt organisasjon, hvis dette er et krav for å utføre de aktuelle tjenestene i leverandørens hjemstat. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren dokumenterer at de har slik tillatelse eller medlemskap. Hvilken dokumentasjon som kan kreves er ikke uttrykkelig angitt, men det må antas at oppdragsgiver kan kreve at leverandøren dokumenterer dette på en egnet måte.[[879]](#footnote-879) [[880]](#footnote-880)

Artikkel 58 nr. 3 angir hvilke krav som kan stilles til leverandørens økonomiske og finansielle evne til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Bestemmelsen gir eksempler på hvilke krav som kan stilles, men er ikke uttømmende.[[881]](#footnote-881)

Oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren må ha en bestemt minstesomsetning per år, herunder en årlig minsteomsetning innenfor det området kontrakten gjelder. Minsteomsetningen kan ikke overstige det dobbelte av anslått kontraktsverdi, med mindre ytelsen er forbundet med særlig risiko. Slik risiko kan være at prosjektet må gjennomføres i et gitt tidsrom, og at forskyvninger ikke er mulig fordi det påvirker ferdigstillelse av andre kontrakter.[[882]](#footnote-882) Det følger av fortalen at det er opp til oppdragsgiver å vurdere om det er passende og relevant å stille høyere krav til omsetning, og hvor høyt kravet skal være.[[883]](#footnote-883)

Krav om høyere omsetning gjør det vanskelig for små og mellomstore bedrifter å delta i konkurransen. Dersom det stilles krav om høyere omsetning enn det dobbelte av anslått kontraktsverdi, må hovedårsakene for dette angis i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen. Kravet til begrunnelse gjør oppdragsgivers vurdering av behovet for strengere krav etterprøvbar. Da bestemmelsen ble gjennomført i anskaffelsesforskriften § 16-3 første ledd bokstav a, ble det valgt å pålegge oppdragsgiver å begrunne kravet i anskaffelsesdokumentene. Dette gjør at slike krav enklere kan påklages på et tidlig stadium i anskaffelsesprosessen.

Oppdragsgiver kan også kreve fremlagt opplysninger om leverandørens årsregnskap, for eksempel regnskapets balanse. Anskaffelsesdokumentene må i så fall inneholde oversiktlige, objektive og ikke-diskriminerende metoder og kriterier for hvordan disse opplysningene vil bli vurdert.

Av artikkel 58 nr. 3 første avsnitt siste setning følger det at oppdragsgiver også kan kreve at leverandøren har et hensiktsmessig nivå på yrkesansvarsforsikring.

Artikkel 58 nr. 3 fjerde og femte avsnitt gir regler for utformingen av krav til leverandørens økonomiske og finansielle evne når kontrakten deles opp i delkontrakter, det skal inngås rammeavtaler med flere leverandører eller når det opprettes dynamiske innkjøpsordninger.

Dersom oppdragsgiver deler opp anskaffelsen i delkontrakter, gjelder artikkel 58 for hver enkelt delkontrakt. Oppdragsgiver kan likevel stille krav om minsteomsetning for grupper av delkontrakter, dersom leverandøren kan bli tildelt flere delkontrakter som skal gjennomføres samtidig.

I en rammeavtale der avrop skjer ved gjenåpning av konkurransen, skal det høyeste kravet til omsetning per år beregnes på grunnlag av den forventede største størrelsen av kontraktene som vil bli gjennomført samtidig. Dersom denne verdien ikke er kjent, skal kravet beregnes på grunnlag av den anslåtte verdien av hele rammeavtalen. Det må i så fall gjøres en vurdering av om et krav til minsteomsetning på inntil det dobbelte av rammeavtalens verdi er forholdsmessig, særlig dersom det er lagt opp til å gjøre mange, mindre avrop.

For dynamiske innkjøpsordninger, skal høyeste krav til minsteomsetning per år beregnes på grunnlag av den forventede største størrelsen på kontraktene som skal tildeles i henhold til denne ordningen.

Artikkel 58 nr. 4 gir regler om krav til leverandørens tekniske og faglige dyktighet. Oppdragsgiver kan stille krav som sikrer at leverandøren har de nødvendige menneskelige og tekniske ressursene og den nødvendige erfaringen til å gjennomføre kontrakten i henhold til en hensiktsmessig kvalitetsstandard.

Artikkel 58 nr. 4 andre avsnitt presiserer at det kan stilles krav om at leverandøren dokumenterer tilstrekkelig erfaring gjennom referanser fra tidligere gjennomførte kontrakter.

Dersom leverandøren viser til erfaring fra prosjekter hvor selskapet har brukt underleverandører, eller hvor leverandøren har deltatt i fellesskap, skal erfaringen vurderes basert på leverandørens bidrag og deltakelse i prosjektet.[[884]](#footnote-884) Leverandøren kan bare opparbeide seg erfaring ved selv å utføre i alle fall deler av det aktuelle arbeidet, og leverandørens erfaring skal vurderes ut fra det faktiske bidraget til utførelsen.[[885]](#footnote-885) Høyesterett har i Flage Maskin-dommen lagt til grunn at dersom det ikke er sagt noe om dette i konkurransegrunnlaget, vil ledelse av underleverandører som utfører arbeidsoppgavene som et klart utgangspunkt ikke etablere det nødvendige erfaringsgrunnlaget.[[886]](#footnote-886) Dette er samtidig ikke til hinder for at en oppdragsgiver utformer kvalifikasjonskrav hvor det er presisert at det er tilstrekkelig med erfaring fra å lede underleverandører.

Av artikkel 58 nr. 4 andre avsnitt siste setning følger det at oppdragsgiver kan anta at leverandøren ikke har den nødvendige faglige dyktigheten når det foreligger en interessekonflikt som kan påvirke kontraktsoppfyllelsen negativt. Denne bestemmelsen er i norsk rett gjennomført som en avvisningsbestemmelse i anskaffelsesforskriften § 24-3 tredje ledd bokstav d. Avvisningsreglene er tema i utvalgets andre delutredning, og vil ikke bli behandlet nærmere her.

Ved anskaffelse av varer som inkluderer monterings- eller installeringsarbeid, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kan leverandørens faglige dyktighet vurderes på grunnlag av dennes ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider. Dette følger av artikkel 58 nr. 4 tredje avsnitt. Det er uklart om denne bestemmelsen har en selvstendig betydning ved siden av artikkel 58 nr. 4 første avsnitt, og bestemmelsene om lovlig dokumentasjon i artikkel 60 med videre henvisninger til vedlegg XII del II, og artikkel 62.[[887]](#footnote-887)

Dersom oppdragsgiver velger å stille kvalifikasjonskrav, følger det av artikkel 58 nr. 5 at både kvalifikasjonskravene og de tilhørende dokumentasjonskrav må tas inn i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

Forsyningsdirektivet regulerer kvalifikasjonskrav overordnet i artikkel 78. Denne er supplert med regler om kvalifikasjonsordninger i artikkel 77. I tillegg åpner artikkel 80 for å benytte kvalifikasjonskrav i henhold til artikkel 58 i direktivet for klassisk sektor.

Konsesjonskontraktdirektivet regulerer kvalifikasjonskrav i artikkel 38.

Anskaffelsesforskriften regulerer kvalifikasjonskrav i §§ 16-1 til 16-6. Avvisning av leverandør når det foreligger interessekonflikt mellom oppdragsgiver og leverandør, er regulert i forskriften § 24-2 tredje ledd bokstav d.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 58 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering. Endringer sammenlignet med anskaffelsesforskriften er særskilt kommentert.

Artikkel 58 er en omfattende direktivbestemmelse, som må deles opp og forenkles når den gjennomføres i lov. I den norske versjonen av direktivet benyttes begrepet utvelgelseskriterier, men dette har ikke fått gjennomslag i norsk anskaffelsesrett og er heller ikke brukt i anskaffelsesforskriften. Utvalget vil beholde det innarbeidete begrepet kvalifikasjonskrav.

Artikkel 58 utfylles av vedlegg XI og XII. Vedleggene inneholder supplerende informasjon om hvilken dokumentasjon som kan kreves for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, gir oversikt over relevante handels- og bransjeregistre og andre krav som stilles for å utøve yrkesvirksomhet i de respektive medlemsstatene. Deler av innholdet i disse vedleggene er inntatt i dagens anskaffelsesforskrift §§ 16-4 og 16-6.

Utvalgets forslag til nytt regelverk om offentlige anskaffelser innebærer at vedleggene til direktivet nå foreslås gjennomført i en ny forskrift om offentlige anskaffelser. Oppdragsgivere må derfor sjekke ny anskaffelsesforskrift for en nærmere konkretisering av hvilke dokumentasjonskrav som kan oppstilles, og for en oversikt over de relevante registrene og kravene til yrkesvirksomhet som gjelder for leverandører i andre medlemsstater. Dette innebærer en endring sammenlignet med dagens regelverk.

Artikkel 58 nr. 2 gir oppdragsgiver mulighet til å kreve at leverandørene står oppført i et bransje- eller handelsregister. I dagens anskaffelsesforskrift § 16-2 første ledd er både handelsregister og foretaksregister nevnt, i tillegg til faglige registre. Utvalget forslår at bare begrepet foretaksregister benyttes i den nye loven, slik at begrepsbruken er tilpasset en norsk kontekst. Hvorvidt slike registre kalles handelsregister eller foretaksregister i den enkelte medlemsstat, er uten betydning. Avgrensningen av relevante registre må fastlegges med utgangspunkt i direktivbestemmelsen, oversikten i vedlegg XI og for EØS-statenes vedkommende i tilpasningsteksten til EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016, tillegg 3.

Artikkel 58 nr. 3 andre avsnitt oppstiller en begrunnelsesplikt dersom oppdragsgiver stiller strengere krav til minsteomsetning enn det dobbelte av kontraktens verdi. Det følger av direktivet at begrunnelsen kan gis enten i anskaffelsesdokumentene, eller i anskaffelsesprotokollen.

Utvalget foreslår å benytte handlingsrommet direktivet gir med hensyn til hvor oppdragsgiver skal gi denne begrunnelsen. I dagens anskaffelsesforskrift § 16-3 første ledd bokstav a er oppdragsgiver pålagt å gi begrunnelsen i anskaffelsesdokumentene. Utvalget vurderer det som hensiktsmessig å videreføre denne regelen. Ved å plassere begrunnelsen i de kunngjorte dokumentene, blir oppdragsgivers vurdering gjort etterprøvbar på et tidlig tidspunkt. Dette gjør det mulig å klage på et tidspunkt der en eventuell feilvurdering kan avhjelpes, og kan bidra til å sikre mer effektiv bruk av samfunnets ressurser. Utvalget kan heller ikke se at det er mer byrdefullt for oppdragsgivere å måtte gi begrunnelsen på et tidlig tidspunkt, siden vurderingen uansett må gjøres før konkurransen kunngjøres.

Når det gjelder krav til minsteomsetning for rammeavtaler heter det i direktivet at omsetningen skal beregnes basert på den største størrelsen av avrop som skal gjennomføres samtidig. Samme begrepsbruk er benyttet for dynamiske innkjøpsordninger. Ordlyden er i anskaffelsesforskriften endret til maksimal verdi, og utvalget foreslår å beholde denne løsningen. Dette er ikke ment å innebære noen innholdsmessig endring sammenlignet med direktivbestemmelsen.

I artikkel 58 nr. 4 er det gitt en regel om at oppdragsgiver kan anta at leverandøren ikke har den nødvendige faglige dyktigheten, dersom det foreligger en interessekonflikt som kan påvirke gjennomføringen av kontrakten negativt. Bestemmelsen er i dagens regelverk gjennomført som en avvisningshjemmel i forskriften § 24-2 tredje ledd bokstav d. Utvalget foreslår å videreføre løsningen i gjeldende regelverk, der avvisningsreglene er samlet i et eget kapittel. Avvisning er tema for utvalgets andre delutredning, og vil ikke redegjøres for her.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 58 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 17-1 til 17-4.

[Boks slutt]

### Felles europeisk egenerklæringsskjema (ESPD) [artikkel 59]

#### Gjeldende rett

For at ikke alle deltakerne i en konkurranse skal måtte sende inn all nødvendig dokumentasjon, gir artikkel 59 regler om et felles europeisk egenerklæringsskjema (ESPD).[[888]](#footnote-888) [[889]](#footnote-889) Egenerklæringen skal fungere som midlertidig dokumentasjon, og erstatter sertifikater utstedt av offentlige myndigheter eller tredjeparter. ESPD utstedes bare elektronisk, jf. artikkel 59 nr. 2 andre avsnitt. Det følger av nr. 1 femte avsnitt at leverandører kan gjenbruke ESPD fra en tidligere anskaffelsesprosess, dersom de kan bekrefte at opplysningene i egenerklæringen fortsatt er korrekte.

Det følger av artikkel 59 nr. 1 at oppdragsgiver skal akseptere ESPD som foreløpig dokumentasjon på at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, og at det ikke foreligger obligatoriske avvisningsgrunner som angitt i artikkel 57. Skjemaet skal også aksepteres som midlertidig dokumentasjon på oppfyllelse av eventuelle utvelgelseskriterier. Dersom en leverandør støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter, skal virksomhetene levere separate egenerklæringer.

Artikkel 59 nr. 2 første avsnitt angir at ESPD skal utarbeides på grunnlag av et standardskjema. Dette skal fastsettes av EU-kommisjonen ved hjelp av gjennomføringsrettsakter vedtatt etter fremgangsmåten i artikkel 89 nr. 3. Gjeldende standardskjema ble vedtatt ved EU-kommisjonens gjennomføringsfordring (EU) 2016/7. Forordningen er gjennomført i norsk rett ved at skjemaet er oversatt til norsk, og gjort tilgjengelig i EU-kommisjonens tjeneste for ESPD.[[890]](#footnote-890)

Hva som skal fremgå av egenerklæringen følger av artikkel 59 nr. 1 tredje avsnitt. ESPD skal bestå av en formell erklæring fra leverandøren om at det ikke foreligger relevante avvisningsgrunner, og/eller at kvalifikasjonskrav er oppfylt. I tillegg skal skjemaet inneholde andre relevante opplysninger som oppdragsgiver har stilt krav om. Det skal også fremgå av egenerklæringen hvilken offentlig myndighet eller tredjepart som er ansvarlig for å utarbeide underlagsdokumentene. Dette kan for eksempel være et sertifiseringsorgan. Leverandøren må også gi en formell erklæring om at underlagsdokumentene, for eksempel et sertifikat, på oppfordring kan fremlegges for oppdragsgiver uten opphold.

Dersom oppdragsgiver kan innhente underlagsdokumentene direkte ved å gå inn i en nasjonal database i en hvilken som helst medlemsstat, skal egenerklæringen inneholde opplysninger som gir oppdragsgiver tilgang til databasen. Dette kan være opplysninger om databasens internettadresse, eventuelle identifiseringsopplysninger, og samtykkeerklæring fra leverandøren dersom dette er nødvendig. Når underlagsdokumentasjonen finnes i en database, trenger ikke leverandøren fremlegge den dokumentasjonen som oppdragsgiver kan innhente direkte og vederlagsfritt. Eksempler på slike databaser er gitt i artikkel 59 nr. 5 og kan være et nasjonalt innkjøpsregister, et virksomhetsregister, et elektronisk dokumentarkiv eller et prekvalifikasjonssystem. Leverandøren er heller ikke forpliktet til å fremlegge underlagsdokumenter som oppdragsgiver allerede besitter.

Før kontrakten tildeles, skal oppdragsgiver innhente oppdaterte underlagsdokumenter fra vinnende leverandør. Dette gjelder ikke ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale med én leverandør, eller med flere leverandører dersom kontrakten tildeles uten gjenåpning av konkurransen. Oppdragsgiver kan be leverandørene om å supplere eller presisere den innleverte dokumentasjonen.

Forsyningsdirektivet åpner for å benytte kvalifikasjonskrav etter direktivet for klassisk sektor, jf. artikkel 80. I så fall gjelder også reglene om ESPD, jf. artikkel 80 nr. 3.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke regler om ESPD.

Anskaffelsesforskriften gir regler om ESPD i § 17-1.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 59 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Direktivbestemmelsen er omfattende, og må deles opp og forenkles for å passe inn i norsk lovgivningsteknikk. Utvalgets forslag innebærer at artikkel 59 deles opp i en bestemmelse om bruk av ESPD som foreløpig dokumentasjon, og en bestemmelse om innhenting av underlagsdokumentene.

I den norske versjonen av direktivet benyttes begrepet «felles europeisk innkjøpsdokument», men dette har ikke fått gjennomslag i norsk anskaffelsesrett og er heller ikke brukt i anskaffelsesforskriften. Utvalget vil beholde det innarbeidete begrepet europeisk egenerklæringsskjema, og forkortelsen ESPD.

Artikkel 59 nr. 3 og nr. 6 pålegger medlemsstatene og EU-kommisjonen plikter, og trenger ikke å gjennomføres i den nye loven. Utvalget anser det heller ikke nødvendig å gjennomføre reglene om hva egenerklæringsskjemaet skal inneholde. Dette følger av standardskjemaet for ESPD, som er vedtatt i forordning (EU) 2016/7 for etablering av standardskjemaet for det felles europeiske innkjøpsdokumentet. Forordningen foreslås gjennomført i ny forskrift om offentlige anskaffelser.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 59 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 17-5 og 17-6,
* å gjennomføre forordning (EU) 2016/7 om fastsettelse av standardskjemaet for det felles europeiske innkjøpsdokumentet i ny forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3.

[Boks slutt]

### Dokumentasjon [artikkel 60]

#### Gjeldende rett

Hva slags dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve som bevis på at kvalifikasjonskravene er oppfylt, følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 60. Oppdragsgiver kan bare kreve sertifikater, erklæringer eller annen type dokumentasjon som angitt i bestemmelsen nr. 2, 3 og 4, og i vedlegg XII til direktivet. Artikkel 60 regulerer sammen med artikkel 62 uttømmende hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve, og dette angir rammene for hvilke kvalifikasjonskrav oppdragsgiver kan stille. Listen over dokumentasjon i vedlegg XII del I, som gjelder for økonomisk og finansiell evne, er imidlertid ikke uttømmende. I tillegg følger det av artikkel 58 nr. 2 andre avsnitt at oppdragsgiver kan kreve dokumentasjon på at leverandøren har nødvendig autorisasjon mv. dersom dette er nødvendig for å yte tjenester omfattet av anskaffelsen. Det er dermed mulig å kreve dokumentasjon som ikke eksplisitt er angitt i artikkel 60, 62 eller vedlegg XII.

Artikkel 60 nr. 2 angir hvilken dokumentasjon oppdragsgiver skal godta som bevis for at ingen av avvisningsgrunnene i artikkel 57 foreligger. Dette utdypes nærmere i utvalgets andre delutredning.

Artikkel 60 nr. 3, med videre henvisning til vedlegg XII del I, gir regler om hvilken dokumentasjon som kan kreves for å dokumentere leverandørens økonomiske og finansielle evne. Opplistingen er ikke uttømmende. Dersom leverandøren har saklig grunn til ikke å fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har krevd, kan den økonomiske og finansielle evnen dokumenteres med ethvert annet egnet dokument.

I artikkel 60 nr. 4 er det, med videre henvisning til vedlegg XII del II, gitt regler om hvilken dokumentasjon som kan kreves som bevis for leverandørens tekniske evne. Dokumentasjonen som kreves må være i samsvar med ytelsens art, mengde, eller betydningen og bruken av ytelsen. Dette følger også av prinsippet om forholdsmessighet.

Listen over dokumentasjon som kan kreves i vedlegg XII er uttømmende, og oppdragsgiver kan dermed ikke kreve annen dokumentasjon på leverandørenes tekniske eller faglige dyktighet. Klagenemnda for offentlige anskaffelser har i tråd med dette kommet til at innhenting av muntlige referanser, som ikke er nevnt i anskaffelsesforskriften § 16-6 eller vedlegg XII, ikke lovlig kan benyttes som dokumentasjon på oppfyllelse av krav til leverandørens tekniske evne.[[891]](#footnote-891)

Når det gjelder dokumentasjon for at leverandøren råder over de nødvendige ressursene hos støttende virksomhet etter artikkel 63, er det presisert at leverandøren kan benytte alle hensiktsmessige midler. Dette følger også forutsetningsvis av artikkel 63 nr. 1 tredje avsnitt.

Forsyningsdirektivet åpner for å benytte reglene om kvalifikasjonskrav i anskaffelsesdirektivet, jf. artikkel 80. I slike tilfeller gjelder artikkel 60, jf. artikkel 80 nr. 3.

Konsesjonskontraktdirektivet har andre regler om dokumentasjon i artikkel 38 nr. 1.

Anskaffelsesforskriften gir regler om dokumentasjon for oppfyllelse av krav til økonomisk og finansiell stilling i § 16-4, og for teknisk og faglig dyktighet i § 16-6.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 60 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Artikkel 60 inneholder henvisninger til direktivets vedlegg XII. I dagens anskaffelsesforskrift, er det valgt å ta inn deler av vedlegget i egne forskriftsbestemmelser i anskaffelsesforskriften §§ 16-4 og 16-6. Denne løsningen foreslår utvalget å gå vekk fra i den nye loven. Utvalgets forslag innebærer at vedleggene til direktivet gjennomføres i sin helhet i ny forskrift om offentlige anskaffelser. Ved fastsettelse av dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravene må oppdragsgiver se i de relevante vedleggene.

Artikkel 60 nr. 2 tredje avsnitt og nr. 5 pålegger medlemsstatene plikter og foreslås ikke gjennomført i anskaffelsesloven.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 60 i ny lov om offentlige anskaffelser § 17-7.

[Boks slutt]

### Nettbasert lager for sertifikater (eCertis) [artikkel 61]

#### Gjeldende rett

E-Certis er en nettbasert database som inneholder oversikter over og veiledninger til medlemsstatenes sertifikater og andre opplysninger som leverandørene kan bruke for å delta i konkurranser i andre EØS-stater.[[892]](#footnote-892) Dokumentene som ligger i eCertis gjelder både kvalifikasjonskrav og avvisningsgrunner. Artikkel 61 regulerer medlemsstatenes plikt til å holde dokumentene oppdaterte, og angir at oppdragsgivere primært skal kreve dokumentasjon som er omfattet av eCertis.[[893]](#footnote-893)

Forsyningsdirektivet åpner for å benytte reglene om kvalifikasjonskrav i anskaffelsesdirektivet, jf. artikkel 80. I slike tilfeller gjelder artikkel 61, jf. artikkel 80 nr. 3.

Konsesjonskontraktdirektivet har ingen tilsvarende bestemmelse.

Anskaffelsesforskriften inneholder ingen regler om eCertis.

#### Utvalgets vurderinger

Artikkel 61 om eCertis retter seg mot medlemsstatene og EU-kommisjonen, og utvalget anser det som unødvendig å gjennomføre bestemmelsen i ny lov om offentlige anskaffelser.

### Standarder for kvalitetssikring og standarder for miljøstyring [artikkel 62]

#### Gjeldende rett

Det følger av artikkel 62 at oppdragsgiver kan kreve kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav til leverandørens tekniske og faglige dyktighet. Kvalitetssikring er planlagte og systematiske aktiviteter som gjøres for å oppnå at et produkt eller en tjeneste vil oppfylle kravene til kvalitet.[[894]](#footnote-894) Miljøledelse innebærer at en virksomhet systematisk og bevisst jobber med miljøhensyn ved driften av virksomheten.[[895]](#footnote-895) Standarder for kvalitetssikring og miljøledelse kan være egnet til å dokumentere leverandørens systematiske tilnærming til å oppnå resultater og mål knyttet til kvalitet og miljø.

Artikkel 62 nr. 1 angir at oppdragsgiver kan kreve sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren oppfyller visse kvalitetssikringsstandarder. Det er presisert at kvalitetssikringsstandarder kan gjelde krav til universell utforming.

Standarder for kvalitetssikring skal være basert på relevante europeiske standardserier som er sertifisert av akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater. Dersom leverandøren ikke har mulighet til å innhente sertifikat innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen dokumentasjon for at leverandørens kvalitetssikringstiltak er i samsvar med standarden som kreves.

Tilsvarende kan oppdragsgiver kreve fremlagt attester utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse miljøledelsesordninger eller -standarder. Dette følger av artikkel 62 nr. 2. Oppdragsgiver skal vise til EU-ordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS), andre anerkjente miljøledelsesordninger i forordning (EF) nr. 1221/2009 artikkel 45, eller andre miljøledelsesstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende attester utstedt av organer i andre EØS-stater.

Dersom leverandøren ikke har tilgang til slike sertifikater eller mulighet til å få slike innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen dokumentasjon for tilsvarende miljøledelsestiltak eller -standarder. I et slikt tilfelle er det leverandøren som må godtgjøre at deres systemer svarer til det som er nødvendig for å bli sertifisert etter den aktuelle miljøledelsesstandarden.

Selv om artikkel 62 åpner for å stille krav om at det fremlegges standarder for kvalitetssikring og miljøledelse, må ethvert kvalifikasjonskrav ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, jf. artikkel 58 nr. 1 andre avsnitt. Ettersom kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarder gjelder virksomhetens generelle egenskaper, må de generelle kravene påvirke leverandørens evne til å gjennomføre den aktuelle kontrakten. Et generelt krav om slike standarder uten at det påvirker leverandørens evne til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, vil ikke ha den nødvendige tilknytningen til leveransen.

Et praktisk viktig spørsmål er om tilknytningskravet medfører at standarder for kvalitetssikring eller miljøledelse må implementeres og benyttes i hele leveransekjeden. Spørsmålet er så vidt kjent ikke avklart av EU-domstolen, og vil i utgangspunktet bero på utformingen av det enkelte kvalifikasjonskravet. Oppdragsgiver står dermed fritt til selv å spesifisere hvor i leveransekjeden det er nødvendig med kvalitetssikrings- og miljøledelsestiltak.

I den grad det ikke er nærmere presisert i anskaffelsesdokumentene, er det i norsk rettspraksis lagt til grunn at slike standarder må gjelde for hele leveransekjeden, herunder selskapet på toppen av kjeden.[[896]](#footnote-896) Denne forståelsen er fulgt opp i praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak KOFA-2022-1643 (dissens). I spørsmålet om hvorvidt et generelt krav om kvalitetssikringssystem kunne oppfylles av et morselskap alene, delte nemnda seg i et flertall og et mindretall. Flertallet kom til at mors kvalitetssikringssystem ikke var tilstrekkelig til å oppfylle kravet når kontraktsforpliktelsene skulle utføres av datterselskapet:

«Kvalifikasjonskravenes funksjon er å øke sikkerheten for at leverandøren er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Samtidig virker kvalifikasjonskrav ekskluderende, og derfor krever forskriften § 16-1 (1) tredje punktum at kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen. Det at kvalitetssikringssystemet må gjelde hele leveransekjeden, må derfor også gjelde i et tilfelle hvor alle kontraktsarbeiderne skal utføres av valgte leverandørs datterselskap.

Selv om det er valgte leverandør som er innklagedes kontraktsmotpart og ansvarlig, er det ikke dokumentert at valgte leverandørs kvalitetssikringssystem vil benyttes ved utførelsen av tjenesten som skal leveres. Dokumentasjonen er dermed ikke tilstrekkelig til at oppdragsgiver kan slå fast at kvalitetssikringssystemet er egnet til å sikre at Kvikk Vask & Rens AS’ ytelse leveres med tilstrekkelig kvalitet. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om kvalitetssikringssystem.»[[897]](#footnote-897)

Mindretallet viste til at det var oppstilt et generelt utformet krav om kvalitetssikringssystem, uten at det var spesifisert hvilken aktivitet systemet måtte gjelde for. Etter mindretallets syn var det dermed ikke påregnelig for normalt påpasselige leverandører at de måtte ha et kvalitetssystem tilpasset ytelsen:

«Mindretallet viker tilbake fra å uttale at et uspesifisert kvalifikasjonskrav til kvalitetssikringssystem, og også miljøledelsessystem, innebærer at man basert på en tolkning av hvilke ytelser kontrakten omfatter må vurdere om tilbydernes kvalitets- og miljøledelsessystemer gjelder de relevante ytelsene. Det vil være krevende tolkningsøvelser å fastsette hva kontrakten gjelder opp mot hvordan ulike kvalitetssikrings- og miljøledelsessystem er oppdelt i hvilke ytelser de gjelder, hvor stor andel av anskaffelsen de ulike ytelsene gjelder og hvor stor andel en ytelse kan gjelde før kvalitets- og miljøledelsessystem må være tilpasset ytelsen. Etter mindretallets forståelse må det eventuelt være opp til oppdragsgiver om man ønsker å spesifisere hvilke spesifikke ytelser kvalitetssikrings- og miljøledelsessystemene må dekke. Et generelt kvalitetssikrings- eller miljøledelsessystem vil tilføre en merverdi innenfor alle ytelser.»[[898]](#footnote-898)

Tilknytningskravet kan neppe trekkes så langt at kvalitetssikrings- og miljøledelsessystemene må knytte seg til alle ytelsene som skal leveres under kontrakten.[[899]](#footnote-899) Hvorvidt tilknytningskravet begrenser leverandørens mulighet til å utnytte andre enheters kapasitet ved bruk av denne typen kvalifikasjonskrav drøftes under gjennomgangen av artikkel 63 i punkt 24.35.6.

Artikkel 62 nr. 3 pålegger medlemsstatene en plikt til å tilgjengeliggjøre opplysninger knyttet til dokumentene fremlagt som bevis på samsvar med kvalitets- og miljøstandarder for andre medlemsstater.

Forsyningsdirektivet har tilsvarende regler i artikkel 81.

Konsesjonskontraktdirektivet har ingen tilsvarende bestemmelse.

Anskaffelsesforskriften gir regler om miljøledelses- og kvalitetssikringsstandarder i § 16-7.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 62 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Direktivbestemmelsen er omfattende, og må gjøres kortere og i samsvar med norsk lovgivningsteknikk. Utvalget foreslår også å benytte begrepet miljøledelse istedenfor miljøstyring, som er direktivets ordlyd. Dette innebærer ingen realitetsendring sammenlignet med direktivbestemmelsen. Miljøledelse er også benyttet i dagens anskaffelsesforskrift.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 62 i ny lov om offentlige anskaffelser § 17-8.

[Boks slutt]

### Utnyttelse av andre enheters kapasitet [artikkel 63]

#### Gjeldende rett

Leverandøren kan i utgangspunktet fritt velge å basere seg på andre enheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskrav, uavhengig av den rettslige arten av deres forbindelse. EU-domstolen har slått fast at der verken leverandøren eller støttende virksomhet oppfyller krav hver for seg, så er utgangspunktet at de kan kombinere sine kvalifikasjoner for å oppfylle kravet.[[900]](#footnote-900) Dette er i tråd med direktivets overordnede formål om å åpne offentlige kontrakter for størst mulig konkurranse, og gjør det også lettere for små og mellomstore bedrifter å få tilgang til offentlige kontrakter.[[901]](#footnote-901)

Reglene om utnyttelse av andre enheters kapasitet er gitt i direktivet artikkel 63. Det følger av bestemmelsen nr. 1 at det bare er krav til økonomisk og finansiell evne, eller teknisk og faglig dyktighet som kan oppfylles med støtte fra andre. Det åpnes dermed ikke for å basere seg på andre virksomheter for å oppfylle krav som gjelder leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet.[[902]](#footnote-902)

Det kan etter omstendighetene være små forskjeller mellom kvalifikasjonskrav som gjelder teknisk og faglig dyktighet, og krav om at leverandøren er egnet til å utøve yrkesvirksomhet, siden utdanning og faglige kvalifikasjoner vil ha betydning for om vilkårene for autorisering er oppfylt. Valg av typen kvalifikasjonskrav vil like fullt være avgjørende for om leverandørene kan basere seg på andre enheters kapasitet i kvalifikasjonsvurderingen.[[903]](#footnote-903)

Leverandører som vil støtte seg på andre virksomheter, må dokumentere overfor oppdragsgiver at vedkommende råder over de nødvendige ressursene til å gjennomføre kontraktsforpliktelsene. Dette kan gjøres gjennom en forpliktelseserklæring fra støttende virksomhet, men leverandøren står fritt til å fremlegge annen egnet dokumentasjon, jf. artikkel 60 nr. 1 andre avsnitt. For å være egnet, må dokumentasjonen gjelde det konkrete oppdraget, og synliggjøre at støttende virksomhet forplikter seg til å delta dersom leverandøren blir tildelt kontrakt. Erklæringen må gjelde for hele kontraktsperioden.[[904]](#footnote-904) At virksomheten inngår i samme konsern, er ikke i seg selv tilstrekkelig.[[905]](#footnote-905) Leverandører som deltar i fellesskap etter artikkel 19 nr. 2 kan støtte seg på de øvrige deltakerne i fellesskapet, og andre virksomheter.

Når leverandøren støtter seg på andre virksomheter følger det av artikkel 63 nr. 1 andre avsnitt at oppdragsgiver må vurdere om disse virksomhetene oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene. Dette vil i første omgang skje ved en vurdering av støttende virksomhets egenerklæringsskjema, jf. artikkel 59 nr. 1 andre avsnitt. Hvilke kvalifikasjonskrav som er relevante for støttende virksomhet må vurderes konkret.

Dersom støttende virksomhet ikke oppfyller de relevante kravene, eller det foreligger obligatoriske avvisningsgrunner etter artikkel 57, skal oppdragsgiver kreve at denne erstattes. Dersom det foreligger forhold ved den støttende virksomheten som gir en avvisningsrett, kan oppdragsgiver pålegge leverandøren å erstatte denne. At leverandøren gis mulighet til å erstatte støttende virksomhet, gjør at oppdragsgiver ikke trenger å avvise en leverandør på grunn av forhold ved underleverandøren. Samtidig medfører bestemmelsen at leverandøren gis mulighet til å oppfylle kvalifikasjonskravene basert på støtte fra en leverandør som ikke var nevnt i tilbudet. Ettersom utskiftningen av leverandøren forutsetter at det fremgår av tilbudet at leverandøren baserer seg på en annen enhets ressurser, fremstår bestemmelsen som en variant av avklaringsadgangen i artikkel 56 nr. 3.[[906]](#footnote-906)

I anskaffelsesforskriften § 16-10 tredje ledd er dette regulert strengere. Dersom enheten leverandøren støtter seg på ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, eller det foreligger obligatoriske avvisningsgrunner, skal oppdragsgiver avvise leverandøren. Oppdragsgiveren kan avvise leverandøren dersom enheten denne støtter seg på er i en situasjon som gir avvisningsrett.

Det følger av artikkel 63 nr. 1 tredje avsnitt at dersom støtten gjelder økonomisk og finansiell evne, kan oppdragsgiver kreve at leverandøren og den støttende virksomheten er solidarisk ansvarlig for gjennomføringen av kontrakten. Dersom oppdragsgiver ikke krever dette, kan leverandøren dokumentere råderett over de nødvendige økonomiske og finansielle ressursene uten at støttende virksomhet forplikter seg til å dekke oppdragsgivers tap dersom hovedleverandøren går konkurs. Oppdragsgiver må selv vurdere om solidaransvar er nødvendig, og eventuelt stille krav om dette hvis konsekvensene ved at leverandøren går konkurs gjør det forholdsmessig.

Artikkel 63 nr. 1 første avsnitt angir at dersom støtten gjelder utdannelse, faglige kvalifikasjoner,[[907]](#footnote-907) eller relevant yrkeserfaring, må støttende virksomhet utføre de tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som krever slike kvalifikasjoner. Leverandøren kan dermed ikke basere seg på en annen virksomhets kompetanse for rent formelt å oppfylle kvalifikasjonskravene.[[908]](#footnote-908) På denne måten sikres oppdragsgiver at kontraktsarbeidene gjennomføres av personer som har de kvalifikasjonene som var nødvendige for å oppfylle kontraktsforpliktelsene.[[909]](#footnote-909)

Dersom støtten gjelder leverandørens øvrige tekniske egenskaper, følger det av EU-domstolens avgjørelse i sak C-314 Siemens og Arge Telekom at oppdragsgiver kan stille egnede kontraktskrav som sikrer at en vesentlig del av oppgavene blir utført av den virksomheten leverandøren har støttet seg på for å oppfylle kvalifikasjonskravene.[[910]](#footnote-910) På denne måten kan oppdragsgiver sikre at oppgavene utføres av virksomheter som har de egenskapene som kvalifikasjonsvurderingen er basert på.

Dersom kontrakten etter sin art er udelelig og skal gjennomføres av en leverandør, følger det av EU-domstolens praksis at det etter omstendighetene ikke vil være mulig å basere seg på andre enheters kapasitet for oppfyllelse av krav til teknisk og faglig dyktighet.[[911]](#footnote-911)

Artikkel 63 nr. 2 angir at oppdragsgiver kan stille krav om at visse kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv eller en bestemt deltaker i et fellesskap. Bestemmelsen gjør unntak fra hovedregelen om at leverandøren selv bestemmer hvordan kontraktsforpliktelsene skal løses, inkludert hvilke oppgaver som skal settes til underleverandører. Krav om at kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv kan oppstilles uavhengig av om oppdragsgiver har vurdert underleverandørens kvalifikasjoner i anskaffelsesprosessen, og bestemmelsen modererer på dette punktet EU-domstolens uttalelser i sak C-314/01 Siemens og Arge Telekom.[[912]](#footnote-912)

At oppgavene må være kritiske, viser at unntaket er snevert. Ordlyden viser også at bestemmelsen legger opp til en kvalitativ avgrensning av oppgavene hovedleverandøren må utføre. Det er dermed ikke i samsvar med bestemmelsen å be om at en viss andel av arbeidene utføres av hovedleverandøren. Dette er bekreftet av EU-domstolen i sak C-642/20.[[913]](#footnote-913) Saken gjaldt lovligheten av en nasjonal bestemmelse som stilte krav om at størstedelen av arbeidene måtte utføres av hovedleverandøren når tilbud ble inngitt av et leverandørfellesskap. EU-domstolen uttalte at det til tross for visse forskjeller i direktivets språkversjoner, er tydelig at begreper som «kritiske» eller «sentrale» oppgaver viser at EU-lovgivers hensikt var å begrense hvilke krav som kan stilles til den enkelte leverandøren.

Et spørsmål som har vært behandlet i norsk retts- og nemndspraksis er hvorvidt leverandøren kan støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav der det kreves fremlagt standarder for miljøledelse eller kvalitetssikring. Spørsmålet har også en side til hvor langt det generelle tilknytningskravet i artikkel 58 nr. 1 strekker seg, se i den forbindelse gjennomgangen av tilknytningskravet i relasjon til krav om standarder for miljøledelse eller kvalitetssikring i punkt 24.35.5 over.

Når det ikke er angitt i anskaffelsesdokumentene hvilket ledd i leveransekjeden som skal være dekket av den påkrevde standarden, er det i norsk underrettspraksis lagt til grunn at slike standarder også må gjelde selskapet på toppen av kjeden.[[914]](#footnote-914) Dette er samtidig ikke til hinder for at oppdragsgiver utformer kvalifikasjonskrav hvor det er identifisert i hvilket ledd slike standarder må være implementert, for eksempel i forbindelse med produksjon.

I praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser er det åpnet for at hovedleverandør etter omstendighetene kan basere seg på underleverandørs relevante standard.[[915]](#footnote-915) Dette vil typisk være relevant dersom virksomheten leverandøren støtter seg på er den som skal utføre de arbeidene hvor det er risiko for miljøutfordringer eller lignende. I nemndspraksis er det også eksempel på at leverandør som inngår i en leveransekjede der morselskapet har implementert et relevant kvalitetssikrings- eller miljøledelsessystem etter omstendighetene kan anses å oppfylle kvalifikasjonskrav til slike systemer.[[916]](#footnote-916)

Forsyningsdirektivet regulerer utnyttelse av andre enheters kapasitet i artikkel 79.

Konsesjonskontraktdirektivet har en egen regel om utnyttelse av andres kapasitet i artikkel 38 nr. 2.

Anskaffelsesforskriften gir regler om støtte fra annen virksomhet i § 16-10.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 63 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering. Direktivbestemmelsen er omfattende, og må gjøres kortere og i samsvar med norsk lovgivningsteknikk.

Utvalget foreslår å regulere oppdragsgivers adgang til å pålegge hovedleverandøren å utføre visse kritiske oppgaver i en egen lovbestemmelse. Bestemmelsen gir oppdragsgiver muligheten til å forby bruk av underleverandører for visse oppgaver, og er ikke begrenset til tilfeller hvor leverandøren utnytter andre enheters kapasitet. Etter utvalgets syn er regelens rekkevidde underkommunisert ved at den er plassert sammen med reglene om støtte fra andre virksomheter.

Utvalget har også vurdert om det bør stilles strengere krav til reell forpliktelse fra støttende virksomhet når leverandøren støtter seg på dennes økonomiske og finansielle evne, for eksempel gjennom solidaransvar. I direktivbestemmelsen er det opp til oppdragsgiver å vurdere om det skal stilles krav om solidaransvar. Slike kvalifikasjonskrav kan dermed i utgangspunktet oppfylles på en måte som ikke gir sikkerhet for at oppdragsgiver får dekket sine tap ved hovedleverandørens konkurs.

Det kan stilles spørsmål ved om terskelen for oppfyllelse av kravet i slike tilfeller kan bli ulik for leverandører som oppfyller kravet selv, og for leverandører som støtter seg på andres økonomiske evne, for eksempel et morselskap, dersom mor ikke samtidig blir solidarisk ansvarlig. Samtidig vil oppdragsgivere i mange tilfeller oppnå den nødvendige sikkerheten for leveransen uten å kreve solidaransvar, særlig når leverandøren utnytter den økonomiske evnen til underleverandører som skal utføre deler av kontrakten. Et ubetinget krav om solidaransvar vil også kunne redusere konkurransen om offentlige kontrakter, og gjøre det mer utfordrende for små og mellomstore bedrifter. Utvalget anser det derfor som hensiktsmessig å beholde den valgfriheten som følger av artikkel 63 nr. 1 sjette avsnitt.

Utvalgets forslag innebærer også at regelen i artikkel 63 nr. 1 andre avsnitt om utskiftning av støttende virksomhet som ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene gjennomføres i den nye loven. Dette innebærer en endring sammenlignet med dagens regelverk. I anskaffelsesforskriften § 16-10 tredje ledd er oppdragsgiver pålagt å avvise hovedleverandøren, eller vurdere å avvise hovedleverandøren, dersom støttende virksomhet ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene. Utvalget mener dette er unødvendig strengt, og at den nye loven bør gi oppdragsgiver den samme fleksibiliteten som direktivet åpner for. På denne måten kan oppdragsgiver unngå unødvendige avvisninger, og det vil være mindre risikabelt for leverandører å levere tilbud der leverandøren støtter seg på andres ressurser. Dette kan gjøre det mer attraktivt for små- og mellomstore leverandører å konkurrere om offentlige kontrakter.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 63 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 17-9 og 17-10.

[Boks slutt]

### Offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering [artikkel 64]

#### Gjeldende rett

Artikkel 64 åpner for at medlemsstatene kan opprette offisielle lister over godkjente leverandører eller innføre sertifisering av leverandører ved sertifiseringsorganer. Dersom leverandøren står oppført på en slik liste eller er sertifisert som godkjent leverandør i en annen medlemsstat, er formodningen at leverandøren oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene, eller at det ikke foreligger relevante avvisningsgrunner. Dersom oppdragsgiver bestrider dette, skal det gis en begrunnelse. Det følger videre av bestemmelsen at oppdragsgiver uansett kan kreve at leverandørene fremlegger en attest for at de oppfyller sine forpliktelser til å betale trygde- og pensjonspremier og skatt.

Formålet med bestemmelsen er at offisielle lister og sertifiseringer kan tre istedenfor annen dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav eller fravær av avvisningsgrunner. Det er imidlertid en rekke utfordringer ved bruk av slike lister. Listene og sertifiseringsordningene dokumenterer bare at leverandøren oppfyller et bestemt og generelt minstenivå. Ettersom det må vurderes konkret for den enkelte anskaffelse hvilken dokumentasjon oppdragsgiver etterspør, vil det vanligvis være behov for ytterligere dokumentasjon selv om leverandøren er oppført på en liste eller sertifisert som godkjent.[[917]](#footnote-917) Etter innføringen av det europeiske egenerklæringsskjemaet, er også dokumentasjonsbyrden redusert, slik at behovet for slike lister fremstår mindre. Norge har på nåværende tidspunkt ikke opprettet en slik liste.

Verken forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet har regler om offisielle lister.

Anskaffelsesforskriften gir regler om offisielle lister og sertifisering i § 17-2.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre deler av artikkel 64 i ny lov om offentlige anskaffelser. Artikkel 64 åpner for at medlemsstatene kan opprette offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering, og får primært anvendelse når slike lister skal opprettes eller er opprettet. En slik liste er ikke opprettet i Norge. Det er derfor bare nødvendig å gjennomføre reglene for hvordan oppdragsgiver skal forholde seg til leverandører som er registrert i offisielle lister i andre medlemsstater eller sertifisert av et kompetent sertifiseringsorgan. Dette samsvarer i hovedsak med reguleringen i dagens anskaffelsesforskrift.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 64 i ny lov om offentlige anskaffelser § 17-11.

[Boks slutt]

### Reduksjon av antall ellers kvalifiserte leverandører [artikkel 65]

#### Gjeldende rett

Ved en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurranse om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog kan oppdragsgiver sette en nedre, og eventuelt også øvre, grense for antallet leverandører som får gi tilbud. Ved å begrense antallet kvalifiserte leverandører vil anskaffelsesprosessen bli mindre ressurskrevende for oppdragsgiver, som får færre løsninger å evaluere. For leverandørene vil en begrensning av antallet bety færre konkurrenter, og at det hovedsakelig er leverandører som vil kunne vinne frem som bruker ressurser på å utarbeide tilbud.

Dersom oppdragsgiver ønsker å begrense antallet ellers kvalifiserte leverandører, angir artikkel 65 nr. 2 at det må fastsettes objektive og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier eller regler for utvelgelsen.[[918]](#footnote-918) I dette ligger det blant annet at kravene skal være etterprøvbare, relevante, og ha betydning for det oppdraget konkurransen gjelder.[[919]](#footnote-919) KOFA har i sak 2020-361 akseptert at utvelgelsen kunne gjøres basert på leverandørenes referanseliste, i kombinasjon med tilbakemeldinger fra referansepersoner. Klagenemnda uttalte i den forbindelse at et utvelgelseskriterium er objektivt selv om det innebærer at man legger vekt på tidligere kontraktsparters subjektive erfaringer med de ulike leverandørene.[[920]](#footnote-920) Også utvelgelse basert på leverandørenes årlige omsetning er akseptert som objektiv i nemndspraksis.[[921]](#footnote-921)

Utvelgelseskriteriene skal fremgå av kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Her skal det også settes en nedre og eventuelt øvre grense for antallet leverandører oppdragsgiver ønsker å gå videre med. Nedre grense kan ikke settes til færre enn fem leverandører i en begrenset anbudskonkurranse. I konkurranse med forhandling, konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap må nedre grense minimum være tre leverandører. Antallet leverandører som skal velges ut, må i alle tilfeller være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Oppdragsgiver kan likevel velge ut færre leverandører enn oppgitt i kunngjøringen eller i invitasjonen, dersom antallet kvalifiserte leverandører er lavere enn den nedre grensen. Oppdragsgiver kan ikke ta med leverandører som ikke søkte om prekvalifisering, eller som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene. Dette følger også av prinsippene om likebehandling og kravet til gjennomsiktighet.

Utvelgelsesprosessen må utover dette gjennomføres i samsvar med de grunnleggende prinsippene.

Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke tilsvarende regler.

Utvelgelse av leverandører er regulert i anskaffelsesforskriften § 16-12. Av § 16-12 fjerde ledd følger det at oppdragsgiver snarest mulig skal gi leverandørene som ikke blir valgt ut en skriftlig meddelelse om utvelgelsen, og at denne skal begrunnes.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 65 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Anskaffelsesforskriften § 16-12 fjerde ledd inneholder en regel om at oppdragsgiver snarest mulig skal gi leverandørene som ikke velges ut, en skriftlig meddelelse som skal inneholde en kort begrunnelse for utvelgelsen. Artikkel 65 inneholder til sammenligning ingen slik begrunnelsesplikt. Utvalget foreslår å videreføre begrunnelsesplikten i ny lov om offentlige anskaffelser. Begrunnelsen sikrer etterprøvbarhet, og gjør leverandøren i stand til å vurdere om utvelgelsen har skjedd i tråd med de objektive og ikke-diskriminerende reglene som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 65 i ny lov om offentlige anskaffelser § 17-12.

[Boks slutt]

### Begrensning i antall tilbud [artikkel 66]

#### Gjeldende rett

Oppdragsgiver kan i konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog beslutte at anskaffelsesprosessen skal skje i flere faser for å redusere antallet tilbud eller løsninger. Dette skal gjøres på grunnlag av tildelingskriteriene. Antallet tilbud i siste forhandlingsrunde må være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall gjenværende tilbud, løsninger eller kvalifiserte leverandører.

Forsyningsdirektivet har ikke gitt regler om begrensning av antallet tilbud eller løsninger utover det som følger av prosedyrereglene for konkurransepreget dialog (artikkel 48) og innovasjonspartnerskap (artikkel 49).

Konsesjonskontraktdirektivet har ikke tilsvarende regulering.

Anskaffelsesforskriften har regler om begrensning i antall tilbud eller løsninger i § 23-11.

#### Utvalgets vurderinger

Artikkel 66 første punktum overlapper med reguleringen av konkurranse med forhandling i artikkel 29 nr. 6, og konkurransepreget dialog i artikkel 30 nr. 4. Utvalget vurderer det som et forenklingstiltak at også artikkel 66 andre punktum gjennomføres i bestemmelsene om konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog i ny lov om offentlige anskaffelser. Det vises til redegjørelsen i kapittel 24.20.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 66 andre punktum i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 10-13 og 10-18.

[Boks slutt]

## Tildelingskriterier [artikkel 67, 68 og 69]

### Kriterier for kontraktstildeling [artikkel 67]

#### Gjeldende rett

I anskaffelsesdirektivet artikkel 67 er det gitt bestemmelser om kriterier for tildeling av offentlige kontrakter. Tildelingskriteriene skal muliggjøre en sammenlignende vurdering av de enkelte tilbudene opp mot kontraktsgjenstanden slik denne er definert i kravspesifikasjonene.[[922]](#footnote-922)

Artikkel 67 nr. 1 angir at kontrakter skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette uttrykket skal ifølge fortalen forstås og anvendes som et overordnet begrep, for å signalisere at tilbudet som velges skal være den løsningen oppdragsgiver anser som den økonomisk beste løsningen blant tilbudene.[[923]](#footnote-923)

Av artikkel 67 nr. 2 følger det at tildeling skal skje basert på kriteriene pris eller kostnad, eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Anskaffelsens pris eller kostnad inngår dermed alltid i vurderingen av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det følger likevel av nr. 2 andre avsnitt at kostnadselementet kan angis som en fast pris eller kostnad, slik at leverandørene bare konkurrerer på kvalitet.

Adgangen til å benytte kostnadskriterier gir oppdragsgiver mulighet til å vektlegge omkostninger ved anskaffelsen utover tilbudsprisen, for eksempel livssykluskostnader. Livssyklus er definert i artikkel 2 nr. 20, og omfatter alle de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår i løpet av sin levetid. Den strekker seg fra forskning og utvikling, til produksjon, handel, transport, bruk og vedlikehold og avslutning av bruken av ytelsen. Det er oppdragsgiver som i den enkelte anskaffelse må vurdere om det skal tas hensyn til slike omkostninger ved tildeling av kontrakt. Ved bruk av kostnadskriterier, må beregningen av kostnadene være basert på kostnadseffektivitet. Artikkel 68 regulerer hvordan beregning av livssykluskostnader skal gjøres, men også andre beregningsmetoder er lovlige, så fremt de bygger på kostnadseffektivitet.

I artikkel 67 nr. 2 tredje avsnitt er medlemsstatene gitt mulighet til å forby eller begrense adgangen til å benytte rene priskonkurranser, for å oppmuntre til større grad av kvalitetsorientering i offentlige anskaffelser.[[924]](#footnote-924) Dette er i samsvar med uttalelsene i fortalens premiss 90 og 97 om at sosiale og miljømessige hensyn skal integreres i gjennomføringen av offentlige anskaffelser, og at direktivet skal klargjøre hvordan oppdragsgivere kan bidra til å fremme en bærekraftig omstilling samtidig som de kan oppnå best mulig forhold mellom pris og kvalitet i den enkelte kontrakt. I norsk rett har lovgiver nylig vedtatt endringer i anskaffelsesforskriften § 7-9, som medfører at miljø som hovedregel skal benyttes som tildelingskriterium og vektes med 30 prosent. Selv om regelen inneholder unntak, medfører den en vesentlig begrensning i adgangen til å benytte rene priskonkurranser. Bestemmelsen trer i kraft 1. januar 2024.

Muligheten til å ivareta miljøhensyn og en bærekraftig utvikling, samtidig som oppdragsgiver oppnår det beste forholdet mellom pris og kvalitet i offentlige kontrakter, er også synliggjort gjennom eksemplifiseringen av mulige kvalitative kriterier i artikkel 67 nr. 2 første avsnitt bokstav a til c. Listen er ikke uttømmende.[[925]](#footnote-925)

Bokstav a gir eksempler på kriterier som gjelder ytelsens kvalitet. Dette omfatter blant annet teknisk verdi, estetiske og funksjonelle egenskaper. Kvaliteten på ytelsen kan også vurderes basert på tilgjengelighet og universell utforming. I tillegg nevnes miljømessige, sosiale og nyskapende egenskaper eksplisitt som kvaliteter ved ytelsen som kan premieres. Tildelingskriteriene kan også gjelde handel og handelsvilkår, for eksempel etisk handel.[[926]](#footnote-926)

Artikkel 67 nr. 2 bokstav b gir regler om bruk av tildelingskriterier som gjelder organiseringen av, og kvalifikasjonene og erfaringen til, personalet som skal benyttes i kontrakten. Før innføringen av denne bestemmelsen var adgangen til å vurdere kvaliteter ved tilbudt bemanning utledet av rettspraksis, og det var noe uklart i hvilke tilfeller dette lovlig kunne oppstilles som tildelingskriterium.[[927]](#footnote-927)

Bokstav b presiserer at kvalitative tildelingskriterier kan gjelde bemanningen som er tilbudt. Dette forutsetter at personalet som skal benyttes har vesentlig betydning for nivået på gjennomføringen av kontrakten.[[928]](#footnote-928) Dette kan være fordi tjenestene som anskaffes krever en viss fagkunnskap, og fortalen premiss 94 nevner konsulent- eller arkitekttjenester som eksempler. I slike tilfeller kan kriterier som legger opp til en vurdering av organiseringen av personalet eller deres erfaring og kvalifikasjoner være aktuelle. Bruk av slike tildelingskriterier bør imidlertid kombineres med kontraktsvilkår som sikrer at det tilbudte personalet også gjennomfører kontakten, og vilkår for utskiftning av personell.[[929]](#footnote-929)

Artikkel 67 nr. 2 bokstav c angir at også kriterier knyttet til kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser kan benyttes. Dette kan eksempelvis være leveringsmåte, leveringsfrist eller frist for ferdigstillelse.

Det følger av artikkel 67 nr. 3 at tildelingskriteriene må ha tilknytning til ytelsen som skal anskaffes. Dette tilknytningskravet gjelder både for pris- eller kostnadskriterier, og de kvalitative kriteriene. Tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til ytelsen kontrakten gjelder.

Direktivet legger opp til et utvidet tilknytningsbegrep, ved at tildelingskriterier anses å ha tilstrekkelig tilknytning så lenge de relaterer seg til ytelsen på et hvilket som helst stadium i dens livssyklus, jf. fortalen premiss 97. Blant annet kan det omfatte faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med ytelsen, eller en annen spesifikk prosess i livssyklusen.

Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker ytelsens materielle egenskaper. Eksempler på dette er at produktene er fremstilt uten bruk av giftige kjemikalier, eller at leveringen skjer ved bruk av nullutslippskjøretøy.[[930]](#footnote-930) Andre relevante faktorer kan være handelsbetingelser, for eksempel at produktet er et fairtrade produkt der produsentene har fått en rettferdig pris for sine varer.[[931]](#footnote-931)

Et utvidet tilknytningsbegrep muliggjør større bruk av sosiale og miljømessige tildelingskriterier. Kriteriene kan imidlertid ikke legge opp til en vurdering av generelle forhold ved virksomheten, som for eksempel implementering av et miljøledelsessystem.[[932]](#footnote-932) [[933]](#footnote-933) Leverandørens generelle kapasitet, erfaring eller referanser kan som den klare hovedregel heller ikke benyttes som tildelingskriterier.[[934]](#footnote-934) I den sammenheng har EU-domstolen slått fast at et tildelingskriterium som skulle dokumenteres med en liste over leverandørens tidligere kunder, ikke ble ansett å ha den nødvendige tilknytningen.[[935]](#footnote-935)

Når det gjelder leverandørens kapasitet, er det i praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser åpnet for at slike kriterier unntaksvis kan ha den nødvendige tilknytningen. I KOFA-2022-596 uttalte klagenemnda at leverandørens kapasitet kan benyttes som tildelingskriterium dersom det knytter seg til hvordan kapasitetsutfordringer skal møtes i forbindelse med leveransen, og legger opp til en vurdering av forhold som forplikter leverandøren. Dette kan for eksempel være tilbudt reservekapasitet. Et kriterium som la opp til å vurdere hvorvidt leverandøren benyttet interne ressurser eller underleverandører, gjaldt derimot ikke kvaliteten på ytelsen, og var ulovlig.[[936]](#footnote-936)

Klagenemnda har også akseptert at tildelingskriterier som legger opp til evaluering av stikkprøver, under gitte forutsetninger har den nødvendige tilknytningen til leveransen.[[937]](#footnote-937) Stikkprøvebasert tildeling kan være relevant både for kvalitets- og priskriterier.

For at priskriterier skal ha den nødvendige tilknytningen, har klagenemnda lagt til grunn at kriteriet må være egnet til å utpeke tilbudet med lavest pris. I dette ligger det at tilbudene skal premieres ut fra prisen oppdragsgiver skal betale for ytelsen. Det er likevel ikke slik at oppdragsgiver er forpliktet til å ta hensyn til samtlige priselementer ved evalueringen.[[938]](#footnote-938) Prisene som evalueres må imidlertid være representative for ytelsen konkurransen gjelder, slik at oppdragsgiver gis mulighet til å sammenligne leverandørenes prisnivå på den totale leveransen på en objektiv måte.[[939]](#footnote-939) Dette endrer imidlertid ikke at priskriteriet må utformes på en måte som gjør det egnet til å utpeke tilbudet med laveste pris.

I de forente sakene 2022/322 og 326 skulle priskriteriet evalueres basert på 31 av de 277 etterspurte priselementene. Disse priselementene sto for omtrent halvparten av den estimerte verdien av kontrakten, og klagenemnda fant at produktene ikke var et representativt utvalg produkter. Klagenemnda kom derfor til at priskriteriet ikke var egnet til å utpeke tilbudet med lavest pris på den totale leveransen, og at priskriteriet manglet den nødvendige tilknytningen.[[940]](#footnote-940) Hvor den nærmere grensen går, er ikke avklart i praksis.

Også evaluering basert på tilbudt påslag kan etter omstendighetene ha den nødvendige tilknytningen.[[941]](#footnote-941)

Artikkel 67 nr. 4 angir at tildelingskriteriene ikke kan utformes slik at de gir oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet.[[942]](#footnote-942) Tildelingskriteriene skal sikre mulighet for effektiv konkurranse om kontrakten, og ha tilhørende dokumentasjonskrav som gjør det mulig å kontrollere opplysningene i tilbudet på en effektiv måte, for å kunne vurdere hvor godt leverandørene oppfyller tildelingskriteriene. Dersom oppdragsgiver ikke kan kontrollere opplysningene i tilbudet, innebærer det at likebehandlingsprinsippet settes til side ved at tildelingskriteriet ikke garanterer gjennomsiktighet og objektivitet i anskaffelsesprosedyren.[[943]](#footnote-943)

Dette er utdypet av EFTA-domstolen i sak E-16/16 Fosen I.[[944]](#footnote-944) Domstolen presiserte her at muligheten for å ivareta likebehandlingsprinsippet gjennom en objektiv og åpen vurdering av de ulike tilbudene, forutsetter at oppdragsgiver er i stand til å foreta en effektiv kontroll av nøyaktigheten av opplysningene leverandørene har gitt i sine tilbud, og av om tilbudene oppfyller tildelingskriteriene.[[945]](#footnote-945) [[946]](#footnote-946) Det at oppdragsgiver kan fastslå om de fremlagte opplysningene er troverdige, og særlig om leverandøren vil være i stand til å levere det som er tilbudt, er en forutsetning for en objektiv sammenligning av tilbudene.[[947]](#footnote-947)

Dokumentasjonskravene skal gjøre at tildelingskriteriene er mulig å etterprøve på en objektiv måte for oppdragsgiver. Samtidig er det presisert i den nevnte Fosen I-saken at det må ses hen til prinsippet om forholdsmessighet. Dokumentasjonskravene må derfor ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet om å kontrollere om opplysningene fremlagt av leverandøren, er troverdige og oppfyller oppdragsgivers krav.[[948]](#footnote-948)

Artikkel 67 nr. 4 tredje punktum inneholder en regel om at oppdragsgiver i tvilstilfeller har en plikt til å kontrollere om opplysningene i tilbudet er korrekte. Når det anses å foreligge tilstrekkelig tvil til at plikten til å kontrollere opplysningene oppstår, er ikke avklart av EU-domstolen. Det finnes imidlertid norsk underretts- og klagenemndspraksis om når plikten oppstår.[[949]](#footnote-949) [[950]](#footnote-950) Praksisen antas å være i samsvar med direktivets tvilsbegrep.

Det følger av denne praksisen at oppdragsgiver i utgangspunktet må kunne stole på opplysninger gitt i et tilbud, med mindre det foreligger andre forhold eller opplysninger i saken som gir grunn til å foreta nærmere undersøkelser.[[951]](#footnote-951) Hvorvidt det foreligger foranledning til kontroll, må vurderes konkret. Opplysningenes art og betydning for evalueringen må tillegges vekt.[[952]](#footnote-952) Også store forskjeller mellom tilbudene kan etter omstendighetene gi foranledning til kontroll.[[953]](#footnote-953)

Eventuelle innsigelser mot oppdragsgivers vurdering av tilbudet kan også være egnet til å så tvil om opplysningene i tilbudet. En innsigelse er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig. Innsigelsen må inneholde konkrete holdepunkter for at de aktuelle opplysningene i leverandørens tilbud kan være feil. I Borgarting lagmannsretts dom, LB-2016-65693 uttalte lagmannsretten at en generell innvending om at den valgte leverandørens fremdriftsplan var urealistisk, ikke ga oppdragsgiver en særlig foranledning til kontroll.[[954]](#footnote-954) Tilsvarende er lagt til grunn i klagenemndspraksis.[[955]](#footnote-955)

Hvilken kontroll som skal utøves må også vurderes konkret. Kontrollen må normalt omfatte en form for bekreftelse fra leverandøren på hvordan tilbudet skal forstås og hva leverandøren anser seg kontraktsrettslig forpliktet til å levere. Kontrollen må gjøres i samsvar med prinsippene i anskaffelsesdirektivet, og må ikke medføre at det i realiteten leveres et nytt tilbud, jf. artikkel 56 nr. 3.[[956]](#footnote-956)

Artikkel 67 nr. 5 gir regler om vekting av tildelingskriteriene når valg av tilbud skjer på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Det følger av bestemmelsen at oppdragsgiver skal opplyse om tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesdokumentene. Vekten kan angis innenfor en ramme med et passende maksimalt utslag, eksempelvis 20-25 prosent. Hvor stort rom det er for etterfølgende fastsettelse av endelig vekt følger ikke av direktivbestemmelsen.

Det følger av artikkel 67 nr. 5 tredje avsnitt at prioritering likevel er lovlig, dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte tildelingskriteriene på forhånd, for eksempel på grunn av kontraktens kompleksitet.[[957]](#footnote-957)

Siden pris og kvalitative kriterier som regel ikke er direkte sammenlignbare, forutsetter tildeling basert på det beste forholdet mellom pris og kvalitet at oppdragsgiver benytter en metode for å bedømme hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Det finnes ulike typer evalueringsmodeller. To hovedgrupper er poengmodeller, som til nå har vært mest utbredt i Norge, og modeller som prissetter kvalitet. Poengmodellene gjør både prisen og resultatet av bedømmelsen av de kvalitative kriteriene om til poeng. En modell som prissetter kvalitet, gjør om de kvalitative kriteriene til pris.

Ved prissetting av kvalitet oppgis ikke tildelingskriterienes relative vekt i prosent, slik bestemmelsen i artikkel 67 nr. 5 i utgangspunktet legger opp til. I stedet oppgis det et maksimalt mulig fratrekk i form av et kronebeløp, og det er dette som uttrykker den relative vekten til hvert enkelt tildelingskriterium. EU-domstolen har ikke tatt stilling til lovligheten av slike modeller, men tilsvarende modeller har vært i bruk i lang tid i flere europeiske land, blant annet Sverige og Danmark. Også Klagenemnda for offentlige anskaffelser har lagt til grunn at modeller som prissetter kvalitet oppfyller kravet om å oppgi tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesforskriften § 18-1 sjette ledd, som gjennomfører artikkel 67 nr. 5.[[958]](#footnote-958) I sak 2019-589 uttalte KOFA at formålet med kravet om å vekte tildelingskriteriene er å gjøre evalueringen så påregnelig og etterprøvbar som mulig, samt å redusere risikoen for at oppdragsgiver tilpasser evalueringen etter at tilbudene er åpnet.[[959]](#footnote-959) Klagenemnda fant at disse hensynene ble ivaretatt ved at konkurransegrunnlaget opplyste om det maksimale fratrekket fra tilbudssummen som kunne oppnås per tildelingskriterium. Klagenemnda fremhevet at metoden bevisstgjør oppdragsgivers betalingsvillighet, og at metoden er vel så påregnelig og etterprøvbar som poengmodeller.[[960]](#footnote-960)

 Prissetting av kvalitet

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) har i oktober 2022 endret sin veiledning, og anbefaler nå bruk av en evalueringsmodell som prissetter kvalitet. DFØ har vist til at modellen gir oppdragsgiver de beste forutsetningene for en riktig evaluering, fordi den i større grad gjør oppdragsgiver bevisst på betalingsviljen for de enkelte tildelingskriteriene. I en modell som prissetter kvalitet trenger ikke oppdragsgiver å gjennomføre den kompliserte prosessen det er å omgjøre tilbudspriser til poeng. Ulike poengmodeller kan også gi ulike resultat. Ved å unngå omregning til poeng fjernes en mulig feilkilde fra evalueringsprosessen.

En modell som prissetter kvalitet, fungerer slik at de kvalitative egenskapene ved tilbudene gis en verdi i kroner i stedet for poeng. Kvalitetskriteriene gis et maksimalt mulig fratrekk i kroner, som fastsettes før kunngjøring. Pengeverdien gitt på kvalitetskriteriene summeres og trekkes fra den faktiske tilbudsprisen. En får da en evaluert tilbudspris, og tilbudet med den laveste evaluerte tilbudsprisen er vinner av konkurransen.

Eksempel på prissetting av kvalitet:

05J1xt2

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Tildelingskriterium | Maksimalt fratrekk | Tilbud 1 | Tilbud 2 | Tilbud 3 |
| Kostnad/LCC | N/A | 360 MNOK | 420 MNOK | 450 MNOK |
| KvalitetUnderkriterium AUnderkriterium B | 100 MNOK60 MNOK40 MNOK | 26 MNOK6 MNOK20 MNOK | 60 MNOK30 MNOK30 MNOK | 50 MNOK10 MNOK40 MNOK |
| Miljø | 140 MNOK | 0 MNOK | 80 MNOK | 100 MNOK |
| Evaluert tilbudspris |  | 334 MNOK | 280 MNOK | 300 MNOK |

Tilbud 2 er vinner av konkurransen med den laveste evaluerte tilbudsprisen. Evaluert tilbudspris har kun som formål å sammenligne og rangere tilbudene. Når vinneren er kåret er det naturligvis den tilbudte prisen som gjelder.

Kilde: DFØ

[Boks slutt]

Forsyningsdirektivet regulerer tildelingskriterier tilsvarende i artikkel 82. Konsesjonskontraktdirektivet har regler om tildeling av kontrakt i artikkel 41, som er tilpasset dette direktivets system.

Regler om tildelingskriterier er gitt i anskaffelsesforskriften § 18-1.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 67 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i gjeldende forskrift, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til dagens regulering.

Artikkel 67 er en omfattende direktivbestemmelse, som må deles opp og forenkles når den gjennomføres i lov. I tillegg innebærer utvalgets forslag enkelte avklaringer sammenlignet med dagens forskrift, som vil kommenteres særskilt.

Utvalgets forslag innebærer at artikkel 67 nr. 1 og nr. 2 første setning gjennomføres i en egen, overordnet bestemmelse om tildelingskriterier i ny § 18-1. Artikkel 67 nr. 1 slår fast at oppdragsgiver skal tildele kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Med dette menes den laveste prisen, den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Utvalget foreslår å beholde de språklige forenklingene i dagens forskrift, der henvisningen til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er tatt ut. Dette innebærer ingen endring av innholdet i bestemmelsen sammenlignet med direktivet.

Når tildeling skjer basert på det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, er det gitt enkelte særregler i artikkel 67 nr. 2 og nr. 5. Utvalget foreslår å samle disse reglene i en egen bestemmelse om tildeling av kontrakt basert på det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Når det gjelder adgangen til å angi tildelingskriterienes relative vekt som en ramme med passende maksimale utslag, antar utvalget at oppdragsgiver ikke kan forbeholde seg en så vid ramme for vekting at det ikke lenger er snakk om reell vekting av kriteriene, men en prioritering. Utvalget vil anta at et spenn på mer enn +/-10 prosent er for skjønnsmessig. På samme måte må det antas at rammen ikke kan åpne for at to kriterier bytter prioriteringsrekkefølge.

Artikkel 67 nr. 2 siste avsnitt åpner for at medlemsstatene kan begrense eller forby adgangen til å benytte rene pris- eller kostnadskonkurranser. Utvalget har vurdert om begrensninger i bruk av laveste pris eller kostnad som eneste tildelingskriterium, vil kunne bidra til at aktuelle samfunnshensyn, herunder miljø, ivaretas mer effektivt i anskaffelsesregelverket.

Bruk av tildelingskriterier knyttet til miljø vil i mange anskaffelser være en egnet måte å begrense anskaffelsens klimaavtrykk eller miljøbelastning. Samtidig kan det i den enkelte anskaffelse være gode grunner til bare å konkurrere på pris eller kostnad, og at dette likevel vil redusere negative konsekvenser for klima eller miljø. Utvalgets foreslåtte miljøbestemmelse inneholder i tråd med dette ikke noe krav om at miljøbelastning skal hensyntas i tildelingskriteriene. Utvalgets vurdering er at anskaffelsens samlede belastninger på miljø eller klima i mange tilfeller vil avhjelpes mer effektivt ved å stille krav til ytelsen eller kontraktskrav. Se i den forbindelse kapittel 14. Utvalget foreslår i tråd med dette at muligheten til å forby eller begrense bruken av pris- eller kostnadskonkurranser i artikkel 67 ikke benyttes når direktivet gjennomføres i ny anskaffelseslov. I en ren kostnadskonkurranse vil også bruk av livssykluskostnader som beregningsmetode kunne være egnet til å ivareta miljø- og klimabelastninger.

Artikkel 67 nr. 3 inneholder kravet om at tildelingskriteriene må ha tilknytning til leveransen. Tilknytningskravet er praktisk viktig, og utvalget foreslår å plassere kravet i en egen bestemmelse.

Utvalget foreslår også å gjennomføre artikkel 67 nr. 4 i en egen bestemmelse om dokumentasjonskrav og kontroll av opplysninger i tilbudene. Oppdragsgivers plikt til å kontrollere opplysningene i tilbudet i tvilstilfeller, som følger av direktivet, er ikke gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk. Dette har skapt en unødvendig uklar rettstilstand, og utvalgets forslag innebærer på dette punktet en endring sammenlignet med dagens forskrift. I norsk underretts- og nemndspraksis er det under henvisning til artikkel 67 nr. 4 lagt til grunn at oppdragsgiver har en kontrollplikt i tilfeller hvor det foreligger særskilt foranledning til kontroll. Utvalget anser dette for å være i samsvar med direktivets tvilsbegrep.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 67 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 18-1 til 18-4.

[Boks slutt]

### Beregning av livssykluskostnader [artikkel 68]

#### Gjeldende rett

Dersom oppdragsgiver benytter kostnadskriterier, kan kostnadene beregnes som livssykluskostnader. Artikkel 68 gir nærmere regler om hvordan slike beregninger skal gjennomføres. Oppdragsgiver har imidlertid ingen plikt til å benytte denne beregningsmetoden, og kan bruke enhver annen egnet form for kostnadseffektivitetsberegning.

Formålet med å innføre bestemmelsen var å skape en klarere rettstilstand, og å oppfordre til mer bruk av livssykluskostnader i offentlige anskaffelser.[[961]](#footnote-961) Kostnadene kan omfatte både ytelsens egne livssykluskostnader, men også visse eksterne omkostninger. Bestemmelsen legger med dette opp til en bred definisjon av livssykluskostnader, jf. også artikkel 2 nr. 22.

Med interne kostnader menes ifølge artikkel 68 nr. 1 bokstav a kostnader som oppdragsgiver eller andre brukere bærer i løpet av ytelsens livssyklus. Dette inkluderer både kostnader knyttet til selve anskaffelsen, brukskostnader som forbruk av energi og andre ressurser, vedlikeholdskostnader, og kostnader ved livssyklusens slutt, slik som innsamlings- og resirkuleringskostnader.

De eksterne kostnadene som kan vektlegges er ifølge bokstav b ytelsens påvirkning på miljøet. Dette kan være kostnader knyttet til klimagasser og andre forurensende utslipp, eller andre omkostninger for å motvirke klimaendringer. Kostnadene kan også gjelde forurensning ved utvinning av råvarene som inngår i produktet, eller som er forårsaket av produktet selv eller ved fremstillingen av dette.[[962]](#footnote-962) Slike kostnader kan imidlertid bare inngå i beregningen hvis de kan tallfestes og etterprøves. Kravet om at kostnadene skal kunne tallfestes og etterprøves er innført for å unngå vilkårlige beslutninger.[[963]](#footnote-963)

Dersom kostnadskriteriet skal evalueres gjennom beregning av livssykluskostnader, må oppdragsgiver angi i anskaffelsesdokumentene hvilke opplysninger leverandørene skal gi, og hvilken beregningsmetode som skal benyttes, jf. artikkel 68 nr. 2 første avsnitt. Det må fremgå både hvilke interne og eksterne kostnader som inngår i beregningen.[[964]](#footnote-964)

Artikkel 68 nr. 2 andre avsnitt gir regler om hvordan eksterne kostnader skal beregnes. Bestemmelsen gjelder altså ikke for beregningen av interne kostnader.

Metoden må oppfylle tre kumulative betingelser, angitt i bokstavene a til c. Metoden må være basert på objektivt etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier (bokstav a), være tilgjengelig for alle interesserte parter (bokstav b) og være basert på opplysninger som leverandørene skal kunne fremskaffe med rimelig innsats (bokstav c). Direktivet spesifiserer uttrykkelig at sistnevnte også gjelder for aktører fra tredjeland som enten er part i GPA-avtalen, eller andre internasjonale avtaler som EU er bundet av. Se kapittel 24.19.

Av artikkel 68 nr. 3 følger det at dersom det vedtas en felles metode for beregning av livssykluskostnader i en EU-rettsakt, så skal denne benyttes. Bakgrunnen for bestemmelsen er at bruken av forskjellige beregningsmetoder kan utgjøre en potensiell handelsbarriere mellom medlemsstatene. Slike rettsakter skal av rettssikkerhetsgrunner angis i vedlegg XIII, og EU-kommisjonen er delegert myndighet til å ajourføre listen.

Forsyningsdirektivet inneholder tilsvarende regulering i artikkel 83. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ingen tilsvarende bestemmelse.

Beregning av livssykluskostander er regulert i anskaffelsesforskriften § 18-2.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 68 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i norsk rett, og utvalgets forslag svarer i hovedsak til gjeldende anskaffelsesregelverk.

Utvalgets forslag innebærer at det gjøres en del forenklinger i språk og struktur for at bestemmelsen skal passe bedre inn i norsk lovtradisjon. Særlig er det ønskelig å unngå omfattende bruk av opplistinger i samme bestemmelse.

For å oppnå det siste, har utvalget vurdert om eksemplene i artikkel 68 bokstav a underpunkt i til iv må gjennomføres i lov, eller om det er tilstrekkelig med en omtale i forarbeidene. Det er i utgangspunktet ikke vanlig å operere med utstrakt eksempelbruk i norsk lovtekst, noe som blant annet henger sammen med den rollen lovens forarbeider har i norsk lovtradisjon. Ettersom dette er eksempler, er det også utvalgets vurdering at disse ikke trenger å gjennomføres i lovs form. I tråd med mandatets særlige fokus på bærekraft, har utvalget landet på en regel som angir enkelte eksempler, men i noe mindre grad enn i underpunktene i til iv. Dette bidrar etter utvalgets syn til en forenkling av regelen, uten at det vanskeliggjør bruken av bestemmelsen for oppdragsgivere som ønsker å beregne anskaffelseskostnader ved bruk av livssykluskostnader.

Artikkel 68 nr. 3 gjelder for det tilfellet at det er innført en felles metode for beregninger av livssykluskostnader i EU/EØS. En slik metode er per i dag ikke utviklet, og utvalget anser det derfor ikke hensiktsmessig å gjennomføre bestemmelsen i ny lov om offentlige anskaffelser.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 68 nr. 1 og 2 i ny lov om offentlige anskaffelser § 18-5.

[Boks slutt]

### Unormalt lave tilbud [artikkel 69]

#### Gjeldende rett

Lav pris er i utgangspunktet et konkurransefortrinn. Et tilbud kan dermed ikke uten videre avvises fordi det tilbys en lav pris.[[965]](#footnote-965) [[966]](#footnote-966) Samtidig kan svært lave priser være et tegn på at et tilbud ikke er seriøst. Artikkel 69 gir derfor regler om hvordan oppdragsgiver skal gå frem hvis et tilbud fremstår unormalt lavt.

Det følger av artikkel 69 nr. 1 at oppdragsgiver som mottar et tilbud som fremstår unormalt lavt, skal kreve at leverandøren gir en forklaring for prisen eller kostnadene i tilbudet. Når oppdragsgiver har mottatt tilbudene, må det derfor gjøres en vurdering av om et eller flere av tilbudene fremstår unormalt lavt. Dette følger forutsetningsvis av artikkel 56 nr. 1 første avsnitt, som angir at kontrakt skal tildeles basert på kriterier som er i samsvar med artiklene 67 til 69, forutsatt at oppdragsgiver har kontrollert at tilbudet er i samsvar med kravene i anskaffelsesdokumentene og at leverandøren ikke skal avvises. Det vises til den generelle gjennomgangen av artikkel 56 i kapittel 24.34.

Systemet i direktivet er dermed at oppdragsgiver først vurderer om tilbudene er i samsvar med formelle krav i kunngjøringen eller regelverket for øvrig. Dersom tilbudet er gyldig inngitt skal kvalifikasjonene til leverandøren vurderes, og det skal avklares om det foreligger obligatoriske avvisningsgrunner. For de gjenværende tilbudene skal tilbudsprisen undersøkes, for å avklare om noen av tilbudene er unormalt lave. Dersom undersøkelsesplikten inntrer, må det vurderes om opplysningene leverandøren gir i tilstrekkelig grad forklarer prisen, eller om tilbudet kan eller skal avvises. Først etter en slik vurdering, vil oppdragsgiver sitte igjen med tilbudene som skal evalueres for å avklare hvilket som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I norsk underrettspraksis er det lagt til grunn at det ikke trenger å være totalprisen som fremstår unormalt lav for at undersøkelsesplikten inntrer.[[967]](#footnote-967) Også der deler av tilbudet har en pris som fremstår unormalt lav kan plikten til å kreve ytterligere opplysninger inntre.[[968]](#footnote-968) Vurderingen av hva som virker unormalt lavt må imidlertid skje fra oppdragsgivers ståsted, og oppdragsgiver vil sjelden ha detaljkunnskap om kostpris og marginer. Hovedfokuset i vurderingen vil derfor være totalprisen, og ikke delelementer i et tilbud.

Terskelen for når plikten til å iverksette prosedyren i artikkel 69 nr. 1 oppstår, er ikke endelig avklart i praksis.[[969]](#footnote-969) Lav pris er imidlertid ikke tilstrekkelig til at undersøkelsesplikten inntrer. Dette henger sammen med at pris er et viktig konkurransefortrinn. Det er heller ikke avgjørende om et tilbud er under leverandørens kostpris, særlig ikke når det er snakk om delpriser i et større tilbud.[[970]](#footnote-970) [[971]](#footnote-971)

I teorien er det antatt at plikten inntrer dersom prisen ut fra en objektiv vurdering gir grunnlag for å anse tilbudet som så lavt at det kan reises spørsmål ved gjennomføringsevnen til leverandøren.[[972]](#footnote-972) Dette utgangspunktet har fått støtte i praksis fra KOFA, som har uttalt at en slik tilnærming har god forankring i formålet med undersøkelsesplikten, som er å gi sikkerhet for at et tilbud er seriøst og gjennomførbart.[[973]](#footnote-973) Direktivet legger også opp til et system hvor lav pris bare kan anses som et reelt konkurransefortrinn dersom tilbudet ellers er seriøst og gjennomførbart. Artikkel 56 nr. 1 åpner for at kontrakt kan tildeles et annet tilbud enn det økonomisk mest fordelaktige basert på tildelingskriteriene, når tilbudet ikke er i samsvar med forpliktelser innenfor miljø, sosialrett og arbeidsrett, jf. artikkel 18 nr. 2. EU-domstolen har ikke avklart dette spørsmålet gjennom sin praksis.

Når oppdragsgiver skal kreve at leverandøren forklarer prisnivået i tilbudet, følger det av artikkel 69 nr. 2 at forklaringen særlig kan gjelde følgende:

* besparelser i forbindelse med produksjonsprosessen, utførelsen av tjenestene eller byggemetoden (bokstav a),
* de valgte tekniske løsningene, eller særlig gunstige vilkår som er tilgjengelige for leverandøren (bokstav b),
* ytelsens nyskapende karakter (bokstav c),
* hvordan forpliktelsene i artikkel 18 nr. 2 er oppfylt (bokstav d),
* hvordan forpliktelsene i artikkel 71 er oppfylt (bokstav e),
* leverandørens mulighet til å få statsstøtte (bokstav f).

Listen gir eksempler på hva som kan etterspørres, og er ikke uttømmende.

Artikkel 18 nr. 2 pålegger nasjonale myndigheter å sikre at gjennomføringen av offentlige kontrakter skjer i overenstemmelse med forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X. Det vises til den generelle gjennomgangen av bestemmelsen i kapittel 24.12. Artikkel 71 gjelder underleverandørens oppfyllelse av forpliktelsene i artikkel 18 nr. 2. Se gjennomgangen i kapittel 24.37.

Artikkel 69 nr. 3 og nr. 4 gir regler om når et tilbud kan eller skal avvises. Dette kan bare gjøres når forklaringen som leverandøren har gitt ikke på tilfredsstillende måte gjør rede for bakgrunnen for det lave pris- eller kostnadsnivået.[[974]](#footnote-974) Dersom det kan fastslås at den lave prisen skyldes at leverandøren ikke oppfyller relevante krav i artikkel 18 nr. 2, følger det av nr. 3 andre avsnitt at tilbudet må avvises. Dersom oppdragsgiver finner at et tilbud er unormalt lavt fordi leverandøren har mottatt statsstøtte, følger det av artikkel 69 nr. 4 at tilbudet ikke kan avvises dersom leverandøren kan godtgjøre at støtten er forenelig med artikkel 107 i TEUV. Dersom oppdragsgiver avviser leverandøren på dette grunnlaget, skal EU-kommisjonen orienteres. I norsk kontekst, er dette regulert i EØS-avtalen artikkel 61, og det er EFTAs overvåkningsorgan (ESA) som må orienteres. Avvisningsreglene behandles i utvalget sin andre delutredning, og vil ikke behandles nærmere her.

Artikkel 69 nr. 5 pålegger medlemsstatene å gjøre opplysninger om beviser fremlagt etter nr. 2 tilgjengelig for andre medlemsstater.

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse i artikkel 84. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ingen tilsvarende regulering.

Unormalt lave tilbud er i anskaffelsesforskriften regulert i §§ 24-8 og 24-9.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 69 i ny lov om offentlige anskaffelser. I dagens anskaffelsesforskrift er bestemmelsen gjennomført i kapittelet om avvisning av tilbud. Et slikt kapittel finnes ikke i anskaffelsesdirektivet, men i utvalgets lovforslag er det holdt av plass til et eget kapittel om avvisning, «Kapittel 16 – Avvisning». Artikkel 69 nr. 3 og 4 foreslås gjennomført i dette kapittelet, som vil utredes nærmere i utvalgets andre delutredning. Bestemmelsen i artikkel 69 gir imidlertid ikke bare avvisningshjemler. Bestemmelsen gir også regler om hvordan oppdragsgiver skal gå frem før evaluering av formelt gyldige tilbud fra kvalifiserte leverandører. Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å undersøke tilbudsprisene, og eventuelt iverksette en kontradiktorisk prosess for å få avklart om en lav pris er et reelt konkurransefortrinn. Utvalget foreslår derfor at artikkel 69 nr. 1 og 2 gjennomføres i en egen bestemmelse som plasseres sammen med reglene om tildeling av kontrakt.

Ved å gjennomføre denne delen av bestemmelsen som en prosessregel, mener utvalget at det blir mer synlig at bestemmelsen ivaretar flere viktige anskaffelsesrettslig hensyn. At oppdragsgiver ikke kan avvise et tilbud med lav pris før det er gjennomført en kontradiktorisk prosess, beskytter leverandøren mot å få tilbudet avvist, dersom den lave prisen kun er en følge av et reelt konkurransefortrinn på pris. Samtidig skal bestemmelsen sikre at useriøse aktører ikke vinner offentlige kontrakter på bekostning av seriøse leverandører.

For å kunne ivareta disse hensynene på en mest mulig etterprøvbar måte, bør det være et krav om at forklaringene fra leverandøren er skriftlige. Det er slik bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften, og et krav om skriftlighet følger antakelig også av prinsippet om gjennomsiktighet. Utvalget anser det likevel hensiktsmessig at dette fremgår eksplisitt i den nye loven.

Avvisningsreglene er gjenstand for utvalgets andre delutredning, og behandles ikke nærmere her. Utvalget foreslår likevel at lovens regel om undersøkelsesplikt ved unormalt lave tilbud inneholder henvisninger til de relevante avvisningsreglene.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 69 nr. 1 og 2 i ny lov om offentlige anskaffelser § 18-6.

[Boks slutt]

## Kontraktsgjennomføring [artikkel 70 og 71]

### Kontraktsvilkår [artikkel 70]

#### Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 70 at oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår som gjelder kontraktsgjennomføringen, når de er knyttet til kontraktens gjenstand som regulert i anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 3. Det vises til gjennomgangen av artikkel 67 nr. 3 i kapittel 24.36.

Det er ikke nærmere angitt i artikkel 70 hva som er særlige vilkår. Det følger av fortalen premiss 104 at kontraktsvilkårene fastlegger spesifikke krav til kontraktsgjennomføringen. Videre følger det av samme premiss at kontraktsvilkårene utgjør faste objektive krav, som ikke har betydning for vurderingen av tilbudene, i motsetning til tildelingskriteriene. Det er imidlertid ikke utelukket at kontraktsvilkårene kan inngå som et konkurranseparameter, hvis underkriteriene er utformet med tanke på dette. Et eksempel på dette kan være leveringstider.

Leverandørene må ikke dokumentere oppfyllelse av kontraktsvilkårene ved innlevering av tilbud, i motsetning til ved kvalifikasjonskrav. Kontraktsvilkår må istedet etterleves i kontraktsperioden, og eventuelle brudd må håndheves av oppdragsgiver.

Bakgrunnen for bestemmelsen er ifølge fortalen premiss 97 et ønske om å innlemme sosiale og miljømessige hensyn bedre i anskaffelsesprosesser.

Henvisningen til artikkel 67 nr. 3 innebærer at kontraktsvilkårene kan knytte seg til ethvert aspekt ved ytelsen på ethvert trinn i dennes livssyklus. Kravet om sammenheng mellom kontraktsvilkår og kontraktens gjenstand innebærer at kontraktsvilkårene ikke kan gjelde generelle forhold hos leverandøren, men må knytte seg til den konkrete leveransen. Dette er uttrykkelig angitt i fortalen premiss 104.

I tillegg må kontraktsvilkårene være i samsvar med den generelle EØS-retten. Dette var regulert uttrykkelig i artikkel 26 i det tidligere anskaffelsesdirektivet (2004), og er lagt til grunn i EU-domstolens praksis.[[975]](#footnote-975) Artikkel 70 er ikke ment å gjøre en endring på dette punktet. Se i den retning fortalen premiss 98 og juridisk teori.[[976]](#footnote-976) Dette innebærer blant annet at kontraktsvilkårene ikke kan innebære noen diskriminering eller restriksjon i strid med reglene om fri bevegelighet av varer og tjenester, og den frie etableringsretten, jf. EØS-avtalen artikkel 8, 31, 36 og 39. Vilkårene kan heller ikke innebære en konkurransebegrensning i strid med konkurransereglene, jf. EØS-avtalen artikkel 53, 54 og 59. EU-domstolen har i en konkret sak underkjent et tysk kontraktsvilkår om at underleverandører i offentlige kontrakter skulle betale arbeidstakerne en på forhånd satt minstelønn i Tyskland, selv om arbeidet skulle utføres i sin helhet i underleverandørenes stat.[[977]](#footnote-977) Kravet ble ansett for å være i strid med EU-traktaten artikkel 56, som svarer til EØS-avtalen artikkel 36. Det følger av praksis fra EU-domstolen at kontraktsvilkår i medhold av artikkel 70 må være i samsvar med anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1.[[978]](#footnote-978)

Videre følger det av bestemmelsen at kontraktsvilkårene må angis i kunngjøringen eller anskaffelsesdokumentene, slik at vilkårene offentliggjøres.

Endelig fremgår det av bestemmelsen at vilkårene kan gjelde økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn. Dette er eksempler på forhold som kan omfattes, og er ikke ment som en uttømmende angivelse.

Fortalen premiss 97 til 99 angir eksempler på kontraktsvilkår som oppdragsgiver kan stille. Premiss 97 nevner levering, pakking og fjerning av produkter som eksempler på kontraktsbetingelser relatert til miljøhensyn. For bygge- og anleggsarbeider og tjenesteytelser nevnes minimering av avfall og ressurseffektivitet som eksempler. Etisk forsvarlige handelsbetingelser mellom leverandøren og dennes underleverandører eller produsenter, er et annet praktisk eksempel på forhold som kan reguleres i kontraktsvilkårene.[[979]](#footnote-979)

Det er videre angitt i fortalen premiss 98 at kontraktsvilkårene kan omfatte krav om at EU/EØS-rettslig eller nasjonal regulering av arbeidsvilkår skal overholdes. I samme premiss nevnes det også at kontraktsvilkår kan brukes for å fremme likestilling mellom menn og kvinner på arbeidsplassen, skape balanse mellom jobb og privatliv og for å ivareta dyrevelferd.

Endelig fremgår det av fortalen premiss 3 at det ved gjennomføringen av direktivet skal tas hensyn til FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, særlig i forbindelse med valg av kommunikasjonsmidler og ved utforming av kravspesifikasjoner, tildelingskriterier og kontraktsvilkår.

Kontraktsvilkår er regulert tilsvarende i forsyningsdirektivet artikkel 87. Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 70 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 19-1 første ledd, som også inneholder en særnorsk regel i anskaffelsesforskriften i første ledd siste punktum. Her fremgår det at der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiver som hovedregel bruke disse, se også i boks 24.91.

Bruk av standardkontrakter

Det har vært en anbefaling om bruk av standardkontrakter i anskaffelsesforskriftene siden 2001. Forenklingsutvalget omtalte bruk av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder i sin utredning.1 Flertallet så ikke behov for å regulere bruk av standardkontrakter i forskriften, selv om de mente det var viktig at de kontraktene som brukes har et balansert innhold. De viste til at dette er en regel som ikke har noe rettslig innhold, og at bruken av kontraktsstandarder heller bør fremmes gjennom veiledning.

Utvalgets mindretall mente at regelen om kontraktsstandarder måtte opprettholdes som en nødvendig og god påminnelse og for å understreke et viktig hensyn. I anskaffelsesforskriften er bestemmelsen beholdt, i tråd med mindretallets forslag.

1 NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser kapittel 15.2

[Boks slutt]

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 70 i ny lov om offentlige anskaffelser § 19-1.

Anskaffelsesforskriften § 19-1 har regulert kontraktsvilkår noe annerledes enn direktivet, ved at bestemmelsen omfatter både spesielle og generelle kontraktsvilkår. Basert på departementets redegjørelse i høringsnotatet til bestemmelsen, synes bakgrunnen for dette å ha vært mulig usikkerhet knyttet til hva som vil være «særlige» kontraktsvilkår.[[980]](#footnote-980) Videre synes en del av begrunnelsen å ha vært at en plikt til også å angi generelle kontraktsvilkår i anskaffelsesdokumentene vil sikre gjennomsiktighet og forutsigbarhet for leverandørene.

Anskaffelsesutvalget har fått flere innspill om at det er et problem at oppdragsgivere ikke bruker standardkontraktene eller har vesentlige avvik fra disse. Dette kan føre til økte transaksjonskostnader ved at leverandørene må involvere advokat eller andre rådgivere, i tillegg til økt risiko for leverandørene ved kontraktsgjennomføringen, som må prises inn i tilbudet. I forlengelsen av dette kan det også medføre økt risiko for avvik eller forbehold i tilbudene, eller at enkelte leverandører avstår fra å levere tilbud. Disse aktørene mener at bruk av standardkontrakter er et effektiviserings- og forenklingstiltak i seg selv, og at dagens regulering er utilstrekkelig.

Utvalget ser det ikke som hensiktsmessig å videreføre den norske ordlyden. Utvalget ser det derimot som en forenkling å gjennomføre bestemmelsen med utgangspunkt i direktivets ordlyd, men med enkelte språklige tilpasninger for at bestemmelsen skal svare til norsk regelverksteknikk.

Utvalget presiserer i denne sammenheng at generelle kontraktsvilkår dermed ikke er regulert i forslag til ny bestemmelse, til forskjell fra hvordan dette er regulert i anskaffelsesforskriften i dag. Det følger samtidig av EU-domstolens praksis at leverandørene må få nøyaktig informasjon om forpliktelsene de pålegges ved inngåelsen av en gitt kontrakt.[[981]](#footnote-981) [[982]](#footnote-982) Dette innebærer etter utvalgets syn at oppdragsgiver uansett har en plikt til å angi de generelle kontraktsvilkårene i anskaffelsesdokumentene. Utvalgets forslag innebærer derfor ingen realitetsendring hva gjelder oppdragsgivers plikter, selv om dette ikke lenger fremgår uttrykkelig av ny bestemmelse.

Utvalget mener det er hensiktsmessig å oppfordre til bruk av balanserte og fremforhandlede standarder, der slike finnes. Utvalget påpeker at gjennomarbeidede standarder vil kunne spare tid og transaksjonskostnader både for oppdragsgivere og leverandører. Standardene vil også gjøre det enklere, særlig for leverandører, å vurdere risikoen i en anskaffelse.

Når utvalget viderefører regelen som en ordensforskrift, og ikke som en plikt, slik nærmere forklart i forarbeidene til anskaffelsesloven (1999),[[983]](#footnote-983) [[984]](#footnote-984) skyldes dette hensynet til partenes avtalefrihet, behovet for kontraktsinnovasjon og omstilling, samt at det vil variere hvor balanserte standardkontraktene er.

Utvalget ser det som hensiktsmessig å innføre en plikt til å begrunne avvik fra hovedregelen om å bruke velbalanserte og fremforhandlede standardkontrakter. Dette kan lede til økt transparens, og oppfordre til økt bruk av standardkontrakter der det er hensiktsmessig. Innholdet i begrunnelsen skal ikke kunne overprøves.

Bruk av standardkontrakter vil også kunne medføre behov for at oppdragsgiver gjør avvik fra standardvilkårene i den kontrakt som blir benyttet. Begrunnelsesplikten vil også omfatte slike avvik. Ved begrunnelse av avvik vil det komme tydeligere frem hva som er særskilte risikoforhold ved denne anskaffelsen. Utvalget antar at bruk av standardkontrakter med tilhørende begrunnelsesplikt vil kunne bidra til å gi økt konkurranse om anskaffelsen.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 70 i ny lov om offentlige anskaffelser § 19-1
* å innføre en begrunnelsesplikt ved avvik fra fremforhandlede og balanserte standardkontrakter.

[Boks slutt]

### Bruk av underleverandører [artikkel 71]

#### Gjeldende rett

Utgangspunktet er at en leverandør står fritt til å organisere seg på den måten den selv mener er mest hensiktsmessig. Dette inkluderer også bruk av underleverandører. Dette er slått fast i en rekke saker fra EU-domstolen.[[985]](#footnote-985) [[986]](#footnote-986) [[987]](#footnote-987) [[988]](#footnote-988) [[989]](#footnote-989)

Bruk av underleverandører kan styrke konkurransen i offentlige anskaffelser ved at det offentlige kan motta flere og bedre tilbud. Muligheten til å støtte seg på underleverandører er særlig viktig for at små og mellomstore virksomheter skal ha mulighet til å inngå kontrakter med oppdragsgivere.

Begrepet underleverandør er ikke definert i anskaffelsesdirektivet, eller i norsk anskaffelsesrett. Det fremgår av Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2017) at underleverandør vanligvis forstås som en leverandør som utfører én eller flere deler av kontraktsforpliktelsen mellom hovedleverandør og oppdragsgiver.[[990]](#footnote-990)

Anskaffelsesdirektivet artikkel 71 gir regler om en rekke forhold knyttet til leverandørens bruk av underleverandører. Formålet med artikkel 71 er i henhold til fortalen premiss 105 å sikre en viss grad av gjennomsiktighet i leverandørkjeden.

Artikkel 71 nr. 1 slår fast at nasjonale tilsynsmyndigheter skal føre tilsyn med at underleverandører overholder miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige krav som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller visse internasjonale avtaler, jf. artikkel 18 nr. 2. Tilsynsmyndigheten skal handle innenfor sitt kompetanseområde, dvs. innenfor det geografiske området som ligger naturlig innenfor deres myndighet. Dette betyr at norske myndigheter skal føre tilsyn med at kravene overholdes for arbeid som utføres i Norge.

Artikkel 71 nr. 2 angir at oppdragsgiver kan be om at leverandøren angir i tilbudet hvor stor del av kontrakten som vedkommende har til hensikt å overdra til en underleverandør, og eventuelle foreslåtte underleverandører. Medlemsstatene kan også pålegge oppdragsgiver å be leverandørene om slik informasjon.

Artikkel 71 nr. 3 gir medlemsstatene mulighet til å bestemme at oppdragsgiver på anmodning fra underleverandør skal overføre forfalte betalinger direkte til underleverandøren for ytelser denne har levert til hovedleverandøren. Dette gjelder bare hvis kontraktens art tillater det.

Artikkel 71 nr. 4 angir at bestemmelsene i nr. 1 til 3 ikke har betydning for hovedleverandørens ansvar.

Artikkel 71 nr. 5 er en særregel for bygge- og anleggsarbeider, og levering av tjenester som skal ytes ved anlegg under oppdragsgivers direkte tilsyn. Bestemmelsen slår fast at det i slike tilfeller er nødvendig at oppdragsgiver får kjennskap til hvilke underleverandører som skal benyttes. Dette gir oppdragsgiver opplysninger om hvem som utfører bygge- og anleggsarbeidene eller hvilke leverandører som leverer tjenestene.

Fortalen premiss 105 angir hvilke tjenesteytelser som er omfattet av artikkel 71 nr. 5. Premiss 105 fastslår at det er nødvendig med gjennomsiktighet i forbindelse med levering av tjenesteytelser i eller omkring bygninger, infrastruktur eller områder som rådhus, kommunale skoler, sportsanlegg, havner eller motorveier som oppdragsgiver er ansvarlig for eller har direkte tilsyn med. For å sikre gjennomsiktighet ved bruk av underleverandører, følger det at oppdragsgiver er forpliktet til å kreve at leverandøren oppgir navn, kontaktopplysninger samt juridisk representant for underleverandørene, når disse er kjent for hovedleverandøren.

De samme hensyn gjør seg ikke gjeldende for varekontrakter, og tjenester som ikke skal leveres ved anlegg under oppdragsgivers direkte tilsyn. Som følge av dette fremgår det av artikkel 71 nr. 5 bokstav a at oppdragsgiver har mulighet til, men ingen plikt, til å kreve opplysninger om underleverandører også i disse kontraktene. Videre er det presisert i artikkel 71 nr. 5 bokstav b at oppdragsgiver kan kreve opplysninger om underleverandører lenger ned i leverandørkjeden.

Artikkel 71 nr. 6 inneholder ingen forpliktelser, men gir eksempler på hvilke tiltak medlemsstatene kan innføre for å oppfylle forpliktelsene i artikkel 71 nr.1.

Artikkel 71 nr. 7 gir medlemsstatene mulighet til å fastsette strengere ansvarsregler, eller gå lenger i nasjonal lovgivning om direkte betalinger til underleverandører. Blant annet kan det gis regler om å betale underleverandør direkte uten at denne ber om det.

Artikkel 71 nr. 8 gjelder dersom medlemsstatene har innført tiltak i henhold til artikkel 71 nr. 3, 5 eller 6. Medlemsstatene skal i så fall fastsette vilkårene for tiltakene i lov eller forskrift.

Forsyningsdirektivet artikkel 88 inneholder en bestemmelse om bruk av underleverandører. Bestemmelsen er i det vesentlige sammenfallende med artikkel 71 i anskaffelsesdirektivet. Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 42 gir bestemmelser om bruk av underleverandører. Bestemmelsene er materielt identiske med bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet, bortsett fra at konsesjonskontraktdirektivet ikke inneholder bestemmelser om direkte betaling til underleverandører.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 19-2 og 24-4. I anskaffelsesforskriften § 19-2 andre ledd (og § 16-10) er det inntatt en regulering som ikke følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 71. Her fremgår det at

«ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiver stille krav om at bestemte kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv.»

Bestemmelsen gjennomfører direktiv artikkel 63 nr. 2. Det vises til redegjørelsen i kapittel 24.35.

#### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 71 i ny lov om offentlige anskaffelser når det gjelder de delene som er obligatoriske, samt artikkel 71 nr. 6 bokstav b, som er frivillig å innta. Disse er i hovedsak gjennomført i anskaffelsesforskriften i dag, men med en noe annen ordlyd og inndeling. Forslag til ny bestemmelse innebærer ikke en realitetsendring fra det som i dag fremgår av anskaffelsesforskriften, utover at det foreslås en adgang til å kreve opplysninger lenger ned i leverandørkjeden.

Artikkel 71 nr. 1 viser til medlemsstatene sine nasjonale myndigheter, og stiller krav til at disse gjennomfører hensiktsmessige tiltak for å sikre overholdelse av forpliktelsene i artikkel 18 nr. 2 innenfor rammen av deres ansvarsområder. Eksempler på dette i norsk rett er at Arbeidstilsynet har fått i oppdrag å føre tilsyn med at oppdragsgivere overholder forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Det føres også forskjellige former for tilsyn på miljøområdet. Utvalget foreslår ikke å gjennomføre bestemmelsen i ny anskaffelseslov, da nasjonale tilsynsmyndigheters kompetanse på sine kompetanseområder er regulert andre steder. Utvalget ser det ikke som hensiktsmessig å foreslå et eget tilsyn for å håndheve deler av anskaffelsesloven. Et tilsyn vil føre med seg administrative kostnader, og kompetansen vil i noen grad kunne overlappe med tilsynsmyndigheten til andre tilsyn, herunder arbeidstilsynet og konkurransetilsynet. Utvalget vil i stedet foreslå en klargjøring av håndhevingsreglene for øvrig, og vil komme nærmere tilbake til dette i andre delutredning.

Etter utvalget sitt syn er det heller ikke hensiktsmessig å gjennomføre artikkel 71 nr. 3. Etter utvalgets syn vil innføring av regler om direkte betaling til underleverandør innebære en endring av alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper i norsk rett, som det ikke er grunnlag for å endre i anskaffelsesloven. Dette er heller ikke regulert i dagens anskaffelsesforskrift.

Å kunne betale underleverandører direkte i visse tilfeller, slik artikkel 71 nr. 7 åpner for, vil ifølge juridisk teori styrke små og mellomstore virksomheter.[[991]](#footnote-991) Utvalget ser viktigheten av at små og mellomstore bedrifter deltar i offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår likevel ikke å innta en slik mulighet som bestemmelsen åpner for i ny anskaffelseslov, da det er utvalget sitt syn at særlige bestemmelser om direkte betaling til underleverandører vil kunne forstyrre alminnelige kontraktsinsentiver. Dette er heller ikke regulert i dagens anskaffelsesforskrift.

Artikkel 71 nr. 8 krever ingen selvstendig gjennomføring i anskaffelsesloven.

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 71 nr. 2 og 4 i ny lov om offentlige anskaffelser. Disse bestemmelsene er gjennomført i anskaffelsesforskriften i dag.

Artikkel 71 nr. 5 innebærer at oppdragsgiver skal kreve at leverandøren angir hvem som skal utføre bygge- og anleggsarbeider, og tjenesteytelser som skal leveres ved anlegg under oppdragsgivers direkte tilsyn. Det er bare obligatorisk å kreve slike opplysninger fra første ledd i underleverandørkjeden, dvs. ikke for underleverandørenes underleverandører osv. Oppdragsgiver kan imidlertid velge å etterspørre slike opplysninger også for underleverandører lenger ned i kjeden, eller for underleverandører av varer eller andre tjenester enn de som utføres ved anlegg under oppdragsgivers direkte tilsyn, i henhold til bokstav a og b. Det er også mulig for medlemsstatene å gjøre dette obligatorisk. Utvalget mener imidlertid at det bør overlates til den enkelte oppdragsgiver å vurdere når det er hensiktsmessig å innhente slike opplysninger. Utvalget foreslår derfor ikke å innføre plikter som går lengre enn det direktivet krever.

Nr. 5 angir videre hvilken informasjon om underleverandørene som skal oppgis, herunder hvem som er juridiske representanter for underleverandørene. Etter utvalgets syn svarer begrepet signaturberettiget, som benyttes i anskaffelsesforskriften, til begrepet i direktivet. Utvalget foreslår derfor å bruke begrepet signaturberettiget istedenfor direktivets ordlyd, ettersom dette er et innarbeidet norsk begrep.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 71 i ny lov om offentlige anskaffelser § 19-2.

[Boks slutt]

## Endring i inngått kontrakt [artikkel 72]

### Gjeldende rett

#### EU-domstolens lære om vesentlige endringer og artikkel 72

Artikkel 72 i anskaffelsesdirektivet er i stor grad en kodifisering av tidligere praksis fra EU-domstolen, særlig sakene C- 496/99 Succhi di Frutta, C-454/06 Pressetext og C-91/08 Wall.[[992]](#footnote-992) [[993]](#footnote-993) [[994]](#footnote-994) I disse sakene konstaterte EU-domstolen at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet griper inn i kontraktfasen, og at endringer i en kontrakt kan være av en slik art eller et slikt omfang at det må gjennomføres en anskaffelsesprosess. Endringer som rokker ved forutsetningene for konkurransen, medfører at det ikke har vært reell konkurranse om det oppdragsgiver til slutt ender opp med å anskaffe. At slike endringer ikke er tillatt, følger dermed av prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling.

Hvorvidt endringen krever en ny anskaffelsesprosess, er av EU-domstolen formulert som et spørsmål om hvorvidt endringen er vesentlig. Vesentlighetsvilkåret ble formulert og utpenslet i Pressetext-saken:

«Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50’s forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer».[[995]](#footnote-995)

EU-domstolen har oppstilt tre presumsjoner for når en endring er vesentlig, og plikten til å gjennomføre en ny anskaffelsesprosess oppstår:

* Endringer som innfører betingelser som, hvis de hadde fremgått av den opprinnelige anskaffelsesprosessen, ville gjort det mulig for andre leverandører å delta, eller ville gjort det mulig å akseptere et annet tilbud.
* Endringer som i betydelig omfang utvider avtalen til å omfatte tjenester som ikke opprinnelig var omfattet.
* Endringer som medfører at avtalens økonomiske balanse forskyves til fordel for leverandøren, på en måte som ikke var fastsatt i de opprinnelige anskaffelsesdokumentene.[[996]](#footnote-996)

EU-domstolen signaliserte ved dette at endringer som ellers ville vært vesentlige, men som det var åpnet for i anskaffelsesdokumentene, kunne være lovlige. Dette ble senere bekreftet i sak C-91/08 Wall, hvor domstolen uttalte at en endring gjort i medhold av en klausul bare i særlige tilfeller ville være vesentlig.[[997]](#footnote-997) Dette ble igjen bekreftet i sak C-549 Finn Frogne.[[998]](#footnote-998)

Læren om vesentlige endringer ble kodifisert og videreutviklet i anskaffelsesdirektivet artikkel 72. Det følger av art. 72 nr. 5 at enhver endring som ikke er unntatt etter nr. 1 og 2, krever ny anskaffelsesprosess. Hovedregelen er imidlertid også etter artikkel 72 at det bare er vesentlige endringer som krever ny konkurranse.[[999]](#footnote-999) Vesentlighetsvilkåret er utdypet i artikkel 72 nr. 4.

Artikkel 72 er strukturert slik at det først er gitt regler om hvilke endringer som ikke krever ny anskaffelsesprosess. Disse er opplistet i artikkel 72 nr. 1 og 2.

I artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav a til e er det listet opp fem endringstyper som ikke krever ny anskaffelsesprosess. Dette gjelder endringer som er fastsatt i endringsklausuler (bokstav a), nødvendige tilleggsytelser (bokstav b), endringer som blir nødvendig på grunn av uforutsette omstendigheter (bokstav c), lovlig bytte av kontraktspart (bokstav d) og endringer som ikke er vesentlige (bokstav e).

Selv om begrepet vesentlig endring først presenteres i bokstav e, er altså vesentlighetsvilkåret det sentrale rettslige vilkåret i bestemmelsen. For de lovlige endringstypene skissert i bokstav a til d, skal det ikke gjøres en vesentlighetsvurdering.

Artikkel 72 nr. 2 åpner for at det gjøres endringer uten en vesentlighetsvurdering, dersom endringen har en bagatellmessig verdi. Denne bestemmelsen er ny i direktivet, og utvidet endringsadgangen sammenlignet med EU-domstolens praksis.

I artikkel 72 nr. 3 er det gitt regler om beregning av endringers verdi.

#### Endringsklausuler [artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav a]

Det følger av artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav a at dersom en endringsmulighet er inntatt i anskaffelsesdokumentene i en endringsklausul, kan kontrakten endres uten ny anskaffelsesprosess. Dette gjelder uavhengig av endringens pengeverdi.

Når endringsmuligheten er beskrevet i en endringsklausul, er det klausulen som ivaretar likebehandling og gjennomsiktighet, forutsatt at den er formulert på en måte som sikrer disse prinsippene. Dette er i direktivet formulert som et krav om at klausulen må være klar, tydelig og utvetydig. Klarhetskravet følger av gjennomsiktighetsprinsippet, som krever at informasjon om kontrakten gis på en måte som sikrer at alle potensielle kandidater forstår den på samme måte. Klare klausuler er også en forutsetning for å kunne kontrollere om senere endringer faktisk skjedde i medhold av kontrakten.[[1000]](#footnote-1000)

For å oppfylle direktivets klarhetskrav, følger det av bokstav a andre punktum at klausulen må angi omfanget og arten av mulige endringer. Endringens art sikter til hvilken type endring klausulen åpner for. Dette kan for eksempel være prisendringer, utsettelse av tidsfrister eller bytte av kontraktspart. Ved å fastsette endringens omfang, setter klausulen en tydelig ramme for hvor store endringer som kan gjøres, for eksempel i pris, mengde eller varighet. Dermed utelukkes klausuler som åpner for at partene kan forhandle seg frem til endringer i løpet av kontraktsforholdet.

I tillegg skal vilkårene for å bruke klausulen fremgå. Dette hindrer at oppdragsgiver gir seg selv ubegrenset endringsadgang, i strid med endringsreglene og kunngjøringsplikten.[[1001]](#footnote-1001)

Klausulen kan ifølge bokstav a tredje punktum ikke åpne for endringer som endrer avtalens overordnede art. Hva som ligger i dette er ikke endelig avklart i praksis fra EU-domstolen. Ettersom bestemmelsen åpner for endringer som ville vært vesentlige i mangel av endringsklausulen, må det kunne gjøres relativt omfattende endringer i medhold av en lovlig utformet klausul. Derimot kan det ikke åpnes for endringer som gjør at oppdragsgiver henvender seg til et helt annet marked.

Dersom klausulen er utformet i tråd med direktivets krav, vil endringene kunne gjøres uten en vesentlighetsvurdering.[[1002]](#footnote-1002) Som eksempler på hva som kan fastsettes i endringsklausuler, nevner fortalen premiss 111 muligheter for å tilpasse kontrakten til regelverksendringer, teknologisk utvikling eller dersom tekniske vanskeligheter avdekkes i drift. Også muligheter for å få utført alminnelig eller ekstraordinært vedlikehold er nevnt.[[1003]](#footnote-1003)

Dersom kontrakten inneholder en gyldig endringsklausul, må det vurderes om endringene gjort i medhold av klausulen faktisk er omfattet av klausulen. Dersom det gjøres endringer utover det klausulen åpner for, må det gjøres en vesentlighetsvurdering etter artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav e.

#### Nødvendige tilleggsleveranser [artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav b]

Etter artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav b kan kontrakten endres til å omfatte tilleggsleveranser som har blitt nødvendige, uten at det gjennomføres en ny anskaffelsesprosess. Med tilleggsleveranser menes nye leveranser som er tenkt enten som en delvis utskiftning eller utvidelse av opprinnelig omfattede tjenester, varer eller arbeider.[[1004]](#footnote-1004)

At tilleggsleveransen må være nødvendig viser at terskelen for å anvende unntaket er høy. Det er for eksempel ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver på grunn av forhold som oppdragsgiver selv er ansvarlig for, ikke har fått på plass en ny avtale som dekker et løpende behov i tide. En slik tilleggsleveranse må vurderes etter vesentlighetskriteriet i bokstav e. Behovet for tilleggsleveransen trenger imidlertid ikke oppstå på grunn av en uforutsett hendelse.[[1005]](#footnote-1005)

En forutsetning for å endre avtalen etter bokstav b, er at bytte av leverandøren ikke kan gjøres av tekniske eller økonomiske årsaker, jf. pkt. i. Dette kan være grunnet et behov for utskiftbarhet eller samvirkningsevne med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner som er kjøpt innenfor rammen av den opprinnelige kontrakten.

Sett i sammenheng med de øvrige vilkårene i bestemmelsen, må det legges til grunn at ordlyden «ikke kan gjøres» ikke skal forstås bokstavelig. De påberopte tekniske eller økonomiske årsakene må imidlertid skape betydelig ulempe eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver for at kontrakten skal kunne endres, jf. pkt. ii.

Hva som ligger i betydelig ulempe er ikke nærmere avklart i praksis. Endringsadgangen må antas å være noe større enn adgangen til å unnta en konkurranse fra kunngjøring etter artikkel 32 nr. 2 (eneleverandørunntaket).[[1006]](#footnote-1006) Mens unntaket i artikkel 32 nr. 2 bokstav b er begrenset til de «helt ekstraordinære omstendigheter» på grunn av de negative konsekvensene av ikke å kunngjøre en kontrakt, gjelder tilleggsleveransene et allerede kunngjort kontraktsforhold.[[1007]](#footnote-1007)

Dersom det er kostnader som er årsaken til at leverandøren ikke kan skiftes ut, må det være vesentlige ekstrakostnader forbundet med å bruke en annen leverandør. Alminnelige omstillingskostnader ikke er tilstrekkelig, selv om disse potensielt er høye.

Verdien av tilleggsytelsene kan ikke overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Verdiberegningen skal skje for hver endring dersom det foretas flere endringer etter hverandre. Når det gjøres flere etterfølgende endringer, skal dette ikke gjøres for å omgå regelverket. Dette følger også av prinsippene, jf. artikkel 18.

#### Endringer som skyldes uforutsette omstendigheter [artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav c]

Artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav c åpner for å gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale, når vilkårene i punkt i til iii er oppfylt. Det følger av fortalen premiss 109 at bestemmelsen primært er relevant for lengre kontraktsforhold, der det er nødvendig med en viss grad av fleksibilitet for å tilpasse kontrakten til endrede ytre forutsetninger.

Av punkt i følger det at endringen må være nødvendig på grunn av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Endringene som gjøres, må være en konsekvens av de omstendighetene oppdragsgiver ikke kunne forutse. Øvrige endringer åpner ikke bestemmelsen for.

Begrepet uforutsette omstendigheter er ment å dekke «omstendigheter som ikke kunne forutses til tross for at den offentlige oppdragsgiveren har gjort rimelig grundige forberedelser til den opprinnelige tildelingen, idet det tas hensyn til de midler den har hatt til rådighet, arten av og egenskapene til det bestemte prosjektet, god praksis på det aktuelle området og behovet for å sikre et hensiktsmessig forhold mellom de ressursene som er brukt på å forberede tildelingen, og den forutsigbare verdien.»[[1008]](#footnote-1008)

Denne typen omstendigheter kan være alt fra lovendringer og teknologisk utvikling, til demografiske endringer og endringer i klima. Også uforutsette omstendigheter knyttet til de faktiske forholdene som ligger til grunn for anskaffelsen kan utløse endringsadgangen. Det kan for eksempel vise seg at grunnforholdene avviker fra det som var grunn til å forvente basert på forsvarlige undersøkelser, og at dette utløser behov for større endringer i et byggeprosjekt.

Det avgjørende er om omstendigheten kunne forutses av en aktsom oppdragsgiver. Endringer som blir nødvendig på grunn av dårlig planlegging eller andre forhold oppdragsgiver selv kan lastes for, åpner ikke bestemmelsen for.

Endringen kan heller ikke endre avtalens overordnede art, jf. pkt. ii. I slike tilfeller er det antatt at endringen ville ha hatt en påvirkning på resultatet av konkurransen.[[1009]](#footnote-1009)

Ifølge punkt iii kan endringen heller ikke overstige 50 prosent av den opprinnelige avtalens verdi. Se gjennomgangen i punkt 24.38.1.3.

#### Bytte av kontraktspart [artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav d]

Artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav d åpner for at oppdragsgivers kontraktspart i avtaleforholdet på visse vilkår kan skiftes ut. Bytte av kontraktspart skiller seg fra de øvrige endringstypene, der kontrakten i endret utgave blir oppfylt av leverandøren som vant den opprinnelige konkurransen.

At oppdragsgiver bare kan inngå kontrakt med den eller de leverandørene som har vunnet kontrakten er et grunnleggende trekk ved anskaffelsesregelverket. Det vil derfor være i strid med likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippene å skifte kontraktspart uten ny anskaffelsesprosess, for eksempel fordi kontrakten har blitt hevet.[[1010]](#footnote-1010) Adgangen til å bytte kontraktspart uten at det gjennomføres ny konkurranse, er derfor begrenset til de tre tilfellene som er nevnt i punktene i til iii. Bestemmelsen skal tolkes snevert.[[1011]](#footnote-1011)

Punkt i åpner for å bytte kontraktspart dersom dette er hjemlet i en lovlig utformet endringsklausul. Det vises til gjennomgangen av kravene til klausuler i punkt 24.38.1.2.

I punkt ii er det åpnet for at en ny leverandør helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens sted som følge av omstrukturering av virksomheten, herunder overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs. Den nye leverandøren må oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og utskiftingen kan ikke føre til andre vesentlige endringer eller ha som formål å unngå anskaffelsesregelverket.

At leverandørskiftet må skje på grunn av en omstrukturering, viser at bestemmelsen primært gjelder tilfeller hvor selskapet som vant kontrakten erstattes av en ny enhet, for eksempel på grunn av endret konsernstruktur eller at leverandøren blir kjøpt opp eller fusjonerer.[[1012]](#footnote-1012) Det er også antatt at fisjon etter omstendighetene kan være omfattet.

Bestemmelsen åpner imidlertid også for at kontrakten overdras uten samtidig overdragelse av hele eller deler av virksomheten. Dette er bekreftet av EU-domstolen i sak C-461-20 Advania.[[1013]](#footnote-1013) Saken gjaldt spørsmål om lovligheten av at en rammeavtale ble overdratt til en ny leverandør i forbindelse med at den opprinnelige kontraktsparten ble avviklet grunnet insolvens. Domstolen uttalte at det var tilstrekkelig at «alene en offentlig kontrakt eller en rammeaftale, der indgår i den oprindelige kontrahents formuemasse, overtages.»[[1014]](#footnote-1014) Selv om en slik løsning ikke skaper sikkerhet for at den nye leverandøren besitter samme kapasitet som den opprinnelige leverandøren, avhjelpes dette ved at den nye leverandøren må oppfylle kvalifikasjonskravene, og at det ikke kan gjøres andre vesentlige endringer i kontrakten.[[1015]](#footnote-1015)

EU-domstolen bekreftet samtidig at insolvens skal anses som en omstrukturering av leverandøren i henhold til artikkel 72, på lik linje med de kommersielle omstruktureringstilfellene.[[1016]](#footnote-1016) Insolvensbegrepet skal tolkes i sin alminnelige betydning, slik at endringsadgangen ikke er begrenset til konkrete handlingsforløp ved insolvens, men omfatter alle normale hendelsesforløp.[[1017]](#footnote-1017)

At kvalifikasjonskravene skal være oppfylt, betyr for øvrig at oppdragsgiver må foreta en kvalifikasjonsvurdering av den nye leverandøren på endringstidspunktet. Det ligger i dette at oppdragsgiver må innhente nødvendig dokumentasjon hos den nye leverandøren.[[1018]](#footnote-1018) Hvorvidt kvalifikasjonsvurderingen skal ta utgangspunkt i den opprinnelige eller den resterende ytelsen er ikke avklart av EU-domstolen. Det er heller ikke avklart om den nye leverandøren kan oppfylle kvalifikasjonskravene ved å utnytte andre enheters kapasitet. Ordlyden i artikkel 72 stenger imidlertid ikke for dette, og det må antas at den nye leverandøren kan utnytte andre enheters ressurser i samme grad som dette var mulig i den opprinnelige konkurransen. Se i den sammenheng gjennomgangen av artikkel 63 nr. 2 i punkt 24.35.6.1.

Det følger videre av bestemmelsen at en ny leverandør delvis kan tre inn i den opprinnelige leverandørens forpliktelser. Ordlyden åpner dermed for at flere leverandører kan overta kontrakten i fellesskap.

Det følger av punkt iii at oppdragsgiver kan tre inn i hovedleverandørens forpliktelser overfor underleverandører, der det finnes nasjonal lovgivning i medhold av artikkel 71, som åpner for dette. Det er i dag ingen slik regulering i norsk rett.

#### Endringer som ikke er vesentlige [artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav e og nr. 4]

Artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav e angir at oppdragsgiver kan gjøre endringer i kontrakten som ikke er vesentlige. Vesentlighetsvilkåret er utdypet i artikkel 72 nr. 4. Her følger det at en endring anses for å være vesentlig, hvis den fører til at kontraktens karakter er vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

Vesentlighetsvurderingen er konkret. Den endrede kontrakten må sammenlignes med den opprinnelige kontrakten for å avklare om endringen er vesentlig. Også endringer som ikke er skriftlig nedfelt skal vurderes. I motsatt fall ville bestemmelsen legge opp til manglende etterprøvbarhet ved endringer i offentlige kontraktsforhold, i strid med gjennomsiktighetsprinsippet. Dersom det skjer flere endringer i kontraktsforholdet som hver for seg ikke er vesentlige, kan likevel de samlede endringene medføre at kontraktens karakter er vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

I fortalen er det fremhevet at vesentlige endringer viser partenes hensikt om å reforhandle viktige betingelser eller vilkår i kontrakten.[[1019]](#footnote-1019) At partene rent faktisk har en slik hensikt, er likevel ikke avgjørende i vesentlighetsvurderingen, som er objektiv.[[1020]](#footnote-1020) EU-domstolen har også slått fast at endringer som har til hensikt å løse objektive vanskeligheter kan være vesentlige. Dette henger sammen med at prinsippet om likebehandling, som vesentlighetslæren springer ut av, skal komme alle potensielle interessenter til gode.[[1021]](#footnote-1021)

Passiv aksept av mislighold som grunnlag for en plikt til å gjennomføre en ny anskaffelsesprosess er ikke vurdert av EU-domstolen eller norske domstoler. I praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser finnes det imidlertid flere eksempler på at manglende håndhevelse av mislighold har blitt likestilt med at kontrakten er endret.[[1022]](#footnote-1022) Praksisen viser at reelle forsøk på å håndheve kontrakten fra oppdragsgivers side utelukker at kontrakten anses endret på dette grunnlag, og at det ikke kreves at oppdragsgiver gjør enhver misligholdsbeføyelse gjeldende. Praksisen synes å være i overenstemmelse med EU-domstolens uttalelser om at likebehandlingsprinsippet skal komme alle potensielle interessenter til gode.[[1023]](#footnote-1023)

I artikkel 72 nr. 4 andre avsnitt angir direktivet fire endringstyper som alltid skal anses som vesentlige.

Dette gjelder for det første dersom endringen innfører vilkår som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha gjort det mulig for andre leverandører å delta, eller at oppdragsgiver kunne godtatt et annet tilbud. I slike tilfeller rokker endringen ved forutsetningene for konkurransen, i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

For det andre er en endring alltid vesentlig når den endrer den økonomiske balansen i kontrakten til fordel for leverandøren. Bestemmelsen stenger ikke for økt vederlag til leverandøren, men økt vederlag må stå i forhold til en motytelse.

For det tredje er en endring alltid vesentlig når den utvider kontraktens omfang i betydelig grad. Hva som ligger i betydelig er ikke endelig avklart i EU-domstolens praksis, og må i alle tilfeller vurderes konkret. I sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland fant EU-domstolen at en utvidelse med en verdi på 673 720 euro var vesentlig, fordi dette beløpet vesentlig oversteg terskelverdien for tjenesteytelser i det dagjeldende direktivet.[[1024]](#footnote-1024) Etter dagens direktiv, må hva som ligger i en betydelig utvidelse sees i sammenheng med at de minimis-unntaket i artikkel 72 nr. 2 ikke skal tolkes antitetisk. Det kan dermed ikke legges til grunn at en utvidelse med verdi over tersklene for de minimis-unntaket automatisk er en betydelig utvidelse av kontraktens omfang.[[1025]](#footnote-1025)

For det fjerde vil bytte av kontraktspart i andre tilfeller enn dem som er nevnt i bokstav d alltid være en vesentlig endring.

#### Endringer med lav økonomisk verdi – de minimis [artikkel 72 nr. 2]

Artikkel 72 nr. 2 åpner for endringer som har en lav økonomisk verdi. Endringene kan gjøres uten ny anskaffelsesprosess, og uten å vurdere om endringen er vesentlig. Bestemmelsen skal ikke tolkes antitetisk, og endringer med høyere verdi, kan være lovlige dersom de oppfyller vilkårene i artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav a til e.[[1026]](#footnote-1026)

For å anvende unntaket, må verdien av endringen være lavere enn den relevante terskelverdien i artikkel 4, og lavere enn 10 prosent av den opprinnelige kontraktens verdi for vare- og tjenestekontrakter, og 15 prosent for bygg- og anleggskontrakter. Vilkårene er kumulative.

Det følger av ordlyden at bestemmelsen bare gjelder for endringer som har en økonomisk verdi. Det er antatt at rene vederlagsjusteringer ikke kan gjøres i medhold av bestemmelsen, da prisøkningen i et slik tilfelle er selve endringen.

Endringen kan ikke endre avtalens overordnede art. Det vises til gjennomgangen av dette vilkåret i punkt 24.38.4.

Direktivbestemmelsen gjelder etter sin ordlyd både endringer som medfører en prisøkning, og endringer som medfører en prisreduksjon. I anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav b er imidlertid ordlyden «prisøkning» benyttet, og det har vært uklart om den norske regelen er strengere enn direktivet. I teorien er det stort sett enighet om at det ikke har vært lovgivers intensjon å innføre en strengere norsk regel, og at ordlyden må tolkes utvidende slik at den også omfatter prisreduksjoner.[[1027]](#footnote-1027) [[1028]](#footnote-1028)

Dersom det gjøres flere etterfølgende endringer, følger det av artikkel 72 nr. 2 andre avsnitt at det er den samlede verdien av endringene som danner grunnlaget for verdiberegningen. Det følger videre av artikkel 72 nr. 3 at den ajourførte prisen skal være referanseverdi når kontrakten har en indeksklausul.

Forsyningsdirektivet regulerer endringer i kontrakt tilsvarende i artikkel 89. Konsesjonskontraktdirektivet regulerer endringer i artikkel 43.

Anskaffelsesforskriften regulerer endringer i §§ 28-1 og 28-2.

### Utvalgets vurdering

Anskaffelsesforskriften inneholder regler om endring av kontrakt, og utvalget foreslår i all hovedsak å videreføre disse i ny lov, men med enkelte strukturelle endringer og oppdatering i henhold til ny rettspraksis.

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 72 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen bør deles opp i flere bestemmelser for å passe inn i norsk lovtradisjon. Særlig er det ønskelig å unngå omfattende eksempelbruk i lovteksten. Det er i utgangspunktet ikke vanlig å operere med utstrakt eksempelbruk i norsk lovtekst, noe som henger sammen med den rollen lovens forarbeider har. Utvalget kan heller ikke se at eksempler er nødvendig å gjennomføre i lovs form.

Artikkel 72 legger opp til mange og til dels svært forskjellige typer vurderinger, og utvalget mener det er hensiktsmessig å plassere endringstyper som forutsetter lignende vurderinger samlet, mens endringstyper som krever særskilte vurderinger plasseres i egne bestemmelser. Alle endringstypene er gjennomført i dagens anskaffelsesforskrift.

Ettersom vesentlighetsvilkåret er det sentrale rettslige vilkåret både i direktivet og EU-domstolens praksis, foreslår utvalget at den innledende bestemmelsen om endringer i kontrakt slår fast hovedregelen om at vesentlige endringer krever en ny anskaffelsesprosess. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav e, nr. 4 og nr. 5.

Endringer gjort i medhold av en endringsklausul skiller seg fra de andre endringstypene i artikkel 72, fordi prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet ivaretas gjennom at endringsmuligheten er angitt i anskaffelsesdokumentene. Direktivet stiller derfor krav til utformingen av klausulen, og legger ikke opp til en vurdering av selve endringen. Etter utvalgets syn er det dermed hensiktsmessig å regulere dette i en egen bestemmelse om endringsklausuler.

Også utskiftning av kontraktspart foreslår utvalget å innta i en egen bestemmelse i ny lov om offentlige anskaffelser. Utskiftning av kontraktspart er i utgangspunktet i strid med anskaffelsesreglenes system. Direktivet gjør likevel enkelte unntak fra dette, blant annet i tilfeller hvor utskiftningen er en konsekvens av en omstrukturering av leverandørens virksomhet. Omstrukturering omfatter i direktivets forstand både kommersielle omstruktureringer, og omstrukturering ved insolvens. I anskaffelsesforskriften § 28-1, er ordlyden konkurs benyttet istedenfor insolvens, og dette har skapt en uklar rettstilstand. Etter EU-domstolens avgjørelse i sak C- 461/20, mener utvalget det nå er avklart at bestemmelsen også åpner for å bytte kontraktspart ved insolvens, selv om det ikke er åpnet konkurs.[[1029]](#footnote-1029) Utvalgets forslag benytter begrepet insolvens istedenfor konkurs, og innebærer på dette punktet en endring sammenlignet med dagens forskrift.

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav b og c i en samlet bestemmelse om nødvendige endringer. Begge bestemmelsene regulerer situasjoner hvor det vil være urimelig å kreve at det gjennomføres en ny anskaffelsesprosess, selv om endringene objektivt sett er vesentlige. Forutsetningen er at endringene er nødvendige, enten fordi de supplerer den opprinnelige ytelsen på en måte som gjør det særlig utfordrende å bytte leverandør, eller fordi ytre omstendigheter har ført til et endret behov hos oppdragsgiver. Disse endringstypene har flere likhetstrekk, og de ytre rammene knyttet til endringens størrelse og beregning av verdi er like.

De minimis-bestemmelsen forslås gjennomført i den nye loven med enkelte språklige justeringer sammenlignet med dagens forskrift. Artikkel 72 nr. 2 åpner etter sin ordlyd både for endringer som medfører prisøkning, og endringer som medfører prisreduksjon. Forskriften åpner etter sin ordlyd bare for endringer som medfører prisøkning. Dette har ført til en uklar rettstilstand. Utvalgets forslag innebærer at vurderingstemaet knyttes til endringens verdi som sådan. Denne verdien må prosentmessig være lavere enn henholdsvis 10 eller 15 prosent av kontraktsverdien, og lavere enn den relevante terskelverdien i absolutte tall.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 72 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 20-1 til 20-5.

[Boks slutt]

## Oppsigelse av kontrakter [artikkel 73]

### Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 73 at medlemsstatene skal sikre at oppdragsgiver kan si opp en kontrakt i minst de tilfellene som er angitt i bestemmelsen. Listen i bestemmelsen er ikke uttømmende, men angir en minimumsliste over hvilke tilfeller som må reguleres i nasjonal rett.[[1030]](#footnote-1030)

Medlemsstatene skal sikre at oppdragsgivere minst under følgende omstendigheter og på vilkår bestemt ved gjeldende nasjonal rett, har mulighet til å heve en offentlig kontrakt i dens løpetid, der situasjonene i a til c foreligger.

Det følger av bokstav a at det vil være en slik oppsigelsesadgang når det er gjort vesentlige endringer i en kontrakt som innebærer at kontrakten skulle vært kunngjort på nytt. Det foreligger ingen avklaring fra EU-domstolen på om bestemmelsen innebærer en oppsigelsesrett for hele kontrakten, eller om oppsigelsesretten kun gjelder den delen av kontrakten som utgjør en vesentlig endring.

Av bokstav b følger det at det skal være mulig å si opp kontrakten dersom leverandøren på tidspunktet for tildeling av kontrakten var i en situasjon der leverandøren skulle vært avvist etter anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1, som gjelder visse straffbare forhold.

Endelig følger det av bokstav c at det skal være en oppsigelsesadgang, hvis kontrakten ikke skulle vært tildelt leverandøren, som følge av en alvorlig overtredelse på EØS-loven eller anskaffelsesdirektivet, som er slatt fast av EU-domstolen i henhold til artikkel 258 i TEUV.

Artikkel 73 medfører kun en forpliktelse for medlemslandene til å innføre en hjemmel i den nasjonale lovgivningen for at oppdragsgiver kan si opp en kontrakt i de nevnte tilfellene. Bestemmelsen fastsetter ingenting om på hvilke vilkår dette skal skje eller om det etterfølgende erstatningsoppgjør mellom partene. Dette er overlatt til medlemsstatene.

I fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 112 er det ikke angitt noe nærmere om bakgrunnen for reglene om oppsigelsesrett utover at oppdragsgiver av og til kan komme i situasjoner hvor oppdragsgiver må si opp kontrakten for å overholde EU-retten på anskaffelsesområdet.

I forabeidene til direktivbestemmelsen er det angitt at bakgrunnen for bestemmelsen er å forhindre konflikter mellom nasjonal rett og EU-retten ved å gi oppdragsgiver mulighet for å si opp en kontrakt, når det er nødvendig for å leve opp til forpliktelsene i direktivet eller EU-retten.[[1031]](#footnote-1031)

Forsyningsdirektivet artikkel 90 og konsesjonsdirektivet artikkel 44 regulerer en tilsvarende oppsigelsesadgang.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 28-3.

### Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 73 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige tilpasninger for at bestemmelsen skal svare til norsk regelverksteknikk. Bestemmelsen svarer til dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften, med enkelte presiseringer.

I relasjon til bokstav a har utvalget vurdert om bestemmelsen innebærer at hele kontrakten må sies opp, eller kun den delen av kontrakten som gjelder en vesentlig endring. Etter utvalgets syn vil dette bero på en konkret vurdering hvor det avgjørende er om den vesentlige endringen kan skilles fra den opprinnelige kontrakten. Dersom det er mulig å skille ut den delen som utgjør en vesentlig endring, vil det etter utvalgets syn være tilstrekkelig at denne delen av kontrakten avsluttes. Sammenfallende synspunkt er også lagt til grunn i forarbeidene til udbudsloven.[[1032]](#footnote-1032)

I bokstav b vises det til «tidspunktet kontrakten ble tildelt». For situasjoner regulert i dagens anskaffelsesforskrift § 24-2 andre ledd kan oppdragsgiver avvise en leverandører frem til kontrakt er signert. Av hensyn til sammenheng i regelverket er utvalgets vurdering at bestemmelsen må forstås slik at oppsigelsesretten gjelder for forhold som inntrådte frem til kontrakt signeres, ettersom oppdragsgiver ville hatt avvisningsrett frem til dette tidspunktet. Utvalget foreslår å regulere dette i ordlyden.

I bokstav c må det i lovteksten vises til EFTA-domstolen, istedenfor EU-domstolen, slik det fremgår av anskaffelsesdirektivet. Bakgrunnen for dette er at det er EFTA-domstolen som har kompetanse til å slå fast brudd på direktivet gitt i medhold av EØS-avtalen.[[1033]](#footnote-1033)

Utvalget har vurdert om det er hensiktsmessig å regulere andre forhold, enn de bestemmelsen angir, som grunnlag for en rett/plikt til å si opp en kontrakt. Utvalget ser det imidlertid som hensiktsmessig å se eventuelle andre oppsigelsesgrunnlag i sammenheng med håndhevelsesreglene, og kommer tilbake til dette i andre delutredning.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 73 i ny lov om offentlige anskaffelser § 21-1.

[Boks slutt]

## Sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser [artikkel 74 til 77]

### Innledning

I anskaffelsesdirektivet avdeling III kapittel 1 er det gitt regler om sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser. Dette kapittelet regulerer kategorier av tjenester hvorav enkelte under 2004-direktivet ble klassifisert som uprioriterte tjenester. Tjenestene som er omfattet av avsnitt III kapittel 1 er underlagt egne og mildere regler og trenger ikke å følge de alminnelige prosedyrekravene i direktivet. Direktivet stiller likevel visse grunnleggende krav til gjennomsiktighet og likebehandling.

Det følger av fortalen premiss 114 at tjenester som er kjent som personlige tjenester, så som sosiale-, helse- og utdanningstjenester, er tjenesteytelser som etter sin natur har en begrenset grensekryssende dimensjon. I tillegg varierer ytelsens innhold sterkt fra medlemsstat til medlemsstat som følge av forskjellige kulturelle tradisjoner. EU-lovgiver har derfor i direktivet gitt egne og mer fleksible regler for offentlig anskaffelse av slike tjenester.

### Gjeldende rett

#### Anskaffelsesdirektivet

Artikkel 74 avgrenser virkeområdet til kapittelet i to henseender. For det første må anskaffelsen være en sosialtjeneste eller annen særlig tjenesteytelse som er opplistet i vedlegg XIV til direktivet. For det andre må anskaffelsen overstige terskelverdien oppstilt i direktivets artikkel 4 bokstav d. Denne er per 1. september 2023 EUR 750 000. Anskaffelser under denne terskelverdien vil være underlagt eventuelle nasjonale regler, og reglene i EU-traktaten dersom kontrakten har klar grensekryssende interesse.

Listen over omfattede tjenesteytelser fremgår av vedlegg XIV til direktivet, se i boks 24.96. Listen er et uttrykk for ulike ønsker og interesser på EU-nivå.[[1034]](#footnote-1034)

Tjenesteytelser dekket av «light regime»

Følgende tjenesteytelser er listet opp i vedlegg XIV til direktivet. Teksten må leses i sammenheng med de angitte CPV-kodene i vedlegget.

* Sundheds- og socialvæsen samt tilknyttede tjenesteydelser
* Administrative tjenester på det sociale område, uddannelsesområdet, sundhedsområdet og det kulturelle område
* Lovpligtig socialsikring
* Velfærdsydelser
* Andre kollektive, sociale og personlige tjenesteydelser, herunder tjenesteydelser ydet af fagforeninger, politiske organisationer, ungdomsorganisationer og andre medlemskabsbaserede organisationstjenester
* Religiøse tjenester
* Hotel- og restaurationstjenesteydelser
* Juridiske tjenesteydelser i det omfang, de ikke er udelukket i henhold til artikel 10, litra d)
* Andre administrative tjenester og tjenester for den offentlige sektor
* Tjenester for lokalsamfundet
* Fængselsrelaterede tjenester, tjenester i forbindelse med offentlig sikkerhed og redningstjenester i det omfang, de ikke er udelukket i henhold til artikel 10, litra h)
* Efterforsknings- og sikkerhedstjenester
* Internationale tjenester
* Posttjenester
* Diverse tjenesteydelser

[Boks slutt]

Artikkel 75 gir regler om kunngjøringer ved anskaffelse av tjenesteytelser som er omfattet av reglene i avsnitt III kapittel 1. Artikkel 75 nr. 1 angir at oppdragsgiver som ønsker å tildele en offentlig kontrakt om tjenester som er omfattet av artikkel 74, skal gjøre dette kjent på én av to måter.

Oppdragsgiver kan velge å kunngjøre konkurransen, og da må kunngjøringen inneholde opplysninger som følger av vedlegg V del H, se boks 24.97. Kunngjøring skal skje på standardskjema jf. artikkel 51. Alternativt kan oppdragsgiver benytte veiledende kunngjøring, med opplysninger som følger av vedlegg V del I. Kravet til opplysninger som skal inngå i kunngjøringene i avdeling III kapittel I er mindre omfattende enn de som normalt gjelder for anskaffelser som følger øvrige regler i direktivet.

Krav til kunngjøringer som gjelder konkurranser om sosiale og andre særlige tjenesteytelser

Kunngjøring etter artikkel 75 nr. 1 bokstav a, jf. artikkel 49, skal ifølge vedlegg V del H inneholde følgende opplysninger:

«1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, samt e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed.

2. NUTS-kode for det primære udførelsessted for bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder eller NUTS-kode for hovedstedet for levering eller udførelse i forbindelse med vareindkøb og tjenesteydelser.

3. Kort beskrivelse af den pågældende kontrakt, herunder CPV-koder.

4. Betingelser for deltagelse, herunder:

* + - i givet fald angivelse af, at det er en kontrakt forbeholdt beskyttede værksteder, eller hvis udførelse er forbeholdt programmer for beskyttet beskæftigelse
		- i givet fald angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession.

5. Sidste frist for at kontakte den ordregivende myndighed med henblik på deltagelse.

6. Kort beskrivelse af hovedelementerne i den tildelingsprocedure, der skal anvendes.»

Kunngjøring etter artikkel 75 nr. 1 bokstav b, jf. artikkel 48, skal ifølge vedlegg V del I inneholde følgende opplysninger:

«1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, samt e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed.

2. Kort beskrivelse af den pågældende kontrakt, herunder kontraktens anslåede samlede værdi og CPV-koder.

3. Hvis det allerede er fastsat:

a) NUTS-kode for det primære udførelsessted for bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder eller NUTS-kode for hovedstedet for levering eller udførelse i forbindelse med vareindkøb og tjenesteydelser.

b) tidsramme for levering af varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og kontraktens varighed

c) betingelser for deltagelse, herunder:

* + - * i givet fald angivelse af, at det er en offentlig kontrakt forbeholdt beskyttede værksteder, eller hvis udførelse er forbeholdt programmer for beskyttet beskæftigelse
			* i givet fald angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession

d) kort beskrivelse af hovedelementerne i den tildelingsprocedure, der skal anvendes.

4. En omtale af, at interesserede økonomiske operatører skal underrette den ordregivende myndighed om deres interesse i kontrakten eller kontrakterne, sidste frist for modtagelse af interessetilkendegivelser og den adresse, hvortil interessetilkendegivelser skal sendes.»

[Boks slutt]

Der oppdragsgiver bruker veiledende kunngjøring som offentliggjøres kontinuerlig, skal denne angi at kontrakter vil bli tildelt uten videre offentliggjøring og inneholde en oppfordring til interesserte leverandører til å uttrykke sin interesse skriftlig.

Det er gjort et unntak i artikkel 75 nr. 1 siste avsnitt om at oppdragsgiver ikke trenger å kunngjøre, dersom vilkårene for å konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i samsvar med artikkel 32 ville vært oppfylt. Artikkel 32 gjelder i utgangspunktet ikke for bestemmelser omfattet av avsnitt III kapittel 1, men her er vilkårene til artikkel 32 indirekte gitt anvendelse gjennom henvisningen fra artikkel 75. Det vises til fremstillingen kapittel 24.20 om vilkårene knyttet til artikkel 32.

Etter tildeling av en kontrakt pålegger artikkel 75 nr. 2 oppdragsgiver å kunngjøre kontraktsinngåelsen. Også på dette punkt er det gitt enklere regler for anskaffelser etter dette kapittelet i direktivet. Opplysningene som skal inngå i kunngjøring av kontraktsinngåelse følger av vedlegg V del J, se boks 24.98. Kunngjøringer kan også samles opp og sendes inn kvartalsvis. I så fall skal kunngjøringene sendes senest tretti dager etter utgangen av hvert kvartal.

Kunngjøring av kontraktsinngåelse ved sosiale og andre særlige tjenesteytelser

Opplysninger som skal inngå i kunngjøringen fremgår av vedlegg V del J:

«1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, samt e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed.

2. Kort beskrivelse af den pågældende kontrakt, herunder CPV-koder.

3. NUTS-kode for det primære udførelsessted for bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder eller NUTS-kode for hovedstedet for levering eller udførelse i forbindelse med vareindkøb og tjenesteydelser.

4. Antal modtagne tilbud.

5. Betalt pris eller prisramme (maksimum/minimum).

6. For hver kontrakttildeling navn, adresse, herunder NUTS-kode, samt e-mail- og internetadresse for den eller de valgte økonomiske operatører.

7. Andre relevante oplysninger.»

[Boks slutt]

Etter artikkel 75 nr. 3 gis EU-kommisjonen myndighet til å utarbeide standardformularer til kunngjøring etter bestemmelsen. Videre følger det av artikkel 75 nr. 4 at de kunngjøringer og meddelelser som er omtalt i bestemmelsen skal offentliggjøres i overensstemmelse med artikkel 51. Artikkel 51 gir nærmere føringer på oversendelsen til EUs publikasjonskontor for kunngjøring i TED, og det vises til fremstillingen i kapittel 24.33 om dette.

Artikkel 76 nr. 1 pålegger medlemsstatene å innføre nasjonale regler for tildeling av kontrakter som gjelder tjenester omfattet av kapittelet, for å sikre at prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling av leverandørene overholdes. Reglene skal ivareta mulighet for oppdragsgivere til å ta hensyn til den særlige karakteren slike ytelser har. Det følger av fortalen premiss 114 tredje avsnitt at gitt betydningen av den kulturelle sammenhengen og følsomheten i disse tjenestene, bør medlemsstatene gis et vidt skjønn til å organisere valg av leverandør på den måten som den enkelte stat finner hensiktsmessig.

I artikkel 76 nr. 2 er det listet opp en rekke momenter som medlemsstatene ved fastsettelse av de nasjonale reglene for tildeling skal sikre at oppdragsgivere får mulighet til å hensynta. Det er videre angitt at medlemsstatene kan fastsette at valget av tjenesteyter skal skje på grunnlag av det tilbud som gir det beste forhold mellom pris og kvalitet, og at det her er adgang til å ta hensyn til kvalitets- og bæredyktighetskriterier for sosiale tjenesteytelser.

Artikkel 77 nr. 1 åpner for at medlemsstatene kan bestemme at offentlige myndigheter kan gi organisasjoner, som oppfyller vilkårene i annet avsnitt, rett til å delta i anskaffelser som gjelder tildeling av kontrakter som utelukkende gjelder tjenesteytelser på helse-, sosial og kulturområdet som det er henvist til i artikkel 74. Dette gjelder imidlertid bare innenfor spesifikke angitte CPV-koder som er angitt i direktivbestemmelsen.[[1035]](#footnote-1035)

Organisasjonen må oppfylle alle betingelsene som er angitt i artikkel 77 nr. 2 bokstavene a-d. Etter bokstav a må formålet med organisasjonen være å utføre offentlig oppdrag knyttet til de tjenestene som er omfattet av bestemmelsen. Etter bokstav b må overskudd hos organisasjonen bli brukt til å oppnå mål til organisasjonen. Dersom utbyttet utdeles eller omfordeles bør det skje ut fra deltakelsesorienterende hensyn. Etter bokstav c må ledelses- eller eierskapsstrukturene i organisasjonen være basert på prinsipper for eierskap eller medbestemmelse hos arbeidstaker, eller krever aktiv deltakelse av arbeidstakere, brukere eller berørte parter. Etter bokstav d må organisasjonen ikke være tildelt kontrakt om levering av de samme tjenestene i løpet av de siste tre år, fra den samme oppdragsgiveren.

Det følger av artikkel 77 nr. 3 og 4 at kontrakten maksimalt kan ha en løpetid på tre år, og at kunngjøringen av konkurransen må vise til direktivbestemmelsen.

#### Rettspraksis

I sak C-436 Asade behandlet EU-domstolen adgangen til å begrense offentlige konkurranser om sosialtjenester til ideelle organisasjoner.[[1036]](#footnote-1036) Et spørsmål i saken var om direktivet artikkel 76 og 77 er til hinder for nasjonal lovgivning som tillater oppdragsgivere å reservere kontrakter for ideelle organisasjoner, uten at vilkårene i artikkel 77 er oppfylt.[[1037]](#footnote-1037) EU-domstolen konkluderte med at direktivet artikkel 77 ikke uttømmende regulerer adgangen for medlemsstatene til å reservere visse kontrakter på sosialområdet, slik at medlemsstatene har et videre handlingsrom enn det som uttrykkelig følger av bestemmelsen. EU-domstolen forutsatte imidlertid at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, slik disse følger av artikkel 75 og 76, likevel må overholdes.[[1038]](#footnote-1038)

Uttalelsene fra EU-domstolen i C-436 Asade er fulgt opp av EFTA-domstolen i sak E-4/22 Stendi. EFTA-domstolen uttalte i saken at direktivet artikkel 74 til 77 ikke utelukker nasjonal lovgivning som tillater at oppdragsgivere kan reservere retten til å delta i konkurranser om helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner, selv om reservasjonshjemmelen i artikkel 77 ikke kommer til anvendelse.[[1039]](#footnote-1039) I likhet med Asade-saken la EFTA-domstolen til grunn at en forutsetning for slik reservasjonsadgang er at prinsippene om likebehandling og innsyn overholdes:

«For det første, for å overholde prinsippet om likebehandling som fastsatt i direktivet artikkel 76, må den rettslige og kontraktsmessige rammen som disse organisasjonene utøver sin virksomhet innenfor, faktisk være forankret i prinsippene om universalitet og solidaritet, som er en nødvendig del av et velferdssystem, så vel som i hensynet til økonomisk effektivitet og egnethet, og effektivt bidra til det sosiale formål og de mål om solidaritet og budsjettmessig effektivitet som dette system bygger på. For det andre må prinsippet om innsyn, som fastsatt i direktivet artikkel 75 og 76, overholdes.»[[1040]](#footnote-1040)

I forlengelsen av kravet til likebehandling uttalte EFTA-domstolen videre følgende om adgang til å utbetale overskudd for organisasjonene:

«muligheten for å skape overskudd og for eksempel utbetale dette overskuddet, direkte eller indirekte, til en kommersiell eier, enten gjennom direkte utbetaling etter at den offentlige kontrakten er avsluttet, eller gjennom salg av den ideelle organisasjon til en annen markedsdeltaker, [må] utelukkes. Å reservere kontrakter for påstått ideelle organisasjoner som i hovedsak kun er verktøy for å skape overskudd for sine kommersielle eiere, ville være i strid med kravene som følger av EØS-retten.»[[1041]](#footnote-1041)

I lys av argumentasjon til partene i den konkrete saken, vil et tema for den nasjonale domstolen bli hvorvidt den nasjonale bestemmelsen effektivt stenger for å ta ut overskudd til kommersielle eiere. Saken for nasjonale domstoler er i skrivende stund ikke avgjort.

#### Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

I forsyningsdirektivet kapittel 26 er det gitt egne regler om anskaffelse av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser. Disse svarer innholdsmessig til reglene i anskaffelsesdirektivet.

Konsesjonskontraktdirektivet etablerer i seg selv et lettere regelsett enn de øvrige direktivene når det gjelder konsesjoner generelt, og dette gjør at direktivet også regulerer sosiale og andre særlige tjenesteytelser på en litt annen måte. I artikkel 19 er det kun gitt en videre henvisning om at konsesjoner som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser skal følge reglene i artikkel 31 nr. 3 (kunngjøring av en forhåndsmeddelelse), artikkel 32 (kunngjøring av kontraktsinngåelse), artikkel 46 (håndheving) og artikkel 47 (håndheving). Forpliktelsene gjelder bare de konsesjoner som er omfattet av direktivet, og det vil si over terskelverdien på 56 millioner kroner.

#### Anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften konsesjonskontraktforskriften

I anskaffelsesforskriften er helse- og sosialtjenester regulert i kapittel 30, og vedlegg 3 og 4 til forskriften lister relevante CPV-koder som avgrenser virkeområdet til dette kapittelet. Det er i kapittel 30 gitt regler om gjennomføring av konkurransen, reserverte kontrakter, kunngjøringer, meddelelse, karensperiode før inngåelse av kontrakt og suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt. Særskilte tjenester følger reglene i anskaffelsesforskriften del II jf. § 5-1 andre ledd bokstav b. Hva som utgjør særskilte tjenester er angitt i vedlegg II til forskriften.

I forsyningsforskriften er særlige tjenester og helse- og sosialtjenester regulert samlet i kapittel 26. I konsesjonskontraktforskriften er det gjort tilsvarende, men i kapittel 14.

### Utvalgets vurderinger

Utvalgets vurdering er at bestemmelser i direktivet om sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget mener det fra et rettslig ståsted ikke er behov for noen ytterligere regler ut over det som følger av direktivet. Virkeområdet til reglene bør være tilsvarende som angitt i direktivet. Dette er en endring fra gjeldende regulering i anskaffelsesforskriften, hvor de særlige tjenesteytelsene følger de detaljerte reglene i anskaffelsesforskriften del II. Terskelverdien til kapittelet fremgår av utvalgets forslag til § 6-1, som gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 4. Denne er i skrivende stund 7,8 millioner kroner.

Etter utvalgets syn er det viktig at det kommer på plass en oppdatert oversettelse av vedleggene til direktivet, og dette gjelder også vedlegg XIV som lister hvilke særlige tjenesteytelser som får anledning til å følge de fleksible bestemmelsene i ny lov.

For gjennomføringen av artikkel 76 første avsnitt foreslås det en helt overordnet bestemmelse i § 22-3 om at oppdragsgiver må fastsette en prosedyre for tildelingen av kontrakt, overholde prinsippene og benytte tildelingskriterier. Utvalget viser til direktivet i artikkel 76 annet avsnitt som gir medlemsstatene et vidt handlingsrom på dette området, på grunn av ytelsens særskilte karakter. Etter utvalgets vurdering bør Norge her benytte det handlingsrommet som EU har lagt til rette for, og som hittil ikke har vært benyttet fullt ut.

Det er på det rene at bestemmelsen om reservasjonsadgang for ideelle aktører er støttet opp av et bredt politisk flertall. Bestemmelsen foreslås derfor videreført alene på dette grunnlag, i en ny § 22-4. Utvalget viser til at avkommersialiseringsutvalget er bedt om å foreslå en ny og juridisk definisjon av ideelle driftsformer. Utvalget mener at departementet i den videre oppfølgingen av rapporten kan vurdere å se hen til om definisjonen som foreslås av avkommersialiseringsutvalget tilsier en endring eller presisering av den definisjonen som nå er foreslått videreført i § 22-4.

Utvalget vil også vise til at det for bruken av reservasjonsadgangen etter anskaffelsesdirektivet artikkel 77 er stilt uttrykkelig krav til at kunngjøringen skal vise til direktivbestemmelsen som benyttes. Dette foreslås inntatt i lovteksten § 22-5, siden dette er en konkret plikt. Utvalget mener det er riktig at kunngjøringen må vise til direktivet, og ikke til en nasjonal lovbestemmelse som gjennomfører direktivet. Dette er fordi anskaffelser som følger reglene i kapittelet, og er over terskelverdi skal lyses ut i hele EØS-området. På samme vis bør oppdragsgivere som benytter adgangen til å reservere for ideelle aktører vise til direktivets avsnitt III kapittel 1, slik at det er klart at konkurransen følger regimet som etableres i denne særlige delen av direktivet. Ikke bare følger dette av direktivet, men en henvisning til norske regler vil gi liten mening for leverandører ellers i EØS-området.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre/videreføre bestemmelser i direktivet om sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser i ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 22.
* å videreføre adgangen til å reservere kontrakter for ideelle organisasjoner i ny lov om offentlige anskaffelser § 22-4.

[Boks slutt]

## Plan- og designkonkurranser [artikkel 78 til 82]

### Innledning

Det er gitt egne bestemmelser for prosjektkonkurranser ved kjøp av tjenesteytelser i anskaffelsesdirektivet avdeling III kapittel II artikkel 78–82. I anskaffelsesforskriften omtales slike prosjektkonkurranser som plan- og designkonkurranser. Ettersom dette er et innarbeidet begrep, foreslår utvalget å videreføre begrepet plan- og designkonkurranser om det direktivet omtaler som prosjektkonkurranser. Plan- og designkonkurranser er nyttig å bruke dersom oppdragsgiver har behov for å få frem en plan-, et konsept eller et design.

Det følger av direktivets fortale premiss 120 at plan- og designkonkurranser tradisjonelt er blitt brukt innen by- og regionalplanlegging, arkitekt- og ingeniørarbeid eller databehandling. Det understrekes imidlertid at konkurranseformen er et fleksibelt instrument som også kan brukes til andre formål, for eksempel til innhenting av finanseringstekniske planer, som kan forbedre SMB-støtte.

### Anvendelsesområde [artikkel 78]

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 78 at kapittel II kommer til anvendelse på:

1. Plan- og designkonkurranser organisert som en del av en framgangsmåte som fører til tildeling av en tjenesteytelseskontrakt, og
2. Plan- og designkonkurranser med premier eller betalinger til deltakerne.

Når oppdragsgiver skal beregne anskaffelsens anslåtte verdi, er det gitt føringer i artikkel 72 nr. 1 andre avsnitt på hvordan dette skal gjøres. Terskelverdien i relasjon til bokstav a beregnes i artikkel 4 i direktivet på bakgrunn av den anslåtte verdi eksklusive merverdiavgift av den offentlige tjenesteytelseskontrakten, herunder eventuelle premier eller betalinger til deltakerne.

Terskelverdien i relasjon til bokstav b beregnes på bakgrunn av den samlede verdien av premier – og betalinger, herunder den anslåtte verdien ekskl. mva. av offentlige tjenesteytelseskontrakter, som senere vil kunne inngås i samsvar med artikkel 32 nr. 4, dersom oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen at oppdragsgiver vil tildele en slik kontrakt.

Dette innebærer at dersom en plan- og designkonkurranse ikke overstiger terskelverdiene, vil konkurransen være underlagt eventuelle nasjonale regler, og reglene i EU-traktaten dersom kontrakten har klar grensekryssende interesse.[[1042]](#footnote-1042)

Hva som utgjør en plan- og designkonkurranse, er definert i artikkel 2 nr. 21. Dette er definert som:

«de framgangsmåtene som gjør det mulig for den offentlige oppdragsgiveren å innhente, hovedsakelig på områdene by- og regionplanlegging, arkitektur, ingeniørarbeid eller databehandling, en plan eller et prosjekt valgt ut av en jury etter å ha vært satt ut til konkurranse med eller uten utdeling av premier».

Tilsvarende bestemmelse er gitt i forsyningsdirektivet artikkel 95. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 5-4 (13) og 31-1.

### Kunngjøring [artikkel 79]

Artikkel 79 regulerer kunngjøring av en plan- og designkonkurranse.

Det følger av nr.1 at oppdragsgiver som har til hensikt å gjennomføre en plan- og designkonkurranse skal angi dette i en kunngjøring. Videre følger det av bestemmelsen at dersom oppdragsgiver skal tildele en etterfølgende tjenesteavtale i henhold til artikkel 32 nr. 4 skal dette fremgå av kunngjøringen.

Av nr. 2 fremgår det at oppdragsgiver som har gjennomført en plan- og designkonkurranse, i samsvar med artikkel 51, skal sende en meddelelse av resultatene av plan- og designkonkurransen, og oppdragsgiver skal kunne dokumentere avsendelsesdato. Videre følger det at offentliggjøring at resultatet kan unnlates, dersom det vil hindre rettshåndhevelsen eller på annen måte være i strid med offentlige interesser eller er til skade for bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller hindre rettferdig konkurranse mellom leverandørene. Bestemmelsen svarer til artikkel 55 nr. 3, og er redegjort for i kapittel 24.33.

Nr. 3 angir at kunngjøringene som er nevnt i nr. 1 og 2, skal offentliggjøres i samsvar med artikkel 51 nr. 2-6 og artikkel 52. Kunngjøringen skal inneholde opplysningene som fremgår av vedlegg V, del E og F, se boksene 24.100 og 24.101, i samme format som standardformularene. Videre er det angitt i bestemmelsen hvordan Kommisjonen skal utarbeide standardformularene.

Vedlegg V, del E

DEL E

«Oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser om projektkonkurrencer

(jf. artikel 79, stk. 1)

1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer, e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed eller den afdeling, hvor der kan fås yderligere oplysninger.

2. Den e-mail- eller internetadresse, på hvilken der er fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsdokumenterne.

Når der ikke er fri, direkte og fuld adgang af de grunde, der er anført i artikel 53, stk. 1, andet og tredje afsnit, angives det, hvordan der kan opnås adgang til udbudsdokumenterne.

3. Den ordregivende myndigheds art og dens hovedvirksomhed.

4. Det anføres i givet fald, om den ordregivende myndighed er en indkøbscentral, eller at der er tale om en anden form for fælles udbud.

5. CPV-koder. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.

6. Beskrivelse af projektets vigtigste karakteristika.

7. Eventuelt oplysninger om præmiernes art og værdi.

8. Projektkonkurrencens art (åben eller lukket).

9. I forbindelse med en åben projektkonkurrence, sidste frist for indsendelsen af projekter.

10. I forbindelse med en lukket projektkonkurrence:

a) påtænkt deltagerantal

b) eventuelt navn på tidligere udvalgte deltagere

c) kriterier for udvælgelse af deltagere

d) sidste frist for ansøgninger om deltagelse.

11. Eventuel angivelse af, om deltagelse er begrænset til et bestemt erhverv.

12. Kriterier, der vil blive lagt til grund for vurderingen af projekterne.

13. Angivelse af, om den ordregivende myndighed er bundet af udvælgelseskomitéens afgørelse.

14. Eventuelt oplysninger om de beløb, der udbetales til samtlige deltagere.

15. Angivelse af, om de kontrakter, der tildeles på grundlag af projektkonkurrencen, vil gå til vinderen eller vinderne af projektkonkurrencen.

16. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.

17. Andre relevante oplysninger».

[Boks slutt]

Vedlegg V, del F

DEL F

«Oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser af resultaterne af en projektkonkurrence

(jf. artikel 79, stk. 2)

1. Navn, identifikationsnummer (hvis fastsat i national lovgivning), adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer, e-mail- og internetadresse for den ordregivende myndighed eller den afdeling, hvor der kan fås yderligere oplysninger.

2. Den ordregivende myndigheds art og dens hovedvirksomhed.

3. Det anføres i givet fald, om den ordregivende myndighed er en indkøbscentral, eller at der er tale om en anden form for fælles udbud.

4. CPV-koder.

5. Beskrivelse af projektets vigtigste karakteristika.

6. Præmiernes værdi.

7. Projektkonkurrencens art (åben eller lukket).

8. Kriterier, der blev lagt til grund for vurderingen af projekterne.

9. Dato for udvælgelseskomitéens afgørelse.

10. Antal deltagere:

a) antal deltagere, som er SMV’er

b) antal deltagere fra udlandet.

11. Navn, adresse, herunder NUTS-kode, telefon- og telefaxnummer samt e-mail- og internetadresse for vinderne af konkurrencen og angivelse af, om vinderne er små og mellemstore virksomheder.

12. Oplysninger om, hvorvidt projektkonkurrencen vedrører et projekt eller et program, der modtager støtte fra EUfonde.

13. Dato(er) og henvisning(er) til tidligere offentliggørelser i Den Europæiske Unions Tidende, som er relevante for det eller de projekter, der vedrører denne bekendtgørelse.

14. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.

15. Andre relevante oplysninger»

[Boks slutt]

Tilsvarende bestemmelse er gitt i forsyningsdirektivet artikkel 96. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 21-6 fjerde ledd og 31-2 første og tredje ledd.

### Regler for plan- og designkonkurranser og utvelgelse av leverandører [artikkel 80]

Artikkel 80 angir regler om gjennomføring av plan- og designkonkurranser, og utvelgelse av leverandører.

Av nr. 1 følger det at når oppdragsgiver avholder en plan- og designkonkurranse, skal de anvende prosedyrene, som er i samsvar med Avsnitt I og dette kapitlet (Kapittel II av Avsnitt III.)

Konkurransen kan enten gjennomføres som en åpen eller begrenset konkurranse, se vedlegg V, del E som angir at dette må oppgis i kunngjøringen.

Av nr. 2 følger det at adgang til å delta i en plan- og designkonkurranse ikke begrenses med henvisning til en medlemsstats territorium eller del av dette, eller på grunn av det forhold, at det i henhold til lovgivningen i en medlemsstat, hvor plan- og designkonkurransen avholdes, krever at deltakerne enten skal være fysiske eller juridiske personer.

I henhold til nr. 3 fremgår det at dersom det gjennomføres en plan- og designkonkurranse med et begrenset antall deltakere, fastsetter oppdragsgiver klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Antall deltakere, som oppfordres til å delta, må være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

I tilknytning til den norske tilsvarende bestemmelsen, har klagenemnda fremholdt at utvelgelseskravene må være relevante med betydning for oppdraget konkurransen gjelder, og i tråd med prinsippene i anskaffelsesloven § 4.[[1043]](#footnote-1043)

Tilsvarende bestemmelse er gitt i forsyningsdirektivet artikkel 97. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 16-8 første ledd og 31-3 første og andre ledd.

### Juryens sammensetning [artikkel 81]

Artikkel 81 gir regler om sammensetningen av juryen.

Av bestemmelsen følger det at juryen utelukkende må bestå av fysiske personer, og at disse skal være uavhengige av deltakerne i plan- og designkonkurransen.

I klagenemndas praksis, relatert til den tilsvarende norske bestemmelsen, er det fremholdt at det klare utgangspunkt er at et kollegialt forhold, herunder kjennskap til deltakerne fra tidligere konkurranser eller gjennom tidligere samarbeid, i seg selv ikke er tilstrekkelig for at et medlem ikke anses som uavhengig. Dette innebærer at jurymedlemmenes kjennskap til deltakerne fra tidligere konkurranser eller som følge av tidligere samarbeid ikke i seg selv innebærer at et medlem ikke anses uavhengig.[[1044]](#footnote-1044) For øvrig er nevnte KOFA-avgjørelse egnet til å illustrere hvilke regler som kan være aktuelle å vurdere i slike tilfeller.

Hvis det kreves bestemte faglige kvalifikasjoner for deltakerne i en konkurranse, skal minst en tredjedel av juryens medlemmer ha samme eller tilsvarende kvalifikasjoner.

Tilsvarende bestemmelse er i forsyningsdirektivet artikkel 97. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 31-4 første ledd.

### Juryens avgjørelser [artikkel 82]

Artikkel 82 gir regler om juryens avgjørelser. Det følger av bestemmelsen nr. 1 at juryen skal foreta selvstendige og uavhengige vurderinger. Videre følger det av nr. 2 at juryen behandler planer og prosjekter anonymt, og vurderer disse på bakgrunn av kriteriene som er angitt i kunngjøringen.

I klagenemndas praksis er det lagt til grunn at kravet til anonymitet ikke kan strekkes så langt at det pålegger oppdragsgiver en plikt til å sikre at jurymedlemmene ikke kan kjenne igjen forslagene.[[1045]](#footnote-1045)

I følge artikkel 82 nr. 3 skal juryen evaluere planene og prosjektene i henhold til kriteriene angitt i kunngjøringen. Juryen skal dokumentere evalueringen i en protokoll som alle medlemmene skal signere. Videre fremgår det av nr. 4 at anonymiteten skal bevares frem til juryens beslutning eller uttalelse foreligger. Det følger deretter av artikkel 82 nr. 5 at juryen kan be deltakerne om å svare på spørsmålene angitt i protokollen (jf. nr. 3 over).

Etter artikkel 82 nr. 6 følger det at det skal føres et fullstendig referat av kommunikasjonen mellom medlemmene i juryen og deltakerne.

Tilsvarende bestemmelse er i forsyningsdirektivet artikkel 98. Det er ingen tilsvarende bestemmelse i konsesjonskontraktdirektivet. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 31-3 tredje ledd og 31-4.

### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 78 til 82 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer slik at bestemmelsene samsvarer med norsk lovtradisjon. Som redegjort for innledningsvis ser utvalget det som hensiktsmessig å videreføre begrepet plan- og designkonkurranser, om det direktivet omtaler som prosjektkonkurranser.

Begrensningen som fremgår av artikkel 80 nr. 2 bokstav a følger etter utvalgets syn av prinsippene i artikkel 18 nr. 1, som er foreslått gjennomført i ny lov om offentlige anskaffelser § 9-1 og utvalget foreslår derfor ikke å regulere dette særskilt. Videre anser utvalget at det ikke er påkrevet å gjennomføre artikkel 79 nr. 3 siste setning, da denne kun er en henvisning til hvordan EU-kommisjonen fastsetter standardene.

Forslag til nye bestemmelser er ikke ment å gjøre noen realitetsendringer fra dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 78 til 82 i lov om offentlige anskaffelser §§ 23-1 til 23-5.

[Boks slutt]

## Anskaffelsesprotokoll [artikkel 84]

### Gjeldende rett

Oppdragsgiver har plikt til å føre en protokoll som skriftlig nedtegner forhold, hendelser og beslutninger knyttet til gjennomføring av en anskaffelsesprosess. Formålet er å sikre at viktige forhold ved en anskaffelse dokumenteres. På den måten vil det være mulig å etterprøve oppdragsgivers gjennomføring av en anskaffelse. Protokollen er et av de viktigste instrumentene for å sikre at reglene og prinsippene i anskaffelsesretten overholdes. I tillegg vil protokollplikten ha en oppdragende effekt på oppdragsgivers beslutninger, ved at oppdragsgiver må begrunne ulike valg i anskaffelsesprosessen.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 84 gir regler for individuelle rapporter om prosedyrer for tildeling av kontrakter etter anskaffelsesdirektivet, og krav til dokumentasjon av anskaffelsesprosessen.

Det følger av fortalen premiss 126 at kravene er et utslag av hensynet til sporbarhet og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen, for effektivt å kunne bekjempe korrupsjon og bedrageri.

Av artikkel 84 nr. 1 følger det at for hver kontrakt eller rammeavtale som er omfattet av direktivet, og hver opprettelse av et dynamisk innkjøpssystem skal oppdragsgiver utarbeide en skriftlig rapport som minst må omfatte følgende forhold:

1. oppdragsgivers navn og adresse, samt kontraktens, rammeavtalens eller det dynamiske innkjøpssystemets gjenstand og verdi,
2. hvis det er relevant, resultatene av kvalifikasjonsvurderingen og/eller reduksjon av antall leverandører i henhold til artikkel 65 og 66. Det vil si (i) navn på valgte tilbydere og begrunnelsen for valget av dem, (ii) navn på avviste tilbudsgivere og begrunnelsen for at de er blitt avvist,
3. begrunnelsen for avvisning av tilbud som anses som unormalt lave,
4. navn på valgte leverandør, og begrunnelse for valg av tilbud, samt opplysninger om hvor stor del av kontrakten eller rammeavtalen tilbudsgiveren har til hensikt å overdra til tredjemann, og navnene på hovedentreprenøren og eventuelle underentreprenører, dersom denne informasjonen er kjent,
5. begrunnelse for valg av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog i samsvar med artikkel 26,
6. begrunnelse for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter artikkel 32,
7. begrunnelse for å ikke tildele en kontrakt eller en rammeavtale eller opprette et dynamisk innkjøpssystem,
8. begrunnelse for at andre kommunikasjonsmidler enn elektroniske midler er blitt benyttet ved inngivelsen av tilbud,
9. dersom det er relevant, påviste interessekonflikter og avhjelpende tiltak som er truffet.

Videre følger det at kravet til å utarbeide en rapport ikke gjelder for kontrakter som er basert på rammeavtaler når disse inngås i overenstemmelse med artikkel 33 nr. 3 eller artikkel 33 nr. 4 bokstav a.

Dersom kunngjøring av kontraktsinngåelse er utarbeidet i henhold til artikkel 50 eller artikkel 75 nr. 2, og kunngjøringen inneholder opplysninger som skal angis i den individuelle rapporten, kan oppdragsgiver henvise til kunngjøringen fremfor å gjengi informasjonen.[[1046]](#footnote-1046) Av fortalen til anskaffelsedirektivet premiss 126 fremgår det at formålet med bestemmelsen er å begrense den administrative byrden i størst mulig grad.

Av artikkel 84 nr. 2 fremgår det at oppdragsgiver må dokumentere gjennomføringen av alle anskaffelsesprosesser, uavhengig av om de gjennomføres elektronisk eller ikke. Dette sikrer at oppdragsgiver oppbevarer tilstrekkelig dokumentasjon til å begrunne avgjørelser som treffes på alle stadier av anskaffelsesprosedyren, som dokumentasjon vedrørende kommunikasjon med økonomiske aktører og interne overveielser, forberedelse av anskaffelsesdokumentene, om det er gjennomført dialog eller forhandling, utvelgelse og tildeling av kontrakten. Dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for tildeling av kontrakt.

Av artikkel 84 nr. 3 følger det at rapporten eller hovedelementene sendes til EU-kommisjonen eller de relevante myndighetene i henhold til artikkel 83, dersom de anmoder om dette. I norsk rett vil Eftas overvåkningsorgan (ESA) være relevant myndighet.

Forsyningsdirektivet artikkel 100 gir regler om individuelle rapporter om prosedyrer for tildeling av kontrakter. Bestemmelsen er noe annerledes utformet enn den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet. Konsesjonskontraktdirektivet har ingen bestemmelser om plikt til å ha individuelle rapporter.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 84 nr. 1 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 25-5. Nr. 2 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 7-1. Artikkel 84 nr. 3 er ikke gjennomført i anskaffelsesforskriften.

### Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 84 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer slik at bestemmelsen samsvarer med norsk lovtradisjon.

Forslag til ny bestemmelse er ikke ment å innebære noen realitetsendringer fra dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften.

I anskaffelsesdirektivet brukes begrepet individuelle rapporter. I anskaffelsesforskriften § 25-5 brukes i dag begrepet anskaffelsesprotokoll. Selv om begrepet anskaffelsesprotokoll ikke benyttes i anskaffelsesdirektivet foreslår utvalget å videreføre begrepet anskaffelsesprotokoll, fordi dette er et innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett.

I anskaffelsesdirektivet er det kun angitt en plikt til å gi opplysninger om avvisning av unormalt lave tilbud. Utvalget foreslår at det inntas en plikt til å oppgi informasjon om alle tilbud som er avvist, ikke bare når avvisningen skyldes at tilbudet er unormalt lavt. Dette innebærer en utvidelse av hvilke opplysninger som må med i protokollen sammenlignet med anskaffelsesdirektivet. Denne plikten fremgår i dag av anskaffelsesforskriften § 25-5 andre ledd bokstav j. For å redusere den administrative byrden dette påfører oppdragsgivere, bør det etter utvalgets vurdering være tilstrekkelig å angi hvilket tilbud som er avvist, og på hvilket grunnlag, inkludert henvisning til lovhjemmel.

I tillegg til opplysningene som kreves inntatt i protokollen, er det utvalgets vurdering hensiktsmessig å videreføre plikten til å innta informasjon om andre vesentlige forhold som i dag er regulert i anskaffelsesforskriften § 25-5 andre ledd bokstav p, selv om en slik plikt ikke følger av direktivet. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig med en slik sekkebestemmelse for å sikre at oppdragsgiver inntar opplysninger om andre viktig forhold i protokollen, dersom det er slike.

Utvalget kommer tilbake til hvordan artikkel 84 nr. 3 skal gjennomføres i andre delutredning.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 84 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 24-1 og 24-2.

[Boks slutt]

# Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

## Utvalgets vurderinger

Utvalget er bedt om å foreslå en ny samlet struktur for anskaffelsesregelverket. Utvalget har kommet frem til at det ikke er hensiktsmessig å forsøke å samle alle anskaffelser i én felles lov, men at det i stedet bør gis særlover om forsyningsanskaffelser, konsesjonskontrakter og forsvarsanskaffelser, se kapittel 8. Utvalget har videre foreslått at det gis én anskaffelsesforskrift, hvor de mer tekniske detaljene i regelverket gjennomføres. Utvalgets første delutredning inneholder et helhetlig utkast til en ny lov om offentlige anskaffelser, men utvalget har ikke hatt tid til å utarbeide tilsvarende forslag til lover om forsyningsanskaffelser, konsesjonskontrakter eller forsvarsanskaffelser. For forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter har utvalget likevel behandlet visse elementer av disse lovene i sin delutredning, og innhentet eksterne rapporter.

Utvalget har fortløpende i sin behandling av anskaffelsesdirektivet vist til korresponderende bestemmelser i forsyningsdirektivet og konsesjonsdirektivet. Omtalen er overordnet, men gir likevel en komparativ analyse som gjør at brukere av det fremtidige regelverket blir klar over hvilke bestemmelser som er like og hvilke som er ulike. Etter utvalgets vurdering vil forarbeidene til ny anskaffelseslov på dette vis være til nytte også for brukere av de fremtidige lovene om forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter. Utvalget tar sikte på å utarbeide et forslag til ny lov om forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter i andre delutredning.

# Forsvarsanskaffelsesdirektivet

## Innledning

Direktiv 2009/81/EF om samordning av framgangsmåtene ved oppdragsgiveres eller offentlige oppdragsgiveres tildeling av visse bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet (forsvarsanskaffelsesdirektivet), har til formål å etablere en europeisk regelverksramme for inngåelse av kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet.[[1047]](#footnote-1047) Direktivet omfatter både forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Skillet mellom disse to sektorene er ikke alltid like klart. Det kan være glidende overganger for hva som regnes som en forsvarsrelatert anskaffelse og hva som er å regne som en sikkerhetsrelatert anskaffelse. Det følger også av direktivets fortale at nye asymmetriske trusler på tvers av grensene har utvisket grensen mellom eksterne og interne, militære og ikke-militære sikkerhetsforhold.[[1048]](#footnote-1048) Reglene i direktivet er tilpasset til de særegne forholdene som gjør seg gjeldende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, som er både komplekse og sensitive. Direktivet gir regler som skal fremme gjennomsiktighet og åpenhet i det europeiske markedet for forsvars- og sikkerhetsmateriell, samtidig som det sikrer beskyttelse av medlemsstatenes sikkerhetsinteresser.

Forsvarssektoren har egne interne retningslinjer på anskaffelsesområdet. Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) er en intern instruks utarbeidet av forsvarsdepartementet.[[1049]](#footnote-1049) ARF gjelder for Forsvarsdepartementet med underliggende etater. Oppdragsgivere i forsvarssektoren må dermed forholde seg til både ARF og anskaffelsesregelverket ved gjennomføring av anskaffelser til forsvarssektoren.

## Nærmere om direktivet

Forsvarsanskaffelsesdirektivet får anvendelse på kontrakter som inngås på forsvars- og sikkerhetsområdet og som vedrører levering av militært eller følsomt utstyr, herunder alle deler, komponenter og/eller delmontasjer til slikt utstyr, jf. artikkel 2 bokstav a og b.

Direktivet omfatter også utførelse av bygge- og anleggskontrakter, varer og tjenester direkte knyttet til militært og følsomt utstyr, jf. bokstav c, samt bygge- og anleggskontrakter og tjenesteytelser for særlige militære formål eller som er følsomme jf. bokstav d.

Forsvarsanskaffelsesdirektivet har særskilte unntak hvor direktivet ikke kommer til anvendelse. De særskilte unntakene følger av direktivet artikkel 13. I tillegg har direktivet en egen unntaksbestemmelse for kontrakter inngått i henhold til internasjonale regler, se artikkel 12. For øvrig har EU vedtatt en ny forordning for å sikre økt forsvarsindustriell produksjonskapasitet i Europa. Ett av unntakene som særlig er relevant for forsvarsanskaffelsesdirektivet er muligheten til å åpne opp eksisterende rammeavtaler for nye parter for å muliggjøre fellesanskaffelser.[[1050]](#footnote-1050)

Forsvarsanskaffelsesdirektivet bygger i stor grad på det tidligere anskaffelsesdirektivet 2004/18/EF. Det er likevel særlige forhold som gjør seg gjeldende på området for forsvars- og sikkerhetssektoren. Dette kommer også til uttrykk i fortalens premiss 8 som sier:

«Forsvars- og sikkerhetsutstyr er av avgjørende betydning for både medlemsstatenes sikkerhet og suverenitet og for unionens selvstendighet. Som en følge av dette er innkjøp av varer og tjenester i forsvars- og sikkerhetssektoren ofte av følsom karakter»

Direktivet har av denne grunn egne bestemmelser som imøtekommer sektorens særlige behov. I hovedtrekk gjelder dette:

* Generell adgang til å bruke prosedyreformen konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.
* Bestemmelser som skal sikre at sensitiv informasjon forblir beskyttet mot uvedkommende.
* Bestemmelser om forsyningssikkerhet som skal imøtekomme oppdragsgivers behov for sikret levering.
* Rammeavtaler kan ha en maksimal varighet på inntil syv år, mot fire i det klassiske direktivet.

Forsvarsanskaffelsesdirektivet åpner også for å pålegge at leverandøren utlyser inntil 30 prosent av kontraktens verdi for konkurranse til underleverandører.[[1051]](#footnote-1051) Det gis også enkelte føringer for hvordan leverandøren her skal gå frem.

## Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser unntatt etter EØS-avtalen artikkel 123

EØS-avtalen artikkel 123 har følgende ordlyd:

«Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:

a) som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;

b) som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål;

c) som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.»

Bestemmelsen tilsvarer langt på vei TEUV artikkel 346. Det er imidlertid en forskjell ved at kravet om beskyttelse av «vesentlige sikkerhetsinteresser» ikke er inntatt i EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b, slik som i TEUV artikkel 346 bokstav b. Bevisbyrden for anvendelse av EØS-avtalens artikkel 123 påligger oppdragsgiver. Utvalget har innenfor tidsrammen som er stilt til rådighet, ikke kunnet gjøre nærmere vurderinger av EØS-avtalen artikkel 123 og TEUV artikkel 346.

## Generelt om forsvarssanskaffelser i Norge

Forsvarets anskaffelsesvirksomhet utgjør et betydelig beløp hvert år og omfatter alt fra små, lokale kjøp til anskaffelser i milliardklassen av for eksempel fartøyer, stridskjøretøyer og våpensystemer. I tillegg kommer større bygge- og anleggsarbeider. Anskaffelsesvirksomheten er omfattende og gjelder kjøp, leie og leasing både nasjonalt, internasjonalt og gjennom flernasjonale samarbeidsløsninger. Enkelte anskaffelser av forsvarsmateriell kan innebære tilgang til skjermingsverdig informasjon og er da en sikkerhetsgradert anskaffelse.

Hovedparten av sikkerhetsanskaffelser i Norge gjennomføres i militær sektor av Forsvaret, og øvrige etater under Forsvarsdepartementet. Sikkerhetsanskaffelser inngås også i sivil sektor, men i et tallmessig mye mindre omfang. Nevnte kontrakter inngås blant annet innen justissektoren, av statlige eiendomsutviklere og -forvaltere, av en del departementer, og i forbindelse med offentlige anskaffelser av blant annet foto- og kartmateriell.

## Utvalgets vurdering

Utvalget viser til at forsvarsanskaffelsesdirektivet innholdsmessig fremstår som annerledes sammenlignet med de andre direktivene på anskaffelsesområdet. Delvis skyldes dette at direktivet ikke ble oppdatert i 2014, da både anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet ble modernisert. Delvis skyldes det særegenheter ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Det følger av den tidligere fremstillingen, se særlig i kapittel 8, at utvalget mener at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør reguleres i egen lov. De betraktningene som ligger til grunn for at utvalget anbefaler å regulere de andre direktivene i lovs form, gjør seg også gjeldende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette gjelder særlig behovet for forarbeider som redegjør nærmere for hvilke forpliktelser som er gjennomføring av EØS-rett og eventuelt andre folkerettslige forpliktelser. Utvalget har gjennom dialog med referansegruppen fått innspill om at det er ønskelig at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser reguleres for seg selv, og eventuelt i egen lov. En ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør ta utgangspunkt i en gjennomføring som ligger nært til direktivets innhold og struktur.

Utvalget har innenfor den tidsrammen som er stilt til rådighet, ikke hatt ressurser til å lage et utkast til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Utvalget anbefaler at forsvarsdepartementet starter dette arbeidet raskt slik at den videre lovprosessen kan skje samlet. Utvalget overlater til forsvarsdepartementet å vurdere om nytt regelverk også skal inneholde regulering av anskaffelser som kan unntas med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 123.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at forsvarsdepartementet utarbeider og fremmer forslag til en egen lov om forsvarsanskaffelser.

[Boks slutt]

Del V

Avsluttende del

# Ulovlig anbudssamarbeid

## Innledning

Anskaffelsesutvalget har vært på besøk hos Konkurransetilsynet, der tilgangen til data fra offentlige anskaffelser for kartellscreening ble diskutert.[[1052]](#footnote-1052) Bakgrunnen for møtet var en henvendelse fra Konkurransetilsynet, som ønsker at nytt anskaffelsesregelverk skal legge bedre til rette for tilsynets arbeid med å etterforske og avdekke ulovlig anbudssamarbeid. Den videre fremstillingen i kapittel 27.2–27.5 er basert på innspill fra Konkurransetilsynet.

## Ulovlig anbudssamarbeid

### Innledning

Ulovlig anbudssamarbeid kan foregå ved at leverandører samarbeider for å heve prisene eller senke kvaliteten på varer eller tjenester som tilbys. Det er i utgangspunktet forbudt for leverandører å samarbeide på en måte som begrenser konkurransen. Regelen er lovfestet i konkurranseloven § 10, som forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen.[[1053]](#footnote-1053) Tilsvarende forbud finnes i EØS-avtalen artikkel 53 og TEUF artikkel 101. Konkurransebegrensende anbudssamarbeid vil være et brudd på bestemmelsen i konkurranseloven. Forholdet vil også utgjøre et brudd på EØS-avtalen artikkel 53, dersom samhandelen i EØS påvirkes. Selv om det er ulovlig, påfører denne formen for konkurransekriminalitet samfunnet store kostnader hvert år. Ifølge OECD kan det å eliminere ulovlig anbudssamarbeid redusere kostnadene ved offentlige anskaffelser med tjue prosent eller mer.[[1054]](#footnote-1054)

Konkurransetilsynet fører tilsyn med etterlevelsen av forbudet mot ulovlig samarbeid, og etterforsker forhold som gir mistanke om overtredelse. Generelt vil håndhevingsaktiviteter som øker oppdagelsesrisikoen for ulovlig samarbeid ved offentlige innkjøp, også øke etterlevelsen av regelverket og derigjennom styrke konkurransen om offentlige anskaffelser.

Den digitale utviklingen gjør det mulig å foreta systematisk analyse av anbudsdata, såkalt kartellscreening. Kartellscreening innebærer å se etter mønstre i anbudsdata som er mer konsistente med kartellvirksomhet enn med konkurranse.[[1055]](#footnote-1055) Gjennom kartellscreening kan man bli oppmerksom på anbudskonkurranser hvor atferden ikke er i samsvar med det man vanligvis finner i et velfungerende marked. Stadig flere konkurransemyndigheter benytter slik screening for å avsløre prissamarbeid og andre former for ulovlig anbudssamarbeid.[[1056]](#footnote-1056) Hvilke data som er tilgjengelige og kvaliteten på disse har stor betydning for hvorvidt det er mulig å gjennomføre kartellscreening på en hensiktsmessig måte.

### Typetilfeller av ulovlig anbudssamarbeid

Ulovlig anbudssamarbeid foregår på ulike måter, men den overordnede målsettingen er å sikre leverandørene en urettmessig inntjening, ved at de seg imellom på forhånd bestemmer hvem som skal vinne konkurransen og til hvilken pris.[[1057]](#footnote-1057) [[1058]](#footnote-1058) Ulike strategier kan kombineres, og mønstre fra disse teknikkene kan finnes i data fra offentlige anskaffelser og dermed legge til rette for at det vil være mulig å oppdage det ulovlige samarbeidet. Anbudssamarbeid kan også bestå i rene prissamarbeid.

Eksempler på teknikker som benyttes ved ulovlig anbudssamarbeid

* Fiktive bud, Cover bidding, er en teknikk som gir inntrykk av at det er konkurranse, men der aktørene på forhånd har blitt enige om hvem som skal vinne. Aktører som leverer fiktive tilbud, tilbyr høyere priser eller uakseptable betingelser.
* Unnlatelse av å gi tilbud, Bid suppression, er en teknikk der aktuelle leverandører avstår fra å levere tilbud, eller trekker tilbudet tidlig i prosessen.
* Anbudsrotasjon, Bid rotation, er en mer langsiktig strategi, som kan gå over flere år eller ved gjentatte anskaffelser. Leverandørene etablerer da et system hvor de vinner etter tur, mens øvrige leverandører inngir fiktive tilbud, eller avstår fra å levere tilbud.
* Markedsdeling er en strategi som kan foregå geografisk, produktmessig eller kundemessig. Leverandører avstår da fra å levere tilbud i konkurrentens område eller til konkurrentens kunder, eller de leverer fiktive tilbud for å gi inntrykk av konkurranse.

[Boks slutt]

Konkurransetilsynet har sett flere eksempler på saker som gjelder ulovlig anbudssamarbeid.[[1059]](#footnote-1059) Eksemplene viser at teknikkene nevnt over også benyttes i Norge. Flere av tilsynets vedtak i saker om anbudssamarbeid har blitt klaget inn for Konkurranseklagenemnda og påanket til domstolene, og to av disse sakene har i siste instans blitt avgjort av Høyesterett.

Den første saken gjaldt en anbudskonkurranse på rehabilitering av fem broer utlyst av Steinkjer kommune.[[1060]](#footnote-1060) I forbindelse med vurdering av utmåling av overtredelsesgebyr uttalte Høyesterett at de to selskapenes samordning fullstendig undergravde det sentrale formålet ved tradisjonell anbudsutlysning; effektiv konkurranse. Videre uttalte Høyesterett at ulovlig anbudssamarbeid generelt er meget uheldig og kan ha betydelige og vidtrekkende skadevirkninger, samt at samarbeidet konkret medførte fare for at Steinkjer kommune ble forledet til å betale en vesentlig for høy pris for arbeidet.[[1061]](#footnote-1061)

Den andre saken gjaldt pasienttransport for Oslo universitetssykehus, der to konkurrerende drosjesentraler leverte felles tilbud gjennom et selskap som de eide i fellesskap.[[1062]](#footnote-1062) Høyesterett opprettholdt vedtaket fra Konkurransetilsynet, og viste til at denne formen for felles tilbud, hvor aktørene «hver for seg har mulighet til, eller lett kan skaffe seg mulighet til, å inngi tilbud til en oppdragsgiver i en anbudskonkurranse» fjerner konkurransepresset mellom aktørene og dermed begrenser konkurransen. Høyesterett uttalte videre at konkurranseskaden inntraff selv om samarbeidet skjedde åpent.[[1063]](#footnote-1063)

Eksempel på ulovlig anbudssamarbeid som gjaldt geografisk markedsdeling over en lengre periode, er en sak som omhandlet asfaltkontrakter utlyst av Statens vegvesen i Trøndelag og Trondheim kommune i perioden 2005–2008. Tilbyderne hadde i denne forbindelse avtalt en fordeling av oppdragene som var knyttet til deres plassering av asfaltproduksjon. Saken ble i siste instans behandlet av Borgarting lagmannsrett, som opprettholdt Konkurransetilsynets vedtak og justerte opp overtredelsesgebyret.[[1064]](#footnote-1064)

EU-kommisjonens reviderte retningslinjer for horisontalt samarbeid ble publisert 1. juni 2023.[[1065]](#footnote-1065) Disse retningslinjene omtaler og presiserer vurderingen som skal gjøres i medhold av EØS-konkurranseregelverket. Retningslinjene slår fast at ulovlig anbudssamarbeid typisk vil utgjøre en form for skjult eller stilltiende avtale mellom potensielle tilbydere, om å samordne sine tilsynelatende individuelle beslutninger med hensyn til å delta i den aktuelle anbudskonkurransen.[[1066]](#footnote-1066) Noen ganger er imidlertid sondringen mellom ulovlig anbudssamarbeid og lovlig inngivelse av felles tilbud ikke så enkel, og dette kan særlig være tilfellet ved bruk av underleverandører. Eksempelvis kan situasjoner der tilbydere skal være gjensidige underleverandører for hverandre indikere at aktørene har fått innsikt i hverandres tilbud og dermed gi grunnlag for å stille spørsmål ved hvorvidt de er uavhengige tilbydere. Det foreligger imidlertid ikke en generell antakelse om at gjensidig bruk av hverandre som underleverandør innebærer ulovlig anbudssamarbeid.[[1067]](#footnote-1067)

Utgangspunktet for lovlighetsvurderingen er som før hvorvidt aktørene er i stand til å inngi tilbud alene. Men det er ikke tilstrekkelig at det er teoretisk mulig, og EU-kommisjonen presiserer at i vurderingen av om enetilbud er realistisk, må det sees hen til de konkrete omstendigheter, «such as the size and capabilities of the undertaking, the level of financial risk induced by the project as well as the level of the investments required for the project, and the present and future capacity of the undertaking assessed in light of the contractual requirements».[[1068]](#footnote-1068)

Dersom konkurransen om anbudet hindres eller elimineres risikerer oppdragsgiver å betale en overpris for anskaffelsen. Det er gjort flere undersøkelser internasjonalt som gjelder overpris ved ulovlig anbudssamarbeid og i kartellsaker.[[1069]](#footnote-1069) [[1070]](#footnote-1070) [[1071]](#footnote-1071) Hvor stor overpris som betales kan variere, men i sum og over tid kan dette utgjøre svært store beløp. I tillegg vil effektivisering, fleksibilitet, service, utvikling og innovasjon hindres når det ikke lenger er tilstrekkelig konkurranse om det aktuelle oppdraget.

## Konkurransetilsynets redegjørelse for sitt arbeid med kartellscreening

Konkurransetilsynet har lenge arbeidet med å innhente og analysere data fra offentlige anskaffelser for å avdekke tegn på ulovlig samarbeid. En forutsetning for å gjennomføre kartellscreening er tilgang på etterrettelige og fullstendige data fra gjennomførte offentlige anskaffelser. I denne forbindelse er informasjon om alle tilbud, både vinnende og tapende, av stor betydning.

Konkurransetilsynet har gjennom sitt arbeid funnet at kartellscreening er egnet til å finne indikasjoner på ulovlig samarbeid. Imidlertid er en viktig lærdom at dokumentasjon på gjennomførte offentlige anskaffelser er fragmentarisk og mangelfull. Konkurransetilsynet har i tidligere praksis hentet data fra offentlige anskaffelser direkte fra den enkelte oppdragsgiver, herunder interne sammenstillinger, anskaffelsesprotokoller og prisskjema. Deretter har det vært nødvendig å sammenstille data manuelt for analyse.

Tilsynet har erfart at denne arbeidsprosessen er ressurskrevende. Videre gir slike manuelle arbeidsprosesser et fragmentarisk bilde, siden det kun dekker et begrenset antall markeder og/eller regioner. Samlet sett er det en betydelig utfordring og vesentlige kostnader knyttet til arbeidet med å fremskaffe et datagrunnlag som er egnet til å avdekke mistenkelige mønstre, som kan gi grunnlag for nærmere etterforskning. Digitale verktøy gir etter Konkurransetilsynets vurdering en mulighet for prosessforbedring og verdiskaping. Dette forutsetter at det etableres et rettslig grunnlag som pålegger at de aktuelle dataene skal gjøres tilgjengelige i digitalt format på en strukturert måte.

## Konkurransetilsynets behov for data fra offentlige anskaffelser

Tilgang på data av god kvalitet er avgjørende for hvilke typer analyser som kan gjøres. Dette gjelder også for de enkleste statistiske metodene.

Konkurransemyndigheter i flere europeiske land har etter hvert fått erfaring med innhenting og analyse av data fra offentlige anskaffelser.[[1072]](#footnote-1072) I mange land har man kun informasjon om det vinnende tilbudet. Dette er tilsvarende for norske Doffin, hvor det i kunngjøring av tildelt kontrakt bare identifiserer valgt tilbyder. Samtidig viser undersøkelser at en større andel oppdragsgivere ikke kunngjør kontraktstildelingen.[[1073]](#footnote-1073) Sammenstilt med at man ikke har informasjon om de tapende tilbudene, er Doffin per i dag ikke egnet som datakilde for kartellscreening.

Imidlertid vil all underliggende informasjon ligge i digitalt format i det elektroniske konkurransegjennomføringsverktøyet (KGV), som en konsekvens av regelverkets krav om at all kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandører i utgangspunktet skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.[[1074]](#footnote-1074) Informasjonen er dermed tilgjengelig i digitalt format, men graden av strukturering og mulighet for å gjøre systematiske uttrekk er varierende. Utfordringene har vært knyttet til mulighetene til å få tilgang til strukturert informasjon, og da særlig relatert til tapende budgivere.

For å kunne gjennomføre effektiv kartellscreening, er det som et minimum behov for identiteten til innkjøper, informasjon om utlysning og tildelingskriterier, samt identitet og inngitt tilbud fra alle budgivere. OECD foreslår i «Data Screening Tools for Competiton Investigation» en «ideell komplett liste» med variabler som bør inngå i en offentlig anskaffelsesdatabase for effektiv kartellscreening.[[1075]](#footnote-1075) Denne listen underbygger at det vil være behov for informasjon om oppdragsgiver, anskaffelsen, relevante datoer, identifikasjon av alle tilbydere, informasjon om valgt leverandør og informasjon om tilbud fra øvrige budgivere.

For å løse behovet for tilgang på strukturerte data i et mer kortsiktig tidsperspektiv, benytter tilsynet en tilnærming som svarer til hva finske konkurransemyndigheter har benyttet.[[1076]](#footnote-1076) Denne tilnærmingen innebærer at det utstedes et informasjonspålegg i medhold av konkurranseloven § 24 til foretak som leverer KGV til offentlige innkjøpere i Norge. Et slikt pålegg trenger ikke være en urimelig byrde for leverandører av KGV. Dataene kan ifølge Konkurransetilsynet tilgjengeliggjøres til en relativt lav kostnad. For leverandører av KGVer kan det være positivt at brukere vet at dataene som lagres vil bli analysert med sikte på å avdekke anbudsjuks. At data screenes kan med andre ord virke salgsfremmende siden dette styrker avskrekkende virkninger og fremmer konkurranse ved offentlige innkjøp.

På lengre sikt har denne tilnærmingen imidlertid svakheter. Tilgangen til data for screening er avhengig av at det periodisk må sendes informasjonspålegg til alle leverandører av tilsvarende verktøy. Dataene kan være av varierende kvalitet og i ulike format, noe som øker kostnadene med tilrettelegging og analyse.

For å løse denne utfordringen mener Konkurransetilsynet at mer robuste, varige og helhetlige tilnærminger bør benyttes, ved at lovgivningen legger til rette for at verdien som ligger i anbudsdata bevares og kan benyttes. Her kan det være hensiktsmessig å se hen til anbefaling fra OECD og tilnærming i andre land.

## Anbefaling fra OECD og tilnærming i andre land

OECD har nylig vedtatt en revidert rekommandasjon på bekjempelse av anbudssamarbeid ved offentlig innkjøp, se boks 27.2.[[1077]](#footnote-1077) Rekommandasjonen ble vedtatt av OECDs Råd 17. juni 2023. Selv om en slik rekommandasjon ikke er juridisk bindende for Norge, vil den likevel inneholde anbefalinger som er av betydning når det gjelder å hindre ulovlig anbudssamarbeid ved offentlige anskaffelser.

I denne sammenheng understrekes det at rekommandasjonen inneholder en anbefaling om å etablere en omfattende innkjøpsdatabase, og det vises til at dette utgjør et viktig element for å hindre konkurransebegrensende anbudssamarbeid.[[1078]](#footnote-1078)

Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement

«10. Keep reliable and comprehensive procurement databases, which:

a) are consistent across contracting authorities;

b) cover all procurement process stages to support pro-competitive tender design as well as appropriate law enforcement;

c) include data about bids (both successful and unsuccessful) and contracts (including amendments and subcontracts) and key variables (such as firm identifiers) that facilitate evaluating whether bid rigging might have occurred;

d) are accessible to public procurement officials and relevant law enforcement authorities, including competition authorities.»

[Boks slutt]

Den første versjonen av denne rekommandasjonen fra OECD kom i 2012, og viser at kampen mot anbudssamarbeid ved offentlige innkjøp har vært en langvarig satsing. Kunnskapen og de metodiske tilnærmingene på dette området har utviklet seg over tid, og dette reflekteres i den oppdaterte rekommandasjonen fra 2023.

Som et ledd i satsingen arrangerte OECDs Konkurransekomité i 2022 en rundebordskonferanse der metodikk og tilnærminger til analyse av anbudsdata for å avdekke anbudssamarbeid ble diskutert.[[1079]](#footnote-1079) Selv om den metodiske tilnærmingen etter hvert er velutviklet, pekte mange av bidragsyterne på utfordringene med å få tilgang til anbudsdata med en tilstrekkelig kvalitet og detaljeringsgrad som grunnlag for videre arbeid med kartellscreening.

Enkelte europeiske land har valgt å løse utfordringene gjennom lov- eller forskriftsbaserte tilnærminger for å sikre konkurransemyndighetenes tilgang til relevante data for analyse.

I Spania er for eksempel Public Sector Procurement Platform (PSPP) en fullstendig oppdatert sentral elektronisk innkjøpsplattform som publiserer alle anbudskonkurranser og resultatene fra disse. Etter anskaffelseslovgivningen er sentrale offentlige innkjøpere forpliktet til å bruke denne plattformen til å administrere sine innkjøpsprosesser. Regionale og lokale oppdragsgivere kan imidlertid velge å opprette sine egne innkjøpsplattformer, så lenge disse kan kobles til den sentrale plattformen PSPP. Den samme lovgivningen fastsetter krav til informasjon som skal være tilgjengelig i plattformen fra den enkelte offentlige innkjøper. Data fra denne og andre plattformer kobles sammen og tilrettelegges deretter for kartellscreening av spanske konkurransemyndigheter i en egen omfattende innkjøpsdatabase. Videre har innkjøpere etter loven en plikt til å vurdere det enkelte innkjøp og informere spanske konkurransemyndigheter ved en velbegrunnet mistanke om anbudssamarbeid.

Portugal er kanskje det europeiske landet som er kommet lengst med kartellscreening. Portugisiske konkurransemyndigheter sitt arbeid med screening er basert på et rettslig innkjøpsrammeverk som tilrettelegger for datatilgang. Dette består av to hovedelementer. For det første fastslår anskaffelsesregelverket at konkurransemyndighetene skal ha tilgang til den sentrale portugisiske innkjøpsdatabasen, og at det er en samarbeidsplikt mellom offentlige innkjøpere, den enheten som forvalter den sentrale portugisiske innkjøpsdatabasen og konkurransemyndighetene.[[1080]](#footnote-1080) Videre er det en egen lovgiving som fastsetter hvilke krav og vilkår elektroniske innkjøpsplattformer for offentlige anskaffelser skal tilfredsstille. I tillegg til funksjonelle krav, samt at data skal overføres til den sentrale innkjøpsdatabasen, fastsetter lovgivningen at konkurransemyndighetene skal ha tilgang til data som gir mulighet for analyse av tilbudte priser.

I Frankrike benytter konkurransemyndighetene to primære datakilder, nemlig en database med essensiell informasjon fra offentlige innkjøp (DECP) og en offentlig kunngjøringsdatabase (BOAMP – Official Bulletin of Publication of Public Procurement Notices). Etter et lovdekret som trådte i kraft 1. oktober 2018, er om lag 70.000 franske offentlige innkjøpere (lokale myndigheter, departementer, offentlige sykehus, etc.) forpliktet til å publisere viktige data om sine offentlige kontrakter i DECP. I sine analyser kombinerer franske konkurransemyndigheter data fra disse kildene med et nasjonalt foretaksregister (RNCS).

Innspill til lovbestemmelse mottatt fra Konkurransetilsynet

§ X-X Krav om tilgang til data om offentlige anskaffelsesprosesser for relevante myndigheter

Systematiserte anbudsdata skal være tilgjengelige for uttrekk og analyse. Den elektroniske løsningen som benyttes skal som et minimum ha en funksjonalitet som gir [Konkurransetilsynet og øvrige relevante myndigheter] tilgang til følgende data for anskaffelser over EØS-terskelverdi:

a. Grunnleggende informasjon om innkjøpsenhet, herunder navn og organisasjonsnummer.

b. Grunnleggende informasjon om anskaffelsen, herunder tittel på anskaffelsen og kort beskrivelse av anskaffelsen, type anskaffelsesprosedyre, tildelingskriterier og vekting av disse, CPV-koder og tilleggskoder (bransjeklassifisering), hovedstedet for utførelsen av anskaffelsen og NUTS-koder (regional klassifisering), samt anskaffelsens anslåtte verdi.

c. Relevante datoer, herunder dato for utlysning av konkurransen, tilbudsfrist, tidspunkt for faktisk innlevering av tilbud, tidspunkt for beslutning om tildeling og tidspunkt for kontraktsinngåelse samt kontraktens start- og sluttdato.

d. Identifikasjon av alle tilbydere, herunder navn og organisasjonsnummer. Identifikasjon av leverandører som har levert tilbud, herunder informasjon om hvilke leverandører som ble funnet å være kvalifisert.

e. Informasjon om valgt leverandør, begrunnelse for valget og kontraktens verdi. Informasjon om hvilke deler av kontrakten den valgte leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og underleverandørenes navn, forutsatt at opplysningene er kjent.

f. Informasjon om tilbud fra øvrige tilbydere, herunder totalpris på tilbudet, enhetsprisene som er angitt i tilbudet, kvalitetspoeng og rangering.

[Boks slutt]

## Utvalgets vurdering

Utvalget viser til at offentlige anskaffelser gjelder store verdier og bruk av fellesskapets ressurser. Ulovlig anbudssamarbeid gir store ekstrakostnader for det offentlige. Ved å begrense risikoen for dette, kan det frigjøres verdier som heller kan brukes til andre samfunnsoppgaver. Utvalget deler Konkurransetilsynets vurdering av at bedre håndtering av data er en forutsetning for å sikre mer effektiv håndheving på området.

Utvalget vil samtidig understreke at selv om kartellscreening forfølger et positivt og nødvendig formål om å avdekke ulovlig samarbeid, må det ikke medføre uforholdsmessige økte byrder for oppdragsgivere og leverandører, idet slike byrder kan gi økte transaksjonskostnader. En ny regulering bør derfor ikke baseres på manuelle eller arbeidskrevende løsninger, men søkes løst ved at informasjon i størst mulig grad kan innhentes gjennom etablerte digitale løsninger. Både konkurransegjennomføringsverktøy og standardiserte kunngjøringsskjemaer for offentlige anskaffelser kan være aktuelle informasjonskilder. Kunngjøringsskjemaene i Doffin er strukturert etter EUs felles digitale standardskjemaer eForms, og kan muliggjøre sammenligning av data med hele EU/EØS. Ved eventuelle krav til de tekniske løsningene for KGV, er utvalget opptatt av at slike krav ikke må hindre teknologisk utvikling eller bidra til å sementere eksisterende markedssituasjon.

Utvalget mener at det er naturlig at Konkurransetilsynets behov for mer data fra offentlige anskaffelser sees i sammenheng med øvrige etaters behov. Utvalget er kjent med at DFØ har behov for mer og kvalitativt bedre data knyttet til offentlige anskaffelser, blant annet for å skaffe et bedre kunnskapsgrunnlag for å beskrive omfang, kostnader og effekter av anskaffelser generelt og grønne anskaffelser spesielt. Videre er det også i allmennhetens interesse å få mer informasjon om hvordan 743 milliarder offentlige kroner benyttes. Riksrevisjonen konkluderte i 2022 med at manglende datagrunnlag har gjort det utfordrende å beskrive omfang, kostnader og effekter av anskaffelser generelt, og grønne anskaffelser spesielt.[[1081]](#footnote-1081) En grunnleggende utfordring er at den tilgjengelige informasjonen ikke dekker behovet. Dette skyldes både at tilgangen til eksisterende informasjonskilder er mangelfull, og at kildene ikke inneholder den nødvendige informasjonen om anskaffelsene som gjennomføres.

Etter utvalgets syn er det behov for videre utredning og satsing på kvalitativt bedre data om offentlige anskaffelser. En slik videre utredning bør hensynta Konkurransetilsynets, DFØs og allmennhetens behov for gode data om offentlige anskaffelser. Innenfor den tid som er stilt til utvalgets rådighet, har det imidlertid ikke vært tilstrekkelig tid til å vurdere dette nærmere, og mandatet har heller ikke foranlediget et dypdykk i disse temaene.

# Ny forskrift om offentlige anskaffelser

## Utvalgets forslag

Utvalget er bedt om å legge frem forslag til et nytt regelverk om offentlige anskaffelser, og at lov og forskrifter i sin form skal være klare til å sendes på offentlig høring. Utvalgets forslag til ny regelstruktur på anskaffelsesområdet innebærer i hovedsak at direktivene gjennomføres i lovs form. Det vil likevel være behov for å supplere lovene med en forskrift for regler av mer teknisk karakter. Utvalget foreslår at det gis én felles forskrift. Ny forskrift om offentlige anskaffelser vil følgelig ha et helt annet innhold og rekkevidde enn dagens anskaffelsesforskrift.

Anskaffelsesdirektivene inneholder en rekke bestemmelser hvor det nærmere innholdet er utdypet i vedlegg til direktivet. Et eksempel er reguleringen av skillet mellom veiledende kunngjøringer i artikkel 48, og alminnelige kunngjøringer i artikkel 49. I hver direktivbestemmelse er det vist til omfattende lister i vedlegget til direktivet, som viser hvilke opplysninger som skal fremgå av den konkrete kunngjøringen. Utvalget mener at vedleggene til direktivet er for omfattende, og uansett av en slik art at de er uhensiktsmessig å gjennomføre i lovs form. Utvalget foreslår derfor at vedleggene gjennomføres i forskrift.

Anskaffelsesdirektivene suppleres også av en rekke utpreget tekniske kommisjonsforordninger. Disse må gjennomføres i norsk rett som sådanne, jf. EØS-avtalen artikkel 7 bokstav a. Etter utvalgets syn bør dette skje samlet i én forskrift, siden disse i utgangspunktet gjelder for alle anskaffelser uavhengig av hvilket direktiv som får anvendelse i et konkret tilfelle.

Utvalgets forslag til ny anskaffelsesforskrift er inntatt innledningsvis i denne delutredningen.

## Nærmere om forskriftsforslaget

### Gjennomføring av relevante forordninger og direktiv

#### Kommisjonens gjennomføringsforordning 2019/1780

Utvalget foreslår at Kommisjonens gjennomføringsforordning 2019/1780 om fastsettelse av standardskjemaer for offentliggjøring av kunngjøringer gjennomføres i ny § 2-1 i anskaffelsesforskriften. Gjennomføringsforordningen inneholder kunngjøringsskjema som skal brukes til kunngjøring av anskaffelser i TED-databasen. Rettsakten gjelder bare kunngjøring i EØS-området, og vil være relevant for anskaffelser som følger del III i anskaffelsesloven. Ny § 2-1 vil gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser.

#### Forordning nr. 2195/2002

Utvalget foreslår at forordning nr. 2195/2002 om en felles klassifikasjon for offentlige anskaffelser (CPV) gjennomføres i ny § 2-2 i anskaffelsesforskriften. Forordningen innfører et felles klassifikasjonssystem for offentlige anskaffelser. CPV-koder brukes i kunngjøringsskjema for å tydeliggjøre hva som skal anskaffes. De konkrete CPV-kodene følger av vedlegg til forordningen, og den norske oversettelsen av forordningen er på over fem hundre sider. Bruk av CPV-koder gjelder for kunngjøring i EØS-området, og vil være relevant for anskaffelser som følger del III i anskaffelsesloven. Det er mulig å bruke CPV-koder også for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Ny § 2-2 vil gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser.

#### Kommisjonens gjennomføringsforordning 2016/7

Utvalget foreslår at Kommisjonens gjennomføringsforordning om fastsettelse av standardskjemaet for det felles europeiske innkjøpsdokument (ESPD) gjennomføres i ny § 2-3 i anskaffelsesforskriften. Forordningen innfører ESPD-skjema, som oppdragsgiver plikter å godta jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 59. ESPD skjemaet er aktuelt for anskaffelser som følger del III i anskaffelsesloven. Ny § 2-3 vil gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser.

#### Forordning nr. 1182/71

Utvalget foreslår at forordning nr. 1182/71 gjennomføres i ny § 2-4 i anskaffelsesforskriften. Forordningen omhandler regler for frister, datoer og tidspunkter. Forordningen gjelder generelt for Rådets og EU-kommisjonens rettsakter, og dens virkeområde er ikke avgrenset til å gjelde kun for anskaffelsesområdet. EØS-komiteen har likevel plassert rettsakten i EØS-avtalen vedlegg XVI, og bør gjennomføres i nytt anskaffelsesregelverk siden regelverket inneholder mange frister. Reglene om fristberegning er aktuelt for anskaffelser som følger del III i anskaffelsesloven. Ny § 2-4 vil gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser.

#### Direktiv 2014/55

Utvalget foreslår at direktiv 2014/55 om elektronisk fakturering skal gjennomføres i ny § 2-5 i anskaffelsesforskriften. Direktivet er i dag gjennomført i en egen forskrift, men med utvalgets forslag til ny struktur for regelverket, mener utvalget at det ikke er behov for en egen forskrift om elektronisk fakturering. Innenfor den tidsrammen som er stilt til rådighet har ikke utvalget hatt tid til å gjøre nærmere vurderinger, og vil nøye seg med å vise til at departementet i den videre oppfølgingen kan vurdere om enkelte av bestemmelsene fra dagens forskrift om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser bør inntas i den nye, generelle anskaffelsesforskriften. Etter utvalgets syn vil dette være en strukturell forenkling.

### Gjennomføring av vedlegg

Utvalget foreslår at vedleggene til alle direktivene på anskaffelsesområdet skal gjennomføres i ny § 3-1 i anskaffelsesforskriften. Vedleggene er i dag i vekslende grad gjennomført i forskrift, og det foreligger ingen formell norsk oversettelse av vedleggene. Det er behov for offisielle norske versjoner av vedleggene hvis disse skal gjennomføres i ny forskrift, men utvalget overlater den praktiske oppfølgingen av dette til departementet.

Etter utvalgets syn bør også tilleggene til EØS-komiteens beslutninger, der disse utfyller direktivets vedlegg, gjennomføres med hjemmel i denne bestemmelsen. Rekkevidden av enkelte direktivbestemmelser vil avgjøres av disse vedleggene og tilleggene lest samlet. Se for eksempel forslag til ny § 6-2 i anskaffelsesloven. I forslag til § 6-2 er det gitt egne terskelverdier for oppdragsgivere innen forsvarssektoren, og anvendelsen beror på om kontraktsgjenstanden er listet i vedlegget til anskaffelsesdirektivet eller i tillegget til EØS-komitéens beslutning. Ny § 3-1 vil gjennomføre Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

* at tekniske regler på anskaffelsesområdet samles i én forskrift,
* at forskriften skal være felles for lov om anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser og lov om konsesjonskontrakter,
* at vedleggene til anskaffelsesdirektivet gjennomføres i forskrift.

[Boks slutt]

# Økonomiske og administrative konsekvenser

## Innledning

Utvalget har gjennomgått regelverket om offentlige anskaffelser, og har i tråd med mandatet forelått en ny anskaffelseslov. Utvalgets forslag til endringer i regelverket for offentlige anskaffelser vil få økonomiske og administrative konsekvenser både for de enkelte oppdragsgiverne og leverandørene, og for offentlig sektor og samfunnet som helhet. Ifølge utredningsinstruksen skal utredningen beskrive forventede virkninger for de som berøres av forslagene som fremmes, både positive og negative virkninger og kostnader. Nedenfor følger en oversikt over de viktigste økonomiske og administrative konsekvensene av utvalgets forslag, og hvordan de vil påvirke de ulike aktørene.

I dette kapittelet omtales først statistikk for omfanget av offentlige anskaffelser og transaksjonskostnader etter gjeldende regelverk. Deretter gis det vurderinger av de økonomiske og administrative konsekvensene av utvalgets forslag til endringer i anskaffelsesregelverket.

## Statistikk for offentlige anskaffelser

I dette kapittelet gis det en oversikt over omfanget av offentlige anskaffelser og transaksjonskostnader ved offentlige anskaffelser etter gjeldende regelverk. Omtalen er i hovedsak basert på en rapport som Oslo Economics og Inventura har utarbeidet på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet.[[1082]](#footnote-1082)

### Omfanget av offentlige anskaffelser

#### Verdien av offentlige anskaffelser i nasjonalregnskapet

Den totale verdien av offentlige anskaffelser, slik det er definert i nasjonalregnskapet, var på 743 milliarder kroner i 2022.[[1083]](#footnote-1083) Ekskludert produktkjøp til husholdningene utgjorde offentlige anskaffelser, i form av kjøp av varer og tjenester, 650 milliarder kroner. Produktkjøp til husholdningene inkluderer blant annet refusjoner til legemidler og omfattes ikke av anskaffelsesregelverket. 650 milliarder kroner er derfor vurdert å være et mer presist estimat på verdien av offentlige anskaffelser. Av dette stod statsforvaltningen for 43 prosent (278 milliarder kroner), kommunal forvaltning (kommuner og fylkeskommuner) for 39 prosent (256 milliarder kroner) og offentlig forretningsdrift (offentlig eide foretak) for 18 prosent (116 milliarder kroner). Bygg- og anleggsanskaffelser er den største innkjøpskategorien både i staten og blant kommuner og fylkeskommuner.[[1084]](#footnote-1084)

I statistikken til SSB er anskaffelser som er ment å vare mer enn ett år klassifisert som investeringer i realkapital. Med realkapital menes for eksempel vei- og jernbaneanlegg, bygninger, utstyr, transportmidler og kommunikasjonssystemer, i tillegg til intellektuell kapital som for eksempel forskning og utvikling.



Offentlige innkjøp i 2022 etter nasjonalregnskapet

Kilde: SSB og Oslo Economics

Figur 29.1 viser fordelingen av de offentlige innkjøpene på 650 milliarder kroner på innkjøp av varer og tjenester og bruttoinvesteringer i realkapital i staten, kommuner og offentlig forretningsdrift. Figuren viser at anskaffelser med en varighet på under ett år (varer og tjenester) utgjør mer enn 60 prosent av verdien av det stat og kommune kjøper inn, og tre fjerdedeler av hva virksomheter definert under offentlig forretningsdrift kjøper inn.[[1085]](#footnote-1085)

#### Innkjøpsvolum i statsforvaltningen

Samlet innkjøpsvolum for statsforvaltningen summerer seg til om lag 140 milliarder kroner ifølge statsregnskapet. Deler av forskjellen mellom statens innkjøpsutgifter slik det fremgår av nasjonalregnskapet i forhold til statsregnskapet skyldes bruk av ulike definisjoner og regnskapsprinsipper.[[1086]](#footnote-1086)

Offentlige anskaffelser i statsforvaltningen kan fordeles på ulike innkjøpskategorier. DFØ utarbeider hvert år statsregnskapet, som gir en oversikt over statlige bruttobudsjetterte virksomheters utgifter og inntekter. Basert på statsregnskapet har DFØ laget en kategorimatrise med typiske innkjøpskategorier.[[1087]](#footnote-1087)



Statsforvaltningens innkjøpsvolum etter kategori i 2022, i milliarder kroner

Kilde: DFØ og Oslo Economics

Figur 29.2 gir en oversikt over statsforvaltningens innkjøpsvolum etter kategori. Statsforvaltningen har størst utgifter til anskaffelser innenfor bygg og anlegg, som blant annet inkluderer utbygging og vedlikehold av vei og jernbane. Bygg og anlegg utgjør 28 prosent av innkjøpene. Etter bygg og anlegg, følger konsulenttjenester og andre fremmede tjenester. Denne kategorien inkluderer konsulenter innenfor IKT-tjenester, økonomitjenester, vikarbyråtjenester m.m., som staten benytter seg av, og utgjør 23 prosent av innkjøpene.[[1088]](#footnote-1088)

#### Innkjøpsvolum i kommunal og fylkeskommunal forvaltning

Også anskaffelsene som foretas av kommuner og fylkeskommuner kan fordeles ut på ulike innkjøpskategorier. Kommunal rapport utarbeider hvert år Leverandørdatabasen som er en oversikt over hvilke leverandører som fakturerer kommuner og fylkeskommuner for sine varer og tjenester. Samlet innkjøpsvolum i kommuner og fylkeskommuner summerte seg til 223 milliarder kroner i 2021, ifølge Leverandørdatabasen til Kommunal rapport. Til sammenlikning var offentlige innkjøp (ekskl. produktkjøp til husholdningene) i kommuneforvaltningen beregnet til 234 milliarder kroner i 2021 i SSBs statistikk basert på nasjonalregnskapet.[[1089]](#footnote-1089)



Innkjøpsvolum i kommuner og fylkeskommuner etter kategori i 2021, i milliarder kroner

Kilde: Kommunal rapport/Leverandørdatabasen og Oslo Economics. Tall for 2022 var ikke tilgjengelig da denne rapporten ble utarbeidet. Figuren viser summen av innkjøp over 2000 kroner.

Figur 29.3 viser en oversikt over de største innkjøpskategoriene for kommuner og fylkeskommuner basert på næringskoder i enhetsregisteret. I likhet med statsforvaltningen, er bygg og anlegg den største innkjøpskategorien innenfor kommunal forvaltning. Bygg og anlegg utgjør 29 prosent av innkjøpene. Innkjøp innenfor finansierings- og forsikringsvirkomhet er nest største innkjøpskategori, og utgjør 17 prosent av innkjøpene i kommuner og fylkeskommuner.[[1090]](#footnote-1090)

#### Estimert antall offentlige anskaffelser og estimert verdi

Anskaffelsene (over 100 000 kroner eks. mva.) som kunngjøres på den nasjonale kunngjøringsdatabasen Doffin er underlagt lov om offentlige anskaffelser. Doffin inneholder både data om anskaffelser med kunngjøringsplikt og anskaffelser som er kunngjort frivillig (under nasjonal terskelverdi eller EØS-terskelverdi). Ettersom det er frivillig å kunngjøre anskaffelser under terskelverdi, inneholder ikke Doffin en komplett oversikt over disse offentlige anskaffelsene. Det må derfor gjøres en rekke antakelser om omfanget av anskaffelser under terskelverdi.[[1091]](#footnote-1091)

Basert på kunngjøringsdata publisert på den nasjonale kunngjøringsdatabasen Doffin, er det estimert at det ble gjennomført om lag 21 600 anskaffelser i 2022. Videre anslås det at det i 2022 ble gjennomført mellom 20 100 og 21 300 anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften og at disse hadde en samlet kontraktsverdi på 370–450 milliarder kroner. Anslagsvis om lag to tredeler av anskaffelsene er under nasjonal terskelverdi (100 000–1,3 mill. kroner), og disse utgjør en liten del av den totale verdien av anskaffelsene. Anskaffelser over EØS-terskelverdi utgjør om lag en femtedel av totalt antall anskaffelser, men står for 90 prosent eller mer av den samlede verdien.[[1092]](#footnote-1092)

Oppsummert er det et stort volum av relativt små anskaffelser og et lite volum av store anskaffelser. Dette står i samsvar med funn i tidligere gjennomganger av offentlige anskaffelser.[[1093]](#footnote-1093) Hvis anskaffelser omfattet av andre forskrifter inkluderes, er det estimert at den totale verdien av anskaffelser underlagt lov om offentlige anskaffelser er mellom 475 og 555 milliarder kroner i 2022.[[1094]](#footnote-1094)

Estimert antall og andel anskaffelser i 2022

03J1xt2

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Beløpsintervall | Antall | Andel i prosent |
| 100 000 kroner – 1,3 millioner kroner | 13 222 | 61  |
| Over 1,3 millioner kroner | 8 441 | 39  |
| Totalt | 21 643 | 100  |

Estimatene inkluderer også anskaffelser som ikke er omfattet av anskaffelsesforskriften

Tabell 29.1 viser at anskaffelser på mellom 100 000 kroner og 1,3 millioner kroner er estimert å utgjøre 61 prosent av anskaffelsene i 2022. De resterende anskaffelsene (39 prosent) hadde verdier på over 1,3 millioner kroner.[[1095]](#footnote-1095)

Antall kunngjøringer av konkurranser (inkl. frivillige) på Doffin i 2022 fordelt på forskrifter

03J1xt2

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Forskrifter | Kunngjøringer | Andel i prosent |
| Anskaffelsesforskriften | 9 699 | 92 |
| Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser | 46 | 0 |
| Forsyningsforskriften | 749 | 7 |
| Konsesjonskontraktforskriften | 86 | 1 |
| Sum | 10 580 | 100  |

Kilde: Doffin/DFØ

Tabell 29.2 viser at 92 prosent av anskaffelsene som ble kunngjort i 2022 var underlagt anskaffelsesforskriften.[[1096]](#footnote-1096)

Dersom frivillige kunngjøringer holdes utenfor, utgjør antall kunngjøringer underlagt anskaffelsesforskriften 95 prosent av anskaffelsene. Forsyningsforskriften utgjør nesten 4 prosent.

Antall kunngjøringer av konkurranser (inkl. frivillige) på Doffin i 2022 fordelt etter type kontrakt

03J1xt2

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Kontraktstype | Kunngjøringer | Andel i prosent |
| Ikke oppgitt | 28 | 0 |
| Bygg og anlegg | 3 063 | 29 |
| Tjenester | 4 779 | 45 |
| Varer | 2 710 | 26 |
| Sum | 10 580 | 100  |

Kilde: Doffin/DFØ

Ved kunngjøring av konkurranser på Doffin, må det velges en kontraktstype, dvs. enten bygg og anlegg, tjenester eller varer. Tabell 29.3 viser fordelingen av kunngjøringer av konkurranse etter kontraktstype. Anskaffelser av tjenester utgjør den største delen av kunngjøringene. Tjenester utgjorde 45 prosent av kunngjøringene i 2022, mens bygg og anlegg og varer utgjorde henholdsvis 29 og 26 prosent.[[1097]](#footnote-1097)

Dersom frivillige kunngjøringer holdes utenfor, utgjorde tjenester 43 prosent av kunngjøringene i 2022. Bygg og anlegg utgjorde 30,5 prosent, og varer utgjorde 26 prosent.

Estimert verdi av anskaffelser over EØS-terskelverdi etter anskaffelsesforskriften

04J1xt2

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Kontraktstype | Antall | Gjennomsnittlig verdi per anskaffelse | Samlet estimert verdi1 |
| Bygg og anlegg | 492 | 140–160 mill. kroner | 70–80 mrd. kroner |
| Tjenester | 2 611 | 45–55 mill. kroner | 120–145 mrd. kroner |
| Varer | 1 772 | 95–105 mill. kroner | 170–185 mrd. kroner |
| Sum | 4 875 |  | 355–410 mrd. kroner |

1 Små endringer i gjennomsnittlig verdi per anskaffelse gir stort utslag på samlet estimert verdi. Samlet estimert verdi må derfor tolkes som anslag og ikke en fasit på hvor store verdiene er av ulike typer anskaffelser

Kilde: DFØ og Oslo Economics.

Tabell 29.4 viser en estimert verdi av anskaffelser over EØS-terskelverdi på totalt 355–410 milliarder kroner i 2022. Anskaffelser av varer utgjør den største andelen av totalverdien, etterfulgt av tjenester og bygg og anlegg.[[1098]](#footnote-1098)

Estimert antall anskaffelser underlagt anskaffelsesforskriften og deres estimerte verdi

05J1xt2

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Beløpsintervall | 100 000–1,3 mill. kroner | 1,3 mill. kr – EØS-terskelverdi | Over EØS-terskelverdi | Totalt |
| Antall anskaffelser | 12 200–13 400 | 3 000 | 4 900 | 20 100–21 300 |
| Andel av totalt antall anskaffelser i prosent | 61–63 | 14–15 | 23–24 | 100 |
| Estimert verdi i mrd. kroner | 9–10 | 6–30 | 355–410 | 370–450 |
| Andel av total estimert verdi i prosent | 2–3 | 2–7 | 90–96 | 100 |

Det er usikkerhet om antall anskaffelser i segmentet 100 000 kroner – 1,3 millioner kroner. Det er derfor oppgitt et øvre og nedre anslag på antall anskaffelser. Estimert verdi innenfor hvert intervall er beheftet med betydelig usikkerhet, hvilket gjenspeiles i estimatenes spenn.

Tabell 29.5 gir en oppsummering av estimert antall anskaffelser og verdien av anskaffelser samlet sett etter anskaffelsesforskriften. Det anslås at det ble gjennomført 20 100–21 300 anskaffelser i 2022 som var underlagt anskaffelsesforskriften og at disse hadde en samlet kontraktsverdi på mellom 370 og 450 milliarder kroner.[[1099]](#footnote-1099)

### Transaksjonskostnader ved offentlige anskaffelser

Oslo Economics og Inventura har gjort vurderinger av transaksjonskostnader i en rapport som er utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet.[[1100]](#footnote-1100) I rapporten defineres transaksjonskostnader som kostnader som oppstår i forbindelse med en anskaffelse, både hos oppdragsgiver og leverandør. For oppdragsgiver vil transaksjonskostnadene være knyttet til utforming og gjennomføring av anskaffelsen, nærmere bestemt konkurranseforberedelser, konkurransegjennomføring og kontraktsoppfølging. Til forskjell fra privat sektor, må offentlige oppdragsgivere forholde seg til særegne regler for offentlige anskaffelser. Hvor enkelt det er å forstå og følge regelverket har betydning for transaksjonskostnadene.

For leverandører er transaksjonskostnadene først og fremst knyttet til forberedelse og utforming av tilbud.[[1101]](#footnote-1101) Det er en rimelig antakelse at transaksjonskostnader for leverandører i stor grad vil reflekteres i tilbudet. I valget om å levere tilbud på en konkurranse, vil leverandør medregne ressursbruk til forberedelse og utforming av tilbud i sin kalkyle. Når leverandøren velger å levere tilbud på en offentlig konkurranse, er det gjort ut ifra en vurdering om at de forventede gevinstene ved å delta vil overstige de forventede kostnadene. I denne vurderingen inngår sannsynligheten for å vinne konkurransen til tilbudt pris og transaksjonskostnadene som følger ved å levere tilbud. Hvis det er en forventning om høye transaksjonskostnader, kan det medføre at færre leverandører velger å delta i konkurransen. Dette kan gi en svekket konkurranse og føre til at oppdragsgiver må betale en høyere pris for anskaffelsen.[[1102]](#footnote-1102) Samtidig blir det dyrere for leverandørene å delta i tilbudsprosessen, og de høyere kostnadene kan helt eller delvis veltes over i tilbudspriser.

Transaksjonskostnadene som andel av en anskaffelse henger sammen med kontraktens størrelse i den enkelte anskaffelse. Anskaffelser med lave kontraktsverdier har i snitt høye prosentvise transaksjonskostnader for både oppdragsgivere og leverandører, mens anskaffelser med større kontraktsverdier har relativt sett lavere transaksjonskostnader. Årsaken er at det er en del faste kostnader for oppdragsgiver og leverandør i hver anskaffelse knyttet til konkurranseforberedelse, tilbudsarbeid, konkurransegjennomføring og kontraktsoppfølging.[[1103]](#footnote-1103)

Kunngjøringsplikten har stor betydning for transaksjonskostnadene. Kunngjøringsplikten, kombinert med tilbyders anledning til å kreve erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket, er to regler som skiller offentlige anskaffelser fra private anskaffelser. Det er gode grunner for å ha disse reglene, men de gir mange aktører insentiver til å bruke ressurser til å lete etter feil i offentlige anskaffelser. Videre må oppdragsgiver bruke betydelige ressurser på kvalitetssikring av konkurransegrunnlaget, for å unngå feil.[[1104]](#footnote-1104)

#### Studier av ressursbruk i offentlige anskaffelser

PwC gjennomførte i 2011 en studie hvor de blant annet estimerte ressursbruken i offentlige anskaffelser i flere europeiske land. Studien fant at Norge hadde de nest høyeste transaksjonskostnadene i Europa som andel av anskaffelsenes verdi. Ifølge studien utgjorde transaksjonskostnader i offentlige anskaffelser i Norge i gjennomsnitt 4,1 prosent av kontraktsverdien. Til sammenligning var gjennomsnittet i Europa 1,4 prosent (Sverige 3,8 prosent, Finland 2,1 prosent og Danmark 1,8 prosent). Dersom resultatene i undersøkelsen fortsatt er gjeldende, utgjør transaksjonskostnader om lag 27 milliarder kroner for offentlige anskaffelser samlet sett.[[1105]](#footnote-1105)

På oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet har Oslo Economics og Inventura i 2023 anslått at offentlige oppdragsgivere i gjennomsnitt bruker 155 timer på å gjennomføre en anskaffelse etter anskaffelsesforskriftens del I. For del II anslås tidsbruken til i gjennomsnitt 245 timer, mens tidsbruken til del III-anskaffelser er estimert til 263 timer. Forskjellen i tidsbruk mellom del I opp mot del II og III skyldes primært forhold som følger av offentlig kunngjøring. Til sammenlikning fant Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en studie i 2019 av danske anskaffelser over EØS-terskelverdi, at en oppdragsgiver i snitt bruker 616 interne timer på å utarbeide og gjennomføre en EØS-anskaffelse, ikke inkludert tid til kontraktsoppfølging.[[1106]](#footnote-1106)

Ressursbruk i anskaffelsesprosessens ulike faser fordelt på anskaffelsesforskriftens deler

04J1xt2

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Delprosess | Del I (uten kunngjøring) | Del II | Del III |
| Konkurranseforberedelse | 23 | 46 | 55 |
| Gjennomføring av konkurranse | 47 | 94 | 94 |
| Kontaktsoppfølging | 85 | 105 | 114 |
| Sum timer per anskaffelse | 155 | 245 | 263 |
| Sum ressursbruk i kroner | 92 000 | 146 000 | 156 000 |

Ressursbruk i kroner er beregnet basert på brutto lønnskostnader. Estimatene gjelder kun for vare- og tjenesteanskaffelser
omfattet av anskaffelsesforskriften, og må anses som konservative estimater på den gjennomsnittlige tidsbruken i anskaffelsesprosessen på tvers av oppdragsgivere og sektorer. Særlig tidsbruken i del II-anskaffelser er trolig en del høyere grunnet større innslag av bygg- og anleggsanskaffelser, som er forbundet med høyere tidsbruk

Kilde: Oslo Economics.

Tabell 29.6 viser anslått ressursbruk i de ulike fasene i anskaffelsesprosessen. Oslo Economics og Inventura har på bakgrunn av estimert ressursbruk i hver anskaffelse, beregnet totale transaksjonskostnader og som andel av kontraktsverdi. Som forventet er andelen transaksjonskostnader høyere for anskaffelser som følger anskaffelsesforskriftens del I. Dette skyldes at transaksjonskostnadene består av flere faste kostnader knyttet til oppgaver som oppdragsgiver må gjennomføre uavhengige av anskaffelsens verdi. Dette gjør at transaksjonskostnadene relativt sett er større for anskaffelser med lav verdi.[[1107]](#footnote-1107)

For del II-anskaffelser er andelen transaksjonskostnader særlig sensitiv for den totale kontraktsverdien som legges til grunn (6–30 mrd. kroner). Estimatet for del III-anskaffelser er spesielt usikkert, da dette omfatter anskaffelser fra rett over EØS-terskelverdi (1,4 mill. kroner for statlige kjøp av varer og tjenester og 2,2 mill. kroner for kommuner) til store anskaffelser for mange hundre millioner kroner. På generelt grunnlag antas det at tidsbruken i anskaffelser omfattet av andre forskrifter, er noenlunde lik som for anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften. Det mest avgjørende forholdet for ressursbruken vil være om anskaffelsene må kunngjøres eller ikke.[[1108]](#footnote-1108)

Totale transaksjonskostnader fordelt på anskaffelsesforskriftens deler

04J1xt2

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Delprosess | Del I | Del II | Del III |
| Ressursbruk per anskaffelse i kroner | 92 000 | 146 000–253 000 | 156 000–367 000 |
| Antall anskaffelser | 12 200–13 400 | 3 000 | 4 900 |
| Totale transaksjonskostnader i mrd. kr. | 1,1–1,2 | 0,4–0,8 | 0,8–1,8 |
| Andel av total kontraktsverdi i prosent | 12 | 2–13 | 0,2–0,5 |

Estimatene omfatter oppdragsgivers transaksjonskostnader og må anses som konservative estimater. Estimatene gjelder anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften, og hensyntar ikke kostnader til juridisk og annen ekspertbistand. Det er særlig estimatet for del III-anskaffelser some er svært usikkert, da dette omfatter anskaffelser av svært ulik art og størrelse. Del I gjelder kun for anskaffelser som kunngjøres.

Kilde: Oslo Economics.

Tabell 29.7 viser estimerte transaksjonskostnader fordelt på de tre delene i anskaffelsesforskriften. Estimatene er forbundet med betydelig usikkerhet og må tolkes med forsiktighet. Ressursbruken per anskaffelse er størst for anskaffelsene over EØS-terskelverdi. Transaksjonskostnadenes andel av total kontraktsverdi er minst for anskaffelsene over EØS-terskelverdiene.[[1109]](#footnote-1109)

#### Juridisk bistand og annen type ekspertbistand

Per i dag foreligger det ingen norske studier av offentlige oppdragsgiveres kostnader til juridisk bistand eller annen type ekspertbistand i forskjellige deler av anskaffelsesprosessen. Den mest nærliggende studien som foreligger, er den ovennevnte danske studien av transaksjonskostnader i danske EØS-anskaffelser. Studien fant at kostnader til eksterne konsulenter stod for i underkant av 30 prosent av de samlede transaksjonskostnadene. Det ble brukt eksterne konsulenter i underkant av halvparten av anskaffelsene, og for oppdragsgivere som benyttet eksterne konsulenter, utgjorde kostnadene om lag to tredeler av samlede transaksjonskostnader. Studien peker på at offentlige oppdragsgivere særlig benytter eksterne konsulenter i anskaffelser innenfor bygg og anlegg, og her gjelder det stort sett for alle oppdragsgivere. Dette kan skyldes behov for spesialistkompetanse på å utarbeide konkurransegrunnlag og evaluere innkommende tilbud, ifølge studien.[[1110]](#footnote-1110)

## Økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag til endringer i anskaffelsesregelverket

Utvalget foreslår vesentlige strukturelle og substansielle endringer i regelverket. I dette kapittelet blir det redegjort nærmere for de viktigste endringene som utvalget foreslår. Noen endringer vil gi økte kostnader, mens andre endringer vil gi reduserte kostnader eller andre gevinster.

### Økonomiske og administrative konsekvenser av endringer i lovens formål

Utvalget foreslår endringer i lovens formålsbestemmelse, for å bringe den i overensstemmelse med de ulike formål som lovgiver klart har gitt uttrykk for at offentlige anskaffelser skal ivareta. Utvalget fremhever at målsettingen om effektiv bruk av samfunnets ressurser er og blir helt sentral, og derfor bør komme først også i en ny anskaffelseslov, og langt på vei være styrende for ivaretakelsen av de øvrige formålene. Utvalget mener imidlertid at effektiv bruk av samfunnets ressurser i praksis viser seg å bli oppfattet ulikt blant offentlige innkjøpere i Norge, og at det er hensiktsmessig å justere formålsparagrafen slik at den tydeliggjør bærekraft og samfunnshensynene bedre. Utvalget viser til at selv om bærekraft tas inn i formålet for loven, er det ikke hensiktsmessig at alle bærekraftsmålene hensyntas i offentlige anskaffelser. Utvalgets intensjon er at bærekraft først og fremst innebærer at klima- og miljøhensyn og lønns- og arbeidsvilkår skal ivaretas i offentlige anskaffelser i tråd med foreslåtte bestemmelser om dette.

Utvalgets forslag til ny formålsbestemmelse er i utgangspunktet ikke ment å utvide formålet med loven vesentlig i forhold til dagens formålsbestemmelse, utover økt ivaretakelse av samfunnshensyn. En tydeliggjøring av bærekraft og samfunnshensyn i formålet, skal medføre at klima- og miljøhensyn og lønns- og arbeidsvilkår i større grad enn i dag ivaretas i offentlige anskaffelser. Det vil både gi gevinster for samfunnet, og økte kostnader for offentlige anskaffelser. Det vises vil omtale av samfunnshensyn nedenfor.

### Økonomiske og administrative konsekvenser av endringer i bestemmelser om samfunnshensyn

Utvalget foreslår en tydeliggjøring av bestemmelsene om samfunnshensyn. Utvalget foreslår å styrke klima- og miljøhensyn, og at offentlige anskaffelser bidrar til at samfunnet omstilles i mer bærekraftig retning. Det er særlig bestemmelsene om klima- og miljøhensyn som foreslås endret. Forpliktelser om å ivareta andre samfunnsmål, som arbeid mot arbeidslivskriminalitet og ivaretakelse av sosiale forhold, er i mindre grad endret i utvalgets forslag. I tråd med mandatet har utvalget hatt en gjennomgang av samfunnshensynene i lys av målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Utvalget har lagt vekt på at regelverket skal bli tydeligere, og dermed mer brukervennlig, slik at det blir enklere å legge til rette for grønn omstilling og andre samfunnsmål som er tatt inn i anskaffelsesregelverket, og at hensynene skal fremmes effektivt og til lavest mulig kostnad for samfunnet.

Når det skal tas samfunnshensyn i offentlige anskaffelser, vil det gi gevinster for samfunnet ved at offentlig anskaffelser bidrar til å nå mål for samfunnet innenfor disse områdene, som for eksempel klimamål. Videre kan dette også medvirke til økt innovasjon, utvikling og spredning av null, og lavutslippsteknologi og grønne løsninger som bidrar til å nå klima- og miljømålene. Samtidig kan det øke kompleksiteten og gi økte transaksjonskostnader ved offentlige anskaffelser, og det kan redusere antall aktuelle leverandører og gi økt pris på anskaffelsene.

Utvalget har i tråd med mandatet søkt å foreslå tydeliggjøringer i regelverket som skal gjøre det enklere og mer operativt for oppdragsgivere å ta samfunnshensyn ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Etter utvalgets vurdering vil en slik tydeliggjøring bidra til å redusere transaksjonskostnadene ved samfunnshensyn i regelverket.

#### Plikt til å ta samfunnshensyn og opprette rutiner

Utvalget mener at en ny lov bør inneholde en plikt for offentlige oppdragivere til å innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene som er nevnt i lovens nye formålsbestemmelse ivaretas. Oppdragsgiver må som et utgangspunkt ha stor frihet til å velge hvordan anskaffelsespraksisen skal tilpasses. For å innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene i lovens formålsbestemmelse ivaretas, må den enkelte oppdragsgiver opprette rutiner. Utvalget foreslår at dette uttrykkelig angis i lovteksten, og ledsages av et krav om at rutinene er offentlig tilgjengelig. Utvalget mener det er viktig at offentlige virksomheter som gjennomfører anskaffelser, har en god ledelse og styring av anskaffelsesenheten. Dette vil bidra til å oppnå en helhetlig og effektiv tilnærming til offentlige anskaffelser i sin virksomhet. Anskaffelsesregelverket forplikter oppdragsgiver til å hensynta en rekke samfunnshensyn, og det blir for ressurskrevende å starte med blanke ark i hver anskaffelse for å gjøre konkrete vurderinger av den enkelte anskaffelsen og hvert samfunnshensyn. Utvalget mener dette må effektiviseres ved hjelp av rutiner.

Forslaget om å opprette rutiner og gjøre disse offentlig tilgjengelig vil medføre økte kostnader for oppdragsgivere. Åpenhet om rutinene innebærer at oppdragsgivere må gå gjennom disse for å vurdere hvilken informasjon som kan gjøres offentlig tilgjengelig, men vil være positivt for de aktørene i samfunnet som ønsker innsyn. Samtidig vil det å opprette rutiner og ha åpenhet om disse kunne bidra til at samfunnshensyn i loven ivaretas på en bedre måte hos oppdragsgivere enn i dag.

Forslaget om at oppdragsgivere skal ha rutiner for å ivareta samfunnshensynene inkluderer også rutiner for omstilling til et lavutslippssamfunn og at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres. Krav om rutiner for samfunnshensynene skal bidra til god styring på virksomhetsnivå, samt helhetlig og effektiv tilnærming til virksomhetens håndtering av grønn omstilling gjennom anskaffelser.

#### Endringer i bestemmelser om klima- og miljøhensyn

Utvalget har gjort en grundig analyse og diskutert om offentlige anskaffelser er et effektivt og hensiktsmessig virkemiddel for å nå klima- og miljømål. Utvalgets forslag baserer seg på konklusjonen om at anskaffelser kan være et hensiktsmessig tilleggsvirkemiddel, der hvor andre virkemidler ikke er tilstrekkelige. Bruk av offentlige anskaffelser som virkemiddel i klima- og miljøpolitikken krever at kostnadseffektivitet avveies og prioriteres mot formålseffektivitet og bærekraft i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Det innebærer etter utvalgets vurdering at den enkelte oppdragsgiver tar hensyn til langsiktige gevinster for samfunnet, selv om det gir oppdragsgiver økte kostnader på kort sikt. Etter utvalgets vurdering er det nødvendig at offentlige oppdragsgivere i visse tilfeller aksepterer visse merkostnader for å bidra til å løse klima- og miljøutfordringene. Når den enkelte oppdragiver skal ta hensyn til gevinster for samfunnet, må likevel merkostnaden ved å gjøre dette stå i et rimelig forhold til gevinsten for samfunnet. Utvalgets forslag til bestemmelse om grønn omstilling fremgår av boks 29.1.

Utvalgets forslag til ny § 2-2 om grønn omstilling

(1) Oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser.

(2) For kunngjøringspliktige anskaffelser etter denne loven gjelder følgende:

a. Oppdragsgiver skal i forkant vurdere hvordan anskaffelsen kan innrettes for å begrense dens samlede klimaavtrykk og miljøbelastning (klima- og miljøkartlegging). Kartleggingen kan involvere dialog med leverandører og bør gjøre det med mindre oppdragsgivers kjennskap til markedet gjør dette overflødig. Kartleggingen skal inngå i anskaffelsesprotokollen.

b. Oppdragsgiver skal stille klima- eller miljøkrav til ytelsen. Kravene skal gi reell klima- og miljøgevinst, men uten å påføre oppdragsgiver uforholdsmessige merkostnader.

c. Oppdragsgiver skal stille klima- eller miljørelaterte krav eller kriterier også i andre trinn av anskaffelsesprosessen, dersom det vil gi ytterligere klima- eller miljøgevinst uten å medføre uforholdsmessige kostnader for oppdragsgiver.

(3) Oppdragsgiver skal prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk.

(4) For anskaffelser undergitt standardiserte minimumskrav i henhold til § 2-3 kan oppdragsgiver velge å stille ytterligere krav eller kriterier.

(5) Forpliktelsene etter første til tredje ledd kan oppfylles ved bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring.

(6) Andre ledd gjelder ikke dersom anskaffelsen har et klimaavtrykk og en miljøbelastning som er uvesentlig. Dette skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

[Boks slutt]

Kostnader og gevinster ved utvalgets forslag

Utvalget foreslår at kravet til å hensynta klima og miljø i offentlige anskaffelser gjelder for alle anskaffelser (over og under terskelverdi), men at det stilles strengere krav til større anskaffelser. Utvalget foreslår at oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i alle offentlige anskaffelser som er omfattet av loven, dvs. anskaffelser over 300 000 kroner. Bestemmelsen gir ingen nærmere føringer på hvordan klima og miljø skal hensyntas, og det vil være opp til den enkelte oppdragsgiver hvordan dette operasjonaliseres i konkrete anskaffelser. Oppdragsgiver kan redusere de administrative kostnadene ved denne forpliktelsen gjennom gode rutiner. Andre ledd gjelder for kunngjøringspliktige anskaffelser, som er anskaffelser som følger reglene i del III av loven, og bygge- og anleggsanskaffelser over 3 millioner kroner jf. lovforslaget § 3-2.

Å bruke anskaffelsesregelverket som et virkemiddel for å nå klima- og miljømål, herunder regjeringens omstillingsmål, vil kunne gi økte kostnader for oppdragsgivere og leverandører, men det vil også gi gevinster for klimaet og miljøet, og dermed samfunnet som helhet. Både oppdragsgivere og leverandører, og samfunnet som helhet vil bli berørt av regelendringen. Gevinstene vil i første rekke være redusert miljøbelastning og klimapåvirkning, som særlig vil være gevinster for samfunnet som helhet. Samtidig er dette gevinster som også vil komme innbyggerne i samfunnet til gode, slik at også oppdragsgivere, leverandører og brukere vil ha nytte av redusert miljøbelastning og klimapåvirkning. For den enkelte vil ikke dette merkes, men når det tas flere klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser generelt, vil det i sum bli en merkbar miljø- og klimaeffekt for samfunnet.

Videre kan klima- og miljøbestemmelsen som utvalget foreslår gi gevinster for samfunnet i form av økt innovasjon, siden bestemmelsen forutsetter og inneholder betydelige muligheter for grønn innovasjon, herunder utvikling av lav- og nullutslippsløsninger. Etter utvalgets syn er innovasjon i offentlige anskaffelser en sentral del av den grønne omstillingen. I tillegg kan vektlegging av sirkulære løsninger i offentlige anskaffelser gi gevinster for samfunnet gjennom en mer ressurseffektiv og sirkulær økonomi der ressurser i større grad gjenbrukes.

Utvalgets forslag til ny miljøbestemmelse gir oppdragsgivere en viss grad av fleksibilitet til å vurdere hvilke klima- og miljøhensyn som bør tas i den enkelte anskaffelse. Effektiv bruk av samfunnets ressurser innebærer at anskaffelsene skal gi en høyest mulig miljøgevinst (effektiv oppnåelse av nasjonale miljømål) til en lavest mulig kostnad for samfunnet (kostnadseffektivitet). Forslaget gir noe fleksibilitet for oppdragsgivere til å finne balanserte miljøkrav som både er lovlige, herunder er i tråd med lovens formål og prinsipper, og dekker oppdragsgivers behov på en effektiv måte. Fleksibiliteten i utvalgets forslag innebærer at en i hovedsak kan unngå at miljøhensyn fordyrer anskaffelser vesentlig, uten at det gjenspeiles i ønsket miljøeffekt. Fleksibiliteten i bestemmelsen legger således til rette for effektiv bruk av samfunnets ressurser, ved at gevinstene for samfunnet som helhet i form av redusert miljøbelastning og klimapåvirkning vil kunne overstige merkostnadene ved å ta mer hensyn til klima og miljø i anskaffelser. Dette vil avhenge av hvordan oppdragsgiver utøver sitt skjønn og hvordan oppdragsgiver praktiserer bestemmelsen.

Å ta klima- og miljøhensyn vil være kostnadsdrivende og belaste offentlige budsjetter. Kostnadssiden knytter seg til to kategorier. Den ene kategorien er administrative kostnader knyttet til planlegging i den enkelte anskaffelse, utforming av miljøkrav og etterarbeid, inkludert eventuell klage- og domstolsbehandling som følge av hevet konfliktnivå. Den andre kategorien er høyere kostnader for ytelsen, fordi økt kvalitet i form av strengere miljøkrav kan gi økte kostnader. Noen av disse kostnadene vil påløpe i en omstillingsperiode, mens andre kostnader vil være mer varig.

Forslaget til ny bestemmelse om grønn omstilling innebærer at både gevinstene for klimaet og miljøet, og kostnadene for den enkelte anskaffelse, vil være avhengig av i hvilken grad de folkevalgte politikerne vil prioritere klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser i de årlige budsjettene i staten og i kommuner. Det er den enkelte oppdragsgiver som vil få økte kostnader i form av behov for økt kompetanse og ressursbruk, samt økte priser på anskaffelsene. Mulighetene til å bære økte kostnader vil være avhengig av politiske prioriteringer over offentlige budsjetter.

Også for leverandører kan forslag til ny bestemmelse om grønn omstilling gi økte kostnader, blant annet til å utforme og gi tilbud og eventuelt tilpasse sin produksjon til klima- og miljøkravene.

Det er krevende å tallfeste miljøgevinster og merkostnader ved forslaget til ny miljøbestemmelse. Miljøgevinstene kan bli nevneverdige dersom oppdragsgiverne klarer å stille gode miljøkrav som motiverer leverandører til å tilpasse seg miljøkrav, og dersom de oppnår konkurranse om de grønne anskaffelsene. Gitt at offentlige anskaffelser var på 743 milliarder kroner i 2022, kan en plikt til å ta klima- og miljøhensyn i anskaffelser medføre både vesentlige klima- og miljøgevinster og betydelige kostnader dersom slike hensyn tas i en stor andel av anskaffelsene. Hvordan fleksibiliteten i bestemmelsen benyttes, herunder hvordan oppdragsgivers skjønn og unntaksbestemmelsen praktiseres, vil ha stor betydning for både for gevinstene og kostnadene ved å stille miljøkrav i anskaffelser.

Krav til ytelsen, og krav i andre trinn av anskaffelsesprosessen

Utvalget foreslår at oppdragsgiver for kunngjøringspliktige anskaffelser skal stille klima- eller miljøkrav til ytelsen eller kontraktsgjenstanden. Kravene skal gi reell klima- og miljøgevinst, men uten å påføre oppdragsgiver uforholdsmessige kostnader. Oppdragsgiver skal stille klima- eller miljørelaterte krav eller kriterier også i andre trinn av anskaffelsesprosessen, dersom det vil gi ytterligere klima- eller miljøgevinst uten å medføre uforholdsmessige kostnader for oppdragsgiver. Forslaget gir således oppdragsgiver fleksibilitet til å bruke sin kompetanse til også å stille krav på det eller de mest effektive stedene i anskaffelsesprosessen.

Utvalget mener at det mest effektive tiltaket for at offentlige anskaffelser kan bidra til den grønne omstillingen i de fleste tilfeller vil være klima- og miljørelaterte krav til selve ytelsen. Dette gjelder særlig for modne markeder hvor det er lite som skiller beste og nest beste tilbud, slik at tildelingskriterier for å fremme klima- og miljø er mindre egnet enn krav.

Kostnadene ved å stille krav til ytelsen vil variere, både med hensyn til hvilke typer krav som stilles, hvilke markeder det dreier seg om mv. Oppdragsgiver gis insentiv til å rette oppmerksomheten mot klima- og miljøkrav til ytelsen, som er der det etter utvalgets syn vil være mest effektivt. Både kostnadene og effektene på klima og miljø vil variere fra anskaffelse til anskaffelse. Etter utvalgets syn vil forslaget føre til en mer målrettet og effektiv bruk av klima- og miljøkrav.

Krav som gir reell klima- eller miljøgevinst og ikke medfører uforholdsmessige kostnader

Utvalget er opptatt av at det skal stilles krav dersom det gir en reell klima- eller miljøgevinst, og ikke medfører uforholdsmessige kostnader. Når man stiller krav om at klima- eller miljøgevinsten skal være reell, betyr dette at man vil unngå grønnvasking og symbolske krav som ikke har betydning for klimaet og miljøet. Både for klima- eller miljøkrav til ytelsen, og for andre klima- eller miljørelaterte krav eller kriterier, mener utvalget at det må tas forbehold for tilfeller hvor oppdragsgiver påføres merkostnader som fremstår som uforholdsmessige.

Utvalgets forslag om avgrensning mot uforholdsmessige kostnader vil begrense kostnadene for oppdragsgiverne og samfunnet ved å gjennomføre grønne anskaffelser i tråd med bestemmelsen om grønn omstilling. Det er ikke mulig å tallfeste dette, fordi utvalget ikke tar stilling til hva som er uforholdsmessig. Utvalget mener det er riktig å overlate til de folkevalgte på Stortinget å ta stilling til hvilke merkostnader offentlige oppdragsgivere må være beredt til å ta for å bidra til det grønne skiftet. Utvalget anser det derfor som en politisk prioritering hvor mye en er villige til å bruke over offentlige budsjetter på grønne anskaffelser. Det vises videre til at EU-kommisjonen har foreslått at kostnadsforskjeller på over ti prosent bør regnes som uforholdsmessige i sitt forslag til en ny Net Zero Industry Act. Dette forslaget gjelder imidlertid kun svært avgrensede nullutslippsteknologier.

Utvalgets forslag om avgrensning mot uforholdsmessige kostnader er nærmere omtalt i kapittelet om grønn omstilling.

Prioritere krav og kriterier som begrenser klimaavtrykk

Utvalgets forslag innebærer at oppdragsgiver skal prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk. Å prioritere i denne sammenhengen betyr at oppdragsgiver i utformingen av krav og kriterier, skal prioritere å stille krav som begrenser klimaavtrykket til den konkrete kontrakten. Krav som reduserer klimagassutslipp som bidrar til å oppnå Norges klimamål bør prioriteres. Dette skal prioriteres fremfor for eksempel krav og kriterier som ivaretar miljøet.

Utvalgets forslag om å prioritere å stille krav som begrenser anskaffelsens klimaavtrykk medfører at klimaeffekter prioriteres, men det vil likevel i flere tilfeller være opp til oppdragsgiverne å vurdere hvilke klima- og miljøhensyn som bør tas i de enkelte anskaffelsene, og dermed hvilke klima- og miljøeffekter som en vil oppnå. Det kan for eksempel være en situasjon der en anskaffelse ikke har nevneverdig klimaavtrykk, men andre miljøutfordringer som det er mer nærliggende å hensynta.

Unntaksregel og begrunnelse

Utvalget foreslår at det gis unntak for anskaffelser som har et uvesentlig klimaavtrykk eller miljøbelastning. Det er opp til oppdragsgiver å vurdere dette i hver enkelt anskaffelse, men oppdragsgiver må kunne gi en begrunnelse i anskaffelsesprotokollen. Etter utvalgets syn er det behov for en unntaksregel, for de tilfeller at anskaffelsen har et uvesentlig klima- og miljøavtrykk, eller hvor det ikke er mulig å stille effektive klima- eller miljøkrav eller kriterier som gir mer enn en bagatellmessig virkning. Dette kan skyldes mangel på teknologi, standardisering, anskaffelsens art eller omfang. Et eksempel kan være hvor anskaffelsen gjelder en hyllevare hvor det ikke finnes andre, potensielt mer klima- og miljøvennlige alternativer og hvor det av disse grunner ikke er mulig å finne et krav eller kriterium som har tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsen.

Dersom anskaffelsen har et klimaavtrykk og en miljøbelastning som er uvesentlig, skal dette begrunnes i anskaffelsesdokumentene. Det betyr at det for flere anskaffelser ikke vil bli nødvendig å stille klima- og miljøkrav, slik at en vil kunne unngå å fordyre anskaffelser der klima- og miljøeffekten vil være uvesentlig. Samtidig vil en begrunnelsesplikt innebære ressursbruk for oppdragsgivere til å utforme begrunnelsen.

Klima- og miljøkartlegging

For kunngjøringspliktige anskaffelser skal oppdragsgiver i forkant vurdere hvordan anskaffelsen kan innrettes for å begrense dens samlede klimaavtrykk og miljøbelastning (klima- og miljøkartlegging). Utvalget mener det er viktig at klima- og miljøvurderinger gjøres på et tidlig stadium, allerede i behovsavklaringsfasen. I klima- og miljøkartleggingen bør det vurderes om anskaffelsen er nødvendig, eller om behovet kan dekkes på en mer klima- og miljøvennlig måte. Kartleggingen må innbefatte en vurdering av om det overhodet er behov for anskaffelsen og valg av strategi (fornye, leie, eie, reparere, erstatte, nytt eller brukt, delingsmulighet med videre).

Kravet om å gjennomføre en slik kartlegging vil medføre ressursbruk hos oppdragsgiverne, men det kan innebære at det velges en løsning som har lavere påvirkning på klima og miljø, slik at klima- eller miljøgevinsten kan bli nevneverdig. Prisen på anskaffelsen kan bli høyere, men den kan også bli lavere. Det mest klima- eller miljøvennlige kan for eksempel være å ikke gjennomføre anskaffelsen, eller å vedlikeholde det man har eller kjøpe brukte varer for gjenbruk. Den klima- eller miljøvennlige løsningen er ikke alltid dyrere enn andre løsninger, og kan også i mange tilfeller gi kostnadsbesparelser.

Kartleggingen skal inngå i anskaffelsesprotokollen. Kravet til å dokumentere miljøkartleggingen vil medføre ressursbruk, men vil samtidig sikre etterprøvbarhet, og bidra til økt bevisstgjøring hos oppdragsgiver. Etter utvalgets forslag skal omfanget av kartleggingen være tilpasset anskaffelsens art og størrelse, slik at det forventes en mer grundig kartlegging i anskaffelser av større verdi og større klima- eller miljøbelastning. Dette medfører at de administrative kostnadene knyttet til kartleggingen blir noe større ved enkelte anskaffelser, samtidig som bestemmelsen gir mer gjennomslagskraft der det faktisk vil gi positiv uttelling for miljøet. Tilsvarende blir de administrative kostnadene mindre ved anskaffelser der kartleggingen vil ha mindre effekt. Videre mener utvalget at omtalen i anskaffelsesprotokollen kan være mer overordnet, slik at de administrative følgende av forslaget reduseres noe.

Kompetanse og standardiserte minimumskrav

Å stille miljøkrav kan være komplekst og kreve mye kompetanse både hos oppdragsgivere og leverandører. Utvalgets forslag om bruk av standardiserte minimumskrav og markedsdialog vil kunne gjøre det enklere for oppdragsgiverne å stille gode klima- og miljøkrav. Det kan likevel bli behov for opplæring hos oppdragsgivere og leverandører, behov for mer ekspertbistand, og behov for mer veiledning for å gjøre regelverket enklere å forstå. Utvalget anser veiledning fra DFØ som viktig. DFØ vil kunne produsere maler, veiledning og annet materiell.

Utvalget foreslår at departementet kan gi forskrift om standardiserte minimumskrav ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Bestemmelsen vil være hjemmelsgrunnlag for eksisterende og fremtidige standardiserte minimumskrav, herunder krav fra EU, som skal forskriftsfestes. For anskaffelser undergitt standardiserte minimumskrav kan oppdragsgiver velge å stille ytterligere krav eller kriterier. Dette er særlig aktuelt der de vedtatte standardiserte minimumskravene ikke har et tilstrekkelig høyt ambisjonsnivå i relasjon til det aktuelle markedet. Forpliktelsene kan oppfylles ved bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av DFØ.

Utvalgets vurdering er at det bør tas i bruk standardiserte minimumskrav på prioriterte områder. Bruk av standardiserte minimumskrav på offentlige anskaffelser vil innebære økonomiske og administrative konsekvenser, men det er ikke mulig å vurdere konsekvensene før forslag til konkrete standardiserte minimumskrav foreligger. Utvalget legger vekt på at bruk av standardiserte minimumskrav vil redusere behovet for kompetanse om klima og miljø hos oppdragsgiverne, og gjøre det enklere å stille gode klima- og miljøkrav i anskaffelsene. Standardiserte minimumskrav vil kreve mindre kapasitet og kompetanse hos den enkelte innkjøper, og kan også gjøre markedet mer forutsigbart for leverandører. I et land med mange små innkjøpere, vil viktigheten av standardiserte minimumskrav kunne være særlig stor.

Høyere forventninger til store oppdragsgivere

Forslaget til miljøbestemmelse vil være mer krevende å følge opp for små oppdragsgivere og små leverandører enn de store, og utvalget har derfor høyere forventninger til de store oppdragsgiverne når det gjelder i hvilken grad de bør ta hensyn til klima og miljø i sine anskaffelser. Det innebærer at både gevinstene og kostnadene antas å øke mest for de store oppdragsgiverne.

Livsløpskostnader

Undersøkelser viser at få offentlige innkjøpere i tilstrekkelig grad tar hensyn til livsløpskostnader i innkjøpsprosessen. Et mer systematisk arbeid med klima- og miljøhensyn vil kunne medvirke til at livsløpskostnader i større grad tas hensyn til. Dette vil kunne gi langsiktige økonomiske gevinster for samfunnet, og en mer bærekraftig og effektiv offentlig sektor. Gevinstene for samfunnet ved at oppdragsgivere tar økt hensyn til livsløpskostnader antas å være høyere enn merkostnadene.

Grønne anskaffelser og samfunnsøkonomisk effektivitet

Samfunnsøkonomiske konsekvenser av grønne anskaffelser er nærmere omtalt i kapittelet om grønn omstilling. Selv om det anses som nødvendig å bruke offentlige anskaffelser som virkemiddel i den grønne omstillingen, er det ifølge teoretisk litteratur ikke det optimale og mest effektive virkemidlet ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. Kapittelet om grønn omstilling redegjør for forskning som viser at grønne anskaffelser ikke er blant de mest effektive virkemidlene i klima- og miljøpolitikken.[[1111]](#footnote-1111) [[1112]](#footnote-1112) [[1113]](#footnote-1113) Det skyldes at det normalt vil være andre virkemidler som gir reduserte utslipp til en lavere kostnad og dermed er mer kostnadseffektive (særlig avgifter og kvoter), og andre virkemidler som gir mer effektiv oppnåelse av klima- og miljømål og dermed er mer formålseffektive (generelle reguleringer som for eksempel forbud mot utslipp). Virkemidler som er sektorovergripende, generelle og som gjelder alle som forurenser, belaster miljøet eller påvirker klimaet, er normalt mer effektive virkemidler enn grønne offentlige innkjøp. Grønne anskaffelser kan likevel ha en effekt og bidra til miljømål.

Hva som er effektive virkemidler påvirkes også av hvor hurtig samfunnet må omstilles og hvor mye radikal teknologiutvikling som trengs. Utvalget har lagt til grunn at klima- og miljøkrisen krever hurtig omstilling og at hensynet til grønn innovasjon bidrar til at offentlige anskaffelser anses som en hensiktsmessig del av den samlede virkemiddelpakken. Mangel på andre tilstrekkelige virkemidler gjør at offentlige anskaffelser blir en naturlig del av virkemidlene for en grønn omstilling.

I kapittelet om grønn omstilling framgår det at å bruke offentlige anskaffelser som virkemiddel i klima- og miljøpolitikken kan gi økt kompleksitet og økte transaksjonskostnader. Å stille miljøkrav kan være komplekst og kreve mye kompetanse både hos oppdragsgivere og leverandører. For at oppdragsgiverne skal kunne gjennomføre grønne anskaffelser på en effektiv måte, er det ifølge enkelte forskere viktig at oppdragsgiverne har dialog med markedet.[[1114]](#footnote-1114) For å kunne stille gode miljøkrav som har effekt på miljøet og som gir konkurranse mellom leverandører, har oppdragsgivere behov for god innsikt i miljøutfordringer og markedet for varen eller tjenesten.

Kapittelet om grønn omstilling redegjør videre for at forskning peker på at grønne offentlige anskaffelser kan føre til redusert konkurranse, og dermed lavere samfunnsøkonomisk effektivitet.[[1115]](#footnote-1115) [[1116]](#footnote-1116) Det er frivillig å levere tilbud, og det kan bli mindre konkurranse om anskaffelser med krevende klima- og miljøkrav. Konkurranse om anskaffelser er viktig for å oppnå effektiv bruk av samfunnets ressurser. Gevinsten ved å ha regelverk for offentlige anskaffelser er særlig effekten av reell konkurranse om anskaffelsene. Det gir lavere kostnader for offentlig sektor. Å stille miljøkrav i offentlige anskaffelser kan påvirke hvilke leverandører som vil levere tilbud på anskaffelsen. Kompliserte miljøkrav kan redusere konkurransen om leveransen, og gi økt pris på anskaffelsen. I markeder hvor offentlige innkjøp er betydelige, er det mer sannsynlig at leverandører vil tilpasse sin produksjon til miljøkravene og levere tilbud på anskaffelsen, enn i markeder der offentlige innkjøp er ubetydelige.[[1117]](#footnote-1117)

Det vises videre til nærmere omtale av tiltakskostnader for klimahensyn i offentlig anskaffelser og andre konsekvenser av klima- og miljøkrav i offentlige anskaffelser i kapittelet om grønn omstilling.

#### Endringer i bestemmelser om innovasjon

Utvalget mener i utgangspunktet at anskaffelsesregelverket er tilstrekkelig tilrettelagt for innovasjon, og at det ikke er behov for store regelverksendringer for å fremme innovative anskaffelser. Utvalget foreslår at innovasjon tas inn i formålsparagrafen, og at det tas inn en egen bestemmelse om innovasjon i loven for å synliggjøre muligheten til å gjennomføre anskaffelser som fremmer innovasjon.

Utvalget foreslår at innovasjonspartnerskap synliggjøres som en egen konkurranseform i nytt anskaffelsesregelverk. Innovasjonspartnerskap skal legge til rette for at oppdragsgiver kan utvikle et innovativt produkt, tjeneste eller bygge- og anleggsarbeid sammen med en eller flere partnere. Utvalget foreslår enkelte tydeliggjøringer og presiseringer i eksisterende regelverk, som vil gi noen besparelser.

Utvalgets forslag til endringer i bestemmelser om innovasjon vil innebære forenklinger og tydeliggjøringer som vil legge til rette for innovative anskaffelser. Utvalget mener videre at klima- og miljøbestemmelsen som utvalget foreslår, forutsetter og inneholder betydelige muligheter for innovasjon.

Det vil være opp til oppdragsgiverne å benytte handlingsrommet som ligger i regelverket til å fremme innovasjon i offentlige anskaffelser. Det er derfor ikke mulig å anslå gevinster og kostnader ved utvalgets forslag til endringer i bestemmelser om innovasjon.

#### Endringer i bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår

Utvalget foreslår å videreføre gjennomføringen av ILO-konvensjon nr. 94 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår ingen endring i gjeldende rett hva gjelder innholdet i kravet til lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Utvalget foreslår også at gjeldende rettstilstand videreføres med hensyn til hvilke anskaffelser som bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde for. Som i dag bør bestemmelsene gjelde for tjeneste-, bygge- og anleggskontrakter. Bestemmelsene skal videre gjelde for alle oppdragsgivere som omfattes av ny lov om offentlige anskaffelser. I det følgende vurderes økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag til endringer i gjeldende rett om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Forslag om at plikten til å innta kontraktsvilkår skal gjelde fra lovens innslagspunkt

Utvalgets flertall, Fredriksen, Arve, Breiland, Gjønnes, Greaker, Gresseth, Karlstrøm og Tveit, foreslår at plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde fra lovens innslagspunkt. Hensynet til å sikre anstendige lønns- og arbeidsvilkår taler etter utvalgets syn for at også mindre kontrakter skal inneholde slike kontraktsvilkår. Flertallet foreslår derfor at plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår, samt plikten til å innta sanksjoner etter § 2-10, skal gjelde fra og med lovens innslagspunkt. Innslagspunktet for ny anskaffelseslov er foreslått satt til 300 000 kroner. Forslaget innebærer en endring av gjeldende rett, ved at flere kontrakter enn i dag skal inneholde kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår og sanksjoner knyttet til dette.

Når flere kontrakter skal inneholde kontraktsvilkår, vil det medføre økte administrative kostnader (transaksjonskostnader) for oppdragsgivere og leverandører. Samtidig vil det kunne gi gevinster for samfunnet dersom det medfører at anstendige lønns- og arbeidsvilkår i større grad blir ivaretatt gjennom offentlige anskaffelser.

Plikten til å kontraktsfeste lønns- og arbeidsvilkår antas å medføre begrensede byrder for oppdragsgiver, all den tid det, etter flertallets forslag, ikke skal knyttes lovfestet kontrollplikt til kontrakter under kunngjøringsplikten. For leverandører på kontrakter innenfor allmenngjorte områder bemerkes at disse allerede i dag plikter å følge allmenngjøringsforskriftene, og nedjustering av innslagspunktet for kontraktsvilkår om dette vil ikke innebære nye materielle krav til lønns- og arbeidsvilkår som sådan. Økte administrative kostnader vil først og fremst være forbundet med plikten til å kunne dokumentere overholdelse av kontraktsvilkårene, som altså vil inntre fra et lavere innslagspunkt enn i dag.

Leverandører på områder dekket av landsomfattende tariffavtale som ikke er allmenngjort, vil med forslaget få plikt til å følge aktuelle lønns- og arbeidsvilkår i en slik avtale for alle kontrakter som verdimessig omfattes av loven. Dette vil, dersom leverandøren ellers opererer med andre «rimeligere» vilkår, kunne innebære tilleggskostnader. Dertil kommer som nevnt over økte administrative kostnader knyttet til å kunne dokumentere overholdelsen av vilkårene. Samlet sett vil forslaget altså innebære økte kostnader, særlig for leverandørene.

Forslaget er ment å bidra til økt etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter i aktuelle bransjer gjennom at disse kan håndheves kontraktsrettslig i flere kontrakter, noe som over tid vil føre til gevinster for samfunnet. Videre er forslaget ment å bidra til anstendige lønns- og arbeidsvilkår, og at det på sikt blir vanskeligere for useriøse aktører å vinne konkurransen om offentlige kontrakter, noe som vil gi gevinster for både oppdragsgivere, seriøse leverandører og samfunnet. En lavere andel useriøse aktører vil også kunne bidra til å heve kvaliteten på leveransene til det offentlige.

Utvalgsmedlemmet Hennyng foreslår at innslagspunktet for plikt til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal være likt som for kontrollplikten, altså gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser. Forslaget innebærer at færre kontrakter enn i dag skal inneholde kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår. Dette gjelder særlig innenfor bygg og anlegg, hvor innslagspunktet med mindretallets forslag vil heves fra 1,3 millioner kroner for statlige og 2,05 millioner kroner for andre oppdragsgivere, til 3 millioner kroner for begge.

Forslag om at kontrollplikten skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser

Utvalgets flertall, Fredriksen, Arve, Gjønnes, Greaker, Gresseth, Hennyng, Karlstrøm og Tveit, foreslår at plikten til å foreta risikovurdering av kontrakten og eventuelt ytterligere kontroll skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser. Flertallet er av den oppfatning at kontrollplikten innebærer betydelige administrative byrder for oppdragsgiver. Det foreligger her et spenningsforhold mellom ønsket om effektiv sikring av de samfunnshensyn bestemmelsen skal ivareta, og ønsket om å holde ressursbruken hos oppdragsgiver nede. For å balansere disse hensynene, mener flertallet at en plikt til å føre kontroll ikke bør omfatte de mindre kontraktene. Flertallet foreslår følgelig et annet og høyere innslagspunkt for kontrollplikten ved at denne skal inntre fra og med kunngjøringsplikten.

For tjenestekontrakter mv. vil innslagspunktene for kunngjøring og dermed kontrollplikten fremkomme av forslaget til § 6-1. Som eksempel vil forslaget innebære en mindre heving av innslagspunktet sammenliknet med dagens terskelverdier på 1,3 og 2,05 millioner kroner til 1,4 og 2,2 millioner kroner for tjenestekontrakter inngått av henholdsvis statlige og andre oppdragsgivere. For bygg- og anleggsanskaffelser vil innslagspunktet løftes fra dagens terskelverdier på henholdsvis 1,3 millioner kroner for statlige og 2,05 millioner kroner for andre oppdragsgivere, til 3 millioner kroner for begge. Totalt sett vil færre kontrakter medføre kontrollplikt for oppdragsgiver, særlig innenfor bygg og anlegg. Dette vil redusere de administrative byrdene for oppdragsgiverne knyttet til å gjennomføre kontroller.

De økonomiske og administrative konsekvensene av å heve innslagspunktet for kontrollplikten må også ses i sammenheng med forslaget om å klargjøre kontrollpliktens innhold. Denne klargjøringen har som mål at kontroller skal bli mer målrettede, slik at oppdragsgivers ressurser brukes der behovet er størst. Det er ikke et mål å pålegge oppdragsgivere å bruke mer ressurser på å gjennomføre kontroll. En slik klargjøring vil kunne virke ytterligere ressursbesparende for oppdragsgiver. Videre vil mer målrettet håndheving av kontraktene kunne gi gevinster for samfunnet ved at lønns- og arbeidsvilkår i større grad blir ivaretatt gjennom offentlige anskaffelser.

Utvalgsmedlemmet Breiland foreslår at kontrollplikten skal gjelde fra lovens innslagspunkt. Forslaget innebærer at flere kontrakter enn i dag vil ha kontrollplikt for oppdragsgiver.

Et samlet utvalg foreslår å lovfeste at oppdragsgiver i tilstrekkelig grad skal dokumentere sine vurderinger av risikoen ved kontrakten, samt eventuell kontroll. Som presisert i utvalgets vurdering er hensikten med dette ikke å utvide oppdragsgivers dokumentasjonsplikter, men å lovfeste det utvalget oppfatter er gjeldende rett. Slik sett antas at dette forslaget ikke vil innebære økte administrative kostnader for oppdragsgiver sammenliknet med i dag.

Samlet sett antas det at gevinstene ved de foreslåtte endringene vil være større enn ulempene for den enkelte oppdragsgiver, leverandører og samfunnet som helhet.

#### Endringer i bestemmelser om ivaretakelse av grunnleggende menneskerettigheter

I dagens lov om offentlige anskaffelser § 5 fremgår det at oppdragsgiver skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Det fremgår av forarbeidene at kravet til forholdsmessighet tilsier at rutinen skal gjelde der det er risiko for brudd, og at det skal være mer enn en teoretisk risiko. Kravet står i loven § 5, og gjelder derfor i prinsippet alle anskaffelser over 100 000 kroner. I DFØs veiledning stilles det høyere forventninger til at de store virksomhetene, som har innkjøpsbudsjetter på over en milliard kroner i året, tar et særlig ansvar for kontraktsoppfølging av at leverandørene ivaretar menneskerettigheter i leverandørkjeden. De mindre virksomhetene skal ha egnede rutiner på plass, som er tilpasset budsjett og størrelse på avtalene med høyrisikoprodukter.

Utvalgets forslag til ny anskaffelseslov inneholder en bestemmelse om grunnleggende menneskerettigheter, på samme måte som dagens lov. Innretningen til bestemmelsen er imidlertid endret. For utvalget er det viktig at offentlige oppdragsgiveres plikt til å treffe tiltak for å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter avgrenses til anskaffelser hvor det er velkjent at det foreligger en reell risiko for slike brudd. Det foreslås derfor en avgrensning som synliggjør at den bare gjelder for anskaffelser hvor det er en høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter. Utvalget har også forsøkt å gjøre bestemmelsen om menneskerettigheter enklere å forstå og mer operativ. Utvalget foreslår at bestemmelsen uttrykkelig angir at oppdragsgiver skal stille krav eller kriterier for å motvirke at brudd oppstår. I utvalgets utkast ivaretas behovet for gode rutiner av § 2-1.

Utvalget foreslår at bestemmelsens anvendelsesområde avgrenses til de anskaffelser som følger del III av loven. En slik avgrensning til anskaffelser over EØS-terskelverdier vil innebære at oppdragsgivere kan bruke mer ressurser på større anskaffelser med høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter.

Det medfører begrenset ressursbruk for oppdragsgivere å utarbeide rutiner om for eksempel at oppdragsgiver alltid skal undersøke høyrisikolisten til DFØ, som gir informasjon om produktkategorier med høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter i leverandørkjeden. Det kan imidlertid være ressurskrevende for oppdragsgivere å stille krav og ikke minst følge opp kravene. Anskaffelsesundersøkelsen viser at det er svært få oppdragsgivere som stiller krav knyttet til menneskerettigheter.[[1118]](#footnote-1118) En ny lovbestemmelse som vil være enklere å forstå og mer operativt vinklet, kan gjøre det enklere for oppdragsgivere å følge kravene. Det betyr at dersom utvalgets forslag til ny regulering får effekt ved at flere virksomheter stiller krav eller kriterier for å motvirke brudd på menneskerettigheter i sine anskaffelser, vil reguleringen bidra til økt ressursbruk hos både oppdragsgivere og leverandører som skal gi tilbud. Denne ressursbruken kan gi gevinster dersom oppdragsgivere og leverandører i større grad unngår anskaffelser med negative konsekvenser for menneskerettigheter, og dermed bidra til mer sosialt bærekraftig produksjon av varer og tjenester. Dette er en positiv konsekvens/nytte av forslaget, selv om det er vanskelig å tallfeste nøyaktig.

Fra oppdragsgivers side kan det at det i større grad stilles krav for å motvirke brudd på menneskerettigheter ha en positiv effekt ved at man kan unngå omdømmetap og tap av tillit i befolkningen hvis kravene forhindrer brudd på menneskerettighetene i leverandørkjeden. Hvis oppfølging av kravene medfører at det avdekkes brudd på grunnleggende menneskerettigheter, vil dette også kunne ha en positiv effekt, hvis den videre oppfølgingen medfører forbedrede forhold for de menneskene som er utsatt for bruddene. Isolert sett kan imidlertid det at det avdekkes brudd medføre økt ressursbruk for oppdragsgiver og leverandør, og mulig heving av kontrakten med påfølgende kostnader. Forslaget vil også kunne bidra til å styrke konkurranseevnen for leverandører som allerede etterstreber å ivareta menneskerettigheter i sine leverandørkjeder.

I lys av disse nytteeffektene, og at plikten gjelder større anskaffelser, anses nytten ved utvalgets forslag til endringer i bestemmelser om ivaretakelse av grunnleggende menneskerettigheter å overstige kostnadene. Det er ikke mulig å tallfeste kostnader og gevinster ved utvalgets forslag til ny regulering.

#### Endringer i bestemmelser om lærlinger

Dagens regel om å stille krav om bruk av lærlinger er med på å fremme et seriøst arbeidsliv og bidrar til å sikre tilstrekkelig antall lærlingplasser. Utvalget foreslår å videreføre någjeldende regulering av plikt til å bruke lærlinger i ny lov om offentlige anskaffelser med noen endringer.

En endring som er foreslått er å fjerne vilkåret om at kontraktens hovedelement må omfatte arbeider der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev, ettersom dette fremstår som overflødig. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke må foreta en skjønnsmessig avveining basert på dette vilkåret av om det er en plikt til å stille lærlinger. I tillegg har utvalget foreslått at Kunnskapsdepartementet skal publisere en liste over hvilke bransjer hvor det er relevant å stille krav om lærlinger. Dette vil medføre at det er enklere for oppdragsgivere å vite hvor det er krav om bruk av lærlinger, slik at oppdragsgiver ikke vil måtte foreta selvstendige vurderinger av dette. Dette vil innebære lavere transaksjonskostnader for oppdragsgivere.

Utvalget har foreslått å heve innslagspunktet for kontrollplikten, sammenlignet med dagens terskler. Innslagspunktet for kontrollplikten er foreslått å samsvare med kunngjøringsplikten. Dette innebærer en mindre heving av innslagspunktet sammenliknet med i dag for tjenester, men en noe større heving for bygg- og anleggskontrakter. Det betyr at færre kontrakter enn i dag vil være gjenstand for lovfestet kontrollplikt. Dette vil gi mindre transaksjonskostnader. Utvalget har også foreslått visse presiseringer knyttet til kontrollplikten. Hensikten er å bidra til at ressursene benyttes der de har størst effekt, noe som vil kunne gi positive gevinster for oppdragsgiver og samfunnet som helhet. Dette er tilsvarende som for lønns- og arbeidsvilkår, og det vises til kapittel 29.3.2.4 for en nærmere vurdering av dette.

#### Endringer i bestemmelser om sanksjoner

Utvalget foreslår å lovfeste en plikt til å innta sanksjoner for brudd på kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene i kapittel 2 om samfunnshensyn. Enkelte av bestemmelsene i kapittel 2 pålegger oppdragsgiver å stille kontraktsvilkår (§§ 2-5 til 2-7), og i disse tilfellene krever § 2-10 at oppdragsgiver inntar egnede sanksjoner i kontrakten. Også i andre tilfeller der oppdragsgiver velger å stille kontraktsvilkår for å ivareta samfunnshensyn nevnt i kapittel 2, krever § 2-10 at oppdragsgiver også må innta egnede sanksjoner.

For kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår og lærlinger er det krav til sanksjoner etter gjeldende rett. Utvalget har imidlertid foreslått å senke innslagspunktet for plikten til å innta slike kontraktsvilkår, og derved også sanksjoner, noe som får som konsekvens at flere slike kontrakter skal inneholde sanksjoner. Videre innebærer utvalgets forslag om å knytte sanksjoner til samtlige kontraktsvilkår i kapittel 2, til at flere kontrakter enn i dag skal inneholde krav til sanksjoner.

Når flere kontrakter enn i dag skal inneholde sanksjoner, kan det gi en økning i transaksjonskostnadene. I tilfeller hvor oppdragsgiver i kontraktsfasen eventuelt oppdager brudd på kontraktsvilkår om samfunnshensyn, kan oppfølging gjennom sanksjoner kreve ressurser av oppdragsgiver. Det nærmere omfanget av oppfølgingen vil bero på situasjonen knyttet til kontraktsbruddet i det konkrete tilfellet. På den andre siden er sanksjoner en viktig effektivitetsmekanisme for etterlevelse av samfunnshensyn, og en naturlig følge av at kontrakten inneholder krav. At kontraktsvilkår om samfunnshensyn følges av sanksjoner vil derfor kunne bidra til økt etterlevelse på kort og lang sikt, noe som vil komme oppdragsgiver, seriøse leverandører og samfunnet til gode.

### Økonomiske og administrative konsekvenser av krav til skatteattest

Etter utvalgets syn er det behov for å videreføre kravet til skatteattest. Kravet foreslås å gjelde fra 300 000 kroner, som er noe lavere enn i dag, som er fra 500 000 kroner. Forslaget vil innebære at flere anskaffelser vil bli omfattet av kravet til skatteattest, og dermed øke transaksjonskostnadene noe for disse anskaffelsene.

### Økonomiske og administrative konsekvenser av forenklinger i regelverket

Utvalget foreslår forenklinger i regelverket både over og under EØS-terskelverdiene. Over EØS-terskelverdi er det foreslått forenklinger innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet. I det følgende omtales økonomiske og administrative konsekvenser av å flytte regelverk over i lov, gjennomføre anskaffelsesdirektivet, fjerne del II og å forenkle regler for mindre anskaffelser.

#### Flytte regelverk over i lov

Utvalget foreslår endringer i regelverkets struktur, der en større del av det flyttes fra forskrift til lov, for derigjennom å sikre demokratisk forankring og muliggjøre lovforarbeider som gir veiledning om de underliggende EØS-reglene. Videre foreslår utvalget en forenkling av regelverket for anskaffelser.

Regelendringene kan medføre økte administrative kostnader i en overgangsperiode til å lære et nytt regelverk. Forenklingene forventes deretter å redusere transaksjonskostnadene for oppdragsgivere og leverandører ved offentlige anskaffelser. Omfanget og kompleksiteten i dagens regelverk kan føre til betydelig ressursbruk for både innkjøper og tilbyder. Utvalgets forslag til regelverk forventes å bli enklere å orientere seg i, og redusere kostnadene for deltakere i konkurranser. For innkjøpere kan et mer oversiktlig regelverk bidra til å effektivisere innkjøpene. En slik strukturell endring er etter utvalgets syn nødvendig siden det i årene som kommer vil komme flere forordninger fra EU som gir føringer på gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Disse vil kreve gjennomføring i forskrift, og det vil således vokse frem et nytt forskriftsverk under anskaffelsesloven og andre relevante lover. Den nye foreslåtte strukturen tar således høyde for fremtidig regelverksutvikling på området, og utvalget mener dette kan gi besparelser i tiden fremover.

Forenklingene som er foreslått kan også bidra til å redusere behovet for bistand for innkjøpere og leverandører. I tillegg kan potensialet for og omfanget av tvister reduseres. Det er ikke mulig å anslå hvilke innsparinger forenklingene i regelverket vil gi.

#### Gjennomføre anskaffelsesdirektivet

En vesentlig del av utvalgets forslag til regelendringer er gjennomføring av anskaffelsesdirektivet. Disse regelendringene er i hovedsak en videreføring av dagens rett, fordi anskaffelsesdirektivet allerede er gjennomført i regelverket i dag. Utvalgets forslag er i stor grad strukturelle endringer. Noen endringer er substansielle, men vil i all hovedsak medføre innsparinger i forhold til dagens regelverk, fordi utvalget gjennomgående har prioritert løsninger som gir fleksibilitet og handlingsrom der direktivet gir rom for dette.

For eksempel foreslår utvalget at oppdragsgivere i tilbudsfasen kan be en hovedleverandør bytte underleverandør, istedenfor å avvise hovedleverandøren. Dette vil være en positiv virkning både for oppdragsgivere og leverandører sammenlignet med dagens regelverk, ved at en ikke må avvise leverandører i slike tilfeller. Utvalget foreslår også å fjerne ubegrunnede strengere regler i anskaffelsesforskriften, som ikke har et tilsvarende motstykke i direktivet. Et eksempel er avklaringsadgangen. Utvalget foreslår å fjerne det særnorske kravet i § 23-5 om at avklaring ikke kan medføre at et tilbud forbedres. Etter utvalgets syn har begrensningen om å forbedre tilbudet ikke noe motstykke i verken direktivteksten eller i rettspraksis fra EU-domstolen.

Utvalget foreslår å angi i ny lov at oppdragsgivere kan forhandle med tilbydere med vesentlige avvik, for å fjerne dagens usikkerhet knyttet til dette. At oppdragsgivere kan forhandle med tilbydere med vesentlige avvik vil etter utvalgets syn ha betydelige praktiske og økonomiske fordeler. Gjennom forhandlingene vil oppdragsgiver og leverandør kunne få bedre oversikt over hvilke risikoer det er i prosjektet, som igjen kan lede til at leverandøren frafaller et avvik. Videre kan det gjennom forhandlingene avdekkes om det rent faktisk forelå et avvik. På denne måten vil oppdragsgiver slippe å måtte avvise tilbud som ikke inneholdt vesentlige avvik. Dette vil bidra til effektiv ressursutnyttelse. Videre vil oppdragsgiver da ha flere tilbud å forhandle med, som igjen vil lede til mer konkurranse.

Å lære et nytt regelverk kan medføre økte administrative kostnader i en overgangsperiode, men det nye regelverket forventes på sikt å redusere de administrative kostnadene ved å følge regelverket. Det må etter utvalgets syn antas å gi reduserte administrative kostnader ved at ny lov gjennomfører direktivet på en lojal og synlig måte. Dette gir et økt omfang av rettskilder ved tolkning og anvendelse av regelverket, og vil også redusere risikoen for at norske lovbestemmelser tolkes i strid med EØS-retten. Utvalget har også på flere punkter avklart en tidligere uklar rettstilstand, noe som vil gi redusert rettslig usikkerhet for brukerne av regelverket, og således bidra til å redusere administrative kostnader ved regelverket.

#### Fjerne del II i dagens regelverk

Anskaffelser med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner følger del II i anskaffelsesforskriften. Dette innebærer blant annet at anskaffelsene må kunngjøres nasjonalt i Doffin. I del II er det også gitt egne regler for hvordan en anskaffelse skal gjennomføres, og det er etablert egne nasjonale prosedyreformer. Det viktigste skillet mellom del I og del II i dagens anskaffelsesforskrift er at oppdragsgivere er pålagt å kunngjøre anskaffelsen gjennom den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser, Doffin, i del II. Del II omhandler i svært stor grad regler for bygg- og anleggsanskaffelser med verdi under EØS-terskelverdi på 56 millioner kroner, ettersom bygg- og anleggsanskaffelser står for to tredjedeler av del II anskaffelser og vesentlig mer enn to tredjedeler av verdien av disse anskaffelsene. Utvalget foreslår at bygg- og anleggsanskaffelser får en egen terskelverdi for kunngjøring. Dette vil medføre at de gjenværende anskaffelsene som omfattes av del II vil være mindre viktige med tanke på omfang og verdi.

Utvalget foreslår å fjerne del II i regelverket. Forslaget anses å være en betydelig forenkling sammenlignet med dagens regelverk. Forslaget kan medføre økt ressursbruk i en overgangsperiode for oppdragsgivere og leverandører forbundet med å lære et nytt regelverk, men det vil på sikt redusere de administrative kostnadene ved å følge regelverket. Forenklingene for bygge- og anleggsanskaffelsenes vedkommende avgrenses til kontrakter med en antatt verdi på under 15 millioner kroner. Også for bygge- og anleggsanskaffelser under denne terskelen bør det etter utvalgets oppfatning gjelde en form for forenklet kunngjøringsplikt, men avgrenset til kontrakter over 3 millioner kroner. En forenklet kunngjøringsplikt vil kreve mye mindre ressurser enn dagens kunngjøringsplikt. Forslaget vil derfor redusere transaksjonskostnadene betydelig for anskaffelser av bygg og anlegg. Håndhevingen av regelverket, som vil være tema i andre del av utvalgets offentlige utredning, vil også påvirke transaksjonskostnadene.

#### Forenkle regler for mindre anskaffelser

Et hovedformål med utvalgets arbeid er forenkling av regelverket. Over EØS-terskelverdi styres anskaffelsesregelverkets innhold langt på vei av EØS-direktivene, slik at reell forenkling i all hovedsak må skje under terskelverdiene. Det er også under EØS-terskelverdi at behovet for forenkling er størst, fordi kontraktenes verdi er begrenset. Ressursene som brukes på en anskaffelse, både fra oppdragsgiver og fra leverandørene, må stå i et rimelig forhold til kontraktens verdi. Under terskelverdiene står nasjonale myndigheter i utgangspunktet fritt til å fastsette regler for offentlige anskaffelser, og transaksjonskostnadene er relativt høye for de minste anskaffelsene. Unntaket er anskaffelser som, til tross for at de er under EØS-terskelverdi, må antas å ha klar grensekryssende interesse, og som derfor faller inn under hovedreglene om fri bevegelighet av varer og tjenester mv. i EØS-avtalens hoveddel. Denne kategorien behandles særskilt nedenfor.

Utvalgets forslag til forenklede regler for mindre anskaffelser vil gi reduserte transaksjonskostnader, jf. omtale i det følgende.

Økt innslagspunkt til 300 000 kroner

Utvalget foreslår at innslagspunktet for ny anskaffelseslov heves fra dagens kontraktsverdi på 100 000 kroner til 300 000 kroner. Dagens terskel kom inn i regelverket i 2006, og en ren inflasjonsjustering tilsier at den heves til om lag 160 000 kroner. Ønsket om å få ned transaksjonskostnadene for mindre anskaffelser tilsier etter utvalgets syn at den heves mer enn dette. Etter utvalgets syn kan et passende innslagspunkt for loven være 300 000 kroner. Utvalget tilføyer at innslagspunktet bør inflasjonsjusteres med jevne mellomrom, for å unngå at terskelen reelt sett senkes for hvert år som går.

Utvalgets forslag om å øke beløpsgrensen for når regelverket kommer til anvendelse, vil redusere ressursbruken på anskaffelser med lav verdi. Jo høyere beløpsgrensen settes, jo mindre ressurskrevende vil de mindre anskaffelsene bli. Transaksjonskostnadene som andel av en anskaffelse henger sammen med kontraktens størrelse i den enkelte anskaffelse. Anskaffelser med lave kontraktsverdier har i snitt høye prosentvise transaksjonskostnader for både oppdragsgivere og leverandører, mens anskaffelser med større kontraktsverdier har relativt sett lavere transaksjonskostnader. Årsaken er at det er en del faste kostnader for oppdragsgiver og leverandør i hver anskaffelse knyttet til konkurranseforberedelse, tilbudsarbeid, konkurransegjennomføring og kontraktsoppfølging.

Oslo Economics og Inventura har på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet utredet hva som kan være en optimal beløpsgrense for når anskaffelsesregelverket bør gjøres gjeldende.[[1119]](#footnote-1119) Det er ifølge utredningen usikkert hva som er optimal beløpsgrense for når anskaffelsesregelverket bør gjøres gjeldende. Deres erfaringer med anskaffelser under terskelverdi tilsier at selv enkle anskaffelser med lav verdi kan være relativt ressurskrevende å gjennomføre, til tross for at de er underlagt et begrenset regelverk. Mange oppdragsgivere velger å gjennomføre anskaffelser under nasjonal terskelverdi som om de var over nasjonal terskelverdi, for eksempel ved bruk av frivillig kunngjøring og ved å følge tilsvarende prosesser som anskaffelser regulert av del II. Deres erfaringer tilsier at dette skyldes en frykt for å gjøre feil og/eller opptre ulovlig. Oslo Economics og Inventura peker på at et mulig tiltak for å redusere ressursbruken på anskaffelser med lav verdi, kan være å øke beløpsgrensen for når regelverket kommer til anvendelse. Jo høyere beløpsgrensen settes, jo mindre ressurskrevende vil de mindre anskaffelsene bli.

I rapporten fra Oslo Economics og Inventura framgår det at vi ikke har informasjon om hvor høye transaksjonskostnadene er for en anskaffelse under dagens beløpsgrense på 100 000 kroner, men at det er grunn til å tro at de er vesentlig lavere enn for del I i dagens regelverk. Dette skyldes at det er relativt store faste kostnader forbundet med å gjennomføre en anskaffelse over beløpsgrensen. De relativt høye faste kostnadene tilsier at beløpsgrensen for når regelverket kommer til anvendelse bør settes nokså høyt.

Oslo Economics og Inventura viser videre til at økt beløpsgrense kan gi negative virkninger som følge av svekket konkurranse, økt fare for korrupsjon, samt mindre grad av innovasjon og leverandørutvikling. De negative virkningene stiger proporsjonalt med anskaffelsens verdi og er derfor relativt begrensede for mindre anskaffelser. En lav beløpsgrense for når regelverket kommer til anvendelse, kan samtidig ifølge utredningen ha særlig stor nytte for små og mellomstore bedrifter. Anskaffelser i sjiktet rett over 100 000 kroner kan bidra til utvikling av små leverandører og generelt skape bedre konkurranse i det aktuelle markedet. En annen negativ virkning ved økt beløpsgrense kan ifølge rapporten være svekket tillit til myndighetene. Dagens regelverk krever at anskaffelser gjennomføres i henhold til de grunnleggende prinsippene om offentlige anskaffelser. Mange vil ifølge rapporten sannsynligvis se på disse prinsippene som nettopp grunnleggende, og forvente at offentlig virksomheter følger disse prinsippene i alle sine anskaffelser. Dersom det besluttes at offentlig sektor ikke lenger trenger å følge disse prinsippene for en større andel av sine innkjøp, vil dette ifølge Oslo Economics og Inventura kunne svekke tilliten til myndighetene.

Det antas at de samlede positive virkningene for samfunnet av å heve beløpsgrensen fra 100 000 kroner til 300 000 kroner vil overstige de negative virkningene.

Forenklinger for anskaffelser under EØS-terskelverdi

Forenklinger for anskaffelser av varer og tjenester

For vare- og tjenesteanskaffelser under gjeldende EØS-terskelverdi foreslår utvalget en betydelig forenkling av dagens regelverk. Med dagens terskelverdier vil dette gjelde statlige vare- og tjenesteanskaffelser med en verdi mellom 100 000 kroner og 1,4 millioner kroner, og anskaffelser med en verdi mellom 100 000 kroner og 2,2 millioner kroner for andre oppdragsgivere. Utvalgets forslag vil gjelde for vare- og tjenesteanskaffelser mellom det nye innslagspunktet på 300 000 kroner og EØS-terskelverdi. Forslaget innebærer at kunngjøringsplikten for statlige vare og tjenestekontrakter heves fra 1,3 til 1,4 millioner kroner. For andre vare- og tjenestekontrakter heves kunngjøringsplikten fra 1,3 til 2,2 millioner kroner. For utvalget har det vært viktig å forenkle regelverket for de mindre oppdragsgiverne, spesielt for mindre oppdragsgivere som kommuner, som forholder seg til EØS-terskelverdien på 2,2 millioner kroner.

Hovedkravet ved anskaffelse av varer og tjenester under terskelverdi er at anskaffelsen skal skje på markedsmessige vilkår. Etter utvalgets oppfatning bør offentlige oppdragsgivere få større frihet enn i dag til å innrette slike anskaffelser slik de selv finner formålstjenlig, så lenge det sikres konkurranse om kontraktene. Det har vært viktig for utvalget at bestemmelsen gir tilstrekkelig fleksibilitet til oppdragsgiver, sikrer legitimitet og samtidig gir veiledning til oppdragsgiver. Ved å ha klare regler for hvordan oppdragsgiver skal gå frem og behandle leverandørene, gis også leverandørene en forutsigbar prosess.

Forenklingene vil redusere transaksjonskostnadene ved offentlige anskaffelser betydelig. Hevingen av kunngjøringsplikten vil gi vesentlige innsparinger for oppdragsgivere.

Økt terskelverdi for kunngjøring av anskaffelser av bygg og anlegg

Også for mindre bygge- og anleggsanskaffelser mener utvalget at det er grunn til å forenkle dagens regler, men EØS-terskelverdi for slike anskaffelser er så høy, for tiden 56 millioner kroner, at det er behov for en mer nyansert tilnærming. Når det gjelder reguleringen av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

Utvalgets flertall foreslår vesentlige forenklinger av regelverket for bygge- og anleggsanskaffelser under 15 millioner kroner. Dette er anskaffelser med en verdi på bare om lag 27 prosent av EØS-terskelverdien for bygge- og anleggsanskaffelser, som for tiden er på 56 millioner kroner. Flertallets syn er at dagens regulering i anskaffelsesforskriften del II er for rigid for kontrakter av denne størrelse, med tilhørende høye transaksjonskostnader. Samtidig mener flertallet at det er grunn til å beholde en kunngjøringsplikt som slår inn på et lavere nivå, for å sikre at leverandørmarkedet er oppmerksomme også på de mindre anskaffelsene. Flertallet mener et passende innslagspunkt for kunngjøringsplikten kan være 3 millioner kroner, opp fra dagens innslagspunkt på 1,3 millioner kroner. Med dette sikres ytterligere forenkling for bygge- og anleggskontrakter av en verdi mellom 1,3 og 3 millioner kroner. Vurdert opp mot gjeldende EØS-terskelverdi, er dette anskaffelser som er svært langt unna de bygge- og anleggsanskaffelsene som EU-lovgiver mener må underkastes de detaljerte reglene i anskaffelsesdirektivet.

For å sikre reell forenkling for bygge- og anleggsanskaffelsene med en verdi mellom 3 og 15 millioner kroner foreslår flertallet at den pliktige kunngjøringen begrenses til å gi overordnet informasjon om den planlagte anskaffelsen.

Flertallets forslag innebærer at kunngjøringsplikten for bygge- og anleggsanskaffelser heves fra 1,3 millioner kroner i dag og til 3 millioner kroner. Tall utvalget har innhentet fra Oslo Economics tyder på at det er relativt få bygge- og anleggsanskaffelser i dette prissegmentet.[[1120]](#footnote-1120) For de anskaffelsene som endringen får virkning for, vil det innebærer en betydelig forenkling, samtidig som ulempene for leverandørene synes beskjedne.

Forslaget om økt terskel for kunngjøringsplikt for anskaffelser av bygg og anlegg vil redusere transaksjonskostnadene for anskaffelser under den nye terskelverdien. Som det tidligere er redegjort for, henger transaksjonskostnadene som andel av en anskaffelse sammen med kontraktens størrelse i den enkelte anskaffelse.

Oslo Economics har i 2023 utredet ulike terskelverdier for bygg- og anleggsanskaffelser på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet.[[1121]](#footnote-1121) I utredningen antas nytten av offentlig kunngjøring å være lavere for bygg- og anleggsanskaffelser enn for vareanskaffelser. Heving av terskelverdien for kunngjøringsplikt gjør at offentlige oppdragsgivere i større grad kan bruke ikke-verifisérbar informasjon i valget av hvilke tilbydere som kan levere tilbud. For eksempel vil offentlige oppdragsgivere i praksis kunne velge å ikke invitere en entreprenør til å levere tilbud på byggingen av en barnehage, på grunnlag av dårlige erfaringer fra et tidligere prosjekt. Dette kan være særlig nyttig i bygg- og anleggsanskaffelser, der det er større fare for avvik mellom det som kan leses av tilbudet og endelig leveranse, enn ved kjøp av varer, som er klarere definert på bestillingstidspunktet.[[1122]](#footnote-1122)

Nyttevirkningene av kunngjøringsplikt øker ifølge rapporten fra Oslo Economics med verdien av anskaffelsen. Disse nyttevirkningene oppstår ved at offentlig kunngjøring, alt annet likt, gir bedre konkurranse, bedre leverandørmarkedsutvikling, innovasjon og muligheter for små- og mellomstore bedrifter, samt bedre hindring av misligheter. Rapporten peker på at flere forhold tilsier at nytten per anskaffelse av nasjonal terskelverdi/kunngjøringsplikt øker med verdien på anskaffelsen. For det første er virkningen av økt konkurranse på behovsdekning til en gitt kostnad større jo større verdien er. Videre er konsekvensen av misligheter (herunder korrupsjon) størst ved store anskaffelser, og nytten av en nasjonal terskelverdi med hensyn til integriteten i offentlig sektor er også størst ved store kjøp. Innovasjon og utvikling av leverandørmarkedet vil også være mer verdifullt per anskaffelse, jo større anskaffelsen er, alt annet likt. Det er ifølge rapporten usikkert om nytten for små og mellomstore bedrifter av terskelverdien øker proporsjonalt med verdien på anskaffelsen. På den ene siden er det mer verdifullt å vite om en stor anskaffelse. På den andre siden kan store anskaffelser være mindre aktuelle for små bedrifter.[[1123]](#footnote-1123)

Til sammenligning er kostnaden per anskaffelse av nasjonal terskelverdi mindre avhengig av anskaffelsens verdi. Endringen i kostnader som følge av terskelverdien er i hovedsak knyttet til at anskaffelser må kunngjøres, og er relativt uavhengig av verdien på anskaffelsen. Dette skyldes at flere av oppgavene som kunngjøringsplikten medfører, som evaluering av tilbud, prosessuelle kostnader og utarbeidelse av konkurransegrunnlag, uansett vil måtte gjennomføres uavhengig av anskaffelsens verdi.[[1124]](#footnote-1124)

Ifølge rapporten er det grunn til å tro at kostnadene ved en kunngjøringsplikt for bygg- og anleggsanskaffelser vil være høyere enn for andre typer anskaffelser. Bygge- og anleggsanskaffelser skiller seg fra vare- og tjenesteanskaffelser ved at de ikke kan defineres like enkelt og klart på forhånd, ved at det er hensiktsmessig å bruke informasjon som oppstår underveis i leveransen og ved at det ikke er mulig eller økonomisk hensiktsmessig å legge ansvaret for all risiko og usikkerhet på leverandøren. I tillegg er det mulig at nytten av en kunngjøringsplikt kan være noe lavere enn for vare- og tjenesteanskaffelser, ettersom det ikke nødvendigvis er like sterk sammenheng mellom pris på vinnende tilbud og sluttkostnad for prosjektet i bygg- og anleggsanskaffelser, som det er for vare- og tjenestekjøp. Disse forholdene tilsier ifølge rapporten at den optimale terskelverdien for kunngjøringsplikten for bygg- og anleggsanskaffelser kan være høyere enn for vare- og tjenestekjøp.[[1125]](#footnote-1125)

På denne bakgrunn er det grunn til å anta at flertallets forslag om økt terskelverdi vil gi vesentlige reduksjoner i kostnadene ved anskaffelser av bygg og anlegg. Nyttevirkningene ved offentlig kunngjøring vil bli noe lavere enn med dagens regelverk. Det betyr at det kan bli noe redusert konkurranse, leverandørmarkedsutvikling, innovasjon og muligheter for små- og mellomstore bedrifter, samt hindring av misligheter. Etter flertallets vurdering vil de samlede nettovirkningene være positive, ved at reduksjonene i kostnadene vil være høyere enn reduksjonene i nyttevirkningene.

Lavere terskelverdi for bruk av EØS-regelverk for bygg- og anleggsanskaffelser

For bygg- og anleggsanskaffelser som overstiger 15 millioner kroner mener flertallet at det er behov for mer robuste regler for å sikre leverandørenes rett til å konkurrere om kontraktene. På denne bakgrunn foreslår flertallet å «trekke ned» de direktivbestemte reglene i lovutkastet del III. Dette omtales i det videre som «nedtrekksmodellen». De direktivbestemte reglene er godt kjent både blant oppdragsgivere, leverandører og deres rådgivere. I stedet for å utvikle et helt eget nasjonalt regelverk for bygge- og anleggsanskaffelser mellom 15 millioner kroner og EØS-terskelen på 56 millioner, foreslår utvalget å ta utgangspunkt i EØS-regelverket og så ta inn noen få unntak og presiseringer som oppfattes som viktige.

Å bruke eksisterende regler fremfor å utvikle nye, vil også medføre en forenkling. For små og mellomstore leverandører kan dette også være en læringsprosess og forberedelse til senere og større anskaffelser etter del III. En kartlegging gjort av Oslo Economics på oppdrag fra utvalget viste at det i 2022 ble gjennomført 1990 kunngjøringer etter del II i anskaffelsesforskriften, og av disse hadde 75 prosent av kunngjøringene en verdi på lik eller mindre enn 10 millioner kroner. Det store flertallet var bygge- og anleggsanskaffelser. I praksis vil det neppe være mer enn anslagsvis 20 prosent av bygg- og anleggsanskaffelsene som i dag følger del II som flyttes over til del III med utvalgets forslag. Slik sett bidrar flertallets forslag til en vesentlig forenkling av de langt fleste anskaffelsene under EØS-terskelverdi.

Det foreslås at bygge- og anleggsanskaffelser med en antatt verdi over 15 millioner kroner skal følge reglene i del III med visse justeringer som gjør at fremgangsmåten oppdragsgiver skal følge blir mer fleksibel. Ved bygg- og anleggsanskaffelser mellom 15 og 56 millioner kroner, foreslås det at oppdragsgiver kan velge fritt mellom konkurranseformene. Oppdragsgiver kan fastsette egne tidsfrister for gjennomføring av konkurransen. Dette gir oppdragsgiver mulighet til å tilpasse konkurransen til den konkrete anskaffelsen, og gjøre det mulig med en mer effektiv prosess. Oppdragsgiver kan la være å bruke ESPD, og velge bare å kunngjøre nasjonalt. At oppdragsgiver fritt skal kunne innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå avvisning av en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, er etter utvalgets syn en viktig fleksibilitet.

Forslaget om nye regler vil i en overgangsperiode kunne medføre økt ressursbruk til å lære nytt regelverk. Samtidig er de direktivbestemte reglene godt kjent, og det vil medføre en forenkling å bruke eksisterende regler framfor å utvikle nye. Videre er det lagt opp til en stor grad av fleksibilitet for oppdragsgivere for anskaffelser mellom 15 og 56 millioner kroner. Samlet sett antas derfor forslaget å medføre reduserte transaksjonskostnader.

Anskaffelser med klar grensekryssende interesse

Utvalgets forslag til enklere regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi utløser behov for en særregel for anskaffelser som må antas å ha klar grensekryssende interesse, og som derfor omfattes av EØS-avtalens hovedregler om fri bevegelighet. Utvalget foreslår at det i ny anskaffelseslov tas inn en egen bestemmelse om anskaffelser under terskelverdi med klar grensekryssende interesse, at bestemmelsen bare gjelder for anskaffelser som er omfattet av EØS-avtalens hoveddel. Videre at det gis egen veiledning for hvordan oppdragsgiver skal vurdere om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse.

Etter utvalgets syn skal det en del til før en anskaffelse under EØS-terskelverdi må antas å ha klar grensekryssende interesse. Videre erkjenner utvalget at det å vurdere om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse kan være en vanskelig vurdering for oppdragsgiver. Disse to betraktningene gjør at utvalget har foreslått en formulering i lovbestemmelsen som synliggjør at en anskaffelse under EØS-terskelverdi i utgangspunktet ikke har grensekryssende interesse. Det bør også utarbeides egen veiledning til oppdragsgivere om hvordan denne vurderingen skal foretas, på samme måte som i Danmark.

Forslaget vil kunne medføre økt ressursbruk for oppdragsgivere i noen anskaffelser, til å vurdere om anskaffelser antas å ha klar grensekryssende interesse. Siden lovbestemmelsen må antas å ha et praktisk snevert virkeområde, Videre vil utvalgets forslag medføre noe økt ressursbruk for DFØ til å utarbeide veiledning til oppdragsgivere. Disse kostnadene må antas å bli lave, i lys av at utvalget har fått utredet de rettslige rammene for denne vurderingen jf. utredningen fra Simen Hammersvik, som er et digitalt vedlegg til denne rapporten. De rettslige rammene for denne vurderingen fremgår også av veiledning fra danske myndigheter. Det legges til grunn at veiledning vil forenkle vurderingene hos oppdragsgiverne. Det forventes at ressursbruken totalt sett vil bli begrenset, siden det skal en del til før en anskaffelsene antas å ha klar grensekryssende interesse.

#### Mer fleksible regler om helsetjenester og andre særlige tjenesteytelser

Utvalgets vurdering er at direktivets bestemmelser om sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget mener det fra et rettslig ståsted ikke er behov for noen ytterligere regler ut over det som følger av direktivet. Virkeområdet til reglene bør være tilsvarende som angitt i direktivet. Dette er en endring fra gjeldende regulering i anskaffelsesforskriften, hvor de særlige tjenesteytelsene følger mer detaljerte regler i anskaffelsesforskriften del II.

Det er foreslått at terskelverdien til nytt kapittel om sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser skal være tilsvarende som i direktivet, som i skrivende stund er 7,8 millioner kroner. Anskaffelser av helsetjenester og andre særlige tjenesteytelser under denne terskelverdien vil følge de forenklede reglene i kapittel 3.

Utvalgets forslag medfører at Norge i langt større grad enn i dag benytter det handlingsrommet som EU har lagt til rette for. Forslaget vil redusere transaksjonskostnadene for oppdragsgivere markant. Dette gjelder særlig for de tjenestene som tidligere har fulgt reglene i anskaffelsesforskriften del II.

Forslaget innebærer blant annet at skillet mellom særlige tjenester som omfattes av anskaffelsesforskriften del II, jf. vedlegg 2 og helse og sosialtjenester, jf. vedlegg 3 oppheves. Alt som er å finne i direktivets oversikt over light-regimet vil etter utvalgets forslag kunne gjennomføres i overenstemmelse med light-regimet. Dette vil gi økt handlingsrom og enklere regler på mange områder for oppdragsgivere, og vil kunne gi vesentlige besparelser for oppdragsgivere.

#### Økonomiske og administrative konsekvenser av forenklinger

I mandatetet fremgår det at utvalget skal anslå nytten og kostnadene ved forenklingene som foreslås. Utvalgets forslag til forenklinger i regelverket for offentlige anskaffelser antas samlet å gi vesentlig reduserte transaksjonskostnader for oppdragsgivere og leverandører. Utvalget foreslår en rekke forenklinger og tydeliggjøringer av regelverket. Det gjør det komplekst å tallfeste besparelsene, spesielt da flere forenklinger som bortfall av del II og flere endringer i terskelverdier både har direkte effekter, men også påvirker hverandre. Oslo Economics har anslått reduksjoner i transaksjonskostnader ved ulike endringer i terskelverdier for bygg- og anleggsanskaffelser på mellom 25 og 245 millioner kroner.[[1126]](#footnote-1126) Det understrekes at dette er et svært usikkert anslag, og som uansett ikke hensyntar utvalgets øvrige forslag til forenkling. Utvalget anser derfor ikke estimatet som dekkende og har ikke vektlagt dette i sine vurderinger.

Det er ikke mulig å tallfeste virkninger av forenklinger i regelverket på for eksempel tillit til offentlig sektor, innovasjon, leverandørmarkedsutvikling og små og mellomstore bedrifters mulighet til å delta i konkurranser. Hvilke tallfestede virkninger de foreslåtte regelverksendringene får, vil også bero på om og hvordan deler eller hele av regelverket skal håndheves. Forslag til reviderte regler for håndheving vil være en del av utvalgets andre delutredning, og således mangler et viktig element for å kunne tallfeste virkningene av forslagene fra første delutredning. Utvalget vurderer likevel de samlede positive virkningene av regelendringene som høyere enn de negative virkningene.

# Merknader til de enkelte paragrafer

Del I Innledende bestemmelser

Kapittel 1

§ 1-1 Formål

(1) Loven gir regler om fremgangsmåten for offentlige anskaffelser. Loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

(2) Dette innebærer blant annet at loven skal bidra til

* at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte
* omstilling til et lavutslippssamfunn
* at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres
* innovasjon
* anstendige arbeidsforhold
* konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører
* at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte
* at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning.

(3) Sammen med lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsanskaffelser gjennomfører loven Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 11.

§ 1-2 Hvem loven gjelder for

Loven gjelder for statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder også for sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i første punktum.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1, jf. artikkel 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.1.

Bestemmelsen angir at loven gjelder for statlige myndigheter. Statlige myndigheter omfatter alle organer som utøver lovgivende, utøvende og dømmende makt. Departementer, direktorater, fylkesmenn og domstoler er eksempelvis alle å anse som statlige organer.

Bestemmelsen angir at loven gjelder for fylkeskommunale og kommunale myndigheter. På fylkeskommunalt og kommunalt nivå vil alle former for enheter innad i fylkeskommunal eller kommunal forvaltning være omfattet. Dette gjelder for eksempel skoler og sykehjem

Bestemmelsen gir loven anvendelse på offentligrettslige organer. Offentligrettslige organer er organer eller virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter og som står i en nær tilknytning til det offentlige. Begrunnelsen for å inkludere disse er blant annet å hindre at andre hensyn enn rent forretningsmessige kan påvirke virksomhetens valg av leverandører.

Det er tre vilkår som må være oppfylte for at en virksomhet skal anses for å være et offentligrettslig organ. Det vises til fremstillingen i kapittel 24.1 for det nærmere innholdet i vilkårene.

§ 1-3 Saklig virkeområde

Loven gjelder når offentlig oppdragsgiver som nevnt i § 1-2 har til hensikt å inngå varekontrakter, tjenestekontrakter eller bygge- og anleggskontrakter, og den aktuelle kontrakten har en antatt verdi over 300 000 kroner.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 1 nr. 2. Lovens avgrensning mot kontrakter under 300 000 kroner er en nasjonal regulering. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.1.

Bestemmelsen angir lovens saklige virkeområde, og må leses i sammenheng med de øvrige bestemmelsene i lovens kapittel 1. Ordlyden «har til hensikt å inngå» tydeliggjør at regelverket også får anvendelse i de tilfeller en anskaffelsesprosess ikke ender med en inngått kontrakt. En kontrakt er en gjensidig bebyrdende avtale som innebærer en direkte økonomisk fordel for oppdragsgiver. Andre momenter som er relevante for å klargjøre om det er tale om en kontrakt er gjensidigheten ved ytelsene, og hvorvidt partene har tilgjengelige misligholdsbeføyelser.

[§ 1-4 Geografisk virkeområde

Utvalget vil komme tilbake til denne bestemmelsen i andre delutredning].

§ 1-5 Rettighetshavere

(1) Rettighetshavere etter loven er

a. virksomheter etablert i Norge

b. virksomheter etablert i andre EØS-stater, i det omfang som følger av EØS-avtalen

c. virksomheter etablert i en stat som er part til WTO-avtalen om offentlige innkjøp, i det omfang som følger av denne avtalen

d. virksomheter etablert i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av den aktuelle avtalen.

(2) Virksomheter som ikke omfattes av første ledd kan ikke delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge uten godkjenning fra departementet.

Bestemmelsen gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen og internasjonale forpliktelser. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.19.

Første ledd angir at virksomheter som er etablert i Norge, i andre EØS-stater, i en part til WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, er rettighetshavere etter loven. For alle andre enn virksomheter etablert i Norge er imidlertid statusen som rettighetshaver begrenset av de aktuelle avtalenes rekkevidde overfor Norge som part til dem.

Leverandører fra andre EØS-stater har uten videre status som rettighetshavere i anskaffelser over EØS-terskelverdi. Under EØS-terskelverdi vil eventuelle rettigheter til leverandører fra andre EØS-stater bero på om anskaffelsen gjelder varer eller tjenester som er omfattet av EØS-avtalens saklige virkeområde og om den aktuelle anskaffelsen har klar grensekryssende interesse, se nærmere i kapittel 23.

Etablert i EØS betyr at virksomheten er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat.

For leverandører etablert utenfor EØS må det gjøres en konkret vurdering av hvilke forpliktelser Norge har påtatt seg overfor leverandørens hjemstat. Den generelle fremstillingen i kapittel 24.19 redegjør nærmere for vurderingen.

Andre ledd slår fast at virksomheter som ikke omfattes av første ledd ikke kan delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge uten særskilt godkjenning fra departementet. I den utstrekning avtaleløse leverandører gis rett til å konkurrere om offentlige kontrakter i Norge, så bør de etter utvalgets syn ha samme rettigheter som de andre leverandørene som konkurrerer om den samme kontrakten.

§ 1-6 Offentlighet

For allmennhetens innsyn i dokumentene knyttet til en offentlig anskaffelse gjelder offentleglova.

Bestemmelsen kodifiserer EU-domstolens praksis knyttet til artikkel 21. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.15

Bestemmelsen fastslår at offentleglova gjelder for allmennhetens innsyn i dokumenter som er knyttet til gjennomføringen av en anskaffelsesprosess.

§ 1-7 Taushetsplikt

(1) Reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven § 13 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte informasjon av fortrolig karakter som gjøres tilgjengelig for dem i forbindelse med en anskaffelse.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 21. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.15.

Første ledd medfører at reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder for alle oppdragsgivere, også oppdragsgivere som normalt ikke er omfattet av forvaltningsloven. Forvaltningsloven har regler om taushetsplikt i § 13.

Andre ledd synliggjør at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte fortrolig informasjon i forbindelse med anskaffelsesprosesser. Det er opp til oppdragsgiver å vurdere hvilke krav som er egnet og forholdsmessig i det enkelte tilfellet.

§ 1-8 Habilitet

(1) Ved gjennomføringen av en anskaffelse gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven §§ 11-10 og 13-3. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven §§ 6 til 10 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 24. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.18.

Første ledd konstaterer at forvaltningslovens alminnelige habilitetsregler kommer til anvendelse ved offentlige anskaffelser. Forvaltningslovens alminnelige habilitetsregler kommer i tillegg til de anskaffelsesrettslige bestemmelsene om rådgiverhabilitet i § 12-2. For oppdragsgivere som er omfattet av forvaltningsloven og kommuneloven, følger habilitetsregler av disse. For andre oppdragsgivere kommer forvaltningslovens bestemmelser tilsvarende til anvendelse.

Det følger av forvaltningsloven § 10 at habilitetsreglene også må overholdes av «enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan».

Bestemmelsen retter seg mot gjennomføring av en anskaffelse. Dette gjelder hele perioden fra planleggingsfasen frem til kontraktsinngåelse. Habilitet må vurderes underveis i en anskaffelsesprosess, da det kan oppstå problemstillinger etter hvert som prosessen skrider frem og nye omstendigheter blir kjent.

Andre ledd angir at det vil være opp til oppdragsgiver å fastsette egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet. Det å ha rutiner som sørger for at det opplyses om eventuelle bindinger hos ansatte eller innleide som er involvert i en anskaffelse kan være et egnet tiltak. Hvis inhabilitet konstateres må det settes i verk tiltak som kan bøte på situasjonen ved at vedkommende som er inhabil for eksempel ikke deltar i saksbehandlingen, ikke har tilgang til dokumenter eller lignende. Hvis en overordnet er inhabil må ansvaret for å ta avgjørende beslutninger flyttes til en sideordnet eller overordnet, jf. forvaltningsloven § 6 tredje ledd. Tiltakene vil kunne variere ut fra tidspunkt i anskaffelsesprosessen, med tanke på muligheten for å utjevne eventuelle konkurransefordeler.

§ 1-9 Omgåelsesforbud

En offentlig anskaffelse må ikke utformes med det formål å utelukke den fra anvendelsesområdet til lovens bestemmelser.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 annet avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.12.

Kapittel 2 Samfunnshensyn

§ 2-1 Plikt til å ta samfunnshensyn og ha rutiner

(1) Oppdragsgiver skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene nevnt i § 1-1 ivaretas.

(2) Oppdragsgiver skal ha oppdaterte rutiner for dette formålet. Rutinene skal være offentlig tilgjengelige.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og ikke gjennomføring av direktivforpliktelser. Bestemmelsen er et tiltak som er egnet til oppfylle forpliktelsen i artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 13.

Første ledd pålegger oppdragsgiver å innrette sin anskaffelsespraksis for å ivareta samfunnshensynene som er nevnt i lovens formålsbestemmelse. Å innrette sin anskaffelsespraksis kan gjøres ved å følge lovens regler i kapittel 2, men kan også innbære videre tiltak.

§ 2-2 Grønn omstilling

(1) Oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser.

(2) For kunngjøringspliktige anskaffelser etter denne loven gjelder følgende

a. oppdragsgiver skal i forkant vurdere hvordan anskaffelsen kan innrettes for å begrense dens samlede klimaavtrykk og miljøbelastning (klima- og miljøkartlegging). Kartleggingen kan involvere dialog med leverandører, og bør gjøre det, med mindre oppdragsgivers kjennskap til markedet gjør dette overflødig. Kartleggingen skal inngå i anskaffelsesprotokollen

b. oppdragsgiver skal stille klima- eller miljøkrav til ytelsen. Kravene skal gi reell klima- og miljøgevinst, men uten å påføre oppdragsgiver uforholdsmessige merkostnader

c. oppdragsgiver skal stille klima- eller miljørelaterte krav eller kriterier også i andre trinn av anskaffelsesprosessen, dersom det vil gi ytterligere klima- eller miljøgevinst uten å medføre uforholdsmessige kostnader for oppdragsgiver.

(3) Oppdragsgiver skal prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk.

(4) For anskaffelser undergitt standardiserte minimumskrav i henhold til § 2-3, kan oppdragsgiver velge å stille ytterligere krav eller kriterier.

(5) Forpliktelsene etter første til tredje ledd kan oppfylles ved bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring.

(6) Andre ledd gjelder ikke dersom anskaffelsen har et klimaavtrykk og en miljøbelastning som er uvesentlig. Dette skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører ingen konkret direktivbestemmelse, men bestemmelsen er et tiltak for å oppfylle forpliktelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 14.

Første ledd stadfester at oppdragsgiver skal ta hensyn til klima- og miljø i offentlige anskaffelser. Første ledd gjelder alle anskaffelser omfattet av loven, og innebærer at oppdragsgiver i enhver anskaffelse skal innrette sin fremgangsmåte slik at klima og miljø hensyntas.

Andre ledd gjelder for kunngjøringspliktige anskaffelser. Dette er anskaffelser som følger reglene i del III av loven, jf. del III og bygge- og anleggsanskaffelser over tre millioner kroner, jf. § 3-2. For bygge. og anleggsanskaffelser mellom tre og femten millioner kroner er det ikke krav til anskaffelsesprotokoll, men kartleggingen må dokumenteres på annen egnet måte. Det nærmere innholdet av bokstavene a til c er redegjort for i den generelle fremstillingen i kapittel 14.

Tredje ledd innebærer at oppdragsgiver skal prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk. Å prioritere i denne sammenheng betyr at oppdragsgiver i utformingen av krav og kriterier, skal prioritere å stille krav som begrenser klimaavtrykket til den konkrete kontrakten. Utslipp som reduserer klimagassutslipp som bidrar til å oppnå Norges klimamål bør prioriteres. Dette skal prioriteres fremfor for eksempel krav og kriterier som ivaretar miljøet.

Fjerde ledd tydeliggjør at standardiserte minimumskrav kan benyttes til å oppfylle forpliktelsen i andre og tredje ledd, men oppdragsgiver kan også i disse tilfellene stille ytterligere krav og kriterier. Dette er særlig aktuelt der de vedtatte standardiserte minimumskravene ikke har et tilstrekkelig høyt ambisjonsnivå i relasjon til det aktuelle markedet.

Femte ledd tydeliggjør at DFØs veiledende kriterier kan benyttes til å oppylle forpliktelsene i andre og tredje ledd.

Sjette ledd gir unntak fra andre ledd, når det gjelder anskaffelser som har et uvesentlig klimaavtrykk eller miljøbelastning. Det er opp til oppdragsgiver å vurdere dette i hver enkelt anskaffelse, men oppdragsgiver må kunne gi en begrunnelse i anskaffelsesprotokollen.

§ 2-3 Standardiserte minimumskrav

Departementet kan gi forskrift om standardiserte minimumskrav ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et tiltak for å oppfylle forpliktelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 14.

Bestemmelsen gir hjemmel til departementet til å vedta forskrift om standardiserte minimumskrav. Intensjonen med bestemmelsen er å gi hjemmel for å gjennomføre eksisterende og fremtidige standardiserte minimumskrav i EU, og nasjonale standardiserte minimumskrav.

§ 2-4 Innovasjon

For å åpne for nye eller vesentlig endrede produkter, tjenester, produksjonsmåter med videre, kan oppdragsgiver stille egnede krav eller kriterier som fremmer innovasjon. En innovativ anskaffelse kan for eksempel skje gjennom bruk av konkurranse med forhandling, innovasjonspartnerskap, konkurransepreget dialog eller at oppdragsgiver åpner for alternative tilbud, jf. § 13-9.

Bestemmelsen er nasjonal, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.

Bestemmelsen synliggjør hvordan oppdragsgiver kan fremme innovasjon i offentlige anskaffelser.

§ 2-5 Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i tjenestekontrakter og bygge- og anleggsanskaffelser

(1) Oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten på områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, har lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med gjeldende forskrifter.

(2) På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal oppdragsgiver stille kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår som svarer til en gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Med lønns- og arbeidsvilkår menes bestemmelser om arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen.

(3) For kunngjøringspliktige anskaffelser skal oppdragsgiver føre risikobasert kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes. Risikovurderingen og eventuell ytterligere kontroll dokumenteres i tilstrekkelig grad.

(4) Oppdragsgiver skal i kontrakten kreve at leverandører og eventuelle underleverandører på forespørsel må dokumentere at krav til lønns- og arbeidsvilkår som nevnt i første og andre ledd er oppfylt. Leverandører og eventuelle underleverandører skal på forespørsel utlevere nødvendig dokumentasjon til oppdragsgiver for å dokumentere overholdelse av kontraktsvilkårene.

(5) Det skal fremgå av anskaffelsesdokumentene at kontrakten vil inneholde kontraktsvilkår i henhold til første, andre og fjerde ledd.

Bestemmelsen i § 2-5, sammen med § 2-10, gjennomfører ILO-konvensjon nr. 94 i norsk rett. Bestemmelsen gjennomfører ingen konkret direktivbestemmelse, men er et tiltak for å oppfylle forpliktelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 16.

Bestemmelsen gjelder for tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter, og for oppdragsgivere som omfattes av loven i henhold til § 1-2.

Første ledd pålegger oppdragsgivere å stille kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med forskrift om allmenngjort tariffavtale. De aktuelle lønns- og arbeidsvilkårene fremkommer av allmenngjøringsforskriftene. Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav stilles til eventuelle underleverandører. Første ledd gjelder alle kontrakter som verdimessig omfattes av loven.

Andre ledd gjelder på områder som dekkes av landsomfattende tariffavtale som ikke er allmenngjort. I slike anskaffelser skal oppdragsgiver stille kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår som minst svarer til en gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Angivelsen av de aktuelle lønns- og arbeidsvilkår er uttømmende. Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav stilles til eventuelle underleverandører. Andre ledd gjelder alle kontrakter som verdimessig omfattes av loven.

Tredje ledd fastsetter at oppdragsgiver skal føre risikobasert kontroll av at kontraktsvilkårene overholdes. Plikten gjelder for kunngjøringspliktige anskaffelser. Dette er anskaffelser som følger reglene i del III av loven, jf. § 6-1, og bygge- og anleggsanskaffelser med verdi som er lik eller over tre millioner kroner, jf. § 3-2. Bestemmelsen innebærer en todelt plikt for oppdragsgiver. Oppdragsgiver må først vurdere risikoen ved kontrakten. Utfallet av risikovurderingen avgjør om det er nødvendig med ytterligere kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes. Risikovurderingen og eventuell ytterligere kontroll må dokumenteres i tilstrekkelig grad, i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper og arkivloven.

Fjerde ledd første punktum fastsetter at oppdragsgiver i kontrakten skal kreve at leverandører og eventuelle underleverandører på forespørsel må dokumentere at krav til lønns- og arbeidsvilkår som nevnt i første og andre ledd er oppfylt. Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav stilles til eventuelle underleverandører. Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 2-10 om sanksjoner, som innebærer at oppdragsgiver kan iverksette kontraktsrettslige sanksjoner ved brudd på leverandørens dokumentasjonsplikt. Fjerde ledd første punktum gjelder alle kontrakter som verdimessig omfattes av loven.

Fjerde ledd andre punktum fastsetter at leverandører og eventuelle underleverandører på forespørsel skal utlevere nødvendig dokumentasjon til oppdragsgiver for å dokumentere overholdelse av kontraktsvilkårene. Det er leverandør og underleverandør som her er pliktsubjekt. Bestemmelsen skal sikre at leverandør og underleverandører har tilstrekkelig behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen for behandling av personopplysninger i forbindelse med dokumentasjonsplikten.

Femte ledd fastsetter en plikt for oppdragsgiver til å opplyse i anskaffelsesdokumentene om at kontrakten vil inneholde kontraktsvilkår i henhold til første, andre og fjerde ledd. Femte ledd gjelder alle kontrakter som verdimessig omfattes av loven.

§ 2-6 Kontraktsvilkår om lærlinger

(1) Oppdragsgiver skal i tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter stille kontraktsvilkår om at leverandør er tilknyttet en lærlingordning og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med å oppfylle kontrakten. Dette gjelder når

a. kontrakten har en varighet på over tre måneder og

b. det er et særlig behov for læreplasser.

(2) En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og som kan dokumentere reelle forsøk på å inngå kontrakt med lærling uten å lykkes, skal av oppdragsgiver anses å ha oppfylt kravet om bruk av lærling.

(3) Plikten gjelder ikke når kontraktsvilkår må anses som uforholdsmessig etter kontraktens innhold, omfanget av arbeidet der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev eller andre forhold.

(4) For kunngjøringspliktige anskaffelser skal oppdragsgiver føre risikobasert kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes. Risikovurderingen og eventuell ytterligere kontroll dokumenteres i tilstrekkelig grad.

Bestemmelsen gjennomfører ingen konkret direktivbestemmelse, men bestemmelsen er et tiltak for å oppfylle forpliktelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 17.

Første ledd pålegger oppdragsgivere som definert i § 1-2 å stille kontraktsvilkår om at leverandøren både er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere av lærlingene deltar i den konkrete kontrakten. Videre følger det at plikten kun gjelder tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter, som definert i § 4-2.

Krav til lærling er et kontraktsvilkår, og trenger derfor ikke være oppfylt på tidspunkt for innlevering av tilbud, men først ved oppstart av kontraktsarbeidene. Kravet om bruk av lærlinger er rettet mot hovedleverandøren. Hovedleverandøren står fritt til å oppfylle vilkåret selv eller ved hjelp av underleverandør.

Kravet om at leverandøren skal være tilknyttet en lærlingordning, innebærer at leverandøren må være godkjent lærebedrift, enten i Norge eller i et annet land med lærlingordning.

Bestemmelsen oppstiller videre to kumulative vilkår for når plikten inntrer.

Bokstav a angir at kontrakten må ha en varighet på minimum tre måneder, før plikten inntrer. Kontraktens varighet skal vurderes ut ifra den tiden de faktiske arbeidene tar fra oppstart til overlevering. Dette innebærer at tiden ikke skal beregnes fra signering av kontrakt til overtakelse.

Bokstav b stiller krav om at det må være et særlig behov for læreplasser. Kunnskapsdepartementet fastsetter hvor det er et slikt særlig behov.

Andre ledd angir at krav om å stille kontraktsvilkår om lærlinger også kan anses å være oppfylt av oppdragsgiver, selv om kontrakten ikke gjennomføres med lærlinger. Dette forutsetter at leverandøren har gjort reelle forsøk på å inngå lærlingkontrakt, og at dette dokumenteres. Bakgrunnen for dette er å forhindre betydelig merarbeid, økte kostnader og forsinkelser dersom det viser seg at leverandørene ikke klarer å få lærlinger.

Tredje ledd gir unntak i de tilfeller der plikten er uforholdsmessig av ulike grunner. Om det vil være uforholdsmessig å stille kontraktsvilkår om lærlinger beror på en konkret vurdering. Det vil kunne være uforholdsmessig å stille kontraktsvilkår om lærlinger dersom kontrakten ikke er egnet for lærlinger. I tjenestekontrakter hvor en betydelig del av kontraktsverdien knytter seg til materialkostnader vil det også kunne anses som uforholdsmessig å stille kontraktsvilkår om læringer.

Fjerde ledd fastsetter at oppdragsgiver skal føre risikobasert kontroll av at kontraktsvilkårene overholdes. Plikten gjelder for kunngjøringspliktige anskaffelser. Dette er anskaffelser som følger reglene i del III av loven, jf. § 6-1, og bygge- og anleggsanskaffelser med verdi som er lik eller over tre millioner kroner, jf. § 3-2. Bestemmelsen innebærer en todelt plikt for oppdragsgiver. Oppdragsgiver må først vurdere risikoen ved kontrakten. Utfallet av risikovurderingen avgjør om det er nødvendig med ytterligere kontroll av om kontraktsvilkårene overholdes. Risikovurderingen og eventuell ytterligere kontroll må dokumenteres i tilstrekkelig grad, i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper og arkivloven.

§ 2-7 Kontraktsvilkår om begrensning i antallet ledd i leverandørkjeden

(1) Oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at en leverandør ikke har mer enn to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre enten bygge- og anleggsarbeider, eller renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 90910000 (rengjøring).

(2) Oppdragsgiver kan godta flere ledd i leverandørkjeden dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse.

(3) Det maksimale antallet ledd oppdragsgiver vil godta, skal angis i anskaffelsesdokumentene.

(4) Etter at kontrakt er inngått, kan oppdragsgiver godta flere ledd dersom det på grunn av uforutsette omstendigheter er nødvendig for å få gjennomført kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører ingen konkret direktivbestemmelse, men er et tiltak for å oppfylle forpliktelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 18.

Første ledd gjelder for utførelse av bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 90910000 (rengjøring). Bygge- og anleggskontrakter er definert i anskaffelsesloven § 4-2. Dette innebærer at begrensning i antallet ledd kun gjelder for arbeidet som knytter seg til utførelsen av bygge- og anleggsarbeidene og ikke det som knytter seg til planleggingen, herunder planlegging/prosjektering, rådgivning og andre tilknyttede tjenester.

Videre fremgår det av første ledd at en leverandør kan ha maksimalt to ledd i leverandørkjeden under seg. Dette innebærer at det maksimalt kan være tre ledd i leverandørkjeden. Med antall ledd i leverandørkjeden menes bruk av underleverandører i direkte kjede nedover, som gjør arbeid eller yter en tjeneste direkte til kontrakten. Bestemmelsen omfatter ikke vareleverandører eller sidestilte underleverandører med direkte kontrakt med hovedleverandøren.

Innleid personell som inngår i underleverandørens arbeidsstokk anses ikke som et eget ledd i leverandørkjeden.

Andre ledd gjør unntak fra kravet om maksimalt antall ledd dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse.

Unntaksbestemmelsene skal tolkes strengt. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse.

Unntak kan gjøres der det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse. Behov for flere ledd for å sikre konkurranse kan tenkes der oppdragsgiver kjenner markedet for den konkrete anskaffelsen og vet at markedet enten ikke vil respondere eller at det ikke vil bli tilstrekkelig konkurranse dersom det ikke åpnes for lengre leverandørkjeder. Dette kan for eksempel være der markedet er organisert på en slik måte at flere ledd er vanlig. Bruk av unntaksbestemmelsen forutsetter dermed at oppdragsgiver har god kunnskap om markedet det skal gjøres innkjøp i.

I henhold til tredje ledd skal det maksimale antall leverandørledd oppdragsgiver vil godta angis i anskaffelsesdokumentene. Dette innebærer at oppdragsgiver på forhånd må ha bestemt seg for om oppdragsgiver vil godta flere ledd i leverandørkjeden enn to. Oppdragsgiver bør i anskaffelsesdokumentene gi en begrunnelse for hvorfor flere ledd er nødvendig i den konkrete anskaffelsen.

Etter fjerde ledd åpnes det for at oppdragsgiver godkjenner flere leverandørledd også etter at kontrakt er inngått dersom det inntreffer uforutsette omstendigheter. Unntaket skal forhindre at oppdragsgiver må gjennomføre en ny konkurranse i tilfeller hvor uforutsette omstendigheter fremtvinger et nytt leverandørledd for å få oppfylt kontrakten.

Uforutsette omstendigheter kan for eksempel være at det oppdages forhold på eller i nærheten av en byggeplass som ikke var kjent på forhånd. Dette kan være forurensning i grunnen eller andre forhold som medfører behov for ekstra undersøkelser, sikringstiltak eller annet ekstra, uforutsett arbeid. Dersom det i slike tilfeller oppstår behov for å hente inn flere underleverandører med særskilt kompetanse, kan det være aktuelt å godta flere ledd. Ved bruk av unntaksbestemmelsen bør oppdragsgiver være seg bevisst formålet med bestemmelsen om å begrense antallet ledd i leverandørkjeden; å motvirke arbeidslivskriminalitet. Dersom oppdragsgiver åpner for flere ledd i kontraktsfasen er det viktig med god kontroll og oversikt over både antall ledd og hva slags oppgaver de nye underleverandørene utfører.

§ 2-8 Menneskerettigheter

I anskaffelser som følger lovens del III og der det er høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter, skal oppdragsgiver stille krav eller kriterier for å motvirke at slike brudd oppstår.

Bestemmelsen gjennomfører ingen konkret direktivbestemmelse, men bestemmelsen er et tiltak for å oppfylle forpliktelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 19.

Rekkevidden av begrepet «grunnleggende menneskerettigheter» er redegjort for i den generelle fremstillingen.

Krav eller kriterier betyr at oppdragsgiver skal benytte kvalifikasjonskrav, krav til ytelsen, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Der det stilles kontraktsvilkår, følger det av § 2-10 at det også må inntas egnede sanksjoner i kontrakten.

At oppdragsgiver skal motvirke at brudd oppstår betyr at oppdragsgiver ikke har en plikt til å sikre overholdelsen av konkrete rettigheter, men skal innenfor sine rammer av den offentlige konkurransen og kontrakten motvirke at brudd oppstår.

Anskaffelser som følger lovens del III omfatter også bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi over 15 millioner kroner, jf. § 3-2 andre ledd.

§ 2-9 Skatteattest

(1) Oppdragsgiver skal kreve at den valgte leverandør, inkludert underleverandør, leverer skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt. Dette gjelder bare for norske leverandører.

(2) Skatteattesten skal ikke være eldre enn seks måneder, beregnet fra den dato oppdragsgiver meddeler hvem som har vunnet kontrakten.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelser.

Kravet gjelder kun for vinnende leverandør og vedkommendes underleverandører. Skatteattest kan bare kreves fra norske leverandører, og skal ikke være eldre enn seks måneder.

§ 2-10 Sanksjoner

Oppdragsgiver skal i kontrakten innta egnede sanksjoner for leverandørens eller eventuelle underleverandørers brudd på kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene i dette kapittelet.

Deler av bestemmelsen gjennomfører konvensjonsforpliktelser etter ILO 94-konvensjonen (sanksjoner i forlengelsen av forpliktelsen i § 2-5). Bestemmelsen er også et tiltak for å oppfylle forpliktelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 21.

Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å innta sanksjoner for brudd på kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene i kapittel 2. Enkelte av bestemmelsene i kapittel 2 pålegger oppdragsgiver å stille kontraktsvilkår (§§ 2-5 til 2-7), og i disse tilfellene krever § 2-10 at oppdragsgiver inntar egnede sanksjoner i kontrakten. Også i andre tilfeller der oppdragsgiver velger å stille kontraktsvilkår for å ivareta samfunnshensyn nevnt i kapittel 2 krever § 2-10 at dette må følges opp med egnede sanksjoner. Dette kan for eksempel være kontraktskrav for å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter i henhold til § 2-8.

Egnede sanksjoner innebærer at sanksjonene som velges skal være egnet til å påvirke leverandøren til å oppfylle forpliktelsene. Sanksjonene skal også være forholdsmessige. Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav stilles til eventuelle underleverandører.

Del II – Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Kapittel 3 Forenklede regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi

§ 3-1 Vare- og tjenesteanskaffelser

(1) Ved vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette kan for eksempel skje ved at oppdragsgiver

a. gjennomfører en markedsundersøkelse, og på grunnlag av denne innhenter tilbud

b. innhenter to eller flere tilbud

c. annonserer anskaffelsen, for eksempel på en relevant nettside eller ved frivillig kunngjøring i Doffin.

(2) Hvis oppdragsgiver etter første ledd mottar mer enn ett tilbud skal oppdragsgiver samtidig underrette alle leverandører som har inngitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. På anmodning skal oppdragsgiver begrunne beslutningen.

(3) Oppdragsgiver skal sikre at bruken av mulighetene i første ledd ikke over tid medfører favorisering av en eller et fåtall av leverandører.

(4) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal offentliggjøre at kontrakt er inngått.

Bestemmelsen er nasjonal, og er ikke gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 22.

Første ledd avgrenser virkeområdet til bestemmelsen til å gjelde varekontrakter og tjenestekontrakter med antatt verdi under EØS-terskelverdi. Hvorvidt det foreligger en vare- eller tjenestekontrakt må vurderes konkret. Det er for disse reglene ikke gitt tilsvarende unntak som i del III, hvor enkelte vare- og/eller tjenestekontrakter er unntatt fra direktivet. Vare- og tjenestekontrakter betyr kjøp av varer og tjenester, og må avgrenses mot bygge- og anleggskontrakter som reguleres av § 3-2.

Når det gjelder anskaffelsens antatte verdi må oppdragsgiver gjøre en forsvarlig vurdering av hvilken verdi kontrakten vil ha. Hvis kontrakten ligger nært opp til EØS-terskelverdi, bør vurderingen foretas etter direktivets bestemmelser i §§ 6-3 til 6-7 del III, slik at oppdragsgiver kan være trygg på at direktivets beregningsregler ikke medfører at direktivet får anvendelse. Hvis kontrakten ligger lengre unna EØS-terskelverdi er det tilstrekkelig at oppdragsgiver gjør en fornuftig beregning eller estimering av kontraktens verdi, og at det tas hensyn til relevante opplysninger som oppdragsgiver kjenner til på det aktuelle tidspunktet.

Bestemmelsen gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdi, og det er gitt ulike terskelverdier for henholdsvis statlige og ikke-statlige oppdragsgivere. Dette medfører at bestemmelsen får tilsvarende ulikt anvendelsesområde ut fra hvilken oppdragsgiver som gjennomfører anskaffelsen. Bestemmelsen gjelder ikke for anskaffelser under lovens innslagspunkt, jf. § 1-3.

Ved gjennomføringen av vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette innebærer at leverandøren som vinner skal kunne levere det beste tilbudet ut fra oppdragsgivers definerte behov i det enkelte tilfellet, som både kan relatere seg til pris/kostnad og kvalitet.

I lovteksten er det angitt tre alternative fremgangsmåter som gir eksempler til oppdragsgiver på hvordan vedkommende kan gå frem for å sikre markedsmessig vilkår.

Etter bokstav a kan oppdragsgiver gjennomføre en markedsundersøkelse og på grunnlag av denne innhente tilbud.

Etter bokstav b kan oppdragsgiver innhente to eller flere tilbud. Oppdragsgiver står fritt til å velge hvordan tilbudene innhentes og hvilke krav som eventuelt stilles til tilbudene. Bestemmelsen legger ingen ytterligere plikter eller begrensninger på oppdragsgiver, og oppdragsgiver står således fritt til å organisere konkurransen slik som vedkommende finner formålstjenlig. Oppdragsgiver kan benytte markedsdialog, inngå rammeavtaler, forhandle, og innhente informasjon eller dokumentasjon som mangler med videre.

Etter bokstav c kan oppdragsgiver annonsere informasjon om anskaffelsen, enten på egen nettside eller gjennom en frivillig kunngjøring på Doffin. Det stilles i lovbestemmelsen ingen krav til innholdet av kunngjøringen, slik at oppdragsgiver står fritt til å innrette prosessen etter hva som er tjenlig og effektivt i det enkelte tilfellet.

Andre ledd pålegger oppdragsgiver å orientere de leverandørene som har deltatt om hvilken leverandør som har vunnet, og de samme leverandørene kan anmode om en nærmere begrunnelse for hvorfor den aktuelle leverandøren vant.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver å sikre at bruk av mulighetene i første ledd over tid ikke fører til favorisering av en eller et fåtall av leverandører. Dette skal hindre at oppdragsgiver spør de samme tre leverandører hver gang, men istedet forsøker å fordele oppdragene ut på flere aktuelle leverandører. At oppdragsgiver skal påse dette legger ansvaret på oppdragsgiver, og oppdragsgiver kan for eksempel sikre dette med tilstrekkelige interne rutiner i sin innkjøpsvirksomhet. Oppdragsgiver har imidlertid frihet til å finne en hensiktsmessig måte å ivareta dette på.

Begrepet «over tid» må forstås i lys av de konkrete omstendighetene, kontraktens art og det aktuelle leverandørmarkedet.

Fjerde ledd stiller krav om at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Dette er en henvisning til de offentligrettslige skrankene som gjelder for offentlige myndigheter, og de viktigste fremgår av lovteksten, forutberegnelighet og likebehandling.

Oppdragsgiver skal sikre en lik behandling av aktørene som deltar, men i motsetning til det EØS-rettslige likebehandlingsprinsippet, gjelder kravet om lik behandling etter denne bestemmelsen bare de leverandørene som deltar i en aktuell konkurranse. Oppdragsgiver skal behandle disse likt, med mindre det foreligger objektive grunner som tilsier noe annet.

Femte ledd pålegger oppdragsgiver å offentliggjøre at kontrakt er inngått. Oppdragsgiver kan selv velge hvordan dette offentliggjøres, for eksempel gjennom nyhetsoppslag på egen hjemmeside eller i lokal avis. Oppdragsgiver kan også benytte frivillig kunngjøring i Doffin for dette formål.

§ 3-2 Bygge- og anleggsanskaffelser

(1) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 15 millioner kroner, gjelder § 3-1 tilsvarende. Hvis kontrakten har en antatt verdi mellom 3 og 15 millioner kroner skal oppdragsgiver også publisere en forenklet kunngjøring i Doffin, som åpner for at interesserte leverandører kan melde sin interesse. Kunngjøring skal minst beskrive kontraktsgjenstanden, på hvilke kriterier kontrakten vil tildeles, estimert verdi, og tidsrom for gjennomføring.

(2) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi over 15 millioner kroner skal oppdragsgiver følge reglene i del III. Oppdragsgiver kan likevel

a. velge fritt mellom konkurranseformene, og konkurranse med forhandling kan gjennomføres i ett trinn

b. fastsette egne tidsfrister for gjennomføring av konkurransen

c. la være å bruke ESPD

d. velge bare å kunngjøre nasjonalt

e. fritt innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen EØS-rettslige forpliktelser.

Første ledd gir § 3-1 anvendelse også for bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 15 millioner kroner. Det er likevel presisert at dersom kontrakten har en antatt verdi mellom 3 og 15 millioner kroner, så skal oppdragsgiver også publisere en forenklet kunngjøring i Doffin. Kravene til kunngjøringen fremgår av bestemmelsen.

Andre ledd gir de direktivstyrte reglene i lovens del III anvendelse på bygge- og anleggskontrakter med antatt verdi mellom 15 og 56 millioner kroner. Det er likevel mulig for oppdragsgiver å benytte fleksible elementer som fremhevet i listen. Oppdragsgiver velger selv om enkelte eller alle skal benyttes i en konkret anskaffelse. De fleksible elementene som er listet i bestemmelsen kan ikke tolkes antitetisk for å vurdere innholdet i forpliktelsene som er regulert i lovens del III.

Bokstav e om at oppdragsgiver kan innhente dokumentasjon om opplysninger som mangler, gjelder uavhengig av om de aktuelle dokumentene og/eller opplysningene var synliggjort i det opprinnelige tilbudet.

§ 3-3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi som likevel har klar grensekryssende interesse innen EØS, som følge av særlige forhold knyttet til anskaffelsens karakter og leverandørmarkedet, skal oppdragsgiver

a. annonsere kontrakten

b. fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakten og gjøre denne kjent for interesserte leverandører

c. underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning.

(2) Bestemmelsen gjelder bare for anskaffelser av varer og tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men kodifiserer forpliktelsene som følger av EØS-avtalens hoveddel for anskaffelse av varer og tjenester under EØS-terskelverdi som har klar grensekryssende interesse. Bestemmelsen gjelder bare ved anskaffelser av varer og tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel, jf. andre ledd. Viktigst i praksis er avgrensningen i EØS-avtalen artikkel 8 om hvilke varer som omfattes av reglene om fri vareflyt i EØS.

Bestemmelsen er en særbestemmelse, og vil supplere reglene i §§ 3-1 og 3-2 dersom det foreligger klar grensekryssende interesse. Den praktiske betydningen vil variere avhengig av hvilke regler som uansett gjelder for den aktuelle anskaffelsen, uavhengig av EØS-retten. For bygge- og anleggsanskaffelser med en verdi på 15 millioner kroner eller mer, hvor utvalget foreslår at direktivreglene skal komme til anvendelse med bare noen mindre presiseringer, vil § 3-3 neppe ha praktisk betydning.

Vurderingen av om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse skal vurderes ut fra den konkrete kontrakten, og det vises til vurderingspunktene som er fremstilt i den generelle fremstillingen i kapittel 23.

Hvis en anskaffelse har klar grensekryssende interesse, skal oppdragsgiver:

Etter bokstav a annonsere kontrakten. Dette kan for eksempel skje ved annonsering på oppdragsgivers hjemmeside, regionale eller nasjonale aviser, bransjenettsteder eller frivillig kunngjøring i Doffin eller TED.

Etter bokstav b skal oppdragsgiver fastsette en fremgangsmåte for kontrakten, og gjøre denne kjent for interesserte leverandører. Dette betyr at oppdragsgiver i annonseringen av kontrakten også må redegjøre for hvordan konkurransen skal gjennomføres. Oppdragsgiver velger selv hvordan konkurransen skal gjennomføres.

Etter bokstav c skal oppdragsgiver underrette alle som deltar i konkurransen om hva som ble utfallet og dersom konkurransen endte opp med å bli avlyst skal leverandørene som deltok også få beskjed om dette.

Del III – Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Kapittel 4 – Virkeområde og definisjoner

§ 4-1 Virkeområde

Reglene i denne delen av loven gjennomfører anskaffelsesdirektivet i norsk rett, og får anvendelse hvis verdien av anskaffelsen overstiger terskelverdiene i kapittel 6.

Bestemmelsen klargjør virkeområdet til reglene i lovens del III, og synliggjør at del III er gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser.

§ 4-2 Definisjoner

I loven menes med

a. offentlige kontrakter: gjensidig bebyrdende kontrakter som inngås skriftlig mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, og som gjelder utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester,

b. bygge- og anleggskontrakter: offentlige kontrakter som gjelder ett av følgende

i. utførelse eller både prosjektering og utførelse av bygge- og anleggsarbeid i tilknytning til én av virksomhetene definert i anskaffelsesdirektivet vedlegg II

ii. oppføring eller både prosjektering og oppføring av et bygg

iii. oppføring, uansett på hvilken måte, av et bygg som oppfyller kravene fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren som har en avgjørende innflytelse på typen eller prosjekteringen av bygget.

d. bygg: resultatet av bygge- og anleggsarbeid eller ingeniørarbeid sett under ett, som i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon,

e. kontrakter om offentlig varekjøp: offentlige kontrakter som gjelder innkjøp, leasing, leie eller kjøp på avbetaling, med eller uten en kjøpsopsjon, av varer. En kontrakt om offentlig varekjøp kan også omfatte monterings- og installasjonsarbeid,

f. tjenestekontrakt: offentlige kontrakter som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i bokstav b,

g. leverandør: enhver fysisk eller juridisk person, eller en offentlig enhet eller gruppe av slike personer og/eller enheter, herunder midlertidige sammenslutninger av foretak, som på markedet tilbyr utførelse av bygge- og anleggsarbeid og/eller oppføring av bygg, levering av produkter eller tjenesteyting,

h. anskaffelsesdokument: ethvert dokument som er utarbeidet eller vises til av den offentlige oppdragsgiveren for å beskrive eller bestemme elementer i innkjøpet eller framgangsmåten, herunder kunngjøringen av konkurranse, den veiledende kunngjøringen dersom den benyttes som metode for utlysing av konkurranse, de tekniske spesifikasjonene, det beskrivende dokumentet, foreslåtte kontraktsvilkår, formater for framlegging av dokumenter, opplysninger om alminnelige forpliktelser samt eventuelle ytterligere dokumenter,

i. skriftlig: ethvert uttrykk som består av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres, herunder opplysninger som sendes og lagres ved hjelp av elektroniske midler,

j. elektroniske midler: elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler,

k. livssyklus: de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning,

l. plan- og designkonkurranser: de framgangsmåtene som gjør det mulig for den offentlige oppdragsgiveren å innhente, hovedsakelig på områdene by- og regionplanlegging, arkitektur, ingeniørarbeid eller databehandling, en plan eller et prosjekt valgt ut av en jury etter å ha vært satt ut til konkurranse med eller uten utdeling av premier,

m. innovasjon: innføring av nye eller vesentlig forbedrede produkter, tjenester eller prosesser, herunder, men ikke begrenset til, produksjons-, bygge- eller konstruksjonsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, organisering av arbeidsplassen eller eksterne forbindelser, blant annet med sikte på å bidra til å løse samfunnsmessige utfordringer eller støtte Europa 2020-strategien for smart, bærekraftig og inkluderende vekst,

n. merke: ethvert dokument eller sertifikat eller enhver attestasjon som bekrefter at de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene oppfyller visse krav,

o. merkekrav: de kravene som de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene skal oppfylle for å oppnå det berørte merket.

Bestemmelsen gjennomfører deler av anskaffelsesdirektivet artikkel 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.2.

Kapittel 5 – Blandede anskaffelser

§ 5-1 Blandede anskaffelser

(1) Reglene i § 5-2 gjelder for blandede anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet.

(2) Reglene i § 5-3 gjelder for blandede anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsanskaffelsesdirektivet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.3. Bestemmelsen er en overordnet bestemmelse som henviser oppdragsgiver videre til relevante bestemmelser ut fra hvilke direktiver som er aktuelle i den blandede anskaffelsen.

§ 5-2 Blandede anskaffelser som inneholder kontrakter som er omfattet av anskaffelsesdirektivet

(1) Kontrakter som innebærer en kombinasjon av flere typer ytelser (varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider) skal inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Hvis en blandet anskaffelse består av forskjellige typer tjenester, skal hovedgjenstanden fastsettes i overensstemmelse med den høyeste anslåtte verdi. Det samme gjelder for kontrakter som både innebærer varer og tjenester.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.3.

Første ledd angir at når en kontrakt innebærer en kombinasjon av flere typer ytelser, skal oppdragsgiver følge reglene som gjelder for den ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand. Oppdragsgiver må foreta en konkret vurdering og må i denne vurderingen se hen til hva som er kontraktens hovedgjenstand og hva som er tilstøtende ytelser. Det er flere momenter som kan være relevante i en slik vurdering, og verdi og omfang av de ulike ytelsene er ett av flere relevante momenter.

Andre ledd angir konkret at det er den høyeste verdien som skal bestemme hva som er hovedgjenstand i en kontrakt når det er tale om en blandet anskaffelse som består av flere forskjellige typer tjenester.

§ 5-3 Blandede anskaffelser som er omfattet av flere direktiver

(1) Hvis en kontrakt objektivt kan deles opp, gjelder reglene i §§ 5-4 og 5-5. Hvis en kontrakt ikke objektivt kan deles opp gjelder reglene i § 5-6.

(2) Hvis deler av en kontrakt kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, eller er underlagt reglene om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, så gjelder reglene i §§ 8-4 til 8-6.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 3. Bestemmelsen er en overordnet bestemmelse som henviser oppdragsgiver videre til relevante bestemmelser ut fra hvilke direktiver som er aktuelle i den blandede anskaffelsen.

§ 5-4 Blandede anskaffelser som kan deles opp på en objektiv måte

(1) Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivet, og delvis ikke, kan oppdragsgiver velge å inngå separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller en blandet kontrakt etter reglene i anskaffelsesdirektivet.

(2) Hvis en kontrakt inneholder elementer av varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider og konsesjoner, skal oppdragsgiver følge reglene i anskaffelsesdirektivet så fremt verdien av den delen av kontrakten som er omfattet av anskaffelsesdirektivet overstiger terskelverdien, jf. § 6-1.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.3. Bestemmelsen må leses på bakgrunn av at den gjelder blandede anskaffelser hvor anskaffelsen inneholder elementer som faller inn under anvendelsesområde til ulike direktiver, og som objektivt kan deles opp i delkontrakter.

Første ledd gir oppdragsgiver mulighet til å velge mellom å inngå separate kontrakter eller en blandet kontrakt. Hvis oppdragsgiver velger å inngå separate kontrakter skal oppdragsgiver følge reglene som gjelder for den enkelte kontrakt. Der oppdragsgiver velger å inngå en blandet kontrakt gir andre ledd videre føringer.

§ 5-5 Blandede anskaffelser som delvis er knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter

Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av reglene i anskaffelsesdirektivet og delvis forsyningsdirektivet, gjelder reglene i [forsyningsdirektivet artikkel 5 og 6.].

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 5. Forsyningsdirektivet gir egne regler om blandede anskaffelser i artikkel 5 og 6. Disse er foreslått gjennomført i egen lov.

§ 5-6 Blandede anskaffelser som ikke kan deles opp på en objektiv måte

Hvis forskjellige deler av en kontrakt ikke kan deles fra hverandre på en objektiv måte, skal oppdragsgiver følge de reglene som gjelder for det som er kontraktens hovedgjenstand.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 3 nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.3.

Hovedgjenstanden til en kontrakt må vurderes av oppdragsgiver og vil bero på en helhetlig vurdering av kontraktens innhold og hva som er kontraktens hovedytelser.

Kapittel 6 – Terskelverdier

§ 6-1 Terskelverdier

Del III gjelder for kontrakter med en anslått verdi lik eller høyere enn

a. 1,4 millioner kroner for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser for statlige myndigheter

b. 2,2 millioner kroner for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser for ikke-statlige myndigheter

c. 56 millioner kroner for bygge- og anleggsanskaffelser

d. 7,8 millioner kroner for sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 4 i anskaffelsesdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.4.

Terskelverdiene er oppgitt eksklusive merverdiavgift.

§ 6-2 Terskelverdier for oppdragsgivere innen forsvarssektoren

(1) Terskelverdien i § 6-1 bokstav b gjelder også for varekontrakter som tildeles av statlige myndigheter innen forsvarssektoren, når kontrakten gjelder varer som er listet i tillegg 2 til EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016.

(2) Terskelverdien i § 6-1 bokstav c gjelder også for varekontrakter som tildeles av statlige myndigheter innen forsvarssektoren, når kontrakten gjelder varer som ikke er listet i tillegg 2 til EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 4 bokstav b in fine og artikkel 4 bokstav c in fine. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.4.

Bestemmelsen gjelder bare for statlige myndigheter innen forsvarssektoren. Med «forsvarssektoren» menes forsvarsdepartementet med underliggende etater. Listen i tillegg 2 til EØS-komiteens beslutning inneholder en rekke varer eller varekategorier som kan vendes både sivilt og militært.

§ 6-3 Utgangspunkter for beregning av anskaffelsens verdi

(1) Oppdragsgiver skal beregne anskaffelsens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen eksklusive merverdiavgift, inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene, og eventuelle fornyelser av kontrakten som er angitt i anskaffelsesdokumentene. Eventuelle betalinger eller premier til leverandørene skal tas med i beregningen.

(2) Beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen. For anskaffelser som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen.

(3) Dersom oppdragsgiver består av flere atskilte driftsenheter, skal den samlede anslåtte verdien for alle driftsenhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder likevel ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.

(4) Oppdragsgiver skal ikke velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra loven.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 5 nr. 1 til 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.5.

§ 6-4 Beregning av verdi ved visse former for anskaffelser

(1) Ved rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal oppdragsgiver legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som oppdragsgiver forventer å inngå i løpet av avtalens eller ordningens varighet.

(2) Ved konkurranse om innovasjonspartnerskap skal oppdragsgiver legge til grunn den maksimale verdien av forsknings- og utviklingsaktivitetene som skal utføres i løpet av partnerskapet. I tillegg skal oppdragsgiver ta med i beregningen verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver forventer å få utviklet og anskaffet ved det planlagte partnerskapets opphør.

(3) Ved bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiver ta hensyn til verdien av både bygge- og anleggsarbeidene og alle varene og tjenestene som oppdragsgiver stiller til rådighet for leverandøren, og som er nødvendige for å utføre arbeidene.

(4) Dersom oppdragsgiver planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 6-1, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av loven som gjelder for hver enkelt delkontrakt.

(5) Uavhengig av fjerde ledd, for anskaffelser der den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger en terskelverdi i § 6-1, gjelder likevel bare del II for delkontrakter om varer og tjenester med en anslått verdi under 800 000 kroner og delkontrakter om bygge- og anleggsarbeider med en anslått verdi under 10 millioner kroner, når verdien av de respektive delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene som anskaffelsen er delt opp i.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 5 nr. 5 til 10. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.5.

§ 6-5 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter som inngås regelmessig eller fornyes

Ved vare- og tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår regelmessig eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom, skal oppdragsgiver beregne kontraktens verdi på grunnlag av

a. den samlede faktiske verdien av liknende kontrakter som er tildelt i løpet av de foregående 12 månedene eller det foregående regnskapsåret, om mulig justert for forventede endringer i løpet av de 12 etterfølgende månedene, eller

b. den samlede anslåtte verdien av de kontraktene som vil bli tildelt i løpet av 12 måneder fra den første leveransen, eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 5 nr. 11. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.5.

§ 6-6 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp for varer

Ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp av varer gjelder følgende

a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 12 måneder eller kortere skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi

b. for tidsbegrensede kontrakter med varighet over 12 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi, inkludert anslått restverdi

c. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter der varigheten ikke kan fastsettes nærmere, skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 5 nr. 12. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.5.

§ 6-7 Beregning av anskaffelsens verdi for visse tjenestekontrakter

(1) Ved beregningen av verdien av visse tjenestekontrakter skal følgende verdier inkluderes

a. forsikringstjenester: premier og andre former for vederlag

b. banktjenester og andre finansielle tjenester: gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag

c. kontrakter vedrørende prosjektering: honorarer, provisjoner og andre former for vederlag

(2) Ved tjenestekontrakter uten en fastsatt samlet pris gjelder følgende

a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 48 måneder eller mindre skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede verdien for hele kontraktens varighet

b. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter med en varighet på over 48 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 5 nr. 13 og 14. Det vises til den generelle fremstillingen kapittel 24.5.

Kapittel 7 – Unntak

§ 7-1 Anskaffelser som gjelder forsyningsaktiviteter

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter.

(2) Loven gjelder ikke når en oppdragsgiver som leverer posttjenester som definert i [forsyningsdirektivet artikkel 13 nr. 2 bokstav b], inngår kontrakter knyttet til utøvelsen av følgende aktiviteter

a. tilleggstjenester som har forbindelse med og utelukkende utføres med elektroniske verktøy, inkludert sikker elektronisk overføring av kodede dokumenter, adresseforvaltningstjenester og overføring av rekommandert elektronisk post

b. finansielle tjenester som er omfattet av CPV-kodene 66100000 (formidlingstjenester i forbindelse med bankvesen og investeringer) til 66720000 (reforsikring av ulykkes- og sykeforsikringer) eller § 7-4 bokstav f punkt i og iii inkludert postanvisninger og postgirooverføringer

c. filatelitjenester

d. logistikktjenester som kombinerer fysisk levering eller lagring med funksjoner som ikke omfatter posttjenester.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.7.

Første ledd unntar anskaffelser som er omfattet av lov om forsyningsanskaffelser. For kontrakter som gjelder ytelser som både er omfattet av anskaffelsesloven og lov om forsyningsanskaffelser vises til anskaffelsesloven § 5-5 og kommentarene til denne.

Andre ledd unntar enkelte kontrakter som gjennomføres av oppdragsgivere som leverer posttjenester, og disse er angitt i bestemmelsen.

§ 7-2 Anskaffelser som gjelder elektrisk kommunikasjon

Loven gjelder ikke anskaffelser som hovedsakelig har til formål å sette oppdragsgiver i stand til å stille til rådighet eller drive et offentlig kommunikasjonsnett eller levere en eller flere offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 8. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.7.

Bestemmelsen angir at anskaffelsesloven ikke omfatter anskaffelser som hovedsakelig har til formål å sette oppdragsgiver i stand til å stille til rådighet eller drive et offentlig kommunikasjonsnett eller levere en eller flere offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester. Begrepene «offentlig kommunikasjonsnett» og «elektroniske kommunikasjonstjenester» har samme betydning som i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/217EF om felles rammebestemmelser for elektroniske kommunikasjonsnet- og tjenester (rammedirektivet).

§ 7-3 Anskaffelser som er omfattet av internasjonale regler

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver

a. er forpliktet til å gjennomføre etter anskaffelsesreglene i en internasjonal avtale med offentlige myndigheter utenfor EØS-området, og som gjelder bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser som er beregnet på et felles prosjekt som avtalepartene gjennomfører eller utnytter, eller

b. som er fastsatt av en internasjonal organisasjon

c. i en internasjonal avtale i forbindelse med stasjonering av tropper.

(2) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver velger å gjennomføre etter anskaffelsesregler som er fastsatt av en internasjonal organisasjon eller finansieringsinstitusjon, forutsatt at organisasjonen eller institusjonen fullt ut finansierer anskaffelsen. Dersom en slik organisasjon eller institusjon finansierer hoveddelen av anskaffelsen, skal partene avtale hvilke regler som skal gjelde.

(3) Oppdragsgiver skal underrette departementet om internasjonale avtaler som nevnt i første ledd bokstav a.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 9 og 17. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.7.

Bestemmelsen fastsetter at loven ikke får anvendelse på anskaffelser som er underlagt spesifikke internasjonale regler.

Bruk av unntaket i første ledd bokstav a er betinget av at det er en inngått en avtale mellom Norge og ett eller flere land som ikke er medlem av EØS. Avtalen må skape rettslige forpliktelser. Videre må avtalen gjelde enten bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser, som er beregnet på et felles prosjekt som partene gjennomfører eller utnytter. Disse begrepene er definert i § 4-2.

Bruk av unntaket i første ledd bokstav b er betinget av at tilsvarende er fastsatt av en internasjonal organisasjon.

Andre ledd første setning gjelder anskaffelser som fullt ut er finansiert av en internasjonal organisasjon eller finansieringsinstitusjon. I henhold til andre ledd andre setning skal partene velge hvilke regler som gjelder dersom en internasjonal organisasjon eller finansieringsinstitusjon finansierer hoveddelen av anskaffelsen. Unntaket i denne bestemmelsen baserer seg på finansiering fra en slik organisasjon, i motsetning til unntak etter første ledd bokstav a som bygger på avtaler med organisasjonen.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver en plikt til å gi departementet informasjon om eventuelle internasjonale avtaler som er nevnt i første ledd bokstav a.

§ 7-4 Unntak for visse tjenestekontrakter

Loven del III gjelder ikke for tjenestekontrakter om

a. erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom

b. leie av bygning som skal oppføres. Dette gjelder likevel ikke dersom avtalen i realiteten er en bygg- og anleggsanskaffelse som definert i § 4-2

c. anskaffelse, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmateriale som er beregnet på kringkasting eller audiovisuelle bestillingstjenester, og som en kringkaster eller tjenestetilbyder inngår, eller kontrakter om sendetider eller programtilbud som oppdragsgiver inngår med en kringkaster eller tjenestetilbyder

d. voldgifts- og meglingstjenester

e. følgende juridiske tjenester

i. representasjon ved advokat i tvistesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller mekling

ii. juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i nr. 1 eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak

iii. notarialforretninger

iv. tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd

v. juridiske tjenesteavtaler som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet

f. følgende finansielle tjenester

i. tjenester i forbindelse med emisjon, salg, kjøp eller annen overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter

ii. sentralbanktjenester

iii. prosjekter som oppdragsgiver utfører sammen med European Financial Stability Facility eller European Stability Mechanism

g. lån

h. ansettelser

i. sivilforsvars-, beredskaps- eller forebyggingstjenester som oppdragsgiver inngår med ideelle organisasjoner, og som er omfattet av CPV-kodene 75250000 (brannvesen og redningstjenester), 75251000 (tjenester utført av brannvesenet), 75251100 (brannbekjempelse), 75251110 (brannforebygging), 75251120 (bekjempelse av skogbranner), 75252000 (redningstjenester), 75222000 (sivilforsvarstjenester), 98113100 (kjernefysiske sikkerhetstjenester) eller 85143000 (ambulansetjenester) med unntak av pasienttransport med ambulanse

j. kontrakter om offentlig persontransport med jernbane eller t-bane.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 10. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.7.

Bestemmelsen angir unntak for visse tjenestekontrakter fra anskaffelsesloven del III. Bestemmelsen er uttømmende. Unntakene må tolkes strengt, og i samsvar med EU-domstolens praksis.

Bokstav a unntar tjenestekontrakter som gjelder erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slike.

Bokstav b er ny, og innebærer en kodifisering av EU-domstolens praksis.

Unntaket omfatter leie av bygninger som ikke enda er oppført så lenge dette ikke innebærer at kontrakten i realiteten er en bygge- og anleggsanskaffelse som definert i § 4-2. Om en står ovenfor en leie- eller bygg- og anleggskontrakt må vurderes konkret i den enkelte sak. Det er ikke av betydning hva oppdragsgiver selv har karakterisert avtalen som. Det er tale om en bygge- og anleggskontrakt dersom oppdragsgiver har avgjørende innflytelse på utformingen av bygningen. Oppdragsgiver vil ha avgjørende innflytelse dersom det stilles krav til bygningen som overskrider det en leietaker vanligvis etterspør.

Bokstav c unntar visse audiovisuelle tjenesteytelser på TV- og radiospredningsområdet. Bakgrunnen for unntaket er at det ved medietjenestetilbydernes tildeling av kontrakter om slike tjenester bør tas hensyn til forhold av kulturell og samfunnsmessig betydning, slik at det er uhensiktsmessig at de omfattes av anskaffelsesreglene. Unntaket omfatter derfor tjenestekontrakter som gjelder kjøp, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmer som er klare til bruk, og andre forberedende tjenester. Både TV- og radiomedietjenester, samt ikke-lineære tjenester omfattes av unntaket. Unntaket omfatter ikke levering av teknisk materiell til produksjon, samproduksjon og utsendelse av programmene.

Begrepene «audiovisuelle medietjenester» og «tilbydere av medietjenester» har samme betydning som i artikkel 1, nr. 1, bokstav a) og d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU. «Program» har samme betydning som i artikkel 1, nr. 1, bokstav b), i nevnte direktiv, men omfatter også radioprogrammer og radioprogrammaterialer. I denne bestemmelse har «programmateriale» samme betydning som «program».

Bokstav d unntar tjenestekontrakter som gjelder voldgifts- og meglingstjenester.

Bokstav e unntar kontrakter om visse juridiske tjenesteytelser. Juridiske tjenesteytelser som ikke er omfattet av unntaket er omfattet av anskaffelsesloven kapittel 22 om sosiale og andre særlige tjenesteytelser, hvis kontraktene har en verdi som overstiger terskelverdiene i anskaffelsesloven § 6-1. Bakgrunnen for unntaket er at visse juridiske tjenester leveres av organer eller enkeltpersoner som er utpekt eller valgt på en måte som ikke er tilpasset anskaffelsesreglene. Kontraktene kjennetegnes av gjensidig tillitt mellom klienten og advokatene. Det beror på en konkret vurdering om en kontrakt gjelder juridiske tjenester som er omfattet av unntaket.

Nr. i unntar tjenestekontrakter om juridisk representasjon av advokat i verserende tvistesaker som angitt i bestemmelsen. Bistanden må knytte seg til en verserende sak, som er anlagt eller vil bli anlagt.

Nr. ii gjelder juridisk bistand som leveres av en advokat som forberedelse til en sak som er omfattet av nr. 1, eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålet rådgivningen gjelder innebærer at det vil bli en tvistesak. At en sak er kontroversiell, eller at et rettsområde ofte medfører rettssaker er ikke i seg selv tilstrekkelig til å oppfylle vilkårene i bestemmelsen.

Nr. v unntar visse juridiske tjenesteytelser som er knyttet til utøvelsen av offentlig myndighet. Unntaket må ses i samsvar med EØS-avtalen artikkel 32 som unntar reglene om fri bevegelighet når en kontrakt innebærer utøvelse av offentlig myndighet.

Bokstav f unntar visse finansielle tjenester. Begrepene verdipapirer og finansielle instrumenter skal forstås på samme måte som i MiFID-direktivet 2014/65/EU som viderefører 2004/39/EF.

Bokstav g unntar lån generelt fra anskaffelsesloven.

Bokstav h unntar ansettelseskontrakter. Konsulentavtaler er imidlertid ikke omfattet av unntaket. Ansettelsesrelaterte kontrakter som ikke omfattes av unntaket er ofte en tjeneste som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg XIV og omfattes da av reglene om sosiale og særlige tjenester i loven kapittel 22, forutsatt at de er over terskelverdien i § 6-1.

Bokstav i unntar bestemte angitte beredskapsytelser som utføres av ideelle organisasjoner, og som er omfattet av CPV-kodene i bestemmelsen. Ideelle organisasjoner er definert i anskaffelsesloven § 22-4. Fengselsrelaterte tjenester, tjenester i forbindelse med offentlig sikkerhet og redningstjenester som ikke er omfattet av unntaket, omfattes av reglene i anskaffelsesloven kapittel 22 når disse kontraktene har en verdi som overstiger terskelverdien i § 6-1.

Bokstav j unntar kontrakter om offentlig persontransport med jernbane eller t-bane fra anskaffelsesloven. Disse kontraktene omfattes istedenfor av forordning nr. 1370/2007, og er regulert i forskrift 17. desember 2010 nr. 1673 om offentlig persontransport.

§ 7-5 Unntak for tjenestekontrakter som tildeles på grunnlag av en enerett

Loven gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 11 i anskaffelsesdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.7.

Første setning angir at unntaket gjelder tjenestekontrakter. Tjenestekontrakter er definert i loven § 4-2. Videre følger det at tjenestekontrakten må være inngått mellom oppdragsgivere. Oppdragsgivere er definert i § 4-2. Oppdragsgiver må ha en enerett. Med enerett menes at det kun er en leverandør som kan levere den aktuelle tjenesten. Eneretten må være tildelt før kontrakt tildeles.

Av andre setning følger det at tildelingen av eneretten må være gjort enten ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak. Dette innebærer at eneretten kan være gitt i administrative og organisatoriske beslutninger. Det er avgjørende at tildelingen av en enerett ved forvaltningsvedtak er kunngjort. Dette innebærer at eneretten må være publisert.

I tillegg må tildelingen være forenelig med EØS-avtalen. En enerett er i utgangspunktet en restriksjon på artikkel 36 om fri flyt av tjenester. For at eneretten skal være lovlig må eneretten (i) være begrunnet i allmenne hensyn, (ii) være egnet til å sikre oppnåelsen av formålet med tiltaket, og (iii) ikke gå ut over det som er nødvendig, jf. proporsjonalitetsprinsippet.

§ 7-6 Utvidet egenregi

Loven gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når oppdragsgiver inngår kontrakter med et annet rettssubjekt

a. som oppdragsgiver utøver en kontroll med som tilsvarer den kontroll som utøves over egne avdelinger

b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer, og

c. som det ikke er direkte private eierandeler i.

Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer på samme måte.

Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder heller ikke loven når det kontrollerte rettssubjektet inngår kontrakter med

a. det kontrollerende rettssubjektet, eller

b. andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det ikke er direkte private eierandeler i rettssubjektene som angitt i bokstav a og b.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 1 og artikkel 12 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.8. Vilkårene i § 7-6 første ledd bokstav a til c er kumulative.

§ 7-7 Felles kontroll

Selv om oppdragsgiver ikke alene oppfyller vilkårene i § 7-6 første ledd, gjelder loven heller ikke når det inngås kontrakter med et annet rettssubjekt

a. som oppdragsgiver og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sine egne avdelinger

b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer og

c. som det ikke er direkte private eierandeler i.

(2) Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når

a. det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne

b. de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og

c. det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.8. Vilkårene i § 7-7 første ledd bokstav a til c og § 7-7 andre ledd bokstav a til c er kumulative.

§ 7-8 Samarbeidsavtaler

Loven gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

a. som har til formål å sikre at offentlige tjenester blir utført for å oppnå et felles mål

b. som blir utført utelukkende av hensyn til allmennhetens interesse og

c. der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført på det åpne markedet av de deltakende oppdragsgiverne.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.8. Vilkårene i § 7-8 bokstav a til c er kumulative.

§ 7-9 Beregning av aktivitet

Beregningen av den prosentvise aktiviteten etter § 7-6 første ledd bokstav b, § 7-7 første ledd bokstav b og § 7-8 bokstav c skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 12 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.8.

Kapittel 8 – Særlige situasjoner

I. Subsidierte kontrakter og FOU-kontrakter

§ 8-1 Subsidierte kontrakter

(1) Loven gjelder også for tildelingen av følgende kontrakter som oppdragsgiver som nevnt i §1-2 ikke inngår selv, men som den direkte subsidierer til med mer enn 50 prosent

a. bygge- og anleggskontrakter som listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg II og som har en anslått verdi som er lik eller overstiger 56 millioner kroner

b. tjenestekontrakter med tilknytning til en bygge- og anleggskontrakt som nevnt i bokstav a, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 2,2 millioner kroner.

(2) Oppdragsgiver som yter subsidiene skal sikre at bestemmelsene i denne loven overholdes.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 13. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.9.

Første ledd bokstavene a og b regulerer to situasjoner hvor reglene i loven kommer til anvendelse. Terskelverdiene er angitt eksklusive merverdiavgift.

Andre ledd tydeliggjør at den offentlige oppdragsgiver som yter subsidiene, skal sikre at anskaffelsesregelverket overholdes når kontrakt tildeles.

§ 8-2 Tjenestekontrakter som gjelder forsknings- og utviklingstjenester

Loven gjelder bare for tildelingen av kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, som er omfattet av CPV-kodene 73000000-2 til 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 og 73430000-5 dersom

a. utbyttet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet, og

b. oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 14. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.10.

Loven får i utgangspunktet ikke anvendelse på tildelingen av kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, med mindre vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det er tre kriterier som må være oppfylt.

Første ledd angir at lovens del III bare gjelder for visse typer av kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester. Det må vurderes konkret om det foreligger en kontrakt om «forsknings- og utviklingstjenester» og om den aktuelle kontrakten er omfattet av de nevnte CPV-kodene.

En kontrakt om forsknings- og utviklingstjenester har til formål å fremskaffe ny kunnskap, eventuelt utvikle eller videreutvikle nye løsninger, og denne delen av kontrakten må være et hovedelement. Den formelle betegnelsen på kontrakten har ingen betydning, det er kontraktens reelle innhold som er relevant.

Bokstav a stiller som vilkår at utbyttet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet. Det må gjøres en vurdering av hva som er den reelle situasjonen, jf. at direktivet spesifikt angir at fiktiv deling av resultater ikke skal forhindre at direktivets bestemmelser får anvendelse.

Bokstav b stiller som vilkår at oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten. Der oppdragsgiver deler finansieringen med andre aktører får altså direktivet ikke anvendelse. Det må vurderes hva som er den reelle situasjonen, også for dette vilkåret jf. at direktivet spesifikt angir at symbolsk deltakelse i finansieringen av tjenesteyteren ikke skal forhindre at direktivet får anvendelse.

II. Anskaffelser som inneholder forsvars- og sikkerhetselementer

§ 8-3 Forsvar og sikkerhet

Loven gjelder ikke for kontrakter og plan- og designkonkurranser

a. som er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser

b. som ikke er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser på grunnlag av §§ [direktiv 2009/81/EF artikkel 8, 12 og 13]

c. når beskyttelsen av vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser ikke kan sikres ved mindre inngripende tiltak

d. når anskaffelsen eller oppfyllelsen av kontrakten er erklært hemmelig eller skal følges av særlige sikkerhetstiltak, og oppdragsgiver har bestemt at de berørte vesentlige sikkerhetsinteressene ikke kan sikres med mindre inngripende tiltak.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 15. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.11. Bestemmelsen lister opp tilfeller hvor loven ikke får anvendelse.

Etter bokstav c skal oppdragsgiver vurdere om vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser kan sikres ved mindre inngripende tiltak. Direktivet foreslår bruk av taushetsplikt for leverandør, men oppdragsgiver kan også vurdere andre tiltak.

§ 8-4 Blandede anskaffelser som inneholder forsvars- eller sikkerhetsmessige aspekter

En oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser som delvis er omfattet av anskaffelsesloven, og delvis inneholder forsvars- eller sikkerhetselementer, kan velge å inngå

a. separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller

b. en samlet kontrakt, dersom dette kan rettferdiggjøres av objektive grunner.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 16 nr. 1 og 2 første og andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.11.

§ 8-5 Blandede anskaffelser der oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt

(1) Hvis oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt, gjelder følgende

a. hvis deler av en kontrakt er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, kan kontrakten tildeles uten at reglene i anskaffelsesloven følges

b. hvis deler av kontrakten er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser, skal anskaffelsen følge reglene i nevnte lov.

(2) Oppdragsgiver kan ikke treffe beslutningen med formål å sikre at kontrakter ikke omfattes av enten anskaffelsesloven eller lov om forsvarsanskaffelser.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 16 nr. 2 tredje og fjerde avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.11.

Bokstav a omfatter også det tilfellet at en anskaffelse inneholder elementer som er omfattet av både anskaffelsesdirektivet, forsvarsanskaffelsesdirektivet og EØS-avtalen artikkel 123.

§ 8-6 Blandede anskaffelser som ikke kan deles opp på en objektiv måte

Når de forskjellige deler av en anskaffelse ikke objektivt kan deles opp, kan oppdragsgiver tildele en samlet kontrakt uten at reglene i anskaffelsesloven får anvendelse. Dette gjelder bare hvis kontrakten inneholder elementer som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, og hvis ikke skal oppdragsgiver følge reglene i lov om forsvarsanskaffelser.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 16 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.11.

Kapittel 9 – Generelle regler

§ 9-1 Prinsipper for offentlige anskaffelser

(1) En offentlig oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser.

(2) En offentlig anskaffelse må ikke utformes med formål å kunstig begrense konkurransen. Konkurransen anses kunstig begrenset dersom anskaffelsen utformes i den hensikt å favorisere eller forfordele visse leverandører.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1. Den innledende del av artikkel 18 nr. 1 annet avsnitt er gjennomført i § 1-9. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.12.

§ 9-2 Leverandørens organisering

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten vedkommende er etablert.

(2) Oppdragsgiver kan kreve at en leverandør som er en juridisk person, oppgir navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. Opplysningene skal gis i forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet. Dette gjelder bare ved anskaffelser av tjenester, bygge- og anleggskontrakter og varekontrakter som også inneholder tjenesteytelser eller monterings- og installasjonsarbeid.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 19 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.13.

Første ledd stenger for at oppdragsgiver kan avvise en leverandør med henvisning til vedkommende organisasjonsform, forutsatt av leverandøren har rett til å levere den aktuelle ytelsen i henhold til lovgivningen i den stat hvor leverandøren i EØS-rettslig sammenheng anses etablert.

Andre ledd regulerer oppdragsgivers adgang til å kreve opplysninger om hvem som skal utføre kontrakten. Denne adgangen har oppdragsgiver ikke dersom det er tale om rene varekontrakter.

§ 9-3 Sammenslutninger av leverandører

(1) Sammenslutning av leverandører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan ikke kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt juridisk form.

(2) Oppdragsgiver kan presisere hvordan sammenslutninger av leverandører må oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Presiseringen må være objektiv begrunnet og forholdsmessig.

(3) Alle vilkår for gjennomføringen av en kontrakt som pålegges en sammenslutning av leverandører og som avviker fra vilkår som pålegges individuelle leverandører, skal være objektivt begrunnet og være forholdsmessig.

(4) Uavhengig av første til tredje ledd kan oppdragsgiver kreve at en sammenslutning av leverandører antar en bestemt juridisk form når de er tildelt kontrakten, dersom dette er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende utførelse av kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 19 nr. 2 og nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.13.

Første ledd regulerer adgangen for at sammenslutninger av leverandører kan delta i konkurranser. Dette gjelder også for midlertidige sammenslutninger. Selv om oppdragsgiver ikke kan kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt rettslig status for å delta i konkurransen, så er det i bestemmelsens siste ledd gitt en særregel om at oppdragsgiver kan stille et slikt krav etter at kontrakten er inngått. Kravet kan således stilles til vinnende leverandør og kun inntreffe etter kontraktsinngåelse.

Andre ledd gir oppdragsgiver adgang til å presisere hvordan sammenslutninger av leverandører skal oppfylle kvalifikasjonskrav og kravspesifikasjon. Kravet om objektiv begrunnelse og forholdsmessighet skal sikre at oppdragsgiver gjennom eventuelle presiseringer ikke gjør at sammenslutninger stiller dårligere i konkurransen gjennom oppdragsgivers presiseringer.

Tredje ledd er et utslag av likebehandlingsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet.

Fjerde ledd er et unntak fra utgangspunktet i første ledd. For eksempel kan oppdragsgiver stille krav som medfører at leverandørene i sammenslutningen hefter solidarisk for kontraktsforpliktelsene.

§ 9-4 Kontrakter som reserveres for virksomheter med personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer

Oppdragsgiver kan begrense deltakelse i en konkurranse til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har nedsatt funksjonsevne eller er vanskeligstilt. Kunngjøringen skal inneholde en henvisning til direktiv 2014/24/EU artikkel 20.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 20. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.14.

Bestemmelsen gir oppdragsgiver en mulighet til å begrense konkurransen om en kontrakt for å fremme visse sosiale formål. Det er kun kretsen av aktuelle tilbydere som begrenses, og anskaffelsen må følge anskaffelsesregelverket for øvrig.

Hvis markedssituasjonen tilsier at ikke hele kontraktsomfanget kan utføres ved bruk av reserverte kontrakter er det er mulig å dele opp anskaffelsen og la en eller flere delkontrakter være reserverte.

Direktivet omtaler vernede bedrifter eller virksomheter som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer sosialt og yrkesmessig i arbeidslivet. Vernede bedrifter er ikke nevnt spesifikt i bestemmelsen da de anses inkludert i virksomhetsbegrepet.

Når det gjelder anskaffelse av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser er det gitt egne regler om reserverte kontrakter i §§ 22-4 og 22-5. Disse kontraktene har et eget definert virkeområde.

§ 9-5 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon

(1) All kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(2) Muntlig kommunikasjon kan likevel brukes, unntatt i forbindelse med utveksling av anskaffelsesdokumenter, forespørsel om å delta i konkurransen, bekreftelse av interesse og tilbud. Muntlig kommunikasjon skal dokumenteres i tilstrekkelig grad, for eksempel i form av skriftlige notater, lydopptak eller sammendrag av hovedelementene i kommunikasjonen. Oppdragsgiver skal tilpasse omfanget av dokumentasjon til den betydningen innholdet i den muntlige kommunikasjonen kan ha for forståelsen av anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 22 nr. 1 første avsnitt første punkt og artikkel 22 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.16. Det er ingen egne sanksjoner ved brudd på bestemmelsen om å bruke elektronisk kommunikasjon, men i praksis benytter de aller fleste oppdragsgivere seg av elektronisk konkurransegjennomføringsverktøy.

§ 9-6 Generelle krav til verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon

(1) Verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon, skal være ikke-diskriminerende og allment tilgjengelige og ikke begrense leverandørenes muligheter for å delta i konkurransen. De skal også kunne fungere sammen med alminnelig brukte IKT-produkter.

(2) Spesifikasjoner og andre opplysninger som er nødvendige for å kunne levere forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud elektronisk, inkludert opplysninger om kryptering og tidsstempling, skal være tilgjengelige for alle leverandørene.

(3) Oppdragsgiver kan kreve bruk av bestemte verktøy og løsninger som ikke er allment tilgjengelige, dersom de er nødvendige for å utveksle relevante dokumenter. Oppdragsgiver skal i så fall tilby alternative tilgangsmuligheter. Oppdragsgiver anses å ha tilbudt egnede alternative tilgangsmuligheter dersom det

a. gis gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til de aktuelle verktøyene og løsningene fra kunngjøringstidspunktet eller fra den dagen det sendes invitasjon til å bekrefte interessen. Oppdragsgiver skal angi internettadressen hvor verktøyene og løsningene er tilgjengelige, i kunngjøringen eller i invitasjonen

b. gir leverandørene muligheten til å delta i konkurransen ved bruk av midlertidige passord eller andre midlertidige adgangstegn som stilles gratis til disposisjon for leverandørene. Oppdragsgiver er likevel ikke forpliktet til å gi en slik tilgang hvis mangelen på tilgang skyldes leverandør, eller

c. tilbyr en alternativ kanal for å gi tilbud elektronisk.

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 22 nr. 1 første avsnitt andre punkt, artikkel 22 nr. 5 og artikkel 21 nr. 6 bokstav a. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.16.

§ 9-7 Krav til mottak og oppbevaring av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud mv.

(1) Oppdragsgiver skal sikre at forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud holdes fortrolig, og at innholdet beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring.

(2) Ingen skal ha tilgang til innholdet i forespørslene om å delta i konkurransen eller i tilbudene før fristen for mottak har løpt ut.

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 22 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.16.

§ 9-8 Unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon

(1) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler dersom

a. anskaffelsens art innebærer at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve særlige verktøy, løsninger eller filformater som ikke er allment tilgjengelige eller ikke kan behandles av allment tilgjengelig programvare, og oppdragsgiver ikke kan tilby alternative tilgangsmuligheter som nevnt i § 9-6 tredje ledd

b. de filformatene som ville vært egnet for utformingen av tilbudene, ikke kan behandles av en åpen eller allment tilgjengelig programvare, eller er omfattet av en lisensordning og ikke kan lastes ned av oppdragsgiver eller gjøres tilgjengelig over internett eller på en annen lett tilgjengelig måte

c. opplysningene som skal utveksles, forventes å være av en slik art eller et slikt format at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve særlig utstyr som ikke er allment tilgjengelig for oppdragsgiver.

(2) Oppdragsgiver er heller ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler til levering av fysiske modeller eller skalamodeller som ikke kan leveres ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(3) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler hvis bruk av andre kommunikasjonsmidler er nødvendig

a. som følge av sikkerhetsbrudd i den elektroniske kommunikasjonsløsningen, eller

b. fordi sensitive opplysninger ikke kan beskyttes på tilfredsstillende måte ved bruk av elektroniske verktøy og løsninger som er allment tilgjengelig for leverandørene, eller som kan gjøres tilgjengelig på en alternativ måte som nevnt i § 9-6 tredje ledd.

(4) Dersom oppdragsgiver ikke krever bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, skal det brukes ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter, eventuelt kombinert med elektroniske hjelpemidler.

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 22 nr. 1 andre og tredje avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.16. Unntaksbestemmelsene i § 9-8 første ledd bokstav a til c bør tolkes restriktivt fordi den teknologiske utviklingen har gått raskt etter at direktivet ble vedtatt. EU-kommisjonen er derfor gitt myndighet i artikkel 22 nr. 7 til å vedta delegerte rettsakter som innsnevrer unntaksbestemmelsene. Det følger av artikkel 22 nr. 1 femte avsnitt at bruk av unntaksbestemmelsene skal angis i anskaffelsesprotokollen. Det vises til § 24-1 andre ledd.

§ 9-9 Bruk av elektroniske signaturer mv.

(1) Oppdragsgiver kan kreve at leverandør ved levering av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud bruker løsninger som gir tilfredsstillende sikkerhet for at det kan sannsynliggjøres hvilken leverandør som har levert den enkelte forespørselen og det enkelte tilbudet, og knytte avsenderen til innholdet. Oppdragsgiver kan kreve bruk av

a. elektronisk signatur

b. elektronisk segl

c. elektronisk identitetsbevis eller midlertidige adgangstegn dersom det brukes en tredjeparts innsendingsløsning som støtter dette og kan knytte avsenderen til innholdet i forespørselen eller tilbudet.

(2) Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget angi kravene til sikkerhetsnivå for elektronisk signatur, elektronisk segl, elektronisk identitetsbevis og øvrige sikkerhetstiltak ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Sikkerhetsnivået skal ikke være høyere enn det som er nødvendig av hensyn til relevante risikofaktorer.

(3) Når oppdragsgiver krever bruk av elektronisk signatur, skal vedkommende godta avanserte elektroniske signaturer som er understøttet av et kvalifisert sertifikat som er utstedt av et organ som er oppført på en liste over tilbydere av tillitstjenester i henhold til lov av 15. juni 2018 nr. 44 om elektroniske tillitstjenester.

(4) Oppdragsgiver kan etter en risikovurdering kreve bruk av avansert elektronisk signatur. Når oppdragsgiver krever bruk av en slik signatur eller elektronisk segl, skal kravene til formater for signaturen eller seglet være basert på formater som er fastsatt i forskrift av 21.11.2019 nr. 1577 om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner § 5. Oppdragsgiver skal iverksette de tiltakene som er nødvendige for å kunne behandle formatene teknisk. Oppdragsgiver kan velge å godta andre formater for signaturer og segl som vedkommende er i stand til å validere på grunnlag av opplysningene i signaturen, seglet eller tilknyttet informasjon.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 22 nr. 6 første ledd bokstav b og c. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.16.

§ 9-10 CPV-koder

Når loven krever at oppdragsgiver bruker CPV-koder til å klassifisere en anskaffelse, skal oppdragsgiver bruke CPV-koder som er fastlagt i EU. Departementet kan gi forskrift om hvilke CPV-koder oppdragsgiver skal bruke.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 23. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.17.

CPV-koder er EU-kommisjonens felles klassifikasjon for offentlige innkjøp, Common Procurement Vocabulary (CPV).

Første setning fastslår at oppdragsgiver ved klassifiseringen skal bruke CPV-koder som er utarbeidet i EU. EU har vedtatt en egen forordning som inneholder en liste over alle relevante CPV-koder. Det er CPV-koder for varer, tjenester og bygge- og anleggstjenester. I en kunngjøring skal oppdragsgiver alltid oppgi en eller flere CPV-koder for å beskrive anskaffelsens ytelse.

Leverandører bruker også CPV-koder for å søke på anskaffelser som er aktuelle for dem. CPV-kodene er oversatt til alle offisielle EU-språk og dette bidrar til at leverandører i hele EU kan delta i aktuelle konkurranser.

I andre setning er departementet gitt hjemmel til å gjennomføre forordning om CPV-koder i forskrift.

Kapittel 10 – Anskaffelsesprosedyrer

I. Innledning

§ 10-1 Tillatte anskaffelsesprosedyrer

Anskaffelser kan gjennomføres på en av følgende måter

a. åpen anbudskonkurranse, jf. § 10-4

b. begrenset anbudskonkurranse, jf. §§ 10-6 til 10-8

c. konkurranse med forhandling, jf. §§ 10-9 til 10-14

d. konkurransepreget dialog, jf. §§ 10-15 til 10-19

e. innovasjonspartnerskap, jf. §§10-20 til 10-25

f. konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. §§ 10-26 til 10-29

g. plan- og designkonkurranse, jf. §§ 23-1 til 23-5.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 26. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen angir hvilke konkurranseformer oppdragsgiver kan benytte seg av ved en offentlig anskaffelse.

Bokstav a angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en åpen anbudskonkurranse. I en åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører inngi tilbud.

Bokstav b angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en begrenset anbudskonkurranse. I en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører inngi forespørsel om å delta i konkurransen.

Bokstav c angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en konkurranse med forhandling. For å benytte konkurranse med forhandling må vilkårene i § 10-3 være oppfylt.

Bokstav d angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en konkurransepreget dialog. For å benytte konkurransepreget dialog må vilkårene i § 10-3 være oppfylt.

Bokstav e angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som innovasjonspartnerskap når § 10-20 er oppfylt.

Bokstav f angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når vilkårene i §§ 10-26 – 10-29 er oppfylt.

Bokstav g angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en plan- og designkonkurranse i henhold til kapittel 23.

§ 10-2 Kunngjøring av konkurransen

(1) Konkurransen skal kunngjøres ved kunngjøring i henhold til § 14-3 jf. § 14-5.

(2) Ved en begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, kan ikke-statlige oppdragsgivere i stedet publisere konkurransen ved en veiledende kunngjøring i henhold til § 14-2.

(3) Dersom invitasjon til å inngi tilbud gjøres ved en veiledende kunngjøring i henhold til andre ledd gjelder § 14-8.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 26 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

§ 10-3 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog etter forutgående kunngjøring

Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog etter forutgående kunngjøring dersom

a. oppdragsgivers behov ikke kan oppfylles uten at det foretas tilpasninger i løsninger som allerede finnes

b. anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger

c. anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller økonomiske forhold eller tilknyttet risiko gjør det nødvendig å forhandle

d. oppdragsgiver ikke kan utforme kravspesifikasjonene tilstrekkelig presist ved henvisning til en standard, europeiske tekniske vurderinger, felles teknisk spesifikasjon eller teknisk henvisning

e. oppdragsgiver i en forutgående åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud. I disse tilfellene skal oppdragsgiver invitere alle leverandørene som ga tilbud i den forutgående anbudskonkurransen, og bare dem, til forhandlinger. Oppdragsgiver kan likevel ikke invitere leverandørene som ble avvist etter reglene i kapittel 16.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 26 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Prosedyreformene konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog kan benyttes når vilkårene i bestemmelsens bokstav a, b, c, d eller e er oppfylt. Om vilkårene i de angitte unntakstilfellene er oppfylt må vurderes konkret for hver enkelt anskaffelse. Unntakene i bestemmelsen vil omfatte de fleste situasjoner der oppdragsgiver har et legitimt behov for å forhandle for å oppnå et tilfredsstillende resultat.

Dersom oppdragsgiver velger å benytte konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog etter forutgående kunngjøring, må begrunnelsen for dette angis i anskaffelsesprotokollen, se § 24-1.

Bokstav a angir som vilkår at oppdragsgivers behov ikke kan oppfylles med mindre det foretas tilpasninger i tilgjengelige løsninger. Bestemmelsen utelukker forhandlinger dersom det gjelder kjøp av standardytelser og hyllevarer.

Bokstav b angir som vilkår at anskaffelsen inkluderer design og innovasjon. Innovative løsninger er definert i § 4-2. At anskaffelsen inkluderer slike løsninger innebærer at det er tilstrekkelig at kun deler av anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger.

Bokstav c angir som vilkår at kontrakten på grunn av særlige omstendigheter med hensyn til anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko ikke kan tildeles uten forhandling. Unntaket kommer typisk til anvendelse ved prosjekter som omfatter kompleks og strukturert finansiering, store datanettverk eller integrerte infrastrukturprosjekter for transport.[[1127]](#footnote-1127)

Begrepene i bokstav d er definert i anskaffelsesdirektivet vedlegg VII punkt 2 til 5, se også kapittel 24.20.

I bokstav e åpnes i tillegg for at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Uakseptable tilbud omfatter både uakseptable tilbud og uregelmessige tilbud.

Et tilbud anses som uakseptabelt i henhold til bestemmelsen når oppdragsgiver ikke kan akseptere tilbudet fordi det inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige, ikke er levert innen tilbudsfristen, er levert av en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, er unormalt lavt, ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg X i direktivet, overstiger oppdragsgivers budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen, det foreligger bevis for ulovlig tilbudssamarbeid eller korrupsjon, eller det foreligger lignende forhold.

II. Åpen anbudskonkurranse

§ 10-4 Åpen anbudskonkurranse

(1) Alle interesserte leverandører kan gi tilbud.

(2) Kunngjøring av en åpen anbudskonkurranse må inneholde informasjon som angitt i § 14-3 jf. § 14-5.

(3) Tilbudet må inneholde informasjon som angitt i kunngjøringen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 27 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

§ 10-5 Frister i åpen anbudskonkurranse

(1) I en åpen anbudskonkurranse skal fristen for mottak av tilbud være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøring sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 35 dager.

(2) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i første ledd til minst 15 dager dersom

a. oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring etter § 14-1 tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen, og

b. den veiledende kunngjøringen inneholder alle opplysningene som skal fylles ut i kunngjøringsskjemaet for slike kunngjøringer, kunngjøringer i tråd med i tråd i tråd med anskaffelsesdirektivet vedlegg V del B avsnitt I, jf. § 14-1, så langt disse opplysningene forelå på tidspunktet for publisering av den veiledende kunngjøringen.

(3) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen til minst 15 dager dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristen i første ledd.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 27 nr. 2 til 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

III. Begrenset anbudskonkurranse

§ 10-6 Begrenset anbudskonkurranse

(1) I en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som angitt i anskaffelsesdirektivet Vedlegg V del B eller C, jf. § 14-5.

Bestemmelsene gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 28 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.40.

§ 10-7 Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen

(1) I en begrenset anbudskonkurranse skal fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøring sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring, regnes fristen fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å bekrefte interessen.

(2) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristene i første ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen til minst 15 dager fra kunngjøringen var sendt.

Bestemmelsene gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 28 nr. 1 andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

§ 10-8 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være minst 25 dager regnet fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 30 dager.

(4) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i første ledd til ti dager dersom veiledende kunngjøring er brukt til innkallelse av tilbud

a. veiledende kunngjøring inneholder alle opplysningene som skal fylles ut i skjemaet for slike publiseringer, så langt disse opplysningene forelå på publiseringstidspunktet

b. oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring etter § 14-1 tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen.

(5) Ikke-statlige oppdragsgivere kan fastsette tilbudsfristen i samarbeid med leverandørene som vil bli invitert til å gi tilbud. Forutsetningen er at den samme tilbudsfristen gjelder for alle leverandørene. Dersom oppdragsgiver og leverandørene ikke blir enige om en frist, skal tilbudsfristen være minst ti dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å gi tilbud.

(6) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristene i tredje ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av tilbud til minst ti dager fra invitasjonen var sendt.

Bestemmelsene gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 28 nr. 2 til 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

IV. Konkurranse med forhandling

§ 10-9 Konkurranse med forhandling

(1) Alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 14-3 jf. § 14-5.

(3) I tillegg til informasjonen som må angis i kunngjøringen skal anskaffelsesdokumentene inneholde informasjon om

a. hva som skal anskaffes

b. minstekrav som alle leverandører må oppfylle

c. tildelingskriterier

d. om oppdragsgiver forbeholder seg retten til å tildele kontrakt uten forhandlinger, jf. § 10-12

e. om konkurransen skal gjennomføres i faser, jf. § 10-13.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

§ 10-10 Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen

(1) I en konkurranse med forhandling skal fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen være minst 30 dager regnet fra kunngjøring sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver har publisert konkurransen ved en veiledende kunngjøring, regnes fristen fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å bekrefte interessen.

(2) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristen i første ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen til minst 15 dager fra kunngjøringen var sendt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

§ 10-11 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være minst 25 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 30 dager.

(4) Adgang til å forkorte fristene i § 10-8 fjerde til sjette ledd gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 1 fjerde ledd og nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

§ 10-12 Gjennomføring av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene om tilbudene for å forbedre innholdet i dem, med mindre oppdragsgiver har forbeholdt seg rett til å tildele kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger. Denne retten må være angitt i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

(2) Minstekrav og tildelingskriterier kan ikke endres gjennom forhandlingene. Det samme gjelder endelige tilbud.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under forhandlingene skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(5) Eventuelle endringer i anskaffelsesdokumentene som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiver gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 3 til 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Første ledd angir at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å forhandle dersom oppdragsgiver har forbeholdt seg retten til å tildele kontrakten uten å forhandle. Dersom oppdragsgiver benytter denne retten, har oppdragsgiver likevel adgang til å foreta avklaringer i tråd med § 15-2.

Andre ledd angir at fastsatte minstekrav og tildelingskriterier ikke kan endres gjennom forhandlingene. Bestemmelsen er gjennomført for å sikre likebehandling av leverandørene og innebærer at oppdragsgiver på forhånd må angi minstekrav, og at disse ikke må endres under forhandlingene. Det samme gjelder kriterier for tildeling og deres vekting, i samsvar med § 18-1.

Oppdragsgiver kan innlede forhandlinger med leverandører, som har inngitt tilbud med vesentlige avvik, med mindre annet fremgår av anskaffelsesdokumentene. Forhandlingene må ikke medføre endringer i minstekrav og endelig tilbud kan ikke inneholde vesentlige avvik.

Oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene om det innledende tilbudet, og eventuelle etterfølgende tilbud. Formålet med forhandlingene er å tilpasse tilbudet til oppdragsgivers krav og behov. Det er ikke adgang til å forhandle etter endelig tilbudsfrist, det er likevel adgang til å foreta avklaringer.

Tredje ledd angir at oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Dette innebærer at forhandlingene er i tråd med likebehandlingsprinsippet, se § 9-1.

Kravet til gjennomsiktighet må også følges ved forhandlingene. Dette innebærer at oppdragsgiver skal dokumentere forhandlingene, og sikre at alle tilbud inngis skriftlig, se i § 9-4.

Oppdragsgiver skal føre individuelle forhandlinger med alle leverandørene som inviteres til å gi tilbud. Hvilke krav som stilles til forhandlingene er redegjort for ovenfor.

Fjerde ledd viser at taushetsplikten må overholdes også i forhandlingene. Se § 1-7 om taushetsplikt.

Femte ledd regulerer hvordan endringer i anskaffelsesdokumentene skal håndteres. Se kapittel 24.2 om hvilke endringer som er tillatt. Hva som ligger i tilstrekkelig tid beror på en konkret vurdering av leverandørenes behov for å foreta nødvendige avklaringer, innhente nye opplysninger og utarbeide reviderte tilbud.

§ 10-13 Forhandlinger i faser

(1) Oppdragsgiver kan beslutte at forhandlingene skal skje i flere faser for å redusere antallet tilbud. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Første reduksjon kan foretas på bakgrunn av det opprinnelige tilbudet.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall tilbud, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(3) I den siste fasen av forhandlingene skal antall tilbud være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall gjenværende tilbud.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 6 og artikkel 66. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20 og kapittel 24.35.

§ 10-14 Avslutning av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene.

(2) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt i henhold til § 15-1.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Første ledd angir at oppdragsgiver skal fastsette en felles frist for å inngi endelige tilbud. Hvor lang denne fristen skal være beror på en konkret vurdering av kontraktens kompleksitet og hvor mye tid leverandørene har behov for å inngi oppdaterte tilbud. Det er ikke adgang til å forhandle om endelig tilbud. Det er likevel adgang til å foreta avklaringer i tråd med § 15-2.

Andre ledd angir at oppdragsgiver velger tilbud på bakgrunn av tildelingskriteriene. Endelige tilbud som inneholder vesentlige avvik, skal avvises.

V. Konkurransepreget dialog

§ 10-15 Konkurransepreget dialog

(1) I en konkurransepreget dialog kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøring sendes til TED-databasen.

(3) Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan delta i dialogen.

(4) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 17-12.

(5) Oppdragsgiver kan bare velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet i samsvar med § 18-2.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Andre ledd angir at fristen skal være minst 30 dager. Med dager menes kalenderdager.

Femte ledd innebærer at det ikke er adgang til å tildele kontrakt kun basert på pris.

§ 10-16 Informasjon i anskaffelsesdokumentene

(1) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 14-3, jf. § 14-5.

(2) I tillegg må kunngjøringen eller et annet anskaffelsesdokument inneholde informasjon om

a. oppdragsgivers behov

b. krav

c. tildelingskriteriene og en foreløpig tidsplan

d. om oppdragsgiver tilbyr premier eller betaling til leverandørene som deltar i dialogen.

e. om dialogen skal gjennomføres i faser, se § 10-18.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 2 og 8. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Første ledd angir at det skal utformes en kunngjøring i samsvar med § 14-3.

Andre ledd angir ytterligere informasjon som må gis i kunngjøringen eller i et annet anskaffelsesdokument. Etter bokstav a og b skal oppdragsgiver beskrive behov og krav. Dersom oppdragsgiver anvender minstekrav, skal det fremgå hvilke deler av oppdragsgivers behov og krav som utgjør minstekrav og må oppfylles. I henhold til bokstav d skal det angis om oppdragsgiver tilbyr premier eller betaling til leverandørene som deltar i dialogen. Det er altså opp til oppdragsgiver å velge om det skal gis vederlag til deltagerne i dialogen.

§ 10-17 Gjennomføring av dialogen

(1) Oppdragsgiver skal innlede dialog med alle leverandørene, med mindre antallet løsninger reduseres, jf. § 10-18, med formål å identifisere og definere hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles.

(2) Oppdragsgiver kan drøfte alle sider ved anskaffelsen med leverandørene i dialogen.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i dialogen. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under dialogen skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Første ledd fastsetter at oppdragsgiver skal gjennomføre dialog med alle leverandørene som er invitert til å delta i dialogen, med mindre oppdragsgiver reduserer antall løsninger i henhold til § 10-18.

Andre ledd fastsetter at dialogen kan gjelde alle aspekter som gjelder kontraktens gjenstand, herunder, men ikke begrenset til tekniske forhold, priser, omkostninger, fordeling av risiko, begrensning av ansvar, garantier og øvrige økonomiske forhold. Formålet med dialogen er å definere og fastslå hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles.

Tredje og fjerde ledd svarer til gjennomføring av konkurranse med forhandling. Det vises til kommentarene til § 10-13.

§ 10-18 Dialog i faser

(1) En konkurransepreget dialog kan gjennomføres i flere faser for å redusere antall løsninger. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Første reduksjon kan gjøres på bakgrunn av løsningsforslaget.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall løsninger, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(3) I den siste fasen av dialogen skal antall løsninger være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall løsninger.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 4 og artikkel 66. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20 og kapittel 24.35.

Bestemmelsen svarer til bestemmelsen i § 10-13 om forhandlinger i faser i konkurranse med forhandling.

§ 10-19 Avslutning av dialog

(1) Når oppdragsgiver har funnet de løsningene som kan oppfylle behovet, skal dialogen avsluttes.

(2) Oppdragsgiver skal invitere de gjenværende leverandørene i dialogen til å gi endelige tilbud basert på løsningene de har fremlagt og presisert i dialogen. De endelige tilbudene skal inneholde alle elementene som er obligatoriske og nødvendige for å gjennomføre løsningene.

(3) På forespørsel fra oppdragsgiver kan leverandørene avklare, presisere og forbedre tilbudene. Avklaringene, presiseringene og forbedringene kan ikke innebære endringer i grunnleggende sider ved tilbudene eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er sannsynlig at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

(4) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(5) Oppdragsgiver kan ferdigforhandle kontraktsvilkårene med den valgte leverandøren for å få bekreftet finansielle forpliktelser eller andre vilkår i tilbudet. Forhandlingene kan ikke føre til endringer i grunnleggende sider ved tilbudet eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er risiko for at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 5 til 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Første ledd innebærer at oppdragsgiver kan gjennomføre dialog frem til oppdragsgiver har funnet de løsninger som oppfyller oppdragsgivers behov.

Andre ledd fastsetter at etter at dialogen er avsluttet skal oppdragsgiver oppfordre deltakerne til å avgi sine endelige tilbud på grunnlag av den eller de løsninger som er presentert og presisert under dialogen, og som inneholder elementene som er nødvendige for prosjektets utførelse, og som svarer til oppdragsgivers krav og behov.

Tredje ledd innebærer at tilbud kan avklares, presiseres og forbedres. Dette innebærer også at det ikke er utelukket at avklaring, presiseringen eller forbedringen kan gjelde vesentlige avvik i tilbudet. Det avgjørende for om et det er adgang til å avklare et vesentlig avvik er om det er sannsynlig at en slik avklaring fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Karakteren av minstekravene og årsaken til avviket er relevante momenter for om det foreligger konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

Femte ledd fastsetter at oppdragsgiver har adgang til å forhandle med den valgte leverandører om økonomiske forpliktelser og andre vilkår. Avgjørende er at det gjennom forhandlingene ikke kan gjøres endringer i vesentlige elementer i tilbudet til valgte leverandør, eller vesentlige forhold i anskaffelsesdokumentene, dersom det er risiko for at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling av leverandørene.

VI. Konkurranse om innovasjonspartnerskap

§ 10-20 Konkurranse om innovasjonspartnerskap

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

(2) Alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 14-3.

(4) I tillegg til informasjonen som må angis i kunngjøringen, skal anskaffelsesdokumentene inneholde informasjon om følgende

a. beskrivelse av behovet for den innovative varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet

b. minstekrav som alle leverandører må oppfylle

c. krav til leverandørens kvalifikasjoner innen forskning og utvikling, inkludert utvikling og gjennomføring av innovative løsninger

d. tildelingskriterier

e. hvilke ordninger som gjelder for de immaterielle rettighetene

f. om oppdragsgiver forbeholder seg retten til å redusere antall tilbud, se § 17-12

g. om konkurransen skal gjennomføres i faser, se § 10-23.

(5) Oppdragsgiver kan bare velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet i samsvar med § 18-2.

(6) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra kunngjøring sendes til TED-databasen.

(7) Oppdragsgiver kan inngå innovasjonspartnerskap med en eller flere partnere som gjennomfører separate forsknings- eller utviklingsaktiviteter.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 31 nr. 1 og nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Første ledd angir at oppdragsgiver bare kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider. Det må være tale om reell innovasjon. Oppdragsgiver må ha et behov for enten en helt ny eller betydelig forbedret løsning sammenlignet med det som finnes tilgjengelig på markedet. Innovasjon er definert i § 4-2. Et innovasjonspartnerskap består av tre faser; i. anskaffelsen, ii. innovasjonspartnerskapet og iii. eventuelt etterfølgende innkjøp av den utviklede ytelsen.

Andre ledd angir at alle interesserte leverandører kan søke om å delta i et innovasjonspartnerskap.

Tredje ledd angir at oppdragsgiver må utforme en kunngjøring i henhold til § 14-3.

Fjerde ledd angir hvilke opplysninger oppdragsgiver må gi i tillegg til det som fremgår av kunngjøringen. Samlet sett skal oppdragsgiver beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist, slik at leverandørene kan identifisere anskaffelsens karakter og omfang og på den bakgrunn beslutte om de vil delta i prosedyren. Bokstav c angir at kvalifikasjonskrav særlig må stille krav til leverandørens kvalifikasjoner innen forskning og utvikling, inkludert utvikling og implementering av innovative løsninger. I dette ligger det at det blant annet kan stilles krav til erfaring, kapasitet eller kompetanse innen forskning og utvikling. Oppdragsgiver er imidlertid ikke forpliktet til å stille krav til at leverandørene har tidligere erfaring innen forskning og utvikling. For strenge krav kan medføre at små og mellomstore bedrifter utelukkes fra å delta i konkurransen.

Etter bokstav e skal det gis opplysninger om hvilke ordninger som gjelder for de immaterielle rettighetene. Det er viktig at det fremgår hvordan rettigheter til det som eventuelt utvikles skal fordeles mellom partene. Det er adgang til å forhandle om de immaterielle rettighetene under forhandlingsfasen med mindre oppdragsgiver har formulert rettighetene som minstekrav i anskaffelsesdokumentene.

Femte ledd innebærer at kontrakt ikke kan tildeles på bakgrunn av den laveste prisen eller laveste kostanden. Oppdragsgiver kan velge å fastsette kostnad eller pris for innovasjonspartnerskapet, istedenfor å bruke det som et eget tildelingskriterium. Tildelingskriteriene skal angis i anskaffelsesdokumentene, jf. fjerde ledd bokstav d.

Sjette ledd angir at minimumsfristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen er 30 dager regnet fra dagen etter at kunngjøringen sendes. Med dager menes kalenderdager.

Syvende ledd åpner for at oppdragsgiver kan velge mellom å inngå innovasjonspartnerskap med en eller flere leverandører. I dette ligger at oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene også må beskrive hvordan innovasjonspartnerskapet skal gjennomføres.

§ 10-21 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud i samsvar med § 17-12.

(3) Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud.

(4) Fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være minst 25 dager regnet fra dagen oppdragsgiver sender invitasjon. Unntakene i § 10-8 femte ledd gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 31 nr. 1 fjerde avsnitt og nr. 6 andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen svarer til § 10-11 som gjelder konkurranse med forhandling, og det vises til gjennomgangen av denne.

§ 10-22 Gjennomføring av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene om tilbudene for å forbedre innholdet i dem.

(2) Minstekrav og tildelingskriteriene skal ikke endres gjennom forhandlingene. Det samme gjelder endelige tilbud.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under forhandlingene skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(5) Eventuelle endringer i anskaffelsesdokumentene som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiver gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.

(6) Oppdragsgiver skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 31 nr. 3 og 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20. Bestemmelsen svarer til § 10-12 som gjelder konkurranse med forhandling, og det vises i utgangspunktet til gjennomgangen av denne. Til forskjell fra konkurranse med forhandling, kan oppdragsgiver ved innovasjonspartnerskap ikke tildele kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger. Oppdragsgiver har ingen plikt til å betale vederlag til leverandørene som deltar i forhandlingsfasen, men oppdragsgiver kan velge å gjøre det.

§ 10-23 Forhandlinger i faser

(1) Oppdragsgiver kan beslutte at forhandlingene skal skje i flere faser for å redusere antall tilbud. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall tilbud, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 31 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20. Bestemmelsen svarer i hovedsak til § 10-13 som gjelder konkurranse med forhandling, og det vises til denne for det nærmere innholdet.

§ 10-24 Gjennomføring av innovasjonspartnerskap

(1) Innovasjonspartnerskapet skal sette delmål for forsknings- og innovasjonsprosessen som partneren eller partnerne skal oppfylle.

(2) Innovasjonspartnerskapet skal struktureres i faser etter rekkefølgen av trinnene i forsknings- og innovasjonsprosessen. Prosessen kan inkludere produksjonen av varene, utførelsen av tjenestene eller ferdigstillelsen av bygge- og anleggsarbeidene.

(3) Oppdragsgiver skal sørge for at innovasjonspartnerskapets struktur, og særlig varigheten og verdien av dets faser, reflekterer graden av innovasjon i den foreslåtte løsningen og rekkefølgen av forsknings- og utviklingsaktivitetene som er nødvendige for å utvikle en innovativ løsning som foreløpig ikke er tilgjengelig på markedet. Den anslåtte verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe, skal stå i forhold til investeringene som er nødvendige for å utvikle dem.

(4) Etter hvert trinn i prosessen kan oppdragsgiver avslutte innovasjonspartnerskapet eller redusere antallet partnere ved å si opp individuelle kontrakter på grunnlag av de avtalte delmålene. Dette gjelder bare når oppdragsgiver har forbeholdt seg denne retten og angitt vilkårene for å bruke den i anskaffelsesdokumentene.

(5) I et innovasjonspartnerskap med flere partnere kan oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige partnere tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en partner har gitt innenfor rammene av partnerskapet. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(6) Oppdragsgiver skal betale vederlag i passende avdrag til partneren eller partnerne i innovasjonspartnerskapet.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 31 nr. 2, 6 tredje avsnitt og nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bestemmelsen inneholder detaljerte regler for gjennomføringen av partnerskapet. Denne gjennomføringen må reguleres i partnerskapskontrakten som inngås mellom oppdragsgiver og de(n) valgte leverandørene.

Første ledd angir at det skal settes delmål for forsknings- og innovasjonsprosessen som partneren eller partnerne skal oppfylle. Partnerskapskontrakten bør inneholde bestemmelser som gir anledning til å foreta endringer og justeringer av de avtalte fasene og delmål.

Andre ledd fastslår at innovasjonspartnerskapet skal struktureres i faser etter rekkefølgen av trinnene i forsknings- og innovasjonsprosessen.

Ved vurderingen av ytelsens anslåtte verdi etter tredje ledd er det relevant å se hen til den konkrete verdien ytelsen vil ha for oppdragsgiver, og de bredere økonomiske, miljømessige og samfunnsmessige fordelene som ytelsen forventes å gi.

Fjerde ledd åpner for å si opp partnerskapet etter de ulike trinnene. Dette kan være dersom delmålene ikke oppnås, eller omkostningene ved utviklingen viser seg å ikke stå i forhold til verdien av ytelsen.

§ 10-25 Avslutning av innovasjonspartnerskapet

Oppdragsgiver kan bare anskaffe de utviklede varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene når de oppfyller de avtalte ytelsesmålene og ikke overstiger de avtalte maksimumskostnadene.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 31 nr. 2 første ledd. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Innkjøpsfasen finner sted etter at innovasjonsfasen er avsluttet. I henhold til bestemmelsen kan oppdragsgiver bare anskaffe den utviklede ytelsen når den oppfyller de avtalte ytelsesmålene og ikke overstiger de avtalte maksimumskostnadene for ytelsen. Dette innebærer at kjøpet av ytelsen må være regulert i partnerskapskontrakten. Dette kan enten være formulert som en opsjon eller en kjøpsforpliktelse. Den nærmere konkretiseringen av hvordan innkjøpene skal foretas, kan avtales nærmere under forhandlingsfasen. Den endelige pris eller kostnad oppdragsgiver skal betale kan avtales etter utviklingsforløpet forutsatt at dette ligger innenfor maksimumskostnadene som er fastsatt i partnerskapskontrakten. Dette forutsetter at prisen eller kostnaden på ytelsen ikke har blitt brukt som tildelingskriterium.

VII. Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

§ 10-26 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for vare- tjeneste, og bygge- og anleggskontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved inngåelse av vare- tjeneste og bygge- og anleggskontrakter i tilfellene omtalt i andre til fjerde ledd.

(2) Der oppdragsgiver i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke mottok forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver bare mottok forespørsler eller tilbud som skulle eller kunne avvises etter [artikkel 57 – andre delutredning], eller bare mottok tilbud som åpenbart ikke oppfylte oppdragsgivers behov eller krav som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene.

(3) Anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere på bakgrunn av en av følgende situasjoner

1. formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring

2. konkurranse er umulig av tekniske årsaker

3. leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter.

Nr. 2 og 3 gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

(4) Det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Som følge av faren for negative effekter på konkurransen bør forhandlinger uten forutgående kunngjøring kun anvendes i ekstraordinære tilfeller. Unntakene fra plikten til å kunngjøre skal tolkes restriktivt. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene i det aktuelle unntaket er oppfylt. Dersom oppdragsgiver velger å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, må det begrunnes i anskaffelsesprotokollen hvorfor dette er nødvendig, jf. § 24-1 (2) bokstav h.

Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, slik at oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, må oppdragsgiver følge de øvrige prosedyrereglene i loven del III så langt de passer.

Første ledd angir at bestemmelsen gjelder vare-, tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter. Disse er definert i § 4-2.

Andre ledd gjelder kun dersom oppdragsgiver har gjennomført en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

For en nærmere gjennomgang av avvisning som omfattes av andre ledd vises til [artikkel 57 – andre delutredning]. Ved vurderingen av om et tilbud oppfyller oppdragsgivers behov må det foretas en objektiv vurdering av om tilbudene oppfyller de behov og krav som oppdragsgiver har stilt, og om tilbudene vesentlig avviker fra disse.

Oppdragsgiver kan ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene. Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres ut fra en konkret vurdering. For en nærmere gjennomgang av hva som utgjør en vesentlig endring vises til loven kapittel 20.

Tredje ledd angir at bestemmelsen gjør unntak for tilfeller der det kun er én leverandør som kan levere ytelsen som følge av et av de opplistede forholdene. Det er ikke tilstrekkelig at det kun er én leverandør som kan levere i Norge. Det er opp til oppdragsgiver å godtgjøre at det kun er én leverandør som kan levere ytelsen i EØS eller WTO-områder der anskaffelsen omfattes av WTO-avtalen om offentlige innkjøp.

Om de nærmere undersøkelsene oppdragsgiver må gjennomføre er det ikke tilstrekkelig å vise til at det kun finnes en leverandør eller at anskaffelsen er kompleks slik at det kun er én leverandør som kan levere. Oppdragsgiver må vise til konkrete undersøkelser som er gjennomført.

Unntaket i nr. 1 gjelder både eksisterende produkt, eller et arbeid som skal utføres. Det må gjelde kunst hvor kunstnerens identitet i seg selv bestemmer kunstverkets unike karakter og verdi.

Unntaket i nr. 2 gjelder der manglende konkurranse skyldes tekniske årsaker. I dette ligger det at det må være omtrent teknisk umulig for en annen leverandør å gjennomføre, eller at det er nødvendig å benytte spesifikk «knowhow», spesifikke verktøy eller midler, som kun en bestemt leverandør har til sin rådighet.

Det må foretas en objektiv vurdering av om det kun eksisterer en leverandør i markedet.

Dersom bruk av unntaket begrunnes med at det foreligger en teknisk sammenheng mellom tidligere og nye prosjekter, slik at samme leverandør derfor må utføre arbeidene, må oppdragsgiver godtgjøre at vanskelighetene knyttet til den tekniske sammenhengen ikke kan overvinnes dersom en annen leverandør utfører de nye prosjektene. Ved bruk av unntaket må oppdragsgiver kunne beskrive hvorfor det foreligger en teknisk umulighet på en klar og tydelig måte, og kunne dokumentere at grunnene faktisk foreligger.

Unntaket i nr. 3 gjelder enerett, herunder inkludert immaterielle rettigheter. Dette viser blant annet til patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse ol.

Det er ikke tilstrekkelig at leverandøren har en enerett i juridisk forstand for et produkt eller en ytelse, dersom oppdragsgivers behov kan dekkes ved tilsvarende produkter eller ytelser som finnes i markedet. Dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, vil unntaket ikke kunne benyttes.

Dersom en leverandør har en enerett i medhold av lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak, omfattes det istedenfor av unntaket i § 7-5. Se kapittel 24.7 for en gjennomgang av denne bestemmelsen.

Fjerde ledd angir unntak der det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. Fristene fremgår av §§ 10-5 tredje ledd, 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd.

Bestemmelsen angir fire vilkår som må være oppfylt for at en anskaffelse skal være unntatt kunngjøringsplikten. Det må foreligge et forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver heller ikke kunne forutse. Forholdet må videre ha forårsaket et anskaffelsesbehov, som har gjort det umulig for oppdragsgiver å overholde fristene i loven kapittel 10. Endelig kan kontraktens omfang ikke være større enn strengt nødvendig.

Hvilke forhold som ikke kunne forutsees og som ikke skyldes oppdragsgiver beror på en objektiv vurdering av det oppståtte forholdet. Dårlig planlegging kan for eksempel ikke begrunne bruk av unntaket. Typiske forhold som omfattes er force majeure-lignende forhold, som brann, oversvømmelser, jordskjelv, pandemi eller lignende. Det er imidlertid ikke nødvendig at forholdet knytter seg til force-majeure tilfeller. En uventet konkurs, som medfører fare for liv og helse kan også omfattes. Dersom forholdet er uforutsett, men kan skyldes oppdragsgiverrelaterte forhold, er bruk av unntaket avskåret.

At det må være umulig å benytte fristene viser at det er en høy terskel. Det er ikke tilstrekkelig at det er ressurskrevende eller ekstra kostbart å gjennomføre en anskaffelse med forkortede frister. Med frister siktes til både de alminnelige fristene og fristene i en hasteprosedyre. Det må foreligge årsakssammenheng mellom umuligheten og de uforutsette omstendighetene.

At kontraktens omfang ikke skal være større enn strengt nødvendig omfatter både omfang og varighet av kontrakten. Det kan ikke inngås kontrakt med lengre varighet enn det som er nødvendig for å forberede og gjennomføre en anskaffelser etter bestemmelsene i loven del III.

§ 10-27 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for varekontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved varekontrakter i tilfellene omtalt i andre til fjerde ledd.

(2) Kontrakter som gjelder varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, undersøkelses- eller utviklingsformål. Dette gjelder likevel ikke dersom varene produseres i større mengder for å påvise deres kommersielle muligheter eller for å dekke forsknings- og utviklingskostnadene.

(3) Oppdragsgiver skal inngå en varekontrakt om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren. Tilleggsleveransene skal være beregnet på enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner eller å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner. Dette gjelder bare når

a. skifte av leverandør ville tvinge oppdragsgiver til å anskaffe varer med tekniske egenskaper som er uforenlige med de opprinnelige leveransene eller installasjonene, eller som ville gjøre drift og vedlikehold uforholdsmessig teknisk vanskelig, og

b. varigheten av den opprinnelige kontrakten og kontrakten om tilleggsleveransene skal normalt ikke overstige tre år.

(4) Anskaffelsen gjelder varer som noteres og kjøpes på en varebørs.

(5) Anskaffelsen gjelder varer eller tjenester som oppdragsgiver kan anskaffe på særlig fordelaktige vilkår hos en leverandør som har stanset forretningsførselen, eller hos en forvalter av et konkursbo, en gjeldsforhandling eller en tilsvarende prosess med hjemmel i lov eller forskrift.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

I henhold til første ledd er det kun varekontrakter som unntas i medhold av denne bestemmelsen, når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

Andre ledd unntar FOU-kontrakter som gjelder varer. Visse kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester er unntatt etter § 8-2.

Unntaket omfatter ikke de tilfeller der kontrakten helt eller delvis har et kommersielt formål. Dette innebærer at bestemmelsen ikke kan anvendes dersom det er ønskelig å produsere varen for kommersielt videresalg. Dette gjelder uavhengig av om formålet er å dekke kostandene med utviklingen av varene. Produksjon av en vare for å påvise dens kommersielle potensiale, blant annet utvikling av protyper, er også utelukket.

Tredje ledd gjør unntak for tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren. Bestemmelsen angir at tilleggsleveransene skal være beregnet på enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner eller å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner. Unntaket gjedder kun der det er teknisk uforenlighet mellom opprinnelige leveranse/installasjonene eller at drift og vedlikehold er uforholdsmessig teknisk vanskelig. I teknisk uforenelighet ligger det at oppdragsgiver ikke kan bruke det eksisterende utstyret sammen med tilleggsleveransen. Om det foreligger tekniske vanskeligheter for drift og vedlikehold beror på en konkret vurdering. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver vil få komplikasjoner i en overgangsfase ved skifte av leverandør. Vanskelighetene må gå ut over det som er normalt, jf. kravet om uforholdsmessighet.

Fjerde ledd gjør unntak for varer som noteres og kjøpes på varebørs. Med varebørs menes handelsplattformer for varer som landbruksvarer og råvarer og energibørser.

Femte ledd gjør unntak for varer og tjenester som oppdragsgiver kan kjøpe på særlig fordelaktige vilkår. Hva som utgjør særlige fordelaktige vilkår, beror på en konkret vurdering av forholdet mellom tilbudet og de normale markedsprisene for tilsvarende ytelser. Det beror på en konkret vurdering hvor stor forskjell det må være mellom markedsprisen og prisen på varebørsen for at tilbudet skal være særlig fordelaktig.

§ 10-28 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenestekontrakter

Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenestekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en tjenestekontrakt med vinneren eller en av vinnerne i en plan- og designkonkurranse. I sistnevnte tilfelle skal oppdragsgiver invitere alle vinnerne til forhandlinger.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Bakgrunnen for bestemmelsen er at det allerede er gjennomført en kunngjøring av plan- og designkonkurransen. I medhold av unntaket kan oppdragsgiver inngå den etterfølgende tjenestekontrakten. Unntaket gjelder både der det er utpekt en vinner og der det er flere vinnere i en plan- og designkonkurranse, jf. § 23-1. Se kapittel 24.41 for en nærmere gjennomgang av plan- og designkonkurranser.

Dersom det er utpekt flere vinnere av plan- og designkonkurransen skal alle inviteres til å gi tilbud.

Dersom det kun er utpekt en vinner skal forhandlingene kun gjennomføres med vinneren.

§ 10-29 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygge- og anlegg og tjenestekontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygge- og anlegg og tjenestekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en kontrakt om nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som er en gjentakelse av lignende tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som er utført i forbindelse med en tidligere kontrakt mellom oppdragsgiver og den samme leverandøren.

(2) Første ledd gjelder bare når følgende er oppfylt

a. den tidligere kontrakten er inngått etter en konkurranse som er kunngjort etter §§ 14-2 og 14-3 og de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene er i samsvar med det prosjektet som denne kontrakten gjaldt

b. oppdragsgiver har angitt i anskaffelsesdokumentene for den opprinnelige konkurransen omfanget av slike nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, vilkårene for å inngå en ny kontrakt om disse ytelsene, og at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å inngå kontrakten uten konkurranse

c. kontrakt inngås inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakten ble inngått.

(3) Oppdragsgiver skal inkludere den anslåtte verdien av de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene i beregningen av verdien av den opprinnelige kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20.

Fristen i andre ledd bokstav c løper fra den opprinnelige kontrakten ble inngått.

Tredje ledd har betydning for beregning av den opprinnelige kontraktens verdi, se loven kapittel 6.

Kapittel 11 – Elektroniske og samlede anskaffelser

I. Rammeavtaler

§ 11-1 Rammeavtaler

(1) Oppdragsgiver skal bruke én av de tillatte anskaffelsesprosedyrer, jf. § 10-1, ved inngåelse av en rammeavtale.

(2) Bare de oppdragsgiverne som er klart identifisert i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse, kan tildele kontrakter under rammeavtalen. Bare de leverandørene som er parter i rammeavtalen, kan tildeles kontrakter under rammeavtalen.

(3) Oppdragsgiver kan ikke inngå rammeavtaler for mer enn fire år, med mindre det foreligger særlige forhold.

(4) Ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale skal oppdragsgiver følge prosedyren i § 11-2 eller § 11-3.

(5) Ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale kan oppdragsgiver ikke foreta vesentlige endringer av kontraktsvilkårene i rammeavtalen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nr. 1 og nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.21.

Første ledd angir at oppdragsgiver må bruke en av lovens fremgangsmåter eller anskaffelsesprosedyrer for å inngå en rammeavtale, og av dette følger det at en rammeavtale er en kontraktsform og ikke en anskaffelsesprosess.

Andre ledd spesifiserer hvem som kan tildele eller tildeles kontrakter under en rammeavtale. Disse må være angitt i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Det følger av dette at når en rammeavtale er inngått kan ikke andre oppdragsgivere eller leverandører slutte seg til avtalen. Etter fortalen til direktivet gjelder dette også for innkjøpssentraler dersom de bruker et generelt register over offentlige oppdragsgivere som er berettiget til å benytte seg av de rammeavtalene som den inngår. Innkjøpssentralen bør gjøre det på en måte som gjør det mulig å kontrollere både identiteten og fra hvilken dato vedkommende oppdragsgiver oppnår retten til å benytte seg av rammeavtaler inngått av innkjøpssentralen. Datoen oppdragsgiver listes i registeret bestemmer hvilke bestemte rammeavtaler oppdragsgiver skal ha tillatelse til å bruke.

Tredje ledd fastsetter den maksimale lengden på en rammeavtale. Loven åpner for at en oppdragsgiver i særlige tilfeller skal kunne inngå lengre rammeavtaler, begrunnelsen for dette skal angis i kunngjøringen til konkurransen jf. anskaffelsesdirektivet vedlegg V del C punkt 10 a. Unntaket for å benytte lengre rammeavtale enn fire år skal tolkes snevert. Særlige grunner kan for eksempel være omfattende investeringer tilknyttet avtalen.

Selve tildelingen av kontrakter under en rammeavtale må skje innenfor rammeavtalens løpetid. Så lenge tildelingen skjer innenfor tidsrammen på rammeavtalen, kan den aktuelle kontrakten ha en lengre eller kortere løpetid enn rammeavtalen.

Fjerde ledd viser videre til bestemmelsene i §§ 11-2 og 11-3, som skiller mellom rammeavtaler med en eller flere leverandører.

Femte ledd konkretiserer at forbudet mot vesentlige endringer også gjelder for kontrakter som tildeles under en rammeavtale.

§ 11-2 Rammeavtaler med én leverandør

Kontrakter som inngås på grunnlag av en rammeavtale med én leverandør, skal tildeles på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen. Oppdragsgiver kan før tildelingen av kontrakten skriftlig be om at leverandøren utfyller tilbudet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.21.

Tildelingen av en kontrakt under en rammeavtale med én leverandør skal skje på de vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen. Dersom alle vilkår ikke er fastsatt i rammeavtalen kan oppdragsgiver henvende seg til leverandøren. Dette skal skje skriftlig. I henvendelsen kan oppdragsgiveren be leverandøren om å komplettere sitt tilbud. Dette kan for eksempel relatere seg til leveringstid, -sted, mengde eller kvalitet. Kompletteringen kan ikke innebære en vesentlig endring jf. § 11-1 femte ledd.

§ 11-3 Rammeavtaler med flere leverandører

(1) Kontrakter som inngås på grunnlag av en rammeavtale med flere leverandører, kan tildeles ved direkte tildeling jf. § 11-4 eller ved gjenåpning av konkurransen jf. § 11-5. Det må angis i anskaffelsesdokumentene hvordan tildelingen av kontrakter skal skje.

(2) Oppdragsgiver kan for samme rammeavtale både anvende direkte tildeling og gjenåpning av konkurransen, men bare dersom valget mellom disse skjer på grunnlag av objektive kriterier som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.21.

Annet ledd åpner for at oppdragsgiver kan kombinere bruken av direkte tildeling og gjenåpning av konkurransen når det i anskaffelsesdokumentene er fastsatt objektive kriterier for valget mellom disse. Det fremgår ikke av loven noen nærmere definisjon av hva objektive kriterier er, men dette betyr at subjektive kriterier eller kriterier som gir ubetinget vidt skjønn til oppdragsgiver å velge ikke vil være tillatt. Poenget må være at leverandørene opplever det som rimelig klart når oppdragsgiver kommer til å benytte direkte tildeling eller gjenåpning, slik at avtalen gir en viss grad av forutberegnelighet for leverandøren.

§ 11-4 Direkte tildeling

Direkte tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av rammeavtalens kontraktsvilkår. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter under rammeavtalen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nr. 4 bokstav a. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.21.

Direkte tildeling er aktuelt når rammeavtalen fastlegger alle relevante bestemmelser vedrørende kontrakten. Fordelingsnøkkelen skal angis i anskaffelsesdokumentene og må utarbeides i overenstemmelse med prinsippene for offentlige anskaffelser jf. § 9-1. Dette innebærer blant annet at fordelingsnøkkelen må utarbeides slik at det er rimelig klart hvordan kontrakter skal fordeles under rammeavtalen, slik at leverandørene før de inngir tilbud på rammeavtalen kan settes i stand til å vurdere sine potensielle forpliktelser, og at de under rammeavtalens løpetid kan ha en forutberegnelig leveringsforpliktelse.

§ 11-5 Gjenåpning av konkurransen

Når konkurransen gjenåpnes, skal det skje ved samtidig skriftlig oppfordring til leverandørene under rammeavtalen om å inngi tilbud. Gjenåpning av konkurransen skal baseres på en av følgende

a. de samme vilkår som ble anvendt ved tildelingen av rammeavtalen,

b. om nødvendig mer presist formulerte vilkår

c. andre vilkår som er fastsatt på forhånd i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.21.

Første ledd angir at en oppdragsgiver skal gjenåpne konkurransen ved en samtidig skriftlig oppfordring til leverandørene under rammeavtalen om å inngi tilbud. I bokstavene a til c er det listet hvilke vilkår som konkurransen skal baseres på. Bokstavene gir alternative handlingsalternativer for oppdragsgiver. Ved anvendelsen av alternativet i bokstav b må oppdragsgiver fortsatt holde seg innenfor rammeavtalen, og kan ikke velge nye vilkår som vil utgjøre vesentlige endringer jf. § 11-1 femte ledd.

Ved gjenåpning av konkurransen gir direktivet konkrete føringer på fremgangsmåten oppdragsgiver skal følge jf. artikkel 33 nr. 5 og det vises til den generelle fremstillingen av dette i kapittel 24.21.

II. Dynamiske innkjøpsordninger

§ 11-6 Generelle regler om dynamiske innkjøpsordninger

(1) Oppdragsgiver kan bruke en dynamisk innkjøpsordning til å anskaffe ytelser som ikke trenger særlige tilpasninger for å oppfylle oppdragsgivers krav, for eksempel hyllevarer eller standardiserte tjenester.

(2) Alle leverandører skal gis muligheten til å søke om opptak i ordningen under hele dens varighet.

(3) Oppdragsgiver skal gjennomføre ordningen som en fullt ut elektronisk prosess. All kommunikasjon skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(4) Ordningen kan deles inn i kategorier som er objektivt definert på grunnlag av egenskapene ved anskaffelsene som skal gjennomføres innenfor den enkelte kategori. Slike egenskaper kan blant annet være den maksimalt tillatte størrelsen på kontraktene eller det geografiske området hvor kontraktene skal utføres.

(5) Oppdragsgiver kan ikke kreve gebyr fra leverandørene for søknader om opptak i eller gjennomføringen av ordningen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 34 nr. 1 og nr. 9. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.22.

En dynamisk innkjøpsordning er en anskaffelsesprosedyre for anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeid som ikke trenger særlig tilpasning. Det er en to-trinns prosedyre, og kunngjøres som en begrenset anbudskonkurranse. Ordningen skal gjennomføres fullt ut elektronisk, all kommunikasjon skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

Oppdragsgiver kan etablere en innkjøpsordning i ulike kategorier dersom det er formålstjenlig, eksempelvis geografisk eller på varekategorier. Møbler kan være et område som er egnet for kategorisering, med for eksempel skolemøbler, kantinemøbler, kontormøbler eller barnehagemøbler som mulige kategorier. En leverandør kan søke om opptak i en eller flere kategorier, og kvalifikasjonskravene kan være ulike og spesielt tilpasset den enkelte kategori.

§ 11-7 Etablering av en dynamisk innkjøpsordning

(1) Ved etableringen av en dynamisk innkjøpsordning skal oppdragsgiver bruke en begrenset anbudskonkurranse.

(2) Oppdragsgiver skal kunngjøre etableringen av ordningen etter §§ 14-2 eller 14-3.

(3) Oppdragsgiver skal angi ordningens varighet i kunngjøringen. Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i ordningens varighet

a. ved en kunngjøring som nevnt i andre ledd, dersom ordningen ikke avsluttes

b. ved en kunngjøring av kontraktsinngåelse, jf. § 14-4 dersom ordningen avsluttes.

(4) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene under hele ordningens varighet. Anskaffelsesdokumentene skal inneholde følgende opplysninger

a. hvilke ytelser og den anslåtte mengden oppdragsgiver planlegger å anskaffe

b. eventuelle kategorier ordningen er delt inn i, egenskapene som definerer dem, og hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder for hver enkelt kategori

c. andre opplysninger av betydning, inkludert hvordan ordningen virker, hvilket elektronisk utstyr som brukes, tekniske ordninger og spesifikasjoner for tilkobling.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 34 nr. 2 første avsnitt, artikkel 34 nr. 4 og artikkel 34 nr. 8. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.22.

Kunngjøringen av ordningen angir kvalifikasjonskravene.

Oppdragsgiver må behandle søknader om å delta på samme måte som ved en begrenset anbudskonkurranse, det vil si vurdere om leverandøren skal avvises i henhold til [artikkel 57 – andre delutredning] og om kvalifikasjonskravene er oppfylt i henhold til §§ 17-1 til 17-4. Reglene om bruk av egenerklæringsskjema, ESPD, i §§ 17-5 og 17-6 kommer også til anvendelse.

En leverandør som har blitt avvist kan når som helst søke om opptak på nytt i hele ordningens varighet. En leverandør har ingen plikt til å levere tilbud.

§ 11-8 Opptak i en dynamisk innkjøpsordning

(1) Alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, skal tas opp i den dynamiske innkjøpsordningen. Oppdragsgiver kan ikke sette grenser for antallet leverandører som vil bli tatt opp i ordningen.

(2) Oppdragsgiver skal fastsette en frist for mottak av søknader om opptak i ordningen før oppdragsgiver sender invitasjonene til å gi tilbud på den første anskaffelsen under ordningen. Fristen skal være minst 30 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender den alminnelige kunngjøringen til TED-databasen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Det gjelder ingen frist for mottak av søknader etter at oppdragsgiver har sendt invitasjonen til å gi tilbud på den første anskaffelsen.

(3) Oppdragsgiver skal kontrollere om en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene senest 10 virkedager etter mottak av søknaden om opptak i ordningen. Fristen kan forlenges til 15 virkedager i særlig begrunnede tilfeller, særlig når det er nødvendig for å vurdere supplerende dokumentasjon eller på annen måte kontrollere om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.

(4) Oppdragsgiver kan fastsette en lengre frist enn angitt i tredje ledd i anskaffelsesdokumentene for å vurdere søknader som mottas før oppdragsgiver sender ut den første invitasjonen til å gi tilbud under ordningen.

(5) Oppdragsgiver skal snarest mulig informere leverandørene om de er tatt opp i ordningen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 34 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.22.

§ 11-9 Anskaffelser under en dynamisk innkjøpsordning

(1) For hver anskaffelse under den dynamiske innkjøpsordningen skal oppdragsgiver invitere alle leverandørene som er tatt opp i ordningen, til å gi tilbud, jf. §14-8. Dersom ordningen er delt inn i kategorier, skal oppdragsgiver bare invitere leverandørene som er tatt opp i kategorien som anskaffelsen gjelder.

(2) Oppdragsgiver kan ikke sende invitasjonen til å gi tilbud på den første anskaffelsen før oppdragsgiver har vurdert alle søknadene om opptak i ordningen som oppdragsgiver har mottatt innen fristen i § 11-8 andre ledd.

(3) Fristen for mottak av tilbud skal være minst 10 dager fra den dagen invitasjonen ble sendt. Ikke-statlige oppdragsgivere kan fastsette en kortere frist i samarbeid med leverandørene som er tatt opp i ordningen, etter § 10-8 femte ledd.

(4) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Tildelingskriteriene kan presiseres i invitasjonen til å gi tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten etter § 14-4 fjerde ledd.

(6) Oppdragsgiver kan på et hvilket som helst tidspunkt kreve at leverandørene som er tatt opp i ordningen, leverer en oppdatert egenerklæring, jf. § 17-6 første ledd, senest etter fem virkedager. Under hele ordningens varighet gjelder §§ 17-5 og 17-6.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 6 og nr. 7 og deler av artikkel 35 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.22.

II. Elektronisk auksjon

§ 11-10 Generelle regler om elektroniske auksjoner

(1) Ved en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan oppdragsgiver bruke en elektronisk auksjon før tildeling av kontrakt. Dette gjelder bare når innholdet i anskaffelsesdokumentene, særlig kravspesifikasjonene, kan fastsettes nøyaktig.

(2) Oppdragsgiver kan ikke bruke en elektronisk auksjon ved anskaffelser av tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som omfatter intellektuelle ytelser som gjør at tilbudene ikke kan rangeres med automatiske evalueringsmetoder.

(3) Oppdragsgiver kan bruke en elektronisk auksjon ved gjenåpning av konkurransen under en rammeavtale, jf. § 11-5, og ved tildeling av kontrakter under en dynamisk innkjøpsordning.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 1 tredje avsnitt og artikkel 35 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.23. I andre ledd er det beskrevet at rangering av tilbudene må kunne gjøres med automatiske evalueringsmetoder. Dette gjelder generelt, dvs. også for varer, og innebærer at tilbudet må inneholde kvantifiserbare elementer for å kunne delta i elektroniske auksjoner. Med kvantifiserbar menes forhold som kan uttrykkes i tall eller prosenter.

§ 11-11 Forberedelse av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal strukturere den elektroniske auksjonen som en elektronisk prosess hvor leverandørene gjentatte ganger tilbyr lavere priser eller lavere verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet.

(2) Auksjonen skal baseres på

a. pris alene dersom oppdragsgiveren skal velge tilbud på grunnlag av den laveste prisen

b. pris, verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet eller en kombinasjon av pris og slike verdier dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

(3) Dersom oppdragsgiver skal bruke en elektronisk auksjon, skal dette fremgå av kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Anskaffelsesdokumentene skal inneholde de opplysninger som fremgår av anskaffelsesdirektivet vedlegg VI.

(4) Før oppdragsgiver gjennomfører auksjonen, skal tilbudene evalueres i henhold til tildelingskriteriene og deres angitte vekt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 1, artikkel 35 nr. 3, artikkel 35 nr. 4 og artikkel 35 nr. 5 første avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.23.

§ 11-12 Gjennomføring av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal samtidig invitere alle leverandørene som ikke er avvist, til å delta i den elektroniske auksjonen.

(2) Invitasjonen skal inneholde følgende opplysninger

a. en evaluering av leverandørens tilbud, jf. § 11-11 fjerde ledd

b. den matematiske formelen som skal brukes til å rangere tilbudene automatisk på grunnlag av de nye prisene eller verdiene som leverandørene tilbyr. Dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, skal formelen inneholde tildelingskriterienes vekt. Når vekten er angitt innenfor et område med et passende maksimalt utslag, skal oppdragsgiver fastsette en bestemt verdi. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal det angis en egen formel for hvert alternative tilbud

c. alle relevante opplysninger for individuell tilkobling, samt dato og klokkeslett for auksjonen.

(3) Auksjonen kan tidligst begynne to virkedager etter at oppdragsgiver sender invitasjonen.

(4) Auksjonen kan foregå i flere faser. I hver fase skal oppdragsgiver umiddelbart gi leverandørene tilstrekkelige opplysninger til at de til enhver tid kan fastslå sin respektive rangering. Oppdragsgiver kan gi opplysninger om tilbudte priser eller verdier dersom dette er angitt i anskaffelsesdokumentene. Under auksjonen kan oppdragsgiver også opplyse om antallet gjenværende deltakere, men ikke deres identitet.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 35 nr. 5 andre til femte avsnitt, artikkel 35 nr. 6 og artikkel 35 nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.23.

§ 11-13 Avslutning av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal avslutte den elektroniske auksjonen på en eller flere av følgende måter

a. på den dagen og på det klokkeslettet som tidligere er angitt

b. når oppdragsgiver ikke mottar nye priser eller verdier som oppfyller kravene til minste tillatte forskjeller mellom tilbudene, innen fristen som oppdragsgiver har satt for hvor lang tid som skal gå fra mottak av den sist tilbudte prisen eller verdien til auksjonen vil bli avsluttet

c. når det angitte antallet faser er gjennomført.

(2) Dersom oppdragsgiver vil avslutte auksjonen etter første ledd bokstav c, eventuelt kombinert med bokstav b, skal invitasjonen til å delta i auksjonen inneholde en tidsplan for hver fase.

(3) Etter at auksjonen er avsluttet, skal oppdragsgiver velge tilbud basert på tildelingskriteriene på grunnlag av resultatet av auksjonen.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 35 nr. 8 og nr. 9. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.23.

III. Elektroniske kataloger

§ 11-14 Elektroniske kataloger

(1) Oppdragsgiver kan kreve eller tillate at leverandørene gir tilbud i form av en elektronisk katalog, eller at tilbudet omfatter en elektronisk katalog. Tilbud som gis i form av en elektronisk katalog, kan ledsages av andre dokumenter som gjør tilbudet fullstendig.

(2) Elektroniske kataloger skal opprettes av tilbyderne med sikte på å delta i en gitt anskaffelsesprosedyre i samsvar med de tekniske spesifikasjonene og formatet fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren.

(3) Oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse om leverandørene skal eller kan gi tilbud i form av elektroniske kataloger. Oppdragsgiver skal gi alle nødvendige opplysninger om format, hvilket elektronisk utstyr som brukes, og tekniske ordninger og spesifikasjoner for tilkobling i anskaffelsesdokumentene, jf. §§ 9-5 og 9-8.

(4) Dersom oppdragsgiver har inngått en rammeavtale med flere leverandører etter en konkurranse hvor tilbudene er gitt i form av elektroniske kataloger, kan gjenåpningen av konkurransen om en bestemt kontrakt skje på grunnlag av oppdaterte kataloger. Oppdragsgiver skal i så fall gjøre en av følgende

a. invitere leverandørene til å levere katalogene på nytt, slik at de er tilpasset kravene til den bestemte kontrakten

b. informere leverandørene om at hensikten er å bruke opplysningene som er relevante for den bestemte kontrakten, i de allerede mottatte katalogene. Denne fremgangsmåten kan oppdragsgiver bare bruke når det er opplyst om det i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen.

(5) Dersom oppdragsgiver gjenåpner konkurransen om en bestemt kontrakt etter fjerde ledd bokstav b, skal leverandørene få informasjon om dato og klokkeslett som opplysningene vil hentes ut. Leverandørene skal få mulighet til å nekte uthenting av opplysninger. Før tildeling av kontrakten, skal oppdragsgiver fremlegge opplysningene for den enkelte leverandøren og gi vedkommende muligheten til å bekrefte eller avkrefte at tilbudet, basert på disse opplysningene, ikke inneholder faktiske feil.

(6) Dersom oppdragsgiver har etablert en dynamisk innkjøpsordning, kan det kreves at leverandørene gir tilbud på en bestemt kontrakt i form av en elektronisk katalog. Oppdragsgiver kan også inngå kontrakt etter fjerde ledd bokstav b og femte ledd dersom søknaden om opptak i den dynamiske innkjøpsordningen inneholder en elektronisk katalog som oppfyller spesifikasjonene for katalogen og er levert i det formatet oppdragsgiveren har fastsatt. Når oppdragsgiver informerer leverandørene om at det vil inngås kontrakt etter fjerde ledd bokstav b, skal leverandørene ferdigstille katalogene.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 36. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.24.

IV. Sentraliserte innkjøpsaktiviteter

§ 11-15 Innkjøpssentraler

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe

a. varer og tjenester fra innkjøpssentraler

b. varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjennom innkjøpssentraler. Dette kan skje ved at oppdragsgiver bruker kontrakter som er tildelt, rammeavtaler som er inngått eller dynamiske innkjøpsordninger som er etablert av en innkjøpssentral. Oppdragsgiver skal i så fall være identifisert i kunngjøringen.

(2) En oppdragsgiver som anskaffer ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral, bruker en dynamisk innkjøpsordning etablert av en innkjøpssentral eller benytter en rammeavtale inngått av en innkjøpssentral, anses for å ha oppfylt forpliktelsene etter denne loven. Oppdragsgiver er likevel ansvarlig for å overholde loven for de delene av anskaffelsen som gjennomføres av oppdragsgiver selv, inkludert inngåelse av kontrakter under innkjøpssentralens rammeavtale eller dynamiske innkjøpsordning.

(3) Oppdragsgiver kan inngå kontrakter om samordnede innkjøp med en innkjøpssentral uten å følge loven. Slike kontrakter kan også inkludere tilknyttede innkjøpstjenester. Med samordnede innkjøp menes virksomhet som utføres på permanent basis om anskaffelser av varer og tjenester til bruk for oppdragsgivere eller tildeling av kontrakter eller inngåelse av rammeavtaler om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider for oppdragsgivere. Med tilknyttede innkjøpstjenester menes støtte til innkjøpsaktiviteter særlig i form av å stille til rådighet teknisk infrastruktur som gjør det mulig for oppdragsgivere å inngå kontrakter, å gi råd om gjennomføringen eller utformingen av anskaffelser og å forberede og gjennomføre anskaffelser på vegne av oppdragsgivere.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 37 og tilhørende definisjoner i artikkel 2 første avsnitt nr.14, til nr. 16. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.25.

Første ledd bokstav a slår fast at oppdragsgiver kan anskaffe varer og tjenester fra en innkjøpssentral. Her opptrer innkjøpssentralen som en grossist ved å anskaffe varer og tjenester fra markedet for deretter å formidle dette videre til en eller flere oppdragsgivere. Innkjøpssentralen må følge loven ved sin anskaffelse, mens oppdragsgiver kan kjøpe direkte fra innkjøpssentralen uten å følge anskaffelsesregelverket.

I første ledd bokstav b opptrer innkjøpssentralen som mellommann mellom oppdragsgiver og leverandør. Her kan oppdragsgiver også anskaffe bygge- og anleggstjenester i tillegg til varer og tjenester.

Begrepet innkjøpssentral er ikke definert i første ledd, men definisjonen i anskaffelsesdirektivet artikkel 2 første avsnitt nr. 16 skal legges til grunn. Der er en «innkjøpssentral» definert som «en offentlig oppdragsgiver som driver samordnede innkjøp og muligens tilknyttede innkjøpstjenester». Med offentlig oppdragsgiver menes oppdragsgivere som er omfattet av loven, jf. § 1-2.

Andre ledd slår fast at oppdragsgiver har oppfylt sine forpliktelser etter loven ved å kjøpe fra eller gjennom en innkjøpssentral, med unntak for de delene av anskaffelsen oppdragsgiver skal gjennomføre selv, for eksempel selve avropet på en rammeavtale.

I tredje ledd slås det fast at oppdragsgiver kan inngå kontrakt med en innkjøpssentral uten å følge anskaffelsesregelverket. Dette er et unntak fra hovedregelen om at oppdragsgiver ikke kan kjøpe fra andre offentlige foretak eller organer uten å følge anskaffelsesreglene.

V. Samordnede innkjøp

§ 11-16 Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap

(1) Flere oppdragsgivere kan gjennomføre anskaffelser i fellesskap.

(2) Når flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelser i fellesskap i alle oppdragsgivernes navn, er de solidarisk ansvarlige for å overholde loven. Dette gjelder også når en av oppdragsgiverne gjennomfører anskaffelsen på vegne av de andre oppdragsgiverne.

(3) Når flere oppdragsgivere gjennomfører deler av anskaffelsen i fellesskap, er de solidarisk ansvarlige for å overholde loven bare for de delene som de gjennomfører i fellesskap. Hver av oppdragsgiverne er ansvarlige for å overholde loven for de delene som de gjennomfører på egne vegne.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 38. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.26.

§ 11-17 Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral i en annen EØS-stat. Innkjøpssentralen skal gjennomføre sine anskaffelser etter reglene i den staten hvor sentralen er lokalisert. Dette gjelder også dersom oppdragsgiver selv tildeler en kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

(2) Oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater kan i fellesskap inngå en kontrakt eller rammeavtale eller etablere en dynamisk innkjøpsordning. De kan også i fellesskap tildele kontrakter under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

(3) Med mindre annet følger av en internasjonal avtale, skal oppdragsgivere som foretar en anskaffelse i fellesskap etter annet ledd, inngå en avtale som fastsetter

a. oppdragsgivernes ansvarsområder og hvilke nasjonale regler som skal gjelde. Oppdragsgiverne kan fordele ansvaret til en eller flere av oppdragsgiverne og velge reglene i en EØS-stat hvor minst en av oppdragsgiverne er lokalisert. Fordelingen skal angis i anskaffelsesdokumentene

b. den interne organiseringen av anskaffelsen, inkludert gjennomføringen av konkurransen, fordelingen av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som skal anskaffes, og inngåelsen av kontrakter.

(4) Oppdragsgiver anses å ha overholdt loven når det foretas en anskaffelse fra en oppdragsgiver som er ansvarlig for gjennomføringen av anskaffelsen etter tredje ledd.

(5) Når oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater har etablert en juridisk enhet som skal gjennomføre felles anskaffelser for oppdragsgiverne, kan de begrense samarbeidet til en bestemt periode, visse typer kontrakter eller til en eller flere bestemte kontrakter. Samarbeidet kan også gjelde for en ubestemt periode dersom dette er fastsatt i stiftelsesdokumentet. En av følgende regler skal gjelde når den juridiske enheten gjennomfører anskaffelser

a. reglene i EØS-staten hvor enheten er lokalisert

b. reglene i EØS-staten hvor enheten utøver sine aktiviteter.

Det kompetente organet under den juridiske enheten skal beslutte hvilke nasjonale regler som skal gjelde.

(6) Oppdragsgiver skal ikke bruke fremgangsmåtene i denne bestemmelsen for å unngå at nasjonale regler i lov eller forskrift skal gjelde.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 39. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.27.

Kapittel 12 – Markedsundersøkelser

§ 12-1 Forberedende undersøkelser

(1) Før iverksettelsen av en anskaffelsesprosess kan oppdragsgiver foreta innledende markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og underrette leverandører om sine anskaffelsesplaner og krav.

(2) For dette formål kan oppdragiver for eksempel søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter eller markedsaktører. Rådene kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, så lenge slik rådgivning ikke har konkurransevridende effekt eller medfører brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 40. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.28.

Første ledd stadfester at oppdragsgiver har mulighet til å gjennomføre dialog med markedet før en anskaffelsesprosess iverksettes. Loven sier ikke noe nærmere om hvordan dialog eventuelt kan gjennomføres, og det må antas å ligge innenfor oppdragsgivers handlefrihet å vurdere hva som er best egnet i det konkrete tilfellet.

Andre ledd gir eksempler på hva som kan inngå i markedsdialogen, og konkretiserer også at rådene kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av den etterfølgende anskaffelsesprosedyren. Rådene som oppdragsgiver har fått kan ikke benyttes i konkurransen dersom det vil få konkurransevridende effekt, eller medfører brudd på prinsippet om likebehandling eller gjennomsiktighet. For å avhjelpe en slik eventuell situasjon, kan oppdragsgiver treffe egnede tiltak jf. § 12-2.

§ 12-2 Dialog med leverandører før konkurransen

(1) Når en leverandør eller en virksomhet tilknyttet leverandøren har gitt råd til oppdragsgiver i forkant av konkurransen, skal oppdragsgiver treffe egnede tiltak for å sikre at konkurransen ikke vris. Det samme gjelder dersom leverandøren har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte.

(2) Egnede tiltak skal omfatte å sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren i planleggingen av konkurransen, og å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud.

(3) Tiltakene som treffes skal omtales i anskaffelsesprotokollen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 41 første avsnitt og andre avsnitt første punktum. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.28.

Første ledd pålegger oppdragsgiveren en plikt til å treffe egnede tiltak for å utjevne potensielle fordeler en leverandør har fått gjennom dialog med oppdragsgiveren forut for en konkurranse eller gjennom annen involvering i planleggingen av konkurransen.

Andre ledd angir nærmere hva som minimum er å anse som egnede tiltak. Formålet med at oppdragsgiver skal treffe tiltak er å utjevne potensielle fordeler som en leverandør kan ha fått som følge av sin involvering.

Tredje ledd stadfester at oppdragsgiver må protokollføre hvilke tiltak som er truffet med formål om å utjevne eventuelle og potensielle fordeler jf. første ledd.

Kapittel 13 – Kravspesifikasjon

§ 13-1 Kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonene skal fastsette egenskapene som kreves av ytelsen som skal anskaffes.

(2) Egenskapene kan også omfatte produksjonsprosessen og -metoden, levering eller en spesifikk prosess i en annen del av livssyklusen til kontraktsgjenstanden. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold, forutsatt at de er knyttet til kontraktsgjenstanden og står i forhold til dens verdi og formål.

(3) Krav om overføring av immaterielle rettigheter kan også fastsettes i kravspesifikasjonene.

(4) Kravspesifikasjonene skal inntas i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 42 nr. 1 første, andre og tredje avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.29.

Første ledd og angir at kravspesifikasjonene skal fastsette egenskapene som kreves av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som skal anskaffes.

Andre ledd angir rammene for hvilke egenskaper som kan beskrives gjennom kravspesifikasjoner. Egenskapene kan gjelde alle trinn i ytelsens livssyklus, og trenger ikke komme til uttrykk i den ferdige ytelsens materielle innhold. Egenskaper som bærekraft eller nyskapning kan dermed beskrives gjennom kravspesifikasjoner. Krav til gjennomføringen av kontakten, for eksempel handelsbetingelser, er derimot ikke ansett som egenskaper som kan beskrives i kravspesifikasjoner. Slike krav må inntas som kontraktsvilkår. Hvilke kontraktsvilkår som kan stilles, er regulert i § 19-1.

Tredje ledd presiserer at krav om overføring av immaterielle rettigheter er en egenskap som kan fastsettes gjennom kravspesifikasjoner.

Fjerde ledd angir at kravspesifikasjonene skal inntas i anskaffelsesdokumentene, slik at leverandørene settes i stand til å forstå hvilken ytelse som skal anskaffes.

§ 13-2 Plikt til å ta hensyn til universell utforming i visse anskaffelser

Kravspesifikasjonene skal ta hensyn til universell utforming når ytelsen skal brukes av personer, enten det er privatpersoner eller personale hos oppdragsgiver, med mindre unntak kan begrunnes særskilt. Hvis obligatoriske krav til universell utforming er vedtatt i lov eller forskrift, skal kravspesifikasjonene utformes gjennom en henvisning til slik lovgivning.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 42 nr. 1 femte og sjette ledd. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.29.

Første setning angir at dersom ytelsen skal brukes av fysiske personer, skal oppdragsgiver ta hensyn til universell utforming ved utformingen av kravspesifikasjonene. Unntak må begrunnes særskilt.

Andre setning gjennomfører forpliktelsen til å henvise til EU-rettsakter som vedtar obligatoriske krav for universell utforming. Bestemmelsen pålegger også oppdragsgiver å henvise til nasjonale obligatoriske krav til universell utforming dersom slike er vedtatt i lov og forskrift.

§ 13-3 Utforming av kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonene må ikke skape uberettigete hindringer for at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse.

(2) Med mindre noe annet er fastsatt i ufravikelige tekniske regler, skal kravene utformes på en av følgende måter

a. som ytelses- eller funksjonskrav, inkludert miljøegenskaper. Kravene må utformes slik at leverandørene kan identifisere kontraktsgjenstanden og oppdragsgiver kan tildele kontrakten

b. ved henvisninger til tekniske spesifikasjoner og, i rangert rekkefølge, nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske vurderinger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referansesystemer utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer. Dersom ingen av disse finnes, skal kravspesifikasjonene vise til nasjonale standarder, nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og gjennomføring av bygge- og anleggsarbeidene og bruk av produktene. Henvisningene skal følges av uttrykket «eller tilsvarende»

c. som kombinasjoner av bokstav a og b.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 42 nr. 2 og nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.29.

Første ledd gjennomfører forbudet mot å skape ubegrunnede hindringer for konkurranse i artikkel 42 nr. 2. Dette følger også av de grunnleggende prinsippene i § 9-1, og bestemmelsen går ikke lenger enn dette.

Andre ledd bokstav a-c angir de forskjellige måtene kravspesifikasjoner kan utformes på. Bestemmelsen rangerer ikke de forskjellige typene kravspesifikasjoner, men i fortalen til direktivet oppfordres oppdragsgiver til å benytte ytelses- eller funksjonskrav. Kombinasjoner av ytelses- og funksjonskrav i bokstav c omfatter tilfeller der ytelses- eller funksjonskrav presumeres oppfylt dersom ytelsen er i overenstemmelse med spesifikasjoner som angitt i bokstav b. I tillegg åpnes det for at oppdragsgiver kan kombinere ytelses- og funksjonskrav og tekniske spesifikasjoner dersom dette er en hensiktsmessig måte å beskrive egenskaper ved ytelsen.

§ 13-4 Alternativ dokumentasjon på oppfyllelse av kravspesifikasjoner

(1) Dersom oppdragsgiver stiller ytelses- eller funksjonskrav kan et tilbud ikke avvises dersom ytelsen oppfyller nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske vurderinger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referanser, og disse standardene gjelder ytelses- eller funksjonskravene. Leverandøren skal i tilbudet godtgjøre på egnet måte at ytelsen som er i samsvar med en slik standard, oppfyller ytelses- eller funksjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise et tilbud med den begrunnelsen at de tilbudte varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene ikke oppfyller spesifikasjonene som nevnt i § 13-3 andre ledd bokstav b, dersom leverandøren på en egnet måte godtgjør i tilbudet at de løsningene som foreslås på en likeverdig måte oppfyller kravene i spesifikasjonene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 42 nr. 5 og nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.29.

Første ledd angir at oppdragsgiver som har oppstilt ytelses- ellers funksjonskrav etter § 13-3 andre ledd bokstav a må akseptere ytelser som oppfyller relevante standarder som er ment å dekke de aktuelle funksjons- eller ytelseskravene. Bevisbyrden ligger i slike tilfeller hos leverandøren, som på egnet måte må godgjøre at ytelsen er i samsvar med funksjons- eller ytelseskravene. En egnet måte kan blant annet være å fremlegge prøvingsrapporter, sertifikater og annen dokumentasjon etter § 13-8.

Andre ledd angir at oppdragsgiver som har beskrevet ytelsen ved henvisning til tekniske spesifikasjoner også må godta ytelser som ikke oppfyller den tekniske spesifikasjonen, dersom leverandøren godtgjør at ytelsen oppfyller spesifikasjonens underliggende krav. Bevisbyrden ligger i slike tilfeller hos leverandøren, som på egnet måte må godtgjøre at ytelsen oppfyller kravene. En egnet måte kan blant annet være å fremlegge prøvingsrapporter, sertifikater og annen dokumentasjon etter § 13-8.

§ 13-5 Merkevarehenvisninger mv.

Kravspesifikasjonene kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer, eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon, som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. En slik henvisning er likevel tillatt dersom en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden ikke er mulig å utforme i henhold til § 13-3 andre ledd. Henvisningen skal følges av uttrykket «eller tilsvarende».

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 42 nr. 4 i en egen bestemmelse om merkevarehenvisninger. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.29.

Bestemmelsen angir at ytelsen ikke kan beskrives gjennom henvisninger til bestemte fabrikater, varemerker, patenter mv., fordi slike henvisninger fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. Henvisninger til merkevarer og lignende kjennetegn antas å påvirke både deltakelsen i den enkelte konkurransen, og den grensekryssende handelen i EU. Bare dersom det er ikke er mulig å beskrive det som skal anskaffes tilstrekkelig presist og forståelig uten en slik henvisning kan henvisningen benyttes. Den må i så fall være etterfulgt av tillegget «eller tilsvarende», for å synliggjøre at oppdragsgiver er pålagt å akseptere likeverdige løsninger. Bestemmelsen er et unntak, og skal tolkes strengt i lys av formålene den ivaretar.

§ 13-6 Merker

(1) Oppdragsgiver kan kreve et bestemt merke som dokumentasjon for at ytelsen har miljømessige, sosiale eller andre egenskaper som angitt i kravspesifikasjoner, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Oppdragsgiver kan bare kreve merke dersom

a. samtlige merkekrav har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive egenskaper ved denne

b. merkekravene er basert på etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier

c. merkene er utviklet i en åpen og gjennomsiktig prosedyre hvor alle relevante interessenter kan delta

d. merkene er tilgjengelig for alle interessenter og

e. merkekravene er fastsatt av en tredjepart som leverandøren som søker om merket ikke kan utøve noen avgjørende innflytelse på.

(2) Dersom et merke bare oppfyller vilkårene i første ledd bokstav b til e, kan oppdragsgiver utforme kravspesifikasjonene ved henvisning til merkekravene som har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive egenskaper ved denne.

(3) Hvis oppdragsgiver ikke krever at ytelsen skal oppfylle alle merkekravene, skal det angis hvilke merkekrav som må være oppfylt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 43 nr. 1 første avsnitt, andre avsnitt og nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.30.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan kreve et bestemt merke som dokumentasjon på at kontraktsgjenstanden har miljømessige, sosiale eller andre egenskaper. Andre egenskaper kan for eksempel være fokus på innovasjon. Et merke er ethvert dokument eller sertifikat eller enhver attestasjon som bekrefter at de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene oppfyller visse krav, jf. § 4-2 bokstav n. Vilkårene for å kreve merker er kumulative.

Andre ledd er en særregel for det tilfellet at et merke oppfyller vilkårene i bokstav b til e, men også fastsetter krav som ikke har tilknytning til leveransen. Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare ved utforming av kravspesifikasjoner, ikke tildelingskriterier eller kontraktsvilkår.

Tredje ledd angir at en oppdragsgiver som ikke krever at alle merkekravene er oppfylt, skal angi hvilke krav ytelsen må oppfylle. Med merkekrav menes kravene som de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene skal oppfylle for å oppnå det berørte merket, jf. § 4-2 bokstav o.

§ 13-7 Andre merker og annen egnet dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver som krever et bestemt merke, skal godta alle merker som bekrefter at kontraktsgjenstanden oppfyller likeverdige merkekrav.

(2) Dersom en leverandør ikke hadde noen mulighet til å oppnå det bestemte merket eller et likeverdig merke innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen egnet dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 43 nr. 1 tredje og fjerde avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.30.

Første ledd angir at oppdragsgiver som krever et merke, må godta alle merker som bekrefter at ytelsen oppfyller likeverdige merkekrav.

Andre ledd angir at oppdragsgiver som krever et merke, på visse vilkår er pålagt å godta annen egnet dokumentasjon for at ytelsen oppfyller merkekravene. Annen dokumentasjon kan blant annet være teknisk dokumentasjon fra produsenten. Oppdragsgiver er bare pålagt å godta slik dokumentasjon dersom leverandøren ikke hadde noen mulighet til å oppnå det påkrevde eller et likeverdig merke innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv.

§ 13-8 Prøvingsrapporter, sertifikater og annen dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver kan kreve at leverandørene leverer en prøvingsrapport fra et samsvarsvurderingsorgan, eller et sertifikat som er utstedt av et slikt organ, som dokumentasjon for at ytelsen oppfyller kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene. Med samsvarsvurderingsorgan menes et organ som utøver samsvarsvurderingsvirksomhet, inkludert kalibrering, testing, sertifisering og inspeksjon, og som er akkreditert etter forordning (EF) nr. 765/2008.

(2) Oppdragsgiver som krever et sertifikat som er utstedt av et bestemt samsvarsvurderingsorgan, skal også godta sertifikat fra tilsvarende organer.

(3) Dersom leverandøren ikke har tilgang til prøvingsrapporter eller sertifikater som nevnt i første ledd, eller ikke har mulighet til å få dem utstedt innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen egnet dokumentasjon. Dokumentasjonen skal påvise at ytelsen oppfyller kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 44 nr. 1 og 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.31.

Eksempel på annen egnet dokumentasjon som skal godtas etter tredje ledd er teknisk dokumentasjon fra produsenten.

§ 13-9 Alternative tilbud

(1) Oppdragsgiver kan tillate eller kreve alternative tilbud. I så fall skal dette angis i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Alternative tilbud skal ha tilknytning til leveransen.

(2) Oppdragsgiver skal angi hvilke minstekrav de alternative tilbudene skal oppfylle, og eventuelle særlige krav som gjelder for utformingen av disse tilbudene, i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan fastsette at leverandøren bare kan gi alternative tilbud når de samtidig gir tilbud som er i samsvar med løsningene som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(3) Oppdragsgiver som tillater eller krever alternative tilbud skal sikre at tildelingskriteriene kan anvendes ved evalueringen av både de alternative tilbudene og tilbud som er i samsvar med løsningen som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(4) Bare tilbud som oppfyller minstekravene skal evalueres.

(5) I en vare- eller tjenesteanskaffelse kan oppdragsgiver ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende fordi den tilbudte løsningen vil endre kontrakten fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 45 nr. 1 og 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.32.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan tillate eller kreve alternative tilbud. Med alternative tilbud menes tilbud som på oppdragsgivers oppfordring beskriver en annen løsning enn den som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

Andre ledd angir at oppdragsgiver må fastsette minstekrav som de alternative tilbudene skal oppfylle. Tilbud som ikke oppfyller de absolutte kravene skal avvises, se bestemmelsens fjerde ledd.

Tredje ledd angir at oppdragsgiver må utforme tildelingskriterier som kan anvendes ved evalueringen av både ordinære og alternative tilbud. Dette sikrer at alle tilbudene i konkurransen kan sammenlignes på en måte som ivaretar prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

§ 13-10 Oppdeling av kontrakter

(1) Oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. Oppdragsgiver bestemmer selv størrelsen på og innholdet i delkontraktene.

(2) Dersom oppdragsgiver ikke deler opp anskaffelsen i delkontrakter, skal det gis en kort begrunnelse for dette i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen.

(3) Oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse om leverandørene kan gi tilbud på én, flere eller alle delkontraktene.

(4) Oppdragsgiver kan begrense antallet delkontrakter som kan tildeles til én leverandør, forutsatt at det maksimale antallet er angitt i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Dette gjelder også når leverandørene kan gi tilbud på flere eller alle delkontraktene. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette objektive og ikke-diskriminerende kriterier for vurderingen av hvilke delkontrakter som skal tildeles hvilke leverandører, dersom evalueringen av tilbudene etter tildelingskriteriene ellers ville ført til at en leverandør ville fått tildelt flere delkontrakter enn det maksimale antallet.

(5) Dersom oppdragsgiver har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter, kan oppdragsgiver likevel tildele en samlet kontrakt til én leverandør. Dette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, når det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre. Dersom oppdragsgiver vil forbeholde seg retten til å gjøre dette, skal det angis i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Det skal også angis hvilke delkontrakter som kan slås sammen i en samlet kontrakt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 46 nr. 1 og nr. 2, og gir særskilte nasjonale regler innenfor rammene av handlingsrommet i artikkel 46 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.32.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter.

Andre ledd pålegger oppdragsgivere som ikke deler opp en anskaffelser å gi en kort begrunnelse for dette. Begrunnelsesplikten er ikke sanksjonert, og kan ikke overprøves.

Tredje ledd angir at det må fremgå av kunngjøringen om det kan gis tilbud på én, flere eller alle delkontraktene.

Fjerde ledd gir oppdragsgiver mulighet til å begrense antallet delkontrakter som kan tildeles en enkelt leverandør. Adgangen gjelder også i konkurranser hvor det ikke er gitt begrensninger på hvor mange kontrakter leverandørene kan gi tilbud på. Det samme gjelder i konkurranser hvor leverandørene kan gi tilbud på flere, men ikke alle, delkontraktene. Det maksimale antallet delkontrakter den enkelte leverandør kan bli tildelt, kan i disse tilfellene være lavere enn det antallet delkontrakter det er tillatt å gi tilbud på.

Femte ledd er en nasjonal bestemmelse gitt innenfor handlingsrommet i artikkel 46 nr. 3. Bestemmelsen åpner for at oppdragsgivere som har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter, kan tildele en samlet kontrakt til én leverandør. Dette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, så lenge det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre. Adgangen til å foreta en samlet tildeling forutsetter at oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse at oppdragsgiver forbeholder seg denne retten. Det skal også angis hvilke delkontrakter som kan slås sammen i en samlet kontrakt

§ 13-11 Fastsettelse av frister

(1) Når oppdragsgiver setter frister for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen, skal det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsel eller tilbud.

(2) Når det bare er mulig å gi tilbud etter en befaring eller en gjennomgang av supplerende anskaffelsesdokumenter på stedet, skal oppdragsgiver sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen.

(3) Oppdragsgiver skal forlenge tilbudsfristen forholdsmessig dersom

a. det foretas endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud, eller

b. oppdragsgiver gir tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller senere enn fire dager i hastetilfeller, jf. §§ 10-5 andre og tredje ledd 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd.

(4) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å forlenge fristen etter tredje ledd bokstav b dersom tilleggsopplysningene er ubetydelige for utarbeidelsen av tilbudet, eller leverandøren ikke har bedt om tilleggsopplysninger i rimelig tid før utløpet av fristen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 47. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.32.

Første ledd angir at oppdragsgiver må ta hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden som trengs for å utarbeide tilbud, når tilbudsfristen fastsettes. Det samme gjelder for frist for å sende forespørsel om å delta. Fristene kan ikke være kortere enn minstefristene som gjelder for den anskaffelsesprosedyren oppdragsgiver har valgt. Minstefristene fremgår av § 10-5 (åpen anbudskonkurranse), § 10-7 (begrenset anbudskonkurranse) og § 10-10 (konkurranse med forhandling), § 10-15 (konkurransepreget dialog) og § 10-20 (konkurranse om innovasjonspartnerskap).

Andre ledd er en særregel for tilfeller hvor tilbud bare kan utarbeides etter befaring eller gjennomsyn av dokumenter på stedet. I slike tilfeller må fristen være forholdsmessig lenger enn minimumsfristene.

Tredje ledd angir to tilfeller hvor oppdragsgiver er forpliktet til å forlenge en allerede fastsatt tilbudsfrist.

Bokstav a fastsetter at fristen skal forlenges når det foretas endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud. Hvilke endringer som kan gjøres, forutsatt at fristen forlenges, er ikke endelig avklart. Endringene kan imidlertid ikke være så omfattende at andre leverandører kunne ha deltatt i konkurransen, eller blitt utvalgt dersom det er gjennomført nedvalg. Dette omfatter endringer som gjør at kontraktens overordnede karakter er vesentlig forskjellig fra det som opprinnelig fremgikk av anskaffelsesdokumentene.

Bokstav b fastsetter at fristen skal forlenges når oppdragsgiver gir tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller fire dager i hastetilfeller.

Fjerde ledd gjør unntak fra tredje ledd bokstav b for tilfeller der tilleggsopplysninger ikke er etterspurt i tide, eller dersom opplysningene er ubetydelige for utarbeidelsen av tilbudet.

Kapittel 14 – Kunngjøring av konkurransen

§ 14-1 Veiledende kunngjøring

(1) Oppdragsgiver kan gjøre sine planlagte anskaffelser kjent ved å publisere en veiledende kunngjøring.

(2) Oppdragsgiver kan publisere den veiledende kunngjøringen i TED-databasen eller publisere den på sin kjøperprofil. Hvis oppdragsgiver skal publisere en veiledende kunngjøring på sin kjøperprofil, skal det også sendes en kunngjøring om dette til TED-databasen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 48 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Første ledd gir oppdragsgiver adgang til å bruke veiledende kunngjøringer til å gjøre kjent sine kommende anskaffelser. Kunngjøringen skal inneholde opplysninger som fremgår av anskaffelsesdirektivet vedlegg V del B avsnitt I.

Andre ledd angir at oppdragsgiver kan velge mellom å offentliggjøre den veiledende kunngjøringen i TED eller på sin kjøperprofil. Hvis oppdragsgiver velger å offentliggjøre på sin kjøperprofil, må det sendes en kunngjøring til TED-databasen om dette i tråd med anskaffelsesdirektivet vedlegg VIII. Kunngjøringen må inneholde opplysningene som er listet i vedlegg V, del A.

§ 14-2 Veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring

(1) Ikke-statlige oppdragsgivere kan ved begrenset konkurranse og konkurranse med forhandling bruke en veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring av konkurransen hvis kunngjøringen oppfyller følgende betingelser

a. angir presist hvilke ytelser kontrakten omfatter

b. angir at kontrakten vil bli inngått uten annen kunngjøring av konkurransen, og at interesserte leverandører inviteres til å melde sin interesse

c. inneholder opplysninger som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg V, del B avsnitt I og II og

d. sendes til offentliggjøring tidligst 12 måneder og senest 35 dager før den dagen oppdragsgiver inviterer leverandørene til å bekrefte sin interesse

(2) Kunngjøringer etter første ledd skal kunngjøres i TED-databasen, og kan ikke dekke en periode på mer enn 12 måneder fra den dato oppdragsgiver sender kunngjøringen. Veiledende kunngjøringer kan dekke en lengre periode dersom anskaffelsen følger reglene i lovens kapittel 22.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 48 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Bestemmelsen regulerer det tilfellet at oppdragsgiver bruker veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring av konkurransen. Det vil si at den veiledende kunngjøringen ikke følges opp av en alminnelig kunngjøring jf. artikkel 49.

Etter første ledd gjelder bestemmelsen kun for ikke-statlige oppdragsgivere jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 3, som er vist til i kapittel 24.2. For Norges vedkommende er de statlige oppdragsgivere listet i tillegg 1 til EØS-komitébeslutning nr. 97/2016. En veiledende kunngjøring kan bare være eneste kunngjøring av konkurransen hvis den oppfyller kravene i bokstavene a til d. Listen er kumulativ, og alle må være oppfylt.

Annet ledd angir at kunngjøring må skje i TED-databasen. Ved bruk av veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring av konkurransen, kan kunngjøring ikke skje på oppdragsgiverens kjøperprofil. Direktivet åpner for at det kan skje en supplerende kunngjøring av den veiledende kunngjøringen på nasjonalt plan, og denne kan skje på en kjøperprofil.

Det er også gitt generelle tidsfrister for hvor langt frem i tid oppdragsgiver kan bruke en veiledende kunngjøring, og den er satt til høyst 12 måneder. Det er også gitt en mer fleksibel tilnærming ved anskaffelse av sosiale og andre særlige tjenesteytelser. Da kan den veiledende kunngjøringen gjelde anskaffelser lengre frem i tid enn 12 måneder.

§ 14-3 Alminnelig kunngjøring

(1) Oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen ved å offentliggjøre en kunngjøring. Kunngjøringen skal skje i TED-databasen og skje på et offisielt EU-språk.

(2) Første ledd gjelder ikke anskaffelser som kunngjøres etter § 14-2 eller følger reglene i §§ 10-26 til 10-29.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 49. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Første ledd angir at det er kunngjøring som skal benyttes for å kunngjøre en konkurranse. Første og annet punktum må sees i sammenheng, fordi en kunngjøring bare er gyldig kunngjort dersom kunngjøringen skjer i overensstemmelse med de fremgangsmåter som for øvrig fremgår av direktivet. Lovteksten trekker frem de viktigste elementene, at kunngjøring skal skje i TED-databasen, på et offisielt EU-språk. Kunngjøringen må inneholde opplysninger som er nærmere angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg V del C.

Andre ledd angir to unntak fra hovedregelen i første ledd for de tilfellene oppdragsgiver kan bruke en veiledende kunngjøring eller ingen kunngjøring.

§ 14-4 Kunngjøring av kontraktsinngåelse

(1) Når oppdragsgiver har inngått en kontrakt, skal oppdragsgiver kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.

(2) Oppdragsgiver har ikke plikt til å kunngjøre avrop under rammeavtaler.

(3) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring og ikke vil inngå flere kontrakter i tidsrommet som kunngjøringen dekker, skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen.

(4) Oppdragsgiver skal kunngjøre kontraktsinngåelse som er inngått under en dynamisk innkjøpsordning, og kan sende dette kvartvis.

(5) Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen dersom en offentliggjøring vil

a. hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser

b. skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller

c. skade konkurransen mellom leverandørene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 50. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Første ledd oppstiller hovedregelen om at kontraktsinngåelse skal kunngjøres. Kunngjøring skal skje snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått. Kunngjøringen av kontraktsinngåelsen skal inneholde opplysninger som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg V, del D og offentliggjøres i henhold til § 14-5.

Andre ledd presiseres at kravet om kunngjøring av kontrakter ikke gjelder for kontrakter inngått under en rammeavtale.

Femte ledd åpner for at oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen. Det er viktig å merke seg at unntaket kun gjelder for opplysninger og ikke fra kunngjøringsplikten som sådan. I bokstavene a til c er det listet tre alternative grunnlag for å unnta visse opplysninger. Det er oppdragsgiver som må vurdere om en kunngjøring av kontraktsinngåelse inneholder opplysninger som bør unntas, og oppdragsgiver kan støtte seg på synspunkter fra leverandørene eller andre offentlige aktører i sin vurdering. Oppdragsgiver vil være forpliktet til å unnta opplysninger som er underlagt taushetsplikt jf. forvaltningslovens regler om taushetsbelagte opplysninger.

§ 14-5 Krav til innholdet i kunngjøringer

(1) Kunngjøringer som nevnt i §§ 14-1 til 14-4 skal inneholde opplysninger som fremgår av vedlegg V til anskaffelsesdirektivet. Opplysningene skal gis i kunngjøringsskjema. Departementet kan gi forskrift om hvilke opplysninger som skal fremgå av kunngjøringer, og hvilken informasjon som skal fremgå av kunngjøringsskjema.

(2) Kunngjøringen skal være på ett av de offisielle EU-språkene, og det er bare kunngjøringen på EU-språket som er gyldig.

(3) Oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøringen.

(4) Oppdragsgiver kan kunngjøre anskaffelser som ikke er omfattet av direktivets regler om obligatorisk kunngjøring. I så fall skal det skje etter de regler og i det format som følger av direktivet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 51. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Første ledd fastslår at kunngjøringer må inneholde de opplysningene som fremgår av anskaffelsesdirektivet vedlegg V. I den generelle fremstillingen i kapittel 24.33 fremgår de relevante delene av vedlegg V i tilknytning til omtalen av hver enkelt direktivbestemmelse som regulerer kunngjøring. Videre skal kunngjøring skje på et nærmere bestemt kunngjøringsskjema. Kunngjøringsskjema er utarbeidet av EU-kommisjonen i egne rettsakter, og forskriftshjemmelen til departementet vil være hjemmel for å gjennomføre rettsakten i norsk rett. Det er DFØ som tilpasser kunngjøringsskjemaene for norske oppdragsgivere, og standardskjema finnes på www.anskaffelser.no. På grunnlag av forskriftshjemmelen kan departementet også gjennomføre vedleggene til anskaffelsesdirektivet som forskrift.

Andre ledd fastslår at ved kunngjøring for anskaffelser over EØS-terskelverdi skal kunngjøring skje på ett av de offisielle EU-språkene, og at det er denne versjonen som er gyldig medfører at den vil ved tvilstilfeller være avgjørende fremfor en eventuell norsk versjon.

Tredje ledd fastslår at oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøring.

Fjerde ledd gir regler for frivillig kunngjøring.

§ 14-6 Nasjonal kunngjøring

(1) Kunngjøringene i §§ 14-1 til 14-4, eller opplysningene i disse, skal ikke kunngjøres nasjonalt eller på annen måte gjøres kjent før den dagen de publiseres i TED- databasen. Dette gjelder likevel ikke hvis TED-databasen ikke har publisert kunngjøringen innen 48 timer etter at oppdragsgiver har mottatt bekreftelse på mottak av kunngjøringen.

(2) Den nasjonale kunngjøringen skal ikke inneholde andre opplysninger enn dem som blir publisert i TED-databasen eller på en kjøperprofil.

(3) Oppdragsgiver kan ikke offentliggjøre veiledende kunngjøringer på sin kjøperprofil før den dagen offentliggjøring om bruk av kjøperprofilen sendes til TED-databasen. Oppdragsgiver skal angi dato for oversendelsen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 52. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Første ledd viser til kunngjøring og veiledende kunngjøring. Dette er kunngjøringer etter artikkel 49 til 51. Bestemmelsen skal sikre at potensielle leverandører i hele EØS-området i utgangspunktet skal få tilgang til opplysningene om konkurransen på samme tidspunkt.

Andre ledd stiller krav til at kunngjøringen i EU og nasjonalt skal inneholde de samme opplysningene, dette er for å sikre kravet til likebehandling.

Tredje ledd gir en særbestemmelse når det gjelder kunngjøring av veiledende kunngjøringer på oppdragsgiver kjøperprofil. Også for dette tilfellet kan oppdragsgiver ikke offentliggjøre den veiledende kunngjøringen før etter at det er sendt en kunngjøring om bruk av kjøperprofil til TED-databasen. Det vises til fremstillingen i kapittel 24.33 om artikkel 48.

§ 14-7 Elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumenter

(1) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene. Kunngjøringen eller invitasjonen skal inneholde internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig.

(2) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene av grunner som angitt i § 9-7 første eller andre ledd, skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen, eller i invitasjonen hvordan leverandørene kan få tilgang til disse dokumentene. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, bortsett fra i hastetilfeller, jf. §§ 10-5 tredje ledd, 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd.

(3) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene fordi de inneholder opplysninger underlagt taushetsplikt, skal oppdragsgiver i kunngjøringen eller invitasjonen angi hvilke tiltak som er nødvendige for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, unntatt i hastetilfeller, jf. §§ 10-5 tredje ledd, 10-7 andre ledd og 10-10 andre ledd.

(4) På forespørsel fra en leverandør skal oppdragsgiver gi supplerende opplysninger om konkurransen senest seks dager før tilbudsfristens utløp, forutsatt at leverandøren har bedt om dem i tilstrekkelig tid i forkant. I hastetilfeller, jf. §§ 10-5 tredje ledd, 10-7 annet ledd og 10-10 annet ledd, er fristen for å gi slike opplysninger fire dager. Opplysninger som gis på forespørsel fra en leverandør, skal sendes til alle leverandørene som deltar i konkurransen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 53. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

§ 14-8 Invitasjon

(1) Ved begrensede konkurranser, konkurransepreget dialog, innovasjonspartnerskap, og konkurranse med forhandling, skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig invitere leverandørene til å gi tilbud. Ved konkurransepreget dialog skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig invitere leverandørene til å delta i dialogen.

(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring jf. § 14-2, skal vedkommende skriftlig og samtidig invitere leverandørene som har meldt sin interesse, til å bekrefte interessen. Oppdragsgiver skal angi internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig, i invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke har gitt gratis, direkte og ubegrenset tilgang til anskaffelsesdokumentene av grunner som nevnt i § 9-8 første eller andre ledd, og dokumentene ikke er gjort tilgjengelige på andre måter, skal de oversendes sammen med invitasjonen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 54. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

§ 14-9 Meddelelse fra oppdragsgiver

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig, skriftlig og samtidig, gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutninger som er truffet om å inngå en rammeavtale, å tildele av kontrakt eller opptak i et dynamisk innkjøpssystem.

(2) Oppdragsgiver skal begrunne en beslutning om ikke å inngå en rammeavtale som har vært kunngjort, ikke å inngå en kontrakt som har vært kunngjort, for å starte en konkurranse på nytt eller ikke å implementere et dynamisk innkjøpssystem.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Første ledd angir at berørte leverandører skal få en skriftlig og samtidig meddelelse knyttet til spesifikke hendelser i konkurransen. Berørte leverandører er leverandører som har meldt sin interesse i konkurransen eller leverandører som har levert inn tilbud. Direktivet stiller ingen nærmere krav annet enn at begivenheten skal meddeles. Rettspraksis har oppstilt noen krav til innholdet av meddelelsen, se den generelle fremstillingen i kapittel 24.33. Dersom leverandøren ønsker en nærmere begrunnelse kan vedkommende sende en skriftlig henvendelse og be om det jf. § 14-10.

Andre ledd oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å begrunne visse beslutninger. Begrunnelsen er av overordnet karakter jf. § 14-10, som åpner for at leverandører som ønsker en nærmere begrunnelse kan anmode om å få det.

§ 14-10 Meddelelse etter forespørsel fra en berørt leverandør

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiver så fort som mulig, og uansett innen femten dager fra å ha mottatt en skriftlig henvendelse informere

a. en avvist leverandør om grunnlaget for avvisningen

b. en leverandør som har inngitt et tilbud om grunnlaget for hvorfor tilbudet er avvist

c. en leverandør som har deltatt i konkurransen, men som ikke har vunnet, om hvorfor de ikke har vunnet, herunder egenskaper og relative fordeler sammenlignet med det vinnende tilbud. Oppdragsgiver skal også informere om navnet på vinnende leverandør eller partene i en rammeavtale

d. en leverandør som har inngitt et gyldig tilbud om gjennomføringen av forhandlingene eller dialogen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Oppdragsgiver skal besvare en skriftlig henvendelse fra en leverandør som ber om en begrunnelse så raskt som mulig og uansett innen femten dager. Det er ingen unntak fra denne fristen. I bokstavene a til d er det listet opp en rekke forhold ved konkurransen som oppdragsgiver må begrunne. Omfanget av redegjørelsen vil variere fra sak til sak, og må begrenses jf. at oppdragsgiver skal svare innen femten dager.

§ 14-11 Opplysninger som kan unntas fra meddelelser

Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra begrunnelsen dersom utsendelse vil hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.33.

Det er opplysninger, og ikke meddelelsen som sådan, som kan unntas. Det må gjøres en konkret vurdering av eventuelle opplysninger som oppdragsgiver eller leverandører mener må unntas på grunnlag av bestemmelsen, og det er opp til oppdragsgiver å treffe en god balanse mellom hensynet til gjennomsiktighet jf. artikkel 18 og hensynet til andre offentlige interesser og konkurransen på markedet.

Kapittel 15 – Overordnet om tildeling av kontrakt

§ 15-1 Generelle regler for valg av leverandør og tildeling av kontrakt

(1) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt på grunnlag av tildelingskriteriene i §§ 18-1 til 18-6. Oppdragsgiver skal i samsvar med §§ 17-5 til 17-7 kontrollere at

a. tilbudet oppfyller krav og kriterier som fremgår av kunngjøringen og anskaffelsesdokumentene

b. leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, og

c. at det ikke foreligger andre grunner til avvisning.

(2) Oppdragsgiver kan beslutte ikke å tildele kontrakt til en leverandør som har innlevert det økonomiske mest fordelaktige tilbudet, hvis det er fastslått at tilbudet ikke er i overensstemmelse med forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 1 og 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.34.

Første ledd er en ordensbestemmelse, som klargjør at oppdragsgiver skal tildele kontrakt i henhold til fastsatte tildelingskriterier, etter at det er kontrollert at tilbudet og leverandøren oppfyller fastsatte krav og kriterier som følger av anskaffelsesdokumentene. Bestemmelsen angir ikke hvilken rekkefølge oppdragsgiver skal kontrollere bokstavene a til c, og oppdragsgiver står etter direktivet fritt til å velge i hvilken rekkefølge det gjøres.

Andre ledd gir adgang til oppdragsgiver til ikke å tildele kontrakt til en leverandør som i utgangspunktet har innlevert det økonomiske mest fordelaktige tilbudet, hvis det er fastslått at tilbudet ikke er i overensstemmelse med forpliktelsene i artikkel 18 nr. 2. Forpliktelsene i artikkel 18 nr. 2 er listet i vedlegg X til direktivet. Det er det aktuelle tilbudet i den konkrete anskaffelsen som må være i strid med forpliktelsene.

§ 15-2 Oppdragsgivers adgang til be om avklaring

Hvis informasjon eller dokumentasjon som fremkommer av et tilbud, synes å være ufullstendig, feil eller hvis spesifikke dokumenter mangler, kan oppdragsgiver be leverandøren om å ettersende, supplere, avklare eller utfylle relevante opplysninger og dokumentasjon. Oppdragsgiver skal fastsette en rimelig frist, og må overholde prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 23.34.

Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan be leverandør(er) om å avklare feil i innsendte tilbud. Hva som er en rimelig frist må vurderes konkret i den enkelte sak, og hvilken betydning prinsippene får må også vurderes konkret. Likebehandlingsprinsippet vil som et minimum alltid kreve at alle leverandører i samme situasjon gis anledning til å avklare, med mindre det foreligger objektive holdepunkter for at det ikke er nødvendig, som for eksempel at det uansett foreligger andre avvisningsgrunner som ikke lar seg rette innenfor bestemmelsens virkeområde. Prinsippet om gjennomsiktighet tilsier at oppdragsgiver må sende forespørselen på en gjennomsiktig måte, i praksis skal henvendelsen alltid sendes skriftlig.

§ 15-3 Endring av leverandør eller underleverandør underveis i konkurransen

(1) En oppdragsgiver kan akseptere endringer hos en leverandør såfremt prinsippene i § 9-1 overholdes, blant annet i følgende tilfeller

a. når en underleverandør erstattes på grunn av forhold utenfor leverandørens kontroll. Dette gjelder likevel ikke dersom underleverandøren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 17-12 eller ved evalueringen av tilbudene

b. når en deltaker i en sammenslutning av leverandører går ut, med mindre deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene jf. § 17-12 eller ved evaluering av tilbudene

c. når en deltaker i en sammenslutning av leverandører erstattes på grunn av forhold, som er utenfor de øvrige deltakernes kontroll. En deltaker kan ikke erstattes, når deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 17-12 eller ved evalueringen av tilbudene

d. når en leverandør foretar en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Dette gjelder likevel ikke dersom omstruktureringen ville hatt betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene jf. § 17-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 17-12 eller ved evalueringen av tilbudene, dersom den hadde vært gjort forut for oppdragsgivers vurdering.

(2) Oppdragsgiver kan bare akseptere endringer, hvis leverandøren etter endringen oppfyller kvalifikasjonskravene.

(3) Oppdragsgiver skal påse at leverandøren etter en endring som er omfattet av første ledd ikke er omfattet av [relevante avvisningsgrunner i artikkel 57 – andre delutredning.]

(4) Oppdragsgiver kan ikke akseptere at en sammenslutning av leverandører utvides med ytterligere deltakere etter fristen for prekvalifisering eller inngivelse av tilbud.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.13.

Bestemmelsen angir at oppdragsgiver kan akseptere endring i en leverandør sin identitet i situasjonene som er listet opp i nr. 1-4, ettersom en slik endring vil være i samsvar med prinsippene i § 9-1. Andre tilfeller kan også tillates såfremt disse er i samsvar med prinsippene i § 9-1, hvilket beror på en konkret vurdering av om endringene kan skje innenfor rammene av de anskaffelsesrettslige prinsippene.

Første ledd bokstav a innebærer at i de tilfeller en leverandør har basert sin økonomiske og finansielle kapasitet eller tekniske og faglige egenskaper på en annen leverandør, kan denne underleverandøren under visse forutsetninger byttes ut underveis i konkurransen.

Bytte av underleverandør må for det første være en følge av forhold som er utenfor leverandørens kontroll. Det kan eksempelvis være konkurs eller andre forhold, som betyr at leverandøren ikke lengre kan utgjøre en teknisk eller økonomisk basis for underleverandøren.

Underleverandøren som byttes ut må ikke ha hatt avgjørende betydning for vurderingen av kvalifikasjonskravene, utvelgelseskriteriene eller tilbudsevalueringen.

Det kan oppstå en situasjon der oppdragsgiver krever at leverandøren skal erstatte en leverandør som leverandøren støtter seg på. Det er tilfellet, hvis en leverandør ikke oppfyller de fastsatte kvalifikasjonskravene eller hvis leverandøren er omfattet av en av avvisningsgrunnene. Oppdragsgiver skal i den forbindelse fastsette en passende frist for leverandøren til å erstatte leverandøren. Samtlige leverandører som befinner seg i den situasjon skal ha en passende tidsfrist til å erstatte leverandøren som ikke oppfyller de fastsatte kravene.

Første ledd bokstav b angir at oppdragsgiver også kan tillate en endring i identiteten til leverandøren, hvis en deltaker i en sammenslutning går ut. Det kan for eksempel være en sammenslutning med fire deltakere hvor en av deltakerne beslutter å tre ut av sammenslutningen, etter at sammenslutningen har sendt søknad om deltakelse i en konkurranse eller inngitt tilbud. En slik endring kan imidlertid ikke tillates hvis den aktuelle leverandøren har hatt avgjørende betydning for vurderingen i forhold til oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, utvelgelseskriteriene eller tilbudsevalueringen, tilsvarende som beskrevet ovenfor ved utskiftning av en leverandør, som leverandøren baserer sin økonomiske eller tekniske faglighet på.

Første ledd bokstav c angir at endring av en leverandørs identitet også kan tillates hvis en av leverandørene i en sammenslutning erstattes på grunn av forhold som er utenfor de øvrige leverandørene i sammenslutningen sin kontroll. Det er oppdragsgiver som må påvise at det er tale om forhold som er utenfor de øvrige leverandørene i sammenslutningen sin kontroll. De øvrige leverandørene i sammenslutningen må, etter omstendighetene inngi bevis til oppdragsgiver, men det er oppdragsgiver som må sikre at vilkårene er oppfylt. Leverandøren som skiftes ut må ikke ha hatt avgjørende betydning for vurderingen i forhold til oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, utvelgelseskriteriene eller tilbudsevaluering, tilsvarende som beskrevet ovenfor ved utskiftning av en leverandør, som leverandøren baserer sin økonomiske eller tekniske egnethet på. Når det gjelder sammenslutninger gir anskaffelsesloven som nevnt oppdragsgiver mulighet for å akseptere at en deltaker skiftes eller trer ut, se bokstav b. Oppdragsgiver kan likevel ikke akseptere at en sammenslutning utvides med en ekstra leverandør etter frist for inngivelse av søknad eller tilbud etter fjerde ledd.

Første ledd bokstav d angir at en endring i en leverandør sin identitet også kan tillates dersom leverandøren foretar en omstrukturering av sin virksomhet. Bestemmelsen angir eksempler på slik omstrukturering, men er ikke uttømmende. Dette forutsetter at vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, utvelgelsesvurderingen eller tilbudsevaluering ikke endres etter omstruktureringen. Det er presumsjon for at en omstrukturering, som innebærer en utvidelse av leverandørens virksomhet ikke har hatt betydning for vurderingen i forhold til kvalifikasjonskravene, utvelgelses- eller tilbudsevalueringen.

Ved en fisjon beror det på en konkret vurdering av om fisjonen har betydning for vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Hvis en leverandør selger en avdeling, som består av den tekniske og faglige kompetanse, som har vært av betydning for utvelgelsen vil det være en presumsjon for at resultatet ville ha vært annerledes, dersom endringen skjedde før utvelgelsen. Hvis presumsjonen ikke kan motbevises, vil oppdragsgiver være forpliktet til å avvise leverandøren. Oppdragsgiver skal likevel alltid kreve dokumentasjon for at den vinnende leverandøren ikke skal avvises, er kvalifisert og tilfredsstiller eventuelle krav for utvelgelse.

Andre ledd presiseres at endring i en leverandør sin identitet ikke på noen måte må skape tvil om at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. Dette innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til, før endringen aksepteres, å be leverandøren om de samme opplysninger om økonomisk og teknisk kvalifikasjoner, som oppdragsgiver krevde i opprinnelig søknad eller tilbud.

Kapittel 16 – Avvisning

Utvalget vil komme tilbake til avvisningsregler i andre delutredning.

Kapittel 17 – Kvalifikasjonskrav

§ 17-1 Kvalifikasjonskrav

(1) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner. Kravene kan bare gjelde

a. egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, jf. § 17-2

b. økonomisk og finansiell evne, jf. § 17-3

c. teknisk og faglig dyktighet, jf. § 17-4

(2) Kravene skal være relevante for å sikre at leverandøren har tilstrekkelig juridisk og finansiell evne og teknisk og faglig dyktighet til å gjennomføre den kontrakten som skal tildeles. Alle krav skal være tilknyttet og stå i forhold til kontraktens gjenstand.

(3) Oppdragsgiver skal angi kvalifikasjonskravene sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 58 nr. 1 og nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd angir at kvalifikasjonskravene bare kan gjelde leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, økonomiske og finansielle evne, og tekniske og faglige dyktighet. Bestemmelsen er uttømmende, og inneholder videre henvisninger til de relevante særbestemmelsene i §§ 17-2 til 17-4, som gir regler for bruk av de respektive typene kvalifikasjonskrav.

Andre ledd angir at kvalifikasjonskravene må være knyttet til og stå i forhold til leveransen. Dette følger også av de generelle prinsippene i § 9-1

Tredje ledd angir at kvalifikasjonskravene og de tilhørende dokumentasjonskravene må fremgå av kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

§ 17-2 Krav til leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet

(1) Oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren er registrert i et bransjeregister eller et foretaksregister i leverandørens etableringsstat, jf. anskaffelsesdirektivet vedlegg XI, eller at de overholder andre krav i dette vedlegget.

(2) Ved anskaffelse av tjenester kan oppdragsgiver stille krav om at leverandøren har en bestemt tillatelse eller er medlem av en bestemt organisasjon, dersom dette er påkrevd for å yte de berørte tjenestene i leverandørens hjemstat. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren dokumenterer at de har en slik tillatelse eller et slikt medlemskap.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 58 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren er registrert i et foretaksregister eller bransjeregister i leverandørens hjemstat. Anskaffelsesdirektivet vedlegg XI inneholder en liste over relevante registre i de forskjellige medlemsstatene. Vedlegget inneholder også øvrige krav som er relevante for å få utøve yrkesvirksomhet i de forskjellige medlemsstatene, og som oppdragsgiver kan stille krav om. Vedlegget gjelder som forskrift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1.

Andre ledd angir at oppdragsgiver ved anskaffelse av tjenester kan kreve at leverandøren har en bestemt autorisasjon eller er medlem av en bestemt organisasjon. Dette gjelder bare dersom dette er påkrevd i leverandørens hjemland.

§ 17-3 Krav til leverandørens økonomiske og finansielle evne

(1) Oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren har tilstrekkelig økonomisk og finansiell evne til å utføre kontrakten, inkludert

a. krav om at leverandøren har en gitt minsteomsetning per år, herunder en årlig minsteomsetning innenfor det området kontrakten gjelder. Kravet skal ikke overstige det dobbelte av anslått kontraktsverdi. Oppdragsgiver kan likevel stille strengere krav dersom det kan særskilt begrunnes, for eksempel på grunn av særlig risiko knyttet til ytelsens art. Begrunnelsen for å stille strengere krav skal angis i anskaffelsesdokumentene

b. krav til årsregnskapets balanse, dersom det angis oversiktlige, objektive og ikke-diskriminerende metoder eller kriterier for hvordan forholdet mellom eiendeler og forpliktelser vil bli vurdert

c. krav om at leverandøren har et hensiktsmessig nivå av yrkesansvarsforsikring.

(2) Dersom kontrakten deles opp i delkontrakter, gjelder denne bestemmelsen for hver enkelt delkontrakt. Oppdragsgiver kan likevel stille krav til minsteomsetning per år for grupper av delkontrakter dersom leverandøren kan bli tildelt flere delkontrakter som skal gjennomføres samtidig.

(3) I en rammeavtale der tildeling av kontrakter skjer etter gjenåpning av konkurransen, skal krav til årlig minsteomsetning beregnes på grunnlag av den forventede maksimale verdien av kontrakter som skal gjennomføres samtidig. Dersom denne verdien ikke er kjent, skal kravet beregnes på grunnlag av den anslåtte verdien av hele rammeavtalen.

(4) I en dynamisk innkjøpsordning skal kravet til minsteomsetning per år beregnes på grunnlag av den forventede maksimale verdien av kontraktene som skal inngås under ordningen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 58 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd gjennomfører artikkel 58 nr. 3 første til tredje avsnitt om krav til leverandørens økonomiske og finansielle evne. Bestemmelsen gir eksempler på hvilke krav som kan stilles, men er ikke uttømmende. Hvilken dokumentasjon som kan kreves for oppfyllelse av krav til økonomisk og finansiell evne er regulert i § 17-7 første ledd med videre henvisning til anskaffelsesdirektivet vedlegg XII del I. Se også § 17-7 fjerde ledd.

Bokstav a åpner for at det stilles krav om at leverandøren har en gitt minsteomsetning per år. Denne kan i utgangspunktet ikke være høyere enn det dobbelte av den anslåtte kontraktsverdien, med mindre anskaffelsens karakter medfører en særlig risiko for kontraktsgjennomføringen. Slik risiko kan gå ut på at prosjektet må gjennomføres i et gitt tidsrom, og at forskyvninger ikke er mulig fordi det påvirker ferdigstillelse av andre kontrakter. I slike tilfeller kan det stilles krav om høyere minsteomsetning.

Det er opp til oppdragsgiver å vurdere om det er passende og relevant å stille høyere krav, og hvor stor omsetning som skal kreves. Hovedårsakene for at det stilles strengere krav, skal angis i anskaffelsesdokumentene. Begrunnelsen gjør oppdragsgivers vurdering av behovet for strengere krav etterprøvbar. At begrunnelsen må gis i anskaffelsesdokumentene, er en innstramming sammenlignet med artikkel 58 nr. 3 andre avsnitt, som også åpner for å gi begrunnelsen i anskaffelsesprotokollen.

Bokstav b åpner for å kreve at leverandøren gir opplysninger om årsregnskapets balanse, forutsatt at det er oppstilt oversiktlige, objektive og ikke-diskriminerende metoder og kriterier for hvordan forholdet mellom eiendeler og forpliktelser vil bli vurdert.

Bokstav c angir at det kan stilles krav om at leverandøren har et hensiktsmessig nivå på ansvarsforsikring.

Andre ledd angir at første ledd gjelder for hver enkelt delkontrakt dersom oppdragsgiver deler anskaffelsen opp i delkontrakter. Oppdragsgiver kan likevel stille krav til årlig minsteomsetning som tar utgangspunkt i verdien av grupper av delkontrakter, men dette forutsetter at leverandøren kan bli tildelt flere delkontrakter som skal utføres samtidig.

Tredje ledd gir en særregel for beregning av den høyeste minsteomsetningen som kan kreves når det skal inngås rammeavtaler der tildeling av kontrakter skjer ved gjenåpning av konkurransen. Beregningen skal i slike tilfeller ta utgangspunkt i den forventede maksimale verdien av kontraktene (avropene) som skal utføres samtidig. Bare dersom denne verdien ikke er kjent, kan omsetningen beregnes på grunnlag av den anslåtte verdien av hele rammeavtalen. Det må i så fall gjøres en vurdering av om et krav til minsteomsetning på inntil det dobbelte av rammeavtalens verdi er forholdsmessig, særlig dersom det er lagt opp til å gjøre mange, mindre avrop.

Fjerde ledd gir en særregel for beregning av den høyeste omsetningen som kan kreves når det skal opprettes en dynamisk innkjøpsordning. Kravet til årlig minsteomsetning skal i slike tilfeller beregnes på grunnlag av den forventede maksimale verdien av kontraktene som skal inngås under ordningen.

§ 17-4 Krav til leverandørens tekniske og faglige dyktighet

(1) Oppdragsgiver kan stille krav som sikrer at leverandøren har de nødvendige menneskelige og tekniske ressursene og den nødvendige erfaringen til å gjennomføre kontrakten i henhold til en hensiktsmessig kvalitetsstandard.

(2) Ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- eller installeringsarbeid, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiver vurdere leverandørens faglige dyktighet på grunnlag av ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 58 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan stille kvalifikasjonskrav som sikrer at leverandøren har de nødvendige menneskelige og tekniske ressursene og den nødvendige erfaringen, til å utføre kontrakten i henhold til et angitt kvalitetsnivå. Nødvendig erfaring kan dokumenteres gjennom referanser fra tidligere gjennomførte kontrakter. Kvalitetsnivået kan blant annet fastsettes gjennom bruk av kvalitetsstyrings- eller miljøledelsesstandarder, jf. § 17-8.

Hvilken dokumentasjon som kan kreves er uttømmende regulert i § 17-7 med videre henvisning til anskaffelsesdirektivet vedlegg XII del II.

Andre ledd angir at leverandørens faglige dyktighet kan vurderes på grunnlag av ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelse av relevante arbeider eller tjenester. Bestemmelsen gjelder ikke for rene vareanskaffelser, og forutsetter at de nevnte egenskapene er knyttet til utførelsen av tjenestene og arbeidene anskaffelsen omfatter.

§ 17-5 Europeisk egenerklæringsskjema – ESPD

(1) Oppdragsgiver skal elektronisk fylle ut det europeiske egenerklæringsskjemaet i et standardformat som er fastsatt av departementet. Skjemaet skal gjøres tilgjengelig sammen med kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

(2) Oppdragsgiver skal akseptere det europeiske egenerklæringsskjemaet som foreløpig dokumentasjon for

a. at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene

b. at det ikke foreligger avvisningsgrunner

c. at leverandøren oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier.

(3) Dersom en leverandør benytter kapasiteten til andre virksomheter, skal disse levere separate egenerklæringer. Dersom flere leverandører deltar i konkurransen i fellesskap, skal de deltakende leverandørene levere separate egenerklæringer.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 59 nr. 1 første og andre avsnitt, og nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd pålegger oppdragsgiver å benytte det europeiske egenerklæringsskjemaet. Skjemaet gjøres tilgjengelig av departementet i et standardformat som gjennomfører EU-kommisjonens gjennomføringsforordning for etablering av et standardformular. Oppdragsgiver skal gjøre egenerklæringsskjemaet tilgjengelig for leverandørene sammen med kunngjøring eller invitasjon til å delta i konkurransen.

Andre ledd angir at oppdragsgiver skal akseptere egenerklæringsskjemaet som foreløpig dokumentasjon på at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene og eventuelle utvelgelseskriterier, og at det ikke foreligger avvisningsgrunner.

Tredje ledd fastsetter at dersom leverandøren benytter andre virksomheters kapasitet for å bli kvalifisert, skal også disse levere egenerklæringsskjema. Det samme gjelder for leverandører som deltar i fellesskap.

§ 17-6 Underlagsdokumenter

(1) Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen be leverandørene fremlegge alle eller deler av underlagsdokumentene dersom dette er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte.

(2) Oppdragsgiver kan ikke be leverandørene fremlegge underlagsdokumenter som kan innhentes kostnadsfritt i en database i en EØS-stat, dersom egenerklæringen inneholder opplysningene som er nødvendige for å innhente dokumentasjonen. Dersom oppdragsgiver allerede besitter underlagsdokumentene, kan de ikke kreves fremlagt.

(3) Før tildeling av kontrakten skal oppdragsgiver kreve at den valgte leverandøren straks leverer oppdatert underlagsdokumentasjon. Dette gjelder ikke ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale uten gjenåpning av konkurransen.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 59 nr. 1 fjerde og femte avsnitt, nr. 4 og nr. 5 første og andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd angir at oppdragsgiver på ethvert tidspunkt kan kreve fremlagt alle eller deler av underlagsdokumentasjonen som egenerklæringsskjemaet gir foreløpig dokumentasjon for. Dette gjelder bare dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte. Eksempelvis vil det i konkurranser med prekvalifisering kunne være nødvendig å innhente dokumentasjon fra leverandørene som velges ut til å gi tilbud, for å sikre at leverandørene det forhandles med rent faktisk er kvalifiserte.

Andre ledd angir at oppdragsgiver ikke kan kreve fremlagt dokumentasjon som tidligere er mottatt, eller som kan innhentes kostnadsfritt fra en relevant database. Dette gjelder bare når egenerklæringen inneholder opplysningene som er nødvendige for å innhente dokumentasjonsbevisene, for eksempel internettadressen til databasen og identifikasjonsopplysninger.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver å innhente underlagsdokumentasjon fra valgt leverandør før tildeling av kontrakt. Leverandøren må straks fremlegge dokumentasjonen. Bestemmelsen gjelder ikke ved tildeling av kontrakt under rammeavtale (avrop) når dette skjer direkte, uten gjenåpning av konkurransen (mini-konkurranse). Reglene om tildeling av kontrakt under rammeavtale er redegjort for i kapittel 24.21.

§ 17-7 Dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver kan bare kreve sertifikater, erklæringer eller annen dokumentasjon som angitt i § 17-8 og anskaffelsesdirektivet vedlegg XII del I og II som dokumentasjon for at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i [kapittel 16 – andre delutredning], og som dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene er oppfylt. Dokumentasjonen som kreves må stå i forhold til ytelsens art, mengde og betydningen av eller bruken av den.

(2) [Hvilken dokumentasjon oppdragsgiver skal akseptere som bevis for at ingen av avvisningsgrunnene i artikkel 57 foreligger vil behandles i andre delutredning.]

(3) Oppdragsgiver skal godta alle hensiktsmessige midler som dokumentasjon for at en leverandør som utnytter andre enheters kapasitet etter § 17-9 råder over de nødvendige ressursene hos støttende virksomhet.

(4) Dersom leverandøren har saklig grunn til ikke å fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har krevd, kan leverandøren dokumentere sin økonomiske og finansielle kapasitet ved å fremlegge ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 60 nr. 1 til nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd angir hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, eller som dokumentasjon på at det ikke foreligger avvisningsgrunner. Det kan bare kreves sertifikater, erklæringer eller annen dokumentasjon som angitt i § 17-8, eller i vedlegg XII til direktivet. Vedlegget inneholder lister over tillatt dokumentasjon, som må konsulteres ved fastsettelse av dokumentasjonskravene. Vedlegget er gjennomført i sin helhet, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1.

Tredje ledd presiserer at dokumentasjon på råderett over ressurser hos en virksomhet leverandøren støtter seg på etter § 17-9, ikke er omfattet av begrensningene i bestemmelsen. Leverandøren kan dermed dokumentere slik råderett med ethvert egnet dokument. Dette følger også implisitt av § 17-9 andre ledd, som oppgir forpliktelseserklæring som et eksempel på egnet dokumentasjon.

Fjerde ledd gir leverandører med saklig grunn til ikke å fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har krevd, rett til å dokumentere sin økonomiske og finansielle kapasitet ved å fremlegge ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet. Det er ikke avklart i praksis hva som anses som saklig grunn.

§ 17-8 Standarder for kvalitetssikring og miljøledelse

(1) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse kvalitetssikringsstandarder, inkludert krav til universell utforming. Standarden skal være basert på relevante serier av europeiske standarder som er sertifisert av akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(2) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse miljøledelsesordninger eller -standarder. Oppdragsgiver skal vise til EU-ordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS), andre anerkjente miljøledelsesordninger i forordning (EF) nr. 1221/2009 artikkel 45, eller andre miljøledelsesstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(3) Oppdragsgiver skal godta annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak dersom leverandøren ikke har mulighet til å få sertifikater etter første eller andre ledd innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv. Leverandøren må dokumentere at tiltakene er likeverdige med dem som kreves i henhold til den påkrevde standarden for kvalitetssikring eller miljøledelse.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 62 nr. 1, nr. 2 og nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd fastslår at oppdragsgiver kan kreve fremlagt attester fra uavhengige organer som dokumentasjon på at leverandøren oppfyller visse kvalitetssikringsstandarder, herunder krav til universell utforming.

Andre ledd angir at oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater fra uavhengige organer som dokumentasjon på at leverandøren overholder visse standarder for miljøledelse. I slike tilfeller skal oppdragsgiver vise til EMAS eller andre anerkjente miljøledelsessystemer som er godkjent etter forordning (EF) nr. 1221/1009 artikkel 45. Det kan også vises til andre miljøledelsesstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer. Har oppdragsgiver stilt slike krav, skal også tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater aksepteres.

Tredje ledd fastsetter at oppdragsgiver som krever fremlagt sertifikater på overholdelse av miljøstyring- eller kvalitetssikringsstandarder skal godta annen dokumentasjon for likeverdige kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak. Dette gjelder bare når leverandøren ikke har mulighet til å få slike innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv. Leverandøren må dokumentere at deres kvalitetssikrings- eller miljøledelsestiltak tilsvarer de etterspurte kvalitetssikringsstandardene eller miljøledelsessystemene eller -standardene.

§ 17-9 Utnyttelse av andre enheters kapasitet

(1) En leverandør kan for en bestemt kontrakt utnytte andre enheters kapasitet for å oppfylle krav til økonomisk og finansiell evne og teknisk og faglige dyktighet. Dette gjelder uavhengig av den rettslige arten av forbindelsen mellom dem.

(2) Leverandøren må dokumentere at vedkommende råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra støttende enhet.

(3) Oppdragsgiver skal kontrollere at enhetene som leverandøren utnytter kapasiteten til, oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, og at det for øvrig ikke foreligger avvisningsplikt. Oppdragsgiver skal kreve at enheten byttes ut dersom den ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene eller det foreligger avvisningsplikt. Dersom det foreligger forhold ved enheten som gir avvisningsrett, kan oppdragsgiver kreve at enheten byttes ut.

(4) Dersom en leverandør utnytter andre enheters kapasitet for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell evne, kan oppdragsgiver kreve at de er solidarisk ansvarlige for gjennomføringen av kontrakten.

(5) Dersom en leverandør utnytter andre enheters kapasitet for å oppfylle kravene til utdanning og faglige kvalifikasjoner eller kravene til relevant yrkeserfaring, skal disse enhetene utføre tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som krever slike kvalifikasjoner.

(6) Leverandører som deltar i fellesskap kan utnytte kapasiteten til deltakerne i fellesskapet samt andre virksomheter.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 63 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd inneholder hovedregelen om at en leverandør kan utnytte kapasiteten til andre enheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Dette gjelder bare for krav til økonomisk og finansiell evne, eller teknisk og faglig dyktighet. Retten til å støtte seg på andre gjelder uavhengig av den rettslige arten av forbindelsen mellom leverandøren og virksomheten denne støtter seg på.

Andre ledd angir at leverandøren må dokumentere rådighet over de ressursene som er nødvendige for å oppfylle kvalifikasjonskravet leverandøren utnytter andres kapasitet for å oppfylle. Dette kan for eksempel gjøres ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra støttende virksomhet. Råderetten kan imidlertid dokumenteres med ethvert hensiktsmessig middel, jf. § 17-7 tredje ledd.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver å kontrollere at støttende virksomhet oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, og at det ikke foreligger forhold ved enheten som medfører avvisningsplikt. Dersom det foreligger avvisningsplikt, skal oppdragsgiver kreve at den støttende virksomheten skiftes ut. Dersom det foreligger forhold som gir oppdragsgiver avvisningsrett, har oppdragsgiver tilsvarende en rett til å kreve utskiftning. Utskiftningen må gjennomføres på en måte som ivaretar de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Fjerde ledd fastsetter at oppdragsgiver kan kreve at støttende virksomhet er solidarisk ansvarlig for gjennomføringen av kontrakten. Dette gjelder bare for krav om økonomisk og finansiell kapasitet.

Femte ledd angir at leverandører bare kan basere seg på andre virksomheters utdanning, faglige kvalifikasjoner eller relevant yrkeserfaring dersom disse virksomhetene også utfører tjenestene som krever disse kvalifikasjonene.

Sjette ledd angir at leverandører som deltar i fellesskap kan støtte seg både på deltakerne i fellesskapet, og på andre virksomheter.

§ 17-10 Krav om at visse kritiske oppgaver utføres av leverandøren selv

Ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- og installeringsarbeid, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiver kreve at visse kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv eller av en bestemt deltaker i et fellesskap.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 63 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan kreve at visse kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv, eventuelt en bestemt leverandør i et fellesskap. Bestemmelsen gir dermed oppdragsgiver muligheten til å forby bruk av underleverandører ved utførelsen av disse oppgavene. Avgrensingen av oppgavene er kvalitativ, og det åpnes ikke for å kreve at en viss andel av oppgavene utføres av hovedleverandøren. Bestemmelsen er en unntaksregel, og må tolkes snevert.

§ 17-11 Offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering

(1) Som alternativ dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene er oppfylt, eller for fravær av avvisningsgrunner, kan leverandørene fremlegge:

a. registreringsbevis for at leverandøren er registrert på en offisiell liste over godkjente leverandører, utstedt av en kompetent myndighet i leverandørens etableringsstat eller

b. sertifikat som godkjent leverandør, utstedt av et kompetent sertifiseringsorgan.

(2) Grunnlaget for at leverandøren er registrert eller sertifisert, og eventuelt hvilken klassifisering listen gir leverandøren, skal fremgå av registreringsbeviset eller sertifikatet.

(3) Leverandøren anses å ha dokumentert oppfyllelse av de relevante kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene, eller at det ikke foreligger relevante avvisningsgrunner, dersom vedkommende leverandør har fremlagt attester som nevnt i første ledd. Dersom oppdragsgiver likevel bestrider at kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene er oppfylt, eller at det ikke foreligger avvisningsgrunner, skal dette begrunnes.

(4) Oppdragsgiver kan i tillegg kreve at leverandøren fremlegger en attest for at de oppfyller sine forpliktelser til å betale pensjonspremier, trygdeavgifter og skatt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 64 nr. 3, nr. 4 og nr. 5 første avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd angir at leverandører som er oppført på lister over godkjente leverandører, eller er sertifisert som godkjent leverandør, kan fremlegge registreringsbevis eller sertifikat som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og at det ikke foreligger avvisningsgrunner. Noen slik liste eller sertifiseringsordning er ikke innført i Norge. Bestemmelsen får anvendelse for leverandører som er oppført på slike lister, eller har slike sertifikater, fra andre medlemsstater.

Andre ledd angir at attesten må inneholde grunnlaget for at leverandøren er registrert eller sertifisert, og eventuelt hvilken klassifisering listen gir leverandøren.

Tredje ledd angir at attester som nevnt i første ledd er å anse som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav eller utvelgelseskriterier, og på fravær av avvisningsgrunner. Dersom oppdragsgiver likevel bestrider at kravene er oppfylt, må dette begrunnes.

Fjerde ledd angir at oppdragsgiver alltid kan kreve at leverandøren fremlegger attest på at de oppfyller sine plikter til å betale skatter, pensjonspremier og trygdeavgifter.

§ 17-12 Reduksjon av antall ellers kvalifiserte leverandører som inviteres til å gi tilbud

(1) Ved en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurranse om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog, kan oppdragsgiver fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud.

(2) Oppdragsgiver skal angi den nedre og øvre grensen i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse, sammen med objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for å begrense antall kvalifiserte leverandører.

(3) Nedre grense kan ikke settes til færre enn fem leverandører i en begrenset anbudskonkurranse. I konkurranse med forhandling, konkurransepreget dialog og innovasjonspartnerskap kan nedre grense ikke settes lavere enn tre leverandører. Under enhver omstendighet skal antall leverandører som inviteres, være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

(4) Oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn oppgitt i kunngjøringen eller i invitasjonen til å gi tilbud dersom det ikke foreligger et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan ikke invitere leverandører som ikke søkte om prekvalifisering, eller som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(5) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene som ikke blir invitert til å gi tilbud, en skriftlig meddelelse om utvelgelsen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 65 nr. 1 og nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.35.

Første ledd angir at oppdragsgiver i en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog, kan begrense antallet ellers kvalifiserte leverandører som får gi tilbud.

Andre ledd pålegger oppdragsgiver å angi reglene og kriteriene for utvelgelse, samt den nedre og eventuelt øvre grensen for antallet leverandører, i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse.

Tredje ledd fastsetter at nedre grense for antall leverandører ikke kan settes til færre enn fem leverandører i en begrenset anbudskonkurranse, eller tre leverandører for de øvrige konkurranseformene nevnt i første ledd. Antallet må likevel ikke settes lavere enn at det sikres reell konkurranse.

Fjerde ledd angir at oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn den nedre grensen, dersom det ikke foreligger et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan imidlertid ikke invitere andre leverandører enn dem som søkte om prekvalifisering, eller leverandører som søkte, men ikke ble kvalifisert.

Femte ledd er en nasjonal bestemmelse om begrunnelsesplikt. Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å gi en kort, skriftlig begrunnelse til leverandørene som ikke blir invitert til å inngi tilbud. Begrunnelsen skal gjøre leverandørene i stand til å vurdere om utvelgelsen har skjedd i tråd med de objektive og ikke-diskriminerende reglene som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen.

Kapittel 18 – Tildelingskriterier

§ 18-1 Tildelingskriterier

Oppdragsgiver skal tildele kontrakt basert på den laveste prisen, den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Ved tildeling på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet, skal oppdragsgiver bruke en kostnadseffektivitetsberegning, for eksempel en beregning av livssykluskostnader etter § 18-5.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 1 og nr. 2 første setning. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.36.

Bestemmelsen angir utgangspunktet om at kontrakter skal tildeles basert på den laveste prisen, den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Dersom oppdragsgiver benytter et kostnadskriterium, skal kostnadene beregnes basert på kostnadseffektivitet, som for eksempel en beregning av livssykluskostnader.

§ 18-2 Tildeling basert på pris eller kostnad og kvalitet

(1) Ved tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, kan de kvalitative kriteriene blant annet gjelde

a. kvalitet, inkludert teknisk verdi, estetiske, funksjonelle, sosiale, miljømessige og innovative egenskaper, tilgjengelighet og universell utforming, og handelsbetingelser

b. organiseringen av og kvalifikasjonene og erfaringen til det tilbudte personalet dersom kvaliteten på personalet er av stor betydning for utførelsen av kontrakten

c. kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser, for eksempel leveringsmåte og leveringsdato eller ferdigstillelse.

(2) Pris- eller kostnadskriteriet kan bestå av en fast pris eller kostnad, slik at leverandørene bare konkurrerer på kvalitative kriterier.

(3) Oppdragsgiver skal angi tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesdokumentene. Vekten kan angis som en ramme med et passende maksimalt utslag. Dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte tildelingskriteriene, skal kriteriene angis i prioritert rekkefølge.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 2 første avsnitt andre setning bokstav a til c, nr. 2 tredje avsnitt og nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.36.

Første ledd gir eksempler på hva slags kvalitative kriterier som kan benyttes dersom kontrakt tildeles på grunnlag av det beste forholdet mellom kvalitet og pris eller kostnad. Listen er ikke uttømmende.

Andre ledd åpner for at oppdragsgiver kan angi konkurransens kostnadselement som en fast pris eller kostnad. Leverandørene konkurrerer da bare på de kvalitative kriteriene.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver å opplyse om tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesdokumentene. Dersom det av objektive grunner ikke er mulig å angi vekten, skal oppdragsgiver angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge.

§ 18-3 Tildelingskriterienes tilknytning til leveransen

(1) Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i

a. produksjonen av, leveringen av eller handelen med kontraktsgjenstanden

b. en spesifikk prosess på et annet stadium i livssyklusen.

(2) Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker ytelsens materielle innhold.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.36.

Første ledd oppstiller kravet om at tildelingskriterier må ha tilknytning til ytelsen som skal anskaffes. Tilknytningen kan gjelde faktorer som inngår i alle sider av og i trinn i ytelsens livssyklus. Med livssyklus menes de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning, jf. § 4-2 bokstav k.

Andre ledd angir at slike faktorer som nevnt i første ledd har den nødvendige tilknytningen selv om disse ikke påvirker den ferdige ytelsens materielle innhold.

§ 18-4 Dokumentasjonskrav og kontroll av informasjonen i tilbudet

Tildelingskriteriene skal ikke gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. De skal sikre mulighet for effektiv konkurranse, og ha tilhørende dokumentasjonskrav som gjør det mulig å kontrollere opplysningene i tilbudet på en effektiv måte for å kunne vurdere hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. I tvilstilfeller skal oppdragsgiver kontrollere at informasjonen i tilbudet er korrekt.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.36.

Bestemmelsen angir at tildelingskriteriene ikke skal gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. Det følger også av det grunnleggende kravet til gjennomsiktighet, som er utledet av likebehandlingsprinsippet. Tildelingskriteriene skal ha tilhørende dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta effektiv kontroll av hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. I tvilstilfeller skal oppdragsgiver kontrollere at informasjonen i tilbudet er korrekt. Tvil kan eksempelvis oppstå dersom det er store forskjeller mellom tilbudene, eller dersom andre forhold eller innsigelser gir foranledning til kontroll.

§ 18-5 Beregning av livssykluskostnader

(1) Dersom oppdragsgiver skal evaluere kostnadskriteriet gjennom beregning av livssykluskostnader, skal det angis i anskaffelsesdokumentene hvilke opplysninger leverandørene skal gi, og hvilken beregningsmetode som skal brukes.

(2) I beregning av livssykluskostnader skal alle eller noen av de følgende kostnadene inngå, så langt de er relevante

a. kostnader som oppdragsgiveren eller andre brukere dekker, inkludert kostnader ved anskaffelsen, brukskostnader, vedlikeholdskostnader og kostnader ved kassering

b. kostnader som skyldes miljøbelastninger ved ytelsen i dens livssyklus, inkludert kostnader ved utslipp av klimagasser og andre forurensende utslipp, og andre kostnader knyttet til begrensning av klimaendringer. Dette gjelder bare dersom verdien kan tallfestes og etterprøves.

(3) Metoden for å beregne kostnader som skyldes miljøbelastninger skal være basert på objektivt etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier, tilgjengelig for alle interesserte parter og basert på opplysninger som leverandørene skal kunne fremskaffe med rimelig innsats.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 68 nr. 1 og nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.36.

Første ledd angir at når oppdragsgiver skal beregne livssykluskostnader, må metoden som skal brukes for å beregne disse angis i anskaffelsesdokumentene. Det må også angis hvilke opplysninger leverandørene skal gi. Med livssyklus menes de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning, jf. § 4-1 bokstav k.

Andre ledd angir hvilke kostnader som skal inngå i beregning av livssykluskostnader, i den grad de er relevante.

Bokstav a angir de interne kostnadene som skal inngå i beregningen. De interne kostnadene er kostnader som oppdragsgiver eller andre brukere dekker. Dette inkluderer kostnader forbundet med anskaffelsen, brukskostnader, for eksempel forbruk av energi og andre ressurser, vedlikeholdskostnader, og kostnader ved kassering, for eksempel kostnader i forbindelse med innsamling og resirkulering.

Bokstav b angir de eksterne kostnadene som skal inngå i beregningen. Dette er kostnader som skyldes miljøbelastninger knyttet til ytelsen gjennom dennes livssyklus, inkludert kostnader ved utslipp av klimagasser, andre forurensende utslipp og andre tiltak for å begrense klimaendringer. Verdien av kostnadene må kunne tallfestes og etterprøves.

Tredje ledd angir de kumulative kravene til metoden for beregning av livssykluskostnader.

§ 18-6 Unormalt lave tilbud

(1) Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiver skriftlig kreve at leverandøren forklarer prisen eller kostnaden. Forklaringene kan særlig gjelde

a. besparelser ved fremstillingen av varene, utførelsen av tjenestene eller ved byggemetoden

b. de valgte tekniske løsningene, eller særlig gunstige vilkår som er tilgjengelige for leverandøren

c. ytelsens nyskapende karakter

d. hvordan forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X er oppfylt.

e. leverandørens mulighet til å få statsstøtte.

(2) Dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra leverandørens forklaring, gjelder [avvisningshjemmel i kapittel 16 – andre delutredning].

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 69 nr. 1 og 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.36.

Første ledd angir at i tilfeller hvor et tilbud fremstår unormalt lavt, plikter oppdragsgiver å be leverandøren forklare prisen eller kostnaden. I bokstavene a til f er det gitt eksempler på opplysninger som kan kreves. Listen er ikke uttømmende. Etter bokstav d kan det kreves opplysninger både om hvordan hovedleverandøren oppfyller slike forpliktelser, og hvordan eventuelle underleverandører oppfyller disse.

Andre ledd viser at den kontradiktoriske prosessen beskrevet i første ledd er en forutsetning for å avvise unormalt lave tilbud. Avvisningshjemlene kan bare benyttes dersom leverandørens redegjørelser ikke i tilstrekkelig grad kan forklare det lave prisnivået. Avvisningsreglene er tema for utvalgets andre delutredning.

Kapittel 19 – Kontraktsgjennomføring

§ 19-1 Kontraktsvilkår

(1) Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføring av en kontrakt. Vilkårene skal ha tilknytning til leveransen, jf. § 18-3 og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Vilkårene kan gjelde økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn.

(2) Der det finnes fremforhandlede og balanserte standardkontrakter skal oppdragsgiver bruke disse, med mindre konkrete forhold begrunner avvik fra standarden. Avvik fra standarden skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsens første ledd gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 70. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.37.

Bestemmelsen regulerer særlige vilkår som gjelder gjennomføring av kontrakten. Vilkårene utgjør objektive krav, som i utgangspunktet ikke har betydning for tilbudene. Dersom en leverandør tar forbehold mot kontraktsvilkårene, inngår dette likevel i oppdragsgivers evaluering av tilbudet.

Første ledd andre punktum angir at vilkårene må ha tilknytning til leveransen. Dette innebærer at det ikke er adgang til å fastsette kontraktsvilkår som gjelder generelle forhold hos leverandøren, eller andre oppgaver som leverandøren utfører for oppdragsgiver. Kravene må være knyttet til ytelsen anskaffelsen gjelder. I henhold til anskaffelsesloven § 18-3 vil vilkårene ha tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper. Om tilstrekkelig tilknytning foreligger beror på en konkret vurdering.

Kontraktsvilkårene som oppdragsgiver angir, må i tillegg ligge innenfor rammene som følger av EØS-avtalen, herunder reglene om fri flyt av tjenester og den frie etableringsretten, prinsippene som er angitt i anskaffelsesloven § 9-1, og annen sekundærlovgivning. Dette innebærer blant annet at de ikke må fremstå som uforholdsmessige eller konkurransebegrensende, og de må overholde kravet til likebehandling. I sistnevnte ligger at kravene ikke kan virke diskriminerende for utenlandske leverandører. Kontraktsvilkårene må også være tilstrekkelig klart utformet for å overholde anskaffelsesloven § 9-1.

Vilkårene må angis i anskaffelsesdokumentene. Utgangspunktet er derfor at oppdragsgiver ikke kan endre kontraktsvilkår eller innta kontraktsvilkår som ikke er angitt i anskaffelsesdokumentene. Om det likevel er adgang til å gjøre slike endringer må vurderes konkret i hver enkelt konkurranse. I konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandlinger kan det være adgang til å forhandle og endre vilkårene (hvis vilkårene ikke er angitt som minimumskrav som det ikke kan forhandles med). Det vises til kapittel 24.20 for en nærmere gjennomgang av hva det kan forhandles om.

Første ledd tredje punktum fremholder at vilkårene kan gjelde økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn. Dette er eksempler på tilfeller som kan omfattes, og er ikke ment som en uttømmende angivelse. Anskaffelsesdirektivet fortalen premiss 97 til 99 angir eksempler på hvilke forhold som kan brukes som særlige vilkår.

Andre ledd er en særnorsk regulering for å fremme bruk av fremforhandlede og balanserte standardkontrakter, der slike finnes. Bestemmelsen innebærer ikke en plikt til å bruke standardkontrakter, men der det finnes fremforhandlede og balanserte standardkontrakter må oppdragsgiver begrunne det i anskaffelsesdokumentene hvis standardkontrakten ikke benyttes, eller hvis det gjøres avvik fra standardkontrakten utover det standarden selv åpner for.

Konkrete forhold som begrunner avvik fra standarden, kan både være forhold knyttet til den enkelte anskaffelse og generelle hensyn som vil kunne gjøre seg gjeldende flere ganger. Et forhold som kan begrunne avvik fra etablerte standardkontrakter kan være at det er behov for kontraktsinnovasjon. Etablerte standardkontrakter er statiske og endres ikke så raskt. Nye samspillsmodeller kan for eksempel medføre behov for utvikling av nye kontraktstyper. Det kan også være viktig å ta høyde for nye løsninger og innovasjon i den enkelte kontrakt. Konkrete forhold knyttet til kompetansen hos henholdsvis oppdragsgiver og leverandørmarkedet kan også begrunne avvik.

Med fremforhandlede og balanserte standardkontrakter menes kontrakter som er utformet gjennom konsensusbaserte prosesser der alle relevante interessenter inviteres til å delta. Det vil si at kontraktene er gjennomarbeidet og balanserte etter innspill fra både leverandør- og oppdragsgiversiden. Kontraktene fra Standard Norge er eksempler på kontrakter som omfattes av bestemmelsen.

Plikten til å begrunne avvik fra standarden omfatter både de tilfellene hvor oppdragsgiver ikke bruker standardkontrakten i det hele tatt, og de tilfellene hvor oppdragsgiver gjør avvik fra standardkontrakten utover det kontrakten selv legger opp til. Det er særlig avvik som vesentlig forrykker balansen mellom partene som det må redegjøres særskilt for i anskaffelsesdokumentene.

§ 19-2 Underleverandør

(1) Oppdragsgiver kan angi i anskaffelsesdokumentene at leverandøren i tilbudet skal oppgi hvilke deler av kontrakten leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og hvilke underleverandører vedkommende planlegger å bruke.

(2) Bruk av underleverandører har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar ovenfor oppdragsgiver.

(3) Ved anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider, og tjenester på steder som er under oppdragsgivers direkte tilsyn, skal oppdragsgiver kreve at leverandøren oppgir navn, kontaktopplysninger og hvem som har signaturrett for underleverandøren. Opplysningene skal innleveres senest ved kontraktsoppstart, dersom opplysningene er kjent på dette tidspunktet. Oppdragsgiver skal også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperioden, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(4) Oppdragsgiver kan ved vare- og tjenestekontrakter utover de som er angitt i tredje ledd kreve at leverandørene oppgir navn og kontaktopplysninger, og hvem som har signaturrett for underleverandører som benyttes i forbindelse med utførelse av kontrakten. Oppdragsgiver skal i så fall også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperioden, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(5) Oppdragsgiver kan kreve opplysninger som angitt i tredje og fjerde ledd også for leverandører lenger ned i leverandørkjeden.

(6) Oppdragsgiver kan innhente dokumentasjon som nevnt i §§ 17-5 til 17-7 for å kontrollere om en underleverandør i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 – andre delutredning]. Hvis underleverandøren er i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 – andre delutredning] skal oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter underleverandør. Dersom underleverandør er i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 – andre delutredning] kan oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter ut underleverandør.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 71. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.37.

Etter første ledd kan oppdragsgiver be om at en leverandør skal oppgi i tilbudet hvilke deler av kontrakten leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og hvilke underleverandører en leverandør planlegger å bruke, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver står fritt til å velge om å be om slik informasjon. At leverandøren skal angi hvordan leverandøren planlegger å utføre kontrakten innebærer som et utgangspunkt at leverandøren ikke vil være forpliktet til å benytte de oppgitte underleverandørene eller benytte underleverandører til å utføre kontraktsarbeidet.

Oppdragsgiver kan likevel fastsette i anskaffelsesdokumentene at leverandøren skal benytte underleverandørene som oppgis i tilbudet, eller alternativt at de oppgitte underleverandørene kun kan skiftes ut dersom de vilkår oppdragsgiver har fastsatt er oppfylt.

Bestemmelsen gjelder informasjon om hvordan leverandøren organiserer sin virksomhet ved bruk av underleverandører, mens § 17-9 gjelder støtte til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav ved bruk av underleverandører. I motsetning til etter § 19-2 vil leverandøren etter § 17-9 være forpliktet til å benytte de angitte underleverandørene. Se kapittel 24.35 for en gjennomgang av denne bestemmelsen.

Andre ledd angir uttrykkelig at bruk av underleverandør ikke endrer leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver. Dette innebærer at en leverandør fortsatt vil være fullt ut økonomisk ansvarlig for å gjennomføre leveransen i henhold til kontraktsforpliktelsene. Oppdragsgiver kan kreve leverandøren for feil og mangler, uavhengig av om disse er begått av leverandøren selv eller en underleverandør.

Tredje ledd gjelder kun for anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider og tjenester som skal leveres på steder som er under oppdragsgivers direkte tilsyn. Vare- og andre tjenestekontrakter er regulert i fjerde ledd. At slik informasjon må gis til oppdragsgiver innebærer at oppdragsgiver vil få den nødvendige oversikten over hvilke leverandører som vil være til stede på byggeplassen, eller som skal utføre tjenester i bygninger, på infrastruktur eller på arealer som oppdragsgiver er ansvarlig eller har oppsyn med. Eksempler på steder som er under direkte tilsyn er rådhus, skoler, sportsfasiliteter, havner og motorveier. Bestemmelsen kan for eksempel komme til anvendelse ved anskaffelse av renholdstjenester hvor leverandøren planlegger å bruke underleverandører.

Det er bare obligatorisk å kreve slike opplysninger fra første ledd i underleverandørkjeden, dvs. ikke for underleverandørenes underleverandører osv. I tillegg må underleverandøren delta i utførelsen av de aktuelle tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene. Oppdragsgiver kan imidlertid velge å etterspørre slike opplysninger også for underleverandører lenger ned i kjeden eller for underleverandører av varer eller andre tjenester, i henhold til femte ledd.

Leverandøren må gi oppgi navn, kontaktopplysninger til underleverandøren og hvem som har signaturrett for underleverandøren. Med signaturrett menes personen(e) som kan forplikte selskapet utad ved å inngå avtaler.

Opplysningene skal innleveres senest ved kontraktsoppstart dersom opplysningene er kjent på dette tidspunktet. Dersom underleverandørene ikke er kjent ved kontraktsoppstart, skal opplysningene om underleverandørene oppgis uten ugrunnet opphold etter at underleverandøren er valgt. Det samme gjelder dersom det skjer endringer i bruk av underleverandører. Dette innebærer at oppdragsgiver skal ha de nevnte opplysningene om underleverandørene som er tilknyttet kontrakten på ethvert tidspunkt i kontraktens varighet.

Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver må sikre at det inntas kontraktsvilkår som forplikter leverandøren til å innlevere de nevnte opplysningene, senest ved kontraktsoppstart. Kontraktsvilkårene må dernest fastslå at leverandøren skal gi opplysningene uten ugrunnet opphold etter at underleverandør er valgt, dersom underleverandøren ikke er kjent ved kontraktoppstart. Dette gjør seg også gjeldende dersom det skjer endringer i opplysningene hos underleverandøren, eller det knyttes til en ny underleverandør til utføring av kontrakten, for eksempel dersom en underleverandør skiftes ut.

Fjerde ledd fastsetter at oppdragsgiver kan etterspørre de samme opplysningene, som etter tredje ledd, ved vareanskaffelser, og for tjenestekontrakter som ikke omfattes av tredje ledd. Det er tale om en rett, og ingen plikt, i motsetning for hva som gjelder etter tredje ledd.

Dersom oppdragsgiver velger å benytte seg av muligheten må oppdragsgiver sikre at det inntas kontraktsvilkår som forplikter leverandøren til å innlevere de nevnte opplysningene, senest ved kontraktsoppstart. Kontraktsvilkårene må dernest fastslå at leverandøren skal gi opplysningene uten ugrunnet opphold etter at underleverandør er valgt, dersom underleverandøren ikke er kjent ved kontraktoppstart. Dette gjør seg også gjeldende dersom det skjer endringer i opplysningene hos underleverandøren, eller det knyttes til en ny underleverandør til utføring av kontrakten, for eksempel dersom en underleverandør skiftes ut.

Etter femte ledd kan oppdragsgiver velge å etterspørre opplysninger etter tredje og fjerde ledd også for underleverandører lenger ned i leverandørkjeden.

Sjette ledd regulerer oppdragsgivers plikt og rett til å kreve at en underleverandør byttes. Bestemmelsen gjelder både for underleverandører som var kjent før kontrakt var inngått og for underleverandører som blir engasjert etter at kontrakt var inngått.

Dersom leverandøren er omfattet av en av de obligatoriske avvisningsgrunnene har oppdragsgiver plikt til å kreve at en underleverandør blir skiftet ut dersom oppdragsgiver under konkurransen eller etter at kontrakt er inngått blir kjent med at underleverandøren er i en situasjon som beskrevet i [artikkel 57 – de obligatoriske avlysningsgrunnene – andre delutredning]. Avvisningsbestemmelsene vil gjennomgås i andre delutredning.

Dersom oppdragsgiver er omfattet av en av de ikke-obligatoriske avvisningsgrunnene kan oppdragsgiver kreve at underleverandøren skiftes ut dersom underleverandøren under konkurransen eller i løpet av kontraktsperioden blir kjent med at underleverandøren er i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 – de frivillige avvisningsgrunnene – andre delutredning], og det er fastsatt i anskaffelsesdokumentene at oppdragsgiver vil benytte seg av denne muligheten.

For underleverandører som er kjent før kontraktsinngåelse kan oppdragsgiver kreve at leverandøren fremlegger dokumentasjon etter §§ 17-5 til 17-7.

For underleverandører som blir engasjert etter at kontrakten er inngått, kan oppdragsgiver kreve at leverandøren fremlegger attester eller annen dokumentasjon uten ugrunnet opphold i stedet for egenerklæringer. Oppdragsgiver må fastsette i anskaffelsesdokumentene at oppdragsgiver kan kreve at leverandøren må skifte underleverandøren dersom underleverandøren er i en av situasjonene nevnt i [artikkel 57 – andre delutredning].

Kapittel 20 – Endring av kontrakt

§ 20-1 Endringer i inngått kontrakt

(1) Kontrakter og rammeavtaler kan endres uten ny anskaffelsesprosess når endringene ikke er vesentlige. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

(2) En endring er alltid vesentlig når den

a. innfører vilkår som ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør

b. endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren

c. utvider kontraktens omfang betydelig eller

d. gjelder bytte av leverandøren som ble tildelt kontrakten i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 20-3.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav e, nr. 4 og nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.38.

Første ledd første punktum angir hovedregelen om at endringer som ikke er vesentlige er tillatt. Andre punktum gir definisjonen på en vesentlig endring. Endringer som ikke er omfattet av typetilfellene i andre ledd bokstav a-e, kan være vesentlige hvis de på annet vis medfører at kontraktens karakter er vesentlig forskjellig fra den kontrakten som opprinnelig ble inngått.

Andre ledd angir fire endringstyper som alltid skal anses vesentlige. Dette gjelder endringer som påvirker deltakerinteressen eller kontraktstildeling, forskyvning av den økonomiske balansen i favør leverandøren, betydelig utvidelse av kontraktens omfang eller bytte av kontraktspart i andre tilfeller enn de som er åpnet for i § 20-2. Slike endringer kan bare gjøres uten ny konkurranse dersom de kan hjemles i en av unntaksbestemmelsene i §§ 20-2 til 20-5.

§ 20-2 Endringsklausuler

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom endringen er gjort i medhold av en endringsklausul.

(2) Endringsklausuler skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausuler kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede art blir endret.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 72 nr. 1 første ledd bokstav a. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.38.

Første ledd angir at endringer som er gjort i medhold av en lovlig endringsklausul ikke krever ny anskaffelsesprosess. Eksempler på endringsklausuler kan være prisindeksklausuler, opsjoner eller klausuler som åpner for å bytte kontraktspart, jf. § 20-3 andre ledd. For å være gyldig må klausulen oppfylle et klarhetskrav, som er utdypet i andre ledd.

Andre ledd angir hva som minimum må fremgå av klausulen for at denne skal være tilstrekkelig klar. Det må fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Klausulen kan ikke åpne for endringer som medfører at anskaffelsens overordnede art blir endret.

§ 20-3 Bytte av kontraktspart

(1) Oppdragsgiver kan erstatte leverandøren som opprinnelig ble tildelt kontrakten med en ny leverandør, når denne helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens posisjon i kontraktsforholdet som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Den nye leverandøren må oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og det kan ikke gjøres andre vesentlige endringer i kontrakten. Utskiftning av leverandøren må ikke skje for å omgå loven.

(2) Oppdragsgiver kan også skifte ut leverandøren dersom dette fremgår av en endringsklausul som oppfyller vilkårene i § 20-2 andre ledd.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 72 nr. 1 første avsnitt bokstav d. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.38.

Første ledd angir at oppdragsgiver på visse vilkår kan bytte ut den opprinnelige leverandøren. Utskiftningen må være en konsekvens av en omstrukturering av leverandørens virksomhet, herunder overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens.

Andre ledd angir at oppdragsgiver kan inkludere muligheten for å skifte ut leverandøren i en endringsklausul. Denne må oppfylle kravene til utforming i § 20-2.

§ 20-4 Nødvendige endringer

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom det blir nødvendig med tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette gjelder bare dersom bytte av leverandøren ikke kan gjøres av økonomiske eller tekniske årsaker, og vil medføre betydelige ulemper eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver.

(2) Det kan også gjøres endringer uten ny anskaffelsesprosess dersom endringene er nødvendige på grunn av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, og anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Endringer i medhold av denne bestemmelsen kan ikke medføre en prisøkning som overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Gjøres det flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring. Slike påfølgende endringer må ikke gjøres for å omgå loven.

(4) Dersom avtalen inneholder en prisindeksklausul, skal den indeksjusterte prisen være referanseverdien.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i medhold av denne bestemmelsen etter § 10-2.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 72. nr. 1 første avsnitt bokstav b og c, nr. 1 andre ledd og nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.38.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan utvide kontrakten til å omfatte nødvendige tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette forutsetter at utskiftningen av leverandøren ikke kan skje av tekniske eller økonomiske årsaker. Eksempler på slike årsaker er at tilleggsleveransene må kunne erstatte eller være kompatible med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner som ble anskaffet ved den opprinnelige kontrakten. Det må også medføre enten betydelige vanskeligheter eller vesentlige merkostnader å skifte ut leverandøren.

Andre ledd angir at kontrakten kan endres dersom endringen har blitt nødvendig som følge av en omstendighet en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Anskaffelsens overordnede verdi kan likevel ikke endres uten at det gjennomføres en ny anskaffelsesprosess.

Tredje ledd angir at nødvendige endringer etter første og andre ledd ikke kan medføre en prisøkning på mer enn 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Denne begrensningen gjelder for hver endring dersom det foretas flere endringer etter hverandre. Endringene kan imidlertid ikke deles opp for å omgå regelverket.

Fjerde ledd angir at verdiberegningen skal ta utgangspunkt i indeksjustert kontraktsverdi dersom kontrakten inneholder en prisindeksklausul.

Femte ledd angir at oppdragsgiver som gjør nødvendige endringer i medhold av bestemmelsen må kunngjøre endringene.

§ 20-5 Endringer med lav verdi

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess og uten at det vurderes om vilkårene i §§ 20-1 til 20-4 er oppfylt dersom verdien av endringen er lavere enn begge de følgende verdiene

a. terskelverdiene i § 6-1

b. 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter.

(2) Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede nettoverdien av alle endringene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 72 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.38.

Første ledd angir at mindre endringer kan gjøres uten ny anskaffelsesprosess, og uten at det gjøres en vurdering av om det foreligger andre unntakshjemler. Forutsetningen er at verdien av endringen lar seg tallfeste, og at den er lavere enn den relevante terskelverdien i § 6-1, og 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent for bygge- og anleggsanskaffelser.

Andre ledd angir at endringen likevel ikke kan endre anskaffelsens overordnede karakter.

Tredje ledd fastsetter at dersom det foretas flere endringer etter hverandre er det den samlede verdien som må være lavere enn tersklene i første ledd.

Kapittel 21 – Oppsigelse av kontrakter

§ 21-1 Oppsigelse

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

a. det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 20-1

b. leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt [i artikkel 57 nr. 1 – andre delutredning], eller

c. EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at oppdragsgiver ikke skulle ha inngått kontrakten med den valgte leverandøren.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 73. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.39.

Artikkel 73 innebærer en forpliktelse for medlemsstatene til å innføre en hjemmel i nasjonal lovgivning for å kunne si opp en kontrakt i visse angitte situasjoner. Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver har rett til å si opp en kontrakt, men ingen plikt, hvis oppdragsgiver blir kjent med at vilkårene i en av bokstavene er oppfylt.

Etter første ledd bokstav a kan oppdragsgiver si opp en kontrakt dersom det er gjort vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 20-1. § 20-1 angir at en endring ikke er tillatt dersom innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige avtalen.

For at det skal foreligge oppsigelsesrett i henhold til første ledd bokstav a er det ikke et krav at det er slått fast av Klagenemnda for offentlige anskaffelser eller av de alminnelige domstolene at kontrakten er vesentlig endret. Oppdragsgivers oppsigelse av kontrakten med denne begrunnelsen kan likevel klages inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser eller det kan anlegges søksmål for ordinære domstoler, dersom leverandøren mener det ikke er grunnlag for å si opp kontrakten.

Etter første ledd bokstav b kan oppdragsgiver si opp en kontrakt dersom leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt i [artikkel 57 nr. 1 – andre delutredning]. Dette gjelder situasjoner der en leverandør er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for en av de straffbare forholdene som er angitt i bestemmelsen. Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlige ikke handler med leverandører som befinner seg i situasjoner som bestemmelsen angir. Før oppsigelse i medhold av bestemmelsen kan gjøres må leverandøren gis mulighet til å dokumentere at leverandøren har gjennomført tiltak som viser at leverandøren har ryddet opp etter seg (såkalte «self-cleaning»-tiltak), og likevel har den nødvendige integritet som kontraktspart.

Etter første ledd bokstav c kan oppdragsgiver si opp en kontrakt dersom EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at kontrakt ikke skulle ha vært inngått med valgte leverandør.

Forutsetning for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at oppdragsgiver har foretatt en anskaffelse med verdi lik eller over EØS-terskelverdiene, det vil si del III i loven. Det er ikke tilstrekkelig at EFTA-domstolen har satt i gang rettslig prosess. Det må foreligge en fellende dom i en traktatbruddsak før oppsigelsesrett i henhold til bestemmelsen foreligger. Det er ikke tilstrekkelig at nasjonale domstoler har slått fast det samme.

Bestemmelsen regulerer ikke om en oppsigelse i medhold av denne bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver kan si opp en kontrakt uten at leverandøren kan kreve erstatning. Om en leverandør kan kreve erstatning beror på en konkret vurdering basert på alminnelig erstatningsrettslig prinsipper.

Kapittel 22 – Sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser

§ 22-1 Virkeområde

Offentlige anskaffelser som gjelder sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser, jf. anskaffelsesdirektivet vedlegg XIV, skal tildeles i overensstemmelse med reglene i dette kapittelet.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 74. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.40.

Første ledd angir at reglene i kapittel 22 gjelder for anskaffelse av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser. De særlige tjenesteytelsene som er omfattet, er listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg XIV.

§ 22-2 Kunngjøring

(1) Oppdragsgiver som har til hensikt å tildele en offentlig kontrakt for tjenesteytelsene omfattet av dette kapittelet, skal kunngjøre konkurransen

a. ved en kunngjøring, som inneholder opplysninger som er listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg V del H, og på det standardskjema som er fastsatt i medhold av § 14-5, eller

b. ved en veiledende kunngjøring, som inneholder opplysninger som er listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg V del I. Det skal fremgå av kunngjøringen at kontraktene vil bli tildelt uten videre offentliggjøring, og at interesserte leverandører kan gi uttrykk for sin interesse i å delta skriftlig.

(2) Første ledd gjelder likevel ikke hvis vilkårene for å forhandle uten forutgående kunngjøring, jf. §§ 10-26 til 10-29 ville vært oppfylt.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre kontraktsinngåelsen. Kunngjøringen skal inneholde opplysninger som listet i anskaffelsesdirektivet vedlegg V del J, og på det standardformular som er fastsatt i medhold av § 14-5. Oppdragsgiver kan samle opp flere kunngjøringer, og sende disse til kunngjøring kvartalsvis. De samlede kunngjøringene må sendes inn senest tretti dager etter utgangen av hvert kvartal.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 75. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.40.

Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å kunngjøre konkurransen, oppdragsgiver må i alle tilfeller overholde lovbestemt taushetsplikt, jf. § 1-6.

§ 22-3 Prinsipper for tildeling av kontrakter

Oppdragsgiver skal ved anskaffelse av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakt i overensstemmelse med prinsippene i § 9-1, herunder fastsette tildelingskriterier.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 76 første avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.40.

§ 22-4 Kontrakter som reserveres for ideelle organisasjoner

(1) Oppdragsgiver kan reservere retten til å delta i konkurranser om sosiale tjenesteytelser til ideelle organisasjoner, dersom reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.

(2) Ideelle organisasjoner etter første ledd har ikke avkastning på egenkapital som hovedformål. De arbeider utelukkende for et sosialt formål for felleskapets beste, og reinvesterer eventuelt overskudd i aktivitet som oppfyller organisasjonens sosiale formål. En ideell organisasjon kan i begrenset omfang drive kommersiell aktivitet som støtter opp om virksomhetens sosiale formål.

(3) Oppdragsgiver skal i kunngjøringen angi at anskaffelsen følger reglene i direktiv 2014/24/EU avdeling III kapittel 1.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og svarer ikke til noen spesifikk direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.40.

Første ledd gir adgang til oppdragsgivere til å reservere retten til å delta i konkurranser til ideelle organisasjoner. Det vil være opp til den enkelte oppdragsgiver om det i et konkret tilfelle er hensiktsmessig å benytte reservasjonsadgangen. Det stilles som et vilkår at reservasjonen bidrar til å oppnå sosiale mål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet.

Andre ledd gir en nærmere definisjon på hva som er å anse som en ideell organisasjon. Definisjonen er ikke universell, men er definert konkret for denne bestemmelsen.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver å vise til direktivet i kunngjøringen. Henvisningen skal være til direktivet og ikke til den norske lovbestemmelsen.

§ 22-5 Reserverte kontrakter for visse tjenesteytelser

(1) Oppdragsgiver kan reservere retten til å delta i enkelte konkurranser til organisasjoner som oppfyller vilkårene opplistet i a til d, nedenfor. Kontraktslengden skal ikke overstige tre år, og kunngjøringen skal vise til direktiv 2014/24/EU artikkel 77

a. organisasjonens formål er å utføre offentlige oppdrag knyttet til slike tjenester

b. de ansatte eier eller medvirker i ledelsen av organisasjonen, eller de ansatte, brukere eller interessenter deltar aktivt i ledelsen

c. organisasjonens overskudd blir brukt til å oppnå organisasjonens mål. Eventuell utdeling eller omfordeling av overskudd skal skje i tråd med kravene til medvirkning eller deltakelse som nevnt i bokstav b

d. organisasjonen har ikke hatt kontrakt om levering av de samme tjenestene i løpet av de siste tre årene med den samme oppdragsgiver etter denne bestemmelsen.

(2) Reservasjonsadgangen etter denne bestemmelsen gjelder bare offentlige kontrakter som gjelder helse-, sosial-, og kulturtjenester som er nevnt i § 22-1 og omfattet av CPV-kodende 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, fra 85000000-9 til 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 og 98133110-8.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 77. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.40.

Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan reservere retten til å delta i enkelte konkurranser om visse tjenesteytelser til organisasjoner. Organisasjonene må oppfylle alle vilkårene i bokstav a til d, og det er fastsatt en maksimal kontraktslengde på tre år. I kunngjøringen må det vises til hjemmel i direktivet. Kunngjøring viser her til kunngjøring av selve konkurransen, og ikke kunngjøring av kontraktsinngåelse.

I andre ledd er det tydeliggjort at bestemmelsen har et avgrenset virkeområde. For det første gjelder bestemmelsen kun innenfor dette konkrete kapittelet i direktivet, jf. også artikkel 74. Videre gjelder det kun enkelte kontraktstyper og CPV-koder.

Kapittel 23 – Plan- og designkonkurranser

§ 23-1 Anvendelsesområde

(1) Oppdragsgiver kan gjennomføre en plan- og designkonkurranse

a. som skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt med eller uten premier eller utbetalinger til deltakerne, eller

b. utelukkende med premier eller utbetalinger til deltakerne.

(2) Dersom plan- og designkonkurranse skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt etter første ledd bokstav a, skal oppdragsgiver beregne verdien på grunnlag av kontraktens anslåtte verdi i tillegg til eventuelle betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen.

(3) Ved plan- og designkonkurranser etter første ledd bokstav b skal oppdragsgiver beregne verdien på grunnlag av betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 78. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.41.

§ 23-2 Kunngjøring

(1) Ved en plan- og designkonkurranse med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene i § 6-1 skal oppdragsgiver kunngjøre konkurransen etter § 10-2. Dersom oppdragsgiver planlegger å inngå en etterfølgende tjenestekontrakt, jf. § 23-1, skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjonen som fremgår av anskaffelsesdirektivet vedlegg V del E og F.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre resultatet av en plan- og designkonkurranse med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene, jf. § 14-4.

(4) Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen dersom en offentliggjøring vil

a. hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser

b. skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller

c. skade konkurransen mellom leverandørene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 79. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.41.

Fjerde ledd angir flere unntak. For det nærmere innholdet av disse vises det til kapittel 24.33.

§ 23-3 Regler for gjennomføring av konkurranse og utvelgelse av deltakere

(1) Ved gjennomføringen av en plan- og designkonkurranse gjelder bestemmelsene i dette kapittelet og reglene i kapittel 4 til 9.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten oppdragsgiver er etablert.

(3) Dersom oppdragsgiver begrenser antall deltakere i en plan- og designkonkurranse, skal oppdragsgiver fastsette klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Antall deltakere som oppdragsgiver velger ut, skal være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 80. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.41.

Første ledd fastslår at plan- og designkonkurranser skal gjennomføres i samsvar med bestemmelsene i dette kapitlet, og reglene i kapittel 4 til 9.

Andre ledd fastslår tilfeller som ikke gir grunnlag for avvisning av en leverandør.

Tredje ledd fastslår at det er adgang til å begrense antall deltakere. Utvelgelseskriteriene må være i samsvar med prinsippene i anskaffelsesloven § 9-1. Bestemmelsen angir ingen nedre grense for antall deltakere. Avgjørende er at det er et tilstrekkelig antall til å sikre reell konkurranse. Hva som er et tilstrekkelig antall må vurderes konkret. Normalt vil imidlertid tre deltakere være tilstrekkelig.

§ 23-4 Juryens sammensetning

(1) Juryen skal utelukkende bestå av fysiske personer som er uavhengige av deltakerne i konkurransen.

(2) Dersom oppdragsgiver krever at deltakerne har særskilte faglige kvalifikasjoner, skal minst en tredjedel av medlemmene i juryen ha tilsvarende kvalifikasjoner.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 81. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.41.

Uavhengighetskravet i første ledd innebærer ikke at medlemmene i juryen må være uavhengige fra oppdragsgiver. Oppdragsgiver kan derfor utpeke egne arbeidere til å sitte i juryen.

Andre ledd gjelder der det er påkrevd med særskilte faglige kvalifikasjoner. Det er ikke noe krav om hvor mange medlemmer som skal være i en jury.

§ 23-5 Juryens avgjørelser

(1) Juryen skal foreta selvstendige og uavhengige vurderinger.

(2) Deltakerne skal levere sine planer og prosjekter anonymt. Anonymiteten skal bevares frem til juryens beslutning eller uttalelse foreligger.

(3) Juryen skal evaluere planene og prosjektene i henhold til kriteriene angitt i kunngjøringen. Juryen skal dokumentere evalueringen i en protokoll som alle medlemmene skal signere. Protokollen skal inneholde juryens merknader og eventuelle spørsmål som krever klargjøring. Spørsmålene kan gjelde alle sider ved prosjektene.

(4) Juryen kan be deltakerne om å svare på spørsmålene angitt i protokollen. Det skal føres et fullstendig referat av kommunikasjonen mellom medlemmene i juryen og deltakerne.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 82. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.41.

Første ledd innebærer at juryen skal være uavhengig. Dette er likevel ikke til hinder for at oppdragsgiver utpeker egne arbeidere til å sitte i juryen. Juryens avgjørelser må imidlertid være uavhengige, hvilket innebærer at juryen må opptre uavhengig både fra deltakerne og oppdragsgiver.

Andre ledd fastsetter at juryen ikke må ha kjennskap til deltakernes identitet. Dette er imidlertid ikke til hinder for at juryen kan stille spørsmål til deltakerne, se tredje og fjerde ledd. Anonymiteten skal overholdes inntil juryens uttalelse eller beslutning foreligger.

Tredje ledd innebærer at juryen skal vurdere planene og prosjektene i henhold til kriteriene som er angitt i kunngjøringen. Oppdragsgiver står fritt ved fastsettelse av kriteriene, men de må ikke være usaklige og stride mot prinsippene i § 9-1. Dersom oppdragsgiver stiller spørsmål skal det gå ut på presiseringer av forslagene. Det er ikke mulig å gjøre endringer i forslagene.

Referatet i fjerde ledd må inneholde alle forhold som har betydning for konkurransen og avgjørelsen.

Kapittel 24 – Anskaffelsesprotokoll

§ 24-1 Anskaffelsesprotokoll

(1) Oppdragsgiver skal føre protokoll for gjennomføringen av anskaffelsen.

(2) Protokollen skal inneholde alle følgende opplysninger, i den utstrekning de er relevante

a. oppdragsgivers navn og adresse

b. en beskrivelse av hva som skal anskaffes, og den anslåtte verdien av anskaffelsen

c. ved konkurranser hvor det settes en grense for antall deltakere

i. navnet på leverandørene som er valgt ut, og begrunnelsen for utvelgelsen

ii. navnet på leverandørene som har fått sine tilbud forkastet, og begrunnelsen for reduksjonen.

d. navnet på leverandørene som er avvist, og hjemmel for å avvise deres forespørsler om å delta i konkurransen eller deres tilbud

e. navnet på den valgte leverandøren, begrunnelsen for valget og kontraktens verdi

f. hvilke deler av kontrakten den valgte leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og underleverandørenes navn, forutsatt at opplysningene er kjent

g. begrunnelsen for å bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller konkurransepreget dialog

h. begrunnelsen for å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring eller anskaffelse uten konkurranse

i. begrunnelsen for at oppdragsgiver avlyser konkurransen

j. begrunnelsen for å bruke unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud

k. opplysninger om tilfeller av inhabilitet eller konkurransevridning som følge av dialog med leverandører og eventuelle avhjelpende tiltak som er gjennomført

l. andre vesentlige forhold.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 84. I andre ledd er bokstavene d og l nasjonale tilleggsbestemmelser. Bokstav d er imidlertid også gjennomføring av direktivet for de avvisninger som skyldes unormalt lave tilbud. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.43.

Første ledd fastsetter at oppdragsgiver skal utarbeide en protokoll som inneholder en rekke opplysninger, herunder dokumentasjon for gjennomføringen av en anskaffelse. Oppdragsgiver skal utarbeide protokollen uavhengig av om utfallet av anskaffelsen er at det er inngått en kontrakt eller ikke.

Formålet med slik protokollplikt er å sikre etterprøvbarhet for at oppdragsgivers beslutninger er truffet i samsvar med anskaffelsesreglene.

Andre ledd inneholder en angivelse av opplysninger som må inntas i protokollen, i den grad de er relevante.

I henhold til bokstav d skal navnet på leverandørene som er avvist, og begrunnelsen for å avvise deres forespørsler om å delta i konkurransen eller deres tilbud. Punktet omfatter samtlige tilbud som er avvist, og på hvilket grunnlag tilbudet er avvist, dvs. med henvisning til lovhjemmel.

I henhold til bokstav i skal det oppgis informasjon om begrunnelsen for at oppdragsgiver har besluttet å avlyse konkurransen. Dette omfatter manglende tildeling av kontrakt både som følge av avlysning av konkurransen, og totalforkastelse av tilbud.

I henhold til bokstav l skal vesentlige forhold angis. Punktet fanger opp informasjon som ikke direkte er angitt i bestemmelsen, men som likevel anses som vesentlig å ha med i en anskaffelsesprotokoll. Hva som anses som vesentlig beror på en konkret vurdering i den enkelte anskaffelse. Vesentlige forhold kan blant annet være informasjon som oppdragsgiver, i henhold til andre bestemmelser i anskaffelsesloven kan innta i protokollen, se blant annet begrunnelse for å ikke dele opp en kontrakt i anskaffelsesloven § 13-10.

§ 24-2 Andre forhold relatert til anskaffelsesprotokollen

(1) Når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en rammeavtale, gjelder plikten til å føre protokoll bare når oppdragsgiver gjenåpner konkurransen.

(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort en kontraktsinngåelse kan det henvises til denne kunngjøringen dersom den inneholder informasjon som skal angis i anskaffelsesprotokollen.

(3) Oppdragsgiver skal dokumentere gjennomføringen av en anskaffelse ved å oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon til å begrunne beslutninger i anskaffelsesprosessen.

(4) Dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for tildeling av kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 84. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.43.

Det følger av første ledd at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å utarbeide rapporter, når kontrakten som oppdragsgiver inngår er basert på en rammeavtale med en leverandør i henhold til § 11-2. Det samme gjelder for kontrakter, som oppdragsgiver inngår på bakgrunn av en rammeavtale med flere leverandører der oppdragsgiver har fastsatt en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter, og tildelingen av kontrakten skjer uten fornyet konkurranse i henhold til § 11-4. Derimot er det protokollplikt når oppdragsgiver åpner for ny konkurranse mellom leverandørene under rammeavtalen. Det er kun de relevante opplysningene fra gjennomføringen av den gjenåpnede konkurransen som skal protokollføres. Den generelle dokumentasjonsplikten i tredje ledd må overholdes uavhengig av hvordan avropet på rammeavtalen gjøres.

Av bestemmelsen andre ledd følger det at oppdragsgiver kan henvise til kunngjøringen, jf. § 14-1, dersom kunngjøringen inneholder opplysningene som i henhold til første ledd skal angis i protokollen.

I henhold til tredje ledd skal oppdragsgiver dokumentere gjennomføringen av anskaffelsen. Dette gjelder uavhengig av om anskaffelsen er gjennomført elektronisk eller ikke. Plikten innebærer at oppdragsgiver skal oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon for å kunne begrunne beslutninger oppdragsgiver tar gjennom anskaffelsesprosessen. Det kan for eksempel være dokumentasjon vedrørende kommunikasjon med leverandører, interne overveielser, forberedelse av anskaffelsesdokumentene, eventuell dialog eller forhandling, utvelgelse og tildeling av kontrakten. Ved konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog, samt innovasjonspartnerskap skal alle faser i prosessen dokumenteres i tilstrekkelig grad.

Formålet med dokumentasjonsplikten er som for anskaffelsesprotokollen; å sikre etterprøvbarhet for at oppdragsgivers beslutninger er truffet i samsvar med anskaffelsesreglene.

Videre følger det av bestemmelsen at dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for tildeling av kontrakten.

Forkortelser

CPV Felles nomenklatur for offentlige anskaffelser

DFØ Direktoratet for forvaltning og økonomistyring

Doffin Nasjonal kunngjøringsdatabase for offentlige anskaffelser

ESPD Europeisk egenerklæringsskjema

EU Den europeiske union

EØS Europeiske økonomiske samarbeidsområde

GPA WTO-avtalen om offentlige innkjøp

ILO Den internasjonale arbeidsorganisasjonen

KGV Konkurransegjennomføringsverktøy

KS Kommunesektorens organisasjon

KOFA Klagenemnden for offentlige anskaffelser

LO Landsorganisasjonen

LUP Leverandørutviklingsprogrammet

NHO Næringslivets hovedorganisasjon

NOU Norges offentlige utredninger

NTAES Nasjonalt tverretatlig analyse- og etterretningssenter

Prop. L Lovproposisjon

SMB Små og mellomstore bedrifter

TED EUs kunngjøringsdatabase for offentlige anskaffelser

TEU Traktaten om den europeiske union

TEUV Traktaten om Den europeiske unions virkemåte

Referanse- og litteraturliste

Lovgivning

Norske lover

Forvaltningsloven. (1967). Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (LOV-1967-02-10). Lovdata. https://lovdata.no/lov/1967-02-10

Forurensningsloven. (1983). Lov om vern mot forurensninger og om avfall.

Sameloven. (1987). Lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold (LOV-1987-06-12-56). Lovdata. https://lovdata.no/ lov/1987-06-12-56

EØS-loven. (1992). Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) m.v Lovdata. https://lovdata.no/lov/1992-11-27-109

Arkivlova. (1992). Lov om arkiv (LOV-1992-12-04-126). Lovdata. https://lovdata.no/lov/1992-12-04-126

Konkurranseloven. (2004). Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. Lovdata. https://lovdata.no/lov/2004-03-05-12

Offentleglova. (2006). Lov om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd (LOV-2006-05-19-16). Lovdata. https://lovdata.no/lov/2006-05-19-16

Anskaffelsesloven. (2016). Lov om offentlige anskaffelser (LOV-2016-06-17-73). Lovdata. https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73

Klimaloven. Lov om klimamål (LOV-2017-06-16-60). (2017). Lovdata.

Lov om elektroniske tillitstjenester. (2018). Lov om gjennomføring av EUs forordning om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske transaksjoner i det indre marked (LOV-2018-06-15-44). Lovdata. https://lovdata.no/lov/2018-06-15-44

Kommuneloven. (2018). Lov om kommuner og fylkeskommuner (LOV-2018-06-22-83).

Åpenhetsloven. (2021). Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (LOV-2021-06-18-99). Lovdata. https://lovdata.no/lov/2021-06-18-99

Norske forskrifter

Forskrift 3. august 2009 nr. 1028 om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser. Lovdata.

Endringsforskrift (2015). Forskrift om endring av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester (FOR-2015-06-12-622). Lovdata. https://lovdata.no/LTI/forskrift/2015-06-12-622

Anskaffelsesforskriften. (2016). Forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2016-08-12-974). Lovdata. https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974?q=foa

https://lovdata.no/lov/2018-06-22-83

Forskrift om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner. (2019). Forskrift om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner (FOR-2019-11-21-1577). Lovdata. https://lovdata.no/forskrift/2019-11-21-1577

Forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) og forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften). (2023.) (FOR-2023-08-01-1305.) Lovdata. https://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2023-08-01-1305

Forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften). (2023.) (FOR-2023-08-29-1368.) Lovdata. https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2023-08-29-1368

Forskrift 29. august 2023 nr. 1363 om endring i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. I kraft fra 1. januar 2024. (2023). (FOR-2023-08-29-1363). https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2023-08-29-1363

Kongelig resolusjon 28. mars 2014. Om endringer i anskaffelsesregelverket som følge av revidert WTO/GPA-avtale. Nærings- og fiskeridepartementet. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fkd/kongelig\_resolusjon\_gpa\_lovdata.pdf

Lovgiving

Svensk lovgivning

Lag (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa tjänster inom vägtransportområdet.

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Förordning (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster.

Dansk lovgivning

Lov 2022-06-21 nr. 884 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Tilbudsloven. Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven). https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2007/1410

Lovbekendtgørelse 2023-01-06 nr. 10 (Udbudsloven). https://www.retsinformation.dk/eli/accn/A20230001029

Bekendtgørelse 2011-06-15 nr. 712 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (historisk).

Bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse.

Bekendtgørelse nr. 1077 af 29. juni 2022 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs- vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet. (2022). Ervervsministeriet.

Bekendtgørelse nr. 1080 af 29. juni 2022 om tildeling af koncessionskontrakter. (2022). Erhversministeriet. Cirkulære nr. 9471 af 30. juni 2014 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

Cirkulære nr. 9749 af 2. september 2019 om indkøb i staten.

Internasjonale kilder

Standardformular for det felles europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) – EØS-notat. (2016). EØS-notatbasen.

EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016. EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp).

EØS-komiteens beslutning nr. 80/2022 av 18. mars 2022 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp). (2022).

Traktater og konvensjoner

EØS-avtalen. (1992). Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992

TEUF. (2020). Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolidert tekst.

Direktiver og forordninger

Forordning 1182/71 om fastsettelse av regler for frister, d. o. t. Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter.

Forordning 765/2008 om akkreditering og markedstilsyn. Europaparlamntets og Rådets forordning (EF) nr. 765/2008 av 9. juli 2008 om fastsettelse av kravene til akkreditering og markedstilsyn for markedsføring av produkter.

Forordning 2022/1031 om instrument for internasjonale offentlige anskaffelser. (2022). Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/1031 af 23. juni 2022 om adgangen for tredjelandes erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til Unionens markeder for offentlige udbud og koncessioner og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige udbud og koncessioner (Instrument for internationale offentlige udbud)

Forordning 2022/2560 om tredjelandssubsidier. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/2560 af 14. december 2022 om udenlandske subsidier, der fordrejer det indre marked.

Forordning 2023/1525 om etablering av regelverk for støtte til ammunisjonsproduksjon. (2023). Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2023/1525 af 20. juli 2023 om støtte til produktion af ammunition (ASAP).

Forordning 2023/1542 om batterier og udtjente batterier. (2023). EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2023/1542 af 12. juli 2023 om batterier og udtjente batterier, om ændring af direktiv 2008/98/EF og forordning (EU) 2019/1020 og om ophævelse af direktiv 2006/66/EF.

Forretningshemmelighetsdirektivet. (2016). Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering.

Europa-Parlamentets- og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser. Utsendingsdirektivet.

Anskaffelsesdirektivet. (2004). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting.

Håndhevelsesdirektivet. (2007). Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

Forsvarsanskaffelsesdirektivet. (2009). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av framgangsmåtene ved oppdragsgiveres eller offentlige oppdragsgiveres tildeling av visse bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet og om endring av direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.

Anskaffelsesdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.

Forsyningsdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF.

Konsesjonskontraktsdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter.

Green Vehicles Directive (EU) 2019/1161. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1161 af 20. juni 2019 om ændring af direktiv 2009/33/EF om fremme af renere og mere energieffektive køretøjer til vejtransport

Bærekraftsdirektivet. (2022). Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2022/2464 af 14. december 2022 om ændring af forordning (EU) nr. 537/2014, direktiv 2004/109/EF, direktiv 2006/43/EF og direktiv 2013/34/EU for så vidt angår virksomheders bæredygtighedsrapportering.

For- og etterarbeider

Offentlige utredninger

NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser. Nærings- og handelsdepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-1997-21/id141007/

NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/NOU-2010-2/id600370/

NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser — Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. Nærings- og fiskeridepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/NOU-2014-4/id761768/

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov. Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven). Justis- og beredskapsdepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2019-5/id2632006/

NOU 2022: 20 Et helhetlig skattesystem. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2022-20/id2951826/

Proposisjoner

St.prp. nr. 62 (1994–1995) Om samtykke til ratifikasjon av ILO-konvensjonen nr 94 og tiltreding til ILO-rekommandasjon nr 84 om arbeidarklausular i offentlege arbeidskontrakter. Kommunal- og arbeidsdepartementet. https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1994-95&paid=2&wid=b&psid=DIVL2104

Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) Om lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Fornyings- og administrasjonsdepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/otprp-nr-7-2007-2008-/id487005/

Prop. 12 L (2011–2012) Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett). https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop-12-l-20112012/id662510/

Prop. 5 L (2012–2013) Endringer i lov om offentlige anskaffelser m.m. (offentlig tilsyn med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter). Arbeidsdepartementet. Regjeringen.no. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop-5-l-20122013/id704374/

Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven). Nærings- og fiskeridepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-51-l-20152016/id2471374/

Prop. 150 L (2020–2021) Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Barne- og familiedepartementet.

Prop. 1 S (2021–2022) For budsjettåret 2022 under Klima- og miljødepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-1-s-20212022/id2875033/

Prop. 1 S (2022–2023) For budsjettåret 2023 under Klima- og miljødepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-1-s-20222023/id2931602/

Prop. 114 L (2022–2023) Endringer i lov om offentlige anskaffelser (forskriftshjemler om arbeidslivskriminalitet). Nærings- og fiskeridepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-114-l-20222023/id2976187/

Innstillinger

Innst. 358 L (2015–2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2015-2016/inns-201516-358/?lvl=0

Innst. 223 S (2021–2022) Innstilling fra næringskomiteen om representantforslag om å stramme inn praktiseringen av anskaffelsesregelverket når det gjelder næringslivets overholdelse av folkeretten. https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2021-2022/inns-202122-223s/?all=true

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 36 (2008–2009) Det gode innkjøp. Fornyings- og administrasjonsdepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/stmeld-nr-36-2008-2009-/id559323/

Meld. St. 29 (2010–2011) Felles ansvar for et godt og anstendig arbeidsliv. Arbeidsdepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld-st-29-20102011/id653071/

Meld. St. 22 (2018–2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser. Nærings- og fiskeridepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-22-20182019/id2641507/

Rettspraksis mv.

Fra høyesterett

HR-1997-23-A – Rt-1997-574 Firesafe.

HR-1998-60-B – Rt-1998-1398 Torghatten.

HR-1998-80-B – Rt-1998-1951 Laura klubben.

HR-2001-250 – Rt-2001-473 Concord.

HR-2005-1917-A – Rt-2005-1638 New Pac Safety.

HR-2007-295-A – Rt–2009–1319.

HR-2007-1124-A – Rt-2007-983 SB Transport.

HR-2007-1144-A – Rt-2007-1003 Spillautomat-dommen.

HR-2008-1144-A – Rt-2008-982 Catch Communications.

HR-2008-2134-A – Rt-2008-1705 Rabatt-dommen.

HR-2009-2055-A – Rt-2009-1356 – UTV-2009-1306 Nordea.

HR-2015-1347-A – Rt-2015-795 Hurtigruta.

HR-2012-1818-A – Rt-2012-1444 A mot NAV.

HR-2012-1942-A – Rt-2012-1556 Gran & Ekran.

HR-2017-1229-A Ski Taxi.

HR-2019-1801-A Fosen-Linjen.

HR-2022-1964-A Flage Maskin.

Fra lagmannsrettene

LB-2010-68992.

LB-2010-89858.

LB-2014-76039.

LF-2014-32160 Fosen-Linjen.

LB-2015-8828

LB-2016-14778.

LB-2016-65693.

LB-2018-87809.

LB-2018-152914, Kjennelse.

LF-2018-82338.

LH-2018-99424.

LB-2019-145192.

LB-2019-851112.

LH-2020-65984.

LB-2021-36870.

LE-2021-113410.

LG-2021-21890.

LH-2021-141669, Perpetuum.

LB-2022-60123 Telenor.

LH-2023-45876.

Rettspraksis fra tingrettene

TOBYF-2017-138788.

16-126305TVI-OBYF.

BTV Innkjøp, TDRAM-2016-161452 (2016).

21-084875TVI-TOSL/09 Kjennelse Oslo tingrett. (9. november 2021).

Rettsprakis fra EU-domstolen

C-27-29/86 CEI og Bellini, ECLI:EU:C:1987:355.

C-31/87 Beentjes, ECLI:EU:C:1988:422.

C-265/87 Schröder, ECLI:EU:C:1989:303.

C-234/89 Kommisjonen mot Danmark.

C-107/92 Kommisjonen mot Italia.

C-328/92 Kommisjonen mot Spania, ECLI:EU:C:1994:178.

C-389/92 Ballast Nedam Groep, ECLI:EU:C:1994:133.

C-57/94 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:1995:150.

C-237/94 O’Flynn, ECLI:EU:C:1996:206.

C-318/94 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:1996:149.

C-323/96 Kommisjonen mot Belgia, ECLI:EU:C:1998:411.

C-44/96 Mannesmann, ECLI:EU:C:1998:4.

C-360/96 BFI Holding, ECLI:EU:C:1998:525.

C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden, ECLI:EU:C:2021:700.

C-16/98 Kommisjonen mot Frankrike

C-27/98 Fracasso, ECLI:EU:C:1999:420.

C-107/98 Teckal, ECLI:EU:C:1999:562.

C-176/98 Holst Italia, ECLI:EU:C:1999:593.

C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus, ECLI:EU:C:2000:279.

C-324/98 Teleaustria, ECLI:EU:C:2000:669.

C-496/99 Kommisjonen mot CAS Succhi di Frutta, ECLI:EU:C:2004:236.

C-513/99 Concordia Bus, ECLI:EU:C:2002:495.

C-19/00 SIAC, ECLI:EU:C:2001:553.

C-92/00 Hospital Ingenieure, ECLI:EU:C:2002:379.

C-411/00 Felix Swoboda, ECLI:EU:C:2002:660.

C-18/01 Taitotalo, ECLI:EU:C:2003:300.

C-448/01 Wienstrom, ECLI:EU:C:2003:651.

C-314/01 Siemens og ARGE Telekom, ECLI:EU:C:2004:159.

C-315/01 GAT, ECLI:EU:C:2003:360.

C-244/02 Kauppatalo Hansel, ECLI:EU:C:2003:560.

C-340/02 Kommisjonen mot Frankrike, ECLI.EU:C:2004:623.

C-385/02 Magistrato per il Po di Parma, ECLI:EU:C:2004:522.

C-394/02 Kommisjonen mot Hellas, ECLI:EU:C:2005:336.

C-21/03 C-34/03 Fabricom, ECLI:EU:C:2005:127.

C-84/03 Kommisjonen mot Spania, ECLI:EU:C:2005:14.

C-126/03 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2004:728.

C-231/03 Coname, ECLI:EU:C:2005:487.

C-234/03 Contse.

C-458/03 Parking Brixen – generaladvokatens uttalelse, ECLI:EU:C:2005:123.

C-507/03 Kommisjonen mot Irland, ECLI:EU:C:2007:676.

C-525/03 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:2005:343.

C- 458/03 Parking Brixen, ECLI:EU:C:2005:605.

C-29/04 Mödling, ECLI:EU:C:2005:670.

C-26/03 Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5.

C-15/04 Koppensteiner, ECLI:EU:C:2005:345

C-260/04 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:2007:508.

C-340/04 Carbotermo, ECLI:EU:C:2006:308.

C-412/04 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C2008:102.

C-337/05 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:2008:23.

Forente saker C-147/06 og 148/06 SECAP, ECLI:EU:C:2008:277.

C-220/06 Correos, ECLI:EU:C:2007:815.

C-337/06 Bayerischer Rundfunk, ECLI:EU:C:2007:786.

C-345/06 Heinrich, ECLI:EU:C:2009:140.

C-346/06 Dirk Rüffert, ECLI:EU:C:2008:189.

C-450/06 Varec, ECLI:EU:C:2008:91.

C-454/06 Pressetext, ECLI:EU:C:2008:351.

C-480/06 Stadtreinigung Hamburg, ECLI:EU:C:2009:357.

C-199/07 Kommisjonen mot Hellas, ECLI:EU:C:2009:693.

C-213/07 Michaniki, ECLI:EU:C:2008:731.

C-250/07 Kommisjonen mot Hellas, ECLI:EU:C:2009:338.

C-536/07 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2009:664.

C-573/07 Sea, ECLI:EU:C:2009:532.

C-47/08 Kommisjonen mot Belgia, ECLI:EU:C:2011:334.

C-64/08 Engelmann.

C-91/08 Wall, ECLI:EU:C:2010:182.

C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2010:230.

C-275/08 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2009:632.

C-299/08 Kommisjonen mot Frankrike, ECLI:EU:C:2009:769.

C-451/08 Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168.

C-226/09 Kommisjonen mot Irland, ECLI:EU:C:2010:697.

C-376/08 Serrantoni, ECLI:EU:C:2009:808.

C-343/09 Afton Chemical.

C-95/10 Strong Segurança, ECLI:EU:C:2011:161.

C-368/10 Max Havelaar, ECLI:EU:C:2012:284.

C-599/10 SAG ELV Slovensko, ECLI:EU:C:2012:191.

C-159/11 Azienda, ECLI:EU:C:2012:817.

C-629/11 P Evropaïki Dynamiki, ECLI:EU:C:2012:617.

Forente saker C-182/11 og C-183/11 Econord, ECLI:EU:C:2012:9427.

C-94/12 Swm Costruzioni 2 and Mannocchi Luigino, ECLI:EU:C:2013:646.

C-115/12 Frankrike mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:2013:596.

C-221/12 Belgacom, ECLI:EU:C:2013:736.

C-336/12 Manova, ECLI:EU:C:2013:647.

C-358/12 Consorizio Stabile, ECLI:EU:C:2014:2063.

C-561/12 Nordecon, ECLI:EU:C:2013:793.

C-574/12 SUCH, ECLI:EU:C:2014:120.

C-15/13 Datenlotsen, ECLI:EU:C:2014:303.

C-113/13 Spezzino, ECLI:EU:C:2014:2440.

C-213/13 Impresa Pizzarotti, ECLI:EU:C:2014:2067.

C-440/13 Croce Amica, ECLI:EU:C:2014:2435.

C-470/13 Generali-Providencia Biztosító ECLI:EU:C:2014:2469.

C-538/13 eVigilo, ECLI:EU:C:2015:166.

C-549/13 Bundesdruckerei, ECLI:EU:C:2014:2235.

C-552/13 Grupo Hospitalisario Quiron, ECLI:EU:C:2015:713.

C-25-26/14 UNIS.

C-115/14 RegioPost, ECLI:EU:C:2015:760.

C-278/14 SC Enterprise Focused Solutions SRL, ECLI:EU:C:2015:228.

C-324/14 Partner Apelski Dariusz, ECLI:EU:C:2016:214.

C-387/14 Esaprojekt, ECLI:EU:C:2017:338.

C-396/14 MT Højgaard, ECLI:EU:C:2016:347.

C-410/14 Dr. Falk Pharma GmbH, ECLI:EU:C:2016:399.

C-549/14 Finn Frogne, ECLI:EU:C:2016:634.

C-27/15 Pippo Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404.

C-318/15 Tecnoedi Costruzioni Srl, ECLI:EU:C:2016:747.

C-392/15 Kommisjonen mot Ungarn, ECLI:EU:C:2017:73.

C-76/16 Metrostav, ECLI:EU:C:2017:549.

C-298/15 Borta, ECLI:EU:C:2017:266.

C-342/15 Piringer, ECLI:EU:C:2017:196.

C-553/15 Undis Servizi, ECLI:EU:C:2016:935.

C-567/15 LitSpecMet, ECLI:EU:C:2017:736.

C-131/16 – Archus and Gama, ECLI:EU:C:2017:358.

C-187/16 Kommission mot Østerrike, ECLI:EU:C:2018:194.

C-223/16 Casertana Costruzioni.

C-408/16 Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ECLI:EU:C:2017:940.

C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike, ECLI:EU:C:2018:194.

C-14/17 VAR Sri og Azienda Trasporti Milanesi, ECLI:EU:C:2018:568

C-216/17 Antitrust and Coopservice, ECLI:EU:C:2018:1034

C-260/17Anodiki Services, ECLI:EU:C:2018:864.

C-413/17 Roche Lietuva, ECLI:EU:C:2018:865.

C-456/17 Falck.

C-697/17 Telecom Italia, ECLI:EU:C:2019:599.

C-699/17 Allianz Vorsorgekasse, ECLI:EU:C:2019:290.

C-264/18 P.M., ECLI:EU:C:2019:472.

C-395/18 Tim SpA, ECLI:EU:C:2020:58.

C-521/18 Pegaso, ECLI:EU:C:2020:867.

C-796/18 Stadt Köln, ECLI:EU:C:2020:395.

C- 3/19 Asmel, ECLI:EU:C:2020:423.

Forente saker C-89/19 til C-91/19 Rieco, ECLI:EU:C:2020:87.

Forente saker C-155/19 og C-156/19 FIGC, ECLI:EU:C:2021:88.

C-219/19 Parsec Fondazione, ECLI:EU:C:2020:470.

C-367/19 Tax-Fin-Lex, ECLI:EU:C:2020:685.

C-429/19 Remondis, ECLI:EU:C:2020:436.

C-537/19 Kommisjonen mot Østerrike, ECLI:EU:C:2021:319.

C-927/19 Klaipėdos, ECLI:EU:C:2021:700.

C-23/20 Simonsen & Weel, ECLI:EU:C:2021:490.

C-295/20 Sanresa, ECLI:EU:C:2021:556.

C-436/20 Asade, ECLI:EU:C:2022:559.

C-461/20 Advania Sverige og Kammarkollegiet, ECLI:EU:C:2022:72.

C-642/20 Caruter, ECLI:EU:C:2022:308.

C-54/21 Antea Polska, ECLI:EU:C:2022:888.

C-195/21 LB, ECLI:EU:C:2022:239.

Forente saker C-274/21 og C-275/21 EPIC, ECLI:EU:C:2022:565.

Forente saker C-383/21 og C-384/21 Sambre og Biesme, ECLI:EU:C:2022:1022.

Rettspraksis fra underretten

T-211/02 Tideland mot Kommisjonen, ECLI:EU:T:2002:232.

T-345/03 Evropaïki Dynamiki,, ECLI:EU:T:2008:67.

T-50/05 Evropaïki Dynamiki, ECLI:EU:T:2010:101.

T-415/10 Nexans, ECLI:EU:T:2011:400.

T-447/10 Evropaïki Dynamiki, ECLI:EU:T:2012:553.

T-488/10 Frankrike mot Kommisjonen, ECLI:EU:T:2011:767.

T-165/12 Evropaïki Dynamiki III.

Avgjørelse fra EFTA-domstolen

E-1/06 ESA mot Norge

E-24/13 Wolfgang Egger.

E-4/22 Stendi.

E-8/23 Trannel International Limited mot Staten v/ Kultur og likestillingsdepartementet.

E-16/16 Fosen I

Annen internasjonal rettspraksis

UK Court of Appeal i Chandler v Camden, (2009).

Tekniska verken i Linköping mot Bruynzeel Stoarage Systems, (Högsta Förvaltningsdomstolens dom 2018).https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstaforvaltningsdomstolen/avgoranden-2008-2018/2018/hfd-2018-ref.-60.pdf

Generaladvokatenes forslag til avgjørelser

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C- 147/06 SECAP,ECLI:EU:C:2007:711.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-387/14 Esaprojekt, ECLI:EU:C:2016:899.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-69/17 Telecom Italia, ECLI:EU:C:2019:54.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-525/03 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:2005:343

Prakis fra KOFA

KOFA-2008-7 Steinkjer kommune.

KOFA-2008-8 Steinkjer kommune.

KOFA-2008-77 Risør og Tvedestrandregionens Avfallsselskap AS.

KOFA-2010-24 Helse Stavanger.

KOFA-2010-364 Barne ungdoms og familieetaten Region Øst.

Forente saker KOFA-2012-157-165, KOFA-2012-169 og KOFA-2012-181 Kommunene Bergen, Askøy, Os, Osterøy, Sund, Vaksdal, Fusa, Samnanger, Kvam. BIR AS, BIR Privat AS.

KOFA-2015-27 Eidsvoll kommune.

KOFA-2016-18 Bodø kommune.

KOFA-2016-145 Mandal kommune.

KOFA-2017-84 Sandefjord kommune.

KOFA 2017-107 Ruter AS.

KOFA-2017-131 Norges idretssforbund og olympiske og paralympiske komité.

KOFA-2017-153 Universitetet i Tromsø.

KOFA-2017-344 Kystverket Nordland.

KOFA-2017-350 Utenriksdepartementet.

KOFA-2018-82 Lindesnes kommune.

KOFA-2018-118 Forsvarsbygg.

KOFA-2018-154 Balsfjord kommune.

KOFA-2018-158 Statsbygg.

KOFA-2018-568 Bodø kommune.

KOFA-2019-8 Strand kommune.

KOFA-2019-354 og 2019-394 (forente saker) Stavanger kommune.

KOFA-2019-589 Statens vegvesen.

KOFA-2019-593 Steigen kommune.

KOFA-2019-697 Trondheim kommune.

KOFA-2020-116 Fauske kommune.

KOFA-2020-202 Kristiansand kommune/ Birkenes kommune/ Vennesla kommune,.

KOFA-2020-313 Folkehelseinstituttet.

KOFA-2020-361 Statens Vegvesen.

KOFA-2020-658 Horten kommune.

KOFA-2020-933 Lindesnes kommune.

KOFA-2020-935 Asker kommune.

KOFA-2021-21 Troms og Finnmark fylkeskommune.

KOFA-2021-410 Bergen kommune.

KOFA-2021-603 Sykehusinnkjøp HF.

KOFA-2021-997 Forsvarsdepartementet.

KOFA-2021-1143 og 2021-1216 (forente saker) Færder kommune.

KOFA-2021-1431 Sykehusinnkjøp HF.

KOFA-2021-2067 Alver kommune.

KOFA-2021-2139 Vestland fylkeskommune.

KOFA-2022-165 Tangheia AS.

KOFA-2022-277 Harstad kommune.

KOFA-2022-290 Sortland kommune.

KOFA-2022-291 Fauske kommune.

KOFA-2022-322 og 2022-326 (forente saker) Universitet i Oslo.

KOFA-2022-545 Bergen kommune.

KOFA-2022-549 Horten Boligstiftelse.

KOFA-2022-596 Kommunene Sandnes, Sola, Stavanger og Randaberg, Sandnes kirkelige fellesråd og Sola kirkelige fellesråd.

KOFA-2022-873 Kommunene Fredrikstad, Hvaler, Moss, Råde, Våler, Sarpsborg, Indre Østfold, Halden, Rakkestad og Fredrikstad Kirkelige Fellesråd.

KOFA-2022-886 Ruter AS.

KOFA-2022-909 Sykehusinnkjøp HF.

KOFA-2022-913 Kunnskapsdepartementet ved Sikt.

KOFA-2022-1152 Kirkenes Storkjøkken AS.

KOFA-2022-1643 Vefsn kommune.

KOFA-2022-1646 Øksnes kommune.

KOFA-2022-1697 Helse Stavanger HF.

KOFA-2023-150 Oslo kommune.

KOFA-2023-194 Sykehusinnkjøp HF.

Annen offentlig praksis

Sivilombudsmannen

SOM-2017-1856. SOM-2017-1856.

SOM-2018-1950. SOM-2018-1950. https://www.sivilombudet.no/uttalelser/fylkesmannens-behandling-av-pastand-om-pliktbrudd-i-forbindelse-med-tvangsinnleggelse-etter-psykisk-helsevernloven/?highlight=SOM-2018-1950

Høringer

Nærings- og fiskeridepartementet – høring – forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. (2014). Høring – forenkling av det norske anskaffelsesregelverket, 20.06.2014 (14/3107-4). https://www.regjeringen.no/contentassets/b6acc51673154c95a666eda0f6f4f785/hoeringsnotat\_nou\_2014\_4.pdf

Nærings- og fiskeridepartementet -høring – forslag om endring av håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser. (2015). Høring – forslag om endring av håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser, 14.04.2015 (15/1998-1). https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-om-endring-av-handhevelse-av-regelverket-om-offentlige-anskaffelser/id2405911/?expand=horingsbrev

Nærings- og fiskeridepartementet -høring – nye bestemmelser i regelverket om offentlige anskaffelser. (2015). Høring – nye bestemmelser i regelverket om offentlige anskaffelser, 07.12.2015 (15/5799-2). https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nye-bestemmelser-i-regelverket-om-offentlige-anskaffelser/id2466166/

Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften. (2015). Høring – endring av lov og forskrifter om offentlige anskaffelser, 17. mars 2015 (15/1514-1). https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/?expand=horingsbrev

Nærings- og fiskeridepartementet og Arbeids- og inkluderingsdepartementet – høring – forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften. (2022). Høring- Forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften, 4.11.22. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag/id2931147

Nærings- og fiskeridepartementet – høring – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser. (2022). Høring – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser, 08.12.22 (22/7109). https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-3/id2938509/

Kunnskapsdepartementet – høring – forslag til endringer i forskrift om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter. (2023). Høring – forslag til endringer i forskrift om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter, 14.08.2023 (23/2381). https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-forslag-til-endringer-i-forskrift-om-bruk-av-larlinger-i-offentlige-kontrakter/id2976947/

Miljødirektoratet – høringssvar – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser. (2023). Høringssvar – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-3/id2938509/?uid=c7f1a7b0-1b1b-4be9-a74c-316be72a8b69

Rundskriv

Rundskriv 2/2005 av 16. juni 2005. Lønns- og arbeidsvilkår for arbeidarar som utførar tenestekontraktar og byggje- og anleggskontraktar for staten. Moderniseringsdepartementet. Lovdata. https://lovdata.no/static/RDEP/p-2005-0002.pdf

Instrukser/retningslinjer

Justisdepartementet – JDLOV-2010-8882. Offentlig oppdragsgivers fremleggelsesplikt for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA. https://lovdata.no/pro/#document/JDLOV/avgjorelse/jdlov-2010-8882?searchResultContext=1716&rowNumber=1&totalHits=1

Forsvarsdepartementet FOR-2013-10-25-1411. Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF).

Fornyings- og administrasjonsdepartementet. (2013). Veileder til reglene om offentlige anskaffelser 2013. https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/andre-dokumenter/nfd/2012/veileder-offentlige-anskaffelser/id437022/

Nærings- og fiskeridepartementet – Tolkningsuttalelse til unntaket for offentlig myndighetsutøvelse. (2015). Tolkningsuttalelse til unntaket for offentlig myndighetsutøvelse (14/8426-2). https://anskaffelser.no/sites/default/files/unntaket\_for\_offentlig\_mynidghetsutovelse\_-\_svar\_til\_bld\_datert\_23.03.15.pdf

Nærings- og fiskeridepartementet. (2017). Veileder til reglene om offentlige anskaffelser. https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-annskaffelser.pdf

Kunnskapsdepartementet – Hvilke former for yrkesrettet opplæring som kan anses å oppfylle lærlingeklausulen i anskaffelsesregelverket. (2021). Hvilke former for yrkesrettet opplæring som kan anses å oppfylle lærlingeklausulen i anskaffelsesregelverket, 19. januar 2021, (18/4250-3).

Offentlige publikasjoner (rapporter mv.)

Handlingsplan for 2007–2010 om miljø- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser. Miljø- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser, Handlingsplan 2007-2010. Fornyings- og administrasjonsdepartementet. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/miljo--og-samfunnsansvar-i-offentlige-an/id476600/

Advokatfirmaet Hjort DA. (2014). Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/annskaffelsesdirektiv\_hjort\_rapport.pdf

PwC. (2014). Oversikt over norske anskaffelser 2009-2012, Oslo: Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

Lundberg, S. och P.O. Marklund, 2015, Offentlig upphandling som miljöpolitiskt styrmedel. SNS Analys nr 30

Advokatfirmaet Wiersholm AS. (2016). Vurdering av regelverket om offentlige anskaffelser – unntaket for utvidet egenregi etter gjeldende rett og bestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24/EU. https://cdn.sanity.io/files/5kkqcpsz/production/ad0418374295fa5787a300207c03ec8cc8ff7e42.pdf

DFØ – Klimafotavtrykket til offentlige anskaffelser. (2017). Klimafotavtrykket til offentlige anskaffelser. https://dfo.no/nokkeltall-og-statistikk/innkjop-i-offentlig-sektor/klimafotavtrykket-til-offentlige-anskaffelser

Oslo-Economics. (2018). Virkninger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser. https://osloeconomics.no/publication/virkninger-nye-samfunnshensyn-offentlige-anskaffelser/

AsplanViak. (2019). Prosjektrapport. Klimafotavtrykket av offentlige anskaffelser. Rapport for Difi utarbeidet av Asplan Viak og Oslo Economics.

Oslo-Economics. (2020). Evaluering av lærlingklausulen – utarbeidet på oppdrag fra Utdanningsdirektoratet.

Miljødirektoratet. (2020). Klimakur 2030.

DFØ – handlingsplan. (2021). Handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon. https://anskaffelser.no/sites/default/files/2021-09/dfo\_handlingsplan\_2021\_01.pdf

Departementene – Nasjonal strategi for ein grøn sirkulær økonomi. (2021). Nasjonal strategi for ein grøn sirkulær økonomi. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nasjonal-strategi-for-ein-gron-sirkular-okonomi/id2861253/

Deloitte – Evaluering av hvordan offentlige innkjøp bidrar til å fremme seriøsitet (juni 2022). Deloitte.

Nærings- og fiskeridepartementet. (2022). Veikart for grønt industriløft. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veikart-for-gront-industriloft/id2920286/

DFØ – Anskaffelsesundersøkelsen. (2022). Anskaffelsesundersøkelsen 2022. https://anskaffelser.no/innkjopsledelse/anskaffelsesundersokelsen

Nasjonalt tverretatlig analyse- og etterretningssenter (NTAES). (2022). Leverandører til det offentlige – Egenskaper ved leverandører som har begått lovbrudd. https://ntaes.no/reports/NTAES%20Rapport%20Leverand%C3%B8rer%20til%20det%20offentlige.pdf

Miljødirektoratet. (2022). Klimatiltak under innsatsfordelingen. Oppdatert kunnskapsgrunnlag.

Riksrevisjonen. (2022). Dokument 3:5 (2021–2022) Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser.

Dokument 1 (2022–2023) Riksrevisjonsrapport om statlige virksomheters oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår i anskaffelser. Riksrevisjonen

Oslo-Economics. (2023). Terskelverdi for bygg- og anleggsanskaffelser: Mulige tiltak og samfunnsøkonomiske virkninger/OE-rapport 2023/25. Rapport utarbeidet av Oslo Economics på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet.

Oslo-Economics/Inventura. (2023). Rapport til anskaffelsesutvalget: Offentlige anskaffelser i 2022, Utarbeidet på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet.

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring og Miljødirektoratet. (2023). Utredning om standardiserte minimumskrav i offentlige anskaffelser. https://dfo.no/sites/default/files/2023-06/Rapport\_standardiserte\_minimumskrav\_anskaffelser.pdf

Miljødirektoratet. (2023). Klimatiltak i Norge mot 2030 Oppdatert kunnskapsgrunnlag om utslippsreduksjonspotensial, barrierer og mulige virkemidler. https://www.miljodirektoratet.no/publikasjoner/2023/juni-2023/klimatiltak-i-norge-mot-2030/

Menon-Economics. (2023). Klimafotavtrykk av offentlige anskaffelser.

SSB. (2023). Statistikkbanken Offentlige innkjøp. https://www.ssb.no/statbank/table/10807/tableViewLayout1/

Andre EØS-kilder

Forslag til forordninger

Forslag til ny batteriforordning COM(2020) 798 final. Forslag til forordning om batterier og udtjente batterier, om ophævelse af direktiv 2006/66/EF og om ændring af forordning (EU) 2019/1020. EU-kommisjonen. https://www.eu.dk/samling/20201/kommissionsforslag/kom(2020)0798/kommissionsforslag/1726198/2312827/index.htm

Forslag til direktiv om bygningers energimæssige ydeevne COM/2021/802 final. Forslag til direktiv om bygningers energimæssige ydeevne. EU-kommisjonen. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:52021PC0802

Forslag til direktiv om virksomhedernes due diligence i forbindelse med bæredygtighed og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937 COM(2022) 71 final. Forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv om virksomhedernes due diligence i forbindelse med bæredygtighed og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937. EU-kommisjonen. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071

Forslag til forordning om emballage og emballageaffald COM(2022) 677 final. Forslag til forordning om emballage og emballageaffald. EU-kommisjonen. https://environment.ec.europa.eu/publications/proposal-packaging-and-packaging-waste\_en

Forslag til forordning om fastlæggelse af harmoniserede betingelser for markedsføring af byggevarer COM(2022) 144 final. Forslag til forordning om fastlæggelse af harmoniserede betingelser for markedsføring af byggevarer. EU-kommisjonen.

EU-kommisjonen COM/2023/161 final. (2023). Forslag til forordning om fastlæggelse af en ramme for foranstaltninger til styrkelse af Europas økosystem for produktion af nettonulteknologier («forordningen om nettonulindustri»).

EU-kommisjonen COM/2023/451 final. (2023). Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on circularity requirements for vehicle design and on management of end-of-life vehicles. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A451%3AFIN&qid=1689318552193

Svenske og danske kilder

Det svenske finansdepartementet. Regeringens proposition 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk. https://www.regeringen.se/contentassets/b4fd6f795a8e49b8b175c60d322bceba/ett-forenklat-upphandlingsregelverk-prop.-2021225.pdf

Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket. Uppdragsforskningsrapport 2022:5 Att upphandla med miljöhensyn – när, hur og varför? https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/att-upphandla-med-miljohansyn--nar-hur-och-varfor/

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport. (2014). Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning. https://www.kfst.dk/media/2278/rapport-fra-udvalg-om-dansk-udbudslovgivning-december-2014.pdf

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven. (2016). Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne. https://www.kfst.dk/media/ua3fml2r/udbudsloven-vejledning-om-udbudsreglerne.pdf

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen. (2019). Transaktionsomkostninger ved EU-udbud, Valby: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen. (2021). Evaluering av udbudsloven. https://www.kfst.dk/media/2j1jv1o1/20210507-evaluering-af-udbudsloven.pdf

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Gennemførelse af grønne udbud. (2022). Gennemførelse af grønne udbud – vejledning om udbudslovens muligheder. K.-o. Forbrugerstyrelsen. https://www.kfst.dk/media/g2xho1yc/20220906-gennemf%C3%B8relse-af-gr%C3%B8nne-udbud.pdf

Lägrådsremiss – En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling. (2022). https://www.lagradet.se/wp-content/uploads/2022/08/En-skyldighet-att-beakta-vissa-samh%C3%A4llsintressen-vid-offentlig-upphandling-1.pdf

Prop. 2015/16:195. Nytt regelverk om upphandling, Det svenske finansdepartementet. https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2016/06/prop.-201516195

Remiss av Ds 2021:31 En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling. Den svenske regjeringen.

SOU 2018:44. Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål. https://www.regeringen.se/contentassets/0119f074a63545f08fa99b3af4878dd3/mojligt-tillatet-och-tillgangligt--forslag-till-enklare-och-flexiblare-upphandlingsregler-och-vissa-regler-om-overprovningsmal-sou201844.pdf

Sofia Lundberg, P.-O. M. (2015). SNS Analys nr 30. Offentlig upphandling som miljöpolitiskt styrmedel. https://www.sns.se/artiklar/sns-analys-nr-30-offentlig-upphandling-som-miljopolitiskt-styrmedel/

SWD(2013) 53 final/2 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMET. Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest.

Upphandlingsmyndigheten – Nationella upphandlingsrapporten. (2023). Nationella upphandlingsrapporten 2023. https://www.upphandlingsmyndigheten.se/kunskapsbank-for-offentliga-affarer/publikationer/nationella-upphandlingsrapporten-2023/

Økonomistyrelsen. (2023). Charter for godt oggrønt indkøb. Økonomistyrelsen. https://oes.dk/indkoeb/charter-for-godt-og-groent-indkoeb/

Øvrige internasjonale kilder

EFTAs overvåkingsorgan (ESA). (2019). Request for information concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway. https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Request%20for%20Information%20re%20restrictions%20on%20subcontracting.pdf

«Farm-to-fork»-strategi. (2020). MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET, RÅDET, DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE OG SOCIALE UDVALG OG REGIONSUDVALGET En jord til bord-strategi for et fair, sundt og miljøvenligt fødevaresystem.

COM(2020) 98 final. En ny handlingsplan for den cirkulære økonomi For et renere og mere konkurrencedygtigt Europa.

EFTAs overvåkingsorgan (ESA). (2020). Letter of formal notice to Norway concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway (Dokumentnr: 1112240). https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Letter%20of%20formal%20notice%20-%20Restrictions%20on%20subcontracting%20in%20the%20field%20of%20public%20procurement%20in%20Norway.pdf

EFTAs overvåkningsorgan (ESA). (2021) Letter of formal notice to Norway in respect of a complaint against Norway concerning the award of exclusive rights for collection and treatment of municipal commercial waste (Dokumentnr. 1143836). https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Letter%20of%20formal%20notice%20-%20Complaint%20against%20Norway%20concerning%20the%20award%20of%20exclusive%20rights%20for%20collection%20and%20trea.pdf

Data Screening Tools for Competition Investigations – Note by Spain. (2022). Data Screening Tools for Competition Investigations – Note by Spain. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2022)33/en/pdf

COM(2023) 161 final 2023/0081(COD). (2023). Forslag til forordning om fastlæggelse af en ramme for foranstaltninger til styrkelse af Europas økosystem for produktion af nettonulteknologier («forordningen om nettonulindustri»).

EU-kommisjonen 2020/C 108 I/01. (2020). Vejledning fra Europa-Kommissionen om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN

EU-kommisjonen. Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives. https://lovdata.no/pro/CLX5/eu/52006xc0801(01)

EU-kommisjonen. (2011). Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (public-public cooperation). https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190/attachments/1/translations/en/renditions/native

EU-kommisjonen. (2023). Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.C\_.2023.259.01.0001.01.ENG

EU-kommisjonen – Inception Impact Assessment. (2020). Revision of Directive 2000/53/EC on end-of-life vehicles (Ref. Ares(2020)5755999,). europa.eu. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12633-End-of-life-vehicles-revision-of-EU-rules\_en

EU-kommisjonen COMMISSION STAFF WORKING PAPER. (2011). COMMISSION STAFF WORKING PAPER concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (‘public-public cooperation’). https://ec.europa.eu/docsroom/documents/21190?locale=en

Europa-kommisjonen. (2021, 18.06.2021). Sociale hensyn ved indkøb – En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige udbud – 2. udgave 2021/C 237/01. europa.eu. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618(01)

European Commision. (2021). Questions regarding the use of labels in public procurement.

European Commission. (2021). Notice on tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021XC0318%2801%29

European Commission C(2023) 3445 final. (2023). ANNEX to the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Approval of the content of a draft for a COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2023)3445&lang=en

European Parliament. (2019–2024). 2023/2536(RSP) Draft motion for a Resolution.

European Parliament resolution of 1 June 2023 on strengthening social dialogue (2023/2536(RSP)). European Parliament.

European Parliament resolution of 11 May 2023 on a roadmap towards a social Europe – two years after the Porto Social Summit (2023/2586(RSP)). European Parliament.

European Union. (2017). Public Procurement for a Circular Economy – Good practice and guidance.

EØS-notatbasen – styrket forbrukervern i det grønne skiftet. (2022). Styrket forbrukervern i det grønne skiftet. Forslag til europaparlaments- og rådsdirektiv om endring av direktiv 2005/29/EF og 2011/83/EU med hensyn til styrket forbrukervern ved den grønne omstillingen gjennom bedre informasjon og bedre beskyttelse mot urimelig praksis. Barne- og familiedepartementet. https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/mai/forbrukermakt-i-det-gronne-skiftet/id2918420/

European, C. & Directorate-General for, C. (2009). Quantifying antitrust damages towards non-binding guidance for courts. Publications Office of the European Union.

European, C. & Directorate-General for, C. (2010). Quantifying antitrust damages towards non-binding guidance for courts. Publications Office of the European Union. European Commision. (2021). Questions regarding the use of labels in public procurement.

IPCC Intergovernmental Panel on Climate Change. (2023). The Synthesis Report of the Sixth Assessment Report. https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/

Joseph E. Harrington Jr. and David Imhof. (2022). Cartel Screening and Machine Learning. Stanford Computational Antitrust. https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2022/08/harrington-imhof-2022.pdf

Kommisjonen. (2021). Reply to the Danish Consumer and Competition Authority’s questions on labels in public procurement.

London Economics. (2011). The Nature and Impact of Hardcore Cartels. https://www.kfst.dk/media/1867/london-economics-rapport.pdf

Nærings- og fiskeridepartementet. (2019). Regarding request for information concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway (19/6536-2). https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/Regarding%20request%20for%20information%20concerning%20restrictions%20on%20subcontracting%20in%20the%20field%20of%20public%20procurement%20in%20No.pdf

Nærings- og fiskeridepartementet. (2020). Reply to letter of formal notice to Norway concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway, (Dokumentnummer:1112240).

OECD. (2019). Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452

OECD. (2020). Sustainable Public Procurement in Norway. OECD. https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS%20Norway%20SPP.pdf

OECD. (2022). Data Screening Tools in Competition Investigations – OECD Competition Policy Roundtable Background Note. http://www.oecd.org/daf/competition/data-screening-tools-in-competition-investigations-2022.pdf

OECD. (2022). OECD Environmental Performance Reviews: Norway 2022. https://www.oecd-ilibrary.org/environment/oecd-environmental-performance-reviews-norway-2022\_59e71c13-en

OECD. (2023). Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. https://one.oecd.org/document/C/MIN(2023)15/FINAL/en/pdf

Programme, U. N. E. & Panel, I. R. Global Resources Outlook 2019: Natural Resources for the Future We Want. https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/27518

Rådetsdokument til udbudsarbejdsgruppen af 14.juni 2012 i Cluster 8, d. Rådetsdokument til udbudsarbejdsgruppen af 14.juni 2012 i Cluster 8, dokumentnummer 11266/12.

Nettsteder

https://anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/avklare-behov-og-forberede-konkurransen/forberede-konkurransen/risikostyring/etablere-tiltak-redusere-risiko. (2022). DFØ Etablere tiltak for å redusere risiko. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring. Hentet 02.09.2023 fra

https://anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/anskaffelsesprosedyrer/konkurranse-med-forhandlinger. (2022). Konkurranse med forhandling. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring.

https://anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/krav-om-bruk-av-laerlinger-i-offentlige-kontrakter/saerlig-behov-laereplasser. (2022). Direktoratet for forvaltning og økonomistyring – Særlig behov for læreplasser.

https://anskaffelser.no/beste-praksis-kontraktsoppfolging. Beste praksis for kontraktsoppfølging. DFØ.

https://anskaffelser.no/nyhetsarkiv/fortsatt-svak-lcc-bevissthet-hos-offentlige-byggherrer. Fortsatt for svak LCC bevissthet hos offentlige byggherrer.

https://anskaffelser.no/verktoy/analyseverktoy/risikostyringsverktoy-lonns-og-arbeidsvilkar. Risikostyringsverktøy lønns- og arbeidsvilkår. DFØ.

https://anskaffelser.no/verktoy/veiledere/veileder-om-lonns-og-arbeidsvilkar-i-offentlige-kontrakter-bokmal. Veileder om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. DFØ.

https://dfo.no/rapporter/lav-og-nullutslippskrav-ved-anskaffelse-av-ferger-og-hurtigbater. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, Miljødirektoratet og Sjøfartsdirektoratet.

Utredning av lav- og nullutslippskrav ved anskaffelse av ferger og hurtigbåter.

https://drive.google.com/file/d/1e9YkbvR5cUTij0bz9i8NDTpzV6O9KJjY/view. (2020, mai 2020). Veiledning om samarbeid med egeneide vekst- og attføringsbedrifter. ASVL, Samfunnsbedriftene, KS advokatene.

https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15473/attachments/1/translations/en/renditions/native. (2005). EU-kommisjonen, Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive.

https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\_gpp\_criteria\_en.htm. EU Green Public Procurement Criteria and Requirements. https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\_gpp\_criteria\_en.htm

https://klimautvalget2050.no/.

https://konkurransetilsynet.no/6-konsekvenser-av-a-bryte-konkurranseloven/. Konkurransetilsynet, 6 konsekvenser av å bryte konkurranseloven.

https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/10/blir-du-lurt\_brosjyre-\_nynorsk.pdf. (2010). Konkurransetilsynet – Blir du lurt? Unngå anbodssamarbeid ved innkjøp.

https://kriterieveiviseren.anskaffelser.no/. Kriterieveiviseren – veileder til bærekraftige krav.

https://miljostatus.miljodirektoratet.no/tema/klima/. Miljødirektoratet – Miljøstatus, klima.

https://nettsteder.regjeringen.no/klimautvalgets-rapport/. (2023). Klimautvalget 2050 Delrapport.

https://oecd-opsi.org/work-areas/mission-oriented-innovation/. Setting clear outcomes for ambitious missions. Hentet 19.09.2023 fra

https://research-and-innovation.ec.europa.eu/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe/eu-missions-horizon-europe\_en. EU Missions in Horizon Europe. Hentet 19.09.2023 fra

https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/proximity-and-social-economy/social-economy-eu/social-enterprises\_en. European Commission – Social enterprises. Hentet 17.08.2023 fra

https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/legal-rules-and-implementation/thresholds\_en. European Commission – Tresholds.

https://www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf. (2020). Konkurrence- og forbrugerbestyrelsen. https://www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf

https://www.forskningsradet.no/indikatorrapporten/fokusartikler-og-dypdykk/missionorienterte-satsinger-et-svar-pa-dagens-utfordringer. (2019). Missionorienterte satsinger: Et svar på dagens utfordringer? Hentet 19.09.2023 fra

https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm. Oversikt over kjernekonvensjonene – Conventions and Recommendations (ilo.org). Conventions and Recommendations (ilo.org)

https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-er-de-forvaltningsretlige-principper/. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Hvad er de forvaltningsrettslige principper? Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Hentet 14.09.2023 fra

https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-er-de-forvaltningsretlige-principper/. (2019, 18. december 2019). Konkurrence- og forbrugerbestyrelsen – Hvad er de forvaltningsretlige principper? . https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-er-de-forvaltningsretlige-principper/.

https://www.kkv.fi/sv/aktuellt/meddelanden/kkv-allt-fler-karteller-aker-fast-med-hjalp-av-nya-metoder/. (2023). Konkurrens- og konsumentverket, Allt fler kar­tel­ler åker fast med hjälp av nya me­to­der. Konkurrens- og konsumentverket. Hentet 06.08.2023 fra

https://www.miljodirektoratet.no/hoeringer/2023/februar-2023/prioriteringer-under-ny-okodesignforordning-i-eu/. Miljødirektoratet – Prioriteringer under ny økodesignforordning i EU. https://www.miljodirektoratet.no/hoeringer/2023/februar-2023/prioriteringer-under-ny-okodesignforordning-i-eu/

https://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm. OECD Fighting bid rigging in public procurement. oecd. Hentet 12.09.2023 fra

https://www.oecd.org/daf/competition/42851044.pdf. (2009). OECD – Guidelines for fighting bid rigging in public procurement – Helping governments to obtain best value for money.

https://www.oecd.org/daf/competition/data-screening-tools-for-competition-investigations.htm. (2022). OECD Data Screening Tools for Competition Investigations. OECD. Hentet 06.08.2023 fra

https://www.oecd.org/gov/public-procurement/green/. OECD – The benefits of green public procurement (GPP).

https://www.regjeringen.no/contentassets/ae986b8264554cc2865ec09bd9e165f9/retningslinjer-for-sikkerhetstiltak-ved-elektronisk-konkurransegjennomforing---versjon-1.0.pdf. (15.02.2017). Nærings- og fiskeridepartementet, Retningslinjer for sikkerhetstiltak ved elektronisk konkurransegjennomføring. regjeringen.no.

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/anskaffelser/faktaark\_sosial\_dumping.pdf.

https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/nfd/sak/norgesmodellen/id2917213/.

https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-miljopastander-og-miljomerker-forslag-til-regelverk-fra-europakommisjonen/id2973714/. Høring av forslag til EU-regelverk om miljøpåstander og miljømerker.

https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/juni/barekraftsrapportering-for-bedrifter/id2918224/. (2023). Bærekraftsrapportering for foretak. Hentet 21.08.2023 fra

https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/mars/aktsomhetsdirektivet-/id2918419/. (2023). EØS-notatbasen aktsomhetsdirektivet. Hentet 21.08.2023 fra

https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/rettighetshavere/id2599681/. Nærings- og fiskeridepartementet -eiledning om hvilke leverandører som har rettigheter etter anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter.

https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/finansmarkedene/taksonomien-for-barekraftig-okonomisk-aktivitet/id2924859/. (30.06.2023). Regjeringen – Taksonomien for bærekraftig økonomisk aktivitet.

https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/statlig-okonomistyring/karbonprisbaner-for-bruk-i-samfunnsokonomiske-analyser/id2878113/. (2022). Finansdepartementet. Karbonprisbaner for bruk i samfunnsøkonomiske analyser. Tallene som er nevnt her er priser for kvotepliktige utslipp unntatt luftfart og petroleum, samt opptak og utslipp fra skog- og arealbruk. https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/statlig-okonomistyring/karbonprisbaner-for-bruk-i-samfunnsokonomiske-analyser/id2878113/

https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2023/10. Bekendtgørelse af udbudsloven – konsolidert versjon 6. januar 2023.

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1970561/avtalslangd-ghip/. Upphandlingsmyndigheten – När föreligger det särskilda skäl för en längre ramavtalstid än 4 år?

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1970561/avtalslangd-ghip/. Upphandlingsmyndigheten – När föreligger det särskilda skäl för en längre ramavtalstid än 4 år?

https://www.wto.org/english/tratop\_e/gproc\_e/gp\_gpa\_e.htm. WTO – Agreement on Government Procurement.

https://anskaffelser.no/verktoy/veiledere/veileder-om-lonns-og-arbeidsvilkar-i-offentlige-kontrakter-bokmal, anskaffelser.no

Thor Møller. (2021). Kontraktsregister kan øke tilliten til norske oppdragsgivere. 2023 (06.08.2023). https://dfo.no/blogg/kontraktsregister-kan-oke-tilliten-til-norske-oppdragsgivere

Litteratur

Albert Sanchez-Graells. (2021). Article 39 Procurement involving contracting authorities from different Member States. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Albert Sanchez-Graells. (2021). Article 55 Informing Candidates and Tenderers. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procuremet – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Arrowsmith, S. (2005). The Law of Public and Utilities Procurement (2. utg., Bd. 1). Sweet & Maxwell.

Arrowsmith, S. (2014). The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK (3. utg., Bd. 1). Sweet & Maxwell.

Arrowsmith, S. (2018). The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK (3. utg., Bd. 2). Sweet & Maxwell.

Baudouin Heuninckx. (2021). Article 15 Defence and security. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing 2021.

Bogdanowicz, P. (2021). Article 32 Use of the negotiated procedure without prior publication. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU.

Cantara, R. (2018). Article 32. I P. L. Steinicke Michael Vesterdorf (Red.), Brussels Commentary on EU Public Procurement Law (s. 438-439).

Caranta, R. (2018). Rules on public contracts. I P. L. Steinicke Michael Vesterdorf (Red.), Brussels Commentary on EU Public Procurement Law (s. 373-440).

Caranta, R. (2021). Article 19 Economic Operators. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procuremet – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Carina Risvig Hamer og Marta Andhov. (2021). Article 18 Public Procurement Principles. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Dragsten, M. H. (2020). Anskaffelsesloven : lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser: med forskrift: kommentarutgave. Universitetsforlaget.

Dragsten, M. H. (2022). Anskaffelsesloven – lovkommentar, (Juridika, Red.).

Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad & Ole-Andreas Rognstad. (2022). Oversikt over EØS-retten (1. utgave. utg.).

Golombek, Greaker & Kverndokk. (2015). Virkemidler som kan fremme utvikling og bruk av miljøteknologi, notat til grønn skattekommisjon.

Gomes, P. (2021). Article 31 Innovation Partnership. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Greaker, M. & Popp, D. C. (2022). Environmental Economics, Regulation, and Innovation. https://ssrn.com/abstract=4210003

Grubb-Greaker. (2021). Environ.

Halonen, K.-M. (2021). Article 73 Termination of contracts. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Halvard Haukeland Fredriksen & Gjermund Mathisen. (2022). EØS-rett (Bd. 4). Fagbokforlaget.

Hammersvik, S. (2023). Utredning av det rettslige handlingsrommet for regulering av offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Krupnick, A. (2020). Green Public Procurement for Natural Gas, Cement, and Steel. https://www.rff.org/publications/reports/green-public-procurement-natural-gas-cement-and-steel/

Krönke, C. (2021). Article 26 Choice of procedures. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU, (s. 287-303). Edward Elgar Publishing.

Krönke, C. (2021). Article 27 Open procedure. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU, (Bd. 304-308). Edward Elgar Publishing.

Knudsen, G. (2022). Handelsregister. I J. Gisle (Red.), Store norske leksikon.

Klimautvalget2050. (2022). Kronikk av utvalgsleder Martin Skancke: Tre huskeregler på veien mot lavutslippssamfunnet av 14. desember 2022.

Ioan Baciu. (2021). Article 20 Reserved contracts. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU, (s. 218-225). Edward Elgar Publishing.

Mari Ann Simovart. (2021). Article 35 Electronic auctions. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU, (s. 392-407). Edward Elgar Publishing.

Mario Comba. (2021). Article 37 Centralised purchasing activities and CPBs. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Marko Turudic. (2021). Article 74 Award of contracts for social and other specific services. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Michael Grubb, Hourcade, J. C. & Karsten Neuhoff. (2014). Planetary Economics: nergy, Climate Change and the Three Domains of Sustainable Development. Routledge.

Nielsen, H. K. (2022). Arbejdsklausuler i offentlige kontrakter (Bd. 1). Karnov Group.

Halbo, L. (2020). Kvalitetssikring. I L. Gårseth-Nesbakk (Red.), Store norske leksikon.

Morten Goller med flere. (2014). Anskaffelsesrett i et nøtteskall. Gyldendal Juridisk.

Morten Goller med flere. (2021). Adgangen til å ivareta sideformål som arbeidsforhold og sosiale forhold etter anskaffelsesreglene. I Marius Langseth og Jan Ole Similä (Red.), Å kjøpe for Norge.

Pascal Friton and Janis Zöll. (2021). Article 56 Choice of participants and award of contracts. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Pawel Nowicki. (2021). Article 4 Treshold amounts. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU, (s. 42-47). Edward Elgar Publishing.

Pawel Nowicki. (2021). Article 6 Revision of the tresholds and of the list of central government authorities. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Petra Ferk and Bostjan Ferk. (2021). Article 22 Rules applicable to communication. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU, (s. 236-252). Edward Elger Publishing.

Stalzer, J. (2021). Article 71 Subcontracting. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Steinicke, M. o. G., Lise (2008). EU’s Udbudsdirektiver med kommentarer. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Strømsnes, K. (2021). Anskaffelsesrettslig «uten virkning» – vilkår for og virkninger av at en kontrakt etter en offentlig anskaffelse kjennes «uten virkning». Cappelen Damm Akademisk.

Thue, A. (2018). Lov og forskrift om offentlige anskaffelser : med kommentarer (2. utg.). Gyldendal.

Wojiciech Hartung, K. K. o. W. J. (2021). Article 12 Public contracts between entities within the public sector. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Wojiciech Hartung, K. K. o. W. J. (2021). Article 12 Public contracts between entities within the public sector. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar.

Wojiciech Hartung, o. K. K. (2021). Article 38 Occasional joint procurement. I European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

# [Resett nr.]

Gjennomføringstabell

Anskaffelsesdirektivet

03J2xx2

|  |  |
| --- | --- |
| Direktiv 24/2014 (EU) | Foreslått gjennomføring i ny lov om offentlige anskaffelser |
| Artikkel  | Nr./Bokstav | Paragraf |
| Art. 1 | Nr. 1 | § 1-2 |
|  | Nr. 2 | § 1-3 |
| Art. 2 |  | § 4-21 |
| Art. 3 | Nr. 1 | § 5-1 |
|  | Nr. 2 | § 5-2 |
|  | Nr. 3 | § 5-3 |
|  | Nr. 4 | § 5-4 |
|  | Nr. 5 | § 5-5 |
|  | Nr. 6 | § 5-6 |
| Art. 4 |  | § 6-1 og § 6-2 |
| Art. 5  | Nr. 1 til 4 | § 6-3 |
|  | Nr. 5 til 10  | § 6-4 |
|  | Nr. 11 | § 6-5 |
|  | Nr. 12 | § 6-6 |
|  | Nr. 13 og 14 | § 6-7  |
| Art. 6 |  | Foreslår ingen særskilt gjennomføring i ny lov. |
| Art. 7 | Bokstav a til d | § 7-1 |
| Art. 8  | Første og andre avsnitt  | § 7-2 |
| Art. 9  | Nr. 1 første avsnitt | § 7-3 første ledd bokstav a og b  |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 7-3 tredje ledd |
|  | Nr. 2 | § 7-3 andre ledd |
|  | Nr. 3 | § 7-3 første ledd bokstav c |
| Art. 10 | Bokstav a til i | § 7-42 |
| Art. 11 |  | § 7-5 |
| Art. 12 | Nr. 1 | § 7-6 |
|  | Nr. 1 bokstav c | § 7-63 |
|  | Nr. 2 | § 7-6 |
|  | Nr. 3 | § 7-7 |
|  | Nr. 4 | § 7-8 |
|  | Nr. 5 | § 7-9 |
| Art. 13 |  | § 8-1 |
| Art. 14 |  | § 8-2 |
| Art. 15 |  | § 8-3 |
| Art. 16 | Nr. 1 | § 8-4 |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 8-4 |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 8-4 |
|  | Nr. 2 tredje avsnitt | § 8-5 |
|  | Nr. 2 fjerde avsnitt | § 8-5 |
|  | Nr. 3 | 4 |
|  | Nr. 4 | § 8-6 |
| Art. 17 |  | § 7-3 |
| Art. 18 | Nr. 1 første setning  | § 9-1 |
|  | Nr. 1 andre ledd  | § 1-9 |
|  | Nr. 2 | Kapittel 2 |
| Art. 19 | Nr. 1 | § 9-2 |
|  | Nr. 2 | § 9-3 |
|  | Nr. 3 | § 9-3 |
| Art. 20 | Nr. 1 | § 9-4 |
|  | Nr. 2 | § 9-4 |
| Art. 21 | Nr. 1 | § 1-7 (1) |
|  | Nr. 2 | § 1-7 (2) |
| Art. 22 | Nr. 1 første avsnitt første punkt | § 9-5 (1) |
|  | Nr. 1 første avsnitt andre punkt | § 9-6 (1) |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 9-8 (1) |
|  | Nr. 1 tredje avsnitt | § 9-8 (4) |
|  | Nr. 1 fjerde avsnitt | § 9-8 (3) |
|  | Nr. 1 femte avsnitt | §24-1 (2) bokstav j |
|  | Nr. 2 | § 9-5 (2) |
|  | Nr. 3 | § 9-7 |
|  | Nr. 4 | Krever ikke gjennomføring |
|  | Nr. 5 | § 9-6 (3) |
|  | Nr. 6 bokstav a | § 9-6 (2) |
|  | Nr. 6 bokstav b | § 9-9 (2) |
|  | Nr. 6 bokstav c | § 9-9 (1), (3), (4) |
|  | Nr. 7 | Krever ikke gjennomføring |
| Art. 23 |  | § 9-10 |
| Art. 24 |  | § 1-8 |
| Art. 25 |  | Gjelder ikke for Norge5  |
| Art. 26  | Nr. 1 til 4 | § 10-1 |
|  | Nr. 4 | § 10-3 |
|  | Nr. 5 | § 10-2 |
|  | Nr. 6 | §§ 10-26 til 10-29 |
| Art. 27 | Nr. 1 | § 10-4 |
|  | Nr. 2 til 4 | § 10-5 |
| Art. 28 | Nr. 1 første avsnitt | § 10-6 |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 10-7 |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 10-8 første og andre ledd  |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 10-8 tredje ledd  |
|  | Nr. 3 | § 10-8 fjerde ledd  |
|  | Nr. 4 | § 10-8 femte ledd |
|  | Nr. 5 | § 10-8 tredje ledd  |
|  | Nr. 6 bokstav a | § 10-7 andre ledd  |
|  | Nr. 6 bokstav b | § 10-8 femte ledd  |
| Art. 29 | Nr. 1 første til tredje avsnitt  | §§ 10-9 og 10-10 |
|  | Nr. 1 fjerde avsnitt | § 10-11 tredje og fjerde ledd  |
|  | Nr. 2 | § 10-11 første og andre ledd  |
|  | Nr. 3 | § 10-12 første og andre ledd |
|  | Nr. 4 | § 10-12 første ledd  |
|  | Nr. 5 | § 10-12 |
|  | Nr. 6  | § 10-13 |
|  | Nr. 7 | § 10-14 |
| Art. 30 | Nr. 1 | § 10-15 |
|  | Nr. 2 | § 10-16 |
|  | Nr. 3 | § 10-17  |
|  | Nr. 4 | § 10-18 |
|  | Nr. 5  | § 10-19 første ledd |
|  | Nr. 6 | § 10-19 andre og tredje ledd  |
|  | Nr. 7 | § 10-19 fjerde og femte ledd  |
|  | Nr. 8  | § 10-16 |
| Art. 31  | Nr. 1 første til fjerde avsnitt  | § 10-20  |
|  | Nr. 1 fjerde avsnitt | § 10-21 |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 10-25 |
|  | Nr. 2 andre og tredje avsnitt  | §§ 10-21 og 10-24 |
|  | Nr. 3 | § 10-22 |
|  | Nr. 4 | § 10-22 |
|  | Nr. 5 | § 10-23 |
|  | Nr. 6 første avsnitt  | § 10-20 fjerde ledd bokstav c |
|  | Nr. 6 andre avsnitt | §§ 10-20 og 10-21  |
|  | Nr. 6 tredje avsnitt, første setning  | § 10-20 fjerde ledd bokstav e |
|  | Nr. 6 tredje avsnitt, andre og tredje setning  | § 10-24 femte ledd  |
|  | Nr. 7 | § 10-24 tredje ledd  |
| Art. 32 | Nr. 1 | - |
|  | Nr. 2 | § 10-26 |
|  | Nr. 3 | § 10-27 |
|  | Nr. 4 | § 10-28 |
|  | Nr. 5 | § 10-29 |
| Art. 33  | Nr. 1 | § 11-1 |
|  | Nr. 2 | § 11-1 |
|  | Nr. 3 | § 11-2 |
|  | Nr. 4 | § 11-3 |
|  | Nr. 4 bokstav a | § 11-4 |
|  | Nr. 5 | § 11-5 |
| Art. 34 | Nr. 1 | § 11-6 |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 11-7 (1) |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 11-8 (2), § 11-9 (3) |
|  | Nr. 3 | § 11-6 (3) |
|  | Nr. 4 | § 11-7 (2), (4) |
|  | Nr. 5 første avsnitt | § 11-8 tredje og femte ledd  |
|  | Nr. 5 andre avsnitt  | § 11-8 fjerde ledd  |
|  | Nr. 6 | § 11-9 |
|  | Nr. 7 | § 11-9 (6) |
|  | Nr. 8 | § 11-7 (3) |
|  | Nr. 9 | § 11-6 (5) |
| Art. 35 | Nr. 1 første og andre avsnitt | § 11-11 (1) |
|  | Nr. 1 tredje avsnitt | § 11-10 (2) |
|  | Nr. 2 | § 11-10 (1), (3) |
|  | Nr. 3 | § 11-11 (2) |
|  | Nr. 4 | § 11-11 (3) |
|  | Nr. 5 første avsnitt | § 11-11 (4) |
|  | Nr. 5 andre til femte avsnitt | § 11-12 (1), (3) |
|  | Nr. 6 | § 11-12 (2) |
|  | Nr. 7 | § 11-12 (4) |
|  | Nr. 8 | § 11-13 (1), (2) |
|  | Nr. 9 | § 11-13 (3) |
| Art. 36 |  | § 11-14 |
| Art. 37 | Nr. 1 | § 11-15 (1) |
|  | Nr. 2 | § 11-15 (2) |
|  | Nr. 3 | Krever ikke gjennomføring |
|  | Nr. 4 | § 11-15 (3) |
| Art. 38 |  | § 11-16 |
| Art. 39 |  | § 11-17 |
| Art. 40 |  | § 12-1 |
| Art. 41 |  | § 12-2 |
| Art. 42 | Nr. 1 første avsnitt | § 13-1 (1) og (4) |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 13-1 (2) |
|  | Nr. 1 tredje avsnitt | § 13-1 (3) |
|  | Nr. 1 fjerde avsnitt | § 13-2 |
|  | Nr. 1 femte avsnitt | § 13-2 |
|  | Nr. 2 | § 13-3 (1) |
|  | Nr. 3 bokstav a | § 13-3 (2) bokstav a |
|  | Nr. 3 bokstav b | § 13-3 (2) bokstav b |
|  | Nr. 3 bokstav c og d | § 13-3 (2) bokstav c |
|  | Nr. 4 | § 13-5 |
|  | Nr. 5 | § 13-4 (2) |
|  | Nr. 6 | § 13-4 (1) |
| Art. 43 | Nr. 1 første avsnitt bokstav a | § 13-6 (1) bokstav a |
|  | Nr. 1 første avsnitt bokstav b | § 13-6 (1) bokstav b |
|  | Nr. 1 første avsnitt bokstav c | § 13-6 (1) bokstav c |
|  | Nr. 1 første avsnitt bokstav d | § 13-6 (1) bokstav d |
|  | Nr. 1 første avsnitt bokstav e | § 13-6 (1) bokstav e |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 13-6 (3) |
|  | Nr. 1 tredje avsnitt | § 13-7 (1) |
|  | Nr. 1 fjerde avsnitt | § 13-7 (2) |
|  | Nr. 2 | § 13- 6 (2) |
| Art. 44 | Nr. 1 første avsnitt | § 13-8 (1) første setning. |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 13-8 (2) |
|  | Nr. 1 tredje avsnitt | § 13-8 (1) andre setning. |
|  | Nr. 2 | § 13-8 (3) |
|  | Nr. 3 | Krever ikke gjennomføring. |
| Art. 45 | Nr. 1  | § 13-9 (1) |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 13-9 (2) |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 13-9 (3) |
|  | Nr. 3  | Kap. 16 |
| Art. 46 | Nr. 1 første avsnitt | § 13-10 (1) |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 13-10 (2)  |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 13-10 (3) |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 13-10 (4) |
|  | Nr. 3 | § 13-10 (5) |
|  | Nr. 4 | Gjennomføres ikke. |
| Art. 47 | Nr. 1 | § 13-11 (1) |
|  | Nr. 2 | § 13-11 (2) |
|  | Nr. 3 første og andre avsnitt | § 13-11 (3) |
|  | Nr. 3 bokstav a | § 13-11 (3) bokstav b |
|  | Nr. 3 bokstav b | § 13-11 (3) bokstav a |
|  | Nr. 3 tredje avsnitt | § 13-11 (4) |
| Art. 48 | Nr. 1 | § 14-1 |
|  | Nr. 2 | § 14-2 |
| Art. 49 |  | § 14-3 |
| Art. 50 |  | § 14-4 |
| Art. 51 |  | § 14-5 |
| Art. 52 |  | § 14-6 |
| Art. 53 |  | § 14-7 |
| Art. 54 |  | § 14-8 |
| Art. 55 | Nr. 1 | § 14-9 |
|  | Nr. 2 | § 14-10 |
|  | Nr. 3 | § 14-11 |
| Art. 56 | Nr. 1 og 2 | § 15-1 |
|  | Nr. 3 | § 15-2 |
| Art. 57 |  |  |
| Art. 58 | Nr. 1 første avsnitt bokstav a | § 17-1 (1) bokstav a |
|  | Nr. 1 første avsnitt bokstav b | § 17-1 (1) bokstav b |
|  | Nr. 1 første avsnitt bokstav c | § 17-1 (1) bokstav c |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 17-1 (2) |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 17-2 (1) |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 17-2 (2) |
|  | Nr. 3 første avsnitt | § 17-3 (1) bokstav a, b og c |
|  | Nr. 3 andre avsnitt | § 17-3 (1) bokstav a |
|  | Nr. 3 tredje avsnitt | § 17-3 (1) bokstav b |
|  | Nr. 3 fjerde avsnitt | § 17-3 (2) |
|  | Nr. 3 femte avsnitt | § 17-3 (3) og (4) |
|  | Nr. 4 første avsnitt | § 17-4 (1) |
|  | Nr. 4 andre avsnitt | Kap. 16 |
|  | Nr. 4 tredje avsnitt | § 17-4 (2) |
|  | Nr. 5 | § 17-1 (3) |
| Art. 59 | Nr. 1 første avsnitt | § 17-5 (1) |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 17-5 (3) |
|  | Nr. 1 tredje avsnitt | n/a |
|  | Nr. 1 fjerde avsnitt | § 17-6 (2) |
|  | Nr. 1 femte avsnitt | n/a |
|  | Nr. 1 sjette avsnitt | n/a |
|  | Nr. 2 | § 17-5 (1) |
|  | Nr. 3 | n/a |
|  | Nr. 4 første avsnitt | § 17-6 (1) |
|  | Nr. 4 andre avsnitt | § 17-6 (3) |
|  | Nr. 5 første avsnitt | § 17-6 (2) |
|  | Nr. 5 andre avsnitt | § 17-6 (2) |
|  | Nr. 5 tredje avsnitt | n/a |
|  | Nr. 6 | n/a |
| Art. 60 | Nr. 1 første avsnitt | § 17-7 (1) |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 17-7 (3)  |
|  | Nr. 2 første avsnitt bokstav a | § 17-7 (2)  |
|  | Nr. 2 første avsnitt bokstav b | § 17-7 (2)  |
|  | Nr. 2 andre avsnitt. | § 17-7 (2)  |
|  | Nr. 2 tredje avsnitt | n/a |
|  | Nr. 3 første avsnitt | § 17-7 (1) |
|  | Nr. 3 andre avsnitt | § 17-7 (4) |
|  | Nr. 4  | § 17-7 (1)  |
|  | Nr. 5  | n/a |
| Art. 61 | Nr. 1 | n/a |
|  | Nr. 2 | n/a |
|  | Nr. 3 | n/a |
| Art. 62 | Nr. 1 | § 17-8 (1) og (3) |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 17-8 (2) |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 17-8 (3) |
|  | Nr. 3 | n/a |
| Art. 63 | Nr. 1 første avsnitt | § 17-9 (1) og (2) |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 17-9 (3) |
|  | Nr. 1 tredje avsnitt | § 17-9 (4) |
|  | Nr. 1 fjerde avsnitt | § 17-9 (6) |
|  | Nr. 2 | § 17-10 |
| Art. 64 | Nr. 1 første avsnitt | n/a |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | n/a |
|  | Nr. 2 første avsnitt | n/a |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | n/a |
|  | Nr. 3 første avsnitt | § 17-11 (1) |
|  | Nr. 3 andre avsnitt | § 17-11 (2) |
|  | Nr. 4  | § 17-11 (3) |
|  | Nr. 5 første avsnitt | § 17-11 (5) |
|  | Nr. 5 andre avsnitt | n/a |
|  | Nr. 6 andre avsnitt | n/a |
|  | Nr. 6 andre avsnitt | n/a |
|  | Nr. 7 | n/a |
|  | Nr. 8 | n/a |
| Art. 65 | Nr. 1 | § 17-12 (1) |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 17-12 (2) |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 17-12 (3) |
|  | Nr. 2 tredje avsnitt | § 17-12 (4)  |
| Art. 66 |  | § 10-18 (1) og (3), § 10-13 (1) og (3) |
| Art. 67 | Nr.1 | § 18-1 |
|  | Nr. 2 første avsnitt første setning | § 18-1 |
|  | Nr. 2 første avsnitt andre setning avsnitt bokstav a-c. | § 18-2 (1) bokstav a-c |
|  | Nr. 2. andre avsnitt | § 18-2 (2) |
|  | Nr. 2 tredje avsnitt | Gjennomføres ikke.  |
|  | Nr. 3 første avsnitt bokstav a-b. | § 18-3 |
|  | Nr. 4 | § 18-4 |
|  | Nr. 5 første avsnitt | § 18-2 (3) |
|  | Nr. 5 andre avsnitt | § 18-2 (3) |
|  | Nr. 5 tredje avsnitt | § 18-2 (3) |
| Art. 68 | Nr. 1 bokstav a-b | § 18-5 (2) |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 18-5 (1) |
|  | Nr. 2 andre avsnitt bokstav a-c | § 18-5 (3) |
|  | Nr. 3 første avsnitt | Krever ikke gjennomføring. |
|  | Nr. 3 andre avsnitt | Krever ikke gjennomføring. |
| Art. 69 | Nr. 1 | § 18-6 (1) |
|  | Nr. 2 | § 18-6 (1) |
|  | Nr. 3 | § 18-6 (2), (kap. 16) |
|  | Nr. 4 | (kap. 16) |
| Art. 70 |  |  |
| Art. 71 |  |  |
| Art. 72 | Nr. 1 første avsnitt | § 20-1 (1), § 20-2 (1), § 20-3 (1), § 20-4 (1) |
|  | Nr. 1 bokstav a | § 20-2 (1) og (2) |
|  | Nr. 1 bokstav b i | § 20-4 (1) |
|  | Nr. 1 bokstav b ii | § 20-4 (1) |
|  | Nr. 1 bokstav b andre avsnitt | § 20-4 (3) |
|  | Nr. 1 bokstav c | § 20-4 (2) |
|  | Nr. 1 bokstav c i | § 20-4 (2) |
|  | Nr. 1 bokstav c ii | § 20-4 (2) |
|  | Nr. 1 bokstav c iii | § 20-4 (3) |
|  | Nr. 1 bokstav d | § 20-3 (1) |
|  | Nr. 1 bokstav d i | § 20-3 (2) |
|  | Nr. 1 bokstav d ii | § 20-3 (1) |
|  | Nr. 1 bokstav d iii | n/a6 |
|  | Nr. 1 bokstav e | § 20-1 (1) og (2) |
|  | Nr. 1 andre avsnitt | § 20-4 (5) |
|  | Nr. 2 første avsnitt | § 20-5 (1) |
|  | Nr. 2 i | § 20-5 (1) bokstav a |
|  | Nr. 2 ii | § 20-5 (1) bokstav b |
|  | Nr. 2 andre avsnitt | § 20-5 (2) og (3) |
|  | Nr. 3 | § 20-4 (4) |
|  | Nr. 4 første avsnitt | § 20-1 (1) |
|  | Nr. 4 bokstav a | § 20-1 (2) bokstav a |
|  | Nr. 4 bokstav b | § 20-1 (2) bokstav b |
|  | Nr. 4 bokstav c | § 20-1 (2) bokstav c |
|  | Nr. 4 bokstav d | § 20-1 (2) bokstav d |
|  | Nr. 5 | § 20-1 (1) |
| Art. 73 | Bokstav a | § 21-1 bokstav a |
|  | Bokstav b  | § 21-1 bokstav b |
|  | Bokstav c  | § 21-1 bokstav c  |
| Art. 74 |  | § 22-1 |
| Art. 75 |  | § 22-2 |
| Art. 76 |  | § 22-3 |
| Art. 77 |  | § 22-5 |
| Art. 78 |  | § 23-1 |
| Art. 79  |  | § 23-2 |
| Art. 80 |  | § 23-3 |
| Art. 81 |  | § 23-4  |
| Art. 82 |  | § 23-5 |
| Art. 83 |  |  |
| Art. 84 | Nr. 1 | § 24-1 (1) og (2)7 |
|  | Nr. 2 | § 24-2 (1) til (4)  |
|  | Nr. 3 | Vurderes i andre delutredning.  |

1 Enkelte definisjoner er valgt ut.

2 Unntaket for politiske kampanjetjenester i bokstav j er ikke foreslått gjennomført, ikke relevant for Norge

3 Unntaket for ikke-kontrollerende og ikke-blokkerende privat kapital i henhold til nasjonal lovgivning er ikke foreslått gjennomført, ikke relevant i Norge. Det samme gjelder for § 7-7.

4 Omtalt i spesialmerknadene til § 8-5, og dekket av § 8-5 første ledd bokstav a.

5 Forslag til tilsvarende regulering i § 1-5 om rettighetshavere, bestemmelsen regulerer også leverandører som har rettigheter på grunnlag av GPA og andre internasjonale avtaler.

6 Handlingsrom er ikke benyttet.

7 Bokstav d og l er nasjonale bestemmelser, og gjennomfører ikke artikkel 84.

1. Anskaffelsesdirektivet 2014 [↑](#footnote-ref-1)
2. Forsyningsdirektivet 2014 [↑](#footnote-ref-2)
3. Konsesjonskontraktsdirektivet 2014 [↑](#footnote-ref-3)
4. Forsvarsanskaffelsesdirektivet 2009 [↑](#footnote-ref-4)
5. https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/nfd/sak/norgesmodellen/id2917213/ [↑](#footnote-ref-5)
6. NOU 2014: 4, kapittel 11. [↑](#footnote-ref-6)
7. www.anskaffelsesutvalget.no [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibid. [↑](#footnote-ref-8)
9. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser [↑](#footnote-ref-9)
10. Nærings- og fiskeridepartementet 2014. Høring – forenkling av det norske anskaffelsesregelverket [↑](#footnote-ref-10)
11. Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften [↑](#footnote-ref-11)
12. Nærings- og fiskeridepartementet 2015. Høring – forslag om endring av håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-12)
13. Endringsforskrift 12.06.2015 [↑](#footnote-ref-13)
14. Nærings- og fiskeridepartementet 2015. Høring – nye bestemmelser i regelverket om offentlige anskaffelser, 07.12.2015 [↑](#footnote-ref-14)
15. Prop. 51 L (2015–2016) [↑](#footnote-ref-15)
16. Prioriterte tjenester var fullt ut omfattet av det tidligere direktivets prosedyreregler, mens uprioriterte tjenester bare i begrenset grad var regulert. Eksempler på uprioriterte tjenester var helse- og sosialtjenester, juridiske tjenester, visse transporttjenester med mer. I de nye direktivene ble noen av de uprioriterte tjenestene underlagt direktivet fullt ut, andre ble helt unntatt mens hoveddelen ble omfattet av egne og mer fleksible regler for særlige tjenester og helse- og sosialtjenester. [↑](#footnote-ref-16)
17. Meld. St. 22 (2018–2019) [↑](#footnote-ref-17)
18. DFØ 2021. Handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon. [↑](#footnote-ref-18)
19. Terskelverdiene angitt i kapittelet her er gjeldende per 1. september 2023. [↑](#footnote-ref-19)
20. Forsvarsdepartementet har opplyst at ARF er under revisjon i 2023. [↑](#footnote-ref-20)
21. Rapport fra Advokatfirmaet Schjødt datert 30. mars 2023 [↑](#footnote-ref-21)
22. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling [↑](#footnote-ref-22)
23. Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna [↑](#footnote-ref-23)
24. Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner [↑](#footnote-ref-24)
25. Håndhevelsesdirektivet 2007 [↑](#footnote-ref-25)
26. Finansdepartementet Proposition 2015/16:195: side 300 og utover [↑](#footnote-ref-26)
27. Definert i 1 kap. 18 § LOU [↑](#footnote-ref-27)
28. Se 1 kap. 22 § LOU [↑](#footnote-ref-28)
29. Unntatt anskaffelser som faller utenfor LOUs anvendelsesområde og for sosiale og andre spesialtjenester som er angitt i LOU bilag 2 som reguleres av 19 kap. LOU. [↑](#footnote-ref-29)
30. Prop. 2015/16:195 side 303 og 846 følgende [↑](#footnote-ref-30)
31. Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling [↑](#footnote-ref-31)
32. Se 5 kap. 4 § tredje ledd LOU [↑](#footnote-ref-32)
33. I 19 a kap. 1 § LOU er direkte anskaffelser («direktupphandling») definert som «ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande myndigheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfordran.» Se nærmere punkt 6.1.2.3.3 [↑](#footnote-ref-33)
34. Se punkt 6.1.2.3.3 om 19 a kap. LOU [↑](#footnote-ref-34)
35. Se 4 kap. 1 § LOU [↑](#footnote-ref-35)
36. Det stilles imidlertid ikke strengere materielle krav etter prinsippene sammenlignet med de gamle reglene. [↑](#footnote-ref-36)
37. Se 19 kap. 2–3 § LOU. Miljøhensyn, sosiale hensyn og arbeidsrettslige hensyn behandles grundigere under punkt 6.1.3. [↑](#footnote-ref-37)
38. Tidligere kunne offentlige oppdragsgivere for kunngjøringspliktige ikke-direktivstyrte anskaffelser blant annet velge å benytte en forenklet prosedyre, en utvalgsprosedyre, og i enkelte situasjoner en konkurransepreget dialog. [↑](#footnote-ref-38)
39. Prop. 2021/22:5 side 102 [↑](#footnote-ref-39)
40. Prop. 2015/16:195 side 1373 [↑](#footnote-ref-40)
41. Se 19 kap. 9 § LOU [↑](#footnote-ref-41)
42. Se 19 kap. 8, 10 og 11 §§ LOU [↑](#footnote-ref-42)
43. Prop. 2021/22:5 side 199 [↑](#footnote-ref-43)
44. Se 19 kap. 12, 15 og 22 §§ LOU [↑](#footnote-ref-44)
45. Prop. 2021/22:5 side 202 [↑](#footnote-ref-45)
46. Se 19 kap. 16 § LOU [↑](#footnote-ref-46)
47. Prop. 2021/22:5 side 127 og 202 [↑](#footnote-ref-47)
48. Se 19 kap. 17 § LOU [↑](#footnote-ref-48)
49. Se 19 kap. 19 § LOU. Reglene om karensfrist finnes i 20 kap. 1–3 §§ LOU. Se videre om karensfrist nedenfor. [↑](#footnote-ref-49)
50. Se 19 a kap. 1 § LOU [↑](#footnote-ref-50)
51. Se 19 a kap. 8 § LOU. Se nærmere om dette i kapittel 22 om regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi og kapittel 24.12 for prinsipper for offentlige anskaffelser. [↑](#footnote-ref-51)
52. Se 19 a kap. 2 § LOU. Tilsvarende grense for direkte anskaffelser for varer, tjenester og byggekontrakter er 1 200 000 svenske kroner etter LUF og LUFS, og 2 799 554 svenske kroner etter LUK. Grensen for sosiale tjenester og andre særskilte tjenester er 10 403 400 svenske kroner for tjenester i bilag 2 til LUF og 2 799 554 svenske kroner for tjenester i bilag 3 til LUK. [↑](#footnote-ref-52)
53. Tilsvarende Anskaffelsesdirektivet 2014 artikkel 32 nr. 2 bokstav b, 32 nr. 3, 32 nr. 4 eller 32 nr. 5 [↑](#footnote-ref-53)
54. Eksempler på «synnerliga skäl» kan være hvis oppdragsgiveren kan anskaffe noe på auksjon til en pris som er vesentlig lavere enn markedspris, eller når en pasients rett til selv å velge helsepersonell gjør det uegnet med en tilbudskonkurranse, se Prop. 2021/22:5 [↑](#footnote-ref-54)
55. Se 19 a kap. 9 § og 20 kap. 3 § LOU [↑](#footnote-ref-55)
56. Se 19 a kap. 11 og 13 §§ LOU [↑](#footnote-ref-56)
57. 19 a kap. 13 § tredje ledd LOU [↑](#footnote-ref-57)
58. 19 a kap. 13 § andre ledd LOU [↑](#footnote-ref-58)
59. Prop. 2015/16:195 side 292 [↑](#footnote-ref-59)
60. Upphandlingsmyndigheten – Nationella upphandlingsrapporten 2023. Hovedbudskapet i rapporten er at det finnes et stort potensial for å benytte offentlige anskaffelser til å oppnå økt bærekraft i Sverige, men at offentlige myndigheter ikke i tilstrekkelig grad benyttet seg av dette potensialet. [↑](#footnote-ref-60)
61. Prop. 2021/22:5 side 99 [↑](#footnote-ref-61)
62. Lägrådsremiss – En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling 2022 [↑](#footnote-ref-62)
63. Ibid. side 26 følgende [↑](#footnote-ref-63)
64. Ibid. side 28 følgende [↑](#footnote-ref-64)
65. Ibid. side 5 og 6 [↑](#footnote-ref-65)
66. Remiss av Ds 2021:31 En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling [↑](#footnote-ref-66)
67. Se 13 kap. 1 § og 2 § første ledd LOU om obligatoriske avvisningsgrunner, og 13 kap. 2 § andre ledd og 3 § LOU om frivillige avvisningsgrunner ved direktivstyrte anskaffelser. [↑](#footnote-ref-67)
68. Se 19 kap. 17 § LOU om frivillige utelukkelsesgrunner ved kunngjøringspliktige ikke-direktivstyrte anskaffelser. [↑](#footnote-ref-68)
69. Se 14 kap. og 19 kap. 9 § første ledd 2 LOU for henholdsvis direktivstyrte og ikke-direktivstyrte anskaffelser. [↑](#footnote-ref-69)
70. Se 9 kap. 1–8 §§ og 19 kap. 9 § første ledd 3 LOU om tekniske spesifikasjoner og minimumsvilkår ved henholdsvis direktivstyrte anskaffelser og ikke-direktivstyrte anskaffelser. Se bilag 3 til LOU for definisjoner av visse tekniske spesifikasjoner samt 1 kap. 17 § LOU for definisjon av livssykluskostnader. [↑](#footnote-ref-70)
71. Se 9 kap. 2 § LOU. [↑](#footnote-ref-71)
72. Se 16 kap. 1–5 §§ og 19 kap. 9 § første ledd 4 LOU for henholdsvis direktivstyrte og ikke-direktivstyrte anskaffelser. [↑](#footnote-ref-72)
73. Se også Upphandlingsmyndighetenes hjemmeside: Remiss av Ds 2021:31 En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling. [↑](#footnote-ref-73)
74. Se 16 kap. 7 § andre og tredje ledd LOU for direktivstyrte anskaffelser. [↑](#footnote-ref-74)
75. Se 19 kap. 18 § LOU og Prop. 2021/22:5, s. 132 følgende [↑](#footnote-ref-75)
76. Se 17 kap. 1 § og 19 kap. 9 § første ledd 5 for henholdsvis direktivstyrte og ikke-direktivstyrte anskaffelser [↑](#footnote-ref-76)
77. Prop. 2015/16:195 side 1117 følgende [↑](#footnote-ref-77)
78. Lägrådsremiss – En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling 2022 side 16 følgende [↑](#footnote-ref-78)
79. Oversikt over kjernekonvensjonene – Conventions and Recommendations (ilo.org) [↑](#footnote-ref-79)
80. Se 17 kap. 2–5 §§ LOU [↑](#footnote-ref-80)
81. Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 36 [↑](#footnote-ref-81)
82. Se 4 kap. 18 § LOU [↑](#footnote-ref-82)
83. Prop. 2021/22:5 side 102 [↑](#footnote-ref-83)
84. Se 19 kap. 25-25 a §§ LOU [↑](#footnote-ref-84)
85. Lag (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa tjänster inom vägtransportområdet [↑](#footnote-ref-85)
86. Förordning (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster [↑](#footnote-ref-86)
87. Lovbekendtgørelse 2023-01-06 nr. 10 (Udbudsloven) [↑](#footnote-ref-87)
88. Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven) [↑](#footnote-ref-88)
89. Bekendtgørelse 2011-06-15 nr. 712 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (historisk) [↑](#footnote-ref-89)
90. Lov 2022-06-21 nr. 884 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren [↑](#footnote-ref-90)
91. Cirkulære nr. 9749 af 2. september 2019 om indkøb i staten [↑](#footnote-ref-91)
92. Cirkulære nr. 9471 af 30. juni 2014 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter [↑](#footnote-ref-92)
93. Bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning – transport samt posttjenester 2022 [↑](#footnote-ref-93)
94. Bekendtgørelse nr. 1077 af 29. juni 2022 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs- vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet 2022 [↑](#footnote-ref-94)
95. Bekendtgørelse nr. 1080 af 29. juni 2022 om tildeling af koncessionskontrakter 2022 [↑](#footnote-ref-95)
96. Bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse [↑](#footnote-ref-96)
97. https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-er-de-forvaltningsretlige-principper/ [↑](#footnote-ref-97)
98. Se tilbudsloven § 1 tredje ledd [↑](#footnote-ref-98)
99. Se tilbudsloven §§ 2, 6 og 12 tredje ledd [↑](#footnote-ref-99)
100. Tilbudsloven §§ 4 og 6 [↑](#footnote-ref-100)
101. Tilbudsloven § 6 tredje ledd [↑](#footnote-ref-101)
102. Tilbudsloven § 12 andre ledd [↑](#footnote-ref-102)
103. https://www.wto.org/english/tratop\_e/gproc\_e/gp\_gpa\_e.htm [↑](#footnote-ref-103)
104. Udbudsloven § 2 gjennomfører direktiv 2014/24/EU artikkel 18, og reflekterer de EU-rettslige prinsippene om offentlige anskaffelser. Ifølge udbudsloven § 2 skal oppdragsgivere «overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.» [↑](#footnote-ref-104)
105. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – «Gennemførelse af grønne udbud – vejledning om udbudslovens muligheder» 2022 [↑](#footnote-ref-105)
106. Økonomistyrelsen 2023 – Charter for godt og grønt indkøb [↑](#footnote-ref-106)
107. Kongelig resolusjon 28. mars 2014 [↑](#footnote-ref-107)
108. For en nærmere redegjørelse, se Prop. 157 S (2012–2013) Samtykke til godkjennelse av protokoll av 30. mars 2012 om endring av WTO-avtalen om offentlige innkjøp av 15. april 1994 [↑](#footnote-ref-108)
109. Jf. note 3 til undervedlegg 5 og noten til undervedlegg 6 [↑](#footnote-ref-109)
110. Jf. note 2 til undervedlegg 1, note 1 til undervedlegg 2 og note 6h til undervedlegg 3 [↑](#footnote-ref-110)
111. Jf. note 3 til undervedlegg 1, note 2a til undervedlegg 2 og note 7a til undervedlegg 3 i vedlegg 1 av Norges forpliktelser etter GPA [↑](#footnote-ref-111)
112. Eksempelvis klima og miljø, lønns- og arbeidsvilkår, små og mellomstore bedrifter, innovasjon, behovet for lærlingeplasser med videre. [↑](#footnote-ref-112)
113. Se kapittel 6 om anskaffelsesregelverket i Danmark [↑](#footnote-ref-113)
114. Se om endring av kontrakt i kapittel 24.38 [↑](#footnote-ref-114)
115. Dette vil i utredningen omtales som «direktivnær gjennomføring». [↑](#footnote-ref-115)
116. EØS-tillegget nr. 84/2018 s. 556 [↑](#footnote-ref-116)
117. EU-kommisjonen COM/2023/451 final 2023 – Forslag til Europa-parlamentets og Rådets forordning om krav om cirkularitet i design af køretøjer og om håndtering af udrangerede køretøjer. [↑](#footnote-ref-117)
118. Dette fremgår av «Explanatory memorandum», under punktet «Impact assessment», punkt 5C. [↑](#footnote-ref-118)
119. Forordning 2022/2560 om tredjelandssubsidier [↑](#footnote-ref-119)
120. Forordning 2022/1031 om instrument for internasjonale offentlige anskaffelser 2022 [↑](#footnote-ref-120)
121. Flere eksempler på dette gir forordning 2019/452 om investorscreening (ikke merket EØS-relevant) og forordning 2023/956 om en karbongrensejusteringsmekanisme (CBAM) (merket EØS-relevant) [↑](#footnote-ref-121)
122. «Farm-to-fork»-strategi 2020 [↑](#footnote-ref-122)
123. Ibid.punkt 2.4 [↑](#footnote-ref-123)
124. For en oversikt på norsk kan det vises til Strømsnes 2021 s. 32, med en rekke videre henvisninger. [↑](#footnote-ref-124)
125. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 9.4.2.2 [↑](#footnote-ref-125)
126. Ibid. punkt 11.3 [↑](#footnote-ref-126)
127. Ibid. [↑](#footnote-ref-127)
128. Ibid. punkt 9.4.2.2 [↑](#footnote-ref-128)
129. Ibid. [↑](#footnote-ref-129)
130. Ibid. punkt 11.4.2 [↑](#footnote-ref-130)
131. Ibid. punkt 9.4.2.2 [↑](#footnote-ref-131)
132. Ibid. punkt 9.4.3 [↑](#footnote-ref-132)
133. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.1.4 [↑](#footnote-ref-133)
134. Innst. 358 L (2015–2016) punkt 2.2 [↑](#footnote-ref-134)
135. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 9.4.2.2 (flertallet) og punkt 9.4.3 (mindretallet) [↑](#footnote-ref-135)
136. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.1.3 [↑](#footnote-ref-136)
137. Innst. 358 L (2015–2016) punkt 2.2 [↑](#footnote-ref-137)
138. Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) punkt 5 [↑](#footnote-ref-138)
139. Innst. 358 L (2015–2016) punkt 2.2 [↑](#footnote-ref-139)
140. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 9.4.2.3 (flertallet) og punkt 9.4.3 (mindretallet) [↑](#footnote-ref-140)
141. KOFA-2017-84 Sandefjord kommune avsnitt 40 [↑](#footnote-ref-141)
142. Se til sammenligning i støtteprosessloven § 1: «Lovens formål er å sikre etterlevelse av Norges EØS-rettslige og andre folkerettslige forpliktelser på området for offentlig støtte. Loven skal også bidra til en effektiv og betryggende behandling av saker om offentlig støtte.» [↑](#footnote-ref-142)
143. I likhet med flertallet i NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 9.4.2.4 [↑](#footnote-ref-143)
144. Se til sammenligning Forenklingsutvalgets flertall i NOU 2014: 4 punkt 9.4.2.4, som så seg nødt til å adressere spenningen mellom deres forslag til effektiv ressursbruk som lovens eneste formål og de formål som EU-lovgiver forfølger på anskaffelsesrettens område. [↑](#footnote-ref-144)
145. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen 2021: side 159 [↑](#footnote-ref-145)
146. C-31/87 Beentjes [↑](#footnote-ref-146)
147. C-513/99 Concordia Bus [↑](#footnote-ref-147)
148. C-448/01 Wienstrom [↑](#footnote-ref-148)
149. C-368/10 Max Havelaar [↑](#footnote-ref-149)
150. NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser: punkt 7.1.2 [↑](#footnote-ref-150)
151. Handlingsplan for 2007–2010 om miljø- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-151)
152. St.meld. nr. 36 (2008–2009): punkt 3 [↑](#footnote-ref-152)
153. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser: kapittel 11 [↑](#footnote-ref-153)
154. Prop. 51 L (2015–2016): punkt 7.5.3 [↑](#footnote-ref-154)
155. Meld. St. 22 (2018–2019): kapittel 8-12 [↑](#footnote-ref-155)
156. Ibid. [↑](#footnote-ref-156)
157. DFØ, Handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon (2021). [↑](#footnote-ref-157)
158. Nærings- og fiskeridepartementet – høring – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser 2022 [↑](#footnote-ref-158)
159. Nærings- og fiskeridepartementet og Arbeids- og inkluderingsdepartementet – høring – forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften 2022 [↑](#footnote-ref-159)
160. FOR-2023-08-29-1368 [↑](#footnote-ref-160)
161. FOR-2023-08-01-1305 [↑](#footnote-ref-161)
162. C-395/18 Tim SpA avsnitt 38 [↑](#footnote-ref-162)
163. Premiss 95 [↑](#footnote-ref-163)
164. Premiss 98 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-164)
165. Prop. 51 L (2015–2016): side 83 [↑](#footnote-ref-165)
166. Ibid. se spesialmerknadene til § 5 [↑](#footnote-ref-166)
167. Ibid. [↑](#footnote-ref-167)
168. Prop. 1 S (2022–2023) [↑](#footnote-ref-168)
169. IPCC Intergovernmental Panel on Climate Change 2023, ibid [↑](#footnote-ref-169)
170. Programme og Panel UN Environment, International Resource Panel(2019) Global Resource Outlook 2019, Natural Resources for the Future, Report [↑](#footnote-ref-170)
171. Prop. 1 S (2022–2023) [↑](#footnote-ref-171)
172. Lov om klimamål (klimaloven) 2017: § 4 [↑](#footnote-ref-172)
173. Prop. 1 S (2021–2022) [↑](#footnote-ref-173)
174. https://miljostatus.miljodirektoratet.no/tema/klima/ [↑](#footnote-ref-174)
175. Departementene – Nasjonal strategi for ein grøn sirkulær økonomi 2021 [↑](#footnote-ref-175)
176. https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/finansmarkedene/taksonomien-for-barekraftig-okonomisk-aktivitet/id2924859/ [↑](#footnote-ref-176)
177. Prop. 1 S (2021–2022) [↑](#footnote-ref-177)
178. https://klimautvalget2050.no/ sitert 15. september 2023 [↑](#footnote-ref-178)
179. https://nettsteder.regjeringen.no/klimautvalgets-rapport/ 2023 [↑](#footnote-ref-179)
180. https://www.oecd.org/gov/public-procurement/green/: [↑](#footnote-ref-180)
181. Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) 1983: § 2 punkt 5 [↑](#footnote-ref-181)
182. NOU 2022: 20 Et helhetlig skattesystem: kapittel 14.12 [↑](#footnote-ref-182)
183. Ibid. [↑](#footnote-ref-183)
184. Miljødirektoratet 2023 – Klimatiltak i Norge mot 2030 Oppdatert kunnskapsgrunnlag om utslippsreduksjonspotensial, barrierer og mulige virkemidler [↑](#footnote-ref-184)
185. EØS-notatbasen – styrket forbrukervern i det grønne skiftet 2022 [↑](#footnote-ref-185)
186. https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/finansmarkedene/taksonomien-for-barekraftig-okonomisk-aktivitet/id2924859/ [↑](#footnote-ref-186)
187. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-miljopastander-og-miljomerker-forslag-til-regelverk-fra-europakommisjonen/id2973714/ [↑](#footnote-ref-187)
188. Menon-Economics 2023 – Klimafotavtrykk av offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-188)
189. AsplanViak 2019 – Prosjektrapport. Klimafotavtrykket av offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-189)
190. Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket [↑](#footnote-ref-190)
191. Krupnick 2020 [↑](#footnote-ref-191)
192. Oslo-Economics 2018 – Virkninger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelse [↑](#footnote-ref-192)
193. Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket [↑](#footnote-ref-193)
194. Ibid. [↑](#footnote-ref-194)
195. OECD 2022 – OECD Environmental Performance Reviews: Norway 2022 [↑](#footnote-ref-195)
196. Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket [↑](#footnote-ref-196)
197. Sofia Lundberg 2015 – Offentlig upphandling som miljöpolitiskt styrmedel [↑](#footnote-ref-197)
198. Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket [↑](#footnote-ref-198)
199. https://anskaffelser.no/nyhetsarkiv/fortsatt-svak-lcc-bevissthet-hos-offentlige-byggherrer [↑](#footnote-ref-199)
200. NOU 2022: 20 Et helhetlig skattesystem [↑](#footnote-ref-200)
201. IPCC Intergovernmental Panel on Climate Change 2023 [↑](#footnote-ref-201)
202. Michael Grubb, Hourcade og Karsten Neuhoff 2014 [↑](#footnote-ref-202)
203. Nærings- og fiskeridepartementet – høring – forenkling av det norske anskaffelsesregelverket 2014 [↑](#footnote-ref-203)
204. Golombek, Greaker og Kverndokk 2015 [↑](#footnote-ref-204)
205. https://oecd-opsi.org/work-areas/mission-oriented-innovation/ [↑](#footnote-ref-205)
206. https://www.forskningsradet.no/indikatorrapporten/fokusartikler-og-dypdykk/missionorienterte-satsinger-et-svar-pa-dagens-utfordringer/ 2019 [↑](#footnote-ref-206)
207. https://research-and-innovation.ec.europa.eu/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe/eu-missions-horizon-europe\_en [↑](#footnote-ref-207)
208. Nærings- og fiskeridepartementet 2022 – Veikart for grønt industriløft [↑](#footnote-ref-208)
209. Greaker og Popp 2022 [↑](#footnote-ref-209)
210. https://nettsteder.regjeringen.no/klimautvalgets-rapport/ [↑](#footnote-ref-210)
211. DFØ – Anskaffelsesundersøkelsen 2022 [↑](#footnote-ref-211)
212. FOR-2023-08-01-1305 § 7-9 andre ledd. I kraft fra 1. januar 2024 [↑](#footnote-ref-212)
213. EU-kommisjonen COM/2023/161 final 2023 – Forslag til forordning om fastlæggelse af en ramme for foranstaltninger til styrkelse af Europas økosystem for produktion af nettonulteknologier («forordningen om nettonulindustri»): artikkel 19 [↑](#footnote-ref-213)
214. Ibid. I artikkel 19 nr. 4 gir inntrykk av at det er en slik løsning EU-kommisjonen har lagt opp til [↑](#footnote-ref-214)
215. Finansdepartementet – Karbonprisbaner for bruk i samfunnsøkonomiske analyser 2022 [↑](#footnote-ref-215)
216. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring og Miljødirektoratet 2023 – Utredning om standardiserte minimumskrav i offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-216)
217. Riksrevisjonen 2022 – Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-217)
218. DFØ – handlingsplan 2021 [↑](#footnote-ref-218)
219. https://kriterieveiviseren.anskaffelser.no [↑](#footnote-ref-219)
220. https://dfo.no/rapporter/lav-og-nullutslippskrav-ved-anskaffelse-av-ferger-og-hurtigbater [↑](#footnote-ref-220)
221. Klima- og miljødepartementet 23/4274 2023 [↑](#footnote-ref-221)
222. https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\_gpp\_criteria\_en.htm [↑](#footnote-ref-222)
223. European Union 2017 – Public Procurement for a Circular Economy – Good practice and guidance: side 5 [↑](#footnote-ref-223)
224. COM(2020) 98 final – En ny handlingsplan for den cirkulære økonomi For et renere og mere konkurrencedygtigt Europa: punkt 2.2 [↑](#footnote-ref-224)
225. https://www.miljodirektoratet.no/hoeringer/2023/februar-2023/prioriteringer-under-ny-okodesignforordning-i-eu/ [↑](#footnote-ref-225)
226. Forordning 2023/1542 om batterier og udtjente batterier 2023: fortalen premiss 2 [↑](#footnote-ref-226)
227. Forslag til forordning om fastlæggelse af harmoniserede betingelser for markedsføring af byggevarer COM(2022) 144 final [↑](#footnote-ref-227)
228. Forslag til forordning om emballage og emballageaffald COM(2022) 677 final [↑](#footnote-ref-228)
229. Jf. eksempelet om ferger og elektriske kjøretøy nevnt i fremstillingen over. [↑](#footnote-ref-229)
230. Greaker og Popp 2022 [↑](#footnote-ref-230)
231. Se boks 15.3 som blant annet beskriver LUP. [↑](#footnote-ref-231)
232. Se også anskaffelsesdirektivets fortale premiss 95 første avsnitt. [↑](#footnote-ref-232)
233. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.5.5.3 [↑](#footnote-ref-233)
234. Se for eksempel blant annet Helsepersonellkommisjonen (NOU 2023: 4), Meld. St. 27 (2022–2023) Eit godt liv i heile Noreg – distriktspolitikk for framtida, Generalistkommuneutvalget (NOU 2023: 9) og Forsvarskommisjonens innstilling (NOU 2023: 14). [↑](#footnote-ref-234)
235. Rundskriv 2/2005 av 16. juni 2005 – Lønns- og arbeidsvilkår for arbeidarar som utførar tenestekontraktar og byggje- og anleggskontraktar for staten [↑](#footnote-ref-235)
236. https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/nfd/sak/norgesmodellen/id2917213/ [↑](#footnote-ref-236)
237. Prop. 114 L (2022–2023) punkt 1 [↑](#footnote-ref-237)
238. Ibid. punkt 4.1 [↑](#footnote-ref-238)
239. https://anskaffelser.no/verktoy/veiledere/veileder-om-lonns-og-arbeidsvilkar-i-offentlige-kontrakter-bokmal#anchorTOC\_Risikovurdering\_6 [↑](#footnote-ref-239)
240. SOM-2017-1856 , SOM-2018-1950 [↑](#footnote-ref-240)
241. Prop. 5 L (2012–2013) punkt 6.1 [↑](#footnote-ref-241)
242. Nærings- og fiskeridepartementet og Arbeids- og inkluderingsdepartementet – høring – forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften 2022 punkt 6.2.1 [↑](#footnote-ref-242)
243. Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) punkt 4 [↑](#footnote-ref-243)
244. Ibid. [↑](#footnote-ref-244)
245. Europa-Parlamentets- og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser [↑](#footnote-ref-245)
246. C-346/06 Dirk Rüffert [↑](#footnote-ref-246)
247. ESAs ref.: Case No. 64849 Event No: 574000, Departementets ref.: 11/4082 [↑](#footnote-ref-247)
248. Meld. St. 29 (2010–2011) [↑](#footnote-ref-248)
249. C-115/14 RegioPost [↑](#footnote-ref-249)
250. C-395/18 Tim SpA [↑](#footnote-ref-250)
251. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 6.4 [↑](#footnote-ref-251)
252. European Parliament resolution of 11 May 2023 on a roadmap towards a social Europe – two years after the Porto Social Summit (2023/2586(RSP)) punkt 19 [↑](#footnote-ref-252)
253. European Parliament resolution of 1 June 2023 on strengthening social dialogue (2023/2536(RSP)) punkt 19 [↑](#footnote-ref-253)
254. KOFA-2015-27 Eidsvoll kommune [↑](#footnote-ref-254)
255. Deloitte – Evaluering av hvordan offentlige innkjøp bidrar til å fremme seriøsitet (juni 2022) [↑](#footnote-ref-255)
256. Oppdragsgiver kan i nærmere gitte omstendigheter ha en plikt til å kontrollere overholdelsen av lønns- og arbeidsvilkår i en kontrakt der det er relevant for oppdragsgiver ikke å komme i brudd med øvrige regler i anskaffelsesregelverket. Dette gjelder for eksempel reglene om endring av kontrakt. [↑](#footnote-ref-256)
257. Dokument 1 (2022–2023) Riksrevisjonsrapport om statlige virksomheters oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår i anskaffelser [↑](#footnote-ref-257)
258. Nasjonalt tverretatlig analyse- og etterretningssenter (NTAES) 2022 [↑](#footnote-ref-258)
259. Dokument 1 (2022–2023) Riksrevisjonsrapport om statlige virksomheters oppfølging av lønns- og arbeidsvilkår i anskaffelser [↑](#footnote-ref-259)
260. Deloitte – Evaluering av hvordan offentlige innkjøp bidrar til å fremme seriøsitet (juni 2022) [↑](#footnote-ref-260)
261. https://anskaffelser.no/verktoy/veiledere/veileder-om-lonns-og-arbeidsvilkar-i-offentlige-kontrakter-bokmal [↑](#footnote-ref-261)
262. https://anskaffelser.no/verktoy/analyseverktoy/risikostyringsverktoy-lonns-og-arbeidsvilkar [↑](#footnote-ref-262)
263. https://anskaffelser.no/beste-praksis-kontraktsoppfolging [↑](#footnote-ref-263)
264. Forskrift 3. august 2009 nr. 1028 om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser [↑](#footnote-ref-264)
265. Slik dokumentasjon inneholder personopplysninger, som må behandles i tråd med personvernregelverket. [↑](#footnote-ref-265)
266. Forskrift 29. august 2023 nr. 1363 om endring i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. I kraft fra 1. januar 2024. [↑](#footnote-ref-266)
267. Nærings- og fiskeridepartementet og Arbeids- og inkluderingsdepartementet – høring – forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften 2022 [↑](#footnote-ref-267)
268. Dette betyr for eksempel at oppdragsgivere ikke bør kunne bruke ny lovhjemmel til å kontrollere særskilte krav i egne seriøsitetsmodeller. [↑](#footnote-ref-268)
269. https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/nfd/sak/norgesmodellen/id2917213/ [↑](#footnote-ref-269)
270. Men også andre EØS-stater har særregler om lærlinger. Et eksempel er Danmark, se omtalen i kapittel 6. [↑](#footnote-ref-270)
271. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.7.4 [↑](#footnote-ref-271)
272. Ibid. punkt 7.74 og kapittel 10 merknader til § 7 [↑](#footnote-ref-272)
273. Jf. også ibid. kapittel 10 merknader til § 7 [↑](#footnote-ref-273)
274. Ibid. punkt 7.7.4 [↑](#footnote-ref-274)
275. Ibid. kapittel 10 merknader til § 7 [↑](#footnote-ref-275)
276. Kunnskapsdepartementet – Hvilke former for yrkesrettet opplæring som kan anses å oppfylle lærlingeklausulen i anskaffelsesregelverket 2021 [↑](#footnote-ref-276)
277. KOFA-2018-118 Forsvarsbygg avsnitt 23 til 27. [↑](#footnote-ref-277)
278. KOFA-2018-82 Lindesnes kommune avsnitt 26 til 30. [↑](#footnote-ref-278)
279. https://anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/krav-om-bruk-av-laerlinger-i-offentlige-kontrakter/saerlig-behov-laereplasser 2022 [↑](#footnote-ref-279)
280. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.7.4 [↑](#footnote-ref-280)
281. Ibid. punkt 7.7.4 og kapittel 10 merknader til § 7 [↑](#footnote-ref-281)
282. KOFA-2018-118 Forsvarsbygg og KOFA-2018-82 Lindesnes kommune [↑](#footnote-ref-282)
283. KOFA-2017-344 Kystverket Nordland avsnitt 26 [↑](#footnote-ref-283)
284. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.7.4 [↑](#footnote-ref-284)
285. Ibid. punkt 7.7.4 [↑](#footnote-ref-285)
286. Kunnskapsdepartementet – høring – forslag til endringer i forskrift om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter 2023 [↑](#footnote-ref-286)
287. Oslo-Economics 2020 – Virkninger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-287)
288. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.5.5.5 [↑](#footnote-ref-288)
289. Ibid. [↑](#footnote-ref-289)
290. EFTAs overvåkingsorgan (ESA) Request for information concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway [↑](#footnote-ref-290)
291. Nærings- og fiskeridepartementet 2019 – Regarding request for information concerning restrictions on subcontracting in the field of public rocurement in Norway [↑](#footnote-ref-291)
292. EFTAs overvåkingsorgan (ESA) 2020 – Letter of formal notice to Norway concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway [↑](#footnote-ref-292)
293. Nærings- og fiskeridepartementet 2020 Reply to letter of formal notice to Norway concerning restrictions on subcontracting in the field of public procurement in Norway [↑](#footnote-ref-293)
294. Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 10 merknad til § 5 [↑](#footnote-ref-294)
295. Innst. 223 S (2021–2022) se vedlegg, brev fra næringsministeren datert 18. februar 2022 på side 2 [↑](#footnote-ref-295)
296. Forslag til formålsbestemmelse i § 1-1 benytter også begrepet «anstendige arbeidsforhold», uten at det er ment å ha samme meningsinnhold som i åpenhetsloven. Det vises til omtalen av § 1-1 i kapittel 11. [↑](#footnote-ref-296)
297. Prop. 150 L (2020–2021) kapittel 8.2.3.1 [↑](#footnote-ref-297)
298. Ibid. punkt 1 [↑](#footnote-ref-298)
299. Ibid. punkt 8.3.3.1 [↑](#footnote-ref-299)
300. Åpenhetsloven 2021 [↑](#footnote-ref-300)
301. Prop. 150 L (2020–2021) punkt 7.3.3 [↑](#footnote-ref-301)
302. Ibid. [↑](#footnote-ref-302)
303. Ibid. punkt 8.2.3.1 [↑](#footnote-ref-303)
304. Ibid. punkt 8.2.3.3 [↑](#footnote-ref-304)
305. Forslag til direktiv om virksomhedernes due diligence i forbindelse med bæredygtighed og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937 COM(2022) 71 final [↑](#footnote-ref-305)
306. https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/mars/aktsomhetsdirektivet-/id2918419/ 2023 [↑](#footnote-ref-306)
307. Bærekraftsdirektivet 2022 [↑](#footnote-ref-307)
308. https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/juni/barekraftsrapportering-for-bedrifter/id2918224/ 2023 [↑](#footnote-ref-308)
309. Prop. 150 L (2020–2021) punkt 5 [↑](#footnote-ref-309)
310. Åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav b [↑](#footnote-ref-310)
311. https://anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/avklare-behov-og-forberede-konkurransen/forberede-konkurransen/risikostyring/etablere-tiltak-redusere-risiko [↑](#footnote-ref-311)
312. Prop. 150 L (2020–2021) punkt 7.2.3.1 [↑](#footnote-ref-312)
313. Prop. 51 L (2015–2016) Kapittel 10 merknad til § 5 [↑](#footnote-ref-313)
314. Prop. 150 L (2020–2021) punkt 7.2.3.1 [↑](#footnote-ref-314)
315. NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser punkt 7.1 og 7.2 [↑](#footnote-ref-315)
316. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 11.4.3 [↑](#footnote-ref-316)
317. Se nærmere om dette i kapittel 24.38. [↑](#footnote-ref-317)
318. https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/nfd/sak/norgesmodellen/id2917213/ [↑](#footnote-ref-318)
319. Forskrift 29. august 2023 nr. 1363 om endring i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. I kraft fra 1. januar 2024. § 6 [↑](#footnote-ref-319)
320. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/anskaffelser/faktaark\_sosial\_dumping.pdf [↑](#footnote-ref-320)
321. Forenkling over EØS-terskelverdiene må primært skje i form av klar og tydelig gjennomføring av direktivene, se kapittel 8, og gjennom klare og tydelige regler om når og på hvilken måte offentlige oppdragsgivere skal ta ulike samfunnshensyn, se kapittel 12 til 21. [↑](#footnote-ref-321)
322. Se kapittel 29 om økonomiske og administrative konsekvenser, punkt 22.2.1.4. [↑](#footnote-ref-322)
323. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser [↑](#footnote-ref-323)
324. Ibid. punkt 13.6.1 hvor et mindretall ville oppjustere terskelverdien til 600.000 kroner [↑](#footnote-ref-324)
325. Se nærmere i punkt 22.2 nedenfor. [↑](#footnote-ref-325)
326. Alle terskelverdier som omtales i dette kapittelet er eksklusive merverdiavgift. [↑](#footnote-ref-326)
327. Lovbekendtgørelse 2023-01-06 nr. 10 (Udbudsloven) [↑](#footnote-ref-327)
328. https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-er-de-forvaltningsretlige-principper/ [↑](#footnote-ref-328)
329. Tilbudsloven [↑](#footnote-ref-329)
330. Tilbudsloven § 12 andre ledd. [↑](#footnote-ref-330)
331. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling [↑](#footnote-ref-331)
332. SOU 2018:44 punkt 8.3 [↑](#footnote-ref-332)
333. Högsta Förvaltningsdomstolen mål nr. 3830-17 2018 [↑](#footnote-ref-333)
334. Det svenske finansdepartementet punkt 9.3.1 [↑](#footnote-ref-334)
335. Rt. 2009 s.1319 driftsavtaler med fysioterapeut etter dagjeldende kommunehelsetjenesteloven, som ble ansett som enkeltvedtak. [↑](#footnote-ref-335)
336. Rt. 1997 s. 574 Firesafe [↑](#footnote-ref-336)
337. Rt. 2005 s. 1638 New Pac Safety [↑](#footnote-ref-337)
338. Rt. 1998 s. 1951 Laura klubben [↑](#footnote-ref-338)
339. Pliktsubjektene etter forvaltningslovens alminnelige regler, er sentrale, regionale og lokale myndigheter, samt offentligrettslige organer NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov: side 163 og 437 [↑](#footnote-ref-339)
340. Dette er i hovedsak de samme som er pliktsubjekter etter reglene om fri bevegelighet, jf. C-91/08 Wall [↑](#footnote-ref-340)
341. Rt. 2009 s. 1356 Nordea [↑](#footnote-ref-341)
342. Rt. 2012 s. 1444 A mot NAV [↑](#footnote-ref-342)
343. Rt. 2012 s. 795 Hurtigruta [↑](#footnote-ref-343)
344. Rt. 2009 s. 1356 Nordea avsnitt 33 [↑](#footnote-ref-344)
345. Rt. 1998 s. 1398 Torghatten [↑](#footnote-ref-345)
346. Anskaffelsesloven 2016 § 2 første ledd, jf. anskaffelsesforskriften § 1 [↑](#footnote-ref-346)
347. Oslo-Economics/Inventura 2023 rapport til anskaffelsesutvalget, punkt 2.3.3 tabell 2.10 [↑](#footnote-ref-347)
348. Slik Høyesterett synes å gjøre i Rt. 2009 s. 1356 Nordea: avsnitt 31, om omtalt ovenfor. [↑](#footnote-ref-348)
349. Se særlig NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov punkt 11.6 [↑](#footnote-ref-349)
350. Se nærmere i kapittel 23 om anskaffelser med klar grensekryssende interesse. [↑](#footnote-ref-350)
351. 44 millioner fra 12.08.2016, 51 millioner fra 06.04.2018 og 51,5 millioner fra 12.02.2020. [↑](#footnote-ref-351)
352. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser kapittel 13.6.2 [↑](#footnote-ref-352)
353. Oslo-Economics/Inventura – rapport til anskaffelsesutvalget 2023 [↑](#footnote-ref-353)
354. Tilbudsloven: § 4 og § 6. Av forarbeidene til tidligere tilbudslov fra 2001 fremgår at det ikke stilles krav om annonsering i landsdekkende avis, men meningen er å sikte bredt. Alternativt kan det annonseres i et elektronisk medie, f.eks udbudsavisen. [↑](#footnote-ref-354)
355. Ibid. [↑](#footnote-ref-355)
356. KOFA-2018-154 Balsfjord kommune [↑](#footnote-ref-356)
357. Se for eksempel generaladvokatens uttalelse i sak C- 147/06 SECAP avsnitt 23 [↑](#footnote-ref-357)
358. Jf. fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 1. [↑](#footnote-ref-358)
359. Heller ikke det generelle forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 4, fordi dette er begrenset til avtalens virkeområde. [↑](#footnote-ref-359)
360. C-411/00 Felix Swoboda avsnitt 33 [↑](#footnote-ref-360)
361. C-213/07 Michaniki avsnitt 29 [↑](#footnote-ref-361)
362. Se generelt Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen 2022 side 115 og utover. [↑](#footnote-ref-362)
363. Se generaladvokatens uttalelse i C-458/03 Parking Brixen avsnitt 39 [↑](#footnote-ref-363)
364. C-507/03 Kommisjonen mot Irland avsnitt 29 og 32 [↑](#footnote-ref-364)
365. Ibid. avsnitt 29 og 32 [↑](#footnote-ref-365)
366. C-298/15 Borta avsnitt 36. [↑](#footnote-ref-366)
367. C-376/08 Serrantoni avsnitt 22 til 24 [↑](#footnote-ref-367)
368. C-470/13 Generali-Providencia Biztosító avsnitt 27 [↑](#footnote-ref-368)
369. C-318/15 Tecnoedi Costruzioni Srl avsnitt 19 [↑](#footnote-ref-369)
370. Se likevel UK Court of Appeal i Chandler v Camden 2009, hvor det betviles om EU-domstolens praksis innebærer at den grensekryssende interessen må bevises «beyond reasonable doubt» og antydes at det kan holde om det påvises «a realistic prospect of cross-border interest». Storbritannia tilhører det lille mindretallet av europeiske stater som opererer med sannsynlighetsovervekt som beviskrav i sivile saker, og det kan hevdes at dette har farget forståelsen av hva EU-domstolen legger i «certain cross-border interest». [↑](#footnote-ref-370)
371. Se for eksempel Forente saker C-147/06 og 148/06 SECAP avsnitt 24 [↑](#footnote-ref-371)
372. Se for eksempel i C-113/13 Spezzino [↑](#footnote-ref-372)
373. C-298/15 Borta avsnitt 45 [↑](#footnote-ref-373)
374. Se i samme retning sak C-699/17 Allianz Vorsorgekasse: avsnitt 50 og 51, hvor kontraktsverdien var 85 prosent av aktuell terskel og hvor den foreleggende domstolen mente at dette og den omstendighet at det ikke var noe krav om fysiske tilstedeværelse av medarbeidere eller utstyr i oppdragsgivers stat, slik at ytelsene kunne presteres fra leverandørens hjemstat, tilsa at kontrakten var av klar grensekryssende interesse. EU-domstolen understreket at det var opp til den foreleggende domstol å vurdere om kontrakten hadde klar grensekryssende interesse og viste så til den nasjonale domstolens vurdering på et vis som tilsier at EU-domstolen ikke hadde innvendinger mot denne. [↑](#footnote-ref-374)
375. Anskaffelsesdirektivet 2004 [↑](#footnote-ref-375)
376. C-318/15 Tecnoedi Costruzioni Srl [↑](#footnote-ref-376)
377. Se også direktiv 2014/24/EU, artikkel 5, nr. 10, som kan indikere samme nedre grense. [↑](#footnote-ref-377)
378. C-318/15 Tecnoedi Costruzioni Srl avsnitt 22 [↑](#footnote-ref-378)
379. Ibid. avsnitt 25. Med henvisning til denne dommen har EU-domstolen de siste årene avvist flere foreleggelser om bygge- og anleggskontrakter av betydelig lavere verdi enn EØS-terskelverdi [↑](#footnote-ref-379)
380. C-187/16 Kommission mot Østerrike [↑](#footnote-ref-380)
381. Anskaffelsesdirektivet 2004 [↑](#footnote-ref-381)
382. C-187/16 Kommission mot Østerrike avsnitt 107 til 110 [↑](#footnote-ref-382)
383. C-278/14 SC Enterprise Focused Solutions SRL [↑](#footnote-ref-383)
384. Ibid. avsnitt 21 [↑](#footnote-ref-384)
385. C- 458/03 Parking Brixen avsnitt 48 [↑](#footnote-ref-385)
386. Se f.eks. sak C-221/12 Belgacom avsnitt 25 til 34 [↑](#footnote-ref-386)
387. Se f.eks. sak C-95/10 Strong Segurança avsnitt 35 [↑](#footnote-ref-387)
388. Se nærmere om dette i rapporten til Hammersvik, punkt 2.3.2 og 2.3.3. [↑](#footnote-ref-388)
389. Se f.eks. sak C-159/11 Azienda avsnitt 51 [↑](#footnote-ref-389)
390. C-260/04 Kommisjonen mot Italia [↑](#footnote-ref-390)
391. C-95/10 Strong Segurança avsnitt 42 til 45 [↑](#footnote-ref-391)
392. I Forente saker C-147/06 og 148/06 SECAP aksepterte EU-domstolen at ressursbruken knyttet til en anskaffelse under terskelverdi kan rettferdiggjøre regler som begrenset hvor mange leverandører som får delta. I de konkrete sakene mente imidlertid domstolen at en italiensk regel om automatisk utelukkelse av tilbud som ble vurdert som unormalt lave så lenge det var minst fem andre deltakere i konkurransen, gikk for langt. Vurderingen må leses i lys av de to anskaffelsenes størrelse, som begge var byggearbeider i størrelsesorden 5 millioner euro – tett opp mot de dagjeldende terskelverdiene i direktiv 93/37/EF. [↑](#footnote-ref-392)
393. Se nærmere om dette i rapporten til Hammersvik, punkt 2.4. [↑](#footnote-ref-393)
394. Se f.eks. sak C-91/08 Wall avsnitt 36. Kommisjonen har argumentert for en kunngjøringsplikt, men altså ikke fått EU-domstolen med på dette. [↑](#footnote-ref-394)
395. Se også EU-kommisjonens tolkningsuttalelse, EU-kommisjonen punkt 2.1.1 [↑](#footnote-ref-395)
396. Ibid. punkt 2.1.2 [↑](#footnote-ref-396)
397. Punkt 2.5 flg. [↑](#footnote-ref-397)
398. https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2023/10 [↑](#footnote-ref-398)
399. Bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse [↑](#footnote-ref-399)
400. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven 2016 punkt 12.14.11 [↑](#footnote-ref-400)
401. SOU 2018:44 [↑](#footnote-ref-401)
402. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling §§ 8 og 9 [↑](#footnote-ref-402)
403. Högsta Förvaltningsdomstolen mål nr. 3830-17 2018. Merk at loven på dette tidspunkt ikke hadde en særregel om de generelle prinsippenes anvendelse på «direktupphandling» (dagens kap. 19 a § 8 ble vedtatt i 2021), men dette synes uten betydning for de prinsipielle uttalelsene i dommen, noe som også forutsettes i forarbeidene til lovendringen i 2021. [↑](#footnote-ref-403)
404. Ibid. side 7. «Om en myndighet inom ramen för en direktupphandling väljer att vända sig till flera tänkbara anbudsgivare genom t.ex. annonsering får vidare de allmänna principerna större praktisk betydelse än de har vid en upphandling där kontakt tas med endast en leverantör.» [↑](#footnote-ref-404)
405. Med unntak av kontrakter om kjøp av helse- og sosialtjenester, hvor kunngjøringsplikten først inntrer ved EØS-terskelverdien på 7,8 millioner. [↑](#footnote-ref-405)
406. Noen generell påminnelse om at EØS-avtalens hoveddel eksisterer og må respekteres, slik som det nå minnes om i folketrygdloven § 1-3, er derimot verken påkrevd eller hensiktsmessig. [↑](#footnote-ref-406)
407. C-323/96 Kommisjonen mot Belgia avsnitt 27 [↑](#footnote-ref-407)
408. C-567/15 LitSpecMet avsnitt 31 [↑](#footnote-ref-408)
409. Ibid. avsnitt 35. Den engelske versjonen av den relevante bestemmelsen i direktiv 2014/24 lyder slik: «[…] established for the specific purpose of meeting needs in the general interest.» I den danske versjonen vises det til organ som er opprettet «specielt» for å tjene allmennhetens behov, og i den svenske versjonen av direktivet vises det til organ som er opprettet «särskilt» for å tjene allmennhetens behov. [↑](#footnote-ref-409)
410. I denne retning, se KOFA-2017-131 Norges idretssforbund og olympiske og paralympiske komité: avsnitt 24 [↑](#footnote-ref-410)
411. Se også C-31/87 Beentjes avsnitt 11 [↑](#footnote-ref-411)
412. Forente saker C-155/19 og C-156/19 FIGC avsnitt 35 [↑](#footnote-ref-412)
413. Ibid. avsnitt 40 [↑](#footnote-ref-413)
414. C-31/87 Beentjes avsnitt 11 [↑](#footnote-ref-414)
415. C-44/96 Mannesmann avsnittene 32 til 35 [↑](#footnote-ref-415)
416. C-567/15 LitSpecMet avsnitt 35 [↑](#footnote-ref-416)
417. C-360/96 BFI Holding avsnitt 43 [↑](#footnote-ref-417)
418. KOFA-2022-165 Tangheia AS [↑](#footnote-ref-418)
419. C-451/08 Helmut Müller [↑](#footnote-ref-419)
420. Ibid. avsnitt 46 [↑](#footnote-ref-420)
421. Ibid. avsnitt 48 og 49 [↑](#footnote-ref-421)
422. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT (2013). Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest. [↑](#footnote-ref-422)
423. Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022: side 310, andre hele avsnitt, se videre henvisninger. [↑](#footnote-ref-423)
424. Norsk offisiell, oversettelse av direktivet bruker begrepet «innkjøpsdokument», men i det følgende benyttes anskaffelsesdokument, som også er begrepet som benyttes i dagens anskaffelsesforskrift. [↑](#footnote-ref-424)
425. C-454/06 Pressetext avsnitt 35 [↑](#footnote-ref-425)
426. Avlysning av konkurransen kan ha konsekvenser som det ikke er redegjort for i denne delutredningen. [↑](#footnote-ref-426)
427. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser: side 176 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-427)
428. I norsk offisiell oversettelse av direktivet benyttes begrepet «kombinerte innkjøp». Denne ordlyden brukes ikke her, da blandede anskaffelser er et innarbeidet begrep i dagens regelverk. [↑](#footnote-ref-428)
429. C-412/04 Kommisjonen mot Italia avsnitt 48 og utover [↑](#footnote-ref-429)
430. C-536/07 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 61 [↑](#footnote-ref-430)
431. Den norske offisielle versjonen av direktivet bruker begrepet «terskelbeløp» i artikkel 4, men i kapitteloverskriften benytttes «terskelverdier». Siden terskelverdier er et godt innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett, benyttes det gjennomgående her. [↑](#footnote-ref-431)
432. Pawel Nowicki 2021: side 42 [↑](#footnote-ref-432)
433. EUR 5 382 000 [↑](#footnote-ref-433)
434. EUR 140 000 [↑](#footnote-ref-434)
435. EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016: artikkel 1, jf. tillegg 2 [↑](#footnote-ref-435)
436. For eksempel salt, sovel, jord, sement, malm, sprengstoffer, tåregass, gjødsel, kjemiske produkter, keramiske produkter, bestikk, lokomotiver, skip, koster, børster, pudderkvaster og sikter. [↑](#footnote-ref-436)
437. EUR 750 000 [↑](#footnote-ref-437)
438. EUR 431 000 [↑](#footnote-ref-438)
439. EUR 1 000 000 [↑](#footnote-ref-439)
440. LH-2018-99424 [↑](#footnote-ref-440)
441. KOFA-2020-202 Kristiansand kommune/Birkenes kommune/ Vennesla kommune avsnitt 27 [↑](#footnote-ref-441)
442. C-16/98 Kommisjonen mot Frankrike [↑](#footnote-ref-442)
443. Ibid. avsnitt 65 [↑](#footnote-ref-443)
444. Dette er det direktivet omtaler som «samme type». [↑](#footnote-ref-444)
445. LB-2021-36870 [↑](#footnote-ref-445)
446. WTO-avtalen om offentlige anskaffelser [↑](#footnote-ref-446)
447. Det følger av fortalen til direktivet premiss 18, og artikkel 92 at kommisjonen skal vurdere en økning av terskelverdiene i GPA ved neste forhandlingsrunde. [↑](#footnote-ref-447)
448. EØS-komiteens beslutning nr. 80/2022 av 18. mars 2022 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) 2022 [↑](#footnote-ref-448)
449. C-26/03 Stadt Halle [↑](#footnote-ref-449)
450. C-260/17 Anodiki Services [↑](#footnote-ref-450)
451. C-298/15 Borta avsnitt 36 [↑](#footnote-ref-451)
452. C-410/14 Dr. Falk Pharma GmbH avsnitt 44 [↑](#footnote-ref-452)
453. C-521/18 Pegaso avsnitt 39 og 43 [↑](#footnote-ref-453)
454. Ibid. avsnitt 41 til 45 [↑](#footnote-ref-454)
455. LB-2022-53474 [↑](#footnote-ref-455)
456. C-408/16 Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA avsnitt 45 [↑](#footnote-ref-456)
457. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 524 [↑](#footnote-ref-457)
458. Ibid. [↑](#footnote-ref-458)
459. Anskaffelsesdirektivet 2004 fortalen premiss 24 [↑](#footnote-ref-459)
460. Dragsten 2020 kommentarer til § 2-4 [↑](#footnote-ref-460)
461. Morten Goller med flere 2014 side 15 og 29 [↑](#footnote-ref-461)
462. C-537/19 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 48 [↑](#footnote-ref-462)
463. Ibid. avsnitt 49 [↑](#footnote-ref-463)
464. C-536/07 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 55 [↑](#footnote-ref-464)
465. C-213/13 Impresa Pizzarotti avsnitt 43 [↑](#footnote-ref-465)
466. C-536/07 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 57 [↑](#footnote-ref-466)
467. C-213/13 Impresa Pizzarotti avsnitt 41 [↑](#footnote-ref-467)
468. Ibid. avsnitt 40 [↑](#footnote-ref-468)
469. C-536/07 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 54 [↑](#footnote-ref-469)
470. C-537/19 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 50 [↑](#footnote-ref-470)
471. C-213/13 Impresa Pizzarotti avsnitt 44 [↑](#footnote-ref-471)
472. C-537/19 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 51 [↑](#footnote-ref-472)
473. C-536/07 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 58 [↑](#footnote-ref-473)
474. C-537/19 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 53 flg. [↑](#footnote-ref-474)
475. C-537/19 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 75 [↑](#footnote-ref-475)
476. C-537/19 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 52 [↑](#footnote-ref-476)
477. C-536/07 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 60 og 61 [↑](#footnote-ref-477)
478. C-213/13 Impresa Pizzarotti avsnitt 49 til 51 [↑](#footnote-ref-478)
479. C-337/06 Bayerischer Rundfunk avsnitt 64 [↑](#footnote-ref-479)
480. C-264/18 P.M. avsnitt 42 [↑](#footnote-ref-480)
481. Ibid. avsnitt 35 til 38 [↑](#footnote-ref-481)
482. C-342/15 Piringer [↑](#footnote-ref-482)
483. C-392/15 Kommisjonen mot Ungarn avsnitt 99 [↑](#footnote-ref-483)
484. C-47/08 Kommisjonen mot Belgia [↑](#footnote-ref-484)
485. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 105 [↑](#footnote-ref-485)
486. C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 76 [↑](#footnote-ref-486)
487. Ibid. avsnitt 78 og 79 [↑](#footnote-ref-487)
488. C-47/08 Kommisjonen mot Belgia [↑](#footnote-ref-488)
489. KOFA-2010-364 Barne, ungdoms- og familieetaten Region Øst [↑](#footnote-ref-489)
490. 16-126305TVI-OBYF [↑](#footnote-ref-490)
491. Nærings- og fiskeridepartementet – Tolkningsuttalelse til unntaket for offentlig myndighetsutøvelse 2015 [↑](#footnote-ref-491)
492. Direktiv 2004/39/EF er videreført i nytt direktiv 2014/65/EU [↑](#footnote-ref-492)
493. C-260/17 Anodiki Services avsnitt 25 [↑](#footnote-ref-493)
494. Ibid. avsnitt 28 [↑](#footnote-ref-494)
495. Ibid. avsnitt 30 og 31 [↑](#footnote-ref-495)
496. KOFA-2010-24 Helse Stavanger [↑](#footnote-ref-496)
497. C-456/17 Falck avsnitt 26 flg. [↑](#footnote-ref-497)
498. Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1370/2007 av 23. oktober 2007 om offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og 1107/70. [↑](#footnote-ref-498)
499. EU-kommisjonen COMMISSION STAFF WORKING PAPER concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (‘public-public cooperation’) 2011 punkt 4.3. EU-kommisjonens dokument gjelder den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2004/18, og uttalelsen er derfor fortsatt relevant. [↑](#footnote-ref-499)
500. KOFA-2008-77 Risør og Tvedestrandregionens Avfallsselskap AS avsnitt 43 [↑](#footnote-ref-500)
501. KOFA-2008-7 Steinkjer kommune avsnitt 77 flg. [↑](#footnote-ref-501)
502. Ibid. avsnitt 78 [↑](#footnote-ref-502)
503. KOFA-2008-8 Steinkjer kommune avsnitt 48 [↑](#footnote-ref-503)
504. C-220/06 Correos avsnitt 80 flg. [↑](#footnote-ref-504)
505. E-1/06 ESA mot Norge avsnitt 29 og 31 flg. med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-505)
506. C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus [↑](#footnote-ref-506)
507. C-360/96 BFI Holding [↑](#footnote-ref-507)
508. Rt. 2007 s. 1003 Spillautomat-dommen avsnitt 75 [↑](#footnote-ref-508)
509. Forente saker KOFA-2012-157, KOFA-2012-169 og KOFA-2012-181 [↑](#footnote-ref-509)
510. EFTAs overvåkningsorgan (ESA). (2021) Letter of formal notice to Norway in respect of a complaint against Norway concerning the award of exclusive rights for collection and treatment of municipal commercial waste [↑](#footnote-ref-510)
511. E-8/23 Trannel International Limited mot Staten v/ Kultur- og likestillingsdepartementet [↑](#footnote-ref-511)
512. C-107/98 Teckal avsnitt 51 [↑](#footnote-ref-512)
513. Se anskaffelsesdirektivets fortale premiss 5 [↑](#footnote-ref-513)
514. Se anskaffelsesdirektivets fortale premiss 31 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-514)
515. C-107/98 Teckal [↑](#footnote-ref-515)
516. C-458/03 Parking Brixen avsnitt 65 [↑](#footnote-ref-516)
517. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 kapittel 4.3.1 [↑](#footnote-ref-517)
518. Advokatfirmaet Hjort DA 2014 kapittel 6.2.2 [↑](#footnote-ref-518)
519. Forente saker C-182-11 og C-183/11 Econord avsnitt 27 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-519)
520. C-553/15 Undis Servizi avsnitt 33 [↑](#footnote-ref-520)
521. C-340/04 Carbotermo avsnitt 65 til 67 [↑](#footnote-ref-521)
522. Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 32 andre avsnitt siste setning [↑](#footnote-ref-522)
523. Wojiciech Hartung 2021 kapittel 12.42 [↑](#footnote-ref-523)
524. C-29/04 Mödling [↑](#footnote-ref-524)
525. C-573/07 Sea avsnitt 50 og 51 [↑](#footnote-ref-525)
526. Ibid. avsnitt 53 [↑](#footnote-ref-526)
527. C-574/12 SUCH avsnitt 44 [↑](#footnote-ref-527)
528. C-573/07 Sea avsnitt 53 [↑](#footnote-ref-528)
529. C-26/03 Stadt Halle avsnitt 46 [↑](#footnote-ref-529)
530. Arrowsmith 2014 kapittel 6-188 med henvisning til J. Wiggen [↑](#footnote-ref-530)
531. Wojiciech Hartung 2021 kapittel 12.49 [↑](#footnote-ref-531)
532. Forente saker C-383/21 og C-384/21 Sambre og Biesme [↑](#footnote-ref-532)
533. C-480/06 Stadtreinigung Hamburg [↑](#footnote-ref-533)
534. C-159/11 Azienda [↑](#footnote-ref-534)
535. Anskaffelsesdirektivet fortalen premiss 5 [↑](#footnote-ref-535)
536. Wojiciech Hartung 2021 kapittel 12.57 med henvisning til C-796/18 [↑](#footnote-ref-536)
537. KOFA 2017-107 Ruter AS [↑](#footnote-ref-537)
538. Ibid. avsnitt 51 til 53 [↑](#footnote-ref-538)
539. C-796/18 Stadt Köln [↑](#footnote-ref-539)
540. C-429/19 Remondis [↑](#footnote-ref-540)
541. Ibid. [↑](#footnote-ref-541)
542. Ibid. avsnitt 29 [↑](#footnote-ref-542)
543. Forente saker C-383/21 og C-384/21 Sambre og Biesme avsnitt 81 til 85 [↑](#footnote-ref-543)
544. KOFA 2017-107 Ruter AS avsnitt 47 [↑](#footnote-ref-544)
545. Wojiciech Hartung 2021 kapittel 12.71 [↑](#footnote-ref-545)
546. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 – veileder til reglene om offentlige anskaffelser, punkt 4.4 [↑](#footnote-ref-546)
547. Artikkel 2 i direktiv 93/37/EØF [↑](#footnote-ref-547)
548. T-488/10 Frankrike mot Kommisjonen avsnitt 30 [↑](#footnote-ref-548)
549. Ibid. avsnitt 31 [↑](#footnote-ref-549)
550. Ibid. avsnitt 32 [↑](#footnote-ref-550)
551. Ibid. avsnitt 33 [↑](#footnote-ref-551)
552. C-115/12 Frankrike mot Kommisjonen avsnitt 53 og 54 [↑](#footnote-ref-552)
553. Vedlegg II lister opp visse bygge- og anleggsarbeider [↑](#footnote-ref-553)
554. Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften 2015: nederst på side 3 [↑](#footnote-ref-554)
555. Thue 2018: side 213 [↑](#footnote-ref-555)
556. Ibid. med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-556)
557. Fornyings- og administrasjonsdepartementet 2013: side 19 [↑](#footnote-ref-557)
558. Se KOFA-2017-43 avsnitt 36 og 37. Saken var knyttet til anskaffelsesforskriften fra 2006, § 1-3 andre ledd bokstav g, som gjennomførte artikkel 16 bokstav f i anskaffelsesdirektivet fra 2004. [↑](#footnote-ref-558)
559. Forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 8 omhandler terskelverdier, mens artikkel 12 omhandler kontrakter inngått i henhold til internasjonale regler. Artikkel 13 gir unntak for særlige tilfeller. [↑](#footnote-ref-559)
560. Baudouin Heuninckx 2021 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-560)
561. Se for eksempel i C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 75 og utover. Den konkrete saken gjaldt trykking av ID-dokumenter, blant annet pass og nødpass. [↑](#footnote-ref-561)
562. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014: side 541 [↑](#footnote-ref-562)
563. Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-563)
564. Jf. presiseringen i andre punktum av at konkurransen skal anses kunstig begrenset dersom anskaffelsen utformes «i den hensikt å favorisere eller forfordele visse markedsaktører» [↑](#footnote-ref-564)
565. C-395/18 Tim SpA avsnitt 38 [↑](#footnote-ref-565)
566. Prop. 51 L (2015–2016): kapittel 10, merknader til § 14 [↑](#footnote-ref-566)
567. Ibid. kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-567)
568. LG-2021-21890 [↑](#footnote-ref-568)
569. LB-2018-87809 [↑](#footnote-ref-569)
570. KOFA-2023-194 Sykehusinnkjøp HF [↑](#footnote-ref-570)
571. KOFA-2023-150 Oslo kommune [↑](#footnote-ref-571)
572. LE-2021-113410 [↑](#footnote-ref-572)
573. Se Vedlegg V om opplysninger som skal angis i kunngjøringer, del C, punkt 22. Krav til språk i kontraktsfasen vil derimot etter omstendighetene kunne utgjøre en ulovlig restriksjon etter EU-retten [↑](#footnote-ref-573)
574. Se fortalens første avsnitt. I artikkel 18 nr. 1 heter det at oppdragsgiver skal «opptre på en måte som gir adgang til innsyn». [↑](#footnote-ref-574)
575. C-538-13 eVigilo avsnitt 33 [↑](#footnote-ref-575)
576. Prop. 51 L (2015–2016) Kapittel 10, kommentarer til § 4 [↑](#footnote-ref-576)
577. Hammersvik 2023 punkt 2.3.2 [↑](#footnote-ref-577)
578. C-16/98 Kommisjonen mot Frankrike [↑](#footnote-ref-578)
579. Se eksempelvis sak C-199/07 Kommisjonen mot Hellas avsnitt 38: «Særligt skal de potentielt interesserede befinde sig i en lige situation hvad angår omfanget af de oplysninger, der er indeholdt i en udbudsbekendtgørelse» [↑](#footnote-ref-579)
580. LB-2010-89858 [↑](#footnote-ref-580)
581. LB-2010-68992 [↑](#footnote-ref-581)
582. Rt. 2008 s. 1705 Rabatt-dommen [↑](#footnote-ref-582)
583. LB-2019-145192 [↑](#footnote-ref-583)
584. Se for eksempel C-21/03 C-34/03 Fabricom avsnitt 27 [↑](#footnote-ref-584)
585. C-237/94 O’Flynn [↑](#footnote-ref-585)
586. C-234/03 Contse [↑](#footnote-ref-586)
587. På dansk heter det «ens og uden forskelsbehandling», på engelsk «equally and without discrimination». [↑](#footnote-ref-587)
588. C-376/08 Serrantoni [↑](#footnote-ref-588)
589. C-358/12 Consorizio Stabile [↑](#footnote-ref-589)
590. C-324/98 Teleaustria avsnitt 60 og 61 [↑](#footnote-ref-590)
591. Ibid. avsnitt 62 [↑](#footnote-ref-591)
592. Hammersvik 2023 punkt 2.3.2 [↑](#footnote-ref-592)
593. C-368/10 Max Havelaar avsnitt 56 [↑](#footnote-ref-593)
594. LB-2019-851112 [↑](#footnote-ref-594)
595. Dragsten 2022 kommentarer til § 4 [↑](#footnote-ref-595)
596. E-24/13 Wolfgang Egger avsnitt 52 [↑](#footnote-ref-596)
597. C-64/08 Engelmann avsnitt 50 [↑](#footnote-ref-597)
598. C-278/14 SC Enterprise Focused Solutions SRL avsnitt 26 [↑](#footnote-ref-598)
599. C-25-26/14 UNIS avsnitt 39 [↑](#footnote-ref-599)
600. C-231/03 Coname avsnitt 21 [↑](#footnote-ref-600)
601. E-24/13 Wolfgang Egger avsnitt 55 [↑](#footnote-ref-601)
602. C-496/99 Kommisjonen mot CAS Succhi di Frutta avsnitt 111 [↑](#footnote-ref-602)
603. T-165/12 Evropaïki Dynamiki III avsnitt 48 [↑](#footnote-ref-603)
604. Ibid. avsnitt 49 [↑](#footnote-ref-604)
605. Arrowsmith 2005 side 430 til 431 [↑](#footnote-ref-605)
606. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 10.3 [↑](#footnote-ref-606)
607. C-265/87 Schröder [↑](#footnote-ref-607)
608. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 10.3 [↑](#footnote-ref-608)
609. I norsk språkdrakt: «Offentlige oppdragsgivere skal … opptre på en måte som … står i forhold til målet» [↑](#footnote-ref-609)
610. Se hhv. premiss 57, 83 og 101 i fortalen. Merk for øvrig at det varierer fra språkversjon til språkversjon i hvor stor grad termer som «forholdsmessighet» / «proportionality» osv. brukes direkte. Et søk i den engelske direktivteksten gir 17 treff på «proportionate», mens det i den norske versjonen bare er 11 treff på «forholdsmessig». Dette er selvfølgelig uten betydning for vurderingen av om det reelt sett er forholdsmessighetsprinsippet om omtales. [↑](#footnote-ref-610)
611. Hammersvik 2023 punkt 2.3.2 med videre henvisninger til EU-domstolens praksis [↑](#footnote-ref-611)
612. Hhv. premiss 78 og 108 [↑](#footnote-ref-612)
613. Hammersvik 2023 punkt 2.3.2 med videre henvisninger til EU-domstolens praksis [↑](#footnote-ref-613)
614. Se premiss 136 i anskaffelsesdirektivets fortale. [↑](#footnote-ref-614)
615. Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-615)
616. Carina Risvig Hamer og Marta Andhov 2021 punkt 18.39 følgende [↑](#footnote-ref-616)
617. C-395/18 Tim SpA avsnitt 38 [↑](#footnote-ref-617)
618. Ibid. avsnitt 38 [↑](#footnote-ref-618)
619. Carina Risvig Hamer og Marta Andhov 2021 punkt 18.53 [↑](#footnote-ref-619)
620. Se nærmere punkt 1.3.6 nedenfor [↑](#footnote-ref-620)
621. EU-domstolens tilnærming i C-395/18 Tim SpA er illustrerende, se avsnitt 44 følgende [↑](#footnote-ref-621)
622. Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-622)
623. Ibid. kapittel 10, merkander til § 4 [↑](#footnote-ref-623)
624. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 10.4.7 [↑](#footnote-ref-624)
625. NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser side 116 [↑](#footnote-ref-625)
626. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 10.4.7 [↑](#footnote-ref-626)
627. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.4.5 [↑](#footnote-ref-627)
628. Ibid. punkt 7.4.5 [↑](#footnote-ref-628)
629. Ibid. kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-629)
630. Ibid. kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-630)
631. Ibid. kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-631)
632. Dragsten 2022 kommentarer til § 4 [↑](#footnote-ref-632)
633. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 10.5 [↑](#footnote-ref-633)
634. Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-634)
635. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 10.5 [↑](#footnote-ref-635)
636. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.4.5 [↑](#footnote-ref-636)
637. Ibid. kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-637)
638. Dragsten 2020 kommentarer til § 4 [↑](#footnote-ref-638)
639. Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 10, merknader til § 4 [↑](#footnote-ref-639)
640. Ibid. punkt 7.4.5 [↑](#footnote-ref-640)
641. Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften punkt 3.4 [↑](#footnote-ref-641)
642. Ibid. punkt 3.4 [↑](#footnote-ref-642)
643. Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.5.3 [↑](#footnote-ref-643)
644. Ibid. punkt 7.5.5.4 [↑](#footnote-ref-644)
645. Ibid. punkt 6.4 [↑](#footnote-ref-645)
646. Se mer i kapittel 6 om dansk rett [↑](#footnote-ref-646)
647. Se mer i kapittel 6 om svensk rett [↑](#footnote-ref-647)
648. C-395/18 Tim SpA [↑](#footnote-ref-648)
649. C-219/19 Parsec Fondazione avsnitt 18 til 28 [↑](#footnote-ref-649)
650. C-396/14 MT Højgaard avsnitt 40 [↑](#footnote-ref-650)
651. Ibid. avsnitt 41 [↑](#footnote-ref-651)
652. Ibid. avsnitt 44 [↑](#footnote-ref-652)
653. C-697/17 Telecom Italia avsnitt 35 og 54 [↑](#footnote-ref-653)
654. Generaladvokatens forslag i sak C-697 Telecom Italia avsnitt 74 [↑](#footnote-ref-654)
655. KOFA-2021-997 Forsvarsdepartementet [↑](#footnote-ref-655)
656. Ibid. avsnitt 46 [↑](#footnote-ref-656)
657. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 punkt 4.51 [↑](#footnote-ref-657)
658. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven 2016 punkt 11.2 [↑](#footnote-ref-658)
659. Caranta 2021: avsnitt 19.08 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-659)
660. https://www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf 2020: er et eksempel på veiledning fra danske myndigheter om temaet. [↑](#footnote-ref-660)
661. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 punkt 4.51 [↑](#footnote-ref-661)
662. Ibid. punkt 4.51 [↑](#footnote-ref-662)
663. Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften pkt. 2.6.4 [↑](#footnote-ref-663)
664. Europa-kommisjonen 2021 – Sociale hensyn ved indkøb – En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige udbud [↑](#footnote-ref-664)
665. https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/proximity-and-social-economy/social-economy-eu/social-enterprises\_en Social enterprises [↑](#footnote-ref-665)
666. C-513/99 Concordia Bus avsnitt 64 og 85 [↑](#footnote-ref-666)
667. Ioan Baciu 2021 kapittel 20.07 [↑](#footnote-ref-667)
668. https://drive.google.com/file/d/1e9YkbvR5cUTij0bz9i8NDTpzV6O9KJjY/view 2020 [↑](#footnote-ref-668)
669. C-54/21 Antea Polska avsnitt 65 [↑](#footnote-ref-669)
670. Ibid. avsnitt 63 [↑](#footnote-ref-670)
671. Forretningshemmelighetsdirektivet 2016 [↑](#footnote-ref-671)
672. Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 18 [↑](#footnote-ref-672)
673. C-450/06 Varec avsnitt 34 og 35 [↑](#footnote-ref-673)
674. Justisdepartementet – JDLOV-2010-8882 [↑](#footnote-ref-674)
675. C-927/19 Klaipédos [↑](#footnote-ref-675)
676. LH-2023-45876 [↑](#footnote-ref-676)
677. Petra Ferk and Bostjan Ferk 2021 kapittel 22.09 [↑](#footnote-ref-677)
678. Den norske oversettelsen av direktivet benytter begrepet utstyr, men det anses at begrepet løsning som er benyttet i anskaffelsesforskriften i dag er bedre. [↑](#footnote-ref-678)
679. Den norske oversettelsen av direktivet benytter begrepet applikasjon, men det anses at begrepet programvare som er benyttet i anskaffelsesforskriften i dag er mer forståelig. [↑](#footnote-ref-679)
680. Nærings- og fiskeridepartementet: kap. 4.4 [↑](#footnote-ref-680)
681. Lov om elektroniske tillitstjenester 2018 [↑](#footnote-ref-681)
682. Forskrift om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner 2019 [↑](#footnote-ref-682)
683. Rt. 2008 s. 982 Catch Communications avsnitt 45 og 46 [↑](#footnote-ref-683)
684. KOFA-2019-697 Trondheim kommune [↑](#footnote-ref-684)
685. C-21/03 C-34/03 Fabricom avsnitt 33–36 [↑](#footnote-ref-685)
686. C-538-13 eVigilo avsnitt 43 [↑](#footnote-ref-686)
687. Rt. 1998 s.1398 Torghatten side 1410 [↑](#footnote-ref-687)
688. Rt. 2007 s. 983 SB Transport avsnitt 81–84 [↑](#footnote-ref-688)
689. KOFA-2022-913 Kunnskapsdepartementet ved Sikt [↑](#footnote-ref-689)
690. Arrowsmith 2018: kapittel 14–78 side 55 [↑](#footnote-ref-690)
691. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser kapittel 25.3.2.8 [↑](#footnote-ref-691)
692. Prop. 51 L (2015–2016): kapittel 10, merknader til § 13 [↑](#footnote-ref-692)
693. https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/rettighetshavere/id2599681/ [↑](#footnote-ref-693)
694. Se nærmere omtale i kapittel 7.3.2. [↑](#footnote-ref-694)
695. Ibid. [↑](#footnote-ref-695)
696. Ibid. [↑](#footnote-ref-696)
697. C-299/08 Kommisjonen mot Frankrike avsnitt 28 og 29 [↑](#footnote-ref-697)
698. C-385/02 Magistrato per il Po di Parma avsnitt 19 [↑](#footnote-ref-698)
699. C-107/92 Kommisjonen mot Italia [↑](#footnote-ref-699)
700. Arrowsmith 2014 side 872, 878, 879 og 962 [↑](#footnote-ref-700)
701. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 16.2 [↑](#footnote-ref-701)
702. Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften 2015 punkt 3.2.5 [↑](#footnote-ref-702)
703. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 576 [↑](#footnote-ref-703)
704. I anskaffelsesforskriften brukes betegnelsene design og innovasjon. Utvalget foreslår å videreføre disse innarbeidede begrepene. [↑](#footnote-ref-704)
705. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 punkt 17.5 [↑](#footnote-ref-705)
706. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 577 [↑](#footnote-ref-706)
707. C-84/03 Kommisjonen mot Spania avsnitt 48 [↑](#footnote-ref-707)
708. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 511 [↑](#footnote-ref-708)
709. Krönke 2021 punkt 26.3 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-709)
710. Fortalen premiss 46 [↑](#footnote-ref-710)
711. Caranta 2018 [↑](#footnote-ref-711)
712. Krönke 2021 [↑](#footnote-ref-712)
713. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 punkt 31.2.4.2 [↑](#footnote-ref-713)
714. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 137 [↑](#footnote-ref-714)
715. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven 2016 side 166 [↑](#footnote-ref-715)
716. EU-kommisjonen 2020/C 108 I/01 2020 [↑](#footnote-ref-716)
717. https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/covid-19-utbruddet-og-anskaffelsesregelverket/id2693720/ [↑](#footnote-ref-717)
718. C-697/17 Telecom Italia avsnitt 34 [↑](#footnote-ref-718)
719. Ibid. avsnitt 35 [↑](#footnote-ref-719)
720. C-396/14 MT Højgaard [↑](#footnote-ref-720)
721. C-226/09 Kommisjonen mot Irland [↑](#footnote-ref-721)
722. C-561/12 Nordecon avsnitt 39 [↑](#footnote-ref-722)
723. KOFA-2021-2139 Vestland fylkeskommune avsnitt 38 [↑](#footnote-ref-723)
724. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 141 [↑](#footnote-ref-724)
725. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 punkt 34.4.7.2 [↑](#footnote-ref-725)
726. https://anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/anskaffelsesprosedyrer/konkurranse-med-forhandlinger [↑](#footnote-ref-726)
727. Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften 2015 side 29 [↑](#footnote-ref-727)
728. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 25.4.5.2 [↑](#footnote-ref-728)
729. LB-2022-60123 Telenor [↑](#footnote-ref-729)
730. KOFA-2021-2139 Vestland fylkeskommune [↑](#footnote-ref-730)
731. Arrowsmith 2014 side 1008 [↑](#footnote-ref-731)
732. KOFA-2021-410 Bergen kommune avsnitt 62 [↑](#footnote-ref-732)
733. KOFA-2022-886 Ruter AS avsnitt 44 og 45 [↑](#footnote-ref-733)
734. Blant annet har lagmannsretten i flere tilfeller lagt til grunn at det etter omstendighetene kan foreligge en plikt til til å veilede om forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingen, jf. blant annet i LB-2015-8828, LB-2016-65693, og LH-2020-65984. [↑](#footnote-ref-734)
735. LB-2022-60123 Telenor [↑](#footnote-ref-735)
736. https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15473/attachments/1/translations/en/renditions/native 2005 [↑](#footnote-ref-736)
737. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 594 [↑](#footnote-ref-737)
738. Ibid. side 595 [↑](#footnote-ref-738)
739. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 kapittel 39 [↑](#footnote-ref-739)
740. Gomes (2021) side 343 [↑](#footnote-ref-740)
741. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 side 601 [↑](#footnote-ref-741)
742. C-26/03 Stadt Halle avsnitt 46 [↑](#footnote-ref-742)
743. C-250/07 Kommisjonen mot Hellas avsnitt 34 [↑](#footnote-ref-743)
744. C-84/03 Kommisjonen mot Spania avsnitt 48 [↑](#footnote-ref-744)
745. C-250/07 Kommisjonen mot Hellas avsnitt 42 [↑](#footnote-ref-745)
746. Ibid. avsnitt 52 [↑](#footnote-ref-746)
747. C-275/08 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 61 til 63 [↑](#footnote-ref-747)
748. C-394/02 Kommisjonen mot Hellas avsnitt 36 til 39 [↑](#footnote-ref-748)
749. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 punkt 18.3.3 [↑](#footnote-ref-749)
750. Ibid. punkt 18.3.3 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-750)
751. Ibid. punkt 18.3.3 [↑](#footnote-ref-751)
752. C-337/05 Kommisjonen mot Italia avsnitt 59 [↑](#footnote-ref-752)
753. C-57/94 Kommisjonen mot Italia [↑](#footnote-ref-753)
754. Ibid. avsnitt 21 [↑](#footnote-ref-754)
755. C-275/08 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 61 [↑](#footnote-ref-755)
756. KOFA-2016-145 Mandal kommune avsnitt 16 [↑](#footnote-ref-756)
757. C-328/92 Kommisjonen mot Spania avsnitt 17 [↑](#footnote-ref-757)
758. C-126/03 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 23 [↑](#footnote-ref-758)
759. C-318/94 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 18 [↑](#footnote-ref-759)
760. Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-525/03 Kommisjonen mot Italia [↑](#footnote-ref-760)
761. C-394/02 Kommisjonen mot Hellas avsnitt 42 og 43 [↑](#footnote-ref-761)
762. KOFA-2020-313 Folkehelseinstituttet avsnitt 42 [↑](#footnote-ref-762)
763. EU-kommisjonen (2020) – Vejledning fra Europa-Kommissionen om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen [↑](#footnote-ref-763)
764. KOFA-2020-313 Folkehelseinstituttet avsnitt 77 [↑](#footnote-ref-764)
765. Ibid. avsnitt 78 [↑](#footnote-ref-765)
766. C-340/02 Kommisjonen mot Frankrike [↑](#footnote-ref-766)
767. C-385/02 Magistrato per il Po di Parma avsnitt 34 [↑](#footnote-ref-767)
768. NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 12.5.1 [↑](#footnote-ref-768)
769. Ibid. punkt 12.5.1 [↑](#footnote-ref-769)
770. Arrowsmith 2014 punkt 10-53 og 10-54 [↑](#footnote-ref-770)
771. Bogdanowicz 2021 [↑](#footnote-ref-771)
772. Cantara 2018 [↑](#footnote-ref-772)
773. Prop. 12 L (2011–2012) punkt 4.4.5 [↑](#footnote-ref-773)
774. NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser punkt 13.5 [↑](#footnote-ref-774)
775. KOFA-2016-18 Bodø kommune avsnitt 94 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-775)
776. C-23/20 Simonsen & Weel avsnitt 68 og 74 [↑](#footnote-ref-776)
777. Ibid. avsnitt 56 [↑](#footnote-ref-777)
778. Ibid. avsnitt 63 [↑](#footnote-ref-778)
779. Ibid. avsnitt 68 og 70 [↑](#footnote-ref-779)
780. Forente saker C-274/21 og C-275/21 EPIC [↑](#footnote-ref-780)
781. KOFA-2020-933 Lindesnes kommune avsnitt 72 [↑](#footnote-ref-781)
782. Fortalen premiss 66 [↑](#footnote-ref-782)
783. Artikkel 65 gir mulighet til å begrense antallet kvalifiserte leverandører som inviteres til å levere tilbud eller delta i dialogfasen i en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling, konkurransepreget dialog eller innovasjonspartnerskap. [↑](#footnote-ref-783)
784. Den norske oversettelsen av direktivet bruker begrepet «gyldighetstid». [↑](#footnote-ref-784)
785. Håndhevelsesdirektivet 2007 [↑](#footnote-ref-785)
786. Mari Ann Simovart 2021 kapittel 35.14 [↑](#footnote-ref-786)
787. Ibid. kapittel 35.23 [↑](#footnote-ref-787)
788. Ibid. kapittel 35.31 [↑](#footnote-ref-788)
789. Den norske oversettelsen av direktivet bruker begrepet gyldig, men det anses ikke egnet i denne sammenhengen. [↑](#footnote-ref-789)
790. Mari Ann Simovart 2021 kapittel 35.35 [↑](#footnote-ref-790)
791. Ibid. kapittel 35.37 [↑](#footnote-ref-791)
792. Arrowsmith 2018 kapittel 19-96 [↑](#footnote-ref-792)
793. C-324/14 Partner Apelski Dariusz avsnitt 71 til 81 [↑](#footnote-ref-793)
794. Se fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 68 [↑](#footnote-ref-794)
795. Se anskaffelsesdirektivets fortale premiss 59 [↑](#footnote-ref-795)
796. OECD 2020 – Sustainable Public Procurement in

Norway, side 3 og side 28 [↑](#footnote-ref-796)
797. Mario Comba 2021 kapittel 37.15 [↑](#footnote-ref-797)
798. C- 3/19 Asmel avsnitt 56 [↑](#footnote-ref-798)
799. Mario Comba 2021 kapittel 37.37 [↑](#footnote-ref-799)
800. Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften 2015 kapittel 3.11 [↑](#footnote-ref-800)
801. KOFA-2018-568 Bodø kommune [↑](#footnote-ref-801)
802. KOFA-2019-593 Steigen kommune [↑](#footnote-ref-802)
803. KOFA-2022-290 Sortland kommune [↑](#footnote-ref-803)
804. KOFA-2022-291 Fauske kommune [↑](#footnote-ref-804)
805. Mario Comba 2021 kapittel 37.27 [↑](#footnote-ref-805)
806. Wojiciech Hartung 2021 kapittel 38.10 [↑](#footnote-ref-806)
807. Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 73 [↑](#footnote-ref-807)
808. Albert Sanchez-Graells 2021 kapittel 39.03 [↑](#footnote-ref-808)
809. Den norske oversettelsen av direktivet benytter begrepet «tekniske spesifikasjoner» om det som her kalles kravspesifikasjoner. Kravspesifikasjoner er et innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett, og tekniske spesifikasjoner er i gjeldende forskrift benyttet som en beskrivelse av kravspesifikasjoner som ikke er utformet gjennom ytelses- eller funksjonskrav. Denne begrepsbruken videreføres i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. [↑](#footnote-ref-809)
810. C-413/17 Roche Lietuva avsnitt 41 [↑](#footnote-ref-810)
811. C-552/13 Grupo Hospitalisario Quiron avsnitt 26 [↑](#footnote-ref-811)
812. Se C-413/17 Roche Lietuva avsnitt 29 til 32 [↑](#footnote-ref-812)
813. C-368/10 Max Havelaar avsnitt 62 [↑](#footnote-ref-813)
814. C-14/17 VAR Sri og Azienda Trasporti Milanesi avsnitt 34 [↑](#footnote-ref-814)
815. Fortalen premiss 74 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-815)
816. I den offisielle norske oversettelsen brukes «eller likeverdig», men bestemmelsen er gjennomført med ordlyden «eller tilsvarende» i anskaffelsesforskriften § 15-1 fjerde ledd. [↑](#footnote-ref-816)
817. C-413/17 Roche Lietuva avsnitt 38 [↑](#footnote-ref-817)
818. Ibid. [↑](#footnote-ref-818)
819. C-14/17 VAR Sri og Azienda Trasporti Milanesi avsnitt 26 til 30 [↑](#footnote-ref-819)
820. European Commision 2021 – Questions regarding the use of labels in public procurement [↑](#footnote-ref-820)
821. Fortalen premiss 3 [↑](#footnote-ref-821)
822. Fortalen premiss 75 første avsnitt. [↑](#footnote-ref-822)
823. C-368/10 Max Havelaar avsnitt 73 til 76 [↑](#footnote-ref-823)
824. Se også fortalen premiss 75 tredje avsnitt. [↑](#footnote-ref-824)
825. C-368/10 Max Havelaar avsnitt 73 til 76 [↑](#footnote-ref-825)
826. European Commision 2021 Questions regarding the use of labels in public procurement. [↑](#footnote-ref-826)
827. Fortalen premiss 75 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-827)
828. Sml. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 664, der det danske utvalget foreslo at oppdragsgiver «i alle situationer» skal akseptere annen dokumentasjon av hensyn til små og mellomstore bedrifter, og styrket konkurranse. [↑](#footnote-ref-828)
829. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 662 med videre henvisning til direktivets forarbeider. [↑](#footnote-ref-829)
830. Forordning 765/2008 om akkreditering og markedstilsyn [↑](#footnote-ref-830)
831. I den offisielle norske oversettelsen heter dette «alternative anbud». [↑](#footnote-ref-831)
832. Fortalen premiss 78 første avsnitt [↑](#footnote-ref-832)
833. Fortalen premiss 78 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-833)
834. Fortalen premiss 106 [↑](#footnote-ref-834)
835. Forordning 1182/71 om fastsettelse av regler for frister [↑](#footnote-ref-835)
836. Fortalen premiss 80 [↑](#footnote-ref-836)
837. Fortalen premiss 81 [↑](#footnote-ref-837)
838. Fortalen premiss 81 [↑](#footnote-ref-838)
839. C-298/15 Borta avsnitt 70 til 77 [↑](#footnote-ref-839)
840. Se nærmere begrunnelse for dette i kapittel 9. [↑](#footnote-ref-840)
841. EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 [↑](#footnote-ref-841)
842. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014: side 698 [↑](#footnote-ref-842)
843. Se nærmere omtale i kapittel 28. [↑](#footnote-ref-843)
844. Artikkel 22 nr. 1 andre avsnitt oppstiller flere unntak fra utgangspunktet om at all kommunikasjon og informasjonsutveksling skal skje ved elektroniske kommunikasjonsmidler. [↑](#footnote-ref-844)
845. Albert Sanchez-Graells 2021: på side 554 [↑](#footnote-ref-845)
846. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014: side 698 [↑](#footnote-ref-846)
847. Albert Sanchez-Graells 2021: side 558 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-847)
848. C-629/11 P Evropaïki Dynamiki avsnitt 23 [↑](#footnote-ref-848)
849. C-54/21 Antea Polska [↑](#footnote-ref-849)
850. I norsk offisiell versjon av direktivet benyttes allmenne prinsipper. For å unngå forveksling med de godt etablerte prinsippene i artikkel 18, benyttes generelle regler i forbindelse med artikkel 56. [↑](#footnote-ref-850)
851. Se for eksempel i sak C-599/10 SAG ELV Slovenko avsnitt 36. Forhandlingsforbudet er kodifisert i anskaffelsesforskriften § 23-6 tredje ledd. [↑](#footnote-ref-851)
852. Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-387/14 Esaprojekt avsnitt 28 [↑](#footnote-ref-852)
853. C-387/14 Esaprojekt avsnitt 40 [↑](#footnote-ref-853)
854. Arrowsmith 2014: 7-288 er et eksempel på at «samme situasjon» i juridisk teori er antatt å vise til at feilene i tilbudene må være sammenlignbare. Dette vil for eksempel si at dersom det er flere tilbud hvor det er behov for avklaringer, så må alle leverandørene få tilbud om å avklare sitt tilbud. [↑](#footnote-ref-854)
855. C-599/10 SAG ELV Slovensko avsnitt 43, dette gjelder likevel ikke hvis det foreligger objektivt verifiserbare omstendigheter som kan begrunne en forskjellsbehandling, og dette kan for eksempel være tilfellet dersom et tilbud uansett, på grunn av andre feil, må avvises, se sak C-599/10 SAG ELV Slovensko, avsnitt 43. [↑](#footnote-ref-855)
856. C-131/16 Archus and Gama avsnitt 29 til 32 [↑](#footnote-ref-856)
857. C-324/14 Partner Apelski Dariusz avsnitt 64 og 65 [↑](#footnote-ref-857)
858. C-387/14 Esaprojekt avsnitt 39 og 40 [↑](#footnote-ref-858)
859. Steinicke & Vesterdorf 2018: side 608, Caranta & Sanchez-Graells 2021: side 579, og Arrowsmith 2014: 8 til 41 [↑](#footnote-ref-859)
860. C-336/12 Manova avsnitt 31 [↑](#footnote-ref-860)
861. C-387/14 Esaprojekt avsnitt 37 [↑](#footnote-ref-861)
862. Ibid. avsnitt 36 [↑](#footnote-ref-862)
863. C-336/12 Manova [↑](#footnote-ref-863)
864. Se også ibid. [↑](#footnote-ref-864)
865. T-211/02 Tideland mot Kommisjonen avsnitt 37 [↑](#footnote-ref-865)
866. Pascal Friton and Janis Zöll 2021: side 585 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-866)
867. https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2023/10 § 159 stk. 155 siste punktum. [↑](#footnote-ref-867)
868. Den norske versjonen av direktivet bruker begrepet «utvelgingskriterier» om det som her kalles kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er et godt innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett, og vil bli benyttet i ny lov om offentlige anskaffelser. [↑](#footnote-ref-868)
869. HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 43 flg med videre henvisning til C-195/21 LB avsnitt 50 [↑](#footnote-ref-869)
870. C-27-29/86 CEI og Bellini avsnitt 48 flg [↑](#footnote-ref-870)
871. Ibid. [↑](#footnote-ref-871)
872. C-76/16 Metrostav avsnitt 34 [↑](#footnote-ref-872)
873. C-368/10 Max Havelaar avsnitt 109 [↑](#footnote-ref-873)
874. HR-2022-1964-A Flage Maskin [↑](#footnote-ref-874)
875. C-27/15 Pippo Pizzo [↑](#footnote-ref-875)
876. HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 51 [↑](#footnote-ref-876)
877. C-27/15 Pippo Pizzo avsnitt 42-51 [↑](#footnote-ref-877)
878. Knudsen 2022 [↑](#footnote-ref-878)
879. Hvilken dokumentasjon som lovlig kan kreves for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, er ellers uttømmende regulert i artikkel 60 og 62, med videre henvisning til vedlegg XII del I (økonomisk og finansiell evne) og del II (teknisk dyktighet). Bestemmelsene regulerer ikke dokumentasjon for oppfyllelse av krav om egnethet til å utføre yrkesvirksomhet. [↑](#footnote-ref-879)
880. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 724 [↑](#footnote-ref-880)
881. Dette følger forutsetningsvis av at listen over tillatt dokumentasjon etter artikkel 60 (med videre henvisning til vedlegg XII del I) ikke er uttømmende. Se C-27-29/86 CEI og Bellini avsnitt 11. Saken gjaldt direktv 2004/18, men antas å gjelde tilsvarende for gjeldende direktiv. [↑](#footnote-ref-881)
882. Fortalen premiss 83 første avsnitt. I KOFA-2021-1143 og 2021-1216 (forente saker) Færder kommune, utelukket ikke klagenemnda at det i en kontrakt om rehabilitering og nybygging av en skole i drift, kunne være saklig grunn til å stille krav om minsteomsetning på mer enn to ganger kontraktens anslåtte verdi. [↑](#footnote-ref-882)
883. Fortalen premiss 83 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-883)
884. C-387/14 Esaprojekt avsnitt 62 flg [↑](#footnote-ref-884)
885. HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 58 [↑](#footnote-ref-885)
886. Ibid. [↑](#footnote-ref-886)
887. Se også Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 723 [↑](#footnote-ref-887)
888. I den norske versjonen av direktivet benyttes begrepet «felles europeisk innkjøpsdokument», men dette har ikke fått gjennomslag i norsk anskaffelsesrett og er heller ikke brukt i anskaffelsesforskriften. [↑](#footnote-ref-888)
889. Standardformular for det felles europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) – EØS-notat 2016 [↑](#footnote-ref-889)
890. Ibid. [↑](#footnote-ref-890)
891. KOFA-2020-361 Statens Vegvesen avsnitt 23 [↑](#footnote-ref-891)
892. Se Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014: s. 749 for en mer utfyllende redegjørelse for eCertis [↑](#footnote-ref-892)
893. eCertis er tilgjengelig på følgende adresse: https://ec.europa.eu/tools/ecertis/ [↑](#footnote-ref-893)
894. Halbo 2020 [↑](#footnote-ref-894)
895. Den offisielle norske versjonen av direktivet bruker begrepet miljøstyring istedenfor miljøledelse. Utvalget er kjent med at dette begrepet ofte brukes i en snevrere betydning i praksis, for eksempel om interne rutiner og systemer uten tredjepartssertifisering. Utvalget benytter derfor begrepet miljøledelse, som også er benyttet i anskaffelsesforskriften. [↑](#footnote-ref-895)
896. Se LB-2018-152914. Saken gjaldt en konkurranse gjennomført etter FOSA, men uttalelsene er relevante også for klassisk forskrift. [↑](#footnote-ref-896)
897. KOFA-2022-1643 Vefsn kommune avsnitt 43 og 44. Mindretallet mente at tilknytningskravet ikke innebærer denne typen begrensninger, og uttalte at et generelt kvalitetssikrings- eller miljøledelsessystem vil tilføre en merverdi innenfor alle ytelser, jf. avsnitt 46 flg. [↑](#footnote-ref-897)
898. Ibid. [↑](#footnote-ref-898)
899. Se KOFA-2022-1646 Øksnes kommune avsnitt 59, som mindretallet i KOFA-2022-1643 Vefsn kommune viser til i avsnitt 47. [↑](#footnote-ref-899)
900. C-27/15 Pippo Pizzo avsnitt 24 til 27 [↑](#footnote-ref-900)
901. C-324/14 Partner Apelski Dariusz avsnitt 34 [↑](#footnote-ref-901)
902. I KOFA-2022-549 Horten Boligstiftelse kom Klagenemnda for offentlige anskaffelser til at et kvalifikasjonskrav om autorisasjon som regnskapsfører ikke kunne oppfylles med støtte fra andre virksomheter, selv om kravet var inntatt under overskriften «Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner». Kravet skulle dokumenteres ved kopi av godkjenning som regnskapsfører. Under henvisning til at slik dokumentasjon ikke kan kreves for oppfyllelse av tekniske og faglige kvalifikasjoner, konkluderte nemnda med at kvalifikasjonskravet i realiteten var et krav om egnethet til å utøve yrkesvirksomhet. Det kunne dermed ikke oppfylles med støtte fra andre virksomheter. [↑](#footnote-ref-902)
903. Ibid. [↑](#footnote-ref-903)
904. Se KOFA-2022-1152 Kirkenes Storkjøkken AS avsnitt 52 [↑](#footnote-ref-904)
905. C-389/92 Ballast Nedam Groep [↑](#footnote-ref-905)
906. Situasjonen er dermed en annen enn i sak C-387/14 Esaprojekt der en leverandør som innga tilbud uten å støtte seg på annen virksomhet senere leverte dokumentasjon på at man støttet seg på en underleverandør for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Se likevel C-223/16 Casertana Costruzioni. Saken gjaldt direktiv 2004/18, som ikke hadde en tilsvarende bestemmelse som dagens 63 nr. 1 andre avsnitt. [↑](#footnote-ref-906)
907. Som definert i direktivets vedlegg XII del II bokstav f [↑](#footnote-ref-907)
908. C-324/14 Partner Apelski Dariusz avsnitt 38 [↑](#footnote-ref-908)
909. Ibid. [↑](#footnote-ref-909)
910. C-314/01 Siemens og ARGE Telekom avsnitt 44 til 47 [↑](#footnote-ref-910)
911. C-387/14 Esaprojekt avsnitt 54 [↑](#footnote-ref-911)
912. C-314/01 Siemens og ARGE Telekom [↑](#footnote-ref-912)
913. C-642/20 Caruter avsnitt 41 til 43 [↑](#footnote-ref-913)
914. Se LB-2018-152914. Saken gjaldt en konkurranse gjennomført etter FOSA, men uttalelsene er relevante også for klassisk forskrift [↑](#footnote-ref-914)
915. I KOFA-2022-909 Sykehusinnkjøp HF avsnitt 82 til 86 ble det gjort en konkret vurdering av om underleverandørens standard var tilstrekkelig til å oppfylle kvalifikasjonskravet [↑](#footnote-ref-915)
916. Ibid. [↑](#footnote-ref-916)
917. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 751 [↑](#footnote-ref-917)
918. I den norske oversettelsen av anskaffelsesdirektivet benyttes utvelgingskriterium om det som i norsk anskaffelsesrett er benevnt som kvalifikasjonskrav. Denne begrepsbruken har ikke fått fotfeste i norsk rett. Utvelgelseskriterium er i norsk anskaffelsesrett et innarbeidet begrep for kriteriene som brukes for å begrense antallet ellers kvalifiserte kandidater, og benyttes slik i denne utredningen. [↑](#footnote-ref-918)
919. Se KOFA-2021-1143 og 2021-1216 (forente saker) Færder kommune med videre henvisning til KOFA-2020-361 Statens Vegvesen [↑](#footnote-ref-919)
920. KOFA-2020-361 Statens Vegvesen avsnitt 27 [↑](#footnote-ref-920)
921. KOFA-2021-1143 og 2021-1216 (forente saker) Færder kommune avsnitt 49 [↑](#footnote-ref-921)
922. Fortalen premiss 92 første avsnitt [↑](#footnote-ref-922)
923. Fortalen premiss 89 [↑](#footnote-ref-923)
924. Fortalen premiss 90 [↑](#footnote-ref-924)
925. Fortalen premiss 92 første avsnitt [↑](#footnote-ref-925)
926. Fortalen premiss 97 første avsnitt [↑](#footnote-ref-926)
927. Se eksempelvis T-447/10 Evropaïki Dynamiki [↑](#footnote-ref-927)
928. Klagenemndas avgjørelse i sak KOFA-2018-154 Balsfjord kommune er et eksempel på at oppdragsgiver benyttet et slikt tildelingskriterium uten at det var godtgjort at bemanningen hadde særlig betydning for utøvelsen av kontrakten. [↑](#footnote-ref-928)
929. Fortalen premiss 94. Se også KOFA-2022-1697 Helse Stavanger HF for et eksempel på bruk av et tildelingskriterium knyttet til bemanningens kompetanse i kombinasjon med kontraktskrav om utskiftning av personell. [↑](#footnote-ref-929)
930. Fortalen premiss 97 første avsnitt [↑](#footnote-ref-930)
931. Fortalen premiss 97 første avsnitt. Se også C-368/10 Max Havelaar. [↑](#footnote-ref-931)
932. Fortalen premiss 97 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-932)
933. I sak KOFA-2022-277 Harstad kommune manglet kriteriet «Miljø» den nødvendige tilknytning fordi det la opp til å evaluere om leverandøren hadde, eller var i ferd med å innføre, et sertifisert miljøledelsessystem. [↑](#footnote-ref-933)
934. Se T-447/10 Evropaïki Dynamiki avsnitt 40, med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-934)
935. C-315/01 GAT avsnitt 66 og 67 [↑](#footnote-ref-935)
936. KOFA-2022-596 Sandnes kommune m.fl. [↑](#footnote-ref-936)
937. KOFA-2019-354 og 2019-394 (forente saker)Stavanger kommune avsnitt 65 flg. Nemnda uttaler at det å åpne for å tildele kontrakt basert på stikkprøver er i tråd med lovens formål om effektiv ressursbruk. [↑](#footnote-ref-937)
938. KOFA-2017-153 Universitetet i Tromsø avsnitt 27 [↑](#footnote-ref-938)
939. KOFA-2022-322 og 2022-326 (forente saker) Universitetet i Oslo avsnitt 68 til 71 [↑](#footnote-ref-939)
940. Ibid. Se også KOFA-2017-350 Utenriksdepartementet der nemnda kom til at priskriteriet ikke var egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet fordi innklagede ikke hadde evaluert pris på en tredjedel av det samlede oppdraget. [↑](#footnote-ref-940)
941. Se KOFA-2020-935 Asker kommune avsnitt 31, med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-941)
942. I den norske versjonen av direktivet står det at tildelingskriteriene ikke «bør» gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. Det følger imidlertid klart av de øvrige språkversjonene at tildelingskriteriene ikke lovlig kan utformes på en måte som gir oppdragsgiver slik frihet. [↑](#footnote-ref-942)
943. C-448/01 Wienstrom avsnitt 51 og HR-2019-1801 (Fosen-linjen) avsnitt 90 [↑](#footnote-ref-943)
944. E-16/16 Fosen 1 [↑](#footnote-ref-944)
945. Ibid. [↑](#footnote-ref-945)
946. C-448/01 Wienstrom avsnitt 49 til 52 [↑](#footnote-ref-946)
947. E-16/16 Fosen 1 avsnitt 121 [↑](#footnote-ref-947)
948. Ibid. [↑](#footnote-ref-948)
949. LF-2014-32160 Fosen-Linjen (kjennelse) [↑](#footnote-ref-949)
950. Se eksempelvis KOFA-2021-21 Troms og Finnmark fylkeskommune avsnitt 46 følgende [↑](#footnote-ref-950)
951. LF-2014-32160 Fosen-Linjen (kjennelse) med videre henvisning til klagenemndspraksis [↑](#footnote-ref-951)
952. Ibid. [↑](#footnote-ref-952)
953. Ibid. [↑](#footnote-ref-953)
954. LB-2016-65693 [↑](#footnote-ref-954)
955. Se eksempelvis KOFA-2021-21 Troms og Finnmark fylkeskommune avsnitt 46 følgende [↑](#footnote-ref-955)
956. Se også Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 765 [↑](#footnote-ref-956)
957. Fortalen premiss 90 tredje avsnitt. [↑](#footnote-ref-957)
958. KOFA-2019-589 Statens vegvesen avsnitt 50 følgende, med videre henvisning til eldre praksis i avsnitt 59 [↑](#footnote-ref-958)
959. Ibid. [↑](#footnote-ref-959)
960. Ibid. [↑](#footnote-ref-960)
961. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 766 [↑](#footnote-ref-961)
962. Fortalen premiss 96 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-962)
963. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 s. 767 [↑](#footnote-ref-963)
964. Ibid. [↑](#footnote-ref-964)
965. C-367/19 Tax-Fin-Lex avsnitt 30 flg [↑](#footnote-ref-965)
966. LB-2016-14778 (dissens) [↑](#footnote-ref-966)
967. Ibid. (dissens) [↑](#footnote-ref-967)
968. Ibid. (dissens) [↑](#footnote-ref-968)
969. Dragsten 2020 kommentar til anskaffelsesforskriften § 24-29 med videre henvisning til LB-2016-14778. [↑](#footnote-ref-969)
970. KOFA-2022-873 Fredrikstad kommune m.fl. avsnitt 22 [↑](#footnote-ref-970)
971. Se også Forenklingsutvalgets redegjørelse i NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser side 235 [↑](#footnote-ref-971)
972. Dragsten 2020: kommentar til anskaffelsesforskriften § 24-29 [↑](#footnote-ref-972)
973. KOFA-2022-873 Fredrikstad kommune m.fl. [↑](#footnote-ref-973)
974. C-367/19 Tax-Fin-Lex avsnitt 31 [↑](#footnote-ref-974)
975. C-31/87 Beentjes avsnitt 29 til 31 [↑](#footnote-ref-975)
976. Arrowsmith 2018 punkt 20–84 [↑](#footnote-ref-976)
977. C-549/13 Bundesdruckerei avsnitt 28 flg. [↑](#footnote-ref-977)
978. C-927/19 Klaipėdos avsnitt 90 [↑](#footnote-ref-978)
979. European Commision 2021 – Notice on tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground [↑](#footnote-ref-979)
980. Nærings- og fiskeridepartementet – høring – forenkling av det norske anskaffelsesregelverket 2014, punkt 2.6.2 [↑](#footnote-ref-980)
981. C-345/06 Heinrich [↑](#footnote-ref-981)
982. C-295/20 Sanresa avsnitt 60 [↑](#footnote-ref-982)
983. NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser punkt 19.3.2 [↑](#footnote-ref-983)
984. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) punkt 10.2.3 [↑](#footnote-ref-984)
985. C-176/98 Holst Italia avsnitt 26 og 27 [↑](#footnote-ref-985)
986. C-314/01 Siemens og ARGE Telekom avsnitt 43 [↑](#footnote-ref-986)
987. C-94/12 Swm Costruzioni 2 and Mannocchi Luigino avsnitt 32 [↑](#footnote-ref-987)
988. C-406/14 avsnitt 32 [↑](#footnote-ref-988)
989. C-298/15 Borta avsnitt 50 [↑](#footnote-ref-989)
990. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 punkt 28.1 [↑](#footnote-ref-990)
991. Stalzer 2021 [↑](#footnote-ref-991)
992. C-496/99 Kommisjonen mot CAS Succhi di Frutta [↑](#footnote-ref-992)
993. C-454/06 Pressetext [↑](#footnote-ref-993)
994. C-91/08 Wall [↑](#footnote-ref-994)
995. C-454/06 Pressetext avsnitt 34 [↑](#footnote-ref-995)
996. Ibid. [↑](#footnote-ref-996)
997. C-91/08 Wall avsnitt 39 [↑](#footnote-ref-997)
998. C-549/14 Finn Frogne avsnitt 30 [↑](#footnote-ref-998)
999. Fortalen premiss 107 første avsnitt [↑](#footnote-ref-999)
1000. ibid. [↑](#footnote-ref-1000)
1001. C-496/99 Kommisjonen mot CAS Succhi di Frutta avsnitt 120 [↑](#footnote-ref-1001)
1002. Sml. C-91/08 Wall avsnitt 39 der det ble vurdert om en endring som var hjemlet i kontrakten likevel utgjorde en vesentlig endring. [↑](#footnote-ref-1002)
1003. Fortalen premiss 111 [↑](#footnote-ref-1003)
1004. Fortalen premiss 108 [↑](#footnote-ref-1004)
1005. Dette følger av sammenhengen med bestemmelsen i bokstav c, som gjelder endringer som blir nødvendig av uforutsette hendelser. Se også Arrowsmith 2014 s. 601 [↑](#footnote-ref-1005)
1006. For å bruke eneleverandørunntaket på grunn av tekniske årsaker, følger det av fortalen premiss 50 avsnitt 3 at det må være tilnærmet teknisk umulig for en annen leverandør å sikre den påkrevde gjennomførelsen. Samvirkningsevne er nevnt som en aktuell teknisk årsak. [↑](#footnote-ref-1006)
1007. Fortalen premiss 50 avsnitt 1 [↑](#footnote-ref-1007)
1008. Fortalen premiss 109 [↑](#footnote-ref-1008)
1009. Fortalen premiss 109 [↑](#footnote-ref-1009)
1010. Fortalen premiss 110 [↑](#footnote-ref-1010)
1011. C-461/20 Advania Sverige og Kammarkollegiet avsnitt 30 [↑](#footnote-ref-1011)
1012. Fortalen premiss 110 [↑](#footnote-ref-1012)
1013. C-461/20 Advania Sverige og Kammarkollegiet [↑](#footnote-ref-1013)
1014. Ibid. [↑](#footnote-ref-1014)
1015. Ibid. [↑](#footnote-ref-1015)
1016. Ibid. [↑](#footnote-ref-1016)
1017. Ibid. [↑](#footnote-ref-1017)
1018. Se eksempelvis KOFA-2021-603 Sykehusinnkjøp HF [↑](#footnote-ref-1018)
1019. Fortalen premiss 107 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-1019)
1020. C-549/14 Finn Frogne avsnitt 32. Avgjørelsen ble avsagt etter at anskaffelsesdirektiv 2014/14 var vedtatt, men før det var gjennomført. [↑](#footnote-ref-1020)
1021. Ibid. [↑](#footnote-ref-1021)
1022. Se eksempelvis KOFA-2017-344 Kystverket Nordland avsnitt 32 til 36 og KOFA-2021-1431 Sykehusinnkjøp HF avsnitt 69 til 71 [↑](#footnote-ref-1022)
1023. C-549/14 Finn Frogne avsnitt 32 [↑](#footnote-ref-1023)
1024. C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 98 til 101 [↑](#footnote-ref-1024)
1025. Fortalen premiss 107 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-1025)
1026. Fortalen premiss 107 andre avsnitt [↑](#footnote-ref-1026)
1027. Se eksempelvis Dragsten 2020 side 931 [↑](#footnote-ref-1027)
1028. Se likevel KOFA-2020-658 Horten kommune avsnitt 81. Saken gjaldt endringsadgangen i en bygge- og anleggsanskaffelse etter del II. [↑](#footnote-ref-1028)
1029. C-461/20 Advania Sverige og Kammarkollegiet [↑](#footnote-ref-1029)
1030. Halonen 2021 [↑](#footnote-ref-1030)
1031. Rådet – Rådetsdokument til udbudsarbejdsgruppen af

14.juni 2012 [↑](#footnote-ref-1031)
1032. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen 2014 side 793 [↑](#footnote-ref-1032)
1033. EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 [↑](#footnote-ref-1033)
1034. Marko Turudic 2021: side 812 [↑](#footnote-ref-1034)
1035. 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, from 85000000-9 to 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8. [↑](#footnote-ref-1035)
1036. C-436/20 Asade [↑](#footnote-ref-1036)
1037. Ibid. avsnitt 52 [↑](#footnote-ref-1037)
1038. Ibid. avsnitt 102, jf. også avsnitt 92 til 95 [↑](#footnote-ref-1038)
1039. E-4/22 Stendi avsnitt 63 [↑](#footnote-ref-1039)
1040. Ibid. avsnitt 86 [↑](#footnote-ref-1040)
1041. Ibid. avsnitt 85 [↑](#footnote-ref-1041)
1042. C-318/15 Tecnoedi Costruzioni Srl avsnitt 19 [↑](#footnote-ref-1042)
1043. KOFA-2019-8 Strand kommune avsnitt 53 og 54 [↑](#footnote-ref-1043)
1044. KOFA-2018-158 Statsbygg avsnitt 84 [↑](#footnote-ref-1044)
1045. Ibid. avsnitt 92 [↑](#footnote-ref-1045)
1046. Artikkel 50 gjelder kunngjøring av inngåtte kontrakter, og artikkel 75 nr. 2 gjelder kunngjøring av inngåtte kontrakter som gjelder sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser. [↑](#footnote-ref-1046)
1047. Forsvarsanskaffelsesdirektivet 2009 [↑](#footnote-ref-1047)
1048. Ibid. fortalen premiss 7 [↑](#footnote-ref-1048)
1049. Forsvarsdepartementet FOR-2013-10-25-1411 [↑](#footnote-ref-1049)
1050. Forordning 2023/1525 om etablering av regelverk for støtte til ammunisjonsproduksjon 2023: artikkel 14 [↑](#footnote-ref-1050)
1051. Bestemmelsene er frivillig å gjennomføre, og er ikke inntatt i dagens forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. [↑](#footnote-ref-1051)
1052. Møtet fant sted 30. mai 2023 fra klokken 10 til 12. [↑](#footnote-ref-1052)
1053. Konkurranseloven 2004 med videre henvisninger [↑](#footnote-ref-1053)
1054. https://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm første avsnitt på nettsiden [↑](#footnote-ref-1054)
1055. Se for eksempel i Joseph E. Harrington Jr. and David Imhof 2022: side 136 [↑](#footnote-ref-1055)
1056. OECD 2022 – Data Screening Tools in Competition Investigations – OECD Competition Policy Roundtable Background [↑](#footnote-ref-1056)
1057. https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/10/blir-du-lurt\_brosjyre-\_nynorsk.pdf 2010 [↑](#footnote-ref-1057)
1058. https://www.oecd.org/daf/competition/42851044.pdf 2009 [↑](#footnote-ref-1058)
1059. Se vedtakene V2008-18, V2009-7, V2009-17, V2011-11, V2011-12, V2013-3, V2015-28, V2016-7 og V2017-21. Alle vedtak er tilgjengelige i offentlig versjon på konkurransetilsynets nettsider: www.konkurransetilsynet.no [↑](#footnote-ref-1059)
1060. Rt. 2012 s. 1556 Gran & Ekran [↑](#footnote-ref-1060)
1061. Ibid. avsnitt 78 [↑](#footnote-ref-1061)
1062. HR-2017-1229-A Ski Taxi [↑](#footnote-ref-1062)
1063. Ibid. avsnitt 48 til 52 [↑](#footnote-ref-1063)
1064. LB-2014-76039 [↑](#footnote-ref-1064)
1065. EU-kommisjonen 2023 kapittel 5 [↑](#footnote-ref-1065)
1066. Ibid. avsnitt 349 [↑](#footnote-ref-1066)
1067. Ibid. [↑](#footnote-ref-1067)
1068. Ibid. avsnitt 353 [↑](#footnote-ref-1068)
1069. OECD 2019 – Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [↑](#footnote-ref-1069)
1070. London Economics 2011 – The Nature and Impact of Hardcore Cartels [↑](#footnote-ref-1070)
1071. European og Directorate-General for 2009 [↑](#footnote-ref-1071)
1072. https://www.oecd.org/daf/competition/data-screening-tools-for-competition-investigations.htm 2022 [↑](#footnote-ref-1072)
1073. Thor Møller 2021 – Kontraktsregister kan øke tilliten til norske oppdragsgivere [↑](#footnote-ref-1073)
1074. Anskaffelsesforskriften 2016 kapittel 22 [↑](#footnote-ref-1074)
1075. OECD 2022, Data Screening Tools in Competition Investigations – tabell 2, side 22 [↑](#footnote-ref-1075)
1076. https://www.kkv.fi/sv/aktuellt/meddelanden/kkv-allt-fler-karteller-aker-fast-med-hjalp-av-nya-metoder/ 2023 [↑](#footnote-ref-1076)
1077. OECD 2023 – Recommendation of the Council on

Fighting Bid Rigging in Public Procurement [↑](#footnote-ref-1077)
1078. Ibid. avsnitt II nr. 10 [↑](#footnote-ref-1078)
1079. OECD 2022 [↑](#footnote-ref-1079)
1080. Institute of Public Procurement, Real Estate and Construction – IMPIC [↑](#footnote-ref-1080)
1081. Riksrevisjonen 2022 kapittel 3.4 [↑](#footnote-ref-1081)
1082. Oslo-Economics/Inventura 2023 [↑](#footnote-ref-1082)
1083. SSB 2023 [↑](#footnote-ref-1083)
1084. Oslo-Economics/Inventura 2023 [↑](#footnote-ref-1084)
1085. Ibid. [↑](#footnote-ref-1085)
1086. Ibid. [↑](#footnote-ref-1086)
1087. Ibid. [↑](#footnote-ref-1087)
1088. Ibid. [↑](#footnote-ref-1088)
1089. Ibid. [↑](#footnote-ref-1089)
1090. Ibid. [↑](#footnote-ref-1090)
1091. Ibid. [↑](#footnote-ref-1091)
1092. Ibid. [↑](#footnote-ref-1092)
1093. PwC 2014 [↑](#footnote-ref-1093)
1094. Oslo-Economics/Inventura 2023 [↑](#footnote-ref-1094)
1095. Ibid. [↑](#footnote-ref-1095)
1096. Ibid. [↑](#footnote-ref-1096)
1097. Ibid. [↑](#footnote-ref-1097)
1098. Ibid. [↑](#footnote-ref-1098)
1099. Ibid. [↑](#footnote-ref-1099)
1100. Ibid. [↑](#footnote-ref-1100)
1101. Ibid. [↑](#footnote-ref-1101)
1102. Konkurrence-/Forbrugerstyrelsen 2019 [↑](#footnote-ref-1102)
1103. Oslo-Economics/Inventura 2023 [↑](#footnote-ref-1103)
1104. Oslo-Economics 2023 [↑](#footnote-ref-1104)
1105. Oslo-Economics/Inventura 2023 [↑](#footnote-ref-1105)
1106. Ibid. [↑](#footnote-ref-1106)
1107. Ibid. [↑](#footnote-ref-1107)
1108. Ibid. [↑](#footnote-ref-1108)
1109. Ibid. [↑](#footnote-ref-1109)
1110. Ibid. [↑](#footnote-ref-1110)
1111. Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket [↑](#footnote-ref-1111)
1112. Krupnick 2020 [↑](#footnote-ref-1112)
1113. Oslo-Economics 2018 [↑](#footnote-ref-1113)
1114. Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket [↑](#footnote-ref-1114)
1115. Ibid. [↑](#footnote-ref-1115)
1116. Sofia Lundberg 2015 [↑](#footnote-ref-1116)
1117. Hanna Lindström og Sofia Lundberg for det svenske Konkurrensverket [↑](#footnote-ref-1117)
1118. DFØ – Anskaffelsesundersøkelsen 2022 [↑](#footnote-ref-1118)
1119. Oslo Economics og Inventura 2023, Rapport til anskaffelsesutvalget: Offentlige anskaffelser i 2022, Utarbeidet på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet. [↑](#footnote-ref-1119)
1120. Oslo-Economics 2023 [↑](#footnote-ref-1120)
1121. Ibid. [↑](#footnote-ref-1121)
1122. Ibid. [↑](#footnote-ref-1122)
1123. Ibid. [↑](#footnote-ref-1123)
1124. Ibid. [↑](#footnote-ref-1124)
1125. Ibid. [↑](#footnote-ref-1125)
1126. Ibid. [↑](#footnote-ref-1126)
1127. Nærings- og fiskeridepartementet 2017 punkt 17.5 [↑](#footnote-ref-1127)