

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

Innholdsfortegnelse

Forord	17
1 Innledning.....	18
Del I. Alminnelige bestemmelser	20
2 Anskaffelsesforskriftens virkeområde	20
2.1 Hvem skal følge anskaffelsesforskriften?	20
2.1.1 Stat, fylkeskommuner og kommuner	20
2.1.2 Offentligrettslige organer.....	20
2.1.3 Sammenslutninger med statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter eller offentligrettslige organer	25
2.2 Hvilke anskaffelser er omfattet av anskaffelsesforskriften?	25
2.2.1 Hvilke type anskaffelser er omfattet av anskaffelsesforskriften?	25
2.2.2 Hva er en kontrakt?	26
3 Unntak fra anskaffelsesforskriften.....	28
4 Samarbeid i offentlig sektor	28
4.1 Innledning	28
4.2 Egenregi.....	29
4.2.1 Egenregi i staten.....	30
4.3 Utvidet egenregi.....	30
4.3.1 Kontrollkriteriet.....	31
4.3.2 Aktivitetskriteriet.....	34
4.3.3 Private eierandeler.....	35
4.3.4 Omvendt egenregi og tildeling til søsterselskaper	36
4.3.5 Utvidet egenregi ved felles kontroll	37
4.4 Samarbeidsavtaler	39
4.5 Samarbeid som ikke bygger på kontrakt	43
5 Anvendelsesområde for de ulike delene i anskaffelsesforskriften og terskelverdier	44
5.1 Innledning	44
5.2 Hvilke terskelverdier gjelder?	44
5.2.1 Anskaffelser under 100.000 kroner	44

5.2.2	Del I – alminnelige bestemmelser som gjelder alle anskaffelser	45
5.2.3	Del II – anskaffelser mellom nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdi	45
5.2.4	Del III – anskaffelser over EØS-terskelverdiene	46
5.2.5	Del IV – anskaffelser om helse- og sosialtjenester	46
5.2.6	Del V – plan- og designkonkurranser	46
5.3	Oversikt over terskelverdiene	46
5.3.1	Nasjonale terskelverdier	46
5.3.2	EØS-terskelverdier	47
5.4	Hvordan beregne anskaffelsens verdi?	47
5.4.1	Nærmere om beregning av anskaffelsens verdi	48
5.4.2	Tidspunktet for beregningen	48
5.4.3	Oppdeling av kontrakter og vurderingen av om det er én eller flere anskaffelser	49
5.4.4	Oppdragsgiveren består av flere atskilte driftsenheter	49
5.4.5	Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.....	49
5.4.6	Innovasjonspartnerskap	50
5.4.7	Bygge- og anleggskontrakter	50
5.4.8	Delkontrakter	50
5.4.9	Vare- og tjenestekontrakter som inngås regelmessig eller fornyes innenfor et bestemt tidsrom	51
5.4.10	Kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp.....	52
5.4.11	Visse kontrakter om forsikringstjenester, banktjenester og andre finansielle tjenester og prosjekteringstjenester	52
5.4.12	Tjenestekontrakter uten en fastsatt samlet pris	52
5.4.13	Plan- og designkonkurranser	53
6	Blandede anskaffelser	53
7	Grunnleggende prinsipper	53
7.1	Overordnet om de grunnleggende prinsippene.....	53
7.1.1	Hva er opphavet og funksjonen til de grunnleggende prinsippene?	53
7.1.2	Hvilke grunnleggende prinsipper gjelder i norsk rett?.....	53
7.1.3	Ved hvilke anskaffelser gjelder de grunnleggende prinsippene?	54
7.1.4	Anskaffelser under 100.000 kroner	54
7.2	Forholdsmessighetsprinsippet.....	54
7.3	Konkurranseprinsippet	55
7.4	Likebehandlingsprinsippet.....	56

7.4.1	Hva er prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet? .	56
7.4.2	Hva er det generelle likebehandlingsprinsippet?	58
7.5	Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet.....	60
7.5.1	Forutberegnelighet.....	60
7.5.2	Etterprøvbarhet.....	61
8	Fellesbestemmelser	63
8.1	Innledning	63
8.2	Dokumentasjonsplikten	63
8.2.1	Innledning	63
8.2.2	Dokumentasjonsplikten.....	64
8.2.3	Protokollplikten	64
8.3	Kravet om skatteattest.....	64
8.4	Offentlighet og taushetsplikt	65
8.4.1	Innledning	65
8.4.2	Oppdragsgivere som er omfattet av offentleglova	65
8.4.3	Oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentleglova.....	66
8.4.4	Unntak fra offentleglova	67
8.4.5	Nærmere om unntaket for taushetsbelagte opplysninger	67
8.4.6	Nærmere om unntaket av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon	72
8.5	Habilitet.....	73
8.6	Frister.....	74
8.7	Innkjøpssentraler.....	75
8.7.1	Innledning	75
8.7.2	Anskaffelser fra eller gjennom innkjøpssentraler	76
9	Gjennomføring av anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del I	77
9.1	Innledning	77
9.2	Hvilke regler gjelder ved del I-anskaffelser	77
9.3	De grunnleggende prinsippenes betydning ved gjennomføringen av del I-an anskaffelser	78
9.3.1	Forholdsmessighetsprinsippet	78
9.3.2	Prinsippet om konkurranse	79
9.3.3	Prinsippet om forutberegnelighet	80
9.3.4	Likebehandlingsprinsippet	82
9.3.5	Prinsippet om etterprøvbarhet.....	84

Del II. Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og særlige tjenester	85
10 Unntak fra anskaffelsesforskriften del II	85
10.1 Innledning	85
10.2 Unntak fra del II for tilfeller som er omfattet av § 5-2	86
10.2.1 Oppdragsgiveren kan bare inngå kontrakt med en bestemt leverandør	86
10.2.2 Oppdragsgiveren kan inngå kontrakt på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud	87
10.2.3 Uforutsette omstendigheter gjør at anskaffelsen ikke kan utsettes	87
10.2.4 Uforutsette omstendigheter gjør det strengt nødvendig å anskaffe tilleggssytelser fra samme leverandør	88
10.2.5 Oppdragsgiveren inngår kontrakt etter en mislykket åpen eller begrenset tilbudskonkurranse	88
10.2.6 Gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende marked	89
10.2.7 Gjelder dekningskjøp som er nødvendige	89
10.3 Unntak fra del II for anskaffelser av særlige tjenester	89
11 Planlegging og kunngjøring	90
11.1 Dialog med markedet.....	90
11.2 Konkurransesgrunnlaget.....	90
11.2.1 Hva er konkurransesgrunnlaget?	90
11.2.2 Konkurransesgrunnlagets innhold.....	91
11.2.3 Når skal konkurransesgrunnlaget gjøres tilgjengelig for leverandørene?	93
11.2.4 Rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransesgrunnlaget.....	94
11.3 Kravspesifikasjoner.....	95
11.4 Merkeordninger.....	96
11.5 Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon	96
11.5.1 Hvilke kvalifikasjonskrav kan oppdragsgiveren stille?	96
11.5.2 Forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier	97
11.5.3 Støtte fra andre virksomheter.....	97
11.6 Reserverte kontrakter	97
11.7 Utvelgelse av leverandører	98
11.8 Egenerklæring	98
11.9 Tildelingskriterier.....	98
11.10 Kontraktsvilkår	99
11.11 Begrensning av antallet ledd i leverandørkjeden.....	99

11.12	Frister	100
11.12.1	Frister for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud	100
11.12.2	Frist for begjæring om midlertidig forføyning	101
11.13	Kunngjøring	101
11.13.1	Innledning	101
11.13.2	Når er det kunngjøringsplikt etter del II?	101
11.13.3	Anskaffelser av særlige tjenester	102
11.13.4	Hva er en ulovlig direkte anskaffelse?	102
11.13.5	Oversikt over kunngjøringstyper for del II	102
11.14	Kommunikasjon	104
12	Gjennomføring av konkurransen	104
12.1	Anskaffelsesprosedyrer i del II	104
12.1.1	Prosedyrene åpen og begrenset tilbudskonkurranse	104
12.1.2	Oppdragsgiverens adgang til å beslutte om han skal ha dialog med leverandørene etter tilbudsfristens utløp	105
12.1.3	Planleggingen av dialogen	105
12.1.4	Gjennomføringen av dialogen	108
12.2	Avvisning	114
12.2.1	Avvisning på grunn av formalfeil	114
12.2.2	Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	114
12.2.3	Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet	114
12.2.4	Fremgangsmåten ved avvisning	114
13	Avslutning av konkurransen	114
13.1	Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse	114
13.2	Karensperiode før inngåelse av kontrakt	115
13.3	Suspensjon av oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt om særlige tjenester	116
13.4	Anskaffelsesprotokoll	116
14	Gjennomføring av kontrakten	116
14.1	Rammeavtaler	116
14.2	Endringer i kontrakten	116
Del III. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene		117
15	Dialog med markedet	117
15.1	Innledning	117

15.2	Nærmere om bestemmelsene.....	117
15.2.1	Hvilke muligheter har oppdragsgiveren for dialog før konkurransen?	117
15.2.2	Hva må oppdragsgiveren gjøre for å unngå forskjellsbehandling? ..	118
15.2.3	Nærmere om konkurransevidning og likebehandling	118
16	Tillatte anskaffelsesprosedyrer	119
17	Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog	120
17.1	Hva er konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog?...	120
17.2	Når er det tillatt å bruke konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog?	120
17.3	Oppdragsgiverens behov kan ikke oppfylles uten tilpasninger i allerede tilgjengelige løsninger	121
17.4	Anskaffelser som inkluderer design eller innovative løsninger	122
17.5	Anskaffelsens karakter, kompleksitet, tilknyttet risiko m.m. gjør det nødvendig med forhandlinger	123
17.6	Kravspesifikasjonene kan ikke fastsettes ved henvisning til en standard, teknisk referanse e.l.....	124
17.7	Oppdragsgiveren mottok bare uakseptable tilbud i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse.....	125
18	Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og anskaffelse uten konkurranse	126
18.1	Innledning	126
18.2	Når er det tillatt å bruke konkurranse med forhandling uten kunngjøring	126
18.2.1	Innledning	126
18.2.2	Uakseptable tilbud	127
18.2.3	Mislykket forutgående konkurranse.....	128
18.2.4	Kontrakter om varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, og undersøkelses- eller utviklingsformål.....	129
18.2.5	Kontrakter med en av vinnerne av en plan- og designkonkurranse .	130
18.2.6	Umulig å overholde frister	131
18.2.7	Kontrakt som gjelder nødvendige dekningskjøp	132
18.3	Når er det tillatt å anskaffe uten konkurranse?.....	134
18.3.1	Innledning	134
18.3.2	Umulig å gjennomføre anskaffelsen ved en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.....	135
18.3.3	Ytelsen kan bare leveres av en bestemt leverandør.....	136
18.3.4	Varekontrakt om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren	139

18.3.5	Gjentagende tjenester eller bygge- og anleggsarbeider	140
18.3.6	Varer som noteres og kjøpes på varebørs	141
18.3.7	Varer eller tjenester som kan anskaffes på særlig fordelaktige vilkår	141
18.3.8	Inngåelse av tjenestekontrakt med vinneren av en plan- og designkonkurranse	141
19	Konkurransegrunnlaget	142
19.1	Hva er konkurransegrunnlaget?	142
19.2	Klarhetskravet.....	143
19.3	Konkurransegrunnlagets innhold	143
19.3.1	Særskilt om de tilfellene der oppdragsgiveren inngår et innovasjonspartnerskap eller etablerer en dynamisk innkjøpsordning.....	148
19.4	Når skal konkurransegrunnlaget gjøres tilgjengelig for leverandørene?	148
19.4.1	Særlig om tilgang til konkurransegrunnlaget ved bruk av forhåndskunngjøring	150
19.5	Rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget	150
19.5.1	Rettelser, suppleringer eller endringer før tilbudsfristens utløp.....	150
19.5.2	Leverandøren ber om supplerende opplysninger	152
19.5.3	Rettelser, suppleringer eller endringer etter tilbudsfristens utløp	153
20	Kravspesifikasjoner	155
20.1	Innledning	155
20.2	Nærmere om absolutte krav.....	156
20.3	Nærmere om utforming av kravspesifikasjoner etter del III	156
20.3.1	Utgangspunkt.....	156
20.3.2	Ytelses- og funksjonskrav	158
20.3.3	Tekniske spesifikasjoner	159
20.3.4	Kombinasjon av ytelses- og funksjonskrav og tekniske spesifikasjoner	160
20.3.5	Forbud mot henvisning til et bestemt fabrikat eller en bestemt opprinnelse	160
20.3.6	Dokumentasjon for oppfyllelse av kravspesifikasjoner	161
20.4	Plikt til å ta hensyn til universell utforming.....	162
21	Merkeordninger	164
21.1	Innledning	164
21.2	Hvordan kan det stilles krav om merkeordning?.....	165
21.3	Krav til merkeordningen	166
21.4	Annen dokumentasjon	167

22	Kvalifikasjonskrav og krav til dokumentasjon	168
22.1	Generelt om kvalifikasjonskrav	168
22.2	Nærmere om kvalifikasjonskrav ved anskaffelser etter del III	169
22.2.1	Innledning	169
22.2.2	Bruk av det europeiske egenerklæringsskjemaet	170
22.2.3	Offisielle lister over godkjente leverandører	171
22.2.4	Krav til registrering og autorisasjoner mv.	171
22.2.5	Krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet	171
22.2.6	Dokumentasjon av leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet	172
22.2.7	Krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner	173
22.2.8	Dokumentasjon av leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner	174
22.2.9	Kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarter	178
22.2.10	Navn på personene som skal være ansvarlig for å utføre kontrakten	178
22.3	Støtte fra andre virksomheter	179
22.4	Forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier	180
23	Reserverte kontrakter	182
23.1	Innledning	182
23.2	Hvilke grupper omfattes av unntaket	182
23.3	Krav til andel funksjonshemmede/vanskeligstilte personer	183
23.4	Muligheter for nærmere avgrensninger	183
24	Utselgelse av leverandører i konkurranser med prekvalifisering	183
24.1	Innledning	183
24.2	Begrensning i antall deltakere	184
24.3	Kriterier for utvelgelse	185
24.4	Det europeiske egenerklæringsskjema	186
24.5	Krav om meddelelse og begrunnelse	186
25	Det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD)	187
25.1	Hva er det europeiske egenerklæringsskjemaet?	187
25.2	Formålet	187
25.3	Når skal det europeiske egenerklæringsskjemaet brukes?	188
25.4	Standardskjema for det europeiske egenerklæringsskjemaet	188
25.5	Hvordan skal oppdragsgiveren fylle ut det europeiske egenerklæringsskjemaet?	189
25.5.1	Innledning	189

25.5.2	Utfylling av del I: Opplysninger om konkurransen og oppdragsgiver	189
25.5.3	Utfylling av del II: Opplysninger om leverandøren	189
25.5.4	Utfylling av del III: Avvisningsgrunner.....	189
25.5.5	Utfylling av del IV: Kvalifikasjonskrav	190
25.5.6	Utfylling av del V: Utvelgelse av antallet av kvalifiserte leverandører	191
25.5.7	Utfylling av del VI: Avsluttende erklæringer	191
25.6	Hvordan skal leverandøren fylle ut egenerklæringsskjemaet?	191
25.6.1	Innledning	191
25.6.2	Utfylling av del I: Opplysninger om konkurransen og oppdragsgiver	191
25.6.3	Utfylling av del II: Opplysninger om leverandøren	191
25.6.4	Utfylling av del III: Avvisningsgrunner.....	192
25.6.5	Utfylling av del IV: Kvalifikasjonskrav	195
25.6.6	Utfylling av del V: Utvelgelse av kvalifiserte leverandører	195
25.6.7	Utfylling av del VI: Avsluttende erklæringer	196
25.7	Innhenting av dokumentasjonsbevis	197
25.8	Unntak fra adgangen til å be om ettersending.....	198
25.9	Krav til kontroll av valgt leverandør	198
26	Tildelingskriterier	200
26.1	Innledning	200
26.2	Tildelingskriterier.....	201
26.2.1	Tildeling på grunnlag av den laveste prisen	201
26.2.2	Tildeling på grunnlag av den laveste kostnaden.....	202
26.2.3	Tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet	203
26.2.4	Tildelingskriteriets tilknytning til den aktuelle leveransen.....	204
26.2.5	Oppdragsgiverens skjønn	206
27	Kontraktsvilkår.....	212
28	Bruk av underleverandører	212
28.1	Innledning	212
28.2	Krav til bruk av underleverandører	213
28.3	Krav til utskifting av underleverandører	213
28.4	Ansaret for gjennomføringen av kontrakten.....	214
28.5	Krav om at kritiske oppgaver utføres av leverandøren selv	214
28.6	Støtte fra andre virksomheter til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav	215

29	Begrensninger i antall ledd i leverandørkjeden	216
29.1	Innledning	216
29.2	I hvilke tilfeller gjelder bestemmelsen?	216
29.3	Nærmere om antall ledd	217
29.4	Unntak	217
29.4.1	Nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse	218
29.4.2	På grunn av uforutsette omstendigheter	218
30	Oppdeling av anskaffelser	218
30.1	Hvorfor oppdeling av anskaffelser?	218
30.2	Når kan det være aktuelt å dele opp anskaffelsen?	218
30.3	Plikt til å vurdere oppdeling av anskaffelser	219
30.4	Hvordan skal oppdelingen av anskaffelsen gjøres?	220
31	Frister	222
31.1	Generelt om frister	222
31.2	Fastsettelse av frister	223
31.2.1	Minimumsfrister	223
31.2.2	Fra hvilket tidspunkt skal fristen beregnes?	224
31.2.3	Når skal fristene forlenges?	224
31.2.4	Når kan fristene forkortes?	226
31.3	Oversikt over frister	229
32	Kunngjøringer	231
32.1	Innledning	231
32.2	Hvor skal det kunngjøres?	232
32.3	Hvorfor er CPV-koden så viktig?	232
32.4	Når er det kunngjøringsplikt?	233
32.4.1	Hva er en ulovlig direkte anskaffelse?	233
32.5	Den praktiske fremgangsmåten ved kunngjøringer over EØS-terskelverdiene 233	
32.6	Oversikt over kunngjøringstyper	234
32.6.1	Innledning	234
32.6.2	Forhåndskunngjøring	235
32.6.3	Kunngjøring av endring i inngått kontrakt	235
32.6.4	Alminnelig kunngjøring av konkurranse	235
32.6.5	Veiledende kunngjøring	236

32.6.6	Kunngjøring på kjøperprofil	236
32.6.7	Intensjonskunngjøring	236
32.6.8	Kunngjøring av kontraktsinngåelse	237
32.6.9	Endringskunngjøring	238
32.7	Oversikt over kunngjøringsskjema	238
33	Kommunikasjon	239
33.1	Innføring av elektronisk tilbudsinnlevering	239
33.2	Frist for å innføre elektronisk tilbudsinnlevering	240
33.3	Overgangsregler	240
33.4	Konkurransegjennomføringsverktøy	240
33.5	Elektronisk signatur	241
34	Gjennomføring av konkurransen	241
34.1	Gjennomføring av anskaffelsesprosedyrer i del III	241
34.2	Åpen anbudskonkurranse	241
34.2.1	Innledning	241
34.2.2	Planlegging av konkurransen	242
34.2.3	Kunngjøring	243
34.2.4	Innlevering av tilbud, evaluering av tilbud og valg av leverandør	243
34.2.5	Karensperiode og kontraktsinngåelse	244
34.3	Begrenset anbudskonkurranse	245
34.3.1	Innledning	245
34.3.2	Planlegging av anskaffelsen	246
34.3.3	Kunngjøring	247
34.3.4	Innlevering av forespørsel om deltakelse, prekvalifisering av leverandører	247
34.3.5	Invitasjon til å gi tilbud	248
34.3.6	Evaluering av tilbudene	249
34.3.7	Tildeling, karensperiode og kontraktsinngåelse	249
34.4	Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring	250
34.4.1	Innledning	250
34.4.2	Planlegging av anskaffelsen	251
34.4.3	Kunngjøring	253
34.4.4	Innlevering av forespørsel om å delta i konkurransen og prekvalifisering av deltakere	253

34.4.5	Invitasjon til å gi tilbud	254
34.4.6	Tildeling av kontrakt uten å gjennomføre forhandlinger	255
34.4.7	Forhandlinger.....	255
34.4.8	Evaluerings av de endelige tilbudene	258
34.4.9	Tildeling, karenstperiode og kontraktstingåelse.....	258
34.5	Konkurransepreget dialog	259
34.5.1	Innledning	259
34.5.2	Planlegging av anskaffelsen	260
34.5.3	Kunngjøring	261
34.5.4	Innlevering av forespørsel om deltakelse og prekvalifisering av deltakere.....	262
34.5.5	Utsendelse av invitasjon til å delta i dialogen	263
34.5.6	Gjennomføringen av dialogen	263
34.5.7	Avslutning av dialogen og innlevering av tilbud	266
34.5.8	Tildeling, karenstperiode og kontraktstingåelse.....	267
35	Ettersendings- og avklaringsadgangen.....	267
35.1	Innledning	267
35.2	Hva kan oppdragsgiveren be om ettersending eller avklaring av?	268
35.3	Ettersending og avklaring av opplysninger som knytter seg til leverandørens kvalifikasjoner	268
35.3.1	Eksempler på avklaring knyttet til kvalifikasjonskravene.....	268
35.4	Ettersending og avklaring av opplysninger som knytter seg til tilbudet	269
35.4.1	Forhandlingsforbudet ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse.....	269
35.4.2	Når er et tilbud forbedret?	269
35.4.3	Lovlige avklaringer	270
35.5	Krav til forespørselen om ettersending eller avklaring	271
35.6	Har oppdragsgiveren en plikt til å avklare?	272
36	Avvisning.....	272
36.1	Om avvisningsreglene	272
36.1.1	Innledning	272
36.1.2	Hensynene bak reglene	273
36.1.3	Det nye europeiske egenerklæringsskjemaet og oppdragsgiverens undersøkelsesplikt.....	273
36.1.4	Om den videre fremstillingen	275
36.2	Avvisning på grunn av formalfeil	275

36.2.1	Innledning	275
36.2.2	Tilbudet er ikke mottatt innen tilbudsfristen	275
36.2.3	Forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel	276
36.2.4	Forespørselen om å delta i konkurransen er ikke mottatt innen fristen	277
36.2.5	Forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet oppfyller ikke kravene til utforming	277
36.3	Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren – de obligatoriske avvisningsgrunnene	278
36.3.1	Innledning	278
36.3.2	Leverandøren oppfyller ikke kvalifikasjonskravene	278
36.3.3	Skatter, avgifter og trygdeavgifter er ikke betalt	279
36.3.4	Det foreligger inhabilitet som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak	281
36.3.5	Leverandøren har en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak	282
36.3.6	Leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for visse straffbare forhold	286
36.3.7	Når kan det avvises?	287
36.4	Fremgangsmåten ved avvisning	287
36.4.1	Innledning	287
36.4.2	Når skal oppdragsgiveren ta stilling til avvisningsspørsmålet?	288
36.4.3	Når kan oppdragsgiveren avvise?	288
36.4.4	Kan oppdragsgiveren foreta avklaringer?	289
36.4.5	Skriftlig meddelelse om avvisning av leverandør	289
36.5	Identifikasjon	290
36.5.1	Innledning	290
36.5.2	Identifikasjon mellom leverandøren og fysiske personer	290
36.5.3	Identifikasjon mellom leverandøren og en annen juridisk person	292
36.6	Utskiftning av underleverandører	293
36.6.1	Innledning	293
36.6.2	Utskiftning av underleverandør før kontraktssignering	294
36.6.3	Utskiftning av underleverandør etter kontraktssignering	294
36.6.4	Underleverandører som leverandøren skal støtte seg på	295
36.7	Tiltak for å unngå avvisning – "self cleaning"	295
36.7.1	Innledning	295

36.7.2	Hvilke tiltak kan leverandøren gjennomføre for å unngå avvisning?	296
36.7.3	Nærmere om tiltakene	297
36.7.4	Når er tiltakene tilstrekkelige?	298
36.8	Avvisningsperiode.....	299
36.8.1	Innledning	299
36.8.2	Avvisningsperioden for straffbare forhold	300
36.8.3	Avvisningsperioden for visse andre forhold	300
36.9	Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner	301
36.9.1	Innledning	301
36.9.2	Vandelsattest (politiattest) eller tilsvarende dokument.....	302
36.9.3	Skatteattest.....	302
36.9.4	Attest som viser at leverandøren ikke er konkurs e.l.	303
36.9.5	Det europeiske egenerklæringsskjemaet eller en erklæring avgitt under ed/forsikring.....	303
37	Avslutning av konkurransen.....	304
37.1	Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse	304
37.1.1	Innledning	304
37.1.2	Hvem skal motta meddelelsen?	304
37.1.3	Meddelelsens innhold	305
37.1.4	Unntak fra begrunnelsesplikten.....	307
37.1.5	Omgjøring av valg av leverandør	308
37.2	Karensperiode før inngåelse av kontrakt.....	308
37.2.1	Innledning	308
37.2.2	Karensperiodens varighet	309
37.2.3	Når utløper karensperioden?	309
37.2.4	I hvilke tilfeller gjelder ikke kravet om karensperiode?.....	310
37.2.5	Brudd på reglene om karensperiode	311
37.2.6	Skjæringstidspunkt for inngåelse av kontrakt	311
37.3	Suspensjon av oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt.....	311
37.3.1	Generelt om suspensjon	311
37.3.2	Hvilke vilkår må være oppfylt for at suspensjonsvirkningen skal inntre?.....	312
37.3.3	Når inntre og opphører suspensjonen?	312
37.4	Avlysning av konkurransen	314
37.5	Anskaffelsesprotokoll	315

37.5.1	Dokumentasjonsplikten etter § 7-1	315
37.5.2	Protokollplikten	315
38	Rammeavtaler	316
39	Innovasjonspartnerskap	316
39.1	Hva er innovasjonspartnerskap?	316
39.2	Når kan innovasjonspartnerskap benyttes?	316
39.3	Gjennomføring av innovasjonspartnerskap	317
39.3.1	Planlegging og utforming av anskaffelsesdokumentene	317
39.3.2	Gjennomføring av konkurransen	318
39.3.3	Gjennomføring av innovasjonspartnerskapet	320
39.4	Prekommersielle innkjøp	322
40	Endring av kontrakt	322
40.1	Innledning	322
40.2	Nærmere om endring i kontrakt	323
40.2.1	Endringer som foretas etter en endringsklausul	323
40.2.2	Endringer som medfører en begrenset prisøkning	325
40.2.3	Tilleggsleveranser	326
40.2.4	Endringer som følge av omstendigheter som oppdragsgiveren ikke kunne forutse	327
40.2.5	Endring av leverandør	328
40.2.6	Endringer som ikke er vesentlige	328
40.3	Vesentlige endringer	329
40.3.1	Endring som kan ha begrenset deltakelsen eller ha forrykket konkurranseresultatet	329
40.3.2	Endringer i kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren	330
40.3.3	Endringer som utvider kontraktens omfang betydelig	330
40.3.4	Endring som gjelder skifte av leverandør	332
41	Oppsigelse av kontrakt i særlige tilfeller	332
41.1	Innledning	332
41.2	Oppsigelse som følge av vesentlige endringer i kontrakten	333
41.3	Oppsigelse dersom leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for straffbare forhold	333
41.4	Oppsigelse som følge av at EFTA-domstolen har slått fast brudd på EØS-avtalen	334
42	Samordnede innkjøp	334

42.1	Innledning	334
42.2	Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap	335
42.3	Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater	336
42.3.1	Anskaffelser fra innkjøpssentraler i andre EØS-stater	336
42.3.2	Anskaffelser foretatt i fellesskap av oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater 337	
Del IV. Anskaffelser av helse- og sosialtjenester		338
43	Anskaffelser av helse- og sosialtjenester	338
43.1	Innledning	338
43.2	Reservasjonsadgang for ideelle leverandører	338
43.3	Anskaffelser av helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdien...	339
43.4	Anskaffelser av helse- og sosialtjenester over EØS-terskelverdien.....	339
43.4.1	Innledning	339
43.4.2	Hvordan skal konkurransen gjennomføres?	340
43.4.3	Særtrekkene ved helse- og sosialtjenester.....	340
43.4.4	Krav om kunngjøring	342
43.4.5	Kommunikasjon	343
43.4.6	Meddelelser- og begrunnelsesplikt	343
43.4.7	Dokumentasjon av anskaffelsen	343
43.5	Brukervalg	344
43.5.1	Innledning	344
43.5.2	Brukervalg som tildelingskriterium.....	344
43.5.3	Brukervalg som avropsmekanisme	345
43.6	Kontraktslengde.....	345
43.7	Reserverte kontrakter for visse helse- og sosialtjenester	346
43.8	Reserverte kontrakter for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer	347
Del V. Klagemuligheter og håndhevelsesregler		347
44	Klagemuligheter og håndhevelsesregler	347
44.1	Innledning	347
44.2	Klage til oppdragsgiveren	348
44.3	Klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser.....	349
44.3.1	Om klagenemnda.....	349
44.3.2	Sakstyper	350

44.4	Klage til EFTAs overvåkningsorgan	355
44.5	Erstatning	355
44.6	Begjæring om midlertidig forføyning.....	356
44.6.1	Frist for begjæring om midlertidig forføyning	357
44.7	Sanksjoner for brudd på anskaffelsesregelverket.....	357
44.7.1	Om lovens sanksjoner	357
44.7.2	For hvilke brudd skal eller kan retten idømme sanksjoner?	358
44.7.3	Hvilke sanksjoner skal idømmes	361
44.7.4	Unntak fra kravet om sanksjoner.....	362
44.7.5	Søksmålsfrister	364
	Litteraturliste	366

Forord

Kjære leser,

Jeg har gleden av å presentere veilederen til reglene om offentlige anskaffelser. Målet med veilederen er å gjøre et krevende og omfattende regelverk mer forståelig, og bidra til at offentlige oppdragsgivere kan gjennomføre effektive og gode innkjøp.

Bakgrunnen for veilederen er at ny lov og nye forskrifter om offentlige anskaffelser trådte i kraft 1. januar 2017. Et av de viktigste formålene med de nye anskaffelsesreglene er effektiv ressursbruk. Det er mange oppdragsgivere og leverandører som har gitt klart uttrykk for at anskaffelsesregelverket har vært for detaljert, komplisert og formalistisk. Videre har kostnadene og ressursbruken ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser blitt for høye, særlig i forhold til anskaffelsenes verdi. Jeg er derfor svært fornøyd med at de nye reglene inneholder flere nyvinninger og forbedringer som vil bidra til en enklere hverdag for både innkjøpere og leverandører til det offentlige, særlig for små og mellomstore bedrifter.

Blant flere gode forenklingstiltak vil jeg gjerne trekke frem at den nasjonale terskelverdien er blitt hevet betraktelig slik at ressursbruken ved mindre anskaffelser kan reduseres. Videre har vi fulgt opp Forenklingsutvalgets forslag om å forenkle reglene for innkjøp under EØS-terskelverdiene.

Av andre nyvinninger vil jeg også nevne bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler i hele anskaffelsesprosessen. Dette vil forenkle innlevering av tilbud både i Norge og på tvers av landegrensene i EØS-området. Videre vil innføringen av det europeiske egenerklærings-skjemaet føre til en reduksjon av leverandørenes dokumentasjonsbyrde.

Det nye regelverket legger også godt til rette for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta miljø- og klimahensyn, sosiale hensyn, innovasjon og andre samfunnshensyn gjennom sine anskaffelser.

De nye reglene vil imidlertid være av begrenset verdi, dersom dere som offentlige innkjøpere ikke utnytter de mulighetene som ligger i de nye anskaffelsesreglene. For å oppnå "det gode innkjøp" er det helt nødvendig at offentlig oppdragsgivere vektlegger innkjøpsfaglig kompetanse hos sine medarbeidere.

Mitt håp er at veilederen kan være et nyttig verktøy for alle brukere av anskaffelsesreglene.

Lykke til med innkjøpene!

Oslo, november 2017

Monica Mæland

Næringsminister

1 Innledning

Den 1. januar 2017 trådte ny lov og nye forskrifter om offentlige anskaffelser i kraft. Det nye anskaffelsesregelverket gjennomfører de nye anskaffelsesdirektivene fra EU og følger opp forslagene til Forenklingsutvalget i [NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser](#).

Veilederen gjelder i all hovedsak reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ([anskaffelsesforskriften](#))¹. Veilederen inneholder også omtale av flere av reglene i lov om offentlige anskaffelser ([anskaffelsesloven](#))², herunder de grunnleggende prinsipper i § 4 og håndhevelsesreglene. Departementet planlegger å utarbeide egne veiledere til forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene ([forsyningsforskriften](#))³ og forskrift om konsesjonskontrakter ([konsesjonskontraktforskriften](#))⁴. Reglene i disse forskriftene er likevel svært like reglene i anskaffelsesforskriften, og det vil derfor være aktuelt å se hen til denne veilederen også for anskaffelser som skal gjennomføres etter disse forskriftene.

Denne veilederen er omfattende og det er gitt veiledning til de fleste av reglene i anskaffelsesforskriften. Dessverre har ikke departementet per dags dato rukket å utarbeide veiledning til alle reglene som det er planlagt å gi veiledning til. Det er derfor angitt enkelte steder i veilederen at departementet planlegger å komme tilbake med veiledning på disse områdene. Disse veiledningstekstene vil bli lagt inn i veilederen fortløpende når de blir klare.

Den primære målgruppen for veilederen er innkjøpere i offentlige sektor som jobber med innkjøp til daglig. Veilederen vil også være nyttig for leverandører til det offentlige. Som ansvarlig for regelverket for offentlige anskaffelser har departementet i denne veilederen lagt vekt på å forklare hvordan reglene skal forstås. For å lette forståelsen av jussen har vi også

¹ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser ([anskaffelsesforskriften](#)).

² Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser ([anskaffelsesloven](#)).

³ Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene ([forsyningsforskriften](#)).

⁴ Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter ([konsesjonskontraktforskriften](#)).

laget flere eksempler. Når det gjelder råd knyttet til den mer praktiske planleggingen, gjennomføringen og oppfølgingen av innkjøp, viser vi til veiledning til Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) på anskaffelser.no.

Departementet gjør oppmerksom på at det vil være domstolene som har det avgjørende ordet når det gjelder tolkninger av anskaffelsesreglene. Vurderinger som er gitt i veilederen er derfor av rådgivende karakter. Det er uansett viktig at de som er innkjøpsansvarlige setter seg godt inn i reglene.

Vi har i veilederen brukt eksempler fra ulike rettskilder, som for eksempel dommer fra EU-domstolen og norske domstoler og avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som illustrasjoner på problemstillinger. Departementet gjør oppmerksom på at rettsområdet er i stadig utvikling, og at utfallet i de sakene som det er referert til ikke nødvendigvis er gyldige for all fremtid. Referanser til slike saker, kan heller ikke tas til inntekt for at departementet alltid er enig i avgjørelsene. Departementet tar ikke ansvar for innholdet på nettsidene som vi lenker til i veilederen.

For å gjøre veiledningen lettere tilgjengelig har vi organisert veilederen etter samme mal som anskaffelsesforskriften. Veilederens inndeling i deler, kapitler og underkapitler følger derfor i stor grad forskriftens oppbygning. Under del I har vi gitt veiledning til fellesbestemmelsene i forskriften del I, samt veiledning om de grunnleggende prinsippene og gjennomføringen av del I-anskaffelser. I veilederen del II har vi gitt veiledning til reglene om anskaffelser under EØS-terskelverdiene og særlige tjenester i del II i forskriften. Ettersom flere av reglene i forskriften del II er helt eller svært like de tilsvarende reglene i forskriften del III, har vi flere steder vist til veiledningen til de tilsvarende reglene i forskriften del III. I veilederen del III har vi gitt veiledning til reglene om anskaffelser over EØS-terskelverdiene i del III i forskriften. I del IV har vi gitt veiledning til reglene om anskaffelser av helse- og sosialtjenester i del IV i forskriften. I del V har vi gitt veiledning til klagemulighetene og håndhevelsesreglene i anskaffelsesloven.

Departementet vil kun legge ut veilederen elektronisk på departementets nettsider. Bakgrunnen for dette valget er å legge til rette for at veilederen kan endres, suppleres og utfylles fortløpende ved behov. På denne måten kan departementet sørge for at veilederen oppdateres i henhold til nye lover og forskrifter, ny rettspraksis fra EU-domstolen og norske domstoler, ny KOFA-praksis m.m.

Departementet vil etter hver oppdatering av veilederen legge ut en PDF-versjon av den tidligere versjonen av veilederen på departementets nettsider slik at det vil være mulig å ha oversikt over hvilke råd departementet til enhver tid har gitt.

Departementet mottar gjerne kommentarer og innspill til veilederen. Innspillene kan sendes til departementet via dette [tilbakemeldingsskjemaet](#).

Del I. Alminnelige bestemmelser

2 Anskaffelsesforskriftens virkeområde

2.1 Hvem skal følge anskaffelsesforskriften?

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser gjelder for følgende oppdragsgivere⁵:

- Statlige myndigheter⁶
- Fylkeskommunale og kommunale myndigheter⁷
- Offentligrettslige organer⁸
- Sammenslutninger med disse virksomhetene⁹

De ulike kategoriene oppdragsgivere er nærmere beskrevet nedenfor.

2.1.1 Stat, fylkeskommuner og kommuner

Forskriften gjelder for det første alle etater og organer i staten, fylkeskommunene og kommunene.

Statlige organer er alle organer som utøver lovgivende, utøvende eller dømmende makt.¹⁰ Departementer, direktorater, fylkesmenn og domstoler er eksempelvis alle å anse som statlige organer.

Også 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.

2.1.2 Offentligrettslige organer

Forskriften gjelder også 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.

⁵ Jf. loven § 2 og forskriften § 1-2.

⁶ Jf. § 1-2 første ledd bokstav a.

⁷ Jf. § 1-2 første ledd bokstav b.

⁸ Jf. § 1-2 første ledd bokstav c.

⁹ Jf. § 1-2 første ledd bokstav d.

¹⁰ Se [sak C-323/96 \(Vlaamse Raad\)](#), premiss 27.

Dersom en virksomhet først er å regne som et "*offentligrettslig organ*", men også delvis driver kommersielle virksomhet, vil regelverket uansett gjelde for alle anskaffelser som denne virksomheten foretar seg.¹¹

Det er tre vilkår som må være oppfylte for at en virksomhet skal anses for å være et offentligrettslig organ:

- Organet må være opprettet for å tjene allmenhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter¹²
- Organet må være organisert som et selvstendig rettssubjekt¹³
- Organet må ha en tilstrekkelig tilknytning til det offentlige¹⁴

2.1.2.1 Organet må være opprettet for å tjene allmenhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter

Det første vilkåret som må være oppfylt er at organet må være opprettet for å tjene allmenhetens behov, samt at det ikke må være industriell eller forretningsmessig karakter. I vurderingen må det først avgjøres hvorvidt organet tjener allmenhetens behov. Dersom dette vilkåret er oppfylt, må det også vurderes om organet er av en industriell eller forretningsmessig karakter.¹⁵

Det skilles altså mellom organer som tjener allmenhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og organer som tjener allmenhetens behov og er av industriell eller forretningsmessig karakter. Selv om vilkåret består av disse to leddene vil det være en helhetsvurdering av virksomhetens karakter som er avgjørende for om vilkåret er oppfylt. Rettspraksis skiller ikke konsekvent mellom hvilket vurderingstema som hører inn under hvilken del av vilkåret.¹⁶

Eksempler på oppdragsgivere som regnes som offentligrettslige organer er helseforetakene, Innovasjon Norge, NRK, Enova SF og GIEK.

2.1.2.1.1 Allmenhetens behov

Allmenhetens behov er et begrep som skal fortolkes vidt.¹⁷ Det må foretas en konkret vurdering der et sentralt moment er om virksomheten skal ivareta samfunnsmessige behov fremfor juridiske personers eller enkeltpersoners interesse.¹⁸ Organer som tjener allmenhetens behov vil derfor typisk være organer som utfører oppgaver som man anser

¹¹ [Sak C-44/96 \(Mannesmann\)](#), premiss 32-34.

¹² Se § 1-2 annet ledd bokstav a.

¹³ Se § 1-2 annet ledd bokstav b.

¹⁴ Se § 1-2 annet ledd bokstav c.

¹⁵ Se sak [C-360/96 \(BFI Holding\)](#), avsnitt 34-36 og [sak C-18/01 \(Taitotalo\)](#), avsnitt 40. Se også [Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 16. september 2010](#).

¹⁶ Dragsten (2013) s. 65.

¹⁷ [Sak C-18/01 \(Taitotalo\)](#), avsnitt 41-45.

¹⁸ Goller mfl. (2017) s. 23.

for å være samfunnsoppgaver.¹⁹ Dette kan gi seg utslag i at virksomheten helt eller delvis er lovregulert slik at virksomheten har visse rettigheter og plikter.²⁰ Dersom virksomheten er gitt eksklusive eller særskilte rettigheter kan dette i seg selv være en indikator på at virksomheten er vurdert som viktig for allmennheten.²¹ Tilsvarende dersom virksomheten utøver aktiviteter som normalt er lagt til det offentlige.²²

2.1.2.1.2 Industriell eller forretningsmessig karakter

Dersom virksomheten tjener allmennhetens behov, må det vurderes om det allmenne behovet som virksomheten skal tjene "er av industriell eller forretningsmessig karakter." 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.²³ For eksempel der et organ må drive med økonomiske tap som følge av at virksomheten de står i et avhengighetsforhold til fører en bestemt innkjøpspolitikk.

I vurderingen av om virksomheten er av en industriell og kommersiell karakter er det mange forhold som har blitt ansett som relevante. For det første må omstendighetene forut for opprettelsen av virksomheten og hvilket formål opprettelsen hadde vurderes.²⁴ I denne sammenheng kan det være nyttig å se på virksomhetens formålsbestemmelser.²⁵

Det vil videre være av betydning hvilke betingelser virksomheten utøver sine aktiviteter under, altså om den opererer under normale markedsformål. Det vil her være sentralt hvorvidt virksomheten har fortjeneste som formål. Dersom organet utøver sin virksomhet under normale markedsvilkår vil det normalt sett foreta innkjøp som er begrunnet i økonomiske hensyn.

I denne sammenheng er det også relevant å se hen til om organet bærer den kommersielle risikoen ved at det opererer på egen regning og risiko.²⁶ 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.²⁷

Et ytterligere moment av betydning er hvordan virksomhetens priser er fastsatt. Dersom prisene er fastsatt av offentlige myndigheter og ikke etter en ordinær markedsprising vil dette tale for at det ikke er et organ av industriell eller kommersielle karakter.

¹⁹ [Ot.prp.nr. 71 \(1997-1998\)](#) s. 29.

²⁰ [Ot.prp.nr. 71 \(1997-1998\)](#) s. 29.

²¹ [Ot.prp.nr. 71 \(1997-1998\)](#) s. 30.

²² [Sak C-44/96 \(Mannesmann\)](#), premiss 24.

²³ Se [sak C-360/96 \(BFI Holding\)](#), premiss 43.

²⁴ [Sak C-18/01 \(Taitotalo\)](#), premiss 59.

²⁵ [Ot.prp.nr. 71 \(1997-1998\)](#) s. 29-30.

²⁶ [Sak C-18/01 \(Taitotalo\)](#), premiss 59.

²⁷ [Sak C-223/99 og C-260/99 \(Agora Srl\)](#), premiss 40.

2.1.2.2 Organet må være organisert som et selvstendig rettssubjekt

Det andre vilkåret som må være oppfylt er at organet må være organisert som et selvstendig rettssubjekt. Et rettssubjekt er en juridisk person som kan ha rettigheter og plikter, samt foreta rettsstiftende handlinger. Eksempler er aksjeselskaper, ansvarlige selskaper, stiftelser og interkommunale foretak.²⁸

2.1.2.3 Organet må være tilstrekkelig tilknyttet til det offentlige

Det tredje vilkåret som må være oppfylt er at organet må være tilstrekkelig tilknyttet til det offentlige. For å oppfylle dette vilkåret må et 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 i tolkningen av 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.²⁹ Vilårene er alternative, det vil si at kun ett av vilårene må være oppfylt for at tilknytningen skal anses å være tilstrekkelig. De momentene som inngår i vurderingen av det ene alternativet, kan også ha betydning i vurderingen av et annet alternativ.

2.1.2.3.1 Organet er hovedsakelig finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer

Alternativet om at organet hovedsakelig må være finansiert av det offentlige må forstås vidt og omfatte mer enn direkte finansiering over det offentliges budsjetter.³⁰ Om det foreligger finansiering må sees i sammenheng med reglens formål. Ikke alle utbetalinger har den konsekvens at det offentlige får innflytelse over organets beslutninger og vil skape et avhengighetsforhold.³¹ At det offentlige betaler for innkjøp foretatt fra andre organer vil eksempelvis ikke medføre at det har en avgjørende innflytelse og kontroll. Grensen mellom hva som skal anses som tilskudd til organets virksomhet og hva som er betaling for en motytelse kan være vanskelig å trekke. Et sentralt moment er antagelig hvorvidt oppdragsgiveren har en selvstendig interesse i leveringen av organets ytelse ut over det offentliges interesse i generelt å støtte aktivitetene som organet utøver.³²

Dersom det offentlige finansierer organet, må det vurderes hvorvidt denne finansieringen utgjør hoveddelen av organets totale finansiering. Dette må forstås slik at finansieringen må

²⁸ Goller mfl. (2017) s. 25.

²⁹ Goller mfl. (2017) s. 25.

³⁰ [Sak C-337/06 \(Bayerischer Rundfunk\)](#), premiss 34.

³¹ Til dette syn, se [sak C-380/98 \(University of Cambridge\)](#), premiss 21.

³² Se Dragsten (2013) s. 65, som viser til Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 269.

utgjøre mer enn halvparten av virksomhetens inntekter.³³ Vurderingen må foretas årlig, regnet fra begynnelsen av regnskapsåret det året som anskaffelsen skal foretas.³⁴ Alle inntektene som organet har skal tas med i beregningen, inkludert de som kommer fra kommersiell aktivitet.³⁵

2.1.2.3.2 Organets forvaltning er underlagt offentlige myndigheters eller andre offentligrettslige organers ledelsesmessige kontroll

Alternativet om at organets forvaltning er underlagt offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organers ledelsesmessige kontroll må vurderes ut fra en helhetsvurdering av den innflytelsen som det offentlige har på organets beslutninger og om dette kan påvirke organets innkjøpsvirksomhet.³⁶ Det kan være tale om både alminnelig administrativ kontroll og instruksjonsmyndighet eller lignende.

Det er ikke avgjørende hvorvidt det offentlige faktisk benytter seg av muligheten til å kontrollere organet, så lenge de har en formell innflytelse.³⁷ Kontroll som eksisterer fordi det offentlige utsteder tillatelser og konsesjoner er ikke tilstrekkelig. Tilsvarende er det ikke nok at organet er underlagt en kontroll gjennom generell lovgivning.

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

2.1.2.3.3 Organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer

Et alternativ er at organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer.

Administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan er selskapsorganer hvor medlemmene kan ha en reell innflytelse på virksomhetsdriften, herunder de anskaffelsene som organet foretar seg. Dette er typisk styret og generalforsamlingen i et selskap.³⁸ Representantskapet vil også være et ledelsesorgan dersom det har en reell innflytelse på organets drift.³⁹

Flertallet av medlemmene må være oppnevnt av det offentlige. Vilkåret vil være oppfylt selv om det er ulike offentlige organer som utpeker de enkelte medlemmene. Vilkåret vil som

³³ [Sak C-337/06 \(Bayerischer Rundfunk\)](#), premiss 33, og [sak C-380/98 \(University of Cambridge\)](#), premiss 32.

³⁴ [Sak C-380/98 \(University of Cambridge\)](#), premiss 40.

³⁵ [Sak C-380/98 \(University of Cambridge\)](#), premiss 36.

³⁶ Dragsten (2013) s. 80 og [sak C-373/00 \(Adolf Truley\)](#), premiss 69.

³⁷ Til dette syn, se [sak C-237/99](#), premiss 56.

³⁸ Dragsten (2013) s. 79.

³⁹ Dragsten (2013) s. 79.

regel være oppfylt der det er snakk om et organ som er eid av det offentlige, fordi eierskap normalt innebærer at man har en rett til å oppnevne selskapets styremedlemmer. Dette utgangspunktet kan imidlertid være begrenset av at aksjonæravtaler eller vedtekter begrenser innflytelsen.

2.1.3 Sammenslutninger med statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter eller offentligrettslige organer

Reglene omfatter også sammenslutninger med statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og/eller offentligrettslige organer.⁴⁰ Bestemmelsen må sees på som et uttrykk for at anskaffelsesregelverket også skal gjelde der det offentlige går inn i virksomheter som på den ene siden ikke er selvstendige juridiske personer og som på den annen side ikke alene kan sees på som en lokal eller regional myndighet, eller som et offentligrettslig organ. Bestemmelsen er altså ment å omfatte samarbeids- eller organisasjonsformer som er etablert med offentlige oppdragsgiveres deltakelse, uten at det er etablert en selvstendig juridisk person. Dersom disse har gått sammen i en selvstendig juridisk person, skal organet vurderes opp mot definisjonen av offentligrettslig organ.⁴¹

Ordlyden i bestemmelsen fastsetter at reglene gjelder for "*sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere*".⁴² Det er ikke noe krav at sammenslutningen må bestå kun av virksomheter som blir regnet som offentlige oppdragsgivere. En sammenslutning hvor også private virksomheter inngår vil også kunne være omfattet.⁴³

2.2 Hvilke anskaffelser er omfattet av anskaffelsesforskriften?

2.2.1 Hvilke type anskaffelser er omfattet av anskaffelsesforskriften?

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser gjelder når oppdragsgivere inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100.000 kroner ekskl. mva.⁴⁴

Forskriften definerer hva som utgjør henholdsvis en varekontrakt, en tjenstekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt i § 4-1.

Varekontrakter er kontrakter om kjøp, avbetalingskjøp, leasing eller leie, med eller uten rett til kjøp, av varer. En varekontrakt kan inkludere monterings- og installasjonsarbeid.⁴⁵

⁴⁰ Jf. § 1-2 første ledd bokstav d.

⁴¹ Se Steinicke og Goersmeyer (2008) s. 298.

⁴² Jf. § 1-2 første ledd bokstav d.

⁴³ Til dette syn, se også Arrowsmith (2014) s. 368.

⁴⁴ Se loven § 2 og forskriften §1-2.

⁴⁵ Jf. § 4-1 bokstav b.

Tjenestekontrakter er kontrakter om utførelsen av tjenester med unntak av kontrakter som faller inn under definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt.⁴⁶

Bygge- og anleggskontrakter omfatter tre type kontrakter. Dette gjelder kontrakter om:

- utførelsen eller både utførelsen og planleggingen av bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med aktiviteter som angitt i forskriften vedlegg 1.⁴⁷
- utførelsen eller både utførelsen og planleggingen av et bygge- og anleggsarbeid.⁴⁸
- utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid som oppfyller kravene som er satt av en oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging⁴⁹.

Et bygge- og anleggsarbeid er definert i forskriften som *"resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon"*⁵⁰.

En plan- og designkonkurranse er definert som en anskaffelsesprosedyre som gjør det mulig for oppdragsgiveren å få utarbeidet et planleggings- eller prosjekteringsarbeid, inkludert en design, gjennom en konkurranse der juryen kårer en eller flere vinnere. Hvordan plan- og designkonkurranser skal gjennomføres er regulert i forskriften del V.

2.2.2 Hva er en kontrakt?

2.2.2.1 Innledning

Med kontrakt menes en gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere oppdragsgivere med en eller flere leverandører.⁵¹ Hvis det er inngått en gjensidig bebyrdende kontrakt, vil utgangspunktet være at anskaffelsesreglene skal følges.

For at en kontrakt skal være gjensidig bebyrdende må begge parter ha forpliktelser etter avtalen. Disse forpliktelsene må være gjensidig avhengige av hverandre. For at ytelsen skal være omfattet av anskaffelsesreglene, må den innebære en direkte økonomisk fordel for oppdragsgiveren.⁵² Oppdragsgiveren må også gi leverandøren en motytelse, i form av et vederlag. I praksis vil ofte oppdragsgiverens vederlag bestå i å betale en sum penger, men det kan også være andre former for økonomisk motytelser, for eksempel å gi avkall på noen

⁴⁶ Jf. § 4-1 bokstav c.

⁴⁷ Jf. § 4-1 bokstav d, nr. 1.

⁴⁸ Jf. § 4-1 bokstav d, nr. 2.

⁴⁹ Jf. § 4-1 bokstav d, nr. 3.

⁵⁰ Jf. § 4-1 bokstav e.

⁵¹ Jf. § 4-1 bokstav a.

⁵² Se [sak C-451/08 \(Helmut Muller\)](#), premiss 48-49.

en ellers ville fått. Det kan være tale om en kontrakt selv om det er misforhold mellom ytelsene.⁵³

2.2.2.2 *Kravet om skriftlighet*

Det følger av forskriftens definisjon av kontrakt at kontrakten skal være skriftlig. Formålet med regelverket og alminnelige omgåelsesbetraktninger tilsier imidlertid at kravene til skriftlighet ikke skal tolkes strengt. I praksis har ikke skriftlighetskravet blitt tolket som en reell begrensning når det gjelder spørsmålet om hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften. Dette er delvis fordi det normalt ikke vil forekomme anskaffelser som er omfattet av forskriften uten at de er nedtegnet skriftlig. Det er også fordi omgåelsesbetraktninger tilsier at dersom en oppdragsgiver skulle inngå en slik avtale muntlig, så gjelder anskaffelsesreglene likevel.⁵⁴

2.2.2.3 *Avgrensning mot ensidig støtte*

Gjensidig bebyrdende kontrakter må avgrenses mot ensidig tilskudd fra oppdragsgivere. Ensidige tilskudd omfattes ikke av anskaffelsesreglene.

Når grensen mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og tilskudd skal trekkes er det ikke avgjørende hva den konkrete transaksjonen er omtalt som, men hvorvidt det reelt foreligger en gjensidig bebyrdende avtale. Det er flere momenter som kan være relevante i grensedragningen, og oppdragsgiveren må foreta en konkret helhetsvurdering hvor disse vurderes i sammenheng.

EU-kommisjonen har i en veileder for tjenester av allmenn økonomisk interesse⁵⁵ angitt enkelte momenter som det kan tas hensyn til i en helhetsvurdering. Det uttales i veilederen at følgende særtrekk taler for at man har å gjøre med en gjensidig bebyrdende kontrakt:

- Formålet med kontrakten er å dekke de behovene den offentlige oppdragsgiveren 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.

⁵³ Se eksempelvis uttalelse i [KOFA-sak 2011/312](#), premiss 70.

⁵⁴ Se utfyllende vurdering av skriftlighetskravet i KOFAs avgjørelse av 6. november 2012 i de forente [sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22](#), premiss 102 flg.

⁵⁵ Commission staff working document, [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](#), SWD(2013) 53 final/2, s. 100-101 spørsmål 218.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2005/180 \(CatoSenteret\)](#)

Helse- og omsorgsdepartementet inngikk avtaler med rehabiliteringssentre og opptreningsinstitusjoner om offentlig finansiering. Blant disse var CatoSenteret som fikk tildelt midler direkte gjennom Stortingets årlige budsjettvedtak. KOFA fant imidlertid at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt ettersom CatoSenteret hadde forpliktet seg til å levere en tjeneste som motytelse for støtten. Statens tilskudd sto i direkte forhold til omfanget av de forpliktelser som påhvilde CatoSenteret, det vil si antall behandlingsplasser og kursdøgn stilt til rådighet. Senteret måtte dokumentere, i form av årlige rapporter, hvordan midlene ble brukt. Videre bestemte oppdragsgiveren hvilke målgrupper CatoSenteret forpliktet seg til å gi tilbud til. Oppdragsgiveren hadde derfor en viss kontroll over den gjenytelsen CatoSenteret ga.

2.2.2.4 Avgrensning mot gaver

Rene gaver til oppdragsgiveren faller utenfor kontraktsbegrepet, da oppdragsgiveren ikke yter vederlag. Hvis avtalen derimot inneholder både et gaveelement og en form for vederlag, vil det foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Et eksempel på en gave er et fond som gir et beløp til et helseforetak til innkjøp av teknisk utstyr til sykehuset. Hvis giveren har bestemt hva som skal anskaffes og fra hvem, anses dette som en gave til sykehuset, selv om sykehuset selv skal foreta anskaffelsen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det må gjennomføres en konkurranse der giveren for eksempel har bestemt hvilket merke som skal anskaffes for donasjonen, dersom det ikke er angitt hvilken leverandør det skal kjøpes fra og det finnes flere leverandører av dette merket. Hvis giveren har latt det være opp til oppdragsgiveren å bestemme hva som skal anskaffes og fra hvem, må det gjennomføres en konkurranse i henhold til anskaffelsesreglene.

3 Unntak fra anskaffelsesforskriften

Departementet vil komme tilbake med veiledning til reglene om unntak i forskriften kapittel 2.

4 Samarbeid i offentlig sektor

4.1 Innledning

Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Denne friheten gjelder også valg av fremgangsmåte når forvaltningen skal dekke sitt behov for varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider. Det betyr at en offentlig oppdragsgiver kan bestemme om han vil dekke sin etterspørsel ved hjelp av eksterne leverandører, eller ved å ta i bruk egne ressurser. I det siste tilfellet sier man at det offentlige utfører leveransen i egenregi. Oppdragsgiveren må selv vurdere om det er mest hensiktsmessig å dekke behovet ved egenregi, eller ved bruk av eksterne leverandører.

Dersom en ytelse leveres i egenregi, foreligger det ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand og anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse. Et typisk eksempel er der to enheter innenfor samme rettssubjekt inngår en avtale. Egenregi omtales nærmere i punkt 4.2.

Dersom det inngås en gjensidig bebyrdende avtale mellom to separate, selvstendige rettssubjekter, kommer som utgangspunkt anskaffelsesregelverket til anvendelse. Dette utgangspunktet gjelder også der det inngås kontrakter mellom to offentlige oppdragsgivere, eksempelvis mellom to kommuner.⁵⁶

Det kan imidlertid være en slik tilknytning mellom to rettssubjekter at anskaffelsesregelverket likevel ikke kommer til anvendelse, såkalt utvidet egenregi. Unntaket for utvidet egenregi forutsetter et slags over-/underordnet forhold mellom oppdragsgiveren og leverandøren. Utvidet egenregi er regulert i § 3-1 og § 3-2 og omtales nærmere i punkt 4.3.

Enkelte samarbeidsavtaler mellom offentlige oppdragsgivere kan også på visse vilkår være unntatt anskaffelsesregelverket. Dette unntaket er regulert i § 3-3 og omtales nærmere i punkt 4.4.

Samarbeid som ikke utgjør en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand, omfattes ikke av anskaffelsesregelverket. Noen eksempler på slikt samarbeid omtales nærmere i punkt 4.5.

Det er nå inntatt bestemmelser om samarbeid i offentlig sektor i forskriften kapittel 3. Innholdsmessig er reglene i stor grad en kodifisering av tidligere rettspraksis fra EU-domstolen. Det er derfor relevant å se hen til EU-domstolens avgjørelser ved tolkingen av bestemmelsene.⁵⁷ Samtidig er det gjort visse endringer fra denne praksisen og foretatt enkelte presiseringer av unntakenes anvendelsesområde.⁵⁸

4.2 Egenregi

Dersom to enheter innen samme rettssubjekt inngår en avtale om kjøp av varer og tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kommer anskaffelsesregelverket ikke til anvendelse. Disse tilfellene betegnes ofte som *egentlig* egenregi.

⁵⁶ Se premiss 31 i fortalen til EU-direktivet om offentlige anskaffelser ([direktiv 2014/24/EU](#)).

⁵⁷ Se premiss 31 i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#).

⁵⁸ For en grundig gjennomgang av temaet under direktiv 2004/18/EC, se Wiggen (2013). Se også utredning utarbeidet av [Advokatfirmaet Hjort DA \(2014\)](#) s. 25-60.

Eksempel

Vilkårene for egenregi vil for eksempel være oppfylt dersom en etat kjøper en tjeneste fra en annen etat i samme kommune.



4.2.1 Egenregi i staten

Staten i Norge er å anse som én juridisk person. Med juridisk person forstås at enheten er selvstendig med råderett over egen formuesmasse. Departementer, underliggende etater, direktorater og forvaltningsbedrifter er en del av statens juridiske person. Statlig eide aksjeselskaper, stiftelser og selskaper med begrenset ansvar for staten, er derimot ikke en del av statens juridiske person; de er selvstendige rettssubjekter.

Anskaffelser innen statens juridiske person kan foretas i egenregi. Det vil si at én statlig virksomhet kan utføre oppgaver for en annen statlig virksomhet, dersom ingen av dem er skilt ut som et separat rettssubjekt, uten at anskaffelsesregelverket får anvendelse.

Det har i den juridiske litteraturen vært drøftet om enkelte statlige virksomheter kan ha en slik selvstendighet og markedsorientering at egenregi likevel ikke er mulig.⁵⁹

4.3 Utvidet egenregi

De alminnelige vilkårene for utvidet egenregi er angitt i § 3-1. Av bestemmelsen fremgår det at anskaffelsesregelverket ikke gjelder når oppdragsgiveren inngår kontrakter med et annet rettssubjekt som

- oppdragsgiveren utøver kontroll over som svarer til den kontrollen han utøver over sin egen virksomhet,
- utøver mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiveren eller andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer, og
- det ikke er direkte private eierandeler i.

⁵⁹ Se blant annet Wiggen (2013), kapittel 17. Se også [KOFA-sak 2012/188](#).

Eksempel

Vilkårene for utvidet egenregi kan for eksempel være oppfylt der en kommune kjøper busstjenester fra et 100 prosent kommunalt eid busselskap som kun kjører bussruter på oppdrag fra kommunen.



Vilkårene i § 3-1 første ledd er kumulative, det vil si at alle må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Vilkårene for utvidet egenregi må være oppfylt i hele kontraktsperioden. Dette innebærer at oppdragsgiveren, dersom det inntreffer forhold av betydning som kan påvirke hvorvidt vilkårene for egenregi er oppfylt, må vurdere om kontrakten kan videreføres i egenregi. Dette kan for eksempel være endringer i leverandørens vedtekter, selskapsform, eierstruktur eller inngåelse av nye kontrakter.⁶⁰

Nedenfor gis det en nærmere fremstilling av læren om egenregi. Det er verdt å merke seg at læren om egenregi innebærer unntak fra anskaffelsesregelverket og at den derfor skal tolkes restriktivt.⁶¹ Bevisbyrden for at egenregivilkårene er oppfylt ligger på oppdragsgiveren.⁶²

4.3.1 Kontrollkriteriet

4.3.1.1 Generelt

Det første vilkåret for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er at oppdragsgiveren utøver en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll han utøver over egen virksomhet, jf. § 3-1 første ledd bokstav a.⁶³ Kravet til kontroll er oppfylt når oppdragsgiveren utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger hos leverandøren, jf. § 3-1 andre ledd.⁶⁴

⁶⁰ [Sak C-573/07 \(SEA\)](#) og [KOFA-sak 2010/338 \(Norsk Industri\)](#), premiss 40.

⁶¹ [Sak C-26/03 \(Stadt Halle\)](#), premiss 46-47 og [sak C-458/03 \(Parking Brixen\)](#), premiss 63.

⁶² [Sak C-458/03 \(Parking Brixen\)](#), premiss 63.

⁶³ Som formulert i blant annet [sak C-107/98 \(Teckal\)](#), premiss 50.

⁶⁴ Som formulert i blant annet [sak C-458/03 \(Parking Brixen\)](#), premiss 65.

Ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt, skal oppdragsgiveren ta hensyn til alle relevante lovbestemmelser, vedtekter og andre faktiske omstendigheter. Når for eksempel leverandøren er organisert som et aksjeselskap, må han derfor blant annet se hen til aksjeselskapslovgivningen og vedtektene til det konkrete selskapet.

4.3.1.2 *Leverandørens selvstendighet*

Dersom leverandøren har for stor grad av selvstendighet overfor oppdragsgiveren, vil det begrense sistnevntes mulighet til å sikre den nødvendige kontrollen etter kontrollkriteriet. Den mest praktiske måten å begrense leverandørens selvstendighet på er gjennom eierskap. At oppdragsgiveren eier hele eller majoriteten av den virksomhet som anskaffelsen foretas fra, er et moment som taler for at han også kan utøve den kontroll som er nødvendig for at kontrollkriteriet skal anses for oppfylt. Dette er imidlertid ikke i seg selv avgjørende.⁶⁵ Slik selskapsrettslig (majoritets-) kontroll er ikke *tilstrekkelig* for at kriteriet anses oppfylt. Eksempelvis gir den råderetten som flertallet av eierne i et aksjeselskap har etter selskapsretten, bare en begrenset mulighet til å få innflytelse over selskapets beslutninger.⁶⁶ Oppdragsgiveren må faktisk kunne påvirke organets beslutninger.

EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at eierskap inngår som en viktig moment ved vurderingen, uten at eierskapet i seg selv er tilstrekkelig for å utøve nødvendig kontroll.⁶⁷ Organisasjonsmodellen for oppdragstakers virksomhet kan være et relevant moment i vurderingen av om kriteriet er oppfylt. Departementet mener at utvidet egenregi for eksempel kan utøves gjennom norske aksjeselskaper, men det forutsetter at oppdragsgiveren har en innflytelse over selskapet som går ut over det en majoritetsseier normalt har.

For å kunne avgjøre graden av leverandørens selvstendighet, har EU-domstolen ikke begrenset seg til å se på eierandel eller valgte organisasjonsmodeller. Den har også sett på hvordan eieren (oppdragsgiveren) er representert i leverandørselskapets ledelse.⁶⁸

I den forbindelse er det relevant å se på blant annet oppdragsgivers mulighet til å øve innflytelse gjennom:

- deltakelse i styret, representantskap eller andre lignende organer
- fastsettelsen av virksomhetens formål og
- kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv og annen daglig ledelse.

⁶⁵ [Sak C-340/04 \(Carbotermo\)](#), premiss 37.

⁶⁶ [Sak C- 458/03 \(Parking Brixen\)](#), premiss 67-70 og [sak C-340/04 \(Carbotermo\)](#), premiss 38.

⁶⁷ Se for eksempel [sak C-340/04 \(Carbotermo\)](#), premiss 37.

⁶⁸ [Sak C-324/07 \(Coditel Brabant\)](#), premiss 28-40 og [sak C-573/07 \(SEA\)](#), premiss 81-83.

Rettsavgjørelse

[Sak C-15/13 \(Technische Universität\)](#), gjaldt en kontrakt om kjøp av IT-systemer. Kontrakten var inngått mellom et universitet, eid av den tyske delstaten Hamburg, og det offentlige eide selskapet HIS. Et sentralt spørsmål i saken var om delstaten Hamburg utøvte nødvendig kontroll over universitetet. EU-domstolen kom til at dette ikke var tilfellet ettersom universitetet hadde en stor grad av selvstendighet når det gjaldt undervisning og forskning. Det var ikke tilstrekkelig at delstaten Hamburg utøvte kontroll over universitetets anskaffelsesvirksomhet.

Rettsavgjørelse

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

4.3.1.3 Leverandørens markedsorientering

Leverandørens markedsorientering, altså den grad leverandøren forfølger kommersielle snarere enn allmenne formål, er også et moment som oppdragsgiveren må ta i betraktning ved vurderingen av oppdragsgivers muligheter til å kontrollere leverandøren. EU-domstolen har slått fast at selv om oppdragsgivere er sterkt representert i leverandørens virksomhet og således har sikret seg kontrollbeføyelser som begrenser leverandørens selvstendighet, så vil en utstrakt markedsorientering hos leverandøren kunne undergrave den kontrollen som oppdragsgiver derved har sikret seg.⁶⁹

Når EU-domstolen vurderer om leverandøren er "markedsorientert", tar den utgangspunkt i det *formål* leverandørselskapet forfølger. Virksomhetens formål kan for eksempel fremgå av det lovverket og de vedtekter som regulerer selskapets virksomhet. Momenter som inngår i denne vurderingen, er blant annet om leverandøren utfører oppgaver utover mer

⁶⁹ [Sak C-324/07 \(Coditel Brabant\)](#), premiss 36.

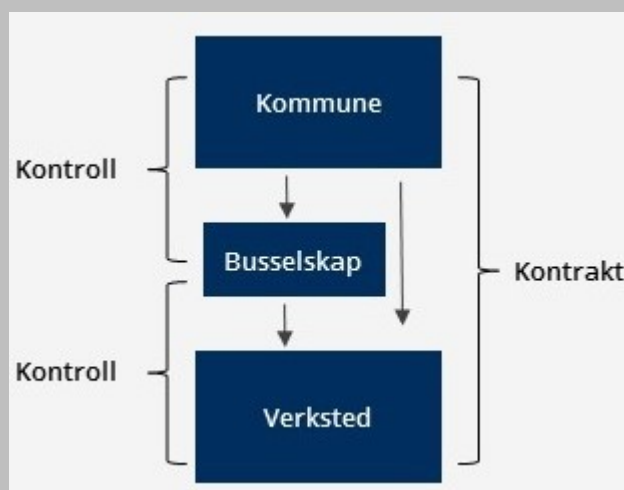
tradisjonelle offentlige oppgaver, om leverandøren driver virksomhet utenfor oppdragsgivers territorium, leverandørens mulighet til å kontrahere med tredjepersoner - særlig private aktører -⁷⁰ og om det foreligger planer om å privatisere leverandørens virksomhet.⁷¹

4.3.1.4 Kontroll gjennom andre rettssubjekter

Av § 3-1 andre ledd siste punktum fremgår det at kontroll også kan utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer på samme måte. Oppdragsgiveren trenger altså ikke utøve direkte kontroll over leverandøren. Det er tilstrekkelig at oppdragsgiveren utøver kontroll over ett rettssubjekt som igjen utøver kontroll over leverandøren.

Eksempel

Vilkårene for utvidet egenregi der kontroll utøves gjennom andre rettssubjekter kan for eksempel være oppfylt der en kommune kjøper verkstedtjenester direkte fra et verksted som er kontrollert av et busselskap som igjen er kontrollert av kommunen.



4.3.2 Aktivitetskriteriet

Det andre vilkåret for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er at leverandøren utfører mer enn 80 prosent⁷² av sin aktivitet for oppdragsgiveren eller andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer, jf. § 3-1 første ledd bokstav b.⁷³ Derfor vil

⁷⁰ [Sak C-573/07 \(SEA\)](#), premiss 79.

⁷¹ [Sak C-573/07 \(SEA\)](#), premiss 50.

⁷² Forut for [direktiv 2014/24/EU](#) var det uklart hvor den kvantitative grensen gikk for når aktivitetskriteriet var oppfylt. Det må derfor anses som en klargjøring av rettsstillingen at grensen nå er lagt på 80 %.

⁷³ At aktivitet rettet mot alle enheter som kontrolleres av oppdragsgiver skal medregnes, er en presisering av rettsstillingen forut for [direktiv 2014/24/EU](#).

leverandøren, når han i for stor grad selger i et konkurranseutsatt marked, være forhindret fra å levere i egenregi.

Det er ikke avgjørende om oppdragsgiveren mottar ytelsen selv, eller om den går til andre brukere.⁷⁴ Det er heller ikke relevant hvem som betaler leverandøren. For eksempel vil pleietjenester som et sykehjem yter på oppdrag fra en kommune (den kontrollerende enheten) tilregnes kommunen, selv om pasientene er mottakere av pleietjenestene og betaler for deler av dem.

Ved vurderingen av aktivitetskriteriet skal leverandørens samlede aktivitet tas i betraktning. All aktivitet skal medregnes. Det vil si at det ikke bare skal tas hensyn til den type aktivitet som utføres i egenregi dersom leverandøren også driver annen type aktivitet.

Det er tilstrekkelig å foreta en kvantitativ vurdering under aktivitetskriteriet.⁷⁵ Hvordan aktiviteten skal beregnes fremgår av § 3-4. Beregningen av den prosentvise aktiviteten skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller en annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til ytelsene. En annen metode kan for eksempel være å sammenligne leverandørens fortjeneste fra oppdrag for oppdragsgiveren og fortjeneste fra oppdrag for andre. Oppdragsgiveren står fritt til å velge beregningsmetode forutsatt at valget er basert på en forsvarlig vurdering. Oppdragsgiverens valg av beregningsmetode kan ikke være motivert av et ønske om å unnta kontrakten fra regelverket.

Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. 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, vil det være tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

4.3.3 Private eierandeler

Det tredje vilkåret for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er at det ikke er noen *direkte* private eierandeler i leverandøren, jf. § 3-1 første ledd bokstav c. Formålet er å forhindre at private drar konkurransemessige fordeler ved bruken av egenregi. Både kommersielle og ideelle private eierandeler omfattes av vilkåret.⁷⁶

Det er ikke utelukket å bruke egenregi dersom det kun er *indirekte* private eierandeler i leverandøren. Der oppdragsgiveren er et offentligrettslig organ, kan det være privat kapital i oppdragsgiveren, og slik sett også indirekte private eierandeler i leverandøren.

⁷⁴ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 32 der det fremgår at unntaket gjelder "*regardless of the beneficiary of the contract performance*". Se også [sak C-340/04 \(Carbotermo\)](#), premiss 66-67.

⁷⁵ Forut for [direktiv 2014/24/EU](#) fulgte det av rettspraksis at vurderingen av aktivitetskriteriet både besto av en kvalitativ og kvantitativ del, se eksempelvis [sak C-340/04 \(Carbotermo\)](#). Det er nå klart at det er tilstrekkelig å foreta en kvantitativ vurdering av leverandørens aktivitet.

⁷⁶ Se [sak C-574 12 \(SUCH\)](#).

Oppdragsgivere som er offentligrettslige organer kan derfor, uavhengig av eierskap, benytte unntaket for utvidet egenregi.⁷⁷

4.3.4 Omvendt egenregi og tildeling til søsterselskaper

Unntaket for utvidet egenregi gjelder også der den kontrollerte enheten inngår en kontrakt om kjøp av ytelser fra den kontrollerende enheten, også kalt omvendt egenregi eller omvendt vertikalt samarbeid, jf. § 3-1 tredje ledd bokstav a.

Eksempel

Vilkårene for omvendt egenregi kan for eksempel være oppfylt der et kommunalt busselskap (den kontrollerte enheten) kjøper en regnskapstjeneste fra kommunen (den kontrollerende enheten).

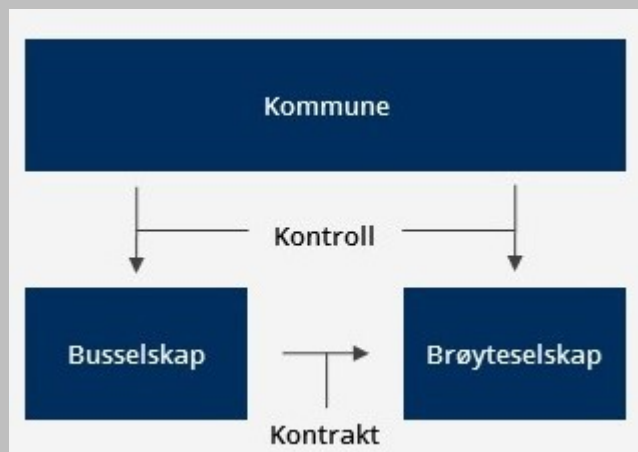


Unntaket for utvidet egenregi gjelder også for tildeling til søsterselskaper, det vil si der en kontrollert enhet tildeler kontrakt til en annen kontrollert enhet som har samme morselskap, jf. § 3-1 tredje ledd bokstav b.

⁷⁷ Av premiss 32 i fortaleten til [direktiv 2014/24/EU](#) fremgår det at det er disse situasjonene direkte privat kapital er ment å avgrense mot: *"It should also be clarified that contracting authorities such as bodies governed by public law, that may have private capital participation, should be in a position to avail themselves of the exemption for horizontal cooperation. Consequently, where all other conditions in relation to horizontal cooperation are met, the horizontal cooperation exemption should extend to such contracting authorities where the contract is concluded exclusively between contracting authorities."*

Eksempel

Vilkårene for tildeling til søsterselskaper kan for eksempel være oppfylt der et kommunalt busselskap (kontrollert enhet) kjøper brøytejenester fra et kommunalt brøyteselskap (kontrollert enhet).



Forutsetningen i begge situasjonene er at det ikke er noen direkte private eierandeler i rettssubjektene som blir tildelt kontrakten.

Ved tilfeller av omvendt egenregi er det av naturlige grunner ikke krav om at oppdragsgiveren skal utøve kontroll over leverandøren. Det samme gjelder ved tildeling til søsterselskaper. I slike tilfeller er det imidlertid krav om at morselskapet må utøve nødvendig kontroll over begge søsterselskapene som inngår kontrakten.

Aktivitetskriteriet gjelder også ved omvendt egenregi og ved tildeling til søsterselskaper. Etter departementets syn må det ved omvendt egenregi og tildeling til søsterselskaper trolig stilles krav om at henholdsvis det kontrollerte rettssubjektet og søsterselskapet som blir tildelt kontrakten ikke må utføre mer enn 20 prosent av sine aktiviteter på det åpne markedet.⁷⁸

4.3.5 Utvidet egenregi ved felles kontroll

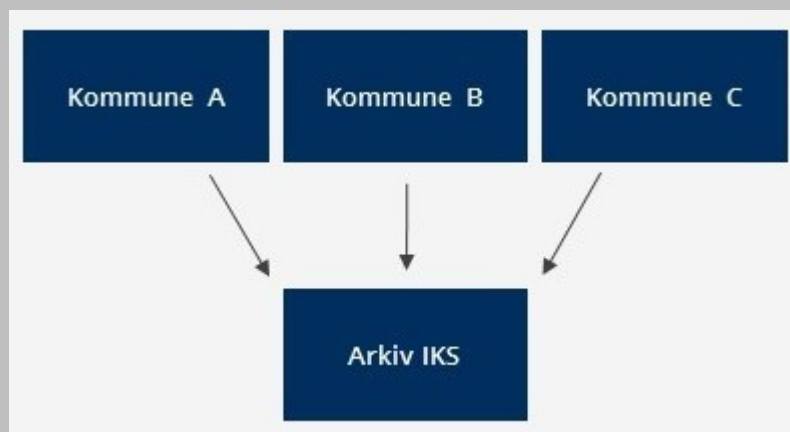
Selv om oppdragsgiveren ikke alene oppfyller vilkårene for utvidet egenregi i § 3-1, kan kontrakten unntas anskaffelsesregelverket dersom flere oppdragsgivere sammen utøver kontroll over leverandøren. Særlig aktuelt er dette ved ulike former for interkommunalt

⁷⁸ Hvilket organ som må oppfylle aktivitetskriteriet er i teorien ansett som et åpent spørsmål. Se blant annet utredning utarbeidet av [Advokatfirmaet Hjort DA \(2014\)](#) s. 47-48. Det anføres her at det trolig må oppstilles krav om at selskapet som tildeles kontrakt fra et søsterselskap ikke kan utføre mer enn 20 % av sine aktiviteter på markedet. Videre anføres at det muligens kan oppstilles krav om at den kontrollerende oppdragsgiveren som tildeles kontrakten ikke kan utføre mer enn 20 % av sine aktiviteter på det åpne markedet hvis unntaket for omvendt egenregi skal komme til anvendelse.

samarbeid. For eksempel kan flere kommuner ha opprettet et aksjeselskap eller et interkommunalt selskap som de alle ønsker å tildele kontrakter.

Eksempel

Vilkårene for utvidet egenregi kan for eksempel være oppfylt der tre kommuner kjøper arkivtjenester fra et interkommunalt arkivselskap som de sammen kontrollerer.



Av § 3-2 første ledd fremgår at anskaffelsesregelverket ikke gjelder når oppdragsgiveren inngår kontrakter med et annet rettssubjekt som

- oppdragsgiveren og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver kontroll over som svarer til den kontrollen de utover over sin egen virksomhet,
- utøver mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer, og
- det ikke er direkte private eierandeler i.

Hva som skal til for at **kontrollkriteriet** i første ledd er oppfylt, er nærmere presisert i § 3-2 andre ledd.

For det *første* må det kontrollerende rettssubjektets styrende organer være sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne, jf. andre ledd bokstav a. Det er imidlertid ikke nødvendig at oppdragsgiverne stiller med hver sin representant – av bestemmelsen fremgår det uttrykkelig at en representant kan representere flere eller alle oppdragsgiverne. Hvilken vedtaksprosedyre som er valgt for de styrende organene, eksempelvis at det treffes flertallsvedtak, er uten betydning.⁷⁹

For det *andre* må de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Kontrollen som utøves må altså være lik uavhengig av om leverandøren kontrolleres av en eller flere leverandører, se punkt 4.3.1 over.

⁷⁹ Se eksempelvis [sak C-324/07 \(Coditel Brabant\)](#), premiss 51.

For det *tredje* må det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølge interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser. Det kan i denne sammenheng være relevant å se hen til vedtekter eller lignende der rettssubjektets formål er fastlagt.

I forskriften stilles det ikke ytterligere krav til oppdragsgivernes felles kontroll. I prinsippet kommer unntaket derfor til anvendelse uavhengig av hvor mange oppdragsgivere som kontrollerer leverandøren. Kontrollen må imidlertid utøves i fellesskap, og det må trolig stilles et krav til at det er en viss realitet i samarbeidet mellom oppdragsgiverne.⁸⁰

Når det gjelder aktivitetskriteriet, er det et krav om at leverandøren utøver mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer. Det er klart at aktivitet som leverandøren utøver for andre rettssubjekter som oppdragstakere i fellesskap utøver kontroll over, skal tas med i beregningen. Departementet mener også aktivitet utøvet for andre rettssubjekter som bare en eller enkelte av oppdragsgiverne kontrollerer trolig skal tas med i beregningen.⁸¹

Vilkåret om at det ikke kan være **direkte private eierandeler** i leverandøren er det samme som ved utvidet egenregi der kun en oppdragsgiver utøver kontroll, se punkt 4.3.3 over.

4.4 Samarbeidsavtaler

Det offentlige har også mulighet til å samarbeide utenom egenregitilfellene.

Anskaffelsesregelverket får heller ikke anvendelse på nærmere definerte samarbeidsavtaler mellom flere oppdragsgivere der kontrollkriteriet ikke er oppfylt, såkalt *horisontalt* offentlig-offentlig samarbeid.⁸² Bakgrunnen er at det offentlige skal stå fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Offentlige myndigheter kan organisere samarbeidsstrukturer uavhengig av hvordan man har valgt å formalisere samarbeidsorganene.⁸³

⁸⁰ Se [sakene C-182/11 og C-183-11 \(Econord\)](#), avsnitt 30-32.

⁸¹ Spørsmålet er i teorien ansett som et uklart og åpent spørsmål. Se eksempelvis utredning av [Advokatfirmaet Hjort DA \(2014\)](#) s. 43

⁸² Slikt samarbeid blir også omtalt som ikke-institusjonalisert samarbeid. Læren om samarbeidsavtaler har sitt utspring i [sak C-480/06 \(Stadtreinigung Hamburg\)](#), og er nærmere konkretisert i blant annet [sak C-159/11 \(Azienda\)](#).

⁸³ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 33.

Rettsavgjørelse

Sak C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg) gjaldt et samarbeid mellom et avfallshåndteringsselskap – Stadtreinigung Hamburg – eid av byen Hamburg og fire omkringliggende kommuner (Landkreise) om håndtering av sistnevntes avfall. De fire omliggende kommunene hadde ikke slik kontroll over avfallshåndteringsselskapet som kreves etter kontrollkriteriet. Domstolen kom allikevel til at samarbeidet kunne inngås mellom partene uten at anskaffelsesregelverket kom til anvendelse.

Samarbeidsavtaler er regulert i forskriften § 3-3. Av bestemmelsen fremgår det at anskaffelsesregelverket ikke gjelder for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

- som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål
- som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser og
- der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.

Vilkårene må være oppfylt i hele kontraktperioden. Unntaket gjelder kontrakter som inngås utelukkende mellom *oppdragsgivere*, jf. forskriften § 1-2. Slik sett kan samarbeidet også omfatte offentligrettslige organer med privat kapital.⁸⁴ Samtidig er det viktig at samarbeidet skjer slik at ingen private aktører blir stilt i en fordelaktig posisjon i forhold til sine konkurrenter.⁸⁵ Eventuelle kontrakter om ytelser som samarbeidspartene inngår med tredjepersoner må derfor utlyses.

Samarbeidet må gjelde *offentlige oppgaver*. I fortalen til anskaffelsesdirektivet er det klargjort at samarbeidet både kan omfatte oppgaver som er lovpålagte og oppgaver som oppdragsgiver selv velger å utføre.⁸⁶ Departementet antar dette også omfatter støttetjenester, for eksempel regnskaps-, IKT-, og kantinetjenester.

Samarbeidet om de offentlige oppgavene må bli utført for å oppnå et *felles mål*. I *Stadtreinigung Hamburg* godtok EU-domstolen at samarbeid om kommunal avfallshåndtering falt utenfor anskaffelsesreglene.⁸⁷ I *Azienda* kom derimot EU-domstolen til

⁸⁴ Dette er også klargjort i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 32.

⁸⁵ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 33, og [sak C-386/11 \(Piepenbrock\)](#).

⁸⁶ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), avsnitt 33, der det fremgår følgende: "*Such cooperation might cover all types of activities related to the performance of services and responsibilities assigned to or assumed by the participating authorities, such as mandatory or voluntary tasks of local or regional authorities or services conferred upon specific bodies by public law.*"

⁸⁷ [Sak C-480/06 \(Stadtreinigung Hamburg\)](#).

motsatt konklusjon.⁸⁸ Sistnevnte sak gjaldt et samarbeid hvor enkelte helsemyndigheter i Lecce-provinsen i Italia betalte et universitet for å gjennomføre undersøkelser av sårbarhet for jordskjelv for visse sykehus. Oppdraget som skulle utføres dreide seg primært om aktiviteter som vanligvis ble utført av ingeniører og arkitekter og ble ikke ansett som vitenskapelig forskning.⁸⁹ Samarbeidet gjaldt derfor ikke en offentlig oppgave for å oppnå et felles mål.

Etter § 3-3 må kontrakten som unntas enten etablere eller gjennomføre et *samarbeid*. Dette innebærer at ordinære vare- og tjenestekjøp ikke omfattes av unntaket.

Eksempel

Dersom en kommune forsyner en annen kommune med strøm, kommer ikke unntaket for horisontalt offentlig-offentlig samarbeid til anvendelse. Vi har i dette tilfellet å gjøre med en anskaffelse som må gjennomføres etter prosedyrene i anskaffelsesregelverket.

Av fortalen til anskaffelsesdirektivet fremgår det at samarbeidet må være basert på et samarbeidende konsept. Dette betyr ikke at alle deltakerne må påta seg å utføre den kontraktsmessige hovedforpliktelsen, så lenge deltakerne er forpliktet til å bidra til den felles gjennomføringen av den aktuelle offentlige tjenesteytelsen.⁹⁰ Deltakernes ytelser trenger ikke være identiske – de kan også være komplementære.⁹¹ Departementet mener at vilkåret om samarbeid kan være oppfylt der enkelte deltagere deltar aktivt i samarbeidets styrende organer uten å delta i den faktiske utførelsen av den aktuelle tjenesteytelsen som er gjenstand for samarbeidet.

⁸⁸ [Sak C-159/11 \(Azienda\)](#).

⁸⁹ [Sak C-159/11 \(Azienda\)](#), premiss 37.

⁹⁰ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), avsnitt 33, der det fremgår følgende: "*In order to fulfil those conditions, the cooperation should be based on a cooperative concept. Such cooperation does not require all participating authorities to assume the performance of main contractual obligations, as long as there are commitments to contribute towards the cooperative performance of the public service in question.*"

⁹¹ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), avsnitt 33.

Eksempel

Dersom deltakerne ønsker å samarbeide om innhenting og behandling av avfall, så kan de organisere det slik at en deltaker står for innhenting av avfallet, mens en annen behandler dette avfallet (forbrenner, deponerer, resirkulerer, etc.).

Samarbeidet må bli utført *utelukkende av hensyn til offentlige interesser*, jf. § 3-3 bokstav b. Det er derfor klart at formålet med samarbeidet ikke kan være å drive forretningsvirksomhet. Samtidig åpner kriteriet i § 3-3 bokstav c for at det kan være en viss aktivitet i markedet.

Eksempel

Hvis samarbeidsdeltakerne bygger et avfallsforbrenningsanlegg som har kapasitet som overstiger deres behov med det mål for øye å selge den ledige kapasiteten på det åpne markedet, så er ikke kriteriet for offentlig-offentlig samarbeid oppfylt. I dette tilfellet kan man ikke si at samarbeidet kun er ledet av hensyn til offentlige interesser.

Derimot er det akseptabelt at det selges "tilfeldig" overkapasitet, forutsatt at aktivitetskriteriet er oppfylt. Det kan heller ikke utelukkes at det vil være mulig å etablere et anlegg med overkapasitet, når en slik overkapasitet må til for at anlegget skal være rentabelt.

Av fortalen til anskaffelsesdirektivet fremgår det at kravet til at samarbeidet må bli utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser også gjelder enhver finansiell transaksjon mellom de deltakende oppdragsgiverne.^{92 93} Departementet antar denne formuleringen skal forstås slik at formålet med samarbeidet ikke kan være at noen av deltakerne får en fortjeneste av samarbeidet, og at den er ment å avgrense mot de mer ordinære tjenestekjøp. Etter 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.⁹⁴

⁹² Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), avsnitt 33.

⁹³ I [sak C-480/06 \(Stadtreinigung Hamburg\)](#), ble det lagt vekt på at samarbeidet ikke involverte finansielle transaksjoner mellom deltakerne i samarbeidet utover det som fulgte av reelle kostnader i forbindelse med leveransen.

⁹⁴ [Kommisjonens forslag](#) til nytt anskaffelsesdirektiv artikkel 11 fjerde ledd bokstav d inneholdt et uttrykkelig vilkår om at transaksjonen ikke måtte innebære noen finansielle transaksjoner mellom deltakerne utover ren kostnadsdekning. Vilkåret ble slettet under forhandlingene.

Unntaket gjelder bare der *mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter*, blir utført for andre enn oppdragsgiverne. Bare aktiviteten som det konkrete samarbeidet gjelder kommer i betraktning. Det skal derfor ikke sees hen til andre type aktiviteter som deltakerne eventuelt utfører i det åpne markedet.

4.5 Samarbeid som ikke bygger på kontrakt

For at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse, må det foreligge en kontrakt. Ytelser som utføres på grunnlag av ensidige ordrer, som for eksempel lover, forskrifter eller andre administrative bestemmelser, er ikke omfattet av regelverket. Her foreligger det ikke en kontraktsrettslig relasjon.⁹⁵

Rettsavgjørelse

Et eksempel på et slikt samarbeid som ikke bygger på kontrakt, finnes i EU-domstolens avgjørelse i [sak C-295/05 \(Tragsa/Asemfo\)](#). Tragsa var et statlig selskap opprettet ved lov. Selskapet fungerte som forvaltningens eget operasjonelle organ og tekniske tjeneste ved å utføre en rekke tjenester vedrørende utvikling av landdistriktene og miljøbeskyttelse. Øvrige myndigheter hadde rett til å pålegge Tragsa oppgaver, og Tragsa var forpliktet til å utføre disse. Tragsa kunne ikke selv fastsette sin pris. En annen myndighet hadde fastsatt takstene som avspeilte de reelle kostnadene. Her fant domstolen at det ikke forelå en kontrakt. Se også EU-domstolens senere avgjørelse i [sak C-220/06 \(Correos\)](#).

Ved en vurdering av om en myndighets utførelse av en yttelse for en annen er basert på en kontrakt i anskaffelsesforskriftens forstand, er relevante momenter om oppdragstaker er forpliktet til å utføre oppgaven for oppdragsgiver, om oppdragstaker selv kan fastsette sine priser og om avtalen utgjør en ensidig administrativ beslutning som avviker vesentlig fra en normal kontrakt.

Ettersom det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver, vil det naturligvis også være mulig å omorganisere forvaltningen. Det vil også være mulig å delegere kompetansen til å utføre bestemte offentlige oppgaver fra et offentlig organ til en annen uten at

⁹⁵ I fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), avsnitt 34, fremgår det følgende: "*Certain cases exist where a legal entity acts, under the relevant provisions of national law, as an instrument or technical service to determined contracting authorities, is obliged to carry out orders given to it by those contracting authorities and has no influence on the remuneration for its performance. In view of its non-contractual nature, such a purely administrative relationship should not fall within the scope of public procurement procedures.*"

anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.⁹⁶ Forutsetningen er at ansvaret for utførelsen av oppgaven også overdras.⁹⁷

5 Anvendelsesområde for de ulike delene i anskaffelsesforskriften og terskelverdier

5.1 Innledning

Forskriften er delt inn i fem deler som regulerer ulike typer anskaffelser, avhengig av anskaffelsens art og verdi, jf. § 5-1. Hvilke deler som får anvendelse for ulike type anskaffelser er nærmere beskrevet i punkt 5.2.

I forskriften er det angitt ulike terskelverdier som har betydning for hvilke deler av forskriften som gjelder. I utgangspunktet er tre typer terskelverdier som gjør seg gjeldende.

Den første er terskelverdien for når forskriften kommer til anvendelse. Denne er på 100.000 kroner ekskl. mva. Anskaffelser under denne terskelverdien er unntatt fra både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.

Den andre typen terskelverdi er den nasjonale terskelverdien på 1,1 millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelser med en verdi som er lik eller overstiger denne verdien, men som ikke overstiger EØS-terskelverdiene, skal i hovedsak følge del II i forskriften.

Den tredje typen terskelverdi er EØS-terskelverdier. Det er angitt ulike EØS-terskelverdier i forskriften for ulike typer anskaffelser, jf. § 5-3. Disse terskelverdiene justeres annet hvert år. Departementet foretar endringene i terskelverdiene og publiserer disse på departementets nettsider. En oversikt over alle EØS-terskelverdiene kan finnes i punkt 5.3.

Hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes er nærmere omtalt i punkt 5.4.

5.2 Hvilke terskelverdier gjelder?

5.2.1 Anskaffelser under 100.000 kroner

Anskaffelser med en anslått verdi under 100.000 kroner ekskl. mva. er unntatt fra anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesloven § 2. Ved slike anskaffelser er det likevel viktig at oppdragsgiveren opptre ansvarlig, slik at alle har tillit til at det offentlige gjennomfører alle anskaffelser på en hensiktsmessig måte, og sikrer konkurranse og effektiv ressursutnyttelse. Oppdragsgiveren bør ha gode internrutiner og god økonomistyring som ivaretar dette. Det kan være fornuftig for oppdragsgiveren å hente inn tilbud fra flere leverandører for å sikre effektiv ressursbruk og motvirke korrupsjon.

⁹⁶ EU-kommisjonen behandler dette temaet nærmere i sitt arbeidsdokument om offentlig-offentlig samarbeid, se Commission Staff Working Paper [concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities \(public-public co-operation\)](#), SEC (2011) 1169 final, s.17-18.

⁹⁷ Se EU-domstolens avgjørelse i [sak C-532/03 \(DCC\)](#) og [sak C-51/15 \(Remondis\)](#).

For anskaffelser over 100.000 kroner ekskl. mva. og opp til nasjonal terskelverdi (opp til EØS-terskelverdi for helse- og sosialtjenester), gjelder forskriften del I. Del I inneholder ikke bestemmelser om kunngjøringsplikt.

5.2.2 Del I – alminnelige bestemmelser som gjelder alle anskaffelser

Forskriften del I inneholder alminnelige bestemmelser som gjelder alle anskaffelser som er underlagt forskriften, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100.000 kroner ekskl. mva.⁹⁸ For anskaffelser med en anslått verdi som er under nasjonal terskelverdi på 1,1 millioner kroner ekskl. mva. gjelder kun del I. For anskaffelser av helse- og sosialtjenester med en anslått verdi som er under EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner ekskl. mva. gjelder også kun del I.

Når oppdragsgiveren foretar anskaffelser etter del I tilsier likevel det grunnleggende prinsippet om konkurranse at det i mange tilfeller kan være fornuftig å kunngjøre kontrakten ved bruk av en frivillig kunngjøring av konkurranse og på denne måten kunne nå ut til et større marked. Selve kunngjøringen er enkel i bruk og gir oppdragsgiveren en betydelig fleksibilitet når det gjelder utfylling av informasjon. Ellers kan oppdragsgiver henvende seg direkte til flere leverandører i markedet for å få inn tilbud.

5.2.3 Del II – anskaffelser mellom nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdi

Forskriften del II gjelder for kontrakter med en anslått verdi på minst 1,1 millioner kroner ekskl. mva., men som ikke overstiger EØS-terskelverdiene.⁹⁹ Det er noen unntak fra denne regelen.

Del II gjelder for det første for alle kontrakter om særlige tjenester med en anslått verdi på minst 1,1 millioner kroner ekskl. mva., også kontrakter med en anslått verdi over EØS-terskelverdien for særlige tjenester på 6,3 millioner kroner.¹⁰⁰ Hvilke tjenester som er særlige tjenester fremgår av forskriften vedlegg 2. Anskaffelser med en anslått verdi som er lik er overstiger EØS-terskelverdien for særlige tjenester på 6,3 millioner skal imidlertid kunngjøres i hele EØS-området.¹⁰¹

For det andre får ikke del II anvendelse på kontrakter om helse- og sosialtjenester.¹⁰² Det er ikke gitt en nasjonal terskelverdi for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Del I gjelder for alle anskaffelser av helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner.

Ettersom EØS-terskelverdien for statlige myndigheters vare- og tjenestekjøp er på 1,1 millioner kroner vil del II for statlige oppdragsgivere kun komme til anvendelse for bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdien og for særlige tjenester.

⁹⁸ Jf. § 5-1 først ledd.

⁹⁹ Jf. § 5-1 annet ledd.

¹⁰⁰ Jf. § 5-1 annet ledd bokstav b.

¹⁰¹ Jf. § 8-17 fjerde ledd.

¹⁰² Jf. § 5-1 annet ledd bokstav a.

5.2.4 Del III – anskaffelser over EØS-terskelverdiene

Forskriften del III gjelder for kontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene.¹⁰³

For statlige myndigheters vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser er terskelverdien 1,1 millioner kroner ekskl. mva. For andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter er terskelverdien 1,75 millioner kroner ekskl. mva.

EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er 44 millioner kroner ekskl. mva.

Del III får ikke anvendelse på anskaffelser av særlige tjenester som reguleres av del II og anskaffelser av helse- og sosialtjenester som reguleres av del IV.

5.2.5 Del IV – anskaffelser om helse- og sosialtjenester

Forskriften del IV gjelder kontrakter om helse- og sosialtjenester med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner.¹⁰⁴ Hvilke tjenester som er helse- og sosialtjenester fremgår av forskriften vedlegg 3.

5.2.6 Del V – plan- og designkonkurranser

Forskriften del V gjelder for plan- og designkonkurranser med en anslått verdi på minst 1,1 millioner kroner ekskl. mva.¹⁰⁵

5.3 Oversikt over terskelverdiene

Terskelverdiene er oppgitt i norske kroner ekskl. mva.

5.3.1 Nasjonale terskelverdier

Terskelverdi	Type anskaffelse	Henvisning til anskaffelsesforskriften
100.000	Alle anskaffelser som er omfattet av forskriften	§ 1-1 (og anskaffelsesloven § 2)
1,1 millioner	Anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeid	§ 5-1 (2) bokstav a
1,1 millioner	Særlige tjenester	§ 5-1 (2) bokstav b

¹⁰³ Jf. § 5-1 tredje ledd.

¹⁰⁴ Jf. § 5-1 fjerde ledd.

¹⁰⁵ Jf. § 5-1 femte ledd.

5.3.2 EØS-terskelverdier

Terskelverdi	Type anskaffelse	Henvisning til anskaffelsesforskriften
1,1 millioner	Statlige myndigheters vare- og tjenestekjøp og plan- og designkonkurranser	§ 5-3 (1) bokstav a
1,75 millioner	Andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekjøp og plan- og designkonkurranser	§ 5-3 (1) bokstav b
44 millioner	Bygge- og anleggskontrakter	§ 5-3 (1) bokstav c
6,3 millioner	Kontrakter om helse- og sosialtjenester Kontrakter om særlige tjenester	§ 5-3 (2)
650 000	Delkontrakt (varer og tjenester) som kan unntas EØS-kunngjøring	§ 5-4 (8)
8,4 millioner	Delkontrakt (bygge- og anleggsarbeid) som kan unntas EØS-kunngjøring	§ 5-4 (8)
1,1 millioner	Statlige myndigheters varekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet (varer angitt i WTO-avtalen om offentlige anskaffelser tillegg I, Norges vedlegg 4, punkt 2)	§ 5-3 (3)
1,75 millioner	Statlige myndigheters varekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet (øvrige varer)	§ 5-3 (3)

5.4 Hvordan beregne anskaffelsens verdi?

Oppdragsgiveren må foreta en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi for å vurdere om anskaffelsen kommer over eller under de aktuelle terskelverdiene, og for å kunne slå fast hvilke regler som gjelder for den aktuelle anskaffelsen. Reglene om beregning av terskelverdier gjelder både for de nasjonale terskelverdiene og EØS-terskelverdiene.

Anskaffelsens verdi skal beregnes på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva.¹⁰⁶ Enhver form for opsjoner som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene skal være inkludert, og eventuelle betalinger eller premier til leverandørene skal tas med i beregningen.

Det er ikke anledning til å velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften.¹⁰⁷ Dette forbudet er imidlertid ikke til hinder for at man av praktiske eller andre årsaker velger å dele opp én anskaffelse i delkontrakter, som leverandørene enkeltvis kan gi tilbud på.

5.4.1 Nærmere om beregning av anskaffelsens verdi

Den eksakte verdien for anskaffelsen vil ikke være kjent på tidspunktet for beregningen. Oppdragsgiveren må foreta en forsvarlig vurdering av beregningen av anskaffelsens verdi, ved å ta utgangspunkt i ytelsen som skal anskaffes. Dersom oppdragsgiveren er i tvil om verdien bør han ta høyde for det i fastsettelsen av anslaget. Om tilbudene i etterkant likevel viser seg å ligge over terskelverdiene vil ikke oppdragsgiveren kunne klandres såfremt han har utført en forsvarlig skjønnsvurdering. Dersom tilbudene ligger høyt over anslagene som er foretatt, kan det imidlertid være grunn til å spørre seg om oppdragsgiverens anslag har vært forsvarlig.

Oppdragsgiverens anslag vedrørende anskaffelsens verdi kan baseres på anskaffelser av samme type, andre offentlige oppdragsgivers anskaffelser og markedsundersøkelser. Markedsundersøkelser kan for eksempel innebære å foreta enkle prisundersøkelser hos aktuelle leverandører i markedet. Dersom oppdragsgiveren bruker opplysninger om hva andre oppdragsgivere har betalt, er det viktig å sikre seg at prisen andre har betalt faktisk sier noe om markedssituasjonen på det tidspunktet hvor oppdragsgiveren skal gjennomføre sin anskaffelse. Det kan være lurt å oppsøke flere kilder for å kartlegge prisnivået.

I beregningen av en anskaffelsens verdi er det også naturlig gjøre et anslag av anskaffelsens omfang. Elementer det kan være naturlig å vurdere er hva som skal gjøres, estimert timeantall og hva som eventuelt kan komme av tilleggsarbeider eller endringsarbeider.

Det følger av det grunnleggende kravet til etterprøvbarehet at oppdragsgiveren skal kunne dokumentere at det er foretatt en forsvarlig og realistisk vurdering av anskaffelsens verdi. Der oppdragsgiveren er i tvil om anskaffelsen kommer over eller under aktuelle terskelverdier, bør han synliggjøre hvilke vurderinger som er foretatt i et eget notat eller i anskaffelsesprotokollen.

5.4.2 Tidspunktet for beregningen

Beregningen av anskaffelsens verdi skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av anskaffelsen, jf. § 5-4 annet ledd. I praksis innebærer dette når oppdragsgiveren sender inn kunngjøringsskjemaet til Doffin. For anskaffelser som ikke krever kunngjøring skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder

¹⁰⁶ Jf. § 5-4 første ledd.

¹⁰⁷ Jf. § 5-4 fjerde ledd.

anskaffelsesprosessen, dvs. fra det tidspunktet han sender ut forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller gi tilbud.

5.4.3 Oppdeling av kontrakter og vurderingen av om det er én eller flere anskaffelser

Det er ikke anledning til å velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unngå bestemmelser i regelverket, jf. § 5-4 fjerde ledd. Som et generelt utgangspunkt er det ofte slik at én kontrakt regnes som én anskaffelse, og verdien av denne kontrakten legges til grunn ved vurderingen av hvilken terskelverdi anskaffelsen faller inn under. Det er imidlertid flere tilfeller hvor én anskaffelse ikke kun består av én kontrakt.

Ulike momenter spiller inn i vurderingen av hvorvidt det dreier seg om én anskaffelse, for eksempel hvorvidt ytelsene dekker det samme eller tilsvarende behov, om ytelsene normalt leveres fra en leverandør, om ytelsene er "*ensartede*" og om anskaffelsene utgjør et samlet prosjekt. Andre momenter kan også tas inn i vurderingen. Videre må ikke alle de nevnte momentene være oppfylt for at man skal kunne konkludere med at det foreligger én anskaffelse i regelverkets forstand.

Det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle av hvorvidt én kontrakt er en del av en større helhet. At ytelser er "*ensartede*" betyr ikke nødvendigvis at de må være identiske. Selv om det er nyanser i spesifikasjonene når det gjelder kvalitet og dimensjoner kan man allikevel stå ovenfor "*ensartede*" varer. Levering av forskjellige kontormøbler vil, for eksempel, regnes som én anskaffelse – også i det tilfellet dette leveres fra forskjellige leverandører.

5.4.4 Oppdragsgiveren består av flere atskilte driftsenheter

I enkelte innkjøpsvirksomheter kan det være flere enheter innenfor samme juridiske enhet som gjør innkjøp. Dette er typisk aktuelt i staten, eller i en stor kommune hvor for eksempel en skole gjør innkjøp av samme art som andre skoler. En aktuell problemstilling er om anskaffelser i de ulike enhetene må ses i sammenheng når terskelverdiene beregnes.

Utgangspunktet er at det skal tas hensyn til alle enheters forbruk av det konkrete innkjøpet. I følge § 5-4 tredje ledd skal den samlede anslåtte verdien for alle enhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder imidlertid ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.

Det kan antas at en driftsenhet er ansvarlig for sine anskaffelser dersom den selv gjennomfører anskaffelsesprosessen og treffer avgjørelsen om kjøp, råder over et separat budsjett for den aktuelle anskaffelsen og selv inngår kontrakten og finansierer den via et budsjett den råder over.¹⁰⁸ Det er ikke tilstrekkelig at en oppdragsgiver bare organiserer anskaffelser på en desentralisert måte.

5.4.5 Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger

Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er ordninger hvor oppdragsgiveren inngår en avtale (uten at alle vilkårene for de endelige kontraktene trenger å være regulert) med en eller flere leverandører for en bestemt periode eller lar leverandører bli tatt opp i en innkjøpsordning for en bestemt periode. Felles for både rammeavtaler og dynamiske

¹⁰⁸ Se premiss 20 i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#).

innkjøpsordninger er at oppdragsgiveren bruker ordningen som grunnlag for å inngå konkrete kontrakter i løpet av ordningens varighet.

Ved inngåelse av rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger må oppdragsgiveren legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som han forventer å inngå i løpet av avtalens varighet, jf. § 5-4 femte ledd. Ved beregningen kan oppdragsgiveren se hen til tidligere bruk i tilsvarende rammeavtaler sammen med forhold oppdragsgiveren er kjent med som kan påvirke bruken i den kommende avtaleperioden. Verdien av eventuelle opsjoner skal tas i beregningen av rammeavtalens eller innkjøpsordningens verdi, herunder også eventuelle opsjoner til å forlenge rammeavtalen eller ordningen.

At oppdragsgiveren skal legge til grunn "*den maksimale verdien*" av alle kontraktene under rammeavtalen eller innkjøpsordningen, legger føringer for oppdragsgiverens skjønn. Det er således ikke tilstrekkelig at oppdragsgiveren legger til grunn et sannsynlig bruksmønster. Oppdragsgiveren må legges til grunn den høyeste sannsynlige verdien av alle forventede kontrakter i hele avtaleperioden eller ordningens varighet.

5.4.6 Innovasjonspartnerskap

Når oppdragsgiveren skal beregne verdien for et innovasjonspartnerskap, skal alle faser i innovasjonspartnerskapet inngå i beregningen. Oppdragsgiveren skal legge til grunn den maksimale verdien av forsknings- og utviklingsaktivitetene som skal utføres i løpet av partnerskapet, jf. § 5-4 sjette ledd. I tillegg skal verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som forventes utviklet og anskaffet tas med i beregningene.

Også her skal oppdragsgiveren ta utgangspunkt i "*den maksimale verdien*" av aktivitetene ved beregningen av anskaffelsens verdi. Dermed er det den høyeste sannsynlige verdien av forsknings- og utviklingsaktivitetene som skal legges til grunn, med tillegg for eventuelle varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som forventes utviklet og anskaffet.

5.4.7 Bygge- og anleggskontrakter

Ved beregningen av bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiveren ikke bare ta hensyn til verdien av bygge- og anleggsarbeidene. Han skal også ta med i beregningen alle varene og tjenestene som oppdragsgiveren stiller til leverandørens rådighet, og som er nødvendige for å utføre bygge- og anleggsarbeidene. Den samlede verdien av alle disse elementene vil utgjøre anskaffelsens anslåtte verdi.

5.4.8 Delkontrakter

Dersom oppdragsgiveren velger å utarbeide separate delkontrakter, er det den samlede verdien av alle delkontraktene som skal legges til grunn. Det vil si at dersom den samlede verdien er lik eller overstiger en av terskelverdiene i forskriften, skal hver enkelt delkontrakt følge dette regelsettet. Her gjelder det likevel noen unntak. Dersom verdien av alle delkontraktene overstiger en av EØS-terskelverdiene, som angitt i § 5-3, skal anskaffelsen følge forskriften del II dersom:

- delkontrakten har en anslått verdi under 650.000 kroner for varer og tjenester *eller*
- delkontrakten har en anslått verdi på under 8,4 millioner kroner for bygg- og anleggsarbeider, og

- delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene.

Eksempel

En kommune skal anskaffe en vareleveranse med en estimert verdi på 2 millioner kroner. Oppdragsgiveren velger å dele opp anskaffelsen i fire delkontrakter, hvorav to av kontraktene har en verdi på 250.000 kroner hver. Den samlede verdien overstiger således EØS-terskelverdien, mens to av delkontraktene faller under grensen på 650.000 kroner. De to delkontraktene må da vurderes opp mot 20 %-grensen. I dette tilfellet utgjør verdien de to minste delkontraktene 25 % av anskaffelsens samlede verdi. Det betyr at vilkåret ikke er oppfylt, og dermed må også de to minste delkontraktene følge forskriften del III.

5.4.9 Vare- og tjenestekontrakter som inngås regelmessig eller fornyes innenfor et bestemt tidsrom

Ved kjøp av varer og tjenester som oppdragsgiveren gjør regelmessig eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom, stiller forskriften krav om at man gjør beregningen av kontraktens verdi på én av to måter.

Oppdragsgiveren kan gjøre beregninger på bakgrunn av den samlede *faktiske* verdien av liknende kontrakter som er tildelt i løpet av de foregående 12 månedene eller det foregående regnskapsrådet, jf. § 5-4 niende ledd bokstav a. Det er mulig å justere for forventede endringer i løpet av de 12 etterfølgende månedene.

Alternativt kan oppdragsgiveren gjøre beregninger på bakgrunn av den samlede *anslåtte* verdien av kontraktene som vil bli tildelt i løpet av 12 måneder fra tidspunktet for den første leveransen, eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder, jf. § 5-4 niende ledd bokstav b.

Oppdragsgiveren står fritt til å velge hvilken av beregningsmåtene som er mest hensiktsmessig å benytte. Valget må likevel ikke tas på bakgrunn av et ønske om å omgå reglene i forskriften, jf. § 5-4 fjerde ledd. Dette kan komme på spissen hvis den anslåtte verdien på kontrakten etter bruk av en av beregningsmetodene viser at den ligger like under en terskelverdi. Oppdragsgiveren bør da også estimere kontraktens verdi etter den andre beregningsmetoden for å forsikre seg om at den anslåtte verdien på kontrakten faktisk ligger under den aktuelle terskelverdien.

Dersom oppdragsgiveren bruker begge beregningsmetodene, og en av metodene viser at den anslåtte kontraktsverdien ligger over en terskelverdi, mens den andre beregningsmetoden viser at den ligger under terskelverdien, er oppdragsgiveren i utgangspunktet forpliktet til å følge reglene for anskaffelser med en anslått verdi over den aktuelle terskelverdien. Det kan imidlertid stille seg annerledes dersom det foreligger

konkrete og saklige årsaker til at den ene beregningsmetoden gir et mer presist resultat enn den andre. Oppdragsgiveren bør da dokumentere disse årsakene i anskaffelsesprotokollen.

Det må være en viss sammenheng i tid mellom kontraktsinngåelsene for at det skal være snakk om kontrakter som inngås "*regelmessig*". Regelmessige kontraktsinngåelser står i kontrast til kontrakter som inngås tilfeldig og med ujevne mellomrom.

5.4.10 Kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp

Verdien på kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp skal beregnes ulikt avhengig av om kontrakten er tidsbegrenset med en varighet på 12 måneder eller kortere, kontrakten er tidsbegrenset med en varighet på over 12 måneder eller kontrakten er tidsubegrenset eller varigheten ikke kan fastsettes nærmere.

Ved *tidsbegrensede kontrakter* med en varighet på *12 måneder eller kortere* skal kontraktens verdi beregnes på grunnlag av kontraktens samlede, jf. § 5-4 tiende ledd bokstav a.

Ved *tidsbegrensede kontrakter* med en varighet på *over 12 måneder* skal kontraktens verdi beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi, inkludert anslått restverdi, jf. § 5-4 tiende ledd bokstav b.

Ved *tidsubegrensede kontrakter* eller *kontrakter der varigheten ikke kan fastsettes nærmere* skal kontraktens verdi beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48, jf. § 5-4 tiende ledd bokstav c.

I beregningen av kontraktens samlede verdi skal oppdragsgiveren ta hensyn til alle enkeltytelser som mottas, samt eventuelle opsjoner i kontrakten med leverandøren.

5.4.11 Visse kontrakter om forsikringstjenester, banktjenester og andre finansielle tjenester og prosjekteringstjenester

Ved kjøp av forsikringstjenester skal oppdragsgiveren ta med premier og andre former for vederlag i beregningen av kontraktsverdien, jf. § 5-4 ellefte ledd bokstav a. Selve forsikringssummen skal ikke inngå i beregningen.

Ved kjøp av banktjenester og andre finansielle tjenester skal oppdragsgiveren ta med gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag i beregningen av kontraktsverdien, jf. § 5-4 ellefte ledd bokstav b.

Ved inngåelse av kontrakter vedrørende prosjektering skal oppdragsgiveren ta med honorarer, provisjoner og andre former for vederlag i beregningen av kontraktsverdien, jf. § 5-4 ellefte ledd bokstav c.

5.4.12 Tjenestekontrakter uten en fastsatt samlet pris

For tidsbegrensede kontrakter uten en fastsatt samlet pris, hvor kontrakten har en varighet på 48 måneder eller mindre, skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede verdien for hele kontraktens varighet, jf. § 5-4 tolvte ledd bokstav a.

For tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter med en varighet på over 48 måneder, og hvor en samlet pris ikke er fastsatt, skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48, jf. § 5-4 tolvte ledd bokstav b.

5.4.13 Plan- og designkonkurranser

Verdien av plan- og designkonkurranse skal beregnes på grunnlag av betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen, jf. § 5-4 trettende ledd. Dersom plan- og designkonkurransen skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt, skal verdien beregnes på grunnlag av tjenestekontraktens anslåtte verdi i tillegg til eventuelle utbetalinger eller premier til deltakerne.

6 Blandede anskaffelser

Departementet vil komme tilbake med veiledning til reglene om blandede anskaffelser i forskriften kapittel 6.

7 Grunnleggende prinsipper

7.1 Overordnet om de grunnleggende prinsippene

7.1.1 Hva er opphavet og funksjonen til de grunnleggende prinsippene?

Anskaffelsesregelverket er basert på visse grunnleggende prinsipper. Prinsippene skal bidra til å realisere anskaffelsesregelverkets formål, jf. anskaffelsesloven § 1. De skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. At anskaffelser skal foretas på en samfunnstjenlig måte vil kunne ivareta hensyn til bl.a. konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.¹⁰⁹

Anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper har forskjellig opphav. Dels springer de ut av EØS-avtalens regler om de fire friheter, dels er de forankret i anskaffelsesdirektivene. Det norske regelverket er derfor i all hovedsak bygget på prinsipper som gjelder etter EØS-avtalen, anskaffelsesdirektivene og forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling.

De grunnleggende prinsippene har i hovedsak to funksjoner. For det første kan de danne selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. Både EU-domstolen, norske domstoler og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i en rekke saker utledet nærmere rettigheter og plikter fra prinsippene. For det andre fungerer de grunnleggende prinsippene som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket.

7.1.2 Hvilke grunnleggende prinsipper gjelder i norsk rett?

I norsk rett er de grunnleggende prinsippene nedfelt i anskaffelsesloven § 4. Bestemmelsen fastsetter at "oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet".

Innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene vil variere fra anskaffelse til anskaffelse. KOFA har formulert dette slik: "Det konkrete innholdet i disse kravene beror

¹⁰⁹ [Innst. 358 L \(2015-2016\)](#) s. 16.

imidlertid på den konkurranse som er gjennomført, og særlig hva som er kommunisert til markedet og tilbyderne".¹¹⁰

7.1.3 Ved hvilke anskaffelser gjelder de grunnleggende prinsippene?

De grunnleggende prinsippene gjelder for alle anskaffelser over 100.000 kroner ekskl. mva. der lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse, jf. anskaffelsesloven § 2. Dette omfatter alle anskaffelser som skal gjennomføres etter anskaffelsesforskriften.

7.1.4 Anskaffelser under 100.000 kroner

Når det gjelder anskaffelser under 100.000 kroner ekskl. mva. bør oppdragsgiveren også se hen til og opptre i henhold til de grunnleggende prinsippene. Ved behandling av lov om offentlige anskaffelser påpekte Stortinget at det er viktig at all offentlig ressursbruk skal fremme det offentliges måloppnåelse. Man skal opptre ansvarlig, slik at alle har tillit til at det offentlige gjennomfører alle anskaffelser på en hensiktsmessig måte, og sikrer konkurranse og effektiv ressursutnyttelse.¹¹¹

Oppdragsgiveren bør ha gode internrutiner og god økonomistyring som ivaretar dette. Som hovedregel vil det være fornuftig for oppdragsgiveren å hente inn tilbud fra flere leverandører for å sikre effektiv ressursbruk og motvirke korrupsjon.

7.2 Forholdsmessighetsprinsippet

Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med det grunnleggende prinsippet om forholdsmessighet. Forholdsmessighetsprinsippet omtales også som proporsjonalitetsprinsippet og er et av de grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippene. I EU/EØS-retten har prinsippet til formål å sikre at de beslutninger som treffes og de tiltak som settes i verk, er forholdsmessige i forhold til de mål som ønskes oppnådd. Det må med andre ord være en passende balanse mellom mål og virkemiddel.

Essensen i prinsippet på anskaffelsesområdet er at oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet. Forholdsmessighetsprinsippet får dermed betydning for gjennomslagskraften til de grunnleggende prinsippene. Dette innebærer at plikter og rettigheter som i den enkelte anskaffelse utledes av de grunnleggende prinsippene, ikke uten videre vil kunne overføres på en annen anskaffelse.

Forholdsmessighetsprinsippet setter grenser både for hvor strenge krav oppdragsgiveren kan stille til leverandørene og for hvor strenge krav som kan stilles til oppdragsgiveren ved gjennomføringen av en anskaffelse. Forholdsmessighetsprinsippet vil dermed inngå som en del av vurderingstemaet for oppdragsgivere i alle ledd av anskaffelsesprosessen, i avgrensningen av ytelsen, spesifiseringen av hva det skal konkurreres om, i fastsettelsen av frister, i forbindelse med en eventuell vurdering om hvor mange leverandører som bør kontaktes, ved vurderingen av den enkelte leverandørs egnethet osv. Dette vil i prinsippet si

¹¹⁰ Se [KOFA-sak 2011/328](#), avsnitt 29.

¹¹¹ [Innst. 358 L \(2015-2016\)](#) s. 16-17.

at forholdsmessighetsprinsippet får betydning i alle tilfeller hvor anskaffelsesregelverket åpner for oppdragsgiverens egne valg og vurderinger.

Når det gjelder innvirkningen på kravet om konkurranse kan dette eksempelvis illustreres med følgende eksempel:

Kommune A skal kjøpe inn kontorutstyr til en beregnet verdi på 150.000 kroner, mens kommune B skal kjøpe inn kontorutstyr til en beregnet verdi på 650.000 kroner. Begge anskaffelsene er underlagt samme regelsett i forskriften, men kravene til hvordan oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen vil øke proporsjonalt med anskaffelsens verdi. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier derfor i utgangspunktet at det stilles strengere krav til anskaffelsesprosessen i kommune B, enn til kommune A. For eksempel vil forholdsmessighetsprinsippet kunne tilsa at kommune B bør vurdere å invitere flere leverandører til å delta i konkurransen enn kommune A.

7.3 Konkurransesprinsippet

Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med det grunnleggende prinsippet om konkurranse. Bestemmelsen etablerer et generelt "konkurransesprinsipp". Konkurranser anses som et egnet virkemiddel for å sikre en mest mulig effektiv ressursbruk i det offentlige. Konkurransesprinsippet fremkommer også i EU/EØS-retten.

Hovedregelen er at konkurranse skal avholdes. Det gjelder alle anskaffelser som er omfattet av lov og forskrift; både over og under terskelverdiene.

Over terskelverdiene ivaretas konkurransesprinsippet ved at oppdragsgiveren skal kunngjøre konkurransen. Ved å kunngjøre har oppdragsgiveren mulighet til å nå ut til et stort marked. Markedet vil kunne respondere og alle aktuelle leverandører vil kunne inngi tilbud. Dette vil gi oppdragsgiveren flere valgmuligheter når det kommer til pris og kvalitet. Den enkelte leverandør vil også være klar over at alle konkurrentene kan inngi tilbud, og således søke å gi det beste tilbudet.

Under terskelverdiene må oppdragsgiveren også sørge for konkurranse om kontrakten ved at han gjør oppdraget kjent for "et rimelig antall leverandører, for på denne måten å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet".¹¹² Dette kan eksempelvis gjøres gjennom en frivillig kunngjøring av konkurranse på Doffin eller ved at oppdragsgiveren selv innhenter tilbud fra flere.

Kravet til konkurranse gjelder så langt det er mulig. Kun unntaksvis vil oppdragsgiveren derfor kunne tildele en kontrakt direkte til en leverandør uten konkurranse. Avvik fra prinsippet kan for eksempel være tillatt der det kun foreligger én leverandør i markedet¹¹³ og oppdragsgiveren kan anskaffe ytelsen direkte fra leverandøren.

¹¹² Se [KOFA-sak 2007/79](#), premiss 20.

¹¹³ Se eksempelvis [KOFA-sak 2009/6](#), premiss 15-16.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2012/44](#)

Innklagede annonserte en anskaffelse av brøytetjenester i to lokalaviser. Det ble inngått kontrakt med fem leverandører av brøytetjenester. Kontraktsverdien for de fem kontraktene var 1.858.736 kroner inkl. merverdiavgift.

Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe brøytetjenester uten kunngjøring. Innklagede la vekt på at markedet tradisjonelt hadde vært preget av små lokale aktører og at det var vanskelig å se for seg at store nasjonale eller overnasjonale selskaper skulle ha interesse av slike kontrakter. De hadde heller aldri mottatt tilbud fra slike større selskaper.

Klagenemnda kom til at det var tale om en ulovlig direkte anskaffelse. Saken illustrerer at det i konkurranser over terskelverdi ikke er tilstrekkelig at man har gjennomført konkurranse, dersom man ikke har fulgt de eksplisitte kravene til kunngjøring i forskriften del II eller del III.

7.4 Likebehandlingsprinsippet

Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med prinsippet om likebehandling.

Likebehandlingsprinsippet dekker både diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og usaklig forskjellsbehandling på annet grunnlag. Forbudet mot ikke-diskriminering gjelder kun der forskjellsbehandlingen er knyttet til nasjonalitet eller lokal tilhørighet, mens likebehandlingsprinsippet gjelder all forskjellsbehandling.

7.4.1 Hva er prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet?

Prinsippet om ikke-diskriminering er et av de grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippene¹¹⁴ og innebærer at det ikke skal diskrimineres mellom leverandører på bakgrunn av nasjonalitet.

Forbudet mot diskriminering innebærer at en oppdragsgiver ikke kan fastsette krav eller kriterier, eller foreta handlinger eller unnlatelser, som gjør at utenlandske leverandører diskrimineres og/eller at norske leverandører favoriseres. Både direkte diskriminering og indirekte diskriminering er forbudt. Dette medfører at både åpenlys forskjellsbehandling, og enhver form for skjult forskjellsbehandling, som i realiteten fører til det samme resultatet, er dekket. Et eksempel på direkte diskriminering er at det eksplisitt stilles krav om bruk av leverandører/materialer fra et utvalgt EØS-land. EU-domstolen konkluderte i sak C-243/89

¹¹⁴ Prinsippet kom til uttrykk blant annet i [sak C-532/06 \(Lianakis\)](#), premiss 39 hvor det het "...eliminate barriers to the freedom to provide services and therefore to protect the interest of economic operators established in a Member State who wish to offer services to contracting authorities established in another Member State".

(Storebælt) med at det var ulovlig av oppdragsgiveren å stille krav om at leverandørene i størst mulig utstrekning skulle benytte danske materialer og dansk arbeidskraft. Indirekte diskriminering kan være at en oppdragsgiver stiller krav om at leverandøren har lokalt nærvær eller responstid, til tross for at det ikke er nødvendig etter en objektiv vurdering.

Til tross for forbudet mot diskriminering, kan det likevel være tillatt å foreta handlinger som i utgangspunktet kan fremstå som et brudd på prinsippet. Eksempelvis er det tillatt å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk, selv om dette i realiteten favoriserer norske leverandører. Her har forholdsmessighet og hensynet til praktisk gjennomføring slått igjennom. Det kan også være tilfeller hvor lokalt nærvær eller responstid anses fordelaktig eller nødvendig etter en objektiv vurdering. Dersom det foreligger saklige grunner for det, er det i slike tilfeller akseptabelt å forskjellsbehandle ved å stille et slikt krav. I slike tilfeller bør oppdragsgiver begrunne hvorfor det er satt krav om lokalt nærvær eller responstid.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2003/128](#)

Innklagede gjennomførte en konkurranse om anskaffelse av parkeringsteknisk utstyr til en rekke forskjellige lufthavner.

Klager var ikke selv leverandør av parkeringsteknisk utstyr, men innga tilbud i samarbeid med et annet selskap. Dette selskapet var stort på det internasjonale markedet og tilfredsstilte klart innklagedes krav, men hadde ikke hadde levert på det norske markedet på 10 år.

Oppdragsgiveren tildelte kontrakten til en annen leverandør og vektla blant annet at denne var etablert som en enhet på det skandinaviske markedet og således med større sikkerhet vil bli på det norske markedet i fremtiden. KOFA fant at det var lovstridig å vektlegge at leverandøren var ny i det norske markedet, da dette utestengte utenlandske leverandører.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2010/190](#)

Oppdragsgiveren kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av IKT- utstyr. I konkurransegrunnlaget het det at "Fylkeskommunen skal så vidt mulig bruke lokale leverandører". Klager anførte at innklagede hadde brutt forbudet mot diskriminering ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

Klagenemnda uttalte at slik konkurransegrunnlaget var utformet ble det gitt en klar føring for at lokale bedrifter, og særlig lokale nystartede bedrifter, skulle benyttes. Dette var klart i strid med diskrimineringsforbudet. I den konkrete saken hadde feilen blitt rettet opp i ettertid.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2005/211](#)

Oppdragsgiveren gjennomførte en anskaffelse av en plankonsulent for utarbeidelse av offentlig reguleringsplan og vektla i tildelingskriteriene om tilbyder var "*etablert/representert med kontorsted*" i Bergen.

Klager hevdet at kravet var i strid med anskaffelsesregelverket da det utelukket mulig deltakelse for alle utenlandske bedrifter samt de fleste bedrifter lokalisert utenfor Bergensregionen. Oppdragsgiveren mente at det var tale om saklig diskriminering, fordi arbeidet med prosjektet gikk ut over det som kunne ordnes fra et kontor utenfor Bergensregionen. Kvaliteten på arbeidet ville dermed bli bedre, fordi den geografiske nærheten var viktig for å sikre god problemforståelse og tilgjengelighet. Da prisen for møter var høyere for utenbys konsulenter ville kriteriet også gi prosjektet en bedre økonomi.

KOFA fant at det forelå en saklig grunn for diskriminering. Anskaffelsen krevde tett samarbeid med den kommunale etaten, felles arbeidsmøter var en del av prosessen og kriteriet var heller ikke uegnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriet hang dermed nært sammen med leveringen av ytelsen.

7.4.2 Hva er det generelle likebehandlingsprinsippet?

Utover prinsippet om forbud mot ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, gjelder det også et generelt likebehandlingsprinsipp. Prinsippet stammer i likhet med ikke-

diskrimineringsprinsippet fra EU/EØS-retten.¹¹⁵ Prinsippet er ikke et generelt forbud mot forskjellsbehandling, men skal sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter. Dette oppnås gjennom at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet. For å vurdere om to tilfeller lovlig kan behandles forskjellig, må det derfor først vurderes om tilfellene er sammenlignbare.

Likebehandlingsprinsippet innebærer også at all informasjon som blir gjort tilgjengelig for en leverandør, også må gjøres tilgjengelig for de andre leverandørene¹¹⁶. Dersom oppdragsgiveren blir kontaktet av en av leverandørene, og gir denne svar på spørsmål eller ny eller supplerende informasjon, må oppdragsgiveren sørge for at de andre leverandørene også mottar denne informasjonen samtidig. En leverandør som får informasjon tidligere enn de øvrige, vil kunne få et konkurransefortrinn.

Eksempel

En kommune får et skriftlig spørsmål fra en leverandør om hvordan et konkret punkt i konkurransegrunnlaget skal forstås. For å opptre i henhold til kravet til likebehandling kan oppdragsgiver ikke svare direkte kun til denne leverandøren, men må sørge for at svaret gis eller gjøres tilgjengelig for alle potensielle leverandører til samme tid.

Prinsippet innebærer videre at oppdragsgiver ikke kan gi fordeler til utvalgte leverandører som går på bekostning av andre. Oppdragsgiveren må eksempelvis i evalueringen vektlegge både positive og negative egenskaper ved de enkelte leverandørene likt og kan ikke trekke noen leverandører for forhold som andre leverandører ikke blir trukket for¹¹⁷.

¹¹⁵ Prinsippet fremgår av artikkel 18 i [direktiv 2014/24/EC](#). I [sak C-243/89 \(Storebælt\)](#), premiss 33, uttalte EU-domstolen at: "...although the directive makes no express mention of the principle of equal treatment of tenderers, the duty to observe that principle lies at the very heart of the directive (...)".

¹¹⁶ Jf. eksempelvis [KOFA-sak 2007/83](#), premiss 25 og [KOFA-sak 2007/116](#), premiss 64.

¹¹⁷ Jf. eksempelvis [KOFA-sak 2006/14](#).

KOFA-sak

[KOFA-sak 2016/14](#)

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av en barnehage. Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "pris" (65 %), "planløsning" (25 %) og "byggetid" (10 %). Klager hevdet at innklagede hadde brutt likebehandlingsprinsippet ved å trekke poeng for at det var gangarealer gjennom matserveringen i barnehagen.

Klagenemnda uttalte at et slikt trekk i utgangspunktet ikke var ulovlig, men at også valgte leverandør hadde en tilsvarende løsning på dette punktet, uten at dette hadde ført til trekk i vurderingen av valgte leverandørs tilbud. Dette var i strid med kravet til likebehandling.

Likebehandlingsprinsippet innebærer også at dersom oppdragsgiveren vil vektlegge sine egne erfaringer med leverandørene må han samtidig åpne for at leverandørene, både dem han har erfaring med og ikke, får mulighet til å dokumentere sin erfaring også på andre måter. Dette kan for eksempel gjøres ved at de får fremlegge attester eller referanser fra andre oppdragsgivere. Dokumentasjon som blir fremlagt må etter likebehandlingsprinsippet evalueres etter de samme kriterier som oppdragsgivers egne erfaringer.¹¹⁸

7.5 Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet

Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Prinsippene springer ut fra det såkalte gjennomsiktighetsprinsippet, som stammer fra EU/EØS-retten¹¹⁹.

Gjennomsiktighetsprinsippet skal sikre åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen og forhindre ulovlig forskjellsbehandling. I norsk praksis er det vanlig å vurdere brudd på prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet fremfor å vise til at gjennomsiktighetsprinsippet ikke er overholdt. Det nærmere innholdet i de to prinsippene vil derfor gjennomgå hver for seg.

7.5.1 Forutberegnelighet

Prinsippet om forutberegnelighet innebærer at anskaffelsesprosessen skal være forutsigbar for leverandørene og skal sikre åpenhet om alle stadier i prosessen. Kravet om forutberegnelighet skal gjøre det mulig for leverandørene å vurdere om de vil delta i

¹¹⁸ Jf. eksempelvis [KOFA-sak 2006/121](#), premiss 41.

¹¹⁹ Som uttrykt i en uttalelse av 29. juni 2010 i [sak C-226/09 \(Commission v. Ireland\)](#) fra generaladvokat Mengozzi hvor det het at "*observance of the duty of transparency is a vital precondition for guaranteeing that all potential tenders are properly informed of the tendering procedure, thereby ensuring equality of treatment*".

konkurransen. Prinsippet skal også sikre at leverandørene kan stole på at de angitte opplysningene om konkurransen blir fulgt.

Forutberegnelighet er særlig knyttet til at følgende forhold skal fremgå klart:

- Hva som skal anskaffes.
- Hvordan konkurransen skal gjennomføres.
- Hvilke krav til leverandøren som skal gjelde.
- Hvilke kriterier som legges til grunn for valget av leverandør.
- Omfang og lengde på kontrakten.

På denne bakgrunn har KOFA i flere saker lagt til grunn at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det *"for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres"* og at det må *"inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud"*¹²⁰. Videre innebærer kravet til forutberegnelighet at *"oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen må forholde seg til de opplysningene som er gitt i kunngjøringen og ellers i prosessen"*¹²¹.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2014/95](#)

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av kjøkken- og serveringsutstyr, porselen og bestikk. Klager anførte blant annet at innklagede hadde brutt regelverket ved at konkurransegrunnlaget var uklart og ved at enkeltprodukter uventet var tillagt avgjørende vekt.

Klager fikk medhold i at konkurransegrunnlaget ikke var klart nok utformet. KOFA la til grunn at selv om enkelte løsninger var viktig for innklagede, hadde ikke dette kommet tilstrekkelig klart til uttrykk i konkurransegrunnlaget. Ettersom konkurransegrunnlaget ikke gav tilstrekkelig klart uttrykk for betydningen av dette produktet, hadde innklagede tillagt forskjellen i tilbudt løsning uforholdsmessig stor vekt ved evalueringen. Dette innebar et brudd på kravet til forutberegnelighet.

7.5.2 Etterprøvnbarhet

Oppdragsgiveren skal sikre at hensynet til etterprøvnbarhet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen. Kravet om etterprøvnbarhet skal ivareta leverandørenes rettsikkerhet og gjøre det mulig, både for leverandører og eventuelle tredjeparter, å sjekke om

¹²⁰ Jf. [KOFA-sak 2011/49](#), premiss 36 jf. EU-domstolens [sak C-19/00 \(SIAC Construction\)](#).

¹²¹ Jf. [KOFA-sak 2008/99](#) premiss 66 og [KOFA-sak 2008/39](#), premiss 82.

oppdragsgiveren har fulgt reglene som gjelder for konkurransen og dermed har opptrådt på en måte som forvalter samfunnets ressurser effektivt.

Kravet om etterprøvbarehet innebærer at oppdragsgiveren må kunne dokumentere hva som har foregått i anskaffelsesprosessen og hvilke beslutninger som er tatt i den.

Oppdragsgiveren må derfor fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjonen som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, klar og utfyllende nok til at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgiverens vurderinger.

Flere regler i anskaffelsesregelverket kan sees på som et utslag av kravet til etterprøvbarehet. Dette gjelder for eksempel reglene om oppdragsgiverens protokollplikt, oppdragsgiverens plikt til å gi en begrunnelse for valg av leverandør samt reglene om kunngjøring av kontraktsinngåelse. På bakgrunn av prinsippet må leverandørene, og allmennheten generelt, også kunne få innsyn i dokumenter som kan vise hvordan anskaffelsesprosessen har foregått, for å kontrollere at oppdragsgiveren har fulgt anskaffelsesregelverket.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2003/247](#)

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om levering av kurs i kommunikasjon for arbeidssøkende. Det fantes ingen notater om eventuelle forhandlinger, og om tidspunkt for kontakt mellom partene.

KOFA kom til at dette var i strid med kravet til etterprøvbarehet. Oppdragsgiveren hadde valgt et tilbud som lå fire til fem ganger over de andre tilbudene i pris, uten at innklagede klarte å gi en tilfredsstillende begrunnelse for dette. KOFA konkluderte med at skjønnsutøvelsen hadde vært vilkårlig, og at valg av tilbud var i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2014/34](#)

Innklagede gjennomførte en konkurransepreget dialog for anskaffelse av et IKT-system. Anskaffelsesprotokollen inneholdt blant annet ikke informasjon om hvordan innklagede hadde vurdert manglene og uklarhetene i valgte leverandørs tilbud og hvem som hadde vurdert IT-spesifikasjonene.

KOFA uttalte at det ikke var grunnlag for å slå fast at anskaffelsesprotokollen burde inneholdt opplysninger om hvem som hadde vurdert IT-spesifikasjonene. Når det gjaldt avklaringene av uklarheter i leverandørens tilbud, uttalte KOFA derimot at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 5 ved ikke å dokumentere hvilke avklaringer som var foretatt med valgt leverandør om deres tilbud.

8 Fellesbestemmelser

8.1 Innledning

Bestemmelsene i forskriften kapittel 7 (Fellesbestemmelser) gjelder for alle anskaffelser som skal gjennomføres etter forskriften, uavhengig av hvilke andre deler av forskriften som også får anvendelse.

For anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 1,1 millioner kroner ekskl. mva. får kun anskaffelsesloven og forskriften del I anvendelse. Hvordan anskaffelser under den nasjonale terskelverdien skal gjennomføres er nærmere omtalt i kapittel 9.

8.2 Dokumentasjonsplikten

8.2.1 Innledning

Det er et generelt krav at vurderinger og dokumentasjon av betydning for gjennomføringen av konkurransen skal foreligge skriftlig for alle anskaffelser med en verdi som er lik eller overstiger 100.000 kroner ekskl. mva., jf. § 7-1. Oppdragsgiveren skal oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon til å begrunne viktige beslutninger som gjøres på alle stadier av anskaffelsesprosessen.

Denne dokumentasjonsplikten og plikten til å føre anskaffelsesprotokoll bidrar til at ulike instanser, leverandører og offentligheten kan føre kontroll med at oppdragsgivers beslutninger er fattet i samsvar med regelverket. Disse pliktene gir økt etterprøvbarehet i anskaffelsesprosessen, og kan dermed bidra til å motvirke kameraderi og korrupsjon.

8.2.2 Dokumentasjonsplikten

Dokumentasjonsplikten etter § 7-1 første ledd innebærer at oppdragsgiver skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen. Dette kan blant annet omfatte beslutninger om forhandlinger, utvelgelse av leverandører, tildeling av kontrakt mv. Aktuelle dokumenter som skal oppbevares kan for eksempel være meddelelser om avvisning, avlysning og valg av leverandør. Det kan også være e-poster til og fra oppdragsgiver i forbindelse med eksempelvis spørsmål fra tilbydere og ettersending av dokumentasjon.

Videre fremgår det at ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene, skal dokumentasjonen oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for inngåelse av kontrakten.

Det følger videre av § 7-1 annet ledd at kontrakten skal oppbevares gjennom hele kontraktsperioden.

8.2.3 Protokollplikten

Av § 7-1 tredje ledd fremgår det at vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i en protokoll.

Forskriften del I gir ikke detaljerte føringer for hvordan protokollplikten oppfylles. Det stilles ikke krav til at protokollen skal ha en spesiell form. Oppdragsgiveren kan velge om han vil nedtegne vesentlige forhold i et dokument, eller om han vil samle opplysningene i en protokoll. Sistnevnte betyr at oppdragsgiveren har mulighet til å nedtegne de vesentlige opplysningene i flere dokumenter så lenge disse enkelt kan samles til en enhet.

Protokollplikten gjelder opplysninger om vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen. Oppdragsgiveren har derfor ikke plikt til å nedtegne enhver opplysning som har betydning for gjennomføring av anskaffelsen. Vesentlige forhold inkluderer både viktige beslutninger og vurderinger. Dette kan for eksempel være vurderinger og beslutninger om forhandlinger, utvelgelse av leverandører, tildeling av kontrakt og avlysning av konkurransen. Vesentlige forhold vil også være opplysninger om navnene på leverandørene som har inngitt tilbud og navnet på valgte leverandør.

Selv om det ikke er plikt til det, kan det være fornuftig å nedtegne opplysningene fortløpende i løpet av konkurransen.

Ettersom det ikke knytter seg spesifikke krav til protokollføring etter forskriften del I, vil det være relevant å se hen til proporsjonalitetsprinsippet. Kravet til protokollføringen vil variere avhengig av kontraktens verdi, omfang, art og kompleksitet. En mindre anskaffelse med en verdi like over 100.000 kroner vil kreve en enklere protokollføring enn en anskaffelse med en verdi som er tett opp til 1,1 millioner kroner.

8.3 Kravet om skatteattest

Det følger av forskriften § 7-2 at oppdragsgiveren skal kreve at den valgte leverandøren leverer skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt for de anskaffelser som overstiger 500.000 NOK ekskl. mva. I dette ligger det at kun leverandøren som vinner konkurransen må levere skatteattest, og at det ikke er nødvendig å innhente skatteattest fra de øvrige deltagerne i konkurransen. Dette kravet gjør seg kun gjeldende for norske leverandører.

Ved bygg- og anleggskontrakter skal leverandørene tilsvarende kreve skatteattest fra alle norske underleverandører ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget, som overstiger en verdi på 500.000 ekskl. mva.

Dersom den valgte leverandøren ikke leverer skatteattest skal han avvises. Oppdragsgiveren bør oppgi på forhånd om det vil kunne medføre avvisning dersom den valgte leverandøren har restanser på attestene.

8.4 Offentlighet og taushetsplikt

8.4.1 Innledning

Anskaffelsesforskriften § 7-3 fastsetter at "for allmennhetens innsyn i dokumentene knyttet til en offentlig anskaffelse gjelder offentleglova".¹²² Med allmennheten menes både leverandører samt politikere, pressen, privatpersoner og eventuelle andre. Hovedregelen etter offentleglova er at forvaltningens dokumenter er offentlige, dersom ikke annet følger av lov eller forskrift med hjemmel i lov.¹²³ Det finnes imidlertid unntak fra utgangspunktet om innsynsrett. Dette gjelder blant annet unntaket for taushetsbelagte opplysninger etter forvaltningsloven¹²⁴ § 13 og unntak av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon etter offentleglova § 23 tredje ledd.

Hensynet bak reglene om innsyn er i likhet med prinsippet om etterprøvbarhet å øke gjennomsiktigheten i forvaltningens saksbehandling og sikre effektiv ressursbruk. Allmennheten kan gjennom innsynsretten etterprøve at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn når det offentliges midler disponeres. Innsynsretten kan dermed bidra til å hindre og avdekke alvorlige forhold som korrupsjon og lignende.¹²⁵ Innsynsretten styrker også leverandørenes mulighet til å etterprøve om anskaffelsesprosessen har skjedd i tråd med anskaffelsesregelverket.

I det følgende vil det omtales hvilke regler som gjelder for oppdragsgivere som er omfattet av offentleglova i punkt 8.4.2 og hvilke regler som gjelder for oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentleglova i punkt 8.4.3. I punkt 8.4.4 vil unntakene fra innsynsretten, som gjelder for alle oppdragsgivere, behandles.

8.4.2 Oppdragsgivere som er omfattet av offentleglova

Hovedregelen etter offentleglova er som nevnt at forvaltningens dokumenter er offentlige, dersom ikke annet følger av lov eller forskrift med hjemmel i lov.¹²⁶ For oppdragsgivere som allerede er omfattet av offentleglova etter bestemmelsen om virkeområde i § 2 vil

¹²² Tilsvarende § 7-2 i forsyningsforskriften.

¹²³ Jf. lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd ([offentleglova](#)) § 3.

¹²⁴ Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker ([forvaltningsloven](#)).

¹²⁵ [NOU 2003:30](#) s. 195.

¹²⁶ Jf. offentleglova § 3.

offentleglova gjelde uavhengig av anskaffelsesforskriften § 7-3. For disse oppdragsgiverne er bestemmelsen en ren informasjonsbestemmelse.

For oppdragsgivere som er omfattet av offentliglova, gjelder retten til innsyn for alle anskaffelser, uavhengig av kontraktens verdi. Retten til innsyn gjelder alle dokumentene knyttet til anskaffelsen, som eksempelvis kontrakten som inngås og dokumenter og protokoller fra selve innkjøpsprosessen.

Dersom det er anledning til å gjøre unntak fra innsyn, skal oppdragsgivere som er omfattet av offentliglova alltid vurdere merinnsyn.¹²⁷ Merinnsyn, eller meroffentlighet, er en betegnelse på innsynsrett i dokumenter som i utgangspunktet faller inn under en av unntaksreglene i offentliglova.¹²⁸ Oppdragsgiveren kan etter egen vurdering komme til at det skal gis innsyn også i disse dokumentene. Det er ikke anledning til å gi merinnsyn i opplysninger hvor det offentlige har plikt til å nekte innsyn, som for eksempel taushetsbelagte opplysninger. Oppdragsgivere skal imidlertid forsøke å innhente leverandørenes samtykke til å gi innsyn i opplysninger som ellers ville vært underlagt lovbestemt taushetsplikt, dersom denneplikten bortfaller ved samtykke.¹²⁹

8.4.3 Oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentliglova

Visse rettssubjekter er omfattet av virkeområdet til anskaffelsesregelverket, men faller utenfor virkeområdet til offentliglova. Dette gjelder eksempelvis private aktører som mottar et direkte tilskudd, jf. § 1-3. Forskrift om til offentliglova ([offentlegforskrifta](#))¹³⁰ § 1 lister også opp visse rettssubjekter som er unntatt offentliglova.

Oppdragsgivere, som ikke er omfattet av offentliglova, skal gi innsyn i "vare- og tjenestekontrakter med en verdi på minst 8,4 millioner kroner ekskl. mva. og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst 84,5 millioner kroner ekskl. mva."¹³¹

For disse oppdragsgiverne er det kun *den inngåtte kontrakten* det skal gis innsyn i, ikke alle de underliggende dokumentene i anskaffelsen. For kontrakter under de angitte verdiene er det derfor opp til oppdragsgiveren å vurdere om og i hvilken grad det skal gis innsyn. I disse tilfellene er det anskaffelsesregelverket og ikke offentliglova, som danner grunnlaget for leverandørenes mulighet til etterprøvbarehet.

Anskaffelsesregelverket pålegger oppdragsgiveren å sikre at hensynet til etterprøvbarehet skal ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen. Kravet om etterprøvbarehet skal ivareta leverandørenes rettsikkerhet og gjøre det mulig å etterprøve om oppdragsgiveren har fulgt reglene som gjelder for konkurransen, og dermed har opptrådt på en måte som forvalter samfunnets ressurser effektivt. Rett til innsyn i anskaffelsesdokumenter kan utledes av dette prinsippet.

¹²⁷ Jf. offentliglova § 11.

¹²⁸ <https://snl.no/meroffentlighet>.

¹²⁹ Jf. offentliglova § 13, tredje ledd.

¹³⁰ Forskrift 17. oktober 2008 nr. 119 til offentliglova ([offentlegforskrifta](#)).

¹³¹ Jf. § 7-3 annen setning.

Reglene om begrunnelsesplikt er for eksempel et utslag av prinsippet om etterprøvbarhet og skal gi leverandøren et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om det er aktuelt å klage, eventuelt ta rettslige skritt. Reglene om karenstid og suspensjon skal gi leverandørene tid til å vurdere om anskaffelsesprosessen har foregått etter reglene.

Reglene i offentleglova om *unntak* fra innsyn gjelder imidlertid tilsvarende for oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentleglova.¹³² Dette innebærer rent praktisk at ved krav om innsyn i kontrakter, som overstiger verdiene spesifisert i § 7-3, skal oppdragsgiveren vurdere om det finnes grunner til å unnta opplysninger fra innsyn på bakgrunn av disse unntakene.

8.4.4 Unntak fra offentleglova

Det gjelder visse unntak for innsyn etter offentleglova. Unntakene knytter seg blant annet til taushetsbelagte opplysninger etter offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13, og unntak av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon etter offentleglova § 23 tredje ledd.

Når oppdragsgiveren skal vurdere om visse opplysninger kan unntas fra offentligheten er det hensiktsmessig å la leverandørene uttale seg om hvilke opplysninger de mener er forretningshemmeligheter. Det er viktig å understreke at oppdragsgiveren likevel alltid må gjøre en selvstendig vurdering av om opplysninger skal unntas offentlighet.

I det følgende vil de unntakene som er særlig relevante for offentlige anskaffelser omtales. Punkt 8.4.5 omhandler unntaket for taushetsbelagte opplysninger, mens punkt 8.4.6 omhandler unntak fra innsyn av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon. For andre unntak fra offentleglova og generell veiledning om reglene i offentleglova henvises det til Justisdepartementets "[Rettleiar til offentleglova](#)".

8.4.5 Nærmere om unntaket for taushetsbelagte opplysninger

8.4.5.1 Innledning

Offentleglova § 13 første ledd slår fast at opplysninger som er underlagt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov skal unntas fra innsyn.

Ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av anskaffelsesforskriften, gjelder reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven § 13.¹³³ For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven § 13 tilsvarende.

Forvaltningsloven § 13 angir at taushetsplikten omfatter forretningshemmeligheter som det offentlige har fått kjennskap til. Bestemmelsens første ledd nr. 2 fastslår at opplysninger om *"tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår"* er omfattet av taushetsplikten.

Hensynet bak taushetsplikten er å beskytte leverandørens interesse i at forhold som har betydning for konkurranseforholdet ikke gjøres kjent for andre. Oppdragsgiveren skal altså unnta opplysninger som kan svekke leverandørens markedsmuligheter fra innsyn. Innkomne tilbud og andre dokumenter i offentlige anskaffelser vil i mange tilfeller kunne

¹³² Jf. § 7-3 tredje setning.

¹³³ Jf. § 7-4.

inneholde slike opplysninger, men det må vurderes konkret om den innleverte informasjonen er av en slik karakter at offentliggjøring vil kunne lede til økonomisk skade for leverandøren som har levert informasjonen.

Hva som utgjør en forretningshemmelighet må avgjøres konkret i lys av den enkelte anskaffelsen.¹³⁴

Unntaket fra innsyn gjelder kun for opplysninger, ikke dokumentet i sin helhet, slik at det er de delene av et dokument som inneholder taushetsbelagt informasjon som oppdragsgiveren er pliktig til å ikke videreformidle til tredjepersoner.

Det er imidlertid i noen tilfeller adgang til å gjøre unntak for resten av dokumentet der enkelte opplysninger er omfattet av taushetsplikt. Dette gjelder dersom disse delene vil gi et misvisende inntrykk av innholdet, det vil være urimelig arbeidskrevende for organet å skille de ut eller de unntatte opplysningene utgjør den vesentligste delen av dokumentet.¹³⁵

Dersom en konkurranse skal kunngjøres på nytt kan priser, økonomiske prognoser og annen informasjon som bare er relevante for den aktuelle anskaffelsen være omfattet av taushetsplikten. Dette kan for eksempel være tilfellet der oppdragsgiveren må endre sin tildelingsbeslutning i karensperioden, fordi kontrakten er tildelt feil leverandør eller det har skjedd feil i anskaffelsesprosessen som gjør at konkurransen må avlyses. Når konkurransen så må utlyses på nytt, kan det være svært skadelig for konkurransen at leverandørene har hatt innsyn i hverandres tilbud i den forutgående konkurransen. Tilbyderne vil da kunne utnytte kunnskapene om de andre leverandørenes tilbud ved utformingen av tilbudene sine i den påfølgende konkurransen om den samme kontrakten.¹³⁶¹³⁷ Justisdepartementets lovavdeling har lagt til grunn at slike opplysninger *"vil vere omfatte av teieplikt inntil det er klart at konkurransen vil bli avgjort på grunnlag av de innkomne tilboda. Dersom dette ikke er klart før ved kontraktsinngåinga, vil opplysningane vere omfatta av teieplikt fram til dette tidspunktet"*.¹³⁸

8.4.5.2 Nærmere om opplysningens art

Begrepene *"tekniske innretning, fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold"* er vide begreper som vil kunne omfatte flere av opplysningene i et tilbud.

Kjerneområdet for taushetsplikten er opplysninger som andre kan ha nytte av i sin virksomhet, altså forretningshemmeligheter i mer tradisjonell forstand. Dette kan være opplysninger om produksjonsmetoder og nye produkter som er under utvikling. Også opplysninger om markedsanalyser, økonomiske utregninger og prognoser, konkrete forretningsstrategier, arbeidsteknikker, kontraktsvilkår og lignende kan ha en slik karakter at konkurrenter i markedet vil ha interesse av å utnytte dem.

¹³⁴ Jf. [KOFA-sak 2005/70](#), premiss 28 og [KOFA-sak 2008/62](#), premiss 59.

¹³⁵ Jf. Offentleglova § 12.

¹³⁶ Se [KOFA-sak 2012/9](#), [KOFA-sak 2011/326](#) og [uttalelsen](#) fra Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011.

¹³⁷ Håndhevelsesutvalget har omtalt utfordringene ved innsyn i tilbud og protokoller i karensperioden i kapittel 13 i [NOU 2010:2](#).

¹³⁸ Se [uttalelsen](#) fra Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011.

Også opplysninger som det ikke ligger noen skapende eller original tanke bak, som eksempelvis kundelister, kan være omfattet av taushetsplikten.¹³⁹

Unntaket omfatter som utgangspunkt ikke opplysninger som det kun er ubehagelig for bedriften at andre får tilgang til, slik som eksempelvis økonomisk stilling, administrative forhold eller opplysninger om forhold som er kritikkverdige eller omstridte. Tilsvarende vil taushetsplikten som utgangspunkt heller ikke omfatte opplysninger om at en virksomhet har gjort seg skyldig i lovbrudd, selv om dette kan kunne skade konkurranseevnen til virksomheten.¹⁴⁰

Opplysninger om en virksomhets kontakt med offentlige myndigheter er som hovedregel ikke undergitt taushetsplikt.¹⁴¹ Tilsvarende vil forvaltningens egne generelle vurderinger normalt heller ikke anses som forretningshemmeligheter. Taushetsplikten vil heller ikke omfatte forvaltningsvedtak som gjelder virksomheten, eksempelvis vedtak om konsesjon, import- eller eksportløyve eller økonomisk støtte.¹⁴²

8.4.5.3 Nærmere om virkningen av at opplysningen blir offentlig

Bestemmelsen i forvaltningsloven § 13 legger opp til at den sentrale vurderingen er hvorvidt det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningene. Hensynet bak bestemmelsen er ikke å beskytte konkurransen i markedet, men leverandøren som har krav på taushet. Bestemmelsen skal altså unnta opplysninger som kan svekke leverandørens markedsmuligheter fra innsyn. Når det vurderes om innsyn skal gis må det foretas en avveining mellom leverandørens interesse i hemmelighold og om det foreligger et aktuelt og sterkt behov for innsyn og kontroll.¹⁴³ Både risikoen for skade og omfanget av den eventuelle skaden er relevante momenter i vurderingen.¹⁴⁴

Et sentralt tema i vurderingen er om det kan føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten dersom opplysningene blir kjent, enten direkte eller ved at andre utnytter opplysningene.¹⁴⁵

Kjerneområdet for når det vil føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for bedriften, er der det er tale om næringsopplysninger som andre kan ha nytte av i sin virksomhet. Dette vil innebære at opplysningene kan utnyttes av konkurrenter eller andre til skade for den aktuelle leverandøren.

Taushetsplikten vil gjelde uavhengig av hvem som ber om opplysningen. Det er altså ikke en nødvendig forutsetning at mottakeren kan få bruk for opplysningene i sin egen virksomhet da det avgjørende er om opplysningene etter sin art kan ha skadevirkninger.¹⁴⁶ Opplysningene

¹³⁹ Jf. [Rettleiar til offentleglova](#), s. 85-86.

¹⁴⁰ Jf. [Rettleiar til offentleglova](#), s. 87.

¹⁴¹ Se Sivilombudsmannens uttalelse i [sak 2009/2220](#).

¹⁴² Jf. [Rettleiar til offentleglova](#), s. 86-87.

¹⁴³ Graver (2007) s. 373.

¹⁴⁴ Se [uttalelsen](#) fra Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011.

¹⁴⁵ Se Sivilombudsmannens uttalelse i sak [2013/2776](#).

¹⁴⁶ Jf. [Rettleiar til offentleglova](#), s. 84-85.

kan eksempelvis ha skadevirkninger også der de inkluderer tap av eventuell forhandlingsposisjon og tap av markedsføringsmuligheter og -strategier.

Et sentralt moment i den faktiske vurderingen er om det i bransjen som anskaffelsen gjelder er vanlig å hemmeligholde den aktuelle typen opplysninger. For eksempel vil tilbudt pris være offentlig annonsert i noen bransjer, og strategisk svært sensitiv informasjon i andre. Opplysninger som er allment kjent eller allment tilgjengelig andre steder, eksempelvis har vært omtalt i media eller tatt inn i offentlig tilgjengelige rapporter som virksomheten har utarbeidet, vil det aldri være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. I tvilstilfeller vil også tilliten til forvaltningen kunne være et hensyn. Dersom innsyn vil føre til at aktuelle virksomheter ikke leverer tilbud, kan dette være et moment som kan tale for at opplysningene er omfattet av taushetsplikt.¹⁴⁷

Tidsaspektet kan også være av betydning, men dette må alltid vurderes konkret, da det ikke gjelder noen generell presumsjon for at eldre informasjon ikke er underlagt taushetsplikt. Dersom anskaffelsen ligger noe tilbake i tid, og er foretatt i et marked i hyppig endring, kan det imidlertid medføre at opplysninger ikke lenger "*kan nyttiggjøres på en måte som kan føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten*".¹⁴⁸

8.4.5.4 Nærmere om unntak fra innsyn i priser

Et gjennomgående problemstilling ved offentlige anskaffelser er om leverandørenes tilbudte priser utgjør forretningshemmeligheter som kan unntas fra innsyn. Innsyn i pris må vurderes konkret i lys av den enkelte anskaffelsen på samme måte som innsyn i andre drifts- og forretningsforhold av konkurransemessig betydning. Som hovedregel kan tilbudenes totalpriser ikke anses som opplysninger som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.¹⁴⁹ Skal man hemmeligholde totalprisen må det derfor som utgangspunkt påvises at denne er et vesentlig konkurranseelement.¹⁵⁰ Det kan tale mot innsynrett at det er tale om et marked med lite konkurranse og spesielle særtrekk. Det vil videre tale mot innsynsrett dersom konkurrentene kan regne seg frem til enhetspriser dersom de får vite totalprisen eller om det er særtrekk ved oppdragsgiverens tildelingsmodell som gjør at man kan få innsikt i konkurrenters prissettingsstrategier dersom totalprisen oppgis.¹⁵¹

¹⁴⁷ Se [uttalelsen](#) fra Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011.

¹⁴⁸ Se Sivilombudsmannens uttalelse i [sak 2009/1960](#).

¹⁴⁹ Se [KOFA sak 2012/9](#).

¹⁵⁰ Dragsten (2013) s. 219.

¹⁵¹ Se [KOFA-sak 2015/143](#).

KOFA-sak

[KOFA-sak 2015/143](#)

Oppdragsgiveren gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtaler for polikliniske radiologitjenester. Innklagede anførte at det var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde evalueringsprisen i konkurransen og at formålet var å verne om konkurransen på markedet for radiologiske tjenester.

KOFA la vekt på at markedet for radiologiske tjenester er et særegent marked med få aktører. På bakgrunn av de utfordringene med å opprettholde konkurransen på dette markedet og særtrekkene ved innklagedes tildelingsmodell, kom KOFA til at *"det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysninger som gir innsikt i konkurrenters prissettingsstrategier"*.

Innklagede hadde dermed ikke brutt begrunnelsesplikten ved ikke å opplyse om hvilke evalueringspriser som ble lagt til grunn ved evalueringen.

Ulike delpriser eller enhetspriser i leverandørenes tilbud vil lett bli ansett som opplysninger som det kan være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.¹⁵² Denne typen priser vil kunne avsløre strategiske forhold som for eksempel hvilke rabatter som er gitt og hvordan tilbudet er sammensatt.¹⁵³

I vurderingen av om det skal gis innsyn i priser er det et sentralt vurderingstema hvorvidt det aktuelle tilbudet er unikt. Et skreddersydd pristilbud, basert på særegne kriterier fra oppdragsgiver, vil det generelt være mindre grunn til å holde hemmelig, da det er liten grunn til å tro at konkurrenter kan dra nytte av dette ved neste konkurranse.¹⁵⁴

¹⁵² Se eksempelvis [KOFA-sak 2011/326](#) med videre henvisninger.

¹⁵³ Dragsten (2013) s. 218.

¹⁵⁴ Se Sivilombudsmannens uttalelse i sak [2010/65](#).

KOFA-sak

[KOFA sak 2009/137](#)

Saken gjaldt en anbudskonkurranse for anskaffelse av transporttjenester til flere dagsentre for eldre og utviklingshemmede. I anskaffelsen var det mulig å inngi tilbud på kjøring til hvert enkelt dagsenter og man skulle da angi pris i form av pris på kjøring per uke. Innklagede gav innsyn i totalpris for alle dagsentre samlet, men unnlot å gi innsyn i ukeprisen på det enkelte dagsenter.

KOFA uttale at ukeprisen på kjøring besto av flere forskjellige komponenter, slik som antall ruter, antall brukere, dager kjøringen foregår på, antall rullestoler og tidspunkt for kjøring morgen og kveld. KOFA mente derfor at det ikke ville *"være mulig å regne seg frem til timepris på kjøring eller andre enhetspriser ved å ta utgangspunkt i ukeprisen"*. Ukeprisen kunne dermed ikke anses som en forretningshemmelighet.

8.4.6 Nærmere om unntaket av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon

8.4.6.1 Unntak fra innsyn utfra hensynet til en forsvarlig gjennomføring av et organs økonomiforvaltning

Offentleglova § 23 første ledd åpner for å gjøre unntak for opplysninger når det er påkrevd av hensynet til en forsvarlig gjennomføring av økonomi-, lønns-, eller personalforvaltningen til organet.

Det mest aktuelle alternativet i en anskaffelsesprosess vil være det offentlige organets økonomiforvaltning. Unntaket gjelder bare av hensyn til organet og ikke av hensyn til en privat motpart. Unntaket verner om de privatøkonomiske interessene til organet i forhandlingssituasjoner.

Eksempel

Sivilombudsmannens [sak 2008/571](#)

Finansdepartementet nektet innsyn i dokumenter fra en anbudskonkurranse. Med det formål å få flest mulig tilbud ble det gitt et taushetsløfte og informert om at innholdet i anbudsdokumenter ville bli behandlet konfidensielt også etter at anbudsrunden var avsluttet.

Sivilombudsmannen uttalte at en ikke betydelig skade på statens økonomiske interesser forutsatte at offentliggjøring rent faktisk medførte et dramatisk frafall av tilbydere. Departementet hadde ikke gjennomført en anbudskonkurranse uten å avgi et taushetsløfte og kunne dermed ikke godtgjøre et dramatisk frafall av tilbydere. Sivilombudsmannen anså det slik at tilbyderne ikke hadde noen beskyttelsesverdig interesse i hemmelighold så lenge det ikke var tale om å gi ut taushetsbelagte opplysninger. At enkeltstående aktører hadde varslet at de ikke ville inngi tilbud, kunne ikke begrunne bruk av bestemmelsen.

Kravet om at unntaket må være påkrevd innebærer en høy terskel hvor faren for at innsyn vil skade det offentlige må være relativt konkret og at skaden må være av et visst omfang.¹⁵⁵ Det må foretas en helhetsvurdering der hensynet til offentlighet må vurderes opp mot de mulige skadevirkninger en offentliggjøring kan medføre. I vurderingen må det tas i betraktning at lovens hovedregel er offentlighet. I tillegg må det legges vekt på hvor beskyttelsesverdig interessen for innsyn er. Det må være klare holdepunkter for at offentliggjøring kan medføre skade på de privatøkonomiske interessene til organet.¹⁵⁶

8.4.6.2 Unntak fra innsyn for protokoll og tilbud frem til valg av leverandør

Etter offentliglova § 23 tredje ledd kan det gjøres unntak fra innsyn for protokoller og tilbud frem til valget av leverandør er gjort. Bestemmelsen gir et tidsbegrenset unntak for visse dokumenter i anskaffelsesprosessen. Det er to sentrale begrensninger i unntaket.

For det første gjelder unntaket kun for protokoller og tilbud, og omfatter således ikke andre anskaffelsesdokumenter. For det andre gjelder unntaket kun frem til valget av leverandør er gjort. Etter at det har funnet sted en tildeling vil tilbud og anskaffelsesprotokoll som utgangspunkt være offentlige. Det vil si allerede i den såkalte karensperioden, som er den obligatoriske ventetiden mellom tidsrommet for valg av leverandør til signering av kontrakt.

8.5 Habilitet

Tilliten til offentlig sektor er et sentralt hensyn bak formålsbestemmelsen i § 1 i anskaffelsesloven. Det er viktig at de personene hos oppdragsgiveren som bistår i anskaffelsesprosessen, ikke har slike bindinger til leverandørene at det kan reises tvil om

155 Se [Ot.prp.nr. 102 \(2004-2005\)](#) s. 144 og Sivilombudsmannens uttalelse i [sak 2008/571](#).

156 Se Sivilombudsmannens uttalelse i [sak 2008/571](#).

beslutninger i anskaffelsesprosessen kun er basert på forretningsmessige hensyn. Dette er bakgrunnen for at § 7-5 inneholder en egen bestemmelse om habilitet, som igjen viser til bestemmelsene om habilitet i forvaltningsloven og kommuneloven¹⁵⁷.

Habilitetsreglene i forvaltningsloven og kommuneloven er utformet for å hindre at forvaltningens avgjørelser blir uriktige, fordi det blir tatt usaklige hensyn i saksbehandlingen. Reglene skal sikre at forvaltningens avgjørelser blir forberedt og truffet av personer som har en fri og ubundet stilling til de saker som behandles. Det er videre et hensyn at allmennheten skal ha tillit til at saksbehandlingen foretas av habile medarbeidere.

Kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav b inneholder en viktig presisering om at dersom en som har tilrettelagt grunnlaget for en avgjørelse i kommunen eller fylkeskommunen også sitter i folkevalgte organer, kan vedkommende ikke delta i behandlingen av saken i det folkevalgte organet.

Kravet til habilitet er skjerpet i en konkurransesituasjon, og allmennheten må kunne ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert, samt at konkurransen er åpen og reell.

Habilitetsspørsmål kan oppstå i anskaffelsesprosesser i ulike sammenhenger. Vennskap er et typisk forhold som kan reise spørsmål om det foreligger inhabilitet. Oppdragsgiveren skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet, jf. § 7-5 annet ledd. Han har dermed en aktiv plikt til å søke å forhindre at noen av hans ansatte har bindinger til leverandørene som kan føre til at det reises tvil om beslutninger i anskaffelsen. Hvis oppdragsgiveren identifiserer at det foreligger inhabilitet, skal oppdragsgiveren søke å avhjelpe situasjonen, for eksempel ved ikke å la den ansatte delta i anskaffelsesprosessen.

Avvisning på grunn av inhabilitet skal være oppdragsgiverens siste utvei. Det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden for at det ikke har vært mulig å treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet i en anskaffelsesprosess og at avvisning derfor er uunngåelig.

8.6 Frister

Alle frister i anskaffelsesforskriften skal beregnes i samsvar med [forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen](#)¹⁵⁸, jf. § 7-6.

Hovedregelen etter denne forskriften er at alle frister i anskaffelsesforskriften beregnes i kalenderdager.¹⁵⁹ Unntakene er anskaffelsesforskriften § 26-6 tredje ledd (som gjelder frist for kontroll av om en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene), § 26-7 sjette ledd (som gjelder frist for levering av oppdatert egenerklæring ved bruk av dynamisk innkjøpsordning) og § 27-4 tredje ledd (som regulerer når en elektronisk auksjon kan begynne), som spesifiserer at fristene skal regnes i virkedager. Med virkedager menes alle dager som ikke er helligdager eller fridager, lørdager eller søndager.

¹⁵⁷ Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner ([kommuneloven](#)).

¹⁵⁸ Forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter ([forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen](#)).

¹⁵⁹ Jf. forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, artikkel 3 (3).

For kunngjøringer etter anskaffelsesforskriften del II eller en frivilling kunngjøring etter anskaffelsesforskriften del I, skal fristberegningen begynne dagen etter at oppdragsgiveren sender kunngjøringen til Doffin-databasen.¹⁶⁰

For kunngjøringer etter anskaffelsesforskriften del III og andre kunngjøringer over EØS-terskelverdiene skal oppdragsgiveren begynne fristberegningen dagen etter at kunngjøringen sendes TED-databasen, eller dagen etter at han sender invitasjonen til å bekrefte interesse til leverandørene.¹⁶¹

Hvis oppdragsgiveren ikke har spesifisert et bestemt klokkeslett for når fristen løper ut, men kun har uttrykt fristen i dager, vil fristen løpe ut på slutten av den siste timen av fristens siste dag. Dersom fristen er angitt i dager kan et tilbud derfor innleveres frem til kl. 24.00 den aktuelle dagen.¹⁶²

Eksempel

I en åpen anbudskonkurranse etter anskaffelsesforskriften del III er fristen satt til 30 dager. Dersom kunngjøringen sendes fra Doffin til TED-databasen den 1. mars, vil tilbudsfristens første dag være den 2. mars. Leverandørene skal ha 30 kalenderdager til å utarbeide sitt tilbud. Dette innebærer at tilbudsfristen vil løpe ut den 31. mars kl. 23:59.

Tilbud som mottas etter denne fristen skal avvises.

Dersom den siste dagen av en frist faller på en helligdag eller fridag, søndag eller lørdag, skal fristen utløpe ved slutten av den siste timen av neste virkedag.¹⁶³ Dette innebærer at hvis fristens siste dag er en lørdag, så vil fristen utløpe mandag kl. 23:59.

8.7 Innkjøpssentraler

8.7.1 Innledning

Oppdragsgivere kan ha interesse av å foreta innkjøp i fellesskap eller fra eller gjennom en innkjøpssentral fordi de kan oppnå stordriftsfordeler, herunder lavere priser og administrasjonsutgifter. I tillegg vil det kunne bidra til å forbedre og profesjonalisere forvaltningen av offentlige anskaffelser.

¹⁶⁰ Jf. forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, artikkel 3 (1). Operatøren av Doffin har arbeidstid alle virkedager. På hjemmesiden til [Doffin](#) fremkommer det at frivillige kunngjøringer publiseres innen førstkommende arbeidsdag, og kunngjøringer etter anskaffelsesforskriften del II (nasjonal kunngjøring) innen 2 arbeidsdager.

¹⁶¹ Jf. forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, artikkel 3 (1).

¹⁶² Jf. forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, artikkel 3 (2).

¹⁶³ Jf. forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, artikkel 3 (4).

Det er gitt regler om innkjøpssentraler i § 7-8 som gjelder for alle anskaffelser etter forskriften.

8.7.2 Anskaffelser fra eller gjennom innkjøpssentraler

Oppdragsgiveren kan anskaffe varer og tjenester fra innkjøpssentraler eller varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjennom innkjøpssentraler.

En innkjøpssentral er en oppdragsgiver som foretar samordnede innkjøp og eventuelt utfører tilknyttede innkjøpstjenester jf. § 4-3 bokstav a. Samordnede innkjøp er etter § 4-3 bokstav b aktiviteter som på permanent grunnlag utføres på en av følgende måter:

- anskaffelser av varer og tjenester til bruk for oppdragsgivere eller
- inngåelse av kontrakter om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider for oppdragsgivere jf. § 4-3.

Definisjonene viser til at innkjøpssentralen enten kan kjøpe varer eller tjenesteytelser for andre oppdragsgivere eller inngå offentlige kontrakter eller rammeavtaler for andre oppdragsgivere. I førstnevnte tilfellet foretar innkjøpssentralen et innkjøp i eget navn og for egen regning med tanke på å videreselge varene eller tjenestene til en annen oppdragsgiver. I det andre tilfellet inngår innkjøpssentralen derimot en kontrakt eller en rammeavtale på vegne av en oppdragsgiver, som oppdragsgiveren kan bruke.¹⁶⁴ Oppdragsgiveren må være identifisert i kunngjøringen av kontrakten eller rammeavtalen som blir inngått eller den dynamiske innkjøpsordningen som blir etablert.

Dersom en oppdragsgiver har foretatt innkjøp fra eller gjennom en innkjøpssentral anses oppdragsgiveren for å ha overholdt reglene i forskriften jf. § 7-8 annet ledd. Oppdragsgivere som benytter en innkjøpssentral trenger med andre ord ikke selv å sørge for at anskaffelsesregelverket følges.

Dersom oppdragsgiveren selv inngår kontrakter under innkjøpssentralens rammeavtale eller dynamiske innkjøpsordning er han likevel ansvarlig for å overholde anskaffelsesregelverket for de delene av anskaffelsen som han selv gjennomfører jf. § 7-8 annet ledd.

Innkjøpssentralen kan også utføre tilknyttede innkjøpstjenester. Tilknyttede innkjøpstjenester er etter § 4-3 bokstav c 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, å forberede og gjennomføre anskaffelser på vegne av oppdragsgivere.

Oppdragsgiveren kan inngå kontrakter om samordnede innkjøpsaktiviteter med en innkjøpssentral uten å følge forskriften. Slike kontrakter kan også inkludere tilknyttede innkjøpstjenester.

Det er gitt nærmere omtale av anskaffelser fra innkjøpssentraler i andre EFTA-land og anskaffelser foretatt i fellesskap av oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater i kapittel 42.

¹⁶⁴ Steinicke og Goersmeyer (2008) s. 311.

9 Gjennomføring av anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del I

9.1 Innledning

I det nye forskriften har den nasjonale terskelverdien blitt hevet fra 500.000 kroner til 1,1 millioner kroner. Dette vil forenkle anskaffelsesprosessen og gjennomføringen av en rekke anskaffelser. Mange anskaffelser som etter tidligere regelverk skulle kunngjøres og gjennomføres i henhold til bestemmelsene i forskriften del II, vil nå kunne gjennomføres uten å følge detaljerte prosedyreregler.

Departementet understreker at oppdragsgiveren *kan* velge å lyse ut en konkurranse i Doffin etter forskriften del I ved en frivillig kunngjøring. En slik kunngjøring kan være nyttig dersom oppdragsgiveren ikke kjenner det aktuelle markedet eller ønsker å nå ut til et større marked. Oppdragsgiveren kan også velge å publisere en frivillig intensjonskunngjøring. Det gir de som mener at oppdragsgiveren ikke har hjemmel til å inngå kontrakt etter del I en mulighet til å gripe inn i prosessen. Oppdragsgiveren kan også publisere en frivillig kunngjøring av kontraktsinngåelsen for å skape åpenhet om anskaffelsen.

Tabellen nedenfor viser hvilke kunngjøringer (form) oppdragsgiveren kan benytte ved kunngjøring etter forskriften del I.

Hvilken type anskaffelser:	Kunngjøring i Doffin:
Varer, tjenester (inkludert særlige tjenester og helse- og sosialtjenester), bygge- og anleggsarbeid	Frivillig kunngjøring av konkurranse Frivillig kunngjøring av kontraktsinngåelse Frivillig intensjonskunngjøring

9.2 Hvilke regler gjelder ved del I-anskaffelser

For anskaffelser under nasjonal terskelverdi i forskriften gjelder bare formålsparagrafen og de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven og forskriften del I.¹⁶⁵ Loven og forskriften del I inneholder ingen prosedyreregler og oppdragsgiveren gis et stort handlingsrom til å organisere konkurransen på den måten han selv mener er hensiktsmessig.

For å overholde de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 må oppdragsgiveren ha et bevisst forhold til hva prinsippene innebærer og foreta sine valg sett hen til disse. Selv om prinsippene ikke oppstiller spesifikke krav til hvordan en anskaffelse skal gjennomføres, så setter de viktige føringer på hva oppdragsgiveren må passe på og hvordan han kan opptre. Veiledning til de grunnleggende prinsippene finnes i kapittel 7.

¹⁶⁵ De samme reglene gjelder for innkjøp av helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdi og for innkjøp under EØS-terskelverdi i de andre forskriftene.

9.3 De grunnleggende prinsippenes betydning ved gjennomføringen av del I-anskaffelser

9.3.1 Forholdsmessighetsprinsippet

Forholdsmessighetsprinsippet har særlig betydning ved:

- Alle fasene i anskaffelsen, da det påvirker betydningen av de andre prinsippene

Forholdsmessighetsprinsippet, som også omtales som proporsjonalitetsprinsippet, er særlig viktig ved gjennomføringen av del I-anskaffelser. En av de viktigste årsakene til at den nasjonale terskelverdien er hevet i den nye anskaffelsesforskriften er at kostnadene ved gjennomføring av anskaffelser etter forskriften del II i gjeldende regelverk ikke har stått i forhold til verdien av anskaffelsene og derfor ikke fremmet effektiv ressursbruk. Tanken er å legge til rette for at oppdragsgiveren skal kunne gjennomføre anskaffelsen i tråd med anskaffelseslovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Oppdragsgiveren skal ikke legge ned mer arbeid i anskaffelsen enn det anskaffelsens art, omfang, kompleksitet og verdi tilsier.

At oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet, er også essensen i forholdsmessighetsprinsippet. Prinsippet får således betydning for gjennomslagskraften til de andre grunnleggende prinsippene om etterprøvbarhet, likebehandling, forutberegnelighet og konkurranse. Det vil si at oppdragsgiveren må se hen til forholdsmessighetsprinsippet ved alle sine valg og vurderinger for hvordan han vil gjennomføre en anskaffelse etter forskriften del I. Prinsippet vil dermed inngå som en del av vurderingstemaet for oppdragsgiveren i alle ledd av anskaffelsesprosessen, i avgrensningen av ytelsen, spesifiseringen av hva det skal konkurreres om, i fastsettelsen av frister, i forbindelse med en eventuell vurdering om hvor mange leverandører som bør kontaktes, ved vurderingen av den enkelte leverandørs egnethet osv.

Eksempel

Kommune A skal kjøpe inn kontorutstyr til en beregnet verdi på 150.000 kr, mens kommune B skal kjøpe inn kontorutstyr til en beregnet verdi på 650.000 kroner. Begge anskaffelsene er under nasjonal terskelverdi og underlagt samme regler, men kravene til hvordan oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi.

Forholdsmessighetsprinsippet tilsier derfor i utgangspunktet at det stilles strengere krav til anskaffelsesprosessen i kommune B, enn til kommune A. For eksempel vil forholdsmessighetsprinsippet kunne tilsi at kommune B bør vurdere å invitere flere leverandører til å delta i konkurransen enn kommune A.

9.3.2 Prinsippet om konkurranse

Prinsippet om konkurranse har særlig betydning ved:

- Innhenting av tilbud/utlysning av konkurransen

Oppdragsgiveren skal sørge for at det er konkurranse om kontrakten. Kravet innebærer at oppdragsgiver må gjøre anskaffelsen kjent for et rimelig antall leverandører. Formålet er å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet.¹⁶⁶

Oppdragsgiveren kan skape konkurranse om kontrakten ved å henvende seg direkte til flere leverandører eller ved å kunngjøre konkurransen. Dersom oppdragsgiveren velger å lyse ut konkurransen kan dette gjøres gjennom en forenklet frivillig kunngjøring i Doffin. Ved en frivillig kunngjøring kan oppdragsgiveren nå ut til et større marked. En slik kunngjøring kan derfor være formålstjenlig, selv om det ikke er plikt til dette ved del I-anskaffelser. Etter formålet om effektiv ressursbruk og forholdsmessighetsprinsippet bør oppdragsgiveren særlig vurdere å anvende en frivillig kunngjøring i de anskaffelser som ligger nær terskelverdien på 1,1 millioner.

Oppdragsgiveren kan også skape konkurranse ved å henvende seg direkte til flere leverandører og innhente tilbud fra dem. Oppdragsgiveren kan innhente tilbud fra så mange leverandører som han selv ønsker og som han anser formålstjenlig for å få det beste tilbudet. Hvor mange leverandører oppdragsgiveren må innhente tilbud fra vil etter forholdsmessighetsprinsippet variere.

Antallet varierer av verdien og omfanget av kontrakten og kompleksiteten og arten av anskaffelsen. Da terskelverdien var kr. 500.000 kroner la KOFA til grunn at "*oppdragsgiver som hovedregel bør kontakte minst tre leverandører, men at dette ikke kan gjelde absolutt. Det avgjørende blir derfor en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, hvor blant annet arten, verdien og betydningen av anskaffelsen, samt eventuelle mothensyn mot å kontakte mer enn bare en leverandør, vil ha betydning*".¹⁶⁷

Er verdien høyere enn 500.000 kroner vil forholdsmessighetsprinsippet imidlertid kunne tilsi at det må innhentes tilbud fra flere enn tre leverandører. Det er ikke en klar grense for hvor mange oppdragsgiveren skal spørre, og det vil alltid være en konkret vurdering basert på det aktuelle markedet. Normalt sett ved en anskaffelse i en slik størrelsesorden, kan man tenke seg at oppdragsgiveren bør be om tilbud fra minst 4-5 leverandører. Dersom oppdragsgiveren må innhente tilbud fra mange leverandører for å oppfylle kravene som settes av de grunnleggende prinsippene bør han vurdere å lyse ut konkurransen gjennom en frivillig kunngjøring.

En oppdragsgiver som jevnlig gjennomfører konkurranser av samme art og kompleksitet må passe på at han faktisk skaper konkurranse om kontrakten hver gang. Dersom oppdragsgiveren henvender seg til det samme fåtallet leverandører hver gang, vil han risikere at det ikke blir en reell konkurranse fordi leverandørene for eksempel etter hvert vil kunne vite hvor "listen ligger" og dermed ikke må gi sitt beste tilbud. Selv om det ikke er noe forbud mot at oppdragsgiveren bruker en eller flere samme leverandører på mange av sine

¹⁶⁶ Se blant annet [KOFA-sak 2007/79](#), premiss 20.

¹⁶⁷ Jf. [KOFA-sak 2009/6](#), premiss 18.

kontrakter, så bør oppdragsgiveren vurdere å variere både hvor mange og hvilke leverandører han henvender seg til.

Kravet til konkurranse gjelder så langt det er mulig. Kun unntaksvis vil oppdragsgiveren derfor kunne tildele en kontrakt direkte til en leverandør uten konkurranse. Avvik fra prinsippet kan for eksempel være tillatt der det kun foreligger én leverandør i markedet og oppdragsgiveren kan anskaffe ytelsen direkte fra leverandøren¹⁶⁸.

Eksempel

Oppdragsgiveren skal anskaffe kontorutstyr til en anslått verdi av 500.000 NOK. Oppdragsgiveren velger å innhente tilbud fra to bokhandlere i nærmiljøet. Verdien av kontrakten, at det er mange aktører i markedet og at det må anses svært enkelt for oppdragsgiveren å innhente tilbud fra andre gjør at oppdragsgiveren har brutt kravet om konkurranse ved å kun henvende seg til to leverandører.

9.3.3 Prinsippet om forutberegnelighet

Prinsippet om forutberegnelighet har særlig betydning ved:

- Planleggingen av anskaffelsen
- Beskrivelsen av anskaffelsen. Dette gjelder både hva som skal anskaffes, hvordan konkurransen skal gjennomføres og hva som vil vektlegges i evalueringen av tilbudene
- Gjennomføringen av konkurransen. Oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen i henhold til hva som er angitt i anskaffelsesdokumentene

Oppdragsgiveren har et stort handlingsrom ved gjennomføringen av del I-anskaffelser. Dette gjelder selv for de anskaffelser som ligger helt opp til nasjonal terskelverdi. Oppdragsgiveren kan utforme egne regler for gjennomføringen av konkurransen eller ta utgangspunkt i reglene i andre deler av forskriften.

Forutberegnelighetsprinsippet innebærer at når oppdragsgiveren har angitt hvordan anskaffelsen skal gjennomføres i anskaffelsesdokumentene så må han også passe på at han selv følger dette. Dersom oppdragsgiveren ved innhenting av tilbud eller kunngjøring for eksempel har satt absolutte krav til tilbudets innhold vil han ikke etter tilbudsfristens utløp kunne fravike disse kravene. Oppdragsgiveren bør derfor tenke nøye igjennom hvilke absolutte krav han stiller i konkurransen. Dersom de endelige tilbudene ikke oppfyller de absolutte kravene som oppdragsgiveren har satt i konkurransen kan oppdragsgiveren ikke velge det aktuelle tilbudet. Oppdragsgiveren kan imidlertid ha dialog med leverandørene med det formål å få de inngitte tilbudene til å samsvare med kravene i konkurransen.

¹⁶⁸ Jf. eksempelvis [KOFA-sak 2009/16](#).

Oppdragsgiveren må ved kunngjøring eller innhenting av tilbud opplyse leverandørene om hva som skal anskaffes og omfang og lengde på kontrakten. Det vil også være sentralt å vite hvilke kriterier som legges til grunn for valget av leverandør, hvordan konkurransen skal gjennomføres og hvilke krav til leverandøren som skal gjelde. Oppdragsgiveren må også sette frister i konkurransen som er tilstrekkelig til at leverandørene kan sette seg inn i anskaffelsesdokumentene og inngi tilbud. Hva prinsippet om forutberegnelighet innebærer nøyaktig vil etter forholdsmessighetsprinsippet variere etter anskaffelsens verdi, omfang, art og kompleksitet.

Oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner, men oppdragsgiveren er ikke forpliktet til dette. Dersom oppdragsgiveren faktisk fastsetter kvalifikasjonskrav må imidlertid disse kravene oppfylles av leverandørene. Dersom kvalifikasjonskravene ikke er oppfylte må oppdragsgiveren avvise leverandørene i tråd med det han har angitt i anskaffelsesdokumentene.

Når det gjelder hva som skal anskaffes må leverandørene som et minimum få informasjon om hva oppdragsgiveren skal anskaffe. Hvor detaljert informasjonen om dette skal være vil variere. Oppdragsgiveren er for eksempel ikke pliktig til å utarbeide et eget konkurransegrunnlag, men har anledning til det og bør vurdere det ut fra anskaffelsens omfang, verdi, art og kompleksitet.

Når det gjelder hva som vil vektlegges ved valget av leverandør må oppdragsgiveren opplyse på forhånd hva han vil legge vekt på ved vurderingen av tilbudene. Når kontrakten skal tildeles kan det ved mindre anskaffelser (nærmere 100.000 kroner) være tilstrekkelig å si noe helt overordnet om hva som vil vektlegges når kontrakten skal tildeles. Ved større anskaffelser (over 500.000 kroner) stilles det strengere krav til oppdragsgiverens beskrivelse av hvordan evalueringen av tilbudene skal foregå. Ved slike anskaffelser vil ofte flere momenter være relevante når det avgjøres hvem som skal tildeles kontrakten. Oppdragsgiveren må da gi tilstrekkelige opplysninger om alle momentene han ønsker å vektlegge.

Når det gjelder hvordan konkurransen vil gjennomføres kan oppdragsgiveren ved mindre anskaffelser (nærmere 100.000 kroner) be om tilbud fra aktuelle leverandører uten å gi noen nærmere beskrivelse av konkurransens forløp. Ved større anskaffelser (over 500.000 kroner) bør oppdragsgiveren vurdere å gi en mer detaljert beskrivelse av hvordan konkurransen skal gjennomføres, eksempelvis om oppdragsgiveren har planlagt en dialog med leverandørene eller ikke.

Selv om § 8-12 om kontraktsvilkår ikke gjelder for del I-anskaffelser bør oppdragsgiveren også opplyse leverandørene om kontraktsvilkår. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, bør oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2007/21](#)

Innklagede sendte prisforespørsel på et planlagt pilotprosjekt vedrørende kartlegging av arbeidsmiljø med en kostnadsramme på 200.000 kroner.

Innklagede inviterte tre potensielle leverandører til å inngi pristilbud. Konkurranseinvitasjonen gav ingen opplysning om på hvilket grunnlag tildeling av kontrakt skulle foretas. Av innklagedes vurdering fremgikk det imidlertid at valgte leverandør ikke var prismessig lavest, men at vedkommende etter innklagedes vurdering, ville kunne tilby den beste samlede tjeneste.

KOFA uttalte at deltakerne i konkurranse ikke på forhånd kunne vurdere hva innklagede ville legge vekt på ved vurderingen av tilbudene. Etter klagenemndas oppfatning hadde innklagede ved dette gjennomført konkurransen på en måte som bryter med forutberegnelighetsprinsippet.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2008/153](#)

Saken omhandler en anskaffelse som var omfattet av forsyningsforskriften. Innklagede anskaffet tjenester til produksjon av et kundemagasin ved å henvende seg til fem leverandører, blant annet klager, med forespørsel om å inngi tilbud. Klager anførte at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved å ikke forholde seg til de opplysningene som var gitt om hvilke tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn ved tildelingsevalueringen. Innklagede hadde opplyst at det var "*pris, kompetanse og totalt inntrykk*" som skulle vektlegges. I meddelelsesbrevet ble det imidlertid gitt uttrykk for at også kapasitet, kompetanser, prosess og referanser var blitt vektlagt.

Klagenemnda uttalte at det fremgikk av e-poster om meddelelse av valg av leverandør at innklagede hadde basert sin beslutning på kapasitet, kompetanse, referanser og pris. Når innklagede senere hadde evaluert referanser og kapasitet hadde innklagede etter klagenemndas mening også evaluert tildelingskriterier som ikke var opplyst på forhånd. Dette var et brudd kravet til forutberegnelighet.

9.3.4 Likebehandlingsprinsippet

Likebehandlingsprinsippet har særlig betydning ved:

- Vurderingen av eventuelle kvalifikasjonskrav
- Evalueringen av tilbudene
- Gjennomføringen av eventuelle forhandlinger

Oppdragsgiveren skal sørge for å overholde kravet til likebehandling.

Likebehandlingsprinsippet dekker både diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og usaklig forskjellsbehandling på annet grunnlag. Prinsippet er ikke et generelt forbud mot forskjellsbehandling, men skal sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter. Dette oppnås gjennom at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet.

Oppdragsgiveren må passe på at han behandler alle leverandørene som deltar i konkurransen likt. Dette innebærer at dersom han gir en av leverandørene informasjon om hva han ønsker anskaffet og hva han vil vektlegge må han gi den samme informasjon til de andre leverandørene samtidig. Oppdragsgiveren må også passe på han gir alle leverandørene like muligheter til å forbedre eller justere sine tilbud når han snakker med de. Tilsvarende må oppdragsgiveren når han evaluerer tilbudene vektlegge både dårlige og positive egenskaper ved de enkelte tilbudene likt og ikke trekke noen leverandører for forhold som andre leverandører med samme forhold ikke blir trukket for¹⁶⁹.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2008/153](#)

Saken omhandler en anskaffelse som var omfattet av forsyningsforskriften.

Oppdragsgiveren anskaffet tjenester til produksjon av et kundemagasin ved å henvende seg til fem leverandører, blant annet klager, med forespørsel om å inngi tilbud. Klager anførte at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved at klager ikke fikk samme informasjon som de øvrige leverandørene om hvor mange sider hver utgave av kundemagasinet skulle inneholde.

Klagenemnda uttalte at det fulgte av lovens krav til likebehandling at oppdragsgiveren måtte behandle alle tilbyderne likt gjennom hele konkurransen, noe som blant annet innebar at oppdragsgiveren måtte gi alle tilbydere den samme informasjonen. Klager hadde i sitt tilbud lagt til grunn at kundemagasinet skulle ha 32 sider, mens de øvrige tilbyderne hadde blitt informert om at kundemagasinet skulle ha cirka 20 sider. Innklagede hadde således gitt ulik informasjon til tilbyderne. Dette innebar et brudd på kravet til likebehandling.

¹⁶⁹ Jf. eksempelvis [KOFA-sak 2006/14](#).

Eksempel

En kommune får et skriftlig spørsmål fra en leverandør om hvordan et konkret punkt i konkurransegrunnlaget skal forstås. For å opptre i henhold til kravet til likebehandling kan oppdragsgiver ikke bare svare direkte til denne ene leverandøren, men må sørge for at svaret gis eller gjøres tilgjengelig for alle de andre leverandørene som deltar i konkurransen til samme tid. Dersom anskaffelsen er kunngjort i Doffin ved en frivillig kunngjøring, må svaret gjøres tilgjengelig i Doffin slik at alle interesserte leverandører blir gjort oppmerksom på det.

9.3.5 Prinsippet om etterprøvbarhet

Prinsippet om etterprøvbarhet har særlig betydning ved:

- Begrunnelsen
- Oppfølgingen av dokumentasjonsplikten

Oppdragsgiveren må sørge for at kravet til etterprøvbarhet overholdes. Det vil si at oppdragsgiveren, også for anskaffelser etter forskriften del I, må sørge for at viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen begrunnes og dokumenteres. Både leverandører og andre skal kunne etterprøve at også en del I-anskaffelse har vært gjennomført korrekt i henhold til regelverket.

Kravet til å dokumentere viktige beslutninger følger uttrykkelig av en egen bestemmelse om dokumentasjonsplikten i forskriften § 7-1. Dette omtales nærmere i punkt 8.2.

Lovens krav om etterprøvbarhet "*innebærer at oppdragsgiver må gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme om tildelingen er foretatt i samsvar med reglene fastsatt for konkurransen*"¹⁷⁰. Det nærmere innholdet i en slik begrunnelse må stå i forhold til verdien av anskaffelsen, og vil kunne variere etter forholdene ved den enkelte anskaffelse jf. forholdsmessighetsprinsippet.

¹⁷⁰ Jf. eksempelvis [KOFA-sak-2008/153](#), premiss 60.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2011/134](#)

Innklagde hadde gjennomført en konkurranse for anskaffelse av luktreduksjonsfilter etter loven og forskriften del I. Klager anførte at begrunnelsen for valget av leverandør var utilstrekkelig. Innklagde hadde informert klager om at *"Etter en samlet vurdering har VEAS til intensjon å inngå avtale med Clairs/Lindum AS. Clairs/Lindum AS har etter en grundig vurdering gitt det økonomisk beste tilbudet"*. I en nærmere begrunnelse fulgte det at *"Deres tilbud var 40 % høyere enn tilbudet fra Clairs/Lindum. I forhold til de øvrige tildelingskriteriene ble deres tilbud vurdert relativt likt eller noe bedre enn tilbudet fra Clairs/Lindum, men ikke tilstrekkelig til å veie opp for prisdifferansen. Samlet sett fremstod det som klart at tilbudet fra Clairs/Lindum var det mest fordelaktige"*.

KOFA anså det slik at begrunnelsen gav klager informasjon om at prisforskjellen var utslagsgivende. Når leveransene for øvrig var noenlunde likt vurdert måtte disse opplysningene til sammen klart anses å tilfredsstille lovens krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Klagers anførsel førte dermed ikke frem.

Del II. Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og særlige tjenester

10 Unntak fra anskaffelsesforskriften del II

10.1 Innledning

§ 5-2 første ledd fastsetter at forskriften del II ikke gjelder for kontrakter som

- oppdragsgiveren bare kan inngå med en bestemt leverandør i markedet
- oppdragsgiveren kan inngå på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud
- oppdragsgiveren på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsette inngåelsen av
- gjelder tilleggsytelser som er strengt nødvendige på grunn av uforutsette omstendigheter
- oppdragsgiveren inngår etter en mislykket åpen eller begrenset tilbudskonkurranse
- gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende marked
- gjelder nødvendige dekningskjøp

At denne typen anskaffelser er unntatt fra forskriften del II, innebærer at oppdragsgiveren er fritatt fra å følge alle reglene i del II. Oppdragsgiveren er imidlertid ikke fritatt fra å følge forskriften del I og anskaffelsesloven. Oppdragsgiveren må derfor følge de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet, konkurranse, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet i anskaffelsesprosessen. Konkurransesprinsippet gjelder bare så langt det er mulig. Det er ikke hensikten å pålegge oppdragsgiveren å avholde en konkurranse der det kun finnes én leverandør i markedet.

Kontrakter som er omfattet av de tilsvarende unntakene i §§ 13-3 og 13-4 vil også falle inn under § 5-2, og det er derfor mulig å se hen til veiledningen om disse unntakene i kapittel 18. Anvendelsesområdet til unntakstilfellene i § 5-2 er imidlertid videre enn de tilsvarende unntakene i §§ 13-3 og 13-4 og kan omfatte også tilfeller som ikke faller inn under denne bestemmelsen.

Unntak fra forskriften del II for kontrakter som omfattes av § 5-2, behandles i kapittel 10. § 5-2 annet ledd fastsetter at disse unntakene ikke gjelder for kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien i § 5-3 annet ledd, som er på 6,3 millioner kroner ekskl. mva. Unntak fra kunngjøringsplikten for kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien, behandles i punkt 10.3.

10.2 Unntak fra del II for tilfeller som er omfattet av § 5-2

10.2.1 Oppdragsgiveren kan bare inngå kontrakt med en bestemt leverandør

Oppdragsgiveren er fritatt fra reglene i forskriften del II ved kontrakter som bare kan inngås med en bestemt leverandør i markedet, jf. § 5-2 første ledd bokstav a. Det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt, og det er en høy terskel for å påberope seg unntaket.

Det må foreligge objektive årsaker til at kun én leverandør kan oppfylle ytelsen. Dette vil eksempelvis være tilfeller hvor det kun er én leverandør som har den nødvendige tekniske kompetansen til å utføre oppdraget eller som produserer det ønskede produktet. Andre aktuelle tilfeller er der det av kunstneriske grunner kun finnes én leverandør eller der en leverandør har enerett på ytelsen.

KOFA har tidligere uttalt at vilkåret kan være oppfylt "*der det kun er én leverandør som har produkter som er kompatible med produkter oppdragsgiver allerede har*". Det skal mye til for at oppdragsgiveren skal klare å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke kan eller ikke vil kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytelsen.

Når det gjelder omfanget av de undersøkelser som oppdragsgiveren må foreta, så er det ikke tilstrekkelig å bare hevde at kun finnes én leverandør kan oppfylle behovet eller at de kun vet om én leverandør fordi de mangler kunnskap om markedet. Det er heller ikke tilstrekkelig å bevise at én leverandør kan levere ytelsen mer effektivt enn andre. Unntaket gjelder heller ikke når det foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

Ettersom forskriften del II gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi vil det som et utgangspunkt være tilstrekkelig å godtgjøre at det kun er én leverandør i det norske markedet. Oppdragsgiveren må imidlertid foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, da

markedet vil kunne variere med anskaffelsens art og verdi. Kravene til forholdsmessighet, konkurranse og ikke-diskriminering kan tale for at oppdragsgiver i visse tilfeller også må undersøke markedet i EØS-området for å godtgjøre at vilkåret er oppfylt.

10.2.2 Oppdragsgiveren kan inngå kontrakt på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud

Oppdragsgiveren er fritatt fra reglene i forskriften del II der han kan inngå kontrakt på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelsene til en pris som er vesentlig under markedspris, jf. § 5-2 første ledd bokstav b. Det er en høy terskel for å påberope seg unntaket.

Når det skal vurderes hva som er usedvanlig fordelaktige vilkår, er det forholdet mellom tilbudet og de normale markedsprisene for tilsvarende ytelser som skal legges til grunn. Hvor mye en pris må ligge under markedspris for at den skal være "vesentlig under markedspris" må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering.

For å avgjøre om tilbudet er usedvanlig fordelaktig, må oppdragsgiveren ha kunnskap om det aktuelle markedet. Det kreves meget god kjennskap til det aktuelle markedet hvor ytelsen kan anskaffes. Som utgangspunkt stilles det derfor relativt strenge krav. Hvor strenge disse kravene er, må avgjøres ut fra omstendighetene i den enkelte anskaffelsen og vil blant annet avhenge av anskaffelsens størrelse.

10.2.3 Uforutsette omstendigheter gjør at anskaffelsen ikke kan utsettes

Oppdragsgiveren er fritatt fra reglene i forskriften del II der han på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsette inngåelsen av kontrakten i den tidsperioden det vil ta for å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse, jf. § 5-2 første ledd bokstav c.

For å falle inn under bestemmelsen må det:

- Ha oppstått uforutsette omstendigheter
- Ikke være mulig å utsette anskaffelsen i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse
- Det må være årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og det at det ikke er tid til å gjennomføre en konkurranse.

Vilkåret uforutsette omstendigheter viser til force majeure-lignende forhold som jordskjelv, oversvømmelser, brann og lignende. Bestemmelsen dekker også andre tilfeller som oppdragsgiveren objektivt sett ikke kunne ha forutsett, for eksempel at eksisterende leverandør går konkurs eller at oppdragsgiveren må heve kontrakten på grunn av et vesentlig kontraktsbrudd. Dårlig planlegging kan ikke begrunne bruk av bestemmelsen.

Det er videre et vilkår at anskaffelsen ikke kan utsettes i den perioden det tar å gjennomføre anskaffelsen. Dette beror på en konkret vurdering. Det må eksempelvis vurderes om liv eller helse står på spill eller om det er eiendom eller andre verdier som kan bli ødelagt dersom anskaffelsen utsettes. Det vil ha betydning i denne vurderingen at man i del II ikke har minimumsfrister slik at en konkurranse etter del II vil kunne gjennomføres forholdsvis raskt.

Til sist er det et vilkår om årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og det forhold at det ikke er tid til å gjennomføre konkurranse. Dette innebærer at unntaket ikke

kommer til anvendelse dersom det er andre grunner til at det er nødvendig med en hasteanskaffelse.

Formålet bak bestemmelsen tilsier at det ikke skal inngås kontrakter med en varighet som er lengre enn det som er nødvendig for å forberede og gjennomføre en nye anskaffelse etter reglene i forskriften del II.

10.2.4 Uforutsette omstendigheter gjør det strengt nødvendig å anskaffe tilleggsytelser fra samme leverandør

Oppdragsgiveren er fritatt fra reglene i forskriften del II der kontrakten gjelder tilleggsytelser som på grunn av uforutsette omstendigheter er strengt nødvendige for å få fullført en kontrakt, jf. § 5-2 første ledd bokstav d. Forutsetningen er at oppdragsgiveren inngår kontrakten om tilleggsytelsene med samme leverandør.

For at unntaket skal komme til anvendelse må anskaffelsen gjelde tilleggsytelser til en annen ytelse. Ytelsene må ha samme formål og en naturlig sammenheng. Unntaket hviler på en presumsjon om at det klart mest økonomisk effektive for oppdragsgiveren er å tildele kontrakten om tilleggsytelser til den leverandøren som utførte den opprinnelige ytelsen.

Tilsvarende som i unntaket etter bokstav c, er uforutsette omstendigheter forhold som oppdragsgiveren etter en objektiv vurdering ikke kunne forutse. Dårlig planlegging fra oppdragsgiveren sin side er ikke omfattet av bestemmelsen. Det vises til omtalen av uforutsette omstendigheter i punkt 10.2.3.

Tilleggsytelsene skal være strengt nødvendige for fullføringen av den opprinnelige ytelsen. At det er strengt nødvendig, kan eksempelvis være tilfelle i anskaffelser hvor det vedtas nye offentligrettslige krav som stiller andre krav til arbeidet enn forutsatt.

10.2.5 Oppdragsgiveren inngår kontrakt etter en mislykket åpen eller begrenset tilbudskonkurranse

Oppdragsgiveren er fritatt fra reglene i forskriften del II der kontrakten inngås etter en mislykket åpen eller begrenset tilbudskonkurranse, jf. § 5-2 første ledd bokstav e. Forutsetningen er at oppdragsgiveren ikke foretar vesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene.

En mislykket åpen eller begrenset anbudskonkurranse vil blant annet foreligge der det ikke foreligger tilbud, der de mottatte tilbudene skal eller kan avvises etter § 9-5 eller der de mottatte tilbudene er uakseptable, for eksempel ved at de ikke oppfyller oppdragsgiverens behov. Det er en objektiv vurdering som må legges til grunn når det skal avgjøres om et tilbud er uakseptabelt.

De tilfellene som faller inn under § 13-3 vil også være omfattet av denne bestemmelsen, og man kan se hen til departementets veiledning om disse reglene i punkt 18.2. § 13-3 henviser til § 13-2 bokstav e som lister opp de vanligste eller typiske tilfellene som kan gjøre at et tilbud ikke kan aksepteres. Listen er ikke uttømmende og det åpnes også for at andre avvisningsgrunner eller lignende forhold til de som er listet opp, kan gjøre tilbudet uakseptabelt. For det nærmere innholdet i grunnene som listes opp i § 13-2 bokstav e og vurderingen av hva som utgjør et uakseptabelt tilbud, vises det til veiledningen om denne bestemmelsen i punkt 17.7.

10.2.6 Gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende marked

Oppdragsgiveren er fritatt fra reglene i forskriften del II der kontrakten gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende marked, jf. § 5-2 første ledd bokstav f.

Denne typen markedsplasser sikrer at prisen tilsvarende det markedet til enhver tid er interessert i å kjøpe varen eller tjenesten for. De sikrer derfor både effektiv ressursbruk og konkurranse om disse varene uten at det er nødvendig å gjennomføre en konkurranse etter del II.

Typiske varer som omsettes på denne typen markedsplasser er kaffe, te, korn, metall og elektrisitet.

10.2.7 Gjelder dekningskjøp som er nødvendige

Oppdragsgiveren er fritatt fra reglene i forskriften del II der kontrakten gjelder dekningskjøp som er nødvendige fordi en konkurranse må avlyses, eller fordi det har oppstått en tvist som forsinket en kontraktsinngåelse, jf. § 5-2 første ledd bokstav g.

Et dekningskjøp er et kjøp som dekker oppdragsgiverens behov i tidsrommet det tar å få gjennomført en alminnelig anskaffelse.

Forutsetningen for at unntaket kommer til anvendelse er at oppdragsgiveren ikke inngår kontrakten for en lengre periode enn det som er nødvendig for å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.

Det kan være mange grunner til at en konkurranse må avlyses, eksempelvis fordi det er brukt ulovlige tildelingskriterier. En kontraktsinngåelse kan også bli forsinket dersom oppdragsgiver avventer kontraktsinngåelse i påvente av utfallet av nemnds- eller domstolsbehandling.

Felles for de nevnte tilfellene er at oppdragsgiveren har en risiko for ikke å få dekket et nødvendig anskaffelsesbehov. For eksempel der en stans i leveransene vil kunne få alvorlige konsekvenser for de oppgaver det offentlige er pålagt å utføre.

10.3 Unntak fra del II for anskaffelser av særlige tjenester

§ 5-2 annet ledd fastsetter at unntakene angitt i bestemmelsens første ledd ikke gjelder for kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien i § 5-3 annet ledd. Denne terskelverdien er på 6,3 millioner kroner ekskl. mva.

Disse kontraktene kan imidlertid være unntatt fra kunngjøringsplikten etter § 8-17 femte ledd. Kunngjøringsplikten gjelder ikke for disse kontraktene når oppdragsgiveren inngår en *"tjenestekontrakt med vinneren eller en av vinnerne av en plan og designkonkurranse, forutsatt at alle vinnerne av plan- og designkonkurransen blir invitert til å gi tilbud"*. Kunngjøringsplikten gjelder heller ikke for disse kontraktene *"når vilkårene i § 13-3 eller § 13-4 er oppfylt"*. Se nærmere omtale av disse unntakene i kapittel 18.

11 Planlegging og kunngjøring

11.1 Dialog med markedet

Bestemmelsene om forberedende undersøkelser og dialog med leverandører før konkurransen er like i forskriften del II og III. Det henvises derfor til omtalen av disse reglene i kapittel 15.

11.2 Konkurransesgrunnlaget

11.2.1 Hva er konkurransesgrunnlaget?

Konkurransesgrunnlaget omfatter alle dokumenter som oppdragsgiveren utformer eller henviser til for å beskrive eller fastlegge elementene i anskaffelsen eller konkurransen, unntatt kunngjøringen og det europeiske egenerklæringsskjemaet.¹⁷¹ Dette inkluderer *"dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkårene og hvordan oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen, kvalifikasjonsgrunnlag og eventuelle supplerende dokumenter og tilleggsopplysninger"*.

Konkurransesgrunnlaget er en del av anskaffelsesdokumentene. Betegnelsen er innført med ny forskrift. Anskaffelsesdokumentene er i forskriften definert til å være en *"fellesbetegnelse for kunngjøringen, konkurransesgrunnlaget og det europeiske egenerklæringsskjemaet"*.¹⁷²



Poenget med et konkurransesgrunnlag er å sette leverandørene i stand til å vurdere hva oppdragsgiveren etterspør og på hvilke vilkår. Konkurransesgrunnlaget skal angi rammene for konkurransen og inneholde alle opplysninger som er av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud. Oppdragsgiveren skal gjennom konkurransesgrunnlaget sikre at alle interesserte leverandører får tilgang til den samme informasjonen om den aktuelle anskaffelsen. På den måten skal konkurransesgrunnlaget sørge for at kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet ivaretas.

Hvor omfattende konkurransesgrunnlaget skal være og hvilke krav som stilles til dette vil variere ut fra anskaffelsens verdi, størrelse, art og kompleksitet. Det overordnede kravet til et klart konkurransesgrunnlag vil være det samme både under og over EØS-terskelverdi og behandles nærmere i punkt 19.2.

¹⁷¹ Jf. § 4-2 bokstav a.

¹⁷² Jf. § 4-2 bokstav b.

11.2.2 Konkurransesgrunnlagets innhold

Hvis oppdragsgiveren ikke har gitt en tilstrekkelig beskrivelse av anskaffelsen i kunngjøringen, skal han utarbeide et konkurransesgrunnlag.¹⁷³

Oppdragsgiveren skal angi de opplysningene som er av betydning for utarbeidelsen av en forespørsel om å delta i konkurransen eller et tilbud i konkurransesgrunnlaget.¹⁷⁴ Dette innebærer at oppdragsgiveren alltid skal gjøre en selvstendig vurdering av hvilke konkrete opplysninger som vil være av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud, og som derfor skal inntas i konkurransesgrunnlaget.¹⁷⁵

Noen opplysninger skal alltid inkluderes i konkurransesgrunnlaget med mindre de er tilstrekkelig beskrevet i kunngjøringen. Konkurransesgrunnlaget skal for det første inneholde opplysninger som hva som skal anskaffes.¹⁷⁶ Avhengig av hva som skal anskaffes og hvilken prosedyreform oppdragsgiveren velger, kan dette for eksempel gjøres ved at oppdragsgiveren angir sine behov, hvilke funksjoner eller krav som skal oppfylles eller hvilke tekniske spesifikasjoner som kreves. Dersom oppdragsgiveren skal anskaffe et saksbehandlingssystem, kan det eksempelvis angis hvilke behov saksbehandlingssystemet skal dekke.

Hva som skal anskaffes, inkluderer informasjon om verdien på eller omfanget av anskaffelsen. Dersom oppdragsgiveren eksempelvis skal kjøpe inn kontormøbler, kan han angi antallet på de ulike møblene han har behov for eller arealet som skal møbleres.

Oppdragsgiveren skal også informere om hvordan konkurransen skal gjennomføres. Dette innebærer at oppdragsgiveren skal angi om han skal bruke åpen eller begrenset tilbudskonkurranse og hvordan han planlegger å gjennomføre den valgte prosedyren. Prosedyrene åpner for at oppdragsgiveren har dialog med leverandørene, men oppdragsgiverens valg om å gjennomføre dialog eller ikke kan utsettes til etter at tilbudsfristen er løpt ut. Oppdragsgiveren skal av hensyn til prinsippet om forutberegnelighet likevel gi opplysninger i anskaffelsesdokumentene om hvorvidt han planlegger å ha dialog eller ikke. Dersom han planlegger dialog, skal han også angi hvor omfattende denne er planlagt å være, eksempelvis om den kun vil gjelde avklaringer av uklarheter eller om det er planlagt gjennomført fulle forhandlinger. Det er gitt nærmere informasjon om hvordan dette kan angis i punkt 12.1.3.

Oppdragsgiveren skal også angi hvilke frister som gjelder i konkurransen.

Dersom oppdragsgiveren stiller krav til leverandørens kvalifikasjoner, skal han angi hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder i konkurransen.

¹⁷³ Jf. § 8-4 første ledd.

¹⁷⁴ Jf. § 8-4 andre ledd.

¹⁷⁵ [NOU 2014:4](#) s. 175.

¹⁷⁶ Jf. § 8-4 andre ledd.

Kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske og finansielle evnene til å gjennomføre kontrakten. Dette kan for eksempel være krav til faglig kompetanse eller økonomisk soliditet.

For mer informasjon om kvalifikasjonskrav, se punkt 11.5.

Dersom oppdragsgiveren ønsker å begrense antall leverandører som skal delta i konkurransen, skal han angi kriterier eller regler for utvelgelsen (utvelgelseskriterier).

Utvelgelseskriterier

I begrensede tilbudskonkurranser kan oppdragsgiveren begrense antallet leverandører som inviteres til å gi tilbud. Oppdragsgiveren skal da fastsette objektive og ikke-diskriminerende regler eller kriterier for utvelgelsen av leverandørene.

For mer informasjon om utvelgelseskriterier, se punkt 11.7.

Det vil også alltid være av betydning for utarbeidelsen av tilbudet hvilke tildelingskriterier som gjelder i konkurransen og oppdragsgiveren må derfor angi disse i konkurransegrunnlaget.

Tildelingskriterier

Tildelingskriterier er konkurransekriteriene som oppdragsgiveren skal vurdere tilbudene etter. Leverandøren som har levert det tilbudet som etter oppdragsgiverens vurdering scorer best på disse kriteriene samlet sett, skal tildeles kontrakten. Kriteriene skal være objektive og saklige og i samsvar med de grunnleggende prinsippene.

Tildelingskriteriene må ha tilknytning til leveransen og kan for eksempel være pris, kvalitet, miljø, sosiale hensyn og innovasjon.

For mer informasjon om tildelingskriterier, se punkt 11.9.

Det skal dessuten informeres om hvilken type avtaler som tenkes inngått. Dersom oppdragsgiveren skal inngå en rammeavtale må konkurransegrunnlaget også inneholde informasjon om dette. Videre må det angis hvorvidt oppdragsgiveren skal inngå én kontrakt eller flere delkontrakter.

Konkurransegrunnlaget skal angi hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, skal disse som hovedregel brukes¹⁷⁷.

Når det gjelder kontraktsvilkårene, kan det være krav til kontrakten som følger av andre forskrifter. Oppdragsgiveren må blant annet være oppmerksom på at han er pålagt å stille krav om lønns- og arbeidsvilkår etter [forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter](#)¹⁷⁸. Oppdragsgiveren er også forpliktet til å stille krav om bruk av lærlinger i visse kontrakter etter [forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter](#).¹⁷⁹ Det er også et krav om at leverandørene kan ha maksimalt to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider i kontrakter over en viss verdi.¹⁸⁰

Videre skal det fremkomme hvilke krav som gjelder for innholdet i og utformingen av en forespørsel om å delta i konkurransen eller et tilbud. For eksempel kan det være hensiktsmessig at oppdragsgiveren lager en oversikt eller mal over hvordan tilbudet skal settes opp slik at det blir lettere å evaluere og sammenligne tilbudene.

Difi har utarbeidet [maler til konkurransegrunnlag](#) som kan anvendes eller tas utgangspunkt i når oppdragsgiver skal utarbeide konkurransegrunnlaget.

11.2.3 Når skal konkurransegrunnlaget gjøres tilgjengelig for leverandørene?

I motsetning til reglene om konkurransegrunnlaget i forskriften del III, så inneholder ikke del II en eksplisitt frist for å gjøre konkurransegrunnlaget tilgjengelig for leverandørene.

Ved bruk av begrenset tilbudskonkurranse kan oppdragsgiveren selv vurdere om han ønsker å gjøre hele konkurransegrunnlaget tilgjengelig på kunngjøringstidspunktet, eller om han ønsker å vente med å gjøre tilgjengelig de delene av konkurransegrunnlaget som gjelder tilbudsfasen til utsendelsen av invitasjonen til å levere tilbud. Det er imidlertid en god ordensregel at oppdragsgiveren har mest mulig av konkurransegrunnlaget klart på kunngjøringstidspunktet, uavhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre som brukes.

Oppdragsgiveren skal sørge for at det er tilstrekkelig tid for leverandørene til å gi tilbud fra det tidspunktet som konkurransegrunnlaget gjøres tilgjengelig. Ved fastfestelsen av

¹⁷⁷ § 8-12 første ledd, siste setning.

¹⁷⁸ Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ([forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter](#)). Forskriften får anvendelse på tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.

¹⁷⁹ Forskrift 17. desember 2016 nr. 1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter ([forskrift om plikt til bruk av lærlinger i offentlige kontrakter](#)). Forskriften får anvendelse på tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.

¹⁸⁰ Jf. § 8-13.

tilbudsfristen, skal oppdragsgiveren ta hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide tilbudet.¹⁸¹

11.2.4 Rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget

Oppdragsgiveren står ikke fritt til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget underveis i konkurransen, men kan foreta endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige frem til signering av kontrakten.¹⁸²

Hva som utgjør en vesentlig endring må avgjøres ut fra en konkret vurdering¹⁸³ hvor blant annet omfanget og tidspunktet for endringen er relevant.¹⁸⁴ Et sentralt element i vurderingen vil være hensynet til potensielle leverandører. Det er klart at det ikke kan foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til delta i konkurransen.¹⁸⁵

Dersom oppdragsgiveren må endre konkurransegrunnlaget og dette ikke kan gjøres uten at det foretas vesentlige endringer, vil det foreligge en plikt for oppdragsgiveren til å avlyse konkurransen.

11.2.4.1 Kan oppdragsgiveren gjøre endringer i krav som er absolutte?

Et særlig spørsmål i forbindelse med adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget er adgangen til å gjøre endringer i absolutte krav.

Absolutte krav er krav som det er obligatorisk for tilbudet å oppfylle for å kunne bli bedømt i konkurransen. Det avgjørende er ikke om kravet er betegnet som "*absolutt*", "*obligatorisk*", "*grunnleggende*" eller som et "*minstekrav*", men hva som må legges til grunn etter en naturlig fortolkning av konkurransegrunnlaget. Samtidig vil det være en presumsjon for at det er tale om et absolutt krav dersom det er eksplisitt angitt som det. Tilsvarende vil det være en presumsjon for at det ikke er tale om et absolutt krav dersom oppdragsgiveren ikke har formulert kravet som absolutt.¹⁸⁶

Det avgjørende for om det er adgang til å gjøre endringer i absolutte krav er hvorvidt en endring i kravet vil kunne være avgjørende for potensielle leverandørers valg om å delta i konkurransen. Hvis endringen har som konsekvens at andre leverandører ville kunne hatt interesse av å levere inn tilbud i konkurransen, vil den som utgangspunkt være vesentlig.¹⁸⁷

¹⁸¹ Jf. § 8-14.

¹⁸² Jf. § 8-4 fjerde ledd.

¹⁸³ Se [KOFA-sak 2011/242](#), premiss 44.

¹⁸⁴ Se [NOU 2014:4](#) s. 177.

¹⁸⁵ Se [NOU 2014:4](#) s. 177 samt fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 81.

¹⁸⁶ Se [NOU 2014:4](#) s. 231.

¹⁸⁷ Til dette syn se Forenklingsutvalgets uttalelse i [NOU 2014:4](#) s. 177.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2005/245](#)

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling om innkjøp av arbeidsmarkedskurs. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det om kursets omfang at det *"vil være 38 uker med undervisning/veiledning ekskl. 3 uker sommerferie. Det skal være tilknyttet tiltaket 2 tilretteleggere på full tid"*.

Klager oppfattet full tid å være 27,5 timers uke basert på oppgitt arbeidstid fra 0930 til 1500, mens det i realiteten var ment å innebære 37.5 timers uke. Uklarheten i konkurransegrunnlaget medvirket til en situasjon der man risikerte at det ville bli levert inn tilbud basert på ulik forståelse av hvilket behov oppdragsgiver hadde. Dermed oppfylte konkurransegrunnlaget etter KOFAs oppfatning ikke de grunnleggende kravene til klarhet og forutberegnelighet.

11.3 Kravspesifikasjoner

Bestemmelsen i § 8-5 angir hvilke krav som stilles til kravspesifikasjoner for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Kravspesifikasjonene skal angi kravene som stilles til leveransens egenskaper. Disse kan på samme måte ved anskaffelser etter forskriften del III angis som ytelses- eller funksjonskrav eller tekniske spesifikasjoner med henvisning til standarder eller ved en kombinasjon av disse.

Bestemmelsen i del II inneholder ikke noe krav om bruk av standarder i prioritert rekkefølge. Oppdragsgiveren står derfor fritt til å henvise til hensiktsmessige standarder sett i lys av den konkrete anskaffelsen.

De angitte kravspesifikasjonene skal ha tilknytning til og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. Dette kravet er tilsvarende det kravet som gjelder etter forskriften del III, og oppdragsgiveren kan i samme utstrekning vise til alle sider av og trinn i leveransens livssyklus, inkludert når slike faktorer ikke påvirker leveransens egenskaper. For omtale av tilknytningskravet, se punkt 20.3.1.1.

At kravspesifikasjonene må stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi, betyr at oppdragsgiveren må vurdere hvilke krav som det er forholdsmessig å stille i den konkrete anskaffelsen. Behovet for detaljregulering av leveransens egenskaper må vurderes opp mot hvor krevende det vil være for leverandørene å oppfylle kravene, inkludert arbeid med innhenting og utforming av dokumentasjon mv. Dersom anskaffelsen har en begrenset verdi, må oppdragsgiveren vurdere om det ut i fra anskaffelsens formål er tilstrekkelig med en mer åpen kravspesifikasjon, som for eksempel kombinerer enkelte absolutte krav med ytelses- og funksjonsbeskrivelser.

Bestemmelsen i § 8-5 inneholder et forbud mot henvisning til bestemte fabrikater, en bestemt opprinnelse eller liknende som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. Forbudet er begrunnet i konkurransehensyn og hensynet til fri

bevegelse. Forbudet mot henvisning til bestemte fabrikater eller en bestemt opprinnelse er nærmere beskrevet i punkt 20.3.5.

11.4 Merkeordninger

Oppdragsgiveren kan stille krav om merkeordninger i anskaffelser etter forskriften del II, jf. § 8-6. Oppdragsgiveren kan på samme måte som ved anskaffelser etter del III kreve en bestemt merkeordning som dokumentasjon for at varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene har bestemte miljømessige, sosiale eller andre egenskaper. Merkeordningen må oppfylle kravene som gjelder for del III, som angitt i § 15-3. Det betyr at merkeordningen blant annet må ha tilknytning til og være egnet til å beskrive leveransen. Se nærmere omtale av disse kravene i kapittel 21.

På samme måte som ved anskaffelser etter del III gjelder kravene til oppdragsgiverens plikt til å godta annen dokumentasjon også for anskaffelser etter del II. Det vil si at oppdragsgiveren må godta andre merkeordninger som bekrefter at leveransen oppfyller tilsvarende merkekrav. Samtidig må oppdragsgiveren godta annen dokumentasjon dersom leverandøren ikke har mulighet til å delta i merkeordningen innen fristen og dette ikke skyldes leverandøren selv.

For mer informasjon om miljømerking, se Difis veileder på anskaffelser.no

For mer informasjon om grønne anskaffelser (inkludert merkeordninger), se [kommisjonens håndbok](#) fra 2016.

11.5 Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske og finansielle evnene til å gjennomføre kontrakten. Ved anskaffelser etter forskriften del II skal oppdragsgiveren følge bestemmelsen om kvalifikasjonskrav i § 8-7.

11.5.1 Hvilke kvalifikasjonskrav kan oppdragsgiveren stille?

§ 8-7 angir at oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner, inkludert krav til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Bestemmelsen angir ikke en utømmelig opplisting av hvilke kvalifikasjonskrav som kan benyttes. I praksis vil likevel de nevnte kravene utgjøre de mest anvendelige formene for kvalifikasjonskrav.

Oppdragsgiveren har en betydelig skjønnsfrihet knyttet til hvilke kvalifikasjonskrav som ønskes benyttet. Kravene må likevel være i tråd med de forutsetningene som gis i forskriften. Innenfor disse rammene er det opp til oppdragsgiveren hvordan kvalifikasjonskravene skal anvendes i den konkrete anskaffelsen. Det er således opp til oppdragsgiveren om han ønsker å stille kvalifikasjonskrav, og i så fall hvilke krav han ønsker å stille.

Kvalifikasjonskravene må ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, samtidig må de være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre kontrakten. Dette innebærer krav til tilknytning, forholdsmessighet og relevans. Eksempelvis vil strenge krav til

økonomisk kapasitet være uforholdsmessig i en konkurranse hvor det er knyttet lav risiko til gjennomføringen av kontrakten. På samme måte vil det være lite relevant med krav om høye faglige kvalifikasjoner dersom leveransen er av lite kompleks karakter. Kravet til tilknytning og relevans vil ofte være overlappende.

Det er viktig for oppdragsgiveren å være bevisst på at bruk av strenge kvalifikasjonskrav kan begrense konkurransen og føre til at ellers gode leverandører utelukkes. Det er derfor viktig at oppdragsgiveren vurderer nøye hvilke kvalifikasjonskrav som er nødvendig for den aktuelle anskaffelsen.

Bestemmelsen omtaler eksplisitt oppdragsgiverens mulighet til å stille krav om oppfyllelse av visse kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsessystemer eller -standarder. Oppfyllelsen skal dokumenteres gjennom attester utstedt av uavhengige organer. Med dette fremheves dermed mulighet til å stille krav om for eksempel ISO-sertifisering eller EMAS miljøstyringssystem hos leverandørene.

Oppdragsgiveren skal angi kvalifikasjonskravene, sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene, i anskaffelsesdokumentene. Dokumentasjonskravene må på samme måte som kvalifikasjonskravene ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen. Oppdragsgiveren står fritt til å utforme dokumentasjonskravene. Oppdragsgiveren kan for eksempel velge å hente inspirasjon fra dokumentasjonskravene i forskriften del III, dersom disse er forholdsmessige og relevante.

11.5.2 Forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

For anskaffelser etter forskriften del II foreligger det ingen begrensning i adgangen til å benytte samme vurderingstema som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium. Oppdragsgiveren kan for eksempel bruke ett og samme krav til kompetanse i relasjon til både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.¹⁸⁸ Forutsetningen er at vurderingstemaet har tilknytning til leveransen. Se nærmere informasjon om dette i punkt 11.9.

Ved anskaffelser etter forskriften del III stiller dette seg annerledes, jf. punkt 22.4.

11.5.3 Støtte fra andre virksomheter

Leverandøren har mulighet til å støtte seg på andre virksomheters kvalifikasjoner for å oppfylle kvalifikasjonskrav. Muligheten er ikke uttrykkelig inntatt i forskriften del II, men de bakenforliggende hensynene trekker sterkt i retning av dette må tillates. For anskaffelser etter del II er det sentrale at leverandøren må kunne vise at han faktisk rår over den støttende virksomhetens kvalifikasjoner. Dette kan dokumenteres gjennom for eksempel støtteerklæringer.

Muligheten for støtte fra andre virksomheter er omtalt nærmere i punkt 22.3.

11.6 Reserverte kontrakter

§ 8-8 åpner for at oppdragsgiveren kan reservere retten til å delta i konkurransen for bestemte virksomheter på visse nærmere angitte vilkår. Reglene om reserverte kontrakter er

¹⁸⁸ Jf. § 8-11 tredje ledd.

like i forskriften del II og del III. Det vises derfor til veiledningen om reserverte kontrakter i kapittel 23.

11.7 Utvelgelse av leverandører

I anskaffelsesprosedyren begrenset tilbudskonkurranse har oppdragsgiveren muligheten til å fastsette at bare et begrenset antall tilbydere kan gi tilbud i konkurransen, jf. § 8-9. Oppdragsgiveren kan da foreta en utvelgelse blant leverandørene som oppfyller kvalifikasjonskravene. Det er bare de utvalgte leverandørene som får delta i tilbudsfasen.

Dersom oppdragsgiveren ønsker å begrense antall deltakere i konkurransen, plikter han å velge ut et antall deltakere som sikrer reell konkurranse. Ved anskaffelser etter forskriften del II skal oppdragsgiveren ikke velge ut færre enn tre leverandører.

Reglene om utvelgelse av leverandører i forskriften del II og del III er tilnærmet like. Det vises derfor til veiledningen om reglene om utvelgelse av leverandører i kapittel 24.

11.8 Egenerklæring

Oppdragsgiveren kan kreve at leverandørene benytter seg av en egenerklæring som foreløpig dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, fravær av avvisningsgrunner og oppfyllelse av eventuelle utvelgelseskriterier, jf. § 8-10. Oppdragsgiveren kan utarbeide et eget egenerklæringsskjema eller bruke det europeiske egenerklæringsskjemaet (se nærmere omtale av det europeiske egenerklæringsskjemaet i kapittel 25).

Bruk av egenerklæring kan lette arbeidsbyrden for både oppdragsgiveren og leverandørene. Egenerklæringen skal leveres sammen med forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet. Oppdragsgiveren er kun forpliktet til å kontrollere om den valgte leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.

Egenerklæringen kan også brukes som endelig dokumentasjonsbevis, dersom dette er angitt i anskaffelsesdokumentene, jf. § 8-10 tredje ledd.

11.9 Tildelingskriterier

Tildelingskriterier er konkurransekriteriene som oppdragsgiveren skal vurdere tilbudene etter. Leverandøren som har levert det tilbudet som etter oppdragsgiverens vurdering scorer best på disse kriteriene, skal tildeles kontrakten. Kriteriene skal være objektive og saklige og i samsvar med de grunnleggende prinsippene.

Tildelingskriteriene skal angis på en klar og tydelig måte i anskaffelsesdokumentene, slik at det er forutberegnelig for leverandørene hva oppdragsgiveren vil vektlegge ved valget av leverandør. Samtidig må kriteriene ikke utformes på en slik måte at de er egnet til å favorisere en eller flere bestemte leverandører.

Kravene til tildelingskriterier følger av bestemmelsen i § 8-11.

Oppdragsgiveren skal bruke objektive tildelingskriterier som skal angis i prioritert rekkefølge. Objektive kriterier må forstås som kriterier som dekker oppdragsgiverens behov på en objektiv og ikke-diskriminerende måte, basert på oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Plikten til å angi kriteriene i prioritert rekkefølge betyr at oppdragsgiveren forut for

konkurransen må ta stilling til rangeringen av tildelingskriteriene og angi denne i anskaffelsesdokumentene. Det er ikke påkrevd å angi tildelingskriterienes relative vekt.

Tildelingskriteriene må ha tilknytning til leveransen på samme måte som for anskaffelser etter forskriften del III, jf. punkt. 26.2.4. Slike kriterier kan for eksempel være pris, kvalitet, miljø, sosial hensyn og innovasjon.

Bestemmelsen legger opp til en oppmykning av muligheten til å benytte samme vurderingstema som både kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium. Det vil si at det som utgangspunkt er lov for oppdragsgiveren å benytte samme vurderingstema to ganger. For eksempel kan den utførende bemanningens erfaring og kompetanse stilles både som et kvalifikasjonskrav og vektlegges som et tildelingskriterium. Det er likevel en forutsetning at vurderingen har nødvendig tilknytning til leveransen. Det betyr at kriteriene må ha betydning for den konkrete leveransen som etterspørres i anbudet. For eksempel vil et krav om kjønnsbalanse i selskapets styre anses å ha manglende tilknytning.¹⁸⁹ Best mulig kjønnsbalanse hos den utførende bemanningen i en tjenesteanskaffelse kan derimot være et tillatt kriterium.

Oppdragsgiveren skal videre angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium.

11.10 Kontraktsvilkår

Reglene om kontraktsvilkår er like i forskriften del II og del III. Det vises derfor til omtalen av kontraktsvilkår i kapittel 27.

11.11 Begrensning av antallet ledd i leverandørkjeden

I det nye forskriften er det innført regler om å begrense antallet ledd i kontraktskjeden i bransjer der det er særlige utfordringer med arbeidslivskriminalitet. En begrensning i antall ledd vil kunne gjøre det lettere å føre kontroll og ha kommunikasjon med de enkelte ledd i kjeden. Formålet med bestemmelsen er at det skal være et nyttig virkemiddel i arbeidet med å motvirke arbeidslivskriminalitet.

Etter § 8-13 skal oppdragsgiveren stille krav om at leverandørene maksimalt kan ha to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider eller i kontrakter om renholdstjenester. Dette innebærer at oppdragsgiveren skal stille krav om maksimalt tre ledd i leverandørkjeden. Det vil si en hovedleverandør med maksimalt to ledd under seg.

Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiveren kan godta flere ledd i leverandørkjeden hvis det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse eller for å få gjennomført en kontrakt.

Reglene om begrensning av antallet ledd i leverandørkjeden er like både i forskriften del II og del III. Det vises derfor til veiledningen om reglene i forskriften del III i kapittel 29.

¹⁸⁹ Se [KOFA-sak 2010/134 \(Xtra personell Care\)](#), hvor et slikt kriterium ble ansett som et brudd på forskriften. Det ble også uttalt at "*det synes klart at kjønnsfordelingen i leverandørenes vikarpool i denne saken vil kunne ha en tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand.*"

11.12 Frister

11.12.1 Frister for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud

Det er ikke fastsatt noen minimumsfrister i forskriften del II for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen eller mottak av tilbud. Hovedregelen om fastsettelse av frister er nedfelt i § 8-14 som sier at oppdragsgiveren skal ta hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud.

Hvor lang fristen bør være vil bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det må blant annet tas hensyn til at de grunnleggende kravene overholdes. I henhold til forholdsmessighetsprinsippet bør fristen være lenger jo mer omfattende og kompleks anskaffelsen er.

Nedenfor følger noen momenter oppdragsgiveren bør ta hensyn til ved fastsettelsen av frister:¹⁹⁰

- **Anskaffelsens art, størrelse og kompleksitet**

Tilbudsfristen kan være kortere dersom det skal anskaffes "hyllevarer" enn ved mer komplekse anskaffelser, som for eksempel store bygg- og anleggsarbeider og kompliserte IKT-kontrakter, der leverandørene har behov for å gjøre grundigere undersøkelser for å kunne utarbeide et tilbud.¹⁹¹

- **Hvor omfattende tilbud eller forespørsel som skal leveres**

Det har betydning for fristens lengde hvor omfattende krav som stilles til utformingen av forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet i konkurransegrunnlaget, og hvor omfattende dokumentasjon som kreves fremlagt.

- **Særlige forhold som tilsier at det er behov for en rask gjennomføring av anskaffelsen**

Det kan være adgang til å fastsette kortere frister dersom det foreligger særlige forhold utenfor oppdragsgiverens kontroll, som medfører behov for en rask gjennomføring av anskaffelsen.¹⁹² Dersom årsaken til at det haster skyldes oppdragsgiverens dårlige planlegging, kan ikke dette begrunne at det settes en kort frist.

- **Hvor mange virkedager fristen vil gi**

Dersom fristen settes i en periode med mange helligdager/fridager, som jul, påske eller sommerferien, bør oppdragsgiveren sette en lenger frist enn om den løper i en periode hvor det ikke er noen helligdager.

¹⁹⁰ Listen er ikke ment å være uttømmende.

¹⁹¹ Se [KOFA-sak 2007/138](#). Tilbudsfristen var satt til 14 dager. KOFA la vekt på at saken gjaldt en vareanskaffelse som ikke var av komplisert art.

¹⁹² [KOFA-sak 2003/109](#). Tilbudsfristen var satt til 15 dager. KOFA uttalte at det var svært kort, men fant allikevel at fristen var forskriftsmessig. KOFA la vekt på at fristen var saklig begrunnet, at den ikke hadde vært til hinder for konkurransen og at grunnen til at fristen måtte fastsettes så kort var utenfor oppdragsgiverens kontroll.

11.12.2 Frist for begjæring om midlertidig forføyning

I en begrenset tilbudskonkurranse kan oppdragsgiveren fastsette en frist for når en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgiverens beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen¹⁹³ eller ikke velge ut en leverandør¹⁹⁴, må settes frem for tingretten. Dette følger av § 8-16.

Reglene om frist for begjæring er like de tilsvarende reglene i § 20-7 i forskriften del III.

Det er gitt nærmere veiledning til reglene om frist for begjæring om midlertidig forføyning i punkt 44.6.1.

11.13 Kunngjøring

11.13.1 Innledning

Kunngjøring regnes som et av de viktigste virkemidlene for å sikre at oppdragsgiveren opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Ved å kunngjøre anskaffelsene har oppdragsgiveren mulighet til å nå ut til et stort marked. Markedet vil kunne respondere og alle interesserte leverandører vil kunne inngi tilbud. Dette vil kunne gi oppdragsgiveren flere valgmuligheter når det kommer til pris og kvalitet. Den enkelte leverandør vil også være klar over at alle konkurrenter kan inngi tilbud, og således søke å gi det beste tilbudet.

Kunngjøringen skal inneholde tilstrekkelige opplysninger til at potensielle leverandører kan få et inntrykk av anskaffelsens karakter og omfang og ut fra dette vurdere om de vil delta i konkurransen.

Kunngjøringen skal utarbeides på elektroniske skjemaer, som finnes på Doffin.no. Disse skjemaene er fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet.

Det er gitt nærmere veiledning om hvor kunngjøringen skal foretas i punkt 32.2 og hvorfor CPV-koden er så viktig i punkt 32.3.

11.13.2 Når er det kunngjøringsplikt etter del II?

Hovedregelen er at anskaffelser som har en anslått verdi over den nasjonale terskelverdien skal kunngjøres på Doffin. Dette gjelder anskaffelser av varer, tjenester (inkludert særlige tjenester), bygge- og anleggsarbeid, samt plan- og designkonkurranser.

En oversikt over hvilke kunngjøringsskjemaer som skal brukes finnes i tabellen nedenfor i punkt 11.13.5

Etter § 8-17 skal konkurransen kunngjøres på norsk i Doffin slik at selve kunngjøringsskjemaet utarbeides enten direkte i Doffin eller sendes til Doffin.

¹⁹³ Jf. § 9-4 og § 9-5.

¹⁹⁴ Jf. § 8-9.

11.13.3 Anskaffelser av særlige tjenester

Ved anskaffelser av særlige tjenester må oppdragsgiveren være oppmerksom på at kunngjøringsreglene i forskriften del III skal følges, dersom verdien på anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdien for særlige tjenester på 6,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. § 8-17 fjerde ledd. Dette gjelder også reglene om intensjonskunngjøring¹⁹⁵ og kontraktinngåelse¹⁹⁶.

Dette innebærer at ved kunngjøring av særlige tjenester skal det brukes forskjellige kunngjøringsskjemaer for henholdsvis kunngjøring over nasjonal terskelverdi, men som ikke overstiger EØS-terskelverdiene (kunngjøring i Doffin) og over EØS-terskelverdi (kunngjøring i Doffin og TED).

Ved kunngjøring av anskaffelser av særlige tjenester over EØS-terskelverdi må oppdragsgiveren være oppmerksom på at han må fylle ut fritekstfeltet i kunngjøringsskjemaets punkt IV.1.11) ("Hovedelementene i tildelingsprosedyren"). Her kan oppdragsgiveren fylle ut om han skal bruke en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.

11.13.4 Hva er en ulovlig direkte anskaffelse?

Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter regelverket. Begrepet er dermed knyttet opp til brudd på kunngjøringsplikten. Dette regnes som et særlig grovt brudd på regelverket siden det unndrar kontrakten fra åpen konkurranse

Se punktene 32.4.1 og 44.3.2.3 for nærmere omtale av dette temaet.

11.13.5 Oversikt over kunngjøringstyper for del II

Tabellen nedenfor viser hvilke kunngjøringer (form) oppdragsgiveren skal benytte ved kunngjøringer etter forskriften del II.

Hvilken type anskaffelser:	Kunngjøring i Doffin:
Varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeid og særlige tjenester fra kr 1,1 millioner og opptil EØS-terskelverdiene.	Alminnelig kunngjøring eller forhåndskunngjøring ¹⁹⁷ Intensjonskunngjøring Frivillig kunngjøring av kontraktsinngåelse Kunngjøring av endringer i en allerede publisert kunngjøring eller tilleggsinformasjon

¹⁹⁵ Jf. § 8-18 annen setning.

¹⁹⁶ Jf. § 8-19.

¹⁹⁷ Samme skjema benyttes for begge kunngjøringstypene.

Hvilken type anskaffelser:	Kunngjøring i Doffin/TED ¹⁹⁸ :
Særlige tjenester over EØS-terskelverdi (6,3 millioner).	Alminnelig kunngjøring Forhåndskunngjøring Kunngjøring av kontraktsinngåelse Intensjonskunngjøring Kunngjøring av endringer i en allerede publisert kunngjøring eller tilleggsinformasjon

11.13.5.1 Alminnelig kunngjøring av konkurranse

Alminnelig kunngjøring av konkurranse er den vanligste kunngjøringstypen for del II-anskaffelser. Ved inngåelse av kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien gjelder i tillegg reglene i § 21-1.

11.13.5.2 Forhåndskunngjøring

Det er nytt i forhold til tidligere regelverk at oppdragsgiveren har muligheten til å kunngjøre konkurranse ved bruk av en forhåndskunngjøring, jf. § 8-17 første ledd bokstav b. Kunngjøringen skal angi at kontrakten vil bli inngått uten annen kunngjøring av konkurransen, og at interesserte leverandører inviteres til å melde sin interesse.¹⁹⁹ Når den konkrete anskaffelsesprosedyren iverksettes skal oppdragsgiveren skriftlig og samtidig invitere leverandørene som har meldt sin interesse, til å bekrefte interessen. For nærmere omtale om bruken av forhåndskunngjøring vises til punkt 32.6.2.

11.13.5.3 Intensjonskunngjøring

Bestemmelsene om intensjonskunngjøring er å finne i § 8-18. Ved inngåelse av kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien gjelder i tillegg § 21-1.

Dersom oppdragsgiveren mener at han har hjemmel til å inngå en kontrakt direkte, uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med kunngjøringsreglene, kan han etter at valget av leverandør er besluttet, kunngjøre at kontrakten vil bli inngått ved en intensjonskunngjøring.

Formålet med en intensjonskunngjøring er å gi oppdragsgiveren muligheten til å informere markedet om sin intensjon om å inngå en kontrakt. En slik kunngjøring gir de som mener at oppdragsgiveren ikke har hjemmel til å inngå kontrakt direkte, en mulighet til å gripe inn i prosessen. Det kan for eksempel skje ved å stille spørsmål til oppdragsgiveren om den planlagte kontraktsinngåelsen, eller ta rettslige skritt etter anskaffelsesloven.

For anskaffelser etter forskriften del II vil det være relevant å publisere en intensjonskunngjøring dersom oppdragsgiveren mener at kontrakten er unntatt etter § 5-2.

¹⁹⁸ Kunngjøringsplikt i Doffin/TED, anskaffelsesprosedyren skal følge reglene i forskriften del II.

¹⁹⁹ Jf. § 8-17 tredje ledd.

Det vil også være relevant å intensjonskunngjøre dersom oppdragsgiveren mener at anskaffelsen ligger utenfor virkeområdet til anskaffelsesregelverket, for eksempel fordi kontrakten gjelder samarbeid i offentlig sektor etter forskriften kapittel 3 eller fordi en av unntaksbestemmelsene i forskriften kapittel 2 kommer til anvendelse.

For nærmere omtale om bruken av intensjonskunngjøring og de rettslige virkningene av å publisere en intensjonskunngjøring, inkludert oppdragsgiverens aktsomhetskrav, se punkt 32.6.7.

11.13.5.4 Endringskunngjøring

Oppdragsgiveren har mulighet til å kunngjøre endringer i en allerede publisert kunngjøring eller komme med tilleggsinformasjon gjennom en endringskunngjøring. Regelverket inneholder ikke bestemmelser som regulerer bruk av denne kunngjøringstypen. Selve kunngjøringsskjemaet inneholder en påminnelse til oppdragsgiveren om at dersom rettelser eller endringer i kunngjøringen medfører betydelige endringer i konkurransevilkårene, er det nødvendig å forlenge tidsfristene eller lyse ut konkurransen på nytt.

11.14 Kommunikasjon

Reglene om kommunikasjon i forskriften del II og del III er helt like. Det vises derfor til veiledningen til reglene om kommunikasjon i forskriften del III i kapittel 33.

12 Gjennomføring av konkurransen

12.1 Anskaffelsesprosedyrer i del II

12.1.1 Prosedyrene åpen og begrenset tilbudskonkurranse

Ved anskaffelser etter forskriften del II kan oppdragsgiveren etter § 8-3 bruke prosedyrene åpen eller begrenset tilbudskonkurranse. Dette er to helt nye prosedyrer som er innført med ny forskrift om offentlige anskaffelser. Begge prosedyrene tillater at oppdragsgiveren har dialog med leverandørene etter tilbudsfristens utløp. Begrepet dialog omfatter all kommunikasjon mellom oppdragsgiveren og leverandørene, dvs. alt fra avklaringer av uklarheter eller retting av avvik til forhandlinger.

Dialog forut for konkurranse og dialog etter at tilbudene har kommet inn

Det må skilles mellom den dialogen oppdragsgiveren kan ha med markedet og potensielle leverandører før konkurransen og den dialogen oppdragsgiveren kan ha med leverandørene etter at tilbud har kommet inn. Dialog med markedet og potensielle leverandører før konkurransen er regulert i §§ 8-1 og 8-2, mens dialogen mellom oppdragsgiveren og leverandørene etter at tilbudene har kommet inn er regulert i § 9-3.

Ved en åpen tilbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører gi tilbud. En åpen tilbudskonkurranse er en ett-trinns prosedyre. Det innebærer at oppdragsgiveren må vurdere og evaluere alle tilbudene som kommer inn.

Ved begrenset tilbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere forespørsel om å delta i konkurransen. En begrenset tilbudskonkurranse er en to-trinns prosedyre. Oppdragsgiveren skal først foreta en prekvalifisering, hvor han på bakgrunn av de innkomne forespørslene om deltakelse, vurderer om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene. Bare de leverandørene som oppfyller kravene og deretter blir invitert av oppdragsgiveren til å delta i konkurransen kan gi tilbud.

12.1.2 Oppdragsgiverens adgang til å beslutte om han skal ha dialog med leverandørene etter tilbudsfristens utløp

Etter de nye prosedyrereglene kan oppdragsgiverens valg om å gjennomføre dialog eller ikke, utsettes til etter at tilbudsfristen har løpt ut, jf. § 9-2 tredje ledd. Ofte vil det først være på dette tidspunktet at oppdragsgiveren har grunnlag for å vurdere hvilket behov han har for å ha dialog med leverandørene.

12.1.3 Planleggingen av dialogen

Oppdragsgiverens valg om å gjennomføre dialog kan utsettes til etter at tilbudsfristen har løpt ut. Oppdragsgiveren skal av hensyn til prinsippet om forutberegnelighet gi opplysninger i anskaffelsesdokumentene om han planlegger å ha dialog eller om han ikke planlegger å ha dialog jf. § 9-3 tredje ledd.

12.1.3.1 Oppdragsgiveren planlegger å ha dialog

Dersom oppdragsgiveren planlegger å ha dialog skal oppdragsgiveren angi dette i anskaffelsesdokumentene. Det er viktig for leverandørene å vite om det blir dialog og eventuelt hvor omfattende og tidskrevende denne vil bli. Oppdragsgiveren må derfor opplyse om han kun planlegger dialog i form av avklaring av uklarheter/retting av avvik, eller om han vil gjennomføre forhandlinger.

Dersom oppdragsgiveren planlegger dialog i form av forhandlinger skal han, så vidt mulig, også beskrive hvordan dialogen vil bli gjennomført. Oppdragsgiveren skal eksempelvis gi informasjon om tentativ tidsplan, hvor mange runder med forhandlinger som er planlagt, eventuelle grenser for hvor mange leverandører det vil forhandles med osv.

Oppdragsgiveren er kun forpliktet til å opplyse om hvordan dialogen skal gjennomføres dersom dette er bestemt på forhånd.

Eksempel

Formuleringer som beskriver hvordan oppdragsgiveren planlegger å gjennomføre dialogen

Dersom oppdragsgiveren ser for seg dialog i form av rettinger og avklaringer kan han eksempelvis angi: *"Oppdragsgiver planlegger dialog i form av rettinger og avklaringer"*.

Dersom oppdragsgiveren planlegger dialog i form av forhandlinger kan han eksempelvis angi: *"Oppdragsgiver planlegger å gjennomføre dialog i form av forhandlinger"*.

Dersom oppdragsgiveren har lagt planer på forhånd om hvor mange leverandører han har tenkt å forhandle med, kan han eksempelvis angi *"Det tas sikte på at forhandlingene vil gjennomføres med de leverandørene som har levert de fem beste tilbudene. Forhandlingene er planlagt gjennomført to uker etter tilbudsfristens utløp og man tar sikte på å fullføre disse innen utløpet av oktober måned"*.

12.1.3.2 Oppdragsgiveren planlegger å ikke ha dialog

Dersom oppdragsgiveren planlegger å ikke ha dialog skal han angi dette i anskaffelsesdokumentene. Det er kun dersom oppdragsgiveren planlegger å ikke ha noen form for dialog, altså verken avklaringer/rettinger eller forhandlinger, at han skal angi at han ikke har planlagt dialog.

I praksis er det sjelden slik at ingen av de innkomne tilbudene i en konkurranse inneholder uklarheter og/eller avvik. Oppdragsgiveren bør derfor i planleggingen av de fleste anskaffelser ta høyde for at han vil ha behov for å foreta avklaringer og/eller rettinger.

Eksempel

Formuleringer som angir at oppdragsgiveren ikke planlegger å gjennomføre dialog

Dersom oppdragsgiveren ikke planlegger å gjennomføre dialog, kan han for eksempel angi at *"Oppdragsgiver planlegger å ikke ha dialog"*.

12.1.3.3 Hvilken adgang har oppdragsgiveren til å fravike det han har planlagt?

Oppdragsgiveren har alltid en mulighet til å ombestemme seg og fravike det han har planlagt. Dette er i tråd med hovedregelen om at oppdragsgiveren først må bestemme seg for om han skal ha dialog eller ikke, etter tilbudsfristens utløp. Dette innebærer at så lenge det fremkommer at det er tale om planer fra oppdragsgiveren sin side, så er det ikke nødvendig for oppdragsgiveren å legge inn forbehold om at han kan ombestemme seg.

Dersom oppdragsgiveren fraviker opplysningene om den planlagte dialogen i anskaffelsesdokumentene, skal han gi en begrunnelse for dette i anskaffelsesprotokollen, jf. § 10-5 bokstav h. Typiske tilfeller der hvor oppdragsgiveren fraviker det angitte kan være:

- Oppdragsgiveren har angitt i anskaffelsesdokumentene at han har planlagt å ha dialog, men velger etter tilbudsfristens utløp å ikke ha dialog likevel.
- Oppdragsgiveren har angitt i anskaffelsesdokumentene at han planlegger å ikke ha dialog, men velger etter tilbudsfristens utløp likevel å ha dette.
- Oppdragsgiveren har angitt at planlagt dialog skal gjennomføres en viss måte, men velger å gjennomføre dialogen på en annen måte enn beskrevet. Dialogen blir eksempelvis mindre eller større i omfang, med færre eller flere tilbydere eller i færre eller flere faser enn det oppdragsgiveren har planlagt.

12.1.3.4 Oppdragsgiveren fraskriver seg muligheten til dialog

En oppdragsgiver som ønsker å fraskrive seg adgangen til dialog allerede i anskaffelsesdokumentene har mulighet til dette. Oppdragsgiveren har ingen plikt til å utsette valget til etter tilbudsfristens utløp. Angivelser som tydelig fastsetter at oppdragsgiveren ikke vil ha dialog, i den ene eller andre form, binder oppdragsgiveren fordi han ved en slik angivelse går lenger enn å angi "planene" sine. Forutberegnelighetsprinsippet vil her medføre at oppdragsgiveren ikke har mulighet til å ombestemme seg.

Oppdragsgiveren kan fraskrive seg retten til all type dialog eller bare visse typer dialog som for eksempel forhandlinger.

For å begrense adgangen til å ha dialog etter tilbudsfristens utløp, må oppdragsgiveren innta utvetydige formuleringer om dette i anskaffelsesdokumentene. Kun der oppdragsgiveren tydelig har angitt at han fraskriver seg muligheten til dialog mister han muligheten til å ombestemme seg etter tilbudsfristens utløp. Oppdragsgiveren må derfor være bevisst på hvilke formuleringer som inntas i anskaffelsesdokumentene.

Det vil etter departementets vurdering ikke være lurt å fraskrive seg adgangen til dialog i form av rettinger og avklaringer i en konkurranse. Oppdragsgiveren bør også tenke seg nøye om før han eventuelt fraskriver seg adgangen til dialog i form av forhandlinger. Oppdragsgiveren bør i så fall være overbevist om at han ikke vil ha behov for å forhandle med leverandørene. Det kan for eksempel være aktuelt ved kjøp av standardiserte hyllevarer i rene priskonkurranser.

Eksempel

Formuleringer hvor oppdragsgiveren har fraskrevet seg adgangen til dialog i en eller flere former

Dersom oppdragsgiveren er sikker på at han ikke ønsker noen form for dialog kan han for eksempel angi at: "*Oppdragsgiver fraskriver seg adgangen til å ha dialog*".

Dersom oppdragsgiveren ikke ønsker dialog i form av forhandlinger, men ønsker å beholde muligheten til å gå i dialog for å avklare uklarheter eller rette avvik kan han angi: "*Oppdragsgiver fraskriver seg adgangen til å ha dialog i form av forhandlinger*".

12.1.4 Gjennomføringen av dialogen

12.1.4.1 Innledning

Oppdragsgiveren kan ha dialog både i en åpen og en begrenset tilbudskonkurranse. I en begrenset tilbudskonkurranse gjelder dette både i kvalifikasjons- og tildelingsfasen.

Gjennomføringen av dialogen må ta utgangspunkt i de planene som er angitt i anskaffelsesdokumentene. Etter tilbudsfristens utløp må oppdragsgiveren gå gjennom tilbudene for å se om det er noen grunn til å gjennomføre dialogen på annen måte enn angitt i anskaffelsesdokumentene. Det er først på dette tidspunktet at oppdragsgiverens endelige valg om hvordan dialogen skal gjennomføres må tas. Oppdragsgiveren står som utgangspunkt fritt til å velge hva han vil ha dialog om, hvor mange leverandører han vil ha dialog med og hvordan dialogen skal gjennomføres etter tilbudsfristens utløp. De eventuelle begrensninger som kan gjøres i dette utgangspunktet følger av de grunnleggende prinsippene og særlig prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling.

Når det gjelder forutberegnelighetsprinsippet kan oppdragsgiverens handlingsrom være begrenset av hva han har angitt i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiveren har eksempelvis utvetydig angitt hva han skal ha dialog om, hvor mange han skal ha dialog med og hvordan dialogen skal gjennomføres slik at han ikke senere kan gå vekk fra dette uten å bryte prinsippet.

Når det gjelder likebehandlingsprinsippet setter dette visse krav til hvordan dialogen kan gjennomføres. Oppdragsgiveren kan i gjennomføringen av dialogen ikke forskjellsbehandle leverandørene, med mindre det foreligger forhold som gjør at han kan gi en saklig begrunnelse for det. Kravene til oppdragsgiverens handlemåte vil for det første avhenge av hva oppdragsgiver velger å ha dialog om, for eksempel om han har dialog kun for å avklare uklarheter/rette avvik eller dialog om tilbudets innhold (forhandlinger). For det andre vil kravene avhenge av hvorvidt oppdragsgiveren velger å ha dialog med samtlige leverandører eller ønsker å rangere tilbudene og dermed kun velge ut noen til videre dialog.

12.1.4.2 Hva kan oppdragsgiveren ha dialog om?

Oppdragsgiveren kan ha dialog med leverandørene om alle sider ved tilbudet og andre mottatte dokumenter eller opplysninger, jf. § 9-3 første ledd. Dialogen kan gjelde alt fra avklaringer av uklarheter og retting av avvik, til enkle eller mer omfattende forhandlinger med en eller flere leverandører. Dialogen kan også benyttes til å få ettersendt dokumenter og lignende.

En uklarhet vil typisk være en opplysning som er vanskelig å forstå, ikke gir tilstrekkelig informasjon eller som kan tolkes på flere ulike måter.

Begrepet avvik dekker både de situasjoner hvor tilbudet innholdsmessig ikke er i overensstemmelse med anskaffelsesdokumentene og de situasjoner hvor leverandøren i sitt tilbud har tatt forbehold som ikke stemmer med kravene i disse.

Forhandlinger skal legge til rette for forbedringer av tilbudene og betingelsene for dette. Formålet med forhandlingene vil være å få gode og tilpassede tilbud for oppdragsgiverens behov.

12.1.4.3 Hvordan skal de ulike typene dialog gjennomføres?

12.1.4.3.1 Dialog kun for å foreta avklaringer av tilbud med uklarheter/rette avvik

Oppdragsgiveren kan velge å gå i dialog med alle tilbudene som inneholder uklarheter eller avvik. Oppdragsgiveren kan også velge å gå i dialog med kun de tilbudene som inneholder uklarheter eller kun de tilbudene som inneholder avvik. Det kan derimot være vanskelig å skille mellom hva som er en uklarhet og hva som er et avvik. Dersom oppdragsgiveren er usikker på hva som utgjør et avvik og hva som utgjør en uklarhet bør han vurdere å gå i dialog med både tilbudene som inneholder avvik og tilbudene som inneholder uklarheter for å overholde likebehandlingsprinsippet.

Dersom oppdragsgiveren kun velger å ha dialog om avklaringer av uklarheter og retting av avvik må oppdragsgiveren også holde seg til en dialog som kun omhandler dette og ikke gå over i en dialog i form av forhandlinger. Ved uklarheter har oppdragsgiveren da kun anledning til å henvende seg til leverandøren for å spørre hvordan tilbudet skal forstås. Ved avvik kan oppdragsgiveren kun foreta en retting som medfører at tilbudet vil være i overensstemmelse med kravene i anskaffelsesdokumentene. I all hovedsak vil dette innebære at leverandøren fjerner avviket eller forbeholdet fra tilbudet. Dersom det i dialogen åpnes for at leverandøren kan gi tilleggsopplysninger og komme med korrigeringer eller tilpasninger i tilbudet sitt utover uklarheten eller avviket har dialogen gått over i forhandlinger. Oppdragsgiver har da ikke lengre mulighet til å begrense kretsen av leverandører han gjennomfører dialog med til kun de leverandørene som har levert tilbud med uklarheter eller avvik.

Eksempel

Uklarheter/avvik

Oppdragsgiveren ønsker å rehabilitere et sykehjem og få bygget et tilbygg. Verdien på kontrakten er 40 millioner kroner. Som kontrakt benyttes NS 8407, men oppdragsgiveren har også med et tillegg til standarden som er tilpasset den konkrete anskaffelsen. Oppdragsgiveren har angitt at det ikke skal skje en prisstigning på oppdraget etter hvert som tiden går. Oppdragsgiveren har videre krevd at det skal foretas en hovedombygging.

Tilbud 1: Tilbudet inneholder en formulering som sier "Vi har lagt til grunn NS 8407 for vårt tilbud".

Formuleringen kan forstås på flere måter. Mener leverandøren bare å bekrefte at de godtar kontrakten som oppdragsgiver har lagt til grunn eller mener han å si at de ikke ønsker å oppfylle tillegget til standarden? Formuleringen er uklar og må avklares av oppdragsgiveren.

Tilbud 2: Tilbudet inneholder en formulering som sier "Vi forutsetter at tiltaket ikke er en hovedombygging iht. TEK 10".

Formuleringen må forstås som et avvik fra kravet om det skal foretas en hovedombygging. Oppdragsgiveren kan rette avviket ved å be leverandøren om å fjerne forutsetningen.

Tilbud 3: Tilbudet inneholder en formulering som sier "Vi forutsetter prisstigning iht. SSB indeks".

Formuleringen må forstås som et avvik fra kravet om at det ikke skal være en prisstigning i løpet av kontraktperioden. Oppdragsgiveren kan rette avviket ved å be leverandøren om å fjerne forutsetningen.

Dialog for å avklare uklarheter

Dersom oppdragsgiveren ønsker å gå i dialog med kun de leverandørene som har gitt tilbud med uklarheter har han mulighet til dette. Selv om dialog ikke må gjelde alle tilbud, følger det av likebehandlingsprinsippet at dialogen må gjennomføres med alle leverandørene som har gitt tilbud som inneholder uklarheter. Oppdragsgiveren må også sørge for at alle har like muligheter i den dialogen som gjennomføres.

At oppdragsgiveren kun må gå i dialog med de leverandørene som har gitt tilbud med uklarheter gjelder selv om avklaringene kan medføre en endring i rangeringen av tilbudene, for eksempel der uklarheten gjelder et forhold som forstått på en måte medfører at leverandøren ville blitt rangert som nr. 5, mens forstått på en annen måte medfører at leverandøren ville blitt rangert som nr. 2.

Dersom oppdragsgiveren velger å rangere tilbudene først og kun har dialog for å avklare uklarheter må han respektere rangeringen av tilbudene. Likebehandlingsprinsippet innebærer at dersom oppdragsgiveren kun velger å gå i dialog med noen av leverandørene

om uklarheter, må han velge de tilbudene med uklarheter som er rangert best, der det er mulig å rangere tilbudene.

Eksempel

Leverandør A, B og C gir tilbud. Tilbudene til A og C inneholder uklarheter. Tilbudet til B inneholder ikke uklarheter. Oppdragsgiveren rangerer ikke tilbudene.

Oppdragsgiveren kan gjennomføre dialog med tilbud A og C om avklaring av uklarheter uten at dette medfører en forskjellsbehandling av tilbudet til B. Dersom oppdragsgiveren går i dialog i form av forhandlinger, vil imidlertid likebehandlingsprinsippet forhindre at oppdragsgiveren gjennomfører dialog med kun A og C, og ikke B.

Eksempel

Det kommer inn åtte tilbud i en konkurranse. Tilbudene til leverandør A, B og C inneholder uklarheter. Oppdragsgiveren rangerer tilbudene i henhold til tildelingskriteriene. Etter rangeringen er tilbud A rangert som nr. 3, tilbud B rangert som nr. 4 og tilbud C rangert som nr. 8. Oppdragsgiveren kan ikke etter likebehandlingsprinsippet avklare uklarheter kun med tilbudene rangert som nr. 3 og nr. 8 og ikke foreta en tilsvarende avklaring med tilbud rangert som nr. 4. Likebehandlingsprinsippet forhindrer likevel ikke at oppdragsgiveren foretar en avklaring av uklarheter kun med tilbudene som er rangert som nr. 3 og nr. 4.

Dialog for å foreta retting av avvik

Dersom oppdragsgiveren ønsker å gå i dialog kun med de tilbudene som inneholder avvik har han anledning til dette. Avvikene kan både være av mindre og vesentlig karakter. Selv om oppdragsgiveren i utgangspunktet skal avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene etter § 9-6, kan han utsette avgjørelsen om avvisning til etter at han har gjennomført dialog med leverandørene, jf. § 9-7. Oppdragsgiveren kan derfor gjennomføre dialog med leverandøren om det vesentlige avviket, og må kun avvise tilbud hvor man i dialogen ikke har lykket med å rette opp i dette.

At oppdragsgiveren kun må gå i dialog med de leverandørene som har inngitt tilbud med avvik endres ikke av at rettingen kan påvirke rangeringen av tilbudene. Dersom oppdragsgiveren går i dialog for å rette avvik, må dialogen gjennomføres med alle leverandører som har levert tilbud som inneholder avvik. Oppdragsgiveren må også sørge for at alle har like muligheter i den dialogen som gjennomføres.

Dersom oppdragsgiveren har foretatt en rangering av tilbudene må ikke oppdragsgiveren gjennomføre dialog om avvik med alle tilbud som inneholder avvik, men kan avgrense seg til de tilbudene med avvik som er rangert høyest, der det er mulig å rangere tilbudene.

Eksempel

Leverandøren har gitt et tilbud som innebærer at levering foretas en måned senere enn påkrevd i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiveren kan gå i dialog med leverandøren for å rette opp avviket slik at levering skjer innen fristen. Dersom dialogen fører til en forbedring av tilbudet (for eksempel at leverandøren tilbyr en kortere leveringsfrist enn påkrevd) og dermed går over i forhandlinger må oppdragsgiveren også forhandle med de andre leverandørene.

12.1.4.3.2 Dialog om tilbudets innhold (forhandlinger)

Dersom oppdragsgiveren velger å ha dialog i form av forhandlinger kan dialogen både inneholde avklaringer av uklarheter og avvik, ettersending av dokumentasjon og forhandlinger om alle sider ved tilbudene som for eksempel pris, kvaliteten på det som tilbys, leveringstid eller lignende.

Forhandlingene kan gjøres korte og enkle eller mer omfattende avhengig av anskaffelsens verdi, omfang, art og kompleksitet. Oppdragsgiveren kan eksempelvis velge å gjennomføre ett eller flere forhandlingsmøter ansikt til ansikt, eller han kan velge å kun ha et kort nettmøte eller ta en telefon til leverandørene. Oppdragsgiveren kan forhandle om hele tilbudet og betingelsene for dette eller konsentrere seg om kun utvalgte deler av tilbudet som han ønsker å få forbedret.

Dersom oppdragsgiveren velger å gå i forhandlinger med samtlige leverandører trenger han ikke å rangerer tilbudene før han gjennomfører dialog og han trenger ikke skille mellom hva som er dialog i form av avklaringer og hva som er dialog i form av forhandlinger. Både avklaringer og forhandlinger kan gjøres samlet i den dialogen som oppdragsgiveren velger å gjennomføre med leverandørene

Dersom oppdragsgiveren kun vil forhandle med noen av leverandørene, må han foreta en utvelgelse på bakgrunn av en rangering av tilbudene slik de foreligger ved tilbudsfristens utløp. Utvelgelsen skal skje i henhold de fastsatte tildelingskriteriene. Velger oppdragsgiveren å gå i dialog i med tre, fem eller ti leverandører, må han gå i dialog med de tre, fem eller ti leverandørene som har gitt det beste tilbudet etter rangeringen. Ønsker oppdragsgiveren å ha dialog med kun én enkelt leverandør, må dette bli den leverandøren som har gitt det beste tilbudet i henhold til tildelingskriteriene. Dersom noen av tilbudene inneholder uklarheter eller avvik som gjør det vanskelig å rangere tilbudene må oppdragsgiveren vurdere om disse kan prissettes og dermed rangeres.

Oppdragsgiveren kan også velge å avklare uklarhetene og avvikene, før han foretar en rangering og utvelgelse av tilbudene han vil forhandle med. Dialogen må i så fall deles opp i to faser. I første fase foretas dialog i form av avklaringer og i andre fase gjennomføres forhandlinger. Det er viktig at oppdragsgiveren i første fase kun holder seg til å avklare uklarhetene eller avvikene. Dersom oppdragsgiveren begynner å forhandle om forhold som går ut over avviket og uklarheter vil dette være i strid med likebehandlingsprinsippet.

Leverandørene har ikke krav på å få endret andre forhold ved sitt tilbud enn de forholdene som oppdragsgiveren har valgt å gå i dialog om. Dette følger av at leverandøren bærer risikoen for tilbudets innhold, jf. § 9-1 annet ledd.

Eksempel

Oppdragsgiveren finner at en leverandør har et svært interessant tilbud, men at tilbudet inneholder en uklarhet som gjør at det ikke er blant de beste tilbudene når oppdragsgiveren skal rangere etter tildelingskriteriene. Dersom oppdragsgiveren vil forhandle med denne leverandøren må han som følge av likebehandlingsprinsippet velge å invitere alle leverandører som har levert bedre tilbud til forhandlingene. Oppdragsgiveren vil som et annet alternativ kunne velge å først ha dialog som avklarer uklarhetene. Dersom avklaringen innebærer at tilbudet rangeres høyere, som for eksempel nr. 2 etter tildelingskriteriene, kan oppdragsgiveren deretter velge ut de tre beste leverandørene til forhandlinger.

12.1.4.4 Hvem kan oppdragsgiveren ha dialog med?

Oppdragsgiveren kan velge å ha dialog med en eller med flere leverandører, jf. § 9-3 annet ledd. Oppdragsgiveren kan velge å gå i dialog med samtlige leverandører som har levert tilbud og vil da ikke måtte foreta en utvelgelse. Dersom oppdragsgiveren ikke vil gå i dialog med alle leverandører må han foreta en utvelgelse. Utvelgelsen må skje i tråd med likebehandlingsprinsippet slik at dersom oppdragsgiveren velger å gå i dialog i med tre, fem eller ti leverandører, må han gå i dialog med de tre, fem eller ti leverandørene som har gitt det beste tilbudet etter rangeringen.

Eksempel

Oppdragsgiveren mottar 12 tilbud i konkurransen. Oppdragsgiveren ønsker å gjennomføre dialog i form av forhandlinger og vil kun forhandle med noen av tilbudene. Oppdragsgiveren kan ikke velge å gjennomføre dialog med tilbudene som er rangert som nr. 1, nr. 2, nr. 3 og nr. 5 uten å også inkludere tilbudet som er rangert som nr. 4.

Oppdragsgiveren har også muligheten til å starte dialogen med én eller flere leverandører, og så trekke inn flere leverandører senere dersom han ikke oppnår ønskede resultater med denne eller disse leverandørene. Oppdragsgiveren har også muligheten til å starte med noen leverandører og så trekke inn flere leverandører senere dersom han ikke oppnår ønskede resultater med disse leverandørene. Omvendt har oppdragsgiver også mulighet til å starte forhandlingene med flere leverandør og så redusere antallet etter hvert.

12.2 Avvisning

12.2.1 Avvisning på grunn av formalfeil

Reglene om avvisning på grunn av formalfeil i forskriften del II er helt like reglene i del III. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i punkt 36.2.

12.2.2 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

De obligatoriske avvisningsgrunnene i § 9-5 første og annet ledd er med et unntak like de tilsvarende avvisningsgrunnene i § 24-2 første og annet ledd. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i punkt 36.3. Det gjøres oppmerksom på at den obligatoriske avvisningsgrunnen i § 24-2 første ledd bokstav b (manglende oppfyllelse av plikten til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter) ikke gjelder for del II-anskaffelser. I forskriften del II er dette kun en frivillig avvisningsgrunn, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav a.

Det er videre angitt i § 9-5 sjette ledd at reglene om identifikasjon i § 24-3, utskiftning av leverandører i § 24-4, tiltak for å unngå avvisning i § 24-5, avvisningsperiode i § 24-6 og dokumentasjons for fravær av avvisningsgrunner i § 24-7 gjelder tilsvarende. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i punktene 36.5 til 36.9.

Departementet vil komme tilbake med veiledning om de frivillige avvisningsgrunnene på grunn av forhold ved leverandøren.

12.2.3 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

Departementet vil komme tilbake med veiledning om reglene i § 9-6 om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet.

12.2.4 Fremgangsmåten ved avvisning

Reglene om fremgangsmåte ved avvisning i § 9-7 er med et unntak like reglene i § 24-10 i forskriften del III. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i punkt 36.4.

Forskjellen mellom reglene er at annet ledd i § 9-7 og § 24-10 er utformet forskjellig. Bakgrunnen for forskjellen er at adgangen til dialog etter del II styres av de nye tilbudsprosedyrene (åpen og begrenset tilbudskonkurranse), mens avklaringsadgangen etter del III styres av bestemmelsen om ettersending og avklaring i § 23-5. Dette innebærer at oppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning ved anskaffelser etter del II til han har gjennomført en dialog med leverandøren.

13 Avslutning av konkurransen

13.1 Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse

Reglene om meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse i § 10-1 er hovedsakelig like reglene i § 25-1 i forskriften del III. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i punkt 37.1.

13.2 Karensperiode før inngåelse av kontrakt

Oppdragsgiveren skal i meddelelsen om valg av leverandør angi en karensperiode.²⁰⁰ Kontrakten med valgt leverandør kan først inngås etter at denne karensperioden er utløpt, jf. § 10-2. En karensperiode er tidsrommet mellom meddelelsen om valget av leverandøren og det tidspunktet oppdragsgiveren tidligst kan inngå kontrakten.²⁰¹

Forskriften del II spesifiserer ikke noen konkret karensfrist på grunn av mer fleksible prosedyrekrav. Her er det krav om at kontrakten tidligst kan inngås etter utløpet av en "*rimelig karensperiode*". Det gjelder altså ikke et krav om en bestemt minimumsperiode på et visst antall dager for disse anskaffelsene.

Hva som utgjør en "*rimelig karensperiode*" vil avhenge av en konkret vurdering, herunder av anskaffelsens kompleksitet, størrelsen på anskaffelsen og hvilke tildelingskriterier som er stilt. Ved for eksempel små og ukompliserte anskaffelser av hyllevarer, ved bruk av tildelingskriteriet "*lavest pris*" og ved anskaffelser som haster veldig, vil det kunne fastsettes en kortere karensperiode enn ved for eksempel større og mer kompliserte anskaffelser.

Karensperioden som gis må være tilstrekkelig lang til at leverandørene får reell mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å etterprøve anskaffelsesprosessen med å klage og/eller begjære midlertidig forføyning.

Der oppdragsgiveren tar utgangspunkt i minimumsperioden på 10/15 dager, jf. kravene i forskriften del III²⁰², vil dette imidlertid alltid måtte anses som "*rimelig tid*". Oppdragsgiveren kan naturligvis etter omstendighetene vurdere det som hensiktsmessig med en lengre karensperiode.

Kravet om karensperiode gjelder ikke når oppdragsgiveren ikke har plikt til å kunngjøre konkurransen, jf. § 8-17 femte ledd. Dette gjelder for det første når oppdragsgiveren inngår en tjenestekontrakt med vinneren eller en av vinnerne av en plan- og designkonkurranse, såfremt alle vinnerne av plan- og designkonkurransen blir invitert til å gi tilbud. For det andre gjelder det ved inngåelse av kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdiene etter unntakene i §§ 13-3 og 13-4.

Kravet til karensperiode får heller ikke anvendelse når den valgte leverandøren er den eneste berørte leverandøren og når oppdragsgiveren tildeler kontrakter under en rammeavtale.

For anskaffelser av særlige tjenester over EØS-terskelverdien i § 5-3 annet ledd gjelder reglene om karensperiode i § 25-2.

For nærmere informasjon om karensperiode, vises det til veiledningen til de tilsvarende bestemmelsene i forskriften del III i punkt 37.2.

²⁰⁰ Jf. § 10-1 første ledd annen setning.

²⁰¹ Jf. definisjonen i § 4-5 bokstav g.

²⁰² Jf. § 25-2.

13.3 Suspensjon av oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt om særlige tjenester

Ved anskaffelser av særlige tjenester over EØS-terskelverdien i § 5-3 tredje ledd suspenderes oppdragsgiverens adgang til å inngå en kontrakt, dersom en leverandør begjærer en midlertidig forføyning etter oppdragsgiverens valg av leverandør, jf. § 10-3. Ved en slik suspensjon får reglene i § 25-3 anvendelse.²⁰³ Det vises derfor til veiledningen til disse reglene i punkt 37.3.

13.4 Anskaffelsesprotokoll

Reglene om føring av anskaffelsesprotokoll i § 10-5 i forskriften del II og § 25-5 i forskriften del III er svært like. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i punkt 37.5.

14 Gjennomføring av kontrakten

14.1 Rammeavtaler

Departementet vil komme tilbake med veiledning til reglene om rammeavtaler i § 11-1.

14.2 Endringer i kontrakten

I løpet av kontraktsperioden kan det oppstå flere situasjoner hvor det kan være aktuelt for oppdragsgiveren å gjøre endringer i en inngått kontrakt. Det kan for eksempel være at oppdragsgiverens behov har endret seg over tid, at oppdragsgiveren ønsker å øke mengden av varer som skal leveres eller at oppdragsgiveren ønsker å forlenge kontrakten. Det kan også oppstå spørsmål om adgangen til å endre prisen, hvem som er parter i avtalen eller andre kontraktsvilkår. Spørsmål om endring i kontakt vil særlig være aktuelt for langvarige og komplekse kontrakter.

Endringer i kontrakt for anskaffelser etter forskriften del II reguleres i § 11-2. Bestemmelsen åpner opp for at oppdragsgiveren kan foreta endringer som ikke er vesentlige uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften. Det legges opp til en friere vurdering ved endring i kontrakt etter del II, enn etter den tilsvarende bestemmelsen i del III. Adgangen til å gjøre endringer er således noe større etter del II.

Oppdragsgiveren må foreta en konkret helhetsvurdering av hva som utgjør en "vesentlig" endring. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. I vurderingen skal det ses hen til om endringen medfører at kontraktens overordnede karakter endres. Det vil da ha betydning om kontrakten går over til å bli "*noe annet*" enn det som opprinnelig var avtalt, og om det derfor i realiteten er tale om en ny anskaffelse. Her kan momentene angitt i § 28-2 i forskriften del III være relevante for vurderingen. Det må da blant annet tas hensyn til om endringen ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt i konkurransen, eller at oppdragsgiveren kunne ha tildelt kontrakten til en annen leverandør. På samme måte kan

²⁰³ Jf. § 10-3 annet ledd.

det også ha betydning om den økonomiske balansen i kontrakten endres til fordel for leverandøren.

Selv om vurderingen av hva som er en "*vesentlig endring*" etter forskriften del II må vurderes konkret, vil det være av betydning om endringen er å anse som ikke-vesentlig etter bestemmelsene i del III. En endring som ikke er vesentlig etter del III, vil i all hovedsak heller ikke utgjøre en vesentlig endring etter del II. Det vises derfor til veiledningen om reglene i § 28-2 i kapittel 40.

Del III. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

15 Dialog med markedet

15.1 Innledning

Forskriften inneholder bestemmelser som regulerer oppdragsgiverens mulighet til å gjennomføre undersøkelser for å forberede anskaffelsen og ha dialog med leverandører før konkurransen.

Oppdragsgiveren har mulighet til å gjennomføre dialog med markedet før en anskaffelsesprosess iverksettes så lenge det ikke har konkurransevridende effekt eller strider mot prinsippet om likebehandling. Det er derfor viktig å sørge for at opplysninger som utveksles forut for konkurransen, ikke fører til at noen leverandører får konkurransefordeler i den etterfølgende konkurransen.

Dialog med markedet har vært mulig også etter gammelt regelverk, men dette fremkom ikke klart av selve regelverket. Dette har skapt usikkerhet. De nye bestemmelsene presiserer reglene for å skape klarhet for både oppdragsgivere og leverandører.

15.2 Nærmere om bestemmelsene

Det er like bestemmelser i forskriften del II og III. Forskriften §§ 8-1 og 12-1 regulerer forberedende undersøkelser og §§ 8-2 og 12-2 har bestemmelser om dialog med leverandører før konkurransen.

15.2.1 Hvilke muligheter har oppdragsgiveren for dialog før konkurransen?

Ifølge §§ 8-1 og 12-1 første ledd kan oppdragsgiveren, før han setter i gang en anskaffelsesprosess, gjennomføre markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og gi informasjon til leverandørene om sine planer og behov. For dette formålet kan oppdragsgiveren søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører. Rådene kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsesprosedyren, men forutsetningen er at rådene ikke har som effekt at konkurransen blir vridd og ikke fører til brudd på likebehandlingsprinsippet.

Det følger av bestemmelsen at oppdragsgiveren kan innhente råd i forkant av en anskaffelse og ha dialog med markedet. Dialog mellom oppdragsgivere og leverandører kan være et godt redskap i forberedelsen av en anskaffelse for å skape den mest effektive konkurransen.

Eksempler på tilfeller hvor dialog er hensiktsmessig:

- Oppdragsgiveren kan ha dialog med leverandørene for å avdekke hva markedet kan levere i forbindelse med utformingen av en anskaffelse/konkurransegrunnlaget.
- Oppdragsgiveren kan ha behov for dialog med en eller flere leverandører for å få en oversikt over hvilke produkter, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som finnes på et bestemt marked. Det kan for eksempel være for å få nye ideer til løsning av en bestemt oppgave.
- Oppdragsgiveren kan ha behov for å kontakte leverandøren som allerede har/har hatt et konkret oppdrag for å få faktiske opplysninger om de oppgavene som er utført.
- Oppdragsgiveren kan også ha behov for å kontakte konkurrenter for å få inntrykk av om det kan ha oppstått nye måter å løse en oppgave på siden man gjennomførte siste anskaffelse.

Eksempler på ulike måter å gå i dialog med markedet:

- Invitere til dialogmøter og konferanser
- Delta på messer og andre steder hvor fagmiljøer møtes
- Aktivt søke råd i markedet
- Motta råd uoppfordret fra for eksempel leverandører, bransjer, rådgivere
- Bruke innleide konsulenter
- Legge hele eller deler av konkurransegrunnlaget, kravspesifikasjonen og kontraktsvilkår ut på "høring" til leverandørene.
- Det må vurderes for hver enkelt anskaffelse hvilke dialogaktiviteter som er best egnet. Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har utarbeidet informasjon og praktisk veiledning om dialog med markedet. På Difis anskaffelsessider, www.anskaffelser.no, finnes derfor mer informasjon om dette temaet, inkludert mer praktiske råd og tips. Se <https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesfaglige-temaer/dialog-med-markedet/kjoreregler-nar-du-skal-ha-dialog>.

15.2.2 Hva må oppdragsgiveren gjøre for å unngå forskjellsbehandling?

§§ 8-2 og 12-2 pålegger oppdragsgiveren en plikt til å treffe egnede tiltak for å utjevne eventuelle fordeler leverandører har fått ved at de har gitt råd til oppdragsgiveren forut for en konkurranse eller har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte. Bestemmelsens annet ledd sier at egnede tiltak kan være å sørge for at andre leverandører som deltar i konkurransen mottar de samme relevante opplysninger som er utvekslet i dialogen med leverandøren i planleggingen av konkurransen, eller å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne eventuelle fordeler.

15.2.3 Nærmere om konkurransevriddning og likebehandling

Reglene om forberedende undersøkelser og dialog er et utslag av det grunnleggende prinsippet om likebehandling. Likebehandling forutsetter at informasjon om betingelser og krav til produktet/tjenesten/bygge- og anleggsarbeidene gjøres kjent for alle leverandører samtidig.

Det er naturlig at en oppdragsgiver utarbeider konkurransegrunnlaget basert på dialog med markedet. Resultatet kan være at oppdragsgiveren kan basere sine tekniske krav, eller konkurransegrunnlaget generelt, på opplysninger fra en enkelt eller noen få leverandører. Et annet resultat kan være at en leverandør har fått tilgang til mer informasjon om anskaffelsen og oppdragsgivers behov enn andre og som gjør han bedre i stand til å utforme sitt tilbud. På denne måten kan det oppstå en risiko for at enkelte leverandører får en konkurransefordel.

Oppdragsgiveren skal derfor være særlig oppmerksom på om en rådgiver via det forberedende arbeidet får en fordel. §§ 8-2 og 12-2 angir at oppdragsgiveren skal treffe egnede tiltak for å sikre at en leverandør ikke får en urimelig konkurransefordel. Det kan også være en fordel at dialogen foregår med flere leverandører på markedet for å unngå favorisering.

Oppdragsgiveren skal i anskaffelsesprotokollen opplyse om tilfeller av inhabilitet eller konkurransevridding som følge av dialog med leverandører, og hvilke avhjelpende tiltak som er gjennomført, jf. § 10-5 bokstav j og § 25-5 bokstav I. En oppdragsgiver kan ikke offentliggjøre informasjon som er underlagt taushetsplikt. Det går frem av § 7-4 at reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av anskaffelser som er omfattet av forskriften.

Dersom det ikke er mulig for en oppdragsgiver å treffe egnede tiltak for å utligne en leverandørs konkurransefordel, kan det foreligge plikt til å avvise leverandøren i den etterfølgende anskaffelsen, jf. § 9-5 første ledd bokstav c i del II og § 24-2 første ledd bokstav d i del III. Oppdragsgiveren skal gi leverandøren en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen ikke vil medføre konkurransevridding.

16 Tillatte anskaffelsesprosedyrer

Hvilke anskaffelsesprosedyrer som kan brukes er regulert i § 13-1.

Oppdragsgiveren har alltid mulighet til å bruke anskaffelsesprosedyrene åpen anbudskonkurranse og begrenset anbudskonkurranse.²⁰⁴ Hvordan åpen anbudskonkurranse og begrenset anbudskonkurranse skal gjennomføres er beskrevet i henholdsvis punkt 34.2 og 34.3.

Anskaffelsesprosedyrene konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog kan bare benyttes når vilkårene i § 13-2 er oppfylt.²⁰⁵ Veiledning om vilkårene for bruk av disse prosedyrene kan finnes i kapittel 17. Hvordan prosedyrene skal gjennomføres er beskrevet i henholdsvis punkt 34.4 og 34.5.

Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.²⁰⁶ Det er gitt veiledning om hva et innovasjonspartnerskap er, når konkurranse om innovasjonspartnerskapet kan brukes og gjennomføring av innovasjonspartnerskapet i kapittel 39.

²⁰⁴ Jf. § 13-1 første ledd.

²⁰⁵ Jf. § 13-1 annet ledd.

²⁰⁶ Jf. § 13-1 tredje ledd.

I visse unntakstilfeller kan oppdragsgiveren også bruke prosedyrene konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring og anskaffelse uten konkurranse.²⁰⁷ Det er gitt veiledning om vilkårene for bruk av disse prosedyrene i kapittel 18.

17 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog

17.1 Hva er konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog?

Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring er en anskaffelsesprosedyre som gir oppdragsgiver adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider av tilbudene, jf. § 23-7. Ved konkurranse med forhandling må leverandørene først sende inn en forespørsel om å få delta i konkurransen slik at oppdragsgiver kan vurdere om de oppfyller de nødvendige kvalifikasjonskravene. Oppdragsgiveren kan velge å begrense antallet leverandører som får levere tilbud, jf. § 16-12. Bare de leverandører som er kvalifisert og utvalgt får invitasjon til å levere tilbud.

Konkurransepreget dialog er en anskaffelsesprosedyre som gir oppdragsgiver adgang til å gå i dialog med leverandørene om hvordan hans behov best kan oppfylles, jf. § 23-8. Ved konkurransepreget dialog må leverandørene først levere en forespørsel om å delta i konkurransen slik at oppdragsgiver kan vurdere om de oppfyller de nødvendige kvalifikasjonskravene. Oppdragsgiveren kan velge å begrense antallet leverandører som får levere tilbud jf. § 16-12. Bare de leverandørene som er kvalifisert og blir invitert av oppdragsgiver kan delta i dialogen. Under dialogfasen kan alle sider ved anskaffelsen drøftes med leverandørene.

17.2 Når er det tillatt å bruke konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog?

Oppdragsgiveren kan bare bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog dersom vilkårene i en av unntakstilfellene i § 13-2 er oppfylt, jf. § 13-1 annet ledd. Tilfellene er listet opp i § 13-2 og er der;

- oppdragsgiverens behov kan ikke oppfylles uten at det foretas tilpasninger i allerede tilgjengelige løsninger
- anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger
- anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle
- oppdragsgiveren kan ikke utforme kravspesifikasjonene tilstrekkelig presist ved henvisning til en standard, europeisk teknisk bedømmelse, felles teknisk spesifisering eller teknisk referanse.
- oppdragsgiveren mottok bare uakseptable tilbud i en forutgående åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse.

²⁰⁷ Jf. § 13-1 fjerde og femte ledd.

Hvorvidt vilkårene i de angitte unntakstilfellene er oppfylt må vurderes konkret for hver enkelt anskaffelse. Det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. Unntakstilfellene er beskrevet nærmere nedenfor i punkt 17.3 til 17.7.

De nye reglene utvider adgangen til å bruke prosedyrene konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog i forhold til §§ 14-2 og 14-3 i den tidligere forskriften²⁰⁸. De angitte unntakstilfellene i § 13-2 vil omfatte de fleste situasjoner der oppdragsgiver har et legitimt behov for å forhandle fordi bruk av åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke vil føre til et tilfredsstillende resultat. Forenklingsutvalget uttalte i denne forbindelse at "*slike prosedyrer vil kunne anvendes ved langt de fleste anskaffelser som ikke gjelder ordinære hyllevarer*".²⁰⁹

17.3 Oppdragsgiverens behov kan ikke oppfylles uten tilpasninger i allerede tilgjengelige løsninger

Det første unntakstilfellet som gir adgang til å bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog er der oppdragsgiveren har et behov som ikke kan oppfylles uten at det foretas tilpasninger i løsninger som allerede er tilgjengelig på dagens marked. Allerede tilgjengelige løsninger er løsninger som finnes på markedet og som ikke krever noen tilpasning for å dekke oppdragsgivers behov. Dette vil typisk være standardvarer, standardtjenester eller standardløsninger i forbindelse med bygge- og anleggsarbeid.

Unntakstilfellet omfatter de situasjonene hvor oppdragsgiver har et behov for å videreutvikle allerede eksisterende varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider. I slike tilfeller vil det kunne være vanskelig for oppdragsgiveren å definere varen eller tjenesten han har behov for, fordi han ønsker noe mer eller annet enn det som allerede foreligger på markedet. En slik tilpasning av eksisterende løsninger vil for eksempel kunne være nødvendig når anskaffelsen gjelder teknisk avanserte produkter og intellektuelle tjenester slik som eksempelvis enkelte konsulent-, arkitekt- og ingeniørtjenester.

Oppdragsgiveren har også adgang til å bruke unntaket der det kan tenkes flere ulike tilpasninger som kan oppfylle oppdragsgiverens behov. Det er ikke en forutsetning for å kunne bruke unntaket at det ikke er mulig å beskrive løsningen som oppdragsgiveren ønsker.²¹⁰

Det er ikke satt noen terskel for hvor store tilpasninger oppdragsgiveren må ha behov for å kunne bruke unntaket. Oppdragsgiveren må imidlertid ha et legitimt behov for forhandlinger. Bagatellmessige tilpasninger eller andre tilpasninger som det ikke er behov for vil ikke kunne begrunne bruk av unntaket.

²⁰⁸ [Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser](#).

²⁰⁹ [NOU 2014:4](#) s. 149.

²¹⁰ Se Arrowsmith (2014) s. 874.

Eksempel

Oppdragsgiveren har behov for et nytt IT-system. Det finnes en rekke IT-systemer i markedet, men ingen av disse kan oppfylle hans behov uten at det foretas tilpasninger. Tilpasningene som må foretas kan for eksempel knytte seg til at de eksisterende systemene mangler påkrevde funksjoner eller at utstyret må tilpasses oppdragsgiverens behov.

17.4 Anskaffelser som inkluderer design eller innovative løsninger

Det andre unntakstilfellet som gir adgang til å bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog er der oppdragsgiveren skal gjennomføre en anskaffelse som inkluderer design eller innovative løsninger. Innovative løsninger vil typisk være videreutvikling av eksisterende løsninger eller nye løsninger for eksisterende behov. Innovasjon er i § 4-5 bokstav h 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"*.

En innovativ løsning kan gjelde flere sektorer, markeder og teknologier og kan utvikle en ny vare eller en ny tjeneste. Designløsninger kan omfatte både estetisk eller teknisk design, og kan omfatte både materialvalg, brukervennlighet og lignende.

Tilfellet kan omfatte situasjoner hvor bygget som skal anskaffes ikke er et standardbygg eller der bygge- og anleggsarbeidene inkluderer designløsninger eller innovative løsninger.²¹¹ På samme måte som ved tilfeller der oppdragsgiver trenger en tilpasning i eksisterende løsninger, vil også design eller innovative løsninger kunne omfatte konsulent-, arkitekt- eller ingeniørtjenester hvor forhandlinger eller dialog kan være nødvendig for at oppdragsgiver skal få en løsning som oppfyller hans behov. Det vil også kunne omfatte store prosjekter innen informasjons- og kommunikasjonsteknologi der teknologien som eksisterer ikke oppfyller oppdragsgiverens behov og derfor nødvendiggjør at markedet utvikler innovative løsninger.²¹²

Det er ikke nødvendig at hele ytelsen skal bestå av design eller innovative løsninger for at oppdragsgiveren skal ha mulighet til å bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog. Det er ikke satt noen terskel for hvor stor del av anskaffelsen som må omfatte design eller innovative løsninger for at unntaket skal kunne brukes.

²¹¹[Direktiv 2014/24/EU](#), premiss 43 i fortalen.

²¹²[Direktiv 2014/24/EU](#), premiss 43 i fortalen.

Oppdragsgiveren må imidlertid ha et legitimt behov for forhandlinger. At anskaffelsen omfatter ubetydelige design- eller innovasjonselementer vil ikke kunne begrunne bruk av unntaket.

Eksempel

Oppdragsgiveren har behov for en innovativ løsning for å kunne tilby tilrettelagt leseundervisning for barn i flyktningeleirer. I stedet for å ansette pedagoger med språkkunnskaper til å lære barna å lese ønsker oppdragsgiver en løsning som flere barn kan anvende samtidig.

Oppdragsgiveren beskriver behovet sitt i anskaffelsen. Ulike markedsaktører innen spillteknologi, arabisk, pedagogikk og psykologi mobiliseres og jobber sammen med finne en innovativ løsning som svarer til behovet for leseundervisning. Aktørene utvikler en ny og innovativ digital spilløsning som barna kan bruke samtidig og som vil gjøre det morsomt og motiverende å lære å lese.

Eksempel

Oppdragsgiveren har behov for en løsning for sentral styring av strømbruket i sine bygg som ikke eksisterer i dagens marked. Oppdragsgiveren har tidligere kjøpt inn løsninger som muliggjør en lokal styring av de enkelte byggene, men hvor sentralstyring ikke er mulig.

Oppdragsgiveren beskriver behovet sitt for sentralstyring i anskaffelsen i stedet for å spesifisere typen løsning de ønsker å kjøpe. Markedet kommer frem til en innovativ løsning som muliggjør sentral styring av ventilasjon, alarmer, automasjon osv. i en programvare som håndteres fra en pc.

17.5 Anskaffelsens karakter, kompleksitet, tilknyttet risiko m.m. gjør det nødvendig med forhandlinger

Det tredje unntakstilfellet som gir adgang til å bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog er der anskaffelsens karakter eller kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig med forhandlinger eller dialog. I anskaffelsesdirektivets fortale er det angitt at prosedyrene kan være nyttige der

oppdragsgiveren ikke klarer å definere hvordan deres behov skal oppfylles eller vurdere hva markedet kan tilby når det gjelder tekniske, økonomiske eller juridiske løsninger.²¹³

Når det gjelder teknisk kompleksitet er det særlig to forhold som kan oppstå. For det første kan anskaffelsen være så teknisk kompleks at oppdragsgiveren ikke er i stand til å beskrive løsningen han ønsker teknisk. Det andre tilfellet er at det finnes flere mulige tekniske løsninger, men at oppdragsgiveren ikke er i stand til å bestemme hvilken av disse som best oppfyller hans behov.²¹⁴

Juridisk kan anskaffelsen være kompleks fordi man må forhandle om elementer knyttet til risikoen for prosjektet, ansvar for feil og mangler i prosjektet og erstatningsansvar. Den finansielle kompleksiteten kan knytte seg til finansieringen av prosjektet. For eksempel kan det være vanskelig å vurdere om finansieringen bør skje gjennom bevilgning fra det offentlige, brukerbetaling eller ved en kombinasjon av disse.

Situasjoner der kompleksiteten av anskaffelsen gjør det nødvendig med forhandlinger eller dialog kan særlig oppstå ved innovative prosjekter, gjennomføring av viktige integrerte prosjekter vedrørende infrastruktur for transport, store datanettverk eller prosjekter som omfatter kompleks og strukturert finansiering.²¹⁵ I disse situasjonene kan ikke nødvendigvis de finansielle og juridiske forholdene fastsettes i forveien, men må sikres gjennom forhandlinger eller dialog.²¹⁶

17.6 Kravspesifikasjonene kan ikke fastsettes ved henvisning til en standard, teknisk referanse e.l.

Det fjerde unntakstilfellet hvor oppdragsgiveren kan bruke konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog er der kravspesifikasjonene ikke kan utformes tilstrekkelig presist ved henvisning til en standard, europeisk teknisk bedømmelse, felles teknisk spesifisering eller teknisk referanse.

Hva som utgjør en standard, en europeisk teknisk bedømmelse, felles teknisk spesifisering eller teknisk referanse er definert i § 4-4. Ulike tekniske krav kan ofte defineres ved at det i kravspesifikasjonene gis en henvisning til en av disse dokumentene.

Dette unntakstilfellet viser bare til at kravspesifikasjonene ikke kan fastsettes tilstrekkelig presist med henvisning til standarder mv. Unntakstilfellet kan derfor brukes selv om oppdragsgiveren kan utforme kravspesifikasjonene ved å stille funksjonskrav istedenfor en henvisning til standarder mv.

²¹³ [Direktiv 2014/24/EU](#), premiss 42 i fortaleten.

²¹⁴ [European Commission, Explanatory Note, Competitive Dialogue, Classic Directive.](#)

²¹⁵ [Direktiv 2014/24/EU](#), premiss 42 i fortaleten.

²¹⁶ Eksempelet er hentet fra [European Commission, Explanatory Note, Competitive Dialogue, Classic Directive.](#)

17.7 Oppdragsgiveren mottok bare uakseptable tilbud i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse

Det femte unntakstilfellet er der oppdragsgiveren i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud. Det er et krav at samtlige tilbud som har kommet inn i konkurransen er uakseptable. Det kreves imidlertid ikke at de er uakseptable av samme grunn

At et tilbud er uakseptabelt vil si at oppdragsgiveren ikke kan akseptere det av ulike grunner. I § 13-2 bokstav e er det listet opp en rekke forhold som kan gjøre et tilbud uakseptabelt for oppdragsgiver. I hovedsak er dette forhold som gjør at tilbudet kan eller skal avvises. Oppstillingen består av de vanligste eller typiske tilfellene som kan gjøre at et tilbud ikke kan aksepteres, men den er ikke uttømmende. Det åpnes også for at andre avvisningsgrunner eller lignende forhold til de som er listet opp, kan gjøre tilbudet uakseptabelt.

Av forholdene som listes opp er det første at et tilbud kan være uakseptabelt fordi det inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige. Etter § 24-8 annet ledd bokstav a er dette forhold som gjør at oppdragsgiveren kan avvise tilbudet. Begrepet avvik dekker både de situasjoner hvor tilbudet innholdsmessig ikke er i overensstemmelse med kravspesifikasjonene i anskaffelsesdokumentene og de situasjoner hvor leverandøren i sitt tilbud har tatt forbehold mot disse. En uklarhet vil typisk være en formulering som er vanskelig å forstå, ikke gir tilstrekkelig informasjon, eller som kan tolkes på flere ulike måter.

Et tilbud er også uakseptabelt dersom det ikke er levert innen tilbudsfristen. Etter § 24-1 første ledd bokstav a er dette et forhold som gjør at oppdragsgiveren skal avvise tilbudet.

Videre er det uakseptabelt dersom det er levert av en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Etter § 24-2 første ledd bokstav a er dette et forhold som gjør at oppdragsgiveren skal avvise tilbudet.

Et tilbud kan videre være uakseptabelt dersom det er unormalt lavt. Et tilbud er uakseptabelt dersom det er unormalt lavt i forhold til ytelsen fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som er angitt i vedlegg 5, jf. § 24-8 første ledd bokstav c. Dersom det er andre grunner enn dette for at tilbudet er unormalt lavt, så kan det avvises og følgelig være uakseptabelt, jf. § 24-8 annet ledd bokstav b.

Tilbudet kan også være uakseptabelt, uavhengig av om det er unormalt lavt, dersom det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5. Etter § 24-8 annet ledd bokstav c er dette forhold som gjør at oppdragsgiveren kan avvise tilbudet.

Tilbudet kan også være uakseptabelt dersom det overstiger oppdragsgiverens budsjett som dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen. Etter § 24-8 annet ledd bokstav d er dette forhold som gjør at oppdragsgiveren kan avvise tilbudet.

Tilbudet kan videre være uakseptabelt dersom det foreligger bevis for ulovlig tilbudssamarbeid eller korrupsjon.

Eksempel

Oppdragsgiveren mottar fem tilbud. Ett av tilbudene kommer fra en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Et annet tilbud overstiger oppdragsgiverens fastsatte budsjett. Oppdragsgiveren kan ikke i denne situasjonen avlyse konkurransen og bruke konkurranse med forhandling etter forutgående konkurranse eller konkurransepreget dialog, fordi de tre resterende tilbudene som har kommet inn i konkurransen er akseptable. Oppdragsgiveren må dermed tildele kontrakt til ett av disse tilbudene.

18 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og anskaffelse uten konkurranse

18.1 Innledning

Hovedregelen i forskriften del III er at alle anskaffelser skal kunngjøres på Doffin. Det finnes imidlertid unntak fra denne hovedregelen.

Oppdragsgiveren kan benytte anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom et av vilkårene for unntak i § 13-3 er oppfylt. I de nærmere angitte tilfellene foreligger det årsaker som gjør at det ikke er effektiv ressursbruk å kunngjøre anskaffelsen. Oppdragsgiveren må imidlertid oppfylle det grunnleggende kravet om konkurranse.

Oppdragsgiveren kan videre gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom et av vilkårene i § 13-4 er oppfylt. I de nærmere angitte tilfellene foreligger det årsaker som gjør at det i praksis ikke er mulig å skape konkurransen om anskaffelsen. Forskjellen fra § 13-3 er altså at dersom vilkårene i § 13-4 er oppfylt, så må ikke oppdragsgiveren gjennomføre en konkurranse.

Departementet vil i det videre gjennomgå når det er tillatt å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i punkt 18.2 og når det er tillatt å gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse i punkt 18.3.

18.2 Når er det tillatt å bruke konkurranse med forhandling uten kunngjøring

18.2.1 Innledning

Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom vilkårene i et av unntakstilfellene i § 13-3 er oppfylt. Dette er:

- Oppdragsgiveren mottok bare uakseptable tilbud i en forutgående åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse
- Oppdragsgiveren mottok ikke forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse
- Oppdragsgiveren skal inngå kontrakt om varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, og undersøkelses- eller utviklingsformål
- Oppdragsgiveren skal inngå en tjenestekontrakt med en av vinnerne av en plan- og designkonkurranse
- Oppdragsgiveren kan ikke overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling
- Oppdragsgiveren skal inngå en kontrakt som gjelder dekningskjøp som er nødvendige fordi en kontrakt er kjent uten virkning.

Prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring utgjør som nevnt et unntak fra hovedregelen om at alle anskaffelser skal kunngjøres. Vilåårene for bruk av prosedyren skal derfor tolkes restriktivt og det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden for at vilåårene er oppfylt. Der oppdragsgiveren velger å anvende prosedyren må han begrunne hvorfor dette var nødvendig i anskaffelsesprotokollen, jf. § 25-5 bokstav e.

Dersom oppdragsgiveren kan godtgjåre at ett av vilåårene er oppfylt, er oppdragsgiveren fritatt fra kunngjåringssplikten og forhandlingsforbudet. Bestemmelsen gir imidlertid ikke et generelt unntak fra regelverket i forskriften del III. Oppdragsgiveren må fålge de øvrige prosedyrereglene i del III så langt de passer.²¹⁷

Oppdragsgiveren er heller ikke fritatt fra kravene som fålger av de grunnleggende prinsippene og må derfor blant annet overholde prinsippet om konkurranse. Bestemmelsen i § 13-3 skiller seg her fra bestemmelsen i § 13-4 hvor oppdragsgiveren er fritatt fra å fålge prinsippet om konkurranse fordi det kun er en aktuell leverandør som kan levere ytelsen.

18.2.2 Uakseptable tilbud

Det første unntakstilfellet er der oppdragsgiveren i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud, jf. § 13-3 bokstav a. Bestemmelsen viser til § 13-2 bokstav e som lister opp en rekke forhold som kan gjåre et tilbud uakseptabelt for oppdragsgiveren.

18.2.2.1 Når er et tilbud uakseptabelt?

At et tilbud er uakseptabelt vil si at oppdragsgiveren ikke kan akseptere det. Det kan være ulike grunner til dette, men i hovedsak er det tale om forhold som gjåre at tilbudet skal eller kan avvises. Listen i § 13-2 bokstav e består av de vanligste eller typiske tilfellene som kan gjåre at et tilbud ikke kan aksepteres, men den er ikke uttømmende. Det åpnes også for at andre avvisningsgrunner eller lignede forhold til de som er listet opp, kan gjåre tilbudet uakseptabelt. Det er en objektiv vurdering som må legges til grunn når det skal avgjåres om et tilbud er uakseptabelt.

For det nærmere innholdet i grunnene som listes opp i § 13-2 bokstav e og vurderingen av hva som utgjår et uakseptabelt tilbud, vises det til veiledningen i punkt 17.7.

²¹⁷ [NOU 2014:4](#) s. 110.

18.2.2.2 Hvordan skal oppdragsgiveren gjennomføre konkurransen?

Dersom oppdragsgiveren kun har mottatt uakseptable tilbud, plikter han å invitere alle leverandørene som ga tilbud i den forutgående anbudskonkurransen, med unntak av eventuelle leverandører som ble avvist etter §§ 24-1 eller 24-2, til en ny konkurranse. Oppdragsgiveren har kun anledning til å invitere de leverandørene som ga tilbud og kan ikke inkludere nye leverandører til konkurransen. I gjennomføringen av konkurransen skal oppdragsgiveren følge prosedyrereglene i forskriften del III så langt de passer.

Når oppdragsgiveren gjennomfører den nye konkurransen, kan han ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene fra den konkurransen som opprinnelig ble kunngjort. Hva som utgjør en vesentlig endring må avgjøres ut fra en konkret vurdering, men et sentralt element i vurderingen vil være hensynet til potensielle leverandører som ikke var med i den opprinnelige konkurransen. Dersom endringene som foretas er av en slik karakter at de kan påvirke hvilke leverandører som ønsker eller har mulighet til å delta i konkurransen, vil det være i strid med likebehandlingsprinsippet.

18.2.3 Mislykket forutgående konkurranse

Det andre unntakstilfellet er der oppdragsgiveren har gjennomført en mislykket forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Bestemmelsen kan ikke anvendes dersom den forutgående konkurransen var en konkurranse med forhandling.

Bakgrunnen for unntaket er at anskaffelsen i slike tilfeller allerede har vært kunngjort en gang. En ny kunngjøring vil normalt sett ikke føre til et annet resultat enn den første utlysningen.

18.2.3.1 Når har en konkurranse vært mislykket?

En konkurranse har vært mislykket dersom oppdragsgiveren ikke mottok noen forespørsler om å delta i konkurransen i en begrenset anbudskonkurranse eller noen tilbud i en åpen anbudskonkurranse, jf. § 13-3 bokstav b.

Konkurransen anses også som mislykket dersom oppdragsgiveren bare mottok forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud som skulle eller kunne avvises etter § 24-2.

Konkurransen anses videre som mislykket dersom oppdragsgiveren bare mottok tilbud som åpenbart ikke oppfylte hans behov eller med vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Det må foretas en objektiv vurdering av om tilbudene oppfyller de behov og krav som oppdragsgiveren har stilt, og om tilbudene vesentlig avviker fra disse.

Rettsavgjørelse

[Sak C-250/07 \(Kommissjonen mot Hellas\)](#)

Saken gjaldt en anskaffelse av to termoelektriske enheter til et gresk kraftverk som ble foretatt som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter at alle de mottatte tilbud i den forutgående konkurransen ble ansett som uegnede. Begrunnelsen for dette var at de ikke var i overensstemmelse med forskjellige minimums- og maksimumsverdier for tekniske parametere som var satt i konkurransegrunnlaget. En slik overensstemmelse var nødvendig for at oppdragsgiveren skulle nå mål fastsatt i lov eller administrative bestemmelser.

EU-domstolen kom til at de tekniske kravene ikke var overdrevent strenge eller upassende. Når de konkrete avvikene ikke bare var unøyaktigheter eller detaljer, men gjorde at tilbudene ikke oppfylte oppdragsgiverens behov, ble de ansett som uegnet.

Unntaket kommer ikke til anvendelse dersom årsaken til at tilbudene ikke oppfyller oppdragsgiverens behov er at oppdragsgiveren ombestemmer seg med hensyn til hva som skal anskaffes, eller dersom årsaken til at konkurransen var mislykket var at konkurransegrunnlaget var misvisende eller upresist. I slike tilfeller må oppdragsgiveren avlyse konkurransen og igangsette en ny anskaffelsesprosess.

18.2.3.2 Hvordan skal oppdragsgiveren gjennomføre konkurransen?

Dersom oppdragsgiveren har hatt en mislykket konkurranse og kan foreta en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, må han likevel sørge for å overholde prinsippet om konkurranse. Han må derfor kontakte flere leverandører som kan delta i konkurransen med forhandling. Det ligger ikke her noe krav om at oppdragsgiveren må kontakte de samme leverandørene som de som deltok i den mislykkede konkurransen. I gjennomføringen av konkurransen skal oppdragsgiveren følge prosedyrereglene i forskriften del III så langt de passer.

Oppdragsgiveren kan ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene. Hva som utgjør en vesentlig endring må avgjøres ut fra en konkret vurdering, men et sentralt element i vurderingen vil være hensynet til potensielle leverandører som ikke var med i den opprinnelige konkurransen. Dersom endringene som foretas er av en slik karakter at de kan påvirke hvilke leverandører ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, vil det være i strid med likebehandlingsprinsippet.

18.2.4 Kontrakter om varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, og undersøkelses- eller utviklingsformål.

Det tredje unntakstilfellet er der oppdragsgiveren inngår kontrakter som gjelder varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, og undersøkelses- eller utviklingsformål, jf. § 13-3 bokstav c. Denne typen kontrakter blir gjerne betegnet som FoU-kontrakter. Unntaket gjelder kun for varekontrakter. Merk at visse kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester kan unntas anskaffelsesloven og forskriften etter § 2-5.

18.2.4.1 Hva er en FoU-kontrakt?

En FoU-kontrakt kan brukes når leverandørene skal utvikle et nytt produkt eller en løsning som oppdragsgiveren har behov for, og som ikke finnes tilgjengelig på markedet.

I vurderingen av om noe skal anses som en FoU-kontrakt er det ikke tilstrekkelig at den betegnes som en FoU-kontrakt. Oppdragsgiveren må kunne sannsynliggjøre at resultatet av arbeidet vil føre til ny kunnskap eller teknologi eller til ny bruk av eksisterende teknologi.

Unntaket kan ikke anvendes dersom kontrakten helt eller delvis har et kommersielt formål. Dette innebærer at man ikke kan bruke bestemmelsen dersom en ønsker å produsere varen for kommersielt videresalg, selv om formålet er å dekke kostnadene forbundet med utviklingen av varen. Heller ikke dersom det skal foregå produksjon av en vare for å påvise dens kommersielle potensiale, vil bestemmelsen kunne benyttes. Sistnevnte vil eksempelvis være tilfellet dersom det skal utvikles prototyper, hvor det skal benyttes nye teknikker eller materialer.

18.2.4.2 Hvordan skal oppdragsgiveren gjennomføre konkurransen?

Oppdragsgiveren må overholde prinsippet om konkurranse, og må derfor invitere flere leverandører til å delta i konkurransen. I gjennomføringen av konkurransen skal oppdragsgiveren følge prosedyrereglene i forskriften del III så langt de passer.

18.2.5 Kontrakter med en av vinnerne av en plan- og designkonkurranse

Det fjerde unntakstilfellet er at det skal inngås en tjenestekontrakt med en av vinnerne av en forutgående plan- og designkonkurranse, jf. § 13-3 bokstav d. Unntaket gjelder kun for tjenestekontrakter. Unntaket gjelder videre bare der det har blitt utpekt flere vinnere av den forutgående plan- og designkonkurransen.

Bakgrunnen for unntaket er at det i disse tilfellene allerede har vært en kunngjøring og konkurranse om utarbeidelse av en plan eller et design gjennom plan- og designkonkurransen. Unntaket kan derfor brukes til å gjennomføre en konkurranse om en etterfølgende tjenestekontrakt om utførelsen av den utarbeidede planen eller prosjektet.

18.2.5.1 Hva er en plan- og designkonkurranse?

En plan- og designkonkurranse er en anskaffelsesprosedyre som gjør det mulig for oppdragsgiveren å få utarbeidet et planleggings- eller prosjekteringsarbeid, inkludert et design, gjennom en konkurranse der en jury kårer en eller flere vinnere²¹⁸.

Oppdragsgiveren kan gjennomføre en plan- og designkonkurranse utelukkende ved å foreta en premiering eller utbetaling til vinneren eller vinnerne av konkurransen uten å foreta inngåelse av en etterfølgende tjenestekontrakt. Eller han kan velge å gjennomføre en påfølgende konkurranse for å tildele en kontrakt om å levere det aktuelle prosjektet til den eller de leverandørene som oppdragsgiveren har utpekt som vinner eller vinnere av konkurransen. I sistnevnte tilfelle er det opp til oppdragsgiveren om han vil gi premier eller utbetalinger til deltakerne i plan- og designkonkurransen.

Unntaksbestemmelsen relaterer seg kun til det tilfellet, der juryen har utpekt flere vinnere av plan- og designkonkurransen slik at det er mulig å gjennomføre en konkurranse blant disse om tjenestekontrakten. Tilfellene hvor juryen kun har utpekt en vinner og oppdragsgiveren

²¹⁸ Jf. § 31-1.

ønsker å inngå kontrakt direkte med denne er regulert i § 13-4 bokstav g og omtales nedenfor i punkt 18.3.8.

18.2.5.2 Hvordan skal oppdragsgiveren gjennomføre konkurransen?

Alle vinnerne av plan- og designkonkurransen skal inviteres til å gi tilbud, jf. § 13-3 bokstav d siste setning. Det er ikke mulig å inkludere andre enn vinnerne i den forutgående plan- og designkonkurransen. I gjennomføringen av konkurransen skal oppdragsgiveren følge prosedyrereglene i forskriften del III så langt de passer.

18.2.6 Umulig å overholde frister

Det femte unntakstilfellet er at 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 skyldtes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse, jf. § 13-3 bokstav e.

Det er fire vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal kunne anvendes:

- Det må foreligge et særlig forhold som oppdragsgiveren selv ikke er skyld i.
- Det særlige forholdet var ikke noe oppdragsgiveren kunne forutse.
- Det særlige forholdet gjør det umulig å overholde minimumsfristene i forskriften kapittel 20.
- Det må være årsakssammenheng mellom den uforutsette begivenheten og at det er umulig å overholde minimumsfristene.

18.2.6.1 Hvilke forhold kan begrunne bruk av unntaksbestemmelsen?

De typiske forhold som gjør det umulig å overholde fristene i de andre prosedyrereformene er såkalte force majeure-lignende forhold, som jordskjelv, oversvømmelser, brann eller lignende. Også omstendigheter som ikke kvalifiserer til force majeure, men som kan være uforutsette, kan gjøre at unntaket kan anvendes. Dette kan eksempelvis være tilfelle dersom oppdragsgiverens leverandør uventet går konkurs, og dette medfører fare for liv eller helse.

Dersom oppdragsgiveren selv er skyld i forholdene, kan unntaket ikke komme til anvendelse.

18.2.6.2 Hva gjør at forholdene ikke kunne forutsees?

Det må foretas en objektiv vurdering av hva som skal anses som uforutsette forhold. Det avgjørende vil være hva en normalt påpasselig oppdragsgiver ville kunne forutsett med forsvarlige rutiner.²¹⁹ Oppdragsgiveren må vurdere alle forhold som kan få betydning for gjennomføringen i planleggingen av anskaffelsen, eksempelvis om det kan være faglige eller politiske prosesser som vil påvirke tidsbruken for gjennomføringen av konkurransen. Dette inkluderer også eventuelle forlengelser av den normale saksbehandlingstiden som følge av eksempelvis innvendinger fra en overordnet myndighet.²²⁰ Dårlig planlegging kan aldri begrunne bruk av unntaksbestemmelsen.²²¹

²¹⁹ Dragsten (2013) s. 298.

²²⁰ Dragsten (2013) s. 299.

²²¹ [Sak C-385/02 \(Magistrato per il Po de Parma\)](#), premiss 26 - 28.

18.2.6.3 Når vil det være umulig å overholde fristene for andre anskaffelsesprosedyrer?

Oppdragsgiveren må sannsynliggjøre at det vil være umulig å overholde forskriftens frister for de normale anskaffelsesprosedurene i forskriften kapittel 20. Oppdragsgiveren må vurdere både om de alminnelige fristene og de fristene som gjelder i hastetilfeller er umulige å overholde. Umulig angir en høy terskel og det er derfor ikke tilstrekkelig at det er ekstra kostbart eller ressurskrevende å gjennomføre konkurransen etter disse fristene.

I kravet om umulighet ligger det også at det må være tvingende nødvendig å foreta en anskaffelse raskere enn det fristene i forskriften kapittel 20 tillater. Det kan være tvingende nødvendig eksempelvis fordi det får konsekvenser for oppdragsgiverens eiendom eller for liv og helse. Det kan eksempelvis være at det er nødvendig å foreta en anskaffelse for å skaffe livsnødvendige varer, som medisiner, matforsyning eller lignende.

Det vil ikke være tilstrekkelig grunnlag for å benytte unntaket at det foreligger sterkt politisk press om rask gjennomføring av et prosjekt.

18.2.6.4 Kravet om årsakssammenheng

Det må være årsakssammenheng mellom den uforutsette begivenheten og umuligheten. Med andre ord må årsaken til at fristene ikke kan overholdes skyldes de særlige omstendighetene som gjør en raskere anskaffelse nødvendig.

18.2.6.5 Omfanget av kontrakten

Størrelsen på og varigheten av kontrakten som inngås etter dette unntaket skal ikke være mer omfattende enn strengt nødvendig. Bestemmelsen kan derfor ikke benyttes til å inngå kontrakter av lenger varighet eller av større omfang enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Oppdragsgiveren må derfor inngå kontrakter av kortere varighet, og innen rimelig tid avholde en konkurranse i henhold til de alminnelige reglene i forskriften for kontrakter av lenger varighet.

18.2.6.6 Hvordan skal oppdragsgiveren gjennomføre konkurransen?

Oppdragsgiveren må overholde prinsippet om konkurranse og må derfor invitere flere leverandører til å delta i konkurransen. I gjennomføringen av konkurransen skal oppdragsgiveren følge prosedyrereglene i forskriften del III så langt de passer.

18.2.7 Kontrakt som gjelder nødvendige dekningskjøp

Det sjette unntakstilfellet er der oppdragsgiveren skal inngå en kontrakt som gjelder dekningskjøp som er nødvendige fordi en kontrakt er kjent uten virkning etter anskaffelsesloven § 13, jf. § 13-3 bokstav f. Bakgrunnen for unntaket er at oppdragsgiveren, dersom en kontrakt kjennes uten virkning, kan ha et reelt og umiddelbart anskaffelsesbehov, uten at det er mulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. I disse tilfellene ønsker man å unngå at oppdragsgiveren tvinges til å foreta en ulovlig direkte anskaffelse.

18.2.7.1 Hva er et dekningskjøp?

Et dekningskjøp er et kjøp som dekker oppdragsgiverens behov i tidsrommet det tar å få gjennomført en alminnelige anskaffelse.

Et dekningskjøp er aktuelt der en kontrakt kjennes uten virkning av retten og der anskaffelsen dermed kan bli betydelig forsinket sammenlignet med hva oppdragsgiver hadde planlagt. Dersom en kontrakt kjennes uten virkning og oppdragsgiveren fortsatt har et

behov for ytelsen, er hovedregelen at det skal gjennomføres en ny konkurranse i samsvar med de normale anskaffelsesprosedyrene. Ved gjennomføringen av en slik anskaffelse kan det fort gå noen måneder før oppdragsgiveren faktisk kan få levert ytelsen han har behov for. Dette kan være problematisk for en oppdragsgiver som har et umiddelbart behov. En eventuell stans i leveransene kan etter omstendighetene få alvorlige konsekvenser, for eksempel dersom oppdragsgiveren har behov for forbruksmateriell eller rengjøring på offentlige sykehus eller sykehjem. Det er i disse tilfellene på nærmere definerte vilkår mulig å foreta et dekningskjøp.

18.2.7.2 Vilkår for å foreta et dekningskjøp

Forutsetningene for å foreta et dekningskjøp er at:

- En kontrakt som er inngått etter en anskaffelsesprosess kjennes uten virkning
- Kjøpet er en nødvendig følge av at en kontrakt er kjent uten virkning
- Det er umulig å overholde fristene fastsatt i forskriften
- At en kontrakt ikke inngås for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en konkurranse i samsvar med regelverket.

18.2.7.2.1 En kontrakt kjennes uten virkning

Anskaffelsesloven § 13 regulerer søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning og fastsetter at retten skal kjenne en kontrakt med en verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene uten virkning i visse angitte tilfeller. Dette er når:

- Oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- Kontrakten tildeles under en rammeavtale med flere leverandører i strid med reglene om gjenåpning av konkurransen fastsatt i forskrift eller tildeles under en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift.
- Oppdragsgiveren har brutt lov eller forskrift som har påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten, og samtidig foretatt brudd på regler om karenperiode eller suspensjon fastsatt i forskrift som har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelsen.

18.2.7.2.2 Kjøpet er en nødvendig følge av at kontrakten kjennes uten virkning

Kravet om at kjøpet er en nødvendig følge av at kontrakten kjennes uten virkning må tolkes strengt. Betingelsene kan deles i to vilkår.

For det første er det et krav om at innkjøpet er nødvendig, det vil si at oppdragsgiveren ikke kan unnlate å foreta anskaffelsen. Det kan være at oppdragsgiveren har en lovpålagt plikt eller må dekke viktige behov som rengjøring, medisiner eller materiell. Det vil ikke være tilstrekkelig at det er besværlig for oppdragsgiveren å gjennomføre en konkurranse med kunngjøring, eksempelvis fordi det må avsettes ressurser til dette.

For det andre må nødvendigheten oppstå som følge av at kontrakten er kjent uten virkning. Selv om oppdragsgiveren skulle ha et ønske eller et behov for å foreta dekningskjøp også i andre situasjoner, eksempelvis der anskaffelsesprosessen har stoppet opp som følge av en midlertidig forføyning, så omfatter ikke unntaket andre situasjoner.

18.2.7.2.3 Umulig å overholde fristene i anskaffelsesforskriften

Dersom en kontrakt kjennes uten virkning, vil oppdragsgiveren normalt ha behov for tid til å forberede en ny anskaffelse. Når en kontrakt kjennes uten virkning, trer sanksjonen først i kraft når avgjørelsen er rettskraftig og det betyr i praksis på det tidspunktet hvor ankefristen

har løpt ut. Etter de alminnelige reglene i tvisteloven²²² utgjør dette en måned, noe som vil si at oppdragsgiveren har en måned på seg fra avgjørelsen om at en kontrakt er kjent uten virkning før kontrakten faktisk er det. I dette tidsrommet vil oppdragsgiveren fortsatt kunne få leveranser fra den ulovlige kontrakten og vil ha adgang til å påbegynne en ny anskaffelsesprosess. I noen tilfeller vil dette tidsrommet være nok til at oppdragsgiveren rekker å gjennomføre en hasteprosedyre etter de forkortede fristene i forskriften kapittel 20.

Dersom dette ikke er mulig for å oppfylle oppdragsgiverens umiddelbare behov, vil vilkåret om at det er umulig å overholde fristene i forskriften være oppfylt.

18.2.7.2.4 Begrensninger i kontraktperioden

Oppdragsgiveren skal kun inngå kontrakten for den perioden som er nødvendig for å få gjennomført en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. At det ikke skal inngås langvarige kontrakter, skyldes at man ønsker å forhindre en omgåelse av anskaffelsesregelverket. Perioden som den midlertidige kontrakten kan inngås for vil typisk utgjøre den tiden det tar å få gjennomført en anskaffelse, typisk noen måneder avhengig av hvor komplisert anskaffelsen er. At kortvarige kontrakter er mindre prisgunstige enn langvarige kontrakter, kan det ikke tas hensyn til når det vurderes hvor lang periode kontrakten kan inngås for.

18.2.7.3 Hvordan skal oppdragsgiveren gjennomføre konkurransen?

Oppdragsgiveren må overholde prinsippet om konkurranse og må derfor invitere flere leverandører til å delta i konkurransen. I gjennomføringen av konkurransen skal oppdragsgiveren følge prosedyrereglene i forskriften del III så langt de passer.

18.3 Når er det tillatt å anskaffe uten konkurranse?

18.3.1 Innledning

Oppdragsgiveren kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom vilkårene for et av unntakstilfellene i § 13-4 er oppfylt. Dette er dersom anskaffelsen;

- er umulig å gjennomføre ved en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3
- gjelder en ytelse som bare en bestemt leverandør kan levere
- gjelder en varekontrakt om tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren
- gjelder en kontrakt om nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som er en gjentakelse av tidligere tjenester eller bygge- og anleggsarbeider
- gjelder varer som noteres og kjøpes på en varebørs
- gjelder varer eller tjenester som oppdragsgiveren kan anskaffe på særlig fordelaktige vilkår
- gjelder en tjenestekontrakt som skal inngås med vinneren av en plan- og designkonkurranse.

I de opplistede tilfellene vil det ikke være mulig å skape konkurranse om anskaffelsen. Det er i tråd med regelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser at man ikke

²²² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister ([tvisteloven](#)).

avholder en konkurranse der dette ville være bortkastet bruk av tid og ressurser. På bakgrunn av faren for negative effekter på konkurransen bør anskaffelse uten kunngjøring kun anvendes i helt ekstraordinære tilfeller.²²³ Unntakene fra plikten til konkurranse skal derfor tolkes restriktivt. Oppdragsgiveren har også bevisbyrden for at vilkårene i unntakstilfellene er oppfylt. Der oppdragsgiveren velger å gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse, må han begrunne hvorfor dette var nødvendig i anskaffelsesprotokollen, jf. § 25-5 bokstav e

Selv om oppdragsgiveren er fritatt fra prinsippet om konkurranse, er han likevel forpliktet til å overholde de andre grunnleggende prinsippene og de øvrige reglene i forskriften del III så langt disse passer. For eksempel må oppdragsgiver fylle ut anskaffelsesprotokoll, jf. § 25-5, og kunngjøre inngåelse av kontrakt, jf. § 21-6.

18.3.2 Umulig å gjennomføre anskaffelsen ved en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

Det første unntakstilfellet hvor oppdragsgiveren kan anskaffe uten konkurranse, er der det er umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3. Bakgrunnen for bestemmelsen finnes i skillet mellom § 13-3 hvor oppdragsgiveren som utgangspunkt kan og skal sikre konkurranse i anskaffelsen og § 13-4 hvor dette ikke er mulig. Det kan likevel tenkes at det er tilfeller som er regulert etter § 13-3 hvor det likevel ikke er mulig å skape konkurranse.

For at unntaket skal kunne anvendes, må det være umulig å overholde prinsippet om konkurranse i en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3. At det skal være "*umulig*", innebærer at unntaket skal tolkes strengt. Det må være objektivt umulig å gjennomføre konkurranse for at unntaket skal komme til anvendelse.

Et særlig aktuelt eksempel på dette er der oppdragsgiver ikke har tid til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3 bokstav e på grunn av uforutsette forhold som naturulykker, epidemier e.l. Slike situasjoner kan gjøre det tvingende nødvendig å anskaffe direkte fra en leverandør, det vil si uten å gjennomføre en konkurranse etter § 13-3 bokstav e, fordi enhver forsinkelse kan være til skade for menneskers liv og helse.

Et annet eksempel på dette kan være der oppdragsgiveren har gjennomført en konkurranse etter reglene i § 13-3 bokstav b (etter ikke å ha mottatt noen tilbud i en forutgående åpen anbudskonkurranse) og fremdeles ikke mottok noen tilbud. Dette innebærer at oppdragsgiveren har gjennomført to konkurranser uten å ha mottatt tilbud. Den manglende interessen for å levere ytelsen kan da tyde på at det ikke er mulig å skape konkurransen om den konkrete anskaffelsen. Oppdragsgiver kan da ha mulighet til å henvende seg direkte til aktuelle leverandører etter § 13-4 bokstav a. Oppdragsgiver bør imidlertid først undersøke bakgrunnen for den manglende interessen nærmere, og om det er mulig å gjøre endringer i anskaffelsesdokumentene som gjør oppdraget mer interessant for potensielle leverandører slik at en konkurranse likevel er mulig.

²²³ [Direktiv 2014/24](#), premiss 50 i fortalen.

18.3.3 Ytelsen kan bare leveres av en bestemt leverandør

Det vil tidvis være kun en leverandør i markedet som kan levere den konkrete ytelsen som oppdragsgiver ønsker. Det er klart at en kunngjøring i disse tilfellene ikke vil bedre konkurransen eller gjøre det konkrete innkjøpet bedre.²²⁴

Oppdragsgiveren skal kunne godtgjøre at det kun er én leverandør som kan levere ytelsen i hele EØS-området eller hele WTO-området der anskaffelsen omfattes av WTO-avtalen om offentlige innkjøp. Det er altså ikke tilstrekkelig at det kun er én leverandør i Norge som kan levere ytelsen. For at oppdragsgiveren skal kunne sannsynliggjøre at vilkårene i unntaket er oppfylt, kreves det derfor innsikt i hele EØS-området og WTO-området.

Når det gjelder omfanget av de undersøkelser som oppdragsgiveren må foreta, så er det ikke tilstrekkelig å bare hevde at det kun finnes en leverandør²²⁵, eller å vise til at det er tale om en kompleks anskaffelse²²⁶, så lenge man ikke positivt har foretatt seg noe for å verifisere hvorvidt det eksisterer et marked for anskaffelsen. I de fleste tilfeller vil det være slik at man må bevise at man ikke har funnet andre konkurrenter, eksempelvis ved at man har utlyst kunngjøringer med tilsvarende kvalifikasjoner/kravspesifikasjoner tidligere og ikke har fått noen respons, eller at man har foretatt omfattende markedsundersøkelser.²²⁷

Det er tre situasjoner som kan føre til at bare en bestemt leverandør kan levere ytelsen:

- Formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller unik kunstnerisk fremføring
- Konkurransen er umulig av tekniske årsaker
- Leverandøren har enerett, inkludert materielle rettigheter

18.3.3.1 Anskaffelsen gjelder et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring

Unntaket gjelder for det første der formålet med anskaffelsen er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller unik kunstnerisk fremføring. For kunstverk er det ofte slik at kunstnerens identitet bestemmer kunstverkets karakter og verdi. Bakgrunnen for unntaket er at valg av slike ytelser som oftest vil basere seg mer på oppdragsgiverens subjektive oppfatning enn hva som er mest økonomisk fordelaktig.

Kjøp av kunst kan enten gjelde kjøp av et allerede eksisterende produkt, for eksempel et maleri som er ferdig, eller gjelde et arbeid som en kunstner skal utføre, for eksempel utsmykking av en bygning. Det må være tale om kunst hvor kunstnerens identitet i seg selv bestemmer kunstverkets unike karakter og verdi.

²²⁴ [Direktiv 2014/24](#), premiss 50 i fortaleten.

²²⁵ Se [sak C-275/08](#), premiss 61-63

²²⁶ Til denne oppfatning, se [sak C-394/02](#), premiss 36-39, som angår en anskaffelse i forsyningssektoren.

²²⁷ Se for eksempel Arrowsmith (2014) s. 1066.

Eksempel

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

18.3.3.2 Konkurransen er umulig av tekniske årsaker

Unntaket gjelder for det andre der det er manglende konkurranse som følge av tekniske grunner. Unntaket krever at det skal være nærmest teknisk umulig for en annen leverandør å få til gjennomførelsen eller at det er nødvendig å anvende spesifikk "know how", 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.

Tekniske grunner kan eksempelvis være at det kun er én leverandør som fremstiller et produkt oppdragsgiveren har bruk for.²²⁸ Tekniske grunner kan også være der det er kun én leverandør som fremstiller det produktet som fungerer sammen med det produktet som oppdragsgiveren allerede har. Dette kan eksempelvis være der det er en teknisk sammenheng som gjør at kun en leverandør kan levere det oppdragsgiveren har behov for og fortsatt bevare funksjonsdyktigheten til det oppdragsgiveren allerede har. Begrunnes unntaksbestemmelsen med at det foreligger en teknisk sammenheng mellom tidligere og nye prosjekter, og at samme leverandør derfor må utføre arbeidene, må oppdragsgiveren godtgjøre at vanskelighetene knyttet til den tekniske sammenhengen ikke kan overvinnes dersom en annen utfører de nye prosjektene.^{229 230}

Ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling skal det svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke kan eller ville kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytelsen.

Unntaket gjelder kun når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

Dersom det foreligger en situasjon der konkurranse er umulig av tekniske årsaker, må oppdragsgiveren ha klart for seg hvilke tekniske omstendigheter som gjør at ingen andre er i

²²⁸ Dragsten (2013) s. 294.

²²⁹ [Sak C-57/94](#), premiss 25-27

²³⁰ [Direktiv 2014/24](#), premiss 50 i fortalen.

stand til å prestere ytelsen. Oppdragsgiveren skal kunne beskrive disse grunnene på en klar og tydelig måte, samt kunne dokumentere at grunnene faktisk foreligger.²³¹

KOFA-sak

[KOFA-sak 2008/56](#)

Oppdragsgiveren hadde anskaffet leveranse av fjernvarme direkte hos en leverandør. Forut for kontraktsinngåelsen hadde de tatt kontakt med Norges vassdrag- og energidirektorat som hadde uttalt at de meget sjelden erfarte at det var mer enn en leverandør som var interessert i å anlegge fjernvarmeanlegg i en region. De hadde også uttalt at markedet for fjernvarme hadde endret seg kraftig i den senere tid. De anførte at de så det som usannsynlig at man ved å kunngjøre en anbudskonkurranse ville finne frem til andre aktuelle leverandører. Innklagede hadde ingen andre begrunnelse for at andre leverandører ikke kunne levere fjernvarme av tekniske grunner.

KOFA anså ikke vilkåret om at det var bare en leverandør som kunne levere fjernvarme av tekniske grunner som oppfylt på bakgrunn av NVEs forklaring. At det ble ansett for å være liten interesse for konsesjoner for fjernvarme på tidspunktet for kontraktsinngåelse var ikke tilstrekkelig for å tildele kontrakt direkte.

Rettsavgjørelse

[Sak C-337/05](#)

Italia kjøpte inn helikoptre fra leverandøren Agusta SpA. EU-domstolen mente at Italia ikke oppfylte bevisbyrden for hvorfor kun disse helikoptrene hadde de nødvendige tekniske egenskaper. Domstolen uttalte i premiss 59 at:

"Endvidere har denne medlemsstat blot understreget fordelene ved, at de helikoptre, der benyttes [...] kan anvendes sammen. Medlemsstaten har dog ikke godtgjort, hvorledes en ændring af leverandør ville tvinge dem til at erverve utstyr, som fremstilles efter en anden teknik, hvilket ville medføre, at det ikke var foreneligt med det andet udstyr, eller uforholdsmessige tekniske vanskeligheder ved anvendelsen eller vedligeholdelsen".

²³¹ [Direktiv 2014/24](#), premiss 50 i fortalen.

18.3.3.3 Leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter

Unntaket gjelder for det tredje der leverandøren har en enerett. Unntaket inkluderer immaterielle rettigheter. Unntaket for enerett vil medføre at ytelsen kun kan leveres av én leverandør.

Med enerett siktes det typisk til immaterielle rettigheter som patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse mv. Eneretten kan også bestå i opphavsrett til dataprogrammer. Videre kan det ved utbygging av en spesielt særpreget bygning være slik at en arkitekts opphavsrett blir krenket dersom oppgaven med å utforme påbygget overlates til andre.²³²

Det er antatt at det ikke er tilstrekkelig at leverandøren har en enerett i juridisk forstand for et produkt eller en ytelse, dersom det finnes tilsvarende produkter eller ytelser i markedet som kan dekke oppdragsgiverens behov. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, ettersom det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen.

Unntaket gjelder ikke der den manglende konkurransen skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør. Det er altså kun når det er objektive årsaker til at kun den aktuelle leverandøren kan levere ytelsen at det er mulig å bruke bestemmelsene.

Der man ikke har andre leverandører fordi det finnes en leverandør med enerett til å tilby tjenester med grunnlag i lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak, vil dette være omfattet av § 2-3. Denne typen enerett unntar oppdragsgiveren fra å følge både anskaffelsesloven og forskriften. Det er en forutsetning at en slik enerett er forenlig med EØS-avtalen.

18.3.4 Varekontrakt om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren

Det tredje unntakstilfellet er der oppdragsgiveren skal inngå en varekontrakt om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren, jf. § 13-4 bokstav c. Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene kan være klart mest økonomisk fordelaktig for oppdragsgiveren å foreta anskaffelsen fra den opprinnelige leverandøren.

Unntaket gjelder kun for varekontrakter. Bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter er regulert separat i § 13-4 bokstav d.

Tilleggsleveransene må anskaffes fra samme leverandør som leverte de opprinnelige varene. Det følger av forskriften at leveransene skal være beregnet på

- enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner eller
- å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner.

Delvis fornyelse innebærer en utskiftning av en del med en tilsvarende del, for eksempel fordi den originale delen er ødelagt eller utslitt. En utvidelse av allerede foretatte leveranser innebærer en supplering av den opprinnelige leveransen. Det må ikke være tale om

²³² Dragsten (2013) s. 296.

fornyelse eller utvidelse i form av varer som er helt identiske med det som er levert tidligere. Det er tilstrekkelig at den utfyller eller supplerer vareleveransen.²³³

Unntaket kan kun anvendes når et skifte av leverandør ville

- tvinge oppdragsgiveren til å anskaffe varer med tekniske egenskaper som er uforenlige med de opprinnelige leveransene eller
- gjøre drift og vedlikehold uforholdsmessig teknisk vanskelig.

Utstyr er teknisk uforenlig med de opprinnelige leveransene når det ikke er kompatibelt, slik at oppdragsgiveren ikke kan bruke det eksisterende utstyret sammen med tilleggsleveransen. Når det gjelder hva som er teknisk vanskelig, er det det ikke tilstrekkelig at oppdragsgiveren vil få komplikasjoner i en overgangsfase ved skifte av leverandør da dette normalt er påregnelig ved skifte av leverandør. De tekniske vanskelighetene må være betydelige og verre enn det som er normalt.

18.3.4.1 Begrensninger i kontraktens varighet

Varigheten av den opprinnelige kontrakten og kontrakten om tilleggsleveransen skal normalt ikke overstige tre år. Utgangspunktet for beregning av fristen er da den opprinnelige hovedkontrakten ble inngått. At varigheten normalt ikke skal overstige tre år, innebærer at det kan være unntakstilfeller der dette kan være akseptabelt. Foreligger det saklige grunner for en lengre varighet kan kontraktsforholdet være lengre. Dette kan eksempelvis være dersom en kontrakt med varighet på tre år eller kortere ikke er lønnsom, og det dermed ikke er mulig å finne leverandører som vil inngå en slik kontrakt.

18.3.5 Gjentagende tjenester eller bygge- og anleggsarbeider

Det fjerde unntaket gjelder anskaffelse av 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 oppdragsgiveren og den samme leverandøren, jf. § 13-4 bokstav d. Bestemmelsen gjelder kun tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter. Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene kan være teknisk og økonomisk mest fordelaktig for oppdragsgiveren å foreta anskaffelsen fra den opprinnelige leverandøren.

Det er flere vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Den opprinnelige kontrakten må for det første være inngått etter en konkurranse kunngjort etter reglene i § 21-2.

Det skal videre fremgå av anskaffelsesdokumentene for den opprinnelige konkurransen at det kan legges til ytterligere ytelser. Oppdragsgiveren skal ha angitt i anskaffelsesdokumentene omfanget av slike nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, vilkårene for å inngå kontrakt om disse ytelsene og at han forbeholder seg retten til å inngå kontrakten uten konkurranse. Hensynet bak dette er at markedet skal ha kjennskap til hvilke anskaffelser som kan bli aktuelle.

Det må videre være samsvar mellom den opprinnelige leveransen og den nye ytelsen. Kravet om samsvar innebærer at gjentakelsesarbeidene må holde seg innenfor rammen av det som er fastsatt i de opprinnelige anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiveren kan derfor

²³³ Dragsten (2013) s. 301.

ikke legge til nye ytelser eller flere ytelser eller andre krav og spesifikasjoner enn det som følger av anskaffelsesdokumentene i den opprinnelige konkurransen.

Når oppdragsgiveren beregner verdien av den opprinnelige anskaffelsen, skal han inkludere den anslåtte verdien av de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene i beregningen.

Oppdragsgiveren kan inngå en kontrakt om lignende ytelser i inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakten ble inngått.

18.3.6 Varer som noteres og kjøpes på varebørs

Det femte unntakstilfellet gjelder varer som noteres og kjøpes på en varebørs, jf. § 13-4 bokstav e. Varer som kjøpes på varebørs kan eksempelvis være råvarer. Denne typen markedsplasser sikrer at prisen tilsvarer det markedet til enhver tid er interessert i å kjøpe varen eller tjenesten for. De sikrer derfor både effektiv ressursbruk og konkurranse om disse varene uten at det er nødvendig å gjennomføre en konkurranse.

Typiske varer som omsettes på denne typen markedsplasser er kaffe, te, korn, metall og elektrisitet.

18.3.7 Varer eller tjenester som kan anskaffes på særlig fordelaktige vilkår

Det sjette unntakstilfellet omhandler varer eller tjenester som oppdragsgiveren kan anskaffe på særlig fordelaktige vilkår, jf. § 13-4 bokstav f. Dette må være 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. Bakgrunnen for unntaket er et ønske om å gi oppdragsgiveren mulighet til å benytte seg av særlig fordelaktige tilbud der det finnes en mulighet for å anskaffe det han ønsker til en pris som er vesentlig under markedspris.

Når det skal vurderes hva som er særlig fordelaktige vilkår, er det forholdet mellom tilbudet og de normale markedsprisene for tilsvarende ytelser som skal legges til grunn. Hvor mye en pris må ligge under markedspris for at den skal være særlig fordelaktig, skal vurderes etter en helhetsvurdering i det enkelte tilfellet.

For at noe skal kunne anses som usedvanlig fordelaktig, kreves det at oppdragsgiveren har kunnskap om hva som utgjør normale priser i det markedet han opererer i. Det kreves meget god kjennskap til det aktuelle markedet hvor ytelsen kan anskaffes. Som utgangspunkt stilles det derfor relativt strenge krav. Hvor strenge disse kravene er, må avgjøres ut fra omstendighetene i den enkelte anskaffelsen og vil blant annet avhenge av anskaffelsens størrelse.²³⁴

18.3.8 Inngåelse av tjenestekontrakt med vinneren av en plan- og designkonkurranse

Det syvende unntakstilfellet er der oppdragsgiveren skal inngå en tjenestekontrakt med vinneren av en plan- og designkonkurranse, jf. § 13-4 bokstav g. Bakgrunnen for unntaket er at det i disse tilfellene allerede har vært en kunngjøring og konkurranse om utarbeidelse av en plan eller et design gjennom plan- og designkonkurransen. Unntaket kan derfor brukes til å inngå en etterfølgende tjenestekontrakt om utførelsen av den utarbeidede planen eller

²³⁴ Se [KOFA-sak 2009/216](#), premiss 28 og 29.

prosjektet. Unntaket gjelder bare der det har blitt utpekt én vinner av den forutgående plan- og designkonkurransen.

En plan- og designkonkurranse er en anskaffelsesprosedyre som gjør det mulig for oppdragsgiveren å få utarbeidet et planleggings- eller prosjekteringsarbeid, inkludert et design, gjennom en konkurranse der en jury kårer en eller flere vinnere.²³⁵

Oppdragsgiveren kan gjennomføre en plan- og designkonkurranse utelukkende ved å foreta en premiering eller utbetaling til vinneren eller vinnerne av konkurransen uten å foreta inngåelse av en etterfølgende tjenestekontrakt. Eller han kan velge å gjennomføre en påfølgende konkurranse for å tildele en kontrakt om å levere det aktuelle prosjektet til den eller de leverandørene som oppdragsgiveren har utpekt som vinner eller vinnere av konkurransen. I sistnevnte tilfelle er det opp til oppdragsgiveren om han vil gi premier eller utbetalinger til deltakerne i plan- og designkonkurransen.

Unntaksbestemmelsen relaterer seg kun til sistnevnte tilfelle, der juryen har utpekt en bestemt vinner av plan- og designkonkurransen slik at det ikke er mulig å gjennomføre en etterfølgende konkurranse om tjenestekontrakten. Tilfellene hvor juryen har utpekt flere vinnere og det derfor er mulig å gjennomføre en konkurranse er regulert i § 13-3 bokstav d og omtales ovenfor i punkt 18.2.5.

19 Konkurransesgrunnlaget

19.1 Hva er konkurransesgrunnlaget?

Konkurransesgrunnlaget omfatter alle dokumenter som oppdragsgiveren utformer eller henviser til for å beskrive eller fastlegge elementene i anskaffelsen eller konkurransen, unntatt kunngjøringen og det europeiske egenerklæringsskjemaet.²³⁶ Dette inkluderer *"dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkårene og hvordan oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen, kvalifikasjonsgrunnlag og eventuelle supplerende dokumenter og tilleggsopplysninger"*.

Konkurransesgrunnlaget er en del av anskaffelsesdokumentene. Betegnelsen er innført med ny forskrift. Anskaffelsesdokumentene er i forskriften definert til å være en *"fellesbetegnelse for kunngjøringen, konkurransesgrunnlaget og det europeiske egenerklæringsskjemaet"*.²³⁷



Poenget med et konkurransesgrunnlag er å sette leverandørene i stand til å vurdere hva oppdragsgiveren etterspør og på hvilke vilkår. Konkurransesgrunnlaget skal angi rammene

²³⁵ Jf. § 31-1.

²³⁶ Jf. § 4-2 bokstav a.

²³⁷ Jf. § 4-2 bokstav b.

for konkurransen og inneholde alle opplysninger som er av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud. Oppdragsgiveren skal gjennom konkurransegrunnlaget sikre at alle interesserte leverandører får tilgang til den samme informasjonen om den aktuelle anskaffelsen. På den måten skal konkurransegrunnlaget sørge for at kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet ivaretas.

Hvor omfattende konkurransegrunnlaget skal være og hvilke krav som stilles til dette vil variere ut fra anskaffelsens verdi, størrelse, art og kompleksitet.

19.2 Klarhetskravet

Konkurransegrunnlaget skal være klart, presist og utvetydig formulert, slik at det er mulig for alle *"rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører"* å forstå vilkårenes rekkevidde nøyaktig og på samme måte.²³⁸ Informasjonen i konkurransegrunnlaget skal være tilstrekkelig presis til å sette leverandørene i stand til å vurdere hvorvidt de ønsker å delta i konkurransen og til å utarbeide et konkurransedyktig tilbud dersom de ønsker dette.

Et nøyaktig, klart og utvetydig konkurransegrunnlag vil bidra til at oppdragsgiveren får tilbud som svarer til det behovet han har og som er bakgrunnen for anskaffelsen. Klarhet er også en nødvendig forutsetning for å sikre forutberegnelighet for leverandørene.

Det er en objektiv fortolkning som må legges til grunn når det skal fastlegges hva innholdet i konkurransegrunnlaget er.²³⁹ Det er derfor ikke avgjørende hva oppdragsgiveren selv har ment med den ordlyden han har valgt, dersom det er noe annet som følger av en naturlig forståelse av denne. Konkurransegrunnlagets innhold skal fortolkes ut fra perspektivet til potensielle leverandører, siden formålet med anskaffelsesprosedyrene nettopp er å sikre potensielle leverandører mulighet til å konkurrere om offentlige kontrakter som er av interesse for dem.²⁴⁰

Det fremkommer både i forskriften del II og del III at det er oppdragsgiveren som har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.²⁴¹ Et uklart konkurransegrunnlag kan være i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet og medføre avlysningsplikt.²⁴²

19.3 Konkurransegrunnlagets innhold

Over EØS-terskelverdi gjelder de samme kravene til konkurransegrunnlaget uavhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre oppdragsgiveren velger.

Reglene om konkurransegrunnlaget i forskriften del III inneholder endringer fra tidligere regelverk, og en av de mest sentrale endringene er knyttet til konkurransegrunnlagets innhold.

Bestemmelsen om hva konkurransegrunnlaget skal inneholde er forenklet sett opp mot tidligere regelverk og angir nå visse overordnede opplysninger som oppdragsgiveren skal gi,

²³⁸ [Sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), premiss 109 og [KOFA-sak 2012/17](#), premiss 40.

²³⁹ Se [Rt 2005 s. 1638](#), i avsn. 43.

²⁴⁰ Se [sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), premiss 52.

²⁴¹ Jf. § 14-1 femte ledd.

²⁴² Se [KOFA-sak 2010/157](#), premiss 44.

i stedet for å gi en fullstendig liste over samtlige opplysninger som konkurransegrunnlaget skal inneholde. Videre er reglene om kvalifikasjonsgrunnlag fjernet og det stilles nå krav om at hele konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet, uavhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre som velges.

Hvis oppdragsgiveren ikke har gitt en tilstrekkelig beskrivelse av anskaffelsen i kunngjøringen, skal han utarbeide et konkurransegrunnlag. Anskaffelsen vil kun være tilstrekkelig beskrevet i kunngjøringen dersom denne inkluderer opplysningene som er påkrevd etter § 14-1 første ledd.²⁴³

Oppdragsgiveren skal angi de opplysningene som er av betydning for utarbeidelsen av en forespørsel om å delta i konkurransen eller et tilbud i konkurransegrunnlaget.²⁴⁴ Dette innebærer at oppdragsgiveren alltid skal gjøre en selvstendig vurdering av hvilke konkrete opplysninger som vil være av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud, og som derfor skal inntas i konkurransegrunnlaget.

Noen opplysninger skal oppdragsgiveren alltid inkludere i konkurransegrunnlaget, med mindre de er tilstrekkelig beskrevet i kunngjøringen. Disse er angitt i § 14-1 tredje og fjerde ledd.

Konkurransegrunnlaget må for det første beskrive hva som skal anskaffes. Avhengig av hva som skal anskaffes og hvilken prosedyreform oppdragsgiveren velger, kan dette for eksempel gjøres ved at oppdragsgiveren angir sine behov, hvilke funksjoner eller krav som skal oppfylles eller hvilke tekniske spesifikasjoner som kreves. Oppdragsgiveren skal angi kravspesifikasjonene, inkludert eventuelle merkekrav, i konkurransegrunnlaget.

Kravspesifikasjoner

Kravspesifikasjoner angir kravene som stilles til egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiveren skal anskaffe.

Kravspesifikasjoner skal som utgangspunktet enten utformes som ytelses- eller funksjonskrav, som henvisninger til tekniske spesifikasjoner, eller som en kombinasjon av de to.

For nærmere informasjon om kravspesifikasjoner, se kapittel 20.

Dersom oppdragsgiveren ønsker å stille absolutte krav i anskaffelsen som alle leverandørene må oppfylle, så bør disse angis spesifikt.

²⁴³ Jf. § 14-1 tredje ledd og 14-1 fjerde ledd.

²⁴⁴ Jf. §14-1 tredje ledd bokstav f.

Absolutte krav

Absolutte krav er krav som det er obligatorisk å oppfylle for å kunne bli bedømt i konkurransen.

Hva som skal anskaffes, inkluderer informasjon om verdien på eller omfanget av anskaffelsen. Dersom oppdragsgiveren eksempelvis skal kjøpe inn kontormøbler, kan det angis antallet på de ulike møblene man har behov for eller arealet som skal møbleres.

Oppdragsgiveren skal også informere om hvordan konkurransen skal gjennomføres. Dette inkluderer informasjon om hvilken anskaffelsesprosedyre oppdragsgiveren skal bruke²⁴⁵ og hvordan han planlegger å gjennomføre prosedyren. Oppdragsgiveren må i denne forbindelse opplyse om hvilke frister som gjelder for gjennomføringen av konkurransen²⁴⁶. Videre skal han angi hvilke krav til kommunikasjon som gjelder.

Oppdragsgiveren skal alltid opplyse om hvilke kvalifikasjonskrav og eventuelle utvelgelseskriterier som gjelder i konkurransen.

Kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske og finansielle evnene til å gjennomføre kontrakten. Dette kan for eksempel være krav til faglig kompetanse eller økonomisk soliditet.

For mer informasjon om kvalifikasjonskrav, se kapittel 22.

²⁴⁵ Jf. § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 1.

²⁴⁶ Jf. § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 2.

Utvelgelseskriterier

I to-trinnsprosedyrer med prekvalifisering kan oppdragsgiveren begrense antallet leverandører som inviteres til å gi tilbud. Oppdragsgiveren skal da fastsette objektive og ikke-diskriminerende regler eller kriterier for utvelgelsen av leverandørene.

For mer informasjon om utvelgelseskriterier, se kapittel 24.

Oppdragsgiveren skal alltid opplyse om hvilke tildelingskriterier som gjelder i konkurransen.

Tildelingskriterier

Tildelingskriterier er konkurransekriteriene som oppdragsgiveren skal vurdere tilbudene etter. Leverandøren som har levert det tilbudet som etter oppdragsgiverens vurdering scorer best på disse kriteriene, skal tildeles kontrakten. Kriteriene skal være objektive og saklige og i samsvar med de grunnleggende prinsippene. Tildelingskriteriene må ha tilknytning til leveransen og kan for eksempel være pris, kvalitet, miljø, sosiale hensyn og innovasjon.

Oppdragsgiveren skal tildele kontrakt på grunnlag av ett av tre alternativer:

- Tildeling på grunnlag av den laveste prisen
- Tildeling på grunnlag av den laveste kostnaden
- Tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom laveste pris eller kostnad og kvalitet

For mer informasjon om tildelingskriterier, se kapittel 26.

Det skal dessuten informeres om hvilke typer avtaler som tenkes inngått. Dersom oppdragsgiveren skal inngå en rammeavtale må konkurransegrunnlaget også inneholde informasjon om dette.²⁴⁷ Videre må det angis hvorvidt oppdragsgiveren skal inngå én kontrakt eller flere delkontrakter.

Konkurransegrunnlaget skal også angi hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, skal disse som hovedregel brukes.²⁴⁸

Når det gjelder kontraktsvilkårene, kan det være krav til kontrakten som følger av andre forskrifter. Oppdragsgiveren må blant annet være oppmerksom på at han er pålagt å stille

²⁴⁷ Jf. § 14-1 tredje ledd bokstav c.

²⁴⁸ Jf. § 19-1 første ledd, siste setning.

krav om lønns- arbeidsvilkår etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.²⁴⁹ Oppdragsgiveren er også forpliktet til å stille krav om bruk av lærlinger i visse kontrakter etter forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter.²⁵⁰ Det er også krav om at leverandørene kan ha maksimalt to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider i kontrakter over en viss verdi.²⁵¹

Videre skal det fremkomme hvilke krav som gjelder for innholdet i og utformingen av en forespørsel om å delta i konkurransen eller et tilbud.²⁵² For eksempel kan det være hensiktsmessig at oppdragsgiveren lager en oversikt eller mal over hvordan tilbudet skal settes opp slik at det blir lettere å evaluere og sammenligne tilbudene.²⁵³

Sjekkliste for konkurransegrunnlag			
Krav til leverandør	Krav til ytelsen	Prosessten i konkurransen	Kontraktsvilkår
Hvem som kan levere: Kvalifikasjonskrav Utvelgelseskriterier	Hva som skal anskaffes: Kravspesifikasjoner - Tekniske spesifikasjoner - Standarder - Funksjonskrav - Ytelseskrav - Merkekrav Absolutte krav	Hvordan konkurransen vil forløpe: - Anskaffelsesprosedyre - Tildelingskriterier - Krav til kommunikasjon - Frister - Krav til innholdet i og utformingen av forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud - Andre opplysninger av betydning for utarbeidelsen av forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud - Rammeavtale - Alternative tilbud - Delkontrakter	Hvilke krav gjelder i kontrakten: - Krav til antall ledd i leverandørkjeden - Krav til lærlinger - Krav til lønns- og arbeidsvilkår

*Illustrasjonen angir kun eksempler og oppdragsgiveren må selv vurdere om det er noe som skal fjernes eller legges til i listen.

²⁴⁹ Forskriften får anvendelse på tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.

²⁵⁰ Forskriften får anvendelse på tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.

²⁵¹ Jf. § 8-13.

²⁵² Jf. § 14-1 første ledd bokstav e.

²⁵³ Jf. § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 5, som viser til forskriften kapittel 22.

Oppdragsgiveren må også beskrive om elektroniske kataloger eller elektroniske auksjoner vil bli brukt.²⁵⁴ Reglene for elektronisk katalog og elektronisk auksjon finnes i forskriften kapittel 27.

Difi har utarbeidet [maler til konkurransegrunnlag](#) som kan anvendes eller tas utgangspunkt i når oppdragsgiveren skal utarbeide konkurransegrunnlaget.

19.3.1 Særskilt om de tilfellene der oppdragsgiveren inngår et innovasjonspartnerskap eller etablerer en dynamisk innkjøpsordning

Dersom oppdragsgiveren skal inngå et innovasjonspartnerskap eller etablere en dynamisk innkjøpsordning, må dette også presiseres i konkurransegrunnlaget.²⁵⁵

Konkurranse om innovasjonspartnerskap²⁵⁶ er en anskaffelsesprosedyre som legger til rette for at oppdragsgiveren i en og samme anskaffelse kan få utviklet innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, og deretter kjøpe den utviklede ytelsen. Til forskjell fra de øvrige anskaffelsesprosedyrer inneholder forskriften ikke bare detaljerte regler om gjennomføringen av konkurransen, men også regler om hvordan selve partnerskapet skal gjennomføres.²⁵⁷ Innovasjonspartnerskap er nærmere omtalt i kapittel 39.

En dynamisk innkjøpsordning²⁵⁸ er en fullelektronisk innkjøpsprosess som kan brukes på ordinære anskaffelser som er tilgjengelig på markedet, for eksempel kontorrekvisita. Ordningen er begrenset i varighet og skal kontinuerlig være åpen for de leverandørene som ønsker å søke om opptak i ordningen.

Dersom konkurransen skal gjennomføres som et innovasjonspartnerskap, skal konkurransegrunnlaget i tillegg inneholde en beskrivelse av behovet for den innovative varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet. Dette vil i praksis si en beskrivelse av hvorfor det er behov for å anskaffe varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet gjennom prosedyren innovasjonspartnerskap.²⁵⁹

Ved konkurranse om innovasjonspartnerskap skal konkurransegrunnlaget også inneholde en beskrivelse av hvilke ordninger som gjelder for de immaterielle rettighetene.²⁶⁰

19.4 Når skal konkurransegrunnlaget gjøres tilgjengelig for leverandørene?

Konkurransegrunnlaget skal gjøres tilgjengelig for leverandørene fra kunngjøringstidspunktet, altså det tidspunktet hvor oppdragsgiveren kunngjør konkurransen i

²⁵⁴ Jf. § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 6.

²⁵⁵ Jf. § 14-1 tredje ledd bokstav c.

²⁵⁶ Jf. § 13-1.

²⁵⁷ Jf. § 26-8.

²⁵⁸ Se §§ 26-4, 26-5, 26-6 og 26-7.

²⁵⁹ Jf. § 14-1 fjerde ledd bokstav a.

²⁶⁰ Jf. § 14-1 fjerde ledd bokstav b.

TED.²⁶¹ Det er et absolutt krav at dette gjøres på samme tid som kunngjøringen, og oppdragsgiveren har ikke mulighet til å utsette planlegging og utforming av konkurransegrunnlaget til senere i konkurransen.

I to-trinnsprosedyrer er det noen få opplysninger som oppdragsgiveren kan vente med å gi til utsendelsen av invitasjonen til å levere tilbud. Disse fremgår av § 23-2 fjerde ledd og inkluderer blant annet fristen og adressen for mottak av tilbudet, datoen for når dialogen skal begynne i en konkurransepreget dialog og opplysninger om hvilket sted og på hvilket språk dialogen skal foregå.

Det er innført et krav om at oppdragsgiveren skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget. Kunngjøringen skal inneholde internettadressen der konkurransegrunnlaget er tilgjengelig.²⁶²

Dersom oppdragsgiveren ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset tilgang til deler av konkurransegrunnlaget, skal han i kunngjøringen angi hvordan leverandørene kan få tilgang til disse dokumentene.²⁶³ Oppdragsgiveren skal i så tilfelle forlenge fristen med fem dager,²⁶⁴ med mindre det er tale om et hastetilfelle. Hastetilfeller er tilfeller der det er umulig å overholde minimumsfristene.²⁶⁵ Unntaket gjelder kun for de grunnene som er nærmere angitt i § 22-4. Disse grunnene omhandler eksempelvis at anskaffelsens art innebærer bruk av elektronisk kommunikasjonsmidler som ville kreve særlige verktøy, løsninger eller filformater som ikke er alminnelig tilgjengelig eller som ikke kan behandles av alminnelig tilgjengelig programvare, eller at det er tale om levering av fysiske modeller eller skalamodeller som ikke kan leveres ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler.

I tillegg til de grunnene som er angitt i § 22-4, kan det oppstå tilfeller hvor oppdragsgiveren ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av konkurransegrunnlaget fordi det inneholder opplysninger av fortrolig karakter. Dersom dette er tilfellet, skal oppdragsgiveren angi i kunngjøringen hvilke tiltak som er nødvendig for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene.²⁶⁶

Opplysninger av fortrolig karakter kan være både opplysninger underlagt taushetsplikt eller opplysninger som er sensitive av andre grunner. Det kan eksempelvis være at anskaffelsesdokumentene vil inneholde forretningshemmeligheter eller inneholder informasjon om løsninger eller utstyr som det ikke er heldig at offentligheten kan få tilgang til. For eksempel har politiet tidvis anskaffelser som ikke er gradert eller ikke kan graderes etter

²⁶¹ Jf. § 14-3, jf. § 14-1 annet ledd.

²⁶² Jf. § 14-3 første ledd.

²⁶³ Jf. § 14-3 annet ledd.

²⁶⁴ Jf. § 14-3 annet ledd.

²⁶⁵ Jf. §§ 20-2 tredje ledd, 20-3 femte ledd og 20-3 tredje ledd.

²⁶⁶ Jf. § 14-3 annet ledd.

beskyttelsesinstruksen²⁶⁷ eller sikkerhetsloven²⁶⁸, men som inneholder informasjon om politiets løsninger eller utstyr som ikke bør gjøres offentlig tilgjengelig. Det kan også være tale om plantegninger for offentlige bygg, tekniske IKT-løsninger som offentlige oppdragsgivere skal benytte for å håndtere sensitiv informasjon eller informasjon som er underlagt taushetsplikt.

19.4.1 Særlig om tilgang til konkurransegrunnlaget ved bruk av forhåndskunngjøring

Ved en forhåndskunngjøring er kravet at konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig når oppdragsgiveren sender ut invitasjonen til leverandørene til å bekrefte sin interesse.²⁶⁹

Invitasjonen til å bekrefte interesse skal inneholde internettadressen der konkurransegrunnlaget er tilgjengelig.²⁷⁰ Dersom oppdragsgiveren ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset tilgang til deler av konkurransegrunnlaget, skal han i invitasjonen til å bekrefte interesse angi hvordan leverandørene kan få tilgang til disse dokumentene.²⁷¹

For øvrig gjelder de samme reglene for tilgang til konkurransegrunnlaget som i konkurranser der det ikke har vært brukt forhåndskunngjøring.

19.5 Rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget

19.5.1 Rettelser, suppleringer eller endringer før tilbudsfristens utløp

19.5.1.1 Oppdragsgiveren foretar rettelser, suppleringer og endringer

Oppdragsgiveren står ikke fritt til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget underveis i konkurransen, men kan før tilbudsfristens utløp foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige.²⁷² Muligheten til å gjøre endringer gjelder som utgangspunkt frem til tilbudsfristens utløp og knytter seg til alle delene av konkurransegrunnlaget.

Opplysninger om rettelser, suppleringer og endringer i konkurransegrunnlaget skal umiddelbart sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget.²⁷³ Ordlyden umiddelbart viser til at dette må gjøres rett etter at endringen er besluttet. I praksis gjøres dette enkelt ved at informasjonen legges ut på Doffin.

²⁶⁷ Instruks 17. mars 1972 nr. 3352 for behandling av dokumenter som trenger beskyttelse av andre grunner enn nevnt i sikkerhetsloven med forskrifter ([beskyttelsesinstruksen](#)).

²⁶⁸ Lov 20. mars 1998 nr. 10 om forebyggende sikkerhetstjeneste ([sikkerhetsloven](#)).

²⁶⁹ Jf. § 14-3, jf. § 14-1 annet ledd.

²⁷⁰ Jf. § 14-3 første ledd.

²⁷¹ Jf. § 14-3 annet ledd.

²⁷² Jf. § 14-2 første ledd.

²⁷³ Jf. § 14-2 første ledd.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2007/36](#)

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for pasienttransport med taxi. Det var som utgangspunkt krevd innlevering av løyve for persontransport utenfor rute utstedt av kompetent løyvemyndighet og dokumentasjon for bilmateriell og takstameterutstyr, samt personell og eventuelle underleverandører som leverandøren disponerer.

Konkurransegrunnlaget ble senere endret til at erklæring fra løyvemyndighet eller kompetansebevis om at løyve for persontransport utenfor rute vil bli utstedt forutsatt avtaleinngåelse med oppdragsgiver samt egenerklæring om at nødvendig bilmateriell og taksameterutstyr, samt personell og eventuelle underleverandører, vil bli anskaffet innen tidspunkt for eventuell avtaleinngåelse.

Klagenemnda uttalte at idet endringen medførte at flere leverandører hadde mulighet for å delta i konkurransen, og det således var hensynet til mer konkurranse som var motiverende for endringen, så var endringen vesentlig.

Det er et vilkår at endringene ikke er "*vesentlige*". Hva som utgjør en vesentlig endring må avgjøres ut fra en konkret vurdering²⁷⁴, hvor blant annet omfanget og tidspunktet for endringen er relevant.²⁷⁵ Et sentralt element i vurderingen vil være hensynet til potensielle leverandører. Det er klart at det ikke kan foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen.²⁷⁶

Dersom oppdragsgiveren må endre konkurransegrunnlaget og dette ikke kan gjøres uten at det foretas vesentlige endringer, vil det foreligge en plikt for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen.

Dersom oppdragsgiveren foretar endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud skal oppdragsgiveren forlenge fristen for mottak av tilbud.²⁷⁷ Fristen skal forlenges forholdsmessig. Hva som er forholdsmessig må vurderes konkret ut fra omfanget og kompleksiteten av anskaffelsen og de endringene som blir gjort. Det er sentralt at leverandørene gis tilstrekkelig tid til at de kan foreta de oppdateringene eller endringene i sine tilbud som er nødvendige sett hen til tilleggsopplysningene.

²⁷⁴ Se [KOFA-sak 2011/242](#), premiss 44

²⁷⁵ Se [NOU 2014:4](#) s. 177.

²⁷⁶ [NOU 2014:4](#) s. 177 og fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 81.

²⁷⁷ Jf. § 14-3 tredje ledd, jf. § 20-1 tredje ledd.

19.5.1.2 Kan oppdragsgiveren gjøre endringer i krav som er absolutte?

Et særlig spørsmål i forbindelse med adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget er adgangen til å gjøre endringer i absolutte krav.

Absolutte krav er krav som det er obligatorisk for tilbudet å oppfylle for å kunne bli bedømt i konkurransen. Det avgjørende er ikke om kravet er betegnet som "*absolutt*", "*obligatorisk*", "*grunnleggende*" eller som et "*minstekrav*", men hva som må legges til grunn etter en naturlig fortolkning av konkurransegrunnlaget. Samtidig vil det være en presumsjon for at det er tale om et absolutt krav dersom det er eksplisitt angitt som det. Tilsvarende vil det være en presumsjon for at det ikke er tale om et absolutt krav dersom oppdragsgiveren ikke har formulert kravet som absolutt.²⁷⁸

Det avgjørende for om det er adgang til å gjøre endringer i absolutte krav er hvorvidt en endring i kravet vil kunne være avgjørende for potensielle leverandørers valg om å delta i konkurransen. Hvis endringen har som konsekvens at også andre leverandører ville kunne hatt interesse av å levere inn tilbud i konkurransen, vil den som utgangspunkt være vesentlig.²⁷⁹

19.5.2 Leverandøren ber om supplerende opplysninger

På forespørsel fra en leverandør skal oppdragsgiveren gi supplerende opplysninger om konkurransegrunnlaget senest seks dager før tilbudsfristens utløp, forutsatt at leverandørene har bedt om dem i tilstrekkelig tid i forkant.²⁸⁰ I hastetilfeller er fristen for å gi slike opplysninger fire dager.

Dersom opplysninger gis etter forespørsel fra en leverandør, skal opplysningene sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget. Dette kan gjøres enkelt på Doffin.

Ved rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som innebærer at oppdragsgiveren gir tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller senere enn fire dager i hastetilfeller, skal oppdragsgiveren forlenge fristen for mottak av tilbud.²⁸¹ Fristen skal forlenges forholdsmessig. Hva som er forholdsmessig må vurderes konkret ut fra omfanget og kompleksiteten av anskaffelsen og de endringene som blir gjort. Det er sentralt at leverandørene gis tilstrekkelig tid til at de kan foreta de oppdateringene eller endringene i sine tilbud som er nødvendige sett hen til tilleggsopplysningene.

²⁷⁸ Se [NOU 2014:4](#) s. 231.

²⁷⁹ Se [NOU 2014:4](#) s. 177.

²⁸⁰ Jf. § 14-2 andre ledd.

²⁸¹ Jf. § 14-2 tredje ledd, jf. § 20-1 tredje ledd.

19.5.3 Rettelser, suppleringer eller endringer etter tilbudsfristens utløp

19.5.3.1 Innledning

Etter at tilbudsfristen har løpt ut, gjelder ikke lenger adgangen til å gjøre endringer etter § 14-2. Det klare utgangspunktet er da at adgangen til å gjøre endringer er stengt. KOFA har slått fast dette i en rekke saker vedrørende anbudskonkurranser.²⁸²

I konkurranse med forhandling, konkurransepreget dialog og konkurranse om innovasjonspartnerskap er det imidlertid mulig å gjøre endringer som følger av forhandlingene eller dialogen.

19.5.3.2 Endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlinger eller dialog

Etter tilbudsfristens utløp kan oppdragsgiveren gjøre endringer i konkurransegrunnlaget dersom endringene er en følge av forhandlinger eller dialog.²⁸³ Selv om tidsrammen for muligheter for endring blir endret, vil ikke oppdragsgiverens materielle adgang til endring bli utvidet. Oppdragsgiveren kan med andre ord fremdeles ikke foreta vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget. Likevel er det slik at vesentlighetsvurderingen kan være noe annerledes i konkurranser med forhandlinger, og at adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget under forhandlingene er større enn i anbudskonkurranser uten forhandlinger.²⁸⁴

19.5.3.3 Endringer i en konkurranse med forhandling og konkurranse om innovasjonspartnerskap

I en konkurranse med forhandlinger eller konkurranse om innovasjonspartnerskap vil det være adgang til å endre konkurransegrunnlaget også under forhandlingene. Dette er også noe som ligger i sakens natur når det først er forhandlingsadgang.²⁸⁵ Dersom det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget i en konkurranse med forhandling eller konkurranse om innovasjonspartnerskap, vil adgangen til å gjøre endringer ikke kunne omfatte tildelingskriteriene og absolutte krav.²⁸⁶

²⁸² Jf. blant annet [KOFA-sak 2005/306](#), premiss 30 og [KOFA-sak 2009/270](#), premiss 42.

²⁸³ Jf. § 23-7 tredje ledd og § 23-9 annet og tredje ledd.

²⁸⁴ Se [LB-2016-35199](#).

²⁸⁵ Se [LB-2016-35199](#).

²⁸⁶ Jf. § 23-7 andre ledd.

Rettsavgjørelse

[LB-2016-35199](#)

Saken gjaldt anskaffelse av et datanettverk. I konkurransegrunnlaget var det angitt at leveringsdagen for ytelsen ikke "bør" være senere enn 1. juli 2016. Underveis i forhandlingene aksepterte oppdragsgiver at så lenge leveringen fant sted i løpet av 2016 ville det ikke blitt gitt trekk for dette ved evalueringen.

Når det gjaldt spørsmålet om endringen var vesentlig, uttalte lagmannsretten at de la til grunn "at det ikke dreide seg om noe ufravikelig krav, og dessuten at endringsadgangen er større i konkurranser *med* forhandlinger enn ellers (...).

På den annen side var forskyvningen av leveringsdagen av nokså lang varighet, og lagmannsretten er enig (...) i at en angitt leveringsdag - selv om den bare er angitt som en "bør"-frist - i utgangspunktet er viktig for potensielle leverandører. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten, under tvil, at det ved forskyvningen av leveringsdagen ikke ble foretatt noen så *vesentlig* endring at det strider mot anskaffelsesreglene. Lagmannsretten ser det således slik - men under tvil - at dette var en type endring som tilbyderne slik denne saken lå an måtte være forberedt på at kunne skje."

Dersom det foretas endringer, skal endringene sendes til alle de gjenværende leverandørene umiddelbart.²⁸⁷ Ordlyden umiddelbart viser til at dette må gjøres rett etter at endringen er besluttet.

Dersom det foretas endringer, skal oppdragsgiveren gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud. Hva som vil være tilstrekkelig tid, vil måtte vurderes konkret ut fra omfanget og kompleksiteten av anskaffelsen og de endringene som blir gjort. Det er sentralt at leverandørene gis tilstrekkelig tid til at de kan foreta de oppdateringene eller endringene i sine tilbud som er nødvendige sett hen til endringene.

19.5.3.4 Endringer i en konkurransepreget dialog

I en konkurransepreget dialog kan behovet for endringer oppstå som følge av flere forhold. For det første kan man i løpet av gjennomføringen av dialogen komme i flere situasjoner hvor man ser at det er behov for endringer eller tilpasninger i konkurransegrunnlaget.

Behovet for endringer i konkurransegrunnlaget kan også oppstå ved avslutning av dialogen mellom leverandørene og oppdragsgiveren på tidspunktet der de endelige tilbud skal innleveres. I denne fasen kan leverandørene på forespørsel fra oppdragsgiveren bli bedt om å avklare, presisere og optimere tilbudene. Situasjonen kan også oppstå i de tilfellene der oppdragsgiveren ferdigforhandler kontraktsvilkårene med den valgte leverandøren.

I en konkurransepreget dialog kan det ikke gjøres endringer i de grunnleggende sidene ved anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiveren har fastsatt,

²⁸⁷ Jf. § 23-7 tredje ledd.

etter tilbudsfristens utløp dersom det er en risiko for at slike endringer vil føre til en konkurransevidning eller forskjellsbehandling.²⁸⁸

Det sentrale vurderingstema er om endringene er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen. Dersom endringene ville åpnet for at flere leverandører enn den kunngjøringen rettet seg mot kunne ha deltatt i konkurransen, vil endringen ikke være lovlig.

20 Kravspesifikasjoner

20.1 Innledning

Kravspesifikasjonene angir kravene som stilles til egenskapene ved leveransen. Dette følger av § 15-1. Kravspesifikasjonene kan utformes enten som ytelses- eller funksjonsbeskrivelser, ved bruk av tekniske spesifikasjoner eller ved en kombinasjon av disse.

Oppdragsgiveren har stor grad av skjønnsfrihet til å bestemme hva han ønsker å anskaffe. Dette reflekteres i bestemmelsene om kravspesifikasjoner, og det er derfor vide rammer for beskrivelsen av leveransen.

Beskrivelsen må ha tilknytning til leveransen og være proporsjonal sett i forhold til det konkrete innkjøpets formål og verdi. Oppdragsgiveren kan bare innta krav som er passende og nødvendige for å oppnå formålet med anskaffelsen.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2015/102](#)

En oppdragsgiver gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for innkjøp av gravemaskin. I kravspesifikasjonen var det angitt et krav om at motorene skulle være av "*høyest tilgjengelige miljøklasse*". KOFA påpekte at begrepet "*tilgjengelige*" var uklart og kunne forstås på flere måter. Det var avgjørende at konkurransen utvilsomt kunne ha fått et annet utfall dersom innklagede hadde angitt kravet om miljøklasse på en klar og entydig måte. Det forelå dermed et brudd på kravet til forutberegnelighet. Avgjørelsen ble avsagt under dissens.

Kravspesifikasjonen må være beskrevet tilstrekkelig presist, slik at leverandørene får et klart bilde av hva som skal anskaffes og hvilke krav og ønsker oppdragsgiver har til innkjøpet. Er kravene uklare kan det skape tvil og usikkerhet om hva det skal konkurreres om. Da risikerer oppdragsgiveren å kjøpe noe som ikke lever opp til de behov og forutsetninger som ligger til grunn for anskaffelsen. En uklar kravspesifikasjon kan også være i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, og kan i verste fall føre til at kravene til likebehandling og forutberegnelighet er brutt.

²⁸⁸ Jf. § 14-2, jf. § 23-9 annet ledd.

Det betyr ikke at oppdragsgiveren nødvendigvis må utforme en spesielt detaljert kravspesifikasjon. Det kan hende at det ut fra anskaffelses formål og verdi er tilstrekkelig med en funksjonsbeskrivelse, og at oppdragsgiveren kan la det være opp til leverandørene å finne ut hvordan behovet skal løses. Oppdragsgiveren må foreta en konkret vurdering av hvordan det er mest hensiktsmessig å utforme kravspesifikasjonen i den enkelte anskaffelsen.

Dersom oppdragsgiveren skal evaluere tilbudene utelukkende basert på laveste pris eller kostnad, kan det være hensiktsmessig med mer detaljerte tekniske spesifikasjoner. Og i motsatt tilfelle; hvis oppdragsgiveren skal legge større vekt på kvalitet og innovative løsninger, kan det være hensiktsmessig med en mer åpen funksjonsbeskrivelse.

Det er særlig viktig at kravspesifikasjonen utformes med et bevisst forhold til konkurransesituasjonen på markedet. Kravspesifikasjonen skal ikke medføre diskriminering eller forfordeling av enkelte leverandører, og kravene må heller ikke utformes på en måte som virker konkurransebegrensende uten at dette kan begrunnes på en saklig og objektiv måte. Dersom kravspesifikasjonene reelt sett har en diskriminerende virkning, kan dette utgjøre et brudd på likebehandlingsprinsippet.

For en praktisk tilnærming til utforming av kravspesifikasjoner, se Difis veiledning om kravspesifikasjoner på anskaffelser.no.

20.2 Nærmere om absolutte krav

Oppdragsgiveren kan angi absolutte krav til ytelsen i kravspesifikasjonen. Det skal fremgå klart av kravspesifikasjonen at det er snakk om absolutte eller obligatoriske krav. De absolutte kravene kan angis ved bruk av betegnelsen "*skal*" eller ved en beskrivelse som klart indikerer at det tale om et absolutt krav.

Eventuelle absolutte krav må være klart utformet slik at det er mulig for normalt aktsomme leverandører å forstå kravet nøyaktig og på samme måte. Oppdragsgiveren må også angi klart og presist hvordan leverandørens oppfyllelse av kravet skal dokumenteres, for eksempel gjennom testrapporter, attester eller annen dokumentasjon, jf. § 15-4.

Dersom tilbudet ikke oppfyller ett eller flere absolutte krav, skal tilbudet avvises.

Oppdragsgiveren kan endre absolutte krav fastsatt i konkurransegrunnlaget, såfremt endringen ikke er vesentlig. Det avgjørende er da hvorvidt en endring av det absolutte kravet kan være avgjørende for potensielle leverandørers valg om å delta i konkurransen. Hvis endringen har som konsekvens at andre leverandører ville kunne hatt interesse av å levere inn tilbud i konkurransen, vil den som utgangspunkt være vesentlig.²⁸⁹

20.3 Nærmere om utforming av kravspesifikasjoner etter del III

20.3.1 Utgangspunkt

Kravspesifikasjonene angir, som nevnt, de bestemte egenskaper som etterspørres ved den konkrete leveransen. Bestemmelsen om kravspesifikasjoner er hjemlet i forskriften § 15-1 og

²⁸⁹ For nærmere om rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget, se punkt 19.5. Se også Forenklingsutvalgets uttalelse i [NOU 2014:4](#) s. 177.

lister opp hvilke type krav oppdragsgiveren kan benytte seg av. Kravene kan utformes enten som ytelses- eller funksjonsbeskrivelser, jf. punkt 20.3.2, ved bruk av tekniske spesifikasjoner, jf. punkt 20.3.3, eller ved en kombinasjon av disse, jf. punkt 20.3.4.

Som en del av kravspesifikasjonen kan oppdragsgiveren for eksempel angi egenskaper knyttet til miljø, universell utforming, sikkerhet, kvalitetssikring, grafisk utforming, testing og testmetoder, emballasje, merking, bruksanvisning, produksjonsprosesser og -metoder mv. De etterspurte egenskapene vil nødvendigvis variere ut fra leveransen i den konkrete anskaffelsen. Det kan være stor forskjell på hva som er relevante krav i for eksempel en tjenesteanskaffelse og en bygg- og anleggsanskaffelse.

Kravspesifikasjonene kan vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til leveransen. Eksempelvis kan oppdragsgiveren stille krav om at det skal benyttes energieffektive produksjonsutstyr eller -metoder. Slike krav må likevel stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi.

I anskaffelser hvor leverandøren skal være delaktig i forskning og utvikling, eller på annen måte utvikle et produkt eller en tjeneste for oppdragsgiveren, kan det være relevant å innta krav til hvordan de konkrete intellektuelle rettighetene skal håndteres. Slike intellektuelle rettigheter kan omfatte patenter, opphavsrett, bruksrett, lisenser mv. Håndtering av intellektuelle rettigheter kan være av særlig betydning ved anskaffelse av IT-systemer som skal benyttes og eventuelt videreutvikles av oppdragsgiveren.

20.3.1.1 Tilknytningskravet

Beskrivelsen i kravspesifikasjonen må ha tilknytning til leveransen. Det betyr at oppdragsgiveren ikke kan knytte krav til forhold som ligger utenfor anskaffelsen. Forskriften angir likevel at krav knyttet til leveransens livssyklus har den nødvendige tilknytningen, noe som inkluderer blant annet forskning og utvikling, produksjon, handel, transport, bruk og vedlikehold.²⁹⁰

Kravene kan omfatte faktorer som ikke påvirker varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes konkrete egenskaper.²⁹¹ De trenger altså ikke knytte seg til en konkret del av sluttproduktet i leveransen. På denne måten kan oppdragsgiveren legge vekt på for eksempel miljømessige og sosiale forhold ved anskaffelsen, noe som muliggjør gjennomføring av en mer helhetlig anskaffelsesstrategi hos oppdragsgiveren.²⁹²

Kravspesifikasjonene kan dermed brukes som et virkemiddel for å oppfylle forpliktelsene i anskaffelsesloven § 5 om egnede rutiner for ivaretagelse av miljø og grunnleggende menneskerettigheter.

²⁹⁰ Se definisjonen av livssyklus i § 4-5 bokstav d.

²⁹¹ Dette følger uttrykkelig av § 15-1 annet ledd siste setning. Dette er til forskjell fra den tidligere anskaffelsesforskriften, hvor tilknytningskravet ble tolket noe mer innskrenkende. Tilknytningskravet skal forstås på samme måte for anskaffelser etter forskriften del II.

²⁹² Dette innebærer en klargjøring av hva som kan innfortolkes i tilknytningskravet. Kravspesifikasjonene skal kunne legge til rette for at oppdragsgiveren kan nå sine bærekraftsmål, jf. premiss 74 i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#). Dette må på den andre siden veies opp mot hensynet til en åpen konkurranse.

Eksempel

Oppdragsgiveren kan for eksempel kreve at det ved fremstillingen av leveransen ikke benyttes kjemikalier som skader grunnen på produksjonsstedet; at det ikke benyttes produksjonsmetoder som kan være helseskadelige for medarbeiderne som medvirker til fremstillingen av leveransen; eller at leveransen skal fraktes fra produksjonsstedet til leveringsstedet på en miljøvennlig måte.

Ingen av eksemplene over påvirker direkte de konkrete egenskapene ved leveransen, men det er heller påkrevet etter bestemmelsen. Eksemplene knytter seg til faktorer som inngår som en del av livssyklusen til leveransen, og de vil derfor oppfylle tilknytningskravet.

20.3.2 Ytelses- og funksjonskrav

Funksjons- og ytelseskrav beskriver krav knyttet til leveransens ytelse og oppdragsgiverens behov. Funksjons- og ytelseskrav retter seg mot leveransens resultater og effekter, fremfor å stille krav til den nøyaktige fremgangsmåten eller detaljerte spesifikasjoner. Bruk av ytelses- og funksjonskrav åpner dermed for at leverandørene kan tilby markedets beste løsninger på oppdragsgiverens angitte behov. Oppdragsgiveren bør derfor benytte ytelses- og funksjonskrav i den grad det er mulig sett i lys av den konkrete anskaffelsen.

Funksjons- og ytelseskrav kan for eksempel være krav til maksimalt utslipp av CO₂/NO_x ved anskaffelser av biler; krav til læringsmål ved anskaffelse av brukerveiledning og kompetansetiltak; krav til ernæringsbehov ved anskaffelse av kantinetjenester mv. Kravene har det til felles at de beskriver behovet oppdragsgiveren ønsker å dekke og de resultater som ønskes oppnådd, ikke metoden leverandørene skal benytte for å oppnå resultatet. På denne måten står leverandørene fritt til å tilby de mest innovative, oppdaterte, effektive og kostnadsbesparende løsningene markedet har å tilby.

Leverandøren skal på egnet måte påvise at den tilbudte leveransen oppfyller ytelses- eller funksjonskravene. Dersom leveransen oppfyller standarder som nevnt i § 15-1 tredje ledd bokstav b og disse standardene er ment å dekke de angitte ytelses- eller funksjonskravene, kan ikke oppdragsgiveren avvise tilbudet.²⁹³ En egnet måte for leverandørene å påvise at kravene er oppfylt kan blant annet være å fremlegge dokumentasjon som nevnt i forskriften § 15-4, jf. punkt 20.3.6.

For mer om ytelses- og funksjonsspesifikasjoner, se Difis temaside på anskaffelser.no og Difis [veileder til ytelses- og funksjonsspesifikasjoner](#).

²⁹³ Jf. § 15-1 femte ledd.

20.3.3 Tekniske spesifikasjoner

Oppdragsgiveren kan angi tekniske spesifikasjoner med henvisning til standarder. Oppdragsgiveren skal i så fall, i rangert rekkefølge, angi henvisning til følgende standarder:

- nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder,
- europeiske tekniske bedømmelser,
- felles tekniske spesifikasjoner,
- internasjonale standarder eller
- andre tekniske referanser utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer.

Foreligger det en nasjonal standard som gjennomfører europeiske standarder, som for eksempel NS-EN ISO-standarder, skal oppdragsgivere benytte denne dersom han ønsker å henvise til en standard. ISO-standardene²⁹⁴ inneholder tekniske spesifikasjoner eller retningslinjer for å sikre at materialer, varer, prosesser og tjenester er gode nok for formålet de er tiltenkt. Bare dersom en slik standard ikke foreligger, kan oppdragsgiveren gå videre til og benytte de neste standardene i opplistingen.

En europeisk teknisk bedømmelse er en bedømmelse av vesentlige egenskaper ved en byggevares ytelse i samsvar med et europeisk bedømmelsesdokument som definert i byggevareforordningen.²⁹⁵ Byggevareforordningen er gjennomført i norsk rett gjennom [forskrift om omsetning og dokumentasjon av produkter til byggverk](#)²⁹⁶.

Felles tekniske spesifikasjoner er en felles teknisk spesifikasjon for IKT basert på standardiseringsforordningen²⁹⁷ og inntatt i norsk rett ved [forskrift om gjennomføring av forordning \(EU\) nr. 1025/2012](#)²⁹⁸. Forordningen etablerer et system som anerkjenner de mest relevante tekniske spesifikasjonene på IKT-området.

En internasjonal standard er en offentlig tilgjengelig spesifikasjon som er godkjent av et internasjonalt standardiseringsorgan.

Tekniske referanser er et produkt fra europeiske standardiseringsorganer, unntatt europeiske standarder, som er utarbeidet etter prosedyrer som er innført med tanke på utvikling av markedets behov.

Dersom ingen slike standarder foreligger, kan oppdragsgiveren henvise til:

- nasjonale standarder,
- nasjonale tekniske godkjenninger eller

²⁹⁴ Med unntak av standardene ISO 9000 og ISO 14000.

²⁹⁵ [Forordning \(EU\) nr. 305/2011](#).

²⁹⁶ Forskrift 17. desember 2013 nr. 1579 om omsetning og dokumentasjon av produkter til byggverk ([forskrift om omsetning og dokumentasjon av produkter til byggverk](#)).

²⁹⁷ [Forordning \(EU\) nr. 1025/2012](#).

²⁹⁸ Forskrift 9. september 2014 om gjennomføring av forordning (EU) nr. 1025/2012 av 25. oktober 2012 om europeisk standardisering ([forskrift om gjennomføring av forordning \(EU\) nr. 1025/2012](#)).

- nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og utførelse av bygge- og anleggsarbeidene og bruk av varene.

Henvisningene skal etterfølges av uttrykket "*eller tilsvarende*". Dette betyr at leverandøren skal kunne dokumentere oppfyllelse på annen måte, dersom ytelsen oppfyller de tekniske spesifikasjonene oppdragsgiveren krever.

Leverandøren skal på en egnet måte påvise at de tilbudte løsningene oppfyller kravene i de tekniske spesifikasjonene eller de nevnte standardene. Oppdragsgiveren kan ikke avvise en leverandør dersom han kan påvise dette.²⁹⁹ En egnet måte å påvise at kravene er oppfylt, kan blant annet være å fremlegge dokumentasjon som angitt i § 15-4, se punkt 20.3.6.

20.3.4 Kombinasjon av ytelses- og funksjonskrav og tekniske spesifikasjoner

Det kan, i enkelte tilfeller, være hensiktsmessig å kombinere ytelses- eller funksjonskrav med henvisninger til tekniske spesifikasjoner og standarder eller eventuelle lovkrav som legger føringer på hvordan ytelsen skal leveres. For eksempel kan dette være aktuelt i sammensatte anskaffelser hvor deler av leveransen egner seg til å beskrives gjennom tekniske spesifikasjoner, mens andre deler av leveransen kan beskrives ved ytelses- eller funksjonskrav. En slik kombinasjon kan gjøre det mulig for oppdragsgiveren å ta i bruk ytelses- og funksjonskrav i størst mulig utstrekning.

20.3.5 Forbud mot henvisning til et bestemt fabrikat eller en bestemt opprinnelse

Oppdragsgiveren kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. Forbudet er begrunnet i hensynet til konkurranse, jf. anskaffelsesloven § 4. Henvisninger til et bestemt fabrikat eller et bestemt opprinnelsesland vil ha en konkurransevridende effekt som er til fordel for en eller flere leverandører. En henvisning til et bestemt opprinnelsesland kan i tillegg være i strid med EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet for varer, tjenester, kapital og personer. Oppdragsgiveren kan dermed ikke formulere kravspesifikasjonene på en slik måte at leverandører fra andre medlemsland er forhindret fra å tilby produkter som tilfredsstiller oppdragsgiverens funksjonsbehov.³⁰⁰

Det gjelder imidlertid to unntak fra forbudet. Det første unntaket gjelder de tilfellene der henvisningen er nødvendig ut fra anskaffelsens formål. Hva som er nødvendig ut i fra anskaffelsens formål, er skjønnsmessig. Bestemmelsens ordlyd setter få grenser og hva som er "*nødvendig*" må tolkes i lys av praksis. Utgangspunktet er likevel at unntaksbestemmelsen bør tolkes restriktivt. Dette tilsier at det vil være en terskel for når bestemmelsen kan benyttes.³⁰¹ Dersom anskaffelsens formål er at leveransen skal være

²⁹⁹ Jf. § 15-1 sjette ledd.

³⁰⁰ Se [sak C-45/87 \(Kommissjonen mot Irland\)](#) og [sak C-59/00 \(Vestergaard\)](#).

³⁰¹ Se [Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 6. juli 2012](#), om forståelsen av unntaksbestemmelsen etter det tidligere regelverket. Departementet legger til grunn at de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende etter dagens regelverk.

kompatibel med eksisterende utstyr hos oppdragsgiver, kan dette tilsi at henvisningen er "nødvendig". Det kan normalt ikke kreves at oppdragsgivers eksisterende utstyr skal skiftes ut.³⁰² Dersom oppdragsgivers behov likevel kan oppfylles med løsninger fra et annet fabrikkat, trekker dette i retning av at henvisningen ikke er "nødvendig" etter bestemmelsen.³⁰³ Merknader i forbindelse med leverandørbytte kan isteden vektlegges ved tildelingsevalueringen som omstillingskostnader og på denne måten hensynta oppdragsgivers reelle kostnader.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2012/73](#)

En kommune gjennomførte en anskaffelse av interaktive tavler. I kravspesifikasjonen hadde kommunen etterspurt tavler fra leverandøren SmartBoard. Innklagede anførte at tavler med dette varemerket var i bruk på flere skoler i kommunen. Samtidig fremkom det av konkurransegrunnlaget at tilsvarende produkter kunne tilbys. KOFA anså ikke hensynet til ulemper knyttet til behov for opplæring i nytt utstyr som en tilstrekkelig begrunnelse for bruk av unntaksbestemmelsen. Henvisningen utgjorde dermed en ulovlig henvisning til et bestemt fabrikkat eller liknende.

Det andre unntaket gjelder der det ikke er mulig å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist eller forståelig ved bruk av ytelses- og funksjonskrav eller henvisninger til tekniske spesifikasjoner eller standarder. I så fall skal henvisningen følges av uttrykket "eller tilsvarende". Terskelen for når det ikke er mulig å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig med bruk av ytelses- eller funksjonsbeskrivelser eller ved henvisning til tekniske spesifikasjoner eller standarder, er høy. Unntaket skal tolkes snevert.³⁰⁴

Oppdragsgiveren har heller ikke mulighet til å begrense konkurransen ved å i realiteten utforme kravspesifikasjonen på en slik måte at det bare er et bestemt fabrikkat eller et bestemt varemerke som kan oppfylle kravene. En slik tilpassing av kravspesifikasjonen vil være et brudd på likebehandlingsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet er likevel ikke til hinder for å legge vekt på naturlige konkurransefortrinn ved bestemte løsninger, også dersom det bare er én tilbyder på markedet som tilbyr denne løsningen.³⁰⁵

20.3.6 Dokumentasjon for oppfyllelse av kravspesifikasjoner

Oppdragsgiveren kan kreve at leverandøren fremlegger testrapporter eller attester fra et akkreditert samsvarsvurderingsorgan som dokumenterer oppfyllelsen av kravene i

³⁰² Se [KOFA-sak 2012/17](#), premiss 58 og [KOFA-sak 2012/220](#), premiss 25.

³⁰³ I samme retning, se Dragsten (2013) s. 352-353.

³⁰⁴ Se [KOFA-sak 2012/17](#), premiss 60.

³⁰⁵ Se [KOFA-sak 2015/102](#), premiss 18, med henvisning til EU-domstolens [sak C-513/99 \(Concordia Bus\)](#) og [KOFA-sak 2003/97](#).

kravspesifikasjonen, jf. forskriften § 15-4.³⁰⁶ Kravet kan oppfylles ved fremleggelse av en testrapport eller attest fra et organ som er akkreditert. I Norge er det Norsk akkreditering som har myndighet til å gi akkreditering til slike samsvarsorganer.³⁰⁷

Dersom oppdragsgiveren krever at det leveres testrapporter eller liknende fra et bestemt samsvarsvurderingsorgan, skal oppdragsgiveren akseptere innholdsmessig tilsvarende rapporter som er utstedt av et tilsvarende organ. Det er opp til leverandøren å påvise at det valgte samsvarsvurderingsorganet er tilsvarende det oppdragsgiveren krever.

For oppdragsgiveren kan det være hensiktsmessig å kreve slike testrapporter eller attester i teknisk kompliserte anskaffelser, hvor oppdragsgiveren selv ikke er i besittelse av den nødvendige kompetansen til å vurdere om de tilbudte løsningene oppfyller kravene i kravspesifikasjonen.

Oppdragsgiveren skal i enkelte tilfeller godta annen passende dokumentasjon, som for eksempel teknisk dokumentasjon fra produsenten, selv om han har krevd testrapporter eller attester i tråd med forskriften § 15-4. Det er for det første dersom leverandøren ikke har tilgang til testrapportene eller attestene oppdragsgiveren har stilt krav om, og for det andre dersom leverandøren ikke har mulighet til å få dem utstedt innen fristen. Det er en forutsetning at forholdene ikke skyldes leverandøren selv.

Forhold som ikke skyldes leverandøren selv, kan for eksempel være i tilfeller hvor tilbudsfristen er kortere enn tiden det tar å utstede testrapporten eller attesten. I så fall kan annen dokumentasjon være passende dersom en normalt påpasselig oppdragsgiveren, uten uforholdsmessig stor ressursbruk, kan kontrollere at kravene er oppfylt.

Oppdragsgiveren kan alltid velge å godta annen passende dokumentasjon, uansett hensynet til ressursbruk, og såfremt kravet til likebehandling overholdes.³⁰⁸

20.4 Plikt til å ta hensyn til universell utforming

Universell utforming skal sikre at løsninger er tilgjengelige og at de kan brukes av alle uavhengig av funksjonsevne. Loven § 5 fjerde ledd slår fast at oppdragsgiveren skal stille krav til universell utforming i offentlige kontrakter. Disse kravene er videre spesifisert i forskriften.

§ 15-2 stiller krav om at kravspesifikasjonene skal ta hensyn til universell utforming når oppdragsgiveren skal anskaffe ytelser som skal brukes av personer, enten det er

³⁰⁶ Et samsvarsvurderingsorgan er et organ som utøver samsvarsvurderingsvirksomhet, inkludert kalibrering, testing, sertifisering og inspeksjon, og som er akkreditert etter [forordning \(EF\) nr. 765/2008](#).

³⁰⁷ Norsk akkreditering er utpekt av Nærings- og fiskeridepartementet som det organet i Norge som gjennomfører akkreditering av samsvarsorganer. For database over akkrediterte organer og akkrediteringsomfang, se [akkreditert.no](#).

³⁰⁸ Dette følger av en tolkning av ordlyden i bestemmelsen; "*skal godta annen passende dokumentasjon*". Gode grunner trekker i retning av at oppdragsgiveren også kan godta annen passende dokumentasjon, for eksempel dersom dette vil bedre konkurransesituasjonen i den aktuelle konkurransen.

allmennheten eller ansatte hos oppdragsgiveren, med mindre unntak kan begrunnes særskilt. Bestemmelsene bygger på direktivbestemmelser.

I den grad det allerede finnes generell lovgivning som stiller krav til universell utforming, som for eksempel i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og plan- og bygningsloven, må disse kravene følges også i forbindelse med offentlige anskaffelser. Dette gjelder for eksempel for bygninger, transport og IKT. I slike tilfeller skal kravspesifikasjonene vise til disse bestemmelsene.³⁰⁹

Kravet til universell utforming gjelder imidlertid i utgangspunktet for alle anskaffelser som skal brukes av personer, selv om det ikke allerede gjelder et generelt krav til universell utforming for det aktuelle området. Med unntak av utforming av nye arbeidsbygg, stilles det for eksempel ikke krav om universell utforming ved utforming av arbeidsplasser i den generelle lovgivningen, men anskaffelsesregelverkets krav om universell utforming omfatter også anskaffelser som skal benyttes av ansatte hos arbeidsgiver. I slike tilfeller der det ikke finnes andre obligatoriske krav, vil imidlertid oppdragsgiver stå friere til å beslutte hvordan kravspesifikasjonene skal utformes for å ta hensyn til universell utforming.

Områder der det særlig kan være aktuelt å stille krav om universell utforming, er for eksempel anskaffelser i sektorene bygg og anlegg, transport og IKT, og ved andre anskaffelser innen arbeidsliv, skole og utdanning.

Dersom det ikke finnes annen lovgivning med obligatoriske krav til universell utforming, gjelder kravet om å ta hensyn til universell utforming med mindre unntak kan begrunnes særskilt. Denne unntaksbestemmelsen er svært vidt formulert, og forskriftene sier ikke noe mer om hva som ligger i dette kravet. EU-kommisjonen har imidlertid fremmet et forslag til nytt tilgjengelighetsdirektiv³¹⁰ som skal presisere innholdet av anskaffelsesdirektivets bestemmelser om krav til universell utforming. EU-kommisjonen mener at kravet til universell utforming ikke skal gjelde når dette vil være uforholdsmessig byrdefullt. Oppdragsgiveren må foreta en forholdsmessighetsvurdering der beregnede kostnader for oppdragsgiveren ved å stille krav om universell utforming må veies opp mot fordelene for personer med nedsatt funksjonsevne. Man må da blant annet ta i betraktning hvor ofte og hvor lenge varen, tjenesten eller bygget/anlegget vil bli benyttet av personer med nedsatt funksjonsevne. I tillegg er det relevant å se hen til hva slags organ oppdragsgiveren er, inkludert størrelsen på virksomheten og omfanget av ressursene oppdragsgiveren har tilgjengelig. Denne forholdsmessighetsvurderingen er med andre ord knyttet konkret til den enkelte anskaffelse, og den kan slå forskjellig ut for ulike oppdragsgivere. Vurderingen av om kravene vil utgjøre en uforholdsmessig stor byrde vil være underlagt oppdragsgiverens frie skjønn.

Direktivet er ikke vedtatt ennå og er derfor foreløpig ikke bindende for tolkningen av de norske forskriftsbestemmelsene. Departementet mener imidlertid at det er rimelig å tolke inn et forholdsmessighetsprinsipp som beskrevet ovenfor i unntaksbestemmelsen allerede i dag.

For mer om universell utforming, se Difis veiledning med videre lenker på anskaffelser.no.

³⁰⁹ Bufdir har oversikt over de viktigste lovene som omhandler universell utforming på sine [nettsider](https://nettsider.no).

³¹⁰ [European Accessibility Act, COM \(2015\) 615 final](#).

21 Merkeordninger

21.1 Innledning

Oppdragsgiveren har mulighet til å stille krav om bestemte merkeordninger som dokumentasjon for spesifikke egenskaper ved anskaffelsen. En merkeordning kan fungere som dokumentasjon for at varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider har bestemte miljømessige og sosiale egenskaper³¹¹. Merkeordningen kan også dokumentere andre egenskaper ved leveransen. Bestemmelsen om merkeordninger følger av forskriften § 15-3.

En merkeordning er definert som dokumenter, sertifikater eller attester som bekrefter at varene, tjenestene, bygge- og anleggsarbeidene, prosessene eller prosedyrene oppfyller etterspurte merkekrav. En merkeordning inneholder et sett med på forhånd definerte merkekrav, og det er dermed ikke nødvendig for oppdragsgiveren å liste opp alle de underliggende kravene.

Det er organisasjonen som utsteder merket som skal kontrollere om varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidene overholder kravene som følger av merkeordningen. Bruk av merkeordninger kan dermed redusere arbeidsmengden for oppdragsgiver og samtidig sikre en god etterlevelse av målsetninger om for eksempel miljø og sosialt ansvar. I tillegg kan bruk av merkeordninger lette arbeidet med oppfyllelse av dokumentasjon for leverandører med merkesertifiserte ytelser.

Oppfyllelse av krav om merkeordninger medfører kostnader for leverandørene. For noen leverandører vil ikke kostnadene stå i forhold til nytten ved å være sertifisert, og det vil kunne medføre en noe høyere pris på ytelsene. Oppdragsgiveren må derfor gjøre prioriteringer på i hvilke anskaffelser og for hvilke deler av leveransen det skal stilles krav om merkesertifisering. Ved denne vurderingen kan oppdragsgiveren blant annet ta hensyn til den miljømessige påvirkningen ved anskaffelsen, innkjøpsvolumet og muligheten for å påvirke markedet. Dersom oppdragsgiverens krav om merkesertifisering bidrar til at det kommer flere og mer bærekraftige løsninger på markedet, kan dette veie opp for en eventuell fordyrende effekt i den konkrete anskaffelsen.

Samtidig må det tas hensyn til den mulige konkurransebegrensende effekten et krav om merkeordninger kan medføre. Strengt krav til merkeordninger kan bidra til å utelukke små og mellomstore leverandører fra å gi tilbud.

For mer informasjon om miljømerking, se Difis veileder på anskaffelser.no

³¹¹ Etter det tidligere anskaffelsesregelverket var det visse begrensninger i adgangen til å stille krav om merkeordninger. EU-domstolen kom til, i [sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), at det ikke var adgang til å stille krav til sosialt ansvar som en del av kravspesifikasjonen, siden slike krav ikke falt inn under definisjonen av "egenskaper" etter direktivet, se særlig premiss 74 i dommen. Dette er endret i den någjeldende forskriften, som gjennomfører det nye anskaffelsesdirektivet. I forskriften § 15-1 annet ledd fremgår det at kravene som stilles til leveransens "egenskaper" også kan inkludere faktorer som ikke påvirker varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes egenskaper. Departementet mener dette taler for at begrepet "egenskaper" i § 15-1 første ledd kan omfatte krav om sosialt ansvar. Det samme følger av § 15-3 første ledd bokstav a andre setning.

For mer informasjon om grønne anskaffelser (inkludert merkeordninger), se [kommisjonens håndbok](#) fra 2016.

21.2 Hvordan kan det stilles krav om merkeordning?

Kravet til en bestemt merkeordning kan benyttes i flere faser av en anskaffelse. Som dokumentasjon for leveransens egenskaper³¹² kan det stilles krav til merkeordninger i kravspesifikasjonen, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene. Det er opp til oppdragsgiverens skjønn om det skal stilles krav og hvordan det i så fall er mest hensiktsmessig å stille kravene.

Dersom krav til merkeordninger stilles som en del av *kravspesifikasjonen*, må samtlige leverandører tilby en merkesertifisert leveranse. Manglende merkesertifisering vil da som utgangspunkt være et avvik fra kravspesifikasjonen, og oppdragsgiveren må vurdere om han har plikt til å avvise leverandøren. Oppdragsgiveren skal godta andre merkeordninger enn den eller de ordningene som oppdragsgiver krever, dersom disse bekrefter at den tilbudte leveransen oppfyller tilsvarende merkekrav. I visse situasjoner må oppdragsgiveren også godta annen dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt, se nærmere om annen dokumentasjon i punkt 21.4 nedenfor.

Merkeordninger kan benyttes i forbindelse med *tildelingsevalueringen*, for eksempel som dokumentasjon av tildelingskriteriet "*miljø*". Ved å inkludere noen eller samtlige miljøkrav som følger av en merkeordning i evalueringen av kriteriet, kan oppdragsgiveren tildele høyere poengsum til leverandørene som oppfyller miljøkravene.³¹³ Oppfyllelse av merkeordningens miljøkrav kan dermed veies opp mot andre kriterier som kostnader, produktets tilgjengelighet eller leveringstid. En leverandør som ikke oppfyller merkeordningens miljøkrav står da ikke i fare for å avvises, men vil heller få en dårligere poengsum i evalueringen av kriteriet miljø.

Det kan inntas krav til merkeordninger også i *kontraktsvilkårene*. Ved et slikt krav plikter leverandøren å oppfylle kravet til merkesertifisering ved inngåelsen av kontrakten eller på nærmere bestemt tidspunkt senere i kontraktsforløpet. Dette kan for eksempel være hensiktsmessig i anskaffelser hvor oppdragsgiveren benytter seg av funksjonsbeskrivelser i kravspesifikasjonen. Leverandøren vil da ha mulighet til å bidra betydelig til utformingen av de konkrete løsningene, og det kan stilles krav om at disse løsningene skal være merkesertifisert. Oppdragsgiveren kan kombinere et kontraktsvilkår med krav om merkeordninger med en misligholdssanksjon som står i forhold til misligholdet. Det kan for eksempel avtales prisreduksjon dersom den forutsatte merkesertifiseringen ikke oppnås.

³¹² Forskriften angir at en bestemt merkeordning kan kreves som dokumentasjon for at leveransen har miljømessige, sosiale eller andre egenskaper. For nærmere om forståelsen av begrepet "*egenskaper*", se fotnote 300 over.

³¹³ Samtlige av kravene med henvisning til merkeordningen må i så fall ha tilknytning til leveransen. For nærmere om tilknytningskravet, se punkt 21.3.

Eksempel

Oppdragsgiveren kan eksempelvis benytte krav til merkeordninger på følgende måter:

- Ved anskaffelse av varer hvor miljømerking er forholdsvis vanlig (eksempelvis for renholdsprodukter) kan det angis i kravspesifikasjonen at samtlige produkter skal være sertifisert i henhold til én av flere alternative miljømerker.
- Ved en anskaffelse av et større antall varelinjer (for eksempel forbruksmateriell) kan miljømerking av den enkelte varelinjen gi uttelling ved evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Det kan i den forbindelse gis større uttelling for varelinjer med høyt forventet volum, enn for varelinjer med et lavere forventet volum.

21.3 Krav til merkeordningen

Oppdragsgiveren kan anvende krav om merkeordninger dersom samtlige av de følgende vilkårene er oppfylt:

- alle merkekrav har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive leveransen oppdragsgiveren skal anskaffe,
- merkekravene er basert på etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier,³¹⁴
- merkeordningen er utviklet i en åpen og gjennomiktig prosedyre hvor alle relevante interessenter kan delta,
- merkeordningen er tilgjengelig for alle interesserte parter³¹⁵
- merkekravene er fastsatt av en tredjepart som leverandøren som søker om merkeordningen, ikke utøver bestemmende innflytelse over.

Kravet om tilknytning og egnethet i første kulepunkt, må vurderes konkret i forbindelse med den aktuelle anskaffelsen. Det betyr at kravene i merkeordningen må ha tilknytning til produksjonen, fremskaffelsen eller andre sider ved leveransens livssyklus.³¹⁶ Merkekravene kan omfatte faktorer ved leveransens livssyklus som ikke påvirker varenes, tjenestenes eller

³¹⁴ Det betyr at leverandørene må ha lik adgang til å oppnå merkesertifiseringen. Det kan for eksempel ikke stilles som krav at leverandøren må være medlem av en bestemt bransjeorganisasjon for at sertifisering skal oppnås.

³¹⁵ Kravene under merkeordningen må kunne gjøres tilgjengelig for alle leverandørene. Kravet vil være oppfylt dersom kravene under merkeordningen er tilgjengelig på internett, eller dersom de gjøres tilgjengelig etter forespørsel.

³¹⁶ Det kan for eksempel være krav til emballasje, frakt eller gjenvinnings- og innsamlingsmetoder.

bygge- og anleggsarbeidenes egenskaper, slik angitt i forskriften § 15-1 andre ledd.³¹⁷ Det er likevel ikke adgang til å vektlegge generelle sider ved leverandøren, for eksempel leverandørens overordnede innkjøpspolicy i tilfeller hvor denne ikke påvirker fremstillingen av den aktuelle leveransen.³¹⁸ Det kan eksempelvis være krav til generelle retningslinjer for bruk av miljøskadelige kjemikalier i en anskaffelse hvor disse ikke benyttes i fremstillingen av leveransen.

Flere anerkjente merkeordninger oppfyller de fire siste kravene til merkeordninger angitt i kulepunktene ovenfor. Det kan for eksempel være merkeordninger med sertifisering i henhold til ISO-standarder om miljømerker og deklarasjoner, som ISO 14024. Det gjør også merkeordninger som Svanemerket, EU Ecolabel (EU-blomsten) eller Fairtrade-merket med flere. Oppdragsgiveren må imidlertid foreta en konkret vurdering av kravet til tilknytning og egnethet.

Dersom oppdragsgiveren finner at en bestemt merkeordning kun oppfyller de siste fire kravene i listen over (altså alle utenom kravet til tilknytning og egnethet), kan oppdragsgiveren henvise til de bestemte merkekravene under merkeordningen som oppfyller tilknytnings- og egnethetskravet. Det vil si at oppdragsgiveren kan velge ut de kravene som er relevante for den aktuelle anskaffelsen, og benytte merkeordningen til å dokumentere at disse merkekravene er oppfylt. Oppdragsgiveren skal da liste opp de merkekravene som har den tilstrekkelige tilknytningen og egnetheten i anskaffelsesdokumentene.

21.4 Annen dokumentasjon

Oppdragsgiveren har plikt til å godta annen dokumentasjon fra leverandørene dersom det etterspørres en bestemt merkeordning. Oppdragsgiveren plikter for det første å godta andre merkeordninger som bekrefter at leveransen oppfyller tilsvarende merkekrav³¹⁹. Det kan for eksempel være andre merkeordninger som oppfyller den samme standarden som den etterspurte merkeordningen, eksempelvis standarden ISO 14024.

Oppdragsgiveren skal også godta annen dokumentasjon for at merkeordningen er oppfylt, dersom leverandøren ikke har mulighet til å delta i merkeordningen eller en tilsvarende

³¹⁷ Dette endrer den tidligere rettstilstanden, se fotnote 300 over.

³¹⁸ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 97 som angir at "*betingelsen for en forbindelse med kontraktens genstand udelukker dog kriterier og vilkår vedrørende en virksomheds generelle politik, som ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser. Ordregivende myndigheder bør derfor ikke kunne kræve, at tilbudsgivere har en gældende virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar.*" Standpunktet har utgangspunkt i EU-domstolens [sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), se særlig premiss 90.

³¹⁹ Hva som skal anses som "*tilsvarende merkekrav*" er fortsatt ikke avklart i rettspraksis. Det antas at bestemmelsen gir en viss fleksibilitet, slik at det er tilstrekkelig at merkekravene i all hovedsak er tilsvarende. I motsatt tilfelle ville bestemmelsen om annen dokumentasjon vært lite praktisk og av mer teoretisk karakter.

merkeordning innen tilbudsfristen³²⁰. Forholdet kan ikke skyldes leverandøren selv. Det kan være aktuelt, blant annet, i tilfeller der tilbudsfristen er kortere enn den tiden det tar å sertifiseres under merkeordningen. I så fall skal oppdragsgiveren godta annen dokumentasjon, som for eksempel teknisk dokumentasjon fra produsenten. Det knyttes ingen formkrav til slik annen dokumentasjon, men det må være praktisk mulig for oppdragsgiveren å gjennomgå dokumentasjonen uten uforholdsmessig stor ressursbruk. Det er leverandøren som har bevisbyrden for at annen dokumentasjon oppfyller de fastsatte kravene under den angitte merkeordningen.

22 Kvalifikasjonskrav og krav til dokumentasjon

22.1 Generelt om kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske og finansielle evnene til å gjennomføre kontrakten. Dette kan for eksempel være krav til faglige kompetanse eller økonomisk soliditet.

Oppdragsgiveren har en betydelig skjønnsfrihet knyttet til hvilke kvalifikasjonskrav som ønskes benyttet. Kravene må likevel være i tråd med de forutsetningene som gis i forskriften. For anskaffelser etter forskriften del III er det utømmelig opplistet hvilke kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav som kan brukes.³²¹ Innenfor disse rammene er det opp til oppdragsgiveren hvordan kvalifikasjonskravene skal anvendes i den konkrete anskaffelsen. Det er således opp til oppdragsgiveren om han ønsker å stille kvalifikasjonskrav, og i så fall hvilke krav han ønsker å stille.

Kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, jf. § 16-1 først ledd. Det betyr at selve innholdet i kvalifikasjonskravet, så vel som kravet til dokumentasjon, må være proporsjonalt med anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet. Det kan derfor stilles strengere krav til leverandørens evner i en stor og kompleks anskaffelse enn ved en anskaffelse av enkle hyllevarer.

I dette ligger det også at oppdragsgiveren må foreta en konkret vurdering av hvilke krav som er relevante for den aktuelle anskaffelsen. Oppdragsgiveren må dermed ha et bevisst forhold til hvilke krav som stilles, hvordan de skal vurderes og hvorfor kravene gjør leverandøren kvalifisert til å levere på den aktuelle anskaffelsen. Bruk av standardiserte lister med kvalifikasjonskrav, anbefales derfor ikke.

Videre må kvalifikasjonskravene oppfylle visse grunnleggende krav. Kravene til kvalifikasjonskrav kan i korte trekk oppsummeres slik:

- **Klarhet:** Kvalifikasjonskravene må utformes på en klar, presis og utvetydig måte, slik at det er mulig for alle "*rimelig opplyste og normalt aktsomme*"

³²⁰ Alternativt kan det vises til en annen frist fastsatt av oppdragsgiveren, dersom kravet til merkeordning er inntatt som et kontraktsvilkår.

³²¹ Jf. § 16-1 først og annet ledd.

leverandører” å forstå kravene på samme måte.³²² Kravene kan ikke være så vagt utformet at de i realiteten gir oppdragsgiver et for vidt skjønn ved vurderingen av om de er oppfylt.³²³ Jo mer spesifikk erfaring oppdragsgiver krever, jo klarere må dette angis.³²⁴

- **Ikke-diskriminering:** Kvalifikasjonskravene skal være ikke-diskriminerende. Det er ikke tillatt å favorisere nasjonale eller lokale leverandører, for eksempel ved å stille krav om at leverandøren holder til et bestemt sted (med mindre dette er påkrevd etter kontraktens art). På samme måte kan det være i strid med ikke-diskrimineringskravet å stille krav om et visst antall referanser fra et bestemt geografisk område, for eksempel i kommunen hvor oppdragsgiver holder til.
- **Objektivitet:** Kvalifikasjonskravene må være saklige og ikke ta utenforliggende hensyn.

Hvis oppdragsgiveren velger å stille et kvalifikasjonskrav, *må* leverandørene oppfylle kravet for å kunne delta i konkurransen. Manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav skal lede til avvisning, jf. reglene om avvisning i § 24-2, se punkt 36.3.2.

22.2 Nærmere om kvalifikasjonskrav ved anskaffelser etter del III

22.2.1 Innledning

Ved anskaffelser etter forskriften del III skal kvalifikasjonskrav angis i tråd med bestemmelsene i §§ 16-1 til 16-7. Bestemmelsene angir hvilke krav oppdragsgiveren kan stille til leverandørenes kvalifikasjoner og hvilken dokumenter han kan kreve som dokumentasjon for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene.

Forskriften åpner for at det kan stilles krav til leverandørens registrering og autorisasjoner mv., jf. § 16-2, krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, jf. § 16-3, og krav om leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5. Samtidig gjelder det et generelt krav til at kvalifikasjonskravene må ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen.

³²² Se [sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), premiss 109. Samme klarhetskrav gjelder også for tildelingskriterier.

³²³ Se bl.a. [KOFA-sak 2008/100](#), premiss 37. I en konkurranse for innsamling og transport av restavfall hadde oppdragsgiveren ikke presisert kravene til erfaring og kompetanse nærmere. Hvilket minstenivå som måtte være oppfylt var ikke angitt. Leverandørene kunne derfor ikke vite hva som skulle til for å bli kvalifisert. Kvalifikasjonskravene ga oppdragsgiveren et for vidt skjønn, og var dermed ulovlige.

³²⁴ Se i denne retning bl.a. [KOFA-sak 2003/209](#) og [KOFA-sak 2006/39](#). I førstnevnte sak, en konkurranse om byggetekniske arbeider, hadde oppdragsgiveren stilt krav om at leverandørene skulle ha erfaring fra *”tilsvarende arbeider/installasjoner”*. Når oppdragsgiveren senere krevde arbeid i *”tilsvarende gater”*, var kravet for upresist angitt.

Videre må kvalifikasjonskravene være tilstrekkelig klare, objektive og ikke-diskriminerende.³²⁵ Kravene kan altså ikke være så vage og tvetydige at de i praksis gir oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn. Samtidig må de være formulert slik at normalt fornuftige leverandører forstår kravene på samme måte. Kravene til kvalifikasjonskrav er et utslag av de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet.

Rettsavgjørelse

[Sak T-437/05 \(Brink's Security Luxembourg\)](#), premiss 117 flg.

Saken gjaldt en anskaffelse av vakthold- og sikkerhetstjenester. Oppdragsgiveren hadde stilt krav om minimum ett års ansiennitet blant de ansatte. Klager, tidligere leverandør på den nå kunngjorte kontrakten, hevdet at kravet var i strid prinsippet om likebehandling.

Det var på det rene at kravet var formulert klart, presist og utvetydig, og at kravet gjaldt samtlige leverandører. Dessuten var det, på bakgrunn av arbeidsoppgavene som skulle utføres, ikke upassende å kreve minst et års arbeidserfaring. For ledere på den enkelte lokalitet krevdes det minst fem års erfaring, og for vaktledere krevdes det tre års erfaring. Dette vitnet om at oppdragsgiveren hadde tilpasset kravene om arbeidserfaring til den særlige karakteren av stillingen som skulle besittes. Dermed var kravet proporsjonalt i forhold til anskaffelsens art. Domstolen bemerket at et krav til lengre arbeidserfaring ville ha representert en urimelig konkurransebegrensning.

Oppdragsgiveren skal angi kvalifikasjonskravene, sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene, i anskaffelsesdokumentene.

22.2.2 Bruk av det europeiske egenerklæringsskjemaet

Ved anskaffelser etter forskriften del III, er det obligatorisk å bruke det europeiske egenerklæringsskjema (ESPD), jf. § 17-1. Egenerklæringsskjemaet er en erklæring fra leverandørene om at de oppfyller kvalifikasjonskravene og eventuelle utvelgelseskriterier, og at det ikke foreligger grunner for avvisning på grunn av forhold ved leverandøren.

Egenerklæring fungerer som et foreløpig dokumentasjonsbevis. Formålet med egenerklæringen er å redusere administrasjonsbyrden for oppdragsgivere og leverandører ved gjennomføringen av anskaffelsen.

Egenerklæringsskjemaet består av seks deler. Skjemaets del IV omhandler kvalifikasjonskrav og er inndelt i egne seksjoner om egnethet, økonomisk og finansiell kapasitet, tekniske og faglige kvalifikasjoner og kvalitetssikrings- og miljøledelsessystemer. Oppdragsgiveren skal angi hvilke punkter leverandøren skal besvare i skjemaet. Oppdragsgiveren kan åpne for at leverandørene gir en samlet angivelse av om de oppfyller

³²⁵ Se henvisningene i fotnotene 311, 312 og 313 over, samt [sak C-19/00 \(SIAC Construction\)](#), premiss 42. Se også [sak T-437/05 \(Brink's Security Luxembourg\)](#), premiss 119.

samtlig kvalifikasjonskrav. Oppdragsgiveren må i så fall angi at leverandørene har anledning til dette i anskaffelsesdokumentene.

For nærmere omtale av egenerklæringsskjemaet, se kapittel 25.

22.2.3 Offisielle lister over godkjente leverandører

Forskriften åpner for at det opprettes offisielle lister over godkjente leverandører, jf. § 17-2. Attest på registrering i en offisiell liste er en alternativ dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, eventuelle utvelgelseskriterier og for fravær av avvisningsgrunner. Oppdragsgiveren skal også akseptere attester fra kompetente sertifiseringsorgan på at leverandøren er sertifisert som godkjent leverandør. Opprettelsen av offisielle lister kan være et tiltak for å strømlinjeforme anskaffelsesprosessen og redusere arbeidsbyrden for både oppdragsgivere og leverandører.

22.2.4 Krav til registrering og autorisasjoner mv.

Oppdragsgiveren kan stille krav om at leverandøren er registrert i et foretaksregister, faglig register eller et handelsregister i den staten leverandøren er etablert, jf. § 16-2.

Oppdragsgiveren kan følgelig ikke stille krav om noen bestemt nasjonal tilhørighet. For norske leverandører kan det kreves at virksomheten er registrert i Brønnøysundregistrene.

Oppdragsgiveren kan også stille krav om at leverandører i en tjenesteanskaffelse har en bestemt autorisasjon eller er medlem av en bestemt organisasjon, dersom dette er påkrevd i leverandørens hjemland. Oppdragsgiveren kan dermed kreve fremlagt dokumentasjon på den aktuelle autorisasjonen dersom slik autorisasjon er påkrevd i leverandøren hjemland. Det kan for eksempel være godkjenning som elektroinstallatør for å kunne forestå prosjektering, utføring og vedlikehold av elektriske anlegg, eller godkjenning innen maritime yrker som skipsfører, dykker eller annet.

22.2.5 Krav til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet

Oppdragsgiveren kan stille relevante krav for å sikre at leverandøren har den økonomiske og finansielle kapasiteten som er nødvendig for å utføre kontrakten, jf. § 16-3. Formålet er å sikre at den valgte leverandøren har tilstrekkelig økonomisk soliditet til utføre arbeidet under kontrakten. Det er derfor relevant at den valgte leverandøren er økonomisk sterk nok til å utføre de pålagte oppgavene og ikke risikerer å gå konkurs underveis. Det kan også tas hensyn til at leverandøren må kunne imøtekomme eventuelle krav som måtte oppstå under utførelsen av kontrakten.

Krav til økonomisk og finansiell kapasitet kan blant annet omfatte:

- Krav om årlig minimumsomsetning, inkludert minimumsomsetning innenfor det området kontrakten gjelder. Kravet kan ikke overstige to ganger den anslåtte verdien av kontrakten. Oppdragsgiveren kan likevel stille strengere krav dersom han har saklig grunn, for eksempel når det foreligger en særlig risiko på grunn av anskaffelsens karakter. Begrunnelsen for å stille strengere krav skal i så fall angis i anskaffelsesdokumentene.
- Krav til regnskapets balanse dersom det spesifiseres gjennomsluttede, objektive og ikke-diskriminerende metoder og kriterier i anskaffelsesdokumentene for hvordan dette vil bli vurdert.

- Krav om at leverandøren har relevant ansvarsforsikring.

Oppdragsgiveren står fritt i utformingen av krav til økonomisk og finansiell kapasitet, såfremt kravene har tilknytning til og står i forhold til leveransen. Slike krav kan dermed også omfatte andre sider ved leverandørens økonomisk og finansielle kapasitet enn de som er listet opp over.

Begrensningen i kravet om årlig minimumsomsetning er satt for å styrke små og mellomstore bedrifters mulighet til å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser. Dersom kravet til årlig minimumsomsetning ikke står i rimelig forhold til kontraktens verdi, vil dette kunne bidra til å begrense konkurransen og redusere antallet aktuelle leverandører, noe som særlig vil ramme små og mellomstore aktører. Forholdsmessighetsprinsippet kan samtidig tilsi at det i noen konkurranser vil fremstå som uforholdsmessig å stille krav om årlig minimumsomsetning på to ganger den anslåtte verdien av kontrakten. Utfallet vil bero på en konkret vurdering i den enkelte anskaffelsen.

Oppdragsgiveren kan også stille krav til regnskapets balanse. I så fall må oppdragsgiveren også angi metoden for hvordan leverandørens balanse vil bli vurdert. Oppdragsgiveren må i så fall, under forberedelsen av konkurransen, ta stilling til hvordan regnskapets balanse vil bli vurdert.

Dersom oppdragsgiveren velger å dele opp kontrakten kan det stilles krav til økonomisk og finansiell kapasitet for hver enkelt delkontrakt. Dette gjelder også for kravet om minimumsomsetning. Kravet kan også utvides til å gjelde for grupper av delkontrakter, dersom leverandøren kan bli tildelt flere delkontrakter som kan utføres samtidig.

I en rammeavtale med flere leverandører, der inngåelse av kontrakter under rammeavtalen skjer etter gjenåpning av konkurransen, skal krav til årlig minimumsomsetning beregnes på grunnlag av den forventede maksimale verdien av kontraktene som skal utføres samtidig. Dersom denne verdien ikke er kjent, skal kravet beregnes på grunnlag av den anslåtte verdien av hele rammeavtalen.

I en dynamisk innkjøpsordning skal kravet til årlig minimumsomsetning beregnes på grunnlag av den forventede maksimale verdien av kontraktene som skal inngås under ordningen.

22.2.6 Dokumentasjon av leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet

Dokumentasjon på leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet reguleres i § 16-4. Bestemmelsen inneholder en ikke-uttømmende liste med følgende eksempler på dokumentasjonsbevis:

- bankerklæringer, som for eksempel erklæring om selvskyldnerkausjon, erklæring om garantier, erklæring vedrørende økonomiske engasjementer, soliditetserklæringer og annen relevant informasjon som banker kan uttale seg om;
- ansvarsforsikringsbevis, som for eksempel yrkesansvarsforsikring eller transportforsikring;
- virksomhetens årsregnskap eller utdrag fra disse. Dette gjelder likevel bare dersom publisering av årsregnskap er påkrevd i den staten hvor leverandøren er etablert;

- regnskapets balanse;
- en erklæring om virksomhetens totale omsetning for maksimalt de tre siste tilgjengelige regnskapsårene. Erklæringen kan også gjelde omsetningen innenfor det området kontrakten gjelder dersom disse opplysningene er relevante og tilgjengelige. Det utelukkes heller ikke at oppdragsgiver kan kreve omsetningstall for beslektede aktiviteter såfremt disse er relevante og tilgjengelige;
- kredittvurderinger.

Listen angir dokumentasjonsbevis som oppdragsgiveren "*blant annet*" kan stille krav om. Det betyr at oppdragsgiveren kan kreve annen dokumentasjon vedrørende leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. Dokumentasjonskravene må likevel være i overensstemmelse med forutberegnelighetsprinsippet og være relevante for den konkrete anskaffelsen.

Leverandøren kan, i enkelte tilfeller, legge frem annen dokumentasjon enn den oppdragsgiveren krever. Dette gjelder kun dersom leverandøren har saklig grunn til ikke å fremlegge slik dokumentasjon, og kan oppfylle kravet ved å fremlegge et annet dokument oppdragsgiveren anser egnet. Forhold utenfor leverandørens kontroll og som han ikke kan lastes for, vil normalt utgjøre en saklig grunn etter bestemmelsen. Dette omfatter for eksempel tilfeller hvor den etterspurte dokumentasjonen ikke finnes, eksempelvis hvor selskapet er under stiftelse eller i oppstartsfasen. Det samme gjelder dersom dokumentasjonen ikke lar seg fremskaffe innen den gitte fristen. Dette gjelder likevel ikke dersom hindringen skyldes forhold ved leverandøren, som for eksempel at leverandøren kom sent i gang med utformingen av tilbudet.

22.2.7 Krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner

§ 16-5 regulerer de krav oppdragsgiveren kan stille til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Bestemmelsen angir at oppdragsgiveren bare kan stille krav som er relevante for å sikre at leverandøren har de tekniske og faglige kvalifikasjonene, inkludert menneskelige og tekniske ressurser og erfaring, til å utføre kontrakten. Dokumentasjonskrav for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner er uttømmende regulert i § 16-6. Oppdragsgiveren har dermed ikke mulighet til å stille krav til kvalifikasjoner som ikke kan dokumenteres gjennom dokumentasjonskravene som er angitt i denne bestemmelsen.

Formålet med slike kvalifikasjonskrav er å sikre at den valgte leverandøren er i stand til å utføre oppgaven på en teknisk og faglig forsvarlig måte. Kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner vil nødvendigvis variere ut ifra hva den konkrete leveransen består i. Også her er det opp til oppdragsgiverens skjønn hvilke, om noen, kvalifikasjonskrav som skal gjelde for anskaffelsen. I de fleste tilfeller vil det likevel være naturlig å stille krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Dersom anskaffelsen gjelder varer som inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiveren vurdere leverandørens faglige kvalifikasjoner på grunnlag av hans ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider. Det vil si at oppdragsgiveren her gis hjemmel til å stille krav om referansearbeider. Krav til dokumentasjon for referansearbeider som følger av § 16-6 omtales nærmere nedenfor.

Ved utformingen av kvalifikasjonskrav vil det være hensiktsmessig å se hen til særlige forhold ved anskaffelsen som kommer til uttrykk når kontrakten skal utføres. I så fall vil det være relevant å innta krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner innenfor disse områdene, for eksempel om kompetanse innen kvalitetskontroll, miljøledelse eller der de tekniske fasiliteter leverandøren råder over er nødvendig for gjennomføring av kontrakten.

Eksempel

En oppdragsgiver skal anskaffe en vare hvor det foreligger høy risiko for kritikkverdige arbeidsforhold hos underleverandører. I så fall kan det være relevant at leverandøren besitter gode systemer og rutiner for styring av leverandørkjeden. God styring av leverandørkjeden kan utgjøre et viktig moment i etterlevelsen av krav til arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene har tilknytning til leveransen. Krav til slike systemer og rutiner kan derfor stilles som del av kravene til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Dokumentasjon for dette kan gis som en beskrivelse i tråd med § 16-6 første ledd bokstav e.

Bestemmelsen fremhever også at oppdragsgiveren i konkurranser om innovasjonspartnerskap særlig skal stille krav om leverandørens kvalifikasjoner innen forskning og utvikling. Dette inkluderer utvikling og gjennomføring av innovative løsninger, noe som er spesielt relevant for anskaffelser som følger denne prosedyren. For nærmere informasjon om selve prosedyren se departementets veiledning om innovasjonspartnerskap i kapittel 39.

22.2.8 Dokumentasjon av leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner

22.2.8.1 Innledning

Bestemmelsen i § 16-6 angir de ulike formene for dokumentasjon oppdragsgiveren kan kreve som dokumentasjonsbevis på oppfyllelse av kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Oppdragsgiveren kan kreve dokumentasjon for en rekke forhold. Bestemmelsen fremhever derfor at dokumentasjonskravene må stå i forhold til anskaffelsens karakter, omfang, betydning og planlagte bruk. Dette er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og bidrar til å sikre proporsjonalitet mellom kravene til dokumentasjon og anskaffelsens karakter.

Ved anskaffelser etter forskriften del III gjelder det visse begrensninger i muligheten til å evaluere samme forhold som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium. Bestemmelsen i § 16-6 åpner likevel for at oppdragsgiveren kan benytte dokumentasjon, inngitt i forbindelse med kvalifikasjonskravene, til evalueringen under tildelingskriteriene. Det vil si at for eksempel dokumentasjon på kompetansen til de som skal utføre kontrakten, kan vurderes i forbindelse med både kvalifikasjon og tildeling, så fremt vurderingstemaet er et annet. Forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier er beskrevet nærmere i punkt 22.4.

Forskriften åpnet for at oppdragsgiveren kan kontrollere leverandørens produksjonskapasitet eller tekniske kapasitet, og hvor det er nødvendig, kontrollere leverandørens tilgjengelige undersøkelses- og forskningsfasiliteter og kvalitetskontrolltiltak. Denne muligheten gjelder

kun for anskaffelser av varer eller tjenester som er kompliserte, eller som unntaksvis skal brukes til et spesielt formål. Det kan for eksempel omfatte kontroll av de tekniske fasiliteter og kvalitetssikringstiltak som leverandøren har beskrevet, jf. § 16-6 først ledd bokstav e. Kontrollen kan utføres av oppdragsgiveren selv eller av et kompetent offentlig organ, for eksempel et offentlig organ som driver tilsyn på området.

22.2.8.2 Oversikt over viktigste arbeider og leveranser

Oppdragsgiveren kan stille krav om en oversikt over leverandørens viktigste bygge- og anleggsarbeider (heretter "*arbeider*") eller vare- eller tjenesteleveranser i henholdsvis de fem og tre siste år. Dersom det er snakk om arbeider kan oppdragsgiveren be om dokumentasjon som går fem år tilbake i tid; for vare- og tjenesteytelser kan det bes om dokumentasjon som går tre år tilbake. Oppdragsgiveren kan også be om dokumentasjon for viktigste arbeider eller leveranser innenfor et tidsrom som er kortere enn de angitte rammene.

De viktigste arbeidene eller leveransene kan måles i form av økonomisk verdi, for eksempel hvor oppdragsgiveren ber om en liste over leverandørens største leveranser. De viktigste arbeidene eller leveransene kan også innebære en oversikt over de leveransene som tilsvarer den konkrete leveransen oppdragsgiver skal anskaffe.

Oppdragsgiveren kan kreve en nærmere redegjørelse for hva utførte arbeider innebærer, sammen med en attest for tilfredsstillende utførelse. Oppdragsgiveren kan velge om det bare skal gis en redegjørelse for arbeidene, eller om det skal gis en redegjørelse sammen med attester for tilfredsstillende utførelse. Det følger av forskriften at slike attester kun kan kreves ved utførelsen av arbeider.

Dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse, kan oppdragsgiveren angi at arbeider eller leveranser som leverandøren har utført for mer enn henholdsvis fem eller tre år siden kan bli tatt hensyn til. I vurderingen må det tas hensyn til hvor ofte leverandørene utfører den aktuelle typen arbeider eller leveranser og hvor begrensende rammen på fem eller tre år faktisk vil være.

For enkelte anskaffelser kan det være relativt få leverandører som har utført eksakt tilsvarende oppdrag. Oppdragsgiveren kan i disse tilfellene vurdere å etterspørre en oversikt over arbeider eller leveranser som er funksjonsmessig like den leveransen oppdragsgiveren skal anskaffe. Dette kan bidra til å øke antallet mulige leverandører, samtidig som kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner blir ivaretatt.

Eksempel

En oppdragsgiver skal anskaffe prosjektering av en skole. Prosjektering er å anse som en tjeneste, og oppdragsgiveren kan dermed i utgangspunktet kreve dokumentasjon for leverandørens viktigste leveranser de tre siste årene. Av konkurransehensyn kan oppdragsgiveren vurdere om leverandørene også kan liste opp andre leveranser enn leveranser knyttet til prosjektering av skoler. Det kan for eksempel være prosjektering av bygg som er funksjonsmessig sammenliknbar med en skole, eksempelvis større barnehager eller enkelte kontorbygg mv. Dette kan bidra til å styrke konkurransen ved at flere aktører, spesielt små og mellomstore bedrifter, kan være kvalifisert til å inngi tilbud. Oppdragsgiveren kan vurdere en slik funksjonsmessig tilnærming i kombinasjon med adgang til utvide tidsperioden utover hovedregelen på henholdsvis tre og fem år.

22.2.8.3 Beskrivelse av teknisk personell eller tekniske enheter

Oppdragsgiveren kan kreve en beskrivelse av det involverte teknisk personell eller tekniske enheter, særlig dem som er ansvarlig for kvalitetskontrollen. Dette gjelder uansett om de som skal utføre kvalitetskontrollen tilhører leverandørens virksomhet eller ikke. For eksempel kan oppdragsgiveren for bygg- og anleggsarbeider kreve opplysninger om det tekniske personell eller tekniske enheter som entreprenøren disponerer over til utførelsen av arbeidet.

22.2.8.4 Beskrivelse av tekniske fasiliteter

Oppdragsgiveren kan kreve at det fremlegges en beskrivelse av de tekniske fasiliteter og de undersøkelses- og forskningsfasiliteter som leverandøren råder over. I tillegg kan oppdragsgiveren kreve en beskrivelse av de kvalitetssikringstiltak som leverandøren benytter seg av ved utførelsen av leveransen.

22.2.8.5 Beskrivelse av styring av leverandørkjeden

Oppdragsgiveren kan kreve en beskrivelse av styring av leverandørkjeden og de sporingssystemer leverandøren vil benytte til å utføre kontrakten. Det betyr at oppdragsgiveren for eksempel kan kreve en beskrivelse av måten leverandøren administrerer og kontrollerer sine underleverandører og deres underleverandører videre ned i leverandørkjeden. Leverandøren kan eksempelvis angi hvem hos leverandøren som er ansvarlig for oppfølging av underleverandører og disses nærmere oppgaver. Beskrivelsen kan også bestå av konkrete kontrolltiltak som iverksettes for å sikre at underleverandørkjeden utfører oppgavene i overensstemmelse med vilkårene i kontrakten.

22.2.8.6 Opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner

Oppdragsgiveren kan kreve en beskrivelse av utdanningen og de faglige kvalifikasjonene til leverandørens ledelse, nøkkelpersoner og andre hvis kompetanse er relevant for utførelsen av leveransen. Opplysningene vil danne grunnlag for oppdragsgiverens vurdering av om leverandørens formelle fagkompetanse er tilstrekkelig for å utføre kontrakten.

Oppdragsgiveren må da være oppmerksom på at det ikke er adgang til benytte samme vurderingstema som både kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium, se punkt 22.4.

Opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner kan for eksempel gis i form av en opplisting eller erklæring. I tilfeller hvor anskaffelsens karakter tilsier det, kan oppdragsgiveren kreve en beskrivelse med kopi av eksempelvis vitnemål eller kursbeviser.

22.2.8.7 Beskrivelse av miljøledelsestiltak

Oppdragsgiveren kan kreve en beskrivelse av bestemte miljøledelsestiltak leverandøren har innført eller planlegger å benytte ved utførelsen av leveransen. Miljøledelsestiltak innebærer innføring av en systematisk prosess hvor virksomheten gjennomfører, leder, måler og kontinuerlig begrenser sin miljøpåvirkning. Beskrivelse av miljøledelsestiltak er særlig relevant for anskaffelser som antas å ha en viss miljøpåvirkning, for eksempel ved at det gjøres inngrep i naturen eller at det slippes ut miljøgifter som følge av utførelsen av leveransen.

Beskrivelsen av miljøledelsestiltak kan gis ved fremvisning av dokumentasjon på sertifisering i nasjonale ordninger eller miljøstandarder opprettet av bransjeorganisasjoner. Eventuelt kan beskrivelsen bestå av en angivelse av de tiltak som iverksettes knyttet til miljøledelsen ved utførelsen av leveransen.

Dersom anskaffelsens karakter tilsier det kan oppdragsgiveren kreve attester fra nærmere bestemte uavhengige organer, jf. § 16-7 annet ledd. Krav om kvalitetssikringsstandarter og miljøledelsessystemer er nærmere beskrevet nedenfor i punkt 22.2.9.

22.2.8.8 Beskrivelse av gjennomsnittlig årlig arbeidsstyrke

Oppdragsgiveren kan kreve en beskrivelse av leverandørens gjennomsnittlige årlige arbeidsstyrke³²⁶ og antallet medarbeidere i ledelsen i løpet av de tre siste årene. I beskrivelsen skal leverandøren angi et bestemt antall ansatte i virksomheten for hvert av de tre årene beskrivelsen gjelder.

22.2.8.9 Beskrivelse av redskaper, materiell og teknisk utstyr

Oppdragsgiveren kan kreve en beskrivelse av hvilke redskaper, materiell og teknisk utstyr leverandøren råder over til å utføre leveransen. Begrepet redskaper kan også omfatte immaterielle redskaper som programvare og IT-løsninger. Beskrivelsen kan gis som en liste over redskaper, materiell og teknisk utstyr leverandøren råder over. Dersom anskaffelsens karakter tilsier det kan oppdragsgiver stille krav til redskapenes beskaftenhet og til dokumentasjon på faktisk og rettslig rådighet over disse.

22.2.8.10 Beskrivelse av bruk av underleverandører

Oppdragsgiveren kan kreve en beskrivelse av hvor stor del av kontrakten som leverandøren vurderer å sette bort til underleverandører. Bruk av underleverandører er også regulert i forbindelse med kontraktsvilkår, jf. § 19-2. Se også kapittel 28.

22.2.8.11 Særlige dokumentasjonskrav for anskaffelse av varer

Ved anskaffelse av varer kan oppdragsgiveren kreve prøver, beskrivelser eller fotografier av varene. Oppdragsgiveren kan også kreve attest for ektheten av varene. På denne måten kan oppdragsgiveren oppnå en tilstrekkelig betryggelse for tilstanden og kvaliteten på varene.

³²⁶ Direktivteksten angir dette som "*gennemsnitlige antal beskæftigede*", se [direktiv 2014/24/EU](#) bilag XII del 2, bokstav h.

Samtidig kan oppdragsgiveren kreve at det fremvises attester fra kompetente offisielle organer for kvalitetskontroll. Denne attesten skal bekrefte at varene oppfyller de tekniske spesifikasjonene eller bestemte standarder.

22.2.9 Kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarder

Forskriften åpner for bruk av attester for oppfyllelse av kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarder som kvalifikasjonskrav, jf. § 16-7 første ledd og annet ledd. Attestene skal være utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren oppfyller visse på forhånd angitte standarder.

Krav om attest for kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarder³²⁷ kan bare kreves der det er relevant for den aktuelle leveransen. Videre kan oppdragsgiveren bare kreve en slik attest dersom kravet står i forhold til leveransen. I denne vurderingen bør det tas hensyn til at innhenting av attester fra uavhengige organer kan kreve betydelige ressurser fra leverandørenes side.

Krav til kvalitetssikringsstandard kan inkludere krav til universell utforming.

Oppdragsgiveren har også mulighet til å kreve fremlagt attest for oppfyllelse av visse miljøledelsessystemer eller –standarder. Bestemmelsen åpner for å benytte [EU-ordningen for miljøstyring og miljørevisjon \(EMAS\)](#). Denne ordningen legger vekt på kontinuerlig bedring av miljøprestasjonen til organisasjonene som deltar, ved gjennomføring av blant annet miljøstyringstiltak og ved jevnlig og systematisk evaluering av tiltakene. Krav til miljøstyringstiltak i henhold til EMAS er de samme som fastsatt i del 4 av ISO-standardEN ISO 14001:2015.

Oppdragsgiveren bør også vurdere påvirkningen et slikt krav vil ha på antallet leverandører i konkurransen. Miljøledelsesstandarder medfører kostnader og legger opp til en relativt omfattende rapportering. Et krav om attest for oppfyllelse av miljøledelsesstandarder kan derfor utelukke små og mellomstore leverandører fra å delta i konkurransen.

For mer om krav til miljøledelse, se Difis veileder på [anskaffelser.no](#).

Dersom leverandøren ikke har mulighet til å innhente attestene innen tiden, skal oppdragsgiveren godta annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak. Leverandøren må i så tilfelle dokumentere hvilke tiltak som er gjennomført og at disse tiltakene tilsvarer tiltakene i den etterspurte standarden. Dette gjelder kun dersom forholdet ikke skyldes leverandøren selv. Det betyr at det må foreligge forhold utenfor leverandørens kontroll. Det kan for eksempel legges vekt på at det ikke var mulig for leverandøren å innhente den aktuelle attesten innen utløpet av tilbudsfristen.

22.2.10 Navn på personene som skal være ansvarlig for å utføre kontrakten

Oppdragsgiveren kan kreve at leverandører som er en juridisk person, oppgir navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlig for å utføre arbeid under kontrakten. Kravet kan stilles i alle anskaffelser, unntatt vareanskaffelser som ikke inkluderer tjenester eller monterings- og installasjonsarbeid. Dette følger av forskriften § 16-8 annet

³²⁷ Krav om attest for oppfyllelse av kvalitetssikringsstandarder kan inkludere krav til universell utforming. For mer om krav til universell utforming i offentlige anskaffelser, se Difis veileder på [anskaffelser.no](#).

ledd. Et slikt krav vil forplikte leverandøren til å benytte bestemte personer som ansvarlige for utførelsen av leveransen. Opplysningene skal gis i forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet.

En leverandør kan ikke avvises med den begrunnelse at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i sin hjemstat, jf. § 16-8 første ledd.

22.3 Støtte fra andre virksomheter

Leverandører har mulighet til å støtte seg på andre virksomheters kompetanse for å oppfylle kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet eller tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-10. Den rettslige forbindelsen mellom virksomhetene er ikke relevant. Det er derfor ikke et krav at leverandøren selv er i besittelse av de etterspurte kvalifikasjonene, og det er heller ikke krav til noen selskapsrettslig forbindelse mellom virksomhetene. Det betyr at virksomhetene ikke trenger å tilhøre samme konsern.

Det avgjørende er at leverandøren faktisk råder over den andre virksomhetens kompetanse ved utførelsen av leveransen.³²⁸ Leverandøren som inngir forespørselen om å delta i konkurranse eller tilbudet må kunne dokumentere forholdet. Dette kan for eksempel gjøres ved å fremlegge en støtteerklæring som viser at leverandøren råder over den nødvendige økonomiske og finansielle kapasiteten eller at krav til teknisk og faglig kapasitet er oppfylt. Støtteerklæringen skal dokumentere at den støttende virksomheten er juridisk forpliktet overfor leverandøren og dermed viser at leverandøren har rett til å disponere over den kompetansen tilbudet bygger på. Støtteerklæringen behøver ikke i seg selv å være et juridisk bindende dokument, men den må dokumentere at det foreligger en bindende avtale mellom leverandøren og den støttende virksomheten.

Dersom det er snakk om støtte til oppfyllelse av krav til økonomisk eller finansiell kapasitet, kan oppdragsgiver kreve at den støttende virksomheten hefter som solidarisk ansvarlig for utførelsen av kontrakten. Det solidariske ansvaret vil i så tilfelle påvise at det foreligger en forpliktelse til å stille de nødvendige ressurser til rådighet.

Leverandøren må opplyse om i hvilken grad han vil støtte seg på andre virksomheters kompetanse. Når det gjelder den tekniske og faglige kompetansen som stilles til rådighet skal det angis konkret hvilken kompetanse det er snakk om. Det vil kun være den kompetansen som leverandøren råder over som vil inngå i vurderingen av om

³²⁸ Dette følger også av EU-domstolens praksis, se for eksempel [sak C-176/98 \(Holst Italia\)](#) og [sak C-314/01 \(Siemens og Agre Telekom\)](#). Se også [sak C-324/14 \(Partner Apelski Dariusz\)](#), premiss 39-41, hvor det fremheves at muligheten for å støtte seg på andre virksomheters kompetanse er en generell mulighet, forutsatt at leverandøren godtgjør at han reelt disponerer over den støttende virksomhetens ressurser. Dommen gir likevel uttrykk for enkelte begrensninger i adgangen til å støtte seg på andre virksomheter, som for eksempel hvor leveransens karakter tilsier at oppgaven skal utføres av én virksomhet, ikke flere virksomheter som i fellesskap innehar den nødvendige kompetansen. På samme måte kan leveransens karakter tilsi at leverandøren bare kan støtte seg på en annen virksomhet dersom denne virksomheten direkte og personlig deltar i utførelsen av den aktuelle kontrakten.

kvalifikasjonskravet er oppfylt. Dersom det er snakk om tjeneste- eller bygg- og anleggsanskaffelser med støtte i forbindelse med relevant utdanning og faglige kvalifikasjoner, skal den aktuelle delen av leveransen utføres av den støttende virksomheten.³²⁹ Plikten til å utføre den aktuelle delen av leveransen kan sikres ved å innta dette som et kontraktskrav.

Ved anskaffelse av varer som inkluderer monterings- og installeringsarbeid, tjenester og bygg- og anleggsarbeider kan oppdragsgiveren kreve at kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv eller i et felleskap med en bestemt deltaker. Oppgaven skal anses som kritisk når den angår sentrale elementer, som i vesentlig grad bidrar til oppfyllelse av kontrakten, med det kvalitetsnivå og til den pris som er krevd av oppdragsgiveren. Det kan blant annet legges vekt på om utførelsen av oppgaven krever en varig og høy grad av samarbeid med oppdragsgiver. Det kan også legges vekt på at oppgaven er av en særlig konfidensiell karakter. Det skal således gjøres en konkret vurdering av innholdet i de aktuelle oppgavene som skal utføres.

Dersom leverandøren støtter seg på andre virksomheter, skal oppdragsgiveren sjekke at også den støttende virksomheten oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, altså de kravene hvor leverandøren støtter seg på den støttende virksomhetens kompetanse. Det kan heller ikke foreligge andre grunner til avvisning. Manglende oppfyllelse av de relevante kvalifikasjonskravene skal føre til avvisning av leverandøren. Den støttende virksomheten skal levere egenerklæring, i form av ESPD-skjema, som foreløpig dokumentasjon på oppfyllelse av de relevante kvalifikasjonskravene, eventuelle utvelgelseskriterier og fravær av avvisningsgrunner. Kravet følger som en konsekvens av likebehandlingsprinsippet og skal sikre at det ikke gjelder andre krav til støttende virksomheter enn til leverandører ellers. Før tildeling av kontrakten skal oppdragsgiveren kreve at det leveres oppdaterte dokumentasjonsbevis også for den støttende virksomheten.

Dersom en leverandør støtter seg på en annen virksomhets tekniske eller faglige kvalifikasjoner, er det i utgangspunktet ikke nødvendig for den støttende virksomheten å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet. Det kan likevel tenkes tilfeller hvor oppdragsgiveren vil ha behov for å stille visse krav til økonomisk og finansiell kapasitet til den støttende virksomheten. Det kan være der den støttende virksomheten skal levere sentrale deler av leveranser, særlig omfangsrike ytelser eller hvor ytelsene skal leveres et stykke frem i tid. I slike tilfeller kan oppdragsgiveren ha en legitim interesse av å sikre seg at den støttende virksomheten har tilstrekkelig økonomisk kapasitet til å utføre den aktuelle delen av leveransen.

22.4 Forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

Kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to uavhengige faser i en anskaffelse, med forskjellige funksjoner. Formålet med kvalifikasjonsvurderingen er å avgjøre om leverandørens kvalifikasjoner er tilstrekkelig til å sikre at leverandøren oppfyller kontrakten. Tildelingskriteriene skal rangere tilbudene på bakgrunn av en på forhånd angitt vektning av kriteriene.

Utgangspunktet er dermed at kvalifikasjonskravene skal rette seg mot forhold ved leverandøren, mens tildelingen skal rette seg mot forhold ved det aktuelle tilbudet. I noen

³²⁹ Se [sak C-324/14 \(Partner Apelski Dariusz\)](#), beskrevet i fotnoten over.

tilfeller kan det oppstå situasjoner hvor leverandørens egnethet til å utføre kontrakten ønskes evaluert i tildelingsfasen. Dette er et spørsmål som er nærmere behandlet i både rettspraksis og teori.

EU-domstolen har uttalt seg om spørsmålet ved flere anledninger.³³⁰ Utgangspunktet er at tildelingskriteriet må ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen og dermed være egnet til å evaluere hvilket tilbud som gir det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Tildelingskriteriene kan derfor ikke knytte seg til generelle sider ved leverandøren, for eksempel leverandørens overordnede innkjøpspolicy.³³¹

Spørsmålet har størst betydning når det gjelder adgangen til å stille krav til faglig erfaring og kompetanse i tildelingsfasen. EU-retten skiller mellom krav til virksomheten og det å stille krav til kompetansen til personene som skal gjennomføre kontrakten.³³² Kvaliteten av gjennomføringen kan på avgjørende vis være avhengig av kompetansen til de som gjennomfører den, og det er derfor naturlig at oppdragsgiver kan bedømme kvaliteten på denne kompetansen. Dette er særlig relevant der leveransen er av intellektuell art, som ved utdannelses- eller konsulentytelser.

KOFA har fulgt opp EU-domstolens uttalelser. De har i flere avgjørelser påpekt at dersom et tildelingskriterium, som vurderer faglig erfaring og kompetanse, skal kunne benyttes må det være erfaringen og kompetansen til den bemanningen som er aktuell for oppdraget som gjøres til et vurderingstema. Det kan ikke legges vekt på leverandørens generelle erfaring eller kompetanse.³³³

Teknisk og faglig kompetanse er dermed et lovlig tildelingskriterium dersom kriteriet har tilstrekkelig tilknytning til den aktuelle anskaffelsen. Dette følger uttrykkelig av § 18-1 tredje ledd bokstav b, som forutsetter at kvaliteten på bemanningen må være av stor betydning for utførelsen av kontrakten. Det vil si at et eventuelt kompetansekriterium kun kan benyttes i anskaffelser med en viss grad av innsatsforpliktelse, som arkitekttjenester, totalentrepriser og konsulenttjenester.

Dokumentasjonen som både brukes til dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene og i evalueringen av tildelingskriteriene, kan være den samme så lenge vurderingstema er et annet. Siden kvalifikasjonskrav skal rette seg mot leverandørens egnethet til å gjennomføre kontrakten, kan oppdragsgiver stille krav knyttet til virksomhetens kompetanse og referanser. Til sammenlikning, siden tildelingskriteriene skal identifisere kvaliteter ved tilbudet, kan det være relevant å evaluere kvaliteter ved de tilbudte medarbeiderens CVer i tildelingsevalueringen. I så tilfelle kan samme dokumentasjon benyttes både i evaluering av kvalifikasjonskravene og i tildelingsevalueringen.

³³⁰ Se for eksempel EU-domstolens [sak C-532/06 \(Lianakis\)](#). EU-domstolens standpunkt er moderert i [sak T-461/08 \(Evropaïki Dynamiki v EIB\)](#) og [sak C-601/13 \(Ambisig\)](#).

³³¹ Se [sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), premiss 90.

³³² Se [sak C-601/13 \(Ambisig\)](#), premiss 25 til 32.

³³³ Se blant annet KOFA-saker [2015/78](#), [2015/97](#) og [2015/118](#). Se også [KOFA-sak 2015/15](#) om klarhetskrav ved bruk av tilsynelatende samme krav til faglig erfaring og kompetanse som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium.

For mer om bruk av kompetanse som tildelingskriterium, se veiledningen om tildelingskriterier i kapittel 26.

23 Reserveerte kontrakter

23.1 Innledning

Forskriften åpner for at oppdragsgiveren kan reservere retten til å delta i konkurransen for bestemte virksomheter på visse nærmere angitte vilkår. I § 16-9 fremkommer det at oppdragsgiveren kan begrense konkurransen til virksomheter eller programmer³³⁴ som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Det er inntatt en tilsvarende mulighet til å reservere kontrakter etter forskriften del II, jf. § 8-8, og ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester, jf. § 30-3. Adgangen til å reservere kontrakter gjelder for alle typer kontrakter og kan også benyttes for anskaffelser etter forskriften del I.

Virksomheter eller programmer som har et slikt hovedformål, når ofte ikke opp i konkurranse på vanlige betingelser. Bestemmelsen gir oppdragsgiveren muligheten til å sikre disse en likestilt konkurranseplass, og kan dermed bidra til økt deltakelse i arbeidslivet for utsatte grupper.

Virksomheten kan være organisert som en vernet bedrift, men organiseringen er ikke av avgjørende betydning. Det utslagsgivende er om virksomheten har arbeidslivsintegrering av en av de nevnte gruppene som et hovedformål.

Dersom oppdragsgiveren benytter seg av muligheten til å reservere kontrakten etter bestemmelsen, skal dette angis i anskaffelsesdokumentene. Dette kravet ivaretar hensynet til forutberegnelighet hos leverandørene.

23.2 Hvilke grupper omfattes av unntaket

Med "*funksjonshemmede*" forstås personer som på bakgrunn av arten eller omfanget av deres funksjonsnedsettelse, ikke kan utøve arbeid på normale vilkår. Dette kan for eksempel være personer med langvarig fysisk eller psykisk funksjonsnedsettelse.

Begrepet "*vanskeligstilte personer*" dekker en videre krets av personer enn begrepet "*funksjonshemmede*". "*Vanskeligstilte personer*" omfatter blant annet personer som er arbeidsledige, eller personer som tilhører en vanskeligstilt minoritet eller en gruppe som på annet vis er sosialt marginalisert.³³⁵ Dette kan eksempelvis være rusmisbrukere eller tidligere straffedømte personer.

"*Vanskeligstilte personer*" kan også omfatte personer som ikke har fullført videregående skole eller yrkesrettet utdanning, personer som over lengre tidsrom ikke har hatt fast lønnet

³³⁴ Ordlyden i den engelske oversettelsen av [direktiv 2014/24/EU](#) artikkel 20 (1) benytter "*sheltered employment programmes*", og den danske oversettelsen benytter "*programmer for beskyttet beskæftigelse*". Med "*programmer*" siktes det dermed til programmer for beskyttet sysselsetting.

³³⁵ Se [direktiv 2014/24/EU](#), fortalen avsnitt 36.

arbeid, og personer som tilhører etniske minoriteter som har behov for å styrke sine språkkunnskaper, sin yrkesopplæring eller yrkeserfaring for å bedre utsiktene til fast sysselsetting.³³⁶

23.3 Krav til andel funksjonshemmede/vanskeligstilte personer

Det er videre et krav at minst 30 % av de ansatte i virksomheten eller programmet har nedsatt funksjonsevne eller er vanskeligstilte personer. Prosentandelen skal beregnes ut ifra hvor mange ansatte det er i virksomheten eller programmet. Det vil si at hvis virksomheten har fem ansatte og to av disse er omfattet av en av de nevnte gruppene, vil kravet være oppfylt. Ved beregningen er det ikke avgjørende hvorvidt personen er heltids- eller deltidsansatt.

§ 16-9 er generelt formulert, og bestemmelsen kan omfatte bedrifter med ansatte som har ulike grader av funksjonsnedsettelse eller vanskeligstilte personer med ulik bakgrunn.

23.4 Muligheter for nærmere avgrensninger

Departementet mener at oppdragsgiveren kan foreta en nærmere avgrensning av hvilke typer og omfang av funksjonsnedsettelse de ansatte hos leverandørene skal ha for å kunne delta i konkurransen.³³⁷ Dette er for å sikre at også leverandører som har ansatte med et relativt lavt funksjonsnivå får muligheter til å konkurrere på like vilkår. Det kan for eksempel være kontrakter som reserveres for virksomheter med en tilstrekkelig andel personer med varig og vesentlig nedsatt arbeidsevne, eksempelvis personer på varig tilrettelagt arbeid.

Departementet mener at det foreligger en tilsvarende mulighet for å reservere kontrakter for virksomheter eller programmer med visse grupper av vanskeligstilte personer, eksempelvis tiltak for unge arbeidsledige personer. Forutsetningen for slike begrensninger er at disse ikke strider mot diskrimineringsforbudet og at kravet til konkurranse er oppfylt.

24 Utvelgelse av leverandører i konkurranser med prekvalifisering

24.1 Innledning

I konkurranser med prekvalifisering har oppdragsgiveren muligheten til å fastsette at bare et begrenset antall tilbydere kan gi tilbud i konkurransen. Oppdragsgiveren kan da foreta en

³³⁶ Kommisjonen har i [forordning \(EU\) nr. 651/2014](#), artikkel 2, 4. ledd, som gjelder et gruppeunntak for statsstøtte, definert det nærmere innholdet i begrepet "*vanskeligstilte arbeidstaker*". Denne definisjonen er ikke bindende for forståelsen av anskaffelsesregelverket, men departementet mener likevel at denne kan ha en viss relevans ved tolkingen av begrepet "*vanskeligstilte personer*".

³³⁷ Se [Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 14. desember 2011](#). Uttalelsen er gitt i henhold til det tidligere regelverket, men vurderingen vil også være relevant for gjeldende bestemmelse.

utvelgelse blant leverandørene som oppfyller kvalifikasjonskravene. Det er bare de utvalgte leverandørene som får delta i tilbudsfasen. Dette følger av forskriften § 16-12.

Oppdragsgiveren kan gjøre en slik utvelgelse ved anskaffelser hvor konkurransen er delt opp i to eller flere faser. For anskaffelser etter forskriften del III kan utvelgelseskriterier benyttes ved gjennomføring av konkurranseformene begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring, konkurranse om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog.

I enkelte markeder er det et stort antall leverandører som er interessert i tilslag på offentlige kontrakter, og antallet tilbydere kan derfor fort bli høyt. For offentlige oppdragsgivere vil det være tid- og ressurskrevende å skulle evaluere et stort antall tilbud. For leverandørene kan det fremstå som lite regningssvarende å gi tilbud i en konkurranse med mange tilbydere og tilsvarende lav sannsynlighet for å vinne frem. Utvelgelse av leverandører kan derfor føre til bedre konkurranse og bedre ressursbruk for både leverandører og oppdragsgivere.

Bestemmelsene om utvelgelse av leverandører er så å si tilsvarende for anskaffelser etter forskriften del II og del III. Bestemmelsene vil derfor bli behandlet sammen.

24.2 Begrensning i antall deltakere

Dersom oppdragsgiveren ønsker å begrense antall deltakere i konkurransen, plikter han å velge ut et antall deltakere som sikrer reell konkurranse. Ved anskaffelser etter forskriften del II skal oppdragsgiveren ikke velge ut færre enn tre leverandører. For anskaffelser etter forskriften del III kan det ikke velges ut færre enn fem leverandører ved begrenset anbudskonkurranse eller færre enn tre ved konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog. Grensedragningen kan ses på som et minsteantall for å sikre reell konkurranse.³³⁸

Kravet til reell konkurranse kan også bety at oppdragsgiveren i enkelte konkrete tilfeller bør velge ut flere enn minsteantallet i forskriften. For eksempel kan det tenkes situasjoner hvor det er usikkert om alle leverandørene vil levere inn tilbud; det foreligger spesielle trekk i det aktuelle markedet, eller; det er forhold ved den aktuelle anskaffelsen som tilsier at det er behov for flere tilbydere. Slike momenter kan tilsi at det er behov for å velge ut flere enn minsteantallet på henholdsvis tre og fem leverandører.

Dersom det ikke foreligger et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører, er ikke dette til hinder for gjennomføringen av konkurransen. I så fall kan oppdragsgiveren invitere alle de kvalifiserte leverandørene til å inngi tilbud i konkurransen. Mangler ved konkurransesituasjonen kan likevel være en saklig grunn til avlysning, jf. § 25-4.^{339 340}

Oppdragsgiveren står også fritt til å angi en øvre grense for hvor mange leverandører som kan delta i konkurransen. Det vil si at oppdragsgiveren kan angi antall deltakere i et intervall,

³³⁸ Slik også EU-domstolens avgjørelse i [sak C-225/98 \(Kommisjonen mot Frankrike\)](#), hvor domstolen uttrykte at fem leverandører var nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse.

³³⁹ Se EU-domstolens [sak C-27/98 \(Metalmeccanica\)](#) og avgjørelsen i [KOFA-sak 2005/192](#) om manglende konkurranse som avlysningsgrunn.

³⁴⁰ For del II-anskaffelser vises det til § 10-4.

for eksempel at det vil velges ut mellom fem og syv leverandører til å inngi tilbud i konkurransen. Oppdragsgiveren er ikke forpliktet til å velge ut det maksimale antallet leverandører. Han kan, på bakgrunn av en saklig og objektiv vurdering, begrense antallet leverandører innenfor det angitte intervallet. Det kan for eksempel være at en gruppe leverandører kvalitetsmessig skiller seg fra de andre. På den andre siden, dersom oppdragsgiveren angir en øvre grense, kan han ikke utvide denne og velge ut flere leverandører enn det maksimale antallet tilsier.

Den nedre, og eventuelt også den øvre, grensen for antall leverandører som velges ut til å inngi tilbud, skal angis i anskaffelsesdokumentene. For anskaffelser etter forskriften del III skal dette angis i kunngjøringen eller invitasjonen til bekrefte interesse.

24.3 Kriterier for utvelgelse

Utvelgelseskriteriene må være objektive og ikke-diskriminerende. Dette følger av de grunnleggende prinsippene og er eksplisitt angitt i § 16-12.³⁴¹ Ut over dette står oppdragsgiveren fritt til å fastsette kriteriene for utvelgelse i den konkrete anskaffelsen.

Kravene til objektivitet og ikke-diskriminering tilsier at oppdragsgiveren må fastsette kriterier som er etterprøvbare og relevante for den konkrete anskaffelsen, samtidig som de ikke må føre til vilkårlig forskjellsbehandling av leverandørene. Det vil for eksempel ikke være tillatt å fastsette kriterier som forskjellsbehandler leverandørene basert på nasjonalitet eller lokal tilknytning.

På stadiet for utvelgelsen vil oppdragsgiveren ha mottatt informasjon om leverandørenes kvalifikasjoner. Det kan derfor være naturlig å ta utgangspunkt i disse kvalifikasjonene ved utformingen av utvelgelseskriterier. Oppdragsgiveren kan for eksempel velge ut i fra beste kvalifikasjoner eller hva som vil gi best konkurransedynamikk. Oppdragsgiveren kan også benytte en blanding av disse, ved at kriteriene tar hensyn til både kvalifikasjoner og konkurransemessige forhold.

Det kan dermed benyttes kriterier som har til hensikt å velge ut de leverandørene som er best kvalifisert til å utføre leveransen. Det vil si at oppdragsgiveren kan evaluere, for eksempel, referanser fra tidligere oppdrag, opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner, eller leverandørens beskrivelser av miljøledelsestiltak eller styring av leverandørkjeden.

Oppdragsgiveren er likevel ikke begrenset til å fastsette utvelgelseskriterier basert på kvalifikasjonskravene. Oppdragsgiveren står fritt til også å benytte andre utvelgelseskriterier, såfremt disse er objektive og ikke-diskriminerende. Disse må i så fall kombineres med tilhørende dokumentasjonskrav. Dette kan blant annet være ytterligere beskrivelser av leverandørens ivaretagelse av miljø eller menneskerettigheter, det kan legges vekt på sosialt entreprenørskap, eller det kan legges vekt på størrelsen på leverandørens økonomiske omsetning, ut over det som følger av hovedregelen i § 16-3 bokstav a.

I tillegg kan oppdragsgiveren fastsette kriterier som ivaretar best mulig konkurransedynamikk i den videre konkurransen. Det vil si at oppdragsgiveren fastsetter utvelgelseskriterier som vil lede til en variert konkurransesituasjon ved tilbudsevalueringen.

³⁴¹ For del II-anskaffelser vises det til § 8-9.

Hensynet til konkurransedynamikk kan ivaretas ved å velge ut både små, mellomstore og store leverandører i utvelgelsesfasen. Oppdragsgiveren kan også legge vekt på at det bør finnes utenlandske aktører blant de utvalgte leverandørene, eller at det bør velges leverandører fra ulike markedssegmenter. Det kan videre legges vekt på at det bør være både nyetablerte og veletablerte leverandører blant de utvalgte. De utvalgte leverandører kan da tenkes å bidra med forskjellige innfallsvinkler til hvordan de ønsker å løse oppgaven. Et mer variert tilbyderfelt vil bety større valgmuligheter for oppdragsgiveren og kan bety høyere krav til nytenking og innovasjon blant leverandørene. Dette kan i sum føre til bedre ressursutnyttelse og en bedre anskaffelse.

Oppdragsgiveren skal angi utvelgelseskriteriene i anskaffelsesdokumentene. For anskaffelser etter forskriften del III vil det si i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Dersom oppdragsgiveren benytter utvelgelseskriterier knyttet til størrelsen på virksomheten, driftens lengde eller liknende, må dette klart defineres i kunngjøringen. Det betyr at oppdragsgiveren klart må angi hva som for eksempel menes med små og mellomstore bedrifter, og hva som menes med nyetablert virksomhet.³⁴²

24.4 Det europeiske egenerklæringsskjema

Ved anskaffelser etter forskriften del III, er det obligatorisk å bruke det europeiske egenerklæringsskjema (ESPD). Egenerklæringsskjemaet er en erklæring fra leverandørene om at de blant annet oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier. Egenerklæringen fungerer som et foreløpig dokumentasjonsbevis. Oppdragsgiveren behøver deretter bare å kontrollere om opplysningene angitt i den valgte leverandørens egenerklæring er korrekte. Formålet med egenerklæringen er å redusere administrasjonsbyrden for oppdragsgivere og leverandører ved gjennomføringen av anskaffelsen.

Egenerklæringsskjemaet består av seks deler. Skjemaets del V omhandler utvelgelseskriterier. Her har leverandørene mulighet for å beskrive nærmere hvordan de oppfyller kriteriene eller eventuelt vise til sin besvarelse i forespørselen om å delta i konkurransen.

For nærmere informasjon om det europeiske egenerklæringsskjemaet, se kapittel 25.

24.5 Krav om meddelelse og begrunnelse

De leverandørene som ikke blir valgt ut til å delta i konkurransen skal snarest mulig motta en meddelelse om utvelgelsen. Det betyr at meddelelsen må gis innen tilstrekkelig tid før fristen til å gi tilbud, slik at leverandørene får mulighet til å delta i konkurransen dersom utvelgelsen skulle vise seg å være uriktig.

Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse. Begrunnelsen skal rette seg mot de faktiske forhold ved evalueringen av utvelgelseskriteriene som skiller den forkastede forespørselen fra de forespørslene som ble valgt til å delta videre i konkurransen.

³⁴² Når det gjelder hva som skal anses som små, mellomstore og store virksomheter, kan oppdragsgiveren se hen til Kommisjonens anbefaling om definisjonen av mikro-, små, medium og store virksomheter ([dokument 2003/361/EC](#)). Oppdragsgiveren kan også se hen til nasjonale eller markedsmessige forhold som kan tilsi en annen definisjon.

Begrunnelsen skal være tilstrekkelig for å gi leverandøren mulighet til å vurdere en eventuell klage.³⁴³

25 Det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD)

25.1 Hva er det europeiske egenerklæringsskjemaet?

Det europeiske egenerklæringsskjemaet er en erklæring fra leverandørene om at de oppfyller angitte kvalifikasjonskrav og eventuelle utvelgelseskriterier, og at det ikke foreligger grunner for avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. Egenerklæringen fungerer i utgangspunktet som foreløpig dokumentasjonsbevis. Oppdragsgiveren behøver bare å kontrollere om opplysningene angitt i den valgte leverandørens egenerklæring er korrekte. Det europeiske egenerklæringsskjemaet omtales ofte som ESPD som er en forkortelse for European Single Procurement Document. Det europeiske egenerklæringsskjemaet er likt for hele EØS-området.

25.2 Formålet

Formålet med det europeiske egenerklæringsskjemaet er å redusere administrasjonsbyrden for oppdragsgivere og leverandører ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Leverandørene behøver kun å levere en egenerklæring istedenfor å levere annen dokumentasjon som viser at de oppfyller de angitte kvalifikasjonskravene og eventuelle utvelgelseskriterier, og at det ikke foreligger grunner til avvisning.

Oppdragsgiveren behøver kun å kontrollere om den valgte leverandøren kan dokumentere oppfyllelse av de angitte kvalifikasjonskravene og eventuelle utvelgelseskriterier, og at det ikke foreligger grunner for avvisning. Oppdragsgiveren slipper derfor å kontrollere samtlige av leverandørene.

Oppdragsgiveren kan imidlertid kontrollere alle leverandørene, dersom dette er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på en korrekt måte. Det kan for eksempel være fornuftig å kontrollere om alle leverandørene oppfyller de angitte kvalifikasjonskravene ved tottrinnsprosedyrer, som begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, hvor det foretas en prekvalifisering av leverandøren.

Innføringen av det europeiske egenerklæringsskjemaet innebærer videre en standardisering av kvalifikasjonsprosessen. Leverandørene vil møte det samme skjemaet ved alle anskaffelser de deltar i og oppdragsgiver kan gjenbruke det samme skjemaet i alle konkurranser.

Det europeiske egenerklæringsskjemaet legger til rette for handel på tvers av landegrensene, ettersom det samme skjemaet skal brukes ved alle anskaffelser over EØS-terskelverdiene i hele EØS-området. Leverandørene vil altså kunne forholde seg til det samme skjemaet uansett hvilket land han leverer inn tilbud i.

³⁴³ Se avgjørelse i [KOFA-sak 2009/143](#).

25.3 Når skal det europeiske egenerklæringsskjemaet brukes?

Det er obligatorisk å bruke skjemaet ved anskaffelser etter forskriften del III, jf. § 17-1. Kravet gjelder uavhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre som oppdragsgiveren bruker, inkludert ved konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. § 13-3. Ved anskaffelser uten konkurranse, jf. § 13-4, er bruk av skjemaet ikke påkrevd.

Ved andre anskaffelser etter forskriften er det frivillig å bruke skjemaet.

25.4 Standardskjema for det europeiske egenerklæringsskjemaet

Oppdragsgiveren skal bruke standardskjemaet som ble vedtatt av EU-kommisjonen gjennom forordning 2016/7.³⁴⁴ Departementet har fastsatt en norsk versjon av dette skjemaet som skal fylles ut elektronisk. Dette kan enten gjøres i [den europeiske ESPD-tjenesten](#), eller gjennom et konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) som bruker EU-kommisjonens standardiserte datamodell for ESPD. Standardskjemaet er også lagt ut i [PDF-versjon](#). Brukerveiledning om hvordan utfylling skal gjøres rent praktisk er lagt ut på www.anskaffelser.no

Det europeiske egenerklæringsskjemaet består av seks deler:

- Del I: Opplysninger om oppdragsgiver og konkurransen
- Del II: Opplysninger om leverandøren
 - Seksjon A: Opplysninger om leverandøren
 - Seksjon B: Opplysninger om leverandørenes representanter
 - Seksjon C: Opplysninger om støtte fra andre virksomheter
 - Seksjon D: Opplysninger om underleverandører som leverandøren ikke støtter seg på
- Del III: Avvisningsgrunner
 - Seksjon A: Avvisningsgrunner som gjelder straffedommer
 - Seksjon B: Avvisningsgrunner som gjelder betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter
 - Seksjon C: Avvisningsgrunner som gjelder insolvens, interessekonflikter eller alvorlige feil i yrkesutøvelsen
 - Seksjon D: Andre avvisningsgrunner som er fastsatt i den nasjonale lovgivningen i oppdragsgiverens medlemsstat
- Del IV: Kvalifikasjonskrav
 - Seksjon α: Samlet angivelse for alle kvalifikasjonskravene
 - Seksjon A: Egnethet
 - Seksjon B: Økonomiske og finansielle kapasitet
 - Seksjon C: Tekniske og faglige kvalifikasjoner
 - Seksjon D: Kvalitetssikrings- og miljøledelsessystemer
- Del V: Utvelgelse av antallet av kvalifiserte leverandører
- Del VI: Avsluttende erklæringer

³⁴⁴ Kommisjonens [gjennomføringsforordning \(EU\) nr. 2016/7](#).

25.5 Hvordan skal oppdragsgiveren fylle ut det europeiske egenerklæringsskjemaet?

25.5.1 Innledning

Oppdragsgiveren skal fylle ut skjemaet elektronisk, jf. § 17-1 første ledd. Dette kan enten gjøres i [den europeiske ESPD-tjenesten](#) eller gjennom et konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) som bruker EU-kommisjonens standardiserte datamodell for ESPD. Skjemaet skal deretter lastes ned og gjøres tilgjengelig sammen med kunngjøringen av konkurransen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.

Brukerveiledning om hvordan utfylling skal gjøres rent praktisk er lagt ut på www.anskaffelser.no.

25.5.2 Utfylling av del I: Opplysninger om konkurransen og oppdragsgiver

Oppdragsgiveren skal i del I angi navn, tittel eller kort beskrivelse av anskaffelsen og eventuelt saksnummer for anskaffelsen.

25.5.3 Utfylling av del II: Opplysninger om leverandøren

Oppdragsgiveren skal ikke fylle ut denne delen av skjemaet. Den skal fylles ut av leverandøren.

Se punkt 25.6.3 for nærmere informasjon om denne delen.

25.5.4 Utfylling av del III: Avvisningsgrunner

I del III er avvisningsgrunner som gjelder forhold ved leverandøren listet opp, jf. § 24-2. Dette er avvisningsgrunner som følger av EU-direktivet om offentlige anskaffelser og som gjelder likt for alle medlemsstatene i EU.³⁴⁵ Oppdragsgiveren behøver derfor ikke angi disse.

Leverandøren skal gå gjennom alle avvisningsgrunnene og krysse av for enten ja eller nei på om de angitte grunnene for avvisning foreligger. Dersom leverandøren svarer bekreftende, må han fylle ut informasjon om bakgrunnen for dette og om han har gjort tiltak for å rette opp i avvisningsgrunnen (såkalte self-cleaningstiltak).

Flere av avvisningsgrunnene er utformet på en annen måte enn i § 24-2. Dette skyldes at avvisningsreglene i forskriften er formulert på en måte som er tilpasset norske forhold og tradisjoner, mens avvisningsgrunnene i det europeiske egenerklæringsskjemaet utelukkende er basert på reglene i EU-direktivet om offentlige anskaffelser. Ettersom egenerklæringsskjemaet er vedtatt gjennom en forordning, har departementet ikke hatt anledning til å tilpasse skjemaet til reglene i forskriften fullt ut.

I seksjon A: *Avvisningsgrunner som gjelder straffedommer* er de obligatoriske avvisningsgrunnene i § 24-2 annet ledd listet opp.

Seksjon B: *Avvisningsgrunner som gjelder betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter* gjelder både den obligatoriske avvisningsgrunnen i § 24-2 første ledd bokstav b og den frivillige avvisningsgrunnen i § 24-2 tredje ledd bokstav a.

³⁴⁵ Jf. Artikkel 57 i [direktiv 2014/24/EU](#).

I seksjon C: *Avvisningsgrunner som gjelder insolvens, interessekonflikter eller alvorlige feil i yrkesutøvelsen* er de andre frivillige avvisningsgrunnene angitt i § 24-2 tredje ledd listet opp, samt de de obligatoriske avvisningsgrunnene i § 24-2 første ledd bokstav c og de. I den europeiske ESPD-tjenesten har oppdragsgiveren mulighet til å fjerne de frivillige avvisningsgrunnene fra egenerklæringsskjemaet. Oppdragsgiveren må da være klar over at dette innebærer at han fraskriver seg muligheten til å avvise leverandørene etter disse reglene.

Oppdragsgiveren må også være særlig oppmerksom på at seksjon C også omfatter de obligatoriske avvisningsgrunnene i § 24-2 første ledd bokstav c og d om henholdsvis inhabilitet som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, og urimelig konkurransefordel på grunn av deltakelse i forberedelsen. Disse avvisningsgrunnene skal ikke fjernes, ettersom de er obligatoriske i henhold til norske anskaffelsesregler.

I seksjon D: *Andre avvisningsgrunner som er fastsatt i den nasjonale lovgivningen i oppdragsgiverens medlemsstat* er det åpnet for at leverandøren skal svare på om de oppfyller rent nasjonale avvisningsgrunner. Disse avvisningsgrunner skal i så fall være angitt i anskaffelsesdokumentene.

De norske anskaffelsesreglene går lenger enn hva som følger av avvisningsgrunnene angitt i EUs direktiv om offentlige anskaffelser og i standardskjemaet for ESPD i to tilfeller. Dette gjelder for det første avvisningsgrunnene i § 24-2 annet ledd hvor det er angitt at oppdragsgiver skal avvise en leverandør når han er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for de angitte straffbare forholdene. Kravet til at oppdragsgiveren skal avvise leverandører som har vedtatt forelegg for de angitte straffbare forholdene er et særnorsk krav.

For det andre gjelder avvisningsgrunnen i § 24-2 tredje ledd bokstav i hvor det er angitt at leverandøren for øvrig har begått alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet. Avvisningsgrunnen i skjemaet gjelder kun alvorlige feil i yrkesutøvelsen, mens den norske avvisningsgrunnen også omfatter andre alvorlige feil som kan medføre tvil om leverandørens yrkesmessige integritet.

På grunn av disse forskjellene mellom anskaffelsesforskriften og EU-direktivet om offentlige anskaffelser/standardskjemaet for ESPD, må oppdragsgiveren angi disse avvisningsgrunnene som nasjonale avvisningsgrunner i anskaffelsesdokumentene.

Se punkt 25.6.4 for nærmere informasjon om denne delen.

25.5.5 Utfylling av del IV: Kvalifikasjonskrav

Oppdragsgiveren skal i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse angi kvalifikasjonskravene sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene, jf. § 16-1 tredje ledd. I del IV skal oppdragsgiveren i samsvar med disse kravene angi hvilke punkter leverandørene skal besvare i skjemaet.

Oppdragsgiveren kan åpne for at leverandørene gir en samlet angivelse av om de oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav. Oppdragsgiveren må i så fall angi at leverandørene har anledning til dette i anskaffelsesdokumentene. Leverandørene kan da nøye seg med å krysse av i seksjon α: *Samlet angivelse for alle kvalifikasjonskravene* for at de oppfyller alle de angitte kvalifikasjonskravene i anskaffelsesdokumentene.

Se punkt 25.6.5 for nærmere informasjon om denne delen.

25.5.6 Utfylling av del V: Utvelgelse av antallet av kvalifiserte leverandører

Dersom oppdragsgiveren i en totrinnsprosedyre velger å begrense antallet leverandører som får delta i konkurransen, skal han angi de objektive og ikke-diskriminerende kriterier og regler for utvelgelsen i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse, jf. § 16-12. Leverandøren skal så fylle ut del V på bakgrunn av disse opplysningene.

Se punkt 25.6.6 for nærmere informasjon om denne delen.

25.5.7 Utfylling av del VI: Avsluttende erklæringer

Del VI skal kun fylles ut av leverandøren.

Se punkt 25.6.7 for nærmere informasjon om denne delen.

25.6 Hvordan skal leverandøren fylle ut egenerklæringsskjemaet?

25.6.1 Innledning

Leverandørene kan fylle ut det europeiske egenerklæringsskjemaet elektronisk i [den europeiske ESPD-tjenesten](#) eller gjennom et konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) som bruker EU-kommisjonens standardiserte datamodell for ESPD. Brukerveiledning om hvordan utfylling skal gjøres rent praktisk er lagt ut på www.anskaffelser.no.

Utfyllingen skal skje i samsvar med det som er angitt i anskaffelsesdokumentene.

Leverandøren må altså se hen til hvilke krav som er stilt i anskaffelsesdokumentene ved utfyllingen av skjemaet. Alle opplysningene vil ikke fremgå av selve egenerklæringsskjemaet.

Leverandøren skal levere egenerklæringsskjemaet til oppdragsgiveren sammen med resten av forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet. Dersom oppdragsgiveren ikke har åpnet for å motta forespørselen eller tilbudet elektronisk, skal leverandøren skrive ut den utfylte egenerklæringen, signere den og levere den i papirversjon sammen med forespørselen eller tilbudet.

25.6.2 Utfylling av del I: Opplysninger om konkurransen og oppdragsgiver

Del I av skjemaet skal fylles ut av oppdragsgiveren. Ved kunngjøring i TED-databasen blir disse opplysningene innhentet automatisk ved bruk av Kommisjonens nettside for ESPD. Leverandøren skal fylle ut opplysningene dersom disse eventuelt ikke er lagt inn i skjemaet.

25.6.3 Utfylling av del II: Opplysninger om leverandøren

I del II *Opplysninger om leverandøren* skal leverandøren i seksjon A *Opplysninger om leverandøren* fylle ut navn, mva-nummer og kontaktinformasjon. Videre skal han angi om han er en mikrovirksomhet, en liten virksomhet eller en mellomstor virksomhet (MSMB). Leverandøren skal krysse av for ja dersom han sysselsetter under 250 personer og har en årlig omsetning som ikke overstiger 50 millioner Euro og/eller en samlet årlig balanse som

ikke overstiger 43 millioner Euro, jf. EUs definisjon av en mellomstor bedrift³⁴⁶. Dette kravet stilles for statistiske formål.

Dersom oppdragsgiveren har reservert konkurransen for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer, jf. § 16-9, skal leverandøren angi om han er en vernet bedrift, en "sosial virksomhet" eller om han vil utføre kontrakten som ledd i programmer for vernet sysselsetting. Leverandøren må angi hva som er den prosentvise andelen av funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer. Leverandøren skal også spesifisere hvilken kategori eller hvilke kategorier av funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer som tilhører virksomheten, dersom oppdragsgiveren har stilt krav om dette.

Dersom det er relevant, skal leverandøren angi om en han er registrert på en offisiell liste over godkjente leverandører eller har en tilsvarende attest for sertifisering, jf. § 17-2. I § 17-2 er det gitt regler om hvilke attester leverandørene kan fremlegge som alternativ dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene er oppfylt, eller for fravær av avvisningsgrunner.

Dersom leverandøren deltar i konkurranse sammen med andre, jf. § 16-11, skal han angi dette. Videre skal han angi sin egen rolle i gruppen, hvilke andre leverandører som deltar og eventuelt navnet på den deltakende gruppen. Alle de involverte leverandørene skal sende egne utfylte egenerklæringsskjemaer.

Dersom anskaffelsen er delt opp i delkontrakter, skal leverandøren angi den eller de delkontraktene leverandøren ønsker å gi tilbud på, jf. § 19-4.

I seksjon B *Opplysninger om leverandørens representanter* skal leverandøren angi navn og informasjon om den eller de personene som har kompetanse til å representere leverandøren i forbindelse med anskaffelsen.

I seksjon C *Opplysninger om støtte fra andre virksomheter* skal leverandøren angi om han støtter seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene eller eventuelle utvelgelseskriterier, jf. § 16-10. Leverandøren skal i så fall levere separate egenerklæringer for hver av virksomhetene han støtter seg på. Egenerklæringene skal inneholde opplysningene som etterspørres i seksjon A og B i del II og del III av skjemaet, samt opplysningene i del IV og V i skjemaet i den grad de er relevante for den eller de spesifikke kravene leverandøren støtter seg på virksomhetene for.

I seksjon D *Opplysninger om underleverandører som leverandøren ikke støtter seg på* skal leverandøren angi om han har til hensikt å bruke underleverandører til å oppfylle kontrakten, jf. § 19-2. Hvis underleverandørene er kjente, skal navnene på disse også angis.

25.6.4 Utfylling av del III: Avvisningsgrunner

I del III skal leverandørene angi om det foreligger grunner for avvisning eller ikke. Leverandøren skal gå gjennom alle avvisningsgrunnene og krysse av for enten ja eller nei. Dersom leverandøren svarer ja, må han fylle ut informasjon om bakgrunnen for dette og om han har gjort tiltak for å rette opp i avvisningsgrunnen (self-cleaningstiltak) slik at oppdragsgiveren kan vurdere om han likevel kan delta i konkurransen. Dersom den relevante dokumentasjonen er tilgjengelig i elektronisk form, kan leverandøren opplyse hvor

³⁴⁶ http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en.

og hvordan oppdragsgiveren kan finne dokumentasjonen. Relevante opplysninger kan være nettsted, utstedende myndighet eller organ og dokumentasjonens nøyaktige referanse.

I seksjon A: *Avvisningsgrunner som gjelder straffedommer* skal leverandøren angi om han er rettskraftig dømt for følgende straffbare forhold: deltakelse i en kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri, terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet, hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme og barnearbeid eller former for menneskehandel.

Dersom leverandøren har gjennomført tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integritet som kontraktpart, jf. § 24-5, skal han beskrive disse i skjemaet.

I seksjon B: *Avvisningsgrunner som gjelder betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter* skal leverandøren angi om han har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter, jf. § 24-2 første ledd bokstav b og § 24-2 tredje ledd bokstav a. Dersom leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser skal han angi det berørte landet, beløpets størrelse, hvordan den manglende oppfyllelsen av forpliktelsene har blitt konstatert og om han har oppfylt sine forpliktelser ved å betale eller inngå en bindende betalingsavtale.

Seksjon C: *Avvisningsgrunner som gjelder insolvens, interessekonflikter eller alvorlige feil i yrkesutøvelsen* omhandler hovedsakelig de frivillige avvisningsgrunner som angitt i § 24-2 tredje ledd. Oppdragsgiveren kan etter denne bestemmelsen avvise leverandører med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig.

Leverandøren må i denne seksjonen svare på følgende:

- Er leverandøren kjent med å ha begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold?
- Oppdragsgiveren kan avvise leverandøren, dersom han kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlige og gjentatte brudd på bestemmelser som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i forskriften vedlegg 5, jf. § 24-3 tredje ledd bokstav c.
- Er leverandøren i en av følgende situasjoner, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav b?
 - Konkurs
 - Er gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling
 - Har fått tvungen gjeldsordning
 - Har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller av retten
 - At dennes forretningsførsel har blitt stanset
- Er leverandøren oppmerksom på at det foreligger en interessekonflikt som følge av sin deltakelse i konkurransen?
 - Dette spørsmålet gjelder de tilfellene der det foreligger inhabilitet, jf. § 24-2 første ledd bokstav c, eller en annen interessekonflikt mellom oppdragsgiveren og leverandøren som kan ha negativ innvirkning på kontraktoppfyllelsen, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav d. Dersom det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 7-5, skal oppdragsgiveren avvise leverandøren.

- Har leverandøren inngått avtaler med andre leverandører med hensikt å vri konkurransen?
 - Oppdragsgiveren kan avvise leverandøren dersom han har klare holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav e.
- Har leverandøren gitt råd til oppdragsgiveren eller på annen måte vært involvert i planleggingen av konkurransen?
 - Oppdragsgiveren skal avvise leverandøren dersom han har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 24-2 første ledd bokstav d. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiveren gi ham en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i planleggingen ikke vil medføre en vridning av konkurransen.
- Har leverandøren begått vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en tidligere offentlig kontrakt, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav f? Oppdragsgiveren kan bare avvise etter denne bestemmelsen dersom kontraktsbruddet skjedde i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Bruddet må videre ha ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner.
- Har leverandøren begått alvorlige feil i yrkesutøvelsen?
- Oppdragsgiveren kan avvise leverandøren etter § 24-2 tredje ledd bokstav i dersom leverandøren har begått feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet.
- Kan leverandøren bekrefte at han
 - ikke har gitt grovt uriktige opplysninger,
 - ikke har unnlatt å gi slike opplysninger,
 - er i stand til å straks fremlegge støttedokumenter, og
 - ikke urettmessig har påvirket oppdragsgivers beslutningsprosess for å tilegne seg konfidensiell informasjon som kan gi denne en urettmessig fordel, eller uaktsomt har gitt misvisende opplysninger?

Det følger av § 24-2 tredje ledd bokstav g at oppdragsgiveren kan avvise leverandører som har gitt grovt uriktige eller misvisende opplysninger som kan få vesentlig innflytelse på om oppdragsgiverens beslutninger om avvisning, utvelgelse eller tildeling, eller som har unnlatt å gi slike opplysninger.

Det følger videre av § 24-2 tredje ledd bokstav h at oppdragsgiveren kan avvise leverandører som har forsøkt å påvirke oppdragsgiverens beslutninger eller få tilgang til fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren en urettmessig konkurransefordel.

Seksjon D: *Andre avvisningsgrunner som er fastsatt i den nasjonale lovgivningen i oppdragsgiverens medlemsstat* omhandler rent nasjonale avvisningsgrunner. Dersom slike avvisningsgrunner får anvendelse i forbindelse med den konkrete anskaffelsen, skal oppdragsgiveren angi disse i anskaffelsesdokumentene. Leverandøren må svare på om slike avvisningsgrunner foreligger og beskrive eventuelle tiltak han har gjort for å rette opp i avvisningsgrunnene ("self-cleaningstiltak"). Leverandøren må være særlig oppmerksomme på disse reglene ved deltakelse i anbudskonkurranser i andre EU-/EØS-land.

Det gis mer informasjon nasjonale avvisningsgrunner i punkt 25.5.4.

25.6.5 Utfylling av del IV: Kvalifikasjonskrav

I seksjon α: *Samlet angivelse for alle kvalifikasjonskravene* kan leverandøren angi om han oppfyller alle de angitte kvalifikasjonskravene i anskaffelsesdokumentene, dersom oppdragsgiveren har åpnet for dette i kunngjøringen. Leverandøren behøver da ikke fylle ut andre avsnitt i del IV.

Hvis oppdragsgiveren ikke har åpnet for at leverandøren kan gi en slik samlet angivelse, må leverandøren svare på de ulike kravene som er oppstilt i denne delen. Leverandøren skal bare svare på de kravene som oppdragsgiveren har angitt i kunngjøringen at de skal besvare. Dersom den relevante dokumentasjonen som etterspørres er tilgjengelig i elektronisk form, kan leverandøren opplyse hvor og hvordan oppdragsgiver kan finne dokumentasjonen. Relevante opplysninger kan være nettsted, utstedende myndighet eller organ og dokumentasjonens nøyaktige referanse.

I utfyllingen av egenerklæringsskjemaet må leverandøren være klar over skillet mellom kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er oppdragsgiverens krav til leverandørenes kvalifikasjoner. Dokumentasjonskrav er oppdragsgiverens krav til hvilken dokumentasjon leverandøren skal levere for å vise at de oppfyller kvalifikasjonskravene. I del IV seksjon A til D, skal leverandøren svare på om han kan levere den dokumentasjonen som oppdragsgiver har etterspurt i kunngjøringen og som viser at leverandøren oppfyller de angitte kvalifikasjonskravene.

I seksjon A: *Egnethet* skal leverandøren svare på om han oppfyller de kravene til registrering, autorisasjoner mv., jf. § 16-2, som oppdragsgiveren har angitt i kunngjøringen.

I seksjon B: *Økonomiske og finansielle kapasitet* skal leverandøren gi opplysninger som viser at han oppfyller de kravene til økonomiske og finansielle kapasitet, jf. § 16-3, som oppdragsgiveren har angitt i kunngjøringen. Hvilke dokumentasjonskrav oppdragsgiveren kan stille fremgår av § 16-4.

I seksjon C: *Tekniske og faglige kvalifikasjoner* skal leverandøren gi opplysninger som viser at han oppfyller de kravene til tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5, som oppdragsgiveren har angitt i kunngjøringen. Hvilke krav som oppdragsgiveren kan stille til dokumentasjon av leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgår av § 16-6. Listen over dokumentasjonskrav i § 16-6 er uttømmende. Dette innebærer at oppdragsgiveren ikke kan kreve annen dokumentasjon av leverandørene for å vise oppfyllelse av de tekniske og faglige kravene.

I seksjon D: *Kvalitetssikring- og miljøledelsesstandarder* skal leverandøren gi opplysninger som viser at han oppfylle de angitte kravene til kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsessystemer- og standarder, jf. § 16-7, som oppdragsgiveren har angitt i kunngjøringen.

25.6.6 Utfylling av del V: Utvelgelse av kvalifiserte leverandører

I del V skal leverandøren svare på om han oppfyller eventuelle objektive og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier eller regler som oppdragsgiveren har angitt i anskaffelsesdokumentene for utvelgelsen av leverandører i konkurransen, jf. § 16-12. Leverandøren skal bare svare på dette dersom oppdragsgiveren har fastsatt en grense for

antall leverandører som velges ut til å gi tilbud og har angitt kriterier eller regler for utvelgelsen av eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører.

Denne delen av skjemaet er dessverre ikke helt tilpasset hvordan utvelgelsen av antallet kvalifiserte leverandører normalt foregår i Norge. I de fleste tilfeller vil oppdragsgiveren velge kriterier eller regler som innebærer at leverandørene måles mot hverandre basert på deres kvalifikasjoner. En typisk metode er å vurdere hvilke leverandører som best oppfyller de angitt kvalifikasjonskravene. I slike tilfeller er det i så fall mulig for leverandøren å beskrive nærmere i denne delen av skjemaet hvordan han oppfyller kriteriene eller reglene eller vise til besvarelsen sin i forespørselen om å delta i konkurransen.

25.6.7 Utfylling av del VI: Avsluttende erklæringer

I del VI skal leverandøren erklære at opplysningene angitt i erklæringen er nøyaktige og korrekte, og at de er angitt i fullt kjennskap til konsekvensene av å oppgi uriktige opplysninger.

Leverandøren skal videre bekrefte at han straks og på anmodning kan fremlegge attester og andre former for dokumentasjon som han har henvist til i egenerklæringsskjemaet.

Leverandøren behøver ikke oppfylle dette kravet til å fremlegge dokumentasjonen, dersom oppdragsgiveren har mulighet til å skaffe de relevante dokumentene direkte og kostnadsfritt via en nasjonal database. Dette forutsetter at leverandøren har angitt de nødvendige opplysningene for at oppdragsgiveren skal kunne innhente dokumentene på egen hånd.

Leverandøren behøver heller ikke oppfylle kravet dersom han tidligere har sendt dokumentene til oppdragsgiveren slik at oppdragsgiveren allerede er i besittelse av dokumentene. Dette fordrer imidlertid at den allerede innsendte dokumentasjonen er oppdatert. Det gis mer informasjon om disse unntakene i punkt 25.8.

Leverandøren skal videre erklære at han gir oppdragsgiveren adgang til dokumentasjon til støtte for opplysningene som han har angitt i egenerklæringsskjemaet. Dersom et dokumentasjonsbevis, for eksempel et uttrekk fra et relevant register, er tilgjengelig i elektronisk form for oppdragsgiveren, kan leverandøren angi i skjemaet hvor og hvordan oppdragsgiveren kan innhente beviset. Ved å angi disse opplysningene gir leverandøren gjennom denne erklæringen samtykke til at oppdragsgiveren kan innhente dette dokumentasjonsbeviset. Behandling av personopplysninger skal skje i samsvar med personopplysningsloven³⁴⁷.

Dersom egenerklæringen sendes som en del av forespørselen om å delta eller tilbudet slik at dens ekthet og integritet sikres gjennom signering av forespørselen om å delta eller tilbudet, er det ikke nødvendig for leverandøren å signere selve egenerklæringen. Dersom egenerklæringen ikke sendes som en del av forespørselen om å delta eller tilbudet, skal leverandøren signere egenerklæringen.

Egenerklæringer fra virksomheter som leverandøren støtter seg på, skal være signert av personer som har kompetanse til å representere disse.

³⁴⁷ Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger ([personopplysningsloven](#)).

25.7 Innhenting av dokumentasjonsbevis

Oppdragsgiveren kan på ethvert tidspunkt i konkurransen be leverandørene om å levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte. Dette vil særlig være aktuelt ved gjennomføringen av tottrinnsprosedyrer som begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling. Oppdragsgiveren bør da kontrollere om de leverandørene han inviterer videre til å gi tilbud, oppfyller kvalifikasjonskravene. Dersom oppdragsgiveren ikke foretar en slik kontroll i prekvalifiseringsfasen, vil han stå i fare for invitere leverandører som potensielt vil måtte avvises senere i konkurransen fordi det viser seg at de likevel ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. I verste fall kan oppdragsgiveren da ende opp uten kvalifiserte leverandører ved tildeling av kontrakt.

Oppdragsgiveren kan videre be om ettersending av dokumentasjonsbevis fra en eller flere av leverandørene eller alle leverandørene, avhengig av de konkrete omstendighetene. For eksempel kan oppdragsgiveren be om ettersending fra en bestemt leverandør, dersom denne har fylt ut skjemaet feil slik at det er uklart om det foreligger en avvisningsgrunn eller om et kvalifikasjonskrav er oppfylt.

Kravet til kontroll innebærer ikke at oppdragsgiveren skal innhente egne dokumentasjonsbevis for alle de forskjellige avvisningsgrunnene. Når det gjelder avvisningsgrunnene vil egenerklæringen i de fleste tilfellene være tilstrekkelig dokumentasjonsbevis i seg selv. For eksempel er det tilstrekkelig at leverandøren erklærer i egenerklæringsskjemaet at han ikke har inngått avtaler med andre leverandører med hensikt å vri konkurransen. Oppdragsgiveren er kun forpliktet til å innhente de dokumentasjonsbevisene som han har etterspurt i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiveren er imidlertid pålagt å innhente skatteattest for skatt og skatteattest for merverdiavgift for å kontrollere om leverandørene har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter, jf. § 7-2.

Dersom den nødvendige informasjonen for å vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt fremgår av det utfylte egenerklæringsskjemaet, er det ikke nødvendig å innhente dokumentasjonsbevis. Det samme gjelder for utvelgelseskriteriene. På denne måten vil egenerklæringsskjemaet i flere tilfeller kunne fungere som endelig dokumentasjonsbevis.

Dersom leverandøren har svart at han ikke oppfyller et krav, skal oppdragsgiveren kontrollere om de angitte opplysningene om tiltak leverandøren har utført for å rette opp i avvisningsgrunnene ("self-cleaningstiltak") viser at han likevel kan delta i konkurransen.

Oppdragsgiveren kan ikke be om andre dokumentasjonsbevis enn det som følger av § 7-2, § 16-1 annet ledd og § 24-7. Det følger av § 7-2 at oppdragsgiveren skal kreve at den valgte leverandøren leverer skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt for anskaffelser som overstiger 500.000 kroner ekskl. mva. Det følger av § 16-1 annet ledd at oppdragsgiveren bare kan kreve attester, erklæringer eller andre typer dokumentasjon som angitt i § 16-2, § 16-4, § 16-6 og § 16-7 som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. I § 24-7 er det gitt regler om hvilken dokumentasjon oppdragsgiveren skal godta som tilstrekkelig bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner.

25.8 Unntak fra adgangen til å be om ettersending

Når det gjelder oppdragsgiverens adgang til å be om ettersending av dokumentasjonsbevis, så finnes det to unntak, jf. § 17-1 fjerde ledd.

Det første unntaket er at oppdragsgiveren ikke kan be om levering av dokumentasjonsbevis dersom han har mottatt de samme bevisene i tidligere konkurranser. Målet er å redusere leverandørenes administrasjonsbyrde ved å måtte levere den samme dokumentasjonen i alle konkurranser. Oppdragsgiveren må altså etablere en løsning for oppbevaring av dokumentasjonsbevis.

Med "*oppdragsgiver*" vises det her til den enheten som har kunngjort konkurransen og ikke det rettssubjektet som er juridisk ansvarlig for anskaffelsen. Bestemmelsen innebærer altså ikke at det må etableres en fellesløsning for alle underordnede enheter med eget budsjettansvar innen ett rettssubjekt. For eksempel må ikke en kommune etablere en løsning for alle de underliggende etatene i kommunen.

Det er videre et krav om at oppdragsgiveren må kreve oppdaterte dokumentasjonsbevis fra leverandøren når han kontrollerer om opplysningene angitt i egenerklæringsskjemaet er korrekte. Dersom dokumentasjonen som leverandøren tidligere har levert inneholder utdaterte opplysninger, kan oppdragsgiveren be om ettersending av dokumentasjon av nyere dato. Dersom for eksempel en tidligere skatteattest er mer enn 6 måneder gammel, så må leverandøren levere en ny skatteattest.

Leverandører som har levert dokumentasjonsbevis til oppdragsgiveren i tidligere konkurranser bør gjøre oppdragsgiveren oppmerksom på dette i forespørselen om å delta eller i tilbudet. Oppdragsgiveren kan også kreve at leverandøren opplyser om dette.

Det andre unntaket er at oppdragsgiveren ikke kan be om levering av dokumentasjonsbevis, dersom det er mulig å innhente bevisene kostnadsfritt i en database i en EØS-stat. Dette forutsetter at leverandøren angir opplysninger som er nødvendige for at oppdragsgiver kan innhente dokumentasjonsbevisene direkte, som for eksempel en internettsadresse og identifikasjonsopplysninger.

25.9 Krav til kontroll av valgt leverandør

Oppdragsgiveren er kun forpliktet til å kontrollere om valgt leverandør oppfyller de angitte kvalifikasjonskravene og eventuelle utvelgelseskriterier og om det foreligger grunner for avvisning. Kontrollen skal foretas før oppdragsgiveren sender ut meddelelse om valg av leverandør, jf. § 25-1.

Oppdragsgiveren skal kreve at den valgte leverandøren leverer oppdaterte dokumentasjonsbevis. Det er viktig at oppdragsgiverens beslutninger er basert på oppdaterte opplysninger, ettersom det raskt kan skje vesentlige endringer hos leverandøren som for eksempel økonomiske vanskeligheter som vil gjøre leverandøren uegnet til å delta i konkurransen. Eller for eksempel at leverandøren i mellomtiden har betalt utestående skattebeløp.

Leverandøren skal kunne levere dokumentasjonsbevisene straks. Dette innebærer at leverandøren må kunne oversende de aktuelle dokumentasjonsbevisene mer eller mindre umiddelbart etter å ha mottatt oppdragsgiverens henvendelse. Leverandøren må derfor ha dokumentasjonsbevisene klare når han leverer forespørsel om å delta i konkurransen eller

tilbud, ettersom han ikke kan vite når oppdragsgiveren vil be om ettersending av dokumentasjonsbevisene. Dette gjelder også dokumentasjonsbevis fra virksomheter som leverandøren støtter seg på, jf. § 16-10.

Det kan være hensiktsmessig for oppdragsgiveren å sette en frist for når leverandøren skal ha levert dokumentasjonsbevisene for å unngå misforståelser. En slik frist kan være svært kort, for eksempel 1-2 virkedager. Dette forutsetter at oppdragsgiveren sender henvendelsen om innhenting av dokumentasjonsbevis til leverandørens angitte kontaktperson.

Dersom oppdragsgiveren mottar dokumentasjonsbevis som synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler, kan han be valgt leverandør om å ettersende, supplere, avklare eller utfylle dokumentasjonsbevisene innen en kort tilleggsfrist, jf. § 23-5.

Dersom dokumentasjonsbevisene viser at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene eller det foreligger obligatoriske avvisningsgrunner, skal oppdragsgiveren avvise leverandøren i samsvar med reglene i forskriften kapittel 24. Dersom det foreligger frivillige avvisningsgrunner, kan oppdragsgiveren avvise leverandøren med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig, jf. § 24-2 tredje ledd.

Dersom oppdragsgiveren avviser valgt leverandør, kan han i utgangspunktet gå videre til leverandøren som er innstilt som nummer 2 uten å gjennomføre en ny konkurranse. Han må da også kontrollere om denne leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger avvisningsgrunner. Dersom det viser seg at også leverandøren innstilt som nummer 2 må avvises, kan oppdragsgiver gå til leverandøren innstilt som nummer 3 osv.

Dersom oppdragsgiveren bruker en evalueringsmetode som medfører at avvisningen av valgt leverandør vil påvirke rangeringen av de andre tilbudene, så kan ikke oppdragsgiveren si med sikkerhet hvem som er nr. 2 i konkurransen før han har gjennomført en ny evaluering av de gjenværende tilbudene i henhold til tildelingskriteriene.

Eksempel

Oppdragsgiveren bruker en evalueringsmodell der alle tilbud gis en poengscore for hvert av tildelingskriteriene. Det brukes en skala på 0-10 poeng. Den gitte poengscoren til hvert enkelt tildelingskriterium multipliseres med kriteriets angitte relative vekt. De vektete poengscorene summeres og leverandøren med høyst totale poengscore blir tildelt kontrakten.

Dersom oppdragsgiveren velger en evalueringsmodell der det beste tilbudet for hvert tildelingskriterium alltid gis høyest mulig poengscore (10 poeng), så vil avvisningen av leverandøren innstilt som nummer 1 påvirke hvilken poengscore de andre leverandørene får på de ulike tildelingskriteriene. Oppdragsgivere som har valgt en slik evalueringsmodell må derfor foreta en ny evaluering, dersom leverandøren som er innstilt som nummer 1 avvises fra konkurransen.

Dette stiller seg annerledes dersom oppdragsgiveren velger en evalueringsmodell der han vurderer tilbudene mot en bestemt standard, for eksempel en ideell beste kvalitet, pris, service eller lignende, og gir tilbudene poeng etter hvor gode de er sammenlignet med den ideelle kvaliteten, prisen, servicen etc. I et slikt tilfelle vil ikke avvisningen av leverandøren innstilt som nummer 1 påvirke hvilken poengscore de andre leverandørene får på de ulike tildelingskriteriene. Oppdragsgivere som har valgt en slik evalueringsmodell behøver ikke foreta en ny evaluering ved avvisning av leverandøren innstilt som nummer 1.

Bestemmelsen om at oppdragsgiveren kun er forpliktet til å kontrollere om valgt leverandør er kvalifisert for konkurransen, innebærer at oppdragsgiveren kan legge til grunn at de øvrige leverandørene er kvalifiserte gjennom levering av egenerklæringen. Dersom det i etterkant av konkurransen viser seg at leverandører som ikke ble kontrollert likevel ikke oppfylte kvalifikasjonskravene og dette har påvirket utfallet av konkurransen, så er manglende avvisning av disse leverandørene ikke et brudd på anskaffelsesreglene som gir grunnlag for erstatning eller andre sanksjoner.

26 Tildelingskriterier

26.1 Innledning

Tildelingskriterier er konkurransekriteriene som oppdragsgiveren skal vurdere tilbudene etter. Leverandøren som har levert det tilbudet som etter oppdragsgiverens vurdering scorer best på disse kriteriene, skal tildeles kontrakten. Kriteriene skal være objektive og saklige og i samsvar med de grunnleggende prinsippene.³⁴⁸

³⁴⁸ Se blant [sak C-448/01 \(Wienstrom\)](#).

Tildelingskriteriene skal angis på en klar og tydelig måte i anskaffelsesdokumentene, slik at det er forutberegnelig for leverandørene hva oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandør. Samtidig må kriteriene ikke utformes på en slik måte at de er egnet til å favorisere en eller flere bestemte leverandører.³⁴⁹

Reguleringen av tildelingskriterier i forskriften del III følger av § 18-1.

26.2 Tildelingskriterier

Oppdragsgiveren skal tildele kontrakt på grunnlag av ett av tre alternativer:

- Tildeling på grunnlag av den laveste prisen
- Tildeling på grunnlag av den laveste kostnaden
- Tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom laveste pris eller kostnad og kvalitet

Begrepet "*det økonomisk mest fordelaktige tilbudet*" benyttes i direktivet som et overordnet kriterium for tildeling av kontrakt. Selve begrepet fremkommer ikke i den norske bestemmelsen, men det kan ses på som et bakenforliggende utgangspunkt for de tre alternativene for tildeling.

Bestemmelsen i § 18-1 er i all hovedsak en videreføring av tidligere rettstilstand. Bestemmelsen innebærer også en kodifisering av flere av kriteriene utpenslet av EU-domstolen.³⁵⁰ Samtidig fremhever bestemmelsen forholdet til livssyklus-kostnader.

26.2.1 Tildeling på grunnlag av den laveste prisen

Oppdragsgiveren kan benytte tildelingskriteriet laveste pris. Da skal tilbudene evalueres utelukkende på bakgrunn av den tilbudte prisen, og tilbudet med den laveste prisen vinner konkurransen.

Oppdragsgiveren vil ofte evaluere tilbudene på grunnlag av den samlede prisen som kan være sammensatt av flere prislelementer, herunder timepriser, enhetspriser, priser på eventuelle opsjoner mv. Benyttes flere prislelementer skal disse summeres eller sammenstilles til en samlet og sammenliknbar totalpris, som danner grunnlag for evalueringen. Ved sammenlikning av pris på varelinjer, kan oppdragsgiveren vekte det forventede forbruk på enhetsprisene i den samlede prisoppstillingen.

Anvendelse av tildelingskriteriet laveste pris egner seg best på enklere anskaffelser, eller anskaffelser hvor det, på bakgrunn av beskrivelsen i anskaffelsesdokumentene, ikke er behov for å konkurrere på annet enn prisen. Dette kan for eksempel være i anskaffelser hvor oppdragsgiveren kjenner sitt behov og markedet godt nok til å stille detaljerte krav til kvalitet

³⁴⁹ Se [direktiv 2014/24/EU](#) artikkel 18.

³⁵⁰ Se blant annet rettspraksis fra EU-domstolen i [sak C-513/99 \(Concordia Bus\)](#), premiss 69, som forutsetter at de anvendte tildelingskriteriene kan brukes "*provided that they are linked to the subject-matter of the contract, do not confer an unrestricted freedom of choice on the authority, are expressly mentioned in the contract documents or the tender notice, and comply with fundamental principles of Community law, in particular the principle of non-discrimination.*"

i kravspesifikasjonen, eksempelvis at leveransen skal oppfylle enkelte forhåndsdefinerte standarder.

26.2.2 Tildeling på grunnlag av den laveste kostnaden

Oppdragsgiveren kan benytte tildelingskriteriet laveste kostnad. Da skal oppdragsgiveren evaluere tilbudene ut i fra både pris og andre kostnader ved anskaffelsen i sin helhet.

I vurderingen av laveste kostnad skal det benyttes en kostnadseffektivitetstilnærming, noe som for eksempel omfatter en vurdering av alle driftskostnader, vedlikeholdskostnader eller kostnader ved livssyklusens slutt, som for eksempel gjenvinnings- eller avfallshåndteringskostnader. På denne måten synliggjøres tilbudets reelle og helhetlige kostnadsbilde for oppdragsgiver.

Oppdragsgiveren har mulighet til å beregne kostnadseffektivitet ut i fra bestemmelsen i forskriften § 18-2 om beregning av livssykluskostnader.

26.2.2.1 Livssykluskostnader

Livssykluskostnader omfatter alle direkte og indirekte kostnader ved en vare, tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid. Ved beregningen av livssykluskostnader kan oppdragsgiveren ta hensyn til følgende kostnader knyttet til aspekter ved anskaffelsens livssyklus, så fremt de er relevante:

- Oppdragsgiverens eller andre brukeres kostnader inkludert:
 - kostnader knyttet til prisen på anskaffelsen
 - driftskostnader, eksempelvis forbruk av energi og andre ressurser,
 - vedlikeholdskostnader
 - gjenvinnings- og innsamlingskostnader
- Kostnader knyttet til eksterne virkninger på miljøet inkludert:
 - utslipp av klimagasser
 - andre forurensende utslipp
 - andre klimatiltakskostnader

Ved beregningen av livssykluskostnader skilles det mellom kostnader som dekkes av oppdragsgiveren eller andre brukere og kostnader som kan knyttes til anskaffelsens forurensing av miljøet eller tilknyttede klimatiltakskostnader, det vil si eksterne kostnader. Verdien på de eksterne kostnadene må kunne tallfestes og etterprøves for at oppdragsgiveren skal kunne legge vekt på disse.

Oppdragsgiveren skal i anskaffelsesdokumentene angi hvilken metode som skal benyttes for beregningen av livssykluskostnader, samt hvilken dokumentasjon leverandørene skal gi.

Beregningsmetoden for eksterne kostnader skal være objektiv, etterprøvbart og ikke-diskriminerende, samtidig som den skal være tilgjengelig for alle interesserte parter. Oppdragsgiveren skal også ta hensyn til at de etterspurte opplysninger skal kunne fremskaffes med rimelig innsats.

26.2.3 Tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet

26.2.3.1 Beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet

Oppdragsgiveren kan benytte tildelingskriteriet beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet. Alternativet er i hovedsak en videreføring av det tidligere kriteriet om det "økonomisk mest fordelaktige tilbudet".³⁵¹ Bestemmelsen angir en sammenlikning mellom pris eller kostnad på den ene siden og en kvalitativ, ikke-økonomisk vurdering på den andre.

Oppdragsgiveren skal finne frem til det vinnende tilbudet ved å fastsette økonomiske og kvalitative kriterier. Bestemmelsen angir følgende eksempler på kvalitative kriterier:

- kvalitet, inkludert tekniske, estetiske og funksjonelle egenskaper, tilgjengelighet, universell utforming og miljømessige, sosiale og innovative egenskaper
- den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer, forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten
- kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser, for eksempel leveringsmåte og tid for levering eller ferdigstilling.

De opplistede eksemplene på kvalitative tildelingskriterier i forskriften er ikke uttømmende. Oppdragsgiveren kan fastsette kvalitetskriterier basert på faglig skjønn og de konkrete forholdene ved anskaffelsen. Tildelingskriteriene kan bestå av flere under- og delkriterier.

26.2.3.2 Forhold ved den tilbudte bemanningens organisering

Bestemmelsen åpner for at forhold ved den tilbudte bemanningens organisering kan inntas som et tildelingskriterium. Det er en forutsetning for bruk av dette tildelingskriteriet at det ansatte personalet har innflytelse på kvaliteten på utførelsen av kontrakten samt tilbudets økonomiske verdi.

Typisk vil leverandørens erfaringer fra tidligere prosjekter benyttes som et kvalifikasjonskrav, mens kvaliteten på den enkelte medarbeiders CV kan benyttes som tildelingskriterium. Dette vil ofte være relevant for anskaffelser som består av innsatsforpliktelser, som arkitekttjenester, totalentrepriser, prosjekteringsoppdrag og konsulenttjenester, hvor kvaliteten på personalet som tilbys til løsning av oppgaven, kan gi oppdragsgiveren en bedre kvalitet på leveransen utover kontraktens kvalifikasjonskrav. Personalets kompetanse må således omfatte mer enn den rent praktiske og tekniske utførelsen av leveransen.³⁵²

Dette alternativet fremstår som en kodifisering av gjeldende rett angående grensedragningen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

³⁵¹ Jf. tidligere [forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser](#) § 22-2 første ledd.

³⁵² Se [LB-2010-68992](#).

KOFA-sak

[KOFA-sak 2015/15](#)

Saken gjaldt en anskaffelse med forhandling for kjøp av maskinutstyr til et renseanlegg. Innklagede hadde i den foreliggende saken inntatt "*referanser fra liknende oppdrag*" som både kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium.

KOFA fant at "*etter sin ordlyd fremstår kriteriet som sammenfallende med kvalifikasjonskravet*". Kriteriet ble av denne grunn ikke ansett egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i henhold til forskriften, og det ble derfor ansett ulovlig.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2012/153](#)

Saken gjaldt en kommune som skulle anskaffe en transporttjeneste til allmennlegevakten. Her var det blant annet spørsmål om innklagedes bruk av alder som tildelingskriterium samtidig som det indirekte var oppstilt visse krav til alder også i kravspesifikasjonen og kvalifikasjonskravene.

KOFA påpeker at de i sin egen praksis har "*lagt til grunn at konkurransegrunnlaget utvetydig må klargjøre at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørenes kvalifikasjoner*". I dette tilfellet var kravene til alder i kvalifikasjonskravene satt i henhold til kravene i yrkestransportlova³⁵³. Vurderingen av alder under tildelingskriteriet premierte derimot sjåfører med livserfaring og erfaring med ulike mennesker, noe som etter innklagedes mening var egnet til å si noe om kvaliteten på tjenestene. KOFA fant at dette ikke var en sammenfallende vurdering, og tildelingskriteriet var ikke i strid med regelverket.

26.2.4 Tildelingskriteriets tilknytning til den aktuelle leveransen

Tildelingskriteriene må ha tilstrekkelig tilknytning til det som skal leveres i den aktuelle anskaffelsen. Det angitte kriteriet kan ha tilknytning til alle sider ved leveransen og dens

³⁵³ Lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy ([yrkestransportlova](#)).

livssyklus. Det kan således settes kriterier knyttet til utvinningen av råmaterialer til et produkt og helt frem til livssyklusens slutt.

Tildelingskriteriet har den tilstrekkelige tilknytningen til leveransen hvis det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved leveransen. Hvis kriteriet derimot legger opp til en vurdering av sider ved tilbudet som ikke har betydning for leveransen til oppdragsgiveren, mangler den nødvendige tilknytningen. Tildelingskriteriet vil da ikke være egnet til å identifisere det beste forholdet mellom pris og kvalitet.³⁵⁴

KOFA-sak

[KOFA-sak 2010/316](#)

Saken gjaldt en anskaffelse av porteføljeforvaltning av elektrisk strøm. Et av spørsmålene dreide seg om underkriteriet "Organisasjon (stor eller liten)" hadde den tilstrekkelige tilknytningen til leveransen. Innklagede hevdet at tilstedeværelsen av en komplementær organisasjon kunne være relevant for utførelsen av oppdraget.

KOFA kom likevel til at "*størrelsen på organisasjonen gir imidlertid ikke nødvendigvis opplysninger om hvilken kompetanse selskapet besitter, av betydning for utførelsen av tjenesten i den angjeldende kontraktsperioden*". Kriteriet hadde dermed ikke tilstrekkelig tilknytning til leveransen.

³⁵⁴ Se [KOFA-sak 2015/149](#), premiss 30

KOFA-sak

[KOFA-sak 2006/78](#)

Saken gjaldt en anskaffelse av taxibåttransport for kommunens ansatte. Kommunen hadde vektlagt som et tildelingskriterium et mål om å oppnå *"en ordning som bidrar til at allmennheten sikres en døgnkontinuerlig vaktordning"*.

Her uttaler KOFA, på bakgrunn av rettspraksis fra EU-domstolen, at *"et tildelingskriterium må ha til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, sett i relasjon til kontraktens gjenstand."* KOFA fant at tildelingskriteriet utgjorde et selvstendig formål, som kan være gjenstand for en egen anskaffelse. Kriteriet var derfor uegnet i en evaluering av hvilket tilbud på taxibåtordning som er økonomisk mest fordelaktig for kommunens eget transportbehov.

Kriterier knyttet til samfunns- og miljøhensyn har i flere tilfeller blitt ansett å ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen.³⁵⁵ Ved anskaffelse av kjøretøy kan oppdragsgiveren for eksempel legge vekt på utslipp av svevestøv og annen luftforurensing. Det er samtidig mulighet til å vektlegge som tildelingskriterium, miljømessige forhold både ved tilvirkningen av leveransen og ved utløpet av leveransens levetid, jf. punkt 26.2.2.1 om livssyklus kostnader.

Likeledes kan oppdragsgiveren ved anskaffelse av for eksempel arbeidsklær legge vekt på lønns- og arbeidsvilkår for de ansatte som har utført arbeid knyttet til leveransen. Det er kun sosiale vilkår med tilknytning til den spesifikke leveransen som kan vektlegges.³⁵⁶ Det vil si at leverandørens generelle retningslinjer for kjøp fra underleverandører ikke uten videre kan benyttes som tildelingskriterium.

26.2.5 Oppdragsgiverens skjønn

Oppdragsgiveren har et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved utformingen av tildelingskriteriene. Dette skjønnnet må likevel være saklig og forsvarlig og i overensstemmelse med de grunnleggende prinsippene, særlig hensynet til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarehet, som angitt i anskaffelsesloven § 4.

³⁵⁵ Se blant annet [sak C-513/99 \(Concordia Bus\)](#) hvor miljøhensyn, nærmere bestemt utslipp av NO_x-gasser, ble akseptert som et relevant tildelingskriterium. Se også [sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), hvor domstolen stilte seg åpen for krav knyttet til samfunnsmessige hensyn, som lønns- og arbeidsvilkår ved produksjonen av leveransen. Domstolen kom likevel til at det ikke var tillatt å henvise til bestemte merker uten å angi de bakenforliggende kriteriene som lå til grunn, og kriteriet utgjorde følgelig et brudd på regelverket.

³⁵⁶ Se [sak C-368/10 \(Max Havelaar\)](#), hvor domstolen uttalte at *"the contracting authority may not take into account the tenderers' general purchasing policy, but only their purchasing in relation to the goods specifically to be supplied."*

Tildelingskriteriene kan derimot ikke gi oppdragsgiveren et tilnærmet ubegrenset skjønn ved evalueringen av tilbudene. EU-domstolen har uttalt at tildelingskriteriene må fremgå på en slik måte at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører å fortolke dem på samme måte.³⁵⁷ Samtidig må oppdragsgiveren tolke kriteriene på samme måte gjennom hele anbudsproessen og kriteriene må anvendes objektivt og ensartet på samtlige tilbud.

Rettsavgjørelse

[Sak T-86/09 \(Evropaiki Dynamiki mot Kommisjonen\)](#), premiss 63:

"... prinsippet om gjennomsiktighet er i det alt vesentlige ment å utelukke enhver risiko for favorisering eller vilkårlighet fra oppdragsgivers side. Det innebærer at alle vilkår og detaljerte krav i anbudskonkurransen må være beskrevet på en klar, presis og utvetydig måte i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Prinsippet om gjennomsiktighet innebærer derfor at all teknisk og faglig informasjon som er relevant for få en sikker forståelse av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget må gjøres tilgjengelig så snart som mulig for alle tilbyderne som tar del i anbudskonkurransen. For det første, for å på den måten muliggjøre at alle rimelig opplyste og normalt aktsomme tilbydere forstår deres nøyaktige omfang og tolker det på samme måte. For det andre, for å muliggjøre at oppdragsgiver kan kontrollere om leverandørenes tilbud oppfyller kriteriene som er angitt i den aktuelle kontrakten."

³⁵⁷ Se [sak C-19/00 \(SIAC Construction\)](#), premiss 42, hvor domstolen angir at kriteriet må være egnet *"to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way"*.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2012/25](#)

Saken gjaldt et innkjøpsselskap som skulle anskaffe en rammeavtale for renholdsprodukter, papir og plast for 15 kommuner. Innklagede hadde angitt at "*Pris*" skulle vektes med 45 %. Under prisvurderingen skulle et rabattskjema vektes med 20 %. I den forbindelse skulle oppdragsgiveren foreta evalueringen ved stikkprøvekontroll av et stort utvalg varelinjer (mellom 500 og 1000 varelinjer). Det var i konkurransegrunnlaget ikke angitt hvor mange stikkprøver som skulle foretas, eller hvordan utvelgelsen skulle skje.

KOFA påpekte at det heller ikke forelå dokumentasjon som tilsa at oppdragsgiveren forut for åpningen av tilbudene hadde bestemt hvordan stikkprøvetakingen skulle skje. KOFA fant, på bakgrunn av dokumentasjonen i saken, at når fremgangsmåten for stikkprøvetakingen ikke er fastsatt i forkant av tilbudsåpningen, "*åpnes det for at innklagede vilkårlig kan avgjøre hvem som vinner konkurransen ved å velge ut hvilke varer det tas stikkprøver på*". KOFA uttalte videre at "*innklagede har således gitt seg selv et spillerom som må anses for gå utenfor det som kan aksepteres ut fra de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet*".

En slik stikkprøvemetode kan likevel tillates dersom det er opplyst om metoden i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, at stikkprøvene er rimelig representative for det som skal kjøpes og at oppdragsgiveren har fastsatt hvordan stikkprøveevalueringen skal foregå før tilbudene åpnes. I [KOFA-sak 2016/33](#) hadde innklagede benyttet stikkprøver ved evaluering av pris. Her fant KOFA at de ovenfor nevnte vilkårene var overholdt og at kriteriet var beskrevet tilstrekkelig presist i konkurransegrunnlaget.

Rettsavgjørelse

[LH-2012-12587](#)

Saken gjaldt anskaffelse av perifere venekanyler. Oppdragsgiveren hadde oppstilt et minstekrav om at bruk ikke skulle *"påføre pasienten unødvendig smerte"* og at sliping skulle lede til *"minst mulig smerte"*. Til spørsmålet om hvorvidt kravet til klarhet/forutberegnelighet var oppfylt uttalte Lagmannsretten: *"ved vurderingen av om formuleringene [...] er tilstrekkelig klar og entydig er det etter lagmannsrettens oppfatning ikke avgjørende å kunne angi hva som språklig sett ligger i begrepene "unødvendig smerte" og "minst mulig smerte", for eksempel ved å sette en terskelverdi. Det sentrale er hvorvidt det er mulig å forstå hva som reelt ligger i kravene og om det er mulig å evaluere tilbudene på en måte som ivaretar bl.a. hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet"*. Lagmannsrettens vurderingen er foretatt i tilknytning til et funksjonskrav. Vurdering vil likevel også ha relevans ved bedømmingen av tildelingskriteriene

26.2.5.1 Tildelingskriterienes relative vekt

Oppdragsgiveren har plikt til å angi tildelingskriterienes relative vekt ved valg av tilbud på bakgrunn av beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet. Bestemmelsen angir at vekting kun kan unnlates i tilfeller hvor *"det av objektive grunner ikke er mulig å vekte tildelingskriteriene"*. I så fall skal de oppgis i prioritert rekkefølge. Det er dermed tale om et snevert unntak fra hovedregelen.

Angivelsen av vektingen skal bidra til at oppdragsgiveren ikke skal kunne tilpasse evalueringen etter at tilbudene er åpnet og er viktig for at evalueringen skal bli forutberegnelig og etterprøvbbar.³⁵⁸

Oppdragsgiveren kan bruke prosentsatser til vektingen av tildelingskriteriene. Det betyr at der hvor det er to tildelingskriterier, for eksempel pris og kvalitet, skal oppdragsgiveren foreta en vekting av forholdet mellom de angitte kriteriene. Eksempelvis kan pris vektes med 60 % og kvalitet med 40 %.

Det må samtidig være tilstrekkelig sammenheng mellom tildelingskriteriets forskjellige momenter og vurderingstema. Et kriterium kan anses ulovlig dersom det i realiteten skulle vært angitt som to kriterier med hver sin relative vekt.

³⁵⁸ Dragsten (2013) s. 402

KOFA-sak

[KOFA-sak 2009/156 \(Lekolar\)](#)

Saken gjaldt en kommunes anskaffelse av rammeavtale for levering av møbler til skoler og barnehager. Et av tildelingskriteriene var "*kvalitet og vareutvalg*", og det oppstod spørsmål om dette var å anses om ett eller to separate tildelingskriterium.

Oppdragsgiveren hadde i konkurransegrunnlaget gitt en nærmere beskrivelse av en rekke elementer som inngikk i denne vurderingen. KOFA fant at "*hvis alle disse forhold skal vurderes under samme tildelingskriterium, blir det umulig for en tilbyder å se hvordan et tilbud med stort vareutvalg av lav kvalitet vil bli vektet mot et tilbud med begrenset vareutvalg av høy kvalitet.*" KOFA kom derfor til at tildelingskriteriet i denne konkrete saken måtte anses som to tildelingskriterier som er slått sammen i en gruppe

26.2.5.2 Passende maksimalt utslag

Oppdragsgiveren kan fastsette en skjønnsmargin for vektingen av tildelingskriteriene, og vektingen av tildelingskriteriene kan angis med et passende maksimalt utslag. Det betyr at oppdragsgiveren, i stedet for å fastsette en spesifikk vekt, kan angi at tildelingskriteriet kvalitet skal vektes med for eksempel 40 til 45 %.

Oppdragsgiveren behøver ikke bruke samme margin for samtlige kriterier, og enkelte kriterier kan angis med spesifikk vekt mens andre kan angis med skjønnsmargin. Den samlede summen av vektingen skal imidlertid alltid utgjøre 100 %.

Ved å tillate skjønnsmarginer ivaretas hensynet til fleksibilitet for oppdragsgiveren. I enkelte anskaffelser kan det være et større behov for fleksibilitet enn i andre. Dette kan eksempelvis være tilfellet hvor oppdragsgiveren skal foreta en anskaffelse hvor det er usikkert hvilke løsninger markedet vil komme opp med, og oppdragsgiveren ønsker fleksibilitet i spørsmålet om man er villig til å betale ekstra for en kvalitativt bedre og nyskapende løsning. Forutberegneligheten kan her ivaretas ved at oppdragsgiveren angir hvordan muligheten til utslag i vektingen vil bli brukt.

Det maksimale utslaget skal imidlertid være passende, noe som indikerer en grense for stort utslaget kan være. Kravet til forutberegnelighet tilsier at utslaget må være relativt begrenset. Dersom det maksimale utslaget blir for stort kan ikke leverandørene på forhånd vite hva oppdragsgiveren vil legge vekt på. Størrelsen på utslaget må avpasses etter anskaffelsens art og størrelse. Kravet til forutberegnelighet må være proporsjonalt i forhold til anskaffelsen. Departementet mener at et utslag vanskelig kan tenkes å overstige +/- 10 %.³⁵⁹ Et

³⁵⁹ Den danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen antar i [veilederen deres til den danske udbudsloven](#), på s. 222, at et passende intervall som tommelfingerregel vil være et intervall på +/- 5%. Likevel utelukkes det ikke at et passende intervall kan være mindre enn +/- 5%, dersom oppdragsgiveren bruker mange tildelingskriterier og anvender en vekting i intervaller for alle kriteriene.

tildelingskriterium vil da kunne oppgis med en vekting på 30 % med +/- 10 % maksimalt utslag, noe som innebærer at kriteriet kan vektes fra 20-40 %. Det understrekes likevel at vurderingen er konkret, og at den må ses i lys av de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2011/204](#)

Saken gjaldt anskaffelse av operasjonsbord med tilbehør. Oppdragsgiver hadde angitt rammene for vektingen slik at tildelingskriteriene kunne vektes på følgende måte: "Pris" 30 – 50 %, "Kvalitet" 15 – 35 %, "Brukervennlighet" 15 – 35 %, "Service" 10 – 20 %. Oppdragsgiver hadde i så måte åpnet for å prioritere tildelingskriteriene på en rekke ulike måter gjennom fastsettelsen av den endelige vektingen.

KOFA fant at i det foreliggende tilfellet innebar "angivelsen av vekter i intervaller og intervallenes størrelse at innklagede ved evalueringen har et betydelig spillerom for hvert tildelingskriterium når evalueringen skal gjennomføres. Usikkerheten øker ved at vektingen kan endres for alle kriterier. Nemnda kan ikke se at det er gitt en begrunnelse som kan forsvare den relativt store usikkerheten som etter dette gjaldt evalueringen, og nemnda finner at konkurransegrunnlaget ikke oppfyller lovens krav til forutberegnelighet og gjennomsynlighet."

26.2.5.3 Vekting av underkriterier

Bestemmelsen om tildelingskriterier inneholder ikke noe eksplisitt krav om vekting av underkriterier. Det foreligger likevel visse begrensninger i oppdragsgiverens mulighet til etterfølgende fastsettelse av vekting av underkriterier.

EU-domstolen har uttalt at underkriteriene kan vektes i etterkant så lenge beslutningen:

- ikke innebærer en endring av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget,
- ikke inneholder informasjon, som dersom de var kjent ved tilbudsinnleveringen, ville kunne påvirket utformingen av tilbudene, og
- ikke la vekt på forhold som kan virke diskriminerende overfor en leverandør.^{360 361}

³⁶⁰ Kriteriene (også kalt ATI-kriteriene) fremkommer i [sak C-331/04 \(ATI EAC\)](#), premiss 32.

³⁶¹ I [sak C-532/06 \(Lianakis\)](#), premiss 36, uttaler domstolen at hensynet til likebehandling "requires that potential tenderers should be aware of all the elements to be taken into account by the contracting authority in identifying the economically most advantageous offer, and their relative importance, when they prepare their tenders". Videre, i premiss 37, fremholder domstolen at "potential tenderers must be in position to ascertain the existence and scope of those elements when preparing their tenders".

Dersom oppdragsgiveren ikke oppfyller ett eller flere av disse vilkårene, skal det på forhånd opplyses om vekten av underkriteriene.³⁶²

EU-domstolen har også lagt vekt på at den etterfølgende fastsettelsen må "*i det alt vesentlige tilsvare de kriteriene som tidligere er gjort kjent for leverandørene*".³⁶³ Domstolen anerkjenner likevel at oppdragsgiveren "*må ha et visst handlingsrom når de skal utføre sine oppgaver*", og at såfremt tildelingskriteriene ikke endres, kan oppdragsgiveren "*strukturere sitt eget arbeid med å undersøke og vurdere de inngitte tilbudene*".³⁶⁴

27 Kontraktsvilkår

Departementet vil komme tilbake med veiledning til reglene om kontraktsvilkår.

Adgangen til å bruke endringsklausuler, jf. § 19-1 annet ledd, er omtalt i punkt 40.2.1.

28 Bruk av underleverandører

28.1 Innledning

Leverandøren står i utgangspunktet fritt til å organisere seg på den måten han selv finner hensiktsmessig. Dette inkluderer adgangen til å benytte underleverandører på de deler av kontrakten hvor dette er hensiktsmessig.

Bruk av underleverandører kan styrke konkurransen i offentlige anskaffelser og legge til rette for at det inngis flere og bedre tilbud. Muligheten til å bruke underleverandører er særlig viktig for at små og mellomstore virksomheter skal gis adgang til kontrakter med det offentlige.

En underleverandør forstås vanligvis som en leverandør som utfører én eller flere deler av kontraktsforpliktelsen mellom hovedleverandør og oppdragsgiver. Det vil si at støtte til rene administrative tjenester, som telefonitjenester, regnskapstjenester, IT-tjenester med mer, faller utenfor³⁶⁵. Begrepet er ikke definert i forskriften.

Adgangen til å benytte underleverandører følger forutsetningsvis av forskriften, jf. særlig § 19-2. Muligheten er også bekreftet i flere EU-dommer, hvor det slås fast at en leverandør

³⁶² KOFA har ved flere anledninger vurdert om oppdragsgiveren har hatt plikt til å fastsette vekten av underkriterier før tilbudsfristens utløp, se eksempelvis KOFA-sakene [2014/29](#), [2013/57](#) og [2011/310](#).

³⁶³ Departementets oversettelse, [sak C-252/10 \(Evropaïki Dynamiki\)](#), premiss 33, "*correspond in essence to the criteria previously brought to the tenderers' attention*".

³⁶⁴ Departementets oversettelse, [sak C-252/10 \(Evropaïki Dynamiki\)](#), premiss 35, oppdragsgiveren "*must be able to have some leeway in carrying out its task*" og oppdragsgiveren må ha muligheten til å "*structure its own work of examining and analysing the submitted tenders*".

³⁶⁵ Så fremt disse ikke er tilknyttet utførelsen av leveransen slik den er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

ikke kan avvises utelukkende med den begrunnelse at han planlegger å benytte resurser tilhørende én eller flere andre juridiske personer.³⁶⁶

Forskriften inneholder også et krav om begrensning i antall ledd i leverandørkjeden ved anskaffelser innenfor bransjer hvor det er særlige utfordringer med arbeidslivskriminalitet, jf. § 19-3. Oppdragsgiveren skal da stille krav om maksimalt to ledd i leverandørkjeden under den valgte leverandøren, når leverandøren skal utføre bygg- og anleggsarbeider eller renholdstjenester. For nærmere om dette temaet, se departementets veiledning til begrensninger i antall ledd i leverandørkjeden i kapittel 29.

28.2 Krav til bruk av underleverandører

Oppdragsgiveren kan kreve at leverandøren angir i tilbudet hvilke deler av kontrakten han planlegger at underleverandører skal utføre, jf. § 19-2 første ledd.³⁶⁷ Oppdragsgiveren kan også kreve at leverandøren oppgir hvilke underleverandører han planlegger å bruke. En slik angivelse gir oppdragsgiveren innsikt i hvordan leverandøren planlegger å organisere utførelsen av leveransen.

I selve kontrakten kan oppdragsgiveren kreve at valgte leverandør skal gi kontaktopplysninger til underleverandørene og angi hvem som har signaturrett³⁶⁸ hos disse. Opplysningene kan skrives inn i kontrakten eller angis som vedlegg til kontrakten. Oppdragsgiveren kan kombinere et slikt krav med en plikt for leverandøren til å informere om endringer i disse opplysningene i løpet av kontraktsperioden. Et slikt krav vil også medføre en plikt for leverandøren til å informere om bytte av underleverandører.

Adgangen til å kreve opplysninger om underleverandører er i utgangspunktet valgfri for oppdragsgiver å benytte. Etter forskriften gjelder det likevel et krav om at oppdragsgiveren skal etterspørre slik informasjon dersom anskaffelsen gjelder tjenester som skal leveres på steder som er under oppdragsgivers direkte tilsyn, og bygg- og anleggsarbeider. Plikten til å etterspørre slik informasjon forutsetter at underleverandøren har direkte kontrakt med leverandøren og at underleverandøren deltar i utførelsen av tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene, jf. § 19-2 fjerde ledd. Bestemmelsen kan for eksempel komme til anvendelse ved anskaffelse av renholdstjenester hvor leverandøren planlegger å bruke underleverandører.

28.3 Krav til utskifting av underleverandører

Oppdragsgiveren har under visse omstendigheter plikt til å kreve at leverandøren skifter ut underleverandøren. Det er også visse situasjoner hvor oppdragsgiveren har mulighet til å kreve at underleverandøren skiftes ut. Dette følger av forskriften § 24-4 om utskifting av underleverandører.

³⁶⁶ Se [sak C-176/98 \(Holst Italia\)](#), premiss 26 og 27, og [sak C-314/01 \(Siemens og ARGE Telekom\)](#), premiss 43.

³⁶⁷ Bestemmelsen gjennomfører [direktiv 2014/24/EU](#) artikkel 71 (2).

³⁶⁸ Signaturrett er en selskapsrettslig fullmakt til å signere avtaler på vegne av selskapet. Det betyr at personen som har signaturrett kan forplikte selskapet utad ved å inngå avtaler.

For det første *skal* oppdragsgiveren kreve at en underleverandør blir skiftet ut dersom han under konkurransen blir kjent med at en underleverandør er i situasjonene beskrevet i § 24-2 første ledd bokstav b til d og § 24-2 andre ledd (de obligatoriske avvisningsgrunnene). Det foreligger dermed en plikt til å kreve at underleverandøren skiftes ut dersom:

- den har ikke oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter,
- det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak,
- den har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel, eller
- den er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for visse straffbare forhold som listet opp i § 24-2 andre ledd.

For det andre *kan* oppdragsgiveren kreve at underleverandøren skiftes ut dersom han under konkurransen blir kjent med at underleverandøren er i en situasjon som nevnt i § 24-2 tredje ledd (de frivillige avvisningsbestemmelsene).

Oppdragsgiveren har i visse tilfeller plikt til å kreve at underleverandøren skiftes ut når denne engasjeres etter at kontrakten er inngått. Dette gjelder dersom underleverandøren har unnlatt å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter og dersom det foreligger rettskraftig dom for visse straffbare forhold som listet opp i § 24-2 andre ledd. På samme måte kan oppdragsgiveren kreve at underleverandøren skiftes ut dersom det foreligger frivillige avvisningsgrunner.

Oppdragsgiveren kan føre kontroll med underleverandører ved å kreve dokumentasjon for fraværet av avvisningsgrunner, jf. § 24-7.

For mer om utskifting av underleverandører, se departementets veiledning til avvisningsreglene i punkt 36.6.

28.4 Ansvaret for gjennomføringen av kontrakten

Bruk av underleverandører endrer ikke leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiveren. Leverandøren vil fortsatt være fullt ut økonomisk ansvarlig for å gjennomføre den avtalte leveransen i henhold til kontraktsforpliktelsene. Det vil si at oppdragsgiveren kan kreve leverandøren for feil og mangler begått av underleverandørene.

Oppdragsgiveren kan kreve at leverandør og underleverandør er solidarisk ansvarlige for krav som måtte oppstå under kontrakten, dersom leverandøren støtter seg på kompetansen til andre virksomheter for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, jf. § 16-10 fjerde. Et slikt vilkår om solidarisk ansvar kan være hensiktsmessig siden det er den økonomiske og finansielle kapasiteten som skal tjene som sikkerhet for dekning av eventuelle misligholdskrav.

28.5 Krav om at kritiske oppgaver utføres av leverandøren selv

Oppdragsgiveren har mulighet til å kreve at bestemte kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv³⁶⁹. Dette betyr at leverandøren ikke kan sette dette arbeidet ut til

³⁶⁹ Jf. § 19-2 andre ledd. § 16-10 sjette ledd og § 19-2 andre ledd omhandler begge krav om at kritiske oppgaver håndteres av leverandøren selv. § 16-10 omhandler støtte til

underleverandører. Muligheten gjelder ved anskaffelse av varer som inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Anskaffelse av rene vareleveranser er ikke omfattet.

Begrepet "*kritiske oppgaver*" må tolkes konkret ut i fra anskaffelsens karakter. Det er derfor ikke adgang til å utelukkende legge vekt på oppgavens størrelse eller omfang. Oppdragsgiveren kan imidlertid legge vekt på at oppgaven er nært knyttet til sentrale elementer ved leveransen. Oppgaven kan karakteriseres som kritisk når den i vesentlig grad bidrar til å oppfylle kontrakten med den kvalitet og til den prisen som er avtalt.³⁷⁰ Det kan for eksempel legges vekt på om utførelsen av oppgaven krever nær kontakt med oppdragsgiveren over en viss tid, eller om utførelsen av oppgaven krever en viss fortrolighet mellom oppdragsgiveren og leverandøren, eksempelvis at leverandøren får tilgang til sensitiv eller hemmeligstempelt informasjon.

Eksempel

En oppdragsgiver skal anskaffe IT-supporttjenester. Dersom oppdragsgiveren ønsker å kreve at brukerstøtte, i form av veiledning og problemsøking, skal utføres av leverandøren selv, må det vurderes om dette er en kritisk oppgave under leveransen. Hjelp til rask og effektiv løsning av IT-problemer, vil være nært knyttet til kvaliteten på utførelsen av tjenesten. I tillegg er dette en oppgave som forutsetter nær kontakt med oppdragsgiveren over tid. Samtidig kan leverandøren få tilgang til sensitiv informasjon eller infrastruktur i datasystemene til oppdragsgiveren. Disse momentene trekker alle i retning av at oppdragsgiveren kan kreve at brukerstøtten utføres av leverandøren selv.

Dersom oppdragsgiveren ønsker å benytte unntaket om kritiske oppgaver, skal de kritiske oppgavene angis av oppdragsgiveren i anskaffelsesdokumentene. Dette følger av forutberegnelighetsprinsippet og av ordlyden i bestemmelsen, som angir at det må være snakk om "*bestemte*" kritiske oppgaver. Oppdragsgiveren kan dermed ikke innta et generelt krav om at alle kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv. De kritiske oppgavene må være spesifisert og avgrenset.

28.6 Støtte fra andre virksomheter til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

Leverandørene har mulighet til å støtte seg på andre virksomheters kapasitet og kvalifikasjoner for å oppfylle kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-10.

oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og gjelder også for selskapssammenslutninger. § 19-2 andre ledd retter seg mot leverandører som organiserer sin virksomhet ved bruk av underleverandører.

³⁷⁰ Se [forarbeidene til den danske udbudsloven](#), bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til § 144.

Det avgjørende er at leverandøren faktisk råder over den andre virksomhetens ressurser ved utførelsen av leveransen. Dette må leverandøren kunne dokumentere på en akseptabel måte, for eksempel gjennom en støtteerklæring.

Leverandøren må opplyse om i hvilken grad han vil støtte seg på andre virksomheters kompetanse. Det vil kun være de ressursene som leverandøren råder over som vil inngå i vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt.

For mer om støtte fra andre virksomheter, se punkt 22.3.

29 Begrensninger i antall ledd i leverandørkjeden

29.1 Innledning

I den nye forskriften er det innført regler om å begrense antallet ledd i kontraktskjeden i bransjer der det er særlige utfordringer med arbeidslivskriminalitet. En begrensning i antall ledd vil kunne gjøre det lettere å føre kontroll og ha kommunikasjon med de enkelte ledd i kjeden. Formålet med bestemmelsen er at det skal være et nyttig virkemiddel i arbeidet med å motvirke arbeidslivskriminalitet.

Etter § 19-3 skal oppdragsgiveren stille krav om at leverandørene maksimalt kan ha to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider eller i kontrakter om renholdstjenester. Dette innebærer at oppdragsgiveren skal stille krav om maksimalt tre ledd i leverandørkjeden. Det vil si en hovedleverandør med maksimalt to ledd under seg.

Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiveren kan godta flere ledd i leverandørkjeden hvis det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse eller for å få gjennomført en kontrakt.

29.2 I hvilke tilfeller gjelder bestemmelsen?

Kravet om begrenset antall ledd gjelder ikke for alle anskaffelser, men for enkelte typer kontrakter og for anskaffelser over en viss verdi. Kravet gjelder for anskaffelser når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider og renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 9091000 (rengjøring) i kontrakter som har en anslått verdi som er på minst 1,1 mill. kroner ekskl. mva. for statlige oppdragsgivere og 1,75 mill. kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere. Dette medfører at det er tatt inn en bestemmelse som gjelder for bygge- og anleggsarbeider i forskriften del II, jf. § 8-13, og en bestemmelse for begge kontraktstyper i del III, jf. § 19-3. Terskelverdiene er for øvrig de samme som gjelder i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Oppdragsgiveren kan også vurdere om det er hensiktsmessig og relevant å stille krav om begrensning i antall ledd i kontraktskjeden for anskaffelser under de angitte terskelverdiene.

En viktig presisering når det gjelder bygge- og anleggsarbeider er at bestemmelsen ikke gjelder generelt for bygg- og anleggskontrakter, men kun for selve utførelsen av bygge- og anleggsarbeidene. Det vil si at begrensningen i antallet ledd kun gjelder for arbeidet som knytter seg til utførelsen av bygge- og anleggsarbeider og ikke det som knytter seg til planleggingen, herunder planlegging/prosjektering, rådgivning og andre tilknyttede tjenester.

Eksempel

En leverandør A skal utføre prosjektering og bygging av en skole. Hovedleverandør A som har kontrakt med oppdragsgiver, har engasjert en underleverandør B for oppføring av selve bygningen. Underleverandør B må engasjere underleverandør C til å utføre grunnarbeid. Underleverandør B må også engasjere et rådgiverfirma D til å prosjektere bygningen. Rådgiverfirma D må engasjere et geoteknisk rådgiverfirma E til å vurdere grunnforholdene.

Rådgiverfirmaene D og E omfattes ikke av begrensningene, fordi deres tjenester knytter seg til rådgivning. Underleverandør C omfattes av begrensningen, fordi tjenesten som utføres knytter seg til selve utførelsen av bygge- og anleggsarbeidet. Underleverandør C regnes derfor som tredje ledd i direkte kjede under hovedleverandøren og kan ikke engasjere egne underleverandører.

Innleid personell som inngår i underleverandørs arbeidsstokk anses ikke som et eget ledd i leverandørkjeden.

I anskaffelser som omfattes av bestemmelsen bør oppdragsgiveren i konkurransegrunnlaget opplyse om at det gjelder en begrensning i antall tillatte ledd i leverandørkjeden. Det bør videre opplyses om at tilbud med flere ledd enn tillatt, vil bli avvist.

29.3 Nærmere om antall ledd

Oppdragsgiveren skal stille krav om at leverandørene maksimalt kan ha to ledd i leverandørkjeden under seg. Det vil si at det maksimalt kan være tre ledd i leverandørkjeden.

Med antall ledd i leverandørkjeden siktes det til bruk av underleverandører i direkte kjede nedover som gjør arbeid eller yter en tjeneste direkte som en del av kontrakten. Bestemmelsen omfatter derfor ikke vareleverandører eller sidestilte underleverandører med direkte kontrakt med hovedleverandøren.

29.4 Unntak

I enkelte anskaffelser kan det være behov for å åpne opp for lengre kontraktskjed. Bestemmelsen inneholder derfor en unntaksbestemmelse, som inneholder to ulike unntaksmuligheter.

Unntakene skal tolkes strengt, og det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse i det enkelte tilfellet. Oppdragsgiveren kan for det første godta flere ledd i leverandørkjeden dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse. For det andre kan oppdragsgiveren at kontrakten er inngått godta flere ledd, dersom det på grunn av uforutsette omstendigheter er nødvendig for å få gjennomført konkurransen.

29.4.1 Nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse

Behov for flere ledd for å sikre konkurranse kan tenkes der oppdragsgiveren 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 flere ledd. Dette kan for eksempel være der markedet er organisert på en slik måte at flere ledd er vanlig. Bruk av unntaksbestemmelsen forutsetter dermed at oppdragsgiveren har god kunnskap om markedet det skal gjøres innkjøp i.

Oppdragsgiveren skal angi det maksimale antallet ledd som godtas i anskaffelsesdokumentene. Det vil si at oppdragsgiveren på forhånd må ha bestemt seg for om han kan godta flere ledd i leverandørkjeden. Ettersom oppdragsgiveren har bevisbyrden for å benytte unntakshjemmelen, bør han også i anskaffelsesdokumentene gi en begrunnelse for hvorfor flere ledd er nødvendig i den konkrete anskaffelsen.

29.4.2 På grunn av uforutsette omstendigheter

Behov for flere ledd for å sikre gjennomføringen av en kontrakt vil kunne tenkes der det skjer noe uforutsett i kontraktsfasen som nødvendiggjør bruk av flere ledd. Unntaksmuligheten er ment å forhindre at kontrakten må avbrytes og at oppdragsgiveren må utlyse ny konkurranse dersom noe uforutsett dukker opp som nødvendiggjør flere ledd. Oppdragsgiveren har bevisbyrden for å godtgjøre at det faktisk foreligger en uforutsett omstendighet.

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 eksempelvis være forurensning i grunnen eller andre forhold som kan medføre 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 oppdragsgiveren være seg bevisst formålet med bestemmelsen om å begrense antallet ledd i leverandørkjeden; å motvirke arbeidslivskriminalitet. Dersom han åpner for flere ledd i kontraktsfasen er det derfor viktig med god kontroll og oversikt over både antall ledd og hva slags oppgaver de enkelte underleverandørene utfører.

30 Oppdeling av anskaffelser

30.1 Hvorfor oppdeling av anskaffelser?

I § 19-4 er det gitt regler om oppdeling av anskaffelser. Formålet med bestemmelsen er å gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter å delta i konkurranser om offentlige kontrakter. Oppdeling av anskaffelser kan gi økt konkurranse om oppdraget ved at delkontraktene for eksempel er bedre tilpasset små og mellomstore bedrifters kapasitet, fagområde eller geografiske plassering.

30.2 Når kan det være aktuelt å dele opp anskaffelsen?

Det overlates til oppdragsgiveren å vurdere om en kontrakt skal deles opp, og i så fall hva som skal være størrelsen på og innholdet i de enkelte delkontraktene. Det er viktig å være

oppmerksom på at oppdragsgiveren ikke kan dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriftene. Dersom oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi, jf. § 5-4.

Oppdeling av anskaffelsen kan skje på ulike måter, for eksempel kvantitativt, geografisk eller etter ulike produkter eller typer tjenester.

Eksempel

Ved kjøp av sykehjemsplasser kan det være aktuelt å dele opp anskaffelsen kvantitativt. Eksempelvis kan en kommune som skal anskaffe 100 sykehjemsplasser dekke dette behovet ved å inngå to separate kontrakter som hver dekker 50 plasser.

Ved kjøp av bygge- og anleggsarbeider kan det være aktuelt å dele opp anskaffelsen kvalitativt ved å inngå mindre entreprisekontrakter fordelt på fagområder, eks. tømrer, VVS, el etc., istedenfor å inngå en totalentreprisekontrakt.

Ved kjøp av busstjenester kan det være aktuelt å foreta en geografisk oppdeling av anskaffelsen, for eksempel ved at det kan bys på separate kontrakter som dekker ulike bussruter.

Ved kjøp av IT-tjenester kan det være aktuelt å dele opp anskaffelsen i faser, for eksempel i én kontrakt om utvikling og én kontrakt om drift og vedlikehold.

30.3 Plikt til å vurdere oppdeling av anskaffelser

Oppdragsgiveren er pålagt en plikt til å *vurdere* om en anskaffelse skal deles opp ved anskaffelser som foretas etter reglene i forskriften del III. Dersom oppdragsgiveren ikke deler opp anskaffelsen i delkontrakter, skal det gis en kort begrunnelse for dette i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen. Begrunnelsen kan ikke overprøves, verken av KOFA eller domstolene.

Eksempel

Korte begrunnelser for ikke å dele opp anskaffelsen

"Oppdragsgiver har begrenset kapasitet og kompetanse til å følge opp og koordinere arbeidet med oppføring av bygget. Oppdragsgiver har derfor valgt å ikke dele opp anskaffelsen i delkontrakter."

"For oppdragsgiver er det viktig å ha klare ansvarsforhold og redusere risikoen ved oppføring av bygget. Oppdragsgiver har derfor valgt å ikke dele opp anskaffelsen i delkontrakter."

"Det er en svært liten mulighet for å oppnå en lavere totalpris ved å dele opp anskaffelsen. Oppdragsgiver har derfor valgt å ikke dele opp anskaffelsen i delkontrakter."

30.4 Hvordan skal oppdelingen av anskaffelsen gjøres?

Dersom anskaffelsen deles opp i delkontrakter, skal det angis i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse om leverandørene kan gi tilbud på en, flere eller alle delkontraktene. Hvis oppdragsgiveren velger å dele opp anskaffelsen, kan han begrense antallet delkontrakter som kan tildeles til en og samme leverandør. Dette gjelder også når leverandørene kan gi tilbud på flere eller alle delkontraktene. Det maksimale antallet delkontrakter som kan tildeles en leverandør skal angis i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Videre skal det i anskaffelsesdokumentene fastsettes 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.

Eksempel

Tildeling av delkontrakter med begrensning på antall delkontrakter

En kommune skal anskaffe busstjenester, og velger å dele opp anskaffelsen i to delkontrakter som gjelder to ulike ruter.

I kunngjøringen angis følgende:

- Leverandørene kan gi tilbud på én eller begge delkontraktene
- Det kan kun tildeles én delkontrakt per leverandør
- Tildelingskriteriet er laveste pris
- Delkontraktene tildeles slik at oppdragsgiveren oppnår den laveste totalprisen.

Kommunen mottar følgende tilbud:

- Delkontrakt 1: Leverandør A: 200 000 kroner. Leverandør B: 250 000 kroner.
- Delkontrakt 2: Leverandør A: 190 000 kroner. Leverandør B 200 000 kroner.

Den laveste totalprisen oppnås ved at leverandør A tildeles delkontrakt 1, og leverandør B tildeles delkontrakt 2.

Dersom oppdragsgiveren har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter, kan han likevel tildele en samlet kontrakt til en 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 oppdragsgiveren vil forbeholde seg retten til å gjøre dette, skal det angis i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Han skal også angi hvilke delkontrakter som kan slås sammen i en samlet kontrakt.

Eksempel

Tildeling av samlet kontrakt

En kommune skal anskaffe busstjenester, og velger å dele opp anskaffelsen i to delkontrakter som gjelder to ulike ruter.

I kunngjøringen angis følgende:

- Leverandørene kan gi tilbud på én eller begge delkontraktene. Leverandørene kan også gi et samlet tilbud.
- Tildelingskriteriet er laveste pris
- Hvis en leverandør gir et samlet tilbud på begge delkontraktene, og den samlede prisen gir den laveste totalprisen, tildeles denne leverandøren alle delkontraktene, selv om denne ikke har avgitt laveste pris på de ulike delkontraktene.

Kommunen mottar følgende tilbud:

- Delkontrakt 1: Leverandør A: 200 000 kroner. Leverandør B: 250 000 kroner.
- Delkontrakt 2: Leverandør A: 200 000 kroner. Leverandør B 190 000 kroner.

Leverandør A gir i tillegg et samlet tilbud på 380 000 kroner.

Leverandør A tildeles en samlet kontrakt, ettersom denne prisen er lavere (380 000 kroner) enn den samlede prisen av de enkelte delkontraktene (390 000 kroner).

31 Frister

31.1 Generelt om frister

En viktig del ved planleggingen og gjennomføringen av en anskaffelse er fastsettelsen av frister. Ved fastsettelsen må oppdragsgiveren ta hensyn til at alle potensielle leverandører skal få tilstrekkelig tid til å sette seg inn i anskaffelsesdokumentene for å kunne vurdere om de ønsker å delta i konkurransen. Samtidig har oppdragsgiveren ofte behov for å gjennomføre konkurransen på en rask og effektiv måte.

Alle frister i anskaffelsesregelverket skal beregnes i samsvar med forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, jf. anskaffelsesforskriften § 7-6. Denne bestemmelsen er plassert i forskriften del I og gjelder dermed for alle anskaffelser som er omfattet av forskriften. Hovedregelen er at alle frister i anskaffelsesregelverket regnes i *kalenderdager*, med noen få unntak som spesifiserer at fristene skal regnes i *virkedager*. Med *virkedager* menes alle dager som ikke

er helligdager eller fridager, lørdager eller søndager. Se nærmere om den praktiske fremgangsmåten ved beregningen av frister i punkt 8.6.

For anskaffelser etter forskriften del III spesifiseres det en rekke minimumsfrister, som kan forkortes eller forlenges etter de konkrete forholdene. Fastsettelsen av fristene vil variere etter hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes. Se nærmere omtale av dette temaet i punkt 31.2.1.

Fristene oppdragsgiveren har satt er i utgangspunktet ufravikelige. Dersom et tilbud leveres etter utløpet av tilbudsfristen, *skal* leverandøren eller tilbudet avvises, jf. bestemmelsene om avvisning på grunn av formalfeil.³⁷¹ I visse tilfeller er oppdragsgiveren imidlertid forpliktet til å forlenge fristen før den utløper, jf. punkt 31.2.3.

Fristbestemmelsene må ses i lys av at det nye anskaffelsesregelverket innfører krav til bruk av elektronisk kommunikasjon i gjennomføringen av offentlige anskaffelser, inkludert ved levering og mottak av tilbud og forespørsler om å delta i konkurransen.³⁷² Dersom oppdragsgiveren ikke stiller krav om elektronisk innlevering av tilbud, eller dersom han ikke kan gi elektronisk tilgang til deler av konkurransegrunnlaget må han forlenge minimumsfristen.

Det er gitt en oversikt over fristene i punkt 31.3.

31.2 Fastsettelse av frister

31.2.1 Minimumsfrister

For anskaffelser etter forskriften del III er det fastsatt minimumsfrister som oppdragsgiveren må forholde seg til. Minimumsfristene varierer etter hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt. Minimumsfristene har blitt redusert i nytt regelverk for å sikre større fleksibilitet for oppdragsgiveren. Kortere frister gir oppdragsgiveren større fleksibilitet til å gjennomføre raskere anskaffelser der dette er mulig og hensiktsmessig.

Ved fastsettelsen av frister skal oppdragsgiveren ta hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud, jf. § 20-1 første ledd. Denne bestemmelsen er likelydende i forskriften del II og III og gjelder generelt for alle anskaffelsesprosedyrene. Det vises til punkt 11.12 for hvilke momenter oppdragsgiveren bør vektlegge ved fastsettelsen av frister.

Oppdragsgiveren kan ikke fastsette kortere frister enn minimumsfristene som gjelder for den konkrete anskaffelsesprosedyren han skal bruke. Oppdragsgiveren står imidlertid fritt i alle tilfeller til å fastsette lengre frister enn minimumfristene.

³⁷¹ Jf. § 24-1 første ledd bokstav a.

³⁷² Den nye hovedregelen blir at all informasjonsutveksling skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Regelen har foreløpig kun trådt i kraft for innkjøpssentraler. For statlige oppdragsgivere vil kravet gjelde fra 1. januar 2018, mens kravet vil tre i kraft 1. juli 2018 for andre oppdragsgivere, inkludert kommuner og fylkeskommuner. Det er gitt overgangsregler om hvilke kommunikasjonsregler som gjelder frem til de angitte fristene i § 32-2.

31.2.2 Fra hvilket tidspunkt skal fristen beregnes?

Minimumsfristene i forskriften kapittel 20 er knyttet opp mot den datoen *kunngjøringen sendes TED-databasen*. Ved fastsettelsen av frister må oppdragsgiveren derfor ta høyde for at det vil ta noen dager fra tidspunktet kunngjøringen sendes til Doffin, til den oversendes til TED-databasen, særlig om det er Doffin som skal utarbeide oversettelsen til engelsk. Gitt at oversettelsen gjøres i løpet av to arbeidsdager bør oppdragsgiveren beregne minst 5 virkedager ekstra fra det tidspunktet kunngjøringen sendes til Doffin og til den oversendes TED.³⁷³

Se nærmere om den praktiske fremgangsmåten ved kunngjøringer over EØS-terskelverdiene i punkt 32.5.

31.2.3 Når skal fristene forlenges?

31.2.3.1 Befaring eller gjennomgang av anskaffelsesdokumentene på stedet

Oppdragsgiveren skal sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen dersom tilbudene bare kan utarbeides etter en befaring eller gjennomgang av anskaffelsesdokumentene på stedet.³⁷⁴

Dette innebærer at fristforlengelsen skal være forholdsmessig sett i forhold til tidspunktet for befaringen, eller gjennomgangen av dokumentene slik at leverandørene får tilstrekkelig antall dager til å sende inn sine tilbud etter befaringen eller gjennomgangen.

31.2.3.2 Endringer i anskaffelsesdokumentene og tilleggsopplysninger

Oppdragsgiveren skal sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen dersom:³⁷⁵

- det foretas endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud, jf. § 14-2 første ledd, eller
- det gis tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller senere enn fire dager i hastetilfeller, jf. § 14-2 annet ledd.

³⁷³ Operatøren av Doffin har arbeidstid alle virkedager. Doffin oversender en kunngjøring til TED innen tre virkedager, dersom kunngjøringen allerede er oversatt og oppfyller alle krav til innhold. Dersom oppdragsgiveren helt eller delvis gjennomfører oversettelsen selv, så skal Doffin gi en tilbakemelding innen 6 timer, dersom det oppdages en feil/avvik mellom den norske og oversatte versjonen av kunngjøringen.

Dersom Doffin skal oversette, så vil oversettelsen gjøres innen 24 timer. Har oppdragsgiveren ikke noen kommentarer til oversettelsen vil den anses å være akseptert etter ytterligere 24 timer. På bakgrunn av disse kravene bør oppdragsgiveren beregne minst 5 virkedager fra det tidspunktet kunngjøringen sendes til Doffin og til den oversendes TED. TED har siden 48 timer på seg til å publisere kunngjøringen fra de mottar skjemaet fra Doffin.

³⁷⁴ Jf. § 20-1 annet ledd.

³⁷⁵ Jf. § 20-1 tredje ledd.

Fristforlengelsen skal være forholdsmessig sett i forhold til omfanget av endringene eller tilleggsopplysningene. Fristen skal gi leverandørene tilstrekkelig tid til å sende inn sine tilbud.

Oppdragsgiveren er likevel ikke forpliktet til å forlenge fristen i de to nevnte tilfellene dersom opplysningene er ubetydelige for utarbeidelsen av tilbudet eller leverandøren ikke har bedt om tilleggsopplysninger i rimelig tid før utløpet av fristen.³⁷⁶

31.2.3.3 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget

Det er innført et krav om at oppdragsgiveren skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget. Kunngjøringen skal inneholde internettadressen der konkurransegrunnlaget er tilgjengelig.³⁷⁷

Dersom oppdragsgiveren ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset tilgang til deler av konkurransegrunnlaget av grunner som er angitt i § 22-4,³⁷⁸ skal han i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse angi hvordan leverandørene kan få tilgang til disse dokumentene. Oppdragsgiveren skal i så tilfelle forlenge fristen med fem dager, med mindre det er tale om et hastetilfelle.³⁷⁹

I tillegg til de grunnene som er angitt i § 22-4, kan det oppstå tilfeller hvor oppdragsgiveren ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av konkurransegrunnlaget fordi det inneholder opplysninger av fortrolig karakter³⁸⁰. Dersom dette er tilfellet, skal oppdragsgiveren angi i kunngjøringen hvilke tiltak som er nødvendig for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene. Oppdragsgiveren skal i så tilfelle forlenge fristen med fem dager, med mindre det er tale om et hastetilfelle.³⁸¹

31.2.3.4 En eller flere av leverandørene har fått en urimelig konkurransefordel

En annen situasjon som kan medføre forlengelse av frister er knyttet til oppdragsgiverens gjennomføring av dialog med leverandørene før konkurransen³⁸², jf. § 12-2. I slike tilfeller kan de leverandørene som har gitt råd, eller på annen måte har deltatt i dialog, fått en viss kunnskap til oppdragsgivers behov og ønsker. Dette kan innebære at leverandørene har fått en urimelig konkurransefordel, som oppdragsgiveren har en plikt til å utjevne. Et egnet tiltak, for å utjevne konkurransefordelen, kan være å forlenge fristen og fastsette en frist for mottak

³⁷⁶ Jf. § 20-1 fjerde ledd.

³⁷⁷ Jf. § 14-3 første ledd.

³⁷⁸ Unntaket gjelder kun for de grunnene som er nærmere angitt i § 22-4. Disse grunnene omhandler eksempelvis at anskaffelsens art innebærer bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler som ville kreve særlige verktøy, løsninger eller filformater som ikke er alminnelig tilgjengelig eller som ikke kan behandles av alminnelig tilgjengelig programvare, eller at det er tale om levering av fysiske modeller eller skalamodeller som ikke kan leveres ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler.

³⁷⁹ Jf. § 14-3 annet ledd.

³⁸⁰ Jf. § 7-4 annet ledd.

³⁸¹ Jf. § 14-3 tredje ledd.

³⁸² Se nærmere om dialog med markedet i kapittel 15.

av tilbud slik at alle leverandørene får tilstrekkelig tid til å sette seg inn i konkurransedokumentene.³⁸³

KOFA-sak

[KOFA-sak 2007/77](#)

Saken gjaldt en omfattende og komplisert anskaffelse om levering av radioterminaler og tilhørende utstyr, verktøy og tjenester til bruk i første byggetrinn av det norske nødnett (TETRA). Oppdragsgiveren hadde benyttet en hasteprosedyre, noe klagenemnda mente at det ikke var grunnlag for.

Den valgte leverandøren hadde i tillegg en stor fordel fremfor øvrige leverandører siden den valgte leverandøren hadde inngående kjennskap til en vesentlig forutsetning for anskaffelsen. KOFA mente at denne fordelten burde ha vært utjevnet.

KOFA uttalte i premiss 43: *"En måte å utjevne en eventuell fordel en leverandør måtte ha, er å sette en lengre tilbudsfrist enn man ellers ville gjort, slik at øvrige leverandører har en mulighet til oppveie det fortrinnet den ene leverandøren har. I nærværende sak fikk de prekvalifiserte leverandørene tilsendt konkurransegrunnlaget den 15. desember 2006, mens frist for å levere tilbud var 10. januar 2007. Dette er i utgangspunktet en kort frist for innlevering av tilbud på en komplisert anskaffelse. I tillegg kommer at jul og nyttår kom mellom tidspunktet for utlevering av konkurransegrunnlag og tilbudsfristen, hvilket innebærer at leverandørene i realiteten hadde svært få virkedager til utarbeidelse av tilbudene."*

31.2.4 Når kan fristene forkortes?

31.2.4.1 Publisering av en veiledende kunngjøring

Formålet med en veiledende kunngjøring³⁸⁴ er å informere tidlig om og forberede markedet på kommende konkurranser. Oppdragsgiveren kan ikke kunngjøre en konkurranse ved bruk av en veiledende kunngjøring, men siden markedet har fått "et forvarsel" kan oppdragsgiveren forkorte minimumsfristene for innlevering av tilbud når han senere publiserer en alminnelig kunngjøring.

Ved åpen anbudskonkurranse kan tilbudsfristen forkortes til 15 dager, dersom oppdragsgiveren har publisert en veiledende kunngjøring tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen. Den veiledende kunngjøringen må inneholde alle opplysningene som skal fylles ut i kunngjøringsskjemaet for veiledende kunngjøringer, så langt disse opplysningene forelå på kunngjøringstidspunktet.³⁸⁵

³⁸³ Jf. § 12-2 annet ledd.

³⁸⁴ Jf. § 21-3.

³⁸⁵ Jf. § 20-2 annet ledd.

Ved begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan tilbudsfristen forkortes til *10 dager*, dersom oppdragsgiveren har publisert en veiledende kunngjøring tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen. Den veiledende kunngjøringen kan ikke være brukt som en forhåndskunngjøring og den må inneholde alle opplysningene som skal fylles ut i kunngjøringsskjemaet for veiledende kunngjøringer, så langt disse opplysningene forelå på kunngjøringstidspunktet.³⁸⁶

31.2.4.2 Hasteprosedyre

Dersom det i hastetilfeller er umulig å anvende minimumsfristene åpner anskaffelsesregelverket for bruk av hasteprosedyre.³⁸⁷ Bruk av hasteprosedyren betyr at oppdragsgiveren må kunngjøre etter vanlige regler om kunngjøring og deretter gi interesserte leverandører en viss frist, som er betydelig kortere enn minimumsfristene, til å gi tilbud eller sende inn forespørsel om å delta i konkurranse. Bruk av hasteprosedyre innebærer dermed at oppdragsgiveren sikrer en viss åpenhet og konkurranse om kontrakten, som skiller seg fra bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. § 13-3 bokstav e.

I hastetilfeller gjelder ikke regelen om fristforlengelse på grunn av at konkurransegrunnlaget ikke foreligger elektronisk.

Bruk av hasteprosedyre innebærer at tiden fra kunngjøring av konkurranse til signering av kontrakt reduseres betydelig uavhengig av hvilken prosedyre oppdragsgiveren velger. Ved åpen anbudskonkurranse kan tilbudsfristen forkortes til 15 dager. Ved begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan fristen for forespørsel om å delta i konkurransen forkortes til 15 dager og tilbudsfristen til 10 dager.

For å kunne benytte hasteprosedyren må oppdragsgiveren kunne vise til at det er et akutt behov for å anskaffe på en raskest mulig måte. Følgende vilkår må være oppfylt for at unntaket skal kunne anvendes:

- Det må foreligge et særlig forhold som gjør det umulig å overholde minimumsfristene.
- Det særlige forholdet skyldes ikke oppdragsgiveren.
- Det særlige forholdet var ikke noe oppdragsgiveren kunne forutse.

Hasteprosedyren vil kunne anvendes der det er behov for en kortvarig anskaffelsesprosess. Det mest praktiske eksemplet er trolig at det foreligger fare for liv og helse. Dette vil for eksempel være tilfellet dersom det på grunn av flom, brann eller lignende, er nødvendig å foreta en anskaffelse for å kjøpe for eksempel medisiner, matforsyning eller lignende. Oppbyggingsarbeid etter en naturkatastrofe, som det ikke er nødvendig å starte med før etter bruk av de vanlige minimumsfristene, vil ikke omfattes. Det vil heller ikke være grunnlag for å benytte hasteprosedyren at det foreligger sterkt politisk press om rask gjennomføring av et prosjekt.

³⁸⁶ Jf. § 20-3 fjerde ledd og § 20-4 tredje ledd.

³⁸⁷ Jf. § 20-2 tredje ledd, § 20-3 femte ledd og § 20-4 tredje ledd.

En plutselig og uventet økt flyktningestrøm kan også innebære at det er behov for hasteprosedyre til å kjøpe varer og tjenester til flyktninger som for eksempel, medisiner, mat, klær og lignende.³⁸⁸

KOFA-sak

[KOFA-sak 2007/77](#)

Oppdragsgiveren benyttet en hasteprosedyre for inngåelse av rammeavtale om levering av radioterminaler og tilhørende utstyr, verktøy og tjenester til bruk i første byggetrinn av det norske nødnettet (TETRA). Klagenemnda fant at oppdragsgiveren ikke hadde hjemmel til å gjennomføre konkurransen etter hasteprosedyre. Oppdragsgiveren viste til at utbyggingsplanen for nødnettet var vedtatt av Stortinget, og at det var umulig å overholde denne planen uten å benytte hasteprosedyre.

KOFA kom imidlertid til at det forhold at Stortinget eller andre offentlige myndigheter har fastsatt en plan for utbygging eller lignende, er ikke tilstrekkelig for å benytte seg av hasteprosedyren. Dersom dette skulle godtas, ville det innebære en åpning for omgåelse av forskriftens ordinære frister. KOFA fant på denne bakgrunnen at vilkåret for å benytte hasteprosedyre ikke var oppfylt.

Bruk av hasteprosedyre er et unntak fra de ordinære reglene om minimumsfrister og skal derfor kun brukes i unntakstilfeller. Det er oppdragsgiveren som må sannsynliggjøre, og dokumentere, at det ikke er mulig å følge minimumsfristene.

³⁸⁸ Nærings- og fiskeridepartementet sendte den 23. oktober 2015 et [brev](#) til statlige myndigheter, kommuner og fylkeskommuner der det redegjøres for handlingsrommet i anskaffelsesregelverket til å håndtere behovet for raske anskaffelser i forbindelse med flyktningekrisen.

31.3 Oversikt over frister

Minimumsfrister	
Åpen anbudskonkurranse:	
Tilbudsfrist	
30 dager* - Dersom oppdragsgiver ikke krever elektronisk innlevering, skal tilbudsfristen være minst 35 dager - Fristen skal forlenges med 5 dager dersom konkurransegrunnlaget ikke foreligger elektronisk ***	
Begrenset anbudskonkurranse:	
Frist for forespørsel om å delta i konkurransen	Tilbudsfrist
30 dager**	25 dager - Dersom oppdragsgiveren ikke krever elektronisk innlevering, skal fristen være minst 30 dager - Fristen skal forlenges med 5 dager dersom konkurransegrunnlaget ikke foreligger elektronisk *** - Ikke-statlige oppdragsgivere kan fastsette tilbudsfristen i samarbeid med leverandører som er invitert til å levere tilbud, jf. § 20-3 tredje ledd
Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring:	
Frist for forespørsel om å delta i konkurransen	Mottak av første tilbud
30 dager**	25 dager - Dersom oppdragsgiveren ikke krever elektronisk innlevering, skal fristen være minst 30 dager - Fristen skal forlenges med 5 dager dersom konkurransegrunnlaget ikke foreligger elektronisk *** - Ikke-statlige oppdragsgivere kan fastsette tilbudsfristen i samarbeid med leverandører som er invitert til å levere tilbud, jf. § 20-3 tredje ledd
Konkurransepreget dialog:	
Frist for forespørsel om å delta i konkurransen	Mottak av tilbud
30 dager*	Oppdragsgiveren må gjøre en konkret vurdering av hva som er en tilstrekkelig tilbudsfrist, jf. § 20-1.
Konkurranse om innovasjonspartnerskap:	
Frist for forespørsel om å delta i konkurransen	Mottak av tilbud
30 dager*	Oppdragsgiveren må gjøre en konkret vurdering av hva som er en tilstrekkelig tilbudsfrist, jf. § 20-1.
* Regnet fra den dagen den <i>alminnelige kunngjøringen</i> sendes til TED-databasen. ** Regnet enten fra den dagen den <i>alminnelige kunngjøringen</i> sendes til TED-databasen, eller fra den dagen oppdragsgiveren sender invitasjon til å bekrefte interesse dersom oppdragsgiveren har kunngjort konkurransen ved en <i>forhåndskunngjøring</i> . *** Dersom oppdragsgiveren ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av konkurransegrunnlaget, jf. § 14-3 annet eller tredje ledd, skal tilbudsfristen forlenges med 5 dager (unntatt i hastetilfeller).	

Frister ved bruk av veiledende kunngjøring		Frister i hastetilfeller	
Åpen anbudskonkurranse:			
Tilbudsfrist		Tilbudsfrist	
15 dager • Fristen skal forlenges med 5 dager dersom konkurransegrunnlaget ikke foreligger elektronisk***		15 dager*	
Begrenset anbudskonkurranse:			
Tilbudsfrist	Frist for forespørsel om å delta i konkurransen	Tilbudsfrist	
10 dager • Fristen skal forlenges med 5 dager dersom konkurransegrunnlaget ikke foreligger elektronisk***	15 dager**	10 dager**	
Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring:			
Mottak av første tilbud	Frist for forespørsel om å delta i konkurransen	Mottak av første tilbud	
10 dager • Fristen skal forlenges med 5 dager dersom konkurransegrunnlaget ikke foreligger elektronisk***	15 dager**	10 dager**	
Konkurransepreget dialog:			
Ikke relevant		Ikke relevant	
Konkurranse om innovasjonspartnerskap:			
Ikke relevant		Ikke relevant	

* Regnet fra den dagen den *alminnelige kunngjøringen* sendes til TED-databasen.

** Regnet enten fra den dagen den *alminnelige kunngjøringen* sendes til TED-databasen, eller fra den dagen oppdragsgiveren sender invitasjon til å bekrefte interesse dersom oppdragsgiveren har kunngjort konkurransen ved en *forhåndskunngjøring*.

*** Dersom oppdragsgiveren ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av konkurransegrunnlaget, jf. § 14-3 annet eller tredje ledd, skal tilbudsfristen forlenges med 5 dager (unntatt i hastetilfeller).

32 Kunngjøringer

32.1 Innledning

Kunngjøring regnes som et av de viktigste virkemidlene for å sikre at oppdragsgiveren opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Ved å kunngjøre anskaffelsene har oppdragsgiveren mulighet til å nå ut til et stort marked. Markedet vil kunne respondere og alle interesserte

leverandører vil kunne inngi tilbud. Dette vil kunne gi oppdragsgiveren flere valgmuligheter når det kommer til pris og kvalitet. Den enkelte leverandør vil også være klar over at alle konkurrenter kan inngi tilbud, og således søke å gi det beste tilbudet.

Kunngjøringen skal inneholde tilstrekkelige opplysninger til at potensielle leverandører kan få et inntrykk av anskaffelsens karakter og omfang og ut fra dette vurdere om de vil delta i konkurransen.

Kunngjøringen skal utarbeides på elektroniske skjemaer, som finnes på [Doffin.no](https://www.doffin.no). Disse skjemaene er fastsatt av Nærings- og fiskeridepartementet.

32.2 Hvor skal det kunngjøres?

Alle oppdragsgivere og leverandører kan få tilgang til den norske kunngjøringsdatabasen Doffin (Database for Offentlige Innkjøp) og den europeiske kunngjøringsdatabasen TED (Tenders Electronic Daily).

Oppdragsgivere kan kunngjøre på Doffin enten ved å registrere seg på <https://www.doffin.no/> eller ved å bruke sitt eget system, dvs. et konkurransegjennomføringsverktøy.³⁸⁹ Alle kunngjøringer på Doffin og TED er fritt og åpent tilgjengelig for alle.

For å søke etter kunngjøringer på Doffin, gå til <https://www.doffin.no/Notice>.

For søk etter kunngjøringer på TED, gå til <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>.

Alle kunngjøringer på Doffin, som også er kunngjort på TED, vil ha en lenke til TED-kunngjøringen.

Leverandørene må registrere seg for å få tilgang til konkurransegrunnlag, samt eventuell informasjon om endringer og ny informasjon om konkurransen, se <https://www.doffin.no/home/supplier>.

Spørsmål og svar til konkurransen kan administreres direkte i Doffin, og alle som har registrert interesse for anskaffelsen vil få melding dersom det gjøres endringer eller nye opplysninger gjøres tilgjengelig.

På fagsidene til Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) om offentlige anskaffelser, anskaffelser.no, vil det finnes en oversikt over alle kunngjøringsskjemaene, samt veiledning om bruk av disse.

32.3 Hvorfor er CPV-koden så viktig?

Oppdragsgiver skal fylle ut CPV-koder i kunngjøringsskjemaet for å beskrive hvilke ytelser som skal anskaffes. En CPV-kode (Common Procurement Vocabulary) er et referansenummer som viser til EU-kommisjonens felles klassifikasjon for offentlige

³⁸⁹ [Konkurransegjennomføringsverktøy \(KGV\)](#) er en programvare oppdragsgiveren har for å helt eller delvis gjennomføre digitale konkurranser.

innkjøp³⁹⁰, jf. § 4-4 bokstav e. Formålet med bruk av CPV-koder er å standardisere betegnelse som oppdragsgiverne bruker til å beskrive hvilken ytelse de skal anskaffe.

Leverandørene kan abonnere på "sine" CPV koder for å holde seg orientert om mulige interessante konkurranser. Kunngjøringen bør derfor være utformet slik at potensielle leverandører raskt ser om konkurransen er av interesse, uten at de trenger å laste ned alle dokumentene.

32.4 Når er det kunngjøringsplikt?

Hovedregelen er at alle anskaffelser, som har anslått verdi over EØS-terskelverdiene i § 5-3, skal kunngjøres. Dette gjelder anskaffelser av alle ytelser, nemlig varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeid, særlige tjenester og helse- og sosialtjenester, samt plan- og designkonkurranser.

Det er gjort noen unntak fra hovedregelen om plikten til å kunngjøre konkurranse i §§ 13-3 og 13-4. Unntakene fra kunngjøringsplikten skal tolkes restriktivt.

En oversikt over hvilke kunngjørings skjemaer som skal brukes finnes i tabellen nedenfor i punkt 32.7.

Den praktiske fremgangsmåten ved kunngjøringer over EØS-terskelverdi er beskrevet i punkt 32.5.

32.4.1 Hva er en ulovlig direkte anskaffelse?

Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter regelverket. Begrepet er dermed knyttet opp til brudd på kunngjøringsplikten. Dette regnes som et særlig grovt brudd på regelverket siden det unndrar kontrakten fra åpen konkurranse.

En ulovlig direkte anskaffelse kan også foreligge der oppdragsgiveren bare har kunngjort konkurranse i Doffin når det etter regelverket foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen. Dette vil være problematisk, fordi utenlandske leverandører ikke følger med på det som kunngjøres i Doffin og derfor ikke vil kunne respondere på kunngjøringen. Se punkt 44.3.2.3 for nærmere omtale av ulovlige direkte anskaffelser.

32.5 Den praktiske fremgangsmåten ved kunngjøringer over EØS-terskelverdiene

Etter forskriften § 21-1 skal kunngjøring av anskaffelser over EØS-terskelverdiene publiseres både på Doffin og TED.

Kunngjøringen utarbeides enten direkte i Doffin eller sendes til Doffin. Operatøren av Doffin videresender deretter kunngjøringen til TED-databasen. Kunngjøringen skal utarbeides både på norsk og ett av de offisielle EU-språkene. Det er bare kunngjøringen på EU-språket som er autentisk. Oppdragsgiveren kan bruke oversettingstjenesten til Doffin for oversettelser til

³⁹⁰ <http://simap.ted.europa.eu/cpv>.

engelsk. En kunngjøring hvor den norske og den oversatte kunngjøringen ikke samsvarer, eller en kunngjøring som ikke er i samsvar med kunngjøringsreglene kan avvises av Doffin.³⁹¹

Oppdragsgiveren skal kunne dokumentere hvilken dato kunngjøringen sendes TED-databasen. Fremgangsmåten er slik at operatøren av Doffin sender oppdragsgiveren en bekreftelse på hvilken dato kunngjøringen oversendes til TED-databasen. Denne bekreftelsen har en praktisk funksjon siden minimumsfristene i forskriften kapittel 20 er knyttet opp mot denne datoen. Fristberegningen skal begynne dagen etter at kunngjøringen oversendes til TED-databasen.

Oppdragsgiveren må ved fastsettelsen av frister ta høyde for at det kan ta noen dager fra tidspunktet kunngjøringen sendes til Doffin, til den oversendes til TED-databasen, særlig om det er Doffin som skal utarbeide oversettelsen. Gitt at oversettelsen gjøres i løpet av to arbeidsdager, kan oppdragsgiveren forvente at kunngjøringen publiseres i Doffin og TED ca. 7 virkedager fra kunngjøringen sendes til Doffin.³⁹²

Etter bestemmelsen i forskriften § 21-1 femte ledd skal kunngjøringen, eller opplysningene i den, ikke publiseres i Doffin eller på annen måte gjøres kjent nasjonalt før den dagen de publiseres i TED-databasen. Grunnen er at alle leverandører skal ha samme mulighet til å gjøre seg kjent med anskaffelsesdokumentene samtidig. Hvis TED-databasen likevel ikke publiserer kunngjøringen innen 48 timer etter at oppdragsgiveren har mottatt bekreftelse på mottak av kunngjøringen, kan kunngjøringen publiseres nasjonalt. Den nasjonale kunngjøringen skal ikke inneholde andre opplysninger enn dem som blir publisert i TED-databasen eller på en kjøperprofil.

32.6 Oversikt over kunngjøringstyper

32.6.1 Innledning

Reglene om kunngjøring videreføres i all hovedsak fra tidligere. Det som er nytt er muligheten for å kunngjøre konkurranse ved bruk av forhåndskunngjøring istedenfor en

³⁹¹ Operatøren av Doffin har ikke kapasitet til å kontrollere om samtlige kunngjøringer tilfredsstiller kunngjøringsplikten. Innholdet i kunngjøringen er derfor oppdragsgiverens ansvar.

³⁹² Operatøren av Doffin har arbeidstid alle virkedager. Doffin oversender en kunngjøring til TED innen tre virkedager, dersom kunngjøringen allerede er oversatt og oppfyller alle krav til innhold. Dersom oppdragsgiveren helt eller delvis gjennomfører oversettelsen selv, så skal Doffin gi en tilbakemelding innen 6 timer, dersom det oppdages en feil/avvik mellom den norske og oversatte versjonen av kunngjøringen.

Dersom Doffin skal oversette, så vil oversettelsen gjøres innen 24 timer. Dersom oppdragsgiveren ikke har noen kommentarer til oversettelsen vil den anses å være akseptert etter ytterligere 24 timer.

På bakgrunn av disse kravene bør oppdragsgiveren beregne minst 5 virkedager fra det tidspunktet kunngjøringen sendes til Doffin og til den oversendes TED. TED har deretter 48 timer på seg til å publisere kunngjøringen fra de mottar skjemaet.

alminnelig kunngjøring. Det er også nytt at oppdragsgiveren har plikt til å kunngjøre visse endringer i en inngått kontrakt.

32.6.2 Forhåndskunngjøring

Det som er nytt i forhold til tidligere regelverk er at oppdragsgiver har muligheten til å kunngjøre konkurranse ved bruk av en forhåndskunngjøring. Bruk av forhåndskunngjøring er regulert i § 21-2 andre ledd.

En forhåndskunngjøring kan gi oppdragsgiveren større fleksibilitet, blant annet ved at han kan kunngjøre samlet flere planlagte anskaffelser i en tid fremover. Det stilles ikke like høye krav til hvilke opplysninger som må med i en forhåndskunngjøring som til en alminnelig kunngjøring, men den må være kunngjort tidligst 12 måneder og senest 35 dager før fristen for å levere tilbud.

Kunngjøringen skal angi at kontrakten vil bli inngått uten annen kunngjøring av konkurransen, og at interesserte leverandører inviteres til å melde sin interesse. Når den konkrete anskaffelsesprosedyren iverksettes skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig invitere leverandørene som har meldt sin interesse, til å bekrefte interessen, jf. § 23-2 andre ledd.

En forhåndskunngjøring skiller seg fra en veiledende kunngjøring, jf. punkt 32.6.5, ved at forhåndskunngjøringen brukes som en kunngjøring av konkurransen. Det vil si at oppdragsgiveren bruker den som den eneste og endelige kunngjøringen.

32.6.2.1 Hvem kan benytte seg av en forhåndskunngjøring?

Etter forskriften del III er det kun ikke-statlige oppdragsgivere, dvs. kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, som kan bruke forhåndskunngjøring, jf. § 21-1 annet ledd. Kunngjøringen kan bare brukes ved begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.

32.6.3 Kunngjøring av endring i inngått kontrakt

Det kan oppstå flere situasjoner hvor det kan være aktuelt for oppdragsgiveren å gjøre endringer i en inngått kontrakt. Det er nytt i forhold til tidligere regelverk at oppdragsgiveren for noen av disse endringene vil ha en kunngjøringsplikt, jf. § 28-1 tredje ledd, jf. første ledd bokstav c og d. Dette er endringer som gjelder oppdragsgiverens behov for å få nødvendige tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren (bokstav c) og nødvendige endringer som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse (bokstav d).

32.6.4 Alminnelig kunngjøring av konkurranse

Alminnelig kunngjøring er den vanligste kunngjøringstypen og er regulert i § 21-2 første ledd.

Selve kunngjøringsskjemaet etterspør detaljert informasjon om anskaffelsen som skal lyses ut, herunder kvalifikasjonskrav, kontraktsvilkår, bruk av prosedyre og informasjon om klagebehandling. Oppdragsgiveren må påse at alle obligatoriske rubrikker i kunngjøringsskjemaene fylles ut.

32.6.5 Veiledende kunngjøring

Oppdragsgiveren kan publisere en veiledende kunngjøring, jf. § 21-3. I stedet for å publisere den veiledende kunngjøringen i Doffin og TED-databasen, kan den publiseres på oppdragsgivers kjøperprofil, jf. § 21-4. For omtale av kjøperprofil se punkt 32.6.6.

Formålet med en veiledende kunngjøring er å informere tidlig om og forberede markedet på kommende konkurranser. Oppdragsgiveren kan ikke kunngjøre en konkurranse ved bruk av en veiledende kunngjøring, men siden markedet har fått "et forvarsel" kan han forkorte fristen for innlevering av tilbud når han senere publiserer en alminnelig kunngjøring. Hvis oppdragsgiveren ønsker å benytte seg av muligheten til å forkorte tilbudsfristen, skal vilkårene i fristbestemmelsene § 20-2 annet ledd og 20-3 fjerde ledd være oppfylt.

Oppdragsgivere som ønsker å gjennomføre markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og gi informasjon til leverandørene om sine planer og behov, jf. forskriften § 12-1, kan benytte en veiledende kunngjøring til dette formålet. En veiledende kunngjøring som er brukt for å invitere til dialog forplikter ikke oppdragsgiveren til senere å kunngjøre en konkurranse.

32.6.6 Kunngjøring på kjøperprofil

En oppdragsgiver kan opprette en kjøperprofil på sin internettside som kan inneholde opplysninger om hans anskaffelser, inkludert opplysninger om pågående konkurranser, planlagte anskaffelser, inngåtte kontrakter og avlyste konkurranser. Bestemmelsen om kunngjøring på kjøperprofil er å finne i forskriften § 21-4.

Når oppdragsgiveren bruker kjøperprofilen til å publisere veiledende kunngjøringer, jf. § 21-3 annet ledd, skal han publisere en kunngjøring av bruken av kjøperprofilen. Oppdragsgiveren kan ikke publisere veiledende kunngjøringer på sin kjøperprofil før den dagen kunngjøringen av bruken av kjøperprofilen sendes til TED-databasen. Oppdragsgiveren skal angi datoen for oversendelsen av kunngjøringen til TED-databasen på kjøperprofilen.

32.6.7 Intensjonskunngjøring

Bestemmelsene om intensjonskunngjøring er å finne i § 21-5. Dersom oppdragsgiveren mener at han har hjemmel til å inngå en kontrakt direkte, uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med kunngjøringsreglene, kan han etter at valget av leverandør er besluttet, kunngjøre at kontrakten vil bli inngått ved en intensjonskunngjøring.

Etter at kontrakten er inngått skal oppdragsgiveren kunngjøre kontraktsinngåelsen, jf. punkt 32.6.8.

Formålet med en intensjonskunngjøring er å gi oppdragsgiveren muligheten til å informere markedet om sin intensjon om å inngå en kontrakt. En slik kunngjøring gir de som mener at oppdragsgiveren ikke har hjemmel til å inngå kontrakt direkte, en mulighet til å gripe inn i prosessen. Det kan for eksempel skje ved å stille spørsmål til oppdragsgiveren om den planlagte kontraktsinngåelsen, eller ta rettslige skritt etter anskaffelsesloven.

32.6.7.1 I hvilke tilfeller kan oppdragsgiveren publisere en intensjonskunngjøring?

For anskaffelser etter forskriften del III vil det være relevant dersom vilkårene for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring (§ 13-3) eller for bruk av anskaffelser uten konkurranse (§ 13-4) er oppfylt.

Det vil også være relevant å intensjonskunngjøre dersom oppdragsgiveren mener at anskaffelsen ligger utenfor virkeområdet til anskaffelsesregelverket, for eksempel fordi kontrakten gjelder samarbeid i offentlig sektor etter forskriften kapittel 3 eller fordi en av unntaksbestemmelsene i forskriften kapittel 2 kommer til anvendelse.

32.6.7.2 Hva er de rettslige virkningene av å publisere en intensjonskunngjøring?

En oppdragsgiver som publiserer en intensjonskunngjøring og tidligst inngår kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen, kan sikre seg mot at retten idømmer lovens sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesloven §§ 13 andre ledd og § 14 fjerde ledd. Publisering av en intensjonskunngjøring kan også forhindre at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) legger overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 12 andre ledd. Det presiseres imidlertid at oppdragsgiveren er underlagt et aktsomhetskrav ved bruk av intensjonskunngjøring (se punkt 32.6.7.3).

Bakgrunnen for regelen er at når oppdragsgiveren har intensjonskunngjort så har han sørget for åpenhet om kontraktsinngåelsen og gitt potensielle leverandører og andre muligheten til å stoppe anskaffelsen.

Departementet presiserer at både domstolen og KOFA alltid vil ha adgang til å behandle en sak med påstand om en ulovlige direkte anskaffelser og eventuelt konstatere regelbrudd, selv om oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring.

32.6.7.3 Aktsomhetskrav ved bruk av intensjonskunngjøring

Oppdragsgiveren er underlagt et aktsomhetskrav ved bruk av intensjonskunngjøring ved at beslutninger om at en anskaffelse er unntatt fra kunngjøringsplikt må kunne begrunnes (her må oppdragsgiveren fylle ut tekst i selve intensjonskunngjøringsskjemaet). Dette innebærer at selv om oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring så vil KOFA eller domstolene kunne ilegge sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser dersom klageinstansen kommer frem til at aktsomhetskravet ikke er oppfylt.

Dette følger av EU-domstolens avgjørelse i [sak C-19/13 \(Fastweb\)](#). Oppdragsgiveren hadde her publisert en intensjonskunngjøring for bruk av en nasjonal bestemmelse som tilsvarer "eneleverandørunntaket" i § 13-4 bokstav b. EU-domstolen måtte ta stilling til om publiseringen forhindret den nasjonale klageinstansen fra å kjenne kontrakten uten virkning.

EU-domstolen kom frem til at det stilles et krav til at intensjonskunngjøringen skal inneholde en klar og utvetydig begrunnelse for oppdragsgiverens beslutning om å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring. Begrunnelsen skal være egnet til dels å sette potensielle leverandører i stand til å vurdere lovligheten av beslutningen, og dels sette klageinstansen i stand til å utøve effektiv kontroll. EU-domstolen kom også frem til at det gjelder en plikt for den nasjonale klageinstansen til å undersøke om oppdragsgiveren har vist nødvendig aktsomhet i sin vurdering.

32.6.8 Kunngjøring av kontraktsinngåelse

En kunngjøring av kontraktsinngåelse er en meddelelse til markedet om hvilken leverandør som har fått kontrakten. Slike kunngjøringer bidrar til åpenhet og kan både forebygge og avdekke korrupsjon.

Oppdragsgiveren har plikt til å kunngjøre *alle* kontraktsinngåelser for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Plikten til å kunngjøre kontraktsinngåelsen gjelder også for de anskaffelsene oppdragsgiveren har kunngjort ved bruk av en intensjonskunngjøring etter § 21-5. Dette innebærer at ved bruk av anskaffelsesprosedyrene konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3 og anskaffelse uten konkurranse etter § 13-4, skal oppdragsgiveren kunngjøre kontraktsinngåelsen. Dersom oppdragsgiveren kunngjør inngåelsen av kontrakt i disse tilfellene, kan de som mener at oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse kun reise søksmål om sanksjoner etter anskaffelsesloven innen 30 dager fra kunngjøringen³⁹³, jf. loven § 15 femte ledd. Etter at denne fristen er utløpt kan det ikke reises søksmål.

Oppdragsgiveren skal kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått, jf. § 21-6.

I tillegg gjelder det regler for kunngjøring av kontraktsinngåelse i følgende tilfeller:

- En oppdragsgiver som avslutter en dynamisk innkjøpsordning, skal kunngjøre dette ved bruk av en kunngjøring av kontraktsinngåelse, jf. § 26-5 tredje ledd.
- Dersom konkurransen er kunngjort ved en forhåndskunngjøring og oppdragsgiveren ikke vil inngå flere kontrakter i tidsrommet som forhåndskunngjøringen dekker, skal oppdragsgiveren angi dette i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen, jf. § 21-6 tredje ledd.

Det samme kunngjøringsskjemaet skal brukes dersom oppdragsgiveren ønsker å informere markedet om manglende kontraktsinngåelse, for eksempel fordi det ikke kom inn noen tilbud.

Det er ikke plikt til å kunngjøre inngåelse av kontrakter under rammeavtaler.

Oppdragsgiveren kan unnta visse opplysninger ved publisering av kunngjøringen dersom en offentliggjøring 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, jf. § 21-6 fjerde ledd.

32.6.9 Endringskunngjøring

Oppdragsgiveren har mulighet til å kunngjøre endringer i en allerede publisert kunngjøring eller komme med tilleggsinformasjon gjennom en endringskunngjøring. Regelverket inneholder ikke bestemmelser som regulerer bruk av denne kunngjøringstypen. Selve kunngjøringsskjemaet inneholder en påminnelse til oppdragsgiveren om at dersom rettelser eller endringer i kunngjøringen medfører betydelige endringer i konkurransevilkårene, er det nødvendig å forlenge tidsfristene eller lyse ut konkurransen på nytt.

32.7 Oversikt over kunngjøringsskjema

Tabellen nedenfor viser hvilke kunngjøringsskjemaer (form) oppdragsgiveren skal benytte ved kunngjøring over EØS-terskelverdi.

Hvilken type anskaffelser:	Kunngjøringsplikt i Doffin/TED:
----------------------------	---------------------------------

³⁹³ Jf. § 13 første ledd bokstav a eller § 14 første ledd bokstav b.

Anskaffelser av varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeid over EØS-terskelverdiene i § 5-3.	Veiledende kunngjøring³⁹⁴ Veiledende kunngjøring for å redusere tidsfrister Forhåndskunngjøring, kun for ikke-statlige oppdragsgivere ved begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring Alminnelig kunngjøring Kontraktsinngåelse Kunngjøring av bruk av kjøperprofil Kunngjøring av endringer i en allerede publisert kunngjøring eller tilleggsinformasjon Intensjonskunngjøring Kunngjøring av endring i en inngått kontrakt
--	---

33 Kommunikasjon

33.1 Innføring av elektronisk tilbudsinnlevering

Den nye anskaffelsesforskriften innfører krav til bruk av elektronisk kommunikasjon i gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Den nye hovedregelen blir at all informasjonsutveksling skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Departementet gjør særlig oppmerksom på at dette innebærer at det blir obligatorisk med elektronisk tilbudsinnlevering.

Kravene til elektronisk kommunikasjon vil gjelde for alle anskaffelser over de nasjonale terskelverdiene og EØS-terskelverdiene.

Offentlige oppdragsgivere og leverandører må selv anskaffe elektroniske løsninger for henholdsvis mottak og levering av tilbud i markedet. Difi har fått i oppdrag å aktivere markedet til å tilby separate løsninger for oppdragsgivere og leverandører som kan kommunisere med hverandre både innenfor Norge og i EU/EØS-området. Difi publiserer veiledningsmateriell for oppdragsgivere som skal anskaffe slike løsninger på www.anskaffelser.no. Difi vil videre i samarbeid med næringslivsorganisasjonene informere

³⁹⁴ Kan brukes for å gjennomføre markedsundersøkelser, jf. § 12-1.

leverandørene om hvordan de skal møte oppdragsgivers krav om elektronisk tilbudsinnlevering.

Denne modellen innebærer at både oppdragsgivere og leverandører kan velge de løsningene som er mest tilpasset deres behov. For de minste oppdragsgiverne og leverandørene vil en enkel standardløsning kunne være tilstrekkelig, mens det for større oppdragsgivere og leverandører vil være ønskelig med et utvidet utvalg av funksjoner. Videre vil leverandørene kunne benytte den samme innleveringsløsningen uavhengig av hvilken oppdragsgiver de leverer tilbud til. Løsningen kan også benyttes til levering av tilbud til oppdragsgivere i andre land i EU/EØS-området.

Difi vil gi informasjon og veiledning om hvordan oppdragsgivere og leverandører kan anskaffe elektroniske løsninger for mottak og levering av tilbud. Nærmere informasjon om elektronisk tilbudsinnlevering finnes på Difis nettsider www.anskaffelser.no.

Departementet vil komme tilbake med ytterligere veiledning til reglene om kommunikasjon.

33.2 Frist for å innføre elektronisk tilbudsinnlevering

Innføringen av elektronisk tilbudsinnlevering vil bli gjennomført i etapper.³⁹⁵

For innkjøpssentraler³⁹⁶ var fristen 1. april 2017.

For statlige myndigheter er fristen 1. januar 2018.

For andre offentlige oppdragsgivere er fristen 1. juli 2018.

33.3 Overgangsregler

I perioden mellom ikrafttreddelsen av den nye forskriften og de ulike fristene for innføring av elektronisk tilbudsinnlevering vil det være mulig å benytte følgende kommunikasjonsmidler:

- elektroniske kommunikasjonsmidler,
- ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter (for eksempel bud) eller
- en kombinasjon av disse kommunikasjonsmidlene.³⁹⁷

33.4 Konkurransегjennomføringsverktøy

Departementet oppfordrer samtidig offentlige oppdragsgivere til å anskaffe og ta i bruk konkurransegjennomføringsverktøy slik at hele anskaffelsesprosessen kan gjennomføres elektronisk. Veiledningsmateriell om anskaffelse av elektroniske konkurransegjennomføringsverktøy finnes på www.anskaffelser.no.

³⁹⁵ Jf. § 32-2 annet ledd.

³⁹⁶ "Innkjøpssentraler" er definert som en oppdragsgiver som foretar samordnede innkjøp og eventuelt utfører tilknyttede innkjøpstjenester, jf. § 4-3 bokstav a. Samordnede innkjøp og tilknyttede innkjøpstjenester er definert i henholdsvis § 4-3 bokstav b og c.

³⁹⁷ Jf. § 32-2 tredje ledd.

33.5 Elektronisk signatur

I den nye forskriften gjelder det ikke noe ubetinget krav om bruk av elektronisk signatur når oppdragsgiveren bruker elektroniske kommunikasjonsmidler, i motsetning til det som gjaldt etter den tidligere forskriften. Det åpnes i stedet for at oppdragsgiveren kan kreve at leverandørene bruker løsninger som gir tilfredsstillende sikkerhet for at oppdragsgiveren kan sannsynliggjøre hvilken leverandør som har levert det enkelte tilbud, og knytte avsenderen til innholdet.

Det har blitt utarbeidet retningslinjer for sikkerhetstiltak ved elektronisk konkurranse gjennomføring som offentlige oppdragsgivere bør følge i sine anskaffelser som er lagt ut på [departementets nettsider](#).

34 Gjennomføring av konkurransen

34.1 Gjennomføring av anskaffelsesprosedyrer i del III

Forskriften kapittel 13 angir hvilke anskaffelsesprosedyrer som er tillatt å bruke ved anskaffelser etter forskriften del III. Det er alltid tillatt å bruke følgende prosedyrer:

- Åpen anbudskonkurranse
- Begrenset anbudskonkurranse

På nærmere definerte vilkår er det også tillatt med:

- Konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring
- Konkurransen preget dialog
- Konkurransen om innovasjonspartnerskap
- Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring
- Anskaffelse uten konkurranse

Departementet beskriver nedenfor hvordan prosedyrene åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog skal gjennomføres, fra planleggingsfasen til kontraktsinngåelsen.

34.2 Åpen anbudskonkurranse

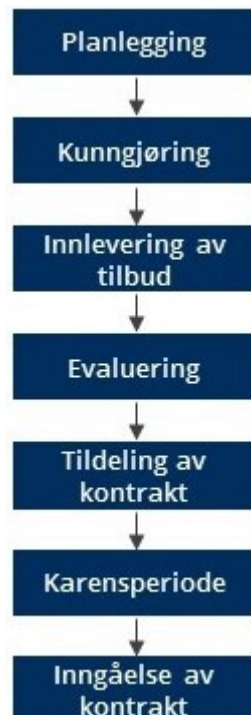
34.2.1 Innledning

Ved anskaffelser etter forskriften del III kan oppdragsgiveren alltid bruke prosedyren åpen anbudskonkurranse.³⁹⁸ En åpen anbudskonkurranse er en ett-trinnsprosedyre som tillater alle interesserte leverandører å levere tilbud.³⁹⁹

³⁹⁸ Jf. § 13-1 første ledd.

³⁹⁹ Jf. § 23-6 første ledd.

Fasene i en åpen anbudskonkurranse er:



34.2.2 Planlegging av konkurransen

Når oppdragsgiveren ønsker å foreta et innkjøp, må han først planlegge hvordan anskaffelsen skal gjennomføres for å dekke virksomhetens behov. Oppdragsgiveren har i planleggingsprosessen anledning til å gjennomføre markedsundersøkelser eller å søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører så lenge rådene ikke har konkurransevidende effekt eller fører til brudd på likebehandlingsprinsippet. Se veiledning til reglene om dialog med markedet i kapittel 15 for nærmere informasjon.

Når oppdragsgiveren har klarlagt behovet sitt, må han utforme anskaffelsesdokumentene. Fordi konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig allerede fra kunngjøringstidspunktet må oppdragsgiveren foreta all planlegging som er nødvendig for gjennomføringen av konkurransen før kunngjøring. I en åpen anbudskonkurranse må oppdragsgiveren være oppmerksom på at det gjelder et forhandlingsforbud. Konkurransegrunnlaget vil danne rammen for konkurransen og oppdragsgiveren må utforme dette på en klar og tydelig måte og være oppmerksom på at de tilbudene som inngis på grunnlag av konkurransegrunnlaget i utgangspunktet vil være endelige. Se veiledning til reglene om konkurransegrunnlaget i kapittel 19.

Når det gjelder det konkrete innholdet i konkurransegrunnlaget må oppdragsgiveren blant annet vurdere hvilke krav han ønsker å stille til ytelsen (se veiledning om kravspesifikasjoner i kapittel 20), hvilke krav han ønsker å stille til leverandørens kvalifikasjoner (se veiledning om kvalifikasjonskrav i kapittel 22) og hvilke dokumentasjonskrav han skal stille og hvilke

kriterier han skal bruke i evaluering av tilbudene (se veiledning om tildelingskriterier i kapittel 26). Oppdragsgiveren må også fastsette hvilke kontraktsvilkår som skal gjelde.⁴⁰⁰

Oppdragsgiveren bør vurdere alle forhold som kan få betydning for gjennomføringen, eksempelvis om det kan være faglige eller politiske prosesser som vil påvirke tidsbruken for gjennomføringen av konkurransen. Oppdragsgiveren må være oppmerksom på at det han angir i anskaffelsesdokumentene setter føringer for gjennomføringen av konkurransen som må følges, jf. prinsippet om forutberegnelighet.

34.2.3 Kunngjøring

En åpen anbudskonkurranse skal kunngjøres ved en alminnelig kunngjøring.⁴⁰¹ Ved en åpen anbudskonkurranse må oppdragsgiveren gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget.⁴⁰² Dette må gjøres på samme tid som kunngjøringen. Oppdragsgiveren kan ikke utsette utforming av konkurransegrunnlaget til senere i konkurransen.

34.2.4 Innlevering av tilbud, evaluering av tilbud og valg av leverandør

I en åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører gi tilbud.⁴⁰³ Interesserte leverandører må levere tilbud innen den fastsatte tilbudsfristen.

Oppdragsgiveren skal vurdere alle innkomne tilbud. Oppdragsgiveren skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt etter § 18-1.⁴⁰⁴

Oppdragsgiveren har ikke anledning til å forhandle med leverandørene i en åpen anbudskonkurranse.⁴⁰⁵ Forhandlingsforbudet innebærer at det er tilbudet slik det foreligger ved tilbudsfristens utløp som må evalueres av oppdragsgiveren når han skal avgjøre hvem som vinner konkurransen. Det er ikke tillatt å forbedre eksempelvis pris, leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet uavhengig av om det har betydning for konkurranseforholdet.

Forhandlingsforbudet innebærer ikke et absolutt forbud mot kontakt mellom partene. I tråd med adgangen til å anmode om ettersendelse og avklaring av opplysninger som knytter seg til tilbudet, gjelder forbudet kun når en slik anmodning fører til at tilbudet forbedres.

Det er obligatorisk å bruke det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) ved anskaffelser etter forskriften del III. Egenerklæringen fungerer som et midlertidig bevis for at leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger avvisningsgrunner.

Oppdragsgiveren er kun forpliktet til å kontrollere at den valgte leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger andre grunner til avvisning før han tildeler

⁴⁰⁰ Se § 19-1.

⁴⁰¹ Jf. § 21-2.

⁴⁰² Jf. § 14-3 først ledd.

⁴⁰³ Jf. § 23-6 første ledd.

⁴⁰⁴ Jf. § 23-1.

⁴⁰⁵ Jf. § 23-6 tredje ledd.

kontrakt.⁴⁰⁶ Oppdragsgiveren kan derfor velge å evaluere tilbudene før han foretar denne kontrollen.⁴⁰⁷

34.2.5 Karensperiode og kontraktsinngåelse

Oppdragsgiveren skal skriftlig og samtidig gi de berørte leverandørene en meddelelse om valget av leverandør før kontrakten inngås.⁴⁰⁸ I en åpen anbudskonkurranse vil dette være alle leverandørene som har gitt tilbud i konkurransen.⁴⁰⁹

Oppdragsgiveren skal gi en begrunnelse for valget og angi en karensperiode i meddelelsen. Oppdragsgiveren kan tidligst inngå en kontrakt etter utløpet av karensperioden.

Karensperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen om valg av leverandør sendes med elektroniske kommunikasjonsmidler i samsvar med forskriften kapittel 22, eller minst 15 dager dersom den sendes med andre kommunikasjonsmidler, slik som ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter.⁴¹⁰

Dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør er tatt i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres forutsatt at dette gjøres før tidspunktet for kontraktsinngåelse.⁴¹¹ Kontrakt anses inngått når begge parter har signert kontrakten.⁴¹²

Oppdragsgiveren skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten på Doffin snarest mulig og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.⁴¹³

⁴⁰⁶ Jf. § 23-1 første ledd.

⁴⁰⁷ Jf. § 23-1 første ledd.

⁴⁰⁸ Jf. § 25-1.

⁴⁰⁹ Jf. § 4-5 bokstav f.

⁴¹⁰ Jf. § 32-2 fjerde ledd, jf. tredje ledd. Denne overgangsregelen gjelder frem til kravet om at all kommunikasjon- og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiveren og leverandøren skal skje elektronisk trer i kraft. Kravet har allerede trådt i kraft for innkjøpssentraler (skjedde 1. april 2017). For statlige oppdragsgivere trer kravet i kraft fra 1. januar 2018, mens for andre oppdragsgivere (inkludert kommuner og fylkeskommuner) trer kravet i kraft fra 1. juli 2018. Etter at kravet har trådt i kraft vil bestemmelsene i § 25-2 første ledd om karensperiode få anvendelse.

⁴¹¹ Jf. § 25-1 fjerde ledd.

⁴¹² Jf. § 25-1 femte ledd.

⁴¹³ Jf. § 21-6 første ledd.

34.3 Begrenset anbudskonkurranse

34.3.1 Innledning

Oppdragsgiveren kan alltid bruke prosedyren begrenset anbudskonkurranse.⁴¹⁴ En begrenset anbudskonkurranse er en to-trinnsprosedyre hvor alle interesserte leverandører i første trinn kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen.⁴¹⁵

I en begrenset anbudskonkurranse skal oppdragsgiveren på bakgrunn av de innkomne forespørslene om å delta i konkurransen foreta en prekvalifisering av leverandørene. Oppdragsgiveren skal gjennomgå opplysningene angitt i forespørslene og det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) (som skal være vedlagt forespørselen) og vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger grunner for avvisning. Etter de nye anskaffelsesreglene er oppdragsgiveren kun forpliktet til å kontrollere valgt leverandør, men dette er ikke anbefalt ved to-trinnsprosedyrer som begrenset anbudskonkurranse.

Deretter kan oppdragsgiveren foreta en utvelgelse av de kvalifiserte leverandørene basert på ikke-diskriminerende og objektive kriterier eller regler (utvelgelseskriterier). Kun de leverandørene som blir utvalgt og invitert til å levere tilbud kan levere tilbud.

Fasene i en begrenset anbudskonkurranse er:

⁴¹⁴ Jf. § 13-1 første ledd.

⁴¹⁵ Jf. § 23-6 annet ledd.



34.3.2 Planlegging av anskaffelsen

Når oppdragsgiveren ønsker å foreta et innkjøp må han planlegge hvordan anskaffelsen skal gjennomføres for å dekke virksomhetens behov. Oppdragsgiveren har i prosessen med å klarlegge egne behov anledning til å gjennomføre markedsundersøkelser eller å søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører så lenge disse ikke har en konkurransevridende effekt eller fører til brudd på likebehandlingsprinsippet. Se veiledning til reglene om dialog med markedet i kapittel 15 for nærmere informasjon.

Når oppdragsgiveren har klarlagt behovet sitt, må han utforme anskaffelsesdokumentene. Fordi konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig allerede fra kunngjøringstidspunktet, må oppdragsgiveren foreta all planlegging som er nødvendig i konkurransen før kunngjøring.

I en begrenset anbudskonkurranse må oppdragsgiveren være oppmerksom på at det gjelder et forhandlingsforbud. Konkurransegrunnlaget vil danne rammen for konkurransen og oppdragsgiveren må utforme dette på en klar og tydelig måte og være oppmerksom på at de tilbudene som inngis på grunnlag av konkurransegrunnlaget i utgangspunktet vil være endelige. Se veiledning til reglene om konkurransegrunnlaget i kapittel 19.

Når det gjelder det konkrete innholdet i konkurransegrunnlaget, må oppdragsgiveren blant annet vurdere hvilke krav han ønsker å stille til leverandørens kvalifikasjoner (se veiledning om kvalifikasjonskrav i kapittel 22). Dersom oppdragsgiveren ønsker å begrense antallet leverandører som får delta i konkurransen, så må han angi dette i kunngjøringen.

Oppdragsgiveren skal velge ut et antall deltakere som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Det kan ikke velges ut færre enn fem. Oppdragsgiver må fastsette hvilke kriterier eller regler som skal gjelde for denne utvelgelsen (se veiledning om utvelgelseskriterier i kapittel 24).

Oppdragsgiveren må videre vurdere hvilke krav han ønsker å stille til ytelsen (se veiledning om kravspesifikasjoner i kapittel 20), hvilke dokumentasjonskrav han skal stille og hvilke kriterier han skal bruke i evaluering av tilbudene (se veiledning om tildelingskriterier i kapittel 26). Oppdragsgiveren må også fastsette hvilke kontraktsvilkår som skal gjelde.⁴¹⁶

Oppdragsgiveren bør vurdere alle forhold som kan få betydning for gjennomføringen, eksempelvis om det kan være faglige eller politiske prosesser som vil påvirke tidsbruken for gjennomføringen av konkurransen. Oppdragsgiveren må være oppmerksom på at det han angir i anskaffelsesdokumentene setter føringer for gjennomføringen av konkurransen som må følges, jf. prinsippet om forutberegnelighet.

34.3.3 Kunngjøring

En begrenset anbudskonkurranse skal som hovedregel kunngjøres ved en alminnelig kunngjøring.⁴¹⁷ Ikke-statlige oppdragsgivere som for eksempel kommuner og fylkeskommuner kan også velge å kunngjøre en konkurranse ved en forhåndskunngjøring (se 32.6.2)

Ved en begrenset anbudskonkurranse må oppdragsgiveren gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget.⁴¹⁸ Dette må gjøres på samme tid som kunngjøringen. Oppdragsgiveren kan ikke utsette utforming av konkurransegrunnlaget til senere i konkurransen.

34.3.4 Innlevering av forespørsel om deltakelse, prekvalifisering av leverandører

I en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører inngi en forespørsel om å delta i konkurransen.⁴¹⁹

Oppdragsgiveren skal på bakgrunn av de innkomne forespørslene om deltakelse først foreta en prekvalifisering. I prekvalifiseringen skal oppdragsgiveren vurdere hvorvidt leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen og om det foreligger grunner til avvisning.

Det er obligatorisk å bruke det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) ved anskaffelser etter forskriften del III. Egenerklæringen fungerer som et midlertidig bevis for at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger avvisningsgrunner. Oppdragsgiveren må kun kontrollere at valgt leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger andre grunner til avvisning

Det er ikke noe krav om at oppdragsgiveren kontrollerer om det som er oppgitt i egenerklæringen er korrekt på dette tidspunktet i konkurransen. Oppdragsgiveren skal

⁴¹⁶ Se § 19-1.

⁴¹⁷ Jf. § 21-2.

⁴¹⁸ Jf. § 14-3.

⁴¹⁹ Jf. § 23-6 annet ledd.

imidlertid kontrollere at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, eventuelle utvelgelseskriterier og at det ikke foreligger andre grunner til avvisning før han tildeler kontrakt.⁴²⁰

Dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte, kan oppdragsgiveren foreta denne kontrollen på ethvert tidspunkt i konkurransen, ved å be leverandørene om å levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene. Ved en begrenset anbudskonkurranse vil det være fornuftig å foreta en slik kontroll i prekvalifiseringsfasen. Ellers står oppdragsgiveren i fare for å invitere leverandører som potensielt vil måtte avvises senere i konkurransen og på den måten i verste fall ende opp uten kvalifiserte leverandører.

Dersom oppdragsgiveren har angitt begrensninger på antallet leverandører som skal velges ut til å gi tilbud, skal oppdragsgiveren på bakgrunn av de angitte utvelgelseskriteriene velge ut hvilke av de kvalifiserte leverandørene som skal få invitasjon til å gi tilbud. Skulle oppdragsgiveren motta færre forespørsler om deltakelse enn grensen angitt i anskaffelsesdokumentene for hvor mange leverandører som vil bli invitert videre, kan konkurransen begrenses til det reelle antallet deltakere. Kun de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiveren, kan gi tilbud.

Oppdragsgiveren skal snarest mulig gi leverandørene som ikke blir valgt ut, en skriftlig meddelelse om utvelgelsen.⁴²¹ Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse. Leverandørene som blir valgt ut, skal på sin side inviteres til å inngi tilbud.

34.3.5 Invitasjon til å gi tilbud

Oppdragsgiveren skal sende ut invitasjoner til å gi tilbud til de leverandørene som er valgt ut i prekvalifiseringen. Ved en begrenset anbudskonkurranse skal oppdragsgiveren skriftlig og samtidig invitere disse leverandørene til å gi tilbud.⁴²²

Oppdragsgiveren skal i invitasjonen til å gi tilbud angi internettadressen der konkurransegrunnlaget er tilgjengelig.⁴²³ Oppdragsgiveren skal i invitasjonen også henvise til kunngjøringen av konkurransen og hvilken anskaffelse det dreier seg om. Invitasjonen til å gi tilbud skal, med mindre de er angitt i anskaffelsesdokumentene, også inneholde enkelte andre opplysninger. Oppdragsgiveren må sette en frist for mottak av tilbud og angi adressen for mottak av tilbud og opplysninger om på hvilket språk tilbudet skal utformes på. Oppdragsgiveren skal også omtale tildelingskriterienes relative vekt, eller angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte dem.⁴²⁴

34.3.5.1 Særlig om hvilke regler som gjelder der konkurransen er forhåndskunngjort

Det nye regelverket åpner for å kunngjøre en begrenset anbudskonkurranse ved bruk av forhåndskunngjøring istedenfor en alminnelig kunngjøring. Det er kun ikke-statlige

⁴²⁰ Jf. § 23-1.

⁴²¹ Jf. § 16-12 fjerde ledd.

⁴²² Jf. § 23-2 første ledd.

⁴²³ Jf. § 23-2 tredje ledd

⁴²⁴ Jf. § 23-2 fjerde ledd.

oppdragsgivere, dvs. kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, som kan bruke forhåndskunngjøring etter forskriften del III.

Dersom oppdragsgiveren har kunngjort konkurransen med en forhåndskunngjøring, gjelder det særlige regler for prekvalifiseringen av leverandørene. I disse tilfellene skal oppdragsgiveren skriftlig og samtidig invitere leverandørene som har meldt sin interesse etter forhåndskunngjøringen til å bekrefte interessen.

Invitasjonen til å bekrefte interesse skal inneholde en rekke opplysninger, med mindre disse er angitt i forhåndskunngjøringen. Blant annet må oppdragsgiveren angi at han velger å gjennomføre konkurransen som en begrenset anbudskonkurranse. Han må også omtale hva som skal anskaffes i konkurransen, anskaffelsens omfang, inkludert alle opsjoner og dersom det er mulig, eventuelle frister for å utløse dem. Oppdragsgiveren må også si noe om eventuell dato for påbegynnelse eller avslutning av kontraktsytelsene og opplysninger om kontrakten gjelder kjøp, leasing, leie eller avbetalingskjøp eller en kombinasjon av disse.

Etter at leverandørene har bekreftet interesse, skal de inviteres til å inngi tilbud på vanlig måte dersom de er kvalifisert og eventuelt utvalgt. Se punkt 34.3.5 for hvordan dette skal gjennomføres.

34.3.6 Evaluering av tilbudene

Etter tilbudsfristens utløp skal oppdragsgiveren evaluere tilbudene opp mot tildelingskriteriene. I denne fasen må oppdragsgiveren også vurdere om han må eller ønsker å avvise noen av tilbudene etter § 24-8 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).

I en begrenset anbudskonkurranse har oppdragsgiveren ikke anledning til å forhandle med leverandørene.⁴²⁵ Forhandlingsforbudet innebærer at det er tilbudet, slik det foreligger ved tilbudsfristens utløp, som må evalueres av oppdragsgiveren når han skal avgjøre hvem som vinner konkurransen. Det er ikke tillatt å forbedre eksempelvis pris, leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet uavhengig av om det har betydning for konkurranseforholdet. Forhandlingsforbudet innebærer ikke et absolutt forbud mot kontakt mellom partene. I tråd med adgangen til å anmode om ettersendelse og avklaring av opplysninger som knytter seg til tilbudet, gjelder forbudet kun når en slik anmodning fører til at tilbudet forbedres.

34.3.7 Tildeling, karensperiode og kontraktsinngåelse

Før oppdragsgiveren tildeler kontrakt skal han, med mindre han allerede har kontrollert dette i prekvalifiseringsfasen eller på andre stadier i konkurransen, kontrollere at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger andre grunner til avvisning.⁴²⁶

Oppdragsgiveren skal skriftlig og samtidig gi de berørte leverandørene en meddelelse om valget av leverandør før kontrakten inngås.⁴²⁷ I en begrenset anbudskonkurranse vil dette være de leverandørene som har levert en forespørsel om å delta i konkurransen og som

⁴²⁵ Jf. § 23-6 tredje ledd.

⁴²⁶ Jf. § 23-1.

⁴²⁷ Jf. § 25-1.

ikke har fått en meddelelse om at forespørselen er avvist eller forkastet. Det vil si at oppdragsgiveren kan begrense utsendelsen av tildelingsbrev til de leverandørene som har blitt invitert til å gi tilbud i konkurransen.⁴²⁸

Oppdragsgiveren skal gi en begrunnelse for valget og angi en karenperiode i meddelelsen. Oppdragsgiveren kan tidligst inngå kontrakt etter utløpet av karenperioden. Karenperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen om valg av leverandør sendes med elektroniske kommunikasjonsmidler i samsvar med forskriften kapittel 22, eller minst 15 dager dersom den sendes med andre kommunikasjonsmidler, slik som ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter.⁴²⁹

Dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør er tatt i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres forutsatt at dette gjøres før tidspunktet for kontraktsinngåelse.⁴³⁰ Kontrakt regnes for å være inngått når begge parter har signert kontrakten.⁴³¹

Oppdragsgiveren skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten på Doffin snarest mulig og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.⁴³²

34.4 Konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring

34.4.1 Innledning

Konkurransen med forhandling kan anvendes der vilkårene i § 13-2 er oppfylt.⁴³³

Konkurransen med forhandling er en to-trinnsprosedyre hvor alle interesserte leverandører i første trinn kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

I en konkurranse med forhandling skal oppdragsgiveren på bakgrunn av de innkomne forespørslene om å delta i konkurransen foreta en prekvalifisering av leverandørene. Oppdragsgiveren skal gjennomgå opplysningene angitt i forespørslene og det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) (som skal være vedlagt forespørselen) og vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger grunner for avvisning. Etter de nye anskaffelsesreglene er oppdragsgiveren kun forpliktet til å kontrollere valgt

⁴²⁸ Jf. § 4-5 bokstav f.

⁴²⁹ Jf. § 32-2 fjerde ledd, jf. tredje ledd. Denne overgangsregelen gjelder frem til kravet om at all kommunikasjons- og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiveren og leverandøren skal skje elektronisk trer i kraft. Kravet har allerede trådt i kraft for innkjøpssentraler (skjedde 1. april 2017). For statlige oppdragsgivere trer kravet i kraft fra 1. januar 2018, mens for andre oppdragsgivere (inkludert kommuner og fylkeskommuner) trer kravet i kraft fra 1. juli 2018. Etter at kravet har trådt i kraft vil bestemmelsene i § 25-2 første ledd om karenperiode få anvendelse.

⁴³⁰ Jf. § 25-1 fjerde ledd.

⁴³¹ Jf. § 25-1 femte ledd.

⁴³² Jf. § 21-6 først ledd.

⁴³³ Jf. § 13-1 annet ledd.

leverandør, men dette er ikke anbefalt ved to-trinnsprosedyrer som konkurranse med forhandling.

Deretter kan oppdragsgiveren foreta en utvelgelse av de kvalifiserte leverandørene basert på ikke-diskriminerende og objektive kriterier eller regler (utvelgelseskriterier). Kun de leverandørene som blir utvalgt og invitert til å levere tilbud, kan levere tilbud.

Konkurranse med forhandling er en prosedyre som gir oppdragsgiveren adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider av tilbudene, noe som ikke er tillatt ved åpen og begrenset anbudskonkurranse.

Fasene i en konkurranse med forhandling er følgende:



34.4.2 Planlegging av anskaffelsen

Når oppdragsgiveren ønsker å foreta et innkjøp, må han først planlegge hvordan anskaffelsen skal gjennomføres for å dekke virksomhetens behov. Oppdragsgiveren har i prosessen med å klarlegge egne behov anledning til å gjennomføre markedsundersøkelser eller å søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører så lenge disse ikke har en konkurransevridende effekt eller fører til brudd på likebehandlingsprinsippet. Se veiledning til dialog med markedet i kapittel 15.

I en konkurranse med forhandling må oppdragsgiveren også vurdere om vilkårene for å anvende prosedyren er tilstede. Konkurranse med forhandling kan kun anvendes når vilkårene i § 13-2 er oppfylt. Oppdragsgiveren skal begrunne bruk av prosedyren i anskaffelsesprotokollen.⁴³⁴

Når oppdragsgiveren har klarlagt virksomhetens behov, må han utforme anskaffelsesdokumentene. Fordi konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig allerede fra kunngjøringstidspunktet må oppdragsgiveren foreta all planlegging som er nødvendig i konkurransen før kunngjøring.

Oppdragsgiveren må vurdere hvilke krav han ønsker å stille til leverandørens kvalifikasjon (se veiledning om kvalifikasjonskrav i kapittel 22). Dersom oppdragsgiveren ønsker å begrense antallet leverandører som får delta i konkurransen, så må han angi dette i kunngjøringen. Oppdragsgiveren skal velge ut et antall deltakere som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Det kan ikke velges ut færre enn tre. Oppdragsgiver må fastsette i kunngjøringen hvilke kriterier eller regler som skal gjelde for denne utvelgelsen (se veiledning om utvelgelseskriterier i kapittel 24).

Oppdragsgiveren må videre vurdere hvilke krav han ønsker å stille til ytelsen (se veiledning om kravspesifikasjoner i kapittel 20), hvilke dokumentasjonskrav han skal stille og hvilke kriterier han skal bruke i evaluering av tilbudene (se veiledning om tildelingskriterier i kapittel 26). Oppdragsgiveren må også fastsette hvilke kontraktsvilkår som skal gjelde.⁴³⁵

Selv om det er tillatt med forhandlinger må oppdragsgiveren være oppmerksom på at det ikke kan forhandles om visse opplysninger i konkurransegrunnlaget. På bakgrunn av forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget/kravspesifikasjonen, jf. §§ 14-2 første ledd og § 23-7 annet ledd, er det ikke tillatt å forhandle om absolutte krav i konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriene.

Oppdragsgiveren bør også planlegge forhandlingsforløpet sett opp mot den konkrete anskaffelsen, ved å se på karakteren av denne, omfanget av elementene det skal forhandles om og verdien av anskaffelsen. Oppdragsgiveren skal opplyse i anskaffelsesdokumentene hvordan forhandlingene skal gjennomføres.

Oppdragsgiveren bør vurdere alle forhold som kan få betydning for gjennomføringen, eksempelvis om det kan være faglige eller politiske prosesser som vil påvirke tidsbruken for gjennomføringen av konkurransen. Oppdragsgiveren må være oppmerksom på at det han angir i anskaffelsesdokumentene setter føringer for gjennomføringen av konkurransen som må følges, jf. prinsippet om forutberegnelighet.

⁴³⁴ Jf. 25-5 annet ledd bokstav d.

⁴³⁵ Se § 19-1.

34.4.3 Kunngjøring

En konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring skal som hovedregel kunngjøres ved en alminnelig kunngjøring.⁴³⁶ Ikke-statlige oppdragsgivere kan også velge å kunngjøre ved en forhåndskunngjøring (se punkt 32.6.2).⁴³⁷

Ved en konkurranse med forhandling må oppdragsgiveren gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget.⁴³⁸ Dette må gjøres på samme tid som kunngjøringen. Oppdragsgiveren har ikke mulighet til å utsette utforming av konkurransegrunnlaget til etter kunngjøringen.

34.4.4 Innlevering av forespørsel om å delta i konkurransen og prekvalifisering av deltakere

I en konkurranse med forhandling etter en forutgående kunngjøring kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.⁴³⁹

Oppdragsgiveren foretar på bakgrunn av de innkomne forespørslene om deltakelse først en prekvalifisering. I prekvalifiseringen skal oppdragsgiveren vurdere hvorvidt leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen og om det foreligger grunner til avvisning.

Det er obligatorisk å bruke det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) ved anskaffelser etter forskriften del III. Egenerklæringen fungerer som et midlertidig bevis for at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger avvisningsgrunner.

Det er ikke noe krav om at oppdragsgiveren kontrollerer om det som er oppgitt i egenerklæringen stemmer på dette tidspunktet i konkurransen. Oppdragsgiveren skal imidlertid kontrollere at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, eventuelle utvelgelseskriterier og at det ikke foreligger andre grunner til avvisning før han tildeler kontrakt.⁴⁴⁰

Dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte, kan oppdragsgiveren foreta denne kontrollen på ethvert tidspunkt i konkurransen, ved å be leverandørene om å levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene. Ved en konkurranse med forhandling vil det være fornuftig å foreta en slik kontroll i prekvalifiseringsfasen. Ellers står oppdragsgiveren i fare for å invitere leverandører som potensielt vil måtte avvises senere i konkurransen og på den måten i verste fall ende opp uten kvalifiserte leverandører.

Dersom oppdragsgiveren har angitt begrensninger på antallet leverandører som skal velges ut til å gi tilbud, skal oppdragsgiveren på bakgrunn av de angitte utvelgelseskriteriene velge ut hvilke av de kvalifiserte leverandørene som skal få invitasjon til gi tilbud. Skulle oppdragsgiveren motta færre forespørslers om deltakelse enn grensen angitt i anskaffelsesdokumentene for hvor mange leverandører som vil bli invitert videre, kan

⁴³⁶ Jf. § 21-2 første ledd.

⁴³⁷ Jf. § 21-2 annet ledd.

⁴³⁸ Jf. § 14-3.

⁴³⁹ Jf. § 23-7 første ledd.

⁴⁴⁰ Jf. § 23-1 første ledd.

konkurransen begrenses til det reelle antallet deltakere. Kun de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiveren, kan gi tilbud.

Oppdragsgiveren skal snarest mulig gi leverandørene som ikke blir valgt ut, en skriftlig meddelelse om utvelgelsen.⁴⁴¹ Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse. Leverandørene som blir valgt ut, skal på sin side inviteres til å gi tilbud.

34.4.5 Invitasjon til å gi tilbud

Oppdragsgiveren skal sende ut invitasjon til å gi tilbud til de leverandørene som er valgt ut i prekvalifiseringen. Ved en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring skal oppdragsgiveren skriftlig og samtidig invitere leverandørene til å gi tilbud.⁴⁴²

Oppdragsgiveren skal i invitasjonen til å inngi tilbud angi internettadressen der konkurransegrunnlaget er tilgjengelig.⁴⁴³ Invitasjonen til å gi tilbud skal, med mindre det er angitt i anskaffelsesdokumentene, inneholde en rekke opplysninger. Blant annet må oppdragsgiveren henvise til kunngjøringen av konkurransen og hvilken anskaffelse det dreier seg om. Oppdragsgiveren må også sette en frist for mottak av tilbud, adressen for mottak av tilbud og opplysninger om på hvilket språk tilbudet skal utformes. Oppdragsgiveren skal også angi tildelingskriterienes relative vekt, eller angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte dem.⁴⁴⁴

34.4.5.1 Særlig om hvilke regler som gjelder der konkurransen er forhåndskunngjort

Det nye regelverket åpner for å kunngjøre en konkurranse med forhandling ved bruk av forhåndskunngjøring istedenfor en alminnelig kunngjøring. Det er kun ikke-statlige oppdragsgivere, dvs. kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, som kan bruke forhåndskunngjøring etter forskriften del III.

Dersom oppdragsgiveren har kunngjort konkurransen med en forhåndskunngjøring, gjelder det særlige regler for prekvalifiseringen av leverandørene. I disse tilfellene skal oppdragsgiveren skriftlig og samtidig invitere leverandørene som har meldt sin interesse etter forhåndskunngjøringen til å bekrefte interesse.

Invitasjonen til å bekrefte interesse skal, med mindre det er angitt i forhåndskunngjøringen, også inneholde en rekke opplysninger.⁴⁴⁵ Blant annet må oppdragsgiveren si noe om at han velger å gjennomføre konkurransen som en konkurranse med forhandling. Han må også omtale hva som skal anskaffes i konkurransen, anskaffelsens omfang, inkludert alle opsjoner og dersom det er mulig, eventuelle frister for å utløse dem. Oppdragsgiveren må også si noe om eventuell dato for påbegynnelse eller avslutning av kontraktsytelsene og opplysninger om kontrakten gjelder kjøp, leasing, leie eller avbetalingskjøp eller en kombinasjon av dette.

⁴⁴¹ Jf. § 16-12 fjerde ledd.

⁴⁴² Jf. § 23-2 første ledd.

⁴⁴³ Jf. § 23-2 tredje ledd.

⁴⁴⁴ Jf. § 23-2 fjerde ledd.

⁴⁴⁵ Jf. § 23-2 femte ledd.

Etter at leverandørene har bekreftet interesse skal de inviteres til å inngi tilbud på vanlig måte dersom de er kvalifiserte og utvalgte. Se punkt 34.4.5 for hvordan dette skal gjennomføres.

34.4.6 Tildeling av kontrakt uten å gjennomføre forhandlinger

Ved konkurranse med forhandling etter en forutgående kunngjøring kan oppdragsgiveren tildele kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger dersom han har forbeholdt seg retten til dette i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse.⁴⁴⁶ Dersom oppdragsgiveren velger å gjøre dette, vil forhandlingsfasen beskrevet i punkt 34.4.7 ikke være aktuell. Tildeling uten forhandlinger er ikke til hinder for at oppdragsgiveren kan avklare og presisere opplysninger i tilbudene.⁴⁴⁷

34.4.7 Forhandlinger

34.4.7.1 Overordnet

Oppdragsgiveren skal forhandle med alle leverandørene som har gitt tilbud, med mindre han reduserer antall tilbud som det skal forhandles om.⁴⁴⁸ Se punkt 34.4.7.3.1 for informasjon om reduksjon av tilbudene.

Praktisk veiledning om gjennomføringen av forhandlinger

Difi har laget en [praktisk veileder](#) som inneholder praktiske råd og tips om hvordan man i en offentlig anskaffelse kan forberede, gjennomføre og følge opp konkurranser når forhandlinger og konkurransepreget dialog er tillatt.

Oppdragsgiveren må i forhandlingene sikre at leverandørene behandles likt. Oppdragsgiveren må også sikre overholdelse av forutberegnelighetsprinsippet, herunder at forhandlingene gjennomføres i samsvar med det som følger av anskaffelsesdokumentene.⁴⁴⁹ Det er ikke noen formelle krav til hvordan forhandlingene skal gjennomføres og oppdragsgiveren har derfor frihet til selv å velge hvordan han anser det som mest hensiktsmessig å gjøre dette så lenge han opptrer i samsvar med de grunnleggende prinsippene.

34.4.7.2 Hva kan det forhandles om?

Formålet med forhandlingene er å forbedre og tilpasse leverandørenes tilbud slik at de best passer til oppdragsgiverens behov. Oppdragsgiveren kan ikke forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav som er satt i konkurransen. Utover disse elementene har oppdragsgiveren stor fleksibilitet og adgang til å forhandle om alle sider av

⁴⁴⁶ Jf. § 23-7 femte ledd.

⁴⁴⁷ Jf. § 23-5 første ledd.

⁴⁴⁸ Jf. § 23-7 annet ledd.

⁴⁴⁹ Se eksempelvis omtale av denne forutsetningen i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 45.

anskaffelsesdokumentene og tilbudet. Forhandlingene kan derfor vedrøre tilbudets kvalitet, mengde, pris, sosiale, miljømessige og innovative aspekter, kontraktsvilkår med mer.⁴⁵⁰

Det er ikke anledning til å forhandle bort vesentlige avvik i leverandørenes tilbud. (Hva som er vesentlige avvik er nærmere omtalt i veiledningen til ettersendings- og avklaringsadgangen i punkt 35.4.3.2). Det følger av § 24-10 annet ledd at oppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning av tilbud i de tilfellene som er listet opp i § 24-8 til han har avsluttet forhandlingene. Dette gjelder ikke dersom leverandørens tilbud inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. § 24-10 annet ledd annet punktum. Dette innebærer i praksis at oppdragsgiveren, før forhandlingene, må avklare om et tilbud inneholder vesentlige avvik. Ettersendings- og avklaringsadgangen i § 23-5 gir oppdragsgiveren adgang til å avklare om det foreligger et avvik eller ikke. Dersom det etter avklaringen viser seg at et avvik er vesentlig må oppdragsgiveren avvise tilbudet, jf. § 24-8 første ledd bokstav b.

34.4.7.3 Hvordan skal forhandlingene gjennomføres?

Det stilles ingen formkrav til hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Oppdragsgiveren har et vidt skjønn til å velge den kommunikasjonsformen som anses mest hensiktsmessig og både video-/telefonmøter og fysiske møter er derfor mulige forhandlingsformer. Kravet til etterprøvbarhet innebærer at forhandlingene må dokumenteres i tilstrekkelig grad.

Eksempelvis må forhandlingsmøter og annen muntlig kommunikasjon mellom oppdragsgiveren og leverandørene dokumenteres gjennom skriftlige referat, lydopptak e.l.⁴⁵¹

Oppdragsgiveren skal sørge for at det gjennomføres reelle forhandlinger. Oppdragsgiveren er ikke forpliktet til å påpeke enhver svakhet ved tilbudene, men leverandørene må gjøres kjent med forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tilbudsevalueringen. Hvis et tilbud f.eks. ligger an til å få god uttelling på tildelingskriteriet kvalitet, men har høy pris, vil oppdragsgiveren kunne ha en plikt til å få informere om dette. Leverandøren vil da vite at tilbudet, slik konkurransesituasjonen er på forhandlingstidspunktet, kan forbedres ved å redusere prisen. I kravet om reelle forhandlinger ligger det også at tilbyderne må gis anledning til å revurdere sine tilbud.⁴⁵²

Kravet til likebehandling innebærer at oppdragsgiveren skal behandle alle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.⁴⁵³ At leverandørene skal behandles likt, innebærer videre at leverandørene skal få like muligheter til å forbedre tilbudet sitt. Dersom styrkene og svakhetene ved et tilbud påpekes overfor en leverandør, må oppdragsgiveren påpeke styrkene og svakhetene også ved andre tilbud, slik at alle leverandørene har samme grunnlag for å forbedre tilbudene. Kravet innebærer imidlertid ikke at det skal brukes like mye tid på hver drøftelse eller at forhandlingsmøtene skal gjennomføres på en identisk måte. De ulike tilbudene vil ha forskjellige styrker og svakheter,

⁴⁵⁰ Se eksempelvis [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 45.

⁴⁵¹ Se blant annet [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 58.

⁴⁵² Se eksempelvis KOFA-sakene [2003/171](#), [2003/267](#) og [2009/167](#).

⁴⁵³ Jf. § 23-10 første ledd.

og oppdragsgiver vil kunne tilpasse forhandlingene med de ulike leverandørene avhengig av fordelene og svakhetene ved deres respektive tilbud.

Når oppdragsgiveren har satt en frist for endelig mottak av tilbud, er forhandlingsfasen avsluttet og det er ikke tillatt med ytterligere forhandlinger om de endelige tilbudene.⁴⁵⁴

34.4.7.3.1 Forhandlinger i flere faser

Oppdragsgiveren kan bestemme at forhandlingene skal gjennomføres i flere faser.⁴⁵⁵

Forutsetningen for dette er at oppdragsgiveren har angitt dette enten i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse.

Formålet med å forhandle i flere faser er at oppdragsgiveren kan skille ut de løsningsforslagene som er minst fordelaktige, og som det derfor ikke er ønskelig å ha med videre. Reduksjonen skal skje ved at de reviderte tilbudene evalueres og rangeres i henhold til oppgitte tildelingskriteriene.

Oppdragsgiveren må passe på at det er et tilstrekkelig antall tilbud igjen i den siste fasen av forhandlingene til å sikre reell konkurranse. Hvor mange leverandører som skal til for å sikre reell konkurranse må vurderes konkret, men det kan sees hen til en tilsvarende vurdering som foretas i vurderingen av antall deltagere i prekvalifiseringen, hvor minimumsgrensen er på tre leverandører. Kravet gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall gjenværende tilbud.⁴⁵⁶ Oppdragsgiveren skal snarest mulig gi leverandørene som har fått sine løsninger forkastet, en meddelelse om dette.⁴⁵⁷ Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse. Begrunnelsen må etter prinsippet om etterprøvbarhet inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig og i henhold til de angitte tildelingskriteriene.

34.4.7.4 Endringer i konkurransegrunnlaget underveis i forhandlingene

Dersom oppdragsgiveren foretar endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene, skal disse endringene umiddelbart sendes til alle leverandørene som er igjen i forhandlingene.⁴⁵⁸ I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiveren gi leverandørene tilstrekkelig med tid til å eventuelt gi et revidert tilbud. Hva som er tilstrekkelig tid må avgjøres konkret, men vil bero på hvilken type endringer som gjøres. Oppdragsgiveren må eksempelvis sikre at leverandørene har tilstrekkelig tid til å innhente nye opplysninger, gjøre nye beregninger, utarbeide ny tekst og foreta nødvendige avklaringer.

34.4.7.5 Forbud mot å gi tilgang til løsninger eller fortrolige opplysninger

Under forhandlingene skal oppdragsgiveren ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et

⁴⁵⁴ Jf. § 23-7 fjerde ledd.

⁴⁵⁵ Jf. § 23-11.

⁴⁵⁶ Jf. § 23-11 tredje ledd.

⁴⁵⁷ Jf. § 23-11 femte ledd.

⁴⁵⁸ Jf. § 23-7 tredje ledd.

samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiveren planlegger å gi tilgang til.⁴⁵⁹

34.4.7.6 Avslutning av forhandlingene

Oppdragsgiveren skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene. I denne fasen av konkurransen må oppdragsgiveren være oppmerksom på at forhandlingene med de ulike leverandørene om deres tilbud kan ha foregått på ulike tidspunkt. De leverandørene som gjennomførte sine forhandlinger på et senere tidspunkt enn andre, kan ha en konkurranseulemp dersom de ikke blir gitt tilstrekkelig tid til å sende inn sine endelige tilbud. På denne bakgrunn må oppdragsgiveren være påpasselig med å sette en lang nok frist til at alle leverandørene har tilstrekkelig tid til å tilpasse og ferdigstille sine tilbud.

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiveren snarest mulig, og senest 15 dager etter mottak av forespørselen, gi alle de berørte leverandørene⁴⁶⁰ en skriftlig meddelelse om hvordan gjennomføringen av forhandlingene har foregått.⁴⁶¹ Bakgrunnen for bestemmelsen er prinsippet om etterprøvbarehet da leverandørene etter avslutningen av forhandlingene skal gis en mulighet til å kontrollere om forhandlingene har foregått i overensstemmelse med regelverket.

34.4.8 Evaluering av de endelige tilbudene

Når oppdragsgiveren har satt en frist for mottak av de endelige tilbudene, skal oppdragsgiveren foreta en siste evaluering i henhold til de angitte tildelingskriteriene.

Det er ikke tillatt å forhandle om de endelige tilbudene. Forhandlingsforbudet innebærer at det er tilbudet slik det foreligger ved den endelige fristens utløp som må evalueres av oppdragsgiveren når han skal avgjøre hvem som vinner konkurransen. Oppdragsgiverens adgang til å anmode om ettersendelse og avklaring er derimot fortsatt i behold, så lenge en slik anmodning ikke fører til at tilbudet forbedres.

34.4.9 Tildeling, karensperiode og kontraktsinngåelse

Før oppdragsgiveren tildeler kontrakt skal han, med mindre han allerede har kontrollert dette i prekvalifiseringsfasen eller på andre stadier i konkurransen, kontrollere at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene, at det ikke foreligger andre grunner til avvisning og at leverandøren oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier, jf. § 23-1.

Oppdragsgiveren skal skriftlig og samtidig gi de berørte leverandørene en meddelelse om valget av leverandør før kontrakten inngås.⁴⁶² I en konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring vil dette være de leverandørene som har levert en forespørsel om å delta i konkurransen og som ikke har fått en meddelelse om at forespørselen er avvist eller

⁴⁵⁹ Jf. § 23-10 annet ledd.

⁴⁶⁰ Se § 4-5 bokstav f.

⁴⁶¹ Se § 23-10 tredje ledd.

⁴⁶² Jf. § 25-1.

forkastet. Det vil si at oppdragsgiveren kan begrense utsendelsen av meddelelsesbrev til de leverandørene som har blitt invitert til å gi tilbud i konkurransen.

Oppdragsgiveren skal gi en begrunnelse for valget og angi en karensperiode i meddelelsen. Oppdragsgiveren kan tidligst inngå kontrakt etter utløpet av karensperioden. Karensperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen om valg av leverandør sendes med elektroniske kommunikasjonsmidler i samsvar med forskriften kapittel 22, eller minst 15 dager dersom den sendes med andre kommunikasjonsmidler, slik som ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter.⁴⁶³ Denne overgangsregelen gjelder frem til kravet om at all kommunikasjons- og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiveren og leverandøren skal skje elektronisk trer i kraft. Kravet har allerede trådt i kraft for innkjøpssentraler (skjedde 1. april 2017). For statlige oppdragsgivere trer kravet i kraft fra 1. januar 2018, mens for andre oppdragsgivere (inkludert kommuner og fylkeskommuner) trer kravet i kraft fra 1. juli 2018. Etter at kravet har trådt i kraft vil bestemmelsene i § 25-2 første ledd om karensperiode få anvendelse.

Dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør er tatt i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres forutsatt at dette gjøres før tidspunktet for kontraktsinngåelse.⁴⁶⁴ Kontrakt regnes for å inngått når begge parter har signert kontrakten.⁴⁶⁵

Oppdragsgiveren skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten på Doffin snarest mulig og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.⁴⁶⁶

34.5 Konkurransepreget dialog

34.5.1 Innledning

Konkurransepreget dialog kan anvendes der vilkårene i § 13-2⁴⁶⁷ er oppfylt. Konkurransepreget dialog gir oppdragsgiveren mulighet for å gå i dialog med leverandørene og å diskutere ulike løsninger på oppdragsgivers behov. Oppdragsgiveren kan beskrive i anskaffelsesdokumentene hvilket behov anskaffelsen skal dekke, uten å gi nøyaktige spesifikasjoner av det som skal anskaffes.

Konkurransepreget dialog er en to-trinnsprosedyre hvor alle interesserte leverandører i første trinn kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen.⁴⁶⁸

Oppdragsgiveren skal på bakgrunn av de innkomne forespørslene om å delta i konkurransen foreta en prekvalifisering av leverandørene. Oppdragsgiveren skal gjennomgå opplysningene angitt i forespørslene og det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) (som skal være vedlagt forespørselen) og vurdere om leverandørene oppfyller

⁴⁶³ Jf. § 32-2 fjerde ledd, jf. tredje ledd.

⁴⁶⁴ Jf. § 25-1 fjerde ledd.

⁴⁶⁵ Jf. § 25-1 femte ledd.

⁴⁶⁶ Jf. § 21-6 første ledd.

⁴⁶⁷ Jf. § 13-1 annet ledd.

⁴⁶⁸ Jf. § 23-8 første ledd.

kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger grunner for avvisning. Etter de nye anskaffelsesreglene er oppdragsgiveren kun forpliktet til å kontrollere valgt leverandør, men dette er ikke anbefalt ved to-trinnsprosedyrer som konkurransepreget dialog.

Deretter kan oppdragsgiveren foreta en utvelgelse av de kvalifiserte leverandørene basert på ikke-diskriminerende og objektive kriterier eller regler (utvelgelseskriterier). Kun de leverandørene som blir utvalgt og invitert til å delta i dialogen, kan delta videre i konkurransen.

Fasene i en konkurransepreget dialog er:



34.5.2 Planlegging av anskaffelsen

Når oppdragsgiveren ønsker å foreta et innkjøp, må han først planlegge hvordan han skal gjennomføre anskaffelsen for å best dekke virksomhetens behov. Konkurransepreget dialog kan kun anvendes når vilkårene i § 13-2 er oppfylt. Oppdragsgiveren må derfor også vurdere om han har adgang til å benytte konkurranseformen.

Oppdragsgiveren har i prosessen med å klarlegge egne behov anledning til å gjennomføre markedsundersøkelser eller å søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører så lenge disse ikke har en konkurransevridende

effekt eller fører til brudd på likebehandlingsprinsippet. Se veiledning til dialog med markedet i kapittel 15.

Når oppdragsgiveren har klarlagt virksomhetens behov og hvordan han skal gjennomføre anskaffelsen for å få dekket dette, må han utforme anskaffelsesdokumentene i tråd med hva han har planlagt. Fordi konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig allerede fra kunngjøringstidspunktet må oppdragsgiveren foreta all planlegging som er nødvendig i konkurransen før kunngjøring.

Oppdragsgiveren må videre vurdere alle forhold som kan få betydning for gjennomføringen, eksempelvis om det kan være faglige eller politiske prosesser som vil påvirke tidsbruken for gjennomføringen av konkurransen. Oppdragsgiveren må være oppmerksom på at det som angis i anskaffelsesdokumentene etter prinsippet om forutberegnelighet setter føringer for resten av konkurransen.

Oppdragsgiveren bør beskrive i anskaffelsesdokumentene hvordan han tar sikte på å gjennomføre dialogen. Dette kan gjelde hvor mange dialogmøter han tenker å holde og om han underveis vil begrense antall løsninger og lignende. Oppdragsgiveren bør ha et bevisst forhold til prosessen i dialogen og overveie hvilke elementer dialogen skal omfatte slik at dialogfasen ikke blir for omfattende.

Oppdragsgiveren må på forhånd foreta en vurdering av hvor mange leverandører det er hensiktsmessig å invitere til dialog. I denne vurderingen er det på den ene siden sentralt at oppdragsgiveren har med seg et tilstrekkelig antall leverandører og mulige løsninger som han kan ha dialog om, samtidig som han på den andre siden må se hen til hvor ressurskrevende det vil være å gjennomføre dialog med mange leverandører.

Dersom oppdragsgiveren ønsker å begrense antallet leverandører som får delta i dialogen, så må han angi dette i kunngjøringen. Oppdragsgiveren skal velge ut et antall deltakere som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse, men likevel ikke færre enn tre. Oppdragsgiveren må da også fastsette i kunngjøringen hvilke kriterier eller regler som skal gjelde for denne utvelgelsen (se veiledning om utvelgelseskriterier i kapittel 24).

I konkurransegrunnlaget skal oppdragsgiveren også angi kravspesifikasjoner (se kapittel 20), kvalifikasjonskrav (se kapittel 22 og dokumentasjonskrav og tildelingskriterier (se kapittel 26). Oppdragsgiveren skal tildele kontrakten på grunnlag av tildelingskriteriet beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet.⁴⁶⁹ Oppdragsgiveren skal også fastsette hvilke kontraktsvilkår som skal gjelde.⁴⁷⁰

34.5.3 Kunngjøring

Prosedyren konkurransepreget dialog skal som hovedregel kunngjøres ved en alminnelig kunngjøring.⁴⁷¹ Ved en konkurransepreget dialog må oppdragsgiveren gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget.⁴⁷² Dette må gjøres på samme tid

⁴⁶⁹ Jf. § 18-1 åttende ledd.

⁴⁷⁰ Jf. § 19-1.

⁴⁷¹ Jf. § 21-2.

⁴⁷² Jf. § 14-3.

som kunngjøringen og oppdragsgiveren har ikke mulighet til å utsette planlegging og utforming av konkurransegrunnlaget til senere i konkurransen. Oppdragsgiveren skal angi sine behov og krav i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.

34.5.4 Innlevering av forespørsel om deltakelse og prekvalifisering av deltakere

I en konkurransepreget dialog kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.⁴⁷³ Oppdragsgiveren skal på bakgrunn av de innkomne forespørslene om å delta i konkurransen først foreta en prekvalifisering. I prekvalifiseringen skal oppdragsgiveren vurdere hvorvidt leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen og om det foreligger grunner til avvisning.

Det er obligatorisk å bruke det europeiske egenerklæringskjemaet (ESPD) ved anskaffelser etter forskriften del III. Egenerklæringen fungerer som et midlertidig bevis for at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene og at det ikke foreligger avvisningsgrunner.

Det er ikke noe krav om at oppdragsgiveren kontrollerer om det som er oppgitt i egenerklæringen stemmer på dette tidspunktet i konkurransen. Oppdragsgiveren skal imidlertid kontrollere at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, eventuelle utvelgelseskriterier og at det ikke foreligger andre grunner til avvisning før han tildeler kontrakt.⁴⁷⁴

Dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte, kan oppdragsgiveren foreta denne kontrollen på ethvert tidspunkt i konkurransen, ved å be leverandørene om å levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene. Ved en konkurransepreget dialog vil det være fornuftig å foreta en kontroll i prekvalifiseringsfasen. Ellers står oppdragsgiveren i fare for å invitere leverandører som potensielt vil måtte avvises senere i konkurransen og på den måten i verste fall ende opp uten kvalifiserte leverandører.

Dersom oppdragsgiveren har angitt begrensninger på antallet leverandører som skal velges ut til å delta i dialogen, skal oppdragsgiveren på bakgrunn av de angitte utvelgelseskriteriene velge ut hvilke av de kvalifiserte leverandørene som skal få invitasjon til å delta i dialogen. Skulle oppdragsgiveren motta færre forespørsler om å delta i konkurransen enn grensen angitt i anskaffelsesdokumentene for hvor mange leverandører som vil bli invitert videre, kan konkurransen begrenses til det reelle antallet deltakere. Kun de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiveren, kan delta i dialogen.

Oppdragsgiveren skal snarest mulig gi leverandørene som ikke blir valgt ut en skriftlig meddelelse om utvelgelsen.⁴⁷⁵ Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse.

⁴⁷³ Jf. § 23-8 første ledd.

⁴⁷⁴ Jf. § 23-1 første ledd.

⁴⁷⁵ Jf. § 16-12 fjerde ledd.

34.5.5 Utsendelse av invitasjon til å delta i dialogen

Oppdragsgiveren skal sende ut invitasjoner til å delta i dialogen til de leverandørene som er valgt ut i prekvalifiseringen. Invitasjonene skal sendes skriftlig og samtidig til de aktuelle leverandørene.⁴⁷⁶

Oppdragsgiveren skal i invitasjonen til å delta i dialogen angi internettadressen der konkurransegrunnlaget er tilgjengelig.⁴⁷⁷ Invitasjonen til å delta i dialogen skal, med mindre det er angitt i anskaffelsesdokumentene, inneholde en rekke opplysninger. Blant annet må oppdragsgiveren henvise til kunngjøringen av konkurransen og hvilken anskaffelse det dreier seg om.

Invitasjonen til å delta i dialogen skal, med mindre det er angitt i anskaffelsesdokumentene, også inneholde en rekke opplysninger.⁴⁷⁸ Blant annet må oppdragsgiveren henvise til kunngjøringen av konkurransen og hvilken anskaffelse det dreier seg om. Oppdragsgiveren må også angi datoen for når dialogen skal begynne og opplysninger om hvilket sted og på hvilket språk dialogen skal foreta. Oppdragsgiveren skal også omtale tildelingskriterienes relative vekt, eller tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte dem.

34.5.6 Gjennomføringen av dialogen

34.5.6.1 Overordnet

Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan delta i dialogen. Formålet med dialogen er å finne løsningen som best oppfyller oppdragsgiverens behov. Dette innebærer at oppdragsgiveren gjennom dialogen skal gis et innblikk i leverandørenes løsningsforslag, samt de økonomiske og juridiske vilkårene i forslagene for å kunne fastslå på hvilken måte han best kan få oppfylt sine behov. Med mindre oppdragsgiveren reduserer antall løsninger etter § 23-11, skal han innlede dialog med alle leverandørene med utgangspunkt i de innkomne løsningsbeskrivelsene.

34.5.6.2 Hva kan dialogen omfatte?

Oppdragsgiveren har stor fleksibilitet og har mulighet til å holde dialog om alle sider av anskaffelsen med leverandørene i dialogen.⁴⁷⁹ Dette innebærer at både tekniske, økonomiske og rettslige aspekter kan være gjenstand for dialog, og at dialogen kan omhandle pris, tekniske løsninger, kontraktsvilkår mv.

I praksis vil en konkurransepreget dialog ofte være mer komplisert å gjennomføre enn en konkurranse med forhandling, fordi leverandørene kan levere helt ulike løsninger der oppdragsgiveren har åpnet for det. Følgen kan være helt ulike forløp på dialogen med de ulike leverandørene og at dialogen omhandler løsninger på oppdragsgiverens behov som er vidt forskjellige.

Det er ikke anledning til å forhandle bort vesentlige avvik i leverandørenes tilbud. (Hva som er vesentlige avvik er nærmere omtalt i veiledningen til ettersendings- og

⁴⁷⁶ Jf. § 23-2 første ledd andre setning.

⁴⁷⁷ Jf. § 23-2 tredje ledd.

⁴⁷⁸ Jf. § 23-2 fjerde ledd.

⁴⁷⁹ Jf. § 23-8 annet ledd.

avklaringsadgangen i punkt 35.4.3.2). Det følger av § 24-10 annet ledd at oppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning av tilbud i de tilfellene som er listet opp i § 24-8 til han har avsluttet dialogen. Dette gjelder ikke dersom leverandørens tilbud inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. § 24-10 annet ledd annet punktum. Dette innebærer i praksis at oppdragsgiveren må avklare om et tilbud inneholder vesentlige avvik. Ettersendings- og avklaringsadgangen i § 23-5 gir oppdragsgiveren adgang til å avklare om det foreligger et avvik eller ikke. Dersom det etter avklaringen viser seg at et avvik er vesentlig må oppdragsgiveren avvise tilbudet, jf. § 24-8 første ledd bokstav b.

34.5.6.3 Hvordan skal dialogen gjennomføres?

Det stilles ingen formkrav til hvordan dialogen skal gjennomføres. Oppdragsgiveren har et vidt skjønn til å velge den kommunikasjonsformen som anses mest hensiktsmessig og både video-/telefonmøter og fysiske møter er derfor mulige dialogformer. Kravet til etterprøvnbarhet innebærer at dialogen må dokumenteres i tilstrekkelig grad. Eksempelvis må dialogmøter og annen muntlig kommunikasjon mellom oppdragsgiveren og leverandørene dokumenteres gjennom skriftlige referat, lydopptak e.l.⁴⁸⁰ Oppdragsgiveren må sikre overholdelse av forutberegnelighetsprinsippet, herunder at dialogen gjennomføres i samsvar med det som følger av anskaffelsesdokumentene.

Kravet til likebehandling innebærer at oppdragsgiveren skal behandle alle leverandørene likt i dialogen. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremover andre.⁴⁸¹ At leverandørene skal behandles likt, innebærer videre at leverandørene skal få like muligheter til å forbedre tilbudet sitt. Dersom styrkene og svakhetene ved et tilbud påpekes overfor og diskuteres med en leverandør, må oppdragsgiveren påpeke og diskutere styrker og svakheter også ved andre tilbud, slik at alle leverandørene har samme grunnlag for å forbedre tilbudene. Kravet innebærer imidlertid ikke at det skal brukes like mye tid på hver drøftelse eller at dialogmøtene skal gjennomføres på en identisk måte. De ulike tilbudene vil ha forskjellige styrker og svakheter, og oppdragsgiveren vil kunne tilpasse dialogen med de ulike leverandørene avhengig av fordelene og svakhetene ved deres respektive tilbud.

Oppdragsgiveren kan begynne dialogfasen med å innhente den enkelte deltakers tilbud på en løsning i form av en løsningsskisse eller ha en mer uformell drøftelse med leverandørene om hvordan behovet kan oppfylles før det bes om skriftlige tilbud.

34.5.6.3.1 Dialog i flere faser

I en konkurransepreget dialog kan oppdragsgiveren beslutte at dialogen skal skje i flere faser for å redusere antall løsninger.⁴⁸² Forutsetningen for dette er at oppdragsgiveren har angitt dette i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse.⁴⁸³

Formålet med en flerfaset dialog er å skille ut de løsningsforslagene som er minst fordelaktige og som det derfor ikke er ønskelig å ha flere drøftelser om. Dersom en slik

⁴⁸⁰ Se eksempelvis omtale av denne forutsetningen i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 45.

⁴⁸¹ Jf. § 23-10 første ledd.

⁴⁸² Jf. § 23-11 første ledd.

⁴⁸³ Jf. § 23-11 annet ledd.

reduksjon skal foretas, må dette skje ved at løsningene evalueres og rangeres i henhold til de oppgitte tildelingskriteriene. Det er løsningsforslagene som skilles ut, og normalt vil det være slik at den leverandøren som har gitt det forkastede løsningsforslaget utelukkes fra den videre prosedyren. En leverandør kan derimot ha gitt flere forslag til løsninger og kan da fortsette i dialogen med en annen løsning.⁴⁸⁴

I den siste fasen av dialogen skal antallet løsninger være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Hvor mange leverandører som skal til for å sikre reell konkurranse må vurderes konkret, men det kan sees hen til grensen for antall deltakere som er på tre leverandører. Kravet gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall gjenværende løsninger.⁴⁸⁵

Oppdragsgiveren skal snarest mulig gi leverandørene som har fått sine løsninger forkastet, en meddelelse om dette.⁴⁸⁶ Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse. Begrunnelsen må etter prinsippet om etterprøvbarehet inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig og i henhold til de angitte tildelingskriteriene.

Hvor mange dialogfaser som skal gjennomføres er opp til oppdragsgiveren.

Oppdragsgiveren bør påse at leverandørene får tilstrekkelig tid mellom dialogmøtene til å videreutvikle løsninger, utforme nødvendig dokumentasjon osv. Leverandørene som gjennomførte dialogen på et senere tidspunkt enn andre, kan ha en konkurranseulempelse dersom de ikke blir gitt tilstrekkelig tid til å sende inn sitt endelige tilbud. På denne bakgrunn må oppdragsgiveren være påpasselig med å sette en lang nok frist til at alle leverandørene har tilstrekkelig tid til å tilpasse og ferdigstille sine tilbud.

34.5.6.4 Forbud mot å gi tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger

Under dialogen skal oppdragsgiveren 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 oppdragsgiveren planlegger å gi tilgang til.⁴⁸⁷

34.5.6.5 Økonomisk godtgjørelse for deltakelse i dialogen

Det å delta i en konkurransepreget dialog vil kunne være ressurskrevende for leverandørene. Oppdragsgiveren har derfor anledning til å tilby premier eller betaling til leverandørene som deltar i dialogen.⁴⁸⁸ Det kan være hensiktsmessig i større og ressurskrevende anskaffelser å fastsette premier eller betaling for å oppmuntre til deltakelse fra flest mulige aktuelle leverandører.

⁴⁸⁴ Hentet fra Steinicke og Goersmeyer (2008) s. 796.

⁴⁸⁵ Jf. § 23-11 tredje ledd.

⁴⁸⁶ Jf. § 23-11 femte ledd.

⁴⁸⁷ Jf. § 23-10 annet ledd.

⁴⁸⁸ Jf. § 23-8 tredje ledd.

34.5.7 Avslutning av dialogen og innlevering av tilbud

Når oppdragsgiveren har funnet de løsningene som kan oppfylle hans behov, skal han avslutte dialogen.⁴⁸⁹ Oppdragsgiveren skal invitere de gjenværende leverandørene i dialogen til å gi endelige tilbud basert på løsningene de har fremlagt og presisert i dialogen. Oppdragsgiveren må være oppmerksom på at hvis det har blitt gjennomført en dialog i flere faser med utskillelse av ulike løsningsforslag, må antallet løsninger i den avsluttende fasen være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

De endelige tilbudene skal inneholde alle elementene som er obligatoriske og nødvendige for å gjennomføre løsningene. Når oppdragsgiveren gjennomgår tilbudene, skal han derfor vurdere om hvert tilbud oppfyller de kravene som er satt i anskaffelsesdokumentene og som eventuelt er presisert og supplert under dialogfasen. Han skal også vurdere om tilbudet inneholder alle elementer som er nødvendige for utførelsen av prosjektet.⁴⁹⁰

Når dialogfasen er over og leverandørene har innlevert sitt endelige tilbud, er det ikke tillatt å forhandle. Etter avslutningen av dialogfasen opphører med andre ord oppdragsgiveren sin adgang til å forhandle om løsningene med leverandørene. Oppdragsgiveren bør derfor ikke avslutte dialogfasen før det er sannsynlig at det kommer til å bli gitt tilbud som kan evalueres og som besvarer oppgaven på en god måte.⁴⁹¹

På forespørsel fra oppdragsgiveren kan leverandørene likevel avklare, presisere og optimere tilbudene. Oppdragsgiveren kan også ferdigforhandle kontraktsvilkårene med den valgte leverandøren for å få bekreftet finansielle forpliktelser eller andre vilkår i tilbudet. Ved slike avklaringer eller forhandlinger gjelder det en begrensning ved at det ikke kan gjøres endringer i de grunnleggende sidene ved tilbudene eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiveren har fastsatt, dersom det er sannsynlig at endringene fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling.⁴⁹²

Når det vurderes hva som er en lovlig endring, er det sentrale vurderingstema at det ikke foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen. Dersom endringene ville åpnet for at flere leverandører enn den kunngjøringen rettet seg mot kunne ha deltatt i konkurransen, vil dette være tilfellet.

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiveren snarest mulig, og senest 15 dager etter mottak av forespørselen gi alle de berørte leverandørene en skriftlig meddelelse om hvordan gjennomføringen av dialogen har foregått.⁴⁹³ Bakgrunnen for bestemmelsen er prinsippet om etterprøvbarehet da leverandørene etter avslutningen av dialogen skal gis en mulighet til å kontrollere om dialogen har foregått i overensstemmelse med regelverket.

⁴⁸⁹ Jf. § 23-9 første ledd.

⁴⁹⁰ Hentet fra Steinicke og Goersmeyer (2008) s. 804

⁴⁹¹ Hentet fra Dragsten (2013) s. 756.

⁴⁹² Jf. § 23-9 annet ledd og tredje ledd.

⁴⁹³ Jf. § 23-10 tredje ledd.

34.5.8 Tildeling, karenperiode og kontraktsinngåelse

Før oppdragsgiveren tildeler kontrakt skal han, med mindre han allerede har kontrollert dette i prekvalifiseringsfasen eller på andre stadier i konkurransen, kontrollere at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene, at det ikke foreligger andre grunner til avvisning og at leverandøren oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier.⁴⁹⁴

Oppdragsgiveren skal skriftlig og samtidig gi de berørte leverandørene en meddelelse om valget av leverandør før kontrakten inngås.⁴⁹⁵ Oppdragsgiveren skal gi en begrunnelse for valget og angi en karenperiode i meddelelsen. Oppdragsgiveren kan tidligst inngå en kontrakt etter utløpet av karenperioden som er fastsatt. Karenperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen om valg av leverandør sendes med elektroniske kommunikasjonsmidler i samsvar med forskriften kapittel 22, eller minst 15 dager dersom den sendes med andre kommunikasjonsmidler, slik som ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter.⁴⁹⁶

Dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør er tatt i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres forutsatt at dette gjøres før tidspunktet for kontraktsinngåelse.⁴⁹⁷ Kontrakt regnes for å være inngått når begge parter har signert kontrakten.⁴⁹⁸

Oppdragsgiveren skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten på Doffin snarest mulig og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.⁴⁹⁹

35 Ettersendings- og avklaringsadgangen

35.1 Innledning

§ 23-5 regulerer ettersendings- og avklaringsadgangen for anskaffelser etter forskriften del III. Bestemmelsen fastsetter at oppdragsgiveren skriftlig kan be leverandørene om å ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist. Dette gjelder dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler.

⁴⁹⁴ Jf. § 23-1.

⁴⁹⁵ Jf. § 25-1 første ledd.

⁴⁹⁶ Jf. § 32-2 fjerde ledd, jf. tredje ledd. Denne overgangsregelen gjelder frem til kravet om at all kommunikasjons- og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiveren og leverandøren skal skje elektronisk trer i kraft. Kravet har allerede trådt i kraft for innkjøpssentraler (skjedde 1. april 2017). For statlige oppdragsgivere trer kravet i kraft fra 1. januar 2018, mens for andre oppdragsgivere (inkludert kommuner og fylkeskommuner) trer kravet i kraft fra 1. juli 2018. Etter at kravet har trådt i kraft vil bestemmelsene i § 25-2 første ledd om karenperiode få anvendelse.

⁴⁹⁷ Jf. § 25-1 fjerde ledd.

⁴⁹⁸ Jf. § 25-1 femte ledd.

⁴⁹⁹ Jf. § 21-6 første ledd.

Bestemmelsen gir oppdragsgiveren en utvidet adgang til å be om ettersending og avklaringer i forhold til tidligere regelverk. En utvidet ettersendings- og avklaringsadgang kan bidra til bedre og mer effektive anskaffelser ved at færre leverandører må avvises på grunn av mangelfull dokumentasjon, feil, uklarheter eller lignende.

35.2 Hva kan oppdragsgiveren be om ettersending eller avklaring av?

Oppdragsgiveren kan både be leverandørene om å ettersende eller avklare dokumentasjon som knytter seg til oppfyllelse av krav i kvalifikasjonsfasen eller til selve tilbudet. I tillegg til en faktisk ettersending av opplysninger eller dokumenter, herunder vareprøver, som mangler, kan oppdragsgiveren be om at leverandørene supplerer, avklarer eller utfyller allerede innsendt informasjon og dokumentasjon. Når oppdragsgiveren fastsetter fristen for når informasjonen må være mottatt, må fristen være rimelig og gi leverandørene en reell mulighet til å komme med de opplysningene som blir etterspurt.

35.3 Ettersending og avklaring av opplysninger som knytter seg til leverandørens kvalifikasjoner

Oppdragsgiveren kan be om ettersending og avklaring av opplysninger som gjelder leverandørens kvalifikasjoner. Dette kan eksempelvis gjelde kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier eller avvisningsgrunner.

Slik ettersending og avklaring må gjennomføres i samsvar med de grunnleggende prinsippene, særlig kravene til likebehandling og etterprøvbarhet. Fordi ettersending og avklaring i kvalifikasjonsfasen gjelder spørsmålet om hvorvidt leverandøren er kvalifisert for oppdraget eller ikke, har oppdragsgiveren en vid adgang til å be om ettersending og avklaringer av opplysninger i denne fasen. Spørsmålet på dette stadiet er om leverandøren er egnet til å delta i konkurransen og ettersending av manglende informasjon eller avklaring av inngitt dokumentasjon påvirker av denne grunn ikke konkurranseforholdet mellom leverandøren når det gjelder hvem som har levert det beste tilbudet.

35.3.1 Eksempler på avklaring knyttet til kvalifikasjonskravene

Ettersending av opplysninger knyttet til leverandørens oppfyllelse av kvalifikasjonskravene kan eksempelvis gjelde at oppdragsgiveren har stilt et krav om økonomisk kapasitet. Leverandøren har angitt i egenerklæringsskjemaet at han oppfyller alle de angitte kvalifikasjonskravene. Når oppdragsgiveren ber leverandøren om å oversende dokumentasjonsbevisene har ikke leverandøren lagt ved det etterspurte regnskapet som skal vise oppfyllelse av kravet om økonomisk kapasitet. I et slikt tilfelle kan oppdragsgiveren be om ettersending av hele regnskapet.

Et annet eksempel er der leverandøren har opplyst at han har den erfaringen som oppdragsgiver etterspør. Leverandøren har også levert liste over referanseoppdrag for å dokumentere oppfyllelse av kravet. Listen mangler imidlertid opplysninger om referanseoppdragenes verdi og tidspunkt for utførelse. I et slikt tilfelle kan oppdragsgiveren be om at referanselisten suppleres med de relevante opplysningene.

Avklaringer knyttet til leverandørens oppfyllelse av kvalifikasjonskravene kan også eksempelvis gjelde der leverandøren har opplyst at han har medarbeidere med den erfaring

som oppdragsgiveren etterspør. Leverandørene har levert CVer for å dokumentere oppfyllelse av disse kravene. Dersom det er uklart for oppdragsgiveren hvorvidt de kvalifikasjonene som det er vist til faktisk er de han etterspør, eller hvorvidt leverandøren har et tilstrekkelig antall medarbeidere med slike kvalifikasjoner, kan oppdragsgiveren i et slikt tilfelle avklare dette.

35.4 Ettersending og avklaring av opplysninger som knytter seg til tilbudet

Når det gjelder opplysninger som knytter seg til selve tilbudet kan oppdragsgiveren be om avklaringer, suppleringer, utfylling og ettersending av opplysningene. Slik ettersending og avklaring må gjennomføres i samsvar med de grunnleggende prinsippene, særlig kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet. Det gjør seg videre gjeldende en begrensning i ettersending- og avklaringsadgangen ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Ved disse prosedyrene gjelder det et forhandlingsforbud som innebærer at endringer eller avklaringer ikke skal føre til en forbedring av tilbudet.

35.4.1 Forhandlingsforbudet ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse

Forhandlingsforbudet fastsetter at det ved åpne og begrensede anbudskonkurranser er forbudt å forbedre tilbudet gjennom forhandlinger. Forhandlingsforbudet gjelder fra tilbudsfristens utløp og helt frem til kontrakt er inngått.

Kravet om at tilbudet ikke må forbedres innebærer ikke at enhver endring av tilbudet vil være forbudt. Det er først når endringen fører til en forbedring av tilbudet at den ikke vil være lovlig. En forbedring vil kunne medføre en konkurransefordel for den leverandøren som gis adgang til å foreta forbedringen.

Forhandlingsforbudet innebærer ikke et forbud mot kontakt mellom partene. I tråd med adgangen til å anmode om ettersending og avklaring av opplysninger som knytter seg til tilbudet, gjelder forbudet kun når en slik anmodning fører til at tilbudet forbedres.

35.4.2 Når er et tilbud forbedret?

Det er ikke tillatt å forbedre pris, kvalitet, leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet uavhengig av om det har betydning for konkurranseforholdet. Det vil være en konkret vurdering hvorvidt ettersendelse av ny dokumentasjon eller nye opplysninger innebærer at leverandøren har fremsatt et forbedret tilbud.

Det vil ikke være en forbedring av tilbudet dersom det i tilbudet finnes objektive holdepunkter for at de opplysningene som ettersendes eller avklares forelå og ble tilbudt allerede på det tidspunktet hvor leverandøren leverte tilbudet. Det er ikke et krav om at selve dokumentet som ettersendes forelå ved tilbudsfristens utløp, men det må være holdepunkter for at selve innholdet i dokumentet faktisk lå i tilbudet allerede da. Oppdragsgiveren vil i disse tilfeller for eksempel kunne spørre leverandørene om det han har forstått som tilbudt, faktisk er tilbudt eller få ettersendt utfyllende opplysninger om det som er tilbudt. Dersom oppdragsgiveren derimot etterspør opplysninger som ikke fremkom av tilbudet, eller som det ikke er objektive holdepunkter for å innfortolke i dette, vil det være fremsettelse av et nytt og forbedret tilbud dersom leverandørene gis muligheter til å komme med slike opplysninger.

Det avgjørende er ikke om leverandørens svar på oppdragsgiverens henvendelse har betydning for rangrekkefølgen av tilbudene, men om svaret fra leverandøren innebærer et nytt og forbedret tilbud sammenlignet med det opprinnelige tilbudet.

35.4.3 Lovlige avklaringer

I utgangspunktet kan oppdragsgiveren avklare alle typer opplysninger og be om ettersending av alle typer dokumentasjon så lenge det ikke medfører en forbedring av tilbudet.

Oppdragsgiveren må vurdere konkret i hvert enkelt tilfelle hvilke opplysninger han kan be om og hvilke opplysninger som medfører en forbedring av leverandørens tilbud.

Oppdragsgiveren kan for eksempel be om dokumentasjon som bekrefter opplysninger angitt i tilbudet. Oppdragsgiveren kan også sende en nøytral forespørsel for å avklare sin forståelse om at noe er inkludert eller ikke inkludert i tilbudet. Dersom oppdragsgiveren er usikker på akkurat hva som ligger i tilbudet, fordi det inneholder motstridende opplysninger eller åpenbare feil kan oppdragsgiveren også henvende seg til leverandøren for å avklare hva som er ment tilbudt.⁵⁰⁰

Oppdragsgiveren kan imidlertid ikke anmode om å motta manglende opplysninger eller dokumentasjon dersom han i anskaffelsesdokumentene har angitt at det vil føre til avvisning dersom opplysningene eller dokumentasjonen ikke innleveres innen tilbudsfristens utløp. Oppdragsgiveren skal følge de regler han selv har fastsatt i konkurransen. Dette følger av det grunnleggende kravet til forutberegnelighet.

Dersom leverandørene, etter å ha mottatt en henvendelse om ettersending og avklaring fra oppdragsgiveren, gir opplysninger som medfører en forbedring av tilbudet, kan oppdragsgiveren ikke se hen til disse opplysningene ved evalueringen av tilbudene.

35.4.3.1 Eksempler på lovlige og ulovlige avklaringer av tilbudet

Et eksempel på en lovlig avklaring er der leverandøren i en konkurranse om bygging av skole med medfølgende uteplass kun har oppgitt i tilbudet at *"byggingen av skolen kan oppføres til en totalpris på 50 millioner kroner"*. Oppdragsgiveren kan her ha behov for å få klarlagt at prisen også inkluderer tilretteleggingen av uteplassen, selv om dette ikke står eksplisitt. Dette vil være en lovlig avklaring, dersom leverandør bekrefter at dette er korrekt. Dersom leverandør avkrefter og kommer med tilleggspriser på tilrettelegging av uteplass, så vil avklaringen ikke være lovlig da tilretteleggingen av uteplassen da åpenbart ikke var en del av det opprinnelige tilbudet og følgelig inneholdt vesentlige avvik.

Et annet eksempel på en lovlig avklaring er der leverandøren har gitt et tilbud der leverandørens beskrivelser av løsninger, arbeidsmetoder og materialer er knapp og oppdragsgiver derfor ønsker en utfyllende eller nærmere beskrivelse av hva som ligger i de tilbudte løsningene, arbeidsmetodene og materialene. Leverandøren kan ikke tilby nye løsninger, men de løsningene som allerede er tilbudt kan utdypes og forklares nærmere.

⁵⁰⁰ Oppdragsgiveren har i tillegg adgang til rette opp åpenbare feil i tilbudet uten å kontakte leverandøren. Forutsetningen er da at feilen er åpenbar og at det er utvilsomt hvordan denne skal rettes. Siden oppdragsgiveren har adgang til å ta kontakt med leverandørene for å avklare opplysninger, vil det som regel være lurt å sende en forespørsel til leverandøren for å sjekke.

Et tredje eksempel er der leverandørene skal konkurrere på tilbudt personells erfaring og kompetanse. Oppdragsgiveren kan anmode om at CVen til en tilbudt person ettersendes dersom denne mangler eller dersom feil CV er vedlagt. Dette fordrer at personen som CVen knytter seg til er tydelig angitt i tilbudet. Personens erfaring og kompetanse er da allerede tilbudt og en ettersending av CVen vil ikke forbedre tilbudet. Forholdet vil derimot stille seg annerledes dersom leverandøren ved ettersendelsen av CVen, velger å tilby en annen person eller tilbyr en annen person i tillegg. Denne informasjonen lå ikke i det opprinnelige tilbudet og det vil ikke være tillatt å se hen til denne informasjonen.

35.4.3.2 Særlig om vesentlige avvik

Etter § 24-8 først ledd bokstav b har oppdragsgiveren plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Hvilke avvik som skal regnes som "*vesentlige*" må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Vurderingen må foretas ut fra en sammenligning av det som er tilbudt og de krav/bestemmelser som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene. Det vil være den konkrete betydningen av det aktuelle avviket som er avgjørende for om det skal anses som vesentlig. Av KOFA sin praksis fremgår det at det ved denne vurderingen blant annet skal legges vekt på hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Hvis tilbudet avviker fra kravspesifikasjonene på flere steder, som isolert sett ikke er å anse som vesentlige, kan avvikene likevel samlet sett medføre at avviket er vesentlig.

Etter § 24-10 annet ledd har oppdragsgiveren mulighet til å utsette avgjørelsen om avvisning til "*han har foretatt eventuelle avklaringer etter § 23-5*". Oppdragsgiveren kan altså be om ettersending og avklaring av dokumentasjon knyttet til tilbud som inneholder vesentlige avvik for å avklare om det foreligger et vesentlig avvik. Dersom det etter avklaringen viser seg at avviket er vesentlig må oppdragsgiver avvise tilbudet.

35.5 Krav til forespørselen om ettersending eller avklaring

Dersom oppdragsgiveren anmoder om at relevante opplysninger eller dokumentasjon ettersendes, suppleres, avklares eller utfylles må han opptre i overensstemmelse med likebehandlingsprinsippet. Kravene til oppdragsgiverens handlemåte avhenger av hvorvidt han har foretatt en evaluering og rangering av tilbudene.

Dersom han ikke har evaluert og rangert tilbudene må anmodningen rettes mot alle virksomheter som er i samme situasjon i konkurransen. Dette innebærer at oppdragsgiveren ikke kan avvise en leverandør med den begrunnelse at tilbudet mangler dokumentasjon, og samtidig anmode en annen leverandør om å innsende dokumentasjon eller supplerende opplysninger.

Dersom oppdragsgiveren velger å anmode om avklaring eller ettersending av enkelte dokumenter eller opplysninger må han be om dette for alle punkter som skal suppleres, presiseres eller klargjøres. Oppdragsgiveren kan med andre ord ikke be om at noen uklare opplysninger avklares, og så avvise tilbudet basert på andre opplysninger som han ikke har bedt om å få klargjort⁵⁰¹.

⁵⁰¹ [Sak C-599/10 \(SAG Elv Slovensko\)](#), premiss 44.

35.6 Har oppdragsgiveren en plikt til å avklare?

Det er leverandørene som har risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. § 23-3. Selv om oppdragsgiveren har rett til å anmode om ettersending eller avklaring fra leverandøren, har han som hovedregel ikke plikt til å kontakte en leverandør for å be om ettersending eller avklaring i de tilfellene der det foreligger upresise eller manglende opplysninger eller dokumenter.

De grunnleggende prinsippene kan likevel i visse tilfeller tilsi at oppdragsgiveren må foreta avklaringer eller etterspørre tilleggskommunikasjon. For eksempel kan det utfra prinsippet om likebehandling være en plikt til å avklare der ufullstendigheter eller uklarheter i tilbudet skyldes mangler eller uklarheter i oppdragsgivers konkurransegrunnlag.⁵⁰²

KOFA-sak

[KOFA-sak 2009/9](#)

Saken gjaldt en anskaffelse av ulike renholds- og sanitærprodukter, herunder toalettpapir. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget at toalettrollenes lengde skulle oppgis. Ved evalueringen av tilbudene la oppdragsgiver feil lengde til grunn. Klager mente at innklagede hadde hatt en plikt til å avklare lengden på rollene før evalueringen.

KOFA uttalte at oppdragsgiver ensom hovedregel ikke har plikt til å foreta avklaringer. De uttalte videre at det likevel i nemndas praksis er lagt til grunn at oppdragsgiveren i visse tilfeller kan ha en plikt til å avklare, eksempelvis dersom konkurransegrunnlaget er uklart utformet. KOFA la til grunn at det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at det skulle oppgis hvor mange meter hvert enkelt av de tilbudte rollene hadde og at dette burde fremgått siden det var av betydning for innklagedes evaluering. KOFA kom derfor til at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved å ikke avklare lengden med klager slik at de kunne legge riktig antall meter til grunn i evalueringen.

36 Avvisning

36.1 Om avvisningsreglene

36.1.1 Innledning

Avvisningsreglene er delt opp i tilfeller hvor oppdragsgiveren plikter å avvise, og i tilfeller hvor oppdragsgiveren har en rett til å avvise. Utover reglene om avvisning er det i nytt regelverk kodifisert flere nye bestemmelser som presiserer rekkevidden av plikten og retten til avvisning. Disse reglene fulgte før av ulovfestet rett. Dette er reglene om

⁵⁰² [KOFA-sak 2009/9](#), premiss 75.

identifikasjonsadgangen, utskiftning av underleverandører, tiltak for å unngå avvisning ("self-cleaning"), avvisningsperiode og dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner.

Det er viktig å skille mellom regler om avvisningsplikt (obligatoriske avvisningsgrunner) og avvisningsrett (frivillige avvisningsgrunner), eller som også nevnt "skal" og "kan" avvisningsregler. Der oppdragsgiveren har en avvisningsplikt må han i utgangspunktet avvise en leverandør eller et tilbud hvis vilkårene for avvisning i "skal" bestemmelsen er oppfylt. Der oppdragsgiveren har en avvisningsrett, er det imidlertid opp til oppdragsgiverens skjønn å avgjøre om en leverandør eller et tilbud skal avvises.

36.1.2 Hensynene bak reglene

Avvisningsbestemmelsene har forskjellige formål. Noen bestemmelser ivaretar hensynet til oppdragsgiveren. Oppdragsgiveren skal ikke være forpliktet til å inngå kontrakt med en leverandør som ikke er i stand til å gjennomføre kontrakten på en forsvarlig måte og som foreskrevet av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget.

Andre bestemmelser ivaretar hensynet til leverandørene. De har krav på å bli behandlet likt gjennom hele anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiveren er derfor forpliktet til å avvise leverandører der dette er nødvendig for å sikre likebehandling av leverandørene, for eksempel der en leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene eller har fått en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes.

Flere av avvisningsbestemmelsene ivaretar imidlertid også hensyn av en mer samfunnsmessig karakter og er ikke begrunnet i forhold knyttet til den konkrete anskaffelsesprosessen. Eksempler på dette er bestemmelsene om avvisning av straffedømte leverandører og leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende betaling av skatter og avgifter. Slike bestemmelser skal skape insentiver for leverandørene til å overholde andre regelverk enn anskaffelsesregelverket. Bestemmelsene bidrar også til å sikre allmennhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Denne fremstillingen viser at det er flere hensyn som er sentrale ved avvisningsvurderingen. I mangfoldet av forskjellige hensyn som skal ivaretas må det likevel ikke glemmes at offentlige anskaffelser er et rettsområde hvor målet er å gjøre et godt innkjøp og regelverket skal være et virkemiddel for å sikre en god prosess.

36.1.3 Det nye europeiske egenerklæringsskjemaet og oppdragsgiverens undersøkelsesplikt

36.1.3.1 Om det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD)

Det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) er en erklæring fra leverandørene om at de oppfyller angitte kvalifikasjonskrav, og at det ikke foreligger grunner for avvisning på grunn av forhold ved leverandøren.

Etter tidligere regelverk var hovedregelen at avvisningsspørsmål knyttet til forhold ved leverandøren ble vurdert først, deretter tilbudene. Dette gjaldt uavhengig av hvilken prosedyre oppdragsgiveren valgte. Nytt regelverk og bruk av det nye ESPD innebærer at oppdragsgiveren kan, ved åpen anbudskonkurranse, velge om han først vil vurdere tilbudene og siden, når en vinner er funnet, undersøke om det er grunn til å avvise leverandøren. Dette innebærer at forhold ved leverandøren som skal eller kan føre til

avvisning i mange tilfeller først vil bli oppdaget senere i prosessen enn det som var tilfellet etter tidligere regelverk.

Oppdragsgiveren kan imidlertid kontrollere alle leverandørene, dersom dette er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på en korrekt måte. Det er for eksempel fornuftig å kontrollere om det foreligger grunner til avvisning ved tottrinnsprosedyrer, som begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, hvor det foretas en prekvalifisering av leverandøren. Det vises til veiledningen om det nye europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) i kapittel 25 som beskriver bruken av skjemaet.

Siden det er visse forskjeller mellom de norske avvisningsreglene og ESPD er det viktig at oppdragsgiveren og leverandøren setter seg grundig inn i hvordan skjemaet skal fylles ut.

36.1.3.2 Om oppdragsgiverens undersøkelsesplikt

Oppdragsgiveren er ikke underlagt en plikt til å undersøke nærmere om leverandøren har oppgitt riktig informasjon i ESPD. Oppdragsgiveren er kun forpliktet til å innhente og kontrollere de dokumentasjonsbevisene som han har etterspurt i anskaffelsesdokumentene.

Dersom egenerklæringsskjemaet er utfyllt på en korrekt måte og den dokumentasjonen som oppdragsgiveren har bedt om viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner er det ikke grunnlag for oppdragsgiveren til å undersøke forholdene nærmere.

Det er kun i den situasjonen der det er *uklart* om det foreligger en avvisningsgrunn at oppdragsgiveren skal undersøke nærmere. I slike tilfeller kan oppdragsgiveren be om ettersending av dokumentasjonsbevis, jf. § 23-5, fra en eller flere av leverandørene eller alle leverandørene, avhengig av de konkrete omstendighetene. For eksempel kan oppdragsgiveren be om ettersending fra en bestemt leverandør, dersom denne har fylt ut ESPD feil slik at det er uklart om det foreligger en avvisningsgrunn.

Eksempel

I en anbudskonkurranse har leverandørene fylt ut et ESPD og erklært at det ikke foreligger avvisningsgrunner. Ved gjennomføring av konkurransen gjør en av leverandørene oppdragsgiveren oppmerksom på et medieoppslag, der det fremkommer at en konkurrerende leverandør kan være i en situasjon som innebærer at vedkommende skal avvises.

I slike tilfeller skal oppdragsgiveren undersøke forholdene nærmere, eksempelvis ved å kontrollere nærmere dokumentasjonen som skal vise fravær av avvisningsgrunner. Her kan det være naturlig å be leverandøren om ettersending og avklaring etter § 23-5 slik at leverandøren får mulighet til å bevise at det ikke foreligger avvisningsgrunn.

I § 24-7 er det gitt regler om hvilken dokumentasjon oppdragsgiveren skal godta som bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner, eksempelvis politiattest og skatteattest. Se punkt 36.9 nedenfor.

36.1.4 Om den videre fremstillingen

Departementet vil i det følgende først gi veiledning om reglene om avvisning på grunn av formalfeil, jf. punkt 36.2.

Veiledningen tar videre for seg "skal" bestemmelsene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, inkludert om leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter, når det foreligger inhabilitet og avvisning av en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel, jf. punkt 36.3.

Veiledningen tar også for seg "skal" bestemmelsen om avvisning på grunn av at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for visse straffbare forhold, jf. punkt 36.3.6.

Videre omhandler teksten fremgangsmåten ved avvisning, jf. punkt 36.4.

Bestemmelsene om identifikasjon, utskiftning av underleverandører, tiltak for å unngå avvisning, avvisningsperiode og dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner, omtales under punkt 36.5 til 36.9.

Departementet vil komme tilbake med veiledning til "kan" avvisningsgrunnene i § 24-2 tredje ledd, reglene om avvisning om forhold ved tilbudet i § 24-8 og reglene om unormalt lave tilbud i § 24-9.

36.2 Avvisning på grunn av formalfeil

36.2.1 Innledning

§ 24-1 gjelder avvisning på grunn av forhold som har karakter av formalfeil og ikke leverandørens evne og egnethet til å gjennomføre kontrakten.

Innholdet i bestemmelsen må ses i lys av at det nye anskaffelsesregelverket innfører krav til bruk av elektronisk kommunikasjon i gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Den nye hovedregelen blir at all informasjonsutveksling skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Regelen har foreløpig kun trådt i kraft for innkjøpssentraler⁵⁰³. For statlige oppdragsgivere vil kravet gjelde fra 1. januar 2018, mens kravet vil tre i kraft 1. juli 2018 for andre oppdragsgivere, inkludert kommuner og fylkeskommuner. Det er gitt overgangsregler om hvilke kommunikasjonsregler som gjelder frem til de angitte fristene i § 32-2.

Bestemmelsen må også ses i lys av § 23-5 og muligheten for oppdragsgiveren til å be leverandørene om å ettersende eller avklare mottatte opplysninger og dokumentasjon dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler.

36.2.2 Tilbudet er ikke mottatt innen tilbudsfristen

Oppdragsgiveren *skal* avvise en leverandør eller et tilbud når tilbudet ikke er mottatt innen tilbudsfristen, jf. § 24-1 første ledd bokstav a.

⁵⁰³ Jf. definisjonen i § 4-3 bokstav a.

Bakgrunnen for denne regelen er likebehandlingsprinsippet. En leverandør som leverer sitt tilbud for sent kan få en urimelig fordel. Det er risiko for at han kan ha fått kjennskap til innholdet i øvrige tilbud og dermed kan ha tilpasset sitt eget tilbud til dette.

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet blir levert i tide, også når forsinkelsen skyldes uforutsette omstendigheter som leverandøren ikke selv er skyld i. Selv et tilbud som er levert kort tid etter tilbudsfristens utløp skal avvises. Det vil i utgangspunktet heller ikke være mulig å ta et for sent levert tilbud i betraktning når forsinkelsen skyldes oppdragsgivers forhold, men dette kan føre til at oppdragsgiver må avlyse konkurransen.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2008/25](#)

Oppdragsgiveren gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for innkjøp av gjerdemateriell til tre reingjerder i Finnmark. I konkurransegrunnlaget var det oppgitt feil frist for levering av tilbud. Tilbydere leverte tilbud i henhold til fristen i konkurransegrunnlaget og ble avvist. Klagenemnda fant at oppdragsgiveren ikke skulle ha avvist tilbudet som for sent inkommet, men at konkurransen i stedet skulle vært avlyst og kunngjort på nytt. Klagenemnda antok at vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse var oppfylt.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2008/89](#)

Tilbudet var ikke mottatt innen tilbudsfristen, men forsinkelsen skyldtes oppdragsgiverens feil. Klagenemnda vurderte derfor om det var grunn for å gjøre unntak fra hovedregelen om at tilbudene må være oppdragsgiveren i hende før utløpet av den fastsatte tilbudsfristen, men fant ut at dette er en så viktig regel at det ikke bør gjøres unntak fra den. Nemnda påpekte imidlertid at oppdragsgiveren kunne være erstatningsansvarlig.

36.2.3 Forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel

Oppdragsgiveren *skal* avvise en leverandør eller et tilbud når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel, jf. § 24-1 første ledd bokstav b.

Frem til reglene om elektronisk kommunikasjon i forskriften kapittel 22 trer i kraft, jf. § 32-2 annet ledd, kan oppdragsgiver velge mellom følgende kommunikasjonsmidler:

- elektroniske kommunikasjonsmidler i samsvar med forskriften kapittel 22
- ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter
- en kombinasjon av disse kommunikasjonsmidlene.

Etter at reglene om elektronisk kommunikasjon i forskriften kapittel 22 har trådt i kraft vil det være obligatorisk å levere og motta tilbud elektronisk. Oppdragsgiveren er da forpliktet til å avvise forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud som er levert i strid med disse reglene.

Ved mottak av forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud, skal oppdragsgiveren sikre at innholdet holdes fortrolig. Oppdragsgiveren har også plikt til ikke å undersøke innholdet i forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud før fristen for levering har gått ut. Dette er viktig for å sikre at leverandørene behandles likt.

Manglende oppfyllelse av kravene til kommunikasjonsmiddel er obligatorisk avvisningsgrunn. Hvis en leverandør velger å levere tilbudet på e-post, når dette skal leveres i papir i resepsjonen, så skal det føre til avvisning.

36.2.4 Forespørselen om å delta i konkurransen er ikke mottatt innen fristen

Oppdragsgiveren *kan* avvise når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er mottatt innen fristen, jf. § 24-1 annet ledd bokstav a.

Situasjonen der en forespørsel blir levert for sent, skiller seg vesentlig fra situasjonen der et tilbud blir levert for sent, jf. punkt 36.2.2. I sistnevnte tilfelle er det en risiko for at selve tilbudet kan endres etter utløpet av tilbudsfristen slik at leverandøren kan få en konkurransemessig fordel. Dette begrunner en absolutt avvisningsplikt. En slik risiko foreligger ikke ved for sent innkomne forespørsler om å delta i konkurransen.

Denne bestemmelsen gir oppdragsgiveren fleksibilitet, og han vil alltid kunne velge å avvise en leverandør som leverer forespørsel om å delta i konkurransen for sent.

36.2.5 Forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet oppfyller ikke kravene til utforming

Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller kravene til utforming som oppdragsgiveren har fastsatt, jf. § 24-1 annet ledd bokstav b.

Oppdragsgiveren kan ha visse krav til hvordan forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet skal se ut. Eksempelvis kan oppdragsgiveren angi en mal eller en nærmere instruks om hvordan forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet skal utformes. Det samme gjelder for det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) der utfyllingen skal skje i samsvar med oppdragsgivers krav som angitt i anskaffelsesdokumentene.

36.3 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren – de obligatoriske avvisningsgrunnene

36.3.1 Innledning

§ 24-2 gjelder avvisning på grunn av forhold ved leverandøren og er knyttet til leverandørens egnethet som kontraktspart og dens kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Noen av disse avvisningsgrunnene er obligatoriske mens andre er frivillige. De fleste avvisningsgrunnene var også å finne i tidligere regelverk mens enkelte er nyvinninger i norsk rett, som for eksempel bestemmelsen om avvisning av en leverandør som er dømt for hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme.

Der oppdragsgiveren har en avvisningsplikt skal han *i utgangspunktet* avvise en leverandør hvis vilkårene for avvisning i bestemmelsene er oppfylt. Det eneste unntaket som kan gjøres er når det foreligger allmenne hensyn, som gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren. Unntaksbestemmelsen skal tolkes restriktivt.

Her er det imidlertid viktig å være oppmerksom på at selv om det foreligger en avvisningsgrunn kan leverandøren ha gjennomført "self-cleaning" tiltak, som viser at leverandøren likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart. I slike tilfeller skal oppdragsgiveren unnlate å avvise.

Forholdsmessighetsprinsippet setter også grenser for oppdragsgiverens handlefrihet og har betydning i de tilfellene hvor anskaffelsesregelverket åpner for oppdragsgiverens egne valg og vurderinger. Den obligatoriske bestemmelsen om avvisning for visse straffbare forhold i § 24-2 annet ledd gir eksempelvis lite handlefrihet for oppdragsgiveren, sammenlignet med bestemmelsen om avvisning der skatter eller avgifter ikke er betalt i § 24-2 første ledd bokstav b, som viser eksplisitt til at det skal gjøres en forholdsmessighetsvurdering.

Avvisningsbestemmelsene må ses i lys av oppdragsgiverens adgang til å foreta eventuelle avklaringer, innhente supplerende opplysninger m.m. etter § 23-5, jf. § 24-10 annet ledd.

36.3.2 Leverandøren oppfyller ikke kvalifikasjonskravene

Oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner, jf. § 16-1

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske og finansielle evnene til å gjennomføre kontrakten. Dette kan for eksempel være krav til faglig kompetanse eller økonomisk soliditet.

Kvalifikasjonskravene må være i tråd med de forutsetningene som gis i forskriften.⁵⁰⁴ For anskaffelser etter forskriften del III er det uttømmende opplistet hvilke kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav som kan brukes.⁵⁰⁵ Det er opp til oppdragsgiveren hvordan kvalifikasjonskravene skal anvendes i den konkrete anskaffelsen, inkludert om han ønsker å stille kvalifikasjonskrav, og i så fall hvilke.

⁵⁰⁴ Jf. § 8-7, §§ 16-1 til 16-3 og § 16-5.

⁵⁰⁵ Jf. § 16-1 første og annet ledd.

Se nærmere om kvalifikasjonskravene i kapittel 22.

De kravene som oppdragsgiveren stiller, vil være helt avgjørende for hvilke leverandører som kan delta i konkurransen. Hvis oppdragsgiveren velger å stille et kvalifikasjonskrav tilsier prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet at leverandøren må oppfylle kravet for å kunne delta i konkurransen. Oppdragsgiveren er derfor pålagt å avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. § 24-2 første ledd bokstav a.

Dersom oppdragsgiveren ut fra de dokumenter mv. som er innlevert kan se at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene skal leverandøren i utgangspunktet avvises. Det vises imidlertid til oppdragsgiverens adgang til å foreta eventuelle avklaringer, innhente supplerende opplysninger m.m. etter § 23-5, jf. § 24-10 annet ledd. Se nærmere om dette i punkt 36.4.4.

Eksempel

Oppdragsgiveren har lyst ut en åpen anbudskonkurranse. I anskaffelsesdokumentene er det stilt krav om dokumentasjon som bevis på at kvalifikasjonskravet "*erfaring fra minst tre tilsvarende prosjekter de siste tre årene*" er oppfylt. Innlevert dokumentasjon viser bare erfaring fra to tilsvarende prosjekter og leverandøren oppfyller dermed ikke kvalifikasjonskravet. Oppdragsgiveren henvender seg til leverandøren og ber om avklaring etter § 23-5, og leverandøren ettersender eller supplerer dokumentasjonen.

Dersom innsendt dokumentasjon viser at kvalifikasjonskravet er oppfylt kan leverandøren ikke avvises.

Viser innsendt dokumentasjon derimot at kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt, eller oppdragsgiveren ikke mottar noe dokumentasjon, skal leverandøren avvises.

36.3.3 Skatter, avgifter og trygdeavgifter er ikke betalt

36.3.3.1 Innholdet i bestemmelsen

Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør når oppdragsgiveren er kjent med at leverandøren ikke har betalt skatter, avgifter og trygdeavgifter, jf. § 24-2 første ledd bokstav b.⁵⁰⁶ Dette må være slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak. Forpliktelsen må være knyttet til den staten leverandøren er etablert, eller Norge. En leverandør anses som etablert i det land hvor han har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak. Før avvisning må oppdragsgiveren foreta en vurdering av om avvisningen vil være klart uforholdsmessig.

⁵⁰⁶ Bestemmelsen gjennomfører artikkel 57 nr. 2 og nr. 3 (delvis) i [direktiv 2014/24/EU](#). Som noe nytt i forhold til tidligere direktiv, gjøres det obligatorisk å avvise etter denne bestemmelsen.

Bestemmelsen ivaretar hensynet til gjennomføring av den konkrete kontrakten, ettersom manglende innbetaling av skatter og avgifter sier noe generelt om leverandørens integritet og økonomiske trygghet. Endelig er bestemmelsen med på å sørge for at leverandørene konkurrerer på like vilkår.

Det må være slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser. At en dom er rettskraftig innebærer at den ikke lenger kan bringes inn for en overordnet domstol. Dette innebærer at en eventuell ankesak må være avgjort før leverandøren kan sies å være rettskraftig dømt, og oppdragsgiver dermed får en plikt til å avvise. At et forvaltningsvedtak er endelig innebærer at det ikke lenger kan klages til et overordnet forvaltningsorgan, eller overprøves av domstolene.

Etter § 7-2 er det obligatorisk for oppdragsgiveren å kreve at den valgte leverandøren leverer skatteattest. Dette gjelder imidlertid bare for norske leverandører. En slik attest viser om leverandøren har restanser. Se nærmere om den praktisk fremgangsmåten ved fremleggelse av skatteattest som dokumentasjonsbevis for både norske og utenlandske leverandører under punkt 36.9.

36.3.3.2 Avvisningsplikten og prinsippet om forholdsmessighet

Bestemmelsen er obligatorisk og pålegger oppdragsgiveren å avvise en leverandør som er i en slik avvisningssituasjonen. Bestemmelsen må imidlertid tolkes i lys av prinsippet om forholdsmessighet, jf. ordlyden "... med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig." En beslutning om avvisning kan få store økonomiske konsekvenser for en leverandør. Beslutningen må derfor stå i forhold til selve handlingen som er grunnlag for avvisningen. Eksempelvis kan det være uforholdsmessig å avvise for ubetydelige restanser. Det samme gjelder der grunnen for at leverandøren ikke har oppfylt sine betalingsforpliktelser er at han ikke har fått informasjon om nøyaktig skyldig beløp og derfor ikke har hatt muligheten til å gjøre opp for seg, forut for fristen til å gi tilbud.⁵⁰⁷ Ordlyden om at avvisningen må være "*klart uforholdsmessig*" tilsier at unntaket fra hovedregelen skal tolkes snevert.

36.3.3.3 Avvisningsplikten og allmenne hensyn

Videre kan oppdragsgiveren unnlate å avvise når allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren, jf. § 24-2 fjerde ledd. Allmenne samfunnsmessige hensyn kan for eksempel være hensynet til sikkerhet, helse eller miljøvern. Et eksempel på slike allmenne hensyn kan være der oppdragsgiveren har behov for medisiner eller beredskapsutstyr som haster, og varene bare kan kjøpes fra den leverandøren som ellers skulle vært avvist.⁵⁰⁸

Formålet med unntaksbestemmelsen er å gi oppdragsgiveren muligheten til å inngå kontrakt hvor det er nødvendig i et ekstraordinært tilfelle. Det vil alltid være en konkret vurdering fra sak til sak hvilke samfunnsmessige hensyn som vil kunne sees på som allmenne hensyn. Unntaket skal tolkes restriktivt.

⁵⁰⁷ Jf. [direktiv 2014/24/EU](#), artikkel 57 nr. 3 annet ledd.

⁵⁰⁸ Jf. fortalen i [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 100.

36.3.3.4 Avvisningsplikten og "self-cleaning" tiltak

Endelig kan en leverandør ikke avvises, dersom han har satt i gang tiltak for å unngå avvisning. Eksempelvis betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale, jf. § 24-5 tredje ledd.⁵⁰⁹

Bakgrunnen for dette er likebehandlingsprinsippet, det vil si at en leverandør som har satt i verk avbøtende tiltak og dermed ønsker å "gjøre opp for seg" ikke bør behandles likt med en leverandør som fortsetter sin virksomhet uten å ta ansvar for sine misligheter.

36.3.4 Det foreligger inhabilitet som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak

Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 24-2 første ledd bokstav c.⁵¹⁰

Tilliten til offentlig sektor er et sentralt hensyn bak formålsbestemmelsen i § 1 i anskaffelsesloven. Det er viktig at de personene hos oppdragsgiver som bistår i anskaffelsesprosessen, ikke har slike bindinger til leverandørene at det kan reises tvil om beslutninger i anskaffelsesprosessen kun er basert på forretningsmessige hensyn. Dette er bakgrunnen for at § 7-5 inneholder en egen bestemmelse om habilitet, som igjen viser til bestemmelsene om habilitet i forvaltningsloven og kommuneloven.

Habilitetsreglene i forvaltningsloven og kommuneloven er utformet for å hindre at forvaltningens avgjørelser blir uriktige, fordi det blir tatt usaklige hensyn i saksbehandlingen. Reglene skal sikre at forvaltningens avgjørelser blir forberedt og truffet av personer som har en fri og ubundet stilling til de saker som behandles. Det er videre et hensyn at allmennheten skal ha tillit til at saksbehandlingen foretas av habile medarbeidere.

Kommuneloven § 40 nr. 3 bokstav b inneholder en viktig presisering om at dersom en som har tilrettelagt grunnlaget for en avgjørelse i kommunen eller fylkeskommunen også sitter i folkevalgte organer, kan vedkommende ikke delta i behandlingen av saken i det folkevalgte organet.

Kravet til habilitet er skjerpet i en konkurransesituasjon, og allmennheten må kunne ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert, samt at konkurransen er åpen og reell.⁵¹¹

Habilitetsspørsmål kan oppstå i anskaffelsesprosesser i ulike sammenhenger. Vennskap er et typisk forhold som kan reise spørsmål om det foreligger inhabilitet. Oppdragsgiveren skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet, jf. § 7-5 annet ledd.⁵¹² Han har dermed en aktiv plikt til å søke å forhindre at noen av hans ansatte har bindinger til leverandørene som kan føre til at det reises tvil om beslutninger i anskaffelsen. Hvis oppdragsgiveren identifiserer at det foreligger inhabilitet, skal oppdragsgiveren søke å avhjelpe situasjonen, for eksempel ved ikke å la den ansatte delta i anskaffelsesprosessen. Avvisning på grunn av inhabilitet skal altså være oppdragsgiverens siste utvei.

⁵⁰⁹ Gjennomfører artikkel 57 nr. 2 tredje ledd i [direktiv 2014/24/EU](#).

⁵¹⁰ Gjennomfører artikkel 57 nr. 4 bokstav e i [direktiv 2014/24/EU](#).

⁵¹¹ [KOFA-sak 2009/50](#), premiss 87.

⁵¹² Gjennomfører artikkel 24 i [direktiv 2014/24/EU](#).

Det er oppdragsgiveren som har bevisbyrden for at det ikke har vært mulig å treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet i en anskaffelsesprosess og at avvisning derfor er uunngåelig.

Oppdragsgiveren kan unnlate å avvise når allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren, jf. § 24-2 fjerde ledd. Allmenne samfunnsmessige hensyn kan for eksempel være hensynet til sikkerhet, helse eller miljøvern. Se nærmere beskrivelse av de allmenne hensynene under punkt 36.3.3.3.

KOFA-sak

I [KOFA-sak 2010/101](#) mente nemnda at prosjektleder hos oppdragsgiveren, som også hadde hatt en helt sentral og avgjørende rolle i forbindelse med valget av leverandøren, var inhabil som følge av nær vennskapelig kontakt med en eier og salgsleder hos den valgte leverandøren. Her viste KOFA til at det var snakk om vennskapelig kontakt, som hadde vart siden skoletiden. KOFA uttalte videre at kontakten mellom de aktuelle personene fremsto som et nært vennskap, ettersom prosjektlederen og den aktuelle personen hos den valgte leverandøren traff hverandre både i selskaperlige lag og reiste på årlige turer sammen.

KOFA-sak

I [KOFA sak-2008/172](#) hadde saksbehandler hos oppdragsgiveren tidligere vært ansatt hos en leverandør. KOFA viste til at ansettelsesforholdet lå åtte år tilbake i tid, og at saksbehandleren, etter det opplyste, ikke hadde hatt annen kontakt med selskapet enn at han holdt et foredrag for de ansatte i selskapet. Det forelå ikke inhabilitet.

Oppdragsgiveren skal opplyse om tilfeller av inhabilitet og hvilke avhjelpende tiltak som er gjennomført i anskaffelsesprotokollen, jf. § 25-5 andre ledd bokstav l.

36.3.5 Leverandøren har en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak

36.3.5.1 Innledning

Oppdragsgiveren kan innhente råd i forkant av en anskaffelse og ha dialog med markedet. Dialog mellom oppdragsgivere og leverandører er et godt redskap i forberedelsen av en anskaffelse for å skape den mest effektive konkurransen. Det er imidlertid viktig å sørge for at opplysninger som utveksles forut for konkurransen, ikke fører til at noen leverandører får urimelige konkurransefordeler i den etterfølgende konkurransen.

Ifølge § 24-2 første ledd bokstav d skal oppdragsgiveren avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel, som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 12-2.⁵¹³ En leverandør kan oppnå en urimelig konkurransefordel på flere ulike måter. For eksempel kan han ha fått tilgang til mer informasjon om anskaffelsen og oppdragsgiverens behov enn andre, som gjør han bedre i stand til å utforme sitt tilbud. Uttrykket "*urimelig konkurransefordel*" tilsier at hvilken som helst fordel ikke er nok, konkurransefortrinnet må være av en viss størrelse og betydning. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiveren gi ham en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevidning.

Oppdragsgiveren kan unnlate å avvise når allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren, jf. § 24-2 fjerde ledd. Allmenne samfunnsmessige hensyn kan for eksempel være hensynet til sikkerhet, helse eller miljøvern. Se nærmere beskrivelse av de allmenne hensynene under punkt 36.3.3.3.

Anskaffelsesprotokollen skal opplyse om tilfeller av konkurransevidning som følge av dialog med leverandører, og hvilke avhjelpende tiltak som er gjennomført, jf. § 25-5 annet ledd bokstav l.

36.3.5.2 Tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel

§ 12-2 pålegger oppdragsgiveren en plikt til å treffe egnede tiltak for å utjevne eventuelle fordeler leverandører har fått ved at de har gitt råd til oppdragsgiveren forut for en konkurranse eller har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte. Egnede tiltak vil blant annet være å sørge for at andre leverandører som deltar i konkurransen mottar de samme relevante opplysninger som er utvekslet med leverandøren i forberedelsen av konkurransen, eller å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne eventuelle fordeler, jf. § 12-2 annet ledd. Hvis oppdragsgiveren for eksempel har presentert fremtidige behov og planer for en anskaffelse i en dialogkonferanse med leverandører, bør denne presentasjonen være tilgjengelig for alle interesserte leverandører. På anskaffelser.no kan du lese mer om praktiske tips for å ivareta kravet til likebehandling ved dialog med leverandørene, inkludert når innleide rådgivere brukes for å bistå i planleggingsfasen.

⁵¹³ Gjennomfører artikkel 57 nr. 4 bokstav f i [direktiv 2014/24/EU](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0024).

Eksempel

Leverandøren oppnår en urimelig konkurransefordel ved å utarbeide en teknisk rapport i forbindelse med planleggingen av anskaffelsen. Dette kan utlignes ved å gi de øvrige leverandørene tilgang til den tekniske rapporten og ved at tilbudsfristen settes tilstrekkelig lang slik at de andre leverandørene får tid og mulighet til å sette seg inn i rapporten.

Tiltakene som kan utjevne en urimelig konkurransefordel må gjennomføres før innlevering av tilbudene. Når tilbudene har kommet inn og det viser seg at leverandøren har valgt å innlevere tilbud, er oppdragsgiverens handlingsrom begrenset.

Oppdragsgiveren bør derfor, særlig hvis leverandøren er brukt som rådgiver i planleggingen av anskaffelsen, forsøke å avklare med leverandøren om vedkommende skal delta i konkurransen, for så å ha muligheten til å kunne utjevne eventuelle fordeler den har hatt ved å bistå i planleggingen.

Ved andre mer åpne dialogaktiviteter, eksempelvis åpne møter og konferanser, er det naturligvis vanskelig å avklare med alle leverandørene om de senere skal delta i konkurransen. Her er det viktigste å behandle alle leverandørene likt og sikre at de leverandører som ikke har deltatt får tilgang til den samme informasjonen som de som har deltatt. Det er en konkret vurdering i hver enkelt sak, om en leverandør har oppnådd en urimelig konkurransefordel, og hvordan den eventuelt kan avhjelpes.

Rettsavgjørelse

[LB-2010-201985](#)

Et rådgivende ingeniørfirma, som hadde utført noen mindre forberedende prosjekteringsoppgaver, ble avvist fra anbudskonkurranse om prosjektering av jernbanestrekning.

Deler av rådgiverens arbeid ble utført parallelt med at tilbudsfristen for anbudskonkurransen løp. Lagmannsretten kom til at det som kom av tilleggsinformasjon i løpet av tilbudsfristen, var av beskjedent omfang og hadde begrenset betydning for den videre prosjekteringen. De andre leverandørene hadde derfor tid nok til å sette seg inn i dette tilleggsmaterialet, selv om fristen bare ble forlenget med knappe to uker. Retten mente videre at selv om det var uheldig at rådgiverens arbeid ble utført parallelt med at tilbudsfristen løp, kunne dette ikke i seg selv medføre utelukkelse fra konkurransen, med mindre det er holdepunkter for at vedkommende rådgiver ved dette har tilegnet seg en særfordel. Det var ikke påvist at leverandøren fikk noen særfordeler gjennom å utføre tilleggssarbeidene. Det forhold at leverandøren ved å arbeide tett opp mot oppdragsgiveren inn i konkurranseperioden, der det var en teoretisk mulighet for å påvirke prosjektet til egen fordel, kunne ikke være avgjørende så lenge det ikke var holdepunkter for at dette faktisk skjedde.

36.3.5.3 Før leverandøren avvises skal han få en mulighet til å uttale seg

Avvisning av en leverandør er en avgjørelse som kan ha stor økonomisk betydning for den enkelte leverandør. Derfor skal avvisning også være den siste utveien. Bestemmelsen stiller derfor krav til at oppdragsgiveren må gi en leverandør, som har deltatt i forberedelsen av konkurransen, en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridding. Dette kan for eksempel gjøres ved at oppdragsgiveren gir leverandøren et skriftlig varsel om at oppdragsgiveren vurderer situasjonen slik at det foreligger en avvisningsgrunn. Da får leverandøren anledning til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen likevel ikke vil medføre konkurransevridding.

Ingen av de andre avvisningsbestemmelsene regulerer leverandørens mulighet til kontradiksjon forut for at oppdragsgiveren treffer beslutningen om avvisning. Bakgrunnen er at oppdragsgiveren har plikt til å avhjelpe situasjonen og forebygge at leverandørene kommer i den situasjonen at de må avvises.

36.3.6 Leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for visse straffbare forhold

36.3.6.1 Innholdet i bestemmelsen

Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør når han er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold, jf. § 24-2 annet ledd:⁵¹⁴

- deltakelse i en kriminell organisasjon
- korrupsjon
- bedrageri
- terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- barnarbeid og andre former for menneskehandel.

Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlige ikke handler med leverandører som er i situasjoner som bestemmelsen beskriver.

36.3.6.2 De straffbare forholdene

De straffbare forholdene som nevnes er sammenfallende med straffbare handlinger som omfattes av norsk straffelov⁵¹⁵. Forholdene er av alvorlig karakter og det er viktig at det offentlige ikke inngår avtaler med slike leverandører. De straffbare forholdene angis generelt og er derfor ikke bare knyttet opp mot norsk straffelov. Leverandører som er dømt for disse straffbare forholdene i utlandet, skal også avvises.

Listen over de straffbare forholdene er uttømmende. Andre former for kriminalitet vil ikke medføre plikt til å avvise etter denne bestemmelsen, men kan imidlertid medføre rett til å avvise etter § 24-2 tredje ledd bokstav i.

Dersom oppdragsgiveren ved kontroll av dokumentasjonsbevis, det vil si en politiattest (for norske leverandører) eller en tilsvarende dokument (for utenlandske leverandører), oppdager at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for forholdene som nevnes i bestemmelsen inntreffer det en avvisningsplikt. Se nærmere om den praktiske fremgangsmåten ved fremleggelse av politiattest som dokumentasjonsbevis for både norske og utenlandske leverandører under punkt 36.9.

36.3.6.3 Vedtatt forelegg likestilles med rettskraftig dom

Avvisningsbestemmelsen er utformet slik at et vedtatt forelegg likestilles med rettskraftig dom. Dette var uklart etter tidligere anskaffelsesregelverk. En likestilling av et vedtatt forelegg med rettskraftig dom er et viktig redskap for å motvirke kriminalitet, bidra til allmennhetens tillit og skape like konkurransevilkår.

⁵¹⁴ Gjennomfører artikkel 57 (1) i [direktiv 2014/24/EU](#). Etter tidligere regelverk (både EU-direktivet og norske forskrifter) var det fire straffbare handlinger som kunne føre til avvisning, dvs. deltakelse i en kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri og hvitvasking av penger. Artikkel 57 i det nye direktivet tilføyer nye straffbare handlinger, dvs. terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktiviteter, finansiering av terrorisme og barnarbeid og menneskehandel.

⁵¹⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff ([straffeloven](#)).

36.3.6.4 Avvisningsplikten og unntak fra denne

Bestemmelsen pålegger oppdragsgiveren å avvise en leverandør som er i en av de angitte avvisningssituasjonene. Noen nærmere vurdering av om avvisning vil være forholdsmessig, gir bestemmelsen etter sin ordlyd ikke noe rom for.

Det kan gjøres unntak fra avvisningsplikten når allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren, jf. § 24-2 fjerde ledd. Allmenne samfunnsmessige hensyn kan for eksempel være hensynet til sikkerhet, helse eller miljøvern. Se nærmere beskrivelse av de allmenne hensynene under punkt 36.3.3.3.

36.3.6.5 Avvisningsplikten og "self-cleaning"

Endelig kan en leverandør ikke avvises, dersom han har satt i gang tiltak for å unngå avvisning. Eksempelvis betalt erstatning, samarbeidet med myndighetene og/eller foretatt omorganisering. Bakgrunnen for dette er likebehandlingsprinsippet. En leverandør som har satt i verk avbøtende tiltak og dermed ønsker å "gjøre opp for seg" bør ikke behandles likt med en leverandør som fortsetter sin virksomhet uten å ta ansvar for sine misligheter. Se nærmere om "self-cleaning" under punkt 36.7.

36.3.7 Når kan det avvises?

Avvisning kan skje for handlinger eller unnlatelser som er foretatt både før og under konkurransen, jf. § 24-2 femte ledd. Dette gjelder for samtlige avvisningsgrunner etter § 24-2.

Eksempel

En leverandør er ikke i en avvisningssituasjon når han leverer inn sitt tilbud, inkludert et utfylt ESPD. Ved gjennomføring av konkurransen ser oppdragsgiveren imidlertid omtale i mediene om at leverandøren nettopp har blitt dømt for en av de straffbare handlingene som er opplistet i § 24-2 annet ledd. Her må oppdragsgiveren undersøke forholdene nærmere og be om avklaringer etter § 23-5. Hvis det viser seg at leverandørens situasjon har endret seg slik at han nå finner seg i en avvisningssituasjon må oppdragsgiveren ta stilling til om vedkommende skal avvises.

36.4 Fremgangsmåten ved avvisning

36.4.1 Innledning

§ 24-10 beskriver hvordan oppdragsgiveren skal gå frem ved avvisning, både av leverandør og tilbud. Dette er en praktisk bestemmelse som nærmere beskriver tidspunktet for avvisning i første ledd, og oppdragsgiverens adgang til å foreta eventuelle avklaringer, innhente supplerende opplysninger m.m. i § 24-10 annet ledd. Tredje ledd pålegger oppdragsgiveren en plikt til å gi skriftlig begrunnelse for avvisningen.

Bestemmelsene om fremgangsmåten ved avvisning er nærmest identiske i forskriften del II og del III, bortsett fra at annet ledd i § 9-7 og § 24-10 er utformet forskjellig. Grunnen for

forskjellen er at adgangen til dialog etter del II styres av de nye tilbudsprosedyrene, mens avklaringsadgangen etter del III styres av bestemmelsen om ettersending og avklaring i § 23-5.

36.4.2 Når skal oppdragsgiveren ta stilling til avvisningsspørsmålet?

Oppdragsgiveren skal *snarest mulig* ta stilling til avvisningsspørsmålet, jf. § 24-10 første ledd. Bakgrunnen for dette er blant annet hensynet til forutberegnelighet. Et tilbud er bindende for leverandøren ut vedståelsesfristen, noe som er med på å binde opp ressurser for leverandøren. Dersom leverandøren eller tilbudet avvises vil leverandøren ikke lenger være bundet, og kan delta i nye konkurranser. Det er derfor viktig for leverandøren å få avklart raskt om han eller tilbudet blir avvist.

Kravet om at oppdragsgiveren skal ta stilling til avvisningsspørsmålet *snarest mulig* må tolkes i lys av de nye reglene om dokumentasjon. Etter tidligere regelverk var hovedregelen at avvisningsspørsmål knyttet til forhold ved leverandøren ble vurdert først, deretter tilbudene. Dette gjaldt uavhengig av hvilken prosedyre oppdragsgiveren valgte. På grunn av det nye europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD), der leverandørene i første omgang leverer en egenerklæring, vil forhold ved leverandøren som skal eller kan føre til avvisning i mange tilfeller først bli oppdaget senere i prosessen enn det som var tilfellet etter tidligere regelverk. Etter nytt regelverk kan oppdragsgiveren med andre ord først vurdere tilbudet og siden, etter at en leverandør er valgt, undersøke om det er grunn til å avvise leverandøren. Kravet om at oppdragsgiveren skal ta stilling til avvisningsspørsmålet *snarest mulig* må derfor tolkes i lys av de nye reglene slik at det ikke er noen plikt for oppdragsgiveren til å be leverandørene om å levere dokumentbevis fortest mulig etter tilbudsfristens utløp.

Når oppdragsgiveren blir oppmerksom på at det kan foreligge en avvisningsgrunn fører imidlertid kravet til at oppdragsgiveren skal ta stilling til avvisningsspørsmålet snarest mulig.

Oppdragsgiveren kan på ethvert tidspunkt i konkurransen be leverandørene om å levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene, dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på en riktig måte, jf. § 17-1 tredje ledd.

36.4.3 Når kan oppdragsgiveren avvise?

Avvisning kan skje på et *hvilket som helst tidspunkt* i anskaffelsesprosessen, jf. § 24-10 første ledd annet punktum.⁵¹⁶ Dette er en viktig presisering i lys av de nye reglene om ESPD.

Etter § 24-10 annet ledd første punktum kan oppdragsgiveren *utsette* avgjørelsen om avvisning til han har foretatt eventuelle avklaringer etter § 23-5, se punkt 36.4.4. Dette gjelder for alle typer anskaffelsesprosedyrer. Dette innebærer bl.a. at oppdragsgiveren kan be om ettersending og avklaring av dokumentasjon knyttet til tilbud som inneholder vesentlige avvik for å avklare *om det foreligger* et vesentlig avvik. Dersom det etter avklaringen viser seg at avviket er vesentlig må oppdragsgiveren avvise tilbudet. Dersom det etter avklaringen viser seg at avviket ikke er vesentlig er tilbudet med videre i konkurransen.

I en konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiveren *utsette* avgjørelsen om avvisning av tilbud til

⁵¹⁶ Gjennomfører artikkel 57 nr. 5 i [direktiv 2014/24/EU](#).

han har avsluttet forhandlingen eller dialogen i de tilfellene som er listet opp i § 24-8, med det viktige unntaket at oppdragsgiveren *ikke* kan utsette å avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. § 24-10 annet ledd annet punktum.

Avvisning kan skje i perioden etter at kontrakten er tildelt, men ikke signert. For eksempel fordi oppdragsgiveren først blir oppmerksom på at den vinnende leverandøren er i en avvisningssituasjon etter kontraktstildelingen. Dette kan skje på bakgrunn av at en leverandør, som ikke har nådd opp i konkurransen, klager til oppdragsgiveren og hevder at den vinnende leverandøren burde ha vært avvist.

Avvisningsbestemmelsene kan også få betydning for inngåtte kontrakter etter § 28-3 bokstav b. Ifølge denne bestemmelsen kan oppdragsgiveren si opp en kontrakt dersom leverandøren på tidspunktet for tildeling av kontrakten var i en situasjon som nevnt i § 24-2 annet ledd.

36.4.4 Kan oppdragsgiveren foreta avklaringer?

§ 24-10 annet ledd første punktum slår fast at oppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning til han har foretatt eventuelle avklaringer etter § 23-5. Denne bestemmelsen regulerer ettersendings- og avklaringsadgangen og fastsetter at oppdragsgiveren skriftlig kan be leverandørene om å ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist. Dette gjelder dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler.

For prosedyrer etter forskriften del III har oppdragsgiveren etter § 23-5 en utvidet adgang til å be om ettersending og avklaringer i forhold til tidligere regelverk. En utvidet ettersendings- og avklaringsadgang kan bidra til bedre og mer effektive anskaffelser ved at færre leverandører og tilbud må avvises på grunn av mangelfull dokumentasjon, feil, uklarheter eller lignende. Om innholdet i den nye bestemmelsen vises til kapittel 35 om ettersendings- og avklaringsadgangen i § 23-5.

For anskaffelser etter de nye prosedyrene i forskriften del II kan oppdragsgiveren ha dialog med leverandørene om alle sider ved tilbudet og andre mottatte dokumenter eller opplysninger, jf. § 9-3 først ledd.

Det er leverandørene som har risikoen for uklarheter i innsendt dokumentasjon. Selv om oppdragsgiveren har rett til å anmode om ettersending eller avklaring fra leverandøren, har han som hovedregel ikke plikt til å gjøre dette.

De grunnleggende prinsippene kan likevel i visse tilfeller tilsi at oppdragsgiveren må foreta avklaringer eller etterspørre tilleggsdokumentasjon. Utfra prinsippet om likebehandling vil det for eksempel kunne være en plikt til å avklare der ufullstendigheter eller uklarheter i leverandørens forespørsel om deltakelse eller tilbud skyldes mangler eller uklarheter i oppdragsgivers konkurransegrunnlag.⁵¹⁷

36.4.5 Skriftlig meddelelse om avvisning av leverandør

Etter § 24-10 tredje ledd skal oppdragsgiveren gi leverandøren en skriftlig meddelelse om at vedkommende er avvist med en kort begrunnelse. Hensynet bak regelen er blant annet hensynet til etterprøvbarhet. Begrunnelsen skal gjøre leverandøren i stand til å vurdere om

⁵¹⁷ [KOFA sak 2009/9](#).

han er avvist på riktig grunnlag, og om det er grunnlag for å ta skritt for å få beslutningen omgjort eller anskaffelsesprosedyren stanset.

36.5 Identifikasjon

36.5.1 Innledning

Nytt anskaffelsesregelverk inneholder en egen bestemmelse § 24-3 om adgangen til å identifisere mellom leverandøren og henholdsvis fysiske personer og andre selskap.⁵¹⁸ Identifikasjon innebærer at oppdragsgiveren sidestiller feil eller overtredelser begått av personer eller selskap, med feil eller overtredelser begått av leverandøren, slik at sistnevnte holdes ansvarlig.

Bestemmelsen pålegger oppdragsgiveren en plikt til å foreta identifikasjon dersom visse personer hos leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for de straffbare forhold som er listet opp i § 24-2. Videre gir bestemmelsen oppdragsgiveren fleksibilitet til å kunne bestemme om det er grunn til å foreta identifikasjon i flere tilfeller.

Utgangspunktet er at avvisningsbestemmelsene retter seg mot selve leverandøren, altså det rettssubjektet som inngir tilbud. Reglene om dokumentasjon og det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) retter seg for eksempel kun mot selve leverandøren, med noen få unntak.

Identifikasjonsadgangen ved avvisning i offentlige anskaffelser er ikke ny. Tidligere fulgte dette av ulovfestet rett.⁵¹⁹

Reglene om identifikasjon er identiske i forskriften del II og III, jf. § 9-5 sjette ledd. Veiledningen gjelder derfor for begge delene.

36.5.2 Identifikasjon mellom leverandøren og fysiske personer

36.5.2.1 Oppdragsgiverens plikt til å foreta identifikasjon

Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises for straffbare forhold etter § 24-2 annet ledd, skal oppdragsgiveren sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv, jf. § 24-3 første ledd. Dette betyr at det skal skje identifikasjon mellom selve leverandøren og straffedømte fysiske personer, for eksempel eiere, daglig leder, styremedlemmer mv.

Kravet om at det skal være *"en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer"* innebærer at personen det gjelder skal ha et visst ansvar i leverandørens virksomhet. Dette taler for at det ikke skal skje identifikasjon mellom en

⁵¹⁸ Første ledd gjennomfører artikkel 57 nr. 1 siste avsnitt i [direktiv 2014/24/EU](#). Annet og tredje ledd er særnorske bestemmelser, utformet for å gi oppdragsgiveren økt fleksibilitet til å foreta identifikasjon i flere situasjoner enn direktivet regulerer.

⁵¹⁹ Om tidligere regelverk se nærmere [Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 12. januar 2011](#).

leverandør og underordnet personell uten beslutnings- eller kontrollkompetanse. Dette kan likevel falle annerledes ut, der leverandøren har profitert på handlingene, og slike handlinger er uttrykk for en generell virksomhetskultur eller fremstår som et forsøk på å omgå avvisningsreglene.

KOFA har flere ganger tatt stilling til spørsmålet om identifikasjon mellom leverandøren og fysiske personer:

KOFA-sak

[KOFA-sak 2009/28](#) fant nemnda at en straffedømt person hadde en så sentral stilling i selskapet at det var grunnlag for identifikasjon med leverandøren, og at leverandøren med rette var avvist. Dette ble blant annet begrunnet i at denne personen hadde myndighet til å representere leverandøren utad og fremstod som daglig leder eller nøkkelperson. I tillegg hadde denne personen tette familiære forbindelser til aksjonærene i selskapet. KOFA uttalte følgende (premiss 28):

"Det er således klagenemndas oppfatning at ikke bare ledere, men også nøkkelpersoner i virksomheten med oppgaver som knytter seg til forberedelsen av tilbud eller utførelsen av oppdrag for det offentlige, vil kunne anses som identifiserbare med selskapet for øvrig. Dette gjelder også i det tilfellet der vedkommende har en underordnet stilling, men allikevel er gitt oppgaver som er sentrale for driften av selskapet."

KOFA-sak

[KOFA-sak 2013/111](#) gjaldt samme parter som i sak 2011/206. Det vil si oppdragsgiveren, leverandøren og A, som var rettskraftig dømt for korrupsjon. Klagenemnda uttalte at det hadde skjedd flere endringer i tilknytningen mellom A og valgte leverandør. Spørsmålet i saken var om det fortsatt var grunnlag for å identifisere valgte leverandør med A. Nemda kom frem til at det ikke var det og uttalte i premiss 25:

"I foreliggende sak var As ansettelsesforhold formelt avsluttet. Den eneste tilknytningen for ansettelsesforholdet, var at valgte leverandør etter avtale var forpliktet til å utbetale lønn i om lag et halvt år. Slik nemnda forstår sakens dokumentasjon på dette punktet, så forelå det ingen rett eller plikt til arbeid knyttet til utbetalingen. A har dermed ingen rolle som ansatt i valgte leverandørs foretak. At det i noen måneder skulle utbetales lønn uten rett eller plikt til arbeid, gir etter nemndas vurdering ikke grunnlag for å konstatere identifikasjon mellom valgte leverandør og As fysiske person, isolert sett."

KOFA-sak

[KOFA-sak 2011/206](#) fant nemnda at oppdragsgiveren burde ha foretatt identifikasjon mellom den valgte leverandøren og dens prosjektleder, som var rettskraftig dømt for korrupsjon. KOFA uttalte følgende (premiss 29-30):

"Når det gjelder endringene som ble gjort i relasjon til As praktiske funksjon i selskapet, er klagenemnda enig i at tiltakene formelt gir A en mer underordnet rolle hos [...] AS. Innklagede har opplyst at A ikke har signaturrett eller instruksjonsmyndighet for [...] AS. Det fremgår også av stillingsbeskrivelsen at A formelt sett er underordnet daglig leder. Dette kan tilsi at A er underlagt daglig leders kontroll og ikke har noen innflytelse på den daglige driften av selskapet. I følge stillingsbeskrivelsen skulle A heller ikke ha "nøkkelroller som representasjon, beslutningstaker eller kontrollerende funksjoner" i forbindelse med offentlige anskaffelser.

Etter stillingsbeskrivelsen referert i premiss (8) skal imidlertid A blant annet ha ansvar for innhenting av pristilbud, fakturering, fakturakontroll, og økonomisk oppfølging av anlegg og innkjøp. Dette tilsier at A fremdeles har en sentral administrativ rolle, selv om selskapet har skiftet navn og As eierandel er redusert til 25 %. A håndterer oppgaver i selskapet som er sentrale for selskapets drift. Det er også uklart hva begrensingen i relasjon til offentlige anskaffelser faktisk består i. Etter klagenemndas syn fremstår A som en person som fortsatt har en nøkkelrolle i selskapet. Sett i sammenheng med As eierandel og selskapsnettverket for øvrig, er klagenemnda kommet til at det må foretas identifikasjon mellom A og [...] AS. De tiltak som [...] AS har iverksatt er ikke er tilstrekkelig for å unngå identifikasjon."

36.5.2.2 Oppdragsgiverens mulighet til å foreta identifikasjon

Ved vurderingen av om en leverandør skal eller kan avvises for andre forhold etter de øvrige avvisningsreglene i § 24-2, kan oppdragsgiveren også sidestille feil eller overtredelser begått av personer som nevnt i første ledd, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv, jf. § 24-3 annet ledd.

Bestemmelsen gir dermed oppdragsgiveren muligheten til å kunne foreta en identifikasjon i flere avvisningstilfeller enn kun de som omfattes av første ledd (visse straffbare forhold). Eksempelvis der direktøren i et leverandørselskap har begått alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav i.

36.5.3 Identifikasjon mellom leverandøren og en annen juridisk person

Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter § 24-2, kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv, jf. § 24-3 tredje ledd. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

Bestemmelsen gir oppdragsgiveren dermed et handlingsrom til å kunne foreta identifikasjon mellom et leverandørselskap i et konsern og andre selskaper i samme konsern, for

eksempel mellom mor- og datterselskaper. Eksempelvis der et morselskap med dominerende innflytelse over leverandøren er straffedømt for et forhold som kvalifiserer til avvisning.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2013/69](#)

Leverandøren ble avvist fra konkurransen under henvisning til manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav om etterlevelse av menneskerettigheter. Oppdragsgiveren hadde foretatt en identifikasjon mellom leverandøren (et norsk aksjeselskap) og leverandørens søsterselskap (et israelsk selskap), som utførte tjenester på Vestbredden. Klagenemnda var ikke enig i oppdragsgivers vurdering og uttalte (premiss 36):

"Det kan ikke legges til grunn at det opplyste arbeidet, utført av klagers søsterselskap på Vestbredden, har direkte relevans for klagers egnethet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene i foreliggende anskaffelse, som gjelder vaktjenester ved Universitetet i Oslo. I relasjon til kontraktsgjenstanden og det forholdet som aktuelle avvisning knytter seg til, foreligger det heller ikke andre forbindelser mellom klager og [søsterselskapet] enn den selskapsrettslige tilknytningen."

Om to selskap skal identifiseres med hverandre er en konkret vurdering i hver enkelt tilfelle. Et viktig moment er omgåelsesbetraktninger, det vil si om nye leverandørselskap kan ha vært opprettet kun for det formålet å unngå avvisning. Et annet viktig moment er graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert eierskap, og om det er de samme personene som sitter i styret, eller har nøkkelroller i begge selskap.

36.6 Utskiftning av underleverandører

36.6.1 Innledning

Nytt anskaffelsesregelverk inneholder en rekke nye bestemmelser som regulerer bruken av underleverandører og setter krav til bruken av disse. Dette er blant annet for å ivareta hensynet til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold ved gjennomføringen av anskaffelser. En av disse nye bestemmelsene er § 24-4, som sier at oppdragsgiveren skal kunne kreve at leverandøren skifter ut underleverandører dersom det oppdages at underleverandøren er i en avvisningssituasjon.⁵²⁰ Dette gjelder både underveis i konkurransen og etter at kontrakt er inngått.

Det vil være avhengig av selve kontrakten hvorvidt oppdragsgiveren har behov for å kontrollere om underleverandørene er i en avvisningssituasjon. Det er derfor ikke gitt at oppdragsgiveren på kunngjøringstidspunktet har behov for å etterspørre informasjon om

⁵²⁰ Gjennomfører artikkel 71 nr. 6 bokstav b i [direktiv 2014/24/EU](#).

underleverandører i det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD). Bestemmelsen i § 24-4 omfatter imidlertid også den situasjonen som oppstår når oppdragsgiveren ikke har etterspurt informasjon om underleverandører i ESPD, men etter kontraktinngåelsen blir kjent med at leverandøren skal benytte en underleverandør, som kan være i en avvisningssituasjon. I sistnevnte tilfellet kan oppdragsgiveren kreve at leverandøren fremlegger dokumentasjon etter § 24-4 fjerde ledd.

Reglene for utskiftning av leverandør er identiske i forskriften del II og III, jf. § 9-5 sjette ledd. Veiledningen gjelder derfor for begge delene.

36.6.2 Utskiftning av underleverandør før kontraktsignering

Ifølge § 24-4 første ledd er oppdragsgiveren *pålagt* å kreve at leverandøren skifter ut underleverandøren, dersom oppdragsgiveren i løpet av konkurransen blir kjent med at underleverandøren er i en av følgende situasjoner:

- Den har ikke oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter, jf. § 24-2 første ledd bokstav b
- Det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 24-2 første ledd bokstav c
- Den har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel, jf. § 24-2 første ledd bokstav d
- Den er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for visse straffbare forhold, jf. § 24-2 annet ledd

Ifølge § 24-4 annet ledd har oppdragsgiveren *mulighet* til å kreve at leverandøren skifter ut underleverandøren, dersom oppdragsgiveren i løpet av konkurransen blir kjent med at en underleverandør er i en situasjon som nevnt i § 24-2 tredje ledd (de frivillige avvisningsbestemmelsene).

Både første og annet ledd omfatter situasjonen hvor oppdragsgiveren blir kjent med forholdene i løpet av konkurransen, det vil si før kontrakten er signert. Dersom oppdragsgiveren, før signeringen, ønsker å kontrollere om en underleverandør er i en avvisningssituasjon som nevnt i § 24-2, kan oppdragsgiveren kreve at det fremlegges dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner etter § 24-7. Eksempelvis skatteattest og politiattest.

36.6.3 Utskiftning av underleverandør etter kontraktsignering

Den situasjonen kan oppstå at oppdragsgiveren i konkurransefasen ikke etterspør informasjon om hvilke underleverandører leverandøren skal bruke, eller at leverandøren ikke har bestemt hvilke underleverandører som skal brukes. I slike situasjoner er det først etter at kontrakten er inngått at oppdragsgiveren kan bli kjent med at en underleverandør er i en avvisningssituasjon.

§ 24-4 tredje ledd omfatter derfor perioden *etter* kontraktsignering og sier at tilsvarende skal gjelde for underleverandører, som leverandøren engasjerer etter at kontrakt er inngått og som er i en av følgende avvisningssituasjoner:

- Den har ikke oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller vedtak, jf. § 24-2 første ledd bokstav b,
- Den er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for visse straffbare forhold, jf. § 24-2 annet ledd
- Den er i en avvisningssituasjon som nevnt i § 24-2 tredje ledd (de frivillige avvisningsbestemmelsene).

For underleverandører som blir engasjert etter at kontrakten er inngått, kan oppdragsgiveren kreve at leverandøren fremlegger attester eller annen dokumentasjon i stedet for egenerklæringer, jf. § 24-4 fjerde ledd.

36.6.4 Underleverandører som leverandøren skal støtte seg på

Reglene i § 24-4 om utskiftning av underleverandører skal ikke benyttes dersom det er snakk om underleverandører som leverandøren skal støtte seg på, jf. § 16-10. Dette presiseres i § 24-4 femte ledd. I slike tilfeller gjelder i stedet bestemmelsen i § 16-10 tredje ledd.

Ifølge § 16-10 tredje ledd skal oppdragsgiveren kontrollere at virksomhetene som leverandøren støtter seg på, oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, og at det for øvrig ikke foreligger grunner for avvisning. Oppdragsgiveren skal avvise leverandøren dersom en slik virksomhet ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, eller er i en av følgende situasjoner:

- Den har ikke oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig vedtak, jf. § 24-2 første ledd bokstav b,
- Det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 24-2 første ledd bokstav c,
- Den har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel, jf. § 24-2 første ledd bokstav d
- Den er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for visse straffbare forhold, jf. § 24-2 annet ledd

Oppdragsgiveren kan avvise leverandøren dersom en slik virksomhet er i en situasjon som nevnt i § 24-2 tredje ledd (de frivillige avvisningsbestemmelsene).

36.7 Tiltak for å unngå avvisning – "self cleaning"

36.7.1 Innledning

I § 24-5 listes det opp tiltak som leverandørene kan gjennomføre for å rydde opp etter seg ("self-cleaning") slik at oppdragsgiver ikke kan avvise, selv om det i utgangspunktet foreligger en avvisningsgrunn.⁵²¹

⁵²¹ Gjennomfører artikkel 57 nr. 6 i [direktiv 2014/24/EU](#).

Reglene om "self-cleaning" gir leverandøren en mulighet og et incentiv til å vise at han likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er likebehandlingsprinsippet. En leverandør som har satt i verk avbøtende tiltak og dermed ønsker å gjøre opp for seg bør ikke behandles likt med en leverandør som fortsetter sin virksomhet uten å ta ansvar for sine misligheter.

Muligheten for "self-cleaning" i offentlige anskaffelser er ikke ny. Tidligere fulgte dette av ulovfestet rett.⁵²²

Reglene om "self cleaning" er identiske i forskriften del II og III, jf. § 9-5 sjette ledd. Veiledningen gjelder derfor for begge delene.

36.7.2 Hvilke tiltak kan leverandøren gjennomføre for å unngå avvising?

Dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført visse tiltak, som viser at han likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart, kan oppdragsgiveren ikke avvise leverandøren, selv om det foreligger en av følgende avvissningsgrunner, jf. § 24-5 første ledd:

- Leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for visse straffbare forhold, jf. § 24-2 annet ledd
- Leverandøren har begått alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav c
- Leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav e
- Leverandøren har tidligere begått et vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav f
- Leverandøren for øvrig har begått alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav i

Tiltakene, som skal vise at leverandøren likevel har den nødvendige integriteten, er:

- betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,
- aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og
- truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.

⁵²² Om tidligere regelverk se nærmere [Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 12. januar 2011.](#)

36.7.3 Nærmere om tiltakene

36.7.3.1 Erstatning eller tilsagn om erstatning

Tiltaket går ut på at leverandøren skal bøte på situasjonen med å betale erstatning, eller gi tilsagn om erstatning, for å dekke eventuelle tap som har oppstått.

Eksempel

Leverandøren har begått vesentlig kontraktsbrudd i et tidligere kontraktsforhold med oppdragsgiveren og det foreligger en avvisningsgrunn etter § 24-2 tredje ledd bokstav f. Leverandøren har imidlertid dekket tapet som oppdragsgiver har lidt, eller gitt tilsagn om erstatning.

36.7.3.2 Samarbeid med myndighetene

Tiltaket oppfordrer til samarbeid med myndighetene for å klargjøre de faktiske omstendighetene.

Eksempel

Det foreligger avvisningsgrunn etter § 24-2 tredje ledd bokstav e siden leverandøren er under etterforskning hos konkurransemyndighetene for å ha inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen. Leverandøren er imidlertid den som har varslet om det ulovlige samarbeidet og samarbeider med konkurransemyndighetene for å klargjøre fakta og omstendigheter ved det ulovlige forholdet.

36.7.3.3 Egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak

Ordlyden i bokstav c om "egne tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser" er vid og åpner for en rekke tiltak. De som er opplistet har et tosidig formål. For det første skal de virke preventivt i den forstand at de skal forebygge gjentakelser. For det andre skal de forhindre at de personene som har vært involvert i handlingen eller unnlatelsen som har vært grunnlaget for avvisningen, har noen innflytelse over selskapet.

Tiltakene kan omfatte⁵²³:

- Omorganisering av selskapet slik at det har struktur og kontrollmekanismer som kan fange opp og forhindre overtredelser

⁵²³ Noen av disse tiltakene nevnes i premiss 102 i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#).

- Opprettelse av en intern revisjons- eller granskningsfunksjon for å kontrollere etterlevelse
- Bruk av eksterne kontrollører og/eller ekstern kontaktperson for varslere
- Personalmessige tiltak i form av avskjedigelse eller oppsigelse av personale og organisasjoner, som har vært involvert i misligheter. Alternativt flytte denne personen til en annen del av selskapet, sende vedkommende på holdningskurs, endre stillingsbeskrivelsen eller gi en advarsel.
- Periodisk rullering av personell i stillinger som er risikoutsatt for korrupsjon, eller å ha eksterne kontrollører
- Forebyggende tiltak, eksempelvis opplæring av ansatte
- Utforme interne regler om ansvar og erstatning.

36.7.4 Når er tiltakene tilstrekkelige?

Etter § 24-5 første ledd kan oppdragsgiveren ikke avvise en leverandør dersom vedkommende kan dokumentere å ha gjennomført tilstrekkelige "self-cleaning" tiltak.

Samtlige tiltak må være gjennomført, men kun i den utstrekning at de er *relevante* eller *praktisk mulige* å gjennomføre i de enkelte tilfellene. Eksempelvis kan det ikke forventes at leverandøren har betalt erstatning, eller gitt tilsagn om erstatning, jf. bokstav a, dersom vedkommende er dømt for korrupsjon og det ikke er noen å betale erstatning til. Tilsvarende kan det ikke forventes at leverandøren har aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta, jf. bokstav b, hvis det ikke er noen myndigheter å samarbeide med.

Tiltakene som listes opp i første ledd må derfor vurderes i lys av den konkrete avvisningssituasjonen slik at der det er relevant å gjennomføre ett eller flere tiltak, vil oppdragsgiveren måtte vurdere om tiltakene er tilstrekkelige og om leverandøren på den måten har oppnådd den nødvendige integriteten som kontraktspart.

Terskelen for når en leverandør har "*den nødvendige integriteten*" avhenger av selve anskaffelsen og hva den gjelder. Er oppdraget verdt mange millioner og krever langvarig lojalt samarbeid, er terskelen høyere sammenlignet med hva som kreves ved et engangsinnkjøp av kulepenner. Utgangspunktet er at det er oppdragsgiveren selv som er nærmest til å vurdere hva som vil være viktig for det konkrete innkjøpet og når en leverandør har "*den nødvendige integriteten*" som kontraktspart.

KOFA-sak

[KOFA-sak 2011/206](#)

Saken gjaldt en anskaffelse om rehabilitering av en skole. Nøkkelpersonen og aksjeeier i leverandørselskapet var rettskraftig dømt for grov korrupsjon. Etter domfellelsen hadde leverandørselskapet foretatt en omorganisering hvor denne nøkkelpersonen hadde solgt seg ned til 25% eierandel i selskapet. Selskapet hadde også foretatt endringer i stillingen til vedkommende slik at han fikk en mer underordnet rolle. Leverandørselskapet hevdet dermed å ha foretatt "self-cleaning" tiltak som gjorde at avvisning ville være uforholdsmessig.

Klagenemnda var ikke enig. Etter deres syn fremsto endringene som ble gjort i begrenset grad for å være reelle tiltak for "self-cleaning", da tiltakene primært fremsto som formelle tiltak for å unngå avvisning, og i liten grad var rettet mot å forhindre fremtidig korrupsjon. Avvisning av leverandøren ville dermed ikke vært uforholdsmessig på dette grunnlag.

Oppdragsgiveren skal se på leverandørens tiltak i lys av prinsippet om forholdsmessighet. Ved vurderingen skal oppdragsgiveren legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen, jf. § 24-5 annet ledd.

Etter § 24-5 annet ledd siste punktum skal oppdragsgiveren gi leverandøren en begrunnelse dersom han ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige. Begrunnelsen skal være utformet slik at det vil være mulig for leverandøren å kunne etterprøve om oppdragsgivers vurdering av tiltakene er foretatt i samsvar med regelverket og reglene fastsatt for konkurransen.

36.8 Avvisningsperiode

36.8.1 Innledning

Nytt anskaffelsesregelverk inneholder en egen bestemmelse i § 24-6, som nærmere regulerer lengden på perioden oppdragsgiveren kan stenge en leverandør ute fra anskaffelser.⁵²⁴ Bestemmelsen er relevant der leverandøren ikke har gjennomført "self-cleaning" tiltak etter § 24-5.

⁵²⁴ Bestemmelsen er en gjennomføring av artikkel 57 nr. 7 i [direktiv 2014/24/EU](#) hvor den maksimale utestengingsperioden er fastsatt til henholdsvis fem år fra datoen for den rettskraftige dommen, og tre år for de forholdene som er listet i artikkel 57 nr. 4. Ved gjennomføringen av direktivet i norsk rett ønsket departementet å gi oppdragsgivere mest mulig fleksibilitet til å vurdere selv hva som er passende utestengingsperiode innenfor direktivets rammer.

Begrensning i avvisningsperioden ved avvisning i offentlige anskaffelser er ikke ny. Tidligere fulgte dette av ulovfestet rett.⁵²⁵

Reglene om avvisningsperiode er identiske i forskriften del II og III, jf. § 9-5 sjette ledd. Veiledningen gjelder derfor for begge delene.

36.8.2 Avvisningsperioden for straffbare forhold

Ifølge § 24-6 første ledd kan oppdragsgiveren avvise en leverandør, som er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for visse straffbare forhold, i *inntil fem år* fra datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget.

Dette innebærer at oppdragsgiveren har mulighet til å vurdere hvor lenge leverandøren skal utestenges, men at dette må skje innenfor maksimumrammen på fem år. Hvis det har gått lengre tid enn fem år fra datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget så kan ikke leverandøren avvises.

Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at avvisningsperioden må stå i forhold til den straffbare handlingen. Når oppdragsgiveren vurderer avvisningsperiodens lengde bør det også ses hen til hvor lang tid som har gått siden leverandøren ble rettskraftig dømt eller vedtok et forelegg. Oppdragsgiveren bør også foreta en generell vurdering av konsekvensene ved en avvisning. Der markedet er konsentrert med få tilbydere kan det få uheldige utslag på prisen å utestenge en eller flere leverandører og dermed redusere konkurransen i markedet, sammenlignet med et velfungerende fragmentert marked.

36.8.3 Avvisningsperioden for visse andre forhold

Ifølge § 24-6 annet ledd kan oppdragsgiveren avvise en leverandør etter noen av de frivillige avvisningsbestemmelsene i *inntil tre år* fra den relevante hendelsen.

Dette gjelder følgende avvisningsgrunner, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav c, e, f og i:

- Leverandøren har begått alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5
- Leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen
- Leverandøren har tidligere begått et vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner
- Leverandøren har for øvrig begått alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet.

Dette innebærer at oppdragsgiveren har muligheten til å vurdere hvor lenge leverandøren skal utestenges, men at dette må skje innenfor maksimumrammen på tre år. Hvis det har gått lengre tid enn tre år fra datoen for den relevante hendelsen så kan ikke leverandøren avvises.

⁵²⁵ Om tidligere regelverk se nærmere [Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 12. januar 2011](#).

Tilsvarende som for første ledd tilsier forholdsmessighetsprinsippet at avvisningsperioden bør stå i forhold til handlingen eller unnlatelsen, som er grunnlaget for avvisningen. Oppdragsgiveren bør når han vurderer avvisningsperiodens lengde se hen til hvor lang tid som har gått siden den relevante handlingen eller unnlatelsen, som er grunnlaget for avvisningen. Oppdragsgiveren bør også foreta en generell vurdering av konsekvensene ved en avvisning. Se omtalen i punkt 36.8.2.

36.9 Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner

36.9.1 Innledning

En oppdragsgiver som skal kunngjøre en konkurranse etter forskriften del III må fylle ut det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) og gjøre det tilgjengelig sammen med kunngjøringen av konkurransen, jf. § 17-1. Vedkommende mottar deretter forespørsel fra leverandørene om å delta i konkurransen eller tilbud, sammen med et ferdig utfylt ESPD som fungerer som et foreløpig dokumentasjonsbevis. Deretter kan oppdragsgiveren vurdere om det er behov for å kontrollere den underliggende dokumentasjonen for alle leverandørene, eller kun kontrollere den valgte leverandøren. Det vises til punkt 36.1.3.2 ovenfor om oppdragsgiverens undersøkelsesplikt.

Bestemmelsen i § 24-7 beskriver hvilken type underliggende dokumentasjon oppdragsgiveren skal godta som bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner.⁵²⁶ Videre beskriver den hvordan oppdragsgiveren skal håndtere situasjonen som kan oppstå hvis dokumentasjonen ikke er tilgjengelig, eller den ikke dekker alle avvisningsgrunnene den er ment å dekke.

Reglene om dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner er identiske i forskriften del II og III, jf. § 9-5 sjette ledd. Hvis oppdragsgiveren bruker ESPD ved anskaffelser etter del II gjelder § 24-7. Hvis oppdragsgiveren bruker sitt eget egenerklæringsskjema gjelder § 8-10, som er tilpasset del II-prosedyrene.

Reglene om dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner må ses i lys av oppdragsgiverens adgang til å foreta eventuelle avklaringer, innhente supplerende opplysninger m.m. etter § 23-5, jf. § 24-10 annet ledd. For anskaffelser etter de nye prosedyrene i del II kan oppdragsgiveren ha dialog med leverandørene om alle sider ved tilbudet og andre mottatte dokumenter eller opplysninger, jf. § 9-3 første ledd. Se ovenfor under punkt 36.4.4.

For dokumentasjon ved anskaffelser over landegrenser innen EØS/EU-området er e-Certis et nyttig verktøy for både leverandører og oppdragsgivere. [E-Certis](#) er en åpen database, som inneholder en oversikt over de enkelte medlemsstatenes attester. Ved hjelp av e-Certis kan leverandører identifisere den dokumentasjonen som kan brukes i forbindelse med innlevering av tilbud eller forespørsel om deltakelse i et annet EØS- eller EU-medlemsland. Oppdragsgiveren kan også identifisere hvilken dokumentasjon de kan kreve og akseptere fra leverandører fra et annet EØS- eller EU-medlemsland.

⁵²⁶ Første ledd gjennomfører artikkel 60 nr. 2 i [direktiv 2014/24/EU](#). Annet ledd er delvis gjennomføring av artikkel 60 nr. 2 i direktivet, og delvis en særnorsk bestemmelse.

36.9.2 Vandelsattest (politiattest) eller tilsvarende dokument

Ifølge § 24-7 første ledd bokstav a skal oppdragsgiveren godta politiattest eller et tilsvarende dokument utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som tilstrekkelig bevis for at leverandøren ikke er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for følgende straffbare forhold:

- deltakelse i en kriminell organisasjon
- korrupsjon
- bedrageri
- terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- barnearbeid og andre former for menneskehandel

I Norge er det [Politiets enhet for vandelskontroll og politiattester](#) som utsteder politiattest.

Eksempel

I en anbudskonkurranse har leverandørene fylt ut et ESPD og erklært at det ikke foreligger avvisningsgrunner. Ved kontroll av politiattester for leverandørens nøkkelansatte ser oppdragsgiveren at en av de nøkkelansatte er straffedømt slik at leverandøren kan være i en avvisningssituasjon.

I slike tilfeller skal oppdragsgiveren undersøke forholdene nærmere, eksempelvis ved å stille spørsmål om hvilken rolle den straffedømte har i leverandørselskapet. Her kan det være naturlig å be leverandøren om ettersending og avklaring etter § 23-5 slik at leverandøren får mulighet til å bevise at det ikke foreligger avvisningsgrunn.

Med "et tilsvarende dokument" utstedt av et kompetent organ menes en attest, utstedt i utlandet, som viser at en utenlandsk leverandør ikke er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for de straffbare forholdene som nevnt ovenfor.

For det tilfellet at en norsk oppdragsgiver mottar en utenlandsk attest og lurer på om dokumentet er en politiattest så kan vedkommende slå opp i eCertis, som skal gi en oversikt over hvilke dokumenter i andre EØS- eller EU-land som tilsvarer en norsk politiattest.

36.9.3 Skatteattest

Ifølge § 24-7 første ledd bokstav b skal oppdragsgiveren godta en attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som tilstrekkelig bevis for at det ikke foreligger følgende avvisningsgrunner:

- leverandøren har ikke oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak, jf. § 24-2 første ledd bokstav b

- leverandøren har ikke oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som nevnt i kulepunktet ovenfor, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav a.

Etter § 7-2 er det obligatorisk for oppdragsgiveren å kreve at den valgte leverandøren leverer en skatteattest. Dette gjelder imidlertid bare for norske leverandører. Skatteattesten skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra fristen for å levere forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud.

Skatteattesten som skrives ut i Norge er en felles attest for skatt, merverdiavgift, arbeidsgiveravgift og trygdeavgift. Attesten bestilles igjennom [Altinn](#). Skatteattesten viser om leverandøren har restanser, men det fremkommer ikke av attesten om det foreligger en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak.

Der oppdragsgiveren, ved kontroll av skatteattest, ser at en leverandør har restanser, kan oppdragsgiveren i utgangspunktet avvise etter den frivillige avvisningsbestemmelsen i § 24-2 tredje ledd bokstav a. Oppdragsgiveren kan imidlertid også benytte seg av muligheten i § 23-5 om ettersending og avklaring av opplysninger og dokumentasjon og be leverandøren om en forklaring.

For det tilfellet at en norsk oppdragsgiver mottar en utenlandsk skatteattest og lurer på om dokumentet er en skatteattest så kan vedkommende slå opp i eCertis.

36.9.4 Attest som viser at leverandøren ikke er konkurs e.l.

Oppdragsgiveren skal godta en attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som tilstrekkelig bevis for at leverandøren ikke er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav b.

Norske leverandører kan henvende seg til [Brønnøysundregistrene](#) for å bestille en firmaattest eller en registerutskrift, som under temaet "særlige opplysninger" inneholder informasjon dersom det er åpnet konkurs, gitt varsel om tvangsoppløsning, tvangsoppløsning, eller virksomheten er under avvikling. Andre typer statuser vil også fremgå, f.eks. fusjon/fisjon, om virksomheten er under akkordbehandling eller gjeldsordning.

Se punktene 36.9.2. og 36.9.3 om muligheten for å benytte § 23-5 om ettersending og avklaring av opplysninger og dokumentasjon og bruk av eCertis.

36.9.5 Det europeiske egenerklæringsskjemaet eller en erklæring avgitt under ed/forsikring

§ 24-7 annet ledd omfatter situasjonen som oppdragsgiveren og leverandøren kan befinne seg i dersom det viser seg å være praktisk umulig for utenlandske leverandører å få tak i dokumentasjonen som nevnes i første ledd (for eksempel politiattest eller skatteattest). Det kan også hende at dokumentene som fremlegges ikke dekker alle avvisningsgrunnene de er ment å dekke. I slike tilfeller skal oppdragsgiveren godta det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) som tilstrekkelig bevis.

Oppdragsgiveren kan også kreve at leverandøren i stedet skal fremlegge en erklæring avgitt under ed eller en forsikring avgitt for et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den stat hvor han er etablert, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene.

Dette innebærer at oppdragsgiveren har en viss fleksibilitet til å vurdere hva som er den mest hensiktsmessige løsningen sett i lys av den konkrete anskaffelsen.

Likebehandlingsprinsippet forutsetter at leverandørene behandles likt i samme konkurranse, slik at hvis oppdragsgiveren bestemmer seg for å godta ESPD må samtlige leverandører kunne nøye seg med å fremlegge en slik erklæring.

37 Avslutning av konkurransen

37.1 Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse

37.1.1 Innledning

Det følger av § 25-1 at oppdragsgiveren skal meddele hvilken leverandør som tildeles kontrakten og gi en begrunnelse for hvorfor. Kravet om at oppdragsgiveren skal meddele og begrunne sine beslutninger må ses i lyset av det grunnleggende prinsippet i anskaffelsesloven § 4 om å sikre etterprøvbarehet i anskaffelsesprosessene. Hvorvidt leverandørene har mulighet til å etterprøve oppdragsgiverens beslutninger, avhenger i stor grad av begrunnelsesplikten. Begrunnelsen må derfor være av en slik art at det er mulig å kontrollere om oppdragsgiverens beslutninger er i samsvar med anskaffelsesreglene og de reglene som oppdragsgiveren har satt for gjennomføringen av konkurransen i anskaffelsesdokumentene.

37.1.2 Hvem skal motta meddelelsen?

Oppdragsgiveren skal skriftlig meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakten til alle de berørte leverandørene samtidig før kontraktingåelsen.⁵²⁷ Hvem som er berørte leverandører er nærmere definert i § 4-5 bokstav f. Berørte leverandører omfatter for det første omfatter alle leverandørene som har gitt tilbud i en åpen anbudskonkurranse. Dette innebærer at oppdragsgiveren skal sende meddelelse om valg av leverandør til alle leverandørene som har gitt tilbud i en åpen anbudskonkurranse. Dette gjelder også der en leverandør har fått tilbudet sitt avvist.

For det andre omfatter begrepet alle leverandørene som har gitt en forespørsel om å delta i konkurransen i en to-trinnsprosedyre (begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling, konkurransepreget dialog og konkurranse om innovasjonspartnerskap) og ikke har fått en meddelelse om at forespørselen er avvist eller forkastet. Dette innebærer at oppdragsgiveren skal sende meddelelsen om valg av leverandør til alle leverandørene som har gitt en forespørsel om å delta i konkurransen og har blitt invitert til å levere tilbud, med mindre de har blitt avvist i prekvalifiseringsfasen eller ikke har blitt valgt ut til å delta i videre konkurransen på bakgrunn av angitte kriterier eller regler for utvelgelse. Det er ikke et krav om at leverandøren har gitt et tilbud.

⁵²⁷ Jf. § 25-1 første ledd.

37.1.3 Meddelelsens innhold

Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget av leverandøren og angi en karensperiode.⁵²⁸ Begrunnelsen skal inneholde navnet på den valgte leverandøren og en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene.⁵²⁹ Begrunnelsen skal sette leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å vurdere om konkurransen har foregått i samsvar med anskaffelsesreglene og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel med midlertidig forføyning, klage eller stevning.

Kravet til begrunnelse innebærer at oppdragsgiveren skal beskrive hvilke konkrete egenskaper ved det valgte tilbudet som gjorde at det samlet sett kom best ut i evalueringen av tilbudene i henhold til de angitte tildelingskriteriene. Oppdragsgiveren må derfor gi en beskrivelse av hvordan det valgte tilbudet ble evaluert under hvert tildelingskriterium.

Begrunnelsesplikten innhold må avgjøres ut fra en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Jo mer skjønnsmessig et tildelingskriterium er utformet, jo strengere krav stilles det til begrunnelsen.⁵³⁰ I lys av forholdsmessighetsprinsippet stilles strengere krav til begrunnelsesplikten ved tildeling av større kontrakter enn ved mindre.

I en konkurranse med tildelingskriteriet beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet vil det ikke være tilstrekkelig å vise til at den vinnende leverandørens tilbud etter en samlet vurdering er det beste etter de fastsatte tildelingskriteriene. Det vil heller ikke være tilstrekkelig å vise til at tilbudet best oppfylte et bestemt kriterium. Det må også kort angis hva som skilte tilbudet fra de øvrige tilbudene.

KOFA-sak

I [KOFA-sak 2013/21](#) hadde innklagede i begrunnelsen angitt hvor mange poeng hver av tilbyderne hadde fått på de to tildelingskriteriene pris og kvalitet, opplyst hvordan poenggivningen var gjennomført på priskriteriet og redegjort for hva som var det enkelte tilbuds styrker og svakheter på de forhold som innklagede hadde angitt at skulle bedømmes under tildelingskriteriet kvalitet. I tillegg hadde innklagede også pekt på de faktorer som var avgjørende for at et tilbud på tildelingskriteriet kvalitet ble vurdert bedre enn et annet. KOFAs konklusjon var at innklagede med dette hadde oppfylt begrunnelsesplikten.

En del oppdragsgivere følger i dag en praksis med å vedlegge en vektingsmatrise/-modell for vurdering av tilbudene, som gir oversikt over hvilke poeng de enkelte tilbudene har oppnådd på de ulike tildelingskriteriene. Det vil ikke være tilstrekkelig bare å legge ved en slik matrise/modell. Der slik bakgrunnsmateriale blir laget, vil det fortsatt kunne være nyttig informasjon, da det forklarer de relative forskjellene mellom tilbudene. Men det vil ikke

⁵²⁸ Jf. § 25-1 først ledd annen setning.

⁵²⁹ Jf. § 25-1 annet ledd.

⁵³⁰ Se [KOFA sak 2013/21](#), premiss 71 og 72.

nødvendigvis forklare hvilke egenskaper det vinnende tilbudet har som har ført til den konkrete poenggivingen. En slik forklaring må fremgå av begrunnelsen.⁵³¹

KOFA-sak

I [KOFA-sak 2014/42](#) ble begrunnelsesplikten ansett oppfylt, selv om begrunnelsen ikke inneholdt opplysninger om den prisen som tilbudene ble evaluert på bakgrunn av. Saken gjaldt anskaffelse av barnevernstjenester. Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene pris (40 %) og oppgaveforståelse (60 %).

Klagenemnda viste til at det var gitt informasjon om evalueringsmodellen, egen skår og egen pris i begrunnelsen, slik at det ville være mulig å regne ut den laveste prisen, og bruke denne for å regne ut valgte leverandørs pris. Basert på dette, kom klagenemnda til at det var klart at innklagedes begrunnelse var tilstrekkelig til å oppfylle begrunnelsesplikten når det gjaldt priskriteriet.

KOFA-sak

I [KOFA-sak 2015/63](#) kom klagenemnda under til at den samlede begrunnelsen ga tilstrekkelig informasjon om hvorfor innklagede hadde kommet til at den valgte leverandørens tilbud var best ut fra tildelingskriteriene. Saken gjaldt en anskaffelse av fast- og mobiltelefontrafikk og teletjenester til NRK. Innklagede hadde i saken verken opplyst om valgte leverandørs samlede priser, en beskrivelse av evalueringsmodellen som var anvendt eller opplyst nærmere om tilbudenes poenguttelling. Det var imidlertid opplyst at klagers tilbud var mer enn 50 prosent dyrere enn valgte leverandørs tilbud. Fordi det var stor differanse mellom tilbudene, kom nemnda til at behovet for en mer utfyllende forklaring av innklagedes beregning av samlede priser ikke var like fremtredende som i de tilfeller med mindre differanse. Det var videre opplyst at det først og fremst var prissettingen av mobiltjenestene som hadde vært utslagsgivende. Det fremstod derfor som klart, basert på tildelingskriteriene, at det vinnende tilbudet var vurdert som best.

Generelt kan det ikke kreves at oppdragsgivere oppgir pris som del av begrunnelsen. Derimot må tilbydernes pris (totalpris eller evalueringspris) i utgangspunktet oppgis i en konkurranse om laveste pris. For oppdragsgiveren vil det vanligvis ikke være særlig byrdefullt å innta opplysninger om pris i begrunnelsen. I praksis er det derfor først og fremst kravet til hemmelighold av opplysninger av konkurransemessig betydning som begrenser begrunnelsesplikten i slike tilfeller (se nærmere omtale av dette i punkt 37.1.4 nedenfor).

⁵³¹ Se [KOFA sak 2009/106](#), premiss 43, og [KOFA sak 2010/120](#) premiss 38 flg.

Det kreves ikke at oppdragsgiveren i detalj skal redegjøre for sin fremgangsmåte ved evalueringen av tilbudene, eller for hvordan det vinnende tilbudet i detalj er vurdert i henhold til tildelingskriteriene. Formålet med begrunnelsen er å sette forbigåtte leverandører i stand til å vurdere om anskaffelsesprosessen har gått riktig for seg. Det er imidlertid ikke meningen at leverandørene skal settes i stand til å foreta en fullstendig overprøving av de vurderingene som oppdragsgiveren har foretatt.

Oppdragsgiveren er heller ikke forpliktet til å redegjøre for hvordan det vinnende tilbudet er vurdert sammenlignet med hvert enkelt av de øvrige tilbudene. Det er altså ikke et krav til oppdragsgiveren om å gi en individuell begrunnelse til hver enkelt leverandør. Oppdragsgiveren kan nøye seg med å sende ut en likelydende begrunnelse til de berørte leverandørene.

Uansett er det selvfølgelig ingenting til hinder for at leverandørene oppfordrer oppdragsgiveren til å gi en mer utdypende eller individuell begrunnelse, og oppdragsgiveren kan alltid velge å gi en slik nærmere begrunnelse på eget initiativ. Dette kan bidra til større forståelse for oppdragsgiverens valg. Leverandørene har imidlertid ikke et rettskrav på dette.

Det kan også legges til rette for leverandørutvikling uavhengig av begrunnelsesplikten. Oppdragsgivere kan for eksempel gi mer utdypende informasjon med henblikk på leverandørutvikling i form av oppfølgingsmøter etter at kontrakt er inngått, løpende i kontraktsperioden eller forut for arbeid med nytt konkurransegrunnlag.

Videre skal begrunnelsen inneholde en presis angivelse av den nøyaktige karensperioden som oppdragsgiveren har fastsatt for eventuelle klager.⁵³² Dette kravet innebærer at oppdragsgiveren på en utvetydig måte skal angi når karensperioden utløper. Typisk skjer dette ved at oppdragsgiveren angir dato og klokkeslett for tidspunktet for utløpet av karensperioden. Se nærmere omtale av karensperioden i punkt 37.2.

37.1.4 Unntak fra begrunnelsesplikten

Oppdragsgiveren kan i visse situasjoner unnta bestemte opplysninger fra begrunnelsen.⁵³³ Dette gjelder der utsendelse av opplysningene 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.

Unntakene innebærer en innskrenking av den alminnelige begrunnelsesplikten, og skal derfor tolkes innskrenkende. I utgangspunktet vil det derfor kun være i særlige tilfeller at oppdragsgiveren kan tilbakeholde opplysninger fra begrunnelsen.

Merk at selv om oppdragsgiveren etter § 25-1 tredje ledd *kan* unnta visse opplysninger fra begrunnelsen, kan oppdragsgiveren være *forpliktet* til å unnta visse opplysninger fra

⁵³² Jf. § 25-1 første ledd annen setning.

⁵³³ Jf. § 25-1 tredje ledd.

begrunnelsen etter andre regler. Dette gjelder særlig reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven.⁵³⁴ Oppdragsgiveren er også *forpliktet* til å gi innsyn i dokumenter etter offentlighetsloven.⁵³⁵ Reglene om taushetsplikt og offentlighet er nærmere omtalt i punkt 8.4.

37.1.5 Omgjøring av valg av leverandør

Oppdragsgiveren kan omgjøre beslutningen om valg av leverandør helt frem til kontrakten er inngått, dersom han finner at valget er gjort i strid med forskriften.⁵³⁶ Dette innebærer at leverandøren som i utgangspunktet ble tildelt kontrakten ikke har noe rettslig krav på å få kontrakten.

En melding om valg av leverandør innebærer ikke samtidig at de andre tilbudene avslås. Alle leverandørene er med andre ord bundet av sine tilbud helt til vedståelsesfristen har løpt ut eller at kontrakten er signert.

Kontrakten anses inngått først når begge partene har signert kontrakten.⁵³⁷

37.2 Karensperiode før inngåelse av kontrakt

37.2.1 Innledning

Oppdragsgiveren skal i meddelelsen om valg av leverandør angi en karensperioden.⁵³⁸ En karensperiode er tidsrommet mellom meddelelsen om valget av leverandøren og det tidspunktet oppdragsgiveren tidligst kan inngå kontrakten.⁵³⁹

Bestemmelsen om karensperiode har som formål å sikre en effektiv klageadgang og håndhevelse. Fastsettelsen av en karensperiode gir leverandørene tid til å vurdere om det er behov for å klage til oppdragsgiveren eller KOFA, eller begjære en midlertidig forføyning og få stanset kontraktsinngåelsen.

For leverandørene er det viktig å være oppmerksom på at karensperioden ikke er en "*klagefrist*". Selv om leverandøren klager på oppdragsgiverens meddelelse om kontraktstildelingen i karensperioden er det ikke sikkert at oppdragsgiveren rekker å besvare klagen før karensperioden utløper. En klage bør derfor sendes oppdragsgiveren så tidlig som mulig slik at han har anledning til å besvare klagen før utløpet av karensperioden. Dersom leverandøren klager, men ikke mottar svar fra oppdragsgiveren og karensperioden er ved å gå ut, vil det kunne være nødvendig å begjære midlertidig forføyning for å sikre at kontrakt ikke inngås før klagen er behandlet. Se nærmere om midlertidig forføyning i punkt 44.6.

⁵³⁴ Jf. § 7-4, jf. forvaltningsloven § 13.

⁵³⁵ Jf. § 7-3.

⁵³⁶ Jf. § 25-1 fjerde ledd.

⁵³⁷ Jf. § 25-1 femte ledd.

⁵³⁸ Jf. § 25-1 første ledd.

⁵³⁹ Jf. definisjonen i § 4-5 bokstav g.

Leverandøren er ikke forpliktet til først å klage til oppdragsgiveren før det tas rettslige skritt. Leverandøren er heller ikke avskåret fra å klage eller reise søksmål etter karensperiodens utløp. Dette vil kun være praktisk i tilfelle kontrakten ikke er inngått.

37.2.2 Karensperiodens varighet

Oppdragsgiveren skal som nevnt fastsette en karensperiode og kan ikke inngå kontrakten før etter utløpet av denne perioden. Det gjelder forskjellige krav til karensperiodens lengde avhengig av kontraktens art og verdi.

Ved anskaffelser etter forskriften del III skal karensperioden være minst 10 dager regnet fra dagen etter at meddelelsen om valget av leverandør er sendt. Dersom oppdragsgiveren har gjort unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon, skal karensperioden være minst 15 dager.⁵⁴⁰

Bestemmelsene om karensperioden varighet må ses i lys av at det nye anskaffelsesregelverket innfører krav til bruk av elektronisk kommunikasjon i gjennomføringen av offentlige anskaffelser, inkludert ved oversendelse av meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakten. Dersom oppdragsgiveren ikke stiller krav om elektronisk kommunikasjon og bruker for eksempel vanlig postgang istedenfor epost, skal karensperioden derfor være lengre (15 dager).⁵⁴¹

Karensbestemmelsene oppstiller en minimumsperiode. Det er ingenting i veien for at oppdragsgiveren fastsetter en lengre karensperiode. Dette betyr at oppdragsgiveren kan vurdere det slik i en konkret anskaffelse at det er hensiktsmessig å fastsette en karensperiode som er lenger enn minimumsperioden. Dette vil for eksempel være aktuelt ved mer kompliserte anskaffelser hvor leverandørene behøver lenger tid på å etterprøve oppdragsgiverens begrunnelse. Videre bør oppdragsgiveren også vurdere å gi mer romslige frister ved høytidsfeiringer som jul og påske og i fellesferien.

37.2.3 Når utløper karensperioden?

Alle frister i anskaffelsesregelverket skal beregnes i samsvar med forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen, jf. punkt 8.6. Hovedregelen er at alle frister i anskaffelsesregelverket regnes i kalenderdager, med noen få unntak som spesifiserer at fristene skal regnes i virkedager. Med virkedager menes alle dager som ikke er helligdager eller fridager, lørdager eller søndager.

Karensperioden løper fra dagen etter at meddelelsen er sendt. Dette gjelder uavhengig av om en leverandør mener at meddelelsen inneholder en utilstrekkelig begrunnelse.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Jf. § 10-2 annet ledd, § 25-2 første ledd og § 30-9 første ledd.

⁵⁴¹ Den nye hovedregelen blir at all informasjonsutveksling skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Regelen har foreløpig kun trådt i kraft for innkjøpssentraler. For statlige oppdragsgivere vil kravet gjelde fra 1. januar 2018, mens kravet vil tre i kraft 1. juli 2018 for andre oppdragsgivere, inkludert kommuner og fylkeskommuner. Det er gitt overgangsregler om hvilke kommunikasjonsregler som gjelder frem til de angitte fristene i § 32-2. Det er gitt nærmere informasjon om dette i kapittel 33.

⁵⁴² Jf. [NOU 2010: 2](#) punkt 7.3.2.

Leverandørene skal ha hele kalenderdager til å vurdere om det er grunnlag for å klage til oppdragsgiveren eller ta rettslige skritt.

Eksempel

Oppdragsgiveren meddeler samtlige leverandører at han vil inngå kontrakt med leverandør A. Denne meddelelsen sender han ut på epost 1. mai kl. 15:00. Karensperioden i dette tilfellet vil da være på minst 10 dager. Dette innebærer at karensperioden tidligst kan utløpe 11. mai kl. 24:00. Oppdragsgiveren velger å benytte seg av denne minimumsfristen. Dette betyr at oppdragsgiveren først kan inngå kontrakt med leverandør A etter 10 hele kalenderdager, dvs. tidligst 12. mai.

37.2.4 I hvilke tilfeller gjelder ikke kravet om karensperiode?

I visse tilfeller behøver ikke oppdragsgiveren å fastsette og overholde en karensperiode før inngåelse av kontrakten.

Dette gjelder i fire tilfeller⁵⁴³:

- når oppdragsgiveren ikke har plikt til å kunngjøre konkurransen, jf. §§ 13-3 og 13-4
- når den valgte leverandøren er den eneste berørte leverandøren
- når oppdragsgiveren tildeler kontrakter under en rammeavtale
- når oppdragsgiveren tildeler kontrakter under en dynamisk innkjøpsordning

37.2.4.1 Ikke plikt til å kunngjøre konkurransen

Dette gjelder bare tilfeller der oppdragsgiveren kan benytte anskaffelsesprosedyrene konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. § 13-3, og anskaffelse uten konkurranse, jf. § 13-4.

37.2.4.2 Bare en berørt leverandør

Kravet til karensperiode gjelder ikke når leverandøren som får tildelt kontrakten er den eneste berørte leverandøren. I disse tilfellene vil det ikke være andre deltakere i konkurransen som har en legitim interesse i å motta meddelelsen om tildeling og dra fordel av karensperioden. Dette vil for eksempel være tilfellet når oppdragsgiveren i en åpen anbudskonkurranse kun mottar ett tilbud.

37.2.4.3 Tildeling av kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning

Kravet til karensperiode gjelder ikke ved tildeling av kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning

Dersom oppdragsgiveren bruker unntaket for kontrakter tildelt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning er det imidlertid en risiko for at han etter inngåelsen av

⁵⁴³ Jf. § 25-2 annet ledd.

kontrakten kan bli idømt sanksjoner, dersom det viser seg at tildelingen skjedde i strid med reglene for tildeling av kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.⁵⁴⁴ Hvis oppdragsgiveren derimot frivillig fastsetter en karenperiode, og venter med å inngå kontrakt til etter at karenperioden har løpt ut, vil oppdragsgiveren ikke kunne idømmes sanksjoner for slike brudd.⁵⁴⁵ Dette forutsetter at karenperioden fastsettes i samsvar med minimumsperiodene i § 25-2.

Oppdragsgiveren bør derfor vurdere i hvert enkelt tilfelle hvorvidt det kan være hensiktsmessig å fastsette en frivillig karenperiode. Ulempen ved å skulle vente med å inngå kontrakten må veies opp mot fordelene ved å ikke bli møtt med krav om sanksjoner fra forbigåtte leverandører i etterkant.

37.2.5 Brudd på reglene om karenperiode

Brudd på reglene om karenperioden, eksempelvis ved at oppdragsgiveren inngår kontrakt før utløpet av perioden eller setter karenperioden kortere enn minimumsfristen, kan gi grunnlag for at retten kan idømme sanksjoner, jf. anskaffelsesloven § 13 og § 14. Sanksjonene er at kontrakten kan bli kjent uten virkning, løpetiden avkortet eller retten ilegger overtredelsesgebyr. Se veiledning om klagemuligheter og håndhevelse i kapittel 44.

37.2.6 Skjæringstidspunkt for inngåelse av kontrakt

Etter karenperiodens utløp kan oppdragsgiveren inngå kontrakt med den valgte leverandøren. Etter § 25-2 femte ledd skal en kontrakt anses for inngått når både oppdragsgiveren og leverandøren har signert kontrakten.

Oppdragsgiveren kan tidligst forplikte seg avtalerettslig etter utløpet av karenperioden. Selve meddelelsen om valg av leverandør kan således ikke anses som en avtalerettslig aksept.⁵⁴⁶ Meddelelsen kan heller ikke anses som en betinget aksept. Dette henger sammen med at oppdragsgiveren skal kunne endre valget av leverandør etter meddelelsen, for eksempel der oppdragsgiveren etter en klage finner ut at den valgte leverandøren likevel ikke hadde gitt det beste tilbudet.

Hensikten med skjæringsregelen er å sikre at meddelelsen om kontraktstildelingen ikke blir oppfattet som en aksept av tilbudet.

37.3 Suspensjon av oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt

37.3.1 Generelt om suspensjon

Suspensjon av oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt innebærer at når leverandøren setter frem en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgiverens tildelingsbeslutning fører det til at oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt automatisk suspenderes. Dette innebærer at oppdragsgiveren har plikt til å avvente kontraktsinngåelsen, inntil domstolen har tatt stilling til begjæringen. Visse vilkår må imidlertid være oppfylt for at

⁵⁴⁴ Jf. § 26-3 (rammeavtaler) og 26-7 (dynamisk innkjøpsordning).

⁵⁴⁵ Jf. anskaffelsesloven § 13 tredje ledd.

⁵⁴⁶ Se nærmere [NOU 2010: 2](#) kapittel 7.2.3.

suspensjonsvirkningen skal inntre, jf. punkt 37.3.2, og begjæringen må være forkynt for oppdragsgiveren, jf. 37.3.3.

Formålet med suspensjonsbestemmelsen er å sikre virkningen av karensbestemmelsen, slik at skadelidte leverandører kan klage på et tidspunkt der det fortsatt er mulig å rette opp de feil som er begått. Suspensjonsbestemmelsen har derfor nær sammenheng med karensbestemmelsene.

37.3.2 Hvilke vilkår må være oppfylt for at suspensjonsvirkningen skal inntre?

Oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt suspenderes kun ved begjæring om midlertidig forføyning som vedrører oppdragsgiverens tildelingsbeslutning og valg av leverandør. Det vil si der forføyningen går ut på å stanse kontraktinngåelsen. Det vil for eksempel ikke inntre suspensjon når en leverandør begjærer midlertidig forføyning mot oppdragsgiverens beslutning om å avvise en leverandør.

Suspensjon inntre bare i konkurranser der oppdragsgiveren har fastsatt en karensperiode.⁵⁴⁷ Dette gjelder uansett om oppdragsgiveren er forpliktet til å fastsette en karensperiode eller der oppdragsgiveren på frivillig grunnlag velger å fastsette en karensperiode. For at oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt skal suspenderes i et slikt tilfelle, er det også en forutsetning at begjæringen om midlertidig forføyning er fremsatt innen utløpet av karensperioden.

Der oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring inntre suspensjon bare når begjæringen er fremsatt innen ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.⁵⁴⁸

Hvis disse vilkårene ikke er oppfylt kan begjæringen ikke føre til automatisk suspensjon. Det vil imidlertid være mulig å begjære, og oppnå, midlertidig forføyning der det for eksempel ikke er fastsatt en karensperiode eller der begjæringen først fremsettes etter karensperiodens utløp, men dette vil ikke føre til suspensjon.

37.3.3 Når inntre og opphører suspensjonen?

Suspensjonen inntre når begjæringen er forkynt for saksøkte. Ved forkynning av begjæringen gjøres oppdragsgiveren oppmerksom på suspensjonsvirkningen. Retten skal samtidig som begjæringen sendes til forkynnelse beramme muntlig forhandling til behandling av begjæringen. Selve behandlingen av begjæringen foregår etter de alminnelige reglene i tvisteloven.

Suspensjonen varer inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen. Hvis domstolen avviser en begjæring om midlertidig forføyning før utløpet av karensperioden eller 10-dagersperioden etter intensjonskunngjøringen, kan oppdragsgiveren uansett først inngå kontrakt etter utløpet av henholdsvis karensperioden eller 10-dagersperioden. Dette henger sammen med at øvrige forbigåtte leverandører fortsatt skal ha mulighet for å begjære midlertidig forføyning i denne perioden.

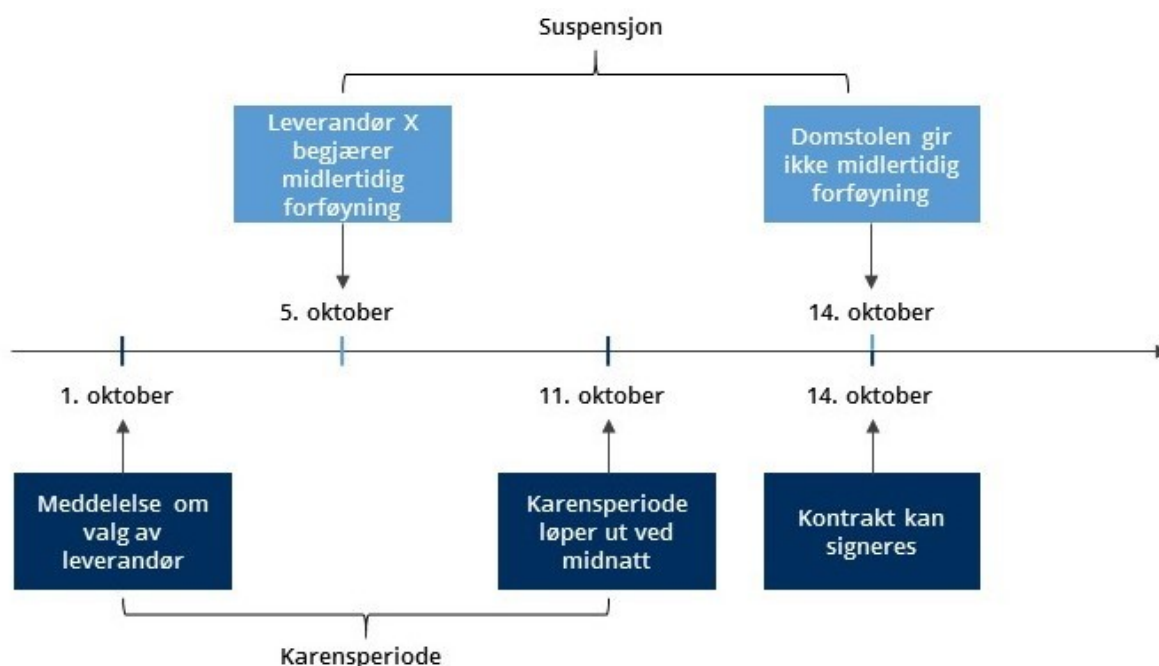
⁵⁴⁷ Jf. § 25-3 første ledd bokstav a.

⁵⁴⁸ Jf. § 25-3 første ledd bokstav b.

Det inntreer ikke suspensjon ved anke over tingsrettens avgjørelse.⁵⁴⁹

Figurene nedenfor illustrerer forskjellige situasjoner ved karens og suspensjon der oppdragsgiveren har fastsatt en karensperiode på 10 dager. Merk at karensperioden løper fra dagen etter at meddelelsen er sendt. Dette gjelder uavhengig av om en leverandør mener at meddelelsen inneholder en utilstrekkelig begrunnelse.⁵⁵⁰ Leverandørene skal ha hele dagen til å vurdere om det er grunnlag for å klage til oppdragsgiveren eller ta rettslige skritt.

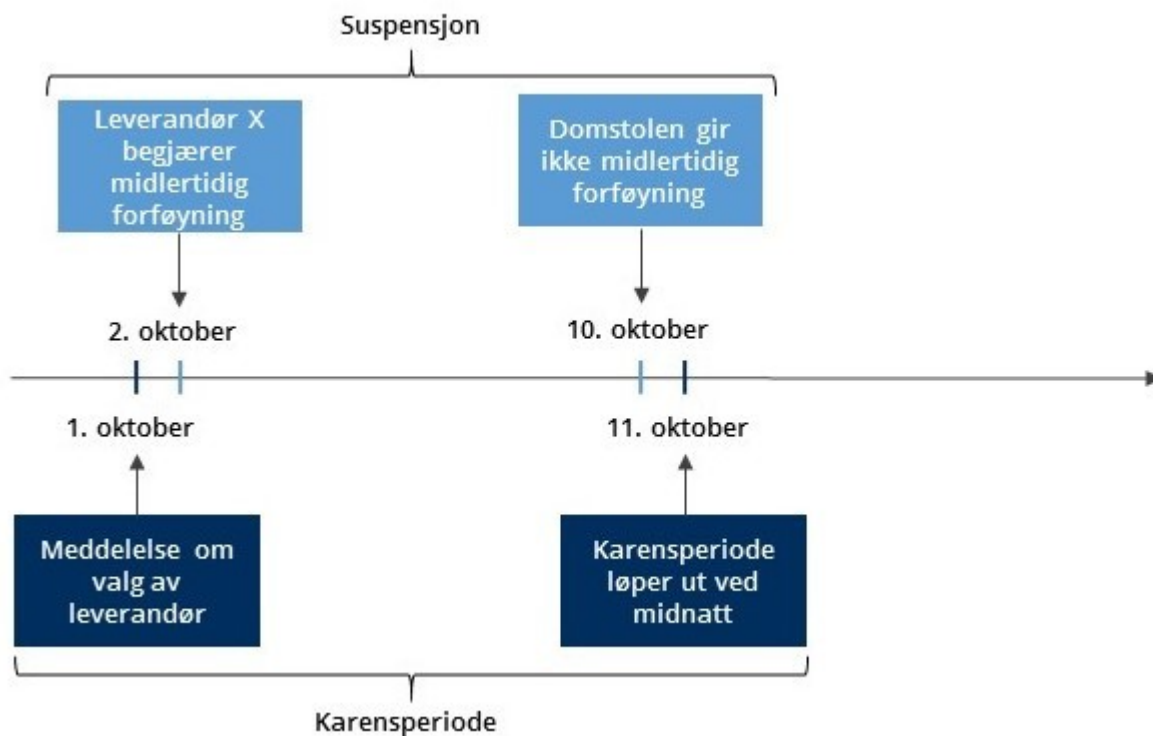
Tidsforløpet i anskaffelsesprosess ved karens og suspensjon:



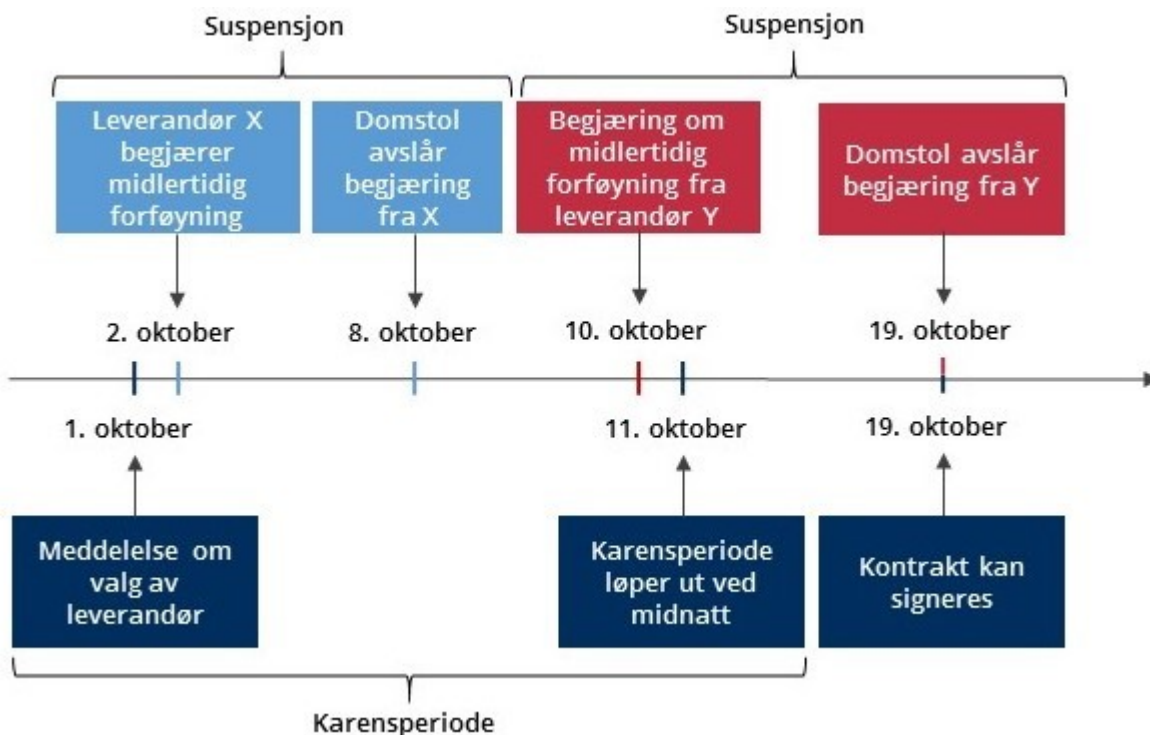
Tidsforløpet der domstolen avslår en begjæring om midlertidig forføyning før utløpet av karensperioden:

⁵⁴⁹ Jf. § 25-3 femte ledd.

⁵⁵⁰ Jf. [NOU 2010: 2](#) kapittel 7.3.2.



Tidsforløpet der flere leverandører begjærer midlertidig forføyning:



37.4 Avlysning av konkurransen

Departementet vil komme tilbake med veiledning til reglene om avlysning i § 25-4.

37.5 Anskaffelsesprotokoll

37.5.1 Dokumentasjonsplikten etter § 7-1

Det er et generelt krav at vurderinger og dokumentasjon av betydning for gjennomføringen av konkurransen skal foreligge skriftlig for alle anskaffelser med en verdi som er lik eller overstiger 100.000 kroner ekskl. mva. Oppdragsgiveren skal oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon til å begrunne viktige beslutninger som gjøres på alle stadier av anskaffelsesprosessen. Se nærmere omtale av dette kravet i punkt 8.2.

37.5.2 Protokollplikten

I forskriften del II (§ 10-5) og III (§ 25-5) listes det opp konkrete opplysninger som protokollen skal inneholde såfremt de er relevante. Kravet til relevans vil si at oppdragsgiveren kun må gi opplysninger om det som faktisk har skjedd i den konkrete konkurransen. Eksempelvis er det ikke nødvendig å omtale unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon, dersom oppdragsgiveren ikke har benyttet seg av denne unntaksmuligheten.

I § 10-5 annet ledd og § 25-5 annet ledd listes det opp opplysninger som skal inngå i protokollen i den utstrekning de er relevante.

Opplysningene som skal protokollføres er stort sett de samme i del II og del III, men med enkelte unntak som knytter seg til særskilte bestemmelser i de ulike delene. Dette gjelder § 10-5 bokstav h og i og § 25-5 bokstav c, d, e og k.

§ 10-5 annet ledd bokstavene h og i gjelder de nye prosedyrene åpen og begrenset tilbudskonkurranse. Begge prosedyrene tillater at oppdragsgiveren har dialog med leverandørene etter tilbudsfristens utløp. Dersom oppdragsgiveren fraviker opplysninger som han har gitt i anskaffelsesdokumentene om sine planer for dialogen, skal han gi en begrunnelse for dette i protokollen. Eksempelvis dersom oppdragsgiveren i anskaffelsesdokumentene angir at han planlegger å ha dialog med leverandørene i form av forhandlinger og dette senere fravikes.

Der oppdragsgiveren har dialog skal protokollen angi navnet på leverandørene som oppdragsgiveren velger å ha dialog med, og en kort begrunnelse for utvelgelsen.

Etter § 25-5 annet ledd bokstav c skal begrunnelse for ikke å dele opp en kontrakt føres i anskaffelsesprotokollen. Dette knytter seg til § 19-4 annet ledd hvor det fremgår at oppdragsgivere som ikke deler opp anskaffelsen i delkontrakter skal gi en kort begrunnelse i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen. Det er kun relevant å føre opplysninger om dette i protokollen dersom oppdragsgiveren ikke allerede har tatt inn begrunnelsen i anskaffelsesdokumentene.

37.5.2.1 Plikten til å føre protokoll ved rammeavtale

For både del II og del III angir tredje ledd i henholdsvis §§ 10-5 og 25-5 at ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale gjelder plikten til å føre protokoll bare når oppdragsgiveren gjenåpner konkurransen. Dette innebærer at det ikke er protokollplikt der oppdragsgiveren har inngått en rammeavtale med kun en leverandør eller en rammeavtale med flere leverandører der oppdragsgiveren har fastsatt en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter. Derimot er det protokollplikt når oppdragsgiveren 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 og kravet til etterprøvbarhet må overholdes uavhengig av hvordan avropet på rammeavtalen foretas.

38 Rammeavtaler

Departementet vil komme tilbake med veiledning til reglene om rammeavtaler i forskriften kapittel 26.

39 Innovasjonspartnerskap

39.1 Hva er innovasjonspartnerskap?

Innovasjonspartnerskap er en anskaffelsesprosedyre som legger til rette for at oppdragsgiveren i en og samme anskaffelse kan få utviklet innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, og deretter kjøpe den utviklede ytelsen. Til forskjell fra de øvrige anskaffelsesprosedyrer inneholder forskriften ikke bare detaljerte regler om gjennomføringen av konkurransen, men også regler om hvordan selve partnerskapet skal gjennomføres.

Fremgangsmåten ved innovasjonspartnerskap kan illustreres slik:



39.2 Når kan innovasjonspartnerskap benyttes?

Innovasjonspartnerskap er en ny anskaffelsesprosedyre i forskriften del III. Av § 13-1 første ledd fremgår det at oppdragsgiveren bare kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge og anleggsarbeider.

Innovasjonspartnerskap kan kun benyttes der det er tale om reell innovasjon. Oppdragsgiveren må ha et behov for enten en helt ny eller betydelig forbedret løsning sammenlignet med det som finnes tilgjengelig på markedet. Innovasjon defineres slik i § 4-5 bokstav h:

Definisjon av innovasjon

innovasjon: 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

39.3 Gjennomføring av innovasjonspartnerskap

39.3.1 Planlegging og utforming av anskaffelsesdokumentene

39.3.1.1 Oppdragsgiverens behov

Innovasjonspartnerskap er en kompleks prosedyre som krever grundige forberedelser fra oppdragsgiveren.

Foruten de alminnelige kravene som stilles til konkurransegrunnlagets innhold, må oppdragsgiverens *behov* beskrives, jf. § 14-1 fjerde ledd bokstav a. For å kartlegge behovet for en innovativ ytelse, vil det ofte være gunstig å sondere markedet ved å gjennomføre markedsundersøkelser, jf. § 12-1 første ledd. Dersom markedsundersøkelsen avdekker at det allerede finnes eksisterende løsninger på markedet som imøtekommer oppdragsgiverens behov, eller løsninger som kun krever mindre tilpasninger for å oppfylle behovet, er det ikke tale om reell innovasjon, og den grunnleggende forutsetningen for anvendelse av prosedyren vil ikke være oppfylt. Gjennom markedsundersøkelsen kan oppdragsgiveren også få en bedre forståelse for problemstillingen som søkes løst og annen nyttig informasjon som er relevant ved utformingen av anskaffelsesdokumentene, eksempelvis informasjon om hvordan forhandlingene bør gjennomføres, hvordan partnerskapet bør struktureres, hvilke kvalifikasjonskrav som bør stilles og hvilke tildelingskriterier som bør gjelde.

39.3.1.2 Immaterielle rettigheter

Ved innovasjonspartnerskap skal konkurransegrunnlaget også inneholde 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.

Oppdragsgiveren bør i denne sammenheng være oppmerksom på at leverandørene i et innovasjonspartnerskap ofte vil ha et ønske om å kapitalisere på den utviklede løsningen utover selve partnerskapet. Jo større andel av rettighetene som tilfaller den private part, jo mer attraktivt vil det følgelig være å delta i partnerskapet. Med mindre oppdragsgiveren har formulert rettighetene som minimumskrav i anskaffelsesdokumentene, vil det være mulig å forhandle om de immaterielle rettighetene under forhandlingsfasen.

39.3.1.3 Kvalifikasjonskrav

Når det gjelder kvalifikasjonskrav skal oppdragsgiveren særlig stille krav til leverandørens kvalifikasjoner innen forskning og utvikling, inkludert utvikling og implementering av innovative løsninger, jf. § 16-5 tredje ledd. Det kan blant annet stilles krav til erfaring, kapasitet eller kompetanse innen forskning og utvikling. Oppdragsgiveren er imidlertid ikke forpliktet til å stille krav til at leverandørene har tidligere erfaring innen forskning og utvikling. Oppdragsgiveren bør være oppmerksom på at å stille for strenge kvalifikasjonskrav kan medføre at små og mellomstore bedrifter utelukkes fra å delta i konkurransen.

39.3.1.4 Valg av leverandør

Ved konkurranse om innovasjonspartnerskap kan oppdragsgiveren bare velge tilbud på grunnlag av beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet, jf. § 18-1. Det betyr at kontrakten ikke kan tildeles på bakgrunn av den laveste prisen eller den laveste kostnaden. Det er ikke mulig å forhandle om tildelingskriteriene.

39.3.1.5 Krav til beskrivelse av innovasjonspartnerskapet

Oppdragsgiveren må angi i kunngjøringen om han ønsker å inngå én eller flere kontrakter om innovasjonspartnerskap. Oppdragsgiveren har mulighet til å inngå partnerskap med én eller flere partnere som gjennomfører separate forsknings- eller utviklingsaktiviteter, jf. § 23-7 sjette ledd.

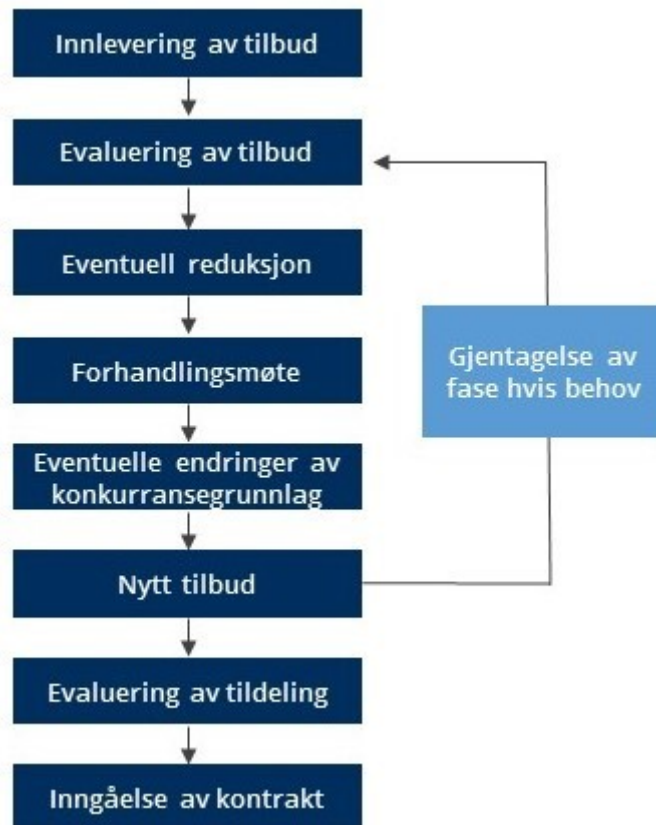
Det er viktig at oppdragsgiveren i konkurransegrunnlaget beskriver hvordan partnerskapet planlegges gjennomført. § 26-8 inneholder detaljerte regler om gjennomføringen av partnerskapet. Hvordan innovasjonspartnerskap gjennomføres, omtales nærmere under punkt 39.3.3.

39.3.2 Gjennomføring av konkurransen

Gjennomføringen av konkurransen om å inngå et innovasjonspartnerskap skal, med enkelte unntak, skje etter de samme reglene som konkurranse med forhandling, jf. § 23-7. Leverandørene skal behandles likt i forhandlingene, jf. § 23-10 første ledd. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre. Hvor lang og omfattende forhandlingsrunden skal være, må vurderes ut fra anskaffelsens betydning og kompleksitet. Det skal angis i konkurransegrunnlaget hvordan forhandlingene planlegges gjennomført, jf. § 14-1 tredje ledd bokstav d.

Alle interesserte leverandører kan levere forespørsel om å delta i konkurransen, jf. § 23-7. Etter å ha mottatt forespørsel om deltakelse, må oppdragsgiveren vurdere hvilke leverandører som anses kvalifisert på bakgrunn av kvalifikasjonskravene. Bare de leverandørene som er kvalifisert, kan bli invitert til å innlevere tilbud. Oppdragsgiveren har også en mulighet til å angi en grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud, og velge blant eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører på bakgrunn av objektive og ikke-diskriminerende kriterier, jf. § 16-12. Dette må i så fall angis i kunngjøringen.

Forhandlingsfasen ved et innovasjonspartnerskap er illustrert i figuren under.



I utgangspunktet skal det forhandles med alle inviterte tilbudsgiverne. Oppdragsgiveren kan i kunngjøringen forbeholde seg retten til å beslutte at forhandlingen skal skje i flere faser for å redusere antallet tilbud eller løsninger, jf. § 23-11. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Oppdragsgiveren kan redusere antallet tilbud eller løsninger første gang i forkant av forhandlingene, dersom han forbeholder seg retten til dette i anskaffelsesdokumentene. Til forskjell fra prosedyren konkurranse med forhandling, kan oppdragsgiveren ved innovasjonspartnerskap ikke tildele kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger. I den siste fasen av forhandlingene skal antallet tilbud eller løsninger være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall gjenværende tilbud eller løsninger.

Forhandlingene kan gjelde alle sider av tilbudet, jf. § 23-7. Eksempelvis er det adgang til å forhandle om utviklingsforløpet, delmål, fremstillingen av den utviklede løsningen, kontraktsvilkår som immaterielle rettigheter, ytelsesmål for den utviklede løsningen, pris, herunder vederlag under utviklingsfasen og maksimumskostnader for den utviklede løsningen. Forhandlingene skal relatere seg til konkurransegrunnlaget og tilbudet. Formålet med forhandlingene er å tilpasse tilbudene til oppdragsgiverens behov og eventuelle krav som er stilt i konkurransegrunnlaget, og da særlig tildelingskriteriene. Det er ikke tillat å forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav, ettersom det vil være i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling.

Under forhandlingene skal oppdragsgiveren ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt, jf. § 23-10. Formålet med dette er å beskytte forretningshemmeligheter, og å forhindre at noen leverandører får et konkurransefortrinn gjennom innsyn i øvrige tilbud (og dermed kunne «skreddersy» sine egne tilbud).

Gjennom de individuelle forhandlingene kan oppdragsgiveren få opplysninger som gjør at konkurransegrunnlaget bør endres for å svare best til oppdragsgiverens behov. Oppdragsgiveren har mulighet til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene. Eventuelle endringer skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiveren gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.

Det går imidlertid en grense for hvor store endringer som kan gjøres i tilbudet. Det må ikke gjøres så store endringer at det ikke lenger dreier seg om samme ytelse som var angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Dersom ytelsen blir vesentlig endret, følger det av kravet til forutberegnelighet og likebehandling at konkurransen må avlyses og kunngjøres på nytt i endret form. Begrunnelsen for dette er at også potensielle leverandører skal få muligheten til å levere inn tilbud på denne ytelsen i endret form.

Selv om oppdragsgiveren ikke har plikt til det, er det ingen ting i veien for at det betales vederlag til tilbudsgiverne under forhandlingsfasen. Særlig ved større og komplekse innovasjonspartnerskap med lange forhandlingsforløp som er kostbare for leverandørsiden, kan det vurderes om det bør betales vederlag for å sikre konkurransen.

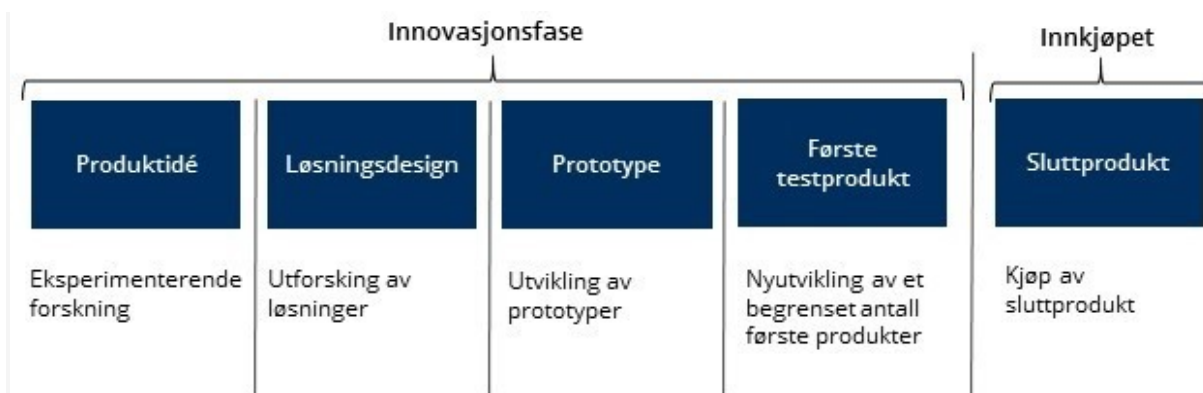
Oppdragsgiveren skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene. Det er ikke tillatt å forhandle om de endelige tilbudene.

39.3.3 Gjennomføring av innovasjonspartnerskapet

§ 26-8 inneholder detaljerte regler om gjennomføringen av partnerskapet. Gjennomføringen av partnerskapet må reguleres i partnerskapskontrakten som inngås mellom oppdragsgiver og valgt(e) leverandør(er).

39.3.3.1 Innovasjonsfasen

Det skal settes delmål for forsknings- og innovasjonsprosessen som partneren eller partnerne skal oppfylle. Videre skal innovasjonspartnerskapet struktureres i faser etter rekkefølgen av trinnene i forsknings- og innovasjonsprosessen. Prosessen kan også inkludere produksjonen av varene, utførelsen av tjenestene eller ferdigstillelsen av bygge- og anleggsarbeidene. Et eksempel på de ulike fasene av et innovasjonspartnerskap om utvikling av en vare kan illustreres slik:



Det skal betales vederlag i passende avdrag til partnerne ved gjennomføringen av partnerskapet. Oppdragsgiveren skal sørge for at innovasjonspartnerskapets struktur, varighet og verdien av de ulike fasene gjenspeiler graden av innovasjon ved den foreslåtte løsningen og i forsknings- og utviklingsforløpet. Den anslåtte verdien av ytelsen som skal

anskaffes, skal stå i forhold til investeringene som er nødvendige for å utvikle dem. Ved vurderingen av ytelsens anslåtte verdi vil det være relevant å ta i betraktning den konkrete verdien ytelsen vil ha for oppdragsgiveren, samt de bredere økonomiske, miljømessige og samfunnsmessige fordelene som ytelsen forventes å gi. Oppdragsgiveren bør sørge for at partnerskapskontrakten inneholder bestemmelser som gir anledning til å foreta endringer og justeringer av de avtalte fasene og delmål.

Ved gjennomføringen av et innovasjonspartnerskap med flere partnere kan oppdragsgiveren ikke uten samtykke gi de øvrige partnerne tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en partner har gitt innenfor rammene av partnerskapet, jf. § 26-8 fjerde ledd.

Etter hvert trinn i prosessen kan oppdragsgiveren avslutte innovasjonspartnerskapet eller redusere antallet partnere ved å si opp individuelle kontrakter på grunnlag av de avtalte delmålene. Dette gjelder bare når oppdragsgiveren har forbeholdt seg denne retten og angitt vilkårene for å bruke den i anskaffelsesdokumentene. Departementet anbefaler at oppdragsgiveren forbeholder seg denne retten. Dersom delmålene ikke oppnås, eller omkostningene ved utviklingen viser seg å ikke stå i forhold til verdien av ytelsen, vil det være behov for å kunne si opp partnerskapet. Der det inngås partnerskap med flere partnere, bør partnerskapet fokuseres mot de utviklingsforløpene som kvalitativt og kostnadmessig fremstår mer fordelaktig enn de andre. I slike tilfeller kan oppdragsgiveren ha et behov for å si opp individuelle kontrakter.

Et eksempel på et innovasjonspartnerskap om utvikling av en vare der antallet partnere reduseres gjennom prosessen, kan illustreres slik:

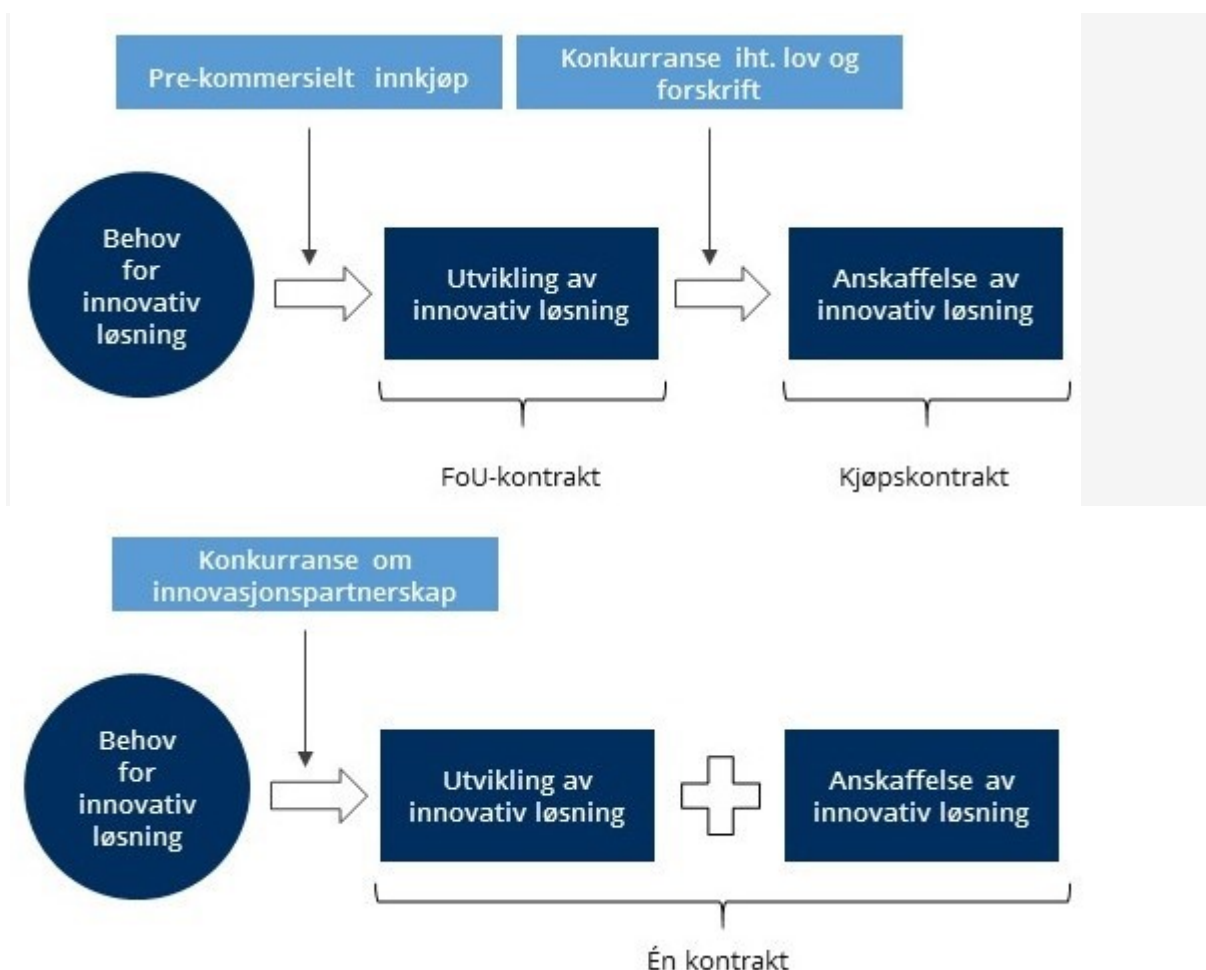
	Innovasjonsfase				Innkjøpet
	Produktidé	Løsningsdesign	Prototype	Første testprodukt	Sluttprodukt
Partner 1	Delbetaling	Delbetaling	Delbetaling	Delbetaling	Kjøp av vare
Partner 2	Delbetaling	Delbetaling	Ikke oppnådd delmål. Oppsigelse av kontrakt	-	-
Partner 3	Delbetaling	Delbetaling. Oppsigelse av kontrakt	-	-	-

39.3.3.2 Innkjøpet

Etter innovasjonsfasen starter innkjøpsfasen. Oppdragsgiveren kan bare anskaffe den utviklede ytelsen når den oppfyller de avtalte ytelsesmålene og ikke overstiger de avtalte maksimumskostnadene. Kjøpet av ytelsen skal altså være regulert i partnerskapskontrakten, og kan enten formuleres som en opsjon eller en kjøpsforpliktelse. Hvordan innkjøpene skal foretas, kan avtales nærmere under forhandlingsfasen.

39.4 Prekommersielle innkjøp

Det er flere måter oppdragsgiveren kan gjennomføre anskaffelser på ved behov for forskning og utvikling av en innovativ løsning og deretter kjøp av den utviklede løsningen. Istedenfor å bruke prosedyren innovasjonspartnerskap, kan oppdragsgiveren foreta en innovativ anskaffelse gjennom **to separate prosesser**. De forskjellige fremgangsmåtene kan illustreres slik:



Et pre-kommersielt innkjøp av en forsknings- og utviklingstjeneste kan være unntatt fra anskaffelsesloven og forskriften, jf. § 2-5. Dersom det er tilfellet, og oppdragsgiveren etter utviklingen ønsker å kjøpe den utviklede ytelsen, må det foretas en egen anskaffelse for selve kjøpet i tråd med anskaffelsesreglene.

40 Endring av kontrakt

40.1 Innledning

I løpet av kontraktsperioden kan det oppstå flere situasjoner hvor det kan være aktuelt for oppdragsgiveren å gjøre endringer i en inngått kontrakt. Det kan for eksempel være at oppdragsgiverens behov har endret seg over tid, at oppdragsgiveren ønsker å øke mengden av varer som skal leveres eller at oppdragsgiveren ønsker å forlenge kontrakten. Det kan også oppstå spørsmål om adgangen til å endre prisen, hvem som er parter i avtalen eller

andre kontraktsvilkår. Spørsmål om endring i kontakt vil særlig være aktuelt for langvarige og komplekse kontrakter.

For anskaffelser etter forskriften del III angir § 28-1 hvilke endringer det er tillatt å foreta i en eksisterende kontrakt. § 28-2 angir hva som skal anses som vesentlige endringer og som dermed ikke er tillatt i henhold til anskaffelsesregelverket. For anskaffelser etter del II gjelder § 11-2, som angir at oppdragsgiveren, uten å gjennomføre en ny konkurranse, kan foreta endringer som ikke er vesentlige.

40.2 Nærmere om endring i kontrakt

40.2.1 Endringer som foretas etter en endringsklausul

Endringer foretatt i henhold til en endringsklausul er i utgangspunktet tillatt.⁵⁵¹ En forutsetning er at endringsklausulen er angitt i anskaffelsesdokumentene.

Adgangen til å innta endringsklausuler er regulert i § 19-1 annet ledd. Denne bestemmelsen angir at oppdragsgiveren kan fastsette endringsklausuler på nærmere angitte vilkår. Det skal fremgå klart av endringsklausulen hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.

Eksempel

En kommune skal inngå en kontrakt. Kommunen er i samtaler med nabokommunen om sammenslåing og ønsker å ta høyde for eventuelle endringsbehov som sammenslåingen måtte medføre. I så tilfelle kan eksempelvis en endringsklausul åpne for en utvidelse av kontraktens omfang som følge av sammenslåingen. Endringsklausulen må klart angi hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.

Det er et stort spenn i hva endringsklausuler kan omhandle. Som eksempler på endringsklausuler nevnes prisindeksklausuler og opsjoner. Når det gjelder opsjoner har EU-kommisjonen blant annet benyttet et eksempel med en opsjon i en kontrakt hvor levering skal skje i flere faser.⁵⁵² Det vil således være i tråd med regelverket å innta en klausul om at oppnåelse av forutbestemte resultater i en fase av prosjektet, kan utløse en opsjon på forutbestemte arbeider i neste fase. Et annet eksempel som nevnes er der hvor oppdragsgiveren venter en spesifikk tildeling av midler i løpet av kontraktfasen, og at denne tildelingen kan danne grunnlag for utvidelse av kontrakten dersom midlene faktisk blir tilgjengelige.

⁵⁵¹ Jf. § 28-1 første ledd bokstav a.

⁵⁵² Se kommisjonens non-paper om [Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 8: Sound procedures, dokument nr. 11266/12, datert 14. juli 2012](#).

Endringsklausulen må ikke gi oppdragsgiveren en tilnærmet ubegrenset mulighet for å endre kontrakten, og klausulen må heller ikke åpne for endring av anskaffelsens overordnede karakter. Dette for å sikre kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet. Anskaffelsen kan dermed ikke gjennom bruk av endringsklausulen gå over til å bli "*noe annet*", og på den måten skape potensiale for en annen vurdering av tilbudene eller en videre krets av potensielt interesserte leverandører.

Eksempel

At anskaffelsens overordnede karakter må anses endret kan skje dersom oppdragsgiveren gjennom en endringsklausul kan endre anskaffelsen til noe som har svak tilknytning til eller som ligger utenfor det opprinnelige virkeområdet til kontrakten. Det kan for eksempel være dersom oppdragsgiveren åpner for å endre en kontrakt fra å gjelde rehabilitering av et bygg til å gjelde bygging av et nytt bygg på et annet sted. Endringsklausulen vil i så tilfelle være i strid med regelverket.

EU-domstolen synes å legge stor vekt på muligheten til å bruke endringsklausuler som verktøy for å gjøre endringer i en kontrakt.⁵⁵³ Domstolen trekker blant annet frem at det for visse anskaffelser er påregnelig at det kan oppstå komplikasjoner i gjennomføringsfasen. Ved slike anskaffelser kan endringsklausuler spille en viktig rolle etter at kontrakt er inngått, og oppdragsgiver bør derfor tenke gjennom muligheten for å innta endringsklausuler for det som er påregnelig i kontrakten.

⁵⁵³ Se [sak C-549/14 \(Finn Frogne\)](#), premiss 36 og 37. Saken gjelder anskaffelse av nødnett av Rigspolitiet i Danmark. Kontrakten hadde en opprinnelig verdi på DKK 527 millioner. Verdien ble redusert til DKK 85 millioner som følge av en forliksforhandling. Domstolen kom til at det ikke var mulighet til å gjennomføre en vesentlig endring, "*selv når denne ændringen objektivt set utdgjør en forligsmæssig løsning*" (premiss 40). Domstolen legger vekt på at enkelte offentlige kontrakter kan anses å ha en så usikker karakter at det er mulig å forutse risikoen for at det kan oppstå vanskeligheter på gjennomføringsstadiet (premiss 36).

Rettsavgjørelse

[Sak C-549/14 \(Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskapskommunikasjon\)](#), premiss 36 og 37:

(36) "Desuden bemærkes, at selve den omstændighed, at visse offentlige kontrakter som følge af deres genstand på forhånd kan anses for at have en usikker karakter, gør det muligt at forudse risikoen for, at der kan opstå vanskeligheder på gennemførelsesstadiet. Det påhviler i forbindelse med en sådan kontrakt følgelig den ordregivende myndighed ikke blot at anvende de bedst tilpassede udbudsprocedurer, men også at definere kontraktens genstand med omhu. Hertil kommer, som det fremgår af nærværende doms præmis 30 [om adgangen til å innta endringsklausuler], at den ordregivende myndighed kan forbeholde sig muligheden for at foretage visse ændringer, endog væsentlige, i kontrakten efter tildelingen heraf, ved at fastsætte dette i det udbudsmateriale, der ligger til grund for tildelingsproceduren."

(37) "[...] Ved udtrykkeligt at fastsætte denne mulighed og de nærmere rammer herfor i det nævnte materiale sikrer den ordregivende myndighed, at alle erhvervsdrivende, der er interessert i at deltage i udbuddet, har kendskab hertil fra starten og således er ligestillet, når de udformer deres tilbud".

40.2.2 Endringer som medfører en begrenset prisøkning

Endringer som medfører en begrenset prisøkning kan være tillatt.⁵⁵⁴ I forskriften angis tersklene for verdimeslige mindre endringer (såkalte de-minimisterskler), hvor endringer som medfører en prisøkning lavere enn de angitte tersklene ikke anses å være en vesentlig endring.⁵⁵⁵ Dette forutsetter nødvendigvis at endringens verdi må kunne beregnes i penger.

Prisøkningen må være lavere enn terskelverdiene angitt i § 5-3 og må ikke utgjøre mer enn 10 % av den opprinnelige kontraktsverdien for tjeneste- og varekontrakter og 15 % for bygg- og anleggskontrakter. Det vil si at oppdragsgiveren må forholde seg til den minste av enten terskelverdien eller prosentsatsen. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal beregningen ta utgangspunkt i den samlede prisøkningen som følge av samtlige foretatte endringer.

Dersom kontrakten inneholder en prisindeksklausul, skal den verdimeslige økningen beregnes med utgangspunkt i den justerte prisen og ikke i den opprinnelige verdien på tidspunktet for kontraktsignering.

Bestemmelsen forutsetter, på samme måte som for endringsklausuler, at anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret

⁵⁵⁴ Jf. § 28-1 første ledd bokstav b.

⁵⁵⁵ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 107 annet avsnitt.

Eksempel

Det vil for eksempel utgjøre en endring av "*anskaffelsens overordnede karakter*" der oppdragsgiveren beslutter å kjøpe servicebiler i stedet for å lease dem, eller opphever et krav om at mat til offentlige kantiner skal være økologisk. Det kan tenkes at prisøkningen for disse endringene er under de-minimistersklene, men det vil likevel være i strid med regelverket å gjennomføre endringene uten en ny konkurranse.

Motsetningsvis, dersom det er snakk om å kjøpe et mindre antall biler i tillegg til å lease eller å oppheve et krav om økologisk sertifisering for en begrenset del av kantinesortimentet, vil spørsmålet kunne stille seg annerledes. Disse endringene vil ikke nødvendigvis på samme måte endre anskaffelsens overordnede karakter, og vil, så fremt de er under tersklene, kunne være tillatt etter bestemmelsen.

40.2.3 Tilleggsleveranser

Oppdragsgiveren har mulighet til, på nærmere angitte vilkår, å endre en kontrakt for å få gjennomført nødvendige tilleggsleveranser som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten.⁵⁵⁶ Dette gjelder både varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider.

For at endringen skal være lovlig må samtlige av følgende vilkår være oppfylt:

- skifte av leverandør kan ikke skje av tekniske eller økonomiske grunner;
- skifte av leverandør vil medføre betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver
- prisøkningen overstiger ikke 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien.

I vurderingen av hva som kan anses som en nødvendig tilleggsleveranse gjelder et grunnleggende krav om at kontraktens hovedytelse vil fremstå som ufullstendig dersom tilleggsleveransen ikke finner sted. Oppdragsgiveren er således avskåret fra å bestille tilleggsleveranser dersom han for eksempel bare har skiftet mening om den tekniske løsningen som ble beskrevet i den opprinnelige konkurransen.

Tekniske eller økonomiske grunner kan for eksempel være at tilleggsleveransen skal erstatte eller være kompatibel med eksisterende utstyr, software eller tjenester eller installasjoner som ble anskaffet i den opprinnelige kontrakten.

At skifte av leverandør vil medføre betydelige vanskeligheter innebærer at utskiftingen av leverandøren vil føre til uforholdsmessig store omkostninger for oppdragsgiveren. Det legges dermed opp til en forholdsmessighetsvurdering hvor tekniske vanskeligheter eller teknisk uforenlighet må vurderes opp mot omkostninger i tid eller penger som vil påløpe ved skifte

⁵⁵⁶ Jf. § 28-1 første ledd bokstav c.

av leverandør. Dette kan for eksempel være tilfellet ved manglende kompatibilitet med eksisterende utstyr eller vanskeligheter ved drift og vedlikehold.

Prisøkningen som følge av tilleggsleveransen må ikke overstige 50 % av den opprinnelige kontraktsverdien. I motsetning til vurderingen av prisøkning i bestemmelsens første ledd bokstav b, gjelder begrensningen for hver endring enkeltvis. Det vil si at det i en kontrakt hvor det gjøres flere tilleggsleveranser gjelder grensen på 50 % for hver enkelt endring. Den samlede økningen av samtlige endringer kan således innebære en samlet prisøkning på over 50 %. Endringene er likevel ikke tillatt dersom de foretas for å omgå regelverket.

Dersom kontrakten inneholder en prisindeksklausul, skal den verdimeslige økningen som følge av tilleggsleveransen beregnes med utgangspunkt i den justerte prisen og ikke i den opprinnelige verdien på tidspunktet for kontraktsignering.

Bestemmelsen kan ses i sammenheng med bestemmelsene i § 13-4 bokstav c og d om anskaffelse uten konkurranse for tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Systematikken i de to bestemmelsene er likevel noe forskjellig. Tilleggsleveranser etter bestemmelsen i § 28-1 er å anse som en leveranse under en eksisterende kontrakt, og ikke som en ny separat anskaffelse uten krav til forutgående konkurranse. Bestemmelsen om endring i kontrakt kan derfor naturlig nok kun brukes dersom kontrakten fortsatt er gjeldende. Det vil si at det ikke er mulig å anskaffe tilleggsleveranser som endring i kontrakt etter kontraktens utløp. I så fall kan bestemmelsen i § 13-4 utgjøre et mulig grunnlag for slike leveranser.

Oppdragsgiveren har kunngjøringsplikt for endringer som foretas etter § 28-1 første ledd bokstav c.⁵⁵⁷ Endringene skal kunngjøres ved bruk av kunngjøringsskjemaet "*Endring i inngått kontrakt*". Se oversikt over kunngjøringsskjema i punkt 32.7.

40.2.4 Endringer som følge av omstendigheter som oppdragsgiveren ikke kunne forutse

Uforutsette omstendigheter, som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, kan danne grunnlag for endring av kontrakten dersom.⁵⁵⁸

- anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret, og
- prisøkningen ikke overstiger 50% av verdien på den opprinnelige kontrakten.

I begrepet "*uforutsette omstendigheter*" ligger det at omstendighetene ikke kunne forventes av oppdragsgiveren ved en aktsom forberedelse av anskaffelsen. Det skal her tas hensyn til oppdragsgiverens tilgjengelige midler; herunder organisasjon og faglige ressurser, den spesifikke anskaffelsens karakter, bransjepraksis på området og behovet for å sikre et passende forhold mellom ressursene som er benyttet på forberedelse av anskaffelsen og dens anslåtte verdi.⁵⁵⁹

Bestemmelsen vil særlig være aktuell ved langvarige kontrakter. I langvarige kontrakter er sjansen større for at uforutsette omstendigheter inntreffer og oppdragsgiveren vil kunne ha

⁵⁵⁷ Jf. § 28-1 tredje ledd.

⁵⁵⁸ Jf. § 28-1 første ledd bokstav d.

⁵⁵⁹ Se fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 109.

behov for en viss grad av fleksibilitet til å tilpasse kontrakten i løpet av kontraktsperioden uten at det utlyses en ny konkurranse.

Endringen kan kun foretas dersom anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret. Dette vil for eksempel være tilfellet dersom arten av leveransen blir endret ved at det som skal anskaffes blir skiftet ut med noe annet, eller at typen anskaffelse grunnleggende endres.⁵⁶⁰ Eksempelvis ved at anskaffelsen går fra å være en vareanskaffelse til å bli en tjenesteanskaffelse.

På samme måte som for tilleggsleveranser i første ledd bokstav c, gjelder det et krav om at den enkelte endringen ikke skal medføre en prisøkning som overstiger 50 %. Flere endringer etter hverandre kan dermed til sammen medføre en prisøkning som overstiger 50 % uten at det er i strid med bestemmelsen. Også her gjelder det et krav om at endringer ikke må gjøres i den hensikt å omgå regelverket. På samme måte skal den verdimessige økningen, dersom kontrakten inneholder en prisindeksklausul, beregnes med utgangspunkt i den justerte prisen og ikke i den opprinnelige verdien på tidspunktet for kontraktsignering.

Oppdragsgiveren har kunngjøringsplikt for endringer som foretas etter § 28-1 første ledd bokstav d.⁵⁶¹ Endringene skal kunngjøres ved bruk av kunngjøringsskjemaet "*Endring i inngått kontrakt*". Se veiledning om kunngjøringer i kapittel 32.

40.2.5 Endring av leverandør

Skifte av leverandør vil normalt anses som en vesentlig endring.⁵⁶² I enkelte tilfeller åpnes det likevel for et slikt skifte. Dette kan skje ved at en ny leverandør helt eller delvis trer inn i den eksisterende leverandørens rettigheter og plikter som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs. Oppdragsgiveren kan eksempelvis akseptere at et konkursbo, på vegne av en leverandør som har gått konkurs, overdrar kontrakten til en tredjepart. Skifte av leverandør forutsetter at den nye leverandøren oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene, at det ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten og at skifte av leverandør ikke skjer med den hensikt å omgå forskriften.

40.2.6 Endringer som ikke er vesentlige

I tillegg til de tilfellene som følger av § 28-1 første ledd bokstav a til e, er det mulig å foreta endringer i en eksisterende kontrakt som ikke er vesentlige, uavhengig av endringenes verdi.⁵⁶³ Hva som forstås som vesentlige endringer er regulert i § 28-2 og beskrives nærmere i punkt 40.3.

Bestemmelsen legger opp til en konkret vurdering av hva endringen innebærer og medfører blant annet at en endring kan være tillatt, altså at den ikke anses som vesentlig, selv om den for eksempel overstiger tersklene for verdimessig mindre endringer som angitt i § 28-1 første ledd bokstav b.

⁵⁶⁰ Se også fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 109.

⁵⁶¹ Jf. § 28-1 tredje ledd.

⁵⁶² Jf. § 28-2 første ledd bokstav e.

⁵⁶³ Jf. § 28-1 første ledd bokstav f.

40.3 Vesentlige endringer

Bestemmelsen i § 28-2 angir at en endring ikke er tillatt etter § 28-1 første ledd bokstav f dersom innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige avtalen.⁵⁶⁴

Bestemmelsen lister opp følgende endringer som alltid skal anses som vesentlige:

- Endringer som gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør.
- Endringer som endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren.
- Endring som utvider kontraktens omfang betydelig.
- Endring som gjelder skifte av leverandør.

Hvilke andre endringer som vil være vesentlige vil bero på en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet slik det fremstår før og etter den aktuelle endringen. Det avgjørende er dermed om den endrede kontrakten er vesentlig forskjellig fra den opprinnelig kunngjøringen, og om det derfor i realiteten er inngått en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til forskriften.

I vesentlighetsvurderingen kan flere momenter spille inn. For eksempel kan det være at behovet for endring skyldes eksterne forhold som partene ikke har innflytelse på, som lovpålagte endringer som partene er forpliktet til å etterfølge. At endringen er begrunnet i slike eksterne forhold kan trekke i retning av at endringen ikke er vesentlig.

Tidspunktet for gjennomføringen av endringen kan også tillegges betydning. Det er større rom for å endre kontrakter som har løpt over lengre tid, enn kontrakter som nettopp er signert.

Det kan også ha betydning om kontrakten har høy kompleksitet. Adgangen til å foreta endringer må anses større i for eksempel komplekse IT-kontrakter enn for enkle vareleveranser. Dette må likevel vurderes i lys av EU-domstolens avgjørelse i Finn Frogne-saken.⁵⁶⁵ Her la domstolen vekt på at det i enkelte risikofylte kontrakter er mulig å forutse risikoen for at det kan oppstå vanskeligheter på gjennomføringsstadiet. I så tilfelle må oppdragsgiveren innta endringsklausuler som regulerer spørsmålet.

40.3.1 Endring som kan ha begrenset deltakelsen eller ha forrykket konkurranseresultatet

En endring vil være vesentlig dersom den fører til nye betingelser som, hvis de hadde vært en del av den opprinnelige kontraktsinngåelsen, ville ha forrykket konkurranseresultatet. Det er tilstrekkelig at andre leverandører enn de som faktisk deltok, ville ha hatt mulighet til å delta i konkurransen om de hadde kjent til de nye betingelsene. Her kreves det ikke at andre

⁵⁶⁴ Læren om vesentlige endringer bygger i stor grad på [sak C-454/06 \(Pressetext\)](#), se særlig premiss 35 til 37. Bestemmelsen om vesentlige endringer kodifiserer mye av den tidligere rettstilstanden.

⁵⁶⁵ [Sak C-549/14 \(Finn Frogne\)](#), også omtalt i punkt 40.2.1.

leverandører faktisk var avskåret fra å delta i konkurransen. Det er nok at andre leverandører ikke fant det ønskelig eller hensiktsmessig å delta uten en slik endring. Det er på samme måte tilstrekkelig at øvrige leverandører ville kunne ha utformet sine tilbud annerledes, slik at et annet tilbud kunne ha blitt valgt.

En vesentlig endring kan for eksempel være endringer av særlige byrdefulle vilkår i kontrakten. Dersom kontraktens krav om ubegrenset ansvar for leverandøren endres i en kontrakt med betydelig økonomisk risiko, kan dette medføre at flere leverandører ville ha inngitt tilbud. Det samme kan være tilfellet dersom oppdragsgiveren sier seg villig til å endre et vilkår om bankgaranti til et vilkår om morselskapsgaranti.

I tilfeller hvor det skal vurderes om den foretatte endringen kunne ha ført til at en annen leverandør ble vinner av konkurransen, må det tas hensyn til de andre tilbudene. Dersom det vinnende tilbudet var vesentlig bedre enn de øvrige tilbudene, eller hvis det kun forelå ett akseptabelt tilbud, skal det mer til for å fastslå at endringen har forrykket konkurranseresultatet enn dersom det var tett mellom de inngitte tilbudene.

40.3.2 Endringer i kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren

En endring vil også være vesentlig hvis den innebærer at kontraktens økonomiske balanse endres til fordel for den eksisterende leverandøren. Den økonomiske balansen må da endres utover det som var forutsatt i den opprinnelige kontrakten. Det vil således være av betydning om det opprinnelige forholdet mellom pris og leveringsbetingelser er opprettholdt.

Dersom kontrakten endres til å omfatte ytterligere leveranser utgjør det ikke nødvendigvis en vesentlig endring at leverandøren får betalt for tilleggsleveransen, så fremt dette ikke utvider kontraktens omfang betydelig. Tilsvarende vil det anses som en endring av den økonomiske balansen dersom omfanget av leveransen reduseres uten at det blir gjort en tilsvarende reduksjon i prisen. Dersom endringen innebærer både fordeler og ulemper for den eksisterende leverandøren, vil det bli en vurdering av om den helhetlige økonomiske balansen er endret til fordel for leverandøren.

40.3.3 Endringer som utvider kontraktens omfang betydelig

Det er en vesentlig endring hvis endringen medfører en betydelig utvidelse av omfanget av kontrakten i forhold til det som opprinnelig var avtalt. Hva som må forstås som "*betydelig*" vil avhenge av den konkrete kontrakten, herunder den opprinnelige avtalte kontraktsverdien og verdien av selve utvidelsen.^{566 567}

Dersom det er tale om en liten endring sett i forhold til kontraktens opprinnelige verdi, taler dette for at endringen ikke er vesentlig. Bestemmelsen oppstiller således ingen absolutt

⁵⁶⁶ Se for eksempel [sak C-160/08 \(Kommisjonen mot Tyskland\)](#), om ambulansetjenester. Her ble kontrakten utvidet med ca. 15 prosent, og verdien av endringen oversteg i seg selv terskelverdien etter anskaffelsesdirektivet. EU-domstolen fant at dette var en vesentlig endring. Se avgjørelsens premisser 98-101, jf. premiss 32.

⁵⁶⁷ Se [KOFA-sak 2010/165](#). Forlengelse av en kontrakt med et år ble ansett som en ny kontraktsinngåelse og ble derfor ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Verdien av forlengelsen utgjorde knappe 4 millioner kroner.

grense for hvor stor endringen kan være. Det vises også til bestemmelsen i § 28-1 første ledd bokstav f som forutsetter at endringer uavhengig av verdi, kan anses som ikke-vesentlige. Hvor store endringer som kan tillates må derfor avgjøres basert på en konkret vurdering.

KOFA har tidligere uttalt at reforhandlinger som har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige inngåtte avtalen, i utgangspunktet må godtas.⁵⁶⁸ Motsetningsvis vil innlemmelsen av nye prosjekter i en eksisterende kontrakt fort anses som en ny kontrakt som må kunngjøres.⁵⁶⁹ Dette gjelder særlig dersom utvidelsen ligger utenfor formålet og virkeområdet til den opprinnelige kontrakten. KOFA har tidligere også lagt vekt på utvidelse av kontraktens geografiske virkeområde som et moment som trekker i retning av vesentlig endring, eksempelvis ved utvidelse av en kontrakt til å gjelde en bydel som ikke var omfattet av den opprinnelige kunngjøringen.⁵⁷⁰

KOFA-sak

[KOFA-sak 2010/212](#)

Saken gjaldt en anskaffelse av laboratorieutstyr og -tjenester. Endringen omfattet både utskifting av utstyr og utvidelse av tjenestetilbudet. Utgiftene til forbruksmateriell økte fra 16 millioner året før utvidelsen til 20 millioner etter utvidelsen. KOFA kom til dette ikke utgjorde en vesentlig endring. Det ble lagt vekt på at utskiftingen ikke innebar noen utvidelse av valgte leverandørs engasjement og at selv om økningen i årlig vederlag ikke var ubetydelig, førte ikke utvidelsen til at nye tjenesteformer ble inkludert i kontrakten. Det ble også lagt vekt på at dette var en langvarig kontrakt og at oppdragsgivers behov hadde endret seg i løpet av kontraktsperioden.

⁵⁶⁸ [KOFA-sak 2004/16](#). Saken gjaldt gjennomføring av en større IT-anskaffelse. KOFA kom til at kontrakten med opsjoner hadde en varighet og et omfang som ikke var i tråd med regelverket.

⁵⁶⁹ [KOFA-sak 2009/232](#). Saken gjaldt utvidelse av en kontrakt om utbedring av vei til å omfatte veiparsell som ikke var omfattet av den opprinnelige kontrakten. I saken la KOFA også vekt på at utvidelsen av kontraktsum lå utenfor 15 % grensen angitt i NS 8406 og at arbeidet isolert sett var betydelig sett i forhold til den opprinnelige kontrakten.

⁵⁷⁰ [KOFA-sak 2009/208](#). Saken gjaldt vintervedlikehold og utvidelse av kontrakten til ny bydel. KOFA la særlig vekt på at oppdragsgiveren på en klar måte hadde kommunisert til potensielle tilbydere at den aktuelle bydelen ikke var omfattet av kontrakten.

Rettsavgjørelse

[Sak C-337/98 \(Matra\)](#)

Saken gjaldt en kontrakt om et førerløst bybaneanlegg. Først hadde oppdragsgiver vist til en teknologi (VAL 206-system), men dette ble senere endret til en nyere teknologi (VAL 208-systemet). Domstolen mente ikke at dette var en vesentlig endring og uttalte, i premiss 51, at for det første var materialets utvikling av marginal betydning og: *"For det andet bør det ikke udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger, der er indtrådt under forhandlingsforløbet, uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten, der begrunder, at nye retsregler finder anvendelse."*

40.3.4 Endring som gjelder skifte av leverandør

En endring av leverandør fra den opprinnelig valgte leverandøren, vil som klar hovedregel utgjøre en vesentlig endring. Visse tilfeller av leverandørskifte er likevel eksplisitt tillatt etter forskriften.⁵⁷¹ Det er da tale om skifte av leverandør ved at en ny leverandør, under visse forutsetninger, helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens rettigheter og plikter som følge av en omstrukturering. Denne bestemmelsen er nærmere beskrevet i punkt 40.2.5. Utover dette vil skifte av leverandør utgjøre en vesentlig endring.

41 Oppsigelse av kontrakt i særlige tilfeller

41.1 Innledning

§ 28-3 fastsetter at oppdragsgiveren kan si opp en kontrakt i nærmere angitte tilfeller. Dette gjelder for det første når det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiveren gjennomfører en ny konkurranse. Oppdragsgiveren kan videre si opp kontrakten dersom han finner ut at leverandøren på tidspunktet for tildeling av kontrakt var i en slik situasjon at han skulle ha vært avvist. For det tredje gjelder det der EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiveren har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at oppdragsgiveren ikke skulle ha inngått kontrakten md den valgte leverandøren.

Bestemmelsen slår kun fast at oppdragsgiveren kan si opp kontrakten. Konsekvensene av at kontrakten blir sagt opp reguleres ikke i anskaffelsesregelverket, men i den alminnelige avtaleretten. Oppdragsgiveren kan velge å ta inn klausuler i kontrakten som regulerer

⁵⁷¹ Jf. § 28-1 første ledd bokstav e.

oppsigelse i de angitte tilfellene, herunder konsekvensene av en oppsigelse. Oppdragsgiveren må opplyse om slike klausuler i konkurransegrunnlaget.⁵⁷²

41.2 Oppsigelse som følge av vesentlige endringer i kontrakten

Etter § 28-3 bokstav a kan oppdragsgiveren si opp en kontrakt dersom det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiveren gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 28-2. Bestemmelsen i § 28-2 angir at en endring ikke er tillatt dersom innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige avtalen.⁵⁷³

I henhold til § 28-2 er det enkelte endringer som alltid skal anses som vesentlige. Dette gjelder følgende endringer:

- innføring av nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at
 - andre leverandører potensielt kunne ha deltatt i konkurransen, eller
 - at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør
- kontraktens økonomiske balanse endres til fordel for leverandøren
- kontraktens omfang utvides betydelig
- leverandørskifte i andre tilfeller enn de som er angitt i § 28-1 først ledd bokstav e.

For endringer utover dette må det foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet slik det fremstår før og etter den aktuelle endringen. Det avgjørende er om innholdet i den endrede kontrakten er vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten, og om det derfor i realiteten er inngått en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til forskriften. Det er skrevet mer utfyllende om vesentlige endringer etter § 28-2 i punkt 40.3.

41.3 Oppsigelse dersom leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg for straffbare forhold

Etter § 28-3 bokstav b kan oppdragsgiveren si opp en kontrakt dersom leverandøren på tidspunktet for oppdragsgiverens valg av leverandør var i en situasjon som nevnt i § 24-2 annet ledd. Dette gjelder situasjoner der en leverandør er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold:

- deltakelse i en kriminell organisasjon
- korrupsjon
- bedrageri
- terrorhandlinger eller straffbare handling med forbindelse til terroraktivitet
- hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- barnearbeid og andre former for menneskehandel

⁵⁷² Jf. § 14-1 tredje ledd bokstav b.

⁵⁷³ Jf. § 28-1 første ledd bokstav f.

Avvisningsgrunnene i § 24-2 annet ledd er nærmere omtalt i punkt 36.3.6. Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlige ikke handler med leverandører som befinner seg i situasjoner som bestemmelsen beskriver.

Leverandøren skal gis en mulighet til å dokumentere at han har gjennomført tiltak som viser at han har ryddet opp etter seg (såkalte "self-cleaning"-tiltak) og likevel har den nødvendige integritet som kontraktspart. Det vises til veiledningen om "self-cleaning"-tiltak i punkt 36.7.

41.4 Oppsigelse som følge av at EFTA-domstolen har slått fast brudd på EØS-avtalen

Etter § 28-3 bokstav c kan oppdragsgiveren si opp en kontrakt dersom EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiveren har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at han ikke skulle ha inngått kontrakt med den valgte leverandøren.

Forutsetningen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at oppdragsgiveren har foretatt en anskaffelse med verdi over EØS-terskelverdiene. Forskriften del III inneholder en rekke forskjellige prosessuelle regler som gjennomfører EUs anskaffelsesdirektiv⁵⁷⁴ i norsk rett. Siden direktivet er innlemmet i EØS-avtalen gjennom Joint Committee Decision (JCD) no. 97/2016 kan EFTA-domstolen statuere brudd på EØS-avtalen ved overtrjedelse av en eller flere av disse reglene.

For at EFTA-domstolen skal kunne statuere brudd på EØS-reglene må det først ha funnet sted en rettslig prosess. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har ved mistanke om brudd på EØS-retten muligheten til å ta opp saker, enten på eget initiativ eller på grunnlag av klager. Dersom ESA etter å ha foretatt undersøkelser mistenker brudd på EØS-retten kan de sette i gang den såkalte traktatbruddsproseduren. Det første formelle skrittet i denne prosedyren er at ESA sender et såkalt åpningsbrev til norske myndigheter. Dersom saken ikke løses på dette stadiet er neste trinn at ESA utsteder en grunnlagt uttalelse. Dersom man ikke finner en løsning etter dette kan ESA etter ODA-avtalens artikkel 31⁵⁷⁵ anlegge traktatbruddssak for EFTA-domstolen.

Dersom EFTA-domstolen i en traktatbruddssak kommer med en fellende dom vil dette si at det foreligger brudd på EØS-retten.

42 Samordnede innkjøp

42.1 Innledning

Oppdragsgivere kan ha interesse av å foreta innkjøp i fellesskap eller fra eller gjennom en innkjøpssentral fordi de kan oppnå stordriftsfordeler, herunder lavere priser og administrasjonsutgifter. I tillegg vil det kunne bidra til å forbedre og profesjonalisere forvaltningen av offentlige anskaffelser.

Det er gitt regler om innkjøpssentraler i § 7-8 som gjelder for alle anskaffelser etter forskriften. Disse reglene omtales i punkt 8.7.

⁵⁷⁴ [Direktiv 2014/24/EU](#).

⁵⁷⁵ [Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol](#).

Det er gitt egne regler om samordnede innkjøp for anskaffelser med en anslått verdi som overstiger EØS-terskelverdien i kapittel 29 i forskriften del III. Disse reglene omtales i punkt 42.3. Det vil være tillatt å følge disse reglene også ved anskaffelser med en anslått verdi under EØS-terskelverdien.

42.2 Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap

§ 29-1 regulerer tilfeller hvor flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelser i fellesskap.

Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap kan for eksempel være at flere oppdragsgivere går sammen om å kjøpe et eller flere produkter som de alle trenger, men skal bruke hver for seg. Det kan også være slik at to oppdragsgivere går sammen om å kjøpe et produkt som de skal anvende i fellesskap. Et annet eksempel er at de sammen kjøper en forsknings- og utviklingstjeneste som vil være til fordel for de begge. Oppdragsgivere kan også inngå rammeavtaler eller etablere dynamiske innkjøpsordninger for felles bruk.

Det er bare de oppdragsgiverne som er identifisert i kunngjøringen som en av oppdragsgiverne som kan bruke den inngåtte kontrakten eller rammeavtalen eller den etablerte dynamiske innkjøpsordningen.

Når en anskaffelsesprosess i sin helhet gjennomføres i fellesskap, vil oppdragsgiverne i fellesskap være ansvarlig for å overholde reglene i forskriften. Dette gjelder både når flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelsen i fellesskap i alle oppdragsgivernes navn, og når en av oppdragsgiverne er ansvarlig for å gjennomføre anskaffelsen på vegne av de andre oppdragsgiverne.

Når deler av anskaffelsesprosessen utføres i fellesskap, mens andre deler blir gjennomført individuelt, vil samtlige oppdragsgivere bare være felles ansvarlig for å overholde reglene i forskriften for de delene som utføres i fellesskap. Den enkelte oppdragsgiver vil i tillegg være ansvarlig for å overholde reglene i forskriften som gjelder den delen som gjennomføres i eget navn og på egne vegne.

Eksempel

Kommune A og kommune B går sammen om å inngå en rammeavtale. Kommune A gjennomfører konkurransen om inngåelsen av selve rammeavtalen som begge skal kunne gjøre avrop på, mens B angis som en av oppdragsgiverne. Rammeavtalen inngås da i begge navn og prosessen gjennomføres på begge kommuners vegne. Kommunene vil derfor i fellesskap være ansvarlige for at anskaffelsesregelverket overholdes ved inngåelsen av rammeavtalen.

Dersom et avrop under rammeavtalen skjer bare i B sitt navn og på B sine vegne vil det kun være B som er ansvarlig for dette avropet. Dersom avropet på rammeavtalen gjøres i strid med kriteriene fastsatt i rammeavtalen, er det således bare B som vil være ansvarlig for bruddet på reglene.

42.3 Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater

Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater er regulert i § 29-2. Det har også tidligere vært mulig for oppdragsgivere i ulike EØS-land å samarbeide om anskaffelser, men dette har vært vanskelig i praksis fordi det har vært uklart hvilke regler som gjelder for slike anskaffelser.

De mulighetene som gis i § 29-2 til å inngå et samordnet innkjøp skal ikke inngås med det formål å unngå nasjonale anskaffelsesregler jf. § 29-2 sjette ledd.

42.3.1 Anskaffelser fra innkjøpssentraler i andre EØS-stater

Oppdragsgiveren kan anskaffe ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral i en annen EØS-stat.

Innkjøpssentralen skal gjennomføre sine anskaffelser etter reglene i den staten hvor den er lokalisert. En dansk innkjøpssentral skal altså følge de danske anskaffelsesreglene, også dersom norske leverandører kjøper varer og tjenester gjennom/fra denne sentralen.

Disse reglene skal også gjelde dersom oppdragsgiveren selv tildeler en kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning. Dette innebærer at dersom en norsk oppdragsgiver gjør avrop på en dansk innkjøpssentralers rammeavtaler er det de danske anskaffelsesreglene som gjelder. Oppdragsgiveren må være identifisert som en av oppdragsgiverne i kunngjøringen dersom han skal kunne bruke den inngåtte rammeavtalen eller den etablerte dynamiske innkjøpsordningen. De norske anskaffelsesreglene vil da i utgangspunktet ikke komme til anvendelse ved slike anskaffelser. Regler som ikke knytter seg direkte til anskaffelsesprosedyren vil likevel gjelde, slik som regler om innsyn i dokumenter, taushetsplikt og habilitet.

Det følger av § 7-8 at oppdragsgiveren anses å ha overholdt forskriften dersom han anskaffer ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral. Dersom oppdragsgiveren foretar deler av anskaffelsen gjennom innkjøpssentralen og deler av anskaffelsen selv, er han likevel ansvarlig for å overholde forskriften for de delene av anskaffelsen han selv foretar.

Eksempel

Departement A kjøper medisinsk utstyr gjennom en innkjøpssentral lokalisert i Sverige. Innkjøpssentralen følger det svenske anskaffelsesregelverket i gjennomføringen av konkurransen. Departement A anses å ha overholdt det norske regelsettet når det anskaffer gjennom den svenske innkjøpssentralen.

42.3.2 Anskaffelser foretatt i fellesskap av oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater

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.

Der flere oppdragsgivere gjør dette er det sentralt at man på forhånd har bestemt hvilke nasjonale regler som skal gjelder for anskaffelsen, ansvarsområder og intern fordeling av oppgaver. I noen tilfeller vil det finnes internasjonale avtaler, som de deltagende oppdragsgiveres medlemsstater er part i, som regulerer disse forholdene. Dersom en slik internasjonal avtale ikke finnes må oppdragsgiverne derimot inngå en avtale som fastsetter regler om dette.

Avtalen må for det første si noe om hvilke nasjonale regler som gjelder for anskaffelsen. Oppdragsgiverne må velge reglene til en EØS-stat hvor minst en av oppdragsgiverne er lokalisert.

Avtalen må for det andre si noe om ansvarsområdene til de ulike oppdragsgiverne, herunder hvem som er ansvarlig for å opptre i overensstemmelse med de nasjonale reglene som gjelder for anskaffelsen. Avtalen må eventuelt også regulere rettslig ansvar overfor leverandører. Det rettslige ansvaret kan entes gis til en av oppdragsgiverne eller man kan avtale at oppdragsgiverne er ansvarlige i fellesskap.

For det tredje må avtalen angi den interne organiseringen av anskaffelsen. Dette skal inkludere gjennomføringen av konkurransen, fordelingen av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene, og inngåelsen av kontrakter.

Den oppdragsgiveren som er gitt ansvaret for å følge anskaffelsesreglene må sørge for at de gjeldende nasjonale reglene blir fulgt. Når det gjelder de andre oppdragsgiverne som deltar anses disse for å ha oppfylt sine forpliktelser etter anskaffelsesreglene når de anskaffer fra denne oppdragsgiveren. Dersom anskaffelsen foretas av to oppdragsgivere som er ansvarlige i fellesskap, vil imidlertid begge være forpliktet til å sørge for at anskaffelsen skjer i overensstemmelse med de gjeldende nasjonale reglene.

42.3.2.1 Anskaffelser foretatt gjennom en juridisk enhet etablert av oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater

Ulike oppdragsgivere fra forskjellige medlemsstater kan også etablere en felles juridisk enhet som skal gjennomføre innkjøp på vegne av oppdragsgiverne. I slike tilfeller skal det ansvarlige organet i enheten fastsette hvilke nasjonale regler som enheten skal følge ved gjennomføring av offentlige anskaffelser. Organet kan velge mellom de nasjonale reglene til en av medlemsstatene hvor enheten er lokalisert, eller de nasjonale reglene til en medlemsstat hvor den utøver sine aktiviteter.

Dersom ulike oppdragsgivere inngår et slikt samarbeid kan de begrense dette til en bestemt periode, til visse typer kontrakter eller til en eller flere bestemte kontrakter. Samarbeidet kan også gjelde for en ubestemt periode dersom dette er fastsatt i stiftelsesdokumentene for den felles juridiske enheten.

Del IV. Anskaffelser av helse- og sosialtjenester

43 Anskaffelser av helse- og sosialtjenester

43.1 Innledning

Det er gitt egne regler for anskaffelser av helse- og sosialtjenester i kapittel 30 i forskriften del IV. Disse reglene gjelder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester med en verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner ekskl. mva.⁵⁷⁶ Hvordan slike anskaffelser skal gjennomføres er omtalt nedenfor i punkt 43.4.

Ved anskaffelser under EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner er oppdragsgiveren kun forpliktet til å følge reglene i anskaffelsesloven og forskriften del I. Gjennomføringen av slike anskaffelser er kort omtalt i punkt 43.3.

Difi har utarbeidet en egen veileder til anskaffelser av helse- og sosialtjenester som finnes på anskaffelser.no. Veilederen gir en nærmere innføring i hvordan anskaffelser av helse- og sosialtjenester kan gjennomføres.

Departementet vil komme tilbake med ytterligere veiledning til reglene om anskaffelser av helse- og sosialtjenester, herunder reglene om tjenester til enkeltbrukere⁵⁷⁷ og unntaket for tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet⁵⁷⁸.

43.2 Reservasjonsadgang for ideelle leverandører

I den tidligere forskriften om offentlige anskaffelser var det et eget unntak for anskaffelser av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner.⁵⁷⁹ Etter dette unntaket var ikke oppdragsgiveren forpliktet til følge reglene i forskriften del II og del III for denne type anskaffelser. Oppdragsgiveren kunne derfor velge å reservere konkurransen for bare ideelle organisasjoner.

I den nye forskriften er dette unntaket fjernet. Dette skyldes at det nye EU-direktivet om offentlige anskaffelser⁵⁸⁰ innførte egne regler for anskaffelser av sosiale og andre spesifikke tjenesteytelser, herunder helse- og sosialtjenester. Det er gitt nærmere informasjon om disse endringene i forarbeidene til den nye anskaffelsesloven.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ § 5-1 fjerde ledd, jf. § 5-3 annet ledd.

⁵⁷⁷ Jf. § 30-4.

⁵⁷⁸ Jf. § 2-4 bokstav h.

⁵⁷⁹ Jf. [forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser](#) § 2-1 tredje ledd.

⁵⁸⁰ Jf. [direktiv 2014/24/EU](#).

⁵⁸¹ [NOU 2014:4](#) kapittel 12.4.2 og kapittel 27, [Prop. 51 L \(2015–2016\)](#) kapittel 8.1 og [Innst. 358 L \(2015–2016\)](#) kapittel 2.2.5.

På bakgrunn av innstillingen fra næringskomiteen på Stortinget⁵⁸² om den nye anskaffelsesloven innhentet regjeringen en utredning fra advokat Karin Fløistad om handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester⁵⁸³. Utredningen viser at det kan finnes et handlingsrom for å reservere helse- og sosialtjenester for ideelle leverandører også etter gjennomføringen av det ny anskaffelsesdirektivet. Departementet vil på bakgrunn av utredningen utarbeide egen veiledning om denne reservasjonsadgangen. Veiledningen vil bli lagt ut på departementets nettsider så fort den er klar.

43.3 Anskaffelser av helse- og sosialtjenester under EØS-terskelverdien

Ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester med en verdi på mellom 100.000 kroner ekskl. mva. og EØS-terskelverdien på 6,3 millioner ekskl. mva., får kun anskaffelsesloven og forskriften del I anvendelse. Dette innebærer at oppdragsgiveren står fritt til selv å velge hvilke leverandører han ønsker å invitere til å levere tilbud. Oppdragsgiveren kan for eksempel velge å bare invitere ideelle leverandører til å delta i konkurransen.

Oppdragsgiveren er ikke forpliktet til å kunngjøre anskaffelsen på Doffin, men han kan velge å bruke en frivillig kunngjøring⁵⁸⁴ på Doffin til å publisere konkurransen.

Det er ikke gitt detaljerte regler for gjennomføringen av konkurransen. Dette innebærer at oppdragsgiveren har et stort handlingsrom for hvordan anskaffelsen kan gjennomføres. De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet legger imidlertid føringer for hvordan konkurransen skal gjennomføres. Hvilke krav som kan utledes av de grunnleggende prinsippene er nærmere beskrevet i kapittel 7.

Hvilke krav som gjelder for del I-anskaffelser er beskrevet nærmere i kapittel 8 og 9. Prinsippet om forholdsmessighet tilsier at jo høyere verdi anskaffelsen har, jo høyere krav må det stilles til gjennomføringen av konkurransen.

43.4 Anskaffelser av helse- og sosialtjenester over EØS-terskelverdien

43.4.1 Innledning

Ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester med en verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner ekskl. mva. skal oppdragsgiveren følge reglene i kapittel 30 i forskriften del IV. I tillegg får bestemmelsene i loven og forskriften del I anvendelse. Hvilke tjenester som regnes som helse- og sosialtjenester fremgår av forskriften [vedlegg 3](#)⁵⁸⁵.

⁵⁸² [Innst. 358 L \(2015-2016\)](#).

⁵⁸³ [Fløistad \(2017\)](#).

⁵⁸⁴ Se [skjema for frivillig kunngjøring etter forskriften del I](#).

⁵⁸⁵ Jf. definisjonen i § 4-1 bokstav g.

Bakgrunnen for at det er gitt egne regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester er at disse tjenestene kjennetegnes ved at de er tjenester som ofte ytes til sårbare brukere og pasienter. De har ofte komplekse lidelser eller sykdommer som rusproblemer, psykiske problemer, funksjonsnedsettelse mv. Dette medfører at det ofte er særlig krevende å foreta anskaffelser av slike tjenester. Det er derfor behov for mer fleksible regler for disse typene anskaffelser slik at de kan tilpasses brukerens behov og utfordringer.

43.4.2 Hvordan skal konkurransen gjennomføres?

Hvordan konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester skal gjennomføres er regulert i § 30-1. Bestemmelsen gir oppdragsgiveren et stort handlingsrom til å organisere konkurransen på den måten han selv mener er mest hensiktsmessig. Oppdragsgiveren kan velge å utforme egne prosedyrer, bruke anskaffelsesprosedyrene i forskriften del II eller del III eller tilpasse anskaffelsesprosedyrene i del II eller del III etter særtrekkene til tjenestene som skal anskaffes. Prosedyren skal uansett utformes i tråd med de grunnleggende prinsippene, jf. loven § 4.

Oppdragsgiveren skal beskrive hvordan konkurransen skal gjennomføres i anskaffelsesdokumentene. Det følger av det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet at oppdragsgiveren må beskrive den tjenesten som skal anskaffes i tilstrekkelig grad til at potensielle leverandører kan vurdere om det er relevant å delta i konkurransen og utforme tilbud. Når det ikke er gitt detaljerte prosedyreregler er det særlig viktig at oppdragsgiveren gir en god beskrivelse av konkurransens forløp i anskaffelsesdokumentene.

Oppdragsgiveren er videre pålagt å opplyse om hvilke forhold han vil vektlegge ved valg av leverandører til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud. Dette innebærer at oppdragsgiveren må angi eventuelle kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier og tildelingskriterier i anskaffelsesdokumentene. Det er videre understreket i bestemmelsen at oppdragsgiveren skal behandle leverandørene likt i gjennomføringen av konkurransen. Dette gjelder alle sider av konkurransen.

43.4.3 Særtrekkene ved helse- og sosialtjenester

Oppdragsgiveren kan ta i betraktning særtrekkene ved de aktuelle tjenestene ved gjennomføringen av anskaffelsen⁵⁸⁶. Det gjelder ved alle sider ved anskaffelsen.

Oppdragsgiveren kan blant annet ta hensyn til særtrekkene ved fastsettelsen av kravene til ytelsen, kontraktsvilkårene, kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene. Oppdragsgiveren kan også ta hensyn til særtrekkene ved utformingen av selve konkurransen.

Hvilke særtrekk oppdragsgiver kan ta i betraktning ved den enkelte anskaffelse avhenger av den konkrete tjenesten som skal anskaffes. Det er listet opp en rekke særtrekk i § 30-1 tredje ledd som oppdragsgiveren kan ta i betraktning der disse er relevante. Denne listen er ikke uttømmende.

Formålet med bestemmelsen er å legge til rette for at brukeren får best mulige tjenester innenfor oppdragsgiverens budsjetttrammer. Oppdragsgiveren kan eksempelvis ta hensyn til brukerens behov. Dette omfatter brukerens behov for kontinuitet, tilgjengelighet, et helhetlig

⁵⁸⁶ § 30-1 tredje ledd.

tjenestetilbud og brukermedvirkning. Nedenfor er det angitt noen eksempler på hvordan brukernes behov kan ivaretas ved offentlige anskaffelser.

Kontinuitet

Oppdragsgiveren kan vektlegge brukerens behov for stabile omgivelser, herunder at brukeren skal kunne støtte seg på en kontinuerlig og uavbrutt tjenesteytelse. For eksempel ved å inngå kontrakter av lang varighet, dersom brukernes behov tilsier at dette er nødvendig. Videre kan det vektlegges i tilbudsevalueringen at tilbudet legger opp til at brukeren kan forholde seg til samme bemanning fra dag til dag istedenfor å møte nye mennesker hver dag.

Tilgjengelighet

Oppdragsgiveren kan vektlegge brukerens ulike behov for tilgjengelighet. For eksempel kan det stilles krav i kravspesifikasjonen om at tjenestene skal ytes innen brukerens nærområde og i nærheten av familie og venner. Det kan videre stilles krav om at brukere med handikap er sikret tilgang til det fysiske området hvor tjenesten ytes og universelt utformet informasjon.

Et helhetlig tjenestetilbud

Det er viktig at tilbudet utformes på en måte som reflekterer brukerens forskjellige behov og preferanser. Oppdragsgiveren kan for eksempel vektlegge at tilbudet skal legge til rette for at brukeren skal kunne ha nær kontakt med venner og familie og på den måten legge til rette for at brukeren kan ha et sosialt liv.

Brukermedvirkning

I planleggingen av anskaffelsen bør oppdragsgiveren involvere brukerne og familien deres i planleggingen av anskaffelsene, herunder spesifisering av behov og krav. Det vil også være mulig å ta i betraktning hvordan leverandørene foreslår å involvere brukerne og deres familier og venner i hvordan tjenesten skal ytes. For eksempel kan det stilles krav til jevnlig møter mellom bruker/pårørende og leverandøren for å evaluere kvaliteten på tjenestene.

Oppdragsgiveren kan også vektlegge sine egne behov, for eksempel behov for kompetanse og erfaring, mangfold, kontinuitet og innovasjon.

I fortalen⁵⁸⁷ til anskaffelsesdirektivet fremgår det at prosedyrereglene skal åpne for at oppdragsgiverne skal kunne bruke tildelingskriterier som er særlig tilpasset personlige tjenester, som kriterier angitt i "[A Voluntary European Quality Framework for Social Services](#)". Dette er et frivillig rammeverk som er ment å utvikle en felles forståelse av kvaliteten i sosiale tjenester innenfor EU ved å identifisere kvalitetsprinsipper som disse tjenestene bør oppfylle. For hvert prinsipp er det identifisert operasjonelle kriterier som kan være til hjelp for evalueringen av kvaliteten på helse- og sosiale tjenester. Disse kriteriene er omtalt nærmere i [NOU 2014:4](#) punkt 27.4.4.

43.4.4 Krav om kunngjøring

43.4.4.1 Kunngjøring av konkurransen

Oppdragsgiveren skal kunngjøre konkurransen på [Doffin](#) enten ved en hjelp av alminnelig kunngjøring av konkurransen eller ved en forhåndskunngjøring, jf. § 30-5.

En forhåndskunngjøring er en veiledende kunngjøring som brukes til å kunngjøre konkurransen. Interesserte leverandører må da melde sin interesse for anskaffelsen til oppdragsgiveren. Oppdragsgiveren behøver kun å invitere de leverandørene som har meldt sin interesse til å delta i konkurransen eller levere tilbud.

Ved begge typer kunngjøringer kreves det at oppdragsgiveren gir en beskrivelse av hva som skal anskaffes og setter en frist for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen, å melde sin interesse eller mottak av tilbud. Ved forhåndskunngjøringer skal oppdragsgiveren også angi at kontraktene vil bli inngått uten annen kunngjøring av konkurransen og at interesserte leverandører inviteres til å melde sin interesse.

Oppdragsgiveren behøver ikke kunngjøre anskaffelsen, dersom vilkårene i §§ 13-3 eller 13-4 er oppfylt. Dersom vilkårene i § 13-3 er oppfylt kan oppdragsgiveren gjennomføre en konkurranse uten kunngjøring. Dersom vilkårene i § 13-4 er oppfylt kan oppdragsgiveren gjennomføre en direkte anskaffelse uten konkurranse.

⁵⁸⁷ Premiss 114 i fortalen til [direktiv 2014/24/EU](#).

43.4.4.2 Kunngjøring av kontraktsinngåelse

Oppdragsgiveren skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten, jf. § 30-7. Kunngjøringen skal publiseres på Doffin snarest mulig og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått. Det er ikke nødvendig å kunngjøre inngåelse av kontrakter som inngås under en rammeavtale.

43.4.4.3 Intensjonskunngjøring

Oppdragsgiveren har mulighet til å publisere en intensjonskunngjøring, dersom han mener han har hjemmel til å inngå en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen, jf. § 30-5. Intensjonskunngjøringen skal publiseres på Doffin.

43.4.5 Kommunikasjon

Det følger av § 30-1 sjette ledd at reglene i forskriften kapittel 22 også gjelder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i kapittel 33.

43.4.6 Meddelelses- og begrunnelsesplikt

Oppdragsgiveren skal gi berørte leverandører en meddelelse om valget av leverandør før kontrakten inngås. Berørte leverandører omfatter alle leverandører som har levert en forespørsel om å delta i konkurransen og ikke har fått beskjed om at forespørselen er avvist eller forkastet, og alle leverandører som har gitt tilbud i konkurransen.

Meddelelsen til de berørte leverandørene skal inneholde en begrunnelse for valget og angi en karenperiode. Karenperioden er tidsrommet mellom meddelelsen om valget av leverandør og det tidspunktet oppdragsgiveren tidligst kan inngå kontrakten.

Oppdragsgiveren fastsetter selv hvor lang karenperioden skal være, men den skal minst være 10 dager regnet fra dagen etter meddelelsen om valg av leverandør er sendt. Dersom oppdragsgiveren ikke har brukt elektronisk kommunikasjon ved utsendelsen av meddelelsen skal karenperioden være på minst 15 dager. Kravet om karenperiode gjelder ikke når den valgte leverandøren er den eneste berørte leverandøren eller når oppdragsgiveren ikke har plikt til å kunngjøre konkurransen.

Meddelelsen om valget av leverandør skal inneholde navnet på den valgte leverandøren og en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i henhold til tildelingskriteriene.

Det følger av prinsippet om etterprøvnbarhet at oppdragsgiveren også må begrunne eventuelle andre avgjørelser som foretas i løpet av gjennomføringen av konkurransen. Dette vil omfatte for eksempel eventuelle avvisinger, forkastelser, avlysninger m.m.

Oppdragsgiveren kan unnta visse opplysninger fra begrunnelsen, dersom offentliggjøring av disse vil hindre håndhevelse av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene.

Det er gitt nærmere informasjon om meddelelses- og begrunnelsesplikten i punkt 37.1.

43.4.7 Dokumentasjon av anskaffelsen

Etter § 7-1 skal oppdragsgiveren oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen. Dokumentasjonen skal oppbevares i

minst tre år fra tidspunktet for inngåelse av kontrakten. Oppdragsgiveren er også forpliktet til å oppbevare kontrakten gjennom hele kontraktsperioden.

Det er gitt nærmere omtale av dokumentasjonsplikten i punkt 8.2.

Det følger videre av § 30-1 sjuende ledd, jf. § 10-5, at oppdragsgiveren skal føre protokoll for gjennomføringen av anskaffelsen. Protokollen skal inneholde alle vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen. Hvilke opplysninger dette omfatter er angitt i § 10-5 annet ledd. Opplysningene skal kun angis dersom de er relevante for konkurransen.

Det er gitt nærmere omtale av protokollplikten i punkt 37.5.2.

43.5 Brukervalg

43.5.1 Innledning

Oppdragsgiveren kan gi brukeren mulighet til selv å velge hvilken leverandør som skal levere tjenester til ham. Brukervalg kan skje på en av to måter. Oppdragsgiveren kan for det første gjennomføre en egen konkurranse for å anskaffe et tilbud til leverandøren og bruke brukervalg som eneste tildelingskriterium. For det andre kan han inngå en rammeavtale med flere leverandører og bruke brukervalg som eneste tildelingskriterium ved avrop på rammeavtalen.

Bakgrunnen for reglene om brukervalg er at det ofte er vanskelig for oppdragsgiveren å beskrive hva som er kvalitet for en spesifikk bruker eller pasient. Oppdragsgiveren kan beskrive hvilken kompetanse leverandørens bemanning skal ha og hvilke tjenester de skal utføre. Men viktige kvalitative faktorer som empati, mellommenneskelighet, godhet og lignende faktorer er det ofte ikke mulig å ta hensyn til i en vanlig anskaffelsesprosedyre. Dette er det subjektive vurderinger som brukeren eller pasienten selv må gjøre.

43.5.2 Brukervalg som tildelingskriterium

Tildeling av kontrakter kan skje ved at brukeren selv får anledning til å velge hvilken leverandør han ønsker seg, jf. § 30-1 fjerde ledd. Dette innebærer ikke at brukeren kan velge fritt blant alle aktuelle leverandører i markedet. Brukeren må velge mellom de leverandørene som oppdragsgiveren har valgt ut gjennom en konkurranse i henhold til anskaffelsesreglene, inkludert kravene i forskriften del IV.

Oppdragsgiveren må blant annet kontrollere at leverandørene oppfyller nødvendige kvalifikasjonskrav, at det ikke foreligger grunner for avvisning og at leverandørens tilbud til brukeren oppfyller relevante kvalitetskrav.

For at anskaffelsen ikke skal komme i strid med likebehandlingsprinsippet er det videre nødvendig at brukerens valg er det eneste kriteriet for valget av leverandør.

Oppdragsgiveren kan ikke bruke andre tildelingskriterier som for eksempel pris, kvalitet, kompetanse eller lignende. Slike momenter må være fastlagt på forhånd. Dette innebærer at oppdragsgiveren må fastsette alle krav til kvalitet på tilbudet, kompetanse hos leverandørens personell, bemanningsgrad mv. i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiveren må også angi hvilken pris som skal gjelde for oppdraget.

Brukerens valg er ikke underlagt noen begrensninger utover at han må velge mellom de leverandørene som er kvalifisert og valgt ut av oppdragsgiveren. Hvilke faktorer brukeren

ønsker å vektlegge må ikke oppgis på forhånd. Brukeren må videre ikke begrunne sitt valg på noen måte. Brukerens valg kan heller ikke overprøves.

43.5.3 Brukervalg som avropsmekanisme

Det er også mulig å bruke brukervalg som tildelingskriterium ved avrop på rammeavtaler. For at brukernes valg skal være en reell valgmulighet så kan ikke brukervalg kombineres med andre avropskriterier som pris, kvalitet, kompetanse eller andre kriterier. En slik løsning forutsetter at alle vilkår er fastlagt i forkant av inngåelsen av rammeavtalene, jf. omtalen av brukervalg som tildelingskriterium ovenfor.

43.6 Kontraktslengde

Oppdragsgiveren har i utgangspunktet et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn ved fastsettelsen av kontraktens varighet. Hvilken varighet som kan aksepteres, vil bero på en konkret helhetsvurdering av hvilken kontraktslengde som vil gi en mest optimal anskaffelse.

Hvilken kontraktslengde som er akseptabel, vil derfor variere betydelig, avhengig av hvilken type ytelse det gjelder. Ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester kan oppdragsgiveren for eksempel inngå langvarige kontrakter dersom dette er nødvendig på grunn av brukernes behov, kontraktens formål, investeringskostnader eller andre relevante behov, jf. § 30-5 femte ledd.

Mange brukere kan ha et særlig behov for kontinuitet i ytelsene. Dette gjelder for eksempel ved anskaffelser av sykehjemsplasser, hjemmetjenester til brukere med omfattende og sammensatte behov, plasser i barnevernsinstitusjoner, fosterhjemstjenester og annen langvarig og kontinuerlig oppfølging av pasienter/brukere med behov for trygghet og stabilitet. Men lang kontraktsvarighet er ikke like relevant for alle helse- og sosialtjenester, for eksempel der pasientene i større grad er til kortvarig behandling.

Det grunnleggende kravet til konkurranse i loven § 4 begrenser hvor langvarige kontrakter som kan inngås. Langvarige kontrakter kan hindre andre leverandører i å konkurrere om oppdrag og kan ha uheldige virkninger på konkurransen i det aktuelle markedet. Kontraktens konkurransebegrensede effekt må derfor veies opp mot hensynene som taler for at kontrakten skal ha lang varighet som brukerens behov, kontraktens formål mv.

Oppdragsgiveren kan også inngå løpende (tidsubegrensede kontrakter), jf. § 30-5 annen setning. Oppdragsgiveren må imidlertid sørge for at kontrakten inneholder en adgang til å si opp kontrakten. Når det gjelder tidsubegrensede kontrakter, så har EU-domstolen uttalt at det ikke er noe hinder for å inngå tidsubegrensede offentlige tjenesteytelsesavtaler på fellesskapsrettens nåværende utviklingstrinn⁵⁸⁸. Domstolen mente imidlertid at tidsubegrensede kontrakter kan være i strid med formålet med anskaffelsesregelverket, fordi slike kontrakter kan hindre konkurranse mellom mulige tjenesteytere og anvendelsen av reglene om offentlige anskaffelser. Langvarige kontrakter kan etablere et leverandørmonopol i strid med forutsetningene om at offentlige oppdrag skal være gjenstand for konkurranse. Å unnlate å si opp en løpende, tidsubestemt kontrakt vil derfor kunne være en ulovlig direkte anskaffelse.

⁵⁸⁸ EU-domstolens [sak C-454/06 \(Pressetext\)](#), premiss 74.

Hvor lenge kontrakten kan løpe uten at den sies opp og det avholdes ny konkurranse, vil avhenge av kontraktens art og hvilke hensyn som taler for at kontrakten skal ha en lang varighet. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har tatt stilling til om varigheten av en kontrakt er i strid med det grunnleggende prinsippet om konkurranse i flere saker. I sak 2013/66 aksepterte for eksempel KOFA en kontraktsvarighet på 10 år ved kjøp av bedriftshelsetjenester.

Det er ikke gitt egne regler om varighet på rammeavtaler i forskriften kapittel 30.

Rammeavtaler er avtaler som har til formål å fastsette vilkårene for kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder. Ved anskaffelser etter forskriften del III er det en hovedregel om at rammeavtaler ikke skal ha en lenger varighet enn 4 år⁵⁸⁹. Denne begrensingen gjelder ikke ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Oppdragsgiveren må imidlertid ta i betraktning at denne type avtaler ofte er svært omfattende, og at inngåelsen av slike avtaler derfor innebærer risiko for svekket konkurranse i det aktuelle markedet, dersom det går for lang tid mellom skifte av leverandør(er). Dette er momenter som oppdragsgiveren må ta hensyn til ved vurderingen av hvor lange rammeavtaler som kan inngås, sammen med hensynene som er angitt ovenfor.

43.7 Reserverte kontrakter for visse helse- og sosialtjenester

Oppdragsgiveren kan ved anskaffelse av visse helse- og sosialtjenester begrense konkurransen til visse organisasjoner. Hvilke tjenester det dreier seg om er angitt i forskriften [vedlegg 4](#).⁵⁹⁰

Formålet med dette unntaket er å sikre kontinuitet i offentlige tjenester.⁵⁹¹ Unntaket er særlig beregnet på såkalte spin-outs (public service mutuals) som er mye brukt i helsesektoren i Storbritannia. Begrunnelsen for slike spin-outs er å redde offentlige tjenester i økonomiske vanskeligheter ved å introdusere konkurranse fra privat sektor, samtidig som de ansatte tar kontroll over prosessen og dermed får økt motivasjon for å øke produktiviteten.

Det er kun organisasjoner som oppfyller vilkårene angitt i § 30-2 første ledd som faller inn under unntaket.

For det første skal organisasjonens formål være å utføre oppdrag for det offentlige knyttet til levering av de angitte tjenestene. For det andre skal organisasjonens ledelses- eller eierskapsstruktur være basert på prinsipper om ansattes eierskap eller deltakelse. Dette innebærer at de ansatte i organisasjonen skal være eiere av organisasjonen eller medvirke i ledelsen av organisasjonen, eller at organisasjonens brukere eller interessenter deltar aktivt i ledelsen. For det tredje skal organisasjonens overskudd blir reinvestert med det formål å oppnå organisasjonens mål. Eventuell utdeling eller omfordeling av overskudd skal skje i henhold til prinsippene om medvirkning og deltakelse. For det fjerde skal ikke organisasjonen ha blitt tildelt kontrakt om levering av de samme tjenestene i løpet av de tre siste årene for den samme oppdragsgiveren etter denne bestemmelsen. Organisasjonen må oppfylle alle de fire vilkårene for å kunne delta i den reserverte konkurransen.

⁵⁸⁹ Jf. § 26-1 fjerde ledd.

⁵⁹⁰ Jf. § 30-2.

⁵⁹¹ [direktiv 2014/24/EU](#), premiss 118 i fortaleten.

Kontrakter som blir inngått ved bruk av denne bestemmelsen skal ikke ha en varighet på over 3 år, jf. § 30-2 annet ledd.

Ved kunngjøring av reserverte konkurranser skal oppdragsgiveren angi i kunngjøringen at konkurransen blir gjennomført i henhold til denne bestemmelsen. Ved unnlatelse av en slik angivelse vil det ikke være tillatt å begrense deltakelsen i konkurransen til organisasjoner som oppfyller de ovennevnte vilkårene.

Oppdragsgiveren må videre kontrollere at leverandørene som sender inn forespørsel om å delta i konkurransen eller tilbud, faktisk oppfyller vilkårene i § 30-2. Leverandører som ikke oppfyller vilkårene skal avvises.

43.8 Reserverte kontrakter for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer

Det følger av § 30-3 at oppdragsgiveren kan begrense konkurransen til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Reglene i § 30-3 er helt like reglene om reserverte kontrakter i forskriften del III. Det vises derfor til veiledningen om disse reglene i kapittel 23.

Del V. Klagemuligheter og håndhevelsesregler

44 Klagemuligheter og håndhevelsesregler

44.1 Innledning

Klage- og håndhevelsessystemet i Norge er basert på privat initiativ, typisk fra en leverandør som ikke har fått kontrakten. Dersom leverandøren ønsker en bindende avgjørelse må sak anlegges for domstolene. Domstolskontrollen er supplert med en særskilt Klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFA har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser og komme med rådgivende uttalelser ved andre brudd på anskaffelsesregelverket. Denne ordningen har vist seg å være et effektivt lavterskeltilbud, med stor praktisk og preventiv betydning.

Det er gjort to endringer i reglene om klagemuligheter og håndhevelse de siste årene som er særlig viktige.

Først ved EUs siste håndhevelsesdirektiv for offentlige anskaffelser (direktiv 2007/66/EF), som ble gjennomført i norsk rett 1. juli 2012. Formålet med direktivet var todelt. For det første skulle de nye reglene effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesreglene og forbedre leverandørenes rettssikkerhet ved å legge til rette for tvisteløsning før kontrakt inngås (regler om karenperiode og suspensjon). For det andre var det et formål å styrke sanksjoneringen av ulovlige direkte anskaffelser. Det ble innført nye inngripende sanksjoner som innebærer at domstolen kan kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme et overtredelsesgebyr.

Deretter den 1. januar 2017 ved ikrafttredelse av ny anskaffelseslov, som gjeninnførte kompetansen til KOFA til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser.

Grunnen for denne endringen var behovet for å effektivisere håndhevelsen av slike alvorlige brudd.

Det er kontraktsinngåelsen som er skjæringstidspunktet for hvilke klagemuligheter leverandøren har.

Før kontraktsinngåelsen kan leverandøren henvende seg direkte til oppdragsgiveren med oppfordring om å omgjøre en beslutning om avvisning, tildeling av kontrakten og avlysning mv. Se nærmere i punkt 44.2 om klage til oppdragsgiveren.

Dersom dette ikke fører frem kan leverandøren sende en klage til KOFA og be oppdragsgiveren om å avvente kontraktsinngåelsen inntil nemnda har behandlet saken. Se nærmere i punkt 44.3 om klage til KOFA. Klagen til KOFA har ikke noen formell virkning og det er opp til oppdragsgiveren å bestemme om han vil vente med å inngå kontrakt.

Leverandøren kan også gå direkte til domstolen og begjære midlertidig forføyning for å få stanset kontraktsinngåelsen. Se nærmere i punkt 44.6 om midlertidig forføyning. For kontrakter over EØS-terskelverdiene skal en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers tildelingsbeslutning i visse tilfeller føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes. Se nærmere i punkt 37.3 om suspensjon av oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt.

Etter kontraktsinngåelsen kan leverandørene sende en klage til KOFA, jf. punkt 44.3, eller gå til søksmål for å få tilkjent erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse. Se nærmere i punkt 44.5 om reglene om erstatning.

I tilfelle oppdragsgiveren har foretatt visse brudd på anskaffelsesregelverket, inkludert en ulovlig direkte anskaffelse, kan leverandøren gå til søksmål for å få retten til å ilegge lovens sanksjoner. Se nærmere i punkt 44.7 om sanksjoner for brudd på anskaffelsesregelverket.

Brudd kan også klages inn til EFTAs overvåkningsorgan (ESA), jf. punkt 44.4 om klage til EFTAs overvåkningsorgan

44.2 Klage til oppdragsgiveren

En leverandør som er uenig i oppdragsgiverens beslutning kan klage direkte til oppdragsgiveren. Det kan eksempelvis klages på oppdragsgiverens beslutninger om avvisning av leverandøren eller tilbudet, avlysning av konkurransen eller tildeling av kontrakten.

Oppdragsgiveren har en plikt til å begrunne sine beslutninger. Begrunnelsen må være utformet slik at det er mulig for leverandøren å etterprøve om oppdragsgiverens beslutninger er i samsvar med anskaffelsesreglene og de reglene som oppdragsgiveren har satt for gjennomføringen av konkurransen.

Når en konkurranse er i avslutningsfasen og oppdragsgiveren har valgt en leverandør, skal han skriftlig meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakten til alle leverandørene samtidig. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget av leverandøren.⁵⁹² Begrunnelsen skal inneholde en presis angivelse av den nøyaktige karensperioden som oppdragsgiver har fastsatt for eventuelle klager. Karensperioden er

⁵⁹² Jf. § 10-1 første ledd og § 25-1 første ledd.

tidsrommet mellom meddelelsen om valget av leverandør, og det tidspunktet oppdragsgiveren tidligst kan inngå kontrakten.⁵⁹³ Fastsettelsen av en karenstid har som formål å sikre en effektiv klageadgang ved å gi leverandørene tid til å vurdere om det er behov for å klage til oppdragsgiver eller KOFA, eller begjære en midlertidig forføyning.

Oppdragsgiveren kan omgjøre sin tildelingsbeslutning frem til kontrakt er inngått, dersom han finner at beslutningen ikke er i samsvar med anskaffelsesregelverket, jf. § 10-1 tredje ledd og § 25-1 fjerde ledd. Oppdragsgiveren står også fritt til å omgjøre andre beslutninger tatt i en anskaffelsesprosess, såfremt dette ikke fører til brudd på anskaffelsesreglene.

Leverandøren er ikke forpliktet til først å klage til oppdragsgiveren. Det er også mulig å gå direkte til KOFA eller til domstolen.

44.3 Klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser

44.3.1 Om klagenemnda

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er en uavhengig klagenemnd som ble etablert 1. januar 2003.⁵⁹⁴ Formålet med nemnda er å være et rådgivende organ, som skal behandle klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Nemnda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Nemnda har også kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.⁵⁹⁵

Klagenemndas rolle er å være en rask og rimelig klagemulighet for næringslivet på et lavere konfliktnivå enn ved domstolene. Det er opp til leverandørene å velge om de vil klage en sak inn for nemnda for så eventuelt å bringe samme sak inn for domstolen, eller om de vil gå direkte til domstolen.

KOFA har vist seg å være et effektivt lavterskeltilbud. Siden starten har KOFA fått inn mellom 150 – 250 klager i året, og i 2010 var tallet over 400. KOFAs avgjørelser bidrar ikke bare til tvisteløsning i den enkelte sak, men også til generell rettsavklaring på anskaffelsesområdet som er av stor praktisk betydning for både oppdragsgivere og leverandører.

Klagenemnda består av en nemnd på til sammen 10 medlemmer. Nemnda oppnevnes av regjeringen og består av uavhengige advokater, dommere og personer fra academia. Oppnevningen foretas på et faglig grunnlag og nemnda er sammensatt på en måte som sikrer teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. I den enkelte sak deltar tre av nemndas medlemmer. I saker av prinsipiell betydning kan det settes nemd på fem medlemmer. Saker avgjøres etter innstilling fra sekretariatet.

⁵⁹³ Jf. definisjonen i § 4-5 bokstav g.

⁵⁹⁴ Med hjemmel i anskaffelsesloven § 11.

⁵⁹⁵ Jf. loven § 12, jf. § 1 i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser ([forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser](#)).

Administrativt betjenes KOFA av et sekretariat.⁵⁹⁶ Enkelte avgjørelser er tillagt sekretariatet, blant annet kompetanse til å avvise klager⁵⁹⁷ og gi pålegg om dokumentfremleggelse.⁵⁹⁸ Sekretariatets beslutninger kan påklages til klagenemndas leder.

44.3.2 Sakstyper

44.3.2.1 Innledning

En klage til KOFA må gjelde overtredelser av anskaffelsesloven eller tilhørende forskrifter. Dette kan gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser, inkludert påstand om at oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Sakene som behandles er delt opp i rådgivende saker og gebyrsaker. De sistnevnte omfatter klager med påstand om at det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemnda skal uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesloven og forskrifter. Nemndas uttalelser er skriftlige og begrunnet. I saker som ikke gjelder ulovlig direkte anskaffelser, skal det angis om bruddene kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Dersom nemnda finner grunn til det, kan den uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt.

KOFA kan ikke ta stilling til spørsmål om overtredelse, når spørsmålet først er avgjort ved domstolene.⁵⁹⁹ En sak kan imidlertid bringes inn for KOFA etter at en domstol har avvist en begjæring om midlertidig forføyning.

Klagenemnda avgjør sakene etter en skriftlig behandling. Alle anførsler må derfor dokumenteres skriftlig. Nemnda har ikke myndighet til å oppnevne sakkyndige for å få belyst spørsmål som krever spesiell teknisk eller faglig innsikt.

Det er gitt informasjon om saksbehandlingen i KOFA, formelle krav til klagen, dokumentasjonsplikt mv. på www.kofa.no. Alle klagenemndas avgjørelser legges ut på hjemmesiden til KOFA for å spre kunnskap og veiledning om nemndas tolkning av regelverket.

44.3.2.2 Rådgivende saker

KOFAs uttalelser i de rådgivende sakene er ikke rettslig bindende.

KOFA vil prioritere saker der oppdragsgiveren avventer kontraktsinngåelsen inntil KOFA har behandlet saken eller inntil en bestemt dato. Slike saker omtales som prioriterte rådgivende saker og skal normalt behandles i løpet av to måneder. Det er opp til oppdragsgiveren om kontraktsinngåelse skal avventes. Dette skjer rent praktisk ved at KOFA, når de mottar en klage, sender en forespørsel til oppdragsgiveren om vedkommende vil vente med å inngå

⁵⁹⁶ KOFAs sekretariat ble slått sammen med det nyopprettede Klagenemndssekretariatet, som ble opprettet 1. april 2017. Klagenemndssekretariatet er underlagt Nærings- og fiskeridepartementet og betjener seks ulike nemnder: Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Konkurransklagenemnda, Medieklagenemnda, Stiftelsesklagenemnda, Lotterinemnda og Frivillighetsregisternemnda.

⁵⁹⁷ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

⁵⁹⁸ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 11.

⁵⁹⁹ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 tredje ledd.

kontrakt til KOFA har behandlet saken. Rundt en tredjedel av de rådgivende sakene KOFA behandler er prioriterte saker.

KOFA prioriterer også behandlingen av saker der leverandøren har henvendt seg til domstolene med krav om midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelse inntil KOFA har behandlet klagen. I slike tilfeller kan oppdragsgiveren bli pålagt av domstolen å avvente KOFAs avgjørelse, eventuelt inntil en gitt frist etter at klagen er behandlet i KOFA.

Oppdragsgivere som ikke venter med å inngå kontrakt skal opplyse KOFA om kontrakt er inngått, med hvem og tidspunkt for kontraktsinngåelse. Slike saker behandles i kronologisk rekkefølge.⁶⁰⁰

44.3.2.2.1 Hvem kan klage?

Klager til klagenemnda kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i få vurdert en overtredelse av anskaffelsesregelverket.⁶⁰¹ Dette innebærer at leverandører som har deltatt i en konkurranse om offentlige anskaffelser har klageadgang. Det samme gjelder leverandører som ønsket å delta i en konkurranse, men som mener at de på ulovlig vis har mistet muligheten til å delta. Eksempelvis fordi leverandøren eller tilbudet ble avvist.

I tillegg har organisasjoner selvstendig klagerett i de tilfeller de har sterk nok tilknytning til anskaffelsen slik at en saklig interesse kan sies å foreligge. Klagenemnda har eksempelvis kommet frem til at bransjeorganisasjoner som representerer potensielle leverandører i markedet har saklig klageinteresse, jf. klagenemndas avgjørelse i [KOFA-sak 2010/12](#).

Klagenemndas sekretariat har imidlertid avvist en klage fra et politisk parti, og partiets kommunestyrerepresentant på grunn av at disse ikke hadde den nødvendige sterke tilknytningen til den aktuelle anskaffelsen, og dermed ikke saklig interesse. Se [KOFA-sak 2011/217](#).⁶⁰²

44.3.2.2.2 Klagefrist og klagegebyr

Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiveren, eller seks måneder etter at oppdragsgiveren har avlyst konkurransen.⁶⁰³

Partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. For klager i rådgivende saker skal klager betale et klagegebyr på 8 000 kroner og klagen tas ikke til behandling før klagegebyret er betalt. Dersom nemnda kommer til at det foreligger brudd på anskaffelsesreglene, som kan ha påvirket resultatet av konkurransen, skal klagegebyret tilbakebetales.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Se [KOFAs hjemmeside om prognoser for forventet saksbehandlingstid](#).

⁶⁰¹ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd første punktum

⁶⁰² Jf. tilsvarende [KOFA-sak 2008/160](#).

⁶⁰³ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd annet punktum.

⁶⁰⁴ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13.

44.3.2.3 Gebyrsaker – hva er en ulovlig direkte anskaffelse?

KOFA har siden 1. januar 2017 hatt myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser.⁶⁰⁵ I slike saker er KOFAs uttalelser bindende og nemnda treffer et vedtak om overtredelsesgebyr.

Definisjonen av hva som er en ulovlig direkte anskaffelse er å finne i lovforarbeidene, i særmerknadene til loven § 12 om overtredelsesgebyr. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter regelverket. Begrepet ulovlig direkte anskaffelse er dermed knyttet opp til brudd på kunngjøringsplikten. Det har det samme innholdet etter loven §§ 12, 13 og 14, og må tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Plan- og designkonkurranser som ikke kunngjøres i overenstemmelse med kunngjøringsreglene i anskaffelsesregelverket, vil også utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse som kan sanksjoneres etter §§ 12, 13 og 14.⁶⁰⁶

Eksempler

Det er flere eksempler på hva kan falle under å være en ulovlig direkte anskaffelse:

Oppdragsgiveren kunngjør konkurransen kun i Doffin når det etter regelverket foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen. Dette vil være problematisk fordi noen leverandører, særlig utenlandske, ikke følger med på konkurranser som kunngjøres i Doffin. Dersom en kunngjøring feilaktig bare kunngjøres i Doffin, vil disse leverandørene ikke bli kjent med at det foretas en anskaffelse.

Oppdragsgiveren splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under terskelverdien og kunngjøringsplikten.

Oppdragsgiveren foretar en vesentlig endring i en avtale med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakten til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket.

Oppdragsgiver benytter seg av rammeavtaler som andre oppdragsgivere lovlig har inngått, uten at kontrakten eller kunngjøringen åpner for at andre virksomheter enn de kontrakten er inngått med, kan benytte seg av den.

Det finnes også en omfattende KOFA praksis om hva som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

⁶⁰⁵ I perioden fra 1. januar 2007 til 1. juli 2012 hadde KOFA også myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Denne kompetansen ble imidlertid opphevet i tråd med anbefalingen fra Håndhevelsesutvalget i [NOU 2010: 2](#). For å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser ble gebyrmyndigheten gjeninnført med virkning fra 1. januar 2017.

⁶⁰⁶ Se [Prop. 51 L \(2015-2016\)](#) side 86, merknader til § 12.

Adgangen til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr gjelder også i saker hvor klager selv ikke har lagt ned påstand om dette.⁶⁰⁷ Dette innebærer at selv om klageren i en gebyrsak ønsker å trekke klagen, kan KOFA likevel fortsette behandlingen av klagen og ilegge gebyr i saken.

Gebyrmyndigheten for ulovlige direkte anskaffelser er en forvaltningssanksjon. I disse sakene gjelder forvaltningsloven for nemndas virksomhet med de særlige bestemmelser som er gitt i anskaffelsesloven § 12.⁶⁰⁸ Innklagede vil i gebyrsaker for eksempel motta et forhåndsvarsel før gebyr ilegges slik at innklagede har mulighet til å imøtegå de faktiske og juridiske forhold som KOFA baserer sitt varslede gebyrvedtak på.

Det er kun for anskaffelser som er iverksatt etter 1. januar 2017 at nemnda kan ilegge overtredelsesgebyr.⁶⁰⁹ Den ulovlige direkte anskaffelsen må derfor være iverksatt etter denne datoen for at KOFA skal kunne ilegge overtredelsesgebyr, eksempelvis ved at oppdragsgiveren har inngått en kontrakt uten å kunngjøre, og dermed brutt kunngjøringsplikten.

Det understrekes at KOFA selvfølgelig kan behandle saker med påstand om ulovlige direkte anskaffelser iverksatt før 1. januar 2017, men i disse sakene er nemndas uttalelser kun rådgivende.

44.3.2.3.1 Hvem kan klage?

Ulovlige direkte anskaffelser utgjør ofte de mest alvorlige bruddene på anskaffelsesregelverket. Klagekretsen er derfor videre i disse sakene enn i de rådgivende sakene og det kreves ikke saklig klageinteresse for å kunne klage.⁶¹⁰ Det betyr at hvem som helst kan klage inn en ulovlig direkte anskaffelse til KOFA. Erfaringen viser også at det er mange privatpersoner og organisasjoner, eksempelvis miljøorganisasjoner, som benytter denne klagemuligheten.

44.3.2.3.2 I hvilke tilfeller skal eller kan KOFA ilegge overtredelsesgebyr?

Ifølge loven § 12 første ledd første punktum skal klagenemnda ilegge et overtredelsesgebyr dersom innklagede eller noen som handler på vegne av innklagede forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Eksempelvis der oppdragsgiveren har unnlatt å kunngjøre en anskaffelse og det foreligger kunngjøringsplikt.⁶¹¹

⁶⁰⁷ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a femte ledd.

⁶⁰⁸ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 15.

⁶⁰⁹ Etter overgangsreglene er en anskaffelse iverksatt når den er kunngjort, oppdragsgiveren har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller gi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse, jf. anskaffelsesforskriften § 32-2 og forskrift 12. august 2016 om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser ([forskrift om overgangsregler for anskaffelsesloven](#)) § 1.

⁶¹⁰ Se forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd om særskilte regler for klager på ulovlige direkte anskaffelser.

⁶¹¹ Gebyrregelen i loven § 12 har store likhetstrekk med den tidligere bestemmelsen om overtredelsesgebyr § 7b (lovhjemmel da KOFA hadde gebyrkompetanse forrige gang i perioden fra 1. januar 2007 til 1. juli 2012). Den største forskjellen er at det etter ny § 12 er det obligatorisk for KOFA å ilegge gebyr dersom det foreligger forsett eller grov

Ifølge samme bestemmelse, annet punktum, kan nemnda ilegge gebyr dersom innklagede eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Annet punktum gir dermed klagenemnda betydelig handlingsrom for å utvise skjønn i den konkrete sak når den skal vurdere oppdragsgiverens aktsomhet knyttet til den konkrete anskaffelsen.

Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges etter § 12 første ledd annet punktum og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

44.3.2.3.3 Intensjonskunngjøring

Overtredelsesgebyr kan ikke ilegges dersom oppdragsgiveren har foretatt en intensjonskunngjøring og tidligst inngått kontrakten etter ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.⁶¹²

Unntaket tilsvarer unntaket ved intensjonskunngjøring for sanksjoner etter loven §§ 13 og 14, se punkt 44.7.4.2 under.

Dersom oppdragsgiveren mener at han har hjemmel til å inngå en kontrakt direkte, uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med kunngjøringsreglene, kan han etter at valget av leverandør er besluttet, kunngjøre at kontrakten vil bli inngått ved en intensjonskunngjøring.

Formålet med en intensjonskunngjøring er å gi oppdragsgiveren muligheten til å informere markedet om sin intensjon om å inngå en kontrakt. En slik kunngjøring gir de som mener at oppdragsgiveren ikke har hjemmel til å inngå kontrakt direkte, en mulighet til å gripe inn i prosessen. Det kan for eksempel skje ved å stille spørsmål til oppdragsgiveren om den planlagte kontraktsinngåelsen eller ta rettslige skritt etter anskaffelsesloven.

For nærmere omtale om oppdragsgiverens aktsomhetskrav ved bruk av intensjonskunngjøring, samt de rettslige virkningene av å publisere en intensjonskunngjøring, se punkt 32.6.7 i veiledningen om kunngjøringer.

44.3.2.3.4 Klagefrist og klagegebyr

Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått. Dette innebærer at klagen må sendes KOFA innen to år etter at kontrakten er inngått.

Klagefristen er lengre i gebyrsakene enn i de rådgivende sakene (6 måneder). Grunnen for dette er at ulovlige direkte anskaffelser ofte kjennetegnes ved at oppdragsgiveren har inngått en kontrakt direkte med en leverandør i strid med reglene om kunngjøringsplikt og uten noen form for åpenhet. Det kan derfor ta noe tid å avdekke slike brudd, for eksempel igjennom årlige revisjoner.

Partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. For klager i gebyrsaker skal det betales et klagegebyr på 1.000 kroner og klagen tas ikke til behandling før

uaktsomhet hos innklagede. Tidligere var det opp til KOFA å bestemme om det skulle ilegges gebyr eller ikke. Etter ny § 12 er det kun når det foreligger uaktsomhet at KOFA kan velge om det skal ilegges gebyr eller ikke.

⁶¹² Jf. loven § 12 annet ledd.

klagegebyret er betalt. Dersom nemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse skal klagegebyret tilbakebetales.⁶¹³

44.3.2.3.5 Domstolkontroll

Et vedtak hvor det ilegges overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Det kan imidlertid prøves av domstolene. Et slikt søksmål må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten står fritt til å prøve alle sider ved vedtaket, inkludert skyldgraden og størrelsen på selve gebyret.

44.4 Klage til EFTAs overvåkningsorgan

EFTAs overvåkningsorgan, EFTA Surveillance Authority (ESA), skal påse at norske myndigheter gjennomfører EØS-avtalen korrekt og at reglene overholdes i praksis. ESA kan igangsette behandling av en sak på eget initiativ eller på grunnlag av en klage, for eksempel fra en leverandør med interesse i den aktuelle anskaffelsen. ESA har plikt til å undersøke alle klager som hører under dets kompetanse, men kan selv prioritere hvilke saker det vil forfølge videre.

ESA treffer vedtak som retter seg mot Norge som stat, og ikke mot den enkelte oppdragsgiveren. I de tilfeller ESA finner at Norge har gjort seg skyldig i brudd på reglene for offentlige anskaffelser, varsles Norge og oppdragsgiveren om standpunktet.

Hvis saken ikke løses kan den munne ut i at ESA anlegger søksmål mot Norge i EFTA-domstolen med påstand om at staten har brutt EØS-rettslige forpliktelser.

44.5 Erstatning

Domstolene kan tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, jf. loven § 10. Et krav om erstatning mot oppdragsgiveren fremsettes ofte etter at oppdragsgiveren har inngått kontrakt med den vinnende leverandøren. Erstatning kan imidlertid også fremmes før kontraktsinngåelse, inkludert i tilfeller der konkurransen har vært avlyst. Vurderingen av om vilkårene for erstatning foreligger, og utmålingen av erstatningen følger den ulovfestede erstatningsretten.

Norsk rett åpner for krav om erstatning for både positiv kontraktsinteresse og negativ kontraktsinteresse.

Positiv kontraktsinteresse dekker leverandørens fortjenestetap. Dette innebærer at leverandøren stilles som om han hadde gjennomført kontrakten og får dekket fortjenesten han regnet med å ville ha fått ved gjennomføringen av kontakten.⁶¹⁴

Erstatning for negativ kontraktsinteresse betyr at leverandøren får dekket sine kostnader som påløp ved deltakelse i konkurransen.⁶¹⁵

⁶¹³ Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13.

⁶¹⁴ [Rt 2001 s. 1062 \(Nucleus\)](#) er en grunnleggende dom om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesretten.

⁶¹⁵ [Rt 1997 s. 574 \(Firesafe\)](#).

I tillegg har en potensiell leverandør fått tilkjent erstatning for kostnader ved å få stoppet en ulovlig direkte anskaffelse.⁶¹⁶

44.6 Begjæring om midlertidig forføyning

En leverandør kan gå til domstolen og kreve midlertidig forføyning før kontrakt er inngått, jf. loven §§ 8 og 9. Dette vil være aktuelt der det er tale om å stanse en kontraktsinngåelse eller å sette til side beslutninger som leverandøren mener at oppdragsgiveren har truffet i strid med anskaffelsesregelverket. Eksempelvis en beslutning om å avvise en leverandør.

Leverandøren kan også fremme et krav om midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelse inntil KOFA har behandlet en klage, jf. punkt 44.3.2.2. I slike tilfeller kan oppdragsgiveren bli pålagt av domstolen å avvente KOFAs avgjørelse, eventuelt inntil en gitt frist etter at klagen er behandlet i KOFA. KOFA prioriterer slike saker, som betyr at saksbehandlingstiden er kortere enn i andre saker.

Dersom domstolene treffer beslutning om midlertidig forføyning innebærer det at oppdragsgiveren ikke kan gjennomføre den beslutningen som forføyningen retter seg mot, frem til det er avklart om reglene er fulgt. Det kan for eksempel gjelde en beslutning om at en leverandør eller et tilbud skal avvises, eller om en kontrakt kan inngås.

Midlertidig forføyning kan ikke besluttet der den skade eller ulempe oppdragsgiveren blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse leverandøren har i at forføyningen blir besluttet.⁶¹⁷

De alminnelige reglene om midlertidig forføyning følger av tvisteloven kapittel 34, jf. kapittel 32. Ifølge tvisteloven § 32-1, jf. § 34-1, kan den som har et krav som går ut på annet enn penger, begjære midlertidig forføyning dersom det foreligger sikringsgrunn. Disse reglene gjelder også for begjæringer i anskaffelsessaker, med de tilpasninger som følger av anskaffelsesregelverkets særregler om suspensjon, jf. loven § 9 annet ledd.

Etter tvisteloven har en begjæring om midlertidig forføyning ikke en oppsettende virkning. Forbudet mot å inngå kontrakt gjelder derfor først fra det tidspunktet retten treffer avgjørelse om midlertidig forføyning. Det kan ta tid før domstolene faktisk treffer en slik beslutning, noe som betyr at det er en viss risiko for at oppdragsgiveren inngår kontrakten før domstolen har rukket å ta stilling til begjæringen.

I visse tilfeller skal imidlertid selve begjæringen om midlertidig forføyning føre til at oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt suspenderes, se punkt 37.3. Det er også viktig å understreke at suspensjon gjelder kun for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, jf. forskriften § 5-3. For øvrige anskaffelser må tvistelovens alminnelige system følges.

⁶¹⁶ [Rt 2008 s. 982 \(Catch\)](#).

⁶¹⁷ Jf. tvisteloven § 34-1 annet ledd. Se for øvrig nærmere om midlertidig forføyning, herunder om vilkårene som må være oppfylt for å oppnå forføyning, i kapittel 15.2 i [NOU 2010: 2](#).

44.6.1 Frist for begjæring om midlertidig forføyning

I en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiveren fastsette en frist for når en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgiverens beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. § 24-1 og § 24-2, eller ikke velge ut en leverandør, jf. § 16-12, må settes frem for tingretten.⁶¹⁸

Oppdragsgiveren kan altså bare sette en frist for å begjære midlertidig forføyning mot de beslutningene som fører til at en leverandør ikke får bli med videre i konkurransen. Det er frivillig for oppdragsgiveren å fastsette en slik frist.

Hensynet bak bestemmelsen er å gi oppdragsgiveren mulighet til å unngå at begjæringer om midlertidig forføyning blir fremsatt på et senere tidspunkt i prosessen, der det kan bli vanskelig å reversere prosessen. Eksempelvis dersom en avvist leverandør venter med å begjære midlertidig forføyning til de øvrige leverandørene har levert inn tilbud eller helt til kontrakt er tildelt.

Fristen skal være minst 15 dager regnet fra dagen etter oppdragsgiveren sender en meddelelse etter § 24-10 tredje ledd eller § 16-12 fjerde ledd. Oppdragsgiveren skal angi fristen i anskaffelsesdokumentene og i meddelelsen til leverandøren om at forespørselen er avvist eller forkastet.⁶¹⁹

44.7 Sanksjoner for brudd på anskaffelsesregelverket

44.7.1 Om lovens sanksjoner

Lovens sanksjonsbestemmelser gjelder for alle anskaffelser som omfattes av anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter, inkludert anskaffelsesforskriften.

Sanksjonene er at retten kan kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid eller ilegge overtredelsesgebyr. Se nærmere om de forskjellige sanksjonene i punkt 44.7.3.

Sanksjonene gjelder for disse brudd på anskaffelsesregelverket:

- ulovlige direkte anskaffelser
- tildeling av kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk
- innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene
- brudd på prosedyrereglene samtidig med brudd på
- bestemmelsene om karens eller suspensjon
- andre brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon.

Det som kjennetegner disse bruddene er at andre leverandører har hatt begrenset eller ingen mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen.

Det overordnede formålet med sanksjonene er å sikre etterlevelse av regelverket og dermed forebygge regelbrudd. Sanksjonene uten virkning og avkortning av kontrakt vil kunne føre til at konkurransesituasjonen gjenopprettes, det vil si at det gjennomføres en ny konkurranse.

⁶¹⁸ Jf. § 20-7 første ledd.

⁶¹⁹ Jf. § 20-7 annet og tredje ledd.

Disse sanksjonene vil derfor ikke bare ramme oppdragsgiveren, men også ramme den leverandøren som oppdragsgiveren har inngått kontrakt med.

Hvilke sanksjoner som skal idømmes er avhengig av hvilken type av brudd det er snakk om og om anskaffelsen har en verdi på over eller under EØS-terskelverdiene.

I loven §§ 13 og 14 står det uttrykkelig enkelte steder at retten skal idømme en bestemt sanksjon, dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Dette betyr at det er obligatorisk for retten å ilegge slike sanksjoner i de nevnte tilfellene. Dersom det for eksempel foreligger en ulovlig direkte anskaffelse er det ikke nødvendig at saksøkeren har nedlagt påstand om at kontrakten skal kjennes uten virkning. I dette tilfellet vil retten ha en plikt til å kjenne kontrakten uten virkning på eget initiativ (*ex officio*).

Der det står i lovteksten at retten kan idømme en bestemt sanksjon betyr det at retten må foreta en helhetsvurdering av hvorvidt sanksjonen bør idømmes. I den forbindelse vil det blant annet kunne være relevant å se på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte brudd, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen.⁶²⁰ Retten kan også i slike tilfeller idømme en sanksjon selv om ikke partene har nedlagt påstand om dette.

44.7.2 For hvilke brudd skal eller kan retten idømme sanksjoner?

44.7.2.1 Ulovlige direkte anskaffelser

Retten skal idømme sanksjoner når oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.⁶²¹ Det er ikke et krav at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgiverens side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiveren.⁶²²

For definisjonen av hva er en ulovlig direkte anskaffelse, se punkt 44.3.2.3. Ved ulovlige direkte anskaffelser over EØS-terskelverdiene, er hovedregelen at en ulovlig direkte anskaffelse skal føre til at kontrakten kjennes uten virkning. I noen tilfeller kan/skal retten i stedet for, eller i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning, avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr, se punkt 44.7.3.

Ved ulovlige direkte anskaffelser under EØS-terskelverdiene, men som overstiger en nasjonal terskelverdi, kan retten ikke kjenne kontrakter uten virkning, men skal her i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

Spørsmålet om oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og i så fall om det skal sanksjoneres, har vært oppe i retten i enkelte saker tre rettsaker så langt.⁶²³

⁶²⁰ Jf. loven § 14 femte ledd.

⁶²¹ Jf. loven § 13 første ledd bokstav a og § 14 første ledd bokstav b.

⁶²² Dette er til forskjell fra bestemmelsen om overtredelsesgebyr, jf. loven § 12. I bestemmelsen om overtredelsesgebyr er det et krav om at overtredelsen er forsettlig eller grovt uaktsom.

⁶²³ [LH-2014-189202](#), [TGJOV-2014-186866](#) og [TSENJ-2015-85663](#). KOFA har imidlertid i en rekke saker tatt stilling til spørsmålet både i gebyrsaker og i de rådgivende sakene.

44.7.2.2 Tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene

Retten kan/skal⁶²⁴ idømme sanksjoner når oppdragsgiveren tildeler en kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene for tildeling av slike kontrakter.⁶²⁵

For slike kontrakter gjelder det ikke noe krav om karens. Det betyr at oppdragsgiveren kan inngå kontrakt umiddelbart etter tildelingen og de øvrige leverandørene får ikke mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen. Oppdragsgiveren kan imidlertid sende en meddelelse om valget av leverandør og fastsette og overholde en frivillig karensperiode, jf. punkt 44.7.4.3. I slike tilfeller kan retten ikke kjenne en kontrakt uten virkning.

Ved kontrakter under en rammeavtale skal tildeling i strid med prosedyrereglene forstås som tildeling i strid med § 26-3, jf. § 26-1 annet ledd. Sanksjoner vil bare være aktuelle ved bruk av rammeavtaler med flere leverandører, der ikke alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen. Det vil si ved rammeavtaler der avrop skal skje etter en minikonkurranse. Et brudd på disse bestemmelsene kan for eksempel være der oppdragsgiveren ikke har kontaktet alle leverandørene som er i stand til å gjennomføre kontrakten, eller der kontrakten ikke er tildelt til den leverandøren som har gitt det beste tilbudet i henhold til de fastsatte tildelingskriteriene.

Ved kontrakter innenfor en dynamisk innkjøpsordning skal tildeling i strid med prosedyrereglene forstås som tildeling i strid med § 26-7. Det vil si i forbindelse med gjennomføring av konkurransen for tildeling av hver enkelt kontrakt under innkjøpsordningen. Et brudd på disse bestemmelsene kan for eksempel være der oppdragsgiveren ikke har invitert alle tilbydere som er tatt opp i ordningen til å levere tilbud, eller der kontrakten ikke er tildelt til den tilbyderen som har gitt det beste tilbudet i henhold til de fastsatte tildelingskriteriene.

Kontrakten (altså avropet) kan bare kjennes uten virkning dersom kontraktens verdi overstiger EØS-terskelverdiene og vilkårene i loven § 13 første ledd bokstav b er oppfylt.⁶²⁶

44.7.2.3 Brudd på prosedyrereglene samtidig med brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon

44.7.2.3.1 Kontrakter over EØS-terskelverdi

Retten skal idømme sanksjoner der oppdragsgiveren foretar brudd på lov eller forskrift som har påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten og hvor oppdragsgiveren samtidig har foretatt brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon.⁶²⁷

⁶²⁴ Som det fremgår innledningsvis av punkt 44.7.3 er retten i noen tilfeller forpliktet til å ilegge sanksjoner, dvs. at retten "skal" ilegge sanksjoner. I andre tilfeller er det opp til retten å vurdere om det skal ilegges sanksjoner, det vil si retten "kan" ilegge sanksjoner.

⁶²⁵ Jf. loven § 13 første ledd bokstav b.

⁶²⁶ Jf. loven § 13 første ledd bokstav b, og såfremt ingen av unntakene beskrevet i punkt 44.7.4 kommer til anvendelse.

⁶²⁷ Jf. loven § 13 første ledd bokstav c.

Dette gjelder når kontraktens verdi er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene.⁶²⁸

Det første vilkåret som må være oppfylt er at bruddet på regelverket må ha "... *påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten*". Dette innebærer at leverandøren, selv om han hadde ønsket, ikke har kunnet hindre at oppdragsgiveren inngår kontrakt med en annen leverandør. Dette kan eksempelvis være tilfellet der oppdragsgiveren på ulovlig vis har avvist en leverandør fra konkurransen. Det kan ikke stilles noe krav om at en forbigått leverandør må sannsynliggjøre at han faktisk ville ha fått tildelt kontrakten om bruddet ikke hadde skjedd – det er tilstrekkelig at bruddet har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten.

Det andre vilkåret som må være oppfylt er at oppdragsgiveren samtidig må ha "... *foretatt brudd på regler om karenperiode eller suspensjon fastsatt i forskrift som har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelsen*." Dette innebærer at oppdragsgiverens brudd på reglene om karen eller suspensjon har gjort det umulig for leverandøren å gå til domstolene med en begjæring om midlertidig forføyning. For eksempel fordi oppdragsgiveren har inngått kontrakt i karenperioden, eller oppdragsgiveren har inngått kontrakt selv om adgangen til det er suspendert.

Hovedregelen er at retten skal kjenne kontrakten uten virkning. I noen tilfeller kan/skal retten i stedet for, eller i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning, avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr, jf. § 13 fjerde ledd.

44.7.2.3.2 Kontrakter over nasjonal terskelverdi, men under EØS-terskelverdi

For kontrakter over nasjonal terskelverdi, men under EØS-terskelverdi kan retten idømme sanksjoner der oppdragsgiveren har foretatt brudd på lov eller forskrift som har påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten. Oppdragsgiveren må samtidig ha foretatt brudd på reglene om karenperiode som har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelse.⁶²⁹

For at retten skal kunne idømme sanksjoner er det nesten de samme vilkårene som må være oppfylt, som for kontrakter over EØS-terskelverdiene, jf. punkt 44.7.2.3.1. Eneste forskjellen er at under EØS-terskelverdiene gjelder ikke reglene om suspensjon.

44.7.2.4 Andre brudd på bestemmelsene om karen eller suspensjon

Retten skal idømme sanksjoner for andre brudd på bestemmelser om karen eller suspensjon.⁶³⁰ Dette gjelder bare for anskaffelser hvor kontraktens verdi er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene.

Med andre brudd menes alle typer av brudd på bestemmelsene om karen i § 25-2, eller der oppdragsgiveren inngår kontrakt i suspensjonstiden, jf. § 25-3. Her stilles det imidlertid ikke noe krav om at slike brudd skal ha påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten, eller fratatt han muligheten til å iverksette rettslig skritt før kontraktsinngåelsen. Dette innebærer at det vil være aktuelt med sanksjoner eksempelvis der oppdragsgiveren feilaktig

⁶²⁸ Denne typen av brudd er ikke relevant for anskaffelser etter forskriften del V, da det for slike anskaffelser ikke gjelder bestemmelser om karen eller suspensjon.

⁶²⁹ Jf. loven § 14 tredje ledd.

⁶³⁰ Jf. loven § 14 første ledd bokstav a nummer 2.

har fastsatt en karenstid på 9 dager, selv om 10 dager er minimumskarenstiden. Eller når oppdragsgiveren i strid med regelverket ikke har fastsatt en karenstid.

Der det skjer slike brudd skal retten avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Det vil ikke være mulig for retten å kjenne en kontrakt uten virkning ved et slikt brudd.

44.7.3 Hvilke sanksjoner skal idømmes

44.7.3.1 Kontrakt uten virkning

At en kontrakt kjennes uten virkning innebærer at den opphører å gjelde, slik at partenes plikter og rettigheter ikke lenger kan håndheves. Opphøret får virkning fra det tidspunktet rettens avgjørelse er rettskraftig.

Retten kan bestemme om kontrakten skal kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse (*ex nunc*), eller fra tidspunktet for kontraktsinngåelsen (*ex tunc*).⁶³¹ En forutsetning for at en kontrakt skal kunne kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse er at kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde. En tilbakeføring av ytelsen vil mest sannsynlig være utelukket når det dreier seg om en tjenestekontrakt eller et bygge- og anleggsarbeid.

Dersom kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal oppdragsgiveren i tillegg idømmes et overtredelsesgebyr.⁶³² Se nærmere om overtredelsesgebyret under punkt 44.7.3.2.

Rettsavgjørelse

[TSENJ-2015-85663](#)

I en sak fra Senja Tingrett ble kommunens kontrakt om brøytetjenester kjent uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Snøbrøyting er arbeid som ikke kan tilbakeføres leverandøren i vesentlig samme stand og mengde. Det var derfor ikke aktuelt å la dommen få virkning for den del av kontrakten som allerede var oppfylt. Oppdragsgiveren ble derfor også ilagt et gebyr på 5,4 % av anskaffelsens verdi. I formildende retning ble det lagt vekt på at anskaffelsen ikke ville være interessant for aktører etablert andre steder enn i nærområdet. Krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse ble ikke tatt til følge, men erstatning for negativ kontraktsinteresse ble idømt med 65 000 kroner.

Der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne kontrakten uten virkning.⁶³³ Se nærmere om dette

⁶³¹ Jf. loven § 13 femte ledd.

⁶³² Jf. loven § 14 andre ledd.

⁶³³ Jf. loven § 13 fjerde ledd.

unntaket i punkt 44.7.4.1. I et slikt tilfelle skal retten i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr (såkalte alternative sanksjoner).

44.7.3.2 Nærmere om de alternative sanksjonene

Det er retten som i hvert enkelt tilfelle avgjør hvilke sanksjoner som skal idømmes, herunder hvordan kontrakten eventuelt skal avkortes og hvor høyt et eventuelt overtredelsesgebyr skal være, innenfor grensen som er fastsatt i loven.⁶³⁴ Når den foretar en slik skjønnsmessig vurdering, skal retten legge vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, muligheter for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen. Retten kan også velge å kombinere sanksjonene.

Sanksjonen avkortning av kontrakt har mye til felles med sanksjonen uten virkning. Skjæringstidspunktet vil imidlertid være forskjellig. Uten virkning vil inntre fra det tidspunktet rettens avgjørelse er rettskraftig. Avkortning av kontrakt vil derimot først få virkning fra et nærmere angitt tidspunkt. Det kan for eksempel være slik at kontrakten kan løpe frem til ny konkurranse er avholdt og ny kontrakt er inngått, eller til et annet hensiktsmessig tidspunkt fastsatt av domstolen. Eksempelvis kan en 5-årig kontrakt avkortes med 2 år, eller der oppdragsgiveren har inngått en kontrakt uten sluttdato, kan retten fastsette at den skal utløpe ett år etter rettens avgjørelse. Denne sanksjonen kan således være et fleksibelt instrument som sikrer en samfunnsøkonomisk fornuftig avvikling av kontrakten inntil for eksempel en ny leverandør er på plass. Samtidig vil de gjenstående delene av kontrakten lyses ut på nytt, dersom oppdragsgiveren fortsatt har behov for ytelsen.

Et overtredelsesgebyr kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.⁶³⁵

44.7.4 Unntak fra kravet om sanksjoner

44.7.4.1 Unntak ved vesentlige hensyn til allmennhetens interesser

Der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning.⁶³⁶ Dette unntaket gjelder kun anskaffelser med en verdi som er lik eller over EØS-terskelverdiene.

Dersom retten gjør et slikt unntak, skal retten i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Dette unntaket fører altså ikke til at oppdragsgiveren unngår å bli idømt sanksjoner.

Med allmennhetens interesser menes i dette tilfelle at for eksempel liv, helse eller sikkerhet settes i fare dersom kontrakten kjennes uten virkning. Unntaksbestemmelsen må tolkes restriktivt. Som eksempel på en slik anskaffelse kan nevnes anskaffelse av livsnødvendig medisinsk utstyr. Et annet eksempel på at unntaket kan få anvendelse, er der en kontrakt er knyttet til opprydningsarbeid i forbindelse med en miljøskade. I slike tilfeller ville det kunne være tungtveiende argumenter mot å kjenne en kontrakt uten virkning dersom det ville kunne føre til forsinkelser. Det vil også kunne begrunne unntak fra kravet om at kontrakten kjennes

⁶³⁴ Der en kontrakt kjennes uten virkning ex nunc skal oppdragsgiveren idømmes et overtredelsesgebyr. I denne situasjon er det ikke mulig i stedet eller i tillegg å avkorte kontraktens løpetid.

⁶³⁵ Jf. loven § 14 femte ledd.

⁶³⁶ Jf. loven § 13 fjerde ledd.

uten virkning, dersom kontrakten er knyttet til sentrale tjenesteytelser fra det offentlige og hvor det kan få store samfunnsmessige ringvirkninger dersom kontrakten annulleres.

Det må skilles mellom allmennhetens interesser og hensynet til en eller flere bestemte enkeltpersoner. At en rekke enkeltpersoner for eksempel har en interesse i at et påbegynt arbeid i deres nærmiljø sluttføres så raskt som mulig, slik at ulemper ved anleggstrafikk med mer blir raskt overstått, er ikke en begrunnelse som faller inn under begrepet allmennhetens interesse i anskaffelsesregelverkets forstand.

Økonomiske interesser i en effektiv gjennomføring av kontrakten vil kun unntaksvis kunne begrunne et unntak, for eksempel der det vil ha særlige uforholdsmessige konsekvenser at kontrakten kjennes uten virkning. Økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten vil derimot i utgangspunktet ikke utgjøre slike vesentlige hensyn. Som eksempler på slike hensyn som ikke kan begrunne unntak kan nevnes omkostninger som følge av forsinkelser i forbindelse med kontraktens oppfyllelse eller at det må avholdes en ny konkurranse.

Det er opp til retten å avgjøre om det faktisk skal gjøres unntak fra kravet om uten virkning i slike situasjoner. Selv om vilkårene er oppfylt, kan retten etter et konkret skjønn la være å anvende unntaksbestemmelsen. Ved denne vurderingen kan det være relevant å ta i betraktning hvor grovt bruddet på anskaffelsesregelverket er.

44.7.4.2 Unntak ved intensjonskunngjøring

Domstolene kan ikke ilegge sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser, der oppdragsgiveren har foretatt en intensjonskunngjøring og tidligst inngått kontrakten etter ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.⁶³⁷

For nærmere omtale av oppdragsgiverens aktsomhetskrav ved bruk av intensjonskunngjøring, samt de rettslige virkningene av å publisere en intensjonskunngjøring, se punkt 32.6.7.

Formålet med en intensjonskunngjøring er å skape åpenhet ved at oppdragsgiveren informerer markedet om sin intensjon om å inngå en kontrakt. En slik kunngjøring gir de som mener at oppdragsgiveren ikke har hjemmel til å inngå kontrakt direkte, en mulighet til å gripe inn i prosessen. Det kan for eksempel skje ved å stille spørsmål til oppdragsgiveren om den planlagte kontraktsinngåelsen eller ta rettslige skritt etter anskaffelsesloven.

Dette unntaket tilsvarer unntaket ved intensjonskunngjøring for illeggelse av overtredelsesgebyr, se punkt 44.3.2.3.3 ovenfor.

⁶³⁷ Jf. loven § 13 andre ledd og § 14 fjerde ledd.

Eksempel

Oppdragsgiveren foretar en intensjonskunngjøring som publiseres i TED den 1. juni. Oppdragsgiveren kan da tidligst inngå kontrakten den 12. juni. Øvrige leverandører får da ti hele dager til å vurdere om det for eksempel er grunnlag for å oppfordre oppdragsgiveren til ikke å inngå kontrakt, klage til KOFA eller begjære midlertidig forføyning ved domstolene.

44.7.4.3 Unntak ved overholdelse av en frivillig karenperiode

Domstolene kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning ved tildeling av en kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, når oppdragsgiveren frivillig fastsetter og overholder en karenperiode.⁶³⁸

For at dette unntaket skal komme til anvendelse må oppdragsgiveren meddele sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene i samsvar med forskriftens bestemmelser.⁶³⁹ Den frivillige karenperioden må også oppfylle kravene til en ordinær karenperiode, det vil si kravet om henholdsvis rimelig tid etter del II eller minimum 10/15 dager etter del III.⁶⁴⁰

Der oppdragsgiveren sender en slik meddelelse og overholder en frivillig karenperiode, sikres åpenhet omkring tildelingen av kontrakten samtidig som de øvrige leverandørene får mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen hvis de er uenige i oppdragsgiverens vurdering.

Oppdragsgiveren er ikke forpliktet til å fastsette en slik frivillig karenperiode. Velger han ikke å benytte muligheten kan han imidlertid bli møtt av søksmål med krav om sanksjoner.

44.7.5 Søksmålsfrister

Håndhevelsesreglene innebærer som beskrevet ovenfor at oppdragsgiveren i en rekke tilfeller skal idømmes sanksjoner. Det foreligger altså en risiko for at en inngått kontrakt blir kjent uten virkning eller avkortet med den belastningen det medfører for både oppdragsgiveren og den leverandøren som har kontrakten. For å bidra til mest mulig sikkerhet rundt kontraktsforholdet, gjelder visse frister for søksmål med påstand om sanksjoner.

44.7.5.1 Den generelle søksmålsfristen på 2 år

Det kan reises søksmål med sikte på å få iverksatt lovens sanksjoner etter §§ 13 og 14 i inntil 2 år etter at kontrakten er inngått.⁶⁴¹

⁶³⁸ Jf. loven § 13 tredje ledd.

⁶³⁹ Jf. § 10-1 og § 25-1.

⁶⁴⁰ Jf. § 10-2 og § 25-2.

⁶⁴¹ Jf. loven § 15 fjerde ledd.

Oppdragsgiveren har imidlertid mulighet for å skape åpenhet om kontrakten ved kunngjøring av kontraktsinngåelsen eller ved å kunngjøre konkurransen og gi berørte leverandører en meddelelse om at kontrakt er inngått. Gjør han det, vil det under nærmere bestemte vilkår gjelde en forkortet søksmålsfrist på 30 dager. Dette gjelder i to tilfeller, jf. punkt 44.7.5.2 og 44.7.5.3.

44.7.5.2 Forkortet søksmålsfrist på 30 dager ved kunngjøring av kontraktsinngåelsen

Dersom oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og inngått en kontrakt uten kunngjøring av konkurransen, men kunngjort kontraktsinngåelsen i samsvar med forskriftens regler, vil det gjelde en søksmålsfrist på 30 dager.⁶⁴²

En kunngjøring av kontraktsinngåelse er en meddelelse til markedet om hvilken leverandør som har fått kontrakten. Plikten til å kunngjøre kontraktsinngåelser gjelder kun for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Oppdragsgiveren står fritt til å kunngjøre kontraktsinngåelser også under EØS-tersklene. I så fall kan det benyttes en enklere, frivillig kunngjøring.

De generelle reglene om kunngjøring av kontraktsinngåelse er å finne i forskriften § 8-19 for kontrakter om særlige tjenester, § 21-6 for anskaffelser etter del III, § 30-7 for kontrakter om helse- og sosialtjenester etter del IV og § 31-2 for kunngjøring av konkurranseresultat etter plan- og designkonkurranser.

Oppdragsgiveren skal kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått, jf. § 21-6.

Oppdragsgiveren har også en mulighet til å kunngjøre at en kontrakt er inngått etter å ha benyttet seg av anskaffelsesprosedurene konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3 og anskaffelse uten konkurranse etter § 13-4.

For nærmere informasjon om kunngjøring av kontraktsinngåelse, se punkt 32.6.8.

44.7.5.3 Forkortet søksmålsfrist på 30 dager ved en kunngjort konkurranse og meddelelse om at kontrakt er inngått

Dersom oppdragsgiveren har foretatt noen av de bruddene som er omtalt i punkt 44.7.2.2 – 44.7.2.4 ovenfor, kunngjort konkurransen og gitt berørte leverandører en meddelelse om at kontrakt er inngått, vil det også gjelde en søksmålsfrist på 30 dager.⁶⁴³

Meddelelsen om inngåelse av kontrakt er ikke det samme som meddelelsen om kontraktstildelingen etter § 10-1 første ledd og § 25-1 første ledd. Meddelelsen om kontraktstildelingen, som skal sendes forut for kontraktsinngåelsen, er en meddelelse om at oppdragsgiveren har til hensikt å inngå kontrakt med en bestemt leverandør. Meddelelsen om inngåelsen av kontrakt, som skal sendes etter kontraktsinngåelsen, er en meddelelse om at kontrakt nå faktisk er inngått med leverandøren.

Meddelelsen om inngåelsen av kontrakt skal inneholde en begrunnelse for valg av leverandør i samsvar med reglene om oppdragsgivers begrunnelsesplikt.⁶⁴⁴

⁶⁴² Jf. loven § 15 femte ledd.

⁶⁴³ Jf. loven § 15 sjette ledd.

⁶⁴⁴ Jf. § 10-1 annet ledd og § 25-1 annet ledd.

44.7.5.4 Søksmålsfristen avbrytes ved klage til KOFA

Dersom KOFA mottar en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, avbrytes søksmålsfristen på henholdsvis to år og 30 dager.⁶⁴⁵ Dette er en nyvinning i reglene om søksmålsfrist.⁶⁴⁶

Når en klage på en ulovlig direkte anskaffelse først er rettet til KOFA og skal behandles der, er det rimelig og ressursbesparende for både leverandører og domstolene at søksmålsfristen avbrytes. En leverandør skal kunne vente på KOFAs avgjørelse før han avgjør om han skal reise søksmål med krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Når nemndas avgjørelse foreligger, vil den resterende delen av søksmålsfristen fortsette å løpe.

Etter loven § 15 syvende ledd skal søksmålsfristen alltid være minst 30 dager fra KOFA har avvist klagen eller truffet avgjørelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Denne regelen vil være praktisk dersom KOFA mottar en klage på en anskaffelse rett før søksmålsfristen på henholdsvis to år og 30 dager løper ut.

En tilpasning av søksmålsfristene i tilfeller hvor klage først sendes til KOFA, vil legge til rette for at en leverandør kan dra nytte av nemndas avgjørelse når han vurderer om han skal reise søksmål med krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Det legges også til grunn at fristavbrytelsen skal ha virkning for alle som mener de har rettslig interesse i å reise søksmål – ikke bare for parten som sendte klagen til KOFA. På denne måten avskjæres ikke leverandørenes adgang til å reise søksmål om den samme ulovlige direkte anskaffelsen hvis det er andre som har klaget til nemnda, for eksempel en interesseorganisasjon.

Regelen om fristavbrytelse ved klage til KOFA vil kunne gi oppdragsgiveren og hans medkontrahent mindre sikkerhet rundt kontraktsforholdet. Det må likevel veie tyngst at dette vil fremme formålet om å effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesregelverket.

Litteraturliste

- Advokatfirmaet Hjort DA, *Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid – forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger*, 2014. [Lenke til rapporten.](#)
- Arrowsmith, Sue, *The law of Public and Utilities procurement – Regulation in the EU and the UK*, 3. utg., London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo: Universitetsforl., 2013.
- Føistad, Karin, *Utreddning av handlingsrommet for bruk av ideelle leverandører av helse- og sosialtjenester*, 2017. [Lenke til utredningen.](#)
- Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre et al. *Anskaffelsesrett – i et nøtteskall*, 2. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2017.
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo: Universitetsforl., 2007.
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver – Med kommentarer*, 2. utg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

⁶⁴⁵ Jf. loven § 15 fjerde annet punktum og femte ledd annet punktum.

⁶⁴⁶ Se nærmere omtale om dette i [Prop. 51 L \(2015-2016\)](#) s. 67.

- Wiggen, Janicke, Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor, Oslo: Universitetsforl., 2013.