



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Bergen kommune  
Byrådsavdeling for finans, konkurranse og eierskap  
Postboks 7700  
5020 BERGEN

Deres ref.  
201000335

Vår ref.  
10/3525

Dato  
14.12.11

### Reserverte kontrakter etter forskrift om offentlige anskaffelser

Vi viser til deres brev av 1. oktober 2010, hvor det bes om en avklaring om hvorvidt det etter forskrift om offentlige anskaffelser (foa) § 3-12 er anledning til å innskrenke anbudsutlysninger til en mer ensartet type virksomheter enn den som følger av bestemmelsen.

Vi gjør oppmerksom på at det ikke er vår oppgave å ta endelig stilling til hvordan regelverket skal forstås. Denne myndigheten er lagt til domstolene. Vår oppgave er å gi generell veiledning hva gjelder det nærmere innholdet i innkjøpsregelverket. Med dette som bakgrunn, har vi følgende kommentarer til deres henvendelse.

I henhold til foa § 3-12 første setning, første ledd kan oppdragsgiver begrense konkurransen til virksomheter der flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede. Av andre ledd følger et kumulativt vilkår, nemlig at arten eller omfanget av de ansattes funksjonshemming innebærer at de ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår.

Bestemmelsen er meget generelt formulert og vil derfor kunne omfatte bedrifter med ansatte med ulike nivåer av funksjonshemming. Dette er illustrert i den konkrete saken som danner grunnlaget for henvendelsen. Både ABM-bedrifter (arbeidsmarkedsbedrifter) og VTA-bedrifter (varig tilrettelagt arbeid) må antas å falle inn under vilkårene i foa § 3-12. Det er imidlertid god grunn til å anta at funksjonsevnen til de ansatte i ABM-bedrifter – generelt og over tid – vil være høyere enn i VTA-bedrifter. Under like konkurranse vilkår vil, som Bergen kommune har erfart, ABM-bedrifter derfor ha et konkurransefortrinn i forhold til VTA-bedriftene.

Spørsmålet som Bergen kommune stiller i nevnte brev er om det er hjemmel i foa § 3-12 til å foreta en ytterligere avgrensing på en måte som tilgodeser VTA-bedrifter i anbudskonkurranser ved at ABM-bedrifter utelukkes.

Postadresse  
Postboks 8004 Dep  
N-0030 OSLO

Kontoradresse  
Akersg. 59

Telefon  
22 24 90 90  
Org. nr.

Konkurransopolitisk avdeling  
Telefaks

Saksbehandler  
Benedikte Slørdahl  
Skjærpe

postmottak@fad.dep.no

972 417 785

22 24 27 23

Etter vår mening må en avgrensning som nevnt ovenfor i prinsippet være mulig. Den aktuelle forskriftsbestemmelsen regulerer ikke dette forhold eksplisitt. Oss bekjent finnes det heller ikke domstolsavgjørelser der den konkrete problematikken er drøftet. Vi begrunner vårt syn på en tolkning av bestemmelsens ordlyd i lys av generelle formålsbetraktninger. Virkeområdet for bestemmelsen er vidtrekkende i den forstand at den åpner opp for virksomheter hvor funksjonsnivået til de ansatte kan variere meget. Dette innebærer at det i prinsippet kan være like stor forskjell på ytelsesevnen til de ansatte i to bedrifter som begge faller innenfor bestemmelsens virkeområde, som det kan være mellom en bedrift som omfattes av bestemmelsen og en som ikke gjør det.

Formålet med bestemmelsen i foa § 3-12 er å sikre likhet for loven. Likhet for loven innebærer, som kjent, at like tilfeller skal behandles likt, men like viktig, at ulike tilfeller skal behandles ulikt. Den generelle rettsregel som må leses ut av foa § 3-12 er at virksomheter, som har bestemte konkurransemessige ulemper, må få anledning til å konkurrere på vilkår som tar høyde for disse ulempene. At det foreligger en årsakssammenheng mellom funksjonsnivået til de ansatte og bedriftens muligheter for å vinne kontrakter ligger til grunn for hele ordningen med reserverte kontrakter og drøftes ikke mer inngående her.

Problemet i vårt tilfelle er å identifisere karakter eller omfang av funksjonshemming hos de ansatte som kan danne grunnlag for å sette særlige vilkår i en anbudskonkurranse. At virksomhetene har forskjellige betegnelser – i vårt tilfelle VTA-bedrifter og ABM-bedrifter – er ikke avgjørende for klassifiseringen. Avgjørende må være om det eksisterer faktiske forskjeller mellom de ansattes funksjonsnivå i de respektive virksomhetene som kan begrunne et slikt skille.

En indikator på at det eksisterer et faktisk skille mellom funksjonsnivået hos de ansatte i VTA-bedrifter og ABM-bedrifter som kan begrunne en avgrenset anbudsrunde er den oppfattelse, som Bergen kommune gir uttrykk for i sitt brev, at ABM-bedrifter vinner (alle) anbudsrunder der både VTA-bedrifter og ABM-bedrifter deltar.

I utgangspunktet må EØS-landene i dette tilfellet stå fritt til å definere hvilke virksomheter som skal kunne delta i en anbudskonkurranse. Imidlertid må denne avgrensningen være i tråd med det relevante EØS rettslige regelverket på området. En viktig betingelse for å kunne avgrense anbudsrunder til for eksempel VTA-bedrifter er at anbudsrunderen ikke må virke diskriminerende ovenfor virksomheter i andre EØS-land. Dette betyr at den avgrensning man foretar med hensyn til hvem som skal kunne delta i anbudsrunder, også må være en avgrensning som kan gjøres gjeldende i hele EØS-området. For det første må det forefinnes en kritisk masse "VTA-bedrifter" eller tilsvarende virksomheter i EØS-området, slik at det er tale om en reell konkurranse. For det andre er det viktig at avgrensningen eller klassifiseringen foretas på en måte som åpner opp for reell konkurranse fra tilsvarende bedrifter i andre EØS-land. Dette betyr for eksempel at man i anbudsutlysningen ikke kan kreve at bedriften er klassifisert som en "VTA-bedrift". I stedet må man beskrive hvilket funksjonsnivå de ansatte i de deltagende bedriftene må ha.

På denne bakgrunn og under nevnte forutsetninger mener vi at det vil være i tråd med forskriften § 3-12 å innskrenke anbudsutlysninger til en mer ensartet type virksomheter enn den som følger av bestemmelsen.

Vi beklager den lange saksbehandlingstiden.

Med hilsen

Monica Auberg (e.f.)  
avdelingsdirektør

Tor-Inge Harbo  
seniorrådgiver