

OSLO, 5. JULI 2005

ANSVARLIG ADVOKAT:

TIL:  
MODERNISERINGS-  
DEPARTEMENTET

FOR:

FRA:  
ADVOKATFIRMAET HAAVIND  
VISLIE V/MARIANNE H.  
DRAGSTEN OG ESTHER  
LINDALEN

DERES REF.:

VÅR REF.:  
152616/1

## HØRINGSNOTAT NYTT REGELVERK

### 1 Innledning

Vedlagt følger kommentarene til advokat Marianne H. Dragsten og advokat Esther Lindalen som begge er ansatt i advokatfirmaet Haavind Vislie AS.

Vi har gjennomgått alle de foreslåtte endringene, men har stort sett begrenset våre kommentarer til de tilfeller der vi mener at departementets forslag bør korrigeres.

Vi vil i punkt 2 gjennomgå hovedpunktene våre. I punkt 3 er kommentarene til forslag til endringer anskaffelsesloven inntatt, mens kommentarene våre til forslag til ny anskaffelsesforskrift er inntatt i punkt 4.

### 2 Hovedpunkter i vår høringsuttalelse

Det er flere positive sider ved Moderniseringsdepartementets forslag til ny anskaffelsesforskrift. Vi vil her særlig påpeke at det innføres nye anskaffelsesprosedyrer som gir oppdragsgiver større fleksibilitet.

Det er videre en fordel at det innføres protokollplikt for anskaffelser over kr. 50.000 samt adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkteanskaffelser. Dette vil gjøre oppdragsgivere mer opptatt av å følge regelverket.

Et av hovedformålene med endringene har i følge Moderniseringsdepartementet vært å forenkle regelverket og å gjøre det lettere tilgjengelig. Vi mener at departementet på mange områder ikke har lyktes med å nå disse målene.

Det kan se ut som om departementet er av den oppfatningen at å redusere omfanget av forskriften vil innebære en forenkling og bidra til økt tilgjengelighet. Dette vil sjelden være tilfelle med mindre bestemmelsene som fjernes ikke har stor betydning. I andre tilfeller vil det å ta ut bestemmelser eller deler av bestemmelser medføre en usikkerhet om hvorvidt dette innebærer en endring av gjeldende rett. Det er flere eksempler på dette i endringene som er foreslått. Et typisk eksempel er at definisjonen av begrepet når "kontrakt er inngått" er tatt ut, selv om dette er et sentralt begrep med rettslige virkninger både for leverandører og oppdragsgivere. Begrepet har tidligere vært forstått på en måte som avviker fra de alminnelige avtalerettslige reglene om når en rettslig bindende avtale er inngått.

Ved å ta ut deler av bestemmelser vil også dette kunne medføre at regelverket blir mindre tilgjengelig. Et eksempel er at det under terskelverdiene er tatt ut de detaljerte reglene om hva konkurransebetingelsene skal inneholde. Dette er uheldig da den nåværende bestemmelsen om dette fungerer som en huskeliste for leverandørene ved utarbeidelse av konkurransebetingelsene. Ved at disse reglene tas ut, må oppdragsgivere gå "andre steder" for å få kunnskap om hva konkurransebetingelsen bør inneholde. Dette gir ikke økt tilgjengelighet.

Vi mener også at flere av endringene som er foreslått, er direkte uheldige. Dette gjelder blant annet enkelte av avvisningsreglene hvor det også er tvilsomt om disse er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Reglene om avvisning er svært sentralt både for leverandører og oppdragsgivere. Vi mener derfor at Moderniseringsdepartementet bør klargjøre at avvisningsreglene ikke er uttømmende angitt i forskriften ved å innta en generell bestemmelse om at avvisning skal skje der det å ta et tilbud i betraktning eller la en leverandør være med i konkurransen vil stride mot noen av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 5.

Begrepsbruken i forslaget er på flere punkter uheldig og skaper tvil om innholdet i begrepene som benyttes. Vi vil her nevne definisjonen av alternative tilbud som et eksempel. Definisjonen er svært uheldig utformet og ikke i samsvar med den forståelse som ligger i begrepet i dag. Det vises til våre kommentarer til § 4-1.

Videre vil vi nevne begrepsbruken knyttet til rammeavtaler. Definisjonen av rammeavtaler er ikke korrekt med hensyn til de tilfellene hvor oppdragsgiver skal avholde en fornyet konkurranse i tilknytning til hver tildeling innenfor en parallell rammeavtale. Definisjonen forutsetter at prisen skal fastsettes i rammeavtalen noe som ikke vil være tilfellet ved en parallell rammeavtale hvor det skal avholdes en fornyet konkurranse. I forslaget benyttes videre begrepet "tildeling av kontrakt" når avrop/bestillinger som er basert på rammeavtalen

foretas. Dette er uheldig og bør endres. For det første skaper dette forvirring fordi det skaper et inntrykk av at man ikke tildeler en kontrakt når man inngår en rammeavtale. Bestemmelsen blir også vanskelig å forstå fordi det lett oppstår usikkerhet knyttet til hva kontraktsbegrepet knytter seg til, rammeavtalen eller det enkelte avrop. Vi foreslår derfor at tildeling av kontrakt knytter seg til selve rammeavtalen og at begrepet "tildeling av avrop" knyttes til den enkelte bestilling innefor rammeavtalen. Det vises for øvrig til våre kommentarer til forslaget § 6-1 til § 6-3.

Vi ønsker også å påpeke at forslaget til dels bærer preg av upresist og dårlig lovspråk. Et eksempel er reguleringen av foreldelse i forbindelse med adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr hvor det er satt en foreldelsesfrist på 2 år uten å fastsette fristens utgangspunkt.

### **3 Anskaffelsesloven**

#### **§ 2 Oppdragsgivere som er omfattet**

Det er uheldig at anskaffelsesloven § 2 om hvilke oppdragsgivere som er omfattet gjøres mer overordnet og at vilkårene for at det foreligger et offentligrettslig organ tas ut. Vi ser at det ikke har vært hensiktsmessig at vilkårene for at det skal foreligge et offentligrettslig organ er regulert ulikt i anskaffelsesloven og i anskaffelsesforskriften. Vi mener imidlertid at det lovteknisk er mer korrekt å innta vilkårene både i anskaffelsesloven og i anskaffelsesforskriften. Dette vil også føre til at det ikke blir tvil om at offentligrettslige organer skal forstås likt i anskaffelsesloven og i anskaffelsesforskriften.

I anskaffelsesloven § 2 første ledd tredje punktum er det fastsatt at *"Kongen kan også bestemme at loven skal gjelde for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi"*. Det fremgår av forslag til anskaffelsesforskrift § 1-3(3) at *"forskriften"* gjelder for visse slike bygge- og anleggskontrakter. Det følger dermed av forslaget at de aktuelle rettssubjektene gjelder anskaffelsesforskriften, men ikke anskaffelsesloven. Dette bør endres slik at anskaffelsesloven også gjelder for disse rettssubjektene. Vi foreslår at følgende endringer gjøres i forslag til anskaffelsesforskrift § 1-3(3):

*"Loven og forskriften gjelder når bygge- og anleggskontrakter (...)"*

#### **§ 7a og § 7b Overtredelsesgebyr**

Selv om det har vært økt fokus på regelverket om offentlige anskaffelser de siste årene og at dette har ført til en kompetanseheving hos mange oppdragsgivere, ser vi at det fortsatt begås mange brudd på regelverket. Særlig ser vi at det fortsatt begås en del ulovlige direkteanskaffelser. Pr. i dag finnes det ikke sanksjoner mot denne type brudd på regelverket. I tilfeller hvor det har vært gjennomført en konkurranse vil leverandører kunne ha et

erstatningskrav. Ved ulovlige direkteanskaffelser er dette derimot i realiteten ikke aktuelt. Vi stiller oss derfor positive til at det innføres sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser.

Overtredelsesgebyr er bare et av flere mulige sanksjonsformer ved ulovlige direkteanskaffelser. I AUDA-rapporten blir det pekt på at et annet alternativ er å kjenne inngåtte kontrakter ugyldige. Dette rammer imidlertid en tredjepart og vil derfor kunne være en urimelig reaksjon i forhold til denne, i de tilfellene hvor tredjemann har vært i god tro. Vi er derfor enige med moderniseringsdepartementet at dette ikke er en egnet sanksjonsform.

Etter moderniseringsdepartementets forslag er det KOFA som skal ilegge gebyr. Vi ser at dette av flere grunner kan være problematisk og er derfor usikre på om dette er en hensiktsmessig løsning. Fordelen med å legge myndigheten til KOFA er at KOFA sitter inne med god kompetanse om regelverket.

En av innvendingene mot at KOFA skal ilegge overtredelsesgebyr, er at KOFA kan bli oppfattet mer som et tilsynsorgan enn som et nøytralt tvisteløsningsorgan. Etter det vi har erfart er det flere oppdragsgivere som i dag ikke har full tillit til KOFA som et tvisteløsningsorgan fordi KOFA oppfattes som et tilsynsorgan. Særlig har oppdragsgivere hatt innvendinger mot KOFAs praktisering av veiledningsplikten overfor klager. Det kan tenkes at tilliten til KOFA ytterligere blir undergravet dersom KOFA også blir den som skal ilegge overtredelsesgebyr. Dette gjelder særlig dersom det er staten v/KOFA som skal være saksøkte dersom avgjørelsen om ileggelse av overtredelsesgebyr innbringes for domstolen.

Saksbehandlingsformen i KOFA er heller ikke tilpasset saker om overtredelsesgebyr. I KOFA er det ikke lagt opp til muntlige forhandlinger. Ileggelse av overtredelsesgebyr er en alvorlig reaksjonsform og det er derfor svært viktig at saksbehandlingen i forkant er betryggende. Etter vår oppfatning vil det ikke alltid være tilstrekkelig med en skriftlig saksbehandling i saker om overtredelsesgebyr hvor et av vilkårene for ileggelse av gebyr er subjektiv skyld hos oppdragsgiver.

Vi ser også at KOFA i dag har en stor saksmengde. Det vil derfor uansett være betenkelig å legge flere oppgaver til KOFA uten at dette får betydning for KOFAs økonomiske rammer.

Av § 7b tredje ledd annet punktum fremgår det at "adgangen til å ilegge gebyr foreldes etter to år." Det sies imidlertid ikke noe om fristens utgangspunkt. Vi foreslår følgende endring i denne bestemmelsen:

*"Adgangen til å ilegge gebyr foreldes to år etter at kontrakt er inngått."*

Videre har moderniseringsdepartementet foreslått at fristen avbrytes ved "at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse." Dette bryter med foreldelseslovens regler om avbrytelse av frister ved administrative avgjørelser (foreldelsesloven § 16 nr. 1) og er uheldig ved at klager

ikke har kontroll over hvorvidt det innsendes en klage på et foreldet forhold eller ikke. Vi foreslår at bestemmelsen endres slik:

*”Foreldelse avbrytes når klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse bringes inn til avgjørelse av tvisteløsningsorganet.”*

### **§ 8 Midlertidig forføyning**

Vi stiller spørsmål ved om regelverkets regulering av midlertidig forføyning oppfyller Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Håndhevelsesdirektiv 89/665 fastsetter at medlemsstatene skal innføre klageprosedyrer som omfatter nødvendige beføyelser til så hurtig som mulig og som hastesak, treffe midlertidige beslutninger som har til formål å bringe en påstått overtredelse av regelverket til opphør eller hindre at det påføres de pågjeldende interessene annen skade. Dette gjelder også foranstaltninger med henblikk på å avbryte eller foranledige å avbryte den pågjeldende prosedyre for inngåelse av en offentlig kontrakt eller stille gjennomførelsen av enhver beslutning som er truffet av en oppdragsgiver i bero. Norge har således en forpliktelse til å innføre effektive prosedyrer for å få tilsidesatt beslutninger som er i strid med regelverket.

Det er særlig viktig for en leverandør å ha mulighet til å få kjent en tildelingsbeslutning ugyldig og stanset kontraktsinngåelse dersom dette er i strid med regelverket og den riktige beslutningen ville være at den aktuelle leverandøren skulle hatt kontrakten. Erstatning i ettertid fyller ikke de samme behovene da det i mange tilfeller er viktig for leverandøren å få tildelt oppdraget

I Norge kan en leverandør begjære midlertidig forføyning for å få satt til side en beslutning i strid med regelverket. En norsk domstol kan imidlertid ikke ta en begjæring om midlertidig forføyning til følge etter at kontrakt er inngått. Det er av den grunn viktig at det innføres prosedyrer som gjør at begjæringen om midlertidig forføyning kan prøves for domstolen før oppdragsgiver inngår kontrakt med leverandøren. Dagens prosedyrer er etter vår oppfatning mangelfulle og gir ikke leverandørene tilstrekkelig mulighet til å få overprøvd oppdragsgivers beslutninger.

Etter norsk rett har ikke domstolene anledning til å gi en begjæring om midlertidig forføyning oppsettende virkning slik at anskaffelsesprosedyren stanses inntil det foreligger en (endelig) avgjørelse fra retten. I håndhevelsesdirektivet 89/665 er det i artikkel 2 nr. 3 fastsatt at klageprosedyrene ikke i seg selv nødvendigvis skal ha oppsettende virkning for anskaffelsesprosedyren. Det er imidlertid et vilkår at klageprosedyrene skal være effektive og forhindre at leverandørene lider tap som følge av at det begås feil. Det er også et formål at det skal kunne treffes midlertidige beslutninger for å kunne bringe ulovlig forhold til opphør.

Det er flere forhold som taler for at retten ved midlertidige forføyninger etter anskaffelsesloven § 8 bør ha adgang til å gi begjæringen oppsettende virkning slik at anskaffelsesprosedyren

stanses til retten har truffet sin avgjørelse. Etter at en begjæring om midlertidig forføyning er inngitt til retten, vil det normalt gå noen dager før muntlige forhandlinger kan avholdes og retten fatter en avgjørelse. I dag kan oppdragsgiver hindre en midlertidig forføyning ved å inngå kontrakt med leverandøren oppdragsgiver ønsker før retten rekker å fatte en slik avgjørelse. Erfaringsmessig ses også at oppdragsgivere i noen tilfeller benytter seg av denne muligheten. Dette er i strid med intensjonene bak håndhevelsesdirektivet og effektivitetshensynet som ligger til grunn for dette. Ved å gi en begjæring oppsettende virkning vil man unngå dette.

Det følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 15-7(2) at dersom *"det foreligger fare ved opphold, kan kjennelse som beslutter midlertidig forføyning treffes uten muntlig forhandling"*. Vi ser imidlertid at retten ofte er tilbakeholdne med å beslutte midlertidig forføyning uten muntlig forhandling selv om vilkårene for dette ofte vil være tilstede. En mer aktiv bruk av denne regelen ville bøte på noen av manglene ved regelverket slik det fremstår i dag, men dette gjøres ikke av domstolene. En mulighet er å gi regler i anskaffelsesloven om at det ved tildelingsbeslutninger som påklages, alltid vil foreligge "fare ved opphold" med mindre oppdragsgiver skriftlig har erkjent at han vil vente med å inngå kontrakt til retten har truffet en beslutning.

Avviser eller forkaster retten en begjæring om midlertidig forføyning, burde det videre vært slik at kjennelsen som hovedregel gis oppsettende virkning med mindre det er åpenbart at kjæremålet ikke vil føre frem slik at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt i perioden fra avgjørelsen er fattet til den eventuelt er avgjort av kjæremålsinstansen. I dag er det kun kjæremålsinstansen som har mulighet til å gi en avgjørelse oppsettende virkning.

Det kan hevdes at det vil være ulemper ved å gi en begjæring oppsettende virkning uavhengig av hvor mye "hold" det er i begjæringen fordi dette i realiteten medfører at enhver leverandør kan "blokkere" en kontraktsinngåelse uavhengig av hvorvidt det senere viser seg å være grunnlag for dette. Det er imidlertid lite trolig at en leverandør som vet at det ikke foreligger grunnlag for en begjæring, vil gå til retten og dermed pådra seg ansvar for sakens omkostninger. Videre kan leverandøren i et slikt tilfelle bli erstatningsansvarlig etter tvangsfullbyrdelsesloven § 3-5. Vi mener derfor at fordelene ved å gi en begjæring oppsettende virkning vil være mye større enn ulempene.

## **4 Anskaffelsesforskriften**

### **4.1 Del I**

#### **Heving av terskelverdien**

Vi er enige med departementet i at terskelverdiene bør heves til kr. 500.000. Den nasjonale terskelverdiene bør imidlertid ikke ligge høyere enn dette. I debatten har det vært anført at vi

ikke bør ha en egen nasjonal terskelverdi, men at vi kun skal ha EØS/WTO-terskelverdiene. Det er argumentert med at Norge ikke bør ha strengere regler enn hva som gjelder i EU. Det er imidlertid viktig å huske på at begrunnelsen for EUs terskelverdier og den nasjonale terskelverdien er forskjellig. EUs terskelverdier er satt på bakgrunn av hvilke anskaffelser som antas å ha et grenseoverskridende element, herunder hvilke anskaffelser som bør gjøres kjent i hele EØS-området. Den nasjonale terskelverdien må imidlertid fastsettes på bakgrunn av hva som nasjonalt anses å ville gi mest effektive anskaffelser og for øvrig fremme formålene som ligger bak regelverket for offentlige anskaffelser. Dette tilsier at den nasjonale terskelverdien bør være betydelig lavere enn EØS/WTO-terskelverdiene.

### **Kunngjøringsplikt for direkte anskaffelser**

Det har fra flere hold blitt foreslått at det skal innføres kunngjøringsplikt for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien. Departementet har også vært inne på dette i sitt høringsnotat. Vi ser at det fra de små- og mellomstore bedriftenes ståsted kan være hensiktsmessig med kunngjøringsplikt. Det er imidlertid også forhold som taler mot en slik plikt. Innføres det en kunngjøringsplikt for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien, må det også innføres et minimum andre prosedyreregler for disse anskaffelsene ut over en henvisning til de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 og forslag til anskaffelsesforskrift § 3-1. I dag er det slik at det for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien, er krav om konkurranse. Kravet til konkurranse kan imidlertid oppfylles selv om konkurransen ikke er åpen for alle som ønsker å delta. En naturlig følge av at det innføres kunngjøringsplikt for anskaffelsene under den nasjonale terskelverdien, er etter vår oppfatning at det også må innføres regler om hvem som skal få delta av de interesserte leverandørene. Mye av hensikten med kunngjøringsplikten vil falle bort dersom leverandører som melder sin interesse på grunn av kunngjøringen, ikke har noen rettigheter med hensyn til deltakelse i konkurransen. Det kan hevdes at dette vil medføre at administrasjonskostnadene kan bli relativt store også for disse anskaffelsene, noe som er i strid med hensynet bak hevingen av den nasjonale terskelverdien og at man derfor reelt sett mister noe av gevinsten ved den foreslåtte økningen av terskelverdien. På den annen side vil administrasjonskostnadene være avhengig av hvor kompliserte prosedyreregler som innføres. Vi er usikre på hvorvidt det vil være riktig å innføre en kunngjøringsplikt under de nasjonale terskelverdier og foreslår derfor at man foreløpig ikke inntar en kunngjøringsplikt, men tar dette opp igjen til vurdering etter å ha sett hvordan det fungerer ikke å ha kunngjøringsplikt i disse tilfellene.

Innføres det en kunngjøringsplikt for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien foreslår vi at denne kun gjelder for anskaffelser mellom kr. 200.000 og kr. 500.000 samt at det kun er plikt til å foreta en forenklet kunngjøring i disse tilfellene. Vi mener det er tilstrekkelig at kunngjøringen inneholder informasjon om hva som skal anskaffes og hvor leverandører kan henvende seg for ytterligere informasjon samt frist for slik henvendelse.

### **Bygge- og anleggskonsesjoner**

I den nå gjeldende anskaffelsesforskriften fremgår det at det for bygge- og anleggskonsesjoner er valgfritt om oppdragsgiver følger de alminnelige prosedyrereglene i del II og III eller de særskilte prosedyrereglene i del IV. I forslaget er dette endret slik at oppdragsgiver plikter å følge de særskilte prosedyrereglene om bygge- og anleggskonsesjoner i del IV. Reglene for bygge- og anleggskonsesjoner i del IV gir oppdragsgiver større frihet ved gjennomføringen av konkurransen enn hva del II og III åpner for. Vi ser ingen grunn til at oppdragsgiver ikke skal kunne velge å følge de strengere reglene i del II og III ved inngåelse av bygge- og anleggskonsesjoner. Konsekvensen av departementets forslag er at det vil bli av større betydning å skille mellom bygge- og anleggskontrakter og bygge- og anleggskonsesjoner. Dette skillet kan være vanskelig å fastslå. Dette kan igjen medføre klager og rettslige krav om at konkurransen må stanses pga. at feil regelverk er lagt til grunn. En slik konsekvens er ikke samfunnsøkonomisk heldig.

### **§ 2-2 Terskelverdier**

I nå gjeldende forskrift er det egne terskelverdier for "statlige oppdragsgivere som omfattes av WTO-avtalen om offentlige innkjøp, jfr. avtalens vedlegg 1". Det er foreslått endret til "sentrale statlige oppdragsgivere". "Sentrale statlige oppdragsgivere" er imidlertid ikke definert i forskriften. For oppdragsgiver er det viktig å være klar over hvilke terskelverdier som gjelder. Begrepet "sentrale statlige oppdragsgivere" er imidlertid så vagt at det kan oppstå en del tvilstilfeller hvor oppdragsgivere vil være usikre på hvilke terskelverdier som gjelder for dem. Vi foreslår derfor at det enten inntas en definisjon av begrepet eller at forskriftsteksten endres til "sentrale statlige oppdragsgivere omfattet av WTO-avtalen om offentlige innkjøp, jfr. avtalens vedlegg 1"

I gjeldende forskrift § 2-2(3) står det "*sammenlagte verdi*". I forslaget er dette i § 2-2(2) første punktum endret til "*den samlede anslåtte verdien*". Dette er en bedre formulering enn den nåværende formuleringen. Tilsvarende formulering bør imidlertid også benyttes i § 2-2(2) siste punktum.

I forslagets § 2-2(2) er det inntatt særbestemmelser om visse delkontrakter. Bestemmelsen er kun gitt anvendelse for tjenester og bygge- og anleggsarbeider. I anskaffelsesdirektivet er den tilsvarende bestemmelsen også gitt anvendelse på varer, jfr. artikkel 9 nr. 5 bokstav b tredje ledd. Vi anbefaler derfor at bestemmelsen reguleres på tilsvarende måte i anskaffelsesforskriften.

### **§ 2-3. Beregning av anskaffelsens verdi**

#### Anskaffelsens verdi

Både någjeldende forskrift og forslaget til ny forskrift benytter begrepet "*anskaffelsens verdi*". Den eksakte verdien av anskaffelsen vil normalt ikke være kjent før tidligst på tidspunktet for inngåelse av kontrakt. Beregningen av anskaffelsens verdi må derfor foretas ut fra skjønsmessige anslag av hva anskaffelsens forventes å koste på kunngjøringstidspunktet.



Språklig sett er det derfor mer korrekt å benytte "den anslåtte verdi" slik det er gjort i EU-direktivene.

Etter forslaget § 2-3(1) skal anskaffelsens verdi beregnes på grunnlag av verdien på kunngjøringstidspunktet. Direkte anskaffelser kunngjøres imidlertid ikke (forutsatt at det ikke innføres kunngjøringsplikt). For disse anskaffelsene bør det være anskaffelsens verdi på kontraktstidspunktet som er avgjørende. Vi foreslår derfor at det i § 2-3(1) inntas et nytt annet punktum som følgende:

*"For direkte anskaffelser er det verdien på kontraktstidspunktet som skal legges til grunn."*

#### Forholdet mellom forslaget § 2-3(4) og (5)

I anskaffelsesdirektivet er tjenester og bygge- og anleggsarbeid regulert i en tilsvarende bestemmelse som anskaffelsesforskriften § 2-3(4),<sup>1</sup> mens varer er regulert i en bestemmelse som tilsvarer anskaffelsesforskriften § 2-3(5).<sup>2</sup> Slik var det også i de tidligere norske forskriftene.<sup>3</sup> I nå værende anskaffelsesforskrift er imidlertid problemstillingen regulert slik den er regulert i forslag til ny anskaffelsesforskrift.

Det er den samme problemstillingen som reguleres av disse to bestemmelsene, selv om ordlyden er forskjellig, nemlig oppdeling av samme anskaffelse i flere kontrakter. Anskaffelsesforskriften § 2-3(4) bruker «en tjeneste» og «et bygge- og anleggsarbeid», mens «ensartede (...) tjenester eller bygge- og anleggsarbeid» benyttes i anskaffelsesforskriften § 2-3(5). Sistnevnte formulering omfatter førstnevnte, men er språklig sett videre. Dette gjør at forskriftsteksten skaper uklarhet om hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes i disse to tilfellene. Vi har ingen holdepunkter for at departementet med denne reguleringen har ment å utvide kretsen av hvilke delkontrakter for tjenester og bygge- og anleggsarbeider som skal vurderes samlet ved beregningen av anskaffelsens verdi i forhold til det som gjaldt i den tidligere bygge- og anleggforskriften og den tidligere tjenesteforskriften samt hva som gjelder i forhold til anskaffelsesdirektivet. En videre forståelse av hvilke kontrakter som skal ses samlet enn hva som følger av anskaffelsesdirektivets regulering vil ikke tilfredsstillende formålet med reglene som blant annet er å innføre like beregningsmåter i EU/EØS-området. Vi mener at bestemmelsene i den någjeldende forskriften må forstås i samsvar med dette. Løsningen med å regulere den samme problemstillingen i to forskjellige bestemmelser med ulik ordlyd, er imidlertid uheldig. Vi anbefaler derfor at anskaffelsesforskriften endres slik at den er i samsvar med reguleringen i anskaffelsesdirektivet. Dette innebærer at § 2-3(4) skal gjelde for bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter, mens § 2-3(5) skal gjelde for varekontrakter.

<sup>1</sup> Tjenestedirektivet artikkel 7 nr. 4 og bygge- og anleggsdirektivet artikkel 6 nr. 3. Det vises også til EUs nye anskaffelsesdirektiv artikkel 9 nr. 5 bokstav a.

<sup>2</sup> Varedirektivet artikkel 5 nr. 4. Det vises også til anskaffelsesdirektivet artikkel 9 nr. 5 bokstav b.

<sup>3</sup> Vareforskriften § 5 nr. 6, bygge- og anleggforskriften § 4 nr. 2 og tjenesteforskriften § 5 nr. 5 annet ledd.

### Løpende kontrakter

Formuleringen i anskaffelsesforskriften § 2-3(6) og (7) tilsvarer bestemmelsene inntatt i anskaffelsesdirektiv artikkel 9 nr. 8 bokstav a og b. Anskaffelsesdirektivets bestemmelser gjelder kun for tjenestekontrakter. I någjeldende anskaffelsesforskrift og forslag til ny anskaffelsesforskrift er bestemmelsene derimot gjort generell slik at de i prinsippet også gjelder varer og bygge- og anleggsarbeid. Dette er ikke i samsvar med EU/EØS-regelverket.

Det er problematisk å la bestemmelsene komme til anvendelse på bygge- og anleggskontrakter. Et eksempel er leiekontrakter av ikke-eksisterende bygg som er av en slik karakter at de er å anse som bygge- og anleggskontrakter. Legges beregningsmetoden etter § 2-3(7) til grunn, er det leiesummen for fire år som er avgjørende for anskaffelsens anslåtte verdi og ikke den totale leiesummen over hele kontraktperioden. Dette vil føre til at bygge- og anleggskontrakter som har en reell verdi over EØS/WTO-terskelverdiene, blir unndratt fra anvendelsesområdet til anskaffelsesforskriften del II. Omgåelsesbetraktninger og prinsippet i anskaffelsesforskriften § 2-3(2) om lojalt valg av beregningsmetode tilsier derfor at anskaffelsesforskriften § 2-3(7) ikke kommer til anvendelse i disse tilfellene. Vi anbefaler derfor at bestemmelsene ikke gjøres gjeldende for bygge- og anleggskontrakter da dette åpner for at oppdragsgivere kan tro at det er mulig å omgå bestemmelser i regelverket på denne måten.

Bestemmelsene er derimot anvendelig på varekontrakter. Selv om anskaffelsesdirektivet ikke har gitt de tilsvarende bestemmelsene anvendelse på varekontrakter, mener vi at det ikke er noe i veien for at dette blir gjort i anskaffelsesforskriften.

Vi anbefaler at bestemmelsene i § 2-3(6) og (7) kun gjøres gjeldende for tjenestekontrakter og varekontrakter.

Anskaffelsesdirektiv artikkel 9 nr. 8 bokstav b gjelder kun dersom kontraktens totalpris ikke er fastsatt. Reguleringen i anskaffelsesforskriften § 2-3(7) er således ikke helt i overensstemmelse med anskaffelsesdirektiv da denne etter ordlyden kommer til anvendelse uavhengig av om det er fastsatt en totalpris eller ikke. Vi foreslår at bestemmelsen endres i samsvar med anskaffelsesdirektivets regulering.

I § 2-3(8) siste ledd står det i gjeldende forskrift at "Dersom kontraktens løpetid er på mer enn 12 måneder, skal den samlede verdi for hele kontraktens løpetid legges til grunn." Denne setningen er tatt ut av bestemmelsen i det foreliggende forslaget. Vi mener dette er uheldig da det må være klart at § 2-3(8) kun gjelder for kontrakter som inngås oftere enn en gang i året. Slik forslag til forskriftstekst står nå, fremgår dette ikke og det kan skape tolkningstvil. Vi anbefaler derfor at dette tas inn i forskriften.

### Prosjektkonkurranser

I § 2-3(11) bokstav d fremgår det at eventuelle konkurransepremier eller betalinger til deltakerne skal inngå i beregningen av anskaffelsens verdi. Selve verdien av den

etterfølgende tjenestekontrakten er imidlertid ikke nevnt. Vi antar at dette beror på en feil og at departementet vil ta dette inn.

#### Leasing eller leie

§ 2-3(12) er noe uklart formulert. Ved formuleringen *"den samlede verdi for tidsbegrensede kontrakter med varighet 12 måneder eller kortere"* antar vi at det menes at alle kontrakter innefor en 12 måneders-periode skal medtas i beregningen av anskaffelsens verdi. Dette innebærer for eksempel at dersom oppdragsgiver inngår kontrakter om bil til hjemmehjelptjenesten hver 4. måned i fire år, skal kun tre av kontraktene tas med når anskaffelsens verdi skal beregnes. Dette fremgår ikke klart av ordlyden og bør derfor presiseres.

I forslaget er det for tidsbegrensede kontrakter med varighet over 12 måneder bestemt at anslått restverdi skal inkluderes ved beregningen av anskaffelsens verdi. Når det gjelder kontrakter med varighet 12 måneder eller kortere eller for tidsubegrensede kontrakter er ikke restverdi omtalt. Vi ser ikke at det er noen reelle hensyn som tilsier at dette skal behandles ulikt.

§ 2-3(7) og § 2-3(12) siste punktum benytter ulike begreper om den samme situasjonen. I § 2-3(7) benyttes *"usikker eller ubegrenset løpetid"* og i § 2-3(12) benyttes *"tidsubegrensede kontrakter eller hvor løpetiden ikke kan fastsettes nærmere"*. Vi synes det er uheldig at begrepsbruken er forskjellig. Se for øvrig våre kommentarer til § 2-3(7) ovenfor.

#### Honorarer m.v.

Det fremgår av § 2-3(11)(c) til (e) at eventuelle honorarer m.v. som skal betales, skal medtas i beregningen av anskaffelsens verdi ved kontrakter som omfatter prosjektering og ved prosjektkonkurranser. Av anskaffelsesdirektivet artikkel 9 nr. 1 annet ledd fremgår det imidlertid at premier og betalinger til tilbyderne på generelt grunnlag skal medregnes i anskaffelsens verdi. Forslaget til § 2-3 bør gjenspeile dette slik at disse reglene ikke bare gjøres gjeldene for disse anskaffelsene.

#### **§ 2-4. Blandede kontrakter**

I § 2-4(1) annet punktum er det fastsatt at *"en kontrakt som gjelder varer, og som i tilknytning til dette omfatter monterings- og installasjonsarbeide, betraktes som en varekontrakt."* Konsekvensen av ordlyden innebærer at et hvert kjøp av en vare som omfatter monterings- og installasjonsarbeide, skal anses som en varekontrakt uavhengig av monterings- og installasjonsarbeidets verdi og omfang. Vi foreslår derfor å ta denne setningen ut av forskriften. Ønsker departementet at bestemmelsen skal stå, må ordlyden presiseres.

Forholdet mellom bygge- og anleggskontrakter og hhv. varekontrakter og tjenestekontrakter er ikke forslått regulert. Det kan ikke forutsettes at alle oppdragsgivere og andre brukere av regelverket, kjenner til EF-domstolens praksis på dette området. Vi anbefaler derfor at det av

pedagogiske grunner inntas bestemmelser om dette i anskaffelsesforskriften i tråd med de retningslinjer EF-domstolen har stilt opp.

### **§ 3-1. Grunnleggende krav for alle anskaffelser**

Etter vår oppfatning er endringene i § 3-1 en forbedring. Vi ser at oppdragsgivere ved anskaffelser over terskelverdiene kun har forholdt seg til de konkrete reglene i forskriften og sett på disse som uttømmende. Under terskelverdiene har vi erfart at oppdragsgivere ikke er klar over at de grunnleggende kravene gjelder. Siden terskelverdiene nå heves til kr. 500.000, er det særlig viktig at oppdragsgivere kjenner til de grunnleggende kravene som stilles til anskaffelser under denne verdien.

### **§ 3-2. Protokollføring**

Vi synes det er positivt at det innføres en protokollplikt for alle anskaffelser over kr. 50.000 eks. mva. Dette øker gjennomsiktigheten for offentlige anskaffelser og vil også bidra til økt fokus på at de grunnleggende kravene gjelder for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien. Ut fra de kravene som stilles til protokollplikten, kan ikke de administrative kostnadene ved protokollplikten tale mot at en slik protokollplikt innføres.

### **§ 3-3. Offentlighet**

Det er ikke foreslått noen endringer i § 3-3. Vi mener imidlertid at det er en svakhet ved regelverket at det ikke er eksplisitte regler om partenes innsynsrett. Gjeldende rett gir etter vår mening rett til innsyn i anskaffelsesdokumentene i den utstrekning dette er nødvendig for å vurdere om oppdragsgiver har opptrådt i henhold til regelverket. Retten begrenses kun av oppdragsgivers taushetsplikt. Vi opplever imidlertid at oppdragsgivere nekter innsyn i dokumenter som er nødvendig for at leverandøren skal kunne vurdere sin stilling i konkurranse. Dette er uheldig av flere årsaker. For det første mister man tiltro til oppdragsgiver. For det andre er det tvisteskapende fordi leverandøren må inngi klage til KOFA eller gå til sak for å få det innsynet han er berettiget til etter regelverket. Vi anbefaler derfor at det inntas en bestemmelse om at leverandøren har rett til innsyn i anskaffelsesdokumentene etter at tildeling er foretatt. For eksempel kan tvistemålsreglens regler om fremleggelse av bevis gis tilsvarende anvendelse fra tildelingstidspunktet.

### **§ 3-4. Taushetsplikt**

Vi synes det i utgangspunktet er bra at det nå er innført regler om at det er leverandøren som skal markere hvilke opplysninger leverandøren mener går inn under oppdragsgivers taushetsplikt. Regelen innebærer at dersom leverandøren ikke har markert noen deler av tilbudet som fortrolige kan oppdragsgiver legge frem tilbudet i sin helhet. Dette kan imidlertid være uheldig i de tilfellene leverandøren ikke har tatt noe aktivt standpunkt til hva han mener er fortrolig informasjon. Det kan få store konsekvenser for leverandøren dersom fortrolig

informasjon kommer ut. Forskriften bør derfor ha regler om at leverandøren skal varsles om denne bestemmelsen før informasjon gis ut og hvordan varsel skal gis. Dette kan gjøres på to forskjellige måter. Enten kan oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget uttrykkelig fastsette at leverandøren må betegne informasjon som fortrolig og at hvis dette ikke gjøres, vil oppdragsgiver kunne levere ut informasjonen. Alternativt kan leverandøren gis en frist til å markere opplysningene han mener er fortrolige, før oppdragsgiver gir ut informasjon om tilbudene.

### **§ 3-5. Habilitet**

Någjeldende forskrift § 3-5 har bestemmelser om forbud mot at oppdragsgivers ansatte deltar i konkurransen. Denne bestemmelsen er foreslått tatt ut med den begrunnelse at habilitetsreglene dekker problemstillingen samt at bestemmelsen har vært tolket dit hen at det ikke er tillatt å inngi tilbud i egenregi og dermed et hinder for konkurranseutsetting. Vi er ikke enige i disse betraktningene.

Vi kan ikke forstå at bestemmelsen kan misforstås med hensyn til egenregi da ordlyden er klar nok. Den retter seg mot ansatte og ikke mot oppdragsgiver selv. Vi er heller ikke enig i at habilitetsreglene vil dekke forhold som rammes av dette forbudet. Habilitetsreglene knytter seg til saksbehandlerens/oppdragsgivers forhold, mens § 3-5 i någjeldende forskrift knytter seg til leverandørens forhold. Det er dessuten ikke slik at en saksbehandler alltid vil være inhabil når en ansatt hos oppdragsgiver leverer inn tilbud. En eventuell inhabilitet fører heller ikke til at den ansattes tilbud skal avvises fra konkurransen, men at oppdragsgiver må finne en annen saksbehandler. Vi kan derfor i det hele tatt ikke se at habilitetsreglene kan erstatte denne bestemmelsen.

Slik bestemmelsen er formulert i dag vil en ansatt hos oppdragsgiver aldri kunne delta i en konkurranse eller opptre som konsulent eller representant for leverandører dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Bestemmelsen setter et absolutt forbud uavhengig av om en deltakelse i det konkrete tilfellet vil være i strid med de grunnleggende kravene. Det kan tenkes situasjoner hvor det vil være i samsvar med regelverkets formål og de grunnleggende kravene å la en ansatt delta i konkurransen eller opptre som konsulent eller representant for leverandører. I disse tilfellene vil denne bestemmelsen motvirke formålet med regelverket. Vi foreslår at bestemmelsen beholdes, men at den omformuleres slik at den bare rammer tilfeller hvor en deltakelse vil være i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1.

### **§ 3-6. Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner**

Bestemmelsen om bruk av rådgivere er ikke foreslått endret. Etter ordlyden er det et vilkår at oppdragsgiver har mottatt råd fra noen som kan ha en økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne "utelukke" konkurranse. Kravet til likebehandling, jfr. anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1, vil være brutt selv om konkurranse

ikke utelukkes, så lenge det foreligger en konkurransevidning av betydning for forholdet mellom leverandørene. Siden anskaffelsesforskriften § 3-6 er et utslag av kravet til likebehandling, må begrepet «utelukker» tolkes utvidende slik at det er tilstrekkelig at det er en konkurransevidning av betydning i favør av vedkommende rådgiver. Ordlyden bør endres slik at den blir i samsvar med dette. Vi foreslår følgende formulering:

*"(...) når dette skjer på en måte som kan virke konkurransevidende."*

Vi mener at begrepet "spesifikasjoner" er for snevert i forhold til hvilken type rådgivning som kan føre til at bestemmelsen bør komme til anvendelse. Rådgivning knyttet til andre forhold enn spesifikasjonene kan også føre til brudd på likebehandlingsprinsippet om rådgiveren senere deltar i konkurransen. Vi foreslår derfor at begrepet "spesifikasjoner" erstattes med "konkurransebetingelsene".

### **§ 3-8. Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår**

Den någjeldende § 3-9 er tolket som en anbefaling om å benytte fremforhandlede og balanserte kontrakter og ikke som et krav. Vi mener at ordlyden bør endres i samsvar med dette slik at det i stedet for står *"(...)bør disse brukes (...)"*.

### **§ 3-9. Reserverte kontrakter**

Forslagets § 3-9 har en snevrere formulering enn den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 19. Vi anbefaler at ordlyden endres slik at rekkevidden tilsvarer rekkevidden av anskaffelsesdirektivets bestemmelse, dvs. at bestemmelsen i stedet lyder:

*"(...) virksomheter hvor flertallet av de berørte arbeidstakerne er (...)"*

### **§ 4-1. Generelle definisjoner**

I § 4-1(b) henvises det til et unntak for *"varer som nevnt i bokstav c"*. Det er imidlertid ikke nevnt noen varer i bokstav c. Vi legger derfor til grunn at dette må være feil henvisning.

I § 4-1(c) er det vist til vedlegg 1 som er angitt som *"liste over forskjellige former for yrkesaktivitet"*. Slår vi opp på vedlegg 1 er dette imidlertid betegnet som *"liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid"*. Vi legger til grunn at vedlegget skal ha samme betegnelse begge disse stedene og anbefales at dette endres slik at det her blir samsvar.

I § 4-1(j) er alternative tilbud definert som *"betegnelse på tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte måte å oppfylle krav til ytelsens innhold og eventuelt utforming."* Dette er etter vår oppfatning ikke en tilstrekkelig presis definisjon av alternative tilbud. Definisjonen innebærer at et alternativt tilbud skal være *"utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative måte"*. Det er imidlertid ikke oppdragsgiver som skal angi en alternativ

måte å oppfylle på. Oppdragsgiver skal angi minstekrav og eventuelle formkrav og så er det opp til leverandøren å komme med alternative forslag til løsninger. Definisjonen foreslått av Moderniseringsdepartementet kan videre forstås som en angivelse av hva som er vilkårene for å ta et alternativt tilbud i betraktning og angir ikke det typiske kjennetegn ved et alternativt tilbud som er at det avviker fra oppdragsgivers egne løsninger. Det kan foreligge et alternativt tilbud selv om det ikke er i samsvar med oppdragsgivers minstekrav. Et slikt alternativt tilbud må imidlertid avvises fordi det ikke er i samsvar med forskriftens krav til at et alternativt tilbud kan tas i betraktning. Vi foreslår følgende definisjon som vi mener mer reelt er en beskrivelse av hva et alternativt tilbud reelt sett er:

*"Et tilbud som bevisst angir andre løsninger eller utførelsesmetoder enn det som er angitt i konkurransegrunnlaget."*

Vi mener videre at Moderniseringsdepartementets forståelse av begrepene avvik og alternative tilbud ikke er i samsvar med gjeldende oppfatning. Departementet legger til grunn at alternative tilbud er forbeholdt tilfelle der det gis tilbud på en ytelse som er like bra eller bedre enn den ytelsen som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Departementet legger videre til grunn at tilbud som ikke er like gode som ytelsen skrevet i konkurransegrunnlaget (mindreverdige tilbud) vil anses som et avvik fra konkurransegrunnlaget, men ikke som et alternativt tilbud. Denne begrepsbruken fremstår som underlig og ikke i samsvar med en naturlig forståelse og festnet oppfatning av hva som ligger i begrepene.

## **4.2 Del II. Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester**

### **§ 6-1. Rammeavtaler**

Vi synes formuleringen i § 6-1(1) er forvirrende. Det fremgår av forslaget at oppdragsgiver ved inngåelsen av rammeavtaler skal følge prosedyrereglene *"som følger av denne forskrift inntil tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen"*. Videre sies det at *"valg av leverandør til rammeavtalen skal skje på bakgrunn av tildelingskriteriene som er fastsatt i § 12-2"*.

For det første burde det istedenfor en generell henvisning til forskriften være en henvisning til forskriften del II. For det andre burde det fremgå at prosedyrereglene for inngåelse av selve rammeavtalen skal følges inntil rammeavtalen er inngått og ikke inntil "tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen". Prosedyrereglene for kontrakter innenfor rammeavtalen skal følges fra tidspunktet for inngåelse av rammeavtalen. For det tredje er andre punktum i første ledd overflødig og heller ikke korrekt slik den står. I andre punktum står det at valg av leverandør til rammeavtalen skjer på bakgrunn av "tildelingskriteriene som er fastsatt i § 12-2". Dette er ikke riktig. Tildelingskriteriene fastsettes i medhold av § 12-2 og fremgår av konkurransebetingelsene. Vi foreslår at bestemmelsen endres i samsvar med dette.

I forslaget benyttes begrepet "tildeling av kontrakt" når avrop/bestillinger som er basert på rammeavtalen foretas. Begrepsbruken er uheldig og bør endres. For det første skaper dette forvirring fordi det gir inntrykk av at oppdragsgiver ikke tildeler kontrakt når det inngås en rammeavtale. Det virker som om moderniseringsdepartementet er av den oppfatningen at inngåelse av en rammeavtale ikke inngår i kontraktbegrepet. En rammeavtale vil imidlertid som hovedregel være en kontrakt i forskriftens forstand. I mange tilfeller er det rammeavtalen som er selve kontrakten som regulerer alle vesentlige vilkår for avropene som senere skal foretas. Bestemmelsen blir også vanskelig å forstå fordi det lett oppstår usikkerhet knyttet til hva kontraktbegrepet knytter seg til, rammeavtalen eller det enkelte avrop. Begrepsbruken er heller ikke i samsvar med hvordan begrepene innkjøpsfaglig og juridisk benyttes. Vi foreslår derfor at tildeling av kontrakt knytter seg til selve rammeavtalen og at begrepet "tildeling av avrop" knyttes til den enkelte bestillingen innefor rammeavtalen.

I § 6-1(2) henvises det til prosedyrereglene i § 6-2 og § 6-3. Det bør her inntas mer presise henvisninger da § 6-3 ikke bare inneholder prosedyreregler for tildeling av avrop, men også prosedyreregler for inngåelse av selve rammeavtalen. Sistnevnte gjelder § 6-3(1). Henvisningen bør derfor begrenses til § 6-2 og § 6-3(2) og (3).

#### **§ 6-2. Rammeavtale med en leverandør**

Av § 6-2(2) fremgår det at oppdragsgiver kan be om at "tilbudet suppleres". I den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 3 benyttes imidlertid "kompletteres". Dette er snevrere enn begrepet "suppleres". Ved å benytte begrepet suppleres gis dessuten det inntrykk av at rammeavtalen kan utvides noe som ikke kan være meningen. Vi foreslår derfor at det i stedet står "tilbudet utfylles".

#### **§ 6-3. Rammeavtale med flere leverandører**

I § 6-3(1) er det foreslått at ved alle rammeavtaler med flere leverandører (parallele rammeavtaler), skal det inngås rammeavtaler med minst tre leverandører. Det er hensiktsmessig og i samsvar med konkurranseprinsippet at det skal være minst tre leverandører hvor det skal avholdes en fornyet konkurranse om det enkelte avrop. Vi ser imidlertid ikke at det er reelle konkurransemessige hensyn som tilsier at dette også skal gjelde hvor det er fastsatt en fordelingsnøkkel på forhånd. Konkurransen foregår her i forbindelse med inngåelse av selve rammeavtalen og ikke i forbindelse med tildeling av det enkelte avrop. Konsekvensen av bestemmelsen er at oppdragsgiver alltid må fordele oppdraget på minst tre leverandører, selv om det innkjøpsfaglig er tilstrekkelig å ha to. Det viser til at begrunnelsen for å ha parallele rammeavtaler i en del tilfeller er å ha en "backup" i tilfelle at hovedleverandøren ikke kan levere. Krav om tre leverandører kan også føre til at den tredje leverandøren binder opp ressurser i en rammeavtale han kanskje får minimalt ut av.



Forslagets § 6-3(2) fastsetter at *"tildeling av kontrakter basert på rammeavtaler som er inngått med flere leverandører kan foretas på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen"*. Det bør fremgå uttrykkelig at det er en forutsetning at det er fastsatt en fordelingsnøkkel i rammeavtalen. Det vises til usikkerheten som har vært knyttet til dette spørsmålet. Bestemmelsen blir uklar fordi *"vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen"* både kan henvise til kontraktsvilkårene, herunder pris osv., og til hvordan avropene skal fordeles.

Av § 6-3(3) fremgår at *"hvis ikke alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen, skal tildeling av kontrakter foretas etter at det er iverksatt ny konkurranse mellom partene"*. Etter ordlyden må oppdragsgiver før inngåelse av rammeavtalen bestemme seg for om tildeling av avrop skal foretas etter en fordelingsnøkkel eller gjennom en fornyet konkurranse. Vi har imidlertid fått indikasjoner på at det er departementets hensikt at oppdragsgiver skal kunne velge å benytte en fornyet konkurranse også hvor det foreligger en fordelingsnøkkel dersom oppdragsgiver har forbeholdt seg retten til å avholde fornyet konkurranse. Dette er imidlertid i strid med ordlyden og dersom departementet ønsker å åpne for en slik ordning, må ordlyden endres.

#### **§ 6-4. Dynamiske innkjøpsordninger**

Vi synes det er bra at denne innkjøpsprosedyren innføres i anskaffelsesforskriften. Selv om forskriftsteksten er tung, har vi forståelse for at departementet har valgt å foreta en tilnærmet ren oversettelse av anskaffelsesdirektivet siden det foreløpig er lite praksis og erfaring med innkjøpsordningen.

#### **§ 7-1. Regler for kommunikasjon**

Reglene er tunge og stort sett en oversettelse av anskaffelsesdirektivet. Vi ser imidlertid vanskeligheten med å formulere dette på en enkel måte. Vi regner imidlertid med at Moderniseringsdepartementet kommer tilbake med veiledning på hvordan bestemmelsen er å forstå. I og med at den setter krav til kommunikasjonen må det være klart hva som ligger i disse kravene.

#### **§ 7-2. Utarbeidelse av konkurransegrunnlag**

Moderniseringsdepartementet har foreslått relativt store endringer i § 7-2. Endringene innebærer at de detaljerte reglene i nåværende forskrift § 12-1 om krav til konkurransegrunnlaget er erstattet av mindre detaljerte krav. Moderniseringsdepartementets begrunnelse for forenklingen er at det ikke i alle tilfeller er nødvendig å utarbeide et konkurransegrunnlag fordi anskaffelsen kan være så ukomplisert at alle nødvendig opplysninger fremkommer av kunngjøringen. Etter vår oppfatning vil det ikke være så ofte at det ikke er behov for et konkurransegrunnlag når terskelverdien heves til kr. 500.000. Videre knytter kravene seg til konkurranse**betingelsene** og ikke konkurransegrunnlaget. Dette innebærer at dersom oppdragsgiver kan gi alle opplysningene i kunngjøringen trenger oppdragsgiver ikke å utarbeide et konkurransegrunnlag. For oppdragsgivere er det imidlertid

hensiktsmessig å ha en "huskeliste" for hvilke opplysninger det er aktuelt å innta i konkurransebetingelsene. Etter vår mening blir derfor departementets forslag mindre brukervennlig og mindre pedagogisk enn dagens forskrift.

### **§ 7-6. Deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere**

Det er positivt at bestemmelsene om utvelgelse av deltakere i konkurranser hvor det er fastsatt grenser for antall deltakere, samles i en bestemmelse. Regelverket blir mer oversiktlig og det blir mer synlig at det er de samme reglene som gjelder.

Vi har imidlertid noen bemerkninger til utformingen av reglene.

Av forslaget § 7-6(1) fremgår at oppdragsgiver *"kan fastsette en nedre, eventuelt også en øvre grense for antall leverandører som skal inviteres til å delta."* I departementets høringsnotat uttales imidlertid at oppdragsgiver ikke vil være forpliktet til å sette en øvre grense på antall deltakere i forkant, men må minimum angi en nedre grense. Departementets syn er i strid med forslaget til forskriftstekst hvor det benyttes "kan". Dette bør klargjøres.

Vi finner det lite hensiktsmessig å innføre plikt til å fastsette en nedre grense. Forskriften stiller krav til en nedre grense på 3 leverandører. Setter oppdragsgiver ikke noe krav om en nedre grense, vil kravet til minimum 3 leverandører gjelde. Det oppdragsgiver kan gjøre er å sette en nedre grense på flere enn 3. Virkningen av en slik grense er imidlertid liten. Er det ikke satt en øvre grense, må alle kvalifiserte få delta uansett om antall kvalifiserte er over eller under den nedre grensen. Er det ikke tilstrekkelig antall kvalifiserte i forhold til den nedre grensen vil heller ikke dette som hovedregel ha betydning da konkurransen skal fortsette med de som er kvalifisert. Det vil som hovedregel ikke være saklig grunn til avlysning av konkurransen eller adgang til å gå over i konkurranse med forhandling på grunn av færre deltakere enn den fastsatte nedre grensen.

I § 7-6(2) er det foreslått at de objektive og ikke-diskriminerende kriteriene oppdragsgiver vil benytte ved utvelgelsen av eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører, skal fremgå av kunngjøringen. Vi synes det er positivt at dette er fastsatt fordi dette gir leverandørene forutberegnlighet. Vi savner imidlertid en nærmere regulering av hvilke type kriterier det skal være tillatt å benytte ved utvelgelsen. I dag er det usikkerhet rundt dette, særlig med hensyn til om oppdragsgiver kan benytte "best-kvalifikasjonsprinsippet" eller "best konkurranseprinsippet", eventuelt en kombinasjon av disse. Vi synes departementet burde ha benyttet seg av muligheten til å klargjøre dette i forslaget. Det er vår oppfatning at best konkurranseprinsippet er mest i samsvar med regelverkets formål.

En utvelgelse etter hvilken sammensetning av leverandører som antas å ville gi den beste konkurranse, gir antagelig oppdragsgiver et større rom for skjønn enn en utvelgelse basert på hvem som er best kvalifisert. Formålet med regelverket er å sikre effektive anskaffelser, jfr. anskaffelsesloven § 1. Dette taler for at utvelgelsen bør foretas ut fra hva som antas å gi den

beste konkurransen. Det samme følger av kravet til konkurranse inntatt i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Det er ikke alltid at de som er best kvalifisert, vil kunne inngi de mest konkurransedyktige tilbudene.

Formålet med reglene om kvalifikasjonskrav er å sikre det minimum av kvalifikasjoner som en leverandør må ha for å kunne levere den etterspurte ytelsen. I en åpen anbudskonkurranse er det derfor ikke tillatt å legge vekt på hvorvidt en leverandør er mer kvalifisert enn en annen leverandør når oppdragsgiver skal tildele kontrakten. Hensynene bak dette er at en leverandør som er mer kvalifisert enn en annen, ikke nødvendigvis vil gjennomføre kontrakten bedre, så lenge minimumskravene er oppfylt. De samme hensynene gjør seg gjeldende ved en begrenset anbudskonkurranse. Dette tilsier at oppdragsgiver heller ikke ved en begrenset anbudskonkurranse bør ha mulighet til å legge vekt på hvem som er mer kvalifisert enn andre ved utvelgelsen av hvem som skal få delta. Utvelgelse av hvem som skal få inngi tilbud, bør derfor foretas med utgangspunkt i hvilken sammensetning av leverandører som vil gi den beste konkurransen. Utvelgelsen kan for eksempel foretas ved at det velges leverandører av ulik størrelse, fra ulike markedssegmenter osv. Vi antar at det også til en viss grad kan ses hen til på hvilken måte leverandørene oppfyller de enkelte kvalifikasjonskravene.

Er det ikke mulig å avgjøre hvilken sammensetning av leverandører som gir den beste konkurransen, bør utvelgelsen kunne foretas ved loddtrekning. Dette forutsetter imidlertid at loddtrekning bare benyttes overfor leverandører som står helt likt. Loddtrekning vil dermed antagelig ha begrenset betydning.

### **§ 7-7. Skatteattest**

Forskriften § 7-7(1) bør endres til:

*"(...) ved fristen for forespørsler om å delta i en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog, ved fristen for å inngi veiledende tilbud i en dynamisk innkjøpsordning."*

Forslaget § 7-7(4) regulerer skatteattest fra underleverandører. Oppdragsgiver kan kreve underleverandører som ikke fremlegger skatteattest, erstattet. Oppdragsgiver kan derimot ikke kreve underleverandører som har fremlagt skatteattest, men som har skatterestanser, erstattet. Det kan på denne bakgrunnen stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av bestemmelsen. Vi foreslår derfor at bestemmelsen endres slik at oppdragsgiver kan kreve erstattet underleverandører som har vesentlige skatterestanser. Vi foreslår et nytt tredje punktum med følgende ordlyd:

*"Oppdragsgiver har også rett til å kreve en underentreprenør med vesentlige skatterestanser byttet ut med en annen underentreprenør."*

### **§ 9-1. Tilbudsfrist**

Bestemmelsen i § 9-1 om tilbudsfrist bør også gjøres gjeldende for forespørsel om deltakelse i konkurranser hvor det skal foretas en prekvalifisering. Vi anbefaler følgende formulering:

*”§ 9-1 Frist for forespørsel om deltakelse og tilbudsfrist  
Frist for forespørsel om deltakelse og tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta nødvendige undersøkelser og beregninger samt innhente nødvendig dokumentasjon.”*

### **Fristberegning**

Det er uheldig at reglene om fristberegning i någjeldende forskrift § 14-3 er fjernet i forslaget. Dette kan skape uklarhet om fristberegningen der det ikke er angitt noe klokkeslett for fristens utløp. Er for eksempel tilbudsfristen satt til 12. august 2005 uten at det er angitt klokkeslett, blir det spørsmål om tilbudsfristen går ut ved kontordagens slutt eller først ved midnatt. Vi mener at det er hensiktsmessig å ta reglene om fristberegning direkte inn i forskriften og ikke bare vise til en annen forskrift.

### **§ 10-2. Tilbudets utforming**

Her er bestemmelsens ledd nummerert feil.

### **§ 10-3. Avvik fra konkurransebetingelsene**

Vi viser til våre kommentarer i § 4-1 om våre innvendinger til departementets forståelse av begrepene avvik og alternative tilbud.

I forslagets § 10-3 første punktum er det fastsatt at ”det er tillatt å levere tilbud som inneholder avvik fra *konkurransebetingelsene*”. Dette er en formulering som blir for generell og i noen tilfeller ikke korrekt. For det første er det bare tillatt å inngi alternative tilbud dersom oppdragsgiver har åpnet for dette. Et alternativt tilbud er et tilbud som bevisst angir andre løsninger eller utførelsesmetoder enn det som er angitt i konkurransegrunnlaget og dermed et avvik fra konkurransegrunnlaget. For det andre er det ikke tillatt å avvike fra minstekrav satt i konkurransegrunnlaget. For det tredje kan avvikene ikke være vesentlige eller uklare. Forslaget kan av leverandørene oppfattes å gi større rom for avvik enn det som faktisk er gjeldende rett. Resultatet kan bli flere unødvendige avvisninger.

I forslagets § 10-3 er någjeldende anskaffelsesforskrift § 15-6(2) bokstav a ikke gjentatt. Bestemmelsen står imidlertid fortsatt i anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 5. Det bør være like regler over og under terskelverdiene på dette punktet og vi anbefaler derfor at bestemmelsen tas inn i forslaget. Av pedagogiske grunner kan det være hensiktsmessig å ta

denne bestemmelsen inn i § 10-11 hvor någjeldende anskaffelsesforskrift § 15-6(2) bokstav b er inntatt.

Någjeldende § 15-6(4) om poster som ikke er priset er foreslått tatt ut i forslaget. Vi mener dette er uheldig. Det skaper uklarhet med hensyn til hva som vil være gjeldende rett på dette området. Skal regelen ikke gjelde slik den er i dag, vil det medføre at mange tilbud vil bli avvist fordi det vil være umulig å prise poster som ikke er priset. Det å fjerne regelen vil også være i strid med sedvane i bransjen og vil også av den grunn kunne skape problemer fordi leverandørene vil tro at den fortsatt gjelder.

### **§ 10-7 Tilbudsåpning**

Vi mener § 10-7(3) er uheldig. Vi ser behovet for at leverandørene får avklart sin posisjon i konkurransen slik at de kan vurdere å inngi andre tilbud. På den annen side er totalprisen i mange tilfeller ikke avgjørende for tildeling av kontrakt slik at leverandøren ikke kan avgjøre sin posisjon i konkurransen bare ved å få kjennskap til totalprisene. En bestemmelse slik den foreslåtte vil dermed kunne bidra til å forsterke oppdragsgivers redsel for å tildele oppdraget til andre enn den leverandøren som har lavest pris. I tillegg kan det virke tvisteskapende fordi leverandøren med lavest pris på et tidlig tidspunkt kan få forventninger om at kontrakt skal tildeles ham og dermed da ikke godta en annen tildeling selv om dette kan begrunnes i øvrige tildelingskriterier. Vi anbefaler derfor at denne bestemmelsen tas ut.

### **§ 10-8. Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring**

Det er positivt at det nå gis noe mer detaljerte regler om hvordan forhandlingene kan gjennomføres.

I någjeldende forskrift er det fastsatt at en konkurranse med forhandling etter del III kan gjennomføres med eller uten prekvalifisering. I forslaget er det ikke gitt uttrykkelig regler om hvorvidt dette er ment videreført eller ikke. Vi anbefaler at dette klargjøres ved at det inntas bestemmelser om dette i anskaffelsesforskriften.

### **§ 10-10. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren**

Det er uklart hvilke handlinger som omfattes av forslaget til § 10-10(1)(e). Siden det er avvisningsplikt for oppdragsgiver, må bestemmelsen være formulert slik at det er klart når avvisning skal finne sted.

Bestemmelsen har heller ingen tidsavgrensning for når de straffbare handlingene skal være begått. Det kan virke urimelig at en leverandør som ble dømt for slike handlinger for 30 år siden, skal utelukkes fra deltakelse i konkurranser i dag.

Videre er det etter ordlyden kun hvor leverandøren er dømt for disse handlingene at bestemmelsen kommer til anvendelse. Leverandøren er ofte et selskap og da rammes ikke et selskap hvor for eksempel administrerende direktør eller andre i sentrale stillinger er dømt for et av disse forholdene. Er leverandøren et selskap kan man også komme unna bestemmelsen ved å flytte virksomheten over i et annet selskap.

Forslagets § 10-10(f) har en uheldig utforming. Det burde heller ha stått: *"har blitt benyttet som rådgivere i strid med § 3-6"*.

I dag fremgår det ikke klart at avvisningsreglene ikke er uttømmende i den forstand at en leverandør også skal avvises fra konkurransen dersom det vil være i strid med noen av de grunnleggende kravene å la ham delta. Særlig viktig er kravet til likebehandling. Vi foreslår at dette synliggjøres i forskriften ved at følgende bestemmelse inntas som § 10-10(1)(g):

*"det vil være i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 å la delta."*

Forslagets § 10-10(2)(g) er uheldig formulert. Vi anbefaler følgende formulering:

*"(...)i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller av krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen"*

#### **§ 10-11. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet**

Forslagets § 10-11(1)(d) setter forbud mot vesentlige forbehold. Bestemmelsen bør også omfatte andre avvik og ikke bare forbehold. Vi foreslår derfor at bestemmelsen skal lyde:

*"det inneholder vesentlige forbehold mot eller andre vesentlige avvik fra konkurransebetingelsene, eller"*

Vi ser for øvrig at det i denne bestemmelsen er brukt "konkurransegrunnlaget". Siden det nå er lagt til grunn at det ikke alltid må lages et konkurransegrunnlag, bør det stå "konkurransebetingelsene".

I forslaget § 10-11(1)(e) er ordet "ufullstendigheter" tatt ut. Dette er begrunnet med at når det står ufullstendigheter i den tilsvarende bestemmelsen i nåværende forskrift, ble grensen mot någjeldende § 15-10(2)(a) uklar. Dette er vi ikke enig i. Forholdet mellom disse to bestemmelsene er at dersom tilbudet på grunn av de manglende opplysningene mv. ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene, skal tilbudet avvises i henhold til någjeldende anskaffelsesforskriften § 15-10(1)(d). Kan oppdragsgiver foreta en sammenligning av tilbudet med de øvrige tilbudene til tross for de manglende opplysningene mv., foreligger det en avvisningsrett, men ingen avvisningsplikt, etter någjeldende anskaffelsesforskriften § 15-10(2)(a). Konsekvensen av den foreslåtte endringen er at det etter ordlyden for ufullstendige tilbud hvor det foreligger relativ bedømmelsestil, kun er en avvisningsrett, men ikke en plikt.

Dette vil være i strid med kravet til likebehandling. Når det vil være i strid med kravet til likebehandling å ta tilbudet i betraktning, foreligger det etter anskaffelsesloven § 5 en avvisningsplikt. Den foreslåtte reguleringen gjør dermed avvisningsreglene mer uklare og intensjonen bak er også i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

I dag fremgår det ikke klart at avvisningsreglene ikke er uttømmende i den forstand at et tilbud også skal avvises fra konkurransen dersom det vil være i strid med noen av de grunnleggende kravene å ta tilbudet i betraktning. Særlig viktig er kravet til likebehandling. Vi foreslår at dette synliggjøres i forskriften ved at følgende bestemmelse inntas som § 10-11(1)(g):

*”det vil være i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 å ta det i betraktning.”*

I konkurranse med forhandling er regelen i § 10-11(2)(b) foreslått gjort til en ”kan”-avvisningsgrunn. Det er uheldig at det reguleres slik. Vi har erfart at oppdragsgivere har misforstått bestemmelsen. Bestemmelsen må forstås slik at man i en konkurranse med forhandling kan forhandle bort uklarheten m.v. slik at det ikke lenger foreligger en bedømmelsestvil. Avvisning må da ikke finne sted før dette er forsøkt avklart. Foreligger bedømmelsestvilen også etter avsluttede forhandlinger, må imidlertid tilbudet avvises da det vil være i strid med kravet til likebehandling å ta det i betraktning. Mange oppdragsgivere tror at de ikke har en avvisningsplikt i sistnevnte tilfelle. Dette bør således klargjøres. Vi foreslår at § 10-11(2)(b) går ut og at denne situasjonen også reguleres i § 10-11(1)(e).

*”det på grunn av forbehold eller feil, uklarheter eller lignende kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver rett til å avvise et tilbud hvor det foreligger bedømmelsestvil før gjennomførte forhandlinger. Etter at forhandlingene er gjennomført, foreligger det plikt til å avvise dersom det fortsatt foreligger bedømmelsestvil ved tilbudet.”*

#### **§ 10-14. Oppdragsgivers begrunnelsesplikt**

I § 10-14(2) bør det også tas inn regler om at begrunnelse skal gis i følgende tilfeller:

- ved avvisning av leverandøren etter § 10-10
- ved totalforkastelse etter § 12-1

Forskriften § 10-14(4) første punktum i.f. bør i stedet lyde:

*”(...)begrunnelse for hvorfor leverandøren ikke tildeles kontrakt.”*

Det kan stilles spørsmål ved forholdet mellom § 10-4(5) og § 3-4 om taushetsplikt. Vi anbefaler at § 10-4(5) tas ut. Er det forhold i denne bestemmelsen som ikke anses å omfattes av § 3-4, foreslår vi at dette istedenfor reguleres i § 3-4.

Vi mener at begrepet rammeavtaler skal tas ut av denne bestemmelsen. Det vises til tidligere kommentarer om dette.

### **§ 11-1. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser**

Vi foreslår at forslaget § 11-1(1) annet punktum tas ut. Bestemmelsen gir inntrykk av at det er lov å endre på forhold ved tilbudet bare det ikke har betydning for konkurranseforholdet. Dette er ikke i samsvar med gjeldende rett. Konsekvensen av bestemmelsen kan bli at man får en diskusjon rundt hvilke forhold ved tilbudene som har betydning for konkurranseforholdet og at man gjennom dette egentlig innfører (begrensede) forhandlinger i anbudskonkurranser.

### **§ 12-2. Kriterier for valg av tilbud**

I § 12-2(2) siste punktum foreslår vi følgende endring:

*"(...) på forhånd har bestemt seg for prioriteringen og/eller vektingen av kriteriene (...)"*

Det bør også inntas en bestemmelse om at tildelingskriteriene skal fremgå av konkurransebetingelsene.

Vi mener også at det er uheldig at eksempler på tildelingskriterier er tatt ut av bestemmelsen. Vi foreslår at en oppregning tilsvarende den som er inntatt i anskaffelsesdirektivet tas inn i § 12-2.

### **§ 12-3. Karenstid før inngåelse av kontrakt**

I forslaget § 12-3(1) er definisjonen av når kontrakt er inngått tatt ut. Dette skaper uklarhet med hensyn til når oppdragsgiver faktisk er bundet. Dette tidspunktet har stor betydning bl.a. for når midlertidig forføyning kan gis. Det har også betydning for leverandørens berettigede forventninger om muligheten til å oppnå kontrakt. I og med at begrepet "kontrakt er inngått" brukes og at innholdet av begrepet slik det hittil er forstått strider med avtalelovens regler om når kontrakt er inngått, bør begrepet defineres. Ellers kan endringen tolkes slik at man er tilbake til at det er avtalelovens regler som er avgjørende for når kontrakt anses inngått. Dette er uheldig og tvisteskapende.

En rammeavtale er også en kontrakt i henhold til definisjonen av kontrakt og vi mener derfor at det i § 12-3(1) ikke bør stå "eller rammeavtale". Det kan synes som om departementet ikke anser en rammeavtale som en kontrakt, men en avtale, jfr. definisjonen av rammeavtale.



Etter norsk rett er det ingen forskjell på en kontrakt og en avtale. Dette er da uheldig begrepsbruk.

Forslagets § 12-3(2) viser kun til at en kontrakt ikke er tildelt i samsvar med § 12-2. En tildeling kan imidlertid være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser selv om det ikke er § 12-2 som er overtrådt. Vi anbefaler derfor at formuleringen endres til:

*”Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften, kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått.”*

Vi kan ikke se begrunnelsen for å ta ut någjeldende forskrift § 17-3(4). Mange forholder seg kun til forskriften og det er da pedagogisk å ha en henvisning til lovens regler på dette punktet.

#### **§ 12-4. Elektronisk auksjon**

Vi synes det er positivt at de nye anskaffelsesformene innføres. Vi forutsetter at departementet etter hvert vil komme med veiledninger om hvordan disse konkurranseprosedyrene best kan gjennomføres.

### **4.3 Del III. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene**

#### **§ 13-2. Konkurransepreget dialog**

Vi har problemer med å se forholdet mellom § 13-2(2)(a) og § 13-3(1)(c). Vi har forstått det slik at meningen er at det skal mindre til for at vilkårene for å benytte konkurransepreget dialog skal være oppfylt enn vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling etter § 13-3. Forholdet mellom bestemmelsene bør klargjøres.

Vi mener at den foreslåtte formuleringen i § 13-2(2) gir åpning for subjektive vurderinger av hva oppdragsgiver er i stand til. Vi foreslår derfor at ordlyden endres til:

*”En kontrakt er særlig kompleks når det ikke er mulig  
a. (...)”*

I tillegg må ”deres behov” i § 13-2(2)(a) endres til ”oppdragsgivers behov”

Det er ikke lett å få oversikt over reglene som gjelder for konkurransepreget dialog. Enten bør reglene samles ett sted eller så bør det i § 13-2 stå en henvisning til reglene om konkurransepreget dialog i § 18-8 til § 18-10 og omvendt, slik at det er enklere for brukerne å få oversikt over hvilke regler som gjelder for denne konkurranseformen.

### § 14-1. Rammeavtaler

Vi synes formuleringen i § 14-1(1) er forvirrende. Det fremgår av forslaget at oppdragsgiver ved inngåelsen av rammeavtaler skal følge prosedyrereglene *"som følger av denne forskrift inntil tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen"*. Videre sies det at *"valg av leverandør til rammeavtalen skal skje på bakgrunn av tildelingskriteriene som er fastsatt i § 20-2"*.

For det første burde det istedenfor en generell henvisning til forskriften være en henvisning til forskriften del II. For det andre burde det fremgå at prosedyrereglene for inngåelse av selve rammeavtalen skal følges inntil rammeavtalen er inngått og ikke inntil "tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen". Prosedyrereglene for kontrakter innenfor rammeavtalen skal følges fra tidspunktet for inngåelse av rammeavtalen. For det tredje er andre punktum i første ledd overflødig og heller ikke korrekt slik den står. I andre punktum står det at valg av leverandør til rammeavtalen skjer på bakgrunn av "tildelingskriteriene som er fastsatt i § 12-2". Dette er ikke riktig. Tildelingskriteriene fastsettes i medhold av § 12-2 og fremgår av konkurransebetingelsene. Vi foreslår at bestemmelsen endres i samsvar med dette.

I forslaget benyttes begrepet "tildeling av kontrakt" når avrop/bestillinger som er basert på rammeavtalen foretas. Begrepsbruken er uheldig og bør endres. For det første skaper dette forvirring fordi det gir inntrykk av at oppdragsgiver ikke tildeler kontrakt når det inngås en rammeavtale. Det virker som om moderniseringsdepartementet er av den oppfatningen at inngåelse av en rammeavtale ikke inngår i kontraktbegrepet. En rammeavtale vil imidlertid som hovedregel være en kontakt i forskriftens forstand. I mange tilfeller er det rammeavtalen som er selve kontrakten som regulerer alle vesentlige vilkår for avropene som senere skal foretas. Bestemmelsen blir også vanskelig å forstå fordi det lett oppstår usikkerhet knyttet til hva kontraktsbegrepet knytter seg til, rammeavtalen eller det enkelte avrop. Begrepsbruken er heller ikke i samsvar med hvordan begrepene innkjøpsfaglig og juridisk benytte. Vi foreslår derfor at tildeling av kontrakt knytter seg til selve rammeavtalen og at begrepet "tildeling av avrop" knyttes til den enkelte bestillingen innefor rammeavtalen.

I § 6-1(2) henvises det til prosedyrereglene i § 6-2 og § 6-3. Det bør her inntas mer presise henvisninger da § 6-3 ikke bare inneholder prosedyreregler for tildeling av avrop, men også prosedyreregler for inngåelse av selve rammeavtalen. Sistnevnte gjelder § 6-3(1). Henvisningen bør derfor begrenses til § 6-2 og § 6-3(2) og (3).

I § 14-1(2) henvises det til prosedyrereglene i § 14-2 og § 14-3. Det bør her inntas mer presise henvisninger da § 14-3 ikke bare inneholder prosedyreregler for tildeling av avrop, men også prosedyreregler for inngåelse av selve rammeavtalen. Sistnevnte gjelder § 14-3(1). Henvisningen bør derfor begrenses til § 14-2 og § 14-3(2) og (3).

#### **§ 14-2. Rammeavtale med én leverandør**

Av § 6-2(2) fremgår det at oppdragsgiver kan be om at "tilbudet suppleres". I den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 3 benyttes imidlertid "kompletteres". Dette er snevrere enn begrepet "suppleres". Ved å benytte begrepet suppleres gis dessuten det inntrykk av at rammeavtalen kan utvides noe som ikke kan være meningen. Vi foreslår derfor at det i stedet står "tilbudet utfylles".

#### **§ 14-3. Rammeavtale med flere leverandører**

I § 14-3(1) er det foreslått at ved alle rammeavtaler med flere leverandører (parallele rammeavtaler), skal det inngås rammeavtaler med minst tre leverandører. Det er hensiktsmessig og i samsvar med konkurranseprinsippet at det skal være minst tre leverandørere hvor det skal avholdes en fornyet konkurranse om det enkelte avrop. Vi ser imidlertid ikke at det er reelle konkurransemessige hensyn som tilsier at dette også skal gjelde hvor det er fastsatt en fordelingsnøkkel på forhånd. Konkurransen foregår her i forbindelse med inngåelse av selve rammeavtalen og ikke i forbindelse med tildeling av det enkelte avrop. Konsekvensen av bestemmelsen er at oppdragsgiver alltid må fordele oppdraget på minst tre leverandører, selv om det innkjøpsfaglig er tilstrekkelig å ha to. Det vise til at begrunnelsen for å ha parallelle rammeavtaler i en del tilfeller er å ha en "backup" i tilfelle at hovedleverandøren ikke kan levere. Krav om tre leverandører kan også føre til at den tredje leverandøren binder opp ressurser i en rammeavtale han kanskje får minimalt ut av.

Forslagets § 14-3(2) fastsetter at *"tildeling av kontrakter basert på rammeavtaler som er inngått med flere leverandører kan foretas på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen"*. Det bør fremgå uttrykkelig at det er en forutsetning at det er fastsatt en fordelingsnøkkel i rammeavtalen. Det vises til usikkerheten som har vært knyttet til dette spørsmålet. Bestemmelsen blir uklar fordi *"vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen"* både kan henvise til kontraktsvilkårene, herunder pris osv., og til hvordan avropene skal fordeles.

Av § 14-3(3) fremgår at *"hvis ikke alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen, skal tildeling av kontrakter foretas etter at det er iverksatt ny konkurranse mellom partene"*. Etter ordlyden må oppdragsgiver før inngåelse av rammeavtalen bestemme seg for om tildeling av avrop skal foretas etter en fordelingsnøkkel eller gjennom en fornyet konkurranse. Vi har imidlertid fått indikasjoner på at det er departementets hensikt at oppdragsgiver skal kunne velge å benytte en fornyet konkurranse også hvor det foreligger en fordelingsnøkkel dersom oppdragsgiver har forbeholdt seg retten til å avholde fornyet konkurranse. Dette er imidlertid i strid med ordlyden og dersom departementet ønsker å åpne for en slik ordning, må ordlyden endres.

#### **§ 14-4. Dynamiske innkjøpsordninger**

Vi synes det er bra at denne innkjøpsprosedyren innføres i anskaffelsesforskriften. Selv om forskriftsteksten er tung, har vi forståelse for at departementet har valgt å foreta en tilnærmet

ren oversettelse av anskaffelsesdirektivet siden det foreløpig er lite praksis og erfaring med innkjøpsordningen.

### **§ 15-1. Regler for kommunikasjon**

Reglene er tunge og stort sett en oversettelse av anskaffelsesdirektivet. Vi ser imidlertid vanskeligheten med å formulere dette på en enkel måte. Vi regner imidlertid med at Moderniseringsdepartementet kommer tilbake med veiledning på hvordan bestemmelsen er å forstå. I og med at den setter krav til kommunikasjonen må det være klart hva som ligger i disse kravene.

### **§ 15-2. Utarbeidelse av konkurransegrunnlaget**

I § 15-2(1)(b) nr. 4 foreslår vi følgende endring:

*”den relative vekten av tildelingskriteriene eller dersom vilkårene for dette er oppfylt tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge (...)”*

Vi kan ikke se at det er noen begrunnelse for å ta ut henvisningen til at det skal opplyses om det skal benyttes fast ansatte eller lærlinger, jfr. någjeldende forskrift § 5-1(2)(d).

### **§ 15-7. Deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere**

Det er positivt at bestemmelsene om utvelgelse av deltakere i konkurranser hvor det er fastsatt grenser for antall deltakere, samles i en bestemmelse. Regelverket blir mer oversiktlig og det blir mer synlig at det er de samme reglene som gjelder.

Vi har imidlertid noen bemerkninger til utformingen av reglene.

Av forslaget § 15-7(1) fremgår at oppdragsgiver *”kan fastsette en nedre, eventuelt også en øvre grense for antall leverandører som skal inviteres til å delta.”* I departementets høringsnotat uttales imidlertid at oppdragsgiver ikke vil være forpliktet til å sette en øvre grense på antall deltakere i forkant, men må minimum angi en nedre grense. Departementets syn er i strid med forslaget til forskriftstekst hvor det benyttes ”kan”. Dette bør klargjøres.

Vi finner det lite hensiktsmessig å innføre plikt til å fastsette en nedre grense. Forskriften stiller krav til en nedre grense på 3 leverandører. Setter oppdragsgiver ikke noe krav om en nedre grense, vil kravet til minimum 3 leverandører gjelde. Det oppdragsgiver kan gjøre er å sette en nedre grense på flere enn 3. Virkningen av en slik grense er imidlertid liten. Er det ikke satt en øvre grense, må alle kvalifiserte få delta uansett om antall kvalifiserte er over eller under den nedre grensen. Er det ikke tilstrekkelig antall kvalifiserte i forhold til den nedre grensen vil heller ikke dette som hovedregel ha betydning da konkurransen skal fortsette med de som er kvalifisert. Det vil som hovedregel ikke være saklig grunn til avlysning av

konkurransen eller adgang til å gå over i konkurranse med forhandling på grunn av færre deltakere enn den fastsatte nedre grensen.

I § 15-7(2) er det foreslått at de objektive og ikke-diskriminerende kriteriene oppdragsgiver vil benytte ved utvelgelsen av eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører, skal fremgå av kunngjøringen. Vi synes det er positivt at dette er fastsatt fordi dette gir leverandørene forutberegnlighet. Vi savner imidlertid en nærmere regulering av hvilke type kriterier det skal være tillatt å benytte ved utvelgelsen. I dag er det usikkerhet rundt dette, særlig med hensyn til om oppdragsgiver kan benytte "best-kvalifikasjonsprinsippet" eller "best konkurranseprinsippet", eventuelt en kombinasjon av disse. Vi synes departementet burde ha benyttet seg av muligheten til å klargjøre dette i forslaget. Det er vår oppfatning at best konkurranseprinsippet er mest i samsvar med regelverkets formål.

En utvelgelse etter hvilken sammensetning av leverandører som antas å ville gi den beste konkurranse, gir antagelig oppdragsgiver et større rom for skjønn enn en utvelgelse basert på hvem som er best kvalifisert. Formålet med regelverket er å sikre effektive anskaffelser, jfr. anskaffelsesloven § 1. Dette taler for at utvelgelsen bør foretas ut fra hva som antas å gi den beste konkurransen. Det samme følger av kravet til konkurranse inntatt i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Det er ikke alltid at de som er best kvalifisert, vil kunne inngi de mest konkurransedyktige tilbudene.

Formålet med reglene om kvalifikasjonskrav er å sikre det minimum av kvalifikasjoner som en leverandør må ha for å kunne levere den etterspurte ytelsen. I en åpen anbudskonkurranse er det derfor ikke tillatt å legge vekt på hvorvidt en leverandør er mer kvalifisert enn en annen leverandør når oppdragsgiver skal tildele kontrakten. Hensynene bak dette er at en leverandør som er mer kvalifisert enn en annen, ikke nødvendigvis vil gjennomføre kontrakten bedre, så lenge minimumskravene er oppfylt. De samme hensynene gjør seg gjeldende ved en begrenset anbudskonkurranse. Dette tilsier at oppdragsgiver heller ikke ved en begrenset anbudskonkurranse bør ha mulighet til å legge vekt på hvem som er mer kvalifisert enn andre ved utvelgelsen av hvem som skal få delta. Utvelgelse av hvem som skal få inngi tilbud, bør derfor foretas med utgangspunkt i hvilken sammensetning av leverandører som vil gi den beste konkurransen. Utvelgelsen kan for eksempel foretas ved at det velges leverandører av ulik størrelse, fra ulike markedssegmenter osv. Vi antar at det også til en viss grad kan ses hen til på hvilken måte leverandørene oppfyller de enkelte kvalifikasjonskravene.

Er det ikke mulig å avgjøre hvilken sammensetning av leverandører som gir den beste konkurransen, bør utvelgelsen kunne foretas ved loddtrekning. Dette forutsetter imidlertid at loddtrekning bare benyttes overfor leverandører som står helt likt. Loddtrekning vil dermed antagelig ha begrenset betydning.

### **§ 15-8. Krav til leverandørenes organisering**

I § 15-8(1) fremgår det at det kan inngis tilbud av grupper av tjenesteytere. Det er imidlertid klart at også andre leverandørgrupper kan inngi tilbud. Vi foreslår derfor at bestemmelsen endres slik at den blir generell, dvs. at "tjenesteytere" byttes ut med "leverandører".

Forslagets § 15-8(2) er kun gjort gjeldende for tjenstekontrakter. I anskaffelsesdirektivet er denne bestemmelsen nå gjort gjeldende uavhengig av kontraktstype. Denne bestemmelsen bør endres slik at den blir i samsvar med anskaffelsesdirektivet. Vi foreslår følgende formulering:

*"Oppdragsgiver kan ikke avvise leverandører, som i henhold til lovgivningen i den stat de er etablert har rett til å levere den pågjeldende ytelsen, utelukkende med den begrunnelse at de i henhold til norsk lovgivning må være enten fysiske eller juridiske personer. Av juridiske personer kan det imidlertid ved inngåelsen av tjenstekontrakter, bygge- og anleggskontrakter og varekontrakter som omfatter tjenesteytelser og/eller monterings- og installasjonsarbeider, kreves at de i tilbudet eller i forespørselen om å delta, oppgir navnene og de faglige kvalifikasjonene til de personer som er ansvarlige for utførelsen."*

### **§ 15-9. Dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomisk stilling**

I forslaget er de någjeldende bestemmelsene i anskaffelsesforskriften § 5-10(2), (3) og (4) tatt ut. Vi kan ikke se begrunnelsen for dette og foreslår at de tas inn i den nye anskaffelsesforskriften.

### **§ 15-10. Dokumentasjon av leverandørens tekniske kvalifikasjoner**

Vi foreslår at bestemmelser tilsvarende bestemmelsene inntatt i forslaget § 15-9(2), (3) og (4) også inntas i § 15-10 da bestemmelsene er like relevante for leverandørens tekniske kvalifikasjoner. Dette er også systemet i anskaffelsesdirektivets artikkel 48.

### **§ 15-12. Alternative regler om dokumentasjon**

I forslaget er någjeldende anskaffelsesforskrift § 5-13(6) tatt ut. Moderniseringsdepartementet har fortsatt plikt til å opplyse om offentlige lister og da bør det av informasjonshensyn fremgå av forskriften.

### **§ 15-15. Skatteattest**

Forskriften § 15-15(1) bør endres til:

*"(...) ved fristen for forespørsler om å delta i en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog, ved fristen for å inngi veiledende tilbud i en dynamisk innkjøpsordning."*

Forslaget § 7-7(4) regulerer skatteattest fra underleverandører. Oppdragsgiver kan kreve underleverandører som ikke fremlegger skatteattest, erstattet. Oppdragsgiver kan derimot ikke kreve underleverandører som har fremlagt skatteattest, men som har skatterestanser, erstattet. Det kan på denne bakgrunnen stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av bestemmelsen. Vi foreslår derfor at bestemmelsen endres slik at oppdragsgiver kan kreve erstattet underleverandører som har vesentlige skatterestanser. Vi foreslår et nytt tredje punktum med følgende ordlyd:

*"Oppdragsgiver har også rett til å kreve en underentreprenør med vesentlige skatterestanser byttet ut med en annen underentreprenør."*

#### **§ 16-2. Veiledende kunngjøring**

Vi mener at begrepet rammeavtaler skal tas ut av denne bestemmelsen. Det vises til tidligere kommentarer om dette.

Av anskaffelsesdirektivet art. 35 nr. 1 femte ledd fremgår det at veiledende kunngjøringer kun er obligatoriske når oppdragsgiver benytter muligheten for å forkorte minimumsfristene for mottak av tilbud. Vi ser ikke at det er reelle hensyn som tilsier at det skal innføres strengere regler i norsk rett. Vi anbefaler derfor at bestemmelsen endres slik at oppdragsgiver "kan" foreta en veiledende kunngjøring og at det samtidig inntas en bestemmelse for eksempel i et nytt tredje ledd som lyder:

*"Skal oppdragsgiver benytte seg av muligheten til å forkorte tilbudsfristen etter § 17-1(3) og § 17-2(4), må oppdragsgiver først ha foretatt en veiledende kunngjøring etter denne bestemmelsen."*

#### **§ 16-3. Kunngjøring av konkurranse**

Vi mener at begrepet rammeavtaler skal tas ut av denne bestemmelsen. Det vises til tidligere kommentarer om dette.

#### **§ 16-4. Kunngjøring av konkurranseresultater**

Vi mener at begrepet rammeavtaler skal tas ut av denne bestemmelsen. Det vises til tidligere kommentarer om dette.

I § 16-4(2) foreslår vi at ordlyden endres til

*"(...) ved tildeling av avrop som er basert på en rammeavtale (...)"*

Det vises til våre kommentarer til bestemmelsen om rammeavtaler mht. begrepsbruken.

#### **§ 17-1. Minimumsfrister ved åpen anbudskonkurranse**

I § 17-1(2)(a) må det være en skrivefeil ved at det henvises til fjerde og femte ledd. Riktig henvisning må være femte og sjette ledd.

#### **§ 17-2. Minimumsfrister ved begrenset anbudskonkurranse**

§ 17-2(7) gjelder ikke minimumsfrister, men rett til kunngjøring og må derfor være feil plassert i forskriften.

#### **§ 17-3. Minimumsfrister ved konkurransepreget dialog**

Bestemmelsen i § 17-3(3) har etter vår oppfatning ingen fornuftig mening. For det første vises det til tilbudsfristen i første ledd. Tilbudsfristen reguleres imidlertid ikke av første ledd, men av annet ledd. For det andre sies det at tilbudsfristen kan forkortes med fem dager på visse vilkår. Tilbudsfristen er imidlertid angitt som "tilstrekkelig tid". Regelen sier dermed at tilbudsfristen i disse tilfellene skal være fem dager mindre enn tilstrekkelig tid. Dette kan ikke ha vært meningen med reguleringen. Bestemmelsen bør tas ut da det ikke er nødvendig å ha regler om at tilbudsfristen kan være kortere enn minimumsfristene når det ikke er minimumsfrister for å inngi tilbud i disse tilfellene.

#### **§ 17-4. Minimumsfrister ved konkurranse med forhandling**

Bestemmelsen i § 17-4(3) har etter vår oppfatning ingen fornuftig mening. For det første vises det til tilbudsfristen i første ledd. Tilbudsfristen reguleres imidlertid ikke av første ledd, men av annet ledd. For det andre sies det at tilbudsfristen kan forkortes med fem dager på visse vilkår. Tilbudsfristen er imidlertid angitt som "tilstrekkelig tid". Regelen sier dermed at tilbudsfristen i disse tilfellene skal være fem dager mindre enn tilstrekkelig tid. Dette kan ikke ha vært meningen med reguleringen. Bestemmelsen bør tas ut da det ikke er nødvendig å ha regler om at tilbudsfristen kan være kortere enn minimumsfristene når det ikke er minimumsfrister for å inngi tilbud i disse tilfellene.

#### **§ 17-7. Fristberegning**

Vi mener at det er hensiktsmessig å ta reglene om fristberegning direkte inn i forskriften og ikke bare vise til en annen forskrift.



### **§ 18-3. Avvik fra konkurransebetingelsene**

Vi viser til våre kommentarer i § 4-1 om våre innvendinger til departementets forståelse av begrepene avvik og alternative tilbud.

I forslaget § 18-3 første punktum er det fastsatt at "det er tillatt å levere tilbud som inneholder avvik fra *konkurransebetingelsene*". Dette er en formulering som blir for generell og i noen tilfeller ikke korrekt. For det første er det bare tillatt å inngi alternative tilbud dersom oppdragsgiver har åpnet for dette. Et alternativt tilbud er et tilbud som bevisst angir andre løsninger eller utførelsesmetoder enn det som er angitt i konkurransegrunnlaget og dermed et avvik fra konkurransegrunnlaget. For det andre er det ikke tillatt å avvike fra minstekrav satt i konkurransegrunnlaget. For det tredje kan avvikene ikke være vesentlige eller uklare. Forslaget kan av leverandørene oppfattes å gi større rom for avvik enn det som faktisk er gjeldende rett. Resultatet kan bli flere unødvendige avvisinger.

I forslaget § 18-3 er någjeldende anskaffelsesforskrift § 8-6(2) bokstav a ikke gjentatt. Bestemmelsen står imidlertid fortsatt i anskaffelsesdirektivet artikkel 23 nr. 5. Vi anbefaler derfor at bestemmelsen tas inn i forslaget. Av pedagogiske grunner kan det være hensiktsmessig å ta denne bestemmelsen inn i § 18-13 hvor någjeldende anskaffelsesforskrift § 8-6(2) bokstav b er inntatt.

Någjeldende § 8-6(4) om poster som ikke er priset er foreslått tatt ut i forslaget. Vi mener dette er uheldig. Det skaper uklarhet med hensyn til hva som vil være gjeldende rett på dette området. Skal regelen ikke gjelde slik den er i dag, vil det medføre at mange tilbud vil bli avvist fordi det vil være umulig å prise poster som ikke er priset. Det å fjerne regelen vil også være i strid med sedvane i bransjen og vil også av den grunn kunne skape problemer fordi leverandørene vil tro at den fortsatt gjelder.

### **§ 18-7. Tilbudsåpning ved anbudskonkurranser**

Vi mener § 18-7(3) er uheldig. Vi ser behovet for at leverandørene får avklart sin posisjon i konkurransen slik at de kan vurdere å inngi andre tilbud. På den annen side er totalprisen i mange tilfeller ikke avgjørende for tildeling av kontrakt slik at leverandøren ikke kan avgjøre sin posisjon i konkurransen bare ved å få kjennskap til totalprisene. En bestemmelse slik den foreslåtte vil dermed kunne bidra til å forsterke oppdragsgivers redsel for å tildele oppdraget til andre enn den leverandøren som har lavest pris. I tillegg kan det virke tvisteskapende fordi leverandøren med lavest pris på et tidlig tidspunkt kan få forventninger om at kontrakt skal tildeles ham og dermed da ikke godta en annen tildeling selv om dette kan begrunnes i øvrige tildelingskriterier. Vi anbefaler derfor at denne bestemmelsen tas ut.

### **§ 18-11. Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring**

Det er positivt at det nå gis noe mer detaljerte regler om hvordan forhandlingene kan gjennomføres.

I någjeldende forskrift er det fastsatt at en konkurranse med forhandling etter del III kan gjennomføres med eller uten prekvalifisering. I forslaget er det ikke gitt uttrykkelig regler om hvorvidt dette er ment videreført eller ikke. Vi anbefaler at dette klargjøres ved at det inntas bestemmelser om dette i anskaffelsesforskriften.

### **§ 18-12. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren**

Det er uklart hvilke handlinger som omfattes av forslaget til § 18-12(1)(e). Siden det er avvisningsplikt for oppdragsgiver, må bestemmelsen være formulert slik at det er klart når avvisning skal finne sted.

Bestemmelsen har heller ingen tidsavgrensning for når de straffbare handlingene skal være begått. Det kan virke urimelig at en leverandør som ble dømt for slike handlinger for 30 år siden, skal utelukkes fra deltakelse i konkurranser i dag.

Videre er det etter ordlyden kun hvor leverandøren er dømt for disse handlingene at bestemmelsen kommer til anvendelse. Leverandøren er ofte et selskap og da rammes ikke et selskap hvor for eksempel administrerende direktør eller andre i sentrale stillinger er dømt for et av disse forholdene. Er leverandøren et selskap kan man også komme unna bestemmelsen ved å flytte virksomheten over i et annet selskap.

Forslagets § 18-12(f) har en uheldig utforming. Det burde heller ha stått: *"har blitt benyttet som rådgivere i strid med § 3-6"*.

I dag fremgår det ikke klart at avvisningsreglene ikke er uttømmende i den forstand at en leverandør også skal avvises fra konkurransen dersom det vil være i strid med noen av de grunnleggende kravene å la ham delta. Særlig viktig er kravet til likebehandling. Vi foreslår at dette synliggjøres i forskriften ved at følgende bestemmelse inntas som § 18-12(1)(g):

*"det vil være i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 å la delta."*

§ 18-12(2)(g) er uheldig formulert. Vi anbefaler følgende formulering:

*"(...)i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller av krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen"*

I § 18-12(3) første punktum er det vist til bokstav første ledd bokstav f. Vi antar at dette skal være første ledd bokstav e.

### **§ 18-13. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet**

Forslagets § 18-13(1)(d) setter forbud mot vesentlige forbehold. Bestemmelsen bør også omfatte andre avvik og ikke bare forbehold. Vi foreslår derfor at bestemmelsen skal lyde:

*"det inneholder vesentlige forbehold mot eller andre vesentlige avvik fra konkurransebetingelsene, eller"*

Vi ser for øvrig at det i denne bestemmelsen er brukt "konkurranses grunnlaget". Siden det nå er lagt til grunn at det ikke alltid må lages et konkurransegrunnlag, bør det stå "konkurransebetingelsene".

I forslaget § 18-13(1)(e) er ordet "ufullstendigheter" tatt ut. Dette er begrunnet med at når det står ufullstendigheter i den tilsvarende bestemmelsen i nåværende forskrift, ble grensen mot någjeldende § 8-10(2)(a) uklar. Dette er vi ikke enig i. Forholdet mellom disse to bestemmelsene er at dersom tilbudet på grunn av de manglende opplysningene mv. ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene, skal tilbudet avvises i henhold til någjeldende anskaffelsesforskriften § 8-10(1)(d). Kan oppdragsgiver foreta en sammenligning av tilbudet med de øvrige tilbudene til tross for de manglende opplysningene mv., foreligger det en avvisningsrett, men ingen avvisningsplikt, etter någjeldende anskaffelsesforskriften § 8-10(2)(a). Konsekvensen av den foreslåtte endringen er at det etter ordlyden for ufullstendige tilbud hvor det foreligger relativ bedømmelsestil, kun er en avvisningsrett, men ikke en plikt. Dette vil være i strid med kravet til likebehandling. Når det vil være i strid med kravet til likebehandling å ta tilbudet i betraktning, foreligger det etter anskaffelsesloven § 5 en avvisningsplikt. Den foreslåtte reguleringen gjør dermed avvisningsreglene mer uklare og intensjonen bak er også i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

I dag fremgår det ikke klart at avvisningsreglene ikke er uttømmende i den forstand at et tilbud også skal avvises fra konkurransen dersom det vil være i strid med noen av de grunnleggende kravene å ta tilbudet i betraktning. Særlig viktig er kravet til likebehandling. Vi foreslår at dette synliggjøres i forskriften ved at følgende bestemmelse inntas som § 18-13(1)(g):

*"det vil være i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 å ta det i betraktning."*

I konkurranse med forhandling er regelen i § 18-13(2)(b) foreslått gjort til en "kan"-avvisningsgrunn. Det er uheldig at det reguleres slik. Vi har erfart at oppdragsgivere har misforstått bestemmelsen. Bestemmelsen må forstås slik at man i en konkurranse med forhandling kan forhandle bort uklarheten m.v. slik at det ikke lenger foreligger en bedømmelsestil. Avvisning må da ikke finne sted før dette er forsøkt avklart. Foreligger bedømmelsestvilen også etter avsluttede forhandlinger, må imidlertid tilbudet avvises da det vil være i strid med kravet til likebehandling å ta det i betraktning. Mange oppdragsgivere tror

at de ikke har en avvisningsplikt i sistnevnte tilfelle. Dette bør således klargjøres. Vi foreslår at § 18-13(2)(b) går ut og at denne situasjonen også reguleres i § 18-13(1)(e).

*”det på grunn av forbehold eller feil, uklarheter eller lignende kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver rett til å avvise et tilbud hvor det foreligger bedømmelsestvil før gjennomførte forhandlinger. Etter at forhandlingene er gjennomført, foreligger det plikt til å avvise dersom det fortsatt foreligger bedømmelsestvil ved tilbudet.”*

### **§ 18-16. Oppdragsgivers begrunnelsesplikt**

I § 18-16(2) bør det også tas inn regler om at begrunnelse skal gis i følgende tilfeller:

- ved avvisning av leverandøren etter § 18-12
- ved totalforkastelse etter § 20-1

Forskriften § 18-16(4) første punktum i.f. bør i stedet lyde:

*”(...)begrunnelse for hvorfor leverandøren ikke tildeles kontrakt.”*

Det kan stilles spørsmål ved forholdet mellom § 18-16(5) og § 3-4 om taushetsplikt. Vi anbefaler at § 10-4(5) tas ut. Er det forhold i denne bestemmelsen som ikke anses å omfattes av § 3-4, foreslår vi at dette istedenfor reguleres i § 3-4.

Vi mener at begrepet rammeavtaler skal tas ut av denne bestemmelsen. Det vises til tidligere kommentarer om dette.

### **§ 19-1. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser**

Vi foreslår at forslaget § 19-1(1) annet punktum tas ut. Bestemmelsen gir inntrykk av at det er lov å endre på forhold ved tilbudet bare det ikke har betydning for konkurranseforholdet. Dette er ikke i samsvar med gjeldende rett. Konsekvensen av bestemmelsen kan bli at man får en diskusjon rundt hvilke forhold ved tilbudene som har betydning for konkurranseforholdet og at man gjennom dette egentlig innfører (begrensede) forhandlinger i anbudskonkurranser.

### **§ 20-2. Kriterier for valg av tilbud**

Vi mener at det er uheldig at eksempler på tildelingskriterier er tatt ut av bestemmelsen. Vi foreslår at en oppregning tilsvarende den som er inntatt i anskaffelsesdirektivet tas inn i § 20-2.

I tillegg bør det slik det er gjort i § 12-2, inntas en bestemmelse om at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til kontraktens gjenstand.

### **§ 20-3. Karenstid før inngåelse av kontrakt**

I forslaget § 20-3(1) er definisjonen av når kontrakt er inngått tatt ut. Dette skaper uklarhet med hensyn til når oppdragsgiver faktisk er bundet. Dette tidspunktet har stor betydning blant annet for når midlertidig forføyning kan gis. Det har også betydning for leverandørens berettigede forventninger om muligheten til å oppnå kontrakt. I og med at begrepet "kontrakt er inngått" brukes og at innholdet av begrepet slik det hittil er forstått, strider med avtalelovens regler om når kontrakt er inngått, bør begrepet defineres. Ellers kan endringen tolkes slik at man er tilbake til at det er avtalelovens regler som er avgjørende for når kontrakt anses inngått. Dette er uheldig og tvisteskapende.

I § 20-3 benyttes "signeres", mens det i den tilsvarende bestemmelsen i § 12-3 benyttes "undertegnes". De samme begrepene bør benyttes her.

En rammeavtale er også en kontrakt i henhold til definisjonen av kontrakt og vi mener derfor at det i § 12-3(1) ikke bør stå "eller rammeavtale". Det kan synes som om departementet ikke anser en rammeavtale som en kontrakt, men en avtale, jfr. definisjonen av rammeavtale. Etter norsk rett er det ingen forskjell på en kontrakt og en avtale. Dette er da uheldig begrepsbruk.

Forslagets § 20-3(2) viser kun til at en kontrakt ikke er tildelt i samsvar med § 20-2. En tildeling kan imidlertid være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser selv om det ikke er § 20-2 som er overtrådt. Vi anbefaler derfor at formuleringen endres til:

*"Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften, kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått."*

Vi kan ikke se begrunnelsen for å ta ut någjeldende forskrift § 10-3(4). Mange forholder seg kun til forskriften og det er da pedagogisk å ha en henvisning til lovens regler på dette punktet.

### **§ 20-4. Elektronisk auksjon**

Vi synes det er positivt at de nye anskaffelsesformene innføres. Vi forutsetter at departementet etter hvert vil komme med veiledninger om hvordan disse konkurranseprosedyrene best kan gjennomføres.

#### **4.4 Del IV. Øvrige prosedyrer**

##### **§ 21-1. Plan- og designkonkurranse**

Med hensyn til begrepet "statlige oppdragsgivere" vises det til våre kommentarer til § 2-2.

MED VENNLIG HILSEN  
ADVOKATFIRMAET HAAVIND VISLIE AS

Marianne H. Dragsten  
Advokat

[\(m.dragsten@haavind.no\)](mailto:m.dragsten@haavind.no)

Esther Lindalen  
advokat

[\(e.lindalen@haavind.no\)](mailto:e.lindalen@haavind.no)