

Gyldendals

Juridiske

Kommentarserie

Lov og forskrift
om offentlige anskaffelser
med kommentarer

Anders Thue

Anne Buan

mfl.

2. utgave

Lov og forskrift om
offentlige anskaffelser
med kommentarer

Anders Thue, Anne
Buan, Sofia Lazaridis og
Kristine Røed Brun

simonsen
vogtviig



GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2018

2. utgave, 1. opplag 2018

ISBN 978-82-05-51772-1

Omslagsdesign: Studio Levi Bergquist & Modest (Rune Døli)

Layout: Modest (Rune Døli)

Sats: Bøk Oslo AS

Brødtekst: Tiempos Text 9,8/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Juridisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk

juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord til 1. utgave

Anskaffelsesregelverket har stor betydning for både offentlig og privat sektor i Norge i dag. Likevel finnes det lite oppdatert litteratur på området. Denne boken har blitt til i samarbeid mellom Anders Thue, Anne Buan og Kristine Røed Brun, og alle forfatterne er sammen ansvarlige for hele produktet. Alle jobber til daglig med offentlige anskaffelser i Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS. Gjennom arbeidet i Simonsen Vogt Wiig har vi fått omfattende erfaring både som rådgivere for oppdragsgiversiden og som rådgivere for leverandørsiden. Vi har sett på nært hold hvilke utfordringer regelverket gir i både store komplekse anskaffelser og i små anskaffelser.

Vi har valgt å skrive fremstillingen med noter til hver bestemmelse. En fordel med dette er blant annet at det går raskt å finne de relevante kommentarene til den bestemmelsen man ønsker mer informasjon om. Ulempen med kommentarutgaver generelt, og med fremstillinger i noteform spesielt, er at man ikke får en samlet fremstilling av alle temaene. Dette kan være særlig utfordrende i tilknytning til et så fragmentert regelverk som anskaffelsesregelverket, der relaterte temaer er behandlet på mange forskjellige steder i lov og forskrift. Vi har forsøkt å ta hensyn til disse utfordringene ved å ta inn henvisninger til andre steder i regelverket som er relevante for den enkelte note.

Måten regelverket er strukturert på gir også opphav til noe dobbeltbehandling. Dette skyldes i hovedsak at forskriften inneholder mange av de samme reglene både i del II (for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, samt uprioriterte tjenester) og i del III (for anskaffelser over EØS-terskelverdiene). For å unngå at leseren skal måtte slå opp unødvendig mange steder, har vi ofte valgt å ta inn komplette kommentarer både til del II og del III.

Bokens formål er å være et praktisk verktøy for alle som arbeider med regelverket om offentlige anskaffelser, enten man har juridisk utdanning eller ikke. På noen punkter har vi inntatt mer omfattende teoretiske redegjørelser, men dette er kun gjort der vi mener at det er nødvendig for forståelsen av den aktuelle regel. Anskaffelsesregelverket er i seg selv så omfattende og reiser så mange problemstillinger at det ikke har vært mulig å dekke alle sider like grundig. På de områdene der vi ikke har gått i dybden, har vi søkt å ta inn de viktigste henvisningene til relevant praksis og ytterligere litteratur.

Det finnes ingen oppdaterte kommentarutgaver som redegjør for norsk praksis. Vi har derfor søkt å samle de viktigste norske dommer, avgjørelser og uttalelser om offentlige anskaffelser i denne kommentarutgaven. Dette innebærer at norsk praksis gjennomgående vies noe mer plass enn det dens rettskildemessige vekt skulle tilsi.

Vi vil takke våre kolleger Mona Søyland, Sofia Lazaridis, Henrik Holmboe, Karin Fløistad, Martin Jonassen og Christian Ellingsen for god hjelp og nyttige innspill i arbeidet med manuset. En særlig takk går til Peder Østbye for interessante diskusjoner knyttet til økonomiske aspekter ved regelverket. Videre vil vi takke Tone Sundet og Vibeke Wingerei hos Gyldendal som overtalte oss til å skrive boken, og som har bidratt med gode diskusjoner om opplegget for fremstillingen. Sist, men ikke minst, vil vi rette en stor takk til våre familier for tålmodighet og støtte.

Det er selvfølgelig forfatterne alene som er ansvarlige for eventuelle feil og unøyaktigheter.

Denne fremstillingen behandler praksis frem til 1. mai 2013. På noen områder er det tatt med etterfølgende utvikling. Anskaffelsesregelverket er i stadig utvikling, og det er allerede nå nytt EU-regelverk på trappene. EU-kommisjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv av 20. desember 2011 omtales derfor i kommentarene til enkelte bestemmelser. Forslaget har imidlertid vært gjenstand for påfølgende forhandlinger mellom EU-organene, og senest i juni 2013 ble resultatet – en ny kompromisstekst – offentliggjort. Endelig versjon av de nye direktivene foreligger imidlertid ennå ikke. Leseren må derfor være oppmerksom på at det forslaget som er omtalt i boken vil ha gjennomgått endringer før nytt direktiv endelig foreligger. Mest interessant er kanskje den nye utformingen av bestemmelsen om vesentlige endringer i inngåtte kontrakter (artikkel 72 i direktivforslaget). I de fleste henseender vil endringene være av liten betydning for fremstillingen av det som er gjeldende rett i dag.

Utviklingen tilsier at det vil være nødvendig med en revidering av boken innen få år. I den forbindelse er vi takknemlige for kommentarer og innspill på denne første utgaven. Slike innspill kan sendes til oss på anskaffelser@svw.no.

Oslo, 6. september 2013

Anders Thue, Anne Buan og Kristine Røed Brun

Forord til 2. utgave

Den nye anskaffelsesloven og den nye anskaffelsesforskriften, som trådte i kraft 1. januar 2017, har gjort det helt nødvendig med en ny utgave av denne boken.

Selv om de grunnleggende elementene av anskaffelsesretten ligger relativt fast, har det likevel skjedd så store redaksjonelle og materielle endringer at arbeidet med revisjonen ble langt mer omfattende enn vi trodde. Brukerne av førsteutgaven vil likevel kjenne seg igjen kommentarutgavens systematikk. Vi benytter oss fremdeles av noter, med de fordeler og ulemper det medfører, jf. ovenfor. Som i førsteutgaven har vi også her valgt å gi en nokså utførlig beskrivelse av reglene i forskriften del II, selv der bestemmelsen er identisk med bestemmelsen i del III. Dette gir noe dobbeltbehandling, men kan spare leseren fra å hoppe frem og tilbake i boken.

Et særlig spørsmål i arbeidet med denne boken har vært om vi fortløpende burde opplyse om vår rolle når vi viser til saker vi har gitt råd i, f.eks. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/16 (Fosenlinjen). Vi har valgt å ikke gjøre dette. Grunnen til det er at vi gjennom vår karriere har gitt råd til klienter i nesten alle de spørsmål som er omtalt i boken. Mange saker er nå tilbakelagt, men en god del saker pågår fremdeles. En redegjørelse for saker vi har vært involvert i, ville derfor enten føre til brudd på vår taushetsplikt eller bli ufullstendig og villedende. Vi mener selv at vi har skrevet det vi mener er riktig jus, og leseren vil uansett være klar over at vi arbeider som advokater innenfor feltet.

Også andreutgaven er skrevet utelukkende av advokater ved Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS. Etter førsteutgaven valgte Kristine Røed Brun å forlate firmaet, og hun har ikke vært involvert i andreutgaven. I hennes sted har Sofia Lazaridis kommet til som forfatter på linje med de andre forfatterne.

I tillegg til de personene som bistod i forbindelse med førsteutgaven, ønsker vi særlig å takke Olav Haukeli og Therese Løfsgaard for verdifull bistand i forbindelse med denne andreutgaven. Og igjen må vi rette en stor takk til våre familier for forståelse også i denne runden.

Forord til 2. utgave

Igjen er det selvfølgelig forfatterne alene som er ansvarlige for eventuelle feil og unøyaktigheter.

Fremstillingen behandler praksis frem til 30. april 2018.

Oslo, 30. april 2018

Anders Thue, Anne Buan og Sofia Lazaridis

Innholdsoversikt

DEL I

Introduksjon	21
---------------------------	-----------

DEL II

Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).....	39
--	-----------

DEL III

Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) ..	151
--	------------

Litteratur	1091
Lover	1095
Dommer og avgjørelser	1097
Stikkord	1111
Forfatterne	1115

Innhold

DEL I

Introduksjon	21
---------------------------	-----------

KAPITTEL 1

Innledning	22
1.1 Oversikt	22
1.2 Formålet med reglene	23
1.3 Reglenes struktur	24
1.4 Historikk.....	26
1.5 Implementeringen av EU-direktivet for klassisk sektor	28
1.6 Relaterte rettsområder.....	28
1.7 Hovedpunkter i de nye anskaffelsesreglene	30

KAPITTEL 2

Anskaffelsesrettens rettskilder og metode	32
2.1 Oversikt over rettskildene.....	32
2.2 Metodologiske og rettskildemessige spørsmål i anskaffelsesretten	34

DEL II

Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).....	39
§ 1. Formål	40
§ 2. Virkeområde	45
§ 3. Rettighetshavere	52
§ 4. Grunnleggende prinsipper	54
§ 5. Miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn	87
§ 6. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter	91
§ 7. Krav om bruk av lærlinger	94
§ 7a. Regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester.....	96
§ 8. Søksmål	98
§ 9. Midlertidig forføyning	109
§ 10. Erstatning	113

§ 11. Tvisteløsningsorgan.....	118
§ 12. Overtredelsesgebyr	120
§ 13. Søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning	125
§ 14. Søksmål om å avkorte en kontrakts varighet eller idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr	133
§ 15. Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14	138
§ 16. Forskrifter	145
§ 17. Pålegg	147
§ 18. Ikrafttredelse og overgangsregler.....	149

DEL III

Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) ..

Del I. Alminnelige bestemmelser	152
Kapittel 1. Virkeområde.....	152
§ 1-1. Hvilke anskaffelser som er omfattet av forskriften.....	152
§ 1-2. Hvem forskriften gjelder for	153
§ 1-3. Subsidierte bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekontrakter	180
Kapittel 2. Unntak	182
§ 2-1. Unntak for anskaffelser som er omfattet av andre regler	182
§ 2-2. Unntak for anskaffelser som gjelder sikkerhetsmessige forhold eller som er erklært hemmelige	189
§ 2-3. Unntak for tjenestekontrakter som inngås på grunnlag av en enerett	192
§ 2-4. Unntak for visse tjenestekontrakter	197
§ 2-5. Unntak for kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester	212
§ 2-6. Unntak for anskaffelser om elektronisk kommunikasjon	214
§ 2-7. Unntak for visse anskaffelser som foretas av oppdragsgivere som leverer posttjenester	215
Kapittel 3. Samarbeid i offentlig sektor	216
§ 3-1. Utvidet egenregi	216
§ 3-2. Felles kontroll	240
§ 3-3. Samarbeidsavtaler	244

§ 3-4. Beregning av aktivitet	249
Kapittel 4. Definisjoner	250
§ 4-1. Kontraktstyper.....	250
§ 4-2. Dokumenter	275
§ 4-3. Samordnede innkjøp.....	276
§ 4-4. Standarder og spesifikasjoner	278
§ 4-5. Andre definisjoner	280
Kapittel 5. Anvendelsesområde for de ulike delene i forskriften og terskelverdier.....	282
§ 5-1. Anvendelsesområde	282
§ 5-2. Unntak fra del II.....	285
§ 5-3. EØS-terskelverdier	297
§ 5-4. Beregning av anskaffelsens anslåtte verdi	299
Kapittel 6. Blandede anskaffelser	307
§ 6-1. Blandede anskaffelser av ytelser som alle er omfattet av forskriften	307
§ 6-2. Blandede anskaffelser som delvis er omfattet av forskriften og delvis er unntatt anskaffelsesregelverket	311
§ 6-3. Blandede anskaffelser som delvis er omfattet av forskriften og delvis er knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter	315
§ 6-4. Blandede anskaffelser som delvis er omfattet av forskriften og delvis innebærer en konsesjon	316
§ 6-5. Blandede anskaffelser som delvis er omfattet av forskriften og delvis inneholder forsvars- eller sikkerhetselementer	317
Kapittel 7. Fellesbestemmelser.....	319
§ 7-1. Dokumentasjonsplikt	319
§ 7-2. Skatteattest	321
§ 7-3. Offentlighet	323
§ 7-4. Taushetsplikt	335
§ 7-5. Habilitet	336
§ 7-6. Fristberegning	350
§ 7-7. Språkkrav	351
§ 7-8. Innkjøpssentraler	352
§ 7-9. Minimering av miljøbelastning.....	356

Del II. Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og særlige tjenester .	360
Kapittel 8. Planlegging og kunngjøring	360
§ 8-1. Forberedende undersøkelser	360
§ 8-2. Dialog med leverandører før konkurransen	373
§ 8-3. Tillatte anskaffelsesprosedyrer	377
§ 8-4. Konkurransesgrunnlag	381
§ 8-5. Kravspesifikasjoner	388
§ 8-6. Merkeordninger	392
§ 8-7. Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon	393
§ 8-8. Kontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer	400
§ 8-9. Utvelgelse av leverandører	401
§ 8-10. Egenerklæring	404
§ 8-11. Tildelingskriterier	405
§ 8-12. Kontraktsvilkår	444
§ 8-13. Begrensning av antallet ledd i leverandørkjeden	450
§ 8-14. Frister for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud	451
§ 8-15. Vedståelsesfrist	452
§ 8-16. Frist for begjæring om midlertidig forføyning	455
§ 8-17. Kunngjøring av konkurranse	457
§ 8-18. Intensjonskunngjøring	462
§ 8-19. Kunngjøring av kontraktsinngåelse for særlige tjenester	465
§ 8-20. Kommunikasjon	466
Kapittel 9. Gjennomføring av konkurransen	467
§ 9-1. Tilbudet	467
§ 9-2. Gjennomføring av åpen og begrenset tilbudskonkurranse ...	468
§ 9-3. Dialog i tilbudskonkurranser	470
§ 9-4. Avvisning (191) på grunn av formalfeil	478
§ 9-5. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	485
§ 9-6. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet	498
§ 9-7. Fremgangsmåten ved avvisning	530
Kapittel 10. Avslutning av konkurransen	532
§ 10-1. Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse	532
§ 10-2. Karensperiode før inngåelse av kontrakt	537

§ 10-3. Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt om særlige tjenester	539
§ 10-4. Avlysning av konkurransen	541
§ 10-5. Anskaffelsesprotokoll	546
Kapittel 11. Gjennomføring av kontrakten.....	548
§ 11-1. Rammeavtaler	548
§ 11-2. Endringer i kontrakten	553
 Del III. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene	 555
Kapittel 12. Dialog med markedet før konkurranse	555
§ 12-1. Forberedende undersøkelser	555
§ 12-2. Dialog med leverandører før konkurransen.....	564
Kapittel 13. Valg av anskaffelsesprosedyre	568
§ 13-1. Tillatte anskaffelsesprosedyrer	568
§ 13-2. Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog	573
§ 13-3. Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring	580
§ 13-4. Vilkår for anskaffelser uten konkurranse	600
Kapittel 14. Konkurranses grunnlag.....	616
§ 14-1. Konkurranses grunnlag	616
§ 14-2. Rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget	621
§ 14-3. Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget	631
Kapittel 15. Kravspesifikasjoner m.m.....	632
§ 15-1. Kravspesifikasjoner	632
§ 15-2. Plikt til å ta hensyn til universell utforming i visse anskaffelser	639
§ 15-3. Merkeordninger	640
§ 15-4. Testrapporter, attester og annen dokumentasjon	644
Kapittel 16. Kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører	645
Kvalifikasjonskrav	645
§ 16-1. Kvalifikasjonskrav	645
§ 16-2. Krav til leverandørens registrering, autorisasjoner mv.	652
§ 16-3. Krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet	653

§ 16-4. Dokumentasjon for leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet	657
§ 16-5. Krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner ...	659
§ 16-6. Dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner	662
§ 16-7. Kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder	666
§ 16-8. Krav til leverandørens organisering.....	667
§ 16-9. Kontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer	668
Støtte fra andre virksomheter og deltakelse i fellesskap.....	669
§ 16-10. Støtte fra andre virksomheter	669
§ 16-11. Krav til leverandører som deltar i fellesskap	676
Utvelgelse av leverandører	680
§ 16-12. Utvelgelse av leverandører	680
Kapittel 17. Egenerklæring og offisielle lister over godkjente leverandører	682
§ 17-1. Det europeiske egenerklæringsskjemaet.....	682
§ 17-2. Offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering	689
Kapittel 18. Tildelingskriterier	690
§ 18-1. Tildelingskriterier	690
§ 18-2. Beregning av livssyklus kostnader	781
Kapittel 19. Kontraktsvilkår, bruk av underleverandører og oppdeling av anskaffelser.....	783
§ 19-1. Kontraktsvilkår	783
§ 19-2. Bruk av underleverandører	789
§ 19-3. Begrensning av antallet ledd i leverandørkjeden	791
§ 19-4. Oppdeling av anskaffelser	792
Kapittel 20 Frister.....	795
§ 20-1. Fastsettelse av frister	795
§ 20-2. Minimumsfrister (362) i en åpen anbudskonkurranse	798
§ 20-3. Minimumsfrister (363) i en begrenset anbudskonkurranse	799
§ 20-4. Minimumsfrister (364) i en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring	801

§ 20-5. Minimumsfrister i en konkurranse om innovasjonspartnerskap og konkurransepreget dialog	802
§ 20-6. Vedståelsesfrist	803
§ 20-7. Frist for begjæring om midlertidig forføyning	806
Kapittel 21. Kunngjøring.....	808
§ 21-1. Fremgangsmåten ved kunngjøringer	808
§ 21-2. Kunngjøring av konkurranse	814
§ 21-3. Veiledende kunngjøring	816
§ 21-4. Kunngjøring på kjøperprofil	817
§ 21-5. Intensjonskunngjøring	818
§ 21-6. Kunngjøring av kontraktsinngåelse	820
Kapittel 22. Kommunikasjon.....	821
§ 22-1. Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon	821
§ 22-2. Generelle krav til verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon.....	822
§ 22-3. Krav til mottak og oppbevaring av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud mv.	824
§ 22-4. Unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon	825
§ 22-5. Bruk av elektroniske signaturer mv.	827
Kapittel 23. Gjennomføring av konkurransen	829
Fremgangsmåte og invitasjoner.....	829
§ 23-1. Fremgangsmåte ved valg av leverandør	829
§ 23-2. Invitasjon til å gi tilbud, delta i dialog eller bekrefte interesse	830
Tilbudet	832
§ 23-3. Tilbudet	832
§ 23-4. Alternative tilbud	833
§ 23-5. Ettersending og avklaring av opplysninger og dokumentasjon	837
Gjennomføring av ulike anskaffelsesprosedyrer.....	852
§ 23-6. Gjennomføring av åpen og begrenset anbudskonkurranse.	852
§ 23-7. Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurranse om innovasjonspartnerskap	854

§ 23-8. Gjennomføring av konkurransepreget dialog	867
§ 23-9. Avslutning av konkurransepreget dialog	870
§ 23-10. Fellesregler om gjennomføring av forhandlinger og dialog	875
§ 23-11. Reduksjon av antallet tilbud eller løsninger	878
Kapittel 24. Avvisning	891
Avvisning på grunn av formalefeil	891
§ 24-1. Avvisning på grunn av formalefeil.....	891
Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	899
§ 24-2. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	899
§ 24-3. Identifikasjon	917
§ 24-4. Utskiftning av underleverandører	919
§ 24-5. Tiltak for å unngå avvisning etter § 24-2.....	921
§ 24-6. Avvisningsperiode	923
§ 24-7. Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner	924
Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet.....	925
§ 24-8. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet	925
§ 24-9. Unormalt lave tilbud	962
Fremgangsmåten ved avvisning	967
§ 24-10. Fremgangsmåten ved avvisning	967
Kapittel 25. Avslutning av konkurransen	972
§ 25-1. Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse	972
§ 25-2. Karensperiode før inngåelse av kontrakt.....	977
§ 25-3. Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt	980
§ 25-4. Avlysning av konkurransen	982
§ 25-5. Anskaffelsesprotokoll	987
Kapittel 26. Rammeavtaler, dynamiske innkjøpsordninger og gjennomføring av innovasjonspartnerskap.....	990
Rammeavtaler	990
§ 26-1. Rammeavtaler	990
§ 26-2. Rammeavtaler med én leverandør	996
§ 26-3. Rammeavtaler med flere leverandører	998
Dynamiske innkjøpsordninger	1002
§ 26-4. Generelle regler om dynamiske innkjøpsordninger	1002
§ 26-5. Etablering av en dynamisk innkjøpsordning	1004
§ 26-6. Opptak i en dynamisk innkjøpsordning	1005

§ 26-7. Anskaffelser under en dynamisk innkjøpsordning	1006
Gjennomføring av innovasjonspartnerskap	1007
§ 26-8. Gjennomføring av innovasjonspartnerskap	1007
Kapittel 27. Elektroniske kataloger og elektroniske auksjoner.....	1009
Elektroniske kataloger	1009
§ 27-1. Elektroniske kataloger	1009
Elektroniske auksjoner	1011
§ 27-2. Generelle regler om elektroniske auksjoner	1011
§ 27-3. Forberedelse av en elektronisk auksjon	1012
§ 27-4. Gjennomføring av en elektronisk auksjon.....	1013
§ 27-5. Avslutning av en elektronisk auksjon	1014
Kapittel 28. Endringer i kontrakten og oppsigelse	1015
§ 28-1. Endringer som er tillatt	1015
§ 28-2. Vesentlige endringer	1036
§ 28-3. Oppsigelse i særlige tilfeller	1047
Kapittel 29. Samordnede innkjøp	1049
§ 29-1. Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap	1050
§ 29-2. Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS- stater	1051
 Del IV. Anskaffelser av helse- og sosialtjenester	 1053
Kapittel 30. Anskaffelser av helse- og sosialtjenester.....	1053
§ 30-1. Gjennomføring av konkurransen.....	1053
§ 30-2. Reserverte kontrakter for visse helse- og sosialtjenester	1058
§ 30-3. Kontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer	1060
§ 30-4. Tjenester til enkeltbrukere	1061
§ 30-5. Kunngjøring av konkurranse	1062
§ 30-6. Intensjonskunngjøring	1064
§ 30-7. Kunngjøring av kontraktsinngåelse	1065
§ 30-8. Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse for valget	1066
§ 30-9. Karensperiode før inngåelse av kontrakt	1069
§ 30-10. Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt	1070

Del V. Plan- og designkonkurranser.....	1071
Kapittel 31. Plan- og designkonkurranser.....	1071
§ 31-1. Definisjon	1071
§ 31-2. Kunngjøring	1073
§ 31-3. Organiseringen av en plan- og designkonkurranse og utvelgelsen av deltakere	1075
§ 31-4. Juryen	1078
 Del VI. Avsluttende bestemmelser.....	1079
Kapittel 32. Avsluttende bestemmelser	1079
§ 32-1. Ikrafttredelse.....	1079
§ 32-2. Overgangsregler.....	1080
Vedlegg 1. Bygge- og anleggsaktiviteter.....	1082
Vedlegg 2. Særlige tjenester	1084
Vedlegg 3. Helse- og sosialtjenester	1087
Vedlegg 4. Helse- og sosialtjenester som er omfattet av § 30-2.....	1088
Vedlegg 5. Internasjonale konvensjoner	1089
 Litteratur	1091
Lover	1095
Dommer og avgjørelser	1097
Stikkord	1111
Forfatterne	1115

Del I

Introduksjon

Kapittel 1

Innledning

1.1 Oversikt

De norske reglene om offentlige anskaffelser er i hovedsak gitt i lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)¹ med forskrifter. De viktigste forskriftene er forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften)². Forsyningsforskriften regulerer anskaffelser gjort av oppdragsgivere som utøver aktivitet på det såkalte forsyningsområdet (f.eks. drikkevann, elektrisitet og transport). Anskaffelsesforskriften regulerer de fleste andre offentlige anskaffelser, men det er også noen ytterligere særforrifter, jf. nedenfor. Denne fremstillingen vil i hovedsak dreie seg om lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser.

De norske anskaffelsesreglene er i stor grad en implementering av EUs anskaffelsesdirektiver³. I tillegg er det gitt særnorske regler som til dels går lenger enn Norges EØS-rettslige forpliktelser tilsier.

Anskaffelsesreglene innebærer i første rekke at *offentlige* oppdragsgivere pålegges plikter i forbindelse med anskaffelser. Regelverket kan imidlertid også pålegge private aktører plikter når de gjør anskaffelser. Dette gjelder først og fremst innenfor forsyningssektoren, men også andre private aktørers anskaffelser kan omfattes i noen tilfeller.⁴

De pliktene oppdragsgivere er pålagt, er i høy grad reflektert av rettigheter gitt til tilbydere. Tilbydere kan etter omstendighetene f.eks. få rett i at en beslutning må omgjøres eller en kontraktsinngåelse suspenderes, eller de kan ha rett på erstatning.

1 Lov 17. juni 2016 nr. 73.

2 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 og forskrift 12. august 2016 nr. 975.

3 Særlig direktivene 2014/24/EU (såkalt klassisk sektor) og 2014/25/EU (forsyningssektoren). Se EØS-avtalen artikkel 65 og vedlegg XVI.

4 Særlig gjelder dette bygge- og anleggskontrakter der mer enn 50 % av finansieringen er offentlig, jf. anskaffelsesforskriften § 1-3 tredje ledd.

Betydningen av regelverket har vist seg å være svært stor og synes fremdeles å være økende. Som vist i Prop. 51 L (2015–2016) utgjorde det samlede innkjøpet av varer og tjenester for offentlig sektor om lag 461 milliarder kroner i 2014. Dette utgjorde omtrent 14 prosent av BNP. Anskaffelsesreglene gjelder for en stor del av disse anskaffelsene. For en mer detaljert oversikt over anskaffelsesreglenes betydning for Norge, se NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor*⁵ og Forenklingsutvalgets rapport pkt. 4⁶.

1.2 Formålet med reglene

Hovedformålet med de norske anskaffelsesreglene er angitt i lov om offentlige anskaffelser § 1:

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

Se også loven § 4, som inneholder regelverkets grunnleggende prinsipper.

I tillegg er hensynet til økonomisk integrasjon, herunder utenlandske leverandørers markedsdeltakelse, en viktig side av EU-reglene.⁷ I NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor* oppsummeres dette slik:

«Formålene med reglene om offentlige anskaffelser er å bedre den offentlige ressursbruken, styrke konkurransen i markedene, fremme økonomisk integrasjon (gjennom tilgang for leverandører fra andre EU/EFTA-land), sikre likebehandling og forutberegnelighet for markedsaktørene, motvirke korrupsjon og kame-raderi, samt profesjonalisere og standardisere de offentlige innkjøpsrutinene.»

I tillegg til de bærende hensynene bak reglene har lovgiver i flere relasjoner brukt anskaffelsesretten til å understøtte andre hensyn. Eksempler på dette er regler som skal forhindre såkalt sosial dumping⁸ og regler om fremleggelse av skatteattester⁹. Etter anskaffelsesloven § 5 er offentlige oppdragsgivere også forpliktet til å ivareta hensynet til blant annet miljø og menneskerettigheter i offentlige anskaffelser.

5 Se NOU 2012: 2 s. 404 flg.

6 Se NOU 2014: 4.

7 Jf. f.eks. Kommissjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv 20. desember 2011 s. 3.

8 Jf. anskaffelsesloven § 6.

9 Jf. anskaffelsesforskriften § 7-2.

I både Norge og EU har det vært debattert om anskaffelsesregelverket bør brukes som et verktøy for å fremme politiske mål utover det å sikre effektiv ressursbruk, som f.eks. miljø-, bærekrafts-, arbeidslivs- og innovasjonshensyn. Hittil har slike hensyn i hovedsak blitt ivaretatt gjennom såkalte myke virkemidler («soft law»), som f.eks. veiledninger. I den senere tid har tendensen imidlertid vært at slike hensyn i økende grad gjør seg gjeldende i regelverket.

Vi mener det kan være grunn til å være kritisk til utviklingen mot å bruke anskaffelsesregelverket som et virkemiddel til å oppnå andre samfunnsmessige mål. For det første vil regelverket kunne oppleves som mer komplekst ved at oppdragsgivere vil måtte forholde seg til flere reguleringer på anskaffelsesområdet, noe som igjen kan føre til økte administrative kostnader. Videre kan flere føringer fra EU om hvilke samfunnsmessige hensyn som må tas i betraktning ved offentlige anskaffelser, gi reduserte muligheter for nasjonale politiske prioriteringer. Flere obligatoriske krav vil også kunne svekke regionalt og lokalt selvstyre ved at det blir mindre rom for lokale prioriteringer hos den enkelte oppdragsgiver.

Endelig kan det være risiko for at obligatoriske krav om å ivareta bestemte samfunnsmessige hensyn kan gå på bekostning av lovens formål om mer effektive anskaffelser. Offentlige anskaffelser er forskjellige, bl.a. på grunn av verdi, bransje og leverandørmarked. Det er derfor ikke gitt at hensynet til innovasjon, miljø, etikk og arbeidsvilkår er like sentralt i *alle* anskaffelser.

Som påpekt i NOU 2012: 2 finnes det få analyser som gir svar på om regelverket er hensiktsmessig for å bidra til oppfyllelse av regelverkets formål. Vår erfaring er at selv om regelverket er med på å fremme de angitte formål, har det blitt unødvendig komplisert og byrdefullt for oppdragsgivere. Også leverandørene har problemer med å innrette seg etter reglene, noe som f.eks. ofte fører til unødvendige avvisninger. Dette medfører igjen at norske offentlige anskaffelser ikke foretas så effektivt som man kunne ønske. Denne oppfatningen har også vært delt av lovgiver, og regelverksarbeidet som ledet til nye regler både på EU-nivå og på norsk nivå hadde begge det uttalte formål å forenkle regelverket.

1.3 Reglenes struktur

De norske anskaffelsesreglene springer som nevnt ut av EØS-avtalen¹⁰. EØS-loven med EØS-avtalen er derfor det overordnede regelsettet. I praksis

10 Se EØS-avtalen artikkel 65 og vedlegg XVI.

er imidlertid lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter det mest sentrale. Loven er relativt kort og inneholder kun overordnede regler om f.eks. formål, grunnleggende prinsipper og håndhevelse. De detaljerte reglene finnes på forskriftsnivå, først og fremst i forskrift om offentlige anskaffelser. Forskriften er delt inn i seks deler, hvorav de tre første er de sentrale.

Del I inneholder *alminnelige bestemmelser*. Her gis for det første en avgrensning av hvilke oppdragsgivere som er omfattet av forskriften, og hvilke kontrakter som er omfattet. Videre inneholder del I regler om anvendelsesområde for forskriftens ulike deler, herunder terskelverdier og regler for beregning av anskaffelsens anslåtte verdi. Deretter følger blant annet regler om fellesbestemmelser for alle anskaffelser, inkludert habilitetsregler, samt regler om offentlighet og taushetsplikt. Endelig inneholder del I en lang rekke definisjoner av begreper som benyttes i forskriften.

Del II regulerer *anskaffelser under EØS-terskelverdiene og særlige tjenester*. Forskriftens del II følger kronologien i en anskaffelse. Denne delen begynner med regler om planlegging og kunngjøring. Videre følger regler om gjennomføring av konkurransen, herunder regler om avvikende tilbud, dialog og avvising. Del II inneholder også regler om avslutning av konkurransen og gjennomføring av kontrakten. Alt i alt inneholder del II nokså detaljerte prosedyreregler, selv om reglene er noe mer lempelige enn reglene i den tidligere forskriften del II og betydelig enklere enn reglene i forskriften del III. Det er en del forhold ved del II's tilblivelse som gjør at regelanvenderen står overfor betydelige utfordringer. Vi har redegjort for disse forholdene i innledende note til forskriften del II.

Del III gjelder for *anskaffelser over EØS-terskelverdiene*. Også denne delen følger kronologien i en anskaffelse og inneholder de samme hovedelementene som del II. Reglene er imidlertid vesentlig mer detaljerte og betydelig strengere overfor oppdragsgiver.

Del IV om anskaffelser av helse- og sosialtjenester har fleksible prosedyreregler for disse anskaffelsene.

Del V regulerer plan- og designkonkurranser.

Del VI regulerer ikrafttredelse og overgangsregler.

Andre forskrifter av betydning gitt i medhold av lov om offentlige anskaffelser er

- forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften),
- forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften),
- forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser,
- anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF), forskrift 25. oktober 2013 nr. 1411, med endring ved forskrift 28. august 2017 nr. 1584,
- forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser, og
- forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

1.4 Historikk

Den typen anskaffelsesregler vi har i dag, ble først innført som en konsekvens av inngåelsen av EØS-avtalen. Den første anskaffelsesloven ble vedtatt i 1992 og trådte i kraft i 1994. Før den tid bestod det offentlige anskaffelsesregelverket kun av interne instruksjer i forvaltningen (særlig REFSA, *Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet mv.* fra 1978). I tillegg forelå de alminnelige anbudsrettslige regler og regler om prekontraktuelt ansvar.¹¹

Den første anskaffelsesloven var svært kortfattet. EU-direktivene ble innført ordrett i norsk rett gjennom forskrifter. Denne måten å gi nasjonalt regelverk på ble ansett å føre til et komplisert og lite enhetlig regelverk. Derfor ble det gitt ny anskaffelseslov allerede i 1999 (i kraft 2001) og nye forskrifter i henholdsvis 2001 (klassisk sektor) og 2003 (forsyningssektoren). I denne revisjonen ble det lagt vekt på å strukturere reglene på en måte som passet bedre under norsk rett. På samme tid ble en rekke områder som falt utenfor den detaljerte reguleringen i EUs anskaffelsesdirektiver regulert i anskaffelsesforskriften. Dette gjaldt særlig ved at forskriften regulerte anskaffelser av

11 Se særlig Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, 1997.

såkalte uprioriterte tjenester og innførte langt lavere nasjonale terskelverdier enn det som fulgte av EU-direktivene.

I 2004 ble det gitt nye direktiver i EU for henholdsvis klassisk sektor¹² og forsyningssektoren¹³. Dette førte igjen til at det i 2006 ble vedtatt endringer i anskaffelsesloven av 1999, samt at det ble vedtatt nye forskrifter. Ytterligere endringer i EU-regelverket ble gjort i 2007 ved revideringen av håndhevelsesreglene.

Den nasjonale terskelverdien ble i 2005 hevet fra 200 000 til 500 000 kroner. I 2007–2008 ble utredningen *Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi og tiltak i konkurransefasen* utarbeidet.¹⁴ Mandatet for utredningen var blant annet å gjøre en samfunnsøkonomisk analyse av hvorvidt den nasjonale terskelverdien burde heves. Rapporten konkluderte med at en terskelverdi på 500 000 kroner var et gunstig nivå for transaksjonskostnader og konkurranseeffekt sett i sammenheng. Når det gjaldt virkningene av å heve terskelverdiene mer, til for eksempel 800 000 kroner, viste beregningene i rapporten at reduksjonen i transaksjonskostnadene var mindre enn den negative konkurranseeffekten. Å heve terskelverdien ytterligere var derfor ikke samfunnsøkonomisk lønnsomt.

I 2007 vedtok EU et nytt håndhevingsdirektiv.¹⁵ Endringer foranlediget av dette direktivet trådte i kraft i Norge 1. juli 2012. Dermed ble det innført et nytt sanksjonsregime som omfattet at en kontrakt kan bli kjent uten virkning eller avkortet, i tillegg til at ordningen med overtredelsesgebyr opprettholdes i en modifisert form.

Våren 2009 la regjeringen frem St.meld nr. 36 *Det gode innkjøp* (2008–2009). Formålet med meldingen var å presentere en samlet politikk for området offentlige anskaffelser, med sikte på å forbedre praksis. Stortingsmeldingen ser blant annet på hvordan omfanget av brudd på anskaffelsesregelverket kan reduseres, og peker på at det er tre områder som særlig skiller seg ut når det gjelder videre oppfølging, nemlig ledelsesforankring, organisering og økt kompetanse. Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) fikk en sentral rolle i den praktiske oppfølgingen av meldingen.

12 Dir. 2004/18/EF.

13 Dir. 2004/17/EF.

14 Av konsultentselskapet Asplan Viak etter oppdrag fra Fornyingsdepartementet.

15 Dir. 2007/66/EF.

I 2009 vedtok EU også et nytt direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.¹⁶ Direktivet ble implementert i norsk rett med virkning fra 1. januar 2014, jf. ovenfor.

EUs siste direktivpakke kom i 2014, og det er denne som trådte i kraft i Norge 1. januar 2017.

1.5 Implementeringen av EU-direktivet for klassisk sektor

Som nevnt i forrige punkt har man gått fra et system med ordrett innføring av EU-direktiver i norsk rett til et system hvor EU/EØS-reglene er innført i et norsk system. For klassisk sektor gjelder dette først og fremst direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet) samt håndhevingsdirektivet (89/665/EF) og endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene (2007/66/EF). Det er *mulig* denne endringen i implementeringsmetode har ført til at regelverket er noe mer oversiktlig for en norsk regelanvender enn det direktivene er i sin opprinnelige form. Det er også en fordel at den norske implementeringen bedre kan strukturere noen områder der reguleringen i direktivet er fragmentert og lite komplett. Særlig gjelder dette for reglene om avvisning. Ulempen er at det kan oppstå avvik mellom EU-direktivet og de norske reglene.

1.6 Relaterte rettsområder

Anskaffelsesretten er utformet for å gjennomføre de EU/EØS-rettslige reglene om de fire friheter.¹⁷ Fordi anskaffelsesreglene er så detaljerte, er det sjelden nødvendig å gå til EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter for å fastlegge innholdet av oppdragsgivers forpliktelser. Noen ganger kan dette likevel være påkrevd, f.eks. der oppdragsgiver kan unnta en anskaffelse fra regelverket fordi kontrakten tildeles en leverandør som har en enerett.¹⁸ Dette kan bare gjøres dersom eneretten er gitt i samsvar med EØS-avtalen, herunder reglene om de fire friheter.

16 Direktiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av fremgangsmåtene ved oppdragsgiveres inngåelse av visse offentlige bygge- og anleggs-, vare- og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet.

17 Se f.eks. EU-domstolens avgjørelse i sak C-160/08 (Kommisjonen mot Tyskland), der domstolen uttaler at anskaffelsesdirektivene «are designed to implement the provisions of the Treaty relating to the freedom of establishment and the freedom to provide services».

18 Jf. anskaffelsesforskriften § 2-3.

Som nevnt ovenfor fantes det anbudsrettslige regler og regler om prekontraktuelt ansvar også før Norge implementerte de EØS-rettslige anskaffelsesreglene. I det hele tatt er den erstatningsrettslige siden av anskaffelsesreglene i stor grad utviklet på nasjonalt nivå.¹⁹ Anbuds- og erstatningsrettslig bakgrunnsrett kan muligens ha en spesiell betydning for leverandører som ikke har vern under EØS-retten eller GPA (WTOs anskaffelsesavtale)²⁰.

Anskaffelsesretten har videre flere sider mot konkurranseretten. Et nærliggende eksempel er reglene om avvisning. Av forskriften §§ 9-5 og 24-2 følger det eksempelvis at en leverandør kan bli avvist ved brudd på konkurransereglene. Dette kan i noen tilfeller være en svært kraftig sanksjon. For noen leverandører kan et konkurranserettslig overtredelsesgebyr og etterfølgende erstatningskrav være overkommelig. Men hvis leverandøren utestenges fra det offentlige markedet i en periode, kan dette bety at driften ikke lenger kan fortsette. Det er også et poeng at norske myndigheter arbeider for at norske offentlige oppdragsgivere skal være ekstra oppmerksomme på risikoen for ulovlig anbudssamarbeid. Konkurransetilsynet har laget en egen sjekkliste til offentlige oppdragsgivere i denne forbindelse.²¹ En annen grenseflate mellom konkurranseretten og anskaffelsesretten er at en offentlig oppdragsgiver etter omstendighetene kan være et «foretak» i konkurransereglenes forstand. For interessante perspektiver på forholdet mellom konkurranseretten og anskaffelsesreglene, se Sanchez Graells *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2. utg. 2015.

Også statsstøttereglene har flere krysningspunkter med anskaffelsesreglene. Selv om en anskaffelse innebærer en pengeoverføring til private aktører, vil dette som den klare hovedregel ikke utgjøre statsstøtte, både fordi den offentlige oppdragsgiveren får en gjenytelse, og fordi kontrakten er tildelt gjennom konkurranse. Dersom den offentlige oppdragsgiveren uten gyldig grunn går med på å betale mer under en inngått kontrakt, kan dette likevel være ulovlig statsstøtte.²² Videre, dersom en tilbyder som mottar ulovlig

19 Dette er nå noe modifisert med EU-domstolens avgjørelser i henholdsvis C-314/09 (Strabag) og C-568/09 (Spijker). Se kommentarer til anskaffelsesloven § 10.

20 The Government Procurement Agreement – GPA.

21 «Unngå anbudssamarbeid ved offentlige anskaffelser» – sjekkliste utarbeidet av Konkurransetilsynet. Listen er tilgjengelig på Konkurransetilsynets hjemmesider.

22 For et eksempel på en sak hvor dette var tema, se Dokument nr. 3:12 (2008–2009) *Riksrevisjonens undersøkelse av Helse Midt-Norge RHF's gjennomføring av anskaffelsesprosessen og oppfølging av kontraktene om levering av ambulansetjenester*.

statsstøtte, deltar i offentlige konkurranser, kan dette vri konkurransen på en uheldig måte. Grensen mellom hva som er et tilskudd og hva som er en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand, diskuteres i kommentarer til anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a. Se f.eks. Sanchez Graells i *Financing Services of General Economic Interest* s. 161 (2013) for vurderinger knyttet til forholdet mellom statsstøttereglene og anskaffelsesreglene. Se også Cyndecka, *The Applicability and Application of the Market Investor Principle* (2015) s. 479 flg.

1.7 Hovedpunkter i de nye anskaffelsesreglene

Det er en rekke endringer i de reglene som trådte i kraft 1. januar 2017.

For det første er det tidligere skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester opphevet. Flere av de tjenestene som tidligere ble regnet som uprioriterte tjenester, vil nå falle inn under de nye reglene for «særlige tjenester», jf. anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav f. Dette gjelder blant annet de fleste juridiske tjenester. Disse tjenestene følger normalt forskriften del II, men strengere regler gjelder dersom kontrakten overstiger en egen EØS-terskelverdi for særlige tjenester. Helse- og sosialtjenester kan følge en helt egen prosedyre i anskaffelsesforskriften del IV.

Andre tjenester er nå unntatt helt fra direktivet og forskriften, f.eks. advokattjenester i form av prosedyre for domstolene.

Det er inntatt en regulering av offentlig-offentlig samarbeid, herunder en kodifisering av de såkalte Teckal-kriteriene. Med hensyn til disse kriteriene er det nå fastslått at aktivitetskriteriet er satt til 80 % av omsetningen. Videre slås det fast at det ikke kan være noe privat kapital i leverandørselskapet. De nye reglene åpner uttrykkelig for omvendt egenregi, det vil si egenregi med leveranser fra mor- til datterselskap, samt egenregi mellom søsterselskaper. Endelig er det tatt inn en regulering av når det kan foreligge felles kontroll, og det er i den forbindelse presisert at et medlem i det styrende organet kan representere én eller flere av eierne. De nye reglene inneholder også en ny regulering av samarbeidsavtaler som er en kodifisering av EU-domstolens dom i C-480/06 (Hamburg).

Videre foreligger det nå en utvidet adgang til å benytte konkurranse med forhandling. Vilåorene er de samme for konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog i forskriften del III. Det er også innført en ny prosedyre, såkalt innovativt partnerskap. Endelig har man innført forenklete kunngjøringsregler for ikke-statlige myndigheter.

Når det gjelder «pakking» av anskaffelsen, må oppdragsgiver nå begrunne hvorfor anskaffelsen ikke er delt opp.

Etter de nye reglene er det blitt gjort lettere å benytte miljøkrav og sosiale krav, og det er gitt klarere regler om adgangen til å føre dialog med markedet før konkurransen gjennomføres. Det er også tatt inn regler som medfører at oppdragsgiver i langt større grad enn tidligere skal godta egenerklæringer (ESPD-skjemaet). Dette skal gjøre det enklere for små og mellomstore bedrifter å delta i offentlige konkurranser. Dokumentasjon utover egenerklæringer skal i utgangspunktet bare kreves av den vinnende tilbyderen. Dette gjelder likevel ikke for prosedyrer som skjer i to trinn. Her vil oppdragsgiver fremdeles kunne kreve endelig dokumentasjon før man går videre til trinn to.

Det er tatt inn en presisering om at det er tillatt å ta hensyn til det tilbudte personells erfaring i tildelingsfasen, noe som har vært usikkert i etterkant av EU-domstolens avgjørelse i C-532/06 (Lianakis).

Det er videre tatt inn presiseringer knyttet til når oppdragsgiver skal avvise en leverandør grunnet forhold ved leverandøren. Dette omfatter tilfeller der det foreligger brudd på arbeids- eller miljølovgivning, deltakelse i ulovlige konkurransebegrensende avtaler, og der leverandøren tidligere har utvist vesentlig eller gjentakende mislighold av kontrakt med en offentlig oppdragsgiver. Også deltakelse i terroraktiviteter eller terrorfinansiering er nå nevnt som avvisningsgrunner. Det er også tatt inn regler om såkalt *self-cleaning*, det vil si situasjoner der en leverandør som i utgangspunktet har gjort noe som kan føre til avvisning, foretar grep for å rydde opp og dermed unngå avvisning.

Det er videre tatt inn helt nye bestemmelser knyttet til endringer av inngåtte kontrakter.

I forskriftens del II er det innført en helt ny prosedyreform, tilbudskonkurranse, og man har søkt å eliminere bruken av anbudskonkurranse (med forhandlingsforbud) i anskaffelser som følger forskriftens del II.

Kapittel 2

Anskaffelsesrettens rettskilder og metode

2.1 Oversikt over rettskildene

Det er et komplekst rettskildebilde som møter aktørene på anskaffelsesrettens område. *Lovens ordlyd* er selvfølgelig prinsipielt viktig, men fordi loven kun dekker et fåtall av de problemstillingene man møter i praksis, må man ofte søke svaret andre steder. *Forskriftsteksten* vil ofte være utgangspunktet for tolkningen av den aktuelle regelen. *Lovforarbeidene* er relativt knappe, men Prop. 51 L (2015–2016) inneholder en del informasjon. Se også departementets høringsnotat nr. 1 fra 17. mars 2015. For forarbeider til håndhevelsesregimet må man gå til forarbeidene til den tidligere loven, særlig Prop. 12 L (2011–2012) og NOU 2010: 2. Alle disse lovforarbeidene inneholder noe informasjon om anskaffelsesforskriften. Av forarbeider som først og fremst gjelder forskriften, må nevnes departementets høringsnotat nr. 2 fra 17. mars 2015 og Forenklingsutvalgets rapport i NOU 2014: 4.

EU-direktivenes ordlyd er naturligvis også en viktig rettskilde. Også her finnes det forarbeider, men disse er ofte av mindre verdi i tolkningen. *Direktivets fortale* kan også gi verdifulle innspill til forståelsen av regelverket.

Det har etter hvert utviklet seg en relativt rikholdig *rettspraksis*. Det finnes noe høyesterettspraksis og stadig flere underrettsavgjørelser. Også EU-domstolen og Underretten treffer regelmessig avgjørelser som angår offentlige anskaffelser. Det er en rekke henvisninger til tidligere rettspraksis i det nye anskaffelsesdirektivets fortale. Ofte omtales tidligere rettspraksis i forbindelse med at det nye anskaffelsesdirektivet kodifiserer rettspraksis fra EU-domstolen. I fortalens premiss 89, som omtaler overordnede konsepter for tildelingskriterier, uttales det at det nye begrepet «should be interpreted in accordance with the case-law relating to those Directives, except where there is a clearly materially different solution in this Directive». Dette må også gjelde mer generelt. Vi vil i det følgende vise til tidligere rettspraksis der vi mener den fremdeles er relevant.

Det finnes også noen avgjørelser fra EFTA-domstolen, se f.eks. sak E-24/13, men særlig sak E-16/16 (Fosenlinjen). Høyesterett omtaler betydningen av rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen i Rt. 2013 s. 258 (STX):

«(93) Høyesterett har i Rt-2000-1811 på side 1820 uttalt følgende om betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser:

«Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende, jf. artikkel 34 i Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA-avtalen) mellom EFTA-statene. Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse.

Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i sam-svar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Også reelle grunner taler for dette. ...»

(94) Jeg tar etter dette utgangspunkt i at Høyesterett ikke skal legge EFTA-domstolens uttalelse uprøvet til grunn, men har både myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad dette skal gjøres. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at Høyesterett er formelt avskåret fra å bygge på et avvikende syn. Men i og med at uttalelsen naturlig nok skal tillegges vesentlig vekt, kreves særlige grunner for at Høyesterett skal kunne fravike den.»

Det som kanskje er mest spesielt for dette rettsområdet, er likevel den massive *klagenemndspraksisen* som foreligger, og da særlig fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).

Innenfor *juridisk litteratur* har det så langt kommet noe oppdatert norsk litteratur. Goller mfl. *Anskaffelsesretten i et nøtteskall*, 2. utg. (2017) gir en oversikt over norsk anskaffelsesrett. Se også Trygstad *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2. utg. (2017) og Søyland/Thues kommentarer til lov og forskrift om offentlige anskaffelser på *Gyldendal Rettsdata*. Dragsten *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger* (2013) gir en grundig gjennomgang av tidligere regelverk. Av utenlandsk litteratur kan Arrowsmith *The law of Public and Utilities Procurement* 3. utg. (2014) nevnes. Se videre Risvig Hamer *Grundleggende udbudsret*, Fabricius *Offentlige indkøb i praksis* 3. utg. og Jacobsen mfl. *EU udbudsretten*, 3. utg. Tidsskriftet *Public Procurement Law Review* (PPLR), som utgis med seks hefter årlig, gir dessuten en god oversikt over fagområdets utvikling.

Av *etterarbeider/forvaltningspraksis* er Nærings- og fiskeridepartementets (i det videre omtalt som «departementet») veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av november 2017 og fortolkningsuttalelser de mest sentrale, men også lovavdelingen og Sivilombudsmannen har uttalelser som er relevante for området. På EU-nivå foreligger det uttalelser og veiledninger fra EU-kommisjonen. Fordi anskaffelsesreglene er implementert i hele EØS-området, brukes også kilder fra andre land innen EØS-området som rettskilder i Norge, eksempelvis utenlandske rettsavgjørelser og avgjørelser fra det danske Klagenævnet for Udbud.

2.2 Metodologiske og rettskildemessige spørsmål i anskaffelsesretten

Som vist ovenfor representerer anskaffelsesregelverket dels en oppfyllelse av Norges EØS-forpliktelser, dels er det tale om nasjonal rett. Det er ikke alltid enkelt å fastslå om den aktuelle regelen er av EØS-rettslig eller nasjonalt opphav. Konklusjonen på dette spørsmålet kan i prinsippet få betydning for hvordan regelen skal forstås. En regel som bidrar til å oppfylle Norges EØS-forpliktelser, skal fortolkes i tråd med den EØS-rettslige rettskildelæren.

I den forbindelse kan det vises til EØS-loven § 2 om forrang, hvor det heter at

«[b]estemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov».

Selv om lovtekst og forskriftstekst til sammen dekker svært mange spørsmål, oppstår mange vanskelige tolkningsspørsmål i praksis. Ofte vil verken norsk rettspraksis eller lovforarbeider gi tilstrekkelige holdepunkter for en løsning. I disse tilfellene vil rettsanvenderen ofte måtte ty til andre rettskilder, og da særlig den rikholdige praksisen fra KOFA. Høyesterett har ved flere anledninger vist til uttalelser fra KOFA²³, noe som betyr at slik praksis er relevant ved regelfortolkningen. På grunn av den sentrale stillingen KOFA-uttalelser

23 Se f.eks. Rt. 2007 s. 983, Rt. 2007 s. 1783 og Rt. 2008 s. 1705.

har i praksis, er det grunn til å se nærmere på hvilken vekt denne praksisen har. Dette har Høyesterett ikke uttalt seg om.

Opprinnelig avgå KOFA kun uttalelser som ikke var rettslig bindende. Etter hvert ble KOFA gitt kompetanse til å fatte vedtak i saker om overtredelsesgebyr. Dette ble fjernet (for anskaffelser foretatt etter 1. juli 2012), men så gjeninnført med det nye regelverket. KOFA drives av et sekretariat med begrensede ressurser og en nemnd som har møter for å treffe avgjørelser. Nemndsmedlemmene har særlig fagkunnskap, og dette kan tilsi at KOFA i utgangspunktet står bedre rustet til å treffe riktige avgjørelser enn f.eks. en tingrett. Til tross for dette er det også faktorer som trekker i retning av at KOFAs uttalelser må tillegges begrenset vekt. Uttalelsene er et resultat av en utelukkende skriftlig prosess med begrenset bevisføring. Det hender dessuten at uttalelsene står i direkte motsetning til hverandre,²⁴ eller at KOFA ikke har fanget opp vesentlig praksis fra EU-domstolen.²⁵ I sum innebærer dette at en uttalelse fra KOFA bør tillegges begrenset rettskildemessig vekt. Antakelig bør KOFAs resonnementer vektlegges på samme måte som juridisk teori vektlegges, det vil si i den grad uttalelsenes argumentasjonsverdi tilsier det. Ettersom man ofte ikke har andre kilder som omtaler en problemstilling like spesifikt, får avgjørelsene i realiteten likevel relativt stor betydning i enkeltsaker.

Der KOFA får muligheten til å behandle flere saker om samme tema over tid, vil KOFA-praksis kunne veie noe tyngre. Et eksempel på dette er KOFAs praksis i etterkant av EU-domstolens avgjørelse i Lianakis.²⁶ Her fikk KOFA muligheten til å påvirke forståelsen av Lianakis-saken over en lang rekke saker, og det må antas at dette var med på å påvirke hva som ble ansett å være gjeldende rett i Norge.

Som nevnt er anskaffelsesrett et av de områdene der EU-domstolen regelmessig treffer avgjørelser. Den rettskildemessige vekten av en avgjørelse i

24 Jf. f.eks. premiss 47 i KOFA-sak 2010/206 (Nasjonalt folkehelseinstitutt) med videre henvisninger.

25 Jf. KOFA 2008/37 (Sykehuset Innlandet HF mfl.), som gjelder vesentlig endring, men som unnlater å drøfte EU-domstolens avgjørelse i Presstext (sak C-454/06), som da nylig var avsagt.

26 Se f.eks. KOFA 2008/12 (Statsbygg), KOFA 2008/136 (Oslo kommune), KOFA 2008/92 (Kriminalomsorgens IT-tjeneste), KOFA 2008/120 (Oslo kommune), KOFA 2008/199 (Universitetet i Tromsø) og KOFA 2012/186 (Tana kommune).

EU-domstolen er stor.²⁷ I Norge har vi sett at noen EU-saker umiddelbart får stor betydning, som f.eks. nevnte Lianakis²⁸ og Pressetext²⁹.

Som vist ovenfor foreligger det en del forarbeider til både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Bruken av forarbeidene er likevel ikke helt rett frem i relasjon til forståelsen av forskriften. Når det gjelder forskriften del III, vil det meste av de materielle reglene komme fra anskaffelsesdirektivet. Hva den norske lovgiveren har uttalt om direktivregler i forarbeider, vil neppe ha noen betydning dersom det foreligger tungtveiende EU-kilder som tilsier en annen løsning. Når det gjelder situasjonen for forskriften del II, er forarbeidene i utgangspunktet av mye større betydning. Ettersom den nye del II i forskriften er ment å innebære et retningsskifte i retning av forenkling, vil forarbeidene i mange tilfeller være den eneste oppdaterte rettskilden utover ordlyden nå i starten. Da er det en utfordring at ordlyden i del II gjennomgående skiller seg vesentlig fra det som ble foreslått av Forenklingsutvalget. Ofte har ikke departementet kommentert alle de bestemmelsene der den endelige forskriften avviker fra Forenklingsutvalget forslag. Prop. 51 L (2015–2016) omhandler i all hovedsak selve lovforslaget og ikke forskriften, og ingen av høringsnotatene av 17. mars 2015 gjelder forskriften del II. Se innledende note til kommentarene til forskriften del II for en diskusjon rundt utgangspunkter for forståelsen av forskriften del II. Merk imidlertid også at del II også til en viss grad tjener til gjennomføring av Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Veiledere og fortolkningsuttalelser fra Nærings- og fiskeridepartementet kan gi verdifulle bidrag til tolkningen av en regel, men også disse rettskildefaktorene må anses å ha begrenset vekt, ettersom de er å regne som etterarbeider.³⁰ Det samme gjelder i prinsippet retningslinjer gitt av Kommisjonen.

Det kan reises spørsmål ved om innkjøpspraksis kan ha noen selvstendig verdi som rettskildefaktor. Verdien av å påvise en slik praksis må uansett ikke overdrives. På noen områder kan det være omfattende praksis som er i strid med anskaffelsesretten, f.eks. gjennom sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. På den annen side vil en etablert innkjøpspraksis

27 Jf. Rt. 1997 s. 1954 og Rt. 2002 s. 391. I sistnevnte uttaler Høyesterett at avgjørelser fra EU-domstolen skal tillegges «stor vekt».

28 Sak C-532/06.

29 Sak C-454/06.

30 Jf. f.eks. Hålogaland lagmannsretts dom i LH-2009-45911.

ofte være et utslag av kommersiell tankegang og effektivitetshensyn. Sammenholdt med lovens formålsbestemmelse kan en slik praksis brukes til å begrunne et bestemt tolkningsresultat.

Del II

Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

17.juni 2016 nr. 73

§ 1. Formål (1)

Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser (2). Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet (3), slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte (4).

Note (1)

Bestemmelsen innebærer en viss forenkling av formålsbestemmelsen sammenlignet med tidligere lov. Den tidligere formålsbestemmelsen lød:

«Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

Denne tidligere formuleringen inneholdt en blanding av formål og virkemidler, og departementet så behovet for en forenkling. Departementet foreslo derfor en forenklet formålsbestemmelse i Prop. 51 L (2015–2016), der fokuset kun var på effektiv bruk av samfunnets ressurser og integritet i offentlige anskaffelser. I stortingsbehandlingen fikk bestemmelsen sin endelige form ved at ordet «samfunnstjenlig» ble tilføyd. Komiteen uttaler i Innst. 358 L (2015–2016):

«Komiteen har merket seg at det i den åpne høringen i næringskomiteen var flere som tok til orde for at formålsparagrafen må ses i en større samfunnsmessig sammenheng enn det regjeringen har foreslått, og at flere hensyn må inntas i formålsparagrafen. Det ble bl.a. fra ulikt hold tatt til orde for at oppdragsgivers plikt og mulighet til å ta samfunnsansvar må fremgå tydeligere av regelverket. Det var også flere som pekte på at formålsparagrafen vil være viktig i den praktiske forståelsen av regelverket, og at samfunnsansvar må formuleres tydeligere. Komiteen støtter forslaget om at ordet 'samfunnstjenlig' tas inn i formålsparagrafen, noe som vil kunne ivareta hensyn til bl.a. konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.»

På denne måten har formålsbestemmelsen likevel blitt en bestemmelse som rommer ulike hensyn. Det er imidlertid ingenting som tyder på at lovgiver har ment å foreta vesentlige materielle endringer.

Den nye formålsbestemmelsen kan etter dette sies å inneholde tre hovedelementer: effektiv bruk av samfunnets ressurser, integritet ved offentlige anskaffelser og tillit til at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Det helt grunnleggende elementet ved offentlige anskaffelser er effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 og vil være retningsgivende for tolkningen av regelverket. Bestemmelsen må også ses i sammenheng med anskaffelsesloven § 5 om andre hensyn som er relevante i anskaffelsesregelverket, f.eks. miljøhensyn.

Et eksempel på at lovens formålsbestemmelse eksplisitt brukes som en tolkningsfaktor i en konkret sak, er Agder lagmannsretts dom av 10. april 2012 (LA-2011-100800). Saken gjelder den tidligere lovens formålsbestemmelse, men det må legges til grunn at formålsbestemmelsen vil bli brukt på tilsvarende måte i praksis også knyttet til gjeldende lov. For flere eksempler, se de påfølgende notene.

Den viktigste kilden for norsk rett innen offentlige anskaffelser er EUs anskaffelsesrett. Det er verdt å merke seg at formålet med EUs regulering av offentlige anskaffelser ikke er det samme som det nasjonale formålet. Hovedformålet til EUs regler om offentlige anskaffelser er å fjerne handelsrestriksjoner og derigjennom oppnå økonomiske fordeler. Generaladvokat Jacobs uttaler følgende i SIAC-saken (C-19/00):

«The main purpose of regulating the award of public contracts in general is to ensure that public funds are spent honestly and efficiently, on the basis of a serious assessment and without any kind of favouritism or quid pro quo whether financial or political. The main purpose of [EU] harmonisation is to ensure in addition abolition of barriers and a level playing-field by, inter alia, requirements of transparency and objectivity.»

Departementet viser til formålet med EUs anskaffelsesregler i Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 7.1.4 og uttaler:

«[R]ealiseringen av et felles indre marked [er] gjennomgående et formål med lovgivning som gjennomfører Norges EØS-rettslige forpliktelser. Departementet kan ikke se at det er et særlig behov for å fremheve dette på anskaffelsesrettens område. Departementet viser også til at konkurranse er foreslått videreført som et uttrykkelig prinsipp som skal gjelde for alle anskaffelser ...»

Det må kunne legges til grunn at det å følge regelverkets grunnleggende prinsipper og prosedyreregler normalt vil gi det beste resultatet for oppdragsgiveren. I noen tilfeller kan det imidlertid oppstå en konflikt mellom hva som er opportunt i det enkelte tilfellet, og hva som er den beste generelle regelen. Det kan her vises til Høyesteretts uttalelser i den såkalte Rabattdommen (Rt. 2008 s. 1705). I avsnitt 33 viser Høyesterett til grunnleggende betraktninger om regelverket i dansk teori (Treumer 2000), der det uttales:

«Udbudsdirektiverne er baseret på en antagelse om, at ordregiveren generelt sikres den ønskede ydelse til den bedste pris og kvalitet ved at følge forskrifterne i udbudsdirektiverne, der sikrer en høj grad af ligebehandling og gennemsigtighed, men dette er delvis på bekostning af hensynet til ordregiveren i forhold til den konkrete kontrakt.

Kravene til ligebehandling og gennemsigtighed er særdeles høje, og disse krav er gennemgående ufravigelige, selv hvor ordregiveren har en klar kommerciel interesse i at kunne fravige regelsættet i det konkrete tilfælde, fordi den restriktive fortolkning af ligebehandlingsprincippet leder til et klart uhensigtsmæssigt eller mindre tilfredsstillende resultat.»

I KOFA-sak 2017/84 hadde klager anført at oppdragsgiver hadde brutt med anskaffelseslovens formålsbestemmelse i lovens § 1. KOFA avviste dette og uttalte:

«En overordnet vurdering av om konkurransen samlet er i strid med formålsangivelsen i anskaffelsesloven § 1, er det hverken noe reelt behov eller rettslig grunnlag for. Av lovens forarbeider, Prop. 51 L (2015–2016) s. 80, fremgår det at lovgiver ikke har ment å gjøre materielle endringer i formålsbestemmelsen, bare å klargjøre anskaffelsesregelverkets formål. Det fremgår klart av forarbeidene til den tidligere anskaffelsesloven at formålsbestemmelsen ikke ‘isolert sett [er] egnet til å utlede plikter og rettigheter’, jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 66. Anskaffelsesregelverkets formål er relevant ved tolkingen av lovens øvrige bestemmelser, men det kan ikke utledes konkrete handleplikter av anskaffelsesloven § 1.

Anførselen om et selvstendig brudd på anskaffelsesloven § 1 kan derfor ikke føre frem.»

Note (2)

Effektiv bruk av samfunnets ressurser er det sentrale formålet med anskaffelsesregelverket.

Offentlig sektor disponerer en vesentlig del av fellesskapets midler, og det har stor betydning for samfunnet at disse ressursene blir utnyttet best

mulig. Regelverkets mange og detaljerte prosedyreregler er ment å tvinge offentlig sektor til best mulig ressursutnyttelse når den anskaffer varer og tjenester mv.

I forarbeidene (Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 7.1.4) viser departementet dessuten til at EU uttrykkelig har fremhevet at det nettopp er ønsket om mer effektiv offentlig ressursbruk som har begrunnet revisjonen og moderniseringen av direktivene, jf. også premiss 2 i fortalen til det nye anskaffelsesdirektivet.

Det finnes flere eksempler på at domstolene og KOFA aktivt bruker lovens formålsbestemmelse til å komme frem til sitt resultat. I KOFA 2014/27, som gjaldt den tidligere formålsbestemmelsen, uttaler KOFA f.eks. at oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å forsøke å prissette avvik, forbehold eller lignende, jf. klagenemndas sak 2009/281 (KOFA 2009/281) premiss 22, noe som er et utslag av den generelle bestemmelsen i lovens § 1 om å «sikre mest mulig effektiv ressursbruk».

Her benytter KOFA formålsbestemmelsen til å utlede konkrete plikter for oppdragsgiver i forbindelse med vurderingen av avvik og forbehold i tilbudene opp mot anskaffelsesforskriftens avvisningsbestemmelser. Se også KOFA 2013/128 premiss 37, der KOFA også bruker lovens formålsbestemmelse i sitt resonnement.

Se videre KOFA 2011/371 premiss 19, der KOFA uttaler at «[d]et er ikke ønskelig ut fra lovens krav til effektiv ressursbruk, jf. § 1, at offentlige oppdragsgivere bruker uforholdsmessig mye tid på å utforme begrunnelse». Her brukes formålsbestemmelsen til å fastsette en grense for oppdragsgivers plikter.

Etter vår oppfatning må det ligge innenfor lovens formål å legge vekt på effektiv ressursbruk også på tilbydersiden. Oppdragsgivers valg vil ofte ha stor innvirkning på ressursbruken på tilbydersiden, og ettersom en stor del av ressursene som går med i gjennomføringen av en offentlig konkurranse, er på tilbydernes hånd, er det naturlig å kreve at oppdragsgiver tar tilstrekkelig hensyn til dette.

Note (3)

Lovgiver har valgt å beholde henvisningen til at det offentlige skal opptre med integritet i offentlige anskaffelser. Departementet (Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 7.1.4) trekker frem at denne delen av formålsbestemmelsen ble

tilføyd ved en lovendring i 2006 for å fremheve at anskaffelsesregelverket er et verktøy for å forhindre korrupsjon og kameraderi i offentlig sektor. Etter departementets vurdering er dette etiske aspektet et formål i seg selv. Dessuten ville det ifølge departementet kunne gi et uheldig signal å fjerne denne delen av formålsparagrafen.

Etter at teksten i formålsbestemmelsen ble endret under stortingsbehandlingen, jf. ovenfor, er det et spørsmål om «integritet» må gis et mer omfattende innhold enn det departementet la til grunn i proposisjonen.

I Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) premiss 82 viser førstvoterende i forbindelse med vurderingen av et habilitetsspørsmål til anskaffelsesregelverkets formål om å sikre at det offentlige opptrer med stor integritet, slik dette var nedfelt i den tidligere anskaffelsesloven § 1.

Note (4)

Som vist ovenfor kom siste del av bestemmelsens annet punktum inn i loven under stortingsbehandlingen. Lovgiver ønsket å fremheve ordet «samfunnstjenlig» i lovformålet. Språklig sett synes det som om innholdet i siste del av annet punktum – «slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte» – kun er en utbrodering av hva som ligger i setningens første del, det vil si integritetsbegrepet. Men den begrunnelsen komiteen hadde for å ta med henvisningen til «samfunnstjenlig», tyder på at «samfunnstjenlig» har en mer selvstendig funksjon i lovformålet. Komiteen uttaler at inkludering av ordet «samfunnstjenlig» vil kunne «ivareta» hensyn til blant annet konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.

Henvisningen til konkurransehensynet er ikke kontroversiell, jf. det som er sagt ovenfor om at dette er et grunnleggende hensyn ved all lovgivning som gjennomfører reglene om det felles indre marked.

Om anskaffelsesreglene skal brukes til å ivareta andre samfunnshensyn enn effektiv ressursbruk og konkurranse, er en del av en større diskusjon. Også EUs anskaffelsesdirektiver inneholder regler om slike andre samfunnshensyn, og det er nå heller ingen tvil om at den norske lovgiveren mener at dette er relevant i anskaffelsesretten.

Se også kommentarer til anskaffelsesloven §§ 5, 6 og 7, som alle omhandler andre samfunnshensyn.

§ 2. Virkeområde (5)

Loven gjelder når oppdragsgivere som nevnt i annet ledd inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, herunder konsesjonskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. merverdiavgift. (6)

Loven gjelder for følgende oppdragsgivere:

- a) statlige myndigheter,**
- b) fylkeskommunale og kommunale myndigheter**
- c) offentligrettslige organer,**
- d) sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i bokstav a til c, (7)**
- e) offentlige foretak som utøver forsyningsaktivitet som definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av og**
- f) andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av enerett eller særrett som definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. (8)**

Loven gjelder ikke for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123. (9) Departementet kan i forskrift fastsette ytterligere unntak fra lovens virkeområde.

Departementet kan i forskrift fastsette at loven skal gjelde for bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekontrakter som oppdragsgivere som nevnt i annet ledd bokstav a til d ikke selv inngår, men yter direkte tilskudd til med mer enn 50 prosent. (10)

Departementet kan i forskrift fastsette at loven skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene. (11)

Note (5)

Bestemmelsen er en sammenslåing av tidligere lovs § 2 og § 3 og regulerer nå lovens virkeområde totalt sett, både hvilke kontrakter og hvilke oppdragsgivere loven gjelder for. Selv om ordlyden er endret på flere punkter, er dette i utgangspunktet kun presiseringer som tidligere fulgte av forskriftene.

Merk imidlertid at loven nå også gjelder for konsesjonskontrakter som følge av implementeringen av konsesjonskontraktdirektivet (direktiv 2014/23/EU) i norsk rett. Regler for inngåelse av konsesjonskontrakter følger av forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter (*konsesjonskon-*

traktforskriften). En konsesjonskontrakt er ifølge denne forskriftens § 1-2 en «kontrakt der vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren».

Det er også nytt at departementet gis uttrykkelig hjemmel til å fastsette unntak fra loven i den enkelte forskrift. Unntak fra lovens virkeområde følger derfor av forskriftene, og for å fastslå om en anskaffelse eller oppdragsgiver faktisk er omfattet av lovens virkeområde, må dette undersøkes nærmere der. Se for eksempel anskaffelsesforskriften kapittel 2. I forskriftene er det videre uttrykkelig presisert hvorvidt et unntak gjelder loven eller bare forskriften. Dette gjør at tidligere uklarhet og diskusjon omkring hvilke unntak fra forskriften som også utgjorde et unntak fra loven, unngås.

Note (6)

Se noter til forskriften § 1-1 for en drøftelse av hva som utgjør inngåelse av en kontrakt. Lovens virkeområde er nå i loven uttrykkelig begrenset til anskaffelser med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kr. ekskl. mva. Departementet har ved å presisere dette også i loven gjort det helt klart at anskaffelser under 100 000 kr. ekskl. mva. er helt unntatt fra anskaffelsesregelverket.

Note (7)

Opplistingen av hvilke oppdragsgivere loven gjelder for, er likelydende med forskriften § 1-2. Der blir også begrepet «offentligrettslig organ» nærmere definert. Se kommentarene til denne forskriftsbestemmelsen for en redegjørelse av hvilke organer som faller innenfor lovens virkeområde.

Note (8)

Begrepet «forsyningsaktivitet» er nærmere definert i forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (*forsyningsforskriften*). I henhold til forsyningsforskriften § 1-1 gjelder lov og forskrift for følgende forsyningsaktiviteter p.t.

- (a) gass og varme som definert i forsyningsforskriften § 1-3
- (b) elektrisitet som definert i forsyningsforskriften § 1-4
- (c) drikkevann som definert i forsyningsforskriften § 1-5

- (d) transport som definert i forsyningsforskriften § 1-6
- (e) havner og lufthavner som definert i forsyningsforskriften § 1-7
- (f) post som definert i forsyningsforskriften § 1-8
- (g) olje, gass, kull og andre typer fast brensel som definert i forsyningsforskriften § 1-9.

Merk at det for andre virksomheter enn offentlige er presisert at det er virksomheter som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av enerett eller særrett, som er omfattet. Hva som menes med enerett eller særrett, er nærmere presisert i forsyningsforskriften § 1-2 (4).

Note (9)

Bakgrunnen for å unnta anskaffelser i medhold av EØS-avtalen art. 123 er å finne i hensynet til vesentlige sikkerhetsinteresser. Bestemmelsen hjemler spesielle ordninger for kontrakter som gjelder produksjon av eller handel med forsvarsmateriell, slik som våpen, ammunisjon og lignende, og skal sikre at den enkelte medlemsstat skal kunne opprettholde en egen nasjonal forsvarsindustri. Det er avgjørende at disse tiltakene ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål. Se også forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Denne forskriften angir særskilte regler for anskaffelser av typisk forsvarsmateriell og gradert materiell som likevel ikke gjelder vesentlige sikkerhetsinteresser i henhold til EØS-avtalen art. 123.

EØS-avtalen art. 123 lyder:

- «Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:
- a) som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;
 - b) som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål;
 - c) som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.»

Se kommentarer til anskaffelsesforskriften § 2-2 for en redegjørelse for oppdragsgivers vide skjønnsfrihet på sikkerhetsområdet, jf. også Underrettens avgjørelse i sak T-26/01 (Fiocchi) premiss 58:

«Article 296 (1) (b) EC confers on the Member States a particularly wide discretion in assessing the needs receiving such protection.»

Det kan nevnes at ordlyden i EØS-avtalen art. 123 (1) (b) avviker fra EU-traktaten art. 346 (1) (b) (tidligere art. 296) ved at EØS-avtalen ikke kvalifiserer unntaket til tiltak som er nødvendige for å beskytte medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser.

EØS-avtalen art. 123 gir etter omstendighetene hjemmel til å treffe visse «tiltak». Tiltakene må underlegges proporsjonalitetsprinsippet, og det er på ingen måte gitt at det er akseptabelt å unnta en kontrakt fra konkurranse, jf. f.eks. EU-domstolens avgjørelse i sak C-615/10 (InsTiimi) premiss 35. Hvis mindre inngripende tiltak er tilgjengelig, plikter oppdragsgiver å benytte disse.

I sak C-157/06 (Kommisjonen mot Italia) hadde Italia påberopt seg at en helikopteranskaffelse falt innenfor det tilsvarende unntaket i TEUV art. 346. Italia hadde videre påberopt seg at unntaket for hemmelige anskaffelser i det tidligere varedirektivet kom til anvendelse. EU-domstolen konkluderte med at Italia ikke kunne benytte seg av unntaket i art. 346 når formålet med kjøpet var sivilt, og militær bruk kun var potensiell:

«25 In that regard, it is important to point out that, under Article 296 (1) (b) EC, any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security and which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war materials, provided, however, that such measures do not alter the conditions of competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes (see *Commission v Italy*, paragraph 46).

26 It is clear from the wording of that provision that the products in question must be intended for specifically military purposes. It follows that the purchase of equipment, the use of which for military purposes is hardly certain, must necessarily comply with the rules governing the award of public contracts (see *Italy v Commission*, paragraph 47).

27 It is not disputed that the Ministerial Decree applies, as the Italian Republic admits, to helicopters which are clearly for civilian use whereas their military use is only potential.

28 Consequently, Article 296 (1) (b) EC, to which Article 3 of Directive 93/36 refers, cannot properly be invoked by the Italian Republic to justify national legislation authorising recourse to the negotiated procedure for the purchase of those helicopters.»

Videre uttaler EU-domstolen om unntaket for hemmelige anskaffelser at «[at the outset, it must be pointed out that the requirement to impose an obligation of confidentiality in no way prevents the use of a competitive tendering procedure for the award of a contract», jf. premiss 30.

Se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-615/10 premiss 33 flg. for en redegjørelse for hvilke produkter som kan falle innenfor unntaket i EØS art. 123 bokstav b.

Anskaffelsesloven § 2 unntar visse anskaffelser fra anskaffelseslovens regler, men det er ikke dermed gitt at oppdragsgiver står fritt ved gjennomføringen av konkurransen. Oppdragsgiver har rett til å foreta et direktekjøp dersom dette er nødvendig for å beskytte egen nasjonalstats vesentlige sikkerhetsinteresser, men dersom oppdragsgiver likevel velger å gjennomføre en anskaffelseskonkurranse i markedet, vil alminnelige anskaffelsesrettslige prinsipper, som igjen er utledet av alminnelige, ulovfestede kontraktsrettslige og forvaltningsrettslige prinsipper, kunne komme til anvendelse. I hvilken grad de grunnleggende anskaffelsesprinsippene kommer til anvendelse, er blant annet avhengig av hvilke rammer oppdragsgiver selv har satt for konkurransen. Se Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 1638, hvor det slås fast at slike grunnleggende prinsipper til en viss grad kommer til anvendelse. Her drøfter Høyesterett om det er plass til de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene også der unntaket i lovens § 3 kommer til anvendelse:

«Det har ellers vært noe uenighet mellom partene rundt hvorvidt det er plass for anvendelse av mer allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper på området, til tross for at anskaffelser av forsvarsmateriell er unntatt fra lovregulering. Det har i liten grad vært utdypet hva disse prinsippene i tilfelle skulle gå ut på. New Pac har imidlertid vist til gjeldende anskaffelseslov § 5 om grunnleggende krav, der det blant annet stilles opp et likebehandlingsprinsipp. Jeg kan være enig i at det også på forsvarsområdet må gjelde et minimum av likebehandling av konkurrerende leverandører. Om kravet skal gå like langt som hva som ville fulgt av loven og forskriftene, er imidlertid langt fra opplagt. Jeg viser her til det særlige formålet med unntaket, som blant annet er å sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning. Svaret vil uansett avhenge av den konkurranseform som er valgt og av det konkrete konkurransegrunnlaget.»

KOFA 2014/86 (Forsvarets logistikkorganisasjon) er illustrerende for de vurderinger som må gjøres under bestemmelsen: Innklagede skulle gjennomføre en konkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp av lastebiler produsert spesielt med tanke på Forsvarets særlige bruk. Anskaffelsen var ikke kunngjort i henhold til anskaffelsesforskriften, og det ble anført at det var gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.

KOFA redegjør for følgende utgangspunkter i avgjørelsens premiss 19:

«Bestemmelsen gir hjemmel for å 'treffe tiltak' for 'handel med', herunder anskaffelse av, 'våpen, ammunisjon, krigsmateriell og andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål'. De aktuelle tiltak kan for eksempel være å sikkerhetsgradere anskaffelsen eller helt eller delvis å unnta den fra lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, herunder kravene til kunngjøring av konkurranse, jf. her også klagenemndas avgjørelse i sak 2003/27. I dette tilfellet består tiltaket i å gjøre unntak fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i sin helhet. Høyesterett uttalte i sak Rt. 2005 s. 1638 at formålet med bestemmelsen 'blant annet er å sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning.'»

KOFA redegjør så for den tilsvarende bestemmelsen i EU-traktaten, men konkluderer med at praksis knyttet til EU-traktatens artikkel 346 ikke nødvendigvis har direkte overføringsverdi ved tolkingen av EØS-avtalen artikkel 123.

Etter en konkret vurdering konkluderer KOFA med at innklagede hadde sannsynliggjort at det var nødvendig å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket for å beskytte informasjon om forsvarets kapasitet, og at innklagede dermed hadde hjemmel til å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket jf. EØS-avtalen artikkel 123 og den tidligere lovens § 3. KOFA vurderte også om det å unnta hele anskaffelsen var et proporsjonalt virkemiddel, men heller ikke her ble det konstatert brudd på reglene.

Note (10)

I forskriften § 1-3 har departementet fastsatt at loven gjelder for bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekontrakter som oppdragsgivere yter direkte tilskudd til med mer enn 50 %. For nærmere redegjørelse, se kommentarer til denne bestemmelsen.

Note (11)

Reguleringen av lovens virkeområde for Svalbard er den eneste reguleringen av lovens stedlige virkeområde. Departementet har i en fortolkningsutta-

lelse av 8. juni 2009 gjort rede for sitt syn på lovens geografiske virkeområde. Uttalelsen inneholder også uttalelser om departementets syn på anskaffelsesforskriftens geografiske virkeområde. Departementet konkluderer med at lovens virkeområde er svært vidt, og at alle omfattede oppdragsgiveres anskaffelser i utgangspunktet er omfattet, uansett hvor i verden de foretas. Forskriftens virkeområde er noe snevrere, jf. fortolkningsuttalelsen.

Departementet kan i forskrift fastsette at loven skal gjelde på Svalbard. Denne forskriftshjemmelen er en videreføring av gjeldende rett, men er foreløpig ikke benyttet.

I Ot.prp. nr. 71 (1997–98) heter det:

«Lov om Svalbard 17. juli 1925 nr 11 § 2 fastsetter at norsk privatrett, strafferett og lovgivning om rettspleien gjelder på Svalbard. Andre lovbestemmelser gjelder ikke for Svalbard, med mindre dette er særskilt fastsatt. I denne sammenhengen er det sentralt at EØS-avtalen ikke gjelder for Svalbard, jf lov 27. november 1992 nr. 109 § 6, og følgelig vil anskaffelsesloven ikke fullt ut gjelde for oppdragsgivere på Svalbard. For å unngå usikkerhet om lovens anvendelse for Svalbard og for å få et ryddig regelverk, foreslås det at det i loven gis hjemmel for en egen forskrift om regelverkets anvendelse på Svalbard.»

Bestemmelsen i den tidligere loven ble endret ved lov 30. juni 2006 nr. 41 for å gjøre det klart at Kongen har kompetanse, men ingen plikt, til å gi forskrifter om lovens anvendelse på Svalbard. Det kan ikke sies at lovgiver har lyktes i å unngå usikkerhet om lovens anvendelse for Svalbard ved denne reguleringen. Sett i sammenheng med FADs ovenfor nevnte fortolkningsuttalelse kan det synes som om Svalbard er det eneste stedet i verden hvor lov om offentlige anskaffelser ikke gjelder.

KOFA og KOFAs sekretariat har behandlet saker om Svalbard i blant annet sak 2009/123 (Bydrift Longyearbyen KD) og 2004/99 (Statsbygg).