

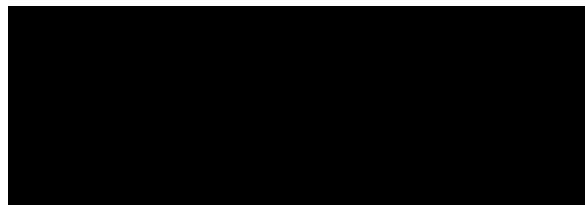
VANN- OG AVLØPSRETT

Kapittel 4



VANN- OG AVLØPSRETT

Guttorm Jakobsen
Advokatfirmaet Haavind AS



Vann- og avløpsrett

ISBN 978-82-414-0317-0

© Norsk Vann 2010

Forfatter:

Guttorm Jakobsen, Advokatfirmaet Haavind AS

Referansegruppe:

Gunnar Mosevoll, Christen Ræstad, Kjell Arne Reistad,
Hans Tore Hoff, Anne Maria Pileberg, Terje Wikstrøm

Norsk Vanns prosjektleder:

Toril Hofshagen

Forsideillustrasjon:

Oddmund Mikkelsen

Trykk:

Valdres Trykk AS

Det gjøres oppmerksom på at denne boken er Norsk Vanns eiendom, og det er ikke tillatt å kopiere fra boken uten samtykke fra Norsk Vann.

FORORD

Vann- og avløpssektoren sørger for at befolkning og næringsliv får rent vann i springen til alle tenkelige formål, og for at avløpsvannet blir fraktet bort og rensset før det slippes ut til naturen igjen. Vann- og avløpstjenestene er av karakter mangfoldige da det handler om både helse, miljø, sikkerhet, økonomi, teknologi, kommunal forvaltning, forbrukerrettigheter etc. etc. Det er dermed også en rekke myndigheter som har et delansvar for å gi rammebetingelsene på vann- og avløpsområdet. Det er en utfordring at det ikke er utpekt ett ansvarlig departement som har i oppgave å koordinere statlige myndigheters regelverksarbeid på vann- og avløpsområdet.

Vann- og avløpsbransjen må derfor forholde seg til et komplisert bilde når det gjelder juridiske rammebetingelser, både ved etablering av vann- og avløpsanlegg og i den løpende driften av anleggene. I tillegg til et mangfold av lover og forskrifter, foreligger det en rekke avgjørelser i rettssystemet av betydning for utøvelse av vann- og avløpstjenesten.

De siste 10–15 årene har det dessuten vært et markant taktskifte når det gjelder regelverksendringer på vann- og avløpsområdet. En viktig årsak til dette er at EU har utviklet regelverket på stadig flere områder med betydning for vann- og avløpstjenestene, og EU-reglene blir som følge av EØS-avtalen i hovedsak implementert gjennom norsk regelverk. Samtidig har endringstempoet i norsk egeninitiert regelverksutvikling også økt de senere årene.

Summen av et komplisert regelverk og et høyt endringstempo gjør at det er krevende for den enkelte kommune og det enkelte VA-selskap å holde seg oppdatert på hva som gjelder av rammebetingelser til enhver tid.

På denne bakgrunn utga Norsk Vann (den gang NORVAR) i 2001 rapporten ”VA-jus. Etablering og drift av vann- og avløpsverk sett fra juridisk synsvinkel” (rapport 117/2001), som var en beskrivelse av regelverk og rettspraksis på vann- og avløpsområdet per 2001. Siden 2001 har Norsk Vann videreutviklet rapporten som en søkbar ”VA-jus database” på www.norskvann.no med oppdatering ca. én gang årlig i takt med regelverksutvikling og rettsavgjørelser. Versjon 4 av VA-jus databasen ble i tillegg utgitt som Norsk Vann rapport 134/2003.

Etter å ha utgitt 9 versjoner av VA-jus databasen på hjemmesidene, hvorav versjon 1 og 4 også ble utgitt som trykket rapport, besluttet Norsk Vann å trykke den 10. versjonen av VA-jus databasen i bokform. I og med at det er den 10. versjonen på like mange år, er det en god anledning til å markere det langsiktige arbeidet med databasen ved å utgi den som en ”jubileumsbok”. Det har også vært et mål å øke bruken av databasen som kildegrunnlag ved at den er tilgjengelig både i bokform og på internett.

Det har derfor vært lagt ned ekstra ressurser i arbeidet med versjon 10, som er à jour med regelverksutvikling og rettspraksis per 1. juli 2010. For å markere at denne versjonen fremstår som et landemerke i forhold til de 9 foregående versjonene av databasen, er boken gitt tittelen ”Vann- og avløpsrett”.

Advokatfirmaet Haavind AS v/assosiert partner Guttorm Jakobsen er ansvarlig forfatter av boken, og av alle tidligere versjoner av VA-jus databasen, på oppdrag for Norsk Vann.

En referansegruppe har gitt innspill til arbeidet med databasen og har bl.a. bidratt i kvalitetssikringen av innholdet i denne boken. Referansegruppen består av:

- Gunnar Mosevoll, VA-leder i Skien kommune
- Christen Ræstad, sivilingeniør, eget firma
- Kjell Arne Reistad, tidligere kommuneadvokat i Lier kommune
- Hans Tore Hoff, kommuneadvokat i Skedsmo kommune

- Anne Maria Pileberg, juridisk rådgiver i Oslo kommune, Vann- og avløpsetaten
- Terje Wikstrøm, plansjef i Hias IKS

Toril Hofshagen har vært ansvarlig for VA-jus databasen fra Norsk Vanns side siden starten i 2001, og også for denne bokutgivelsen. Fred Ivar Aasand i Norsk Vann har hatt ansvaret for de praktiske forholdene rundt bokutgivelsen.

Databasen og denne boken er basert på tilgjengelig offentlig materiale, juridisk litteratur og lovdata. Det presiseres at verken Advokatfirmaet Haavind AS eller Norsk Vann har ansvar for eventuelle feil, ufullstendigheter eller manglende ajourføring i kildematerialet, VA-jus databasen eller i boken. Leseren oppfordres uansett til å søke råd fra juridisk ekspertise i forbindelse med egne juridiske problemstillinger da sakens fakta kan ha vesentlig betydning, eller da lovgivningen kan ha blitt endret mellom oppdateringene eller i mellomtiden ha blitt tolket annerledes som følge av ny rettspraksis e.a.

Det gjøres oppmerksom på at VA-jus databasen og jubileumsboken er Norsk Vanns eiendom. Det er ikke anledning til å kopiere fra denne boken uten samtykke fra Norsk Vann.

Norsk Vanns håp er at VA-jus databasen generelt, og denne jubileumsboken spesielt, skal være en god støtte i arbeidet med å etterleve regelverket på vann- og avløpsområdet. Ambisjonen er at det over hele landet skal produseres tilfredsstillende vann- og avløpstjenester som oppfyller regelverkets krav. Arbeidet med boken har også vist seg nyttig ved å avsløre svakheter og mangler i regelverket og påvirke utviklingen av rammebetingelsene i en funksjonell retning.

Målgruppene for boken er blant annet kommuner, vann- og avløpsselskaper, statsetater som arbeider med vann- og avløpsspørsmål, advokater og konsulenter. Studenter kan også ha god nytte av boken, da den på en praktisk måte illustrerer anvendelsen av generelle rettsregler på et konkret samfunnsområde.

Norsk Vann vil takke forfatter Guttorm Jakobsen og referansegruppen for VA-jus databasen for det store engasjementet som er utvist gjennom arbeidet med denne boken!

Norsk Vann, 1. oktober 2010

Einar Melheim
Direktør

Toril Hofshagen
Assisterende direktør

INNHOLDSFORTEGNELSE

KAPITTEL 4	1
4 KONKURRANSESETTING – LOV OG FORSKRIFTS-REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	20
4.1 INNLEDNING.....	20
4.2 LOV- OG FORSKRIFTVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – GENERELT	21
4.2.1 Innledning	21
4.2.2 Generelt om lov om offentlige anskaffelser.....	21
4.2.3 Generelt om forskriftene.....	21
4.3 NÆRMERE OM LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.....	22
4.3.1 Formål – § 1	22
4.3.2 Oppdragsgivere som er omfattet – § 2	22
4.3.3 Anskaffelser som er omfattet – § 3.....	22
4.3.4 Rettighetshavere – § 4	22
4.3.5 Grunnleggende krav – § 5	23
4.3.6 Livssykluskostnader, universell utforming og miljø – § 6	26
4.3.7 Søksmål – § 7	26
4.3.8 KOFA – Tvisteløsningsorgan – § 7a.....	26
4.3.9 Overtredelsesgebyr – § 7b	28
4.3.10 Beslutning om midlertidig forføyning og mulkt – § 8	29
4.3.11 Underretningsplikt for domstolene, erstatning, forskrifter og enkeltvedtak og lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, jf. §§ 9, 10, 11 og 11 a i lov om offentlige anskaffelser	29
4.4 RETTSPRAKSIS ETTER LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG ANBUDSRETTLIGE REGLER.....	30
4.5 FORSKRIFT 7. APRIL 2006 NR. 402 OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.....	30
4.5.1 Innledning	30
4.5.2 Kommunenes adgang til å tildele enerett for utførelse av VA-tjenester	31
4.5.3 Almennelige regler – Anskaffelsesforskriften kapittel 3	34
4.5.4 Definisjoner – Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser – Kapittel 4 – Egenregibegrepet – Når kan en kommunes anskaffelser anses for å utgjøre egenregi?.....	35
4.5.5 Del II – Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester	37
4.5.6 Del III – Anskaffelser over EØS-terskelverdiene	39
4.6 FORSKRIFT OM INNKJØP I FORSYNINGSSEKTORENE.....	40
4.6.1 Oversikt over innholdet i forsyningsforskriften	40
4.6.2 Almennelige bestemmelser – Forsyningsforskriften del I	40
4.6.2.1 Hvem som er omfattet av forskriften – Forsyningsforskriften § 1-2	40
4.6.2.2 Aktiviteter som er omfattet av forskriften – Forsyningsforskriften § 1-3	42
4.7 KLASSISKE FEIL I SAKSBEHANDLINGEN VED ANBUDSKONKURRANSER	45
4.7.1 Lovlige kvalifikasjonskrav	45
4.7.2 Lovlige tildelingskriterier.....	45
4.7.3 Sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.....	45
4.7.4 Vektlegging av tildelingskriterier som ikke er oppstilt i konkurransegrunnlaget.....	46
4.7.5 Vektlegging av kun noen av de oppstilte kriterier	46
4.7.6 Forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet	46

4.8 NÆRMERE OM KONSEKVENSENE AV FEIL I SAKSBEHANDLINGEN OG ERSTATNINGSANSVAR..... 47

4 KONKURRANSESETTING – LOV OG FORSKRIFTS- REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Gjeldende regelverk på dette området i dag er først og fremst lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser som blant annet fastslår de grunnleggende krav til anskaffelsene som skjer i regi av det offentlige. Anskaffelsene skal så langt som mulig være basert på konkurranse, og utvelgelsen av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Loven gir leverandører som føler seg tilsidesatt mulighet til å reise søksmål for norske domstoler for å få dette nærmere vurdert. Det gis også egne regler om et særskilt tvisteløsningsorgan, Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) i lovens § 7 a. Det har etter hvert utviklet seg en rikholdig praksis på området etter at dette organet nå har vært i virksomhet i flere år.

I medhold av loven er det gitt to sentrale forskrifter. Det er *Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser* og *Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)*. Disse er heretter forkortet hhv. med forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøp i forsyningssektorene eller forsyningsforskriften.

Mens kommunale vann- og avløpsverk tidligere kunne benytte forsyningsforskriften, med den fleksibilitet denne forskriften gir, er det med virkning fra 20. oktober 2005 bestemt av Moderniseringsdepartementet at disse må benytte anskaffelsesforskriften.

Det er kun vann- og avløpsverk organisert i egne rettssubjekter som AS, IKS eller lignende som kan benytte forsyningsforskriften.

4.1 Innledning

Vann- og avløpsverk står overfor betydelige utfordringer mht. å løse pålagte oppgaver innenfor gitte budsjetter. Anskaffelser og konkurranseutsetting er i så måte verktøy som kan brukes for å sikre rasjonell og kostnadsbesparende drift. Offentlige vann- og avløpsverk er også i stor grad pålagt å sørge for konkurranseutsetting for sine anskaffelser etter gjeldende lov- og forskriftsregelverk.

Selve regelverket inklusive rettspraksis omtales nærmere nedenfor under kapittel 4.2–4.6. I kapittel 4.2 sies noe generelt om lov og forskriftsverket for offentlige anskaffelser. I kapittel 4.3 tar vi nærmere for oss lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, mens vi i kapittel 4.4 gjennomgår rettspraksis etter lov om offentlige anskaffelser og anbudsrettslige regler. Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser omtales i kapittel 4.5 og forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektoren i kapittel 4.6.

I kapittel 4.7 ser vi på noen klassiske feil i saksbehandlingen ved anbudskonkurranser, og i kapittel 4.8 gis en nærmere omtale av konsekvensene av feil i saksbehandlingen og erstatningsansvar. Avslutningsvis gis en oppsummering i kapittel 4.9.

4.2 Lov- og forskriftverket for offentlige anskaffelser – Generelt

4.2.1 Innledning

Nytt regelverk for offentlige anskaffelser trådte i kraft 1. januar 2007. Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser ble da endret, i tillegg til at nye anskaffelsesforskrifter ble gjort gjeldende.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) har i denne forbindelse utarbeidet en veileder til det nye regelverket om offentlige anskaffelser. Veilederen går blant annet inn i de nye anskaffelsesprosedyrene, elektronisk kommunikasjon, rammeavtaler, universell utforming, muligheten til å stille etiske krav i tillegg til å behandle grundig temaer som konkurranse med forhandling og avvisning.

4.2.2 Generelt om lov om offentlige anskaffelser

Lov om offentlige anskaffelser gjelder for alle oppdragsgivere som er bundet av regelverket, uansett hvilke anskaffelser som foretas og uansett størrelsen på den enkelte anskaffelse. Dette innebærer at selve loven også kommer til anvendelse for anskaffelser under terskelverdiene.

Selve loven er ikke omfattende, men fastslår de grunnleggende krav som gjelder for anbudskonkurranser.

4.2.3 Generelt om forskriftene

Det er to hovedforskrifter som gjelder for offentlige anskaffelser:

- 1) Utenfor forsyningssektoren gjelder *Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser* (anskaffelsesforskriften). Denne opphever forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser.
- 2) *Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)* (forsyningsforskriften). Denne opphever forskrift 5. desember 2003 nr. 1424 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene).

Begge forskriftene trådte i kraft 1. januar 2007.

Forskriftene gjennomfører EU-direktivene 2004/17/EF og 2004/18/EF, samtidig som det også er gjort endringer i den nasjonale delen av regelverket. Begge forskriftene viderefører hovedlinjene i de tidligere forskriftene, men da det også var ønskelig å gjøre større endringer i strukturen, valgte Fornyings- og administrasjonsdepartementet å gå inn for nye forskrifter fremfor å endre de tidligere forskriftene, jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

Anskaffelsesforskriften gjelder for de såkalte ”klassiske” sektorer, det vil si de sektorer som ikke er omfattet av forsyningsforskriften. Forskriften er nærmere omtalt nedenfor under kapittel 4.5.

Forsyningsforskriften er en sektorforskrift som gjelder for forsyningssektorene, dvs. innen vann- og energiforsyning, transport og posttjenester. Forskriften får likevel ikke anvendelse på statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse. Ifølge departementet innebærer dette at kommunal virksomhet som ikke er organisert i et IKS eller AS

ikke kan benytte forsyningsforskriftens regler. Denne forskriften er nærmere omtalt nedenfor under kapittel 4.6.

Reglene i forskriftene er i hovedsak ”sydd over samme lest” når det gjelder anskaffelser over EØS terskelverdiene, men det er viktige forskjeller, som for eksempel: Innenfor forsyningssektorene er det større adgang til å gjennomføre innkjøp etter forhandling. Anskaffelsesforskriften gir i utgangspunktet kun anledning til å gjennomføre åpen eller begrenset anbudskonkurranse, og kun i unntakstilfeller anledning til kjøp etter forhandling når man er over EØS terskelverdiene. For anskaffelser over kr. 500.000,- eks mva., er imidlertid anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling likestilt.

Forskriftene kommer til anvendelse når det offentlige innkjøpet har en anslått verdi eks. mva over terskelverdien som angitt i den aktuelle forskrift.

For oversikt over gjeldende terskelverdier vises det til Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementets hjemmesider.

4.3 Nærmere om lov om offentlige anskaffelser

4.3.1 Formål – § 1

Formålet med loven med tilhørende forskrifter er å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre en mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling, jf. lovens § 1. Etter lovendringen 30. juni 2006, som trådte i kraft 1. januar 2007, følger det at regelverket også skal bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

4.3.2 Oppdragsgivere som er omfattet – § 2

Av § 2 følger det at loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt i medhold av loven. Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi.

Kongen, dvs. regjeringen, kan gi nærmere bestemmelser om hvilke oppdragsgivere som er omfattet av loven. Kongen kan videre gi nærmere bestemmelser om lovens anvendelse på Svalbard og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forhold.

4.3.3 Anskaffelser som er omfattet – § 3

Etter lovens § 3 kommer den til anvendelse på anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2. Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123

4.3.4 Rettighetshavere – § 4

Rettighetshavere etter loven er bare virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og som har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat, jf. § 4. Det samme gjelder virksomheter som er gitt slike rettigheter etter WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet til å følge.

4.3.5 Grunnleggende krav – § 5

De grunnleggende krav til anskaffelsen fremgår av lovens § 5. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

”Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Oppdragsgiver skal ikke

- a) diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet,*
- b) bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, eller*
- c) dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse.”*

Under enhver omstendighet vil et vann- og avløpsverk som oppdragsgiver være bundet av de alminnelige prinsipper som gjelder for anbudskonkurranser, jf. for eksempel NS 3400 som i stor grad reflekterer disse prinsippene.

Sammenfatningsvis er hovedprinsippene mht. saksbehandlingen at den må vareta de grunnleggende krav om likebehandling og ”fair play”.

Følgende grunnleggende prinsipper som i denne sammenheng må følges er:

a) Forholdsmessighetsprinsippet

Oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen. Dette blir kalt forholdsmessighetsprinsippet eller proporsjonalitetsprinsippet.

Det følger av dette prinsippet at kravene til fremgangsmåte hos oppdragsgiveren øker proporsjonalt med verdien av anskaffelsen. Prinsippet kommer derfor inn ved fortolkningen av de andre grunnleggende prinsippene som blir gjennomgått i det følgende.

b) Krav til konkurranse

Fri konkurranse er et tilleggsprinsipp til lik konkurranse. Prinsippet forbyr alle tiltak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen i markedet. På den måten ønsker man å oppnå mest mulig effektiv ressursbruk for det offentlige, og at konkurransen mellom bedriftene skal virke.

c) God forretningsskikk

Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med god forretningsskikk. Kravet til god forretningsskikk innebærer at oppdragsgiveren må innrette seg slik en aktsom profesjonell aktør ville ha gjort, på alle stadiene i anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiveren må sørge for at saksbehandlingen er forsvarlig og saklig, og at anskaffelsen skjer på en økonomisk og ressurseffektiv måte.

d) Prinsippet om ikke-diskriminering

Hovedinnholdet i dette prinsipp er at det gjennom hele anskaffelsesprosessen skal anvendes kriterier som så vel nasjonale som utenlandske anbydere/tilbydere har like muligheter til å oppfylle. Det er heller ikke anledning til å diskriminere lokalt eller regionalt.

e) Likebehandlingsprinsippet

Innholdet av dette prinsippet er at like eller sammenlignbare situasjoner ikke må behandles forskjellig med mindre det foreligger en saklig grunn for det. Som følge av likebehandlingsprinsippet må anskaffelsesreglene, dvs. de anbudsregler som oppstilles, og praktiseringen av disse, være basert på objektivitet, slik at alle anbydere får like muligheter til å vinne kontrakten.

f) Gjennomsiktighet for deltakerne

Dette betyr at offentlige anbuds-/tilbudskunngjøringer skal utlyses slik at det skal kunne nå frem til alle mulige interessenter, og at anbuds-/tilbudsgrunnlaget skal inneholde alle relevante kriterier for utvelgelse av anbyder og for tildeling av kontrakt. Selve offentliggjøringen kan praktisk håndteres på flere måter, bl.a. ved kunngjøring i Norsk Lysningsblad. Videre må alle som deltar i anbudskonkurranse ha lik adgang til opplysninger som er av betydning for å kunne legge inn konkurransedyktige anbud. Dette kan også håndteres praktisk på forskjellige måter. Poenget her er at det følges opp for å sikre "fair" konkurranse.

Oppdragsgiver bør dessuten fortløpende dokumentere den prosess som følges, og de vurderinger som gjøres. Dette tjener to formål. Det ene er å ta vare på kompetansebyggingen hos oppdragsgiver, og det andre er at det vil kunne brukes i søksmålsforebyggende øyemed (etterprøvnbarhet).

Endelig nevnes at det i regelverket i visse tilfeller stilles krav om rapportering.

g) Rettsikkerhet

Dette prinsipp er alminnelig akseptert både innenfor EØS og i nasjonal rett. Rettsikkerhetsprinsippet består særlig av to elementer; beskyttelse av oppnådde rettigheter og forutberegnelighet. Det er særlig forutberegnelighetselementet som har betydning i forbindelse med offentlige anskaffelser.

Kravet til likebehandling eller "fair play" står særlig sentralt når man benytter anbudsformen. Alle anbyderne skal behandles etter de samme prinsipper, og det må ikke skje noen forskjellsbehandling. Prinsippet om likebehandling blir særlig viktig når oppdragsgiver selv skal delta som anbyder ved såkalt egenanbud.

Anbud fra egen enhet hos oppdragsgiver, (f.eks. et driftsteam på et vannverk), skal behandles etter de samme objektive kriterier som de øvrige innkomne anbudene. De som utarbeider anbudsgrunnlaget, kan som påpekt ovenfor, ikke være de samme som senere skal utarbeide enhetens eget anbud. I så tilfelle vil grunnlaget og anbudet i for stor grad kunne tilpasses hverandre, og det ville være et klart brudd på prinsippet om "fair play".

Til illustrasjon av denne bestemmelsen kan vises til avgjørelse av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) den 24. mars 2003 (KOFA-2003-23). Saken gjaldt anskaffelse av rammeavtale for rørleggertjenester til kommunalt eid vann- og avløpselskap.

Saksforholdet var her at Bømlo kommune i august 2002 inviterte til åpen anbudskonkurranse i forbindelse med kjøp av rørleggertjenester og noen deleleveranser. Anskaffelsen ble kunngjort i Norsk lysningsblads elektroniske database (DOFFIN). Kommunen ønsket å inngå rammeavtale med en kontraktperiode på to år og med anslått årlig verdi inntil kr. 500.000,-. (terskelverdiene var på dette tidspunkt kr. 200.000,-) Det ble i kunngjøringen opplyst at kommunen allerede hadde inngått en

rammeavtale med firma Brødrene Dahl for leveranse av rør, rørdeler, annet VVS-materiell og diverse betongprodukter.

Kommunen mottok ingen tilbud, og innkalte derfor av eget tiltak de lokale leverandørene Helle AS (heretter kalt klager) og VVS Bømlo AS til forhandlingsmøte. Klager leverte inn tilbud og ble deretter tildelt en toårig rammeavtale som eneleverandør av rørleggertjenester til kommunen, med opsjon for kommunen til forlengelse i ytterligere to år.

Kommunen stiftet den 17. desember 2002 Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS (heretter kalt "innklagede"). Kommunen er eneaksjonær i selskapet. Eiendomsretten og ansvaret for alle vann- og avløpsanlegg i kommunen, ble overtatt av innklagede fra den 1. januar 2003. Når det gjaldt de rammeavtaler som kommunen hadde inngått, herunder ovennevnte rammeavtaler, ble foretaket, som er sakens innklagede, stilt fritt til å tiltre disse.

Innklagede tiltrådte den eksisterende rammeavtalen kommunen hadde med firmaet Brødrene Dahl AS, men ikke den allerede inngåtte avtalen mellom klager og kommunen. Som begrunnelse for dette ble for klagenemnda anført at avtalen med klager ikke var tilpasset innklagedes behov.

Innklagede inviterte deretter to lokale leverandører (hvor klager var den ene) til separate møter. Disse ble avholdt i januar 2003. Hensikten var å redegjøre for innklagedes behov og klargjøre om selskapene var villig til å gi tilbud på rørleggertjenester.

I brev datert den 30. januar 2003 ble klager orientert om at kontrakten var tildelt VVS Bømlo AS. Som begrunnelse ble det oppgitt at dette skyldtes en totalvurdering.

Klagenemnda fant at den aktuelle anskaffelsen i utgangspunktet var omfattet av forskrift 16. desember 1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forskriften er senere opphevet og erstattet med en ny)

Ut fra det opplyste om kontraktsvolum i kontraktsperioden lå anskaffelsen under forsyningsforskriftens terskelverdier, jf. § 12, slik at forsyningsforskriften allikevel ikke kom til anvendelse og anskaffelsen måtte således vurderes opp mot de generelle bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser.

Klagenemnda fant, under henvisning til tidligere resultatløs kunngjøring noen måneder tidligere, at innklagede ikke hadde opptrådt i strid med lovens krav til å sikre reell konkurranse, ved å unnlate å kunngjøre oppdraget, og i stedet ta kontakt med de lokale leverandørene.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen, jf. loven § 5 tredje ledd. Innklagede utarbeidet ikke noe skriftlig konkurransegrunnlag og det forelå ingen referater fra de avholdte møtene i januar 2003. Leverandørene hadde således få objektive holdepunkter å forholde seg til i forhold til gjennomføringen av konkurransen og hvilke forhold som ville bli, og som ble vektlagt ved tildeling av kontrakt. Dette forhold måtte etter KOFAs vurdering, klart anses for å være i strid med de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen.

Da det gjaldt en helt ny avtale, fant klagenemnda at det skulle ha vært utarbeidet et skriftlig konkurransegrunnlag, med i det minste opplysninger om kontraktsforutsetninger, kontraktens varighet og avløpsordning. Så langt klagenemnda hadde brakt på det rene, leverte ikke VVS Bømlo AS noe tilbud i forkant av forhandlingene, og det var da desto viktigere å sørge for likestilling av de to som nå konkurrerte om oppdraget.

Det ble videre påpekt at innklagede ved tildelingen hadde benyttet et matriseskjema med klare forutsetninger i forhold til forventet timebruk og innkjøp av forskjellig utstyr. På bakgrunn av plikten til å basere tildelingen av kontrakter på objektive kriterier og de ovennevnte krav til

forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, påpekte KOFA at de kriterier som fremkom i matriseskjemaet skulle vært presentert skriftlig for leverandørene ved forhandlingsstart.

Når innklagede ikke ga til kjenne om valg av tilbud ville skje på basis av laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbud, følger det av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at innklagede bare kunne legge vekt på pris. Dette er det eneste kjente og objektive kriteriet deltakerne i konkurransen kunne ha forventninger om.

Konklusjonen ble etter dette at Bømlo Vatn og Avløpsselskap AS ved inngåelse av rammeavtale for rørlegger tjenester hadde brutt kravene til forutberegnelighet, forutsigbarhet og etterprøvbarehet og kravet til å basere tildeling av kontrakt på objektive kriterier i lov om offentlige anskaffelser § 5.

4.3.6 Livssyklus kostnader, universell utforming og miljø – § 6

Bestemmelsen gir anvisning på at statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, under planleggingen av den enkelte anskaffelse, skal ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.

4.3.7 Søksmål – § 7

Bestemmelsen lyder som følger:

”Søksmål om overtredelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, reises for tingretten uten forliksmegling.

Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven. Dette gjelder likevel ikke for beslutninger som er truffet under anskaffelsesprosedyrer innenfor forsyningssektorene.”

Det foreligger etter hvert en betydelig rettspraksis på området. Sentrale avgjørelser fra de senere årene gjennomgås nedenfor under kapittel 4.4.

4.3.8 KOFA – Tvisteløsningsorgan – § 7a

Bestemmelsen lyder som følger:

”Kongen kan opprette et rådgivende organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter denne lov og forskrifter hjemlet i denne. Organet skal ha myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter § 7b.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgivere som omfattes av loven her er pliktige til å delta i prosessen for tvisteløsningsorganet.

Kongen kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet, herunder bestemmelser om partenes rett til innsyn i sakens dokumenter.

Offentleglova (endret ved lov 19. mai 2006 nr. 16 i kraft 1. januar 2009) får anvendelse på den virksomhet som drives av Tvisteløsningsorganet.”

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) ble opprettet den 1. januar 2003.

Totalt avgjorte saker i perioden 1. januar 2003 til 24. mai 2007 var 976, hvorav det har blitt konstatert brudd på reglene i 333 saker. Sekretariatet har avvist å realitetsbehandle klagen i 394 tilfeller. I 109 tilfeller har nemnda konkludert med at regelverket ikke har vært brutt etter realitetsbehandling. De resterende sakene har blitt løst i minnelighet. Antall avgjorte saker i 2009 var 225.

Alle avgjørelsene til KOFA er publisert på www.kofa.no. Det vil av plasshensyn ikke være mulig å gjennomgå KOFAs avgjørelser i denne fremstillingen. Vi har derfor kun omtalt en avgjørelse i tilknytning til lov om offentlige anskaffelser § 5, jf. omtalen av denne avgjørelsen ovenfor. Saken gjaldt anskaffelse av rammeavtale for rørleggertjenester til kommunalt eid vann- og avløpssekskap. (KOFA-2003-23).

For en detaljert gjennomgang av KOFAs avgjørelser vises til Marianne H. Dragsten og Esther Lindalens to-binds kommentarutgave *Offentlige anskaffelser*, utgitt i 2005.

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser gir veiledning for KOFAs saksbehandling. Forskriften ble sist endret 11. desember 2009, med virkning fra samme dato.

Det fremgår av § 1 i forskriften at klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være et rådgivende organ som skal behandle klager om brudd på lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Nemnda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Nemnda har også myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7 b.

Oppdragsgiver er etter § 2 i forskriften pliktig til å delta i klagebehandlingen. Han skal inngi tilsvarende og for øvrig følge de instruksjoner som klagenemnda gir om saksbehandlingen. Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. Blant medlemmene oppnevner Kongen en leder. jf. § 3 i forskriften. For den første fireårsperioden ble Bjørg Ven i advokatfirmaet Haavind AS utpekt som leder. Medlemmene kan ikke avsettes eller suspenderes i perioden med mindre det foreligger særlig grunn. Konkurransetilsynet utpeker sekretariatet for klagenemnda, jf. § 4.

Etter § 5 i forskriften kan Kongen ikke instruere klagenemnda eller sekretariatet verken om lovtolkning, skjønnsutøvelse, avgjørelse av enkeltsaker eller saksbehandlingen.

En klage til klagenemnda må etter § 6 i forskriften gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av en anskaffelse etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne. Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlater, handling eller beslutning. Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen, er avgjort ved dom i første instans kan klagen ikke tas til behandling.

Formelle krav til klagen finnes i § 7.

En klage til klagenemnda gir ikke oppsettende virkning. Dersom tvisten er brakt inn, eller senere bringes inn, for retten eller til voldgiftsbehandling, skal den part som bringer saken inn for retten eller til voldgiftsbehandling samtidig varsle klagenemnda, jf. § 8 i forskriften.

Etter § 9 i forskriften er det sekretariatet som avgjør om en klage kan tas til behandling, og kan avvise klage som er ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling. Klager kan påklage avgjørelsen til klagenemndas leder som avgjør spørsmålet. Klagen må foreligge senest tre virkedager etter at klager ble kjent med avgjørelsen.

Innklagede skal etter § 10 snarest mulig gjøres kjent med at klage har innkommet. Samtidig med underrettelse om klage skal det fastsettes en frist for å inngi skriftlig tilsvarende, som ikke bør overstige 14 virkedager fra innklagede har mottatt sakens dokumenter. Dersom særlige grunner tilsier det, kan det gis en kort tilleggsfrist.

Etter at tilsvaret er meddelt klageren, skal klageren gis en frist som ikke bør overstige 10 virkedager til å kommentere tilsvaret.

For partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis, gjelder lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 21-3 andre ledd andre punktum, jf. § 21-5 og § 26-5, jf. kapittel 22 og § 26-6 tilsvarende så langt de passer. Eventuelle pålegg om fremleggelse gis av sekretariatet. Pålegg kan påklages til klagenemndas leder i samsvar med reglene i forvaltningsloven § 14, jf. § 11 i forskriften. Denne ble endret ved forskrift 11. desember 2009 nr. 1491 (om endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser).

Klagenemnda settes med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Beslutningen om uttalelsens innhold treffes med simpelt flertall. Klagenemnda skal uttale om det er begått brudd på lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Uttalelsen skal være skriftlig og begrunnet. Slutningen skal angi hvilke regler som i tilfelle er brutt og hvilke omstendigheter som representerer slikt brudd. Nemnda skal i slutningen ikke uttale seg om de rettslige konsekvensene av brudd. Dersom nemnda finner grunn til det, kan den uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt, jf. § 12 i forskriften.

Klagenemnda skal uttale om det er begått brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Uttalelsen skal være skriftlig og begrunnet. Slutningen skal angi hvilke regler som i tilfelle er brutt og hvilke omstendigheter som representerer slikt brudd. Nemnda skal i slutningen ikke uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd. Dersom nemnda finner grunn til det kan den uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt.

Klagenemnda kan bare prøve lovmessigheten av unnlåtelsen, handlingen eller beslutningen. Klagenemnda kan ikke gå utenfor partenes anførsler og påstander.

Partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. For klage til klagenemnda skal det betales ett rettsgebyr. Klagen tas ikke til behandling før gebyret er betalt, jf. § 13 i forskriften. Gebyret for at KOFA skal behandle saken er per 30. januar 2010 kr. 860,-.

Det er gitt særskilte regler for klager på ulovlige direkteanskaffelser, jf. § 13 a.

Klagenemndas uttalelser er offentlige, og skal publiseres på hensiktsmessig måte. Klagenemnda skal hvert år utarbeide en melding om virksomheten, jf. § 14 i forskriften.

Klagenemnda kan innenfor rammene av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser fastsette nærmere retningslinjer for saksbehandlingen, herunder delegere oppgaver til leder og sekretariat. I saker om overtredelsesgebyr gjelder lov 10. februar 1967 om behandlingssaker for nemndas virksomhet, med de særlige bestemmelser som er gitt i lov om offentlige anskaffelser § 7b. I andre saker gjelder forvaltningsloven kapittel I til III tilsvarende for nemndas virksomhet, jf. forskriften § 15.

4.3.9 Overtredelsesgebyr – § 7b

Lovens § 7b kom inn ved endringen den 30. juni 2006, og trådte i kraft den 1. januar 2007. Bestemmelsen hjemler adgang til å ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser. Dette er en sivilrettslig sanksjon som faller inn under gruppen av forvaltningssanksjoner.

Bestemmelsen lyder i sin helhet:

”En oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.

Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven.

Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtak er fattet. Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2.

Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.”

4.3.10 Beslutning om midlertidig forføyning og mulkt – § 8

Lovens § 8 lyder som følger:

”Mot overtredelser av denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven kan det ikke besluttes midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått.

Ved begjæring om midlertidig forføyning mot overtredelser under anskaffelsesprosedyrer innenfor vannforsyning, energi, transport og telekommunikasjon kan det heller ikke før kontrakt er inngått, besluttes midlertidige forføyninger som nevnt i tvisteloven § 34-3 første ledd. Dersom det er sannsynlig at bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, vil bli eller allerede er overtrådt, skal retten i stedet fastsette en mulkt som saksøkte skal betale til statskassen dersom overtredelsen ikke bringes til opphør eller forhindres og kontrakt blir inngått. Mulkten skal være så stor at den er egnet til å hindre at saksøkte begår eller opprettholder overtredelsen. Saksøkte plikter bare å betale mulkten dersom det ved dom blir fastslått at vilkårene for betaling av mulkten er oppfylt.”

4.3.11 Underrettningsplikt for domstolene, erstatning, forskrifter og enkeltvedtak og lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, jf. §§ 9, 10, 11 og 11 a i lov om offentlige anskaffelser

Retten har etter § 9 i loven en underrettelsesplikt overfor departementet om saker som idømmes etter § 7, samt forføyninger og ileggelse av mulkt etter § 8. Ved ileggelse av mulkt etter § 8 skal retten også underrette skattekontoret (etter omorganisering i skatteetaten) som inndriver mulkten.

Ved brudd på lov om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet, jf. § 10 i loven.

Lovens § 11 gir hjemmel for at Kongen ved forskrift kan gi bestemmelser til utfylling og gjennomføring av loven. Kongen kan gi oppdragsgivere de pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av lov om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt i medhold av loven. Overfor andre oppdragsgivere enn statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer kan det likevel bare gis pålegg som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner om offentlige anskaffelser.

Lov om offentlige anskaffelser § 11 a, ble tilføyd ved lov 21. desember 2007 nr. 121.

Ifølge denne bestemmelsen kan Kongen, ved forskrift, pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler mot såkalt sosial dumping i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som inngås etter denne lov.

Klausulene skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

Kongen kan også ved forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende etterlevelse av klausulene.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) har, med hjemmel i ovennevnte lovbestemmelse, fastsatt forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Det fremgår av forskriftens § 4 at den får anvendelse på tildeling av tjenstekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,05 millioner kroner eks. mva. for statlige myndigheter og 1,65 millioner kroner eks. mva for andre oppdragsgivere. FAD kan endre disse terskelverdiene.

Det er inntatt krav til kontraktsklausul om lønns- og arbeidsvilkår i forskriften § 5, og krav om at oppdragsgiver skal ta inn informasjon om kontraktsklausulen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget i § 6. Forskriften trådte i kraft 1. mars 2008.

4.4 Rettspraksis etter lov om offentlige anskaffelser og anbudsrettslige regler

Det foreligger ingen rettspraksis på området som spesielt gjelder vann- og avløpsverks anskaffelser. En gjennomgang av øvrig rettspraksis på området er foretatt i VA-jus databasen versjon 7, men er uttatt i denne utgaven av plasshensyn. Det vises til versjon 7 for generell rettspraksis på området.

4.5 Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

4.5.1 Innledning

Forskriften ble fastsatt av Fornyings- og administrasjonsdepartementet den 7. april 2006 og trådte i kraft den 1. januar 2007.

Formålet med forskriften er ifølge §§ 1-1:

”Forskriften skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Forskriften skal også bidra til at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.”

Forskriften gjelder først og fremst for statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse, jf. forskriftens § 1-2. Et offentligrettslig organ er etter forskriften § 1-2 andre ledd ethvert organ:

- a) som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og
- b) som er et selvstendig rettssubjekt og
- c) som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller

som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.

(3) Forskriften gjelder også når bygge- og anleggskontrakter og tilhørende tjenestekontrakter tildeles av andre enn oppdragsgiver som nevnt i første eller annet ledd, forutsatt at de er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent. Dette gjelder likevel bare kontrakter som nevnt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) kategori 3 eller kontrakter som gjelder sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger og bygninger til forvaltningsformål. Oppdragsgiver skal gjøre støttemottaker oppmerksom på denne bestemmelsen.

(4) Forskriften får ikke anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og posttjenester (forsyningsforskriften). Dette gjelder imidlertid bare i den utstrekning anskaffelsen skjer som ledd i utøvelse av aktivitet som angitt i forsyningsforskriften.

(5) Ved overdragelse av en enerett eller særrett til å utføre offentlige tjenester til rettssubjekter som ikke omfattes av forskriften, skal det pålegges rettssubjektet å overholde prinsippet om likebehandling når det foretas vareanskaffelser.”

Nærings- og handelsdepartementet har i brev til Interkommunalt Fellesinnkjøp i år 2003 slått fast at samme rettssubjekt både kan bli omfattet av anskaffelsesforskriften for en anskaffelse og forsyningsforskriften for en annen.

Dersom en oppdragsgiver som faller inn under forsyningsforskriften skal foreta en anskaffelse som ikke er et ledd i en virksomhetssektor som angitt i forsyningsforskriften, skal virksomheten som utgangspunkt følge anskaffelsesforskriften for denne konkrete anskaffelsen.

For å vite om en konkret anskaffelse faller inn under forsyningsforskriften er det derfor ikke tilstrekkelig å konstatere at en er en oppdragsgiver i henhold til forsyningsforskriftens § 1-2. Oppdragsgiveren må i tillegg vurdere om anskaffelsen skjer som ledd i en virksomhetssektor som omfattes av forsyningsforskriften.

Nærings- og handelsdepartementet gir uttrykk for at dersom den som tildeler en kontrakt eller arrangerer en prosjektkonkurranse er oppdragsgiver som utøver virksomhet innen vannforsyningssektoren, vil forsyningsforskriften gjelde for anskaffelser relatert til vann- og avløp over terskelverdiene. For anskaffelser relatert til vann- og avløp under terskelverdiene gjelder lov om offentlige anskaffelser. Slike anskaffelser er m.a.o. verken omfattet av anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften.

Dersom den som tildeler kontrakten eller arrangerer prosjektkonkurransen ikke er en virksomhet innenfor vannforsyningssektoren, og anskaffelsen gjelder avløp, gjelder anskaffelsesforskriften, uavhengig av om anskaffelsen er under eller over terskelverdien.

En nærmere gjennomgang av forskriftens mange paragrafer er gjort i VA-jus databasen utgave 7. Av plasshensyn er dette utelatt i denne utgaven. Nedenfor refereres utelukkende enkelte bestemmelser og problemstillinger som er særskilt aktuelle for VA-bransjen.

4.5.2 Kommunenes adgang til å tildele enerett for utførelse av VA-tjenester

En særskilt problemstilling som det har vært mye fokus på i den senere tid, er kommunenes adgang til å tildele enerett for utførelse av VA-tjenester i tråd med anskaffelsesforskriften § 1-3 andre ledd bokstav h.

Forskriftsbestemmelsen fastslår at forskriften ikke får anvendelse på

”kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ eller en sammenslutning av organer som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen.”

Slik tildeling av enerett kan være ønskelig for eksempel i situasjoner der en kommune ikke selv er i besittelse av nødvendig kompetanse til å forestå vannrensing og vanddistribusjon til sine kunder, eller avløpsborttransportering og rensing av avløpet, men kan kjøpe denne fra en nabokommune eller et interkommunalt selskap hva enten kommunen er medlem av dette selskapet eller ikke.

Selv om den aktuelle kommune skulle ha kompetanse til selv å forestå ovennevnte tjenester, kan det også være et ønske og et behov for å kjøpe visse nisjetjenester innenfor VA-området fra slike interkommunale selskap eller andre kommuner, som for eksempel utarbeidelse av hovedplaner, laboratorietjenester, lekkasjelytting mv, og dette uten at man må gå veien om avholdelse av anbudskonkurranser. Spørsmålet er dermed om dagens regelverk gir anledning til det.

Nærings- og handelsdepartementet har i sin uttalelse til Regionrådet i Bergen og Omland den 12. april 2002 påpekt at forutsetningen er at vedkommende leverandør har enerett til å levere tjenesteytelsen med hjemmel i en lov, forskrift eller administrativt vedtak.

Det vises til at det administrative vedtaket, som kan treffes både på politisk og administrativt hold, må kunngjøres. Dette sto ikke i den utgaven av forskriften som gjaldt da uttalelsen ble avgitt, men er tatt inn i de reviderte bestemmelsene som trådte i kraft 1. juli 2002 og videreført i anskaffelsesforskriften av 2006.

Det vises videre til at det er en forutsetning at tildelingen av eneretten er forenlig med avtalen, og at departementet antar at en tildeling av enerett i utgangspunktet er en restriksjon på adgangen til å yte tjenester, jf. EØS avtalens art. 36.

Etablering av en enerett må derfor, ifølge departementet, begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn, for eksempel beskyttelse av forbrukere, arbeidstakere, tjenestemottakere, yringsfrihet og kunstneriske verdier. Det må imidlertid foretas en interesseavveining av om de ikke økonomiske hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelse av tjenester. Det er krav om at tildeling av enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler.

Advokatfirmaet Haavind AS avga den 4. februar 2008 en betenkning til KS om rekkevidden av denne unntaksbestemmelsen.

Et sentralt hensyn bak enerettsunntaket er at det må dreie seg om tjenester som en offentlig oppdragsgiver bør ha hånd om fordi det foreligger særlige behov.

Tildelingen av enerett kan utelukkende skje til en annen offentlig oppdragsgiver. Et annet hensyn bak tildeling av enerett er blant annet at det er mindre betenkelig å gi enerett til en offentlig oppdragsgiver, siden denne selv må følge anskaffelsesforskriften ved sine anskaffelser.

Eneretten må være klar og avgrenset og fremgå av kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak. Det er ikke nødvendig å kunngjøre det administrative vedtaket i *Norsk Lovtidend*. Det vil være tilstrekkelig å kunngjøre vedtaket på et sted som er offentlig tilgjengelig, for eksempel kommunens hjemmeside.

Eneretten må kunne begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungveiene til at de går foran hensynet til konkurranse og den frie bevegeligheten av tjenester, og tildelingen må være nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene. Målene må ikke kunne oppnås med andre og mindre inngripende midler. De vurderinger og konklusjoner som fører til et vedtak om tildeling av enerett, må synliggjøres og nedfelles skriftlig slik at de senere kan dokumenteres.

Regelverket er på ingen måte klart. Det må foretas en konkret og grundig vurdering i hvert enkelt tilfelle der det vurderes å tildele enerett.

Hva gjelder adgang til å tildele enerett til vannforsyning har Haavind i sin betenkning konkludert med at sterke samfunnsmessige hensyn taler for at tildeling av enerett til et annet offentligrettslig organ på dette området vil være i samsvar med EØS-avtalen, og at det ikke er sannsynliggjort at disse hensynene kan ivaretas i tilstrekkelig grad ved bruk av mindre inngripende metoder, som for eksempel ved å innta krav om sikkerhet og beredskap i de private driftsavtalene.

Også når det gjelder avløpshåndtering er det behov for en sterk styring pga. de konsekvensene en svikt i avløpssystemet vil kunne få for miljøet og for folks helse. Selv om private driftsoperatører under normale forhold er i stand til å utføre denne type oppgaver på lik linje med det offentlige, må hensynet til konsekvensene under krise- og nødsituasjoner tilsi at de særlige grunnene som foreligger ikke nødvendigvis kan ivaretas på andre og mindre inngripende måter, for eksempel gjennom krav til ivaretagelse av beredskapshensyn i den enkelte kontrakt.

Det samme gjelder for tildeling av enerett til slamhåndtering ut fra miljøhensyn og det relativt strenge ansvaret kommunen som slamprodusent vil ha for skade ved feil behandling eller disponering av slammet, selv om dette overlates til en selvstendig oppdragstager som har påtatt seg ansvaret for slammet.

Tjenester som for eksempel TV-kjøring, lekkasjelytting, fakturering mv. er oppgaver som egner seg godt for konkurranseutsetting, og det finnes også private som helt eller delvis er i stand til å utføre denne type oppgaver. De nødvendige krav til kvaliteten i gjennomføringen av disse tjenestene antas å kunne inntas i aktuelle rammeavtaler med de private tjenesteyterne i forbindelse med avholdelse av en anbudskonkurranse, og da konsekvensene ved en svikt i utførelsen av disse oppgavene normalt ikke vil være like alvorlige som ved en svikt på vann, avløp og slamhåndteringen, er det i betenkningen konkludert med at vilkårene for å unnta fra konkurranseutsetting ikke foreligger.

Slike tjenester må imidlertid kunne tildeles som enerett sammen med en helhetlig bortsetting av vannforsyningen og avløpshåndteringen til et annet offentligrettslig rettssubjekt.

Det samme gjelder for utrednings- og prosjekteringstjenester og for utførelse av laboratorietjenester. Faren for nedleggelse av lokale laboratorier kan ikke i seg selv være tilstrekkelig til å begrunne tildeling av enerett til prøvetaking og analyser for den enkelte kommune. De særlige behov som måtte foreligge for en rask tilbakemelding på prøver og analyseresultater, og særlig i tilknytning til mistanke om forurenset drikkevann, kan ivaretas gjennom krav om beredskap og responstid i utlyste rammeavtaler på området.

KOFA avsa i sak 2008/77 en avgjørelse knyttet til tildeling av enerett til et kommunalt aksjeselskap til å behandle husholdningsavfall fra eierkommunene i et interkommunalt samarbeid. Argumentasjonen i saken er av interesse også for tilsvarende problemstillinger på VA-området.

KOFA fant her at tildelingen av enerett var forenlig med EØS-avtalen da EØS-avtalens artikkel 59 åpnet for at offentlige foretak kunne gis særlige eller eksklusive rettigheter. KOFA påpekte videre at håndtering av husholdningsavfall i utgangspunktet er en kommunal oppgave etter forurensningsloven, og at loven derfor ikke var til hinder for tildeling av enerett.

Det ble ikke foretatt en vurdering av om tildeling av enerett kunne begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som tilsa at enerett var nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, samt om hensynene kunne ivaretas med andre og mindre inngripende midler. Det ble uttalt at det ikke foreligger holdepunkter for å anta at opprettelse av enerett til kommunal avfallshåndtering bryter med det overordnede proporsjonalitetsprinsippet som ellers kan begrense bruken av enerettsordninger i offentlig sektor.

Avgjørelsen synes å innebære at offentlig tillagte oppgaver normalt vil kunne tildeles som enerett til et annet offentlig organ, siden det antas at slike oppgaver primært skal ivareta allmenne interesser, og at det derved er en presumpsjon for at enerett ikke vil være uforenlig med EØS-avtalen.

I motsetning til hva som gjelder for håndtering av renovasjonstjenester som er tillagt kommunene etter forurensningsloven, har vi foreløpig ikke samme lovfesting av at vann- og avløpsvirksomhet er en offentlig oppgave. Det følger imidlertid av det lovforslaget som nå er lagt ut på høring fra Miljøverndepartementets side om lovfesting av kommunalt eierskap til vann- og avløpsanlegg, at rettstilstanden i stor grad vil nærme seg forurensningslovens regler på dette punkt.

Miljøverndepartementet presiserer da også i det utsendte høringsnotatet at der det er behov for ny utbygging av vann- og avløpsanlegg, er hovedregelen at disse skal være kommunale, noe som blant annet vil gi brukerne større forutsigbarhet i forhold til gebyrnivåer osv, enn de private anlegg vil gi, fordi sistnevnte anlegg ikke er underlagt reglene om selvkost.

Det presiseres for så vidt at det ikke er meningen at kommunen vil få noen kjøpeplikt i forhold til eksisterende private anlegg, men at disse anlegg ved ønske om salg fra den private part normalt vil bli overtatt av kommunene, som følge av deres overordnede ansvar på vann- og avløpsområdet.

4.5.3 Alminnelige regler – Anskaffelsesforskriften kapittel 3

Fra kapittel 3 i anskaffelsesforskriften nevnes § 3-1 med overskrift ”Grunnleggende krav for alle anskaffelser”, som gjentar det som allerede følger av lov om offentlige anskaffelser om at:

- enhver anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse uansett anskaffelsesprosedyre som benyttes
- oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet
- oppdragsgiver ikke skal dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at forskriften kommer til anvendelse
- konkurranser skal gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører og med mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt
- oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen
- konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god anbuds- og forretningskikk
- oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet
- oppdragsgiver under planleggingen av den enkelte anskaffelse skal ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen

Det er innført et krav om enkel protokollplikt for alle anskaffelser over 100.000 kroner ekskl. mva., jf. § 3-2 i forskriften. Protokollen skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen. Protokollen skal minst omfatte opplysningene som fremgår av forskriftens vedlegg 3 eller 4.

I medhold av § 3-3 i forskriften skal oppdragsgiver for anskaffelser som overstiger 100.000 kroner kreve at samtlige norske leverandører som leverer tilbud fremlegger skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt.

Oppdragsgiver skal angi innleveringsmåte og tidspunktet for innlevering, og skatteattestene skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra denne fristen. Ved bygge- og anleggskontrakter skal entreprenøren tilsvarende kreve skatteattest i alle underliggende entrepriseforhold ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget, som overstiger en verdi på 100.000 kroner ekskl. mva.

Brudd på entreprenørens plikt til å kreve skatteattest gir oppdragsgiver rett til å kreve at entreprenøren erstatter vedkommende firma med underentreprenør som kan fremlegge skatteattest. Oppdragsgiver kan tilsvarende kreve at entreprenøren erstatter en underentreprenør som ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter og avgifter. Eventuelle økonomiske krav fra underentreprenører eller omkostninger for øvrig som følge av heving av avtaler med underentreprenører i denne forbindelse, skal bæres av entreprenøren.

For arbeid som skal utføres i Norge, følger det av § 3-4 i forskriften at oppdragsgiver for anskaffelser som overstiger 100.000 kroner ekskl. mva., skal kreve at den valgte leverandøren fremlegger en egenerklæring i samsvar med vedlegg 2 om at leverandøren vil overholde lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet (HMS). Oppdragsgiver skal angi innleveringsmåte og tidspunktet for innlevering.

Med hensyn til allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll viser § 3-5 i forskriften til offentleglova (endret ved forskrift 17. okt. 2008 nr. 1119). Kapittel 3 har videre regler om taushetsplikt i § 3-6, habilitet i § 3-7 og bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner i § 3-8.

Oppdragsgiver kan, med unntak for kunngjøringer etter kapittel 18 (kunngjøringsregler), utforme all dokumentasjon på norsk, samt kreve at tilbud med tilhørende dokumenter skal utformes på norsk, jf. § 3-9.

Frister etter forskriften skal beregnes i samsvar med forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter, jf. § 3-10 i forskriften.

Anskaffelsesforskriften gir i § 3-11 anvisning på bruk av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der disse finnes ved inngåelse av kontrakter.

4.5.4 Definisjoner – Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser – Kapittel 4 – Egenregibegrepet – Når kan en kommunes anskaffelser anses for å utgjøre egenregi?

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav a, definerer hva som er å anse som en kontrakt i anskaffelsesforskriftens forstand. Dette er en

”gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører.”

Dette innebærer at kontraktsbegrepet må avgrenses mot de anskaffelser en kommune foretar i egenregi til eget bruk. Egenregi omfattes nemlig ikke av regelverket.

Tradisjonelt har det vært anført at egenregi faller utenfor fordi det ikke foreligger noen gjensidig bebyrdende kontrakt. Det kan også forankres i at det ved egenregi ikke foreligger en kontrakt mellom en oppdragsgiver og en leverandør.

Oppdragsgiver må dermed ikke følge prosedyrereglene i forskrift om offentlige anskaffelser ved egenregi. Begrunnelsen er at regelverket ikke regulerer hvordan en offentlig virksomhet skal organisere sin virksomhet. Konsekvensen er at anskaffelsesloven § 5 heller ikke kommer til anvendelse.

Har et oppdrag vært satt ut til en leverandør gjennom konkurranse etter regelverket, kan oppdragsgiver ta leveransen tilbake i egenregi uten at det gjennomføres en ny konkurranse når kontrakten med leverandøren utløper. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at egenregi foreligger, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2003/73 Ryfylke Miljøverk IKS/Rørheims Bilruter.

Nærings- og handelsdepartementet har i brev av 12. februar 2003 til Price Waterhouse Coopers DA gått nærmere inn på begrepet egenregi. Det vises til at dette begrepet i rettspraksis og i juridisk teori blir benyttet der forskriften ikke kommer til anvendelse på grunn av en sterk organisatorisk eller eiermessig nærhet mellom oppdragsgiver og leverandør. Det foreligger ikke to kontraktsparter, og derfor ingen gjensidig bebyrdende avtale.

Tjenester utført av egne ansatte i kommunen vil utvilsomt være utført i egenregi. Problemet reiser seg i de tilfellene der en kommune, eller flere kommuner, organiserer utførelsen av visse tjenester gjennom et selskap. Da er det selskapet som sådan som opptrer utad som en enhet og erverver rettigheter og plikter, og ikke kommunen. Et selskap er en juridisk person, og utgangspunktet i rettspraksis er at det skal svært mye til før leveranser mellom to ulike juridiske personer kan unntas regelverket på bakgrunn av egenregibetraktninger.

Innenfor forsyningssektorens område, er det imidlertid et unntak i forskrift om innkjøp i forsyningssektorene fra regelen om at egne rettssubjekt ikke kan tildeles egenregioppdrag. Dette omtales normalt som "konsernunntaket" og fastslår at slike foretak kan tildeles egenregioppdrag forutsatt at to vilkår er oppfylt. For det første må det foretak som tildeles oppdraget være et såkalt tilknyttet foretak, slik dette er definert i § 4-1 bokstav d i forskriften.

Det innebærer at oppdragsgiver "direkte eller indirekte" må kunne utøve avgjørende innflytelse overfor foretaket. Slik avgjørende innflytelse foreligger når oppdragsgiver enten eier majoriteten av foretakets kapital, kontrollerer flertallet av stemmene knyttet til foretakets andeler, eller kan utpeke mer enn halvparten av medlemmene i foretakets administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan. For det andre må det foretak som tildeles oppdrag, ha oppnådd minst 80 % av sin omsetning i EØS-området de siste tre år fra det foretak det er tilknyttet. Dette innebærer grovt sett, at dersom et datterselskap får mer enn 20 % av sin omsetning fra andre enn eier, så kan selskapet ikke samtidig få egenregioppdrag fra morselskapet.

Utenfor forsyningssektoren gjelder det ingen særskilt regel om konsernunntak. Om kommunen kan tildele oppdrag i egenregi, beror derfor på en tolkning av forskrift om offentlige anskaffelser og EU-direktivene som denne bygger på. Dersom kommunen ønsker å anskaffe en tjeneste fra et foretak som ikke er en del av kommunen, må kommunen som utgangspunkt følge anskaffelsesregelverket. Dette gjelder også som utgangspunkt ved anskaffelse fra heleide kommunale selskaper. Det samme gjelder anskaffelser fra et interkommunalt selskap som kommunen er deltaker i.

Det foreligger imidlertid enkelte dommer fra EF-domstolen som åpner for at oppdrag kan tildeles som egenregi, uten konkurranse, også til foretak som ikke er en del av kommunen.

I Teckal-dommen, sak C-107/98, tok EF-domstolen stilling til rekkevidden av unntaket for egenregi. Problemstillingen var om en oppdragsgiver kunne overdra en kontrakt til et konsortium som oppdragsgiver selv var medlem av, uten at det ble gjennomført konkurranse.

EF-domstolen oppstiller i Teckal-dommen to vilkår for at en tjeneste utført av en juridisk person utenfor kommunen skal kunne regnes som egenregi. Det ene vilkår er at den lokale myndighet underkaster det aktuelle selskap en kontroll, som tilsvarer den kontroll den lokale myndighet fører med sine egne tjenestegrener, og at selskapet utfører hoveddelen av sin virksomhet sammen med den eller de lokale myndigheter den eies av.

Disse vilkår omtales nærmere av Marco Lilli på s. 67 i hans artikkel om konkurranseutsetting av kommunale oppgaver inntatt i *Lov og Rett* nr. 1–2 for 2004. Han gir uttrykk for at verken kontrollkriteriet eller omsetningskriteriet er utpreget klart. Han finner det for så vidt nærliggende å legge til grunn en tilsvarende prosentgrense som for forskrift om innkjøp i forsyningssektorene sitt unntak på dette punkt, dvs. 80 % av omsetningen, men konkluderer med at rettstilstanden må anses for å være usikker. Det vises til Marianne Dragsten og Esther Lindalens tobinds kommentarutgave *Offentlige anskaffelser* (2005), der rekkevidden av unntaket drøftes nærmere på s. 429–435 i bind I.

Når det gjelder interkommunale selskaper, har KOFA i sak 2005/251 lagt til grunn at eierkommunene i et interkommunalt selskap kan identifiseres med hverandre i vurderingen av om de to vilkårene om kontroll og omsetning er oppfylt. Flertallet i KOFAs sak la til grunn at eierkommunene kunne tildele oppdrag til et slikt selskap, når strukturen i samarbeidet er lagt opp slik at de har felles kontroll over organisering og opplegg i virksomheten.

Førstvoterende i høyesterettssaken om Reno-Vest IKS, Rt. 2007 s. 983, som riktignok var i mindretall, ga sin tilslutning til KOFAs syn om at det må være nok at kommunene i et IKS samlet utøver kontrollen, jf. premiss 103. Høyesteretts flertall avgjorde saken på et grunnlag som gjorde det unødvendig å ta stilling til spørsmålet.

EU-domstolen har også i en senere avgjørelse av 17. juli 2008 (sak c-371/05) lagt til grunn at flere eierkommuner kan oppfylle kontrollvilkåret sammen over felles selskap. Dommen synes imidlertid fortsatt å stenge for at private aktører kan være medlemmer/deltakere i et slikt selskap.

Der kommunen velger å utlyse konkurranse, påpeker Marco Lilli sin artikkel på s. 54 at det ikke er noen tvil om at kommunen har anledning til å gi tilbud i en konkurranse der den selv er oppdragsgiver.

Under henvisning til Rt. 2001 s. 473 antar han at det neppe er grunnlag for å hevde at oppdragsgiver fritt kan velge internbudet selv om dette er mindre gunstig enn de eksterne bud, vurdert på bakgrunn av konkurransegrunnlagets valgskriterier. Når det kreves saklig grunn for å velge totalforkastelse og gjennomføring i egenregi, må det også kreves saklig grunn for å velge et internbud. Situasjonen kan imidlertid stille seg annerledes dersom oppdragsgiver i utlysningen klart har forbeholdt seg retten til å forkaste samtlige tilbud og velge internbudet, uavhengig av om dette er best basert på de valgkriteriene som er oppstilt i konkurransegrunnlaget.

4.5.5 Del II – Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester

Kapittel 5 gir anvisning på at hovedregelen er at en anskaffelse skal foretas ved åpen eller begrenset anbuds konkurranse eller ved konkurranse med forhandling. Konkurranse med forhandlinger kan gjennomføres enten ved at alle interesserte leverandører får levere tilbud, eller ved at oppdragsgiver foretar en utvelgelse av leverandører før disse gis mulighet til å levere tilbud.

Kapittel 6 har nye bestemmelser om rammeavtaler (§§ 6-1 til 6-3) og dynamiske innkjøpsordninger (6-4).

En rammeavtale er en avtale som er inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører. Avtalen har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder.

Rammeavtaler kan som hovedregel ikke inngås for mer enn 4 år, jf. § 6-1 fjerde ledd. Bestemmelsen om begrensning av varighet har sin bakgrunn i det grunnleggende kravet til konkurranse. Hovedregelen om maksimal varighet på 4 år kan fravikes i tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand.

Kapittel 8 har nærmere bestemmelser om grunnlaget for konkurransen. Det fremgår av § 8-1 i forskriften at dersom vilkårene for konkurransen ikke kan beskrives tilstrekkelig utfyllende i kunngjøringen, skal oppdragsgiver utarbeide et konkurransegrunnlag.

Konkurransegrunnlaget skal inneholde en tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse av a) hva som skal anskaffes. Dersom det kan gis tilbud på deler av oppdraget eller med alternative frister, skal dette opplyses, b) hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt og hvordan konkurransen skal gjennomføres, herunder kriterier for tildeling av kontrakt, c) hvordan tilbudene og eventuelle vedlegg skal utformes, endelig frist for mottak av tilbud (dag og klokkeslett), adgang til alternative tilbud, krav til opplysninger om bruk av underentrepriser, samt muligheten for å ta forbehold, og d) hvilke alminnelige eller spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget.

Krav til leverandørene fremgår av §§ 8-4 og 8-5 i forskriften. Oppdragsgiver kan etter § 8-4 stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Krav til leverandørens kvalifikasjoner skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen, jf. § 8-5 første ledd.

Kapittel 8 i forskriften har videre regler om deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere jf. § 8-6. Etter § 8-7 i forskriften skal oppdragsgiver kreve at samtlige norske leverandører fremlegger skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt.

For arbeid som skal utføres i Norge, er det videre et krav etter § 8-8, at oppdragsgiver skal kreve at samtlige leverandører fremlegger en egenerklæring om at leverandøren, ved eventuell tildeling av kontrakt, oppfyller eller vil oppfylle lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet (HMS).

I kapittel 9 er det gitt regler om kunngjøring av konkurranse og konkurranseresultater.

Det fremgår av § 9-1 at oppdragsgiver skal utarbeide en kunngjøring i samsvar med kunngjøringsskjemaer fastsatt av Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Kunngjøringen skal utarbeides på norsk og sendes til operatøren av Doffin for kunngjøring i Doffin (den norske offisielle databasen for offentlige anskaffelser). Dersom oppdragsgiver ønsker kunngjøring i TED-databasen (den offisielle EU-kanalen for kunngjøring av offentlige innkjøp), skal kunngjøringen sendes til operatøren av Doffin for videresendelse. For anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester er det således frivillig å kunngjøre i TED-databasen. Operatøren av Doffin kan avvise kunngjøringer som ikke er i samsvar med forskriften kapittel 9 eller fastsatte kunngjøringsskjemaer.

Det fremgår av kapittel 12 under § 12-1 første ledd at det ved åpen og begrenset anbudskonkurranse ikke er tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre dem gjennom forhandlinger. Det er imidlertid adgang til avklaringer av tilbudene knyttet til uklarheter og ufullstendigheter, utdypninger og klargjøringer om hvordan kravene i konkurransegrunnlaget vil bli ivaretatt og mindre justeringer i de løsninger som leverandøren har fremsatt dersom dette av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, jf. § 12-1 andre ledd.

Kapittel 13 omhandler i hvilke tilfeller oppdragsgiveren kan avslutte konkurransen. Etter § 13-1 første ledd kan oppdragsgiver avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn. Oppdragsgiver kan etter § 13-1 andre ledd forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det. Leverandørene skal etter § 13-1 tredje ledd informeres i samsvar med § 11-14 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) om beslutninger om ikke å inngå kontrakt om et oppdrag som har vært kunngjort eller å gjennomføre anskaffelsesprosedyren på nytt.

Nærmere kriterier for valg av tilbud er regulert i § 13-2. Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen, jf § 13-2 første ledd. Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk sett mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. § 13-2 andre ledd. Dette kalles tildelingskriterier.

Dette kan for eksempel være kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice, teknisk bistand, eller tid for levering eller ferdigstilling. Alle kriterier som vil bli lagt til grunn, skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Der oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for prioriteringen eller vektningen av kriteriene skal dette angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller som er valgt som leverandør til rammeavtalen skal meddeles til alle deltagerne i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås. Med ”kontrakt eller rammeavtale inngås” menes tidspunktet for signering av kontrakt eller rammeavtale av begge parter, jf. § 13-3 første ledd. Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle deltakerne. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget, i samsvar med § 11-14 første ledd, og skal angi frist for leverandør til å klage over beslutningen. Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått, jf. § 13-3 (2).

4.5.6 Del III – Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

Hovedregelen ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene er i henhold til forskriftens del III at det skal benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. § 14-1 første ledd. Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog kan kun benyttes i visse unntakstilfeller, jf. forskriftens § 14-1 annet og tredje ledd. Årsaken til dette er at anbudskonkurranser anses å være den konkurranseformen som best ivaretar de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Av andre ledd følger det at konkurransepreget dialog kan benyttes når vilkårene i § 14-2 (konkurransepreget dialog) er oppfylt. Konkurranse med forhandling kan etter tredje ledd benyttes når vilkårene i § 14-3 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring) eller § 14-4 (konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring) er oppfylt.

Som i kapittel 6 er det i kapittel 15, for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, nedfelt nye bestemmelser om rammeavtaler (§§ 15-1 til 15-3) og dynamiske innkjøpsordninger (15-4).

Kapittel 17 har nærmere bestemmelser om konkurransegrunnlag for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Disse bestemmelsene er av langt mer omfattende karakter enn de som er inntatt i kapittel 8 for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester (del II).

Ved anskaffelser som følger reglene i del II, trenger ikke oppdragsgiver å utarbeide et konkurransegrunnlag hvis kunngjøringen beskriver vilkårene for konkurransen på en tilstrekkelig utfyllende måte. Når anskaffelsen følger reglene i del III, må det imidlertid utarbeides et konkurransegrunnlag som utfyller kunngjøringen, jf. § 17-1 første ledd i forskriften. Konkurransegrunnlaget skal inneholde en rekke nærmere opplysninger, med mindre dette allerede er tilstrekkelig og fullstendig beskrevet i kunngjøringen:

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene er kravene til kunngjøring mer omfattende enn for anskaffelser under terskelverdiene og uprioriterte tjenester. For anskaffelser over EØS-terskelverdiene er det i kapittel 19 regulert hvilke frister som gjelder. Reglene er vesentlig mer omfattende i forhold til de tilsvarende regler om frister inntatt i §§ 10-1 og 10-2 for anskaffelser under terskelverdiene og uprioriterte tjenester.

Det er fastsatt minimumsfrister som oppdragsgiver som hovedregel må overholde, som varierer etter hvilken anskaffelsesprosedyre som følges, jf. §§ 19-1 til 19-4.

Dersom det i hastetilfeller er umulig å anvende de ordinære minimumsfristene som gjelder ved begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, er det regulert hvilke minimumsfrister som kan anvendes i § 19-5.

Oppdragsgiver er forpliktet til ikke å fastsette kortere frister enn de minimumsfristene som gjelder for den konkrete anskaffelsen. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å fastsette lengre frister enn minimumsfrister. De grunnleggende kravene kan tilsi at oppdragsgiver i visse tilfeller også er pliktig til å fastsette lenger frister enn det som følger av minimumsfristene. I henhold til forholdsmessighetsprinsippet bør fristen være lenger jo mer omfattende og kompleks anskaffelsen er.

4.6 Forskrift om innkjøp i forsyningssektorene

4.6.1 Oversikt over innholdet i forsyningsforskriften

Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) trådte i kraft i januar 2007. Den ble sist endret 25. januar 2010.

I det følgende vil det kun gis en helt kortfattet omtale av enkelte utvalgte bestemmelser i forskriften. For en mer detaljert gjennomgang vises til VA-jus database versjon 7.

Kapittel 1 angir forskriftens formål og virkeområde. Aktiviteter i tilknytning til drikkevann er nærmere regulert i § 1-5.

4.6.2 Almennelige bestemmelser – Forsyningsforskriften del I

4.6.2.1 Hvem som er omfattet av forskriften – Forsyningsforskriften § 1-2

Ifølge 1-2 første ledd kommer forskriften til anvendelse for oppdragsgivere som:

- a) *”er offentligrettslig organ eller offentlig foretak som definert i § 4-1 (generelle definisjoner) bokstav b eller c, og som utøver en aktivitet som omfattes av § 1-3 (aktiviteter som er omfattet av forskriften), eller*
- b) *ikke er offentligrettslig organ eller offentlig foretak, men utøver én eller flere av de typer aktiviteter som er definert i § 1-3 (aktiviteter som er omfattet av forskriften), og driver denne aktiviteten på grunnlag av en enerett eller særrett gitt av vedkommende myndighet i en EØS-stat. Med særretter og eneretter menes rettigheter som følger av tillatelser gitt av kompetent myndighet ved lov, forskrift eller vedtak, når dette medfører at utøvelsen av en aktivitet definert i § 1-3 (aktiviteter som er omfattet av forskriften) begrenses til en eller flere virksomheter, og dermed i vesentlig grad påvirker muligheten for andre foretak til å utøve slik aktivitet.”*

Videre følger det av bestemmelsens andre ledd at:

”Offentlige myndigheter som definert i § 4-1 (generelle definisjoner) bokstav a skal følge reglene i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.”

Denne bestemmelsen viderefører endring i den tidligere forsyningsforskrift 9. september 2005, som trådte i kraft 20. oktober 2005. Det ble da vedtatt et nytt § 3 nr. 2 i forskriften som vesentlig

innskrenker bl.a. kommunalt eide vann- og avløpsverk i å foreta sine innkjøp i henhold til forsyningsforskriften, som tidligere.

Mens kommunale vann- og avløpsverk tidligere kunne benytte forsyningsforskriften, med den fleksibilitet denne forskriften ga, er det med virkning fra 20. oktober 2005 bestemt av Moderniseringsdepartementet at disse må benytte anskaffelsesforskriften.

Ordlyden i dagens forsyningsforskrift § 1-2 andre ledd er noe annerledes enn den tidligere § 3 nr. 2, men innholdsmessig er de tilsvarende.

Bestemmelsen innebærer at kommuner som fortsatt ønsker å benytte seg av forsyningsforskriftens langt mer fleksible regelverk i innkjøpsprosessen, må organisere seg som et selvstendig rettssubjekt, enten som et interkommunalt selskap eller et AS.

Norsk Vann, som interesseorganisasjon for størsteparten av norske kommunalt eide vannverk, protesterte i sin høringsuttalelse 17. august 2005 kraftig på den varslede endringen da forslaget ble ansett å ville ha store konsekvenser for vann- og avløpssektoren i og med at det store flertallet av VA-virksomheter i Norge er organisert som en integrert del av den kommunale virksomheten eller som kommunalt foretak.

Bakgrunnen for endringen var ifølge departementet at regelverket ikke bør være slik at en del av kommunen skal ha svakere krav til å sikre konkurranse om innkjøpene enn en annen del av kommunen. Hensynet til å sikre konkurransen om oppdrag, en effektiv ressursbruk og å forhindre korrupsjon og lignende atferd, gjør seg gjeldende i samme grad for alle deler av stat, fylkeskommune og kommune.

Norsk Vann påpekte i sin høringsuttalelse at VA-sektoren er en sektor med kompliserte tekniske anlegg, der investeringer i nyanlegg eller rehabilitering av eksisterende anlegg gjennomføres med sikte på at anleggene skal fungere godt i mange tiår fremover. Det ble vist til at det for større, komplekse entrepriser var vanlig å bruke konkurranse med forhandling, for å oppnå best mulige betingelser hos entreprenørene.

Det ble fremhevet at konkurranse med forhandling ofte vil være en nødvendig fremgangsmåte for å kunne drøfte og avklare kompliserte tekniske forhold med anbyderne, noe som kan gi betydelige besparelser og effektive løsninger for både byggherre og utførende. Mens forsyningsforskriften i stor grad likestiller konkurranse med forhandling med åpen eller begrenset anbudskonkurranse, vil det i klassisk sektor med noen unntak ikke være tillatt med konkurranse med forhandling over terskelverdiene. Overføring av kommunale VA-virksomheter til klassisk sektor ville derfor slik Norsk Vann så det resultere i mindre kostnadseffektive anskaffelser.

Det ble også vist til at EØS-terskelverdiene var lavere for klassisk sektor enn for forsyningssektorene, både for kjøp av varer og tjenester og for bygg- og anleggskontrakter. Det ble derfor påpekt at ved en overføring av vann og avløp til klassisk sektor, måtte atskillig flere av anskaffelsene gjennomføres som EØS-anskaffelser, med de økte formalkrav dette innebærer. Det ble i den forbindelse vist til at erfaringer gjennom flere år har vist at det er få tilbydere utenfor Norge som har vunnet kontrakter innen vann- og avløpssektoren, og at det derfor var grunn til å hevde at lavere EØS-terskelverdier for VA-sektoren, ville gi et vesentlig merarbeid og være byråkratiserende, samtidig som det var vanskelig å se noe vesentlig potensial for bedre anskaffelser.

Videre ble det påpekt at forsyningssektoren hadde vesentlig enklere regler for bruk av rammeavtaler enn klassisk sektor, og at en overflytting til klassisk sektor ville kreve mer administrative ressurser ved bruken av rammeavtaler.

4.6.2.2 Aktiviteter som er omfattet av forskriften – Forsyningsforskriften § 1-3

Ifølge § 1-3 kommer forskriften til anvendelse på aktiviteter som utøves av oppdragsgiver som nevnt i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) og som har til formål bl.a. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann, eller levering av drikkevann til slike nettverk.

Forsyningsforskriften § 1-4 andre ledd bokstav a inneholder visse unntak for oppdragsgivere som leverer drikkevann m.m. Bestemmelsen innebærer at der en oppdragsgiver, som ikke er et offentligrettslig organ, leverer drikkevann til nettverk som yter tjenester til offentligheten, omfattes ikke dette av forskriften når vedkommende oppdragsgiver produserer drikkevann til forbruk som er nødvendig for å utøve en annen type virksomhet som nevnt i § 1-3, og leveringen til det offentlige nettverket bare er avhengig av oppdragsgivers eget forbruk, og ikke har oversteget 30 % av oppdragsgivers samlede produksjon av drikkevann beregnet på grunnlag av gjennomsnittet for de siste tre år medregnet inneværende år.

For offentlige organer som er organisert som IKS, og for selskaper som både forestår vannforsynings- og avløpshåndtering, oppstår spørsmålet om hvilken forskrift som skal følges. Dette fordi vannforsyning i utgangspunktet faller innenfor forsyningsforskriftens område, mens avløpshåndtering faller utenfor forsyningsforskriftens virkeområde.

Utgangspunktet er at ved anskaffelser knyttet til virksomheten innenfor forsyningssektoren så skal reglene i forsyningsforskriften følges og ved anskaffelser knyttet til annen virksomhet så er det anskaffelsesforskriftens regler som kommer til anvendelse.

Som unntak til dette utgangspunktet er det tatt inn en særbestemmelse i forsyningsforskriften § 1-5 om aktivitet i tilknytning til drikkevann:

”§ 1-5. Aktivitet i tilknytning til drikkevann

Denne forskriften får anvendelse på kontrakter som tildeles eller arrangeres av oppdragsgiver som utøver en aktivitet som nevnt i § 1-3 (aktiviteter som er omfattet av forskriften) bokstav a nr. 1, og som:

- a) er forbundet med vannbyggingsprosjekter, irrigasjon eller drenering, forutsatt at vannmengden beregnet på forsyning av drikkevann utgjør mer enn 20 prosent av den totale vannmengden som stilles til rådighet gjennom disse prosjektene eller irrigasjons- eller dreneringsanleggene, eller*
- b) er forbundet med å bortlede eller rense avløpsvann.”*

Interkommunale selskaper eller aksjeselskaper som kun driver med drift av avløpsverk kan derimot ikke følge forsyningsforskriften, men anskaffelsesforskriften.

Forskrift om innkjøp i forsyningssektorene § 1-5 innebærer at denne får anvendelse på kontrakter for aktiviteter som er omfattet av forskriften og som er forbundet med vannbyggingsprosjekter, irrigasjon eller drenering, forutsatt at vannmengden beregnet på forsyning av drikkevann utgjør mer enn 20 % av den totale vannmengden som stilles til rådighet gjennom disse prosjektene, eller aktiviteter som er forbundet med å bortlede og rense avløpsvann.

Av Forskrift om innkjøp i forsyningssektorene § 1-6 første ledd bokstav c fremgår at forskriften ikke får anvendelse på kontrakter som oppdragsgiver som nevnt i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) bokstav a inngår om kjøp av vann. Det vil si at offentlige og private vannverks kontrakter om kjøp av vann til bruk for sine abonnenter ikke er omfattet av denne forskriften.

Heller ikke kontrakter som offentlige og private vannverk inngår om erverv eller leie av grunn, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom eller om rettigheter til slik eiendom, omfattes av forskriften, jf. unntaket i bokstav f.

Forskrift om innkjøp i forsyningssektorene § 2-2 innebærer at en kontrakt som er ment å dekke flere typer aktiviteter, er underlagt reglene for den aktivitet som er kontraktens hovedgjenstand.

Beregningen av anskaffelsen skal gjøres i henhold til § 2-4. Anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen. Valg av metode for å beregne den anslåtte verdien på det som skal anskaffes må ikke gjøres i den hensikt å unngå at forskriften kommer til anvendelse. Et eksempel på dette er at en planlagt anskaffelse av en bestemt ytelse ikke kan deles opp i den hensikt å komme under terskelverdiene.

For kontrakter som omfatter både varer og tjenester, skal den anslåtte verdi beregnes på grunnlag av den samlede verdi av varene og tjenestene. Beregningen skal omfatte verdien av monterings- og installasjonsarbeider.

For rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal man legge til grunn den høyeste anslåtte verdien, ekskl. mva., av alle forventede kontrakter i hele rammeavtalens eller den dynamiske innkjøpsordningens løpetid.

Kontrakter som gjelder både varer og tjenester skal anses som varekontrakter dersom verdien av varene kontrakten omfatter er høyere enn verdien av de aktuelle tjenestene, jf. § 2-5. En kontrakt som gjelder varer, og som i tilknytning til dette omfatter monterings- og installasjonsarbeide, betraktes som en varekontrakt.

I henhold til forsyningsforskriften § 5-1 kan anskaffelser foretas ved både åpen og begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger.

Av forskrift om innkjøp i forsyningssektorene § 7-9 første ledd fremgår det at kvalifisering av leverandører skal skje på bakgrunn av objektive kriterier og regler som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører. Videre følger det av § 7-9 andre ledd at oppdragsgiver ikke kan stille administrative, tekniske eller finansielle vilkår til noen leverandører som ikke kan stilles til andre, eller kreve prøver eller bevis som dekkes av allerede foreliggende dokumentasjon.

Ifølge § 7-10 kan oppdragsgiver opprette og forvalte en kvalifikasjonsordning for leverandører.

I medhold av forsyningsforskriften § 8-2 første ledd skal kunngjøring av konkurranse foretas i form av en kunngjøring av åpen eller begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling, veiledende kunngjøring, kunngjøring av plan- og designskonkurranse eller kunngjøring om at det foreligger en kvalifikasjonsordning.

For dynamiske innkjøpsordninger skal, etter § 8-2 andre ledd opprettelse av ordninger skje gjennom kunngjøring av konkurranse, mens utlysning av konkurranse for kontrakter som bygger på slike ordninger, kan skje ved forenklet kunngjøring av konkurranse.

I § 8-2 tredje ledd er det tatt inn en rekke unntaksregler for når kunngjøring av konkurranse likevel ikke er nødvendig. Dette kan unnlates i følgende tilfelle:

- a) *”det ikke foreligger tilbud eller egnede tilbud etter en anbudskonkurranse eller forhandlet konkurranse med forutgående kunngjøring, forutsatt at de opprinnelige kontraktsvilkår ikke er vesentlig endret,*
- b) *en kontrakt tildeles utelukkende til forsknings-, forsøks-, studie- eller utviklingsformål, og ikke for å oppnå fortjeneste eller inntjening av forsknings- og utviklingskostnader, i den utstrekning tildelingen av en slik kontrakt ikke berører konkurransevilkårene ved påfølgende kontraktstildelinger som i hovedsak har samme formål,*

- c) arbeidet av tekniske eller kunstneriske grunner, eller for å beskytte en enerett, bare kan utføres av en bestemt leverandør,
- d) det på grunn av særlige forhold som ikke kan tilskrives oppdragsgiver, og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde den fastsatte frist for åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det er absolutt nødvendig,
- e) det inngås varekontrakter med den opprinnelige leverandøren om tilleggsleveranser som enten er beregnet på delvis å erstatte normale leveranser eller installasjoner, eller på å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner, dersom bruk av en annen leverandør ville tvinge oppdragsgiver til å kjøpe utstyr med andre tekniske egenskaper som ville være teknisk uforenlig eller skape uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold,
- f) forhold som oppdragsgiver ikke kunne forutse, gjør det nødvendig å utføre tilleggsarbeider eller tilleggstjenester som ikke var med i det opprinnelige prosjektet eller i en tidligere inngått kontrakt, og:
 - 1) tilleggsarbeidene eller tilleggstjenestene i teknisk og økonomisk henseende ikke kan skilles fra hovedkontrakten uten at det fører til betydelig ulempe for oppdragsgiver, eller
 - 2) tilleggsarbeidene eller tilleggstjenestene kan skilles fra den opprinnelige kontrakten, men er strengt nødvendige for kontraktens fullføring,
- g) bygge- og anleggskontrakter for nye arbeider består i en gjentakelse av lignende arbeider utført i forbindelse med en tidligere kontrakt mellom samme oppdragsgiver og leverandør. Forutsetningen er at arbeidene er i samsvar med det prosjektet som dannet utgangspunktet for tildelingen av den første kontrakten og ble tildelt etter kunngjøring av konkurranse i samsvar med regelen i første ledd. Muligheten for at denne behandlingsmåten kan bli anvendt skal angis første gang det innhentes tilbud for prosjektet, og oppdragsgiver skal medregne det samlede kostnadsoverslag for senere arbeider når de anvender bestemmelsene i § 2-4 (beregning av anskaffelsens anslåtte verdi),
- h) det gjelder anskaffelse av varer som noteres og kjøpes på en råvarebørs,
- i) det gjelder kontrakter som skal tildeles på grunnlag av en rammeavtale, forutsatt at vilkåret nevnt i § 6-1 (rammeavtaler) annet ledd er oppfylt,
- j) det gjelder leilighetskjøp, når det i et meget begrenset tidsrom foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe varer til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser,
- k) det gjelder anskaffelse av varer på usedvanlig gunstige vilkår fra en leverandør som innstiller virksomheten for godt, en bobestyrer eller administrator av et konkursbo, eller en frivillig gjeldsordning eller en lignende fremgangsmåte med hjemmel i nasjonale lover og forskrifter, eller
- l) den aktuelle kontrakt inngås etter en plan- og designkonkurranse arrangert i samsvar med bestemmelsene i denne forskriften, og den i henhold til de relevante regler må tildeles vinneren eller én av vinnerne i konkurransen. I sistnevnte tilfelle skal alle vinnerne i konkurransen innbys til å delta i forhandlingene.”

Utvelgelse av leverandører til å gi tilbud ved begrenset anbudskonkurranse eller til å delta i konkurranse med forhandling, skal skje i samsvar med objektive kriterier og regler som er tilgjengelige for alle interesserte leverandører, jf. § 10-1 første ledd.

Kriteriene kan være basert på at oppdragsgiveren av objektive grunner må redusere antall leverandører til et nivå som begrunnes med behovet for å skape likevekt mellom de særlige forhold ved innkjøpsbehandlingen og midlene som kreves for å gjennomføre den. Antall aktuelle leverandører skal likevel være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse, jf. § 10-1 andre ledd.

Oppdragsgiver kan i henhold til § 10-5 første ledd stille krav til leverandørene tilsvarende de krav som er angitt i forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 annet og tredje ledd. Oppdragsgiver kan avvise leverandøren dersom kravene ikke er oppfylt.

Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiver, før han kan avvise tilbudet, skriftlig kreve de opplysninger om tilbudets sammensetning som oppdragsgiver anser som relevante.

Ifølge § 11-4 skal oppdragsgiver i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale signeres, gi en skriftlig melding om hvem som skal tildeles kontrakt eller er valgt som leverandør til rammeavtalen. Melding gis samtidig til alle deltakerne og skal inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 11-3 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd. Meddelelsen skal også angi en frist for leverandører til å klage over beslutningen.

4.7 Klassiske feil i saksbehandlingen ved anbudskonkurranser

En gjennomgang av rettspraksis og avgjørelser fra KOFA viser tydelig at det er mange av de samme feilene som gjøres ved håndteringen av anbudskonkurranser. Vi har listet opp noen klassiske feil:

- a) Oppstilling av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som ikke er lovlige
- b) Sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier
- c) Vektlegging av kriterier som ikke var oppstilt i konkurransegrunnlaget
- d) Alle oppstilte tildelingskriterier blir ikke evaluert
- e) Forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet
- f) Ulovlig direkte anskaffelse

4.7.1 Lovlige kvalifikasjonskrav

Det er det viktig at oppdragsgiver er nøye med å presisere hvilke *kvalifikasjonskrav* som skal gjelde for i det hele tatt å delta i konkurransen. Man taler ofte om ”egnethetsvurdering”. Dette er krav som settes opp for å vurdere hvorvidt selve leverandøren i dette hele tatt er kvalifisert for å være med i konkurransen. Typiske kvalifikasjonskrav er krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner, finansielle og økonomiske stilling. Vurdering av leverandørens tekniske kvalifikasjoner skal særlig baseres på kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet.

En klassisk feil vil for eksempel være å stille opp kriterier om lokal tilhørighet eller krav til nasjonalitet.

4.7.2 Lovlige tildelingskriterier

I konkurransegrunnlaget må det oppstilles hvilke tildelingskriterier som skal gjelde for kontraktstildelingen. Med tildelingskriterier menes kriterier som skal benyttes ved evalueringen av selve tilbudene som er innkommet. Det kan benyttes tildelingskriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetikk og funksjonsmessighet, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid osv.

Det må her nøye vurderes i hvilken grad tildelingskriteriene skal prioriteres. Har oppdragsgiver prioritert tildelingskriteriene før konkurransegrunnlaget sendes ut, så skal prioriteringen fremkomme i konkurransegrunnlaget.

4.7.3 Sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

Oppdragsgiver må klart skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Disse kravene og kriteriene skal vurderes separat. Dette innebærer at oppdragsgiver først skal vurdere hvorvidt en

leverandør er kvalifisert/egnet til å være med i konkurransen. Dersom en leverandør ikke er egnet for eksempel på grunn av leverandørens økonomiske stilling, så skal denne leverandøren avvises og tilbudet som sådan skal ikke evalueres.

Etter at oppdragsgiver har vurdert kvalifikasjonskravene og avvist leverandørene som ikke er kvalifisert/egnet, så skal oppdragsgiveren evaluere tilbudene som er innkommet i henhold til de oppstilte tildelingskriterier. En klassisk feil er for eksempel å evaluere leverandørens økonomiske og finansielle stilling sammen med andre tildelingskriterier som for eksempel pris og kvalitet.

4.7.4 Vektlegging av tildelingskriterier som ikke er oppstilt i konkurransegrunnlaget

Når oppdragsgiver foretar en evaluering av tilbudene er det viktig at oppdragsgiveren kun vurderer tildelingskriteriene som er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Dersom oppdragsgiveren ved evalueringen kommer på ett kriterium som hadde vært hensiktsmessig å vurdere, så må ikke dette gjøres dersom kriteriet ikke er oppstilt i konkurransegrunnlaget.

Det vil stride mot prinsippet om forutsigbarhet og vil bli ansett som en saksbehandlingsfeil.

4.7.5 Vektlegging av kun noen av de oppstilte kriterier

Ved evalueringen av tilbudene, så må oppdragsgiveren vurdere alle kriterier som er oppstilt. En klassisk feil er at oppdragsgiveren ved evaluering ser at noen kriterier er viktigere enn andre og bestemmer seg for å ikke hensynta noen av kriteriene som er oppstilt. Oppdragsgiveren kan selvsagt legge mer vekt på noen kriterier enn andre, men alle kriterier må alltid vurderes.

Hvilken vekt kriteriene skal ha, må fremgå av konkurransegrunnlaget og/eller kunngjøringen.

Det er derfor viktig at oppdragsgiveren, i forbindelse med utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, nøye vurderer hvilke kriterier som vil være viktig i akkurat den type konkurranse og den type anskaffelse som gjøres, og hvilken vekt de skal ha.

Hvis oppdragsgiver ikke vurderer alle de oppstilte kriterier vil dette bli ansett som en saksbehandlingsfeil, da dette vil være i strid med prinsippet om forutsigbarhet og vil kunne være i strid med likebehandlingsprinsippet. Det samme gjelder hvis oppdragsgiver endrer kriterienes vekt og prioritering.

4.7.6 Forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet

Ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er det et absolutt forbud mot å forhandle med ulike leverandører. Dette innebærer at det ikke er lov å endre eller forsøke å endre et tilbud gjennom forhandlinger.

Det eneste som er tillatt er å foreta mindre avklaringer. Prinsippet om likebehandling av leverandører tilsier at grensene for tillatte avklaringer må være meget restriktive. Typiske lovlige avklaringer vil være dersom det er åpenbare feil i tilbudet som det er utvilsomt hvordan skal rettes. Rettspraksis og avgjørelser fra KOFA viser at dette er type klare kommafeil, regnefeil og skrivefeil. Oppdragsgiver kan også for eksempel be leverandøren avklare hvordan løsninger, arbeidsmetoder eller materialer som foreslås ivaretar kravene i konkurransegrunnlaget. Hovedregelen er uansett at det er totalt forbud mot forhandlinger da dette vil være i strid med likebehandlingsprinsippet.

4.8 Nærmere om konsekvensene av feil i saksbehandlingen og erstatningsansvar

Dersom de anbudsrettslige prinsippene og regelverket om offentlige anskaffelser ikke følges, vil oppdragsgiver kunne bli møtt med et krav om erstatning fra anbydere som mener seg forbigått. Erstatningskravet vil enten kunne bli fremmet som et krav om erstatning for tap av positiv kontraktsinteresse eller for tap av negativ kontraktsinteresse.

Med positiv kontraktsinteresse menes det tap anbyderen går glipp av i den angjeldende kontraktsperiode ved at vedkommende ikke blir tildelt kontrakten. Normalt pleier beregning av slikt tap å ta utgangspunkt i den fortjeneste vedkommende anbyder kan dokumentere at ville ha blitt oppnådd, dersom han var blitt tildelt kontrakten.

Med negativ kontraktsinteresse menes det tap anbyderen har hatt ved å utarbeide anbudet. Ved erstatning av negativ kontraktsinteresse skal m.a.o. anbyderen stilles som om han ikke hadde deltatt i konkurransen.

I norsk rett har ”den rådende lære” lenge vært at den forbigåtte anbyder kun kan kreve negativ kontraktsinteresse. Rettsutviklingen de senere år, første gang fastsatt ved ”Nucleus-dommen” som ble avsagt i august 2001, viser at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig for den positive kontraktsinteressen.

For at oppdragsgiver skal kunne bli erstatningsansvarlig for den positive kontraktsinteressen, så må oppdragsgiver har begått vesentlige saksbehandlingsfeil og må være klar sannsynlighetsovervekt for at den anbyderen som mener seg forbigått, skulle ha blitt tildelt oppdraget.