

MORTEN GOLLER mfl.

# Anskaffelsesrett

i et nøtteskall

2. UTGAVE



**GYLDENDAL**  
JURIDISK



MORTEN GOLLER  
KINE BJELKE CHRISTOPHERSEN  
ODA HELLENES EKRE  
ALF AMUND GULSVIK  
KAROLINE KREYBERG  
KINE ØSTBYE NESLEIN  
KASPAR NYGAARD THOMMESSEN  
LINE CAMILLA WERNER

# ANSKAFFELSESRETT

I ET NØTTESKALL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2017

2. utgave, 1. opplag 2017

ISBN 978-82-05-50472-1

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen

Sats: HAVE A BOOK

Brødtekst: Minion Pro 10/14,5 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Juridisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

[www.gyldendal.no/juridisk](http://www.gyldendal.no/juridisk)

[juridisk@gyldendal.no](mailto:juridisk@gyldendal.no)

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

# Forord

Boken gir en overordnet, men fortettet og presis fremstilling av regelverket for offentlige anskaffelser. Målgruppen er både dem som vil skaffe seg en oversikt over regelverket, og dem som søker svar på praktiske spørsmål som oppstår ved gjennomføringen av anskaffelser. Selv om fremstillingen er ment å gi en mer overordnet oversikt, har vi derfor valgt å gå noe mer i dybden på enkelte problemstillinger som i praksis skaper særlige utfordringer, så som kravene som gjelder til konkurransegrunnlag (og da særlig til tildelingskriteriene) samt avvisningsreglene. Av samme grunn har vi i ganske stor grad inntatt henvisninger til relevante rettskilder. Det har vært et klart siktemål at fremstillingen skal være anvendelig både for oppdragsgivere og tilbydere.

I kapittel 1 behandles regelverkets betydning og formål samt rettsgrunnlag og rettskilder før vi i kapittel 2 behandler anskaffelsesreglenes virkeområde. I kapittel 3 omtaler vi deretter anskaffelsesrettens svært viktige grunnleggende prinsipper. De detaljerte reglene i anskaffelsesforskriften er gitt for å sikre at oppdragsgiver opptrer i samsvar med disse grunnleggende prinsippene for derved å realisere regelverkets formål. Betydningen av å forstå de grunnleggende prinsipper kan derfor knapt understrekes sterkt nok.

## 6 FORORD

Fremstillingen er fra og med kapittel 4 strukturert etter gangen i en anskaffelsesprosess og følger dermed også i stor grad anskaffelsesforskriftens oppbygging.

Boken ble opprinnelig skrevet sommeren og høsten 2013. Etter at de nye anskaffelsesreglene ble vedtatt, var det behov for en fullstendig gjennomgang og revisjon av teksten, dette ble gjort høsten/vinteren 2016. Fremstillingen er à jour per årsskiftet 2016/2017 og omhandler dermed nå de nye anskaffelsesreglene, som trådte i kraft 1. januar 2017.

Oslo, 2. januar 2017

*Morten Goller*

# Innhold

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>KAPITTEL 1 INNLEDNING</b> .....                                                                        | 15 |
| 1.1 Innledning .....                                                                                      | 15 |
| 1.1.1 Regelverkets betydning og formål .....                                                              | 15 |
| 1.2 Rettsgrunnlag og rettskilder .....                                                                    | 18 |
| 1.3 Forsyningsforskriften og forsvarsanskaffelser .....                                                   | 19 |
| 1.4 Regelrevisjon i EU og nasjonalt. ....                                                                 | 20 |
| <br><b>KAPITTEL 2 REGLENES VIRKEOMRÅDE</b> .....                                                          | 21 |
| 2.1 Pliktsubjekter. ....                                                                                  | 21 |
| 2.1.1 Statlige, kommunale og<br>fylkeskommunale myndigheter .....                                         | 21 |
| 2.1.2 Offentligrettslige organer .....                                                                    | 21 |
| 2.1.2.1 Innledning .....                                                                                  | 21 |
| 2.1.2.2 Tjener allmennhetens behov og ikke<br>er av industriell eller forretningsmessig<br>karakter ..... | 22 |
| 2.1.2.3 Selvstendig rettssubjekt .....                                                                    | 25 |
| 2.1.2.4 Har tilknytning til det offentlige .....                                                          | 25 |
| 2.1.3 Innkjøpssentraler .....                                                                             | 27 |
| 2.2 Omfattede kontrakter .....                                                                            | 28 |
| 2.3 Sentrale unntak .....                                                                                 | 30 |
| 2.3.1 Innledning .....                                                                                    | 30 |
| 2.3.2 Fast eiendom .....                                                                                  | 30 |

## 8 INNHOLD

|                                                                                               |        |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 2.3.3 Enerettsunntaket.....                                                                   | 33     |
| 2.3.4 Egenregi og samarbeid i offentlig sektor .....                                          | 34     |
| 2.3.4.1 Generelt om egenregiunntaket.....                                                     | 34     |
| 2.3.4.2 Kontrollkriteriet .....                                                               | 36     |
| 2.3.4.3 Omsetningskriteriet .....                                                             | 39     |
| 2.3.4.4 Samarbeidsavtaler.....                                                                | 41     |
| 2.4 Terskelverdier .....                                                                      | 44     |
| <br><b>KAPITTEL 3 GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER .....</b>                                          | <br>47 |
| 3.1 Innledning .....                                                                          | 47     |
| 3.2 Nærmere om prinsippene.....                                                               | 49     |
| 3.2.1 Innledning.....                                                                         | 49     |
| 3.2.2 Likebehandling.....                                                                     | 50     |
| 3.2.3 Forutberegnelighet .....                                                                | 51     |
| 3.2.4 Etterprøvbarehet.....                                                                   | 54     |
| <br><b>KAPITTEL 4 REGELVERKETS BETYDNING FØR KUNNGJØRING .....</b>                            | <br>55 |
| 4.1 Innledning .....                                                                          | 55     |
| 4.2 Adgangen til å foreta dialog med leverandører<br>før konkurransen .....                   | 56     |
| 4.2.1 Innledning.....                                                                         | 56     |
| 4.2.2 Vilkårene i bestemmelsen .....                                                          | 57     |
| 4.2.3 Vilkåret om konkurransevidende effekt eller<br>brudd på likebehandlingsprinsippet ..... | 63     |
| 4.2.4 Spørsmål om anskaffelsen er påvirket .....                                              | 63     |
| 4.2.5 Tidsmessig fordel.....                                                                  | 64     |
| 4.2.6 Informasjonsfordel .....                                                                | 65     |
| 4.3 Nærmere om gjennomføringen<br>av teknisk markedsdialog.....                               | 66     |
| 4.4 Oppdragsgivers plikt til utjevnende tiltak.....                                           | 68     |
| 4.5 Plikt til avvisning eller avlysning .....                                                 | 70     |
| <br><b>KAPITTEL 5 LOVLIGE KONKURRANSEFORMER<br/>OG KONTRAKTSFORMER .....</b>                  | <br>73 |
| 5.1 Hvilke konkurranseformer kan benyttes?.....                                               | 73     |
| 5.1.1 Oversikt.....                                                                           | 73     |
| 5.1.2 Anbudskonkurranser .....                                                                | 75     |
| 5.1.2.1 Åpen og begrenset anbudskonkurranse ..                                                | 75     |



|                   |                                                                          |            |
|-------------------|--------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.1.2.2           | Avklaringsadgangen .....                                                 | 76         |
| 5.1.3             | Åpen og begrenset tilbudskonkurranse .....                               | 79         |
| 5.1.4             | Konkurranse med forhandling .....                                        | 84         |
| 5.1.4.1           | Fra strengt unntaksregime til mer<br>alminnelig forhandlingsadgang ..... | 84         |
| 5.1.4.2           | Krav om «reelle forhandlinger»? .....                                    | 87         |
| 5.1.5             | Konkurransepreget dialog .....                                           | 89         |
| 5.1.5.1           | Innledning .....                                                         | 89         |
| 5.1.5.2           | Rammene for dialogen og forhandlinger<br>etter endelig tilbud .....      | 90         |
| 5.1.6             | Plan- og designkonkurranser .....                                        | 93         |
| 5.1.7             | Direkteanskaffelser .....                                                | 97         |
| 5.2               | Rammeavtaler og kontrakter .....                                         | 98         |
| 5.2.1             | Innledning .....                                                         | 98         |
| 5.2.2             | Rammeavtale med én leverandør .....                                      | 102        |
| 5.2.3             | Parallelle rammeavtaler .....                                            | 103        |
| 5.2.4             | Nærmere om kravene til forutberegnelighet og<br>gjennomsiktighet .....   | 105        |
| 5.2.5             | Nærmere om kravet til konkurranse .....                                  | 105        |
| 5.2.6             | Nærmere om varighet av rammeavtaler og<br>alminnelige kontrakter .....   | 109        |
| <b>KAPITTEL 6</b> | <b>KUNNGJØRING OG KONKURRANSEGRUNNLAG</b>                                | <b>113</b> |
| 6.1               | Kunngjøringsreglene .....                                                | 113        |
| 6.1.1             | Kunngjøring av konkurranse .....                                         | 113        |
| 6.1.2             | Veiledende kunngjøring .....                                             | 115        |
| 6.1.3             | Intensjonskunngjøring .....                                              | 116        |
| 6.2               | Forskriftens minimumsfrister .....                                       | 116        |
| 6.3               | Krav til konkurransegrunnlag .....                                       | 118        |
| 6.3.1             | Innledning .....                                                         | 118        |
| 6.3.2             | Forskriftens krav til konkurransegrunnlag .....                          | 119        |
| 6.3.3             | Kravet til klarhet .....                                                 | 120        |
| 6.3.4             | Endring av konkurransegrunnlaget .....                                   | 123        |
| 6.4               | Krav til tilbudet .....                                                  | 126        |
| 6.4.1             | Tilbudsfristen og krav til utforming .....                               | 126        |
| 6.4.2             | Alternative tilbud .....                                                 | 128        |
| 6.5               | Kvalifikasjonskrav .....                                                 | 130        |
| 6.5.1             | Lovlige krav .....                                                       | 130        |

## 10 INNHOLD

|           |                                                                               |     |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.5.2     | Det europeiske egenerklæringsskjemaet .....                                   | 132 |
| 6.5.3     | Forholdet til dokumentasjonskrav .....                                        | 134 |
| 6.5.4     | Særlig om adgangen til å støtte seg på andre virksomheter .....               | 138 |
| 6.5.5     | Særlig om små og mellomstore bedrifter samt nystiftede selskaper .....        | 141 |
| 6.6       | Utvelgelseskriterier .....                                                    | 144 |
| 6.6.1     | Generelt .....                                                                | 144 |
| 6.6.2     | Reduksjon av antall tilbud eller løsninger .....                              | 146 |
| 6.7       | Kravspesifikasjon .....                                                       | 147 |
| 6.7.1     | Innledning .....                                                              | 147 |
| 6.7.2     | Nærmere om ulike typer kravspesifikasjoner ..                                 | 148 |
| 6.7.3     | Forskriftens regler om kravspesifikasjoner .....                              | 149 |
| 6.7.4     | Forbudet mot å vise til bestemte varemerker mv. ....                          | 154 |
| 6.7.4.1   | Hovedregel .....                                                              | 154 |
| 6.7.4.2   | Unntak .....                                                                  | 154 |
| 6.7.4.2.1 | Nødvendig ut fra anskaffelsens formål .....                                   | 155 |
| 6.7.4.2.2 | Ikke mulig å beskrive tilstrekkelig presist og forståelig på annen måte ..... | 157 |
| 6.7.5     | Virkningen av at kravspesifikasjonen er i strid med regelverket .....         | 159 |
| 6.8       | Tildelingskriterier .....                                                     | 159 |
| 6.8.1     | Lovlige tildelingskriterier .....                                             | 159 |
| 6.8.2     | Underkriterier .....                                                          | 164 |
| 6.8.3     | Vekting og prioritering av tildelingskriterier ...                            | 165 |
| 6.8.3.1   | Innledning .....                                                              | 165 |
| 6.8.3.2   | FOA del II, plikt til prioritering .....                                      | 165 |
| 6.8.3.3   | FOA del III, hovedregel vekting .....                                         | 166 |
| 6.8.3.4   | Vekting av underkriterier .....                                               | 169 |
| 6.8.4     | Særlig om sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier .....   | 171 |
| 6.8.4.1   | Innledning .....                                                              | 171 |
| 6.8.4.2   | Anskaffelsesdirektivenes system .....                                         | 171 |
| 6.8.4.2.1 | Innledning .....                                                              | 171 |
| 6.8.4.2.2 | Lianakis .....                                                                | 172 |
| 6.8.4.2.3 | Etterfølgende praksis .....                                                   | 175 |

|                   |                                                                                 |     |
|-------------------|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.8.4.3           | Praktisk gjennomføring av tjenesteanskaffelser .....                            | 177 |
| 6.8.5             | Virkningen av ulovlige tildelingskriterier .....                                | 179 |
| 6.9               | Kontraktsgjennomføringskrav .....                                               | 180 |
| <b>KAPITTEL 7</b> | <b>AVVISNINGSREGLENE</b> .....                                                  | 183 |
| 7.1               | Innledning .....                                                                | 183 |
| 7.2               | Avvisning på grunn av formalfeil .....                                          | 185 |
| 7.3               | Avvisning på grunn av forhold ved tilbyder .....                                | 186 |
| 7.3.1             | Manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav – bokstav a. ....                   | 186 |
| 7.3.2             | Avvisningsplikt etter FOA § 9-5 (1) bokstav b–c og § 24-2 (1) bokstav b–d ..... | 188 |
| 7.3.2.1           | Manglende betaling av skatter og avgifter .....                                 | 188 |
| 7.3.2.2           | Inhabilitet, jf. § 7-5 .....                                                    | 189 |
| 7.3.2.3           | Leverandøren har oppnådd en urimelig konkurransefordel jf. § 12-2 .....         | 190 |
| 7.3.3             | Avvisningsplikt etter FOA §§ 9-5 (2) og 24-2 (2) .....                          | 191 |
| 7.3.4             | Fakultativ avvisning på grunn av tilbyders forhold .....                        | 192 |
| 7.3.5             | Øvrige regler knyttet til avvisning på grunn av forhold ved leverandøren .....  | 195 |
| 7.3.5.1           | Innledning .....                                                                | 195 |
| 7.3.5.2           | Identifikasjon .....                                                            | 196 |
| 7.3.5.3           | Utskiftning av underleverandører .....                                          | 197 |
| 7.3.5.4           | Tiltak for å unngå avvisning og avvisningsperiode .....                         | 198 |
| 7.3.5.5           | Dokumentasjon .....                                                             | 199 |
| 7.4               | Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet .....                                | 200 |
| 7.4.1             | Innledning .....                                                                | 200 |
| 7.4.2             | Tolkning av tilbud .....                                                        | 200 |
| 7.4.2.1           | Innledning .....                                                                | 200 |
| 7.4.2.2           | Særlige tolkningsregler ved tolkning av tilbud .....                            | 203 |
| 7.4.3             | Avvisning på grunn av ikke bindende tilbud ...                                  | 206 |
| 7.4.4             | Vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene                                    | 207 |

## 12 INNHOLD

|                                                           |                                                                                       |            |
|-----------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 7.4.4.1                                                   | Når inneholder et tilbud et avvik? . . . . .                                          | 207        |
| 7.4.4.2                                                   | Når er avviket vesentlig? . . . . .                                                   | 208        |
| 7.4.4.3                                                   | Relativ bedømmelsestil . . . . .                                                      | 213        |
| 7.4.5                                                     | Avvisning av unormalt lave tilbud. . . . .                                            | 216        |
| 7.4.6                                                     | Fakultativ avvisning på grunn av forhold ved tilbudet . . . . .                       | 218        |
| 7.5                                                       | Ettersending og avklaring av opplysninger og dokumentasjon . . . . .                  | 219        |
| 7.5.1                                                     | Innledning. . . . .                                                                   | 219        |
| 7.5.2                                                     | Ettersending og avklaring knyttet til oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene . . . . . | 220        |
| 7.5.3                                                     | Ettersending og avklaring knyttet til selve tilbudet . . . . .                        | 221        |
| 7.6                                                       | Fremgangsmåte ved avvisning og begrunnelsesplikt. .                                   | 226        |
| <b>KAPITTEL 8 AVSLUTNING AV KONKURRANSEN. . . . .</b>     |                                                                                       | <b>230</b> |
| 8.1                                                       | Innledning . . . . .                                                                  | 230        |
| 8.2                                                       | Avlysning av konkurransen og totalforkastelse av innkomne tilbud . . . . .            | 231        |
| 8.2.1                                                     | Oppdragsgivers avlysningsrett. . . . .                                                | 231        |
| 8.2.2                                                     | Oppdragsgivers avlysningsplikt . . . . .                                              | 236        |
| 8.2.2.1                                                   | Innledning . . . . .                                                                  | 236        |
| 8.2.2.2                                                   | Vilkårene for avlysningsplikt . . . . .                                               | 236        |
| 8.2.3                                                     | Meddelelse om og begrunnelse for avlysning. .                                         | 241        |
| 8.3                                                       | Tildeling . . . . .                                                                   | 242        |
| 8.3.1                                                     | Evaluerings . . . . .                                                                 | 242        |
| 8.3.1.1                                                   | Begrensninger i oppdragsgivers skjønnsfrihet ved evalueringen . . . . .               | 242        |
| 8.3.1.2                                                   | Evaluerings av underkriterier . . . . .                                               | 245        |
| 8.3.1.3                                                   | Evaluerings i klageomgangen . . . . .                                                 | 246        |
| 8.3.2                                                     | Meddelelse og karenstid . . . . .                                                     | 246        |
| 8.3.3                                                     | Krav til begrunnelse . . . . .                                                        | 248        |
| 8.4                                                       | Innsyn . . . . .                                                                      | 251        |
| <b>KAPITTEL 9 LÆREN OM VESENTLIGE ENDRINGER . . . . .</b> |                                                                                       | <b>256</b> |
| 9.1                                                       | Innledning . . . . .                                                                  | 256        |
| 9.2                                                       | Kjernen i læren om vesentlige endringer . . . . .                                     | 257        |
| 9.2.1                                                     | Kodifisering av EU-domstolens praksis . . . . .                                       | 257        |

|                    |                                                                              |            |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 9.2.2              | Utviklingen i praksis etter pressetext . . . . .                             | 260        |
| 9.3                | Typetilfeller av endringer i inngåtte kontrakter . . . . .                   | 262        |
| 9.3.1              | Generelt om endring av kontraktsvilkår . . . . .                             | 262        |
| 9.3.2              | Forlengelse av kontraktsperioden . . . . .                                   | 264        |
| 9.3.3              | Særlig om prisendringer . . . . .                                            | 265        |
| 9.3.4              | Endring av kontraktspart . . . . .                                           | 268        |
| 9.3.4.1            | Bytte av hovedleverandør . . . . .                                           | 268        |
| 9.3.4.2            | Bytte av underleverandør . . . . .                                           | 270        |
| 9.3.5              | Endringer i kontraktens omfang og nye ytelser<br>inn under avtalen . . . . . | 272        |
| 9.3.6              | Opsjoner . . . . .                                                           | 274        |
| 9.3.7              | Misligholdssituasjoner . . . . .                                             | 274        |
| 9.4                | Konsekvenser der det foreligger en vesentlig endring                         | 276        |
| 9.5                | Andre bestemmelser om vesentlige endringer . . . . .                         | 277        |
| <b>KAPITTEL 10</b> | <b>HÅNDHEVELSE . . . . .</b>                                                 | <b>278</b> |
| 10.1               | Innledning . . . . .                                                         | 278        |
| 10.2               | De forskjellige klageorganenes kompetanse . . . . .                          | 279        |
| 10.3               | Prøvingsintensitet, oppdragsgiverens skjønnsfrihet                           | 283        |
| 10.4               | Vilkårene for midlertidig forføyning . . . . .                               | 284        |
| 10.4.1             | Suspensjon . . . . .                                                         | 284        |
| 10.4.2             | Midlertidig forføyning . . . . .                                             | 286        |
| 10.5               | Vilkårene for erstatning . . . . .                                           | 287        |
| 10.5.1             | Innledning . . . . .                                                         | 287        |
| 10.5.2             | Spesielt om positiv kontraktsinteresse . . . . .                             | 288        |
| 10.6               | Sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser mv. . . . .                     | 291        |
| 10.6.1             | Innledning . . . . .                                                         | 291        |
| 10.6.2             | Kort om ulovlige direkte anskaffelser . . . . .                              | 293        |
| 10.6.3             | Overtredelsesgebyr ilagt av KOFA . . . . .                                   | 295        |
| 10.6.4             | Sanksjonene som kan ilegges av retten –<br>omfattede situasjoner . . . . .   | 296        |
| 10.6.5             | Nærmere om sanksjonene som kan ilegges<br>av retten . . . . .                | 299        |
| 10.6.5.1           | Uten virkning . . . . .                                                      | 299        |
| 10.6.5.2           | Avkortning og gebyr . . . . .                                                | 300        |
| 10.6.6             | Unntak fra krav om sanksjoner . . . . .                                      | 302        |
| 10.6.7             | Håndhevelse . . . . .                                                        | 304        |
| 10.6.8             | Forholdet til medkontrahenten . . . . .                                      | 306        |

## 14 INNHOLD

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 10.7 Klage- og søksmålsfrister .....   | 308 |
| 10.8 Overgangsregler. ....             | 310 |
| <b>FORFATTERPRESENTASJON</b> .....     | 311 |
| <b>LITTERATUR</b> .....                | 313 |
| <b>LOVER OG FORSKRIFTER</b> .....      | 315 |
| <b>DOMMER OG NEMNSAVGJØRELSE</b> ..... | 319 |
| <b>STIKKORD</b> .....                  | 326 |

# Innledning

## 1.1 Innledning

### 1.1.1 Regelverkets betydning og formål

Offentlig sektor kjøper inn varer og tjenester for nesten 500 milliarder årlig. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp, og at offentlige sektor gjennom sine innkjøp bidrar til å utvikle et konkurransedyktig næringsliv.

Selv om anskaffelsesretten fortsatt oppleves som et relativt nytt fagfelt i norsk rett, har vi en lang tradisjon for å regulere slike innkjøp. De første forskriftene ble gitt allerede i 1899. Formålet var den gang et ønske om å sikre konkurranse, men slik at man samtidig skulle føre en proteksjonistisk linje overfor utenlandske leverandører. Utover på 1900-tallet ble det gjort noen mindre endringer i regelverket, men det var først i etterkrigstiden at behovet for en større revisjon presset seg frem. Det ble derfor nedsett et utvalg i 1967, og arbeidet resulterte i Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet mv. (REFSA), vedtatt 16. desember 1978. Dette var interne retningslinjer som påla forvaltningen forpliktelser med hensyn til hvordan anskaffelsene skulle foregå, men

som hovedregel ikke hadde ekstern virkning og ikke ga private leverandører noen rettslige krav. Samtidig som denne utviklingen pågikk i Norge, skjedde det et omfattende arbeid i EU med utvikling av overnasjonale innkjøpsregler. Allerede i 1971 ble således det første direktivet med regler om offentlige bygge- og anleggskontrakter vedtatt. I 1977 kom det første direktivet om offentlige varekjøp, og i 1992 et direktiv om tjenestekjøp. Da EØS-avtalen ble utformet tidlig på 1990-tallet, forelå det således et omfattende og detaljert EU-regelverk om offentlige anskaffelser som ble inntatt i sin helhet i EØS.

De norske anskaffelsesreglene implementerer dermed EUs anskaffelsesdirektiver samt WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA-avtalen). I tillegg inneholder regelverket en viss kodifisering av ulovfestet, nasjonal anbudsrett.

Reglene følger i dag av lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA) og den tilhørende forskrift av 12. august 2016 nr. 974 (FOA)<sup>1</sup>. Anskaffelsesreglene gir detaljerte regler for gjennomføring av offentlige innkjøp, fra planleggingen til inngåelse av kontrakt. Anskaffelser skal foretas på bakgrunn av kunngjorte konkurranser, hvor alle elementer oppdragsgiver (den som foretar innkjøpet) vil vektlegge i prosessen skal gjøres kjent på forhånd. Oppdragsgiver står samtidig i prinsippet fritt mht. hva som skal anskaffes og hva som skal vektlegges ved avgjørelsen, dog begrenset av krav til likebehandling, ikke-diskriminering mv.

Det følger av LOA § 1 at formålet med anskaffelsesreglene er å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser». Videre skal regelverket bidra til at det offentlige «opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».

---

1 Anskaffelsesforskriften bygger på EU-direktivet om offentlige anskaffelser, direktiv 2014/24/EU.



Det uttalte formålet er således i stor grad rettet mot det offentliges og allmennhetens interesser, dvs. å begrense det offentliges kostnader samt å hindre korrupsjon og kameraderi. Tar man hensyn til de bakenforliggende EU-direktivene, er det samtidig klart at formålet videre er å sikre gjennomføringen av et indre marked i EØS-området, dvs. å sørge for fri flyt av varer og tjenester også på markedet for offentlige innkjøp. I en «grønnbok» fra EU-kommisjonen fra 1996 om offentlige anskaffelser ble det således understreket at formålene både er å åpne for reell konkurranse om offentlige kontrakter, fornuftig bruk av offentlige midler og å styrke konkurranseevnen<sup>2</sup>.

Dette betyr at også hensynet til leverandørene, tilbyderne i en konkurranse og andre mulige interessenter er av betydning ved forståelsen av reglene. Som det fremgår, er det også et mål at anskaffelsesreglene skal bidra til markedsutvikling ved å fremme riktig konkurranse blant leverandørene og å gi leverandørene et grunnlag for å forbedre sin posisjon for fremtidige konkurranser, men dette har mindre betydning ved den praktiske anvendelsen av reglene.

Anskaffelsesreglene har således et relativt sammensatt formål, hvor forskjellige hensyn kan trekke i forskjellige retninger. Svært strenge tolkninger av reglene kan stride mot formålet om økt verdiskapning, mens en altfor stor skjønnsfrihet for oppdragsgiver og mangel på etterprøvbarhet vil stride mot leverandørenes beskyttelsesverdige interesser. Uansett er det viktig at rettsanvenderne hensyntar at anskaffelsesreglene gir anvisning på formaliserte flerpartsforhold. Dette er blant annet understreket i NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, kapittel 5.3, hvor det avslutningsvis heter:

---

2 Green Paper, Public procurement in the European Union: Exploring the way forward, Communication adopted by the Commission on the 27th November 1996.

«Når uenighet oppstår i anskaffelsessaker, blir det lett fokus på topartsforholdet mellom oppdragsgiver og klager/saksøker. Det er forståelig. Samtidig vil utvalget understreke at reglene må utformes og praktiseres på en måte som også tar hensyn til de andre berørte aktørene og de legitime interessene i saken.»

Dette er en viktig ledestjerne for tolkningen av regelverket; det er en rekke hensyn som skal ivaretas, og den valgte leverandøren har like stor rett til å få beskyttet sine interesser som de som eventuelt klager.

## 1.2 Rettsgrunnlag og rettskilder

Som nevnt i pkt. 1.1 over, har anskaffelsesreglene i stor grad et EØS-rettslig opphav, og de sentrale EU-kildene, særlig avgjørelser fra EU-domstolen, er derfor av stor betydning ved tolkningen av bestemmelsene. Flere sentrale prinsipper, så som læren om utvidet egenregi, kravet om karenperiode mv. er også utviklet gjennom denne rettspraksis og senere kodifisert i direktivene og forskriftene. Også avgjørelser og uttalelser fra Kommisjonen vil kunne ha en viss betydning.

I Norge blir også praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) vektlagt i ikke ubetydelig grad. KOFA er et uavhengig statlig organ som avgir rådgivende uttalelser om påståtte brudd på anskaffelsesreglene. Nemnda ble etablert 1. januar 2003 og er opprettet i medhold av LOA § 11. Virksomheten er nærmere regulert i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser<sup>3</sup>. KOFA består av en nemnd på 10 medlemmer og et sekretariat. Nemndas leder er tidligere høyesterettsdommer Georg Fredrik Rieber-Mohn, mens de øvrige medlemmene er enten advokater, dommere eller professorer. I hver enkelt sak deltar tre nemndsmedlemmer (eventuelt fem medlemmer i saker av særlig prinsipiell betydning).

---

3 FOR-2002-11-15-1288.

Den rettskildemessige betydningen av KOFAs avgjørelser må antas å være begrenset. Avgjørelsene er imidlertid vist til en rekke ganger av domstolene, også av Høyesterett, uten at spørsmålet har vært problematisert. I noen saker har det vært vist til KOFAs uttalelser til støtte for avgjørelsen, men det er også mange eksempler på at domstolene kommer til motsatt konklusjon. Det viktigste synes således å være argumentasjonens overbevisningskraft, snarere enn at avgjørelsene tillegges vekt som sådan.

### 1.3 Forsyningsforskriften og forsvarsanskaffelser

Forskrift av 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (FOR) inneholder særlig regler for forsyningssektoren. Regelverket her er noe mer liberalt enn i såkalt klassisk sektor (regulert av FOA), blant annet er det alltid adgang til å bruke konkurranse med forhandling. Etter at de nye anskaffelsesreglene trådte i kraft, er imidlertid forskjellen vesentlig mindre enn tidligere. Forsyningsforskriften behandles ikke nærmere i det følgende.

EUs direktiv for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser fra 2011 ble implementert i norsk rett med virkning fra 1. januar 2014.<sup>4</sup> Direktivet har til formål å etablere en ny europeisk lovgivingsramme for inngåelse av sensitive offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet, herunder etablere et effektivt europeisk marked for forsvarsmateriell. Direktivet bygger i stor grad på direktiv 2004/18/EF (det tidligere direktivet for klassisk sektor), men inneholder visse særbestemmelser som er ment å ivareta de behov som gjør seg gjeldende på forsvars- og sikkerhetsområdet. Som i forsyningssektoren er derfor terskelverdiene høyere, og det er alltid adgang til

---

4 Europaparlamentets og rådets direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

å bruke prosedyren konkurranse med forhandling. Det er videre særbestemmelser om vektlegging av forsyningssikkerhet og beskyttelse av sensitiv informasjon og adgang til å bruke rammeavtaler av lengre varighet (7 år mot 4 år i klassisk sektor). Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOR-2103-10-04-1185) behandles ikke nærmere i det følgende.

## 1.4 Regelrevisjon i EU og nasjonalt

Anskaffelsesreglene kritiseres jevnlig for å være kompliserte, lite fleksible og kostnadskrevende å følge. Kritikken kommer særlig fra oppdragsgivere, men også sett fra leverandørsiden kan det være uforholdsmessig store kostnader forbundet med deltakelse i konkurranser. Blant annet på bakgrunn av dette ble det i 2014 vedtatt nye direktiver i EU, med implementeringsfrist i april 2016. Det pågikk samtidig et nasjonalt arbeid for å forenkle reglene som gjelder under EØS-terskelverdiene (dvs. i FOA del II), som kulminerte i NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Samlet har dette gitt et helt nytt anskaffelsesregelverk, med virkning fra 1. januar 2017.

Anskaffelsesforskriften implementerer EU-reglene i del III og fastlegger et nasjonalt regelverk i del II. Dette regelverket kommer grovt sett til anvendelse ved anskaffelser fra NOK 1.100 000 og opp til EØS-terskelverdiene (nærmere nedenfor). Det nasjonale regelverket er en god del enklere og mindre detaljert enn reglene i FOA del III. Den viktigste forskjellen er at det i del II kun gjelder én konkurranseform, tilbudskonkurranse. Dette ligner på konkurranse med forhandling, men slik at oppdragsgiver ikke behøver å bestemme seg for om det skal forhandles før tilbudene er innkommet, og da står svært fritt mht. i hvilken grad det skal forhandles eller for eksempel bare foretas visse avklaringer.