



**DIFI**

Direktoratet for forvaltning og IKT

---

## Dansk Forening For Udbudsret 25 september 2008

Udviklingen inden for udbudsretten  
i Norge, Sverige, Danmark og EU

Advokat Trygve Olavson Laake - Juridisk rådgiver i Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI) - Afdeling for offentlige anskaffelser (ANS)

---

# Europeisk regelverk – norsk implementering

EØS-avtalen Art 65, Vedlegg XV (etter endringer)

Europeisk regelverk	Norsk implementering
Offentlige anskaffelser – Direktiv 2004/18/EF	Forskrift om offentlige anskaffelser av 7 april 2006 (FOA)
Forsyningsvirksomhet – Direktiv 2004/17/EF	Forskrift om innkjøpsregler i forsynings- sektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) av 7 april 2006 (forsyningsforskriften)
Håndhevelse – offentlig sektor Direktiv 89/665/EØF	Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (LOA)
Håndhevelse – forsyningssektoren Direktiv 92/13/EØF	Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (LOA)



# Lov om offentlige anskaffelser

## § 1 *Formål*

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling.

Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

## § 5 *Grunnleggende krav*

god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard  
ikke forskjellsbehandling, ikke diskriminere  
forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet  
objektive og ikke-diskriminerende kriterier

## § 6 *Livssyklus kostnader, universell utforming og miljø*

Statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter, offentligrettslige organer skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til  
livssyklus kostnader,  
universell utforming  
miljømessige konsekvenser



# Forskrift om offentlige anskaffelser

## Del I. Alminnelige bestemmelser (for alle anskaffelser)

§ 3-2. Protokollføring for alle anskaffelser over kr 100.000

§ 3-11. Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår

- fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder
- særlige vilkår for gjennomføring av kontrakt – sosiale hensyn, miljøhensyn

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

- Anskaffelser over kr 500.000 eks mva + uprioriterte tjenester
- nasjonale regler som langt på vei ”speiler” EØS-reglene, forenkling
- fritt valg av konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring
- Ikke fastsatte frister – kun krav om ”rimelig frist”

## Del III. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

- Implementering av direktiv 2004/18/EF

## Del IV. Øvrige prosedyrer

Kap 23. Plan- og designkonkurranse;

Kap 24. Bygge- og anleggskonsesjon;

Kap 25. Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål

# Inhabilitet (rådgiverhabilitet)

## § 3-8. *Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner*

Oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse.

§ 20-12(1) Oppdragsgiver skal avvise leverandører som:

f. har blitt benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner i strid med §3-8

Praksis tilsvarende KLFU praksis.

- Utelukke konkurranse – skal mye til – la alle opplysninger tilflyte
  - Ikke spesialtilpasse eget produksjonsopplegg - Konkret vurdering:
  - Hvor lett for andre å tilfredsstille valgte tekniske spesifikasjoner?
  - Er valgte tekn spesifikasjoner naturlige ut fra oppdragsgivers behov?
  - Påvirker valgte spesifikasjoner rådgivers mulighet til å vinne?
- Hvor slik rådgiver også har deltatt i evalueringen – erstatning .



# Implementering av de nye reglene

Nye konkurranseformer (fortalen, premiss 16: nasjonalt spillerom)

- Innkjøpssentraler - § 4-1, § 3-13
  - Nytt/avklaring
- Rammeavtaler - § 4-2 f, §§ 15-1 - 15-3
  - Akseptert i praksis – også parallelle rammeavtaler
  - Nytt: Mini-konkurranse
- Dynamisk innkjøpsordning § 4-2 e, § 15-4
  - Nytt
- Elektronisk auksjon - § 4-2 h, § 22-4
  - Avklaring/nytt
- Konkurransepreget dialog – § 4-2 c, § 14-2, § 15-4, §§ 20-8 - 20-10
  - Nytt (kun i forskrift om offentlige anskaffelser, Del III over EØS-terskelverdi)

# Implementering av de nye reglene

- Tildelingskriterier – relativ vekting § 22-2(2)
- Elektronisk kommunikasjon – kap 16
- Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

§ 20-12(1) Oppdragsgiver skal avvise leverandører som:

e. oppdragsgiver kjenner til er rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger, og hvor ikke allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren

Art 45(1): "MS fastsætter på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse av fællesskabsretten gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke".

- avventer Bruxelles. Stor usikkerhet.

§ 20-12(2) Oppdragsgiver kan avvise leverandører som:

c. ved en rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel

d. I sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.

# Kunngjøring

§ 18-1 Kunngjøring skal sendes operatøren til Doffin (Millstream) for kunngjøring i Doffin og videresendelse til TED-databasen

- Åpen anbudskonkurranse – tilbudsfrist 45 dager kan forkortes med 5 dager dersom det fra tidspunktet for kunngjøringen gis fri, direkte og full elektronisk adgang til konkurransegrunnlaget og ethvert supplerende dokument – utbredt praksis

## **Utenfor anskaffelsesregelverket – under terskelverdi**

- Anskaffelser under terskelverdi kr 500.000 eks mva
  - Krav om konkurranse og ikke-diskriminering
  - ”offentliggjøring” - frivillig forenklet kunngjøring (mini-Doffin)
  - Protokollføring for alle anskaffelser over kr 100.000 - sikre etterprøvnbarhet
- Anskaffelser unntatt fra forskriften
  - f.eks leie av eksisterende bygg - underlagt loven og de grunnleggende krav
  - krav om konkurranse og ikke-diskriminering – ”offentliggjøring”



# Egenregi

Ikke uttrykkelig, skriftlig unntaksbestemmelse i LOA/FOA - likevel akseptert i praksis – henvisning til EF-domstolen KOFA sak 2005/251 (*Arendal kommune*)

- kontrakt om IKT-drift og innkjøp
  - IKT Agder IKS - Interkommunalt selskap
  - Arendal 40% + fylkeskommune + kommuner
  - Hver kommune 1 styremedlem

- Kontroll?

”kommuner som deltar i interkommunale selskaper, må kunne identifiseres når det gjelder spørsmål om kontroll.

Formålet bak reglene ... kan ikke sees å være til hinder for at to eller flere kommuner går sammen om en rasjonell utførelse av oppgaver som hver enkelt av dem er for liten til selv å utføre rasjonelt”

# Forsyningsforskriften

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)

- Implementering av Direktiv 2004/17/EF
- Offentlig virksomhet som ikke er skilt ut som egen juridisk enhet skal følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser (sikre lik konkurranse)

## Petroleumssektoren

- Kap 14 Alternativ prosedyre
  - Valgfritt for oppdragsgiver
  - Generelle prinsipper
    - Konkurransen/kunngjøring
    - Ikke-diskriminerende og objektive prosedyrer og kriterier
  - Minimumsinformasjon til leverandør
  - Oppbevaring og angivelse av opplysninger
- OLF Guidelines
- Intensjon om å søke fritak fra forskriften (kap 15)
- Tvungent verneting Stavanger tingrett

# Håndheving

## Håndhevelsesdirektivene

- Rdir 89/665 – klassisk sektor
- Rdir 92/13 – forsyningssektorene

## Overnasjonalt klageorgan

- EFTA Surveillance Authority (ESA), i Brussel
  - Anonymt
  - Kostnadsfritt
  - Risikofritt

## Nasjonalt klageorgan:

- Domstolene
  - LOA §§ 7 og 8
    - Sette til side beslutning (ikke i i forsyningssektoren)
    - Midlertidig forføyning (tvangsmulkt i forsyningssektoren)
  - LOA § 10 – Erstatning

# Håndheving

## § 7. Søksmål

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.

## § 8. Beslutning om midlertidig forføyning og mulkt

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 [forsyningssektorene] 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.



# Håndheving

- Nasjonale domstoler
  - Dyrt
  - Risikofyllt
  - Konfliktskapende
  - Lite brukt
  - Kontrakt inngått ved aksept av tilbud
- Næringslivets forum for offentlige anskaffelser, NFOA1997-2002
  - Spørsmål – ikke-bindende råd
    - Populært, færre klager til ESA
- *Alcatel*, EF-domstolen 28.10.1999
  - Krav om reell klagemulighet
    - Begrunnelse
    - Klagefrist
- Ny forskrift 2001
  - Begrunnelse
  - Klagefrist - "rimelig tid" – normalt minst 10 dager – meddelelse om kontraktstildeling med klagefrist før inngåelse av kontrakt
  - Nasjonale regler under EØS-terskelverdi, over 200.000 (2005: 500.000)



# Håndhevelse – klagenemnda

## § 7a. *Tvisteløsningsorgan*

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.

Lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen får anvendelse på den virksomhet som drives av Tvisteløsningsorganet.

# Håndhevelse – klagenemnda

Klagenemnda for offentlige anskaffelser 01.01.2003

- LOA § 7 A Tvisteløsningsorgan
- Egen forskrift, kgl res 15.11.2002
- Kun rådgivende
  - Ikke bindende - Oppdragsgiver plikter delta
  - Ikke suspensjon – KOFA griper ikke inn
- Kompetansebyggende
  - fortolke, avklare, presisere, utfylle,
  - Uttalelse om retten til erstatning
  - Behandler kun saker som faller inn under lov om offentlige anskaffelser; ikke tjenestekonsesjon, ikke anskaffelser under særlig lovgivning
- Akseptert – lavt konfliktnivå
  - Lav risiko – hver part bærer sine kostnader
  - Lavt gebyr (kr 865) - lavere kostnader

Populært: 2003: **268**, 2004: **287**, 2005: **287**, 2006: **165**, 2007:**155**, sept 2008:**155**

# Håndheving – ulovlige direkte anskaffelser

## Ulovlige direkte anskaffelser

- Unnlåte kunngjøring og konkurranse uten hjemmel ”alvorligste tilsidesettelse av fellesskapsbestemmelsene”, men
  - Ingen sanksjon
  - Ingen erstatning
  - AUDA!

Norsk løsning:

- LOA § 7B Overtredelsesgebyr
  - Inntil 2 år etter kontrakt
  - Gebyr på inntil 15% av anskaffelsens verdi
    - Vedtas av KOFA
    - Full rettslig prøving

KOFA sak 2007/17 (*Vegdirektoratet*): gebyr kr 1 mill.



# Håndheving - Ulovlige direkte anskaffelser

## § 7b. Overtredelsesgebyr

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.



# Håndheving - erstatning

- *Firesafe*, HR-dom 09.04.1997 Rt 1997/574
- *Nucleus*, HR-dom 30.08.2001 Rt 2001/1062
- *Catch*, HR-dom 26.06.2008
  - anbudskonkurranse stiller strenge krav til *fair play*
  - Forventning om at regler følges
  - Erstatning den praktiske sanksjon
- Positiv kontraktsinteresse – erstatning for tapt fortjeneste
  - til den som er forbigått og skulle hatt kontrakten
  - vesentlige feil
  - klar sannsynlighetsovervekt at oppdraget skulle gått til anbyder
- Negativ kontraktsinteresse – erstatning for utgifter til deltakelse i konkurransen
  - hvis man ellers ikke ville deltatt i konkurransen
  - f.eks hvis pristesting, fortie usikkerhet
  - samtlige deltakere kan ha krav på erstatning for utgiftene
- Potensiell tilbyder har krav på erstatning for utgifter (til advokat) til å forsøke å stoppe prosedyren



Takk for oppmerksomheten!

