

UiO : **Det juridiske fakultet**

Bruk av rådgivere i anskaffelsesprosessen

Om urimelige konkurransefordeler og inhabilitet

Kandidatnummer: 694

Leveringsfrist: 25.04.2023

Antall ord: 17431



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Avhandlingens tema.....	1
1.2	Rettskildebruk og metode	2
1.3	Anskaffelsesrettslige formål og prinsipper	3
1.4	Forholdet mellom reglene om urimelig konkurransefordel og inhabilitet	5
1.5	Fremstillingen videre	6
2	BRUK AV RÅDGIVERE OG URIMELIG KONKURRANSEFORDEL	7
2.1	Det rettslige utgangspunktet.....	7
2.2	Rådgiverbestemmelsens anvendelsesområde	8
2.2.1	Rådgiver er en leverandør.....	8
2.2.2	Rådgiver har tilknytning til en leverandør.....	9
2.2.3	Rådgiveren har bistått oppdragsgiver forut for konkurransen.....	13
2.3	Når får rådgiver en urimelig konkurransefordel?	14
2.3.1	Konkurransefordel	14
2.3.2	Urimelig konkurransefordel	16
2.3.3	Konkret helhetsvurdering	19
2.4	Oppdragsgivers utjevningsplikt av urimelige konkurransefordeler	22
2.4.1	Allment om utjevningsplikten	22
2.4.2	Når inntrer utjevningsplikten?	22
2.4.3	Utjevningspliktens rekkevidde	24
2.4.4	Typetilfeller av utjevningstiltak.....	26
3	BRUK AV RÅDGIVERE OG INHABILITET.....	27
3.1	Innledning	27
3.2	Det rettslige grunnlaget.....	28
3.3	Habilitetsreglenes anvendelsesområde	29
3.4	Når er en rådgiver inhabil etter fvl. § 6 første ledd?	31
3.5	Når er en rådgiver inhabil etter fvl. § 6 andre ledd?	32
3.5.1	Særegne forhold.....	32
3.5.2	Forholdet må være «egnet til å svekke tilliten til» rådgiverens upartiskhet.....	33
3.5.3	Konkret helhetsvurdering	34
3.5.4	Skjerpede krav til habilitet i anskaffelsessituasjoner	37
3.6	Typetilfeller av særegne forhold som kan svekke tilliten til rådgiverens upartiskhet ...	38
3.6.1	Eierinteresser	38
3.6.2	Ansettelsesforhold	39

3.6.3	Profesjonelle relasjoner	40
3.6.4	Personlige relasjoner.....	42
3.7	Oppdragsgivers plikt til å forebygge, identifisere og avhjelpe inhabilitet.....	43
3.7.1	Allment om plikten	43
3.7.2	Når inntreffer plikten?	44
3.7.3	Pliktens rekkevidde.....	44
4	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	46

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Den overordnede tematikken for avhandlingen er de spørsmålene oppdragsgivers bruk av eksterne rådgivere¹ i anskaffelsesprosessen reiser.

Det offentlige foretar anskaffelser av ulike varer, tjenester samt bygg- og anleggsarbeider for rundt 600 milliarder kroner hvert år.² Anskaffelsene varierer i omfang og art, og oppdragsgivere kan ha ulike ressurser tilgjengelige til å foreta anskaffelsene. Særlig ved større og mer komplekse anskaffelser kan offentlige oppdragsgivere mangle nødvendig kompetanse til å forberede eller gjennomføre anskaffelsen på en best mulig og effektiv måte. I slike tilfeller kan det engasjeres eksterne rådgivere til å bistå. Spesielt ved komplekse IT-anskaffelser eller anskaffelser av større bygge- og anleggsprosjekter er det *anbefalt* at oppdragsgiver bruker eksterne rådgivere til å bistå i anskaffelsesprosessen.³ I tillegg kan behovet for rådgivning variere avhengig av type anskaffelse. Det vil eksempelvis være et større behov for rådgivning ved anskaffelser av produkter som inneholder et stort innovativt element, enn ved innkjøp av standardavtaler der det er mindre behov for faglig veiledning.⁴ Oppdragsgiver står likevel fritt til å bruke oppdragsgivere uavhengig av anskaffelsens omfang eller karakter.

I anskaffelsesretten blir bruk av rådgivere ofte forbundet med problemstillingen om når en rådgiver eller dennes nærstående kan opptre som leverandør i den etterfølgende konkurransen. Det kan imidlertid også forekomme en annen problemstilling, og som i praksis ofte oppstår,⁵ nemlig spørsmålet om når rådgiveren som bistår oppdragsgiver anses inhabil.

Problemstillingene gir grunnlag for nokså skjønnspregede vurderinger som kan medføre til usikkerhet for når bruk av rådgivere er i strid med de anskaffelsesrettslige reglene. Hovedformålet med avhandlingen er derfor å undersøke hvordan anskaffelsesregelverket håndterer spørsmål knyttet til rådgiveres konkurransefordeler og habilitet, og hva

¹ Rådgiver vil i avhandlingen bli definert som en ekstern person eller virksomhet som en offentlig oppdragsgiver henter inn til å gi bistand i anskaffelsesprosessen. I praksis har også begrepet ekstern konsulent eller konsulentfirma blitt benyttet som synonymer til rådgiver. Begrepsbruken har ikke særskilt betydning og «rådgiver» og «konsulent» kan i avhandlingen bli brukt om hverandre.

² DFØ (2023)

³ Anskaffelser.no (2022)

⁴ Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 405

⁵ Se artikkel for Byggindustrien (2019), se også *blant annet* KOFA 2022/1152, 2020/805, 2018/110, 2018/76, 2013/26, 2010/174

oppdragsgiver kan gjøre for å sikre at anskaffelsene skjer på en lovlig og rettferdig måte.

1.2 Rettskildebruk og metode

Spørsmålene i avhandlingen skal besvares med utgangspunkt i det norske anskaffelsesregelverket. Norsk anskaffelsesrett består av anskaffelsesloven⁶ med tilhørende forskrifter. Loven anses for å være en rammelov da de mer detaljerte prosedyrereglene følger av anskaffelsesforskriftene. Den sentrale rettskilden i avhandlingen vil være den alminnelige anskaffelsesforskriften for klassisk sektor⁷.

Den alminnelige forskriften er delt inn i ulike deler der den estimerte verdien på anskaffelsen bestemmer hvilken del som kommer til anvendelse.⁸ Spørsmålene som vurderes i avhandlingen knytter seg for det første til bestemmelsen om urimelige konkurransefordeler og oppdragsgivers utjevningsplikt etter forskriften § 12-2 inntatt i del III da det er særlig ved mer kompliserte anskaffelser at oppdragsgiver har behov for å bruke rådgivere. Den tilsvarende bestemmelsen § 8-2 i del II er imidlertid lik med samme ordlyd og vurderingstemaer som følger av § 12-2. Avhandlingens vurderinger vil dermed også være relevante for § 8-2 da reglene om urimelige konkurransefordeler bygger på fundamentale prinsipper i anskaffelsesretten.

For det andre vil spørsmålene i avhandlingen knytte seg til habilitetsbestemmelsen etter forskriften § 7-5 som gjelder for alle anskaffelser uavhengig av verdi da den er inntatt i forskriftens alminnelige del I. Habilitetsbestemmelsen henviser derimot til at de forvaltningsrettslige habilitetsreglene også gjelder ved offentlige anskaffelser, slik at disse reglene, særlig forvaltningsloven § 6, vil få sentral betydning i avhandlingens kapittel 3 der temaet er bruk av rådgivere og inhabilitet.

Fremstillingen vil ta utgangspunkt i alminnelig juridisk metode med lovtekst, rettspraksis, forarbeider og litteratur som sentrale kilder til å analysere spørsmålene som oppstår underveis. Ved tolkningen eller forståelsen av de forvaltningsrettslige reglene i anskaffelsessituasjonen er også uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling og Sivilombudsmannen relevante.⁹

På anskaffelsesrettens område er det imidlertid to særlige rettskilder som må utdypes nærmere. For det første er det ved offentlige anskaffelser oppnevnt et eget

⁶ Lov 17. juni 2016 nr. 73 (LOA)

⁷ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (FOA)

⁸ Forskriften § 5-4

⁹ Thue (2018) s. 337

tvisteløsningsorgan, Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) som avgjør et betydelig antall saker hvert år. Spørsmål knyttet til urimelige konkurransefordeler og inhabilitet er blitt behandlet i flere saker for KOFA. Avgjørelsene har hovedsakelig kun rådgivende og ikke bindende vekt for partene jf. klagenemndforskriften § 1. Rettskildevekten sies dermed å være begrenset.¹⁰ KOFA sine avgjørelser er likevel vist til flere ganger av Høyesterett uten at rettskildevekten er blitt kommentert.¹¹ Av mangel på annen rettspraksis som direkte gjelder spørsmålene som det skal redegjøres for vil det i avhandlingen vises til flere KOFA-avgjørelser for å fastlegge reglene for urimelige konkurransefordeler og inhabilitet. Avgjørelsene vil også i stor grad bli brukt til å illustrere momenter og eksempler som ofte oppstår i praksis samt som støtteargumentasjon.

For det andre gjennomfører anskaffelsesretten i stor grad EU-retten gjennom EØS-avtalen, som utgjør et metodisk særpreg når man skal anvende de anskaffelsesrettslige reglene. De sentrale forskriftsbestemmelsene for avhandlingen §§ 7-5 og 12-2 gjennomfører anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor 2014/24/EU artiklene 24 og 41. I henhold til presumsjonsprinsippet skal forskriftsbestemmelsene dermed tolkes i lys av disse direktivartiklene og i samsvar med norske folkerettslige forpliktelser.¹² Som følge av dette er avgjørelsene til EU-domstolen og dens forståelse av spørsmål knyttet til interessekonflikter og konkurransefortrinn en sentral rettskilde i tolkningen. Da det ikke foreligger mange saker om temaene for EU-domstolen, vil jeg også i noen grad vise til avgjørelser fra Underretten som er EU-domstolens underordnede organ.

1.3 Anskaffelsesrettslige formål og prinsipper

Det overordnede formålet med den norske anskaffelsesretten følger av anskaffelsesloven § 1. De norske anskaffelsesreglene skal «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser». I tillegg skal reglene bidra til at offentlige oppdragsgivere «opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte»¹³.

De anskaffelsesrettslige prinsippene i LOA § 4 samt de mer detaljerte forskriftsbestemmelsene er virkemidler for å oppnå disse overordnede formålene.¹⁴ Av forarbeidene fremgår det at grunnprinsippene har to hovedfunksjoner.¹⁵ For det første er

¹⁰ Goller (2017) s. 19

¹¹ Goller (2017) s. 19. Senest i HR-2022-1964-A premiss 46 der Høyesterett viser til to KOFA-avgjørelser ved spørsmålet om oppdragsgivers handlingsrom i valget av kvalifikasjonskrav

¹² For en nærmere fremstilling av presumsjonsprinsippet vises det eksempelvis til Fredriksen (2018) s. 387

¹³ LOA § 1

¹⁴ Dragsten (2020) s. 1

¹⁵ NOU 2014:4 punkt 10.1 og Prop.51 L (2015-2016) kap. 10, merknad til lovens § 4

prinsippene *selvstendige grunnlag* som det kan utledes plikter og rettigheter fra. Dette gjelder særlig der et tilfelle ikke omfattes av anvendelsesområdet til forskriftsbestemmelsene, men som likevel må forankres i og reguleres av de grunnleggende prinsippene.¹⁶ I oppgaven vil jeg hovedsakelig se på hva anvendelsesområdet til de uttrykkelige reglene om habilitet og urimelige konkurransefordeler er, og jeg vil særlig ved urimelige konkurransefordeler måtte avgrense mot tilfeller som faller utenfor bestemmelsen § 12-2 sitt anvendelsesområde. De grunnleggende prinsippene vil i avhandlingen dermed brukes som tolkningsmomenter av enkeltbestemmelsene i avhandlingen, som er prinsippenes andre hovedfunksjon.¹⁷

De anskaffelsesrettslige prinsippene som følger av lovens § 4 er prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.

For å oppnå formålene i anskaffelsesloven § 1 tilsier konkurranseprinsippet at det må tilrettelegges for konkurranse om offentlige anskaffelse. For å sikre konkurranseprinsippet og en reell og effektiv konkurranse, er det imidlertid viktig at alle leverandørene i konkurransen stiller likt i konkurransen og at det ikke foreligger noen forhold som tilsier at leverandørene i realiteten ikke stiller likt i konkurransen. Dette følger av det sentrale likebehandlingsprinsippet som EU-domstolen har slått fast innebærer «at ensartede forhold ikke må behandles forkelligt, og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, med mindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet».¹⁸ Konkurransene som avholdes må altså være reelle. Det innebærer at leverandørene må delta med like betingelser og ha de samme mulighetene til å faktisk vinne kontrakten.

Prinsippene om etterprøvbarehet og forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 tilsvarer det EU-rettslige gjennomsiktighetsprinsippet. EU-domstolen har uttalt at gjennomsiktighetsprinsippet, som springer ut av prinsippet om likebehandling, innebærer at det ikke må foreligge noen risiko for vilkårlig favorisering av visse leverandører.¹⁹ Forutberegnelighetsprinsippet har dermed som mål å sikre at oppdragsgiver ivaretar «tilstrekkelig åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen».²⁰ Det vil si at offentlige anskaffelser må være «gjennomsiktige» og forutsigbare. Det innebærer at de ulike tiltakene som oppdragsgiver foretar i anskaffelsesprosessen må kunne etterprøves. Eksempelvis har oppdragsgiver plikt til å føre

¹⁶ I Rt. 2008 s. 1705 ble tvisten løst ved å utlede krav fra likebehandlings- og forutberegnelighetsprinsippet. I Prop.51 L (2015-2016) uttales det dessuten at KOFA ofte utleder konkrete plikter og rettigheter fra prinsippene.

¹⁷ I KOFA 2017/84 avs. 33 uttaler KOFA at for spørsmål som er regulert i LOA eller FOA vil prinsippene i § 4 først og fremst fungere som tolkningsmomenter.

¹⁸ C-21/03 og C-34/03 Fabricom premiss 27, T-160/AFCon 91

¹⁹ C-538/13 eVigilo

²⁰ Prop. 51 L (2015-2016) kapittel 10

opplysninger om tilfeller av inhabilitet eller urimelig konkurransefordel inn i anskaffelsesprotokollen jf. forskriften § 25-5 (2) bokstav l.

De tiltakene som pålegges oppdragsgiver i henhold til de øvrige anskaffelsesrettslige prinsippene, men også de detaljerte forskriftsbestemmelsene, må ses i sammenheng med forholdsmessighetsprinsippet. Formålet med prinsippet er å sikre at alle krav og tiltak som oppdragsgiver oppstiller står i forhold til anskaffelsen.²¹ Prinsippet kan også ha betydning for de pliktene som oppdragsgiver pålegges. Kravet om forholdsmessighet kan eksempelvis virke inn på spørsmålet om rekkevidden av oppdragsgiveres plikt til å utjevne urimelige konkurransefordeler eller forebygge, identifisere og avhjelpe inhabilitet.

1.4 Forholdet mellom reglene om urimelig konkurransefordel og inhabilitet

Ettersom jeg i oppgaven skal behandle spørsmål knyttet til reglene om urimelige konkurransefordeler og inhabilitet, er det naturlig å si noe om forholdet mellom disse regelsettene. Forholdet vil her redegjøres for i det overordnede. Underveis i avhandlingen vil eventuelle likheter eller forskjeller mellom reglene og vurderingstemaene kort påpekes der det er naturlig.

Reglene om urimelige konkurransefordeler regulerer grensene for bruk av rådgivere som er leverandør eller har tilknytning til en leverandør i den etterfølgende konkurransen. Spørsmålet er gjerne om en rådgiver som har bistått oppdragsgiver har fått en urimelig konkurransefordel som må utjevnes for at den ikke skal være konkurransebegrensende. I norsk og dansk rett blir slike situasjoner gjerne omtalt som spørsmål om *rådgiverinhabilitet*²² som minner om det tradisjonelle, forvaltningsrettslige habilitetsbegrepet. Spørsmålet er også blitt omtalt som «anskaffelsesrettslig inhabilitet»²³.

Begrepsbruken *rådgiverhabilitet* kan gi et misvisende bilde av at vurderingstemaet etter forskriften § 12-2 er det samme som for spørsmålet om habilitet etter de forvaltningsrettslige regler jf. forskriften § 7-5. Selv om reglene og vurderingstemaene er beslektet, er de også ganske ulike. Det forvaltningsrettslige habilitetsspørsmålet handler i korte trekk om hvem som kan være en beslutningstaker i offentlige anskaffelsesprosesser. Ved bruk av rådgivere er spørsmålet i habilitetstilfellene gjerne om rådgiveren har utenforliggende særinteresser som kan svekke tilliten til at vedkommende foretar upartiske beslutninger i anskaffelsesprosessen.

²¹ Dragsten (2020) s. 23

²² Dragsten (2020) s. 486, Thue mfl. (2018) s. 564, Goller mfl. (2017) s. 56. I norsk KOFA-praksis senest i sak 2022/913, se også bl.a. 2018/158, 2016/25

²³ Graver (2005) s. 474

Begrepet rådgiverhabilitet må dermed, som Treumer skriver,²⁴ brukes med en viss omtanke. Jeg vil i avhandlingen forsøke å unngå å bruke dette begrepet. Krüger omtalte den tidligere forskriften 2006 § 3-8 som nå er erstattet av gjeldende § 12-2 som *rådgiver- eller konsulentregel*,²⁵ som jeg synes er mer treffende og skal bruke i det følgende.

På EU-rettens område har problemstillingene ikke uttrykkelig²⁶ vært regulert i anskaffelsesdirektivet tidligere, men ble i praksis og juridisk teori blant annet forankret i de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.²⁷ Ved innføringen av det nye direktivet 2014/24/EU reguleres problemstillingene nå av to ulike direktivartikler, henholdsvis artiklene 24 om såkalte interessekonflikter og 41 om konkurransefortrinn. Steinicke poengterer at selv om situasjonene er beslektet, er de likevel ulike og må etter den uttrykkelige innføringen i direktivet nå forankres i riktig bestemmelse.²⁸

I norsk anskaffelsesrett har det derimot i lengre tid vært to separate bestemmelser som har regulert tilfellene av urimelige konkurransefordeler og habilitet. Det generelle utgangspunktet har vært at når oppdragsgivere benytter eksterne rådgivere, må begge regelsettene overholdes.

Et fellestrekk ved reglene om urimelige konkurransefordeler og inhabilitet er at oppdragsgiver i utgangspunktet har en aktiv plikt til å motvirke eller avhjelpe slike situasjoner. Hvilke tiltak som oppdragsgiver må foreta for å utjevne situasjonene vil derimot variere avhengig av om det er snakk om det har oppstått en urimelig konkurransefordel eller om det er tale om inhabilitet. Et annet fellestrekk er at der det foreligger inhabilitet eller urimelig konkurransefordel som oppdragsgiver ikke «med mindre inngripende tiltak» kan avhjelpe, skal leverandøren avvises.²⁹ Dersom oppdragsgiver forsømmer sin plikt til å avhjelpe urimelige konkurransefordeler eller inhabilitet kan det også tenkes at det kan føre til avlysningsplikt av konkurransen. Jeg må imidlertid avgrense mot disse vurderingstemaene i avhandlingen her.

1.5 Fremstillingen videre

Jeg har delt avhandlingen inn i to kapitler der jeg starter med å se på hvordan anskaffelsesregelverket håndterer spørsmål knyttet til rådgiveres konkurransefordeler.

²⁴ Treumer (2000) s. 88

²⁵ Krüger (2010) s. 134-135 og s. 146

²⁶ «Rådgiverhabilitet» fulgte imidlertid implisitt av fortalen i pkt. 8 til det tidligere direktivet 2004/18/EF uten at dette var særskilt regulert i direktivet

²⁷ Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 399, NOU 2014:4 punkt 29.3.2

²⁸ Steinicke og Vesterdorf (2018) s. 360 og 361

²⁹ Forskriften § 24-2 (1) bokstav c og d

Årsaken til at jeg har valgt å behandle dette først er todelt. For det første er det antatt at bestemmelsen er en særskilt anskaffelsesrettslig rådgiverbestemmelse. Det vil si at der det rådgiveren faller inn under anvendelsesområdene til både § 7-5 og § 12-2 skal tilfellet i utgangspunktet forankres i rådgiverbestemmelsen.³⁰ For det andre gjelder rådgiverbestemmelsen, som vi skal se, der rådgivningen foregikk «førut for konkurranse», det vil si i forberedelsesfasen og ikke i den etterfølgende gjennomfasen som kommer etter. Jeg har derfor valgt å dele oppgaven inn i «kronologisk rekkefølge» etter fasene som reglene gjelder for. Habilitetsbestemmelsene gjelder på den annen side, som vi også skal se, for rådgivere også i gjennomføringsfasen. I kapittel 3 skal jeg derfor gå over til vurderingen av hvordan anskaffelsesregelverket håndterer spørsmål knyttet til rådgiveres habilitet.

2 Bruk av rådgivere og urimelig konkurransefordel

2.1 Det rettslige utgangspunktet

Oppdragsgivere har adgang til å foreta markedsdialog i forbindelse med en anskaffelse etter anskaffelsesforskriften kapittel 12. Av forskriften § 12-1 følger det at oppdragsgiver «kan» velge å gjennomføre markedsundersøkelser, gi informasjon til leverandørene om sine planer og behov samt innhente eller motta råd eller bistand fra eksterne aktører. Forutsetningen for slik dialog er at den ikke fører til konkurransevridding eller brudd på likebehandlingsprinsippet jf. § 12-1 (2).

Formålet med markedsdialog er på den ene siden at oppdragsgiver kan informere markedet eller leverandørene om sine anskaffelsesplaner og sine behov. På den annen side vil oppdragsgiver gjennom markedsdialog få vite hvilke løsninger, varer- eller tjenester som finnes og åpne for innovasjon og utvikling av nye løsninger. Markedsdialog kan i tillegg gi oppdragsgiver et bedre innblikk i hvordan konkurransegrunnlaget kan utformes for å tilrettelegge for bedre anskaffelser. Bruk av rådgivere vil som nevnt innledningsvis også i mange tilfeller være nødvendig ved gjennomførelsen av særlig større og mer kompliserte anskaffelser.

Der oppdragsgiver *har* fått råd eller bistand før en konkurranse reguleres tilfellet av forskriften § 12-2. Ifølge bestemmelsen må oppdragsgivere påse at rådgivere som følge av sin bistand før konkurranse ikke må få en «urimelig konkurransefordel» dersom rådgiveren eller dennes nærstående er med i den etterfølgende konkurransen. Bestemmelsen erstatter tidligere

³⁰ Se eksempelvis KOFA 2016/59, 2013/20, 2010/174

forskrift 2006 § 3-8, men realiteten er ansett å være den samme selv om ordlyden i bestemmelsene er ulik.³¹

Formålet med § 12-2 er å ivareta lik behandling av leverandørene, samtidig som at reglene om dialog ikke skal pålegge unødvendige restriksjoner på mulighetene for dialog mellom oppdragsgiver og leverandører.³² EU-domstolen har i flere saker uttalt at likebehandlingsprinsippet innebærer at leverandørene må få de samme mulighetene i forbindelse med å utarbeide tilbudet sitt og at det generelt må gjelde samme betingelser for alle leverandørene.³³ Som følge av dette skal § 12-2 sikre at eventuelle konkurransefortrinn utjevnes slik at en rådgiver som har bistått oppdragsgiver ikke får en bedre mulighet til å utarbeide tilbudet sitt eller i realiteten bedre muligheter til å vinne konkurransen.

2.2 Rådgiverbestemmelsens anvendelsesområde

Hvorvidt en rådgiver eller nærstående kan opptre som leverandør avhenger av om rådgiveren og bistanden i det hele tatt omfattes av forskriften § 12-2. Det må dermed først vurderes hva anvendelsesområdet til rådgiverbestemmelsen er.

2.2.1 Rådgiver er en leverandør

Det følger av § 12-2 (1) at bestemmelsen for det første gjelder der oppdragsgiver har fått bistand fra en leverandør. Begrepet «leverandør» er ikke definert i den nasjonale anskaffelsesforskriften. I anskaffelsesdirektivet omfatter den tilsvarende bestemmelsen i artikkel 41 tilfellet der en «ansøger eller tilbudsgiver»³⁴ har bistått oppdragsgiver. «Ansøger»³⁵ defineres av direktivet som en som har innlevert forespørsel om å delta i begrenset anbudskonkurranse, mens «tilbudsgiver»³⁶ beskrives som en har inngitt tilbud. «Leverandør» etter anskaffelsesforskriften må antas å samsvare med disse definisjonene.

Hvorvidt en rådgiver er en leverandør vil som oftest ikke vises på rådgivningstidspunktet, men først når leverandørene inngir tilbud i konkurransen. Det reiser spørsmålet om rådgivere som potensielt er leverandører også er omfattet av ordlyden til § 12-2.

³¹ Thue mfl. (2018) s. 564, Goller (2017) s. 56. Praksis og litteratur i forbindelse med den tidligere bestemmelsen vil dermed også være relevant ved tolkningen av § 12-2.

³² NOU 2014:4 pkt. 29.4.2

³³ C-21/03 og C-34/03 premiss 29, C-538/13 premiss 33, T-403/12 premiss 78, T-165/12 premiss 46

³⁴ 2014/24/EU artikkel 41 (1)

³⁵ 2014/24/EU artikkel 4 nr. 12

³⁶ 2014/24/EU artikkel 4 nr. 11

På den ene siden taler den naturlige språklige forståelsen av «når en leverandør ... har gitt råd» for at rådgiveren faktisk, og ikke potensielt, må være en leverandør for å omfattes. At det ofte er vanskelig for oppdragsgiver å vite om rådgiveren eller nærstående faktisk vil inngi tilbud og dermed være leverandører, taler i samme retning.

På den annen side omfattet den tidligere forskriften 2006 § 3-8 alle med «økonomisk interesse i anskaffelsen» som etter sin vide ordlyd også gjaldt potensielle leverandører. I tillegg taler likebehandlingsprinsippet og forbudet mot forskjellsbehandling for at potensielle rådgivere bør omfattes. Dette ble fastslått av EU-domstolen i sak C-16/98 der ett av spørsmålene var om daværende direktiv og forbudet mot forskjellsbehandling også gjaldt for potensielle leverandører. Domstolen viste til at forbudet mot forskjellsbehandling gjelder på *alle stadier* i anskaffelsesprosessen og ikke kun fra tidspunktet når leverandørene inngir tilbud. Følgelig måtte potensielle leverandører omfattes da det også vil ivareta det overordnede formålet om å sikre konkurranse på best mulig måte.³⁷ At potensielle leverandører omfattes er dessuten gjennomgående forutsatt i juridisk litteratur.³⁸ Konklusjonen blir dermed at forskriften § 12-2 ikke kun gjelder leverandører som faktisk har inngitt tilbud, men også potensielle leverandører.

2.2.2 Rådgiver har tilknytning til en leverandør

For å sikre likebehandling av alle leverandørene er det nødvendig å utvide anvendelsesområdet til § 12-2 slik at bestemmelsen også omfatter rådgivere som ikke selv er leverandør i den etterfølgende konkurransen, men som er tilknyttet en leverandør. I tillegg til situasjonene der rådgiveren er en leverandør gjelder derfor § 12-2 (1) også for rådgivere som er «en virksomhet tilknyttet leverandøren».

En fysisk rådgiver som er ansatt hos en leverandør og opptrer på vegne av denne, vil i utgangspunktet³⁹ identifiseres med selskapet.⁴⁰ Dersom rådgiveren har fått en urimelig konkurransefordel i strid med § 12-2 som ikke kan avhjelpes, vil hele virksomheten kunne bli avvist fra deltakelse i anbudskonkurransen. Dette skyldes at det i prinsippet ikke er rådgiveren som får en urimelig konkurransefordel, men virksomheten.⁴¹

³⁷ C-16/98 premiss 104 til 108

³⁸ Ekre/Berge (2023) lovkommentar § 12-2, Jakobsen/Poulsen/Kalsmose-Hjelmborg (2016) s. 300, Ølykke/Nielsen (2017) s. 585, Fabricius/Officersen (2006) s. 265

³⁹ Det foreligger eventuelt unntak ved såkalte «chinese walls» som det ikke redegjøres for nærmere her.

⁴⁰ KOFA 2016/100 avs. 34, Fabricius (2017) s. 464

⁴¹ Jakobsen/Poulsen/Kalsmose-Hjelmborg (2016) s. 474, Dragsten (2010) s. 48

Spørsmålet er om begrepet «virksomhet» utelukker at rådgivere som er fysiske personer og som ikke identifiseres med et selskap de er ansatt i, omfattes av tilknytningskravet etter § 12-2 (1).

Den naturlige språklige forståelsen av «virksomhet» taler i seg selv for at rådgiveren må være en juridisk person for å omfattes av tilknytningskravet. På den annen side er formålet med bestemmelsen å sikre likebehandling av leverandørene uavhengig av om rådgiveren er fysisk eller juridisk person. Det vil da være uheldig å ikke tolke bestemmelsen utvidende til å også gjelde fysiske rådgivere, da slike situasjoner uansett vil kunne forankres i likebehandlingsprinsippet.

Det må videre vises til at den tidligere forskriften 2006 § 3-8 regulerte tilfeller der «noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen» bistod oppdragsgiver. Begrepet «noen» må tolkes vidt og tilsier ingen skille mellom hvorvidt rådgiveren er fysisk eller juridisk person. Ettersom realiteten ikke er endret, må § 12-2 forstås på samme måte, selv om tilknytningskriteriet i § 12-2 mer eller mindre uttrykkelig er knyttet opp mot begrepet «virksomhet». En slik forståelse vil også være i tråd med anskaffelsesdirektivet der det av artikkel 41 (1) følger at «en ansøger eller tilbudsgiver eller en virksomhet»⁴² kan ha tilknytning til en leverandør og dermed omfattes. «Ansøger» og «tilbudsgiver» defineres av direktivet som en «økonomisk aktør», der «økonomisk aktør» igjen blir definert som blant annet «enhver fysisk eller juridisk person».⁴³ Det må derfor antas at § 12-2 (1) skal forstås på samme måte som direktivets tilsvarende bestemmelse, det vil si at både rådgivere som er fysiske og juridiske personer er omfattet av tilknytningskravet. Eksempelvis vil fysiske rådgivere som ikke er ansatt hos leverandøren, men som har økonomisk interesse i form av eierandeler hos leverandøren, være omfattet av tilknytningskravet etter § 12-2 (1).

Det neste spørsmålet er hva som ligger i tilknytningskravet mellom rådgiveren og en leverandør. Omfattes eksempelvis personlig- eller annen tilknytning enn den rent økonomiske av § 12-2?

«Tilknytning» er ikke nærmere definert i forskriften eller anskaffelsesdirektivet, og den naturlige språklige forståelsen av begrepet tilsier at alle tilknytningsforhold omfattes, herunder personlige og andre forhold. Av anskaffelsesdirektivets artikkel 41 som tilsvarer forskriften § 12-2 følger det heller ikke uttrykkelig at interessen må være «økonomisk», som taler for at artikkel 41 omfatter enhver tilknytning. En slik forståelse kan også begrunnes i det grunnleggende likebehandlingsprinsippet. Dersom en rådgiver har personlig tilknytning til en

⁴² Min kursivering

⁴³ 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 pkt. 10

leverandør, kan vedkommende påvirke anskaffelsen til fordel for leverandøren. Kravet til likebehandling av leverandørene innebærer i prinsippet at det ikke har noen betydning hva slags tilknytning som foreligger. Det avgjørende er at tilknytningen ikke må føre til en konkurransevridning og en urimelig forskjellsbehandling av leverandørene.

Det generelle utgangspunktet har likevel vært at tilknytningskravet gjelder der rådgivere har en eller annen «økonomisk» interesse i anskaffelsen, slik det uttrykkelig fulgte av den tidligere forskriften 2006 § 3-8. Det har gjennomgående i både eldre og nyere norsk og utenlandsk litteratur, vært antatt at det er *økonomiske* tilknytningsforhold som er omfattet av rådgiverbestemmelsen og ikke personlige eller andre forhold.⁴⁴ Goller viser til at § 12-2 gjelder der «rådgiver har en *økonomisk*⁴⁵ tilknytning til en av leverandørene, enten som eier, samarbeidspartner eller for eksempel fordi leverandøren er en stor kunde»⁴⁶. Økonomiske tilknytningsforhold vil med andre ord innebære de tilfeller der rådgiveren har en eller annen økonomisk interesse i at en leverandør tildeles kontrakten.

Annen tilknytning enn den rent økonomiske vil, som vi skal se under avhandlingens kapittel 3, uansett kunne forankres i habilitetsbestemmelsene jf. forskriften § 7-5. Dessuten har personlige tilknytningsforhold mellom en rådgiver og en leverandør i KOFA-praksis blitt forankret i habilitetsbestemmelsene og ikke rådgiverbestemmelsen.⁴⁷ Skulle et tilfelle falle utenfor både § 12-2 og habilitetsbestemmelsen, vil det fanges opp av og kunne forankres i det anskaffelsesrettslige likebehandlingsprinsippet. Konklusjonen min er etter dette at forskriften § 12-2 omfatter *økonomiske* forhold, slik som realiteten var etter tidligere forskriftsbestemmelse § 3-8.

Videre kan det stilles spørsmål om den økonomiske tilknytningen må være av et visst omfang eller om enhver økonomisk tilknytning omfattes av § 12-2.

Ordlyden «tilknytning» er vid og tilsier at all forbindelse mellom rådgiver og leverandøren omfattes. Den tidligere forskriften 2006 § 3-8 regulerte som nevnt «økonomisk interesse», som tilsa at enhver tilknytning var nok. Steinicke viser til at tilknytning etter anskaffelsesdirektivets artikkel 41 må forstås som *enhver* økonomisk tilknytning som kan føre til en fordel som fører til konkurransevridning.⁴⁸ Likebehandlingsprinsippet og omgåelseshensyn taler i samme retning. Formålet bak § 12-2 er å sikre at alle leverandørene

⁴⁴ Dragsten (2013) fra s. 198, Steinicke/Vesterdorf (2018) s. 522, Jakobsen/Poulsen/Kalsmose-Hjelmborg (2016) fra s. 308, Hamer (2016) fra s. 360, Treumer (2000) fra s. 107

⁴⁵ Min kursivering

⁴⁶ Goller (2017) s. 58

⁴⁷ Se eksempelvis KOFA 2019/713, 2018/76, 2013/101

⁴⁸ Steinicke/Vesterdorf (2018) s. 522

behandles likt i konkurranser. Leverandøren skal heller ikke få intensiver om å opprette kunstige skiller eller foreta tiltak for å ikke bli identifisert med rådgiveren for å unngå at rådgiverbestemmelsen for anvendelse.

Typiske eksempler på økonomiske tilknytningsforhold har i litteraturen vært såkalt dobbeltrådgivning, virksomhetens struktur der en av tilbyderne i konkurransen eksempelvis er mor- eller datterselskap av rådgiver,⁴⁹ der rådgiveren har eierandeler eller sitter i styret til en leverandør,⁵⁰ eller der det er snakk om en juridisk enhet som har flere avdelinger og med ulik geografisk plassering.⁵¹

Der det foreligger såkalt dobbeltrådgivning er situasjonen den at rådgiveren både bistår oppdragsgiver og senere også leverandøren. I slike tilfeller har rådgiveren klart en økonomisk interesse i at en spesifikk leverandør vinner kontrakten.⁵² Dette begrunnes gjerne med at leverandøren utgjør en viktig del av rådgiverens kundeportefølje slik at rådgiver kan få en økonomisk fordel for sin rådgivervirksomhet dersom nettopp leverandøren som benytter rådgiverens tjenester vinner kontrakten.⁵³

Et annet tilknytningsforhold som klart er økonomisk er der det foreligger en selskapskonstellasjon som tilsier at rådgiveren kan ha interesse i anskaffelsen. Det kan eksempelvis være der rådgiver direkte eller indirekte har eierinteresser i en av leverandørene. Til illustrasjon kan det vises til KOFA sak 2010/54 der rådgiveren representerte et konsultentselskap som var eid av et datterselskap som igjen eide 40% av valgte leverandør. Dette ble av nemnda klart ansett som en økonomisk tilknytning i henhold til daværende forskrift § 3-8.⁵⁴

Slike tilknytningsforhold tilsier imidlertid ikke automatisk at det foreligger urimelig konkurransefordel. Det avgjørende er som vi skal se ikke alene om det foreligger økonomisk tilknytning, men om rådgiveren etter en helhetsvurdering har fått en urimelig konkurransefordel. Graden av den økonomiske tilknytningen kan være et moment i denne vurderingen.

⁴⁹ Dragsten (2013) s. 199 og Hamer (2016) s. 356

⁵⁰ Steinicke/Groesmeyer (2008) s. 398

⁵¹ Hamer (2016) s. 356 og 360

⁵² Dragsten (2010) s. 198

⁵³ Graver (2005) s. 461

⁵⁴ KOFA 2010/54 avs. 38

På bakgrunn av det som er sagt over mener jeg at tilknytningsforholdet i § 12-2 (1) må tolkes vidt til å gjelde selv mindre betydelige økonomiske forbindelser, da dette vil samsvare best med likebehandlingsprinsippet.

2.2.3 Rådgiveren har bistått oppdragsgiver forut for konkurransen

Tidligere rådgiverbestemmelse § 3-8 omfattet etter sin ordlyd kun situasjoner der rådgiveren bistod med å utforme spesifikasjonskrav. Der rådgivningen falt utenfor ordlyden ble situasjonen fanget opp av likebehandlingsprinsippet.⁵⁵ I den gjeldende forskriften er det inntatt en mer generell og vid ordlyd av hvilken bistand som omfattes. Det følger nå av § 12-2 (1) at bestemmelsen gjelder der rådgiveren har «gitt råd» eller «vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte». Ordlyden tilsier at ethvert råd samt enhver involvering i konkurranseplanleggingen utgangspunktet omfattes og denne forståelsen har sin støtte i teorien.⁵⁶

Bestemmelsen gjelder i prinsippet for alle typer av dialog, både den som omfattes av § 12-1 og den type dialog som faller utenfor. Dialogen kan skje ved at oppdragsgiver og rådgiver inngår en formell avtale, der en av partene henvender seg til den andre, gjennom markedsundersøkelser, konferanser, messer og lignende. Det kreves heller ikke at dialogen eller rådgivningen faktisk skal være en del av grunnlaget for konkurransen.⁵⁷ Det må likevel antas at dialogen som omfattes av § 12-2 skjer i forbindelse med en konkret anskaffelse.⁵⁸ Kravet er at rådgivningen, uansett form og omfang, ikke må resultere i konkurransevridding i den etterfølgende konkurransen.

Videre følger det av § 12-2 (1) at bestemmelsen får anvendelse der rådgiver har rådgitt oppdragsgiver «forut for konkurransen» eller vært involvert i «planleggingen av konkurransen».

Den naturlige forståelsen av ordlyden er at bestemmelsen gjelder for planleggingsfasen i en anskaffelsesprosess. En anskaffelsesprosess deles generelt inn i tre faser: planleggings-, gjennomførings- og kontraktsfasen.⁵⁹ Planleggingsfasen består gjerne av at oppdragsgiver

⁵⁵ Dragsten (2020) s. 493

⁵⁶ Thue mfl. (2018) s. 565 og Dragsten (2020) s. 487

⁵⁷ Arrowsmith (2014) s. 654

⁵⁸ Goller mfl. (2017) s. 57

⁵⁹ Dragsten (2013) s. 246, anskaffelser.no (anskaffelsesprosessen steg for steg)

identifiseres behov, velger prosedyre, utarbeider konkurransegrunnlag, velger krav og kriterier og fasen avsluttes med at anskaffelsen kunngjøres dersom det er kunngjøringsplikt.⁶⁰

Hva som er «forut for konkurransen» og «planleggingen av konkurransen» jf. forskriften § 12-2 må dermed ses i sammenheng med oppdragsgivers kunngjøringsplikt av offentlige kontrakter. Der konkurransen er kunngjort starter gjennomføringsfasen som § 12-2 etter sin ordlyd ikke regulerer. I denne fasen vurderer oppdragsgiver de innkomne tilbudene, foretar eventuelle avvisninger og tildeler kontrakt til en leverandør. Her skiller dermed rådgiverbestemmelsen § 12-2 seg fra de forvaltningsrettslige habilitetsreglene som i utgangspunktet gjelder, som vi skal se,⁶¹ også i gjennomføringsfasen. Der rådgiveren bistår oppdragsgiver i tildelingsevalueringen, og har en økonomisk interesse som kan påvirke konkurransen, reguleres tilfellet dermed av habilitetsbestemmelsene i fvl. jf. forskriften § 7-5 eller eventuelt av likebehandlingsprinsippet.

2.3 Når får rådgiver en urimelig konkurransefordel?

Der oppdragsgiver har fått bistand fra en rådgiver som omfattes av § 12-2, må oppdragsgiver påse at rådgiveren ikke får en «urimelig konkurransefordel» dersom vedkommende deltar i den etterfølgende konkurransen. Spørsmålet i det følgende er dermed når det kan anses å foreligge en «urimelig konkurransefordel».

2.3.1 Konkurransefordel

En naturlig språklig forståelse av «konkurransefordel» tilsier at det har oppstått en fordel for en eller flere deltakere i en konkurransesituasjon. Anskaffelsessituasjonen er en typisk konkurransesituasjon, som vil si at en konkurransefordel oppstår der en av tilbyderne har fått en fordel i konkurransen som de øvrige leverandørene ikke har fått. En slik fordel kan innebære at leverandørene i realiteten ikke har de samme mulighetene til å vinne kontrakten.

I forskriften § 12-2 sin forstand må konkurransefordelen ha oppstått *som følge av* rådgiverens bistand i forberedelsen av den konkrete anskaffelsen. Andre fordeler faller i utgangspunktet utenfor anvendelsesområdet til forskriften § 12-2. Eksempelvis vil fordeler som oppstår på grunn av en leverandørs rolle som tidligere eller eksisterende leverandør ikke omfattes av § 12-2, men slike fordeler vil fanges opp av likebehandlingsprinsippet. Det avgrenses her mot problemstillingene som disse fordelene reiser, slik at jeg kun behandler de fordelene som omfattes av anvendelsesområdet til § 12-2.

⁶⁰ Dragsten (2013) s. 246

⁶¹ Pkt. 3.3 i avhandlingen

En rådgiver kan oppnå ulike konkurransefordeler avhengig av graden og formen på rådgivningen. To typer fordeler som kan oppstå på grunn av rådgivning følger implisitt av forskriften § 12-2 (2), nemlig informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler. Dette er i utgangspunktet to vidt forskjellige fordeler, men de henger likevel sammen da begge gjelder leverandørens tilgang på informasjon.

Informasjonsfordeler er fordeler som følge av en innsikt eller informasjon som leverandøren har fått ved forberedelsen av anskaffelsen og som kan brukes på noen måte. Det er antatt at rådgivere som har bistått oppdragsgiver i forberedelsen av en anskaffelse generelt får en innsikt og kunnskap som representerer en fordel for vedkommende i den etterfølgende konkurransen.⁶² En slik informasjonsfordel kan være i form av ekspertise og vanskelig for konkurrentene å tilegne seg. Det kan være informasjon som gir en slik innsikt og opplysninger i anskaffelsen at rådgiveren kan bruke dette til å utforme tilbudet sitt bedre enn konkurrentene, slik det ble vist til i de forente sakene Fabricom.⁶³

Tidsmessige fordeler oppstår der rådgiveren har fått informasjon eller innsikt i anskaffelsen på et tidligere tidspunkt enn de øvrige leverandørene. Dette kan gi leverandøren forutsetninger til å utarbeide et bedre tilbud enn de andre leverandørene innen fristen for innlevering av tilbudene. Tidsfrister kan særlig oppstå ved mer omfattende og kompliserte anskaffelser. De kan imidlertid også oppstå generelt der en leverandør har fått informasjon på et tidligere tidspunkt, og oppdragsgiver eksempelvis heller ikke har forlenget tilbudsfristen, og dermed uavhengig av anskaffelsens omfang eller art.

Bruk av rådgivere kan også føre til at andre fordeler enn informasjons- eller tidsfordeler oppstår. I Fabricom ble det eksempelvis vist til at rådgiver ved forberedelsen av en anskaffelse kan få mulighet til å påvirke konkurransekravene til sin fordel.⁶⁴ Dette kan særlig forekomme der rådgiveren bistår oppdragsgiver med å utforme konkurransegrunnlaget og kan påvirke kravene der.

Videre kan en rådgiver som deltar i forundersøkelser få en økonomisk fordel ved å få kjennskap til prosjektet som kan innebære at rådgiveren bruker mindre ressurser på utarbeidelse av tilbudet og kan tilby en lavere pris.⁶⁵

⁶² KOFA 2019/713 avs. 37, 2016/59 avs. 48

⁶³ C-21/03 og C-34/03 Fabricom premiss 29

⁶⁴ C-21/03 og C-34/03 Fabricom premiss 30

⁶⁵ Jakobsen/Poulsen/Kalsmose-Hjelmborg (2016) s. 302

Treumer viser dessuten til at det kan oppstå en konkurransefordel i form av et særlig bånd mellom oppdragsgiver og leverandør som gjør at oppdragsgiveren bevisst eller ubevisst får et intensiv om å favorisere vedkommende leverandør.⁶⁶ Et slikt særlig bånd kan fort oppstå der det er snakk om større omfang av rådgivningen og gjerne over lengre tid.

I utgangspunktet antas det at en rådgivers generelle kjennskap til oppdragsgiver ikke er en konkurransefordel som må utjevnes av oppdragsgiver. Det samme gjelder der rådgiver generelt har bedre forutsetninger enn konkurrentene til å utføre en oppgave.⁶⁷ Der en rådgiver bistår oppdragsgiver og oppnår god uttelling i den etterfølgende konkurransen vil heller ikke dette nødvendigvis bety at vedkommende har fått en urimelig konkurransefordel.⁶⁸ Dessuten vil utarbeidelse av grunnlagsdokumentene alene ikke være til hinder for at rådgiveren deltar i den etterfølgende konkurransen som leverandør.⁶⁹ Årsaken er at det ikke er nok at det foreligger en konkurransefordel i seg selv, da det av § 12-2 følger at konkurransefordelen også må være «urimelig». Hva som ligger i dette, skal behandles i det følgende.

2.3.2 Urimelig konkurransefordel

Den naturlige språklige forståelsen av at konkurransefordelen må være «urimelig» tilsier en viss terskel før en oppstått fordel anses å være i strid med forskriften § 12-2. Det reiser først spørsmålet om hvor høy terskelen etter bestemmelsen er.

Dersom enhver fordel førte til brudd på § 12-2 ville oppdragsgiver hatt mulighet til å avvise en leverandør nærmest automatisk så lenge vedkommende hadde bistått oppdragsgiver på en eller annen måte, uavhengig av fordelens størrelse. Automatisk avvising av leverandører som har bistått oppdragsgiver vil klart ikke være i tråd med likebehandlingsprinsippet slik det er fastslått i *Fabricom*.⁷⁰ Dette taler for at terskelen for når det foreligger en urimelig konkurransefordel er høy. Denne forståelsen er også lagt til grunn av Underretten der det er vist til at oppdragsgiver ikke har en plikt til å utjevne *enhver* fordel som rådgiveren har fått.⁷¹ I juridisk litteratur er det vist til at «urimelig konkurransefordel» tilsier en høy

⁶⁶ Treumer (2000) s. 86

⁶⁷ Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 406

⁶⁸ KOFA 2022/913

⁶⁹ LB-2010-201985, KOFA 2022/924 avs. 39, 2022/913 avs. 59

⁷⁰ C-21/03 og C-34/03 *Fabricom*

⁷¹ T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avs. 73

inhabilitetsterskel med den begrunnelse at rådgivere ikke skal kvie seg for å hjelpe oppdragsgiver i frykt for å bli avvist.⁷²

I den tidligere forskriften 2006 § 3-8 var kravet utformet som at oppdragsgiver ikke måtte bruke rådgivere dersom disse fikk en konkurransefordel som «vil utelukke konkurranse». Den naturlige forståelsen av dette er at fordelene må ha ført til at konkurranse ikke finner sted overhodet, som tilsier en høyere terskel enn «urimelig konkurransefordel» etter § 12-2. I forbindelse med forskriften 2006 § 3-8 uttalte Lagmannsretten likevel at terskelen på den ene siden ikke er så høy som ordlyden tilsier. På den andre siden ble det vist til at enhver konkurransefordel ikke nok, fordelene må være «av en viss størrelse og betydning»,⁷³ det må være tale om et «klart konkurransefortrinn»⁷⁴.

Konklusjonen er at terskelen ikke er så høy at konkurransefordelen må utelukke konkurransen helt, men konkurransefortrinnene må være «klart», slik det også er videreført i nyere KOFA-praksis.⁷⁵ En slik forståelse er også mer i tråd med ordlyden i anskaffelsesdirektivets artikkel 41 der kravet ikke er formulert som at konkurransen ikke må «fordrejes», og ikke at den må utelukkes helt, slik som det fulgte av tidligere forskrift § 3-8.

Hvorvidt et konkurransefortrinn anses «urimelig» har sammenheng med om fordelene har innvirket på konkurransen på noen måte. Spørsmålet er dermed hva som ligger i innvirkningskravet etter § 12-2.

Habilitetsreglene må som nevnt over ikke praktiseres så strengt at leverandørene kan bli avvist ved enhver fordel. Der en fordel ikke kan ha eller har hatt noen innvirkning på konkurransen tilsier den høye terskelen at fordelene i så fall ikke kan anses «urimelig» og i strid med § 12-2.

I Fabricom viste EU-domstolen til at bistanden fra en leverandør ikke nødvendigvis «indebærer nogen som helst risiko for konkurransen mellom de bydende»⁷⁶. Følgelig ville en regel om automatisk utelukkelse av leverandøren selv der det ikke forelå noen innvirkning på konkurransen anses som unødvendig strengt i forhold til likebehandlingsprinsippet.

I en sak for Underretten T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* var spørsmålet om en forsinkende fremleggelse av dokumenter for de øvrige leverandørene utgjorde et konkurransefortrinn i

⁷² Dragsten (2020) s. 790 og 791

⁷³ LB-2010-201985, Dragsten (2013) s. 199, Nærings- og fiskeridepartementet (2017) pkt. 36.3.5.1

⁷⁴ LB-2010-201985

⁷⁵ Blant annet 2022/924 avs. 39, 2022/913 avs. 59, 2019/713 avs. 35

⁷⁶ C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 35

strid med likebehandlingsprinsippet. Underretten viste i saken til at dersom opplysningene «ikke hadde betydning for udarbejdelsen af bud på den omtvistede kontrakt» var dette ikke å anse som en fordel som var i strid med likebehandlingsprinsippet.⁷⁷ I en annen sak for Underretten ble det slått fast at opplysningene som en leverandør har tilegnet seg må ha vært «nyttige for udarbejdelsen af buddene» for at det ble ansett som en fordel for leverandøren i strid med likebehandlingsprinsippet.⁷⁸

Konkurransfordelen må dermed ha hatt en viss innvirkning på konkurransen for å anses å være konkurransebegrensende eller «urimelig» etter § 12-2, slik det også er antatt i juridisk litteratur.⁷⁹

Det må her skilles mellom oppdragsgivers forhåndsvurdering av om en konkurransefordel *kan* påvirke konkurransen på noen måte, og der oppdragsgiver i ettertid av at konkurransefordelen har oppstått og identifisert, vurderer om denne *har* påvirket konkurransen på noen måte og dermed må anses urimelig. Ved forhåndsvurderinger vil oppdragsgiver måtte foreta en *hypotetisk vurdering* av om rådgiverens arbeid kan påvirke konkurransen. Der oppdragsgiver vurderer konkurransefortrinnet i ettertid, må derimot rådgivningens faktiske betydning på konkurransen vurderes. Lagmannsretten uttalte om dette at «det ikke er nok å vurdere hvordan forholdet tar seg ut fra utsida, men at den konkrete vurderingen rådgivningens faktiske betydning for konkurransen blir det sentrale når habilitetsvurderingen som her gjøres i ettertid»⁸⁰, som også er blitt opprettholdt i nyere KOFA praksis.⁸¹

Videre må det antas at det kreves visse konkrete holdepunkter for å vurdere om en konkurranse påvirkes eller er blitt påvirket. Til illustrasjon kan det vises til KOFA sak 2013/20 der det faktum at prosjektlederen utformet konkurransegrunnlaget ikke var nok i seg selv til å slå fast at arbeidet «kan ha virket negativt inn på konkurransesituasjonen».⁸² Nemnda viste til at det måtte foretas en nærmere vurdering av de konkrete holdepunktene i saken for å konstatere om konkurransen måtte anses som begrenset. Hvorvidt fordelene har eller har hatt noen innvirkning på konkurransen, og om det foreligger noen holdepunkter for dette, kan være momenter i vurderingen. Spørsmålet om det foreligger en «urimelig konkurransefordel» må dermed vurderes konkret, som vi skal se på i det følgende.

⁷⁷ T-345/03 Evropaiki Dynamiki avs. 162

⁷⁸ T-50/05 Evropaiki Dynamiki avs. 79

⁷⁹ Dragsten (2020) s. Dragsten (2013) s. 199, Steinicke (2008) s. 418

⁸⁰ LB-2010-201985 Norconsult

⁸¹ KOFA 2021/815 avs. 28

⁸² KOFA 2013/20 avs. 26, det samme i sak 2004/256 avs. 33, se også 2018/158 avs. 69

2.3.3 Konkret helhetsvurdering

At det må foretas en konkret helhetsvurdering av om det foreligger konkurransevridning som tilsier at en leverandør skal utelukkes ble slått fast i den nevnte dommen *Fabricom*⁸³. Saken gjaldt spørsmålet om en belgisk lov som automatisk ekskluderte rådgivere fra å være leverandører i den etterfølgende konkurransen var i tråd med EU-retten. Kommisjonen og generaladvokaten argumenterte for at en slik regel var i samsvar med EU-retten da den kom til å forhindre diskriminering og sikret forutberegnelighets- og gjennomsiktighetsprinsippene ved at rådgivere som ble benyttet i forberedelsen av anskaffelsen automatisk ble utelukket. Ved en slik regel ville man unngått vanskelige, skjønnsmessige vurderinger. EU-domstolen avviste dette og poengterte at en slik regel om automatisk utelukkelse var et uforholdsmessig tiltak til å overholde likebehandlingsprinsippet. Det ble videre vist til at en rådgiver som har vært med i forberedelsen av anskaffelsen «befinder sig ikke *nødvendigvis* ... i samme situation som en person, der ikke har udført sådanne arbejder».⁸⁴ Hvorvidt rådgiveren befinner seg i samme situasjon som de andre leverandørene eller om vedkommende skal utelukkes måtte vurderes konkret.⁸⁵

Lagmannsretten har betegnet helhetsvurderingen som et spørsmål om rådgiveren gjennom sin bistand har fått «et klart konkurransefortrinn og denne fordel heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet». Vurderingstemaet er gjennomgående fulgt opp i KOFA sin praksis.⁸⁶

Hvorvidt en konkurransefordel anses «urimelig» vil dermed variere i den enkelte anskaffelsen ut ifra omstendighetene i saken. Det er likevel visse momenter som det kan ses hen til og som ofte er blitt trukket frem i KOFA-praksis og litteratur. Slike momenter kan overordnet være rådgivningens karakter og omfang, hvorvidt fordelene er utjevnet, om informasjonsfordelen er av stor betydning for anskaffelsen, om den kan eller har virket inn og i hvilken grad, om det er andre uavhengige rådgivere og videre. I det følgende skal noen av disse momentene belyses nærmere.

Rådgivningens omfang og anskaffelsens størrelse

For det første kan omfanget på den forutgående rådgivningen være et sentralt moment i vurderingen. Rådgivningens omfang har nær sammenheng med den innflytelsen rådgiveren kan få ved forberedelsen av anskaffelsen. Omfanget beror blant annet på hvor mye rådgivning

⁸³ C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avs. 32

⁸⁴ Min kursivering

⁸⁵ C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 36

⁸⁶ KOFA 2019/713 avs. 35, 2018/158 avs. 60, 2016/59 avs. 46, 2016/25 avs. 43, 2013/20 avs. 24

det er snakk om, om rådgivningen er av generell eller mer uformell karakter, eller om den varer over lengre tid og er av større omfang.

Omfanget må i tillegg ses i sammenheng med størrelsen på den konkrete anskaffelsen. Det må som oftest noe mer til for at rådgivning anses konkurransevidende ved større anskaffelser, enn der det er snakk om mindre anskaffelser. Eksempelvis bemerket Lagmannsretten i Norconsult, uten å påpeke at dette momentet var avgjørende eller av særlig betydning for den helhetlige vurderingen, at omfanget av selskapets tilleggsarbeider var lite i forhold til de etterfølgende oppdragenene som det skulle inngis tilbud på.⁸⁷

Hva rådgiveren bistår oppdragsgiver med

Videre er det et moment hvorvidt rådgivningen gjelder forarbeid i forbindelse med forprosjekter, undersøkelser, utforming av generell grunnlagsdokumentasjon og lignende, eller rådgivning og bistand i forbindelse med utforming av konkurransegrunnlaget. Ved de førstnevnte tilfellene er det generelt antatt at bistand tidlig i prosessen ikke nødvendigvis har noen særlig innvirkning på selve anskaffelsen, og rådgiveren har heller ikke særlige påvirkningsmuligheter. Å utarbeide grunnlagsdokumentene i seg selv er for eksempel ikke blitt ansett som et hinder for å delta i den etterfølgende konkurransen som leverandør.⁸⁸ Heller ikke utarbeidelsen av forprosjekter er i seg selv en urimelig konkurransefordel.⁸⁹ Informasjon som har betydning for den etterfølgende konkurransen, for eksempel for utformingen av tilbudene, og som ikke blir delt med de øvrige leverandørene, vil derimot fort anses som en urimelig konkurransefordel selv om bistanden gjaldt forprosjekter, undersøkelser og lignende.⁹⁰ Dette gjelder særlig dersom det er enkelt for oppdragsgiver å dele slik informasjon med de øvrige leverandørene.

En rådgiver som bistår med å utforme konkurransegrunnlaget vil imidlertid lettere kunne anses å få en fordel enn dersom rådgivningen kun består av generell rådgivning. Der en rådgiver brukes til å utforme konkurransegrunnlaget kan rådgiveren få en mulighet til å utforme kravene på en slik måte at det er vedkommende som er nærmest til å tilfredsstille dem som leverandør. I Fabricom⁹¹ ble det uttalt at en leverandør fort kan påvirke konkurransebetingelsene i en retning som er til fordel for han, som kan føre til konkurransevidning.⁹² I slike situasjoner må muligheten andre leverandører har til å tilfredsstille kravene i konkurransegrunnlaget og hvorvidt kravene er naturlige ut fra behovet

⁸⁷ LB-2010-201985 Norconsult

⁸⁸ LB-2010-201985, KOFA 2022/924 avs. 39, 2022/913 avs. 59

⁸⁹ KOFA 2008/42 avs. 30

⁹⁰ Implisitt KOFA 2018/158 avs. 69

⁹¹ C-21/03 og C-34/03

⁹² C-21/03 og C-34/03 premiss 30

til oppdragsgiver tillegges vekt.⁹³ Dersom kravene er utformet på en slik måte at det kun er rådgiveren som i realiteten tilfredsstiller dem best som leverandør, taler det for at rådgiveren har fått en urimelig konkurransefordel. Dette var tilfelle i KOFA sak 2003/36. Rådgiveren i den aktuelle saken hadde bistått med utarbeidelse av spesifikasjonskravene som resulterte i at flere av kravene kun viste til de interne produktkodene til vedkommende rådgiver som var leverandør. Klagenemnda konkluderte med at oppdragsgiver ikke burde ha brukt rådgiveren da vedkommende hadde en egeninteresse i anskaffelsen.

Hensynet til dialog eller markedet

Videre vil hensynet til at oppdragsgivere skal kunne få bistand av leverandører i markedet i forbindelse med anskaffelsen også være et moment i vurderingen. Momentet må imidlertid ses i sammenheng med typen av anskaffelse og hvor vanskelig det er å finne uavhengige rådgivere. Det må eksempelvis ses hen til hvor mange leverandører eller rådgivere det er i markedet i forbindelse med den aktuelle anskaffelsen, hvilket miljø det er snakk om og lignende.

I KOFA sak 2012/232 la sekretariatet særlig vekt på det faktum at «en offentlig oppdragsgiver må kunne, og ofte også oppfordres til, å sondere markedet i forkant av en konkurranse..» og konkluderte at oppdragsgiver i saken som følge av dette ikke hadde fått rådgivning i strid med daværende § 3-8.⁹⁴ I en annen KOFA sak 2016/100 trakk klagenemnda frem oppdragsgivers anførsel om at de trengte ekstern bistand i forbindelse med anskaffelsen og at fagmiljøet for den aktuelle anskaffelsen var lite. I tillegg påpekte innklagede oppdragsgiver at det var vanskelig å finne noen innen fagmiljøet som ikke hadde tilknytning til noen av leverandørene innenfor den konkrete anskaffelsen. Klagenemnda uttrykte ikke direkte at dette momentet fikk avgjørende vekt, men siden det ble trukket frem kan det tenkes at det hadde en viss betydning i vurderingen. Også her ble resultatet at det ikke forelå brudd på den aktuelle rådgiverbestemmelsen.⁹⁵

Hvorvidt oppdragsgiver har utjevnet konkurransefordelen

Et annet sentralt moment i vurderingen er i hvilken grad oppdragsgiver har utjevnet konkurransefordelen, slik som fastslått i Norconsult.⁹⁶ Av litteraturen følger det at

⁹³ KOFA 2018/158 avs. 61

⁹⁴ KOFA 2012/232 avs. 26

⁹⁵ KOFA 2016/100 avs. 34

⁹⁶ LB-2010-201985 Norconsult

oppdragsgiver så tidlig som mulig bør avklare om rådgiveren også er en mulig leverandør i den etterfølgende konkurransen.⁹⁷ Har oppdragsgiver tidlig avklart om rådgiver også ønsker å inngi tilbud, vil vedkommende sine fordeler ofte være ansett som en «urimelige» dersom disse ikke er utjevnet da oppdragsgiver ble bevisst over at rådgiveren også ville være leverandør og at det dermed forelå en mulighet for konkurransevridding. Der rådgiveren har fått en informasjonsfordel- eller tidsmessig fordel som de andre ikke har fått, og oppdragsgiver lett kunne ha utjevnet dette, vil selv mindre konkurransefordeler kunne anses «urimelige». Dette kan begrunnes med at oppdragsgiver har, som vi skal se i det følgende, en aktiv utjevningsplikt av eventuelle konkurransefordeler.

2.4 Oppdragsgivers utjevningsplikt av urimelige konkurransefordeler

2.4.1 Allment om utjevningsplikten

I anskaffelsesregelverket er det oppdragsgiver som er pliktsubjektet og som står nærmest til å eksempelvis påse at bruk av rådgivere ikke fører til konkurransevridding.⁹⁸ Som følge av dette pålegger forskriften § 12-2 oppdragsgivere en plikt jf. ordlyden «skal»⁹⁹ til å «treffe egnede tiltak» for å motvirke at en rådgiver får en urimelig konkurransefordel dersom vedkommende er potensiell leverandør. Dette omtales som oppdragsgivers utjevningsplikt som innebærer at oppdragsgiver må utjevne eventuelle konkurransefordeler.

2.4.2 Når inntreer utjevningsplikten?

Det kan stilles spørsmål om når utjevningsplikten inntreer. Må oppdragsgiver først reagere når det *faktisk* foreligger en urimelig konkurransefordel eller utløses den ved *risikoen* for at en slik fordel foreligger?

På den ene siden kan ordlyden i § 12-2 (1) tilsi at utjevningsplikten utløses først når rådgiveren «får en urimelig konkurransefordel» etter å ha bistått i anskaffelsesprosessen. I tillegg vil ofte oppdragsgiver ikke vite om det skal foretas utjevnete tiltak før det *faktisk* kan konstateres at en rådgiver har fått et konkurransefortrinn.

På den annen side viser forskriften § 12-2 til at oppdragsgiver har en plikt til å påse at rådgivere ikke får en urimelig konkurransefordel «dersom» vedkommende deltar i den

⁹⁷ Dragsten (2020) s. 493, Nærings- og fiskeridepartementet (2017) pkt. 36.3.5.2

⁹⁸ Dragsten (2013) s. 197

⁹⁹ § 12-2 (1) første pkt.

etterfølgende konkurransen. Den naturlige språklige forståelsen tilsier at oppdragsgiver må foreta en *fremtidsrettet* vurdering på tidspunktet for rådgivningen. Som nevnt under punkt 2.3.2 må oppdragsgiver helst på et tidlig stadium vurdere om rådgivningen kan ha en virkning på konkurransen. I så fall vil også utjevningsplikten utløses dersom oppdragsgiveren kommer til at fordelen kan ha en eller annen innvirkning på konkurransen. Denne forståelsen lå også til grunn etter den tidligere forskriften 2006 § 3-8 der vurderingstemaet var om den økonomiske interessen til en rådgiver «vil» utelukke konkurransen. I direktivets artikkel 41 er kravet som nevnt at konkurransen ikke må «fordrejes» dersom oppdragsgiver benytter en rådgiver som senere er leverandør. Ordlyden i tidligere § 3-8 og i direktivet taler i den retning at oppdragsgivers utjevningsplikt utløses ved *risikoen* for at det kan foreligge konkurransevriddning.

At utjevningsplikten utløses ved *risikoen* for konkurransevriddning er også i tråd med Underrettens praksis. Underretten har i sakene T-403/12 Intrasoft og T-195/05 vist til at det i utgangspunktet må foreligge en fordel som er «virkelig og ikke tænkt» for å kunne utelukke en leverandør, men at dette ikke betyr at *risikoen* for fordelen ikke er nok til å avvise leverandøren. Domstolen har nærmere poengtert at det «i prinsippet kun ved gjennomførelsen af en kontrakt, at en interessekonflikt vil vise sig. Inden indgåelsen af en kontrakt kan en interessekonflikt kun være potentiel»¹⁰⁰. KOFA har gjennomgående lagt til grunn det samme synspunktet. I KOFA sak 2003/36 uttalte nemnda at også *risikoen* for «konkurranseforvridning av betydning i favør av vedkommende rådgiver» måtte omfattes av begrepet «vil utelukke konkurranse» etter daværende rådgiverbestemmelse § 3-8.

Av veilederen for offentlige anskaffelser til § 12-2 og litteraturen følger det at oppdragsgiver så tidlig som mulig bør avklare om rådgiveren også er en mulig leverandør i den etterfølgende konkurransen.¹⁰¹ Dersom rådgiveren følger denne anbefalingen vil også *risikoen* for en urimelig konkurransefordel kunne bli oppdaget tidlig. Da kan oppdragsgiver i så fall utjevne konkurransefordelen allerede på dette tidspunktet, selv om det kun er en risiko for at den potensielle leverandøren som bistår oppdragsgiver får et konkurransefortrinn.

Konklusjonen er etter dette at det er *risikoen* for konkurransefordeler som utløser utjevningsplikten og at det ikke nødvendigvis kreves faktisk innvirkning for at plikten utløses. Oppdragsgiver bør derfor på forhånd gjøre en fremtidsrettet vurdering av om det kan oppstå konkurransevriddning, og prøve å utjevne eventuelle konkurransefortrinn så tidlig som mulig.

¹⁰⁰ T-403/12 Intrasoft avs. 74 og T-195/05 Deloitte avs. 67

¹⁰¹ Dragsten (2020) s. 493, Nærings- og fiskeridepartementet (2017) pkt. 36.3.5.2

Hvor stor risiko det må foreligge før utjevningsplikten utløses vil derimot variere ut ifra omstendighetene. Her må det ses hen til de ulike hensynene som står mot hverandre. På den ene siden har oppdragsgiver som vi skal se en aktiv utjevningsplikt, som vil si at det kreves mye av oppdragsgiver. På den annen side er det ofte vanskelig for en oppdragsgiver å bli oppmerksom på eventuelle urimelige konkurransefordeler. Det kan derfor ikke forventes at oppdragsgiver gjør hva som helst for å utjevne eventuelle konkurransefortrinn når det kun foreligger en risiko for at denne fordelene kan føre til konkurransevridning. Rådgivningens karakter og omfang, samt hvor enkelt det er å utjevne konkurransefordelen vil også ha betydning.

2.4.3 Utjevningspliktens rekkevidde

Utjevningspliktens rekkevidde reiser to spørsmål. Det første spørsmålet er hvor aktiv oppdragsgiver må være for at det skal være i tråd med utjevningsplikten – må oppdragsgiver gjøre alt i sin makt for å utjevne de oppståtte konkurransefordelene? Det andre spørsmålet som oppstår er *hvilke* tiltak oppdragsgiver må foreta i henhold til plikten.

Når det gjelder det første spørsmålet tilsier ordlyden «skal»¹⁰² treffe egnede tiltak at oppdragsgivers plikt er absolutt, det vil si uavhengig av byrdene oppdragsgiver får. Ved å pålegge en så aktiv plikt på oppdragsgiver ville det klart ivaretatt konkurranse- og likebehandlingsprinsippet på best mulig måte. At oppdragsgiver må gjøre alt i sin makt for å utjevne eventuelle konkurransefordeler kan dessuten begrunnes i at avvisning av en leverandør skal skje som den siste utvei. Leverandørene skal ikke kvie seg for å bistå oppdragsgiver i forberedelsen av anskaffelsen, og dette taler for at oppdragsgiver har en aktiv plikt til å utjevne konkurransefortrinn.

På den andre siden tilsier forholdsmessighetsprinsippet at oppdragsgiver ikke kan belastes en så aktiv plikt til å utjevne eventuelle fordeler at det ikke er i samsvar med de målene som skal oppnås. Likebehandlingsprinsippet kan heller ikke forstås såpass strengt at all form for forskjellsbehandling ikke er tillatt. Det er i praksis antatt at der det foreligger saklige og tungtveiende grunner for forskjellsbehandlingen, kan den tillates.¹⁰³ I litteraturen vises det til

¹⁰² § 12-2 (1)

¹⁰³ Treumer (2000) s. 96

at oppdragsgivers interesser i noen tilfelle kan være slike tungtveiende grunner som berettiger en forskjellsbehandling der rådgiver har bistått i forberedelsesfasen.¹⁰⁴

Underretten har i sak T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* vist til at utjevningsplikten rekker så lenge det «i teknisk henseende er enkelt at foretage en sådan udligning, hvis udligningen er økonomisk rimelig, og hvis den ikke innebærer en tilsidesættelse af den eksisterende kontrahents eller den nævnte underleverandørs rettigheder»¹⁰⁵. Dette standpunktet har KOFA inntatt i blant annet sak 2019/663 der det er poengtert at rekkevidden ikke innebærer at oppdragsgiver utjevner *enhver* forskjell og vurderingen av rekkevidden vil bero på de berørte interessene i den enkelte sak.¹⁰⁶ I en annen sak har KOFA uttalt at oppdragsgiver må forsøke å utjevne tiltak «innen rimelige grenser»¹⁰⁷. Lagmannsretten i *Norconsult* omtaler kravet som at oppdragsgiver «i det vesentlige» må utjevne konkurransefortrinnet.¹⁰⁸ Konklusjonen er dermed at oppdragsgiver har en nokså aktiv utjevningsplikt for å sikre likebehandling av leverandørene, men at plikten ikke innebærer at enhver konkurransefordel må utjevnes. Det må ses hen til omstendighetene i saken, blant annet hvor byrdefullt det er å utjevne konkurransefortrinnet.

Hvor aktiv plikten til oppdragsgiver er, har videre sammenheng med hvilke egnede tiltak som oppdragsgiver må foreta for at det skal være i tråd med utjevningsplikten.

Oppdragsgiver kan i utgangspunktet i henhold til sitt innkjøpsfaglige skjønn velge hvilke tiltak som må foretas for å utjevne en eventuell urimelig konkurransefordel. Dette ble slått fast i KOFA sak 2019/713 der det ble anført at oppdragsgiver skulle ha innkalt klager til intervju og kontaktet referansene til klager. Klagenemnda viste til at det ikke stilles krav til hvilke tiltak oppdragsgiver må foreta.¹⁰⁹

Forskriften § 12-2 (1) stiller likevel krav til at utjevningstiltakene må være «egnede» for å utjevne den eventuelle konkurransefordelen. Den naturlige språklige forståelsen av «egnede tiltak» tilsier at tiltaket må være skikket til å utjevne den eventuelle konkurransefordelen. Som vi har sett kan det oppstå ulike typer av konkurransefordeler, noe som følgelig betyr at hva som er et egnet tiltak avhenger av hvilken konkurransefordel det er tale om.¹¹⁰ I tillegg vil det ha betydning om man er på stadiet der det kun foreligger en risiko for urimelig

¹⁰⁴ Treumer (2000) s. 87

¹⁰⁵ T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avs. 76

¹⁰⁶ KOFA 2019/663 avs. 15

¹⁰⁷ KOFA 2005/296 avs. 27

¹⁰⁸ LB-2010-201985

¹⁰⁹ KOFA 2019/713 avs. 34

¹¹⁰ KOFA 2019/713 avs. 34

konkurransfordel, eller om det faktisk kan sies at konkurransfordel forelå. Ved førstnevnte tilfeller får oppdragsgiver en plikt til å avverge eventuelle urimelige konkurransfordeler. Der oppdragsgiver oppdager en urimelig konkurransfordel etter den har oppstått, må denne derimot avhjelpes.

2.4.4 Typetilfeller av utjevningstiltak

Forskriften § 12-2 (2) regulerer hvilke «egne tiltak» som en oppdragsgiver kan foreta for å motvirke konkurransfordeler. De uttrykkelige tiltakene i bestemmelsen er knyttet til informasjons- og tidsmessige fordeler som en leverandør har fått i kraft av å være rådgiver. Listen er ikke uttømmende jf. ordlyden «blant annet»¹¹¹ og andre tiltak kan være å bruke uavhengige rådgivere eller åpne opp for at alternative tilbud kan inngis.¹¹² Oppdragsgiver kan også eksempelvis inngå en klausul med rådgiveren om at vedkommende ikke kan være med i den etterfølgende konkurransen som leverandør.¹¹³ Denne problematikken og virkningen av at leverandøren likevel deltar i konkurransen drøftes ikke nærmere.

Der en rådgiver har fått en informasjonsfordel, kan oppdragsgiver utjevne dette konkurransfortrinnet ved såkalt informasjonsspredning etter § 12-2 (2) bokstav a. Generelt innebærer informasjonsspredning at oppdragsgiver sørger for at de øvrige leverandørene «mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren i planleggingen av konkurransen»¹¹⁴. I KOFA sak 2004/46 ble det eksempelvis vist til at en felles informasjonspakke «i form av skriftlig dokumentasjon eller felles informasjonsmøte der all relevant informasjon ville bli gitt» til de potensielle leverandørene kunne være et forholdsmessig og egnet tiltak for å utjevne eventuelle informasjonsfordeler.¹¹⁵ I mange tilfeller utarbeider rådgivere rapporter, tegninger, modeller og lignende som følge av forundersøkelser. I slike tilfeller vil informasjonsutjevningen være å legge ved rapporten eller andre resultater av forundersøkelsene med konkurransegrunnlaget, slik som det er vist til i blant annet KOFA 2022/924. I saken var spørsmålet om det forelå en urimelig konkurransfordel da valgte leverandørs morselskap hadde bistått oppdragsgiver og gjennomført en analyse av ulike prosessalternativ forut for konkurransen. Oppdragsgiver hadde lagt ved rapporten med konkurransegrunnlaget og dermed utjevnet den eventuelle fordel som leverandøren fikk slik at det ikke kunne anses å foreligge noen urimelig konkurransfordel.

¹¹¹ § 12-2 (2)

¹¹² Berge/Ekre (2023) lovkommentar til § 12-2 (2), Hamer (2016) s. 368

¹¹³ Steinicke (2008) s. 419

¹¹⁴ § 12-2 (1) bokstav a

¹¹⁵ KOFA 2004/46 avs. 26

Tidsmessige fordeler kan utjevnes ved å gi de andre leverandørene tilstrekkelig med tid til å utarbeide tilbudene sine. Hvor lang tidsfrist som må settes vil variere ut ifra den enkelte anskaffelsen. Det viktigste er at de øvrige leverandørene får nok med tid til at de faktisk får en reell mulighet til å utforme sine tilbud på lik linje med rådgiveren som har fått tidsforspranget.

Informasjons- og tidsutjevnete tiltak henger ofte sammen. Til illustrasjon kan det vises til KOFA sak 2016/25 der spørsmålet var om rådgiveren, som senere vant konkurransen som leverandør, hadde fått en urimelig konkurransefordel i strid med daværende forskrift § 3-8. Rådgiveren hadde bistått med utarbeidelse av konkurransegrunnlaget og klagenemnda viste til at dette ga en slik kunnskap om prosjektet at det utgjorde en informasjonsfordel. Dette ble imidlertid ikke ansett for å være en fordel som utelukket konkurranse ettersom oppdragsgiver hadde utjevnet fordelene. Utjevningstiltaket var i saken at oppdragsgiver tilgjengeliggjorde dokumentene fire måneder før tilbudsfristen, som klagenemnda anså som tilstrekkelig med tid ved den aktuelle anskaffelsen.

I sak 2018/158 kom Klagenemnda til at det ikke forelå urimelig konkurransefordel av to grunner. For det første hadde rådgiveren i saken ikke fått vesentlig informasjon for anskaffelsen som ikke var tilgjengelig for de andre leverandørene. For det andre ble det vist til at oppdragsgiver satt av nok tid til å utforme tilbudene.¹¹⁶ Et motsatt resultat forelå i KOFA 2005/296 der klagenemnda viste til at rådgiveren hadde fått vesentlig informasjon som de andre leverandørene ikke fikk. Det var også enkelt for oppdragsgiver å utjevne dette fortrinnet ved inkludere informasjonen i konkurransegrunnlaget. Det forelå også nok tid for oppdragsgiver til å utjevne fordelene fra konkurransen var kunngjort til tilbudsfristen utgikk, uten at dette ble gjort.

3 Bruk av rådgivere og inhabilitet

3.1 Innledning

Bruk av rådgivere reiser ikke bare spørsmål om rådgiveren eller nærstående kan være leverandør, men som nevnt innledningsvis også spørsmål knyttet til rådgiverens habilitet. Slik som ved rådgiverbestemmelsen § 12-2 må det for det første stilles spørsmål om når rådgiveren faller inn under anvendelsesområdet til habilitetsreglene, som vil bli behandlet under punkt 3.3. Dersom en rådgiver omfattes av habilitetsreglene, oppstår spørsmålet om når rådgiveren kan anses inhabil, som vi skal se på under punkt 3.4 og 3.5. Til slutt skal vi se på hva som ligger i oppdragsgivers plikt til å motvirke inhabilitet ved bruk av rådgivere.

¹¹⁶ KOFA 2018/159 avs. 69 og 70

3.2 Det rettslige grunnlaget

I norsk anskaffelsesrett er habilitetsbestemmelsen inntatt i forskriften § 7-5 som henviser til at habilitetsreglene i forvaltnings- og kommuneloven gjelder for anskaffelser som omfattes av forskriften. I avhandlingen vil kun de alminnelige bestemmelsene § 6 til § 10 i forvaltningsloven bli behandlet.

De forvaltningsrettslige habilitetsreglene gjelder «ugildhet» som tilsvarer begrepet «(in)habilitet» i anskaffelsesforskriften § 7-5. Direktivartikkel § 24 som habilitetsbestemmelsen i forskriften gjennomfører benytter derimot begrepet «interessekonflikt». I direktivet er begrepet «interessekonflikt» definert som «mindst de situationer» der noen som foretar en anskaffelse «direkte eller indirekte har en finansiell, økonomisk eller annen personlig interesse, der kan antages at bringe deres upartiskhet og uafhængighed i forbindelse med udbudsproceduren i fare».¹¹⁷

Ifølge EU-domstolen skal innholdet av inhabilitetsbegrepet defineres av nasjonal rett.¹¹⁸ Habilitet er ikke legaldefinert i forvaltningsloven, men blir gjerne omtalt som situasjoner der det foreligger utenforliggende forhold som kan svekke tilliten til at noen opptrer upartisk.¹¹⁹ Språklig sett sammenfaller det tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsbegrepet dermed med begrepet «interessekonflikt» i anskaffelsesdirektivet. Det fremgår uansett av forarbeidene at bestemmelsen i forskriften § 7-5 tilsvarer de situasjonene som anskaffelsesdirektivets artikkel 24 om interessekonflikter nevner og forutsetter.¹²⁰

Formålet med habilitetsregler i anskaffelsesretten er todelt. For det første skal reglene sikre at beslutningstakere i anskaffelsesprosessen foretar riktige og forsvarlige avgjørelser. Dette skal, på samme måte som rådgiverbestemmelsen § 12-2, bidra til at prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og konkurranse etter anskaffelsesloven § 4 ivaretas, slik at de overordnede formålene i anskaffelsesretten sikres.

For det andre har habilitetsreglene et særskilt formål å sikre åpenhet, uavhengighet, tillit og integritet. Dette gjennomfører habilitetsvurderingene i stor grad, i motsetning til vurderingene etter § 12-2 som først og fremst skal hensynta likebehandling av leverandøren i konkurransesituasjonene. Kravet om habilitet skal sikre at både allmennheten og de øvrige leverandørene kan ha tillit til at beslutningstakere i anskaffelsesprosessen ikke påvirkes av

¹¹⁷ 2014/24/EU art. 24 (2)

¹¹⁸ C-538/13 eVigilo premiss 46

¹¹⁹ Eckhoff og Smith (2018) s. 213, Graver (2019) s. 314, Bernt og Rasmussen (2010) s. 198

¹²⁰ NOU: 2014:4 pkt. 25.3.2.8

utenforliggende forhold som gjør at anskaffelsen ikke skjer på en samfunnstjenlig måte jf. formålet om integritet i lovens § 1.

Som følge av de to overordnede formålene skal habilitetsreglene motvirke at beslutningstakere med personlige, økonomiske eller andre interesser bistår i anskaffelsesprosessen. Der det foreligger et tilknytningsforhold mellom noen som bistår oppdragsgiver og en leverandør, kan dette forholdet direkte eller indirekte påvirke vedkommende sitt arbeid i anskaffelsesprosessen. Dette kan igjen føre til forskjellsbehandling og at avgjørelsen som blir foretatt av personen ikke er riktig og dermed i strid med kravene og målsetningene i anskaffelseslovens §§ 1 og 4.

3.3 Habilitetsreglenes anvendelsesområde

For at en rådgiver eventuelt skal anses inhabil, må både rådgiveren og bistanden være omfattet av habilitetsbestemmelsene fvl. § 6 til 10 jf. forskriften § 7-5. Spørsmålet i det følgende er dermed hva anvendelsesområdet til bestemmelsene er.

Den sentrale habilitetsbestemmelsen i forvaltningsloven § 6 gjelder for en «offentlig tjenestemann»¹²¹ som i loven defineres som «en embetsmann eller annen som er ansatt i statens eller en kommunes tjeneste»¹²². Ordlyden er snever og fanger i anskaffelsessituasjoner eksempelvis ikke opp andre enn oppdragsgiver og de som er ansatt hos vedkommende.¹²³ Av forvaltningsloven § 10 følger det imidlertid at habilitetsreglene også gjelder for «enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan». Det innebærer at også andre eksterne aktører som ikke er ansatt, men som har tilknytning til oppdragsgiver gjennom eksempelvis et rådgivningsoppdrag i anskaffelsesprosessen, er omfattet.¹²⁴ Dersom eksterne rådgivere ikke hadde vært underlagt habilitetsreglene, ville oppdragsgivere ha omgått sine forpliktelser til å blant annet sikre likebehandling og gjennomsiktighet ved å bruke eksternt bistand i anskaffelsesprosessene.¹²⁵

Der rådgiveren ikke opptrer på vegne av oppdragsgiver på noen måte omfattes vedkommende heller ikke av habilitetsreglene i forvaltningsloven, slik som illustrert i KOFA 2022/598. I

¹²¹ Fvl. § 6

¹²² Fvl. § 2 (1) bokstav d

¹²³ For offentlige oppdragsgivere som omfattes av forvaltningsrettens definisjoner gjelder habilitetsreglene i §§ 6 til 10 direkte jf. anskaffelsesforskriften § 7-5 (1) første pkt. For øvrige oppdragsgivere gjelder habilitetsreglene likevel tilsvarende.

¹²⁴ Graver (2005) s. 467

¹²⁵ I 538/13 eVigilo premiss 36 vises det til at når oppdragsgiver benytter sakkyndige til å evaluere tilbudene, fritar det ikke oppdragsgiveren fra å opprettholde de EU-rettslige krav, herunder kravene om likebehandling og gjennomsiktighet.

saken ble en leverandør avvist i konkurransen da oppdragsgiver mente det forelå inhabilitet hos leverandørens daglige leder. Verken leverandøren eller den daglige lederen opptrådte derimot på vegne av oppdragsgiveren i den konkrete anskaffelsen. Følgelig var ingen av de omfattet av habilitetsreglene i forvaltningsloven, og avvisningen ble ansett rettsstridig.

For at habilitetsreglene skal få anvendelse er det imidlertid ikke nok at rådgiveren generelt opptrer på vegne av det offentlige, vedkommende må også ha tilrettelagt grunnlaget for eller truffet en avgjørelse i en forvaltningssak jf. fvl. § 6 (1). En forvaltningssak er «enhver sak hvor et forvaltningsorgan handler på vegne av stat eller kommune»¹²⁶. En anskaffelse regnes for å være en «forvaltningssak» i lovens forstand.¹²⁷ Ordlyden «avgjørelse» antas for å være et vidt begrep som omfatter alle beslutningene i forvaltningen, herunder beslutninger som oppstår ved forberedelsen og gjennomføringen av offentlige anskaffelser.¹²⁸ I motsetning til rådgiverbestemmelsen § 12-2 som gjelder i planleggingsfasen forut for konkurransen, gjelder habilitetsreglene dermed under hele anskaffelsesprosessen, herunder både i planleggings- og gjennomføringsfasen.

Det avgjørende for om habilitetsreglene får anvendelse på en ekstern rådgiver som oppdragsgiver har innhentet beror dermed på hvorvidt rådgiveren har tilrettelagt grunnlaget for eller truffet avgjørelse i anskaffelsesprosessen jf. fvl. § 6 (1). Har en rådgiver ikke bistått oppdragsgiver i tråd med fvl. § 6 (1) kommer habilitetsreglene heller ikke til anvendelse.¹²⁹

Habilitetsreglene gjelder for det første der noen *treffer* avgjørelse. Her er ordlyden snever og innebærer i utgangspunktet kun de tilfeller der vedkommende fatter et vedtak eller beslutning som får rettsvirkninger for andre. I anskaffelsessituasjoner vil det i praksis være tilfelle der rådgiveren bistår oppdragsgiver med tildelingsevalueringen i gjennomføringsfasen og bestemmer hvilken leverandør som skal tildeles kontrakten.

Videre vil også rådgivere som har vært med på å «tilrettelegge grunnlaget for» en avgjørelse i anskaffelsesprosessen være omfattet. Denne ordlyden er vid og vil omfatte all bistand i forbindelse med saksforberedelsen i anskaffelsesprosessen.¹³⁰ Det er heller ikke avgjørende om det er noen andre enn rådgiveren som faktisk treffer den endelige avgjørelsen, så lenge rådgiveren har vært med på å tilrettelegge for den.¹³¹

¹²⁶ Ot.prp.nr.38 (1964-1965) s. 30

¹²⁷ Graver (2005) s. 467 og Bradgø-Ellenes og Abusland (2018) s. 125

¹²⁸ Graver (2019) s. 317 og Echhoff og Smith (2018) s. 215

¹²⁹ Se eksempelvis KOFA 2021/815 avs. 27, 2019/531 avs. 54 og 55

¹³⁰ Graver (2019) s. 318

¹³¹ KOFA 2013/26 avs. 63

Eksterne rådgivere som ikke nødvendigvis har besluttet noe i anskaffelsesprosessen, men på en eller annen måte har bistått i forberedelsen av anskaffelsen, vil dermed være omfattet av forvaltningslovens habilitetsregler. Dette vil eksempelvis være tilfelle der rådgiveren innhentes til å bistå ved utformingen av konkurransegrunnlag. Utarbeidelse av konkurransegrunnlaget i forberedelsesfasen og deltagelse i avklaringsmøter med leverandørene i gjennomføringsfasen regnes som tilretteleggelse for valget av leverandør jf. KOFA sak 2020/805 avs. 17. Der oppdragsgiver bruker en ekstern rådgiver til å delta i evalueringen av tilbud er dette også å regne som tilrettelegging for valget av leverandør.¹³²

Graver uttaler at ordlyden er såpass vid at også ren rådgivning i forbindelse med saken omfattes.¹³³ Det må likevel avgrenses mot tilfeller som er rene kontor- eller rutinearbeid.¹³⁴ Et slikt tilfelle forelå i KOFA sak 2003/59 der oppdragsgiver leide inn et eksternt firma til praktisk bistand ved anskaffelsen. Bistanden innebærte blant annet mottak av tilbudene fra og utsending av brev til leverandørene samt sammenstilling av faktaopplysningene og vurderingene til oppdragsgiver. Klagenemnda kom til at det var tvilsomt at slikt arbeid ble regnet som tilrettelegging av grunnlaget for en avgjørelse.

3.4 Når er en rådgiver inhabil etter fvl. § 6 første ledd?

Fvl. § 6 regulerer inhabilitetssituasjonene der bestemmelsens første ledd inneholder absolutte habilitetsregler. Dersom rådgiveren faller inn under noen av tilfellene nevnt i § 6 første ledd bokstav a til e er rådgiveren automatisk inhabil. I øvrige tilfeller kan rådgiveren være inhabil etter den skjønnsmessige regelen i fvl. § 6 andre ledd som behandles under punkt 3.5 i avhandlingen. Spørsmålet i det følgende er dermed når en rådgiver kan anses inhabil etter fvl. § 6 første ledd.

For det første er en rådgiver automatisk inhabil dersom vedkommende «selv er part i saken»¹³⁵. Hvem som er «part» i anskaffelsessituasjoner vil, på samme måte som ved spørsmålet om hvem som faktisk er «leverandør» etter § 12-2, ofte ikke vises på rådgivningstidspunktet, men først når leverandørene inngir tilbud i konkurransen. De leverandørene som inngir tilbud må anses som «parter» i forvaltningsrettslig forstand.¹³⁶ En leverandør kan følgelig ikke både inngi tilbud i konkurransen og bistå oppdragsgiver i tildelingsevalueringen av tilbudene. I et slikt tilfelle vil det inntre automatisk inhabilitet etter § 6 første ledd bokstav a.

¹³² KOFA 2018/76 avs. 46, 2003/86 s. 3

¹³³ Graver (2019) s. 318 som henviser til Forvaltningskomiteens innstilling

¹³⁴ Bragdø-Ellenes og Abusland (2018) s. 126 og Eckhoff og Smith (2018) s. 215

¹³⁵ Fvl. § 6 (1) bokstav a

¹³⁶ Graver 2005 s. 467

Før leverandørene inngir tilbud er det i forberedelsesfasen av anskaffelsen derimot ikke gitt hvem som faktisk blir parter i saken. Det kan da stilles spørsmål om også *potensielle* leverandører omfattes av partsbegrepet på samme måte som disse er omfattet av leverandørbegrepet etter forskriften § 12-2. Graver viser til at «den blotte muligheten» for at en rådgiver senere er leverandør ikke er tilstrekkelig for at fvl. § 6 første ledd skal få anvendelse.¹³⁷ Hensynet til at oppdragsgiver skal kunne bruke markedet og rådgivere taler i samme retning, særlig i tvilstilfeller der det ikke er sikkert om rådgiveren skal levere inn tilbud. Uansett kan rådgiveren som potensielt er leverandør og dermed «part», som Graver uttaler, vurderes etter den skjønnsmessige fvl. § 6 andre ledd.¹³⁸ Jeg antar som følge av dette at det ikke er nok at det kun foreligger en mulighet for at rådgiveren er en part i saken for at *automatisk* inhabilitet inntreffer.

Videre er det enkelte personlige relasjoner som kan resultere i automatisk inhabilitet for en rådgiver. Både familiært slektskap i «opp- eller nedstigende linje eller i sidelinje så nær som søsken»¹³⁹ og tidligere ekteskap eller forlovelse medfører automatisk inhabilitet. Bokstav e i fvl. § 6 første ledd viser til at visse styre- eller andre verv i blant annet selskap eller forening som er «part i saken», det vil si tilbyder, kan medføre at rådgiveren uten videre er inhabil. Dette var tilfelle i KOFA 2020/805 der en rådgiver hadde utarbeidet konkurransegrunnlaget og deltatt i møter med leverandørene på vegne av oppdragsgiver. Rådgiveren ble klart ansett inhabil da det viste seg at vedkommende var medlem i styret til den valgte leverandøren.

3.5 Når er en rådgiver inhabil etter fvl. § 6 andre ledd?

Rådgivere som offentlige oppdragsgivere bruker i anskaffelsesprosessen og som ikke faller inn under fvl. § 6 første ledd bokstav a til e, kan som nevnt likevel være inhabile etter bestemmelsens andre ledd. For eksempel kan familieforhold som ikke fanges opp av § 6 første ledd føre til inhabilitet etter fvl. § 6 andre ledd. Spørsmålet i det følgende er når en rådgiver anses inhabil etter de relative habilitetsgrunnene i fvl. § 6 andre ledd.

3.5.1 Særegne forhold

Det følger av § 6 andre ledd at der det foreligger «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten» kan det tilsi inhabilitet. En naturlig språklig forståelse av «særegne forhold» er at forholdet må være spesielt, det må være snakk om noe mer enn det typiske eller vanlige. Det

¹³⁷ Graver (2005) s. 468

¹³⁸ Graver (2005) s. 468

¹³⁹ Fvl. § 6 (1) bokstav b

er ikke enhver utenforliggende interesse som fører til inhabilitet, men en særinteresse eller situasjon som de fleste ikke befinner seg i.¹⁴⁰ Terskelen er derimot ikke så høy at forholdet må være *unikt*.¹⁴¹

Det følger ikke av fvl. § 6 andre ledd hva slags type forhold det må være tale om for at habilitetsbestemmelsen skal få anvendelse. Ordlyden «andre» særegne forhold tilsier at bestemmelsen fanger opp alle mulige forhold som ikke er listet opp i fvl. § 6 første ledd bokstav a til e. En slik forståelse er i samsvar med ordlyden i anskaffelsesdirektivet artikkel 24 som definerer «interessekonflikter» som blant annet «finansiell, økonomisk eller annen personlig interesse». Denne definisjonen er en minimumsdefinisjon da begrepet interessekonflikt «omfatter mindst de situationer»¹⁴² som er nevnt i artikkel 24. Andre interesser som ikke uttrykkelig er nevnt i direktivet kan dermed også føre til at det foreligger «interessekonflikt», eksempelvis politiske, nasjonale eller følelsesmessige interesser.¹⁴³

3.5.2 Forholdet må være «egnet til å svekke tilliten til» rådgiverens upartiskhet

Det er ikke nok i seg selv at det foreligger et særlig forhold for at rådgiveren skal anses inhabil etter fvl. § 6 andre ledd. Det særegne forholdet må også være «egnet til å svekke tilliten til» den eksterne rådgiveren sin upartiskhet. Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i dette.

En naturlig språklig forståelse av «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet» tilsier for det første at det ikke er krav om at de særlige interessene faktisk har påvirket rådgiverens beslutninger i anskaffelsesprosessen.

I EU-domstolens avgjørelse eVigilo slås det fast at det er opp til medlemsstatene å avgjøre om det foreligger partiskhet hos en rådgiver «alene på grunnlag af en objektiv situation med henblik på å forebygge en risiko» for at rådgiveren har utenforliggende interesser som kan favorisere en leverandør.¹⁴⁴

I norsk rett har forståelsen gjennomgående vært at det ikke kreves faktisk påvirkning på rådgiverens gjennomføring av anskaffelsen.¹⁴⁵ Det at forholdet gir en viss mulighet for at rådgiveren vil opptre upartisk, er dermed nok. Dette er i tråd med formålet bak

¹⁴⁰ Bragdø-Ellenes og Abudslund (2018) s. 135 og Eckhoff og Smith (2018) s. 217

¹⁴¹ Bernt og Rasmussen (2010) s. 213

¹⁴² 2014/24/EU artikkel 24 (2)

¹⁴³ T-195/05 Deloitte s. 882

¹⁴⁴ C-538/13 eVigilo premiss 41

¹⁴⁵ KOFA 2017/155 avs. 38, 2013/26 avs. 66, 2010/101 avs. 48, 2010/54 avs. 36, Dragsten (2020) s. 276, Dragsten (2013) s. 191

habilitetsbestemmelsene som er å sikre at offentlige oppdragsgivere skal opptre med integritet og at allmennheten, og ikke minst leverandørene, har tillit til offentlige oppdragsgivere.

Høyesterett har i forbindelse med domstollovens habilitetsbestemmelse § 108 beskrevet inhabilitetsvurderingen som et spørsmål om «de særlige forholdene i saken etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet»¹⁴⁶. KOFA har ansett vurderingstemaet for å være treffende også for fvl. § 6 andre ledd og dermed i anskaffelsessituasjoner jf. forskriften § 7-5, men poengtert at terskelen for habilitet ikke nødvendigvis er den samme i de to situasjonene.¹⁴⁷

For det andre tilsier ordlyden «egnet til å svekke tilliten til» rådgiverens upartiskhet at subjektive betraktninger av hvorvidt forholdet påvirker rådgiverens upartiskhet ikke har betydning.¹⁴⁸ Det faktum at oppdragsgiver har tillit til at rådgiveren vil være upåvirket av forholdet, eller at rådgiveren selv tror at forholdet ikke vil påvirke arbeidet, er ikke avgjørende.¹⁴⁹

Om skyldspørsmålet ved inhabilitet uttalte Underretten i sak T-277/97 Ismeri at habilitet *objektivt sett* utgjør et så grovt brudd på de EU-rettslige prinsippene at det ikke er nødvendig å vurdere skyld.¹⁵⁰ Dette er også blitt slått fast i øvrig praksis fra EU-domstolen der begrepet «interessekonflikt» er blitt definert som tilfeller der en beslutningstaker har særinteresser som påvirker anskaffelsen i hans favør «selv uten at dette til hensikt»¹⁵¹. Denne samme forståelsen er inntatt i norsk rett.¹⁵²

3.5.3 Konkret helhetsvurdering

Hvorvidt det foreligger «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten» virker å være to separate vilkår, men i prinsippet kan disse gli over i hverandre og må ses i sammenheng.¹⁵³ Det sentrale vurderingstemaet er om det særlige forholdet *objektivt sett* kan svekke tilliten til at rådgiveren opptrer upartisk i anskaffelsesprosessen.¹⁵⁴ I anskaffelsessituasjoner vil

¹⁴⁶ HR-2016-2311-P avs. 15

¹⁴⁷ KOFA 2022/1152 avs. 38, 2021/1998 avs. 28, 2018/76 avs. 48

¹⁴⁸ Bragdø-Ellenes og Abusland (2018) s. 130

¹⁴⁹ Dragsten (2020) s. 276

¹⁵⁰ T-277/97 Ismeri avs. 123

¹⁵¹ C-21/03 og C-34/03 avs. 30, T-415/10 avs. 114

¹⁵² Dragsten (2020) s. 276

¹⁵³ Rt. 1998-713, Skoghøy (2017) s. 169

¹⁵⁴ KOFA 2018/76 avsnitt 49, 2010/54 avs. 36

vurderingen innebære hvordan leverandørene og allmennheten generelt oppfatter situasjonen.¹⁵⁵

Spørsmålet om det særlige forholdet objektivt sett kan svekke tilliten til rådgiverens upartiskhet etter fvl. § 6 andre ledd beror med andre ord på en konkret helhetsvurdering,¹⁵⁶ på samme måte som spørsmålet om det foreligger en urimelig konkurransefordel etter forskriften § 12-2.

Til tross for at det må foretas en helhetsvurdering, følger det visse momenter av lovteksten som «skal» tillegges vekt i vurderingen jf. fvl. § 6 andre ledd. For det første må det vurderes om rådgiveren, eller noen han har tilknytning til, får en «særlig fordel, tap eller ulempe»¹⁵⁷. En rådgiver kan eksempelvis være inhabil til å bistå oppdragsgiver i tildelingsevalueringen dersom vedkommende har eierinteresser i en leverandør. I slike tilfeller vil rådgiveren ofte ha en særlig interesse i utfallet av anskaffelsen og dermed lett kunne få «en særlig fordel ... for ham selv» etter fvl. § 6 andre ledd.

Der rådgiver bistår oppdragsgiver må det også vurderes om noen som anskaffelsen gjelder får en fordel, tap eller ulempe. I anskaffelsessituasjoner vil tilknytningsforholdet innebære at rådgiveren må være tilknyttet en tilbyder eller leverandør, i motsatt fall får ikke habilitetsregelen anvendelse. Til illustrasjon kan det vises til KOFA sak 2017/341 som gjaldt anskaffelse om en utvidelse av gravplass, der oppdragsgiver benyttet en rådgiver som hadde familiær tilknytning til grunneieren av gravplassen. Grunnereien var imidlertid ikke tilbyder i konkurransen, og rådgiveren hadde ingen tilknytning til noen av de øvrige tilbydere. Klagerens anførsel om at rådgiveren som følge av det familiære forholdet var inhabil til å bistå ved anskaffelsen førte derfor ikke frem.¹⁵⁸

Det er ikke bare der rådgiveren eller en av tilbyderne får en fordel, men også de tilfellene der rådgiveren påvirker anskaffelsen negativt til ulempe for leverandøren som omfattes. Eksempelvis kan det tenkes at en rådgiver er i et motsetningsforhold med en av leverandørene og evaluerer tilbudet til vedkommende som dårligere enn det realiteten tilsier. Det er også uten betydning hvilke fordeler eller ulemper det er snakk om, så lenge disse er egnet til å svekke tilliten til rådgiverens upartiskhet.¹⁵⁹

¹⁵⁵ KOFA 2009/50 avs. 88

¹⁵⁶ Rt. 2007 s. 983 avs. 82

¹⁵⁷ Fvl. § 6 andre ledd første pkt

¹⁵⁸ KOFA 2017/341 avs. 46

¹⁵⁹ Ot.prp.nr.3 (1976-77) s. 62

For det andre følger det uttrykkelig av fvl. § 6 andre ledd siste pkt. at hvorvidt inhabilitetsinnsigelsen er reist av en «part», i anskaffelsessituasjoner en tilbyder, er et moment i vurderingen. Det er antatt at momentet særlig får betydning ved tvilstilfeller av om inhabilitet foreligger og kun som et støttemoment i vurderingen.¹⁶⁰

Listen med momenter som følger av fvl. § 6 andre ledd er derimot ikke uttømmende jf. ordlyden «blant annet»¹⁶¹. Der det foreligger andre relevante momenter enn de som følger av lovteksten må disse også vurderes. Øvrige momenter kan eksempelvis være at en rådgiver viser særlig engasjement i anskaffelsen. Dette var tilfelle i KOFA sak 2003/13 der en person i utvelgelseskomiteen også var ansatt i et forbund som hadde vist sterkt engasjement om tildelingsspørsmålet av kontrakten i media og gjennom brev til kommunen. Klagenemnda viste til at alminnelig engasjement i en sak ikke er et særegent forhold, men at forholdene i den konkrete saken var så spesielle at personen måtte anses inhabil.

Et annet moment som kan tas i betraktning er hvilken fase av anskaffelsesprosessen rådgiveren bistår i og arten av anskaffelsen. Der rådgiver bistår i planleggingsfasen må det antas at habilitetsvurderingen er lempeligere enn der rådgiveren er med på å velge leverandør.¹⁶² Videre er det av betydning hvorvidt rådgiveren foretar en skjønnspreget avgjørelse, eller om avgjørelsen er enkel og ikke krever stor grad av skjønn.¹⁶³ Der kontrakt tildeles til det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, tilsier det en helhetsvurdering som innebærer mye skjønn. Dersom rådgiveren er med på å evaluere tilbudene og velge leverandør etter en slik vurdering, antas det at habilitetsvurderingen blir strengere enn dersom kontrakten kun ble tildelt til tilbudet med laveste pris. Til støtte for dette kan det vises til sak 2010/101 der leverandøren ble valgt etter en helhetsvurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda la avgjørende vekt på det faktum at vurderingene som prosjektlederen foretok var skjønnsmessige, og vedkommende ble derfor ansett inhabil til å bistå ved anskaffelsen.

Selv om hvert enkelt forhold ikke nødvendigvis vil medføre inhabilitet, kan flere tilknytningsforhold samlet sett føret til dette. I mange tilfeller må man altså vurdere de ulike forholdene samlet.¹⁶⁴

¹⁶⁰ KOFA 2003/13, 2021/1998 avs. 29

¹⁶¹ Fvl. § 6 andre ledd første pkt.

¹⁶² Graver (2005) s. 461

¹⁶³ Dragsten (2020) s. 280

¹⁶⁴ KOFA 2022/913 avs. 69, Thue mfl. (2018) s. 338 og 339

3.5.4 Skjerpede krav til habilitet i anskaffelsessituasjoner

Den skjønnsmessige forvaltningsrettslige habilitetsregelen § 6 andre ledd er en rettslig standard og kan forandre seg i takt med samfunnsutviklingen.¹⁶⁵ Sivilombudsmannen har dessuten uttalt at «synet på de krav som bør stilles til at tjenestemenn skal fratres på grunnlag av ugildhet, utvikler seg også i strengere retning».¹⁶⁶

I anskaffelsessituasjoner må det generelt antas at habilitetsreglene skal praktiseres enda strengere enn i den alminnelige- og spesielle forvaltningsretten. Dette kan for det første begrunnes med at det gjerne er snakk om betydelige felles offentlige midler som står på spill i anskaffelsessituasjonene. Det er derfor viktig at allmennheten har tillit til at oppdragsgivere forvalter de offentlige midlene uten noen særinteresser i tråd med formålene inntatt i anskaffelsesloven § 1. I tillegg er habilitetsproblematikken nært beslektet med straffbare korrupsjonstilfeller, noe som også taler for en streng praktisering av habilitetskravet ved anskaffelser der det ofte er snakk om høye pengebeløp.

For det andre er offentlige anskaffelsessituasjoner konkurransesituasjoner der det ofte er flere som konkurrerer om kontraktene. I tillegg til allmennhetens tillit til at oppdragsgivere ikke favoriserer en av leverandørene i konkurransen, er det i tråd med de anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet at leverandørene får og har like muligheter til å vinne kontrakten. Dersom oppdragsgiver benytter en inhabil rådgiver i anskaffelsesprosessen kan det i realiteten innebære at leverandørene ikke stiller likt i konkurransen.

Om habilitetsterskelen ved offentlige anskaffelser har Høyesterett uttalt at det lettere kan oppstå inhabilitet i slike konkurransesituasjoner «enn hva tilfellet er hvor det ikke er andre parter»¹⁶⁷ og standpunktet er blitt videreført i KOFA sin praksis.¹⁶⁸ Lovavdelingen har dessuten poengtert at «det skal lite til før det oppstår mistanke om at posisjoner i anskaffelsessaker utnyttes til egen fordel»¹⁶⁹.

Det ovennevnte viser at det stilles skjerpede habilitetskrav ved offentlige anskaffelser. Det skal dermed mindre til før et særlig forhold anses for å svekke tilliten til rådgiverens upartiskhet, og dette må man hensyntas i habilitetsvurderingen.

¹⁶⁵ Bragdø-Ellenes og Abusland (2018) s. 130

¹⁶⁶ Bernt og Rasmussen (2010) s. 213 som viser til Sivilombudsmannens uttalelse

¹⁶⁷ Rt. 1998 s. 1398 s. 1410 og Rt. 2007 s. 983 avs. 82

¹⁶⁸ Se blant annet KOFA 2022/913 avs. 69

¹⁶⁹ JDLOV-2008-02965

3.6 Typetilfeller av særegne forhold som kan svekke tilliten til rådgiverens upartiskhet

Det kan foreligge ulike forhold som kan medføre inhabilitet for en ekstern rådgiver som oppdragsgiver benytter. Det er følgelig ikke mulig å ramse opp alle de ulike tilknytningsforholdene som kan oppstå. I praksis har det likevel vist seg å være visse forhold som ofte har gått igjen når det har vært spørsmål om inhabilitet i anskaffelsessituasjoner. I det følgende vil noen av disse forholdene kort oppsummeres i lys av KOFA sin praksis og Lovavdelingens uttalelser.

3.6.1 Eierinteresser

Et praktisk eksempel på forhold som kan anses som særegne er som allerede nevnt der rådgiveren direkte eller indirekte har eierinteresser eller aksjer i en leverandør som er med i konkurransen. I slike situasjoner vil rådgiveren ofte ha en økonomisk interesse i anskaffelsen ved at vedkommende får en fordel dersom leverandøren som rådgiveren har eierinteresser i, vinner kontrakten. Ifølge Justisdepartementets lovavdeling vil inhabilitet som hovedregel forekomme i slike tilfeller.¹⁷⁰ Ved helt ubetydelige aksjeandeler kan rådgiveren som oftest anses å være habil. Til illustrasjon kan det vises til en uttalelse fra Lovavdelingen fra 2020 der det var spørsmål om hvorvidt daværende samferdselsminister var inhabil til å behandle en klage om kontraktstildeling om en avisdistribusjon. Lovavdelingen kom etter en konkret helhetsvurdering til at ministerens aksjepost med verdi mellom 3000- og 6000 kr var for beskjeden til at vedkommende skulle anses inhabil. Det ble også poengtert at selskapet som samferdsministeren hadde aksjepost i hadde en «begrenset økonomisk interesse» i avgjørelsen.¹⁷¹

På den annen side kan selv beskjedne og indirekte eierandeler i noen tilfeller føre til inhabilitet. I en sak for Lagmannsretten var det ene spørsmålet om en person som var daglig leder i og eide 5 % av aksjene i et selskap som igjen eide 100 % av aksjene i virksomheten som ble tildelt kontrakten, var inhabil. Vedkommende hadde vært med i styret som tok stilling til hvilken leverandør som innga det beste tilbudet og som dermed skulle vinne konkurransen. Lagmannsretten kom til at det i den konkrete saken forelå særlige omstendigheter som tilsa at

¹⁷⁰ JDLOV-2009-7092

¹⁷¹ JDLOV-2020-730

personen hadde en økonomisk interesse i at nettopp vinneren av konkurransen ble tildelt kontrakten, og personen måtte dermed anses inhabil.¹⁷²

Et tilfelle der rådgiveren ikke selv eide aksjene i leverandøren, men var daglig leder i selskapet som hadde eierinteresser i leverandøren, er KOFA 2010/54. Selskapet som rådgiveren var daglig leder i hadde eierandeler på 34 % av den valgte leverandøren. I tillegg var rådgiveren som ble brukt engasjert i et konsulentfirma som var 100 % eid av et morselskap, der morselskapet eide 40 % av den valgte leverandøren. Klagenemnda slo fast at den ansatte rådgiveren måtte identifiseres med konsultentselskapet som klart hadde en økonomisk interesse i anskaffelsen. Konklusjonen ble dermed at det forelå et særegent forhold som tilsa inhabilitet. Det forelå derfor brudd på daværende habilitetsbestemmelse i forskriften 2006 § 3-7 da rådgiveren ble benyttet i anskaffelsesprosessen.

Det kan etter dette konkluderes med at aksjeposten ikke må være for ubetydelig for at rådgiveren skal anses inhabil. På den annen må det likevel foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle, der momentene kan være verdien og størrelsen på aksjeandelen samt om eierandelen er betydelig eller ikke.¹⁷³ Selv der det foreligger ubetydelige aksjeposter eller indirekte eierandeler, men der rådgiveren har en stor økonomisk interesse i anskaffelsen, kan det også i slike tilfeller foreligge inhabilitet.

3.6.2 Ansettelsesforhold

Videre har det i flere tilfeller oppstått spørsmål om en rådgiver som har eller har hatt et ansettelsesforhold hos en av leverandørene, er inhabil. Ansettelsesforhold er i utgangspunktet ikke omfattet av den absolutte habilitetsregelen i fvl. § 6 (1) bokstav e da denne etter sin ordlyd kun gjelder ledere eller noen med ledende stilling. Det må derfor antas at det ikke har vært lovgivers mening at ansettelsesforhold skal ses på samme måte som de tilknytningsforholdene som § 6 (1) bokstav e regulerer. Et ansettelsesforhold kan likevel føre til inhabilitet etter den skjønnsmessige regelen i fvl. § 6 andre ledd.¹⁷⁴

I utgangspunktet er *tidligere* ansettelsesforhold hos en leverandør ikke i seg selv et særegent forhold.¹⁷⁵ Til illustrasjon kan det vises til at et ansettelsesforhold 8 år tilbake i tid ble ansett for fjernt til at det ble ansett som et særegent forhold i KOFA sak 2008/172.¹⁷⁶ Det samme var tilfelle i KOFA 2021/1998 der ansettelsesforhold hos leverandøren som var ferskere, nemlig 3

¹⁷² LH-2014-189202

¹⁷³ Thue mfl. (2018) s. 343

¹⁷⁴ Rt. 1998 s. 1398 s. 1410

¹⁷⁵ KOFA 2021/1998 avs. 31

¹⁷⁶ KOFA 2008/172 avs. 41

år tilbake i tid, heller ikke ble ansett for å være særegent og som dermed ikke førte til inhabilitet. Det ble i saken også presisert at det ikke forelå noen andre tilknytningsforhold, slik at forholdet ble ansett for å være rent profesjonelt. Uttalelsen peker i retning av at dersom tidligere ansettelsesforhold skal føre til inhabilitet må det i så fall noe mer til, eksempelvis at det er pågående vennskapelig tilknytningsforhold i bildet.

Som vi har sett under punkt 2.3.2 i avhandlingen vil en rådgiver som er ansatt hos en leverandør måtte identifiseres med leverandøren. Der rådgiveren er nåværende ansatt hos en leverandør som er inngir tilbud i anskaffelsen er det antatt at rådgiveren ikke kan bistå oppdragsgiver med å evaluere de inngitte tilbudene.¹⁷⁷ Underretten har omtalet situasjoner der noen som deltar i vurderingen og utvelgelsen av leverandører og som selv får tildelt kontrakten som «høyst kritisabelt» og i strid med både prinsippet om likebehandling, hensynet til en forsvarlig økonomisk forvaltning av offentlige midler samt forebyggingen av korruperte handlinger.¹⁷⁸

I en av Lovavdelingens uttalelser om slike situasjoner vises det til at det må «anses utelukket å bruke ansatte i et selskap som rådgivere i en anskaffelsesprosess der selskapet har en partsinteresse»¹⁷⁹. I en eldre KOFA sak var spørsmålet om en ekstern konsulent som deltok i evalueringen av tilbudene var inhabil. Konsulenten var ansatt hos den valgte leverandøren, og klagenemnda anså tilknytningsforholdet som særegent og som følgelig førte til inhabilitet.

Rådgiveren som er nåværende ansatt hos en leverandør kan likevel bistå oppdragsgiver i planleggingsfasen. I et slikt tilfelle vil problematikken fanges opp av rådgiverbestemmelsen i § 12-2. Det blir da viktig å påse at rådgiveren ikke får en urimelig konkurransefordel som fører til konkurransevridning når leverandøren som rådgiveren er ansatt hos er med i den etterfølgende konkurransen.

3.6.3 Profesjonelle relasjoner

Der det foreligger profesjonelle relasjoner mellom rådgiveren og en leverandør, skal det nok så mye til før inhabilitet foreligger. Det generelle utgangspunktet er at rene profesjonelle tilknytningsforhold ikke fører til inhabilitet.¹⁸⁰ Krüger uttaler at innleide konsulenter ikke nødvendigvis skal anses inhabile der de har kjennskap til lokale leverandører eller vært i kontakt med disse tidligere.¹⁸¹ En for streng praktisering av habilitetsregelen der partene har

¹⁷⁷ Graver (2005) s. 468

¹⁷⁸ T-277/97 Ismeri premiss 112 og T-160/03 AFCon premiss 74

¹⁷⁹ JDLOV-2008-02965

¹⁸⁰ KOFA 2021/2060 avs. 32, 2017/189 avs. 29, 2013/26 avs. 69 med videre henvisninger

¹⁸¹ Krüger (2010) s. 142

profesjonell tilknytning ville begrenset oppdragsgivers tilgang på kompetanse og erfaring. I KOFA sak 2013/26 anførte innklagde oppdragsgiver at bransjen som rådgiveren var hentet fra var spesialisert og nokså liten, og det var følgelig vanskelig å finne uavhengige rådgivere. Klagenemnda trakk denne anførselen frem som et poeng i sin helhetlige vurdering og kom under tvil til at det ikke forelå inhabilitet i saken.¹⁸²

Et særlig spørsmål som oppstår i forbindelse med profesjonelle tilknytningsforhold er der en rådgiver også potensielt skal eller kan være rådgiver for den valgte leverandøren. Der det foreligger en uttrykkelig avtale om at en rådgiver skal være rådgiver hos valgte leverandør dersom vedkommende vinner oppdraget, vil det gjerne anses som at rådgiveren har en økonomisk interesse i at nettopp denne leverandøren vinner kontrakten. I slike tilfeller vil det da fort bedømmes å foreligge inhabilitet ettersom en slik avtale er egnet til å svekke tilliten til at rådgiveren opptrer upartisk og ikke tenker på eventuelle fordeler for seg selv.

Der det ikke foreligger en avtale er spørsmålet om *muligheten* for at konsulenten for oppdragsgiver også vil være rådgiver for leverandøren er et forhold som tilsier inhabilitet. En slik mulighet tilsier i utgangspunktet at rådgiveren kan ha hatt en økonomisk interesse ettersom det vil være til fordel for han om nettopp denne leverandøren vinner kontrakten, slik at rådgiveren også kan bistå vedkommende. I en eldre KOFA-sak ble det uttalt at en slik mulighet gjerne er for hypotetisk og indirekte til å føre til inhabilitet.¹⁸³ Det må likevel foretas en konkret helhetsvurdering også ved slike tilfeller. I sak 2013/26 forelå det heller ikke en uttrykkelig avtale, men en betydelig kunderelasjon mellom rådgiveren som oppdragsgiver hadde brukt og den valgte leverandøren. Den betydelige kunderelasjonen tilsa at det forelå en slik mulighet for at rådgiveren ville få oppdrag for den valgte leverandøren dersom denne vant kontrakten. Klagenemnda kom likevel til at det heller ikke her forelå inhabilitet, blant annet fordi det ikke forelå andre holdepunkter i saken enn at dette kun var snakk om en profesjonell relasjon. I tillegg ble det poengtert at rådgiveren hadde profesjonell kjennskap til nesten alle leverandørene i konkurransen, som tilsa at det var snakk om en spesialisert eller liten bransje.

Når det gjelder profesjonelle relasjoner stiller det seg annerledes der det ikke foreligger rent profesjonelle tilknytningsforhold, men også annet forhold i bildet. I KOFA 2018/76 forelå det et tidligere vennskapsforhold mellom den eksterne konsulenten og daglig leder hos den valgte leverandøren, mens det i nyere tid var rent profesjonell kontakt mellom partene. Klagenemnda viste til at den personlige forhistorien mellom personene førte til at det senere profesjonelle tilknytningsforholdet måtte «underkastes en langt strengere vurdering». Ettersom det forelå

¹⁸² Premiss 72

¹⁸³ KOFA 2003/272 premiss

flere forhold, både personlige og profesjonelle, ble konklusjonen at prosjektlederen som var brukt i anskaffelsesprosessen var inhabil.

3.6.4 Personlige relasjoner

En rådgiver kan ha ulike personlige relasjoner med en av leverandørene som tilsier inhabilitet. Med personlige forhold menes det her blant annet familiære forhold som ikke faller inn under fvl. § 6 (1) b eller c, men som likevel er så spesielle at tilfellet kan omfattes av den relative habilitetsbestemmelsen. I tillegg kan personlige forhold være eventuelle vennskap-, uvennskap- eller særlige bekjentskap mellom rådgivere på den ene siden og leverandører på den andre.

Familiære forhold som ligner på de uttrykkelige relasjonene som er nevnt i § 6 (1) b og c kan ofte anses som «særegne». Graver viser til at den relative habilitetsbestemmelsen må tolkes analogisk slik at tilfeller som samboerskap, som ikke uttrykkelig følger av ordlyden, likevel må omfattes.¹⁸⁴ En slik tolkning vil også være i tråd med samfunnsutviklingen der samboerskap er blitt like vanlig som ekteskap, og mange velger å være samboere fremfor å gifte seg.

Virkingen av en slik tolkning er at forhold som samboerskap nærmest vil føre til automatisk inhabilitet.¹⁸⁵ For øvrige familiære tilknytningsforhold må det vurderes konkret om forholdet er så spesielt og om det er egnet til å svekke tilliten til rådgiveren upartiskhet. Dette begrunnes med at lovgiveren klart har satt grense for hva slags familieforhold som omfattes av den absolutte habilitetsregelen i fvl. § 6 første ledd.¹⁸⁶

Når det gjelder andre personlige relasjoner enn familiære, har det gjennomgående fulgt av praksis at ikke ethvert vennskapelig eller uvennskapelig forhold er nok til at det foreligger inhabilitet.¹⁸⁷

Der spørsmålet er om et *vennskapsforhold* følger til inhabilitet er det blitt vist til at forholdet må være mer kvalifisert for at det skal anses særegent.¹⁸⁸ I KOFA sak 2019/713 ble det faktum at avdelingslederen hos oppdragsgiver og en konsulent hos den valgte leverandøren var venner på Facebook ikke ansett som tilstrekkelig til at det forelå inhabilitet. Klagenemnda uttalte at slik kontakt på sosiale medier i seg selv ikke er et særegent forhold.

¹⁸⁴ Graver (2019) s. 322

¹⁸⁵ Dette synspunktet støttes dessuten av Bernt og Rasmussen (2010) s. 216

¹⁸⁶ Dragsten (2020) s. 275 og 276

¹⁸⁷ Se eksempelvis KOFA sak 2010/101 avs. 46, 2009/85 avs. 43, 2007/115 avs. 49 som uttaler dette

¹⁸⁸ Se eksempelvis KOFA 2010/101 avs. 46

Vennskap som har vart over lengre tid vil på den annen side fort være et særegent forhold som tilsier inhabilitet. Dette var tilfelle i KOFA sak 2010/101 der Klagenemnda kom til at prosjektlederen som gjennomførte anskaffelsen var inhabil som følge av et nært vennskap med en av eierne hos den valgte leverandøren. Vennskapet i saken hadde vart siden barneskolen og personene hadde dessuten opprettholdt vennskapet i nyere tid. Dette var etter klagenemndas syn et særegent forhold som svekket tilliten til prosjektlederens upartiskhet og prosjektlederen ble dermed ansett inhabil.

Et lignende tilfelle forelå i den nevnte KOFA-saken 2018/76 der oppdragsgiver leide inn en ekstern prosjektleder til å lede bedømmelseskomiteen av de innkomne tilbudene. Det viste seg senere at prosjektlederen hadde hatt personlige relasjoner med daværende daglige leder hos leverandøren som ble tildelt kontrakten. Det ble imidlertid vist til at det var lenge siden den personlige relasjonen fant sted, og at relasjonen i nyere tid var ren profesjonell. Den *tidligere* personlige relasjonen bestod derimot blant annet av at den daglige lederen hos leverandøren hadde vært forlover for prosjektlederen for oppdragsgiver. Klagenemnda uttalte at et slikt forhold lett kan anses som «en helt særlig nær tilknytning» mellom personene. Den profesjonelle relasjonen i ettertid ble dermed vurdert strengere enn ellers, og prosjektlederen ble ansett inhabil.

Når det gjelder *uvennskap* eller *motsetningsforhold*, kan et slikt føre til en «ulempe eller tap»¹⁸⁹ for leverandøren. Rådgiveren kan ha et ønske om å påvirke anskaffelsen slik at leverandøren ikke får tildelt kontrakten. Det er likevel antatt at det på samme måte som ved vennskap, skal en del til før det foreligger inhabilitet ved motsetningsforhold eller konflikter mellom rådgiveren og en leverandør. Motsetningsforholdet eller uvennskapet må være «klart».¹⁹⁰ I sak 2018/110 ble det anført at den innleide konsulent som bistod oppdragsgiver var inhabil som følge av en tidligere konflikt og motvilje mot klager. Klagenemnda viste først til at et motsetningsforhold *kan* være et forhold som tilsier inhabilitet, men at det i så fall må mer konkrete holdepunkter til for at dette skal være tilfelle enn det som forelå i saken. Det var ikke fremlagt opplysninger som tilsa at det var et «klart» motsetningsforhold i saken, og det ble antatt at faglig uenighet som det forelå i saken, ikke i seg selv kunne føre til inhabilitet.

3.7 Oppdragsgivers plikt til å forebygge, identifisere og avhjelpe inhabilitet

3.7.1 Allment om plikten

¹⁸⁹ Fvl. § 6 (2)

¹⁹⁰ KOFA 2007/115 og 2009/50

Selv om habilitetsbestemmelsen § 7-5 henviser til de forvaltningsrettslige reglene, følger det av bestemmelsens andre ledd at oppdragsgiver har en plikt jf. ordlyden «skal» til å treffe «egne tiltak» som kan «forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet»¹⁹¹. Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 24 (1) som er en kodifisering av blant annet EU-domstolens sak eVigilo som tidligere forankret denneplikten i likebehandlingsprinsippet.¹⁹² Det er oppdragsgiver som står nærmest til å påse at anskaffelsene skjer i tråd med prinsippene og dermed at det ikke foreligger inhabilitet.

3.7.2 Når inntreffer plikten?

Det kan stilles spørsmål om når plikten til oppdragsgiver inntreffer. Av ordlyden i § 7-5 følger det at plikten er der hele tiden, da oppdragsgiver ikke bare har en plikt til å avhjelpe, men også å forebygge og identifisere inhabilitet. De to sistnevnte tilfellene vil som oftest være avvergende, det vil si at oppdragsgiver i utgangspunktet etter § 7-5 (2) har en plikt til å foreta slike tiltak at det ikke oppstår inhabilitet i fremtiden.

De anskaffelsesrettslige prinsippene som skal sikre formålet om oppdragsgiveres integritet taler i samme retning. I sak T-160/03 AFCon ble det slått fast at likebehandling av tilbyderne må sikres i alle fasene av en anskaffelse.¹⁹³ Der oppdragsgiver benytter en rådgiver som beslutningstaker i anskaffelsesprosessen er det derfor særlig viktig at oppdragsgiver prøver å identifisere eller forebygge eventuell inhabilitet tidlig. At oppdragsgiver på forhånd har en aktiv plikt til å forebygge inhabilitet forutsettes også i veilederen for offentlige anskaffelser.¹⁹⁴

Dersom oppdragsgiver selv ikke har oppdaget inhabilitet, er det klart at plikten særlig inntreffer der eksempelvis en tilbyder, en forbigått leverandør eller en utenforstående fremlegger objektive opplysninger som reiser tvil om partiskheten til en rådgiver, slik det er slått fast i eVigilo.¹⁹⁵ I saken ble det vist til at det hadde innkommet opplysninger om at de sakkyndige som oppdragsgiver brukte til å tildele kontrakt og ansatte hos leverandøren tilhørte samme forskergruppe og var ansatte ved samme universitet. Dette utløste klart en undersøkelsesplikt for oppdragsgiver i saken.

3.7.3 Pliktens rekkevidde

¹⁹¹ Forskriften § 7-5 (2)

¹⁹² C-538/13 eVigilo premiss 43 og 47

¹⁹³ T-160/03 AFCon premiss 75

¹⁹⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) pkt. 36.3.5.1

¹⁹⁵ C-538/13 premiss 44

Utjevningspliktenes rekkevidde reiser to spørsmål. Det første spørsmålet er hvor aktiv oppdragsgiver må være – må oppdragsgiver gjøre alt i sin makt for å utjevne de oppståtte konkurransefordelene? Det andre spørsmålet som oppstår er *hvilke* tiltak oppdragsgiver må foreta i henhold til plikten.

Ordlyden i § 7-5 (2) i seg selv kan tale for at oppdragsgiver pålegges en nokså aktiv rolle i å motvirke inhabilitetssituasjoner. Etter bestemmelsen må oppdragsgiver ikke bare foreta tiltak når det først foreligger inhabilitet, men også være oppmerksom på dette før eventuell inhabilitet er identifisert. En slik forståelse er i tråd med EU-domstolen som i sak C-538/13 viser til at oppdragsgivere har en aktiv rolle i å overholde de grunnleggende prinsippene om likebehandling av økonomiske aktører og gjennomsiktighet. Den aktive rollen består av å motvirke at eventuelle interessekonflikter oppstår og foreta nødvendige skritt for å avhjelpe interessekonflikter dersom de skulle oppstå.¹⁹⁶

I eVigilo uttaler EU-domstolen videre at oppdragsgiver «under alle omstendigheter» har plikt til å forebygge, identifisere eller avhjelpe inhabilitet. I fortalen til anskaffelsesdirektivet vises det til at oppdragsgiver må ved «ethvert middel» som «står til deres rådighet» hindre inhabilitet, herunder forebygge og identifisere inhabilitetssituasjoner.¹⁹⁷ At oppdragsgiver under enhver omstendighet og ved ethvert middel må motvirke inhabilitet kan peke i retning av at det kreves nokså mye av oppdragsgiveren. Prinsippet om likebehandling, gjennomsiktighet samt formålet om at oppdragsgivere skal opptre med integritet, støtter en slik forståelse. Habilitetsproblematikken er også beslektet med korrupsjonstilfeller, noe som taler for at det må stilles særlig strenge krav til oppdragsgivere for å unngå inhabilitet. I tillegg er avvisning av leverandører som følge av inhabilitet «en siste utvei» slik som ved avvisning der det foreligger urimelige konkurransefordeler. Dette taler også for at oppdragsgiver har en nokså aktiv utjevningsplikt til å vurdere om en rådgiver eventuelt er inhabil.

Det er på den annen side både i fortalen og i artikkel 24 vist til at det ikke stilles mer enn at oppdragsgiver foretar «hensiktsmessige tiltak» for å motvirke inhabilitet. Dette tilsvarer ordlyden «egnete tiltak» som følger av forskriften § 7-5 (2). Plikten vil som ved utjevningsplikten av urimelige konkurransefordeler måtte ses i sammenheng med forholdsmessighetsprinsippet. I tillegg innebærer ikke likebehandlingsprinsippet at all form for forskjellsbehandling ikke er tiltatt, som nevnt under pkt. 2.5.3. Det kan være særlig tungtveidene grunner som tilsier at oppdragsgiveres plikt til å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet ikke er absolutt. Det kan dermed også her foreligge tekniske, økonomiske eller andre forhold som gjør det praktisk vanskelig å motvirke eller utjevne

¹⁹⁶ C-538/13 eVigilo avs. 42 og 43

¹⁹⁷ Fortalen til EU/2014/24 pkt. 16

inhabilitet. Oppdragsgiver har dermed ikke nødvendigvis plikt til å forebygge, identifisere eller avhjelpe inhabilitet i alle tilfeller.

Det må også bemerkes at det ofte kan være vanskeligere for oppdragsgiver å oppdage inhabilitet enn det er å vurdere om rådgivningen kan føre til en urimelig konkurransefordel i den etterfølgende konkurransen. Urimelelige konkurransefordeler henger gjerne sammen med visse konkrete oppgaver som rådgiveren bistår med. Oppdragsgiver kan da få et visst bilde av om det eventuelt kan foreligge urimelig konkurransefordel basert på omfanget og karakteren av rådgivningen. Inhabilitet vil derimot ofte ikke kunne oppdages like enkelt, med mindre man foretar aktive undersøkelser av alle potensielle tilknytningsforhold mellom rådgiveren og de ulike leverandørene. Som regel blir inhabilitet først avdekket når det fremkommer opplysninger eller holdepunkter fra en av partene i konkurransen eller noen utenforstående om at det foreligger et tilknytningsforhold som kan være egnet til å svekke tilliten til rådgiverens upartiskhet.

Hvor aktiv plikten for oppdragsgiver er avhenger videre av hvilke tiltak det kreves at oppdragsgiver må foreta i tråd med forskriften § 7-5.

Hva som er «egne tiltak» er i utgangspunktet opp til oppdragsgiver selv å bestemme. Dette følger både av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, men er også slått fast av Underretten i blant annet sak T-160/03 AFCon¹⁹⁸ og i forutsatt i litteraturen.¹⁹⁹

For eksempel kan oppdragsgiver for å forebygge og identifisere inhabilitet ha inhabilitetsproblematikk som en del av sin innkjøpspolitikk, det vil si ta det inn i innkjøpsreglementet.²⁰⁰ Flere norske innkjøpere har gjort dette ved å innta et eget punkt i sine innkjøpsreglement eller sine etiske retningslinjer som må følges i anskaffelsesprosessen.²⁰¹ Et slikt tiltak i tråd med plikten om å i størst mulig grad forebygge og identifisere inhabilitetssituasjoner.

Dersom oppdragsgiver benytter en rådgiver, kan det være hensiktsmessig å informere rådgiveren om at vedkommende må varsle oppdragsgiver hvis det oppstår en potensiell interessekonflikt eller hvis rådgiveren har tilknytning til en av leverandørene. Oppdragsgiver bør også gjøre rådgiveren oppmerksom på at en leverandør med tilknytning til en inhabil rådgiver kan bli avvist.

¹⁹⁸ T-160/03 AFCon premiss 77

¹⁹⁹ Fabricius (2017) s. 460

²⁰⁰ Fabricius s. 460, Hamer (2016) s. 373

²⁰¹ Se innkjøpsreglement for Grimstad kommune (2022), innkjøpsstrategi for Vestnes kommune (2022)

Der tilbudene er kommet inn kan eller oppdragsgiver har valgt leverandør, kan oppdragsgiver be partene levere visse opplysninger, bevis eller bekrefte at det ikke har foreligget inhabilitet.²⁰² Videre får oppdragsgiver en særlig undersøkelsesplikten der det har kommet objektive opplysninger på at inhabilitet potensielt foreligger.²⁰³ I de situasjonene der oppdragsgiver identifiserer inhabilitet, er det videre klart at oppdragsgiver må prøve å avhjelpe inhabiliteten.²⁰⁴ Det kan for eksempel skje ved å erstatte den inhabile rådgiveren med noen andre.

²⁰² C-538/13 eVigilo premiss 44

²⁰³ T-160/03 AFCon premiss 91

²⁰⁴ NOU 2014:4 s. 220, P-2017-933 punkt 8.5

Kildeliste

Litteratur

- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue. The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK : Vol. 1. 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Bernt og Rasmussen (2010) Bernt, J., & Rasmussen, Ø. (2010). Frihagens forvaltningsrett. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS
- Bragdø-Ellenes og Abusland (2018) Bragdø-Ellenes, Sunniva C. Og Abusland, Terje: Forvaltningsrett i et nøtteskall, 1. utg. 3 opplag, Gyldendal, Oslo, 2018.
- Dragsten (2010) Offentlige oppdragsgiveres bruk av eksterne rådgivere i anskaffelsesprosessen. I På rett grunn (ss. 44-63). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H. Offentlige anskaffelser : regelverk, praksis og løsninger. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne. Anskaffelsesloven. Med forskrift. Kommentartutgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Eckhoff og Smith (2018) Forvaltningsrett. (11. utg) Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Fabricius (2017) Fabricius, Jesper. Offentlige indkøb i praksis. 4. utg, København: Karnov Group Denmark, 2017.
- Goller (2017) Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. 2. utg, Oslo: Gyldendal juridisk, 2017.
- Graver (2005) Graver, Hans Petter. «Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser.» Tidsskrift for forretningsjus Årg. 11, nr. 4 (2005) s. 461-476.
- Graver (2019) Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett 5. utg, Oslo: Universitetsforlaget (2019).
- Hamer (2016) Hamer, Carina Risvig, Grundlæggendeudbudsret, København 2016

- Jakobsen/Poulsen/Kalsmose-Hjelmborg (2016) (2016) EU Udbudsretten 3. udg.
- Steinicke og Groesmeyer (2008) Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer. EU's udbudsdirektiver : med kommentarer. 2. udg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Steinicke og Vesterdorf (2018) Steinicke, Michael. "Chapter III Conduct of the procedure." I *EU public procurement law : Brussels commentary*. Michael Steinicke, Peter L. Vesterdorf red., München: Beck, 2018, s. 515-532.
- Thue mfl. (2018) Thue, Anders mfl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser : med kommentarer*. 2. utg., Oslo: Gyldendal, 2018.
- Treumer (2000) Treumer, Steen. *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.
- Fabricius og Offersen (2006) Fabricius, J., & Offersen, R. (2006). EU's udbudsregler i praksis. København: Forlaget Thomson A/S.
- Ølykke og Nielsen (2017) EU's udbudsregler- i dansk kontekst, 2. udgave (København 2017).
- Nærings- og fiskeridepartementet (2017) Veileder til reglene om offentlige anskaffelser
- Forsynings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013)
- Norske rettskilder**
- Lover og forskrifter
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).
- 2006 Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

2002

Forskrift 15. november 2022 nr. 1288 om
klagenemd for offentlige anskaffelser

Forarbeider

NOU 2014:4

Enklere regler – bedre anskaffelser.

Ot.prp.nr.38 (1964-1965)

Om lov om behandlingsmåten i
forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Ot.prp.nr.3 (1976-77)

Om lov om endringer i lov 10. februar 1967
om behandlingsmåten i
forvaltningssaker

Prop. 51 L (2015-2016)

*Lov om offentlige anskaffelser
(anskaffelsesloven).*

Rettsavgjørelser

HR-2016-2311-P

Rt. 2007 s. 983

Rt. 2008 s. 1705

Rt. 1998 s. 1398

Rt. 1996 s. 64

LH-2014-189202

LB-2010-201985 Norconsult

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

KOFA 2022/1152

KOFA 2022/924

KOFA 2022/913

KOFA 2021/2060

KOFA 2021/1998

KOFA 2021/815

KOFA 2019/713

KOFA 2019/663

KOFA 2019/531

KOFA 2018/159
KOFA 2018/158
KOFA 2018/76
KOFA 2017/341
KOFA 2016/59
KOFA 2013/26
KOFA 2013/20
KOFA 2010/101
KOFA 2010/54
KOFA 2009/85
KOFA 2009/50
KOFA 2007/115
KOFA 2005/296
KOFA 2004/256
KOFA 2004/46
KOFA 2003/13

Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-2020-730
JDLOV-2008-2965 Helikopterprosjektet
JDLOV-2009-7092

Internasjonale kilder

Konvensjoner

Direktiver

Direktiv 2014/24/EU

Direktiv 2014/24/EU Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af. 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Internasjonale dommer

EU-domstolen

C-538/13 eVigilo Ltd	ECLI:EU:C:2015:166
C-21/03 og 34/03 Fabricom SA mod den belgiske stat	ECLI:EU:C:2005:127
C-513/99 Concordia Bus Finland	ECLI:EU:C:2002:495
C-19/00 SIAC	ECLI:EU:C:2001:553
C-470/99 Universale-Bau	ECLI:EU:C:2002:746
C-336/12	ECLI:EU:C:2013:647
C-16/98	ECLI:EU:C:2000:541
T-277/97 Ismeri	ECLI:EU:T:1999:124
T-195/05 Deloitte	ECLI:EU:T:2007:107
T-345/03 Evropaiki Dynamiki	ECLI:EU:T:2008:67
T-403/12 Intrasoft	ECLI:EU:T:2015:774
T-165/12	ECLI:EU:T:2013:646
T-415/10	ECLI:EU:T:2013:141
T-160/03 AFCon	ECLI:EU:T:2005:107

Andre kilder

Anskaffelser.no. (2022, Desember 12)	Byggeprosessen. 31.03.2023 fra Anskaffelser.no: https://anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/byggeprosessen/konseptutvikling-og-bearbeiding-i-bygg-og-anlegg/konseptutvikling-i-bae-anskaffelser/konkurranse-ekstern-byggherreradgjevarprosjektlear
Anskaffelser.no. (u.d.)	Anskaffelsesprosessen steg for steg. 13.04.2023 fra Anskaffelser.no: https://anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg
Byggeindustrien. (2019, Juni 13)	Kofa mener byggkonsulent var inhabil - entreprenør vurderer søksmål. Hentet 20.04.2023 fra Byggeindustrien: https://www.bygg.no/kofa-mener-byggkonsulent-var-inhabil-entreprenor-vurderer-soksmal/1397559/!
Grimstad kommune. (2022, Oktober 19)	Innkjøpsreglement. Hentet 18.04.2023 fra Grimstad kommune: https://www.grimstad.kommune.no/_f/p1/i7b1d52fa-ae65-4e50-beef-ab25dab54da1/v31-innkjopsreglement.pdf

- Regjeringen. (2008, Juli 02) § 6 - Habilitet for enkelte medarbeidere i redningshelikopterprosjektet. Hentet 20.03.2023 fra Regjeringen:
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-6---habilitet-for-enkelte-medarbeidere-/id521662/>
- Regjeringen. (u.d.) Offentlige anskaffelser. 14.03.2023 fra Regjeringen:
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/>
- Vestnes kommune. (2022, Juni 16) Vestnes Kommune. Hentet 18.04.2023 fra Innkjøpsstrategi og innkjøpsreglement for Vestnes kommune:
<https://www.vestnes.kommune.no/tenester/administrasjon-og-okonomi/planar-og-styringsdokument/innkjopsstrategi-og-innkjopsreglement/>
- DFØ (Oppdatert 20.01.2023) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring. Hentet 22.04.2023 fra «Det offentliges pengebruk»:
<https://dfo.no/nokkeltall-og-statistikk/innkjop-i-offentlig-sektor/utgifter-til-offentlige-innkjop>