

Formål og virkemidler i regulering av offentlige anskaffelser – en rettshistorisk analyse

Av Trygve Harlem Losnedahl, stipendiat ved Senter for europarett, Universitetet i Oslo.

Nøkkelord: offentlige anskaffelser, konkurranse, contest, EØS, økonomisk historie

Sammendrag: Hva er formålene med å regulere offentlige anskaffelser, og hvilke virkemidler benyttes for å nå formålene? Dette er artikkelens to sentrale spørsmål, som søkes besvart ved en rettshistorisk tilnærming. I artikkelen foretas først en næranalyse av den første sentrale norske instruks om offentlige anskaffelser fra 1821/1822, og deretter en videre «sparing» av disse kjennetegnene og formålene i de norske regelverkene frem til i dag. Den historiske analysen kombineres med nyere konkurranseforskning, og viser at det virkemiddelet alle anskaffelsesreguleringer har foreskrevet, er en spesifikk form for arrangert konkurranse, nemlig tevling/contest. Analysen viser at flere nåtidige oppfatninger om at ressurseffektivitet har begrunnet reguleringer av offentlige anskaffelser, er feil. Integritet og næringspolitikk har historisk vært de bærende formålene med reguleringen, og konkurranse forstått som tevling har vært benyttet for å kontrollere innkjøperne, uten å gå nevneverdig på bekostning av ressurseffektivitet. I tillegg presenterer artikkelen at anskaffelsesretten har en lengre rettshistorisk bakgrunn enn hva som til nå har vært lagt til grunn.

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING – TEMA OG TEORI.....	1
1.1	Artikkelens tema	1
1.2	Konkurranse, tevling og statens mange hatter	3
1.3	Typiske formål med anskaffelsesregler	4
1.4	Kort historisk oversikt over statlige anskaffelsesreguleringer	6
	DEL I – LISITASJONSVEDTAKET AV 1821/1822.....	7
2	DE FØRSTE SENTRALE VEDTAKENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	7
2.1	Utgangspunktet i Grunnloven	7
2.2	Kort om auksjons- og lisitasjonsvesenet	7
2.3	Lisitasjonsinstruksens bakgrunn – riksrettssaken mot Wedel-Jarlsberg.....	10
2.4	Instruksens innhold – anskaffelser «ved Licitation her i Landet»	11
2.5	Håndheving – instruks, ikke forskrift	14
3	FORMÅLENE MED LISITASJONSINSTRUKSEN	15

3.1	Formål: utgangspunkt i «Statens Tarv»	15
3.2	Formål: merkantilisme og valutakontroll.....	15
3.3	Formål: dokumentasjon og overoppsyn med pengebruken	16
3.4	Formål: «Statens Værdighed».....	18
3.5	Formål: begrense risiko for tap og ressurseffektivitet?.....	18
3.6	Formål: begrense egenregi innen handel?.....	19
3.7	Formålene oppsummert.....	20
DEL II – HISTORISK UTVIKLING AV VIRKEMIDLER OG FORMÅL		21
4	REGELVERKETS RETTSLIGE FORM – INSTRUKS ELLER RETTIGHETER FOR LEVERANDØRER	21
4.1	Innledning	21
4.2	Instruks eller lov.....	21
4.3	Håndheving. Rettigheter eller retningslinjer.....	23
5	REGELVERKETS VIRKEMIDLER – KONKURRANSE, TEVLING OG KONTROLL.....	27
5.1	Markedskonkurranse og tevling. Direkte kjøp og anbud.....	27
5.2	Kontroll ved åpne og regelstyrte tevlinger.....	29
6	FORMÅL I HISTORISK UTVIKLING.....	30
6.1	Integritet.....	30
6.2	Andre politiske formål. Næringspolitikk. Frihandel vs. proteksjonisme.....	32
6.3	Ressurseffektivitet.....	36
6.3.1	1814–1970-tallet	36
6.3.2	1970-tallet – stat og privat	37
6.3.3	1992 – EØS	38
6.3.4	1999 – konkurranse og kompetanse	40
6.3.5	2016 – dagens lov	43
6.4	Oppsummert om formål.....	44
6.4.1	Markedsadferd uten særregulering	44
6.4.2	Tevling, konkurranse og ressurseffektivitet	45
7	NOEN KONSEKVENSER FOR RETTSANVENDELSE I DAG	46

1 Innledning – tema og teori

1.1 Artikkelens tema¹

Anskaffelsesrettens formål og virkemidler har i liten grad blitt undersøkt rettshistorisk.² Denne artikkelen tar en rettshistorisk tilnærming for å belyse de to overordnede spørsmålene: Hva er de sentrale virkemidlene i regulering av offentlige anskaffelser, og hva er formålene med å regulere offentlige anskaffelser? I tillegg til den selvstendige interessen historien kan ha, kan det å studere hvordan et livsområde er blitt regulert over tid – her offentlige innkjøp – gi nye innsikter og perspektiver.

Flere offentlige utredninger har lagt til grunn at 1899 var året da Norge fikk sine første sentrale regler om offentlige anskaffelser. Det har hett at «[f]ormelle forskrifter for kjøp av varer og tjenester for statens regning ble første gang gitt ved kongelig resolusjon av 16. desember 1899».³ Det lille som har vært skrevet i norsk faglitteratur om offentlige anskaffelser, forholder seg også til 1899 som det eldste norske regelverket,⁴ og det synes også å være oppfatningen i innkjøps- og logistikkbransjen.⁵ Allerede i 1822 vedtok imidlertid Kongen en resolusjon som ga bestemmelser om offentlige anskaffelser i Norge.⁶ Det var en kort instruks vedtatt av Kongen i statsråd, basert på et anmodningsvedtak fra Stortinget året før. Instruksen gikk ut på at staten som utgangspunkt skulle anskaffe «Statsfornødenheder» gjennom bruk av «Licitation her i landet». Lisitasjon var en form for muntlig og umiddelbar anbudskonkurranse.⁷ Antakelsen om at 1899 var da anskaffelsesretten begynte, overser også Grunnlovens regulering, og at anbudskonkurranser på 1800-tallet – både i privat og offentlig regi – var regulert av sedvaneregler og en Dansk-Norsk Forordning av 1693, som forble bindende i Norge også etter 1814. I både 1880 og 1894 ble det også gitt sentrale instruksjoner om offentlige anskaffelser.

Offentlige anskaffelser gjennomgikk i løpet av 1990-tallet et paradigmeskifte i Skandinavia og store deler av verden.⁸ Offentlige innkjøp gikk i mange land fra å være regulert av interne reglementer eller lover og direktiver med svak håndheving, til å gi lovfestede rettigheter for leverandørene med skjerpede håndhevingsmekanismer. Med ett var offentlige anskaffelser blitt en rettsdisiplin som sysselsetter mange

¹ Takk til Finn Arnesen, Erling Hjelmeng og anonym fagfelle for kommentarer. Takk også til Jørn Øyrehagen Sunde, Harald Espeli, og Annichen Kongsvik Sæteren, som alle har gitt innspill til tidligere utkast til del 1.

² A.H. Pedersen, *Licitation*, København 1955, er et etter hvert eldre unntak på dansk. J. Nulleman, *Læren om Execution og Auction*, Kjøbenhavn 1884, gir en fyldig fremstilling, men er vanskelig å bruke da han gjennomgående skriver om auksjon, uten at det klargjøres om tilsvarende gjaldt for lisitasjon, side 311 flg. Offentlige utredninger har gjerne også inkludert en kort historisk oversikt. Ellers er et godt historisk arbeid Niels Åkerstrøm Andersen, *Udlisitering – Strategi og historie*, København 1997. Denne tar genelaogisk tilnærming til udlisitering som begrep og fenomen, ikke licitering. Altså er bokens fokus snarere på spørsmålet om anbudsutsetting eller egenregi enn på regulering av anbudsprosessen som sådan.

³ NOU 1975: 9 Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet m.v., side 16, med omtrent liklydende formuleringer i NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser, side 96, NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, side 29, og NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser, side 39. NOU 1972: 19 Statens innkjøp omtaler heller ikke eldre regler enn 1899, se bl.a. side 18.

⁴ De fremste eksemplene fra litteraturen er Arvid Frihagen, *Offentlige anbudregler – innkjøp*, Oslo 1980, kap. 1(3) om «Regelverkets utvikling – kilder», side 15–18, og Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997. Simonsen omtaler eldre regler i svensk rett, men ikke norske, side 462–463.

⁵ Ole Henrik Fjeld, «Historien om innkjøp – del I», i *Logistikk & Innkjøp*, nr. 2, 2015, hentet fra <https://innkjopskontoret.no/historien-om-innkjop-del-i/> 11. mai 2022. Sidetall er ikke oppgitt i digital kilde.

⁶ Jeg kan ikke utelukke at det ble gitt kongelige resolusjoner om lisitasjon for sektorspesifikke områder mellom 1814 og 1822, men jeg har ikke funnet spor av at det ble gjort.

⁷ Håkon Benneche, *Lensmændene og auktionsvæsenet*, Christiania 1907, side 61: «Paa den bestemte dag afholdes da licitationen ganske paa samme maade som en auktion med protkollation, opraab, afgivelse af bud og tilslag.»

⁸ Sue Arrowsmith, John Linarelli og Don Wallace jr., *Regulating public procurement: national and international perspectives*, Haag 2000 side 15. Sue Arrowsmith og Arwel Davies (red.), *Public procurement: global revolution*, London, UK og Boston, MA, USA 1998, se særlig kapittel 1.

jurister. For EUs vedkommende var den viktigste endringen at Enhetsakten, som trådte i kraft i 1987,⁹ muliggjorde vedtakelsen av flere nye anskaffelsesdirektiver og egne håndhevingsdirektiver.¹⁰ Utenfor EU bygget WTO's Government Procurement Agreement fra 1994 også på rettighetsbaserte regler med mekanismer for håndheving av uavhengige organer,¹¹ og det samme gjaldt FN's UNCITRAL model law on public procurement fra samme år.¹²

Kanskje fordi faget på mange måter er nytt og i hurtig utvikling,¹³ pågår det diskusjoner om flere grunnleggende temaer i anskaffelsesretten, blant annet om hva som er reglens formål og virkemidler.¹⁴ Spørsmålet om hva som er formålene med EUs anskaffelsesregler, har vært sagt å utløse «academic wars» (med humoristisk forbehold).¹⁵ Uenigheten har særlig stått om kostnadseffektivitet for innkjøper («value for money») er et formål ved anskaffelsesregler i frihandelsavtaler, eller bare ved nasjonale anskaffelsesregler.¹⁶ I Norge har uenigheten blant annet vist seg i NOU 2010: 2, som delte seg i et flertall og et mindretall i beskrivelsen av hva som er anskaffelsesrettens formål.¹⁷ Et annet omdiskutert tema er om formålene er hierarkiske, der primære formål er hevet over såkalt sekundære eller horisontale formål. De primære formålene er økonomiske, som kostnadseffektiv behovsdekning for innkjøper eller fri bevegelighet på det indre marked, mens sekundære er distriktspolitikk, miljøvern, arbeidstakervern og lignende.¹⁸ Videre har det vært uenighet om betydningen av konkurranse i anskaffelsesretten, herunder om det gjelder et konkurranseprinsipp i EUs anskaffelsesrett, og i så fall hva det går ut på,¹⁹ og om konkurranse er et formål eller et virkemiddel.²⁰

Opplegget i det følgende blir todelt. Del I – kapitlene 2 og 3 – vil bestå av en næranalyse av virkemidler og formål med den første kongelige resolusjonen om regulering av offentlige anskaffelser fra 1822. Kapittel 1 gjennomgår noen innledende temaer. Del II – kapitlene 4 flg. – vil spore 1822-instruksens virkemidler og formål

⁹ Enhetsakten bestod blant annet i traktatendringer som ga EU kompetanse til å vedta regler om det indre marked med kvalifisert flertall, ikke enstemmighet. Med denne institusjonelle endringen ble det lettere for å EU å videreutvikle det indre marked, blant annet med regler om offentlige anskaffelser. Se Paul Craig og G. de Búrca, *EU law: text, cases, and materials*, 7. utg., New York, NY, USA 2020, side 8 flg.

¹⁰ Se omtale i NOU 1997: 21 side 75. De viktigste er håndhevingsdirektivet (direktiv 89/665), tjenesteinnkjøpsdirektivet (direktiv 92/50), vareinnkjøpsdirektivet (direktiv 93/36), direktiv om innkjøp av bygge- og anleggskontrakter (direktiv 93/37), forsyningsdirektivet (direktiv 93/38) og håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene (direktiv 92/13).

¹¹ World Trade Organization, *Agreement on Government Procurement* (1994) art. XX (heretter GPA).

¹² UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (1994) art. 52 og 57 (heretter UNCITRAL).

¹³ Se tilsvarende NOU 2014: 4 side 40.

¹⁴ Et nytt norsk eksempel er Gro Amdal mfl., «Rapport: Utredning av det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille kvalitetskrav i anskaffelser av fartøy», 25. januar 2023, side 40 note 74.

¹⁵ Marta Andhov i *Bestek Public Procurement Podcast*, «Episode 14: Objectives of Public Procurement Law & Social Media for Academics» [Podcast], omtrent 1:44 minutter uti episoden, Hentet 12. oktober 2022 fra <https://bestek-procurement.com/14-objectives-of-public-procurement-law-social-media-for-academics-2/>

¹⁶ En gjennomgang av diskusjonen finnes på norsk i Kristian Strømsnes, *Anskaffelsesrettslig «uten virkning»*, Oslo 2021, se kapittel 2.3, særlig fotnote 72 og 73. Se også Arrowsmith og Davies (1998), særlig kapittel 1 om GPA og UNCITRAL.

¹⁷ NOU 2010: 2 i pkt. 5.2 og 5.4.

¹⁸ Se for eksempel OECDs MAPS Initiative, *Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS)*, 2018 side 77 og Sue Arrowsmith, «The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies», i *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* Vol. 14, 2011–2012, side 1–48. *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.intyb/camyel0014&i=65>.

¹⁹ Noen sentrale bidrag er Albert Sánchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2. utg., Oxford 2015. Arrowsmith (2012) side 1–48. Hovedpoengene hennes er oppdatert i Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3. utg., vol. 1, England 2014, side 163 flg., Peter Kunzlik, «Neoliberalism and the European Public Procurement Regime», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* Vol 15, 2012–2013 (Oregon: Hart, 2012) side 283–356. En nyere utgivelse fra Sverige, som støtter at det gjelder et generelt konkurranseprinsipp, er R. Moldén, *Competition law or the new competition principle of public procurement law - Which is the more suitable legal instrument for making public procurement more pro-competitive?*, Stockholm School of Economics, 2021, side vii, og kap. 10.1 og 10.2. Undertegnede mener det ikke gjelder et generelt konkurranseprinsipp, se Trygve Gudmund Harlem Losnedahl, «The general principle of competition is dead» *Public Procurement Law Review* (2023, 2), side 85–98.

²⁰ Dette var det uenighet om mellom departementet og utvalget som utredet ny lov om offentlig anskaffelser av 2016, se NOU 2014: 4 side 289 og Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) pkt. 7.1.4.

i senere norske regelverk frem til i dag, inkludert EU/EØS-regelverket. Undersøkelsen konsentrerer seg om statlig regulering av offentlige anskaffelser, ikke kommunal regulering.

Formålsanalysen vil være rettshistorisk, ikke rettsdogmatisk. Det er en nyanseforskjell mellom disse. Rettsdogmatiske analyser av reglers formål og formålenes rettskildemessige vekt kan påvirkes av senere tilkomne kilder som tilstøtende regelverk, rettspraksis, litteratur og samfunnsmessige endringer.²¹ Dette kan lede til at formålene som regelgiverne hadde ved vedtakelsen, ikke nødvendigvis er de formålene som rettsanvendere finner ved sin tolkning. Formål med regler i rettsdogmatisk forstand er altså i prinsippet et øyeblikksbilde – om enn som normalt forandrer seg lite og sakte. Jeg tar ikke sikte på å klargjøre hvilke formål reglene løpende har hatt i rettsdogmatisk forstand, men å se på hva regelgiverne søkte å oppnå med reglene om offentlige anskaffelser, og hvilke hensyn eller formål som holdt dem tilbake. Fokus vil derfor være på regelgiverne når de vedtok nye regler om offentlige anskaffelser. En potensiell feilkilde ved slutninger om formål ut fra forarbeidene er at de ofte vil ha uttalelser om hva loven skal oppnå, men ikke nødvendigvis uttalelser om hvorfor loven er begrenset eller avgrenset som den er.²² I tillegg er det ikke noe skarpt skille mellom hva som skal anses som formål, og hva som anses som hensyn, interesser, prinsipper eller grunner, og jeg har ikke noe konsekvent skille mellom disse. Jeg vil i hovedsak bruke termen formål, også om det som kunne vært kalt hensyn eller begrunnelser.

1.2 Konkurransen, tevling og statens mange hatter

Konkurransen er et vidtfavnende begrep som ofte brukes uten nærmere beskrivelse. Det er også tilfellet i litteratur om offentlige anskaffelser (se nærmere i punkt 5). For vårt tema er det nødvendig med en terminologisk og konseptuell avklaring.

Nyere litteratur om konkurranse, Arora-Jonsson mfl., *Competition: What it is and why it happens*, fra 2021,²³ bidrar med to poenger av stor nytte for analyse av anskaffelsesregler. Det ene er å klargjøre skillet mellom «competition» og «contest». Det andre å introdusere begrepet «fourth party».

«Contest» er en spesifikk form for konkurranse. På svensk kalles det samme for «tävling», men på bokmål bruker vi bare «konkurranse»,²⁴ selv om «tevling» også finnes i vår ordbok.²⁵ Skillet vil likevel ofte komme frem om man sier «en konkurranse» eller «konkurranse» i ubestemt form.²⁶ Svensk Ordbok beskriver «tävling» slik: «särskilt anordnad begivenhet varvid flera personer (eller lag) mäter sin förmåga [norsk: måler sin evne] för att fastställa vem som är bäst och näst bäst etc. i något avseende».²⁷ Arora-Jonsson mfl. beskriver «contest» som en episodisk begivenhet, i motsetning til kontinuerlig konkurranse. Den er tidsmessig avgrenset, med en start og en slutt, med mål om å rangere deltakerne. Rangeringen skjer etter på forhånd gitte kriterier, og tevlingene har kriterier for deltagelse, regler for adferd og et visst oppsyn med at reglene overholdes. Tevlingene søker å ha færre premier enn deltakere, og slik skape en konkurransesituasjon om et knapphetsgode.²⁸ I tillegg, uten at

²¹ Kjetil M. Skjerve, «Lovformåls betydning for den språklige tolkingen av lovtekster», i Karl Harald Søvig mfl. (red.), «Undring og erkjennelse – Festskrift til Jan Fridthjof Bernt», 2013, side 609.

²² Fremholdt i NOU 2010: 2 «Håndhevelse av offentlige anskaffelser», side 47 (av flertallet på syv av åtte medlemmer). Knut Bergo hevder at det generelt er slik, se «Kapittel 6: Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, 2019, side 185 og 193.

²³ Stefan Arora-Jonsson mfl. (red.), *Competition: What It Is and Why It Happens*, Oxford University Press 2021. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192898012.001.0001>.

²⁴ Gerhard Stoltz, «konkurranse» i *Store norske leksikon* på snl.no. Hentet 16. oktober 2022 fra <https://snl.no/konkurranse>

²⁵ «tevling». I: *Bokmålsordboka*. Språkrådet og Universitetet i Bergen. <<https://ordbokene.no/bm/60548/tevling>> (hentet 16.10.2022).

²⁶ For eksempel skriver Simonsen (1997) side 462: «Nær sagt hvilken som helst ytelse kan gjøres til gjenstand for en konkurranse», ved omtale av anbudskonkurranser og auksjoner.

²⁷ «tävling». I: *Svensk ordbok*. Svenska Akademien, Hentet 9. august 2023 på <https://svenska.se/so/?id=188541&pz=7>. Ordet har sitt utspring fra å spille brettspill, se «tävla» samme sted.

²⁸ Turneringer vil normalt være tevlinger, men skiller seg fra turneringer/tournaments slik dette er brukt i litteratur om «Tournament Theory», som blant annet også inkluderer den kontinuerlige konkurransen om forfremmelser og lignende. Se B.L. Connelly, L. Tihanyi, T.R. Crook og K.A. Gangloff, «Tournament Theory: Thirty Years of Contests and Competitions», *Journal of Management*, 2014, 40(1), side 16–47. <https://doi.org/10.1177/0149206313498902>

dette er fremhevet av forfatterne, er tevlinger også gjort kjent på forhånd for mulige deltagere. Du får ingen deltakere dersom ingen vet at tevlingen finner sted. Kjennetegnene ved tevlinger gjelder enten det er tale om stortingsvalg (eks. du får stemme på den annonserte valgdagen, du må være statsborger, ikke beruset, partiene rangeres etter antall stemmer, valgfunksjonærer), tennisturneringer (eks. på angitt dato, kjønnsbestemt deltagelse, rangering etter poeng og seiere, dommere) eller anbudskonkurranse (eks. kunngjøring, tilbudsfrist, kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjon, intern og ekstern kontroll). Der tevlingene er anbudskonkurranser, vil de være initiert av aktøren som etterspør et gode, ikke tilbyderne.

Skillet mellom konkurranse og tevling er analytisk viktig. For det første får skillet frem forskjellen på «dag til dag»-konkurranse i et marked og arrangerte konkurranser (tevlinger). Analysen og svarene kan bli forskjellige om vi spør «Hvorfor benytter dette regelverket konkurranse?» eller «Hvorfor benytter dette regelverket tevlinger?».

Skillet får også klarere frem de forskjellige aktørenes roller i forskjellige typer konkurranser.²⁹ Tradisjonelt har man konseptualisert aktørene i konkurranser som de aktørene som faktisk konkurrerer, samt «third parties», som er den eller de viss gunst konkurrentene søker å vinne – forbrukere, innkjøpere, velgere, osv.³⁰ Arora-Jonsson mfl. introduserer begrepet «fourth parties». «Fourth parties» er de som verken deltar i eller avgjør konkurransen, men hvis beslutninger likevel påvirker konkurransen.³¹ De viktigste «fourth parties» er regulatorne, som for offentlige anskaffelser er EU-lovgiverne, Stortinget og regjeringen. I offentlige anskaffelser har staten både rollen som «fourth party» og «third party» – som regelgiver og innkjøper.

Statens innkjøperrolle hos den enkelte oppdragsgiver («third party») må også skilles fra staten som eier og forvalter av pengene som skal brukes til å betale for anskaffelsene, jf. Grl. § 75 a, b og d, og Grl. § 19 som i dag bestemmer at statens ressurser skal «bestyres på den av Stortinget bestemte og for samfunnet nyttigste måte».³² De personene som faktisk gjennomfører anskaffelsene og plukker vinneren av tevlingen, bruker ikke sine egne penger. Dette fremstilles tidvis som noe særegent for staten, blant annet i NOU 2014: 4 (se nærmere i punkt 6.3), men verken Blackrock, «Oljefondet» eller Elon Musk er særlig involvert i anskaffelsene i selskapene de er aksjonærer i, selv om innkjøperne bruker «deres» penger.

Den følgende analysen vil ta høyde for forskjeller mellom tevling og konkurranse, og statens forskjellige roller, men jeg kommer ikke til å bruke begrepene gjennomgående. For eksempel vil jeg bruke de vanligere begrepene «innkjøper», «oppdragsgiver» og «lovgiver», men understreke rollen der det er relevant. Jeg vil også tidvis bruke «anbudskonkurranser» som en mer generell term som omfatter andre innkjøpsprosedyrer som er tevlinger.

1.3 Typiske formål med anskaffelsesregler

Litteratur om offentlige anskaffelser bruker ofte forskjellige termer og begreper for å sortere formål med anskaffelsesregler.³³ Et av målene for denne artikkelen er å bidra til videre klargjøring. Følgende overordnede tredeling har vært benyttet om formål med nasjonale anskaffelsesregelverk:

²⁹ NOU 2010: 2 gir en oversikt over interesserte aktører i anskaffelser i pkt. 5.3.

³⁰ Stefan Arora-Jonsson, Nils Brunsson og Raimund Hasse, «A new understanding of competition», i Stefan Arora-Jonsson mfl. (red.), *Competition: What It Is and Why It Happens*, Oxford 2021. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192898012.003.0001> side 14. Third parties ble introdusert av Georg Simmel i 1903.

³¹ Arora-Jonsson, Brunsson og Hasse (2021), side 15.

³² Ola Mestad, «§ 19», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven – Historisk kommentarutgave 1812–2020*, 2021, <https://www.idunn.no/doi/10.18261/9788215054179-2021-029> (lest 24. oktober 2022) og Eirik Holmøyvik, *Karnov lovkommentar: Grunnloven – Grl. – bokmål 1814*, note 1 til § 19, oppdatert 4. oktober 2022, på Lovdata.no, https://lovdata.no/pro/COMMENT/karnov/1814-05-17-bm_u2_p19.nl (lest 6. januar 2023).

³³ Ikke sjelden vil samme termer brukes med forskjellig innhold også, særlig gjelder dette «transparency», se Christopher Bovis, *The law of EU public procurement*, 2. utg., Oxford 2015, side 221, og Arrowsmith (2012), side 1–48.

«[T]he pursuit of best value, the maintenance of integrity and the implementation of “secondary” industrial and social policies are in general the main concerns of domestic procurement legislation, and are objectives which are implemented to some extent in most domestic procurement regimes.»³⁴

Såkalte sekundære eller horisontale formål er omtalt ovenfor i punkt 1.1. Formålet om «maintenance of integrity» kan oversettes med et formål om å sikre integritet.³⁵ I dette ligger for det første å forhindre faktisk rettsstridig adferd hos innkjøpere, særlig økonomiske misligheter som korrupsjon og underslag. For det andre ligger det i integritet at det offentlige opptrer i overensstemmelse med rettslige og etiske normer,³⁶ eventuelt at det offentlige opptrer på en måte som ivaretar befolkningens tillit.³⁷ Mange andre uttrykk og eksempler som kan sorteres under integritet, er fremhevet i forskjellige regelverk og litteratur, som upartiskhet og habilitet,³⁸ etterprøvbart og fri for bias,³⁹ saklig og etterrettelig,⁴⁰ likebehandling,⁴¹ m.m.

«Best value» eller «value for money» handler grunnleggende sett om å få så mye igjen for minst mulig. På norsk taler vi gjerne om effektiv ressursbruk. For offentlige anskaffelser vil kostnadene primært bestå av betaling for ytelsen og kostnader til prosessen.⁴² Inntektsiden omfatter at kontrakten dekker (aller helst overoppfyller) innkjøpers behov, på best mulig vilkår og at ytelsen faktisk blir levert.⁴³ En viktig klargjøring er om man mener ressurseffektivitet for innkjøperen eller for staten som helhet. Som det ble sagt i NOU 1972: 19 «Statens innkjøp»: «Det at en sparer på en enkelt budsjettpost er ikke ensbetydende med at en sparer statlige midler totalt sett.»⁴⁴ Forskjellen kan illustreres med følgende eksempel. Hvis en ny kontrakt om helsehjelp oppnår mer livsforlengelse for pensjonister enn den forrige kontrakten til samme pris, er kontrakten ressurseffektiv for innkjøper. For staten som helhet er den økonomisk byrdefull på grunn av økte pensjonskostnader. Hvis ressurseffektivitet forstås som økonomisk gunstig samlet sett, er den ikke ressurseffektiv for staten. Normalt brukes «value for money»/ressurseffektivitet primært om det som er effektivt for den enkelte innkjøper, eventuelt det som er effektivt for statens samlede innkjøpsvirksomhet.

Et forhold som gjør konseptene «value for money» eller ressurseffektivitet vanskelig i praksis, handler om hvordan effektivitet skal måles.⁴⁵ Hvorvidt noe er effektivt, kan bare avgjøres i relasjon til et eller flere formål, og offentlige kontrakter vil gjerne ha til formål å ivareta helt andre verdier enn økonomiske, som helsehjelp og miljøvern. I tillegg kan formålene kontraktene skal ivareta, dels være knyttet til innkjøper selv, dels til staten som helhet. Hvis man står mellom to tilbud av like god kvalitet og en prisforskjell på 0,1 %, men hvor det dyrere tilbudet støtter best opp om å ivareta konkurransen i den aktuelle næringen, hvilket tilbud ivaretar ressurseffektivitet? Hva som er effektivt, avhenger blant annet av hvilke formål og faktorer som tas med i regnestykket, tidsperspektiv, og om og hvordan man regner om ikke-økonomiske verdier til penger.⁴⁶ Selv om det er vanskelig å trekke opp grensene, er kjernen likevel forståelig – forholdet mellom, på den ene siden, best mulig behovsdekning for innkjøperne og, på den andre, betaling for ytelsen og kostnader til prosessen.

³⁴ Arrowsmith og Davies (1998), side 9–10.

³⁵ På engelsk brukes gjerne begrepet «probity» alternativt til «integrity». Integritet er inntatt i formålsbestemmelsen i loa. § 1, men det jeg her skriver om integritet, er ikke ment som en tolkning av loa. § 1.

³⁶ For eksempel Arrowsmith, Linarelli og Wallace (2000), side 32 flg., og UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (2011), fortalen, bokstav (d) og (e).

³⁷ Se pkt. 6.1.

³⁸ WTO GPA art. IV nr. 4,

³⁹ MAPS Methodology (2018) sub-indikator 1(k).

⁴⁰ Bovis (2015), side 226.

⁴¹ Anskaffelsesdirektivet art. 18 nr. 1 første avsnitt.

⁴² Kostnader i kontraktfasen, inkludert etterfølgende tvister, er gjerne ikke omtalt som en kostnad ved prosessen, men må etter mitt syn det for å gi et korrekt bilde, se NOU 2010: 2 side 47.

⁴³ Arrowsmith, Linarelli og Wallace (2000), side 28–31.

⁴⁴ NOU 1972: 19 side 63.

⁴⁵ Til illustrasjon skiller DFØ, *Veileder i samfunnsøkonomiske analyser*, Oslo 2018, mellom tre hovedtyper av samfunnsøkonomiske analyser: nytte-kostnadsanalyse, kostnadseffektivitetsanalyse og kostnadsvirkningsanalyse.

⁴⁶ Verdien av et statistisk liv (VSL) skal settes til 30 millioner 2012-kroner i offentlige samfunnsøkonomiske analyser, se DFØ (2018), side 169.

Et formål om økonomisk vekst er noe annet enn et formål om ressurseffektivitet, men kan også tenkes som et overordnet formål med anskaffelsesregler.⁴⁷ Et formål om økonomisk vekst vil være fra perspektivet til regulatoren som «fourth party» og på aggregert nivå, som økonomisk vekst i nasjonen, EU eller verden som helhet. Økonomisk vekst er til syvende og sist et overordnet formål med omtrent all moderne politikk,⁴⁸ og sånn sett vil et formål om økonomisk vekst eller ressurseffektivitet for samfunnet som helhet også ende opp med å inkludere andre hensyn, som sikkerhet, industribygging og annet.

Internasjonale anskaffelsesregler, som EU/EØS- og WTO-reglene, vil typisk ha til formål å hindre nasjonalitetsbasert diskriminering og tilrettelegge for deltakelse av næringsdrivende fra andre land.⁴⁹

Åpenhet, gjennomsiktighet eller «transparency» er også sentralt i anskaffelsesregelverket, men er ofte ikke lett å sortere enten som formål eller som virkemiddel. «Transparency» angis som formål i UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (2011).⁵⁰ I anskaffelsesdirektivet (2014/24) er «transparency» et prinsipp, jf. art. 18.⁵¹ I litteratur angis det tidvis som virkemiddel for oppnå andre formål, som anti-korrupsjon eller å få flere deltakere i anbudskonkurransene,⁵² tidvis som en kombinasjon av prinsipp, formål og virkemiddel.⁵³ Gjennomsiktighet er også en vanlig etisk norm – en selvstendig verdi – for offentlige myndigheter generelt.⁵⁴

1.4 Kort historisk oversikt over statlige anskaffelsesreguleringer

Her inntas en grov historisk oversikt over statlige anskaffelsesreguleringer i norsk rett. Reguleringene før 1992 var alle interne reglementer og instruks, selv om flere hadde «forskrift» i tittelen, se punkt 4.

- 1693: Auksjonsforordning som fastslo at lisitasjoner måtte ledes av embetsmenn.
- 1814: Grunnloven, særlig §§ 12 og 19 som la forvaltningen av statlige midler til utøvende makt, men underlagt Stortingets instruks.
- 1822: Instruks om kjøp av statsfornödenheter ved lisitasjon i Norge.
- 1880: Stortinget anmoder om som utgangspunkt å bruke anbud eller lisitasjon, og regjeringen instruerer departementene om dette.
- 1894: Instruks om prispåslag for utenlandske leverandører.
- 1899: Forskrifter om bortsættelse af leverancer og arbeider for statens regning som ga den første helhetlige reguleringen av offentlige anskaffelser.
- 1927: Forskrifter om bortsettelse av leveranser og arbeider for statens regning av 4. juli 1927, som videreførte 1899-reguleringene, med mindre endringer.
- 1978: Forskrifter for kjøp av varer og tjenester til staten og Forskrifter for kontrahering av bygg- og anleggsarbeider til staten, gjerne betegnet «REFSA» eller «Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet».
- 1992: Lov om offentlige anskaffelser som gjennomførte EØS-retten i lov og forskrift for anskaffelser over terskelverdi.
- 1999: Lov om offentlige anskaffelser, som ga et samlet nasjonalt regelverk i lov, også under EØS-terskelverdiene.
- 2016: Lov om offentlige anskaffelser, som gjennomførte nye EU-direktiver vedtatt i 2014.

⁴⁷ Direktiv 2014/24, fortalen, avsnitt 2.

⁴⁸ Eivind Thomassen, «økonomisk vekst» i *Store norske leksikon* på snl.no. Hentet 17. oktober 2022 fra https://snl.no/%C3%B8konomisk_vekst

⁴⁹ For eksempel TFEU art. 18, EØS-avtalen art. 4 og WTO GPA art. IV nr. 1 om ikke-diskriminering. Om aktivt å fremme deltakelse, se tjenesteinnkjøpsdirektivet 92/50, fortalen, avsnitt 4, og WTO GPA art. XI nr. 1 bokstav c.

⁵⁰ Fortalen bokstav f.

⁵¹ Tilsvarende er det i forsyningsdirektivet (direktiv 2014/25) artikkel 36.

⁵² Arrowsmith, Linarelli og Wallace (2000), side 38.

⁵³ Eks. Bovis (2015), side 221 flg.

⁵⁴ F.eks. Kommunal- og moderniseringsdepartementet, «Etiske retningslinjer for statstjenesten», revidert 2017, punkt 3, og Code of good administrative behaviour for staff of the european commission in their relations with the public, punkt 3, Annex 1 til Rules of Procedure of the Commission (C(2000) 3614)).

Historien strekker seg selvsagt lenger tilbake enn 1693. Andersen viser at et kongelig privilegiebrev av 1660 tillot kommisjonshandel i København ved bruk av både overbud- og underbudsauksjon.⁵⁵ Lisitasjoner ble også brukt i gamle Romerike (licitio er latinsk for bud i auksjon) og ved byggingen av Zevs-tempelet i oldtidens Hellas.⁵⁶

Del I – LISITASJONSVEDTAKET av 1821/1822

2 De første sentrale vedtakene om offentlige anskaffelser

2.1 Utgangspunktet i Grunnloven

I utredninger og litteratur om offentlige anskaffelser er Grunnloven ikke nevnt,⁵⁷ og tidvis kan det fremstå som om det var et rettsomt rom før det ble gitt særskilte reguleringer av offentlige anskaffelser.⁵⁸ Grunnloven etablerer utgangspunktene for offentlig pengebruk ved kontrakter. Grl. § 12 legger utøvende makt hos Kongen, og § 19 bestemte i 1814 at «Kongen vaager over, at Statens Eiendomme og Regalier anvendes og bestyres paa den af Stortinget bestemte og for Almeenvæsenet nyttigste Maade». Som Steenbuch skrev allerede i 1815, omfattet begrepet «Statens Eiendomme» både «rørlige og urørlige, altsaa og Skatter og Afgifter».⁵⁹ Denne bestemmelsen inneholder tre sentrale rammer for senere regulering.⁶⁰ 1) Utøvende makt forvalter pengene. 2) Stortinget kan bestemme over pengebruken. 3) Pengene skal brukes til det felles beste, ikke Kongens, innkjøpernes eller vilkårlig utpekte særinteresser. Det er tvilsomt om og i hvilken utstrekning vilkåret «for Almeenvæsenet nyttigste Maade» oppstiller materielle skranke for innkjøpsbeslutninger.⁶¹ Jeg har ikke funnet rettspraksis hvor vilkåret har vært anført eller anvendt som skranke for offentlige innkjøp.

I fravær av bestemmelser gitt av Stortinget er offentlige anskaffelser i Norge regulert slik at utøvende makt kan inngå kontrakter som enhver privat eier, med den begrensning at pengene skal brukes til «for Almeenvæsenet nyttigste Maade». De reguleringene som senere er kommet, er altså regler som har begrenset den frihet den utøvende makt etter Grunnloven i utgangspunktet har i forvaltningen av midler.

2.2 Kort om auksjons- og lisitasjonsvesenet

Det foreligger lite litteratur som omtaler lisitasjoner på annen måte enn gjennom korte enkeltbeskrivelser,⁶² og det er derfor vanskelig å ha sikker kunnskap om både regulering og praktisering.⁶³ Lisitasjon var en form for muntlig og umiddelbar anbuds konkurranse. Å avholde lisitasjoner var ikke noe enhver kunne gjøre, verken for private eller forvaltningen. Å gjennomføre auksjoner og lisitasjoner var en offentlig oppgave forbeholdt

⁵⁵ Andersen (1997), side 34.

⁵⁶ Andersen (1997), side 11 og 33.

⁵⁷ NOU 1975: 9 punkt 10.2.1 omtaler Grl. § 19, men bare i relasjon til salg av offentlig fast eiendom, ikke for offentlige anskaffelser.

⁵⁸ I NOU 2014: 4 skriver for eksempel utvalgets flertall: «Historisk sett er det et ønske om effektiv ressursbruk som har begrunnet innføringen av regler om offentlige anskaffelser i norsk rett.»

⁵⁹ Henrik Steenbuch, Bemærkninger over Norges Grundlov af 4de November 1814, Trondhjem 1815, side 42–43. Tilsvarende hos Peder Krabbe Gaarder, Fortolkning over Grundloven og de øvrige Love, som danne Norges Riges offentlige Ret, Kristiania 1845, side 42.

⁶⁰ Mestad (2021) og Holmøyvik (2022).

⁶¹ I dag er ordlyden «for samfunnet nyttigste måte».

⁶² Noen eksempler er fotnotene 2, 83, 88, 89, og 166.

⁶³ Sentrale juridiske og statsvitenskapelige forfattere på 1700- og 1800-tallet behandler ikke lisitasjon. Det gjelder kameralisten Andreas Schytte, *Staternes indvortes Regiering*, København 1774, samt Joh. Fr. Vilhelm Schlegel, *Naturrettens eller den almindelige retslæres grundsætninger*, København 1798, A.M. Schweigaard, *Den norske administrative rett*, Christiania 1842, og T.H. Aschehougs flerbindsverker, *Norges nuværende statsforfatning* (Christiania 1891–1893) og *Socialøkonomik* (Christiania 1903–1908).

embetsmenn. Dette ble omtalt som «auksjons- og lisitasjonsvesenet».⁶⁴ Først i 1869 vedtok Stortinget i «Lov om Auktionsvæsenet» § 1:⁶⁵

«I enhver Jurisdiktion skal der fra den Tid, nærværende Lov træder i Kraft, være hvemsomhelst tilladt selv eller ved andre at afholde offentlig Auktion [...]. Ligeledes skal det fra samme Tid være Enhver tilladt at afholde offentlig Licitation.»⁶⁶

Det rettslige rammeverket for auksjons- og lisitasjonsvesenet før dette bestod av en blanding av eldre forskrifter, analogier og sedvane. Det er betegnende for den sammensatte og ufullstendige reguleringen at justiskomiteén i 1842 skrev at auksjonsvesenet hittil hadde rettet seg etter bestemmelsene i auksjonsforordningen av 19. desember 1693 og «de faa Bestemmelser, eller rettere Vink, som Landsloven indeholder».⁶⁷

Forordningen av 1693 gjaldt etter ordlyden bare auksjoner, men synes å ha vært den sentrale skriftlige reguleringen av det felles auksjons- og lisitasjonsvesenet.⁶⁸ Den regulerte ikke tvungne auksjoner. Først på midten av 1700-tallet oppstod tvangsauksjoner som institutt.⁶⁹ Forordningen fastsatte at auksjoner skulle skje «ved de af Kongen dertil beskikkede Personer», jf. art. 1.⁷⁰ Disse beskikkede personene var etter forskriften byfogdene, eventuelt en egen auksjonsdirektør, jf. art. 5, men i realiteten var det – i hvert fall i Norge – store regionale forskjeller mellom hvem som hadde ansvaret for forskjellige typer auksjoner og lisitasjoner. Ifølge Benneche ble sorenskriverne utenfor byer og kjøpsteder ansett som «stilltiende berettiget til at afholde disse forretninger»,⁷¹ men ofte ble det overlatt til lensmennene.⁷² På forskjellige steder og livsområder kunne ansvaret ligge til rådmannen, skattefogden eller militæret.⁷³ På Røros delte byfogden, magistratpresidenten og politimesteren ansvaret (og inntekten) mellom seg, som jeg omtaler nærmere like nedenfor.

Selv om reguleringen av auksjoner og lisitasjoner ikke var særlig fast, synes det ikke å ha vært usikkerhet om noen sentrale elementer ved disse embetsmannsledelede tjenestene. Den ansvarlige skulle føre protokoll, jf. 1693-forordningen artikkel 6 og 7. Auksjonene og lisitasjonene skulle være offentlig gjort kjent i forkant, jf. art. 10,⁷⁴ og ledes av en med myndighet til det, jf. art. 1 og 5. Det beste budet skulle også antas, jf. art. 9.⁷⁵

Lisitasjoner ble i Danmark gradvis tatt i bruk på 1700-tallet, hvor formålet særlig var å oppnå lavere priser.⁷⁶ I Norge var lisitasjon svært hyppig brukt gjennom 1800-tallet, og ble ukentlig annonsert i datidens aviser, som

⁶⁴ Hovedregister til Storthings-forhandlinger 1814/70 side 30.

⁶⁵ Men loven trådte i kraft først litt senere fordi staten ikke ville ta kostnaden ved å betale erstatning til alle embetsmennene som mistet sine sportler, se H. Riddervold, *Handelslovgivningen*, Kristiania 1881, side 101–102.

⁶⁶ Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1868/1869 Vol. 19 Nr. 9. Innstillingen fra justiskomiteens flertall er på side 651 flg., og § 1 fikk en redaksjonell justering ved lagtingsbehandlingen, jf. side 641.

⁶⁷ Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1842 vol. 10 nr. 7 side 199, innstilling til lov om tvungne auksjoner.

⁶⁸ Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1842 vol. 10 nr. 7 side 199, og Pedersen (1955), side 24. Auksjon ble tidligere gjerne brukt om både auksjoner og lisitasjoner, og dagens skarpe skille mellom auksjon og lisitasjon/anbud vokste gradvis frem, se Andersen (1997), side 33 og fotnote 2.

⁶⁹ Benneche (1907), side 63–66. Før dette var prosessen i utgangspunktet å få holdt en slags skiftetakst, jf. Christian V norske lov av 1687 5-7-1 og 5-7-2. Offentlig auksjon var subsidiært, jf. 5-7-3 (og ikke nærmere regulert).

⁷⁰ Benneche (1907), side 68.

⁷¹ Benneche (1907), side 68.

⁷² Hans Eyvind Næss (red.), *For rett og rettferdighet i 400 år – Sorenskriverne i Norge 1591–1991*, Stavanger 1991, side 188.

⁷³ Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1851 Vol. 13 Nr. 8 side 297, «Indstilling fra Justiskomiteen Nr. 2 angaaende de fremsatte Forslag til Forandring i Lovgivningen om Aktionsvæsenet (kgf. Proporsition Gg.)»

⁷⁴ Justiskomiteen bemerket i 1842 at siden noen auksjonsforvaltere «have gjort sig en utilbørlig Fordeel af at udstede langt flere Auctionsplacater end nødvendigt», burde loven legge begrensninger på dette, se Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1842 vol. 10 nr. 7 side 200.

⁷⁵ Ved vedtakelsen av «Lov om Bekjendgjørelsen av tvungne Auctioner» i 1842 omtalte justiskomiteen imidlertid en praksis hvor enkelte auksjonarius forbeholdt seg å velge mellom det høyeste og nest høyeste bud, noe som i loven ble klagt gjort at var forbudt, se Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1842 vol. 10 nr. 7 side 202. Se også temaet behandlet i en sak fra 1938 i note **Error! Bookmark not defined.**

⁷⁶ Andersen (1997), side 32 og 34 flg.

Den Norske Rigstidende, Morgenbladet, mfl.⁷⁷ Annonnene anga tid og sted for lisitasjonen, og informasjon om hva som skulle kjøpes. I Trondhjems Adresseavis tirsdag 7. september 1830 kunne man for eksempel lese at tre dager senere på Trondhjem Børs ville Røros Kobberverk avholde lisitasjon for blant annet å kjøpe inn seks «Tønder brun Tran på Egertræe» og fire «Hvalros-huder».⁷⁸ Enkelte ganger var kunngjøringen helt kort, og andre ganger inneholdt den nærmere beskrivelser av forskjellige betingelser, som krav til sikkerhet.⁷⁹ Lisitasjonene kunne gjelde varer og/eller tjenester,⁸⁰ og ende med kjøp av litt fra flere, eller bare fra én.⁸¹ Jeg har ikke funnet eksempler på at protokoller ble annonsert i avisene. Selv om lisitasjoner i utgangspunktet la opp til umiddelbar avtaleinngåelse, protokollert av den ansvarlige embetsmannen, finnes eksempler på at innkjøperen tok beslutningen først senere. Dette kunne møte kritikk.⁸² At tildeling av avtale først skjedde etter lisitasjonene, synes å ha vært vanlig ved den særegne lisitasjonen i fattigvesenet, hvor såkalt «verdige fattige», som sinnssyke og foreldreløse barn, ble overlatt til de familiene som tok minst betalt.⁸³ Dette ble forbudt ved fattigloven av 1900 § 43(4): «Fattiges bortsættelse maa ikke ske ved licitaiton.»⁸⁴

To rettsaker ved Røros Kobberverk fra 1822 og 1825 gir en god illustrasjon på hvordan lisitasjoner og auksjoner var organisert. I 1818 hadde Stortinget vedtatt at Røros Kobberverk skulle få benytte sine «egne Betjente» i Trondheim til å auksjonere sitt kobber og lisitere nødvendige varer.⁸⁵ Embetsmennene som hadde hatt ansvaret for disse auksjonene og lisitasjonene, gikk til søksmål mot staten og krevde erstatning for tapt inntekt. Det hadde vært svært lønnsomt for mange embetsmenn å ha ansvaret for auksjoner og lisitasjoner, ettersom det ga dem krav på sportler,⁸⁶ en slags avgift for tjenesten, som ble betalt direkte til embetsmannen. Stortingets vedtak fratok altså embetsmennene på Røros en betydelig inntektskilde.⁸⁷ Den første saken – som gikk helt til Høyesterett – gjaldt erstatning for tap av retten til å avholde auksjoner.⁸⁸ Etter å ha vunnet i Høyesterett i 1822 fremmet embetsmennene i 1823 krav om erstatning for tapte inntekter fra lisitasjoner i samme periode.⁸⁹ De vant saken i overretten i 1825.

⁷⁷ Et søk 14. februar 2023 på «Licitation» på nasjonabiblioteket.no innen kategorien «aviser» gir over 10 000 treff i perioden 1800–1849.

⁷⁸ *Trondhjems borgerlige realskoles alene privilegerede Adressecontours-Efterretninger*, tirsdag 7. september 1830, No. 72, side 3 (hentet på <https://www.nb.no/items/2e66caf3c6c8069181853b40dc7cf0a7?page=1> 14. Februar 2023).

⁷⁹ For eksempel om valuta og misligholdsbeføyelser, se *Norsk Handels-Tidende*, 10. desember 1840, nr. 1597 side 4588–4589 (hentet på <https://www.nb.no/items/09699a46bd794a107bd6f934efb2ba12?page=3> 11. Mai 2022).

⁸⁰ Se fotnote 126 for eksempel på lisitasjon av både materialer og byggearbeider.

⁸¹ I invitasjon i fotnote 79 har innkjøper tilrettelagt for kjøp fra flere ved at betingelsene for lisitasjonen fastsetter rekkefølgen for lisitasjon i forskjellige varekategorier. Et annet eksempel på oppdeling av kjøp fra flere finnes i Indst. O. No. 79 (1879), side 2 første spalte.

⁸² Indst. O. No. 79 (1879), side 2 første spalte, hvor en kjøpmann klaget over at en konkurrent dagen etter en lisitasjon over kjøp av telegraftråd var avholdt, hadde inngitt nytt og lavere bud og dermed fått avtalen.

⁸³ Merethe Roos, «borttinging», i *Store norske leksikon* på snl.no (hentet 11. mai 2022 fra <https://snl.no/borttinging>). Astrid Wale, *Bygd i bevegelse – Inderøys historie – bind 1: 1800–1935*, Bergen 2018, side 342, som skriver at vedtakene ble fattet en uke etter siste lisitasjonsforretning. For øvrig var det presten som stod for lisitasjonene på Inderøy, se side 145. Tilsvarende anbudsutsetting av barn ble også benyttet i Danmark frem til 1880-tallet, se Andersen (1997), side 37.

⁸⁴ Fridtjov Hegge, Lov om fattigvæsenet : af 19. mai 1900 med tillægslov af 17. mai 1904, Kristiania 1907, side 127 og 129 punkt 6.

⁸⁵ Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1818 Vol. 2 nr. 6 side 327.

⁸⁶ Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1851 Vol. 13 Nr. 8 side 297, «Indstilling fra Justiskomiteen Nr. 2 angaaende de fremsatte Forslag til Forandring i Lovgivningen om Aktionsvæsenet (vgl. Proporsition Gg.)»

⁸⁷ Søksmålet i 1822 var fra magisterpresident Blom, Politimester Lie og enken til Byfogd Udbye. Søksmålet i 1825 var fra de samme, i tillegg til byfogd Falsen, se H.C. Dahle, *Røros Kobberverk*, Trondhjem 1894, side 338, og Nils Rune Langeland, *Siste ord*, Oslo 2005, side 320.

⁸⁸ Langeland (2005), side 319–320. Saken fra 1822 er ifølge Langeland det første eksempelet på Høyesteretts prøving av lovers grunnlovsmessighet. T.H. Aschehoug fremhever imidlertid en tilsvarende avgjørelse fra 17. september samme år, T.H. Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning – Bind 3*, 1885, side 286.

⁸⁹ Dahle (1894), side 338. Lisitasjonssaken fra 1825 gikk bare til overretten, ikke til Høyesterett.

2.3 Lisitasjonsinstruksens bakgrunn – riksrettssaken mot Wedel-Jarlsberg

Kongen vedtok lisitasjonsinstruksen i 1822 på bakgrunn av et anmodningsvedtak fra Stortinget i 1821. Anmodningsvedtaket ble fattet i forbindelse med Stortingets behandling av riksrettssaken mot finansminister Wedel-Jarlsberg.⁹⁰ Jeg beskriver kort sakens bakgrunn.

Norges økonomi var særdeles svak i årene etter 1814. En viktig årsak var at Norge var en ny og fattig nasjon uten nevneverdig tillit i markedene.⁹¹ En annen årsak var at Norge måtte betale sin andel av krigserstatningen som var ilagt Danmark-Norge av seierherrene ved Kieltraktaten,⁹² ettersom Danmark-Norge var på den tapende side i Napoleonskrigene.⁹³ Mens eidsvollsmennene forsøkte å løse den unge statens økonomiske problemer ved å trykke riksbankdalersedler til en verdi av 14 millioner, som dermed spiste opp statsgjeld gjennom inflasjon,⁹⁴ kunne ikke et slikt grep brukes for å nedbetale gjeld til utlandet. Denne gjelden måtte betales med edle metaller eller utenlandsk valuta. Etter press fra kong Carl Johan inngikk Norge i 1819 avtale med Danmark om å betale 3 millioner spesidaler sølv over en tiårsperiode.⁹⁵ Spesidalerne inneholdt hver 25–26 gram sølv og hadde dermed en stabil verdi, i motsetning til sedler.⁹⁶

For å skaffe utenlandsk valuta solgte finansdepartementet⁹⁷ under Wedel-Jarlsberg i 1815–1816 et parti kobber, arsenikk og blåfarge til et handelshus i Nederland, men handelshuset gikk konkurs, og mesteparten av inntektene gikk tapt for staten.⁹⁸ Litt senere, i 1818, opprettet Finansdepartementet et vekselkontor, blant annet for å forsøke å tjene på valutahandel. Også dette endte med tap for staten, hvor en grunn var at et engelsk handelshus, Tottie & Comptons, gikk konkurs.⁹⁹

Stortingets protokollkomité mente i 1821 at de to sakene burde behandles samlet, selv om tapene på varesalget og valutakjøpet var forskjellige. Tapene ved varesalget oppstod fordi staten lot handelshuset kjøpe varene underhånden og på kreditt, og presumptivt burde solgt varene ved auksjon. I valutahandelen oppstod tapet fordi staten kjøpte valuta underhånden og forhåndsbetalte, og presumptivt burde skaffet valuta ved lisitasjon i bankmarkedet.¹⁰⁰ Protokollkomitéens begrunnelse for samlet behandling var at «det er den samme Statsraad, der har foranstaltet begge Dele», og fordi

«den samme Maxime synes at ligge til Grund for Departementets Fremgangsmaade i begge Tilfælde, den nemlig, at det [departementet] selv directe bør forhandle og tilforhandle sig de Effecter, som Statscassen kan afsee eller tiltrænge».¹⁰¹

⁹⁰ Hans fulle tittel var ved riksrettssaken «Statsraad, Ordens-Statsmester, Commandeur af Nordstjernen og Dannebrog Grev Herman Wedel-Jarlsberg», se *Efterretninger om den for Rigsretten mod Statsraad Grev Wedel-Jarlsberg anlagte Sag : Paabegyndt den 2den October 1821. Paadømt den 18de Juni 1822*, Christiania 1822, side 121.

⁹¹ Francis Sejersted, *Den vanskelige frihet 1814–1850*, Østerås 1986, side 51.

⁹² Odd Arvid Storsveen, «Den uakseptable Kieltraktaten», på *Norgeshistorie.no* (hentet 5. jan. 2021 fra <https://www.norgeshistorie.no/grunnlov-og-ny-union/1330-den-uakseptable-kieltraktaten.html>).

⁹³ Magne Njåstad, «Norge under napoleonskrigene», i *Store norske leksikon* på *snl.no* (hentet 5. januar 2021 fra https://snl.no/Norge_under_napoleonskrigene).

⁹⁴ Francis Sejersted «1814 – Det selvstendige Norges fødsel», i *Store norske leksikon* på *snl.no* (hentet 5. januar 2021 fra https://snl.no/1814_-_Det_selvstendige_Norges_f%C3%B8dsel).

⁹⁵ Francis Sejersted, *Den vanskelige frihet 1814–1851*, Drammen 1995, side 52.

⁹⁶ Kolbjørn Skaare, «Daler», i *Store norske leksikon* på *snl.no* (hentet 4. januar 2021 fra <https://snl.no/daler>).

⁹⁷ Den gang 5te departement/Finans- handels- og tolldepartementet, se Regjeringen.no, «5. Departement (finans-, handels- og tollsaker) (1814–1819)» (hentet 9. august 2023 fra https://www.regjeringen.no/no/om-regjeringa/tidligere-regjeringer-og-historie/sok-i-regjeringer-siden-1814/historisk-departement/id2578017/?dep=DEP_5DEP_1814_11_30).

⁹⁸ Storthings-efterretninger 1814-1833: udgivne efter offentlig foranstaltning. 1ste bind. Rigsforsamlingen og det overordentlige Storthing 1814 samt de to første ordentlige Storthing 1815-16 og 1818, Bind 2, Christiania 1874, side 152 flg.

⁹⁹ Stortingsforhandlinger (ib. utg). 1821 Vol. 3 Nr. 5 side 526. Også Sejersted (1995), side 64.

¹⁰⁰ Komitéen i 1821 innstilte som nevnt på et punkt 3, som ikke ble vedtatt, nemlig at «[s]aafermt der allikevel til en eller andend Statsudgivet skulde udfordres fremmede Penge eller rede Sølv, da hellere at lade saadant anskaffe ved Bankbestyrelsen imod sædvanlig Commision.», Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol. 3 Nr. 5, side 526.

¹⁰¹ Stortingsforhandlinger (ib. utg). 1821 Vol. 3 Nr. 5 side 522–523.

Den siste formuleringen kan fremstå som noe forvirrende. Av konteksten forstår man at dette var komitéens gjengivelse av hvordan departementet må ha tenkt om sin praksis. Departementet må ha ment at departementet «selv directe bør forhandle og tilforhandle» det staten har behov for eller har behov for å selge. Protokollkomitéens syn var imidlertid det motsatte. Komitéen mente at departementet ikke burde forhandle direkte, verken med varer eller valuta. Grunnene til dette kommer jeg tilbake til.

Komitéen behandlet i 1818 bare spørsmålet om lovligheten av salg av varer, ikke anskaffelse av valuta. 1818-komitéens uttalelser er likevel relevante for å forstå formålene med anmodningsvedtaket om bruk av lisitasjon ved anskaffelser. Komitéen i 1821 viste til flere av komitéens vurderinger i 1818, og fremhevet flere forhold den mente var felles:¹⁰²

«Det af forrige Committee udviklede Princip, paa Grund af hvilket Finantsdepartementet ei burde befatte sig med Varehandel for Statscassens Regning, synes i det Væsentlige at være ligesaa anvendeligt paa Vexelhandel. Hazarden kan i mange Tilfælde blive den samme, Vanskeligheden ved Statsregnskabets Documentation, Anledningen til skjæve Domme om Størrelsen af de i denne Anledning anførte Udgivts- og Indtægtsposter, og Muligheden i at endeel af de til Statens Fornødenheder anviste Summer i Lang Tid kan udeblive: alt dette gjelder i begge Tilfælde.»

Wedel-Jarlsberg ble frifunnet i 1822.¹⁰³ Francis Sejersted omtaler det som at han ble «tilgitt», til tross for at det var «klart» at han hadde overskredet sin kompetanse.¹⁰⁴

2.4 Instruksens innhold – anskaffelser «ved Licitation her i Landet»

Stortingets anmodningsvedtak ble fattet i 1821. I forkant hadde Stortingets protokollkomité avgitt innstillinger i saken i 1818 og i 1821. Disse tre dokumentene – protokollen fra Stortingets behandling og de to innstillingene – er de sentrale forarbeidene og kildene til å identifisere formålene med både Stortingets anmodningsvedtak og Kongens senere lisitasjonsinstruks. Stortingsefterretningene fra 1818 og 1821 kan gi supplerende informasjon.¹⁰⁵ Dette var forkortede referater fra stortingsforhandlingene.¹⁰⁶

Stortingets vedtak lød:¹⁰⁷

«Paa Grund av Ovenstaaende vover Storthinget saaledes underdanigst at andrage for Deres Kongelige Majestet om:

- 1) At bemeldte [nevnte] Vexel Contoir maa for Fremtiden vorde ophævet og dets Operationer indstillede.
- 2) At alle Statsfornødenheder kunde, saavidt muligt, og forsaavidt det maatte findes tjenligt for Staten, vorde anskaffede ved Licitation her i Landet.»

Protokollkomitéen hadde også foreslått et punkt 3 om at når statsutgifter måtte dekkes av fremmed valuta eller sølv, måtte valutaen/sølvet skaffes av bankbestyrelsen mot sedvanlig betaling.¹⁰⁸ Dette forslaget fulgte ikke Stortinget opp, med ukjent begrunnelse.

¹⁰² Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol. 3 Nr. 5 side 517.

¹⁰³ Magnus A. Mardal, «Herman Wedel Jarlsberg», i *Store norske leksikon* på snl.no (hentet 5. januar 2021 fra https://snl.no/Herman_Wedel_Jarlsberg).

¹⁰⁴ Sejersted (1995), side 65.

¹⁰⁵ Disse finnes i innbundne utgaver fra 1878, se note 98. Bind 1 for Stortinget i 1818 og bind 2 for 1821.

¹⁰⁶ Stortinget, «Stortingsreferatet gjennom 160 år» (hentet 20. april 2022 fra <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Historikk/stortingsreferatet-gjennom-160-ar/stortingsreferatet-gjennom-160-ar2/>).

¹⁰⁷ Min anmerkning i klammer. Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol 3 Nr. 5 side 344.

¹⁰⁸ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol 3 Nr. 5 side 526.

Stortingets anmodning ble etterkommet ved kongelig resolusjon den 15. november 1822.¹⁰⁹ Instruksen kommer frem av protokollene som vedtak nr. 417.¹¹⁰ Her fremgår først regjeringens innstilling om at det skal «ved Anskaffelse af Statsfornødenheder, saavidt mueligt og forsaauidt det findes tjenligt, for Staten at benytte Licitationer her i Riget». Kongen bifalt regjeringens innstilling om lisitasjon.

Den kongelige resolusjonen synes aldri å ha blitt publisert. Den er ikke publisert i Den Norske Rigstidende, selv om resolusjonen om anmodningsvedtakets punkt 1 – vedrørende nedleggelse av vekselkontoret – ble publisert der 16. desember 1822.¹¹¹ At 1822-instruksen likevel er kjent, skyldes at Stortinget viste til den i 1833 da det fikk til behandling et nytt og lignende forslag om anskaffelser.¹¹² Stortinget forkastet forslaget og begrunnet dette i vedtakene fra 1821/1822. I et protokollvedlegg skrev Stortinget at «Erfaring viser at Regjeringen handler i Overenstemmelse med hiin Storthingsbeslutning», slik at å fatte et nytt tilsvarende vedtak ble ansett «aldeles overflødig».¹¹³

Den kongelige resolusjonen etablerte som utgangspunkt at alle statsfornødenheder skulle anskaffes «ved Licitation her i Riget». Stortingets anmodningsvedtak benyttet «her i Landet». Med «her i Landet/Riget» må Stortinget og kongen ha siktet til Norge, ikke både Norge og Sverige. Norge var i union med Sverige, men hadde egen statsforvaltning, innenrikspolitikk, statsbudsjett og toll, og det gjaldt egne regler for handelen med Sverige, for eksempel med varierende toll på varer alt etter som grensekryssingen var over sjø eller over land.¹¹⁴ Fra 1877 var Norge og Sverige langt på vei i tollunion,¹¹⁵ men Sverige trakk seg ut i 1895 på grunn av en mer proteksjonistisk politisk vending.¹¹⁶

Resolusjonen forutsatte lisitasjon i landet/riket, ikke i snevrere geografiske enheter, som i amtet, eller handelsenheter, som i nærmeste kjøpstad.¹¹⁷ Det er ingen holdepunkter i vedtaket eller dets forarbeider for at offentlige innkjøpere måtte eller ble oppfordret til å annonsere eller avholde lisitasjoner i større deler av landet. Senere regulering trekker heller i motsatt retning. Lovgiver var oppmerksom på kostnadene ved unødig bred annonsering. Justiskomiteén bemerket i 1842 at siden noen auksjonsforvaltere «have gjort sig en utilbørlig Fordeel af at udstede langt flere Auctionsplacater end nødvendigt» burde loven legge begrensninger på dette.¹¹⁸ Dette kan også tjene som (et nokså prosaisk) eksempel på interessekonflikt mellom staten som eier og statlige innkjøpere.

¹⁰⁹ Antagelig ble den kongelige resolusjonen fattet såpass lenge etter fordi kongen og regjeringen ville avvete dommen i riksrettssaken, som endte med frifinnende dom 18. juni 1822, og fordi kongen hadde et lengre opphold i Norge forut for sin retur til Sverige 18. november 1822, se *Den Norske Rigstidende* 22. november 1822, side 1.

¹¹⁰ Protokollen fra 15. nov 1822 begynner på side 222 i den digitaliserte protokollen på Digitalarkivet, og selve vedtaket er på side 229 (hentet 9. august 2023 fra <https://media.digitalarkivet.no/view/153488/222>).

¹¹¹ Jeg har gjennomgått alle utgavene av *Den Norske Rigstidende* fra november 1822 til og med februar 1823 på nb.no.

¹¹² Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1833 Vol. 7 Nr. 5 side 755–757. Forslaget lød: «Den Kongelige Norske Regjering anmodes om, at samtlige Inventariisorter, Materialer til Bygninger, Lys, Brænde og Skrivematerialier, samt alle øvrige Gjenstande, vedkommende det Offentlige, der kunne sættes til Licitation, i Almindelighed andskaffes paa denne Maade.» Forslaget var fremmet av Ludvig Mariboe, som også var statsrevisor, se Odd Arvid Storsveen, «Ludvig Mariboe» i *Norsk biografisk leksikon* på snl.no (hentet 16. mai 2022 fra https://nbl.snl.no/Ludvig_Mariboe).

¹¹³ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1833 Vol. 7 Nr. 5 side 756.

¹¹⁴ Kåre Amundsen, *Norsk sosialøkonomisk historie 1814–1890*, Oslo 1963, side 32 flg.

¹¹⁵ Magnus A. Mardal, «mellomriksloven», i *Store norske leksikon* på snl.no (hentet 12. september 2022 fra <https://snl.no/mellomriksloven>).

¹¹⁶ Einar Lie, *Norsk økonomisk politikk etter 1905*, Oslo 2012, side 16 flg.

¹¹⁷ «kjøpstad», i *Store norske leksikon* (fra papirleksikonet) på snl.no (hentet 16. mai 2022 fra <https://snl.no/kj%C3%B8pstad>).

¹¹⁸ Se Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1842 vol. 10 nr. 7 side 200.

Instruksen gjaldt «Statsfornødenheder». Ordet «Fornødenheder» synes å ha blitt brukt om gjenstander, ikke om arbeider/tjenester.¹¹⁹ På 1820-tallet brukte man heller begrepet «Arbeider» enn «Tjenester»,¹²⁰ da ordet «Tjenester» pekte henimot frivillighet og oppofrelse.¹²¹ I Stortingets protokollvedlegg fra 1833 er det tydeligere at vedtaket ble forstått som kun å gjelde varer. Stortinget brukte der ordet «Materialier», ikke «Statsfornødenheder», og forslaget som Stortinget avviste i 1833, ramset kun opp eksempler på gjenstander. At vedtakene bare gjaldt varer, støttes også av at det ble fremmet mer vidtgående forslag for Stortinget i både 1821 og 1827. Til Stortinget i 1821 hadde representant Jørgen Young fremmet forslag om at anskaffelse skal skje «ved Licitation af hvad der indkjøbes til Statens Behov, og Afhændelse ved Auction af hvad der sælges for Statens Regning».¹²² Forslaget ble ikke tatt opp til selvstendig behandling og votering,¹²³ og begrunnelsen for forslaget er ukjent. I 1827 foreslo representant Consul Madsen at «Alt, hva der behøves anskaffet til Statens Behov, uden Undtagelse bør anskaffes ved Licitation».¹²⁴ Heller ikke dette forslaget ble tatt opp til votering.¹²⁵

Samtidig kan man neppe trekke klare motsetningslutninger av at vedtakene bare gjaldt varer. Mange lisitasjoner i datidens aviser omhandlet varer eller arbeider innen bygg og anlegg, og da kunne materialer og arbeider bli anskaffet samlet.¹²⁶ I praksis ville nok en hovedregel om å anskaffe materialer ved lisitasjon ofte føre til at en del arbeider også ble det. Resolusjonen må altså, selv om det etter dens ordlyd bare gjaldt «Statsfornødenheder», antas også å ha fått betydning for anskaffelser av tjenester.

En grunn til å begrense instruksene til varer kan ha vært den kritikk som hadde vært reist i Danmark mot lisitasjonenes negative effekt på kvalitet og sikkerhet ved arbeider, blant annet i forbindelse med at Christiansborg Slott brant til grunnen i 1794.¹²⁷ Brannen startet i en skorstein, og en utbredt årsaksforklaring var at de muntlige og umiddelbare lisitasjonene hadde presset prisene på skorsteinsrensing så lavt at arbeidet nødvendigvis måtte bli slett. Som et øyenvitne til brannen sa, er den «et Fæhoved» som tror at et arbeid som før ble gjort for 500 riksdaler, vil bli gjort like godt for 98.¹²⁸ Jeg har imidlertid ikke funnet uttalelser i de norske kildene som omtaler avgrensningen til materialer, men dette fremstår som en plausibel forklaring.

¹¹⁹ Knud Knudsen, *Unorsk og norsk, eller Fremmedords avløsning*, Kristiania 1881, side 220 (hentet 7. januar 2021 fra https://urn.nb.no/URN:NBN:no-nb_digibok_2018020548231). Et eksempel er en lisitasjonsinvitasjon i Den Norske Rigstidende 20. januar 1823, side 4 (hentet 9. august 2023 fra https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digavis_dennorskerigstidende_null_null_18230120_9_6_1).

¹²⁰ Ved utarbeidelsen av anskaffelsesinstruksene av 1899 var det en diskusjon om man skulle lage felles regelverk for «Arbeider» og «Leverancer», med dagens ord forstått som tjenester og vareleveranser, se *Departements-tidende* 31. mai 1900, 72. årg, nr. 22, side 338, tilgjengelig i «Departements-tidende. 1900 Vol. 72».

¹²¹ Eks. Sth. Prp. No. 31 (1881) side 6. Tilgjengelig i Stortingsforhandlinger (ib. utg) 1881, vol. 30 nr. 2b (uten sidetall). Se også Laurids Fogtman, *Kongelige Rescripter, Resolutioner og Collegialbreve for Danmark og Norge*, 8. Bind, 1795–/1796», København 1801, side 577.

¹²² Forslag nr. 23 til Odelstinget, se Stortingsforhandlinger (ib. utg) 1821, vol. 3, nr. 1 side 199. Forslaget er i stortingsforhandlingene omtalt som fra representant Young, men i «Storthings-efterretninger : 1814-1833» (1874) er det opplyst å være inngitt av flere representanter, se stjernenoten på side 154.

¹²³ Se Stortingsforhandlinger (ib. utg) 1821, vol. 3, nr. 1 side 176, hvor det fremgår at sak nr. 30 om Youngs forslag enstemmig vedtas å tilhøre «mindre vigtige, og derfor ej foretages til Behandling og Afgjørelse», jf. side 166–167.

¹²⁴ Stortingsforhandlinger (ib. utg) 1927 vol. 5 nr. 1 side 413. Forslaget lød: «Forslag av Repreæsentanten Consul Madsen om, at herefter Alt, hvad der behøves anskaffet til Statens Behov, uden Undtagelse bør anskaffes ved Licitation; at Alt, hvad der sælges for Statens Regning, bør afhændes ved Auctioner, og at ingen Contract bør kunne oprettes eller Overbud modtages om Kjøb eller Salg av Nogetsomhelst, som Staten maatte kunne behøve eller afsee.»

¹²⁵ Forslaget er omtalt i på side 31 i «Hovedregister over Storthings-forhandlinger. 1814-1870», men ikke noe nevnt om behandlingen. Forslaget er heller ikke nevnt i forbindelse med behandlingen i 1833, noe som ville vært naturlig om det fortsatt lå til behandling og Stortinget var oppmerksomme på forslaget.

¹²⁶ Eksempelvis ved reparasjonsarbeider på en bro over «Lougen i Hedrums Sogn» i 1823, hvor det het i avisannonsen at det skulle holdes lisitasjon «over de fornødne Materialers Anskaffelse til og Reparations-Arbeidets Udførelse paa Broen», se *Den Norske Rigstidende*, 24. januar 1823, side 4.

¹²⁷ Andersen (1997), side 35–37.

¹²⁸ Andersen (1997), side 37 og fotnote 29 som siterer et øyenvitne til brannen.

2.5 Håndheving – instruks, ikke forskrift

Et spørsmål er hvordan 1822-instruksen rettslig skal kategoriseres. Først med Castbergs forvaltningsrettsbøker på 1930-tallet begynte man å få et klarere skille mellom lov, forskrift og interne instruks. ¹²⁹ Senere var det en diskusjon om anskaffelsesforskriftene av 1927 og 1978 skulle anses som forskrifter i forvaltningsrettslig forstand. ¹³⁰ Eckhoff fremhevet følgende som den vesentlige forskjellen på instruks og forskrifter: ¹³¹

«Offentligrettslige regler som legger plikter på tjenestemennene, men som ikke er bestemmende for privates rettigheter eller plikter, er ikke forskrifter i fvl.'s forstand.»

Han viste til at anskaffelsesreglene ikke tok sikte på «å regulere rettsforholdet mellom staten og den private avtalepart», men på å angi «fremgangsmåter som skal følges og hvilke hensyn som tas av de myndigheter som foretar innkjøp». Han konkluderte med at det dagjeldende regelverket fra 1978 ikke var forskrift. Krüger og Hagstrøm delte Eckhoffs syn. ¹³² Tilsvarende skriver Smith i dag at saksbehandlingsregler gitt i kraft av instruksjonsmyndighet, som «bare legger plikter på de ansatte mv. uten å gi rettigheter til private», er ikke forskrifter. ¹³³ Instruksen av 1822 vil med dagens ord best kunne kalles intern instruks eller reglement, som motsetning til lov og forskrift. Den var ikke bestemmende for privates rettigheter og plikter, og etablerte ikke rettsregler som kunne håndheves av borgerne for domstolene. ¹³⁴ Ikke før vedtakelsen av lov om offentlige anskaffelser av 27. november 1992, som trådte i kraft 1. januar 1994, ble anskaffelsesregler for statens innkjøp gitt i lovs form som ga rettigheter til leverandører som kunne håndheves ved domstolene. ¹³⁵

Brudd på 1822-instruksen kunne i prinsippet medføre tjenestereaksjoner, ¹³⁶ men jeg har ikke funnet eksempler på dette, ¹³⁷ noe som heller ikke er å forvente ettersom vedtaket bare anga et utgangspunkt om å bruke lisitasjon «saavidt muligt, og forsaavidt det maatte findes tjenligt for Staten». Det finnes like fullt eksempler på at embetsmenn misbrukte anskaffelser for egen vinning. I Hetting-saken fra Drammen hadde krigskommissær Hetting benyttet sitt oppsyn med statens kornmagasin i Drammen til å svindle staten for penger. Fremgangsmåten var å gjennomføre lisitasjoner på korn til magasinet, og i avtale med dem som fikk oppdraget, sørge for at staten ga full betaling mot færre tønner korn enn avtalt. ¹³⁸ Overskuddet ble etter sigende fordelt mellom de involverte. En rekke av Drammens sentrale personer ble dømt i saken, og tre valgte representanter til Stortinget i 1828 fikk sine verv suspendert som følge av dommen. ¹³⁹

¹²⁹ Christoffer C. Eriksen, «Forvaltningsrett som disiplin», i Geir Heivoll og Sverre Flaatten (red.), *Rettslige overgangsformer* politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling, Oslo 2017, side 177.

¹³⁰ 1927-forskriftene ble vedtatt ved kgl.res. 11. mars 1927, og beholdt tittelen fra 1899: «Forskrifter om bortsettelse av leveranser og arbeider for statens regning», se St. med. nr. 12 (1927). REFSA ble fattet ved kgl.res. 17. desember 1978. Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett. 1*, Bergen 1977, side 301, Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, Oslo 1982, side 550, og *Forvaltningsloven : kommentarutgave. Bind 2*, 1986, side 845–846.

¹³¹ Eckhoff (1982), side 550.

¹³² Simonsen (1997), side 516–517 med videre henvisninger, inkludert underinstansavgjørelser.

¹³³ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg., Oslo 2022, side 340.

¹³⁴ Frede Castberg, *Innledning til forvaltningsretten*, 1938, side 15: «Borgerne kan overfor forvaltningsorganene ved domstolenes hjelp kreve lovgivningen – i dette ords videste betydning – etterlevet. Men de har ikke noe krav på at forvaltningsorganene skal etterleve de instruks som er utferdiget av overordnede forvaltningsmyndigheter. Et forvaltningsorgans handling i strid med gjeldende instruks gir i og for seg ikke den private noe rettskrav.»

¹³⁵ NOU 2010: 2 side 29.

¹³⁶ Castberg (1938), side 14. Han skriver blant annet: «Blant annet kan instruksen tjene som grunnlag for lovbestemte straff for den tjenestemann som har overtrådt instruksens bestemmelser.»

¹³⁷ Men at embetsmenn misbrukte lisitasjoner, er det eksempler på, som Krigs-Commisair Hetting, «Commissions-Dom i Justitssagen imod Krigscommisair Hetting, med Flere : Afsagt paa Bragernæs Raadstue d. 28. Juni 1828», Drammen 1828.

¹³⁸ *Ibid.*, side 72–73.

¹³⁹ Per Otto Borgen, «Hettingsaken», i *Drammen Byleksikon*, 1. januar 2004 (hentet 31. desember 2021 fra <http://byleksikon.drkm.no/hettingsaken/>).

Da statsrevisjonen ut over på 1870-tallet begynte å kritisere offentlige organers innkjøpspraksis, dannet ikke instruksene grunnlag for kritikken.¹⁴⁰ Hvorvidt amtmannsrevisjonene kontrollerte etterlevelsen av instruksene for innkjøp på amtsnivå (fylkesnivå), er ukjent, men ettersom amtene utgjorde statens sivile forvaltningsområder, må en anta at instruksene gjaldt for amtenes innkjøp også.¹⁴¹

3 Formålene med lisitasjonsinstruksene

3.1 Formål: utgangspunkt i «Statens Tarv»

Begrunnelsen Stortinget selv ga i 1821 for anmodningsvedtaket om bruk av lisitasjon, var kort, men sier likevel en del om formålene. Begrunnelsen lød:¹⁴²

«Fremdeles har Stortinget troet, at burde gjøre D. K. M. oppmerksom paa, at det formodentlig bedst kan fremme Statens Tarv i det hele om dens Fornødenheder vorde anskaffede ved Licitation inden Riget.»

Denne korte begrunnelsen, så vel som vedtaket, understreker «Statens Tarv» og det som måtte være «tjenligt for Staten». Det var statens interesser vedtaket skulle ivareta. Verken vedtaket, Stortingets begrunnelse eller komitéene fremhevet at lisitasjon burde benyttes for å ivareta andre aktørers interesser: leverandørene, innkjøperne eller embetsmennene. At embetsmennene ikke skulle tilgodeses, støttes også av interessekampen mellom Stortinget og embetsmennene om sportler, som beskrevet i saken om Røros Kobberverk (punkt 2.1).

Leverandørene fikk ikke rettigheter etter instruksene. Instruksene hadde skjønsmessig, uforpliktende ordlyd, og ble gitt i instruksform. Det innholdsmessig mer vidtgående forslaget fra representant Young ble ikke vedtatt,¹⁴³ og heller ikke forslaget til Consul Madsen i 1827.¹⁴⁴

Verken komitéene eller stortingsetterretningene drøftet hvorfor instruksformen ble valgt, eller hvorfor ikke det mer vidtrekkende forslaget fra Young ble vedtatt. Vi kan i hvert fall anta at staten anså det som fordelaktig for dens eierforvaltning at reguleringen var uforpliktende, både formelt og materielt. At de norske anskaffelsesreglene ikke ga rettigheter til leverandørene før i 1994, støtter opp under at leverandørenes interesser ikke skulle ivaretas (nærmere i punkt 4). Dette støttes også av at, så vidt jeg har klart å bringe på det rene, det var ingen formuende privatpersoner eller foretak som den gang frivillig forpliktet seg rettslig til å følge et anskaffelsesregelverk som ga leverandører håndhevnbare rettigheter for innkjøperens regelbrudd. Dette gjelder ikke bare omkring 1821/1822, men frem til i dag,¹⁴⁵ og er en sterk presumpsjon for at forvaltere av formuesgoder, statlige som private, ikke anser det som gunstig for forvaltningen av midlene å gi rettigheter til leverandører som i dagens anskaffelsesregelverk (nærmere i punkt 6.3 **Error! Reference source not found.**).

3.2 Formål: merkantilisme og valutakontroll

I både Stortingets korte begrunnelse og i selve anmodningsvedtaket var det presisert at staten burde gjøre anskaffelser ved lisitasjon «her i Landet»/«Riget». Det ble ikke gitt noen nærmere begrunnelse av protokollkomitéen eller Stortinget for dette.

¹⁴⁰ Se særlig brev fra Statsrevisjonen til Stortinget, Dokument nr. 50 (1880) «Ang. Licitationsystemets anvendelse ved offentlige Anskaffelser», Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1880 Vol. 29 nr. 5 side 554 og «Vedtegninger til Udgiftsboken for 1873», 29de Post, i Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1876 Vol. 25. nr. 4 side 134.

¹⁴¹ Harald Espeli og Yngve Nilsen, *Riksrevisjonens historie 1816–2016*, Bergen 2015, side 45, hvor det heter at amtsformannskapenes revisjonsarbeid på 1800-tallet «er knapt undersøkt».

¹⁴² Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol 3 Nr. 5 side 343.

¹⁴³ J.B. Halvorsen og Halvdan Koht, *Norsk Forfatter-Lexikon 1814-1880*, bind 6, bokstav U til Ø, Kristiania 1908, side 704.

¹⁴⁴ Det er påfallende at alle de som på starten av 1800-tallet foreslo økt bruk av lisitasjon og auksjon, var forretningsmenn. I tillegg til Young og Madsen har vi et forslag fra Even Bernhard Stenersen (1821) og Ludvig Mariboe (1833), se «Hovedregister til Storthings-forhandlinger. 1814/70», side 30–31. Da problemet med lisitasjoner ble tatt opp igjen på 1870-tallet, var det også en kjøpmann som klaget, nemlig kjøpmann Berghaus i 1878, se «Hovedregister til Storthings-forhandlinger. 1871/91» side 39.

¹⁴⁵ Simonsen (1997), side 522, skriver at det er «betegnende at man tradisjonelt ikke har regulert rettsfølgende av regelbrudd» i prekontraktuelle avtaler, og at når «ansvarsspørsmålet først tas opp, vil det ofte være i form av en ansvarsfraskrivelse».

I lys av senere anskaffelsesregler er det nærliggende å anta at kjøp i riket skulle tilgodese nasjonalt næringsliv, men ikke på noe sted i forarbeidene er det fremhevet. På den annen side var det å kjøpe nasjonalt en sentral del av datidens samfunnsøkonomiske forestillinger. Selv om liberalistiske frihandelsidéer begynte å få fotfeste, særlig etter at Adam Smith og David Ricardo hadde utgitt sine hovedverker i henholdsvis 1776 og 1817,¹⁴⁶ var Norge på tidlig 1800-tall fortsatt langt på vei en proteksjonistisk og merkantilistisk økonomi, hvor handelsoverskudd mot utlandet var et sentralt mål.¹⁴⁷ Først på 1830-tallet, særlig etter Schweigaards avhandling «Indførselstollen og dens Historie» av 1833, fikk Norge et realpolitisk omslag i retning frihandel.¹⁴⁸ Hvis staten da i 1821 skulle foreta innkjøp fra utlandet, uten først å forsøke lisitasjon i Norge, ville det vært negativt for det merkantilistiske målet om positiv handelsbalanse. Vi kan på denne bakgrunn anta at å støtte en positiv handelsbalanse mot utlandet var et medvirkende formål.

Stortingsetterretningene for 1821 peker på det som var Stortingets viktigste poeng med lisitasjoner i landet/riket, nemlig at «Udredelse af Statsudgifter i fremmede Penge eller rede Sølv muligst undgikkes».¹⁴⁹ I Norge kunne kjøpene dekket med nasjonal valuta i stedet for utenlandsk valuta. Som nevnt var den nye nasjonens kanskje viktigste oppgave å bygge en fungerende statsøkonomi og å dekke krigsgjeld. Det var for å dekke krigsgjeld at Wedel-Jarlsberg hadde inngått i valutahandel, som endte med tap og riksrett. Ved anskaffelser i Norge kunne staten betale med norsk valuta, som de i prinsippet alltid kunne trykke opp mer av, og kunne unngå å bruke opp den dyrebare og begrensede mengden sølv og utenlandsk valuta.

3.3 Formål: dokumentasjon og overoppsyn med pengebruken

De utdannede herrene på Stortinget og i regjering var ikke naive med hensyn til misbruk av makt og offentlige midler. «[I]mellem Kjøbmandskab og Bedragerie ere ikke mange Skridt at gjøre», skrev Andreas Schytte i 1774.¹⁵⁰ Han var en sentral forfatter av kameralvitenskapen, som var den økonomiske og statsvitenskapelige lære som ble undervist i Danmark på denne tiden. I hans verk om kameralvitenskapen er et gjennomgående syn at det er fare for misbruk av midler: «Det er vanskelig at modstaae Guldets Magt: Øinene kan letteligen forblindes af de ædle Metallers Skin.»¹⁵¹

Stortinget var i den første perioden etter 1814 svært opptatt av åpenhet og kontroll med statens pengebruk, og tok grep både i lov og riksrett i sitt kontrollarbeid. Underslag av offentlige midler, eller «underslæb» som det ble omtalt tidligere, var blant annet direkte omtalt i grunnlovutkastet til Nicolai Wergeland (§ 46).¹⁵² Da Stortinget vedtok den første ansvarlighetsloven i 1828 om straff for Regjeringens, Stortingets og Høyesteretts medlemmer, ble det i § 2 a) gjort straffbart med utilbørlig anvendelse eller bestyrelse av statskassens inntekter. Det ble også straffbart å bruke midler til annet enn deres øyemed, jf. § 2 b).¹⁵³ I 1842, da den første straffeloven til slutt ble vedtatt, hadde den et eget kapittel 24 «Om Forbrydelser i Embedsførelse». De tre første riksrettssakene handlet alle om forskjellige former for misbruk av offentlige midler. De to riksrettssakene etter Wedel-Jarlsbergs vare- og valutahandler var mot Fasting og Collett, i henholdsvis 1821 og 1827. De gjaldt

¹⁴⁶ Henholdsvis Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, og David Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 1817.

¹⁴⁷ Eivind Thomassen, «merkantilismen», i *Store norske leksikon* på [snl.no](https://snl.no/merkantilismen) (hentet 6. januar 2021 fra <https://snl.no/merkantilismen>). Se også Amundsen (1963), side 13.

¹⁴⁸ Tore Jørgen Hanisch, *Norsk økonomisk politikk i det 20. århundre*, Kristiansand 1999, side 37. Schweigaard var ingen laissez-faire tilhenger, og støttet tiltak som oppfostringstoll. Schweigaard sa om den ytterliggående frihandelsteori: «Læren antager en saa kosmopolitisk Retning, at den hele Menneskeslægt betragtes som et eneste Samfund; men denne Forestillingsmaade kommer ideligen i Strid med en Virkelighed, der vil vedblive saalænge, som Menneskene ere afsondrede i særskilte politiske Samfund, d. v. s. saalænge som Menneskene ere til.» Amundsen (1963), side 13–15 og 27.

¹⁴⁹ Storthings-efterretninger : 1814-1833 (1874) side 154.

¹⁵⁰ Schytte (1774), side 20.

¹⁵¹ *Ibid.*, side 32.

¹⁵² «Riksforsamlingens forhandlinger. 3 : Grundlovutkast», Kristiania 1916, side 271. Wergelands utkast er blant utkastene som tillegges større historisk betydning, i og med at han var medlem av konstitusjonskomitéen.

¹⁵³ Et eksempel fra Tyskland som kunne blitt rammet av § 2b), ble omtalt i *Den Norske Rigstidende* 16. mars 1850. En ministerpresident hadde mottatt penger for å gjøre reparasjoner på sin embetsbolig. Det var penger til overs etter reparasjonene, og disse brukte han til å bygge et lysthus til embetsboligen. For dette måtte han trekke seg, da han ifølge *Rigstidende* ville blitt funnet skyldig og idømt en «vanærende straff».

at Fasting hadde mottatt dobbel lønn, og at Collett hadde betalt lønninger og pensjoner uten hensyn til vedtak fra Stortinget, samt bestilt skip uten Stortingets bevilling.¹⁵⁴ En annen side av kontrolltilnærmingen var at ved inndrivelsen av sølvskatt til etableringen av Norges Bank var det offentlighet om hvor mye hver enkelt måtte betale.¹⁵⁵

Om kontrollbehovet viste 1821-komiteén til «Vanskeligheden ved Statsregnskabets Documentation» og «Anledningen til skjæve Domme om Størrelsen af de i denne Anledning anførte Udgivts- og Indtægtsposter» (sitert ovenfor i punkt 2.3). Slike dokumentasjonsvansker ble drøftet grundigere av komiteén i 1818. Uttalelsene derfra er særlig interessante fordi komiteén tydeligere argumenterer for at fravær av gjennomsiktighet er problematisk fra et kontrollperspektiv, og samtidig argumenterer for at auksjon vil avhjelpe dette. 1818-komiteén skrev at det neppe var i tråd med Grunnlovens «Bud om Regnskab for Anvendelsen av Statsindtægterne, at realisere den Deel av disse, som anvises in natura, paa anden Maade end ved offentlige Auction, i al Fald ikke for Statens Resico at sende den til Udlandet».¹⁵⁶ Videre skrev komiteén at underhåndssalg av varer til utlandet av departementet selv, uten bruk av auksjon, «synes altsaa at stride imod hensigten av Grundlovens Bestemmelse om Stats-Regnskabs Aflæggelse».¹⁵⁷ Komiteén skrev:

«Naar Regjeringen underhaanden forhandler saadanne Varer, da bliver det juridiske Beviis for hvad de ere udbragte til, høist vanskeligt at præstere saaledes som det dog maa forudsættes, naar, efter Nationens nærværende Statsforfatning, et Statsregnskab dermed ordentlig skal documenteres; og dog er det upaatvivleligt ligesaa vigtigt for Regjeringen selv, som for Nationen, ved Statsindtægternes Forvaltning at bruge en saadan Fremgangsmaade, der er fuldkommen skikket til a rydde af Veien enhver Anledning til Tvivl om Statsregnskabernes Nøiaktighed.»

Komiteén fremhevet altså at ved underhåndssalg ble det vanskelig å legge frem «juridiske Beviis» for hva varene var solgt for, og at auksjon var en fremgangsmåte som ville avhjelpe dokumentasjonsvanskene. I dag er det ikke like opplagt at en auksjon ville sikre etterprøvbarhet, men auksjon (og lisitasjon) var den gang regulert og i utgangspunktet forbeholdt auksjons- og lisitasjonsvesenets embetsmenn (punkt 2.1). Auksjonene og lisitasjonene hadde altså de fordeler at det var uhildede tredjemenn som holdt auksjonene, de var åpne og etterprøvbare, særlig ved at det ble ført protokoll. Auksjoner ga «juridiske Beviis» for salgssummene.¹⁵⁸ Argumentasjonen understrekte også at statsinntektenes forvaltning var viktig for regjeringen selv, og siktet antagelig til regjeringens interesse i å ha kontroll med sine innkjøpere («third party»).

Var disse synspunktene i 1818-komiteén også motiverende for 1821-komiteén og Stortinget? Mens 1818-komiteén argumenterte for at det neppe var i tråd med reglene for statsregnskapet å selge varer «paa anden Maade end ved offentlige Auction», var ikke 1821-komiteén like tydelig, verken på at det rettslige grunnlaget bare var reglene for statsregnskapet, altså Grl. § 75 k), eller på at det kunne utledes en plikt til lisitasjon fra Grunnloven. Komiteén i 1821 formulerte seg slik i en form for oppsummering:¹⁵⁹

«[O]mendskjønt det vanskelig skal kunne siges at nogen bestemt Artikkel i Rigets Grundlov ved denne Departements Fremgangsmaade directe er overtraadt, saa synes det dog at stride saa meget imod Statens Værdighed, imod den nærværende Statsindretnings Natur, og imod Lovene for al anden offentlig Forvaltning, samt Regnskabs Aflæggelse og Overopsynet dermed, at det ikke kan skjønnes at være lovforsvarligt, allerhelst da det medfører betydelig Resico og Tab for Staten.»

¹⁵⁴ Stortinget.no, «Riksrettssakene under Carl Johan». Hentet den 6. januar 2021 fra <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Historikk/riksrett/riksrett-underside/>. Se også Odd Arvid Storsveen, «Jonas Collett - 1772–1851», i *Norsk biografisk leksikon* på snl.no (hentet 24. oktober 2022 fra https://nbl.snl.no/Jonas_Collett_-_1772%E2%80%931851).

¹⁵⁵ Einar Lie, *Norges bank: 1816-2016*, Bergen 2016, side 50 flg.

¹⁵⁶ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1818 Vol. 2 Nr. 6 side 454–455.

¹⁵⁷ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1818 Vol. 2 Nr. 6 side 453–454.

¹⁵⁸ Tilsvarende Justiskomiteén i 1869: «at Alt gaar ordentligt og redeligt til [...] og som afskjærer al senere Tvist om hvem der har faaet Tilslag samt paa hvilke Ting og til hvad Pris», Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1868/1869 Vol. 19 Nr. 9 side 645.

¹⁵⁹ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol. 3 Nr. 5 side 520.

1821-komiteéns henvisning til «Regnskabs Aflæggelse og Overopsynet dermed» må forstås å sikte til kontroll og dokumentasjon. Dette taler for at lisitasjonsvedtaket hadde til formål å sikre kontroll med pengebruken, blant annet ved den offentlighet og etterprøvnbarhet som lisitasjonsformen ga, slik 1818-komiteén hadde argumentert med for auksjonens vedkommende.

Dette svekkes likevel av at Stortinget endte opp med bare å fatte anmodningsvedtak om lisitasjon, ikke også om auksjon. Stortinget gir ingen forklaring på dette, noe som er merkelig i lys av at kjøpmann Young hadde fremmet et forslag til Odelstinget i 1821 om anmodningsvedtak både om bruk av lisitasjon ved kjøp og auksjon ved salg.¹⁶⁰ At Stortinget valgte ikke å anmode om bruk av auksjon, kan tilsa varsomhet med å trekke den slutning at 1818-komiteéns begrunnelser som ble gitt for at auksjon kunne avhjelpe kontrollvansker, også inngikk som begrunnelse for at lisitasjon kunne avhjelpe kontrollvansker. Jeg mener likevel at man ut fra det ovenfor gjennomgatte fra komitéene i 1818 og 1821 kan trekke en slik slutning. Jeg legger da særlig vekt på 1821-komiteéns egne betoning av dokumentasjon og «Overopsynet dermed», lisitasjonens alminnelige funksjoner, og at 1821-komiteén skrev at forskjellige kontrollsynspunkter fra 1818-komiteén på varehandel var «ligesaa anvendeligt paa Vexelhandel».

På denne bakgrunn må det konkluderes med at et formål med Stortingets anmodningsvedtak om å bruke lisitasjon var å bedre kontrollen med at statens midler ble rettmessig forvaltet, og at lisitasjonsformen kunne bedre kontrollen gjennom etterprøvnbarhet. Det er verdt å merke seg at komitééns argumentasjon rettet seg mot å sikre etterprøvnbarhet av foretatte innkjøp heller enn å sikre næringslivet åpenhet om kontraktsmuligheter (se nærmere om utviklingen her i punkt 6).

Hvorvidt dette kontrollmomentet også motiverte regjeringen og kongen, er vanskeligere å svare på, men også kongen og regjeringen hadde interesse av kontroll med pengebruken til statens innkjøpere, som fremhevet av 1818-komiteén.¹⁶¹ At Kongen i statsråd direkte fulgte opp anmodningsvedtaket, og ifølge Stortingets protokollvedlegg i 1833 fulgte opp i praksis, tilsier at kontroll også var et formål med den kongelige instruks.

3.4 Formål: «Statens Værdighed»

Man kan spørre om lisitasjonsformen bare skulle sikre kontroll og etterprøvnbarhet med at penger ikke ble underslått eller sløst bort. Komiteéene anla et bredere perspektiv. I 1818 skrev komitéén som sitert at det er like viktig for regjeringen selv som for nasjonen at forvaltningen av statsinntektene burde skje ved en fremgangsmåte som «er fuldkommen skikket til a rydde af Veien enhver Anledning til Tvivl om Statsregnskabernes Nøiaktighed». 1821-komiteén fremhevet at underhåndssalgene og -kjøpene stred mot «Statens Værdighed, imod den nærværende Statsindretnings Natur, og imod Lovene for al anden offentlig Forvaltning». Begge uttalelsene vitner om at den form for underhåndssalg og -kjøp ikke bare ble ansett som økonomisk ufornuftig eller skapte faktisk tvil om priser, men at fremgangsmåten ikke nådde opp til noen forutsatte forfatnings- og/eller forvaltningsmessige idealer. Disse idealene er upresise, men at statens håndtering av penger – ved salg eller kjøp – ikke bør gi «Anledning til Tvivl», tyder på at det i hvert fall var en tanke om å sikre tilliten til at statens penger ble brukt på ordentlig vis. Å fremheve «Statens Værdighed» minner også om dagens formål i loa. § 1 om «å bidra til at det offentlige opptrer med integritet».

3.5 Formål: begrense risiko for tap og ressurseffektivitet?

Å redusere risiko for tap var fremhevet av komitéene både i 1818 og 1821, og kan ha vært et formål med lisitasjonsvedtaket. Både 1818- og 1821-komiteén omtaler det imidlertid primært i sammenheng med varesalget, ikke valutakjøpet. 1821-komiteén fremholdt at det var problematisk at staten tok kredittrisiko ved valutakjøpet, men ikke at anskaffelser underhånden økte risikoen for tap.¹⁶² Jeg har ikke funnet holdepunkter i forarbeidene for at kredittrisiko skulle avhjelpes ved å innføre et utgangspunkt om å bruke lisitasjon i Norge,

¹⁶⁰ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol. 3 Nr. 1 side 199.

¹⁶¹ Dette er fremhevet i riksrettssaken mot Wedel-Jarlsberg av hans forsvarer, som bl.a. uttalte: «Om og hvorvidt den, der har udstædt Attester eller Qvitteringer, har begaaet Svig og sagt Usandhed, er det som oftest umuligt at erfare. Det paaligger imidlertid de overordnede Embedsmænd dermed at føre alt muligt Tilsyn, og, naar Uorden opdages, at drage Vedkommende til Ansvar», se Efterretninger (1822) side 136.

¹⁶² Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol. 3 Nr. 5 side 518 og Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1818 Vol. 2 Nr. 6 side 451.

selv om det vel kan tenkes at innenlands handel ble ansett som mindre risikabel enn handel over landegrensene.

Nær knyttet til å redusere risikoen for tap er å redusere risikoen for å betale mer enn man behøver. Selv om komitéene faktisk ikke omtaler direkte at auksjon og lisitasjon kan gi besparelser, var de opptatt av at departementets egenhandel ikke var økonomisk gunstig. Komitéen i 1818 la ikke noe særlig imellom.¹⁶³ Først konstaterte komitéen at regjeringen neppe kan anses for å ha kunnskaper som en «Handelsmand af Profesion», og «følgelig kan det heller ikke i Almindelighed forudsættes, at Handels-Entrepriser for Statscassens Regning, foretagne av Statsraadet, skal medføre Fordel for Staten». Komitéen i 1821 uttalte seg tilsvarende, men litt rundere i formen.¹⁶⁴ At man skulle sikre gode priser, støttes også av at lisitasjonsformen den gang, som anbudskonkurranser i dag, ble ansett som en måte å oppnå lave priser på.¹⁶⁵ Til tross for at det ikke uttales i klartekst, mener jeg det kan konkluderes med at et formål med lisitasjonsvedtakene var å sørge for bedre priser. Dette var imidlertid lite fremtredende.

Vel så fremtredende var det å unngå unødig ressursbruk ved å avholde lisitasjoner som ikke kunne forventes å gi noe avkastning i lavere priser. Dette ble påpekt i riksrettssaken mot Wedel-Jarlsberg, hvor hans forsvarer uttalte:¹⁶⁶

«Enhver Mand, der har nogen Erfaring om, hvorledes det ofte gaaer til ved Auctioner og Licitationer, og der kjender, hvor liden Concurrence der i dette Land i Almindelighed finder Sted ved saadanne Leiligheder, vil sikkerligen være enig i, at det vilde i høi Grad være skadeligt for det Offentlige, om Auctioner og Licitationer bleve ufravigeligen foreskrevne under alle Omstændigheder.»

Noe vedtak med slikt innhold fattet ikke Stortinget eller kongen, og de mer ytterliggående forslagene på både 1820- og 1830-tallet ble ikke vedtatt. Instruksen var innrettet mot å ivareta statens tarv og skulle ikke legge bånd på statens frihet i relasjon til leverandørene, verken ved å gi leverandører rettigheter eller ved å binde statens innkjøpere til bestemte regler om anskaffelsesform. Et viktig formål med denne fleksibiliteten for staten handlet om effektive anskaffelsesprosesser, herunder raske anskaffelsesprosesser med lave kostnader for innkjøper. Å avholde lisitasjoner (eller andre umiddelbare tevlinger) med én deltaker gir ingen besparelser, og skaper bare unødvendig forsinkelse og administrative byrder. Vi så ovenfor Justiskomitéens kritikk av embetsmenns overdrevne innkjøp av plakater. I tillegg skulle embetsmennene ha sportler ved lisitasjoner, som var en kostnad ved innkjøpsformen. Denne kostnadssiden av formålet om ressurseffektivitet må forstås som å ha vært et viktig formål med instruksen, noe som også underbygges av senere regelverk, se nærmere i punkt 6.

3.6 Formål: begrense egenregi innen handel?

Statens rolle i handel ble et tema for komitéene og i debatten i Stortinget.¹⁶⁷ Komitéen foreslo som nevnt at ved behov for fremmed valuta eller sølv for å betale for innkjøp måtte valutaen/sølvet skaffes av bankbestyrelsen mot sedvanlig betaling. Videre argumenterte komitéen for å bruke handelsmenn «af Profesion» fordi disse hadde kunnskaper staten manglet. Her ser vi at diskusjonen ikke bare handlet om *hvordan* staten skulle kjøpe, men *hva* staten skulle kjøpe – altså et spørsmål om hva staten burde gjøre i egenregi, og hva staten burde overlate til private å gjøre for staten. 1821-komitéen skrev:¹⁶⁸

«Magasinernes forsyning, og Indkjøb til Uldmanufacturet, eller til Armeens og Flaades Forsyning kunde og burde vel skje af Entrepreneurer efter Licitation, dersom der av forrige og nærværende Committee

¹⁶³ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1818 Vol. 2 Nr. 6 side 452.

¹⁶⁴ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol. 3 Nr. 5 side 516.

¹⁶⁵ Se eksempel i note 166. Se også Anders Sandøe Ørsted, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed: med stadigt Hensyn til afdøde Statsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog*, 6. bind, 1835, side 577, hvor «Lettelse af Udgifterne» nevnes som effekt av lisitasjon. Et annet eksempel gis i Dahle (1894), side 290, som skriver at Røros Kobberverks direktør i 1797 gikk inn for at lisitasjon som hovedregel skulle brukes for å få prisene ned. Atter et eksempel er Jacob Mandix, *Om det danske Kammervæsen*, 1820, side 157–158. Her omtales at amtene (i Danmark) skulle gjøre årlige overslag over vedlikeholdskostnader for broer, og at reparasjonene skulle anskaffes ved lisitasjon under ett.

¹⁶⁶ Efterretninger (1822) side 134.

¹⁶⁷ Storthings-efterretninger : 1814–1833 (1874) side 154.

¹⁶⁸ Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1821 Vol. 3 Nr. 5 side 518. Sitatet fremstår nesten som et malapropos.

udviklede Princip, at Finants-Departementet ei bør drive nogen Handel for Statscassens Regning, ellers finder Biflad.»

Slik jeg tolker dette, mente komitéen at som «Princip» burde ikke departementet drive med handel selv, og komitéens slutning fra dette prinsipp var at innkjøp av de omtalte varer burde gjøres «af Entrepreneurer efter Licitation». Staten burde ikke handle direkte med produsenter, men la næringsrivende skaffe varer på vegne av staten, og hvor valg av næringsdrivende skulle skje på bakgrunn av lisitasjon. I dag: Ikke kjøp IT-utstyr direkte fra HP og Apple, men avhold lisitasjon mellom forhandlere av IT-utstyr som vet hva de driver med.

Datidens syn på handel gir støtte til motstand mot handel i egenregi. De liberalistiske idéene tilsa at staten ikke skulle blande seg unødig inn i økonomien, men gi plass til individets drivkraft. Disse idéene hadde nok særlig gjenklang hos mennene som dominerte statsstyret på tidlig 1800-tall.¹⁶⁹ Å være handelsmann var en privilegert profesjon. Først med handelsloven av 1842 ble det etablert som hovedregel at enhver kunne drive handel, noe som tidligere hadde vært forbeholdt tillatelser og underlagt en rekke begrensninger.¹⁷⁰ Institusjonelle forhold kan også være med på å forklare Stortingets syn om at departementene ikke selv burde handle for statskassens regning, men heller benytte seg av næringslivet. I 1821 var staten ny og liten og hadde verken rolle som næringslivsaktør eller velferdsstat som i dag.¹⁷¹ Når Stortinget argumenterte for å begrense statsrådenes opprettelse av vekselkontor for å drive valutahandel, og statsrådenes underhåndssalg av varer direkte til utlandet, så var det argumenter mot nye aktiviteter, av et nytt statsorgan, i en ny statsforfatning. Sån sett kan kanskje Stortingets reaksjoner også forstås som motstand mot at kongen og regjeringen tok til seg oppgaver som kunne gi makt.

Stortingets forslag om at valuta-/sølvkjøp skulle skje gjennom bankvesenet, ble imidlertid ikke vedtatt av Stortinget. Lisitasjonsinstruksen inneholdt heller ingen mer spesifikk angivelse av at staten måtte overlate anskaffelser til handelsmenn av profesjon som kunne forestå anskaffelsene på vegne av staten. Selv om det var en motvilje i Stortinget mot at staten selv skulle stå for slike anskaffelser, kom ikke dette til uttrykk i selve lisitasjonsinstruksen. Selve lisitasjonsinstruksen kan altså ikke forstås som å ha hatt til formål å begrense statlig egenregi innen handel. Det samtidige vedtaket om å nedlegge vekselkontoret var imidlertid motivert av et slikt formål.

3.7 Formålene oppsummert

Kongens lisitasjonsinstruks av 1822 hadde flere formål. Formålene som begrunnet at man fattet en lisitasjonsinstruks, var for det første å bedre Stortingets og utøvende makts kontroll med offentlig pengebruk, særlig gjennom den etterprøvbarehet som lisitasjonsformen ga. For det andre skulle lisitasjon også støtte opp under uspesifiserte moralske idealer for statsstyret – «Statens Værdighed» – hvor et element var allmenn tillit til pengebruken. For det tredje hadde vedtaket om lisitasjon i Norge til formål å begrense behovet for utenlandsk valuta/sølv til kjøp fra utlandet. I tillegg var det et formål med opphevelsen av vekselkontoret å begrense statlige handelsaktiviteter i egenregi, men dette var ikke et formål med lisitasjonsinstruksen.

Kanskje det aller viktigste hensynet ved vedtakelsen av lisitasjonsinstruksen var imidlertid et som talte mot en for vidtrekkende instruks, nemlig å ivareta det som var tjenlig for staten som eier og forvalter av penger. Selv om man tenkte at lisitasjon kunne bidra til å dekke statens behov på best mulig vilkår, var dette i beste fall et utgangspunkt. Viktigere var det at instruksen ikke skulle ilegge unødvendige økonomiske og administrative byrder ved innkjøp. Med dagens ord var ressurseffektivitet ikke en begrunnelse for at instruksen ble vedtatt, men for at instruksen gikk kort i å pålegge innkjøpere plikter. I vektingen av formålene var kontroll det mest sentrale, dernest fleksibilitet for staten og valutakontroll.

Stikkordsmessig kan dette oppsummeres med den tredelingen av formål med nasjonale anskaffelsesregelverk som vi så i punkt 1.3: ressurseffektivitet, integritet og politiske mål. Gjennomgangen av 1822-instruksen underbygger at denne kategoriseringen av formål med nasjonale anskaffelsesregelverk er god, om enn noe grov. Vi ser også at instruksen skulle ivareta statens interesser både som innkjøper og som myndighet. Til

¹⁶⁹ Amundsen (1963), side 13.

¹⁷⁰ Sigurd Østrem, *Offentlig forvaltning og næringslivet i Norge*, Oslo 1926, side 31.

¹⁷¹ Selv om det ble drevet næringsvirksomhet i statlig regi den gang også, som gruve- og skogsdrift.

sammenligning ble det i Danmark først mot slutten av 1800-tallet argumentert for at offentlig lisitasjon skulle brukes til også å ivareta statens ansvar og interesser som myndighet, ikke bare statens interesser som kjøper.¹⁷²

DEL II – HISTORISK UTVIKLING AV VIRKEMIDLER OG FORMÅL

4 Regelverkets rettslige form – instruks eller rettigheter for leverandører

4.1 Innledning

Som vi skal se, har flere sider ved anskaffelsesregelverkernes virkemidler og formål vært konsistente over tid. Regelverkene har alltid tatt hensyn til ressurseffektivitet, integritet og andre næringspolitiske målsettinger. I tillegg har alle regelverk måttet vekte hensynene til staten på den ene side og leverandørene på den andre. Vektingen av hensynene har imidlertid utviklet seg. Det samme har forståelsen av samspillet mellom regelverkets virkemidler, dets håndheving, og formålene politikerne har søkt å oppnå med regelverket. Det er bare gjennom å forstå regelverkets virkemidler og håndheving av regelbrudd at man kan få en realistisk oppfatning av politikernes vektlegging av forskjellige formål med regelverket. Det siste punktet – 6.3 om formålet ressurseffektivitet – vil derfor i sterkest grad forsøke å vise formålets relative vekt. Før det ser vi på utviklingen i regelverkets rettslige form, dets virkemidler, og de to formålene integritet og næringspolitikk.

4.2 Instruks eller lov

Lisitasjonsvedtaket var en intern instruks, og norske regler om lisitasjon og anbudskonkurranser forble interne reglementer og instruksjoner frem til EØS-avtalens ikrafttredelse. Reglene ga ikke rettigheter til forbigåtte leverandører, som kunne håndheves for domstolene. Slik var det også i Sverige og Danmark. Sverige fikk et rettighetsbasert regelverk via EØS-avtalen (i den korte perioden frem til Sverige ble EU-medlem).¹⁷³ Danmark ble EU-medlem i 1973 og fikk rettighetsbaserte lovregler gjennom EU-rettens utvikling fra 1970-tallet og utover,¹⁷⁴ se nærmere i punkt 4.3.

At anskaffelsesregelverket har vært gitt som instruks, har jevnlig blitt kritisert og diskutert. Et tidlig eksempel var at Horten Verft hadde leid hester av verftssjefen, noe som ledet til kritisk omtale i Morgenbladet i 1841 om at det var betalt overpris.¹⁷⁵ Omtalen avstedkom et senere innlegg i avisen hvor innsenderen løftet frem leverandørens rettsløshet i møte med lisitasjonene.¹⁷⁶ Han beklaget at kommisjonenes bedømmelse av kvaliteten på de tilbudte varer bestod av «Vilkaarlighed og Ensidedighed», og kunne være preget av fordommer, som at østersjøtømmer skulle være av bedre kvalitet enn norsk. Videre mente han at leverandørene burde ha rett til å overvære bedømmelsen, og at leverandørene «retfærdigviis» burde ha rett til å kreve «Overskjøn, bestaaende av duelige og skjønnsomme Mænd» med fagkunnskap om den aktuelle varen.

Statsrevisjonen problematiserte fra 1870-årene og utover stadig oftere statens anskaffelsespraksis.¹⁷⁷ I 1879 anmodet Odelstinget regjeringen om å vurdere å foreslå en lov om offentlige anskaffelser, begrunnet i behovet for «fornøden kontrol» og «Sikkerhed for at faa de bedste Varer for den billigste Pris».¹⁷⁸ Den umiddelbare foranledningen var en klage fra en kjøpmann Berghaus som mente seg urettmessig forbigått ved innkjøp av blanketter til Telegrafverket.¹⁷⁹ Statsrevisjonen ba så i 1880 Stortinget om at «Licitationsystemets

¹⁷² Andersen (1997), kap. 3 og 4. Andersen sporer det danske fokuset på best innkjøp for innkjøperen tilbake til Christian IVs forordning av 12. september 1621 som bestemte at kirkens innkjøp skulle gjøres for «beste kjøb», se side 131, se også Pedersen (1955), s. 22.

¹⁷³ SOU 2001: 31 Mera värde för pengarna, side 71 flg., og Helena Rosén Andersson mfl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Stockholm 2020, 3. utg., side 41 flg.

¹⁷⁴ Jens Fejø & Steen Treumer, *EU's Udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden*, København 2006, s. 136, og Arrowsmith og Davies (1998), side 12.

¹⁷⁵ Morgenbladet 28. september 1841 nr. 271 side 2–3.

¹⁷⁶ Morgenbladet 25. februar 1842 No. 56 side 2–3.

¹⁷⁷ Se særlig brev fra Statsrevisjonen til Stortinget, Dokument nr. 50 (1880) «Ang. Licitationsystemets anvendelse ved offentlige Anskaffelser», i Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1880 Vol. 29 nr. 5 (upaginert) og «Vedtegninger til Udgiftsboken for 1873», 29de Post, i Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1876 Vol. 25. nr. 4 (upaginert).

¹⁷⁸ Stortingstidende No. 110 1879, inntatt i *Stortingstidende 1879 - Forhandlinger i Odelstinget*, 1879, side 873–874.

¹⁷⁹ Innstillingen fra Jernbanekomiteén beskriver klagen i detalj, se Stortingsforhandlinger (ib. utg.) 1879 vol. 28 nr. 6 side 173.

Anvendelse» burde midlertidig settes i verk i påvente av utredningen av en anskaffelseslov.¹⁸⁰ Stortinget var enig i at «Systemets anvendelse» ville gi «størst mulig Betryggelse», og anmodet regjeringen om å «anvende Licitation eller Anbud, hvor ikke særlige Omstendigheder derfor maatte være til Hinder».¹⁸¹ Stortinget ville imidlertid ikke vedta noen lov med pliktige regler før dette var nærmere utredet. Regjeringen henstilte til departementene om å overveie å «anvende offentlig Konkurrance – Licitation eller Anbud» for innkjøp av varer eller arbeider.¹⁸² Dette var, som 1822-instruksen, en intern instruks som i sitt innhold også overlot frihet til innkjøperne.

Indredepartementet konkluderte i sin utredning i 1881 med at det ikke burde vedtas noen lov om anskaffelser, og departementet foreslo heller ingen retningslinjer for statens anskaffelser.¹⁸³ Havnesjefen oppsummerte sitt syn på en lovfestet lisitasjons-/anbudsplikt slik i et brev til Marinedepartementet:¹⁸⁴

«Jeg har altsaa den Mening, at forøget Arbeide, Besvær, Omsvøb og Resico ved Forberedelser, Afslutning og Modtagelse ikke for Havnevæsenets Forhold paa langt nær vil kunne oppveies ved den tvilsomme større Sikkerhed for billigste Pris (men i Regelen slettere Vare).»

I 1880 fikk Havnesjefens syn gjennomslag. Departementets vurdering var at det normalt ikke var økonomisk gunstig for staten å benytte åpen konkurranse (tevling).¹⁸⁵ Innvendingen mot lovfesting var altså først og fremst begrunnet i at virkemiddelet som Statsrevisjonen ønsket tatt i bruk – anbud og lisitasjoner – ikke var ressurseffektivt. Indredepartementet foreslo ingen lov om offentlige anskaffelser, og heller ikke reglementer som foreskrev mer bruk av tevlinger.¹⁸⁶

Stortinget og regjeringen lot saken ligge frem til Statsrevisjonen på ny tok opp kritikken i 1890, og Stortinget ba om at regjeringen så på muligheten for å utarbeide en felles «reglementarisk Ordning» i stedet for lov.¹⁸⁷ Etter en noe treg saksbehandling vedtok kongen i 1899 mer detaljerte regler om offentlige innkjøp.¹⁸⁸ Regelverket fra 1899 fikk tittelen «Forskrifter om Bortsættelse af Leverancer og Arbeider for Statens Regning», men departementet omtalte det som «Reglement».¹⁸⁹ Et argument for at reglene i 1899 ikke skulle vedtas som bindende lovregler, var at lovsformen «vilde i væsentlig Grad besværliggjøre Adgangen til Modifikationer og Tillempninger efter vexlende Omstendigheder og Forhold».¹⁹⁰ Lov ville ikke «levne Administrationen den fornødne Frihed» til å velge andre fremgangsmåter enn de lovbestede.¹⁹¹ Til tross for at regelverket var titulert «forskrifter» var det, med dagens terminologi, å anse som et internt reglement.

Regelverket ble revidert i 1927. Regjeringen foreslo å beholde instruks-/reglementsformen, og det ble ingen debatt om reglene burde gis i lovs form. Regelverket beholdt likevel «forskrift» i tittelen. Komitéen på Stortinget understreket behovet for fleksibilitet for staten, fordi «[f]ormålet er nemlig [...] ikke bare å opnå de billigste priser, men også gode varer og godt arbeide». Derfor måtte staten «i ethvert tilfelle» kunne velge «den

¹⁸⁰ Sth. Prp. No 31 (1881) side 2 andre spalte, inntatt i Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1881 Vol. 30 Nr. 2b.

¹⁸¹ Indst. S. No. 133 (1880), inntatt i Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1880 Vol. 29 Nr. 6.

¹⁸² Sth. Prp. No 31 (1881) side 3.

¹⁸³ Sth. Prp. No 31 (1881) side 20.

¹⁸⁴ Sth. Prp. No. 31 (1881) side 50.

¹⁸⁵ Sth. Prp. No. 31 (1881) side 18.

¹⁸⁶ Sth. Prp. No. 31 (1881) side 20.

¹⁸⁷ *Departements-Tidende* 17. mai 1900, 72. årg. nr. 20, side 307–309, inntatt *Departements-Tidende* 1900 Vol. 72 side 305–320.

¹⁸⁸ 1899-regelverket er inntatt i P.I. Paulsen, J.E. Thomle, C.S. Thomle, *Almindelig norsk lovsamling*, 5. bind, 1895–1899, Kristiania 1907, s. 1236 flg. Departementets merknader til bestemmelsene finnes i *Departements-Tidende*, 1900 Vol. 72, side 305 flg.

¹⁸⁹ *Departements-Tidende* 31. mai 1900, 72. årg. nr. 22 side 337, inntatt i *Departements-Tidende*. 1900 Vol. 72» side 337–352.

¹⁹⁰ Sth. Prp. No 31 (1881) side 20.

¹⁹¹ *Departements-Tidende* 17. mai 1900, 72. årg. nr. 20 side 309–310.

fremgangsmåte som på den for staten mest betryggende måte fører til målet».¹⁹² At regelverket var fleksibelt for staten i relasjon til leverandørene, støttes av at det nærmest aldri ble fremmet søksmål for brudd på anskaffelsesreglene. Et sjeldent eksempel på et søksmål fra en leverandør har vi fra Moss Herredsrett i 1938.¹⁹³ Saksøker var en lokal entreprenør som hadde inngitt laveste bud på å bygge ny avdeling til Veum Sinnsykeasyl. Entreprenøren hevdet at oppdragsgiver var uberettiget til å inngå kontrakt med tilbyderen med nest lavest bud. Rettens flertall kom til at det ikke gjaldt noen forpliktelse til å anta det laveste budet. Mindretallet, en byggmester, mente det måtte fremføres holdbare grunner for å anta det dyrere budet, noe han mente ikke var tilfellet i saken.

Etter 2. verdenskrig ble det i akademisk debatt reist kritikk mot den uforpliktende reguleringen av offentlige anskaffelser i lys av rettsstatlige og forvaltningsrettslige idealer, som likebehandling og forutberegnelighet, men dette ledet heller ikke til at staten ville gi private leverandører rettigheter.¹⁹⁴ I løpet av 1970-tallet ble anskaffelsesregelverket grundig utredet i NOU 1972: 19 «Statens innkjøp» og NOU 1975: 9 «Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet». Sistnevnte dannet grunnlaget for et nytt regelverk som ble vedtatt i 1978, siden omtalt med korttittelen REFSA, som stod for regelverket for statens anskaffelsesvirksomhet. Den formelle tittelen var imidlertid «Forskrifter for kjøp av varer og tjenester til staten».¹⁹⁵ Det ble samtidig vedtatt et tilsvarende reglement for bygg- og anleggsarbeider, gjerne kalt entrepriseforskriftene.¹⁹⁶ Til tross for titlene var også dette regelverket interne reglementer. Kanskje var det også derfor 1978-regelverket ble benevnt som regelverk, ikke med sin misvisende forskriftstittel.

Ved utarbeidelsen av 1978-regelverket diskuterte utvalget om lovsformen burde brukes, og viste til at man pleide å skille mellom (1) regler som regulerte rettsforholdet mellom det offentlige og borgerne, og (2) regler som tilrettela virksomheten internt innen forvaltningen.¹⁹⁷ Førstnevnte kategori burde gis ved lov, og sistnevnte som instruks. Utvalget anså anskaffelsesreglene for å være i andre kategori, til tross for at utvalget var tydelige på at staten også hadde et visst ansvar for også å ivareta leverandørens rettssikkerhet og likebehandling.¹⁹⁸ Regelverket var ikke først og fremst til for å regulere forholdet mellom leverandørene og staten, men for å internregulere forvaltningen og tjenestemennenes adferd til det beste for staten. Utvalget konkluderte at «det mest hensiktsmessige vil være å gi reglene ved kongelig resolusjon»,¹⁹⁹ og slik ble det.

4.3 Håndheving. Rettigheter eller retningslinjer

Fra 1822 hadde forbigåtte leverandører måttet ta til takke med andre kanaler enn rettsapparatet for å forsøke å få gjennomslag, som avisinnlegg, anmodning til Stortinget, uformelle klager til forvaltningen eller klage til Sivilombudsmannen.²⁰⁰ Riksrevisjonen drev ikke formell klagebehandling, men førte også kontroll.²⁰¹ Regelverket endret karakter ved ikrafttredelsen av EØS-rettens regler om offentlige anskaffelser i lov om offentlige anskaffelser av 27. november 1992, som trådte i kraft 1. januar 1994.²⁰² For å oppfylle forpliktelsene etter EU/EØS-retten måtte anskaffelsesreglene gis som lov, og med rettigheter til leverandørene som kunne

¹⁹² St. med. nr. 12 (1927) side 3–4: «Senere hadde imidlertid den opfatning mer og mer gjort seg gjeldende, at bestemmelser av denne art ikke egner seg til å innrammes i lovgivningens snevrere former [...]. K o m i t e e n slutter seg til denne opfatning.»

¹⁹³ Dommen er inntatt i sin helhet i Pedersen (1955), side 54–60. Simonsen (1997), side 517, viser til enkelte senere eksempler.

¹⁹⁴ NOU 2010: 2 side 29. Se også Arvid Frihagen, *Forvaltningsloven : kommentarutgave. Bind 2*, Oslo 1986, side 846 med videre henvisninger, som viser at det var en diskusjon om visse brudd kunne gi private krav på erstatning. Noen slike saker synes imidlertid ikke å ha nådd frem i domstolene. Se også Tore Sandvik, «Enkelte spørsmål ved anbudskonkurranse», i Selmer (red.), *Nordisk gjenklang: festskrift til Carl Jacob Arnholm*, Oslo 1969, side 485–499.

¹⁹⁵ Benevnelsen kom kanskje fra tittelen på NOU 1975: 9 «Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet mv».

¹⁹⁶ Kgl.res. 17. mars 1978, «Forskrifter for kontrahering av bygg- og anleggsarbeider til staten», nærmere omtalt i Arvid Frihagen og Bjørn Aakre, *Entrepriseinstruks for kommune og fylkeskommune*, Bergen 1979, kap. I 2.

¹⁹⁷ NOU 1975: 9 side 45–46.

¹⁹⁸ NOU 1975: 9 side 10.

¹⁹⁹ NOU 1975: 9 side 45.

²⁰⁰ NOU 2010: 2 side 29. Se også SOMB-1968-47.

²⁰¹ NOU 1972: 19 side 29 annen spalte og side 39–40.

²⁰² NOU 2010: 2 side 29

håndheves ved domstolene.²⁰³ EFTA-konvensjonen hadde ikke krevd at nasjonale anskaffelsesregler ble gitt ved lov, og overvåkingen av diskriminering ved anskaffelser lå til Rådet, ikke leverandørene, jf. artikkel 14 nr. 5, jf. artikkel 32.

EU/EØS-reglene om offentlige anskaffelser består av direktiver som gir materielle regler,²⁰⁴ og direktiver som gir regler om håndhevingen av de materielle reglene.²⁰⁵ I tillegg kommer TEUV/EØS-avtalens hoveddel til anvendelse, særlig reglene om fri bevegelighet. Det første håndhevingsdirektivet 89/665 ble vedtatt i 1989, med gjennomføringsfrist 21. desember 1991.²⁰⁶ Det innførte regler om rett til erstatning for leverandørene ved brudd på regelverket og ga leverandører muligheter for å få stilt avtaleinngåelser i bero.²⁰⁷ Et viktig bakteppe for håndhevingsdirektivet er et *white paper* fra kommisjonen i 1985, med det beskrivende navnet «Completing the internal market». Initiativet bygget på en erkjennelse av at det fortsatt ikke var et reelt indre marked i EU, og en viktig årsak til dette var manglende etterlevelse av EU-reglene i medlemsstatene. Medlemsstatene hadde i løpet av den økonomiske resesjonen på 1970-tallet unnlatt å gjennomføre EU-rett og økt bruken av proteksjonistiske tiltak.²⁰⁸ Kommisjonens kapasitet til å forfølge medlemsstatenes brudd på reglene var begrenset.²⁰⁹ Kommisjonen skrev:²¹⁰

«The resulting delays and backlogs benefit the infringing States, impede systematic action, lead to political and economic disequilibria of infringement proceedings, and frustrate the confidence of industry as well as that of the man in the street. Measures have to be taken to remedy the situation.»

For offentlige anskaffelser var det vedtatt anskaffelsesdirektiver allerede i 1971 og 1976 som bygget på ikke-diskriminering, åpenhet og kontroll.²¹¹ Etterlevelsen av disse reglene var også svak. EUs økonomiske og sosiale komité mente at «the fundamental deficiency» ved anskaffelsesreguleringen var en «lack of credibility because it permits no efficient sanctions».²¹² Dette var før EU-domstolens avgjørelse i *Francovich* i 1991, som normalt anses for å etablere det EU-rettslige statsansvaret, C-6/90 *Francovich*.²¹³ Det var ikke antatt den gang at nasjonalstatenes brudd på EU-rettens anskaffelsesregler ga leverandører krav på erstatning.²¹⁴ Likevel, i de forskjellige policydokumentene som dannet grunnlaget for reformen av anskaffelsesreglene, inkludert *white paperet*, var fokus kun på å styrke kommisjonens håndhevingsmekanismer, ikke rettigheter for

²⁰³ Ot.prp. nr. 97 (1991–1992) side 10 og NOU 1997: 21 punkt 15.1.2 :«Siden denne internasjonale delen av regelverket skal gi slike rettigheter til private selskaper og personer, må den gis i lov- eller forskriftsform.»

²⁰⁴ Se note 10.

²⁰⁵ Direktivene 89/665 om håndheving av anskaffelsesregler om bygg- og anleggskontrakter og varekontrakter og 92/13 om håndheving av kontrakter innen forsyningssektorene. De gjennomgikk større endringer i ved direktiv 2007/66.

²⁰⁶ Jf. artikkel 5.

²⁰⁷ Henholdsvis art. 2 nr.1 bokstav (c) og (a). Et hovedspørsmål i de to sakene for EFTA-domstolen om Fosen-Linjen, E-16/16 [2017] og E-7/18 [2019], var om erstatningsbestemmelsen i håndhevingsdirektivet skulle forstås slik at ethvert brudd på regelverket medførte erstatningsansvar for staten. I den første saken svarte EFTA-domstolen bekreftende, og i den andre benektende.

²⁰⁸ Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985). COM (85) 310 final, 14 June 1985, avsnittene 6 og 152.

²⁰⁹ Commission (1985) avsnitt 152–154.

²¹⁰ Commission (1985) avsnitt 153.

²¹¹ I fortalen til direktiv 71/305/EEC om bygg- og anleggskontrakter avsnitt 10 står det at anskaffelsesreglene skal være basert på «the following principles: prohibition of technical specifications that have a discriminatory effect, adequate advertising of contracts, the fixing of objective criteria for participation and the introduction of a procedure of joint supervision to ensure the observation of these principles». Tilsvarende følger av fortalen avsnitt 8 til direktiv 77/62/EEC om varekontrakter.

²¹² Opinion of the Economic and Social Committee on the proposal for a Council Directive amending directive no 77/62/eec relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and deleting certain provisions of directive no 80/767/eec avsnitt 1.4.

²¹³ Tobias Lock, «Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after *Francovich*», *Common Market Law Review* Vol. 49, 5. utg (2012), side 1675–1702.

²¹⁴ Hans M. Gilliams, «Effectiveness of European Community public procurement law after *Francovich*», *Public Procurement Law Review* (1992, 4), s. 292–307.

leverandørene.²¹⁵ Tydelige og håndhevbare rettigheter for leverandørene dukket først opp i selve forslaget fra kommisjonen til et håndhevingsdirektiv. Det inneholdt bestemmelser om at medlemsstatene skulle sikre at domstoler eller uavhengige klageorganer ble gitt kompetanse til å tilkjenne erstatning til skadelidende leverandører ved brudd på anskaffelsesreglene.²¹⁶ Fortalen omtalte ikke forslaget direkte, og det foreligger ingen grundig eller prinsipiell lovgiverdrøftelse av forslaget om å sikre etterlevelse ved å gi rettigheter for leverandørene (i hvert fall ikke som er offentlig kjent).²¹⁷ Forslaget ble imidlertid godt mottatt og vedtatt. I EU-parlamentet ble det fremhevet at kommisjonen ikke hadde ressurser og kapasitet til å sikre effektiv håndheving, og at det derfor var bra med et tosporet håndhevingsssystem med «direct action by the Commission» og «indirect» ved leverandørenes krav for nasjonale klageorganer og domstoler.²¹⁸

Selv om statlige anskaffelsesregler ikke ble gitt ved lov eller forskrift før EØS, var enkelte anskaffelsesregler hjemlet i lov – men dette var anskaffelsesregler myntet på private, ikke på staten. Industrikonsesjonslovgivningen hadde fra tidlig 1900-tall preferanseregler for norske varer og tjenester.²¹⁹ Dette ga hjemmel for å innta anbudsplikter i konsesjonene, noe som ifølge Frihagen særlig ble gjort når utenlandske aktører ble gitt konsesjon.²²⁰ Norsk industri hadde vært bekymret for at utlendinger ikke ville etterleve preferansereglene, og anbudsplikt ville hjelpe norske leverandørers kontroll med at preferansereglene ble fulgt. Tilsvarende benyttet myndighetene anbudsplikt for operatørers innkjøp i petroleumsnæringen. Petroleumsloven § 54(1) bestemte at «konkurransedyktige norske leverandører [skal] gis reelle muligheter til å oppnå leveranser av varer og tjenester»,²²¹ og petroleumsforskriften § 38 fastsatte en rekke krav til anskaffelsesprosedyren med det formål å ivareta norske leverandørers interesser.²²² Til oppfyllelse av petroleumslovens bestemmelser inntok myndighetene også i samarbeidsavtalene med oljeselskapene – som var en betingelse for utvinningstillatelse – at de måtte foreta kjøp av varer og tjenester «etter anbudskonkurranse».²²³ Gaute Skirbekk bemerket at anbudsplikten ikke primært ble gitt «av hensyn til kjøpers ønske om å få den gunstigste ytelsen som vanligvis begrunner kontrahering ved anbud», men av hensyn til norsk industri.²²⁴ Preferansereglene gikk blant annet ut på at et rimelig antall norske leverandører særskilt måtte inviteres i anbudskonkurranser, jf. § 38 første ledd. Spesifikasjonene måtte ikke unødig utelukke mulige norske leveranser, jf. fjerde ledd. Det var regler som sikret bruk av norsk språk, jf. pl. § 37 og pf. § 38 annet ledd.²²⁵ Tilbudsfrister skulle være lange nok til at uerfarne norske leverandører rakk å delta, jf. pf. § 38 annet ledd.²²⁶ I praksis ble også norske leverandører gitt større adgang til å endre tilbudene sine under anbudsbehandlingen.²²⁷

²¹⁵ Følgende tre dokumenter er sentrale, og alle er vist til håndhevingsdirektivets fortale: «Public procurement in the community (Communication by the Commission to the Council)» 19. juni 1986 COM(86) 375, «Proposal for a council directive amending directive 77/62/eec relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and deleting certain provisions of directive 80/767/eec» 19. juni 1986, og uttalelsen vist til i note 212.

²¹⁶ Artikkel 1 nr. 1 andre strekpunkt i kommisjonens forslag og artikkel 2 nr. 1 bokstav (c) og art. 2 nr. 8 i det vedtatte direktivet.

²¹⁷ Jan M. Hebly (red.), *European Public Procurement Legislative History of the 'Remedies' Directives 89/665/EEC and 93/13/EEC*, Nederland - USA - UK 2011.

²¹⁸ Opinion fra Committee on Legal Affairs and Citizens' Rights av 24. november 1978, hentet fra Hebly (2011) side 10–11.

²¹⁹ Vassdragsreguleringsloven (lov 14. desember 1917 nr. 17) § 12 nr. 2 og industrikonsesjonsloven (lov 14. desember 1917 nr. 16) §§ 2 fjerde ledd nr. 2 og 23 annet ledd nr. 3.

²²⁰ Frihagen (1980), side 102–103. Se også Ola Mestad, «Bruk og endring av konsesjonsvilkår», *Marlus* nr. 12, 1986, side 33.

²²¹ Lov 22. mars 1985 nr. 11 om petroleumsvirksomhet.

²²² Forskrift 14. juni 1985 nr. 1158 til lov om petroleumsvirksomhet. Se Gaute Skirbekk, i Erling Selv (red.), *Petroleumsrett til studiebruk*, 1988, side 517 flg. Før petroleumslovens vedtakelse i 1985 fulgte tilsvarende av § 54 i Kongelig resolusjon 8. desember 1972 om undersøkelse etter og utnyttelse av undersjøiske petroleumsforekomster, se NOU 1979: 43 Petroleumslov med forskrifter, side 84.

²²³ Gaute Skirbekk, «Leveransereguleringen i petroleumsvirksomheten», *Marlus* nr. 147, 1988, side 76 flg. og 120.

²²⁴ Skirbekk (1988), side 66 flg. og sitat fra side 172.

²²⁵ Jf. også petroleumsloven § 37 om språkkrav.

²²⁶ Til sammenligning ble en lignende regel som gjaldt generelt for statlige anskaffelser etter 1927-forskriftene § 6, opphevet i 1967 på grunn EFTA-avtalen, se NOU 1975: 9 side 17.

²²⁷ Se Gaute Skirbekk, i Erling Selvig (red.), «Petroleumsrett til studiebruk», 1988, side 523.

Kontrollen med selskapenes anskaffelser skjedde dels ved at Olje- og energidepartementet førte kontroll med at selskapene ikke tilsidesatte plikten til å avholde anbud, dels gjennom Statoils majoritetsandel og deltagelse i styringen av alle konsesjoner.²²⁸ Departementet kunne sanksjonere brudd på anbudsplikten ved å «forby at kontrakt blir inngått», jf. petroleumsforskriften § 38(9).²²⁹

Leverandørene var rettighetssubjekter etter petroleumsloven og -forskriften, men forbigåtte leverandører fremmet aldri krav for domstolene basert på at regelverket var brutt.²³⁰ Staten og den forbigåtte norske leverandøren ville ha sammenfallende interesser, og staten kunne da heller true med sine håndhevingsmekanismer enn at leverandøren skulle prøve saken for domstolene. I tillegg var det ingen kultur for å fremme søksmål i offentlige anskaffelser, og det var antagelig rettslig usikkerhet om hva som skulle til for at erstatningskrav for brudd på anskaffelsesreglene ville føre frem.²³¹ Kombinasjonen anbudsplikt, preferanseregler og statlig kontroll med at reglene ble fulgt, ga den ønskede politiske effekt: å bidra til å bygge norsk leverandørindustri.²³²

Det er interessante forskjeller mellom håndhevingsmekanismene i industrikonsesjonene, petroleumsregelverket og EU. Den norske stat var representert hos alle innkjøperne i petroleumsindustrien gjennom Statoil. For kommisjonen var det selvsagt umulig å være representert hos alle innkjøpere i medlemslandene. Etterlevelsen måtte derfor sikres gjennom en desentralisert og rettighetsbasert modell.

Oppsummert ser vi at siden 1822 anså staten det som tjenlig med interne og fleksible retningslinjer når det var staten selv som skulle stå for anskaffelsene. Leverandørers ønske om rettigheter og klageordninger førte ikke frem. Regelverket var ikke til for dem, men for staten. Staten kunne oppnå internkontroll, kostnadsbesparelser og andre politiske målsetninger uten å gi leverandører rettigheter. Statens syn på leverandørrettigheter var imidlertid et annet når anbudsplikten ble pålagt private selskaper, ikke staten selv.

Med EU/EØS-retten ble regelverket rettslig bindende forpliktelser for staten, som leverandørene kunne håndheve for domstolene. Dette var likevel ikke av hensyn til leverandørene, men for å sikre statenes etterlevelse av EU/EØS-retten (se nærmere nedenfor i punkt 6.2). Til å begynne med beholdt staten instruksformen for anskaffelser som ikke var omfattet av EØS-reglene. Den første loven om offentlige anskaffelser som gjennomførte EØS-reglene, gjaldt bare over EØS-terskelverdier, mens REFSA fra 1978 fortsatt gjaldt for anskaffelser under terskelverdiene.²³³ Ved vedtakelsen var terskelverdiene på ca. 1,6 millioner kroner for varekontrakter, ca. 40 millioner for bygg- og anleggskontrakter og ca. 3,2 millioner innen de fleste forsyningskontrakter.²³⁴ De fleste anskaffelser fulgte fortsatt REFSA, og var uten rettighetsbasert håndheving.

Da lov om offentlige anskaffelser av 1999 ble vedtatt, valgte Stortinget å gi håndhevbar rettigheter til leverandører også for de anskaffelsene som bare hadde vært omfattet av REFSA. Utvalgets drøftelse om å gjøre REFSA til lov var på under én side.²³⁵ Det samme var departementets.²³⁶ Begrunnelsen var ikke at man ville «overoppfylle» EØS-retten ved å forhindre nasjonalitetsbasert diskriminering for kontrakter under terskelverdi. NOU-en og proposisjonen viste for det første til at det ville være til det gode for staten spesielt og markedet generelt om innkjøperne i enda større grad fulgte regelverket. Dette ville hjelpes om leverandørene kunne være «vaktbikkjer».²³⁷ For det andre fremhevet proposisjonen «ønsket om å bedre rettssikkerheten for leverandører» og at loven «vil gi leverandørene rettslig beskyttede forventninger om likebehandling».²³⁸

²²⁸ Skirbekk (1988), side 4 og 128.

²²⁹ Skirbekk (1988), side 80 flg.

²³⁰ Lars Olav Askheim, «Anbud og avtalerett» *Jussens Venner* (1985), s. 151–167, kapittel 12 i.f., og Skirbekk (1988), side 88.

²³¹ Skirbekk (1988), side 88.

²³² Frihagen (1980), side 57 med videre henvisninger, og Skirbekk (1988), side 172.

²³³ Lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser m.v.

²³⁴ Ot.prp. nr. 97 (1991–1992) side 7–9.

²³⁵ NOU 1997: 21 side 128.

²³⁶ Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 6.3 og 8.3.

²³⁷ NOU 1997: 21 pkt. 15.1.2 og Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 8.3. Termen «vaktbikkjer» ble brukt i NOU-en.

²³⁸ Ot.prp. nr. 71 (1997–1998), sitater fra henholdsvis pkt. 6.3 og pkt. 8.3.

Departementet antok «at denne ‘kontroll’-funksjonen totalt sett vil være gunstig for staten». Komitéen på Stortinget støttet forslaget fra departementet uten egne merknader.²³⁹

De samme formålene har vært fastholdt som begrunnelsene for et rettighetsbasert regelverk frem til i dag. Departementet skriver for eksempel i forarbeidene til 2016-loven at «[r]egelverkets konkrete og detaljerte prosedyreregler er i første rekke ment å stimulere til best mulig ressursutnyttelse i offentlig sektor».²⁴⁰ En annen illustrasjon er at Stortinget gjeninnførte KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved 2016-loven § 12. Kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr ble gitt for anskaffelser både over og under EØS-terskelverdiene. KOFA hadde hatt slik kompetanse fra 2005 til 2012, som deretter alene lå hos domstolene.²⁴¹ Etter departementets og Stortingets syn viste det lave antallet saker om ulovlige direkteanskaffelser for domstolene etter 2012 at regelverket ikke var effektivt nok.²⁴² Formålene som skulle ivaretas mer effektivt med strengere håndheving, var fortsatt leverandørvern og statens eget beste i å være bundet av lovregler.

Det har vært en formålsutvikling over tid som ligger bak både lovsformen og håndhevingsmekanismene. Fra 1821 til 1999 var det sekundært at regelverket skulle ivareta leverandørens interesser, både etter nasjonalt regelverk og EØS-regelverket. Etter dette fikk hensynet til leverandørene vesentlig større vekt. I tillegg utviklet det seg en oppfatning om at selvpålagt tvang om å følge reglene ville være økonomisk gunstig for staten selv – en oppfatning jeg kommer tilbake til nedenfor i punkt 6.3 om formålet ressurseffektivitet.

5 Regelverkets virkemidler – konkurranse, tevling og kontroll

5.1 Markedskonkurranse og tevling. Direkte kjøp og anbud

Alle anskaffelsesregelverk for den norske staten siden 1822 har foreskrevet som hovedregel at kontrakter skal tildeles basert på en tevling og med unntak for direkte anskaffelser. Dette gjelder også EU/EØS-reglene.

I 1821 kritiserte Stortinget regjeringen for «underhaanden» og «directe» å ha forhandlet om varer og tjenester. Stortingets løsning var å anmode om normalt å benytte lisitasjon ved anskaffelser av statsfornödenheder (punkt 2.4). Lisitasjonen var en konkurranse som stod som en motsetning til underhåndskjøp.²⁴³

I 1899-reglementet skulle leveranser og arbeider som bortsettes for statens regning, «i Regelen udbydes til almindelige Konkurrence i offentlig Bekjendtgjørelse om skriftlig Anbud», jf. § 1. Kun på angitte vilkår kunne man benytte «Henvendelse til navngivne Personer (eller Firma) uden offentlig Bekjendtgjørelse», jf. § 2.²⁴⁴

1927-regelverket hadde tilsvarende regler, hvor § 1 fastsatte hovedregelen om offentlig anbudskonkurranse og §§ 2 og 3 om vilkår for henholdsvis «begrenset anbudsinnbydelse» og kjøp «underhånd». I 1978-forskriften fastsatte i § 2 at «[k]jøp skal foretas etter anbudskonkurranse med mindre særlige grunner som nevnt i kap. IV eller kap. V tilsier at kjøpet bør foretas etter forhandling eller som direkte kjøp».

I dag er tillatte anskaffelsesprosedyrer listet opp i anskaffelsesdirektivet art. 26, som er gjennomført i foa. § 13-1. Åpen anbudskonkurranse og begrenset anbudskonkurranse kan alltid benyttes, jf. først ledd.²⁴⁵ Bare unntaksvis kan oppdragsgiver benytte direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesdirektivet art. 32 og foa. § 13-4,²⁴⁶ som har tittelen «Vilkår for anskaffelser uten konkurranse». Tilsvarende oppdeling i anskaffelsesprosedyrer

²³⁹ Innst. O. nr. 27 (1998–99) pkt. 7.2.

²⁴⁰ Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 7.1.4.

²⁴¹ Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 7.8.2.2.

²⁴² Nærings- og fiskeridepartementet, «Høringsnotat – forslag til endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelse», side 2, 3 og 4. Notatet selv er udatert, men ble publisert sammen med høringsbrev 13. april 2015.

²⁴³ Nellesmann (1884) beskrev lisitasjon som «en særegen Fremgangsmaade ved Afslutning af Retshandler, bestaaende deri, at Overenskomsten bliver til ved Concurrence imellem tilsedvarende Bydende», side 311.

²⁴⁴ Stortinget vedtok allerede i 1880 en henstilling til regjeringen om at «ved offentlige Anskaffelser eller Arbeider at anvende Licitation eller Anbud, hvor ikke særlige Omstændigheder derfor maatte være til hinder». Indst. S. No. 133 (1880) og Sth. Prp. No. 31 (1881) side 3.

²⁴⁵ Begrenset anbudskonkurranse innebærer at man kan begrense antallet deltakere etter en prekvalifisering, ikke unnløse offentlig bekjentgjørelse av anskaffelsen, jf. anskaffelsesdirektivet art. 28(1) og 49, jf. foa. § 23-6(2) jf. § 21-2(1).

²⁴⁶ Anders Thue og Anne Buan i *Norsk lovkommentar* til foa. § 13-1(5) note 239, hentet fra rettsdata.no 19. juni 2023: «Dette innebærer at oppdragsgiveren verken kunngjør anskaffelsen eller gjennomfører noen form for konkurranse.»

som er tevlinger, og unntak for direkte anskaffelser finnes i forsyningsdirektivet (2014/25) artikkel 44 og 50 og forsvarsanskaffelsesdirektivet (2009/81) artikkel 25 og 28. EU-reglene har hatt samme todeling, med snevre unntak for direkte anskaffelser siden de første direktivene på 70-tallet.²⁴⁷ Simonsen karakteriserte i 1997 adgangen til direkte anskaffelser etter EU/EØS-reglene som «en ren nødløsning».²⁴⁸

Skillet mellom en hovedregel om å avholde en tevling og med unntak for direkte anskaffelser gjenfinnes i andre anskaffelsesregelverk, som i FNs UNCITRAL model law on public procurement, og er forutsatt i OECDs metodesett for å evaluere anskaffelsesreguleringer.²⁴⁹ Også konsesjonsdirektivet (2014/23) angir konkurranseprosedyrer som hovedregel og direktetildelinger som unntak, selv om det brukes andre ord.²⁵⁰

Det er imidlertid lite presist når man i anskaffelsesretten taler om at direkte anskaffelser ikke er basert på konkurranse, mens anbudsprosedyrer er basert på konkurranse. Går du på Elkjøp og kjøper en ny mobiltelefon, har det vært hard konkurranse over mange år om at du skal kjøpe en iPhone, ikke Samsung, fra Elkjøp, ikke Power, og i butikk, ikke på nett. Denne typen kontinuerlig konkurranse som foregår i markedet hver eneste dag, er det sentrale reguleringsobjektet for konkurranseretten,²⁵¹ men i offentlige anskaffelser betegnes gjerne det å kjøpe direkte i markedet som anskaffelse «uten konkurranse», jf. foa. § 13-4.

Et eksempel på en forståelse av konkurranse finnes i Store norske leksikon: «Konkurranse er en situasjon som oppstår når flere økonomiske aktører søker å nå samme mål.»²⁵² Konkurranse forstått som tevling/«contest» er en spesiell form for arrangert konkurranse – en særskilt anordnet begivenhet hvor flere aktører inviteres av en oppdragsgiver til å delta for å avgjøre hvem som er best, som nærmere beskrevet i punkt 1.2. Disse to forståelsene av konkurranse er ikke sammenfallende. Man kan ha konkurranse, men ikke tevling, og tevling, men ikke konkurranse. Anbudskonkurranser som bare får én interessent, er en anskaffelsesrettslig konkurranse (tevling), men ikke konkurranse etter definisjonen i Store norske leksikon. Med bare ett tilbud er det ikke flere aktører som søker å nå samme mål. Hvis oppdragsgiver henvender seg direkte til tre konkurrerende markedsaktører og ber om et tilbud, uten å informere dem om at man ber om tilbud fra de andre, eller uten å binde seg til kriterier for valg mellom tilbudene, vil man ikke ha en anskaffelsesrettslig konkurranse (tevling). Handelen vil likevel skje basert på en konkurransesituasjon i markedet. Tevling beskriver en prosess eller fremgangsmåte, mens konkurranse i Store norske leksikon beskriver et resultat eller en tilstand. Konkurranse som tilstand kan oppnås på en rekke måter, blant annet gjennom tevling. Når vi ser historisk på anskaffelsesregelverket, er det klart at enten det har vært kalt lisitasjon, anbudskonkurranse, «open procedure» eller «udbydes til almindelig Konkurrance i offentlige Bekjendtgjørelse», er de alle tevlinger, men har vært omtalt med termen konkurranse. Konkurranse i anskaffelsesregelverkene har primært vært forstått som fremgangsmåte, ikke tilstand, som tevling, ikke marked.

Skillet mellom «Konkurrance» og «tävling», «competition» og «contest», er heller ikke i dag tydeliggjort i anskaffelsesrettslig regelverk og litteratur. For eksempel bruker anskaffelsesdirektivet ordene «contest», «tävling» og «concurso» (spansk) bare om prosjektkonkurranser i direktivets avdeling III kapittel II.²⁵³ Denne

²⁴⁷ For eksempel oppstilte direktiv 71/305 art. 9 vilkårene for når direkte anskaffelser kunne brukes.

²⁴⁸ Simonsen (1997) side 502–503.

²⁴⁹ United Nations UNCITRAL model law on public procurement (2014) art. 28 and 35 og MAPS methodology (2018) side 20-21: «[O]pen (competitive) tendering should be the standard procurement method», og «justifying single-source procurement on the grounds of an emergency should be permitted only in the exceptional circumstances of a catastrophic event, where there is an extremely important need and where any other method of procurement would be impractical given the time constraints».

²⁵⁰ Å gi en fullstendig begrunnelse vil lede for langt her, men se tillatte prosedyrer i direktivet «Avdeling II», unntak for direktetildelinger i «Avsnitt 2», prinsippene i art. 3 og fortalen avsnitt 8 og 33.

²⁵¹ Eks. Richard Whish og David Bailey, *Competition law*, 10. utg., Oxford 2021, side 5, og Erling Hjelmeng og Lars Søgard, *Konkurransopolitikk: rettslig og økonomisk analyse*, Fagbokforlaget 2014, side 20.

²⁵² Stoltz (udatert).

²⁵³ Prosjekttävlingar, design contests, concursos de proyectos. Akkurat på svensk er tävling også brukt i art. 30(8) om «tävlingspriser eller betaling» til deltagere i konkurransepreget dialog. På engelsk brukes «prizes» og norsk «premier». Bestemmelsen åpner for å belønne deltagere i konkurransepreget dialog med betaling eller premier for deltakelsen eller prestasjonene under forhandlingene. Dette er relevant fordi deltakerne kan ende opp med ikke å inngi tilbud, men likevel komme med viktige bidrag.

språkbruken kan feilaktig gi inntrykk av at akkurat prosjektkonkurranser etter direktivet er tevlinger, men ikke øvrige anskaffelsesprosedyrer etter direktivet. Ordet «competition» er omtalt 112 ganger i fortalen, direktivet og vedleggene, men er ikke definert eller brukt med noe entydig innhold.²⁵⁴ I nordisk juridisk anskaffelseslitteratur er det konseptuelle skillet mellom konkurranse og tevling ikke direkte omtalt.²⁵⁵ I engelsk anskaffelsesrettslig litteratur brukes også bare termen «competition», ikke «contest».²⁵⁶ Direkteanskaffelser omtales iblant som «non-competitive tendering»,²⁵⁷ og «hold a formal competition» er tidvis brukt om det som mer presist kan beskrives som «contest».²⁵⁸ Selv om norsk lov angir et grunnleggende prinsipp «om konkurranse» i loa. § 4, omtaler ikke norsk juridisk litteratur om konkurranseprinsippet hva ordet «konkurranse» betyr, om det kan eller skal forstås som tevling. I litteraturen vil det likevel ofte følge av konteksten at ordet «konkurranse» brukes om tevling.²⁵⁹ Et nyere norsk eksempel er Hammersvik: «Først og fremst er det et grunnleggende skille mellom konkurransebaserte anskaffelsesprosedyrer og anskaffelsesprosedyrer som ikke er basert på konkurranse.»²⁶⁰ Her er det tydelig at «konkurranse» forstås som fremgangsmåte, i motsetning til å kjøpe alene basert på den daglige konkurransen i markedet.

5.2 Kontroll ved åpne og regelstyrte tevlinger

Når konkurranse i offentlige anskaffelser forstås som en fremgangsmåte – tevling – forklarer det at anskaffelsesregelverk vil ha kjennetegn som er stabile over tid, men også at regelverket kan oppnå forskjellige formål i forskjellige markeder og i kombinasjon med andre regler. Et klart eksempel er at i petroleumsnæringen kunne påtvungen anbudskonkurranse kombinert med preferanseregler oppnå positiv forskjellsbehandling av norske leverandører, mens påtvungen anbudskonkurranse i EU-retten kombinert med diskrimineringsforbud kunne oppnå det motsatte. Samme virkemiddel kunne brukes selv om formålene var motsatte, fordi tevlinger i seg selv har gitte funksjoner (punkt 1.2). Som et minimum må enhver tevling ha en viss grad av åpenhet om at konkurransen finner sted, om hvilke kriterier man konkurrerer etter, og om hvem som vant. Tevlinger må også som det klare utgangspunkt følge de kriteriene som er satt, altså en viss grad av regelstyring. Det er her et interessant sammenfall mellom kjennetegn ved tevlinger og det som i anskaffelsesrettslig litteratur er omtalt som de fire aspektene ved «the principle of transparency». Kort oppsummert er disse fire:²⁶¹ (1) åpenhet om kontraktsmuligheter, (2) åpenhet om reglene for kontraktstildelingen, (3) tildeling basert på de åpne, forhåndsbestemte reglene for tildelingen, som dermed begrenser muligheten for diskriminerende skjønnsutøvelse, og (4) offentlighet om tildelingen, som muliggjør kontroll.

Åpenhet og regelstyring skiller tevlinger fra direkte kjøp. Selv om begge fremgangsmåter kan være basert på konkurranse i videre forstand, være ressurseffektive og muliggjøre forskjellige politiske målsettinger, som miljø eller distriktspolitikk, er muligheten for kontroll mye mindre ved direkte kjøp enn tevlinger.²⁶² Dette gjelder særlig leverandørenes kontroll med at de blir rettferdig behandlet, men også eierens kontroll med sine

²⁵⁴ For eksempel bruker art. 33 om rammeavtaler «competition» om forhold som mer presist kunne vært kalt «contest», mens når art. 67 om tildelingskriterier krever at kriteriene skal muliggjøre «effective competition», er det tvilsomt om det overhodet ligger noe i termen, jf. C-546/16 *Montte SL* [2018] og C-54/21 *Antea Polska* [2022], omtalt i Losnedahl (2023).

²⁵⁵ Noen eksempler på skandinavisk litteratur: Jesper Fabricius, «Udbudsretlige prinsipper», i Steen Treumer (red.), *Udbudsretten*, 2019, side 39–60, og Carina Risvig Hamer, *Udbudsrett*, 2. utg., 2021, side 66–67. Marianne Dragsten, *Lovkommentarer til anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften*, 2020, Juridika.no i kommentarene til loa. § 4, og foa. § 13-1 og § 13-4. Justisdepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)», 2017, side 56. Rosén Andersson (2020), særlig side 253–283.

²⁵⁶ Et søk på «contest» i tidsskriftet *Public Procurement Law Review* gir ingen treff per 14.12.2022. Jeg har ikke registrert at det har vært brukt, selv om det vel må antas at det har blitt brukt av noen i en eller annen tekst om offentlige anskaffelser.

²⁵⁷ PUBLIC PROCUREMENT IN THE COMMUNITY (Communication by the Commission to the Council), 19 June 1986 side 4.

²⁵⁸ Arrowsmith (2014), side 166.

²⁵⁹ For eksempel Simonsen (1997), side 462, mens det er mindre klart på side 502 hvor termene «reell konkurranse», «konkurransepåbudet» og «konkurranse» benyttes.

²⁶⁰ I Simen Hammersvik i Finn Arnesen mfl., *Oversikt over EØS-retten*, Oslo 2022, side 325.

²⁶¹ Arrowsmith, Linarelli og Wallace (2000), side 72–73. Se tilsvarende i forente saker C-72/10 og C-77/10 *Costa og Cifone* [2012] avsnitt 73 om gjennomskiktighet ved tildeling av konsesjoner.

²⁶² Birgitte Hagland og Herman Bruslerud, «Er regelen «uten virkning» en regel uten virkning?», i Hjelmeng, red., *Ugyldighet i privatretten*, Oslo 2016.

innkjøpere. I motsetning til anbudskonkurranser er direkte kjøp normalt ikke synlig for andre leverandører. Eieren på sin side vil ved direkte kjøp få innsikt i inngåtte avtaler på sine vegne, og vil dermed ha mulighet for kontroll. Kontrollen er likevel svakere fordi den ikke skjer løpende og eieren får ikke «hjelp» til kontrollen fra deltakerne i tevlingen eller fra andre tredjeparter, som embetsmennene ved lisitasjoner. Det er gjennom tevlinger at «fourth parties» oppnår den ønskede kontrollen med «the third parties». I 1822 skulle Stortinget og regjeringen kontrollere innkjøperne. På 1970- og -80-tallet skulle staten kontrollere oljeselskapene. Fra 1970-tallet og fremover skulle EU kontrollere statene og statlige innkjøpere.

Hvis du vil kontrollere andres pengebruk, er tevlinger, herunder forskjellige varianter av anbudskonkurranser, godt egnet. Hva du vil kontrollere, kan imidlertid variere, som at innkjøperne gir fordeler til norske leverandører, eller tvert imot at de ikke gjør det.

Tevling er også et særlig egnet virkemiddel i offentlig forvaltning fordi dens kjennetegn oppfyller offentligrettslige idealer: åpenhet og regelstyring (som normalt gir forutberegnelighet, likebehandling, saklighet, uavhengighet, kontroll), og ofte også effektivitet.

6 Formål i historisk utvikling

6.1 Integritet

Foranledningen til instruksene i 1821/1822 var Stortingets riksrettsprosess mot Wedel-Jarlsberg. Ved siden av valutakontrollen og fleksibilitet for staten var de to mest sentrale begrunnelsene å sikre «juridiske Beviis» for offentlig pengebruk og ivareta «Statens Værdighet». Samlet kan vi tale om et formål om «integritet», slik det er formulert i loa. § 1 i dag.

Integritetsformålet var også tydelig til stede i 1899-forskriftene. Anbudskomiteén fremhevet at man burde «undgaa endog ethvert Skin af personlig Begunstigelse eller andre utilbørlige Hensyn». ²⁶³ Forskriftene ble vedtatt etter lang tids påtrykk fra statsrevisjonen, som særlig fremholdt at anskaffelsesregelverket burde være i en form som «paa bedst mulige Maade aabner Adgang til fornøden Kontrol og giver Staten Sikkerhed for at faa de bedste Varer for den billigste Pris». ²⁶⁴ Statsrevisjonen fremholdt at «for Administrationen selv og dens Kontrol med sine Underordnede synes det at maatte være af væsentlig Betydning» hva slags system som ble benyttet for anskaffelser. ²⁶⁵ Statsrevisjonen argumenterte at «Systemet om offentlige Konkurrence» best ivaretok kontroll og pris. ²⁶⁶ Stortinget var enig. ²⁶⁷

NOU 1975: 9 understreket effektivitet og rettssikkerhet (pkt. 4), hvor hensynet til likebehandling av leverandørene ble tydeligere formulert og vektlagt enn tidligere. ²⁶⁸ Men rettssikkerhet omfattet ikke bare leverandørenes interesser. Utvalget fremholdt også de «samfunnsmessige interesser i at saksbehandlingen blir regulert, og at det føres kontroll med måten offentlige midler disponeres på», ²⁶⁹ og pekte på «den selvstendige betydning det ofte har at det skapes rettssikkerhetsgarantier som er synlige for almenheten» i tillegg til partene. ²⁷⁰ Å ha et regelverk som også utad fortøner seg rettferdig og motvirker «kritikk og uberettiget mistanke om utenforliggende hensyn», var også i «det offentliges interesse». ²⁷¹ Integritet var et formål med REFSA.

Norges tilslutning til EØS endret ikke på dette. REFSA fortsatte å gjelde anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Ingen av fortalene til EUs anskaffelsesdirektiver som gjaldt på det tidspunktet, eller white paperet, anga

²⁶³ Anbudskomiteéns innstilling av 3. november 1892, gjengitt i NOU 1975: 9 side 35 første spalte.

²⁶⁴ Sth. Prp. No. 31 (1881) side 2.

²⁶⁵ Dokument No. 57 (1890) side 9, inntatt i Stortingsforhandlinger (ib. utg.). 1890 Vol. 39 Nr. 5.

²⁶⁶ Dokument No. 57 (1890) side 4.

²⁶⁷ Indst. S. No. 133 (1880) og Sth. Prp. No. 31 (1881) side 3.

²⁶⁸ Se særlig argumentasjonen mot Mellbye-utvalget på side 36, NOU 1975: 9 side 36.

²⁶⁹ NOU 1975: 9 side 34 annen spalte.

²⁷⁰ NOU 1975: 9 side 35 første spalte.

²⁷¹ NOU 1975: 9 side 29–30.

internkontroll med offentlig pengebruk eller lignende som formål med reglene.²⁷² Men selv om direktivene ikke hadde integritet som overordnet formål, forbød ikke direktivene nasjonal lovgivning å ha slike formål. Tvert imot hadde direktivene bestemmelser som støttet opp om integritet, blant annet ved å innta som avvisningsgrunner at leverandører var straffedømt, hadde begått grove profesjonelle feil, eller hadde unnlatt å betale skatter og avgifter.²⁷³

Fra 1821 hadde integritet vært et sentralt formål med at staten vedtok anskaffelsesregler som foreskrev tevlinger, altså åpne og regelstyrte innkjøpsprosesser. Åpenhet var begrunnet i statens ønske om kontroll med offentlig pengebruk og å sikre tillit til at det offentliges forvaltning av skattepenger var skikkelig. Regelstyringen sikret forutberegnelighet, saklighet og likebehandling og var begrunnet i «Statens Værdighed», i statens plikt til å opptre i tråd med forfatnings- og forvaltningsrettslige idealer. Dette var formål som var offentlige, det vil si at formålene skulle ivareta statens og felles interesser, ikke private.²⁷⁴

Regelverket fikk en prinsipiell vending og nyfortolkning av formålene ved anskaffelsesloven av 1999. Da anskaffelsesregelverket for første gang fikk en formålsbestemmelse i 1999-loven, var ikke integritet med. Under overskriften «Formålet med regelverket for statlige anskaffelser» i NOU 1997: 21 startet utvalget: «Anskaffelsesregler for statlige oppdragsgivere skal både ivareta hensynet til effektive anskaffelser og hensynet til rettssikkerhet for potensielle leverandører.» Utvalget omtalte ikke internkontroll og tillit blant formålene, og forstod rettssikkerhet snevrere enn man hadde gjort i 1975. Rettssikkerhet handlet nå om å ivareta private interesser, ikke integritet. Utvalget understreket «at formålet med regelverket for statlige anskaffelser må være å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser, basert på forretningsmessige hensyn, likebehandling og åpenhet». I punktet om etikk fokuserte utvalget på hvordan etisk adferd påvirker ressurseffektiviteten, ikke etikk som egenverdi.²⁷⁵ Brudd på likebehandling og åpenhet kunne lede til korrupsjon og dårlig samvirkning med leverandører, som kunne «føre til dårligere og/eller dyrere produkter» og «bidra til mindre effektive markeder». Der loven omtalte etisk adferd i § 5 om grunnleggende krav, var også dette knyttet til leverandørene. Første ledd bestemte at oppdragsgiver skulle opptre med «høy forretningsmessig standard» og skulle «sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører». En setning under overskriften «Etikk» nevner at uetisk opptreden i offentlig forvaltning vil også gi «samfunnsskadelige ringvirkninger i form av redusert tillit til offentlige myndigheter og rettsapparatet», men ellers er etisk adferd omtalt som virkemiddel for å oppnå ressurseffektivitet.

Utvalget var ikke åpne om at deres forslag innebar en prinsipiell vending fra å forankre hovedregelen om anbudskonkurranser i de kombinerte formål integritet og ressurseffektivitet, til ressurseffektivitet og leverandørvern. Kanskje var de ikke oppmerksomme på det, slik verken departementet eller Stortinget heller var.²⁷⁶ Til sammenligning var utvalget veldig tydelig på at den nye loven i større grad enn tidligere regelverk skulle vektlegge formålet om ressurseffektivitet basert på forretningsmessige kriterier, i motsetning til å ivareta andre samfunnsformål som distriktspolitikk, mv.²⁷⁷

Det tok få år før formålsbestemmelsen ble endret. I 2005 foreslo departementet å legge til at regelverket «skal også bidra til at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».²⁷⁸ Dette var begrunnet i at det ikke kom så godt frem at regelverket var «et sentralt virkemiddel for å hindre at offentlige innkjøp skjer på en måte som kan undergrave allmennhetens tillit». Forslaget ble enstemmig vedtatt.²⁷⁹

²⁷² Direktivene 71/305 (bygg og anlegg), 77/62 (varer), 89/665 (håndheving) og 90/531 (forsyning). White paper (1985) avsnitt 81 flg.

²⁷³ Direktiv 71/305 art. 23 (1) c, d, e og f, direktiv 77/62 art. 20 (1) c, d, e og f og direktiv 90/531 art. 25(2).

²⁷⁴ I NOU 2010: 2 side 46 brukes termene offentlige og private formål.

²⁷⁵ NOU 1997: 21 pkt. 5.5.

²⁷⁶ Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 5.2 og merknadene til § 1 på side 65, og Innst. O. nr. 27 (1998–99) pkt. 4.2.

²⁷⁷ NOU 1997: 21 kapittel 7.

²⁷⁸ Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 28. I høringsrunden var ordlyden «høy integritet» i stedet for «stor integritet», se proposisjonen pkt. 5.1.

²⁷⁹ Besl. O. nr. 55 (2005–2006).

Ved utarbeidelse av ny anskaffelseslov foreslo flertallet i NOU 2014: 4 igjen å ta ut integritet fra formålsbestemmelsen.²⁸⁰ Begrunnelsen er interessant. Utvalgets flertall skrev at «[h]istorisk sett er det et ønske om effektiv ressursbruk som har begrunnet innføringen av regler om offentlige anskaffelser i norsk rett». Departementet skrev tilsvarende i proposisjonen.²⁸¹ Som vi har sett, og skal se nærmere nedenfor, stemmer ikke dette. I 1821 var formålene primært integritet og valutakontroll. I 1899, og senere i 1927, var det primært integritet, ressurseffektivitet og industriproteksjonisme. I etterkrigstiden og i REFSA var det blitt mer sammensatt, med ressurseffektivitet, integritet, leverandørinteresse, industriproteksjonisme og distriktpolitikk.

Utvalget fremholdt videre at å henvise til integritet eller tillit ville være «overflødig» ved siden av henvisningene til effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter. Det ligger implisitt i dette at integritet ikke var, eller behøvde å være, et eget formål med anskaffelsesreglene, fordi formålene ressurseffektivitet og konkurranse i tilstrekkelig grad favnet de interesser reglene skulle ivareta. De har nok tenkt som i 1997 at integritet ikke var noen egenverdi med regelverket, men et virkemiddel mot korrupsjon og lignende som ville hemme ressurseffektiviteten.

Departementet fulgte ikke flertallets forslag, og foreslo at loven skulle bidra til at «det offentlige opptrer med integritet ved offentlige anskaffelser», jf. § 1.²⁸² Under stortingskomitéens behandling ble det også tilføyd: «... slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».

Oppsummert ser vi at integritet har vært et formål med alle statlige anskaffelsesregelverk siden 1822, foruten mellom 1999 og 2006. Men der integritet i dag fremstår noe mer subsidiært – og gjerne bare som et virkemiddel for å oppnå ressurseffektivitet – var det integritetsgrunner som først motiverte Stortinget til å begrense den frihet Grunnloven ga den utøvende makt i forvaltningen av offentlige midler. Vi ser også at virkemidlene regelverket foreskrev – tevlinger – var åpne og regelstyrte, som gjorde dem velegnet for å oppnå integritetsformålene.

6.2 Andre politiske formål. Næringspolitikk. Frihandel vs. proteksjonisme

Blant andre politiske formål enn integritet og ressurseffektivitet står næringspolitikk i en historisk særstilling. Dette punktet vil derfor i hovedsak handle om næringspolitikk. Med næringspolitikk mener jeg reguleringer med det formål å påvirke næringsstrukturen og ressursallokeringen i næringsvirksomhet i Norge.²⁸³ De sentrale næringspolitiske problemstillingene av betydning for anskaffelsesregler har vært om næringslivet har best av frihandel eller proteksjonisme, og hvordan reglene best ivaretar frihandel eller proteksjonisme. Anbudskonkurranser har kunnet oppnå frihandel eller proteksjonisme ved å foreskrive mer eller mindre åpenhet og mer eller mindre likebehandling. Åpne og likebehandlende anbudskonkurranser vil motivere til frihandel fordi nasjonalitet blir irrelevant dersom alle får mulighet til å delta og alle behandles likt. Man får motsatt effekt dersom man foreskriver anbudskonkurranser som begrenser åpenhet, typisk ved å nekte deltakelse fra utenlandske leverandører. Det samme gjelder om man forskjellsbehandler, typisk ved prispåslag på tilbud fra utenlandske leverandører.

Historisk skiller 1822-instruksen seg ut ved at den ikke hadde uttalte næringspolitiske målsettinger. Instruksen var proteksjonistisk i sitt innhold ved å foreskrive kjøp i Norge, men ikke i sin begrunnelse. Å bruke norsk valuta handlet om Norges krigsgjeld og overlevelse som selvstendig stat, ikke om næringslivet. Selv om det var lengre perioder med et sterkere frihandelsparadigme på 1800-tallet,²⁸⁴ medførte ikke dette endringer i lisitasjonsinstruksens bud om å kjøpe i Norge.²⁸⁵ Nye proteksjonistiske strømninger ledet til at regjeringen i 1894, etter press fra Stortinget, vedtok at for verkstedarbeider skulle tilbud fra utenlandske leverandører gis et

²⁸⁰ NOU 2014: 4 side 68 annen spalte og side 289 hvor forslag til § 1 står.

²⁸¹ Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 7.1.4: «Som flertallet har pekt på, har ønsket om effektiv forvaltning av fellesskapets midler historisk sett vært den bærende begrunnelsen for innføringen av regler om offentlige anskaffelser.»

²⁸² Prop. 51 L (2015–2016) side 91.

²⁸³ Se NOU 2006: 4 Rederiskatteutvalget— Forslag til endringer i beskatningen av norsk utenriks sjøfart, punkt 6.1.

²⁸⁴ Pål Thonstad Sandvik, *Nasjonens velstand*, 2. utg., Bergen 2022, side 73 flg., og Amundsen (1963), side 13–15 og 27.

²⁸⁵ Om det faktisk var endringer i statens innkjøpspraksis på denne tiden, i mer frihandelsvennlig retning, er jeg ikke kjent med. Det er ikke omtalt i innstillingen til 1899-instruksen.

prispåslag på 10 % i evalueringen.²⁸⁶ Regelen om prispåslag ble videreført i det første omfattende statlige anskaffelsesreglementet i 1899, jf. § 23 siste ledd. Det var også andre preferanseregler i § 10, som at departementet måtte samtykke til å bortsette arbeider (tjenester) til personer uten fast bopel i Norge. Innenfor Norge skulle det imidlertid være åpen konkurranse, og § 13 bestemte at anbudsdokumentene skulle «udlægges til Eftersyn» i forskjellige deler av landet. Beskyttelsen av norsk næringsliv ble ytterligere skjerpet ved en kongelig resolusjon i 1923, hvor enhver tildeling av kontrakt til en utenlandsk leverandør måtte avgjøres av departementet.²⁸⁷ 1927-instruksen beholdt regler om prispåslag frem til 1967.²⁸⁸ I tillegg til prispreferanser bestemte 1927-forskriften § 13 at hvis det var flere norske leverandører av en vare, skulle anbudskonkurransen normalt begrenses til disse, altså begrense åpenhet for deltakelse fra utenlandske leverandører.

I etterkrigstiden skulle distriktspolitikk i økende grad ivaretas, særlig etter et rundskriv i 1958.²⁸⁹ 1927-forskriften § 24(2) bestemte at det anbudet skulle antas som er «mest fordelaktig for staten». Industridepartementet understreket i rundskrivet at ikke bare pris og ytelse var avgjørende, men også andre omstendigheter, som å «styrke næringslivet i vedkommende landsdel eller distrikt». Departementet ba om at «det i langt større utstrekning blir tatt hensyn til også dette moment ved antakelser av anbud». I samme rundskriv oppfordret departementet til å gi muligheter til mindre leverandører i distriktene ved å dele opp kontrakter etter dagjeldende § 16. Som vi ser av begrunnelsen, var distriktspolitikk også næringspolitikk, men forskjellsbehandlingen var ikke bare overfor utenlandske leverandører, men også norske leverandører i andre deler av landet.

Bare to år etter rundskrivet, i 1960, tilsluttet Norge seg frihandelsavtalen EFTA som bygget på et prinsipp om ikke-diskriminering.²⁹⁰ Artikkel 14 nr. 1 bestemte at innen utløpet av 1966 skulle avtalepartene for offentlige innkjøp gradvis avvikle tiltak «som har den virkning at de beskytter innenlandsk produksjon», og tiltak som innebar «handelsdiskriminering på grunn av nasjonalitet», jf. henholdsvis bokstav a og b. Anbudsforskriftene ble endret i 1966 for å ivareta Norges forpliktelser om ikke-diskriminering etter EFTA-avtalen, men komitéen på Stortinget understreket at det ikke var ønskelig å «innrømme en tilsvarende likestilling for alle andre land som vårt land ikke er garantert noen slike gjensidige innrømmelser fra».²⁹¹ De viktigste endringene var opphevelse av reglene om prispreferanse i § 25 og om å forbeholde anbudskonkurranser for norske leverandører i § 13.

Til tross for formelle endringer var det fortsatt et uttalt politisk mål å bruke offentlige anskaffelser til nasjonale innkjøp,²⁹² og man fortsatte med utstrakt bruk av preferanseregler for norsk industri, om enn i noe mer tilslørt form. I 1968 avklarte for eksempel Industridepartementet at rundskrivet fra 1958 om å prioritere næringslivet i distriktene ved tildeling av anbud «står ved makt».²⁹³ Utvalget i NOU 1972: 19 «Statens innkjøp» fremhevet at reglene «påbyr ikke at det utenlandske anbud skal antas fordi det ligger lavest i pris. Her som ellers blir det avgjørende hva som er fordelaktigst for staten totalt sett».²⁹⁴ Da REFSA ble vedtatt i 1978, fastsatte § 5 at

²⁸⁶ Indst. S. XIII 1895 s. 23, inntatt i Stortingsforhandlinger (ib.utg) 1895 Vol. 44 Nr. 6a (upaginert). Flere stortingsrepresentanter argumenterte også for prispåslag på 20 og 30%, se *Stortingstidende indeholdende ni og firtiende ordentlige Stortingsforhandlinger 1899/1900* side 2110. Danmark fikk tilsvarende utvikling, se Andersen (1997) kap. 4.

²⁸⁷ Innst. S. LVI (1923) «Innstilling fra den forsterkede næringskomité nr. 2 om beskyttelse av norsk produksjon ved leveranser til det offentlige», side 1 og 5. I Stortingsforhandlinger (ib. utg) 1923 Vol 72 Nr 6 (upaginert).

²⁸⁸ Et vedtak om å oppheve prispreferansereglene ble vedtatt allerede i 1961, men ikke iverksatt, se St. meld. Nr. 25 (1966-1967) side 1.

²⁸⁹ Rundskriv av 11. september 1958 fra Industridepartementet, inntatt i NOU 1972: 19 «Statens innkjøp» side 117.

²⁹⁰ Konvensjon om opprettelse av Det Europeiske Frihandelsforbund, 4. januar 1960, Stockholm.

²⁹¹ St. meld. Nr. 25 (1966-1967) og Innst. S. nr. 115 (1966-1967) side 207.

²⁹² Se for eksempel saksordfører Finn Kristensens uttalelse i stortingsdebatten om vedtakelse av regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet, *Stortingstidende* (1977-1978) side 1923-1924: «Jeg viser til hva St. Meld. nr. 67 for 1974-75, industrimeldingen sa om det, og det store behov som er til stede for å nytte statens innkjøpspolitikk som ledd i en utviklingsprosess for norsk industri slik at den etter hvert kan bli konkurransedyktig i forhold til utenlandsk industri på områder der det er et sterkt behov for det.». Hentet 8. januar 2021 fra https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1977-78&paid=7&wid=a&psid=DIVL382&pgid=b_0585

²⁹³ Brev av 24. april 1968 fra Industridepartementet til Utvalget for effektivisering av statens innkjøpsvirksomhet, inntatt i NOU 1972: 19 side 118.

²⁹⁴ NOU 1972: 19 kapittel 3.4.2

konkurransen kunne begrenses dersom dette var av særlig betydning for opprettholdelsen av stabil sysselsetting, distriktsutbygging eller utvikling av konkurransedyktig norsk industri,²⁹⁵ men bestemmelsen inneholdt også et forbehold om at begrenset konkurranse ikke måtte brukes i strid med internasjonale forpliktelser. REFSA § 45 fastsatte også at forsknings- og utviklingsarbeider fortrinnsvis skal inngås med norsk bedrift eller forskningsinstitusjon. Videre hadde man preferanseregler for nasjonal industri i svært mange bransjer, særlig gjennom konsesjonssystemet.²⁹⁶ I petroleumsnæringen var det, som beskrevet ovenfor, utstrakt bruk av preferanseregler for norsk industri. Det første drivverdige norske oljefunnet skjedde først etter Norges tilslutning til EFTA, med Ekofisk i 1969.²⁹⁷

EØS-avtalen bygget på et ideologisk paradigmeskifte om hva man mente tjente nasjonaløkonomiene.²⁹⁸ Den overordnede tanken var at et større marked for frihandel ville komme alle statene i markedet til gode. Kommisjonen skrev i sitt white paper fra 1985:²⁹⁹

«The benefits to an integrated Community economy of the large, expanding and flexible market are so great that they should not be denied to its citizens because of difficulties faced by individual Member States. These difficulties must be recognised, to some degree they must be accommodated, but they should not be allowed permanently to frustrate the achievement of the greater progress, the greater prosperity and the higher level of employment that economic integration can bring to the Community.»

En forutsetning for å oppnå fordelene med et reelt indre marked var at statene oppga sin proteksjonistiske politikk.³⁰⁰ Men for å gjøre det måtte statene bli enige om gjensidige innrømmelser, noe EUs økonomiske og sosiale komité formulerte godt i sine innspill til det foreslåtte håndhevingsdirektivet:³⁰¹

«It is neither fair nor reasonable to expect individual Member States to dismantle their rules protecting domestic producers unless they can be basically confident that the other Member States will follow suit.»

Statene ble enige. Slik Norge hadde brukt anbudsplikt og leverandørrettigheter til å tvinge oljeselskapene til å kjøpe norsk, brukte EU/EØS-statene det samme for å tvinge seg selv og de andre statene til å kjøpe utenlandsk. I tillegg til at håndhevingsdirektivene effektiviserte etterlevelsen av anskaffelsesreglene ved rettighetsbasert håndheving, ble reglene også mer detaljerte for å begrense innkjøpernes skjønn.³⁰² Et veldig skjønnsmessig regelverk ville være lett å utnytte av medlemsstater som ville opprettholde sine proteksjonistiske innkjøpspraksiser. Som Kahneman mfl. sier om skjønnsmessige regler: «They delegate power».³⁰³ Erfaring hadde vist at hvis makten ble delegert til medlemsstatene i form av skjønnsmessige regler, misbrakte de den til proteksjonisme. Man måtte ha kombinasjonen av tilstrekkelig klare regler og tilstrekkelig effektive håndhevingsmekanismer for å sikre etterlevelse. EFTA-konvensjonen hadde til sammenligning hatt for

²⁹⁵ Inntatt som vedlegg til Frihagen (1980), side 339.

²⁹⁶ Torstein Eckhoff, «Oversikt over diskriminerende bestemmelser i norsk konsesjonslovgivning», i Eva Nordlund og Tor Brostigen (red.), *Nei til EF - Konsesjonslovene : innlegg på et seminar 27. september 1990*, 1990, side 22. Lov av 14. desember 1917 om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom § 2 nr. 4 bestemte bl.a.: «Likesaa bør norsk arbeide, norsk forsikring og norsk materiel fortrinnsvis benyttes.» For petroleumsvirksomhet, se Skirbekk (1988), særlig kapitlene 1.2 til 1.5.

²⁹⁷ Helge Ryggvik, Marie Smith-Solbakken og Tor Gunnar Tollaksen, «Norsk oljehistorie» i *Store norske leksikon* på snl.no. Hentet 9. desember 2022 fra https://snl.no/Norsk_oljehistorie

²⁹⁸ Arrowsmith, Linarelli og Wallace (2000), kapittel 1 og 4.

²⁹⁹ White paper (1985), avsnitt 15.

³⁰⁰ Arrowsmith, Linarelli og Wallace (2000), kapittel 1 og 4.

³⁰¹ Opinion on the proposal for a Council Directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on procedures for the award of public supply and public works contracts, OJ 22.12.87 No C 347/23.

³⁰² Arrowsmith (2012), side 1, 9, 10 og 17 flg. Tilsvarende argumenterte NOU 1997: 21 for å begrense skjønnet til innkjøperne for å hindre at de tok andre hensyn enn rent forretningsmessige, se side 44.

³⁰³ Daniel Kahneman, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Noise: a flaw in human judgment*, UK 2021, side 351.

uspesifikke regler og for passiv håndheving.³⁰⁴ Adgangen til å diskriminere utenlandske leverandører for norske innkjøpere ble ytterligere redusert ved ikrafttredelsen av WTOs Agreement on Government Procurement i 1996, som innførte forbud mot diskriminering av leverandører fra en rekke land utenfor EU.³⁰⁵

Da EU vedtok anskaffelsesdirektiver og håndhevingsdirektivet, var dette begrunnet i frihandel – i å lage et indre marked uten nasjonalitetsbasert diskriminering. Men likebehandlingen gjaldt bare leverandører innenfor EUs indre marked, ikke dem som var utenfor. Det første forsyningsdirektivet (direktiv 93/38) art. 36 nr. 3 bestemte at innkjøpere i tilbudsevalueringen skulle se bort fra at et tilbud fra en tredjelandsleverandør var billigere enn tilbudet fra leverandøren i et EU-land dersom tilbudet var inntil 3 % lavere.³⁰⁶

Utviklingen med at anskaffelsesregelverket ikke skulle ta andre politiske hensyn enn å styrke det indre marked, fortsatte ved vedtakelsen av 1999-loven. I NOU 1997: 21 het det at der offentlige anskaffelser tidligere var brukt i «distrikts- og næringspolitikken eller for å ivareta andre mer generelle samfunnsmessige hensyn», burde regelverket nå sikre mest mulig effektiv ressursbruk basert på forretningsmessige hensyn. REFSA § 5 ble ikke videreført, og en ny formålsbestemmelse i § 1 løftet nå frem «effektiv ressursbruk» og «forretningsmessighet».

Likevel var næringspolitikk en viktig del av hva utvalget la i effektiv ressursbruk.³⁰⁷ Utvalget mente det var viktig å stimulere til effektive anskaffelser slik at ressursbruken «både i privat og offentlig sektor blir best mulig». Det var også viktig «for utviklingen i næringslivet» at offentlige anskaffelser skjer etter konkurranse mellom leverandørene. Ved å opptre som krevende kunde og stimulere til bred konkurranse ville det offentlige kunne bidra til «kostnadsbevissthet, effektivitet og produktutvikling hos norske bedrifter, og dermed gjøre norsk næringsliv mer konkurransedyktig både på hjemmemarkedet og på eksportmarkedet». Utvalget skrev også at styrket næringsliv kunne komme innkjøperne til gode ved senere kontrakter, men det er tydelig at for utvalget, og senere for departementet og Stortinget,³⁰⁸ skulle ikke anskaffelsesreglene bare pleie markedet for innkjøpernes egen del. Reglene skulle ivareta bredere næringspolitiske hensyn. I dette lå det implisitt at statens adferd som innkjøper ikke bare skulle ivareta det ressurseffektive for staten, men også ta valg basert på målsettinger om å utvikle næringslivets konkurransekraft.

Der anskaffelsesreglene tidligere hadde ivaretatt næringslivet ved prispåslag, begrensede innbydelser og positiv forskjellsbehandling av lokalt næringsliv, skulle næringslivet nå styrkes særlig gjennom økt bruk av tevlinger og økt innkjøpsfaglig profesjonalitet.

Et mindre vektig næringspolitisk hensyn utvalget også gjennomgående pekte på, var hensynet til små og mellomstore bedrifter.³⁰⁹ Det fremholdt at det var nødvendig at små og mellomstore bedrifter får delta i anskaffelsesprosedyrer dersom man skal «nå målene om bedre ressursallokering og økt verdiskapning».³¹⁰ Tiltakene i regelverket for å oppnå dette var imidlertid ikke inngripende, men blant annet å redusere dokumentasjonskrav noe og å muliggjøre oppdeling av kontrakter.³¹¹

Hensynet til SMB-er ble også i økende grad løftet frem i EUs anskaffelsesdirektiver i 2014.³¹² Tydeligst er artikkel 46 nr. 1 som bestemmer at oppdragsgiver skal dele opp kontrakten i delkontrakter eller begrunne hvorfor ikke. Behovene for å ha regler som særlig ivaretar SMB-er, bygget på at innkjøpere kunne ønske større kontrakter på grunn av kvantumsrabatter og reduserte transaksjons- og administrasjonskostnader ved å

³⁰⁴ St. prp. nr. 100 (1991–1992) side 175.

³⁰⁵ NOU 1997: 21 punkt 10.3. Stortinget ga sin tilslutning til avtalen 30. november 1994, og den trådte i kraft 1. januar 1996.

³⁰⁶ Gjennomført i norsk rett ved forskrift 16. desember 1994 nr. 1110 om gjennomføring av EØS-avtalen, vedlegg XVI punkt 4 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) § 41(3).

³⁰⁷ NOU 1997: 21 side 20–21.

³⁰⁸ Komitéen på Stortinget fremhevet blant annet at innkjøp ikke bare var viktig for ressursbruk i offentlige sektor, men «for sysselsettinga i privat sektor», jf. Innst. O. nr. 27 (1998–99) pkt. 2.2.

³⁰⁹ NOU 1997: 21 kapittel 6, «Statlige anskaffelser - utfordringer for næringslivet, herunder små og mellomstore bedrifter».

³¹⁰ NOU 1997: 21 side 38.

³¹¹ NOU 1997: 21 blant annet side 70, 85 og 188.

³¹² Se også fortalen avsnitt 2 og 78.

forholde seg til færre kontraktsparter.³¹³ Likevel var heller ikke her reglene for å ivareta SMB-er særlig strenge, ettersom oppdragsgivere står helt fritt til å la være å oppdele kontraktene.

Næringspolitikk og andre hensyn fikk begrenset omtale ved forberedelsen av ny lov om offentlige anskaffelser av 2016, på grunn av mandatet til utvalget som avleverte NOU 2014: 4. Utvalget skulle ikke vurdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregelverket skulle «benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn».³¹⁴ Stortinget var imidlertid opptatt av at regelverket skulle brukes til å ivareta bredere samfunnshensyn, og utvidet regjeringens forslag til formålsbestemmelse ved å ta inn «samfunnstjenlig» i formålsparagrafen, «noe som vil kunne ivareta hensyn til bl.a. konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold».³¹⁵

Anskaffelsesreglene i Norge har historisk i liten grad blitt benyttet til å ivareta andre formål enn integritet, ressurseffektivitet og næringspolitikk. Valutaformålet i 1822 fremstår som særegent. Senere distriktpolitiske formål skulle besørge flere hensyn, som spredt bosetting, men var også i vesentlig grad næringspolitisk – det skulle allokere ressurser til næringslivet i visse deler av landet. De næringspolitiske hensynene har særlig handlet om geografiske avgrensninger. Fra 1894 til 1992 var det et næringspolitisk mål med alle anskaffelsesreglene å beskytte norsk næringsliv mot konkurranse fra utlandet om offentlige kontrakter. For å sikre norsk næringsliv benyttet man i statlige innkjøp tevlinger med begrenset åpenhet og positiv forskjellsbehandling av norske leverandører. I petroleumsindustrien ble de utenlandske operatørene pålagt anbudskonkurranser som var åpne, for å sikre norske leverandørers kontraktsmuligheter. EU/EØS-reglene skulle åpne markedene, og foreskrev derfor tevlinger som var åpne og likebehandlende på det indre markedet, men også her var det forskjellsbehandling av leverandører lokalisert utenfor. Vi ser at anskaffelsesregelverk som foreskriver tevlinger, kan brukes til å oppnå forskjellige næringspolitiske formål, ved å ha regler som gir fordeler og ulemper til forskjellige næringslivsaktører. Anskaffelsesreglene har vært brukt for å allokere ressurser til de delene av næringslivet man ønsker, og ikke siden 1822 har statlige anskaffelsesregler likebehandlet alle leverandører. Likebehandlingen har alltid vært geografisk avgrenset, til leverandører i et distrikt, i landet, i EØS, i WTO. Selv om hensynet til små- og mellomstore bedrifter i økende grad har vært fremme i regelverket, har det vært gitt få regler som faktisk allokere kontrakter til SMB-er.³¹⁶ Ressursallokering til forskjellige deler av næringslivet gjennom anskaffelsesregler har altså i mye større grad blitt brukt til geografisk allokering enn til allokering mellom bedrifters størrelser.

6.3 Ressurseeffektivitet

6.3.1 1814-1970-tallet

Forenklingsutvalgets flertall skrev: «Historisk sett er det et ønske om effektiv ressursbruk som har begrunnet innføringen av regler om offentlige anskaffelser i norsk rett.»³¹⁷ Departementet formulerte seg tilsvarende.³¹⁸ Det stemmer ikke.

Når politikere og utvalg fra 1814 og fremover har vurdert i hvilken grad anskaffelsesregelverket bør pålegge bruk av tevlinger, og hvilken rettslig form regelverket bør ha, har to spørsmål vært helt sentrale. For det første om det vil være ressurseeffektivt å pålegge bruk av tevlinger eller ikke.³¹⁹ For det andre hvordan

³¹³ Se blant annet NOU 1997: 21 kapittel 6, direktiv 2014/24, fortalen avsnitt 78, Commission staff working document «European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts», 25.6.2008, Brussels, SEC(2008) 2193 side 5 og 9.

³¹⁴ NOU 2014: 4 pkt. 1.2.3.

³¹⁵ Innst. 358 (2015–2016) pkt. 2.2.

³¹⁶ Et unntak er EU-rettens forbud mot at nasjonalstatene legger for store begrensninger på leverandørkjedene, som blant annet har vært begrunnet i tilgang for SMB-er på markedet for større offentlige kontrakter ved å kunne være underleverandør, se bl.a. C-63/18 *Vitali* [2019] avsnitt 27.

³¹⁷ NOU 2014: 4 pkt. 9.4.2.2

³¹⁸ Note 281.

³¹⁹ To senere eksempler er Innst. O. nr. 18 (1992–1993) side 4: «Det påpekes i proposisjonen at de administrative og økonomiske konsekvensene av innføring av nytt regelverk med basis i EØS-bestemmelsene, dels er knyttet til lavere innkjøps-priser, dels er knyttet til administrativt merarbeid», og NOU 1997: 21 side 29: «Det overordnede målet med

ressurseffektivitet skal veies mot andre hensyn. Svaret på disse to spørsmålene har i det meste av perioden fra 1814 vært at særskilte regler om offentlige anskaffelser ikke er ressurseffektivt for staten som innkjøper, men kan likevel være egnet for å oppnå andre formål, særlig integritet og næringspolitiske formål.

Grunnlovens utgangspunkt er fleksibilitet for innkjøpere ved forvaltningen av offentlige penger. Vi har ovenfor sett at politikerne på tidlig 1800-tall antok at lisitasjon kunne gi bedre priser, men var oppmerksomme på kostnadene ved lisitasjonsformen, enten det var sportler, plakater eller dårlig deltakelse. Det ble blant annet av den grunn ikke vedtatt noen generell plikt til å anskaffe ved lisitasjoner, og 1822-instruksen gjaldt bare statsfornödenheter. Mer vidtrekkende forslag om å bruke lisitasjoner ble ikke vedtatt.

Da Statsrevisjonen krevde mer bruk av lisitasjoner og anbudskonkurranser, ble regjeringens konklusjon i 1881 at utstrakt bruk av anbud og lisitasjoner som virkemiddel ikke var økonomisk fordelaktig for staten. Som havnesjefen oppsummerte det:³²⁰

«Jeg har altsaa den Mening, at forøget Arbeide, Besvær, Omsvøb og Resico ved Forberedelser, Afslutning og Modtagelse ikke for Havnevæsenets Forhold paa langt nær vil kunne oppveies ved den tvilsomme større Sikkerhed for billigste Pris (men i Regelen slettere Vare).»

Departementet mente det bare var gunstig å benytte tevlinger når innkjøper ikke trengte noen særlig tillit til leverandøren, og når leveransens kvalitet lett kunne kontrolleres ved overlevering.³²¹ Når lisitasjoner og anbudskonkurranser ikke var økonomisk gunstig for statens innkjøp, mente departementet det verken burde vedtas i lov eller reglement.

De ekstra kostnadene ved å avholde lisitasjoner var likevel det offentlige et stykke på vei villig til å ta for å beskytte nasjonalt næringsliv i konkurranse med utenlandsk næringsliv, som omtalt ovenfor i punkt 6.2, og av hensyn til kontroll og integritet. Da staten på 1950-tallet skjerpet vektleggingen av distriktshensyn, innebar også dette en nedprioritering av ressurseffektivitet for de enkelte innkjøp, for å ivareta andre politiske hensyn. Plikten til å ivareta disse andre hensynene på bekostning av ressurseffektive innkjøp gikk imidlertid ikke lenger enn at forskriftene av 1899 bare var å anse som «Veiledning for Administrationen». Samme grunnsyn lå til grunn for 1927-reglene.³²²

6.3.2 1970-tallet – stat og privat

1970-tallets grundigere utredninger av statlige innkjøp ledet ikke til noen vesentlig endring i synet på om fleksibilitet eller lovpålagte anbudskonkurranser ville gi mest ressurseffektive innkjøp. Da NOU 1972: 19 utredet hvordan statlige innkjøp burde organiseres, innhentet utvalget informasjon om innkjøpsorganisasjonen i noen større private virksomheter: Aker, Elkem, Hydro, Lilleborg, Borregaard og Christiania Spigerverk.³²³ De fleste hadde sentralisert innkjøpsvirksomhet som fastsatte interne retningslinjer for innkjøp. Ingen av virksomhetene ga håndhevbar rettigheter til leverandører etter egne innkjøpsretningslinjer. Gjennomgående benyttet alle forhandlinger etter innhenting av tilbud fra flere konkurrerende underleverandører. Tilbudene ble ikke bare valgt på pris, men på grunnlag av en helhetsvurdering, som kvalitet, leveringssikkerhet og kommersielle vilkår. I Lilleborg fastsatte administrerende direktør retningslinjer for å ta andre hensyn enn rent kostnadmessige, som det å kjøpe fra samarbeidende selskaper og kunder – altså hensyn til relasjoner. Utvalget pekte på at sammenlignet med det private var offentlige innkjøp underlagt mer restriksjoner og kontroll, og hadde et mer detaljert regelverk. Likevel ville ikke forskjellen i praksis bli så stor, ifølge utvalget, da både det offentlige og det private benyttet sentralt utarbeidede retningslinjer som måtte følges nedover i organisasjonen.

Utvalget som utredet REFSA i 1975, skrev om ressurseffektivitet ved anskaffelser:

forsyningsvirksomhet i offentlig sektor er å produsere tjenester med tilstrekkelig kvalitet til lavest mulig total kostnad på kort og lang sikt, samtidig som ressursbruken ved selve innkjøpsvirksomheten holdes nede.»

³²⁰ Sth. Prp. No. 31 (1881) side 50.

³²¹ Sth. Prp. No. 31 (1881) side 18.

³²² Gjentatt ved forberedelsen av 1927-forskriftene, i St. med. nr. 12 (1927) side 3–4.

³²³ Jeg har brukt kortnavn på selskapene/konsernene. De er gitt hvert sitt underpunkt i kapittel 3.6 i NOU 1972: 19.

«Målet for enhver anskaffelsesvirksomhet vil være å sørge for at brukerens behov blir dekket på en mest mulig effektiv og hensiktsmessig måte, slik at brukeren får det 'riktige' produkt – sett i relasjon til formålet til riktig tid og til lavest mulig pris.»³²⁴

I NOU 2014: 4 gjengis dette sitatet som en henvisning til bare offentlig anskaffelsesvirksomhet, men sitatet gjaldt anskaffelsesvirksomhet helt generelt.³²⁵ 1975-utvalget fortsatte umiddelbart deretter om det særegne for staten: «Reglene for den statlige anskaffelsesvirksomhet kan imidlertid ikke utelukkende legge vekt på effektivitetshensynet.» Effektivitetshensynet måtte avveies mot rettssikkerhetshensyn, særlig likebehandling av leverandørene. Betoningen av ressurseffektivitet for staten ble nå på en klarere måte vektet mot likebehandling av leverandører, som hadde vært nokså fraværende ved vedtakelsen av tidligere regelverk, til tross for jevnlig klager fra kjøpmenn. Likebehandling og rettssikkerhet for leverandørene hadde også vært sterkere fremhevet i juridisk teori i etterkrigstiden.³²⁶ Utvalget i 1975 la til grunn «at konkurranseprinsippet er det som best ivaretar begge de nevnte hensyn» – ressurseffektivitet og rettssikkerhet. Med konkurranseprinsippet mente utvalget primært anbudskonkurranse, men anskaffelser etter forhandling måtte også gjøres etter «konkurranseprinsippet».³²⁷ Anskaffelser med forhandling etter REFSA innebar blant annet at flere tilbud skulle innhentes med nærmere angitt tilbudsfrist, jf. §§ 20(3) og 24(1), forhandlinger skulle skje etter tilbudsåpning, jf. § 26(1), tilbyderne skulle likebehandles, jf. § 25(1) og 26(2), og valget skulle begrunnes, jf. § 28(3). Kjøp ved forhandling var altså også en tevling. Selv om utgangspunktet for REFSA var å benytte tevlinger, var det ikke særlig strengt. Departementet kunne fritt samtykke til bruk av direkte kjøp eller kjøp med forhandling, og kunne delegerer myndigheten til å gi slikt samtykke, jf. REFSA §§ 19(3) og 31(1)e.

I avveiningen mellom rettssikkerhet for leverandører og ressurseffektivitet for staten var det statens interesse som primært skulle ivaretas. Utvalget mente at effektivitet vs. rettssikkerhet ble satt på spissen ved spørsmålet om REFSA skulle tillate staten å anta et alternativt tilbud når dette var en bedre løsning enn det som var forutsatt i anbudsinnbydelsen.³²⁸ På den ene siden tilsa rettssikkerhetshensyn at innkjøper måtte holde seg til anbudsgrunnlaget, mens effektivitetshensyn tilsa frihet og fleksibilitet til å velge tilbudet som sørget for at offentlige midler ble brukt best mulig. Utvalget konkluderte med at når det ble satt på spissen som her, måtte effektivitetshensyn gå foran hensynet til leverandørene.

Selv om oppfatningen av hva som ga ressurseffektive innkjøp, ikke endret seg nevneverdig frem til 1970-tallet, fikk hensynet til leverandørenes interesser større vekt i avveiningen mot statens mål om effektive innkjøp. Det samme gjorde ivaretagelsen av andre samfunnsformål, særlig distriktpolitikk, som vi så ovenfor i punkt 6.2.

6.3.3 1992 – EØS

Lov om offentlige anskaffelser av 1992 og tilhørende forskrifter gjennomførte EUs anskaffelsesregelverk, hvis sentrale virkemiddel var tevlinger – åpne og begrensede anbudskonkurranser – med snevre unntak for direkte anskaffelser. Så snevre at de er karakterisert som «en ren nødløsning».³²⁹ EUs anskaffelsesregler hadde ikke ressurseffektive innkjøp til formål, men å skape et indre marked ved å motkjempe proteksjonismen som fortsatt var omfattende på 1980-tallet. Dette hadde likevel økonomiske sider. Å skape et indre marked i EU hadde til formål å oppnå økonomisk vekst samlet sett for statene i det indre marked, i tillegg til fred og andre ønskede virkninger av europeisk integrasjon. Det sentrale virkemiddelet for å oppnå det indre marked var å motvirke nasjonalitetsbasert diskriminering. Innen anskaffelser ble det også argumentert med at å åpne markedene for større konkurranse ville gi besparelser for mange offentlige innkjøpere.³³⁰ Dette argumentet hadde imidlertid ikke hatt sterk overbevisningskraft. Statene hadde ikke frivillig oppgitt proteksjonistiske

³²⁴ NOU 1975: 9 kap 2.4 første avsnitt.

³²⁵ I NOU 2014: 4 side 67.

³²⁶ Note 194.

³²⁷ NOU 1975: 9 side 30 første spalte.

³²⁸ NOU 1975: 9 pkt. 5.3.2.

³²⁹ Simonsen (1997), side 502–503.

³³⁰ Det ble på 1980-tallet gjennomført forskjellige samfunnsøkonomiske analyser som forsøkte å regne på mulige besparelser ved reform av offentlige innkjøp i EU og Norge, se Ot.prp. nr. 71 (1996–1997) side 8 og Arrowsmith (2014), side 151–152.

praksiser i sin anskaffelsesvirksomhet, basert på at de ville oppnå mer ressurseffektive innkjøp ved å åpne for internasjonal konkurranse. For at man skulle hente ut de økonomiske gevinstene av det indre marked, både generelt og i offentlige anskaffelser spesielt, måtte medlemsstatene forbys å diskriminere. Som vi så ovenfor i punkt 4, måtte medlemsstatenes diskriminerende adferd motvirkes gjennom regler som (1) forbød nasjonalitetsbasert diskriminering, (2) som begrenset innkjøpernes skjønn, og som (3) sikret etterlevelse ved å gi leverandører rettigheter.

Forarbeidene til 1992-loven inneholdt en del beskrivelser av forventede konsekvenser for ressurseffektiviteten ved offentlige innkjøp i Norge. Departementet pekte på at fordi reglene bare gjaldt over EØS-terskelverdier, «vil administrative merkostnader [...] utgjøre en meget liten andel i forhold til selve anskaffelsens verdi».³³¹ Departementet forventet at for disse større kontraktene ville man få et prisfall på 3–5 % på grunn av økt internasjonal konkurranse og færre importledd, noe som ville «oppveie kostnadene ved merarbeidet». For Norges vedkommende fremhevet departementet og Stortinget også at de internasjonale markedene var større enn det norske, og at importandelen ved norske offentlige innkjøp var omkring 24 %, som var mye høyere enn i mange andre EFTA- og EF-land, henholdsvis 1 % og 4 % i Italia og England. Dette tilsa at de nye mulighetene for norsk næringsliv utenlands var relativt sett større enn for utenlandsk næringsliv i Norge.³³² Samtidig tilsa dette at for norske innkjøpere ville prisfallet være mindre der det allerede var internasjonal konkurranse om kontraktene.³³³

Departementet antok også at det ville bli mer kostbart med klagebehandling og søksmål, særlig for domstolene, oppdragsgiverne og regjeringsadvokatembetet, men viste til at dette ville begrenses av at REFSA fortsatt gjaldt under terskelverdi. Uansett ville innføring av nytt regelverk over terskelverdiene «samlet sett» gi reduserte kostnader for staten.³³⁴ Stortingsflertallet la også vekt på at håndhevingsreglene, herunder det nye i at leverandører fikk lovfestede rettigheter, skulle «sikre reelt likeverdige konkurransevilkår med hensyn til offentlige anskaffelser i EØS-området».³³⁵ Argumentet var likeverdige konkurransevilkår over grensene, ikke hensynet til leverandørene.

Selv om departementet og Stortinget drøftet forventede positive virkninger på ressurseffektiviteten for offentlige innkjøp, vek de i stor grad unna å drøfte mulige negative virkninger. Dette kan tjene som eksempel på det flertallet i NOU 2010: 2 skrev om at mothensynene i anskaffelsesreglene ikke er vanlige å se fremhevet i forarbeidene, blant annet fordi det er «sjelden lovgiver fremhever mothensyn når man etter en lang prosess har kommet til at ny lovgivning skal innføres. Da understreker man heller den positive begrunnelsen».³³⁶ En annen grunn var at siden Norge uansett var forpliktet til å gjennomføre reglene, kunne det være unødvendig å dvele ved motargumentene. I tillegg presenterte Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet motargumenter i sine mindretallsmerknader i innstillingen, som innstilte på at loven ikke skulle vedtas. De pekte blant annet på klagebehandling og søksmål, økte administrasjonskostnader og den usikre gevinsten ved internasjonal konkurranse, særlig usikkerheten ved om norske leverandører faktisk ville få reell tilgang i markeder utenfor Norge.³³⁷

Da EØS-reglene krevde at det måtte fastsettes ved lov at anbudskonkurranser som hovedregel måtte benyttes ved anskaffelser over EØS-terskelverdier, forventet politikerne at det ville bli kostnadsdrivende sammenlignet med den frihet og fleksibilitet REFSA ga. Samtidig antok politikerne at når de større kontraktene som var omfattet av EØS-reglene, ble sett samlet, ville økt internasjonal konkurranse og kortere leverandørkjeder bidra til en reduksjon i prisene som veide opp administrative merkostnader. Formålet om ressurseffektivitet fikk dermed en viss vridning fra den enkelte anskaffelse til et mer aggregert nivå. Mens tidligere anskaffelsesregulering hadde vært orientert mot ressurseffektivitet i den enkelte anskaffelse, og forutsatte at

³³¹ Ot.prp. nr. 97 (1991–1992) pkt. 6.

³³² Innst. O. nr. 18 (1992–1993) side 4–5 og St.prp. nr. 100 (1991–1992) side 182 første spalte.

³³³ St. prp. nr. 100 (1991–1992) side 182 andre spalte.

³³⁴ Ot.prp. nr. 97 (1991–1992) pkt. 6.

³³⁵ Innst. O. nr. 18 (1992–1993) side 5 andre spalte.

³³⁶ NOU 2010: 2 side 47 første spalte.

³³⁷ Innst. O. nr. 18 (1992–1993) side 5–7.

den enkelte oppdragsgiver var nærmest til å oppnå ressurseffektivitet i sine innkjøp, mente man nå at selv om generelle regler ville medføre kostnadsøkninger i det enkelte innkjøp, ville besparelser oppnås som helhet. Samtidig understreket man at de fleste kontraktene fortsatt bare var regulert av REFSAs mer fleksible og mindre kostnadsdrivende regler.

6.3.4 1999 – konkurranse og kompetanse

1999-loven innebar nok et vendepunkt for regulering av offentlige anskaffelser. Den viktigste endringen med 1999-loven var at lovreguleringen ble utvidet til å gjelde anskaffelser under EØS-terskelverdiene, og at utvidelsen nå ble begrunnet i ressurseffektivitet, i motsetning til synet som hadde vært frem til og med 1992.

Ressurseffektivitet gjennomsyret hele 1999-loven, som bestemte i § 1 at formålet var å «bidra til økt verdiskapning i samfunnet». Formålsbestemmelsen anga også at økt verdiskapning skulle oppnås «ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling». Å ivareta andre hensyn med anskaffelsesregelverket, som distrikts- og næringspolitikk, «vil kunne komme i direkte strid med forretningsmessige vurderinger»,³³⁸ og burde derfor begrenses.³³⁹ Både NOU 1997: 21 og proposisjonen hadde lengre beskrivelser av effektivitetsgevinster som kunne hentes ut i offentlige innkjøp, for markedet generelt og det offentlige spesielt.³⁴⁰ Stortinget omtalte også effektivitetsgevinster i komitéinnstillingen.³⁴¹ Regelverkets virkemiddel var fortsatt tevlinger, med snevre unntak for direkteanskaffelser, og leverandører fikk rettigheter og håndhevingsmekanismer også for anskaffelsene som hadde vært underlagt REFSA.³⁴²

En nyanse er at for anskaffelser under EØS-terskelverdiene foreslo utvalget å likestille anbudskonkurranser og anskaffelse etter forhandling.³⁴³ Dette ble senere vedtatt i anskaffelsesforskriften av 15. juni 2001 §§ 11-1(1) og 13-1(1).³⁴⁴ Men anskaffelse etter forhandling var også tevling. Anskaffelsen måtte kunngjøres, jf. § 13-1(1). Minst tre leverandører skulle inviteres til forhandlinger, jf. § 16-3(3), med en fastsatt tilbudsfrist, jf. §§ 16-3(1) og 14-1. Til forskjell fra 1978-regelverket kunne det nå forhandles også før tilbud var inngitt, jf. § 16-3(1). Kontrakten skulle tildeles basert på det mest økonomisk fordelaktige eller laveste pris, jf. § 17-2(1), og prosessen måtte gjøres i samsvar med de grunnleggende anskaffelsesrettslige kravene, som likebehandling, jf. § 16-3(5), og tildelingen skulle begrunnes og kunne påklages, jf. § 17-3(2).

Vi har sett at utvalg og politikere tidligere antok at overdreven bruk av tevlinger, liten fleksibilitet for innkjøperne og leverandørrettigheter var negativt for ressurseffektiviteten. Spørsmålet blir her hvorfor utvalget i 1997 mente det motsatte, med tilslutning fra departementet og Stortinget.

Overordnet var det to grunner. Den ene var at man i større grad mente at anskaffelsesregelverket skulle være et virkemiddel til å styrke næringslivets konkurransekraft ved at staten skulle opptre som en kravstor, næringsdrivende innkjøper, som er omtalt i punkt 6.2 ovenfor. Den andre og viktigste grunnen var at de involverte hadde mye større tro enn tidligere på at man kunne oppnå besparelser i offentlige innkjøp.

Den økte troen på besparelser gjennom reguleringer av offentlige anskaffelser skyldtes særlig at omfanget av offentlige anskaffelser hadde vokst, noe som økte de potensielle besparelsene: «[S]elv mindre forbedringer i bruken av regelverket for å oppnå gode anskaffelser, vil gi betydelige gevinster.»³⁴⁵ I innstillingen fra Stortinget ble det vist til at en effektivisering av offentlige anskaffelser på f.eks. 5 % gjennom lavere priser fra leverandører eller ved andre gevinster ville frigjøre nærmere 8 milliarder kroner til andre prioriterte formål.³⁴⁶ Når man forventet innsparinger på mange milliarder gjennom mer ressurseffektive anskaffelser, ble økte kostnader til innkjøp og klagebehandling små i forhold – så små at man uansett antok at økningen i slike

³³⁸ NOU 1997: 21 side 22.

³³⁹ NOU 1997: 21 kapittel 7.7.

³⁴⁰ Se særlig NOU 1997: 21 kap. 5 og Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 2.1.

³⁴¹ Innst. O. nr. 27 (1998–1999).

³⁴² NOU 1997: 21 pkt. 15.1.3.

³⁴³ NOU 1997: 21 pkt. 18.3 og Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 10.3.

³⁴⁴ Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616.

³⁴⁵ NOU 1997: 21 side 149. Komitéen på Stortinget startet også sine merknader med dette argumentet, se Innst. O. nr. 27 (1998–1999) pkt. 2.2.

³⁴⁶ Innst. O. nr. 27 (1998–1999) side 7 første spalte.

administrative kostnader ville være «vesentlig mindre enn det som spares ved at regelverket følges opp».³⁴⁷ Hvor stor økning det var i innkjøpsbudsjettene fra 70-tallet, er ikke lett å anslå, fordi tallene på 1970-tallet var usikre, men veksten var høy. I NOU 1975: 9 ble det gitt et anslag på statlige anskaffelser (ikke inkludert kommunale) for 1973 på samlet kr 6–7 milliarder.³⁴⁸ NOU 1997: 21 anslo statlige anskaffelser på om lag 56 milliarder i 1995.³⁴⁹ 7 milliarder 1973-kroner utgjorde ca. 30 milliarder 1995-kroner basert på SSBs priskalkulator.³⁵⁰

Man kan dele utvalgets begrunnelser for hvordan regelverket skulle bidra til besparelser i direkte og indirekte virkninger. Direkte ville regelverket tvinge frem åpne og rettfærdige konkurranser som man antok ville gi gevinster.³⁵¹ Dels var gevinstene på et overordnet nivå ved at når kjøp «skjer etter konkurranse», vil det stimulere «til konkurranse mellom leverandørene», til «utviklingen av næringslivet», til «nyskaping og innovasjon», til «kostnadsbevissthet, effektivitet og produktutvikling».³⁵² Et styrket næringsliv og marked ville igjen gi bedre leveranser til staten. Hvordan økt bruk av forskjellige anbuds konkurranser skulle gi økonomiske gevinster for innkjøperne, ble i liten grad begrunnet, men utvalget viste til en spørreundersøkelse hos oppdragsgivere hvor 3 av 10 oppdragsgivere oppga å ha kuttet kostnadene med mellom 1 og 20 % «etter innføringen av EØS-regelverket» (ikke nødvendigvis som følge av).³⁵³ Dette kunne indikere at EØS-reglene, som i større grad påla tevlinger, førte til besparelser, og at det også ville gi besparelser med økt bruk av tevlinger for kontrakter under EØS-terskelverdiene. Oppfatningen av at påbudt bruk av tevlinger skulle gi ressurseffektivitet, var også fremholdt i rettsvitenskapen, uten at antakelsen ble begrunnet utover å vise til at større markeder gjennom EØS og GPA ville gi økt konkurranse.³⁵⁴

En annen direkte virkning var at regelverket reduserte mulighetene for å ivareta andre samfunnshensyn, særlig ved opphevelsen av REFSAs § 5 om ivaretagelse av «stabil sysselsetting», «distriktsutbygging» og utvikling av «konkurransedyktig norsk industri». I andre retning hadde regelverket bestemmelser om formål og grunnleggende krav som understreket «mest mulig effektiv ressursbruk» og «forretningsmessighet», jf. §§ 1 og 5. Disse regelendringene ble antatt å medføre økonomiske besparelser.³⁵⁵

En tredje direkte effektivitetsgevinst ved regelverket var å ha et «felles regelverk over og under terskelverdi».³⁵⁶ Dette var forventet å gi økt deltakelse i offentlige anbud fra næringslivet fordi regelverket ble enklere og mindre fragmentert. Selv om den økonomiske konsekvensen av forenklingen var vanskelig å tallfeste, var den etter utvalgets syn «klart positiv».³⁵⁷

De indirekte effektene mente utvalget at kunne ha «minst like stor betydning» som regelverkets direkte påbud, og fremhevet fem faktorer «som synes å ha stor betydning for effektivitet» ved anskaffelser:³⁵⁸ organisering, forsyningsstrategisk tenkning, kompetanse, livssyklus kostnader og behovskartlegging og spesifisering. Ingen av disse var i særlig grad omfattet av regelverket,³⁵⁹ men utvalget mente at regelverket ville tvinge frem innkjøpsfaglig utvikling på disse områdene. Dette ville gi større effektivitetsgevinster enn regelverkets direkte virkninger. Her kan nevnes:

³⁴⁷ Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 12.2 side 61, og lignende uttalelser i Innst. O. nr. 27 (1998–1999) side 7–8 og NOU 1997: 21 side 149–150.

³⁴⁸ NOU 1975: 9 side 18.

³⁴⁹ NOU 1997: 21 side 149.

³⁵⁰ Statistisk sentralbyrå, «Priskalkulator», hentet 11. januar 2023 på <https://www.ssb.no/kalkulatorer/priskalkulator>

³⁵¹ NOU 1997: 21 side 22.

³⁵² NOU 1997: 21 side 21.

³⁵³ NOU 1997: 21 side 149 og Ot.prp. nr. 71 (1998–1999) pkt. 12.1 hvor det står: «Denne prisnedgangen kan skyldes flere forhold, men det nye regelverket er trolig en viktig årsak i denne sammenheng.»

³⁵⁴ Simonsen (1997), side 502.

³⁵⁵ NOU 1997: 21 side 21, 22 og kapittel 7.

³⁵⁶ NOU 1997: 21 side 149.

³⁵⁷ NOU 1997: 21 side 150.

³⁵⁸ NOU 1997: 21 side 28.

³⁵⁹ 1999-loven bestemte i § 6 at innkjøper skulle «ta hensyn til livssyklus kostnader», noe regelverket ikke hadde inneholdt før.

«Utvalget legger stor vekt på nødvendigheten av økt kompetanse for å oppnå effektive statlige anskaffelser. Økt innkjøpsfaglig kompetanse er også en viktig forutsetning for at regelverket skal bidra til en slik effektivisering.»³⁶⁰

«En forutsetning for å hente ut effektiviseringspotensialet er kompetente innkjøpsmiljøer med høy profesjonalitet».³⁶¹

«Utvalget mener at en betydelig effektivisering av statlige anskaffelser kan oppnås på sikt ved at virksomhetene retter oppmerksomheten mot livssyklus kostnadene ved den enkelte anskaffelse fremfor ensidig å fokusere på innkjøpskostnaden.»³⁶²

«Utvalget ønsker å påpeke at en hensiktsmessig organisering av innkjøpsfunksjonen vil være en viktig forutsetning for effektivisering av statlige anskaffelser. Utvalget vil derfor anbefale at større oppmerksomhet blir rettet mot dette viktige området både fra sentrale myndigheter og de enkelte statlige virksomheter.»³⁶³

Vi ser at utvalget hadde en mer helhetlig tilnærming til innkjøp som fag, og hadde stor tro på potensialet for utvikling av innkjøpsfunksjonene, både i det offentlige og i det private.³⁶⁴ Reglernes påbud ble bare ansett som ett av mange virkemidler som måtte brukes for å hente ut effektivitetsgevinster i offentlige innkjøp. De undersøkelsene man støttet seg på, tydet på at innføringen av EØS-regelverket hadde skapt effektivitetsgevinster, særlig gjennom endrede arbeidsformer hos offentlige innkjøpere, heller enn økt internasjonal konkurranse.³⁶⁵ Regelverket kunne forsterke de positive utviklingstrekkene ved profesjonalisering av innkjøp. Lovfestede leverandørrettigheter ville også «bidra til forbedring av etatenes anskaffelsesrutiner».³⁶⁶ Departementet fremhevet, som utvalget, at forskriftsfesting av reglene ville gi kompetanseutvikling, og mente også at leverandørrettigheter var gunstig fordi brudd på regelverket ofte ville bety at anskaffelsen ble dyrere eller dårligere enn nødvendig.³⁶⁷ Departementet presumerte altså at å arrangere tevlinger som regelverket foreskrev, ville være ressurseffektivt i den enkelte anskaffelse.

Det er også en mulig tredje grunn til at man nå mente at tevlinger, leverandørrettigheter og lite fleksibilitet ville gi ressurseffektivitet for innkjøperne, nemlig en oppfatning av EU/EØS-rettens formål. I proposisjonen skrev departementet at EØS-avtalen innebar at «kravet til [...] de forretningsmessige aspekter ved den offentlige anskaffelsesvirksomheten kom klarere frem»,³⁶⁸ og siterte fra EU-kommisjonens grønnbok fra 1996 om at «the rational allocation of public money» er blant reglernes formål.³⁶⁹ Departementet synes altså å ha vært av den oppfatning at EU-retten foreskrev tevlinger, begrenset fleksibilitet og leverandørrettigheter fordi man i EU mente dette ville ivareta forretningsmessighet og rasjonell offentlig pengebruk. Disse forestillingene om EUs anskaffelsesreglers forventede virkemåter og effekter kan ha påvirket departementets forestillinger om sannsynlige virkemåter og effekter av å innføre tilsvarende regler under terskelverdi. Samtidig er det klart at selv om departementet kan ha feiltolket direktivenes formål, var departementet klar over at under EØS-terskelverdiene var ikke Norge bundet av EØS-retten. Valget om å utvide rettighetsbasert lovverk til under terskelverdi var et politisk valg basert på de grunner jeg har nevnt ovenfor, ikke en misforståelse av folkerettslige forpliktelser.

³⁶⁰ NOU 1997: 21 side 31.

³⁶¹ NOU 1997: 21 side 33.

³⁶² NOU 1997: 21 side 31.

³⁶³ NOU 1997: 21 side 28.

³⁶⁴ NOU 1997: 21 side 27.

³⁶⁵ NORUT samfunnsforskning, «Offentlige anskaffelser på anbud : virkninger og erfaringer med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser», 1996, side 1 og 2.

³⁶⁶ NOU 1997: 21 pkt. 20.2.1. Tilsvarende i Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 12.2 side 61.

³⁶⁷ Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) pkt. 8.3.

³⁶⁸ Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 20, formuleringen er noe uklar.

³⁶⁹ Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 20.

Et hovedtrekk ved 1999-reglene var at man ønsket å begrense offentlige innkjøperes fleksibilitet innenfor regelverket, og fleksibilitet til å la være å følge regelverket. Det skulle ikke lenger bare være veiledende. Det skulle være lovregler med snevre unntak for ikke å bruke tevlinger, og strengere håndheving ved leverandørrettigheter. Den strengere etterlevelsen av regelverket skulle dels i seg selv skape ressurseffektivitet, dels skulle ressurseffektivitet oppnås ved at lovregler ville tvinge gjennom en profesjonalisering av innkjøpsfunksjonene i det offentlige.

6.3.5 2016 – dagens lov

Oppfatningen om at pliktige anbudskonkurranser skulle sikre ressurseffektivitet, ble opprettholdt ved vedtakelsen av 2016-loven, mens oppmerksomheten omkring kompetanseheving og profesjonalisering ble tonet ned. Sånn sett fikk samspillet mellom regelverkets virkemidler og dets antatte ressurseffektive utfall en smalere begrunnelse, og ble uansett i liten grad vurdert i NOU 2014: 4 og av departementet.

Utvalgets ene forankring av at det ville gi ressurseffektivitet for statlige innkjøpere å ha en streng plikt til å følge «detaljerte prosedyreregler», var i oppfatningen av at regelverket historisk har vært begrunnet i ressurseffektivitet.³⁷⁰ Det har vi sett at ikke stemmer.

Utvalgets andre forankring var i en analyse av forskjeller mellom offentlige og næringsdrivendes innkjøp. Utvalget tok opp hvorfor det gjelder «strengt og til dels detaljerte regler om fremgangsmåte forut for anskaffelsen» for offentlige innkjøp, men ikke for næringsdrivendes innkjøp.³⁷¹ Utvalget skrev at anskaffelsesregelverket bygger på en grunnleggende sontring mellom private og offentlige anskaffelser fordi det gjelder «en generell presumsjon for at private markedsaktører normalt vil opptre bedriftsøkonomisk rasjonelt», i motsetning til offentlige. Presumpsjonen bygger på at private «selv må bære konsekvensene av forretningsmessig dårlige disposisjoner», mens en offentlig etat eller bedrift «driver normalt for 'andres', skattebetalernes, regning». Tanken er at offentlige innkjøpere ikke har samme «insitament til å opptre økonomisk rasjonelt som private, siden de ikke er underlagt samme konkurranse og samme krav til effektivitet og inntjening». Det ligger utenfor formålene med denne artikkelen og forfatterens fagfelt å forfølge holdet i resonnementet, men to forhold bør påpekes.

For det første viser den historiske gjennomgangen av anskaffelsesreguleringer at analysen i NOU 2014: 4 avviker fra den historiske oppfatningen av hvilke innkjøpsvirkemidler som fremmet ressurseffektive innkjøp generelt og for det offentlige spesielt. Det i seg selv gir grunn til å stille spørsmål ved analysen.

For det andre er analysen i NOU 2014: 4 svært tynn. Forskning på anskaffelser fremhever en rekke forhold som hadde vært relevante for å vurdere antakelsen om at offentlige innkjøpere må underlegges lovfestet anbudspålegg og begrenset skjønnsfrihet for at de skal oppnå ressurseffektive innkjøp.³⁷² Forskningen peker blant annet på at offentlige innkjøp er mer budsjett-drevet enn private, at det offentlige må forholde seg til mange flere interne og eksterne krav, at innkjøp i næringslivet har avkastning til formål, noe som ikke er tilfellet for det offentlige, og at offentlige innkjøpere har begrenset adgang til å ta relasjonelle hensyn, slik Lilleborg gjorde i sine innkjøpsrutiner. Dette sistnevnte innebærer for eksempel at «partnership sourcing» og lignende langvarige samarbeid med forretningsforbindelser er problematisk innenfor anskaffelsesregelverket som blant annet pålegger en viss utjevningssplikt.³⁷³ I tillegg kan det innvendes til analysen i NOU 2014: 4 at ikke bare offentlige innkjøpere driver for «andres» regning, det gjør innkjøperne i næringslivet også, for aksjonærenes regning.

³⁷⁰ NOU 2014: 4 side 110 omtaler å følge de «detaljerte prosedyrereglene» som motsetning til direkte anskaffelser.

³⁷¹ NOU 2014: 4 pkt. 9.1.

³⁷² Jan Stenoft Arlbjørn og Per Vagn Freytag, «Public procurement vs private purchasing», *The International Journal of Public Sector Management*, 2012 Vol. 25, nr. 3, side 203–220. DOI: <https://doi.org/10.1108/09513551211226539> med videre henvisninger, særlig i kapittel 2.

³⁷³ Om utjevningssplikt, se Ragnar Hatlem, «Oppdragsgivers plikt til å utjevne tidligere og eksisterende leverandørers konkurransefordeler», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2022, vol. 28 nr. 1, side 106–137. DOI: <https://doi.org/10.18261/tff.28.1.7>. Om «partnership sourcing», se Ronan McIvor og Marie McHugh, «Partnership Sourcing: An Organization Change Management Perspective», *Journal of Supply Chain Management* (2000), side 12–20. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1745-493X.2000.tb00247.x>.

Departementet stilte ikke spørsmål ved antakelsene om at «mange og detaljerte prosedyreregler» ville gi ressurseffektivitet, eller at det var nødvendig med slike regler i lov og forskrift for at det offentlige skulle oppnå ressurseffektive innkjøp. Departementet skrev om gjeldende rett at regelverkets mange og detaljerte prosedyreregler «er ment å tvinge offentlig sektor til best mulig ressursutnyttelse når varer og tjenester skal kjøpes inn». ³⁷⁴ Stortinget kommenterte heller ikke forholdet mellom regelverkets virkemidler og dets forventede ressurseffektive utfall for innkjøperne. ³⁷⁵

6.4 Oppsummert om formål

6.4.1 Markedsadferd uten særregulering

Vi har sett at før midten av 1990-tallet var begrunnelsene for å innføre særskilte regler om offentlige anskaffelser ikke ressurseffektivitet, men andre formål som integritet og næringspolitikk. Tvert imot antok man at ressurseffektivitet best ble oppnådd om man ikke påla oppdragsgivere særskilte, faste plikter om fremgangsmåter for å gjennomføre anskaffelser. Ved lovene om offentlige anskaffelser av 1999 og 2016 ble dette snudd på hodet. Strengere regler om bruk av tevlinger, begrenset skjønn og skjerpet håndheving gjennom rettigheter til leverandørene ble ansett som virkemidler som ville oppnå ressurseffektivitet.

En årsak til vendingen synes å henge sammen med et grunnleggende skifte i hvordan man forventet at offentlige innkjøpere ville opptre dersom adferden ikke ble regulert.

Når aktører opptre som kjøpere i et marked, er de ikke gavegivere, men opptre ut fra en viss egeninteresse. ³⁷⁶ Dette gjør at de vil ha mye igjen for så lite som mulig, og stimulerer kjøpere til ressurseffektive innkjøp. Fra 1814 og frem til 1990-tallet forutsatte politikere og utvalg at når det offentlige skulle opptre som kjøpere i et marked, ville innkjøperne i utgangspunktet søke å få ressurseffektive innkjøp. De ville opptre med omtrent samme egeninteresse som andre juridiske personer i markedet, og ressurseffektivitet ville oppnås uten særskilt regulering av innkjøpernes adferd. Å gi innkjøperne frihet og fleksibilitet til å gjøre innkjøp slik de mente var best, var virkemiddelet som mest treffsikkert ivaretok hensynet til effektiv ressursbruk. Ressurseffektivitet var derfor ikke et argument for å innføre særskilte og detaljerte regler om offentlige innkjøp, men et argument mot.

Denne grunnholdningen ligger implisitt i mange uttalelser fra lovgivningsprosessen, som hos Indredepartementet i 1880 og i NOU 1972: 19 sin sammenligning av private og statlige innkjøp. Vi finner den også i reglene. Hvis vi forutsetter at staten (og andre) normalt ikke regulerer det som fungerer «av seg selv», kan man spørre hvorfor staten påla sine innkjøpere å diskriminere mot utenlandske leverandører eller prioritere tilbud fra visse distrikter, og man kan spørre hvorfor staten krevde at en rekke kjøp måtte avgjøres av departementet. Et svar er at innkjøpernes («third party») og statens målsettinger («fourth party») ikke alltid var sammenfallende. Derfor måtte staten dels kontrollere for misbruk (integritet), og dels måtte staten instruere og kontrollere at innkjøperne ivaretok de politiske hensynene politikerne ønsket, selv om dette for den enkelte administrasjonsgren ikke var ressurseffektivt. Den enkelte forvaltningsenhet måtte pålegges å ta ekstra kostnader på sine budsjetter for å ivareta distriktene eller det indre markedet i EØS. Samtidig ønsket ikke staten at slike andre formål skulle gå på bekostning av ressurseffektivitet i for stor grad. Illustrerende for denne balanseøvelsen er diskusjonene om størrelsene på prispåslag for utenlandsk vare, ³⁷⁷ som har handlet om hvor mye ekstra staten skal være villig til å betale for norsk leverandør når det beste tilbudet fra et kjøperperspektiv er utenlandsk. Man har med andre ord vurdert hvor mye hensynet til norsk næringsliv skal vektes mot ressurseffektivitet i de enkelte kontrakter.

Utvalget i NOU 2014: 4 hadde motsatt forutsetning om hvilken adferd man ville få av offentlige innkjøpere dersom de hadde frihet tilsvarende andre markedsaktører. Der privates innkjøp normalt ville antas å være

³⁷⁴ Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 7.1.1, og tilsvarende i 7.1.4 om departementets vurdering.

³⁷⁵ Innst. 358 L (2015–2016) punkt 2.2.

³⁷⁶ Lisa Herzog, «Markets», i *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University 2021, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/markets/> (lest 24. februar 2023), punkt 1.1.

³⁷⁷ For eksempel i stortingsdebatten i 1899 om 1899-forskriften § 10, hvor representanten Smith var skeptisk til prispåslag i det hele tatt, og representanten Rinde var åpen for prispåslag på opp mot 50 %, se *Stortingstidende indeholdende ni og firtiende ordentlige Stortings forhandlinger 1899/1900* side 2108 til 2112.

ressurseffektive uten særskilte reguleringer, ville offentlige innkjøp ikke være ressurseffektive dersom innkjøperne hadde frihet og fleksibilitet som private aktører. Offentlige innkjøpere ville ikke opptre «bedriftsøkonomisk rasjonelt», blant annet fordi de drev «for 'andres', skattebetalernes, regning», og fordi de ikke var underlagt samme konkurranse og krav til effektivitet og inntjening som private. Dermed kunne man ikke anta at offentlige innkjøpere ville søke ressurseffektivitet i kraft av å være kjøper i et marked. Offentlige innkjøpere måtte tvinges med «strengt og til dels detaljerte regler om fremgangsmåte forut for anskaffelsen» for å oppnå ressurseffektivitet.

Med dagens briller er det overraskende tynt fundert hvorfor man fra midten av 1990-tallet har tatt som utgangspunkt at strengere regler om å bruke tevlinger, begrenset skjønnsfrihet og lovfesting av leverandørrettigheter ville bidra til ressurseffektive anskaffelser. Som nevnt foretok ikke utvalget i NOU 1997: 21 eller lovgiver noen sammenligning av offentliges og næringsdrivendes innkjøp, slik de hadde gjort i 1972. I den sammenheng er det også et påfallende sprik mellom den uttalte formålsvidningen mot forretningsmessighet i 1997, og at man ikke spurte hvorfor forretningsdrivende ikke underkaster seg tilsvarende regelverk som man mente at skulle sikre ressurseffektivitet for staten. Analysene av forskjeller mellom innkjøp i det offentlige og i næringslivet har vært få og tynne. NOU 1972: 19 var et unntak.

Hvis man har som utgangspunkt at offentlige innkjøpere ikke oppnår ressurseffektivitet hvis de «overlates til seg selv», gir det god mening å vedta regler som påtvinger bruk av konkurransevirkemidler, begrenser skjønnsfrihet og sikrer håndheving for å ivareta ressurseffektivitet. Det samme kan ikke sies hvis man derimot har som utgangspunkt at offentlige innkjøpere kan oppnå ressurseffektive anskaffelser uten særskilt regulering.

6.4.2 *Tevling, konkurranse og ressurseffektivitet*

Vi har ovenfor sett at særlig ved gjennomføringen av EØS-retten ble konseptene om ressurseffektivitet («value for money»), indre marked og konkurranse sentrale, men også at de har vært noe uklare. Ressurseffektivitet henger nær sammen med konkurranse og marked. Markeder er kjennetegnet ved utveksling av goder og av konkurranse,³⁷⁸ og nær sagt alle stater baserer seg i dag på at markedet, herunder markeds konkurransen, skal bidra til å skape økonomisk vekst.³⁷⁹ I konkurranseretten betraktes konkurranse som et virkemiddel som skal bidra til størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd,³⁸⁰ med andre ord samfunnsmessig ressurseffektivitet og ressurseffektivitet i de forskjellige markedene. Konkurranse er altså en nødvendig betingelse for dagens markeder, og at markedene er effektive, er igjen en betingelse for (størst mulig) økonomisk vekst.

Konkurranse forstått som tevling, derimot, er verken betingelse for markeder, ressurseffektivitet, økonomisk vekst eller samfunnsøkonomisk overskudd. Tevling er bare et særskilt konkurransevirkemiddel.

Hvis et regelverk foreskriver konkurranse, slik det forstås i konkurranseretten, er det selvsagt at regelverket har økonomisk effektivitet til formål i en eller annen forstand. Hvis et regelverk derimot foreskriver å arrangere konkurranser – tevlinger – er ikke svaret like selvsagt.

Anskaffelsesregelverket har historisk ikke foreskrevet tevlinger for å oppnå ressurseffektivitet, men for å ivareta andre formål, uten å gå på bekostning av ressurseffektivitet i større grad enn nødvendig. Tevlingenes kjennetegn som åpne og regelstyrte har gjort dem egnet som kontrollmekanisme, men hvilke politiske formål som har vært kontrollert, har variert: at penger ikke underslås (punkt 3.3), at private oljeselskaper inviterer norske leverandører (punkt 4.2), at distriktene favoriseres (punkt 6.2), at utenlandske leverandører holdes utenfor (punkt 6.2), at innkjøpere opptre etisk (punkt 6.1), at EØS-leverandører ikke diskrimineres (punkt 4.3), at man ikke sløser med dyrebart sølv og utenlandsk valuta (punkt 3.2). Samtidig har tevlingenes normalt meritokratiske kriterier for å rangere vinnere gjort tevlinger egnet til samtidig å ivareta ressurseffektivitet.

³⁷⁸ Herzog (2021), punkt 1.1.

³⁷⁹ Som motsetning til kommandoøkonomi, se Hjelmeng/Sørgard (2014), side 20. USAs konkurransemyndigheter opprettholder en liste over land med «non-market economy», som per 29. juni 2023 teller 12 land, blant dem Russland, Vietnam, Kina og Aserbajdsjan, se International Trade Administration, «Countries currently designated by commerce as non-market economy countries», 2023 (hentet 29. juni 2023 fra <https://www.trade.gov/nme-countries-list>).

³⁸⁰ I hvert fall etter totalvelferdsstandarden, Hjelmeng/Sørgard (2014), side 21.

Tevlinger i regulering av offentlige anskaffelser har derfor vært godt egnet til å ivareta de til enhver tid motstridende formål med regelverket.

7 Noen konsekvenser for rettsanvendelse i dag

I lovttekster, forarbeider og litteratur om offentlige anskaffelser brukes ordet «konkurranse» eller «competition» noen ganger i betydningen tevling og andre ganger om konkurranse i markedet eller lignende. Betydningen er imidlertid gjerne ikke klargjort, verken i Norge eller EU. Gjennomgangen har vist at statlige anskaffelsesregelverk alltid har foreskrevet virkemiddelet tevling som hovedregel og direkte kjøp fra markedet som unntaket. Når anskaffelsesregelverk har pålagt konkurranse i form av tevling, har man benyttet tevlingenes åpenhet og regelstyring som kontrolltiltak for å oppnå andre formål, særlig integritet og næringspolitikk, samtidig som virkemiddelet ikke har gått på bekostning av ressurseffektivitet i for stor grad.

Slik jeg ser det, har disse innsiktene særlig to konsekvenser for regelverk i dag. For det første må man stille seg spørsmålet om hva «konkurranse» betyr i den aktuelle konteksten. Menes konkurranse som tevling, eller er konkurranse brukt i annen betydning? På EU-nivå er et spørsmål om formålet om «undistorted competition», slik det gjerne angis av EU-domstolen, kan eller skal forstås som «undistorted contests».³⁸¹ For nasjonale regler må man spørre hva slags konkurranse man sikter til i loa. § 4 som bestemmer at oppdragsgivere skal opptre i samsvar med det grunnleggende prinsippet om «konkurranse». Tilsvarende kan man spørre for den danske udbudsloven § 1 og § 2 som viser til henholdsvis «effektiv konkurranse» som formål og «kunstigt begrænse konkurrencen» som generelt prinsipp. Konkurranse som prinsipp er også relevant på EU-nivå, hvor det har vært diskutert om det gjelder et «principle of competition».³⁸² Kanskje må man stille spørsmålet om det gjelder et «principle of contest»?

Identifikasjonen av tevlinger – konkurranse forstått som rettslig regulerte prosedyrer – kan også ha bredere anvendelse, i både privatrett og offentlig rett. Tevlingers kjennetegn ved åpenhet og regelstyring sammenfaller med offentlige idealer, og prosedyrer som er eller minner om tevlinger, finnes i andre offentligrettslige regelverk, som ved tjenestetillatelse, konsesjoner, ansettelse mv. I slike andre regelverk kan ordet «konkurranse» være brukt i forskjellige betydninger. I ekomloven³⁸³ er for eksempel ordet «konkurranse» brukt om markedskonkurransen i § 4-4(4), om tevling i § 12-2, mens det er uklart i § 9-3(4). Når man skal tolke et regelverk som foreskriver bruk av tevling, kan det være fruktbart å spørre: «Hvorfor tevling?», ikke «Hvorfor konkurranse?».

Tevlinger er ikke bare et offentligrettslig fenomen. Anbudskonkurranser og auksjoner avholdes også i det private. Her kan tevlingene være etablert ved avtale, noe som reiser kontraktsrettslige spørsmål om slike avtalers kjennetegn og rettslige karakteristika. Er det riktig å se dem som en særskilt kategori av prekontraktuelle avtaler? Gjelder dette også dersom en avtalt tevling ikke leder frem til en kontrakt, men bare prestisje, som Gullpalmen i Cannes? Hva er betingelsene for slike tevlingsavtalers gyldighet, og konsekvensene ved brudd? Dette er temaer og spørsmål som fortjener å bli gjenstand for videre juridisk forskning, og som åpner for nye resonnementer i konkret rettsanvendelse i dag.

³⁸¹ Nylig i C-54/21 *Antea Polska* [2022] avsnitt 49.

³⁸² Undertegnede er uenig i det, se Losnedahl (2023).

³⁸³ Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven), som gjennomfører en rekke EU-rettsakter: direktiv 676/2002/EF, direktiv 2002/77/EF, direktiv 2002/19/EF, direktiv 2002/20/EF, direktiv 2002/21/EF, direktiv 2002/22/EF, forordning (EU) 2022/612, direktiv 2002/58/EF, forordning (EU) 2015/2120.