

OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.

Rådgiverhabilitet.

Når kan rådgiver eller nærstående opptre som leverandør?

Kandidatnummer: 655

Leveringsfrist: 25.11.07

Til sammen 17 909 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens problemstilling, bakgrunn og avgrensninger	1
1.1.1	Problemstilling	1
1.1.2	Nærmere om bakgrunnen for problemstillingen	1
1.1.3	Avgrensninger	3
1.2	Regelverkets oppbygning	4
1.3	Rettskilder og særlige tolkningsprinsipper	6
1.3.1	Innledning	6
1.3.2	Klagenemnda for offentlige anskaffelser.	7
1.3.3	Særlige tolkningsprinsipper ved tolkning av EØS-basert lovgivning.	10
1.4	Den videre fremstilling.	12
<u>2</u>	<u>ANSKAFFELSESPROSESSENS ULIKE FASER</u>	<u>13</u>
<u>3</u>	<u>GRUNNLEGGENDE KRAV TIL ANSKAFFELSESPROSESSEN</u>	<u>15</u>
3.1	Innledning	15
3.2	Likebehandling	16
3.3	Konkurransen	17
3.4	God forretningsskikk og høy forretningsetisk standard	18
3.5	Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet	19
<u>4</u>	<u>RÅDGIVERHABILITET</u>	<u>21</u>
4.1	Utgangspunkter	21

4.2	Avvisningsreglenes rekkevidde	24
4.3	Legislative hensyn	26
<u>5</u>	<u>NÅR ER RÅDGIVER OG NÆRSTÅENDE AVSKÅRET FRA Å OPPTRE SOM LEVERANDØR?</u>	<u>30</u>
5.1	Hva er inhabiliserende?	30
5.2	Hvem omfattes?	34
5.3	Innvirkningskrav: konkurranse utelukkes	37
5.3.1	Vurderingstema	37
5.3.2	Forberedende arbeid	41
5.3.3	Rådgivningens omfang	43
5.3.4	Rådgiver kan tilpasse spesifikasjonene til egen virksomhet	45
5.3.5	Rådgiver har kunnet tilegnet seg kunnskap av betydning for konkurransen som ikke øvrige leverandører har kunnet få	49
5.3.6	Produktet av rådgivningen stilles til disposisjon for øvrige leverandører	53
5.3.7	Oppdragsgivers innflytelse	55
5.3.8	Spesifikasjonene er naturlige ut fra oppdragsgivers behov	56
5.3.9	Rådgiver har fått tidsmessig forsprang når tilbudet skal utarbeides	56
5.3.10	Oppdragsgiver kunne ha tilegnet seg rådene fra andre enn rådgiveren	58
5.3.11	Oppsummering	59
5.4	Bevisbyrden	60
<u>6</u>	<u>HVILKE TILTAK KAN IVERKSETTES FOR Å UNNGÅ INHABILITET FOR RÅDGIVEREN?</u>	<u>62</u>
<u>7</u>	<u>KILDEREGISTER</u>	<u>69</u>
7.1	Juridisk litteratur.	69
7.2	Juridiske artikler.	70
7.3	Forarbeider	70

7.4	Offentlige dokumenter	70
7.5	Avgjørelser	71
7.5.1	Høyesterett	71
7.5.2	EF-domstolen	71
7.5.3	Dansk Høyesterett	71
7.5.4	Klagenemnda for offentlige anskaffelser	71
7.5.5	Det danske klagenævnet for udbud	72
7.5.6	Den danske konkurrencestyrelsen	72

1 Innledning

1.1 Avhandlingens problemstilling, bakgrunn og avgrensninger

1.1.1 Problemstilling

Det offentlige gjør innkjøp for ca. 315 milliarder kroner årlig.¹ Dette utgjør omkring 15 prosent av det norske bruttonasjonalproduktet. Offentlige innkjøp utgjør derfor en betydelig andel av de offentlige budsjetter, og det offentlige er en stor kunde i næringslivet.

Det er gitt et forholdsvis omfattende regelverk for hvilke prosedyrer det offentlige skal følge ved anskaffelser av varer og tjenester. I forbindelse med innkjøp er det ofte nødvendig å bruke eksterne rådgivere. Disse kan også være potensielle leverandører, eller stå i tilknytning til potensielle leverandører. Problemstillingen for denne avhandlingen er å gjøre rede for hva som følger av regelverket om en rådgivers eller nærståendes adgang til å være leverandør.

1.1.2 Nærmere om bakgrunnen for problemstillingen

På flere områder mangler det offentlige den tilstrekkelige tekniske eller kommersielle kompetanse til å foreta de vurderinger som er nødvendig ved en anskaffelse. Det engasjeres derfor eksterne rådgivere med spesialkompetanse. Det gjelder for eksempel ved teknisk kompliserte leveranser som store IKT- installasjoner, store utbygginger og på områder hvor det er nødvendig med nærmere undersøkelser og utredninger, m.v. og hvor det er nødvendig med kompetanse om hvilke tilbud som finnes

Det kan for det første være behov for bistand ved *forberedelsen* av en anskaffelse. Det gjelder for eksempel behov for generell bakgrunnsinformasjon om anskaffelsen og

¹ <http://www.ssb.no/offinnkj/> (21.11.2007).

markedet, utarbeidelse av nærmere planer og tekniske beskrivelser for å vurdere behovet og beskrive leveringen, markedsundersøkelser, økonomiske analyser, for eksempel om det lønner seg med egenproduksjon eller å gå til innkjøp.

For det andre kan rådgiverne bistå ved *gjennomføringen* av anskaffelsen. Det gjelder for eksempel vurdering av tilbud og inngåelse av kontrakten. Det kan også forekomme at rådgiverne gjennomfører hele anskaffelsen for det offentlige. Rådgivningens omfang kan være mer eller mindre omfattende.²

Rådgiverne som bistår det offentlige kan ofte også ha en interesse i tildelingen av kontrakten. Det gjelder for eksempel hvis:

- Rådgiveren selv er leverandør av de varer og tjenester det offentlige etterspør. Et arkitektkontor som for eksempel bistår det offentlige i planleggingsfasen vil trolig også være interessert i å levere tegningene til det aktuelle bygget. Eller store entreprenørselskaper har for eksempel som regel en avdeling rådgivere som ikke bare gir intern bistand, men også eksternt.
- Rådgiveren har tilknytning til potensielle leverandører. Rådgiver og en leverandør er for eksempel to selskaper i samme konsern.

Problemet med å la slike rådgivere delta i anskaffelsesprosessen, er at rådgiverne på forskjellige måter kan få et konkurransefortrinn i forhold til andre leverandører som ikke har deltatt i anskaffelsesprosessen. Det blir derfor spørsmål om det skal være mulig for rådgiver å opptre som leverandør, eventuelt om det må oppstilles spesielle begrensninger. Det samme gjelder leverandører som står i et tilknytningsforhold til rådgiveren.³

Avhandlingen tar først og fremst sikte på de tilfeller hvor det offentlige formelt engasjerer en rådgivende virksomhet. Problemstillingen er også aktuell hvor det offentlige går inn i en

² Se kapittel 2 hvor anskaffelsesprosessens ulike faser behandles noe nærmere.

³ Problemstillingen er blant annet behandlet hos Dragsten og Lindalen (2005) s. 629 flg., Graver (2005) s. 461-462 og 474 flg., Amdal og Roll-Matthiesen (2004) s. 198-199, Treumer (2000) s. 85 flg., Priess (2002) s. 164 flg., Nielsen (2005) s. 79 flg.

mer uformell dialog med potensielle leverandører eller hvor det offentlige rådfører seg med kjente eller eksisterende leverandører.⁴

Det er viktig at anskaffelser skjer på bakgrunn av en reell og åpen konkurranse. Ved å stille krav til hvem som kan opptre som leverandør vil en redusere risikoen for at det blir tatt utenforliggende hensyn i valg av kontraktspart. Når de aktuelle virksomheter både har en rolle som rådgiver og en rolle som leverandør er det fare for at disse rollene blandes sammen. Dersom en rådgiver ser at det kan styrke hans egen virksomhet at en bestemt leverandør, tildeles kontrakten, vil dette kunne påvirke hans vurderinger og de rådene som gis. Det er først ved en fri konkurranse på like vilkår at det offentlige kan sikre seg innkjøp til den økonomisk mest fordelaktige pris.

Det er viktig at aktørene i markedet har tillit til at kontraktene tildeles på like vilkår. Dette vil sikre deltagelse i konkurransen og best mulig utnyttelse av samfunnets ressurser.

De siste årene har det stadig vekk blitt avdekket flere korrupsjonssaker og det har vokst frem en bekymring for at offentlige kontrakter ikke tildeles på like vilkår. Dette aktualiserer avhandlingens problemstilling.

1.1.3 Avgrensninger

Avhandlingens problemstilling er i teorien og praksis omhandlet som et spørsmål om rådgivernes inhabilitet.⁵ Inhabilitet i denne forbindelse svarer ikke til inhabilitet i forvaltningsloven. Forvaltningslovens bestemmelser om inhabilitet knytter seg til adgangen til å være med i behandlingen av en forvaltningssak (myndighetsutøvelse). Reglene regulerer hvem som kan være med i beslutningsprosessen. Anskaffelsesforskriftens regler om rådgiverhabilitet knytter seg i motsetning til dette, til rådgiverens eller nærstående

⁴ For nærmere gjennomgang av forskjellige former for rådgivning se Treumer (2000) s. 99 flg.

⁵ Se for eksempel Dragsten og Lindalen (2005) s. 629 flg., Graver (2005) s. 461 flg., Treumer (2000) s. 88, Nielsen (2005) s. 79 og klagenemnda sak 2003/74, ILJE AS mot Vestby kommune.

adgangen til å komme i betraktning som leverandør til det offentlige. Reglene regulerer hvem som kan være med i konkurransen om offentlige oppdrag.⁶

I en offentlig anskaffelse gjelder forvaltningslovens regler om habilitet ved siden av anskaffelsesforskriftens regel om rådgiverhabilitet, jfr. anskaffelsesforskriften § 3-7. Og bruken av rådgivere utløser både spørsmål knyttet til dennes deltagelse i beslutningsprosessen og dennes rolle som leverandør. Avhandlingen avgrenses imidlertid mot forvaltningsrettslig habilitet da det ikke er rom for å gjøre rede for begge problemstillingene.

Reglene for rådgivere gjelder uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som anvendes. Det er derfor ikke nødvendig å gjøre rede for de ulike typer anskaffelser og prosedyrer, da det ikke vil ha noen betydning for avhandlingens problemstilling.⁷

Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder for offentlige organer (oppdragsgiver), som kommunene, fylkeskommunene og staten, ved inngåelse av varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter.⁸ I den videre behandlingen forutsettes at partene omfattes av regelverket.

1.2 Regelverkets oppbygning

Regelverket for offentlige anskaffelser består av lov og forskrifter. Lov om offentlige anskaffelser ble vedtatt 16. juli 1999. Loven er i stor grad en fullmaktslov, men inneholder noen materielle regler. Se for eksempel anskaffelsesloven § 5 som oppstiller de grunnleggende kravene til prosessen.

⁶ For grundigere innføring se Treumer (2000) s. 88-91 og Graver (2005) s. 462.

⁷ For en oversikt av de ulike konkurranseformene se Dragsten (2006) s. 80 flg.

⁸ Hvem som regnes som offentlige organer se anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-2 og for hvilke kontrakter som omfattes se anskaffelsesloven § 3 og anskaffelsesforskriften § 1-3 og § 4-1 (a) til (f).

I medhold av anskaffelsesloven § 11 er det gitt to forskrifter. En forskrift for forsyningssektoren, forsyningsforskriften⁹, og en for andre sektorer, anskaffelsesforskriften¹⁰.

Avhandlingen vil ta for seg aktuelle regler i anskaffelsesloven (heretter loven) og anskaffelsesforskriften (heretter forskriften). Forskriftsbestemmelsene i forsyningsforskriften vil ikke bli behandlet, fordi de aktuelle regler har lik utforming.

Forskriften er delt inn i fire deler. Del I er generell og inneholder bestemmelser som kommer til anvendelse på alle anskaffelser som omfattes av forskriften.

Del II regulerer anskaffelser med en verdi under EØS/WTO-terskelverdiene.¹¹

Del III regulerer anskaffelser med en verdi over terskelverdiene.¹² Del IV inneholder særregler for designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.¹³

Siden avhandlingens problemstilling er generell og vil gjelde for alle anskaffelser som går inn under loven og forskriften, finner jeg det ikke nødvendig å gjøre rede for hvordan anskaffelsens verdi beregnes.

⁹ Forskrift av 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene. Forskriften gjelder innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.

¹⁰ Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser. Forskriften gjelder for alle andre områder som ikke går inn under forsyningsforskriften.

¹¹ Se anskaffelsesforskriften § 2-1 (2). Forskriftens del II gjelder for kontrakter hvor den anslåtte verdi er 500 000 kr men ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2.

¹² Se anskaffelsesforskriften § 2-2 (1). Forskriftens del III gjelder for kontrakter der den anslåtte verdi overstiger 1, 7 millioner kr for vare- og tjenestekontrakter og 43, 5 millioner for bygge- og anleggskontrakter.

¹³ For nærmere gjennomgang, se Dragsten og Lindalen (2005) s.35-36.

1.3 Rettskilder og særlige tolkningsprinsipper

1.3.1 Innledning

Norge forpliktet seg gjennom EØS-avtalen til å innføre et regelverk i samsvar med EUs direktiver om offentlige anskaffelser. Opprinnelig besto regelverket av fire direktiver. Disse er nå erstattet av to ny direktiver, samt at det er vedtatt to nye håndhevelsesdirektiver.¹⁴ Det følger av EØS-avtalen artikkel 7 at de nasjonale myndigheter bestemmer formen og midlene for gjennomføringen av direktivene. Dette innebærer at det i intern rett kan gis andre regler i tillegg, så lenge disse ikke strider med direktivene.

Loven og forskriften gjennomfører i stor utstrekning direktivene, i tillegg er det gitt noen strengere regler.

Norge har også forpliktelser på dette området gjennom medlemskapet i World Trade Organisation (WTO). WTO har en avtale som også omfatter regler om offentlige anskaffelser.¹⁵ Siden WTO-avtalen i stor utstrekning er sammenfallende med EØS-regelverkets krav til anskaffelsesprosessen går jeg ikke særlig nærmere inn på WTO-reglene.

Hvorvidt rådgiveren eller nærstående kan opptre som leverandør, blir fastlagt på grunnlag av det norske regelverket. Når det norske regelverket skal tolkes, anvendes norske rettskildefaktorer og norske rettskildeprinsipper i samsvar med alminnelig juridisk metode.¹⁶ Når det gjelder de norske rettskildefaktorene er det grunn til å nevne noen særegenheter for dette området.

¹⁴ Se direktiv 2004/18/EF (klassisk sektor), direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhet), direktiv 89/665/EØF (håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor) og direktiv 92/13/EØF (håndhevelsesdirektiv for forsyningssektorene).

¹⁵ Se avtale om offentlige anskaffelser GPA av 1979.

¹⁶ For en innføring se Eckhoff (2001) kap. 1.

For offentlige anskaffelser er de fleste reglene gitt i forskrift. Til forskrifter følger det normalt ikke utfyllende forarbeider. Til de aktuelle forskriftene er det imidlertid utarbeidet forholdsvis omfattende forarbeider.¹⁷ De aktuelle forarbeider gjelder det tidligere regelverket, det vil si forskriften av 2001. For avhandlingens problemstilling er de fortsatt relevante.

Det er lite rettspraksis på dette området. Det finnes imidlertid en relativt omfattende praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser. Avgjørelsens rettskildemessige status kan imidlertid diskuteres. Det vil derfor bli gjort nærmere rede for denne praksisen i kapittel 1.3.2.

Videre er det grunn til å nevne at Fornyings- og administrasjonsdepartementet har gitt ut en veileder til reglene om offentlige anskaffelser, hvor der er gitt utfyllende kommentarer til anvendelsen av forskriften.¹⁸

Siden det norske regelverket er gitt på bakgrunn av EØS-avtalen og EU-reglene, fører dette til at rettskildeprensippene på dette området utvider rettskildebildet og kan virke inn ved tolkning av de norske rettsreglenes innhold.¹⁹ I kapittel 1.3.3 vil jeg kort gjøre rede for de særlige tolkningsprinsippene som kommer til anvendelse ved tolkning av EØS-basert lovgivning.

1.3.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser, heretter klagenemnda, er opprettet med hjemmel i loven § 7a. Klagenemndas virksomhet startet 1. januar 2003. Det følger av forskrift om klagenemnda av 15. november 2002 nr. 1288 § 1 at klagenemnda er et *rådgivende organ* som skal behandle brudd på loven og forskriften etter anmodning fra partene i

¹⁷ NOU 1997: 21, Ot.prp. nr. 71 (1997-98), Inst. O. nr. 27 (1998-99) og Besl. O. nr. 35 (1998-99).

¹⁸ For nærmere gjennomgang av de norske rettskildene se Dragsten og Lindalen (2005) s. 47-49.

¹⁹ For nærmere gjennomgang av EØS-rettens rettskilder se Sejersted mfl. (2004) s. 205-218.

anskaffelsesprosessen. Forskriften om klagenemnda inneholder nærmere regler om klagenemndas sammensetning og saksbehandling.²⁰

Klagenemnda ble opprettet for å gi leverandørene en effektiv klagemulighet. Den forholdsvis lange saksbehandlingstiden ved de ordinære domstolene, gjør domstolene mindre egnet til å avgjøre tvister innenfor regelverket om offentlige anskaffelser hvor tidsfristene normalt er korte. Klagenemnda er således et uavhengig tvisteløsningsorgan som skal sikre aktørene i anskaffelsesprosessen rask og effektiv saksbehandling. På denne måten sikres håndhevelsen av reglene i loven og forskriften.²¹

Siden opprettelsen har klagenemnda hatt stor tilgang på saker. Klagenemndas praksis er derfor forholdsvis omfattende.²²

Klagenemndas uttalelser er kun rådgivende. Dette påvirker avgjørelsens rettskildemessige betydning. Avgjørelsens rettskildemessige relevans er det ikke særlig tvil om. Det kan imidlertid stilles spørsmålsteget til avgjørelsens rettskildemessige vekt.

Det at uttalelsene kun er rådgivende begrenser i utgangspunktet vekten.²³ Andre hensyn som taler for å begrense vekten er for det første at saksbehandlingen kun er skriftlig. Dette reduserer partenes muligheter til å få opplyst saken på en best mulig måte. Det kan derfor være en viss usikkerhet om klagenemnda fatter beslutning på grunnlag av riktig saksforhold.

For det andre vil den store sakstilgangen og klagenemndas arbeidskapasitet kunne føre til at klagenemnda får begrenset tid til behandling av hver enkelt sak. På grunn av stor sakstilgang har behandlingstiden til tider også vært ganske lang.

²⁰ For nærmere gjennomgang av klagenemnda se Dragsten og Lindalen (2005) s. 267 flg.

²¹ Se Ot.prp. nr. 3 (2000-2001) s. 13 flg.

²² Se www.kofa.no.

²³ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 48.

For det tredje er avgjørelsens begrunnelser stort sett knappe slik at det er begrenset hvor mye en kan trekke ut av uttalelsene utover avgjørelsen i den konkrete saken. Uttalelsene vil derfor ofte ha begrenset generell betydning.

På den annen side er det flere forhold som taler for at klagenemndas avgjørelser blir tillagt større vekt i rettsanvendelsen. For det første er avgjørelsene lett tilgjengelige for aktørene på markedet, slik at de lett kan brukes som rettskilder.

For det andre er regelverket for offentlige anskaffelser komplisert og rettskildebildet er uoversiktlig med mange rettskildefaktorer av ulik karakter. Andre rettskildefaktorer er derfor til dels vanskelig tilgjengelig. I klagenemnda sitter jurister med særlige fagkunnskaper som behandler sakene i en domstollignende prosess. Klagenemnda er ekspertorganet på området.

For det tredje er det grunn til å tro at avgjørelsene vil følges av aktørene i anskaffelsesprosessen. Der hvor klagenemnda gjennom flere saker fastholder sitt syn på rettstilstanden vil avgjørelsen trolig etter hvert bli understøttet av fast og entydig praksis både fra oppdragivers og leverandørenes side. Aktørene i prosessen vil også ha en forventning om at klagenemndas praksis er i tråd med regelverket. Og siden få saker bringes inn for domstolene vil klagenemnda i realiteten være det autorative organet forholder seg til.

Samlet sett tilsier dette at klagenemndas avgjørelser tillegges forholdsvis stor vekt ved fortolkningen av regelverket for offentlige anskaffelser.

I Danmark og Sverige har de mer eller mindre tilsvarende organer. Praksisen fra disse organene har ikke direkte betydning for fortolkningen av det norske regelverket. Praksisen

fra Danmark og Sverige kan imidlertid være illustrerende som eksempler for hvordan tolkningsproblemer kan løses etter norsk rett.²⁴

1.3.3 Særlige tolkningsprinsipper ved tolkning av EØS-basert lovgivning.

Ved tolkning av EØS-basert lovgivning vil ofte andre rettskildedefaktorer og tolkningsprinsipper enn norske rettskildedefaktorer og alminnelig norsk rettskildelære bli avgjørende. I det følgende skal jeg kort gjøre rede for noen av prinsippene.

1.3.3.1 EØS-konform tolkning og presumsjonsprinsippet.

EF-domstolen har utviklet et prinsipp om direktivkonform tolkning. Prinsippet går ut på at nasjonale domstoler så vidt mulig plikter å tolke nasjonal rett i overensstemmelse med ikke-gjennomførte direktiver.²⁵

Høyesterett har ved tolkning av EØS-basert lovgivning utviklet et presumsjonsprinsipp. Prinsippet går ut på at norsk rett antas å være i overensstemmelse med folkeretten. I *Finanger I-dommen*²⁶ fastslår Høyesterett at medlemsstatene etter EØS-avtalen har plikt til å utvise lojalitet overfor fellesskapets bestemmelser, og at både presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform tolkning må vurderes på denne bakgrunn.²⁷ Høyesterett uttaler at det ikke er holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform tolkning går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett, og finner at presumsjonsprinsippet også gjelder i forhold til EØS-avtalen. Det var derfor ikke nødvendig å ta stilling til om EØS-avtalen ga grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning.²⁸

²⁴ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 53-54.

²⁵ Se for eksempel C-14/83 von Colson.

²⁶ Se Rt. 2001 s. 1811.

²⁷ Se Rt. 2001 s. 1811 premiss III (3).

²⁸ Se Rt. 2001 s. 1811 premiss III (4).

Høyesterett viser til forarbeidene til ratifikasjonen av EØS-avtalen og EØS-loven.²⁹ Det fremgår av forarbeidene at når nasjonale bestemmelser kan forstås på ulike måter, så skal presumsjonsprinsippet føre til at rettsanvenderen velger den forståelsen som er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser.³⁰

Presumsjonsprinsippet innebærer med dette at eventuell motstrid mellom EØS-rettslige forpliktelser og nasjonal rett skal bortfortolkes i den grad dette er mulig. Dette fører til at EØS-forpliktelser vil kunne få betydning for norsk rett selv om de ikke er gjennomført eller gjennomført feilaktig.³¹

Gjennom EØS-avtalen forpliktet Norge seg til å innføre EUs regelverk om offentlige anskaffelser. Presumsjonsprinsippet medfører dermed at EU-direktivene om offentlige anskaffelser blir en tolkningsfaktor ved tolkningen av reglene i loven og forskriften. Ved tolkning av reglene i loven og forskriften fører presumsjonsprinsippet til at de norske bestemmelsene så vidt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med EU-direktivene.³²

1.3.3.2 Homogenitet.

Et grunnleggende rettskildeprinsipp i EØS-retten er hensynet til ensartede regler i hele EØS (homogenitetsmålsettingen), jfr. EØS-avtalen art. 1 og fortalens punkt 16.³³

Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 at ensartet fortolkning av reglene er et mål. Bestemmelsen slår fast at EØS-rettlig lovgivning skal tolkes i samsvar med EF-domstolens praksis. EUs regelverk om offentlige anskaffelser skal derfor undergis en ensartet

²⁹ Se Rt. 2001 s. 1811 premiss III (6).

³⁰ Se for eksempel Ot.prp.nr 79 (1991-1992) s. 4.

³¹ Se Sejersted mfl. (2004) s. 242.

³² Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 54-55.

³³ For nærmere innføring se Sejersted mfl. (2004) s. 202-203.

fortolkning i samtlige medlemsland.³⁴ Dette innebærer at EF-domstolens praksis har betydning ved tolkning av det norske regelverket.³⁵

1.4 Den videre fremstilling.

I kapittel 2 behandles kort de ulike faser i anskaffelsesprosessen. I kapittel 3 gjøres det rede for de grunnleggende krav som generelt stilles til prosessen. I kapittel 4 og 5 gjøres det rede for og drøftes hvorvidt eller i hvilke tilfeller rådgiverer eller nærstående leverandører kan opptre som leverandør. Og i kapittel 6 gjøres det rede for hvilke tiltak som kan iverksettes for å unngå rådgiverinhabilitet slik at rådgiver, eller nærstående leverandører, kan opptre som leverandør.

³⁴ Se C-373/00 (Adolf Truley) premiss 35.

³⁵ For grundigere gjennomgang se Dragsten og Lindalen (2005) s. 56-58.

2 Anskaffelsesprosessens ulike faser

En anskaffelsesprosess har ulike faser. Omfanget og innholdet av en rådgivers oppgave vil avhenge av hvilke faser i anskaffelsesprosessen rådgiveren deltar. Det vil ha betydning for rådgiverens mulighet til å påvirke prosessen.

Planleggingsfasen starter fra det tidspunktet oppdragsgiveren bestemmer seg for å anskaffe ytelsen til anskaffelsen er kunngjort, eller tidspunktet for oppstart av selve konkurransen hvor anskaffelsen ikke skal kunngjøres.³⁶ I denne fasen *forberedes anbudskonkurransen*. Det kan for eksempel være arbeid knyttet til behovsanalyser, markedsundersøkelser og andre studier, forprosjektering og forsøk, analyser og beregninger. Og konkurranseform velges. Videre vil kontraktsbetingelsene og de tekniske spesifikasjonene utformes og fastsettes.³⁷

Gjennomføringsfasen tar over for planleggingsfasen fra det tidspunktet konkurransen er kunngjort og til konkurransen er avsluttet, enten ved at kontrakt er inngått eller ved at konkurranse er avlyst eller samtlige tilbud forkastet.³⁸ I denne fasen vurderes de innkomne tilbudene opp mot konkurransegrunnlaget og opp mot hverandre.³⁹ Vider kan det finne sted kontraktsforhandlinger.

Både i planleggingsfasen og gjennomføringsfasen kan rådgiverne få en stor mulighet til å påvirke hvilke valg det offentlige foretar med hensyn til valg av tilbud og leverandør.

³⁶ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 167.

³⁷ Se Graver (2005) s. 466.

³⁸ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 193.

³⁹ Se Graver (2005) s. 466.

Avhandlingens problemstilling er mest aktuell i tilknytning til planleggingsfasen.

Rådgiverens deltagelse i gjennomføringsfasen reiser først og fremst spørsmål om dennes rolle som beslutningstaker, jfr. det som er nevnt under kapittel 1.1.3 om forvaltningsrettslig habilitet – disse regler kommer da til anvendelse. Jeg vil derfor ikke behandle bruk av rådgiverne i gjennomføringsfasen.

Omfanget og innholdet av rådgiverens oppgaver, vil ha betydning ved vurderingen av muligheten for at rådgiveren og nærstående også kan opptre som leverandører. Det kommer jeg tilbake til i kapittel 4, 5 og 6.

3 Grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen

3.1 Innledning

Regelverket om offentlige anskaffelser er i hovedsak bygd opp rundt noen få grunnleggende krav. Det stilles blant annet krav til konkurranse, likebehandling av leverandører, god forretningsskikk og høy forretningsetisk standard, krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet.

Kravene er nedfelt i loven § 5 og forskriften § 3-1 og i direktivet⁴⁰. Kravene er en forlengelse av formålsbestemmelsen i lovens § 1. Det følger av formålsbestemmelsen at regelverket skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelse basert på forretningsmessighet og likebehandling. Videre at regelverket skal bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte.

I tillegg til disse grunnleggende kravene kommer de alminnelige prinsippene i EU-retten til anvendelse. Dette er prinsipper som fri bevegelse av varer og tjenester, proporsjonalitet, gjensidig anerkjennelse, likebehandling og ikke-diskriminering.⁴¹ Generelt spiller slike alminnelige prinsipper større rolle i EU-retten enn det gjør i norsk rett. EF-domstolen anvender de grunnleggende prinsippene aktivt ved fortolkning av anskaffelsesdirektivene. Også klagenemnda anvender de grunnleggende kravene aktivt ved fortolkning av det norske regelverket.

De grunnleggende kravene er derfor sentrale når regelverket for offentlige anskaffelser skal tolkes og anvendes. Når det gjelder avhandlingens problemstilling er særlig kravet til

⁴⁰ Se Direktivet for klassisk sektor 2004/18/EF fortalen pkt. 2 og artikkel 2.

⁴¹ For nærmere gjennomgang av prinsippene se Dragsten og Lindalen (2005) s. 58-61.

konkurranse og likebehandling av leverandører viktig. Jeg finner det derfor nødvendig å gjøre rede for disse kravene og de andre mest sentrale kravene.

De grunnleggende kravene skal først og fremst sikre en effektiv ressursbruk i offentlig sektor. Videre skal kravene ivareta rettssikkerheten til aktørene i anskaffelsesprosessen og kravene skal sikre at alle potensielle leverandører skal ha like muligheter til å oppnå kontrakt med det offentlige.⁴²

Det er to ulike måter de grunnleggende kravene virker på. For det første kan det av kravene utledes hvordan en anskaffelse skal gjennomføres der problemstillingen ikke er regulert ved konkrete regler. På denne måten kan de grunnleggende kravene bli et selvstendig rettslig grunnlag for plikter og rettigheter i anskaffelsesprosessen.⁴³

For det andre virker kravene som tolkningsmomenter når både loven og forskriften skal tolkes og forstås.⁴⁴ Regelverket er, som nevnt, i stor grad utslag av de grunnleggende kravene og reglene må derfor tolkes slik at hensynene bak de grunnleggende kravene ivaretas.

3.2 Likebehandling

Likebehandling er det bærende hensynet bak reglene om offentlige anskaffelser. Kravet følger av loven § 5 første ledd, forskriften § 3-1 fjerde ledd og kommer til uttrykk i EØS-avtalens art. 4 og direktivet for klassisk sektor (heretter direktivet) artikkel 2.

Loven § 5 første ledd slår fast at oppdragsgiver skal sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

⁴² Se NOU 1997: 21 s. 21-22 og 115.

⁴³ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 151.

⁴⁴ Se NOU 1997: 21 s. 116.

Kravet til likebehandling innebærer at alle potensielle leverandører skal behandles likt og at konkurransen legges opp på en slik måte at alle mulige leverandører får anledning til å konkurrere om leveransen på likt grunnlag.⁴⁵ Dette innebærer at alle potensielle leverandører skal ha tilgang til den samme informasjonen, til samme tid og at kontrakten tildeles på grunnlag av objektive kriterier som er fastsatt på forhånd. Alle potensielle leverandører skal ha like muligheter ved utformingen av tilbudene.⁴⁶

Når oppdragsgiver engasjerer en rådgiver som får innsyn i anskaffelsesprosessen på et tidligere stadium enn andre potensielle leverandører, må oppdragsgiver i henhold til kravet til likebehandling sørge for at alle potensielle leverandører får tilgang til all nødvendig informasjon og at de gis nok tid slik at alle får en reel mulighet til å delta i konkurransen. Dette kommer jeg mer tilbake til under kapittel 6. Kravet til likebehandling står derfor sentralt i avhandlingens problemstilling. Kravet kan føre til at oppdragsgiver må se bort ifra tilbud avgitt av leverandør som har fått innsikt i anskaffelsesprosessen som rådgiver. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 4 og 5.

3.3 Konkurransen

Det følger av loven § 5 annet ledd og forskriften § 3-1 første ledd at en anskaffelse så langt som mulig skal være basert på konkurranse. Kravet til konkurranse innebærer at flere aktuelle leverandører skal få mulighet til å konkurrere om oppdraget.⁴⁷ Konkurransen mellom potensielle leverandører er ønskelig både ut fra samfunnsøkonomiske hensyn, forretningsmessige hensyn og forvaltningsrettslige likhetsbetraktninger.⁴⁸

Konkurranse mellom flere leverandører er en viktig faktor for å sikre det offentlige, riktige varer og tjenester av best mulig kvalitet til riktig pris. Konkurransen er også viktig for

⁴⁵ NOU 1997: 21 s. 82.

⁴⁶ For nærmere gjennomgang se Dragsten og Lindalen (2006) s. 153-157.

⁴⁷ For nærmere gjennomgang se Dragsten og Lindalen (2005) s. 157-158.

⁴⁸ Se NOU 1997: 21 s.116.

utvikling av næringslivet. Det offentlige er en betydelig kunde i mange markeder. Ved at det legges til rette for at flest mulig leverandører inngir tilbud, vil dette kunne stimulere til økt aktivitet og nye etableringer.⁴⁹

Enhver kontakt med leverandører må håndteres ut fra hvordan dette kan påvirke en fremtidig konkurranse. Når oppdragsgiver engasjerer rådgivere innebærer dette en fare for at rådgiveren får en slik innflytelse på konkurransen at det i realiteten ikke blir en konkurranse mellom flere leverandører, om rådgiveren skal kunne opptre som leverandør. Oppdragsgiver må for eksempel påse at kontraktsbetingelsen ikke favoriserer rådgiverens virksomhet. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 4 og 5. Oppdragsgiver må derfor sørge for at alle potensielle leverandører får en reel mulighet til å konkurrere om oppdraget.

Et regelverk basert på reel konkurranse vil også bidra til å motvirke kameraderi og korrupsjon.⁵⁰

Loven § 5 annet ledd må forstås som et mål om størst mulig konkurranse, jfr. ”så langt det er mulig”. Kravet til konkurranse innebærer dermed at oppdragsgiver må sørge for å gjennomføre anskaffelsesprosessen på en slik måte at dette målet oppnås.⁵¹

3.4 God forretningsskikk og høy forretningsetisk standard

Loven § 5 første ledd og forskriften § 3-1 sjette ledd stiller krav til god forretningsskikk og høy forretningsetisk standard. Kravet innebærer at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med disse prinsippene i den interne saksbehandlingen.

En naturlig forståelse av kravet er at oppdragsgiver skal opptre slik en aktsom profesjonell anskaffer ville ha gjort innenfor rammen av regelverket om offentlige anskaffelser. Dette

⁴⁹ Se NOU 1997: 21 s. 21

⁵⁰ Se Gjønnes (2007) s. 17.

⁵¹ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 158.

innebærer at saksbehandlingen skal være saklig, forsvarlig og ikke vilkårlig. Samtidig skal anskaffelsen være ressurseffektiv og foretas på den mest økonomiske måten for oppdragsgiver.⁵²

Kravet til god forretningsskikk innebærer for eksempel at oppdragsgiver ikke skal basere sine avgjørelser på utenforliggende hensyn, opptre åpent ved bruk av rådgivere og sørge for at rådgiveren ikke får noe fortrinn. Og for eksempel at rådgiveren ikke bør benytte seg av konkurransefortrinn som kan oppstå og heller hjelpe til å tilrettelegge for en fri konkurranse på like vilkår. Praksis om hva som er god forretningsskikk etter markedsføringsloven kan være til veiledning. Det gjelder først og fremst praksis om generalklausulen i § 1, men også praksis fra om noen av de spesielle reglene i §§ 2-9 kan gi veiledning.

3.5 Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet

Det følger av loven § 5 tredje ledd at oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. Disse kravene bidrar til å sikre at anskaffelsesprosessen skjer i overensstemmelse med de grunnleggende krav som er fremstilt foran.

Kravet til *forutberegnelighet* går ut på at anskaffelsesprosessen skal være forutsigbar for leverandørene.⁵³ Forutberegnelighet sikres ved at gjennomføringen av konkurransen og valg av leverandør gjøres mest mulig regelorientert.⁵⁴ Og ved at de får tilstrekkelig informasjon om konkurransen og gjennomføringen av den.⁵⁵

Kravet til *etterprøvbarehet* går ut på at deltagerne i konkurransen, eventuelt klagenemnda og domstolen, i ettertid skal ha mulighet til å kontrollere at anskaffelsesprosessen har skjedd i

⁵² Se NOU 1997: 21 s. 22. For nærmere gjennomgang se Dragsten og Lindalen (2005) s. 152-153.

⁵³ Se Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2007) punkt 5.1.6

⁵⁴ Se NOU 1997: 21 s. 22.

⁵⁵ For nærmere gjennomgang se Dragsten og Lindalen (2005) s. 158-159.

henhold til regelverket. Kravet innebærer at prosessen og det som foretas må dokumenteres *skriftlig*.⁵⁶ Og at de *dokumenter* oppdragsgiver utformer må være klare, entydige og utfyllende.⁵⁷

Kravet til *gjennomsiktighet* går ut på at alle handlinger og beslutninger er *synbare*. Kravet til gjennomsiktighet er således en innsynregel og en forutsetning for at kravet til etterprøvbarhet ivaretas.⁵⁸

Kravene bidrar til å skape åpenhet om og tillit til prosessen og tillit til at regelverket følges. Når oppdragsgiver engasjerer rådgivere innebærer kravene for eksempel at oppdragsgiver sørger for åpenhet rundt hvem som er benyttet som rådgiver og at alt arbeidet rådgiver har gjort er dokumentert. Dette vil igjen gi rådgiveren større mulighet til å opptre som leverandør.

⁵⁶ Se NOU 1997: 21 s. 116.

⁵⁷ For nærmere gjennomgang se Dragsten og Lindalen (2005) s. 160-161.

⁵⁸ For nærmere gjennomgang se Dragsten og Lindalen (2005) s. 159-160.

4 Rådgiverhabilitet

4.1 Utgangspunkter

Når rådgivere bistår oppdragsgiver i forbindelse med anskaffelsen, kan rådgiveren eller leverandører med tilknytning til rådgiver (nærstående leverandører) på forskjellige måter få et konkurransefortrinn i forhold til de leverandørene som ikke har deltatt i anskaffelsesprosessen.

De rådgiverne som for eksempel deltar i planleggingen av anskaffelsen vil for det første kunne få tilgang til *konfidensiell informasjon* eller *mer informasjon og kunnskap* om anskaffelsen enn andre potensielle leverandører vil kunne få. Rådgiveren vil kunne få tilgang til informasjon om grunnlaget for anskaffelsen og kunnskap om hva oppdragsgiveren ønsker og /eller har behov for, ut over det som inngår i konkurransegrunnlaget.⁵⁹

Rådgiverne og nærstående leverandører kan for det andre få et forsprang i *tid*. Rådgiverens oppdrag vil trolig innebære at den rådgivende leverandøren eller nærstående leverandører har hatt bedre tid til å forberede deltakelsen i anskaffelsen enn konkurrentene.⁶⁰

I den grad rådgiveren bistår med utformingen av oppdragsgivers behovsspesifikasjoner, foreligger det for det tredje en viss risiko for at rådgiverne *beskriver anskaffelsen* på en slik måte at den ”skreddersys” til egne, eller nærståendes, produkter og tjenester.⁶¹ Det er også

⁵⁹ Se eksempel forente saker C-21/03 og C-34/03, Fabricom.

⁶⁰ Se Treumer (2000) s. 86.

⁶¹ Se eksempel forente saker C-21/03 og C-34/03, Fabricom.

en fare for at oppdragsgiver mister den fordelen som ligger i at nøytrale rådgivere ser annerledes på alternative løsninger.⁶²

Med kunnskap om anskaffelsesbehovet og eventuelle spesifikasjoner som ”skreddersys”, øker muligheten for å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i en etterfølgende konkurranse betraktelig.

Rådgivningsoppdraget kan videre knytte tette bånd mellom rådgiverne og oppdragsgiver. Samarbeidet kan føre til at de får et personlig godt forhold. Dette kan i seg selv føre til at det blir mer nærliggende å velge rådgiveren som leverandør i forhold til andre leverandører som oppdragsgiveren ikke kjenner. Samarbeidet kan også føre til en felles underforstått oppfatning om at kontrakten skal tildeles rådgiverens eller nærstående virksomhet, og at oppdragsgiver vil strekke seg langt i å forfordle rådgiveren eller dennes nærstående.⁶³

Dette er bakgrunnen for at forskriften § 3-8 setter *begrensninger* med hensyn til at rådgivere eller nærstående kan opptre som leverandør.⁶⁴

Bestemmelsen lyder som følger:

”§ 3-8. Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner

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

Det er ingen tilsvarende regel i direktivet. I EU ble det ikke ansett nødvendig å lovfeste en tilsvarende regel da regelen er ansett å følge av kravet til likebehandling. Begrunnelsen

⁶² Se Veilederen til reglene for offentlige anskaffelser punkt 5.4.1.

⁶³ Se Treumer (2000) s. 86.

⁶⁴ Se Veilederen til reglene for offentlige anskaffelser punkt 5.4.1 og Dragsten og Lindalen (2005) s. 630.

kommer jeg tilbake til under kapittel 4.3. Bestemmelsen kommer imidlertid til uttrykk i direktivets fortale.^{65 66}

Det er også en tilsvarende regel i WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, GPA artikkel VI nr. 4 som Norge er forpliktet til.⁶⁷

Forskriften § 3-8 er i henhold til ordlyden i utgangspunktet en prosessregel som setter grenser for oppdragsgivers adgang til å bruke rådgivere under anskaffelsesprosessen.⁶⁸

Utgangspunktet etter ordlyden er at bestemmelsen setter forbud mot bruk av rådgivere ved utarbeidelsen av spesifikasjoner forut for en anskaffelseskonkurranse dersom dette fører til at konkurranse utelukkes. Det vil si at oppdragsgiver i utgangspunktet fritt kan rådføre seg med potensielle leverandører, så lenge rådføringen ikke utelukker konkurranse.

Det følger imidlertid av forarbeidene til bestemmelsen at den i realiteten legger begrensinger på hvem som kan delta i konkurransen om oppdraget. *"Bare de som har deltatt i utarbeidelsen av de tekniske spesifikasjonene på en slik måte at det vil utelukke konkurranse er forhindret fra å delta i konkurransen om oppdraget."*⁶⁹

⁶⁵ Se Direktiv 2004/18 fortalen pkt. 8: *"Inden de ordregivende myndighederr indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af en teknisk dialog søge eller mottage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence forhindres."*

⁶⁶ For nærmere gjennomgang av rettsgrunnlaget i direktivet se Treumer (2000) s. 91 flg.

⁶⁷ Bestemmelsen lyder som følger: *"Entities shall not seek or accept, in manner wich would have the effect and precluding competition, advice wich may be used in the preporation of specifications for a specific procurement from a firm that may have commercial interest in the procurement."*

⁶⁸ Se klagenemnda sak 2003/36, Låsservice Midt-Norge AS mot Sør-Trøndelag fylkeskommune og 2003/74, ILJE AS mot Vestby kommune.

⁶⁹ Se NOU 1997: 21 s.124. Se også Nielsen (2005) s. 80 og Simonsen (1997) s. 618-619 som omhandler tilsvarende regel i GPA artikkel VI nr. 4.

Bestemmelsen må også sees i sammenheng med avvisningsreglene i forskriften §§ 11-10 første ledd og 20-12 første ledd som begge uttrykkelig viser til § 3-8. Reglene bestemmer i hvilke tilfeller oppdragsgiver skal *avvise en leverandør* på grunn av forhold ved denne. Forskriften §§ 11-10 første ledd og 20-12 første ledd første ledd bokstav f er likelydende og lyder som følger:

”Oppdragsgiver skal avvise leverandør som har blitt benyttet under utarbeidelse av spesifikasjoner i strid med § 3-8 (bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner).”

Forskriften § 3-8 sammenholdt med §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f, legger derfor begrensninger på hvem som kan delta i konkurransen om kontrakten, fordi de har bistått som rådgiver.

4.2 Avvisningsreglenes rekkevidde

Ordlyden i §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f, omtaler bare de som har deltatt i utarbeidelsen av spesifikasjoner. Som nevnt innledningsvis kan rådgiveren stå i tilknytning til potensielle leverandører. Hvem disse er behandles nærmere under kapittel 5.2. Nærstående leverandører kan gjennom rådgiveren få konkurransefortrinn på bekostning av andre potensielle leverandører. Disse leverandørene faller utenfor avvisningsreglene fordi ordlyden i §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f bare omfatter de *”som har blitt benyttet”*. Spørsmålet blir derfor om det er grunnlag for å avvise også disse.

Avvisningsreglene oppstiller tilsynelatende en uttømmende oppregning av hvilke leverandører som skal avvises. EF-domstolen har imidlertid tolket direktivet slik at leverandør kan avvises ut over de tilfellene som er regulert i direktivet.⁷⁰ Bakgrunnen er at direktivet inneholder få regler om avvisning og EF-domstolen hjemler derfor avvisning i de

⁷⁰ Se for eksempel sak T-40/01

grunnleggende kravene. På grunn av forpliktelsene etter EØS-avtalen skal forskriften tolkes i samsvar med direktivet, jfr. det som er sagt i kapittel 1.3.3. Hvor det kan tenkes å være i strid med de grunnleggende kravene å la en leverandør delta i konkurransen, skal denne avvises med hjemmel i loven § 5.⁷¹ Forskriften § 3-8 og avvissningsregelen i §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f, er en presisering av kravet til likebehandling. Selv om leverandøren ikke går inn under avvissningsregel kan situasjonen være et brudd på kravet til likebehandling, jfr. loven § 5 og forskriften § 3-1. Konklusjonen blir derfor at når rådgiveren rammes av forskriften § 3-8, vil nærstående leverandører kunne avvises med hjemmel i kravet til likebehandling, jfr. loven § 5.

Også når rådgiverens bistand og etterfølgende deltagelse *ikke er i strid* med forskriften § 3-8 eller faller *utenfor bestemmelsens anvendelsesområde*, for eksempel hvor rådgivningen ikke er tilknyttet utarbeidelsen av spesifikasjoner, kan tilfellet likevel tenkes være et brudd på kravet til likebehandling og resultere i avvissning med hjemmel i loven § 5 og forskriften § 3-1.⁷² Grensene for hva som anses som akseptabel rådgivning i forhold til en etterfølgende deltagelse i konkurransen, kan ikke anses å være snevrere ut fra kravet til likebehandling enn forskriften § 3-8.⁷³

I det følgende vil jeg først gå noe nærmere inn på hensynene bak bestemmelsen. Deretter vil jeg gjøre rede for de vilkår forskriften § 3-8 oppstiller. Samtidig vil jeg gjøre rede for de tilfellene som eventuelt kan være brudd på kravet til likebehandling.

⁷¹ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 1143-1145.

⁷² Se klagenemnda sak 2005/296, Kåre Hagen Byggelederfirma AS mot Oppgård kommune, og klagenemnda sak 2003/86 hvor klagenemnda kom frem til at forholdet også var et brudd på kravet til likebehandling. Og Dragsten og Lindalen (2005) s.641.

⁷³ Dette innebærer at praksis som bygger på kravet til likebehandling også er relevant for § 3-8.

4.3 Legislative hensyn

Rådgivernes eller nærståendes eventuelle etterfølgende deltagelse i konkurransen om anskaffelsen, er problematisk sett i forhold til kravet til likebehandling. De konkurransefortrinnene rådgiveren eller nærstående kan oppnå vil kunne innebære en fordel i konkurransen om oppdraget på bekostning av andre potensielle leverandører, slik at leverandørene ikke konkurrerer på like vilkår.

Regelen i anskaffelsesforskriften § 3-8 er derfor gitt for å ivareta kravet til likebehandling og for å sikre reell konkurranse, jfr. anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1.

Bestemmelsens formål er å bidra til en reell konkurranse på like vilkår uten personlige eller usaklige bindinger mellom en leverandør og en oppdragsgiver. Offentlige anskaffelser skal gjennomføres nøytralt og upartisk.⁷⁴ Det er viktig at aktørene har tillit til at oppdragsgiver opptrer upartisk og ikke lar rådgivende leverandørers eller nærståendes interesser få påvirke konkurranseforholdene. Tilliten kan være avgjørende for om potensielle leverandører ønsker å bruke tid og ressurser på å delta i en anskaffelsesprosess som kan være kostbar.⁷⁵

Kravet til likebehandling av alle potensielle leverandører vil typisk være brutt når oppdragsgiver lar rådgivende leverandør delta i konkurransen om oppdraget, i tilfeller hvor tilbud fra den rådgivende leverandøren skulle vært avvist. På den annen side kan det være brudd på likebehandlingskravet å avvise en rådgivende leverandør med uberettiget henvisning til at dette er nødvendig for å sikre likebehandling av de konkurrerende leverandørene.⁷⁶

⁷⁴ Se Amdal og Roll-Matthiesen (2004) s. 198

⁷⁵ Se Treumer (200) s. 91.

⁷⁶ Jfr. de forente saker C-21/03 og C-34/03, Fabricom. Se også det danske klagenevnet sak 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende ingeniører mot Roskilde kommune, hvor rådgiveren fikk medhold i at avvisning var et brudd på kravet til likebehandling.

Problemet knyttet til bruk av rådgivere er at de rådgivende virksomheter både kan ha en rolle som leverandør og en rolle som rådgiver. I noen tilfeller kan det være vanskelig å få tak i nøytrale og uavhengige rådgivere. Den enkleste løsningen ville derfor kunne være *konsekvent* å ikke anvende rådgivere som senere ønsker å delta i konkurransen. En streng fortolkning av kravet til likebehandling ville innebære en *automatisk* avvisning av rådgivende leverandører.

Dette er på den annen side ikke en ønsket løsning hvis man ønsker å få til de beste løsningene for det offentlige. Det er liten tvil om at det offentlige i mange tilfeller har et behov for ekstern bistand. Bruken av eksterne rådgivere er en viktig del av oppdragsgivers ressursbase og muligheten for tilgang på markedes kompetanse kan være avgjørende for en vellykket anskaffelse. Dette taler for at regelverket tolkes noe mer fleksibelt med hensyn til likebehandling.

Videre vil en for streng fortolkning og automatisk avvisning kunne være uheldig fordi det kan redusere konkurransen om oppdraget da potensielle leverandører blir avskåret. Og i de tilfellene hvor det er mer å tjene på selve kontrakten enn rådgivningen, ville en automatisk avvisning kunne medføre at de aktuelle rådgiverne heller ser seg tjent med å konkurrere om leveransen. Oppdragsgiver risikerer da å miste den nødvendige bistand som særlig er påkrevd i spesialiserte markeder. Selv om rådgiverens innflytelse på anskaffelsen vil gi rådgiveren et fortrinn, ville det derfor kunne være i strid med oppdragsgivers interesse å avvise denne leverandøren. Dette hensynet gjør seg ikke like sterk gjeldene på områder hvor markedet ikke er spesialisert og det er mange potensielle leverandører. Oppdragsgiver kan og bør da søke å benytte rådgivere som ikke er interessert i selve kontrakten.⁷⁷

En for streng praktisering av forskriften § 3-8 kan også medføre at rådgivningen blir mer overflatisk og det er en fare for at kvaliteten på rådgivningen blir dårligere. For hvis en rådgiveren er en mulig leverandør vil de kanskje ikke trekke frem forhold som bare er til

⁷⁷ Se Treumer (2000) s. 87 og 135.

fordel for dem, fordi det da er fare for at de ikke kan levere tilbud. Og hvis rådgiveren kommer frem til en løsning som bare noen få kan levere, inkludert rådgiveren, så kan de bli ekskludert som leverandør hvis løsningen fremheves. Oppdragsgiver kan på denne måten gå glipp av de beste løsningene og de beste rådene.

Dette var noe av begrunnelsen for at EU-kommisjonen ikke valgte å gi en egen regel i direktivet som tilsvarer § 3-8. EU-kommisjonen frykten at en for streng iverksettelse kunne forhindre en seriøs faglig dialog mellom oppdragsgiver og potensielle leverandører, som har den nødvendige kompetanse til å utforme spesifikasjonene. Dette ville særlig gjøre seg gjeldene i spesielle markeder hvor rådgiverne kan være den eneste som kan levere den aktuelle ytelsen. Da det også ville være sannsynligvis at leverandøren har en kommersiell interesse i en eventuell etterfølgende anskaffelse, var en mer fleksibel tilnærming ønskelig.⁷⁸

På grunn av virksomheters rolle som både leverandør og rådgiver, er det imidlertid nødvendig med regler slik at man unngår en blanding av disse rollene. Forskriften § 3-8 skal derfor både ivareta kravet til likebehandling, kravet til reell konkurranse og samtidig det offentlige behov for bistand. Regelverket skal ikke hindre kontakt mellom oppdragsgiver og leverandører, men det kreves at kontakten ikke undergraver konkurranse på like vilkår om konkrete anskaffelser.

Bestemmelsen fokuserer på rådgivningsfasen. En fordel med dette, i motsetning til å fokusere på en etterfølgende konkurranse, er at potensielle leverandører på et tidligere stadium blir oppmerksom på at eventuell rådgivning kan utelukke dem fra å delta i konkurransen. Aktøren kan da velge om han vil delta som leverandør eller rådgiver.⁷⁹

De nærmere grensene for når og hva som skal til for at rådgivningen har en slik innvirkning på konkurransen at denne utelukkes, er ikke klare. Videre i avhandlingen vil jeg med

⁷⁸ Se Priess (2002) s. 165 og Nielsen (2005) s. 80.

⁷⁹ Se NOU 1997: 21 s.132.

utgangspunkt i forskriften § 3-8, så langt som mulig, forsøke å trekke opp grensene for hva som skal til for at en rådgivende leverandør eller nærstående ikke skal kunne delta i den etterfølgende konkurransen.

5 Når er rådgiver og nærstående avskåret fra å opptre som leverandør?

Forskriften § 3-8 oppstiller tre vilkår som er avgjørende for om rådgiveren eller nærstående kan opptre som leverandør eller ikke. For det første må det gjelde råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse. Dette er et spørsmål om *hva som er inhabiliserende*. Vilkåret behandles i kapittel 5.1. For det andre må rådene komme fra noen som har økonomisk interesse i anskaffelsen. Vilkåret oppstiller den *personkrets* som rammes av bestemmelsen og behandles i kapittel 5.2. Og for det tredje må rådgivningen skje på en slik måte at konkurranse utelukkes. Det stilles krav til hvilken *innvirkning* rådgivningen har på anskaffelsesprosessen. Dette vilkåret er det mest sentrale og vil bli behandlet i kapittel 5.3.

5.1 Hva er inhabiliserende?

For at rådgiveren eller en nærstående skal være avskåret fra å opptre som leverandør, må oppdragsgiveren "*søke eller motta råd*" fra rådgiveren, jfr. forskriften § 3-8.

Ordlyden omfatter både det forhold at oppdragsgiveren aktivt kontakter og spør om råd, og det forhold at leverandøren tar kontakt og gir råd.

Det kan spørres om ordlyden må forstås slik at det både må foreligge en forespørsel og en rådgivning for at bestemmelsen skal kunne komme til anvendelse. Ved at det er brukt uttrykket "eller" kan ordlyden forstås slik at forespørsel og rådgivning er to alternative hendelser som begge vil føre til at rådgiveren blir avskåret fra å levere.⁸⁰ Denne forståelsen har også gode grunner for seg. Dersom oppdragsgiver retter en utrykelig forespørsel til

⁸⁰ Se Amdal og Roll-Matthiesen (2004) s. 200 som vel må oppfattes motsatt.

rådgiveren, kan spørsmålsstillingen gi vesentlig informasjon om oppdragsgivers ønsker /preferanser. Det kan gi rådgiveren en fordel ved utarbeidelse av eget tilbud. Denne fordel vil rådgiveren ha også om han ikke gir noe konkret svar/råd på forespørselen.

Dette utgangspunktet må imidlertid modifieres slik at det vurderes nærmere om omfanget og innholdet av forespørselen er egnet til å gi et konkurransefortrinn lik at konkurranse utelukkes.⁸¹ Spørsmålet om hvilke konkurransefortrinn som kan føre til utelukkelse av konkurranse, behandles i kapittel 5.3.

Tilsvarende kan også følge av kravet til likebehandling, jfr. loven § 5. Som nevnt innebærer kravet at alle potensielle leverandører skal motta den samme informasjonen om anskaffelsen. En henvendelse fra oppdragsgiveren kan gi en leverandør informasjon som kan gi et konkurransefortrinn. Det vil si at de tilfeller oppdragsgiver søker råd, men ikke mottar noen, også kan være brudd på kravet til likebehandling jfr. loven § 5.

Det følger videre av ordlyden i § 3-8 at bestemmelsen kommer til anvendelse når rådgivningen – *”kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse”*. Spørsmålet er hva som omfattes av *”spesifikasjoner”*.

En naturlig forståelse av ordlyden er at *”spesifikasjoner”* er en nærmere beskrivelse av det som skal leveres. En slik spesifikasjon kan inneholde nærmere krav til mengde, kvalitet, funksjon, tekniske krav og lignende. Slike spesifikasjoner benyttes ved utarbeidelse av kravsspesifikasjoner. I forbindelse med utarbeidelsen av spesifikasjoner vil det ofte bli utført spesielle undersøkelser og utredninger. Det kan for eksempel være fysiske undersøkelser, miljøundersøkelser og underliggende beregninger for konstruksjoner, m.v. Det kan også være utarbeidet tegninger. I den utstrekning slik materiale gir spesielle opplysninger som ikke går frem av konkurransegrunnlaget og som vil ha betydning for

⁸¹ Som også i Dragsten og Lindalen (2005) s. 632.

leverandøren, må det etter min vurdering regnes med som ”*spesifikasjoner*” i forskriftens forstand.

Det kan spørres om ”*spesifikasjoner*” må fortolkes utvidende til å omfatte hele konkurransegrunnlaget.

Konkurransegrunnlaget er det dokumentet som inneholder regler for konkurransen, en beskrivelse av hva som skal anskaffes, tekniske krav, administrative forskrifter, kommersielle vilkår, kontraktsbestemmelser, og lignende. Konkurransegrunnlaget setter dermed rammer både for selve anskaffelsen, gjennomføringen av konkurransen og levering.⁸²

Ordlyden sett i sammenheng og formålet bak bestemmelsen taler for at ”*spesifikasjoner*” omfatter de deler av konkurransegrunnlaget som kan ha betydning for konkurranseforholdet mellom deltagerne, jfr. at rådgivningen ”*skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse*”. Momentet trekker i retning av at ordlyden skal tolkes utvidende.

Direktivet anvender ordet ”*udbudsbetingelserne*”. Dette omfatter tilsynelatende mer enn spesifikasjonene og taler for en utvidende tolkning.

I juridisk teori er det en viss uenighet om hvorvidt hele konkurransegrunnlaget omfattes eller ikke.

Amdal og Roll-Mathisen mener ”*spesifikasjoner*” må tolkes utvidende til å omfatte innflytelse på hele konkurransegrunnlaget. Og at det må innfortolkes et krav til at rådene leverandøren gir eller informasjon leverandøren mottar har betydning for gjennomføringen av anskaffelsen.⁸³

⁸² For grundigere innføring se Dragsten (2006) s. 118 flg.

⁸³ Se Amdal og Roll-Matthiesen (2004) s. 200.

Dragsten og Lindalen finner imidlertid ikke grunnlag for å tolke ordlyden utvidende. Dette fordi ”*spesifikasjoner*” er så klart at det ikke uten videre kan tolkes utvidende.⁸⁴

De grunnleggende hensynene bak regelen taler nok ikke mot en utvidende tolkning, men det kan stilles spørsmålstegn til hensiktsmessigheten. Rådgivning med tilknytning til andre deler av konkurransegrunnlaget kan bli rammet av kravet til likebehandling jfr. loven § 5. Forskjellen i om bestemmelsen tolkes utvidende eller ikke ligger, derfor i hvor bruddet hjemles. Dette betyr at resultat trolig vil bli det samme.⁸⁵

Siden lovgiver valgte å bruke spesifikasjoner og ikke konkurransegrunnlag i bestemmelsens ordlyd og at resultatet trolig blir det samme, finner jeg ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen utvidende.

Dette innebærer at rådgivning som benyttes ved utformingen av andre deler av konkurransegrunnlaget, ikke omfattes av bestemmelsen. Rådgivningen kan imidlertid være et brudd på kravet til likebehandling, jfr. loven § 5 og forskriften § 3-1. Den videre vurderingen vil i begge tilfeller bli den samme og det er derfor i den videre behandlingen ikke nødvendig å skille mellom om rådgivningen knytter seg til spesifikasjonene eller andre deler av konkurransegrunnlaget.

Det følger videre av ordlyden at rådene må kunne benyttes ved utarbeidelse av spesifikasjoner av ”*en bestemt anskaffelse*”. En naturlig forståelse innebærer at generell rådgivning som ikke er knyttet til en bestemt anskaffelse, faller utenfor.⁸⁶ Det gjelder for eksempel utarbeidelse av en generell standard for tekniske beskrivelse som for eksempel bygg og anlegg.

⁸⁴ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 632.

⁸⁵ Som også Dragsten og Lindalen (2005) s. 632.

⁸⁶ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 632.

5.2 Hvem omfattes?

Det følger av forskriften § 3-8 at rådgiveren må ha en - ”*økonomisk interesse i anskaffelsen*”.

En rådgiver vil kunne ha økonomisk interesse i anskaffelsen når han er leverandør av de varer eller tjenester det offentlige etterspør og ønsker å delta i en senere konkurranse. Bakgrunnen er faren for at leverandøren i et slikt tilfelle vil ha en egeninteresse i å tilpasse spesifikasjonene til egen virksomhet.⁸⁷

En naturlig forståelse av ”*økonomisk interesse*” er at rådgiveren har kommersiell interesse i anskaffelsen. Det vil si at rådgiveren har forretningsmessige interesser i tildelingen av kontrakten. Det vil klart være tilfelle om det oppnås en økonomisk fortjeneste ved kontrakten, men det må også omfatte at kontrakten gir markedsmessige fordeler som økt markedsføring, økt goodwill og økte muligheter for å få ytterligere kontrakter.

Det vises i denne sammenheng til klagenemnda sak 2003/36, Låsservice Midt-Norge AS mot Sør-Trøndelag fylkeskommune. Saken gjaldt påbygg og ombygging av Melhus videregående skole. Som en delentreprise utarbeidet Industribeslag AS kravsspesifikasjonen for låsene og beslagene for oppdragsgiver. Klagenemnda kom frem til at oppdragsgiver ikke skulle anvendt Industribeslag AS som rådgiver fordi de var leverandør av de etterspurte varene. Rådgiveren hadde derfor en egeninteresse i bruk av bestemte varer.

Forskriften § 3-8 omfatter imidlertid ikke bare rådgivere som senere kan ha interesse i å inngi tilbud. Rådgiveren kan også ha forretningsmessige interesser i anskaffelsen når rådgiveren har et nært tilknytningsforhold til potensielle leverandører.⁸⁸

⁸⁷ NOU 1997: 21 s. 132.

⁸⁸ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 633.

Spørsmålet blir i hvilke tilfeller rådgiveren står i et slikt nært tilknytningsforhold til potensielle leverandører.

Et nært tilknytningsforhold kan for det første være tilfelle når oppdragsgiver og en leverandør benytter samme rådgiver. Rådgiveren kan da ha økonomisk interesse i at vedkommende leverandør tildeles anskaffelsen. Dette fordi de aktuelle leverandører trolig er en viktig del av rådgiverens kundegrunnlag. Rådgiverne har som regler deler av sin virksomhet rettet mot det private markedet. Hvis det kan styrke rådgiverens virksomhet at leverandøren tildeles kontrakten, er det en fare for at rådgiveren tilgodeser leverandørens interesser i anskaffelsesprosessen.⁸⁹ Når leverandørens rådgiver bistår det offentlige i anskaffelsesprosessen er det en risiko for at nærstående leverandører gjennom rådgiveren kan oppnå konkurransefortrinn som nevnt under kapittel 4. Rådgiveren vil for eksempel være interessert i å tilpasse spesifikasjonene til leverandørens varer og tjenester.

Problemstillingen var oppe i den danske Høyesterett 31. mars 2005, sak 428/2002, European Metro Group.⁹⁰ Saken gjaldt anskaffelse i forbindelse med utbygging av metroen i København. To rådgivningsfirmaer hadde vært rådgiver for både for oppdragsgiver og en leverandør. Høyesterett kom frem til at rådgiverens arbeider i forbindelse med planleggingen av anskaffelsen ikke var egnet til å gi leverandøren en fordel i strid med kravet til likebehandling. Dommen viser at når oppdragsgiver og leverandører benytter samme rådgiver, vil ikke dette i seg selv innebære et brudd på kravet til likebehandling. Det avgjørende er om leverandøren gjennom rådgiveren har kunnet oppnå en fordel som ikke andre leverandører kunne oppnå.⁹¹

⁸⁹ Se Graver (2005) s. 461

⁹⁰ Direktivet er gjort direkte gjeldene i Danmark. Siden direktivet ikke har en tilsvarende regel som i § 3-8, bygger avgjørelsen på kravet til likebehandling. Det samme gjelder praksis fra det danske klagenevnet for udbud.

⁹¹ Se også det danske klagenevnet sak 30. juni 2003, Skanska mot Løgstør kommune.

Dommen viser at når oppdragsgiver og leverandører bruker samme rådgiver er det en risiko for at rådgiveren har forretningsmessige interesser i at leverandøren tildeles kontrakten. På grunn av den nære tilknytningen vurderes det derfor om leverandøren gjennom rådgiveren kan få fortrinn i konkurransen på bekostning av andre leverandører slik at konkurranse utelukkes. Dette kommer jeg tilbake til under kapittel 5.3.

For det andre kan rådgiver ha et nært tilknytningsforhold til potensielle leverandører i de tilfeller hvor rådgiveren er et morselskap eller heleid datterselskap av en potensiell leverandør. Tilsvarende gjelder når rådgiver og leverandør er to søsterselskaper i samme konsern. Selv om virksomhetene driver som selvstendige enheter og det ikke flyter informasjon fra den ene virksomheten til den andre, er det i disse tilfellene en fare for at virksomhetene ønsker å favorisere hverandre. På grunn av eierforholdene har virksomhetene trolig de samme økonomiske interesser. Det er derfor en risiko for at leverandøren gjennom rådgiveren kan oppnå konkurransefortrinn på bekostning av andre leverandører. Kravet til likebehandling taler derfor for å likestille rådgiveren og leverandøren, men det skal trolig mer tilfør konkurranse utelukkes.⁹²

Dette var tilfelle i det danske klagenævnet sak 13. januar 2004, Phil & Søn AS mot Hadsund kommune. Oppdragsgiver benyttet en rådgiver som var en del av et konsern. Rådgiveren var et heleid datterselskap av en av de valgte leverandørene. Leverandøren ble derfor ansett for å ha et betydelig konkurransemessig fortrinn ved utarbeidelsen av tilbudet som følge av sin tilknytning til oppdragsgivers rådgiver. Også i denne saken er tilknytningsforholdet ikke nok i seg selv. På grunn av tilknytning drøftes det hvorvidt leverandøren kan få et konkurransefortrinn på bekostning av andre leverandører.

For det tredje taler kravet til likebehandling for at rådgiveren kan bli ansett for å ha forretningsmessig interesse i tildeling av kontrakten på grunn av nærstående relasjoner til leverandører. Dette gjelder slekt- og svogerskapforhold m.v. slik det er nevnt i

⁹² Som Dragsten og Lindalen (2005) s. 633.

forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav b-e.⁹³ Dersom for eksempel rådgiveren er bror eller søster av leverandøren vil dette normalt være et forhold som innebærer en risiko for at leverandøren får et konkurransefortrinn. Tilsvarende kan også gjelde når det foreligger ”andre særegne forhold” jfr. forvaltningsloven § 6 andre ledd. Det gjelder for eksempel når rådgiveren og leverandøren er nære venner, når de er medlem av samme forening, er i samme trossamfunn eller lignende. Det kan stilles spørsmålstegn til hvorvidt rådgiveren i et hvert tilfelle vil ha økonomisk interesse, da det i disse tilfellene det først og fremst er den nærstående leverandøren som vil ha den økonomiske interesse i anskaffelsen. En interesse i anskaffelse vil rådgiveren sannsynligvis ha selv om den ikke er direkte økonomisk. Lovens § 5 og kravet til likebehandling vil uansett ramme et slikt forhold. Situasjonen vil kunne være at rådgiveren på grunn av spesiell tilknytning vil forsøke å tilgodese leverandører for at disse skal oppnå en forretningsmessig fordel. Dette vil kunne skje ved at disse får konkurransefortrinn. Også her skal det trolig mer til før konkurranse utelukkes.

I de overfor nevnte tilfellene hvor rådgiveren kan ha en økonomisk interesse i at nærstående leverandører tildeles kontrakten, skal leverandørene avvises med hjemmel i kravet til likebehandling jfr. loven § 5 når rådgivningen skjer på en måte som er egnet til å utelukke konkurranse, jfr. kapittel 4.2.⁹⁴

5.3 Innvirkningskrav: konkurranse utelukkes

5.3.1 Vurderingstema

Det er endelig et vilkår etter § 3-8 at rådgivningen – ”*skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse*”.

⁹³ Jfr. også domstolloven §§ 106 og 108.

⁹⁴ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 1146-1147.

Etter ordlyden er det ikke nødvendig å konstatere om rådgivningen faktisk har ført til at konkurranse er blitt utelukket. Det er tilstrekkelig å konstatere at situasjonen vil kunne føre til det, jfr. uttrykket – ”*som vil kunne*”. Dette er også lagt til grunn av klagenemnda jfr. sak 2003/86, Media Farm AS mot Jernbaneverket Norsk Jernbandemuseum, hvor det uttales at det er tilstrekkelig med en fare (risiko) for at konkurranse utelukkes og at det dermed ikke spiller noen rolle hvorvidt rådgiveren rent faktisk opptrer partisk eller ikke.

Det videre spørsmålet blir å klargjøre hva som nærmere ligger i uttrykket ”*utelukke konkurranse*”.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”*utelukke*” er at det ikke finner sted noen konkurranse i det hele tatt. Det vil si at rådgivningen har en slik innflytelse på prosessen at det i ikke finner sted noen reell konkurranse. Etter ordlyden er det ikke nok at konkurransen begrenses. I NOU 1997:21 s. 132, høyre spalte siste avsnitt, legges ordlyden til grunn.

Spørsmålet er om bestemmelsen skal tolkes strengt etter ordlyden eller om den skal fortolkes utvidende.

I EF-domstolen avgjørelse i Fabricom saken⁹⁵ var problemstilling om enhver rådgiver måtte utelukkes som leverandør. Domstolen underkjente et generelt forbud mot at rådgivere som har bistått oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen senere kunne opptre som leverandør. Domstolen påpekte at en rådgiver på forskjellige måte kan få et konkurransefortrinn ved utførelse av rådgivningen, jfr. avsnitt 28-30. Det ble fastslått at likebehandlingsprinsippet ikke kan påberopes som grunnlag for at rådgiveren skulle behandles likt med de øvrige leverandører, se avsnitt 31. Domstolen fastslår i henhold til tidligere rettspraksis at likebehandlingsprinsippet krever at ensartede forhold ikke må behandles forskjellig og at forskjellige forhold ikke må behandles likt – med mindre en

⁹⁵ Se de forente saker C-21/03 og C-34/03.

forskjellsbehandling er objektivt begrunnet, se avsnitt 27. Domstolen fastslår at en absolutt regel om utelukkelse ikke var objektivt begrunnet og vil være uforholdsmessig. En slik regel var ikke nødvendig for å nå formålet om en likebehandling av alle tilbydere. Det avgjørende må være en konkret vurdering i det enkelte tilfellet om rådgiveren har fått en konkurransefordel i forhold til de øvrige leverandører. Rådgiverne må få en mulighet til å bevise at det ikke foreligger en mulighet for konkurransevridding, jfr. avsnitt 32-37.

Også i den danske Høyesterett 31.mars 2005 sak 428/2002, European Metro Group, nevnt under kapittel 5.2, legges det til grunn at det avgjørende er om leverandøren gjennom rådgiveren har oppnådd konkurransefortrinn som strider mot kravet til likebehandling.

I avgjørelsene legges det således til grunn at spørsmålet om det foreligger konkurransevridding, avgjøres ved en konkret helhetsvurdering hvor det vurderes om rådgiveren eller nærstående har oppnådd fortrinn i konkurransen. Og dersom det kan konstateres at det ikke foreligger noen konkurransevridding så kan rådgiveren og nærstående opptre som leverandør. Avgjørelsene taler for at kravet til likebehandling jfr. loven § 5 og forskriften § 3-1, kan være brutt selv om konkurranse ikke utelukkes, så lenge det foreligger en konkurransevridding.

I praksis fra klagenemnda og juridisk teori er det videre fastslått at ”utelukke” også må fortolkes utvidende slik at det omfatter en viss begrensning av konkurransen. I klagenemnda sak 2003/36, Låsservice Midt-Norge AS mot Sør-Trøndelag fylkeskommune, nevnt under kapittel 5.2, uttales det at bestemmelsen må fortolkes slik at også ”konkurranseforvridding av betydning i favør av vedkommende rådgiver” må omfattes. Og i Dragsten og Lindalen⁹⁶ konkluderes det med at det er tilstrekkelig at det foreligger en ”konkurransevridding av betydning” til fordel for rådgiveren.

⁹⁶ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 633-634.

I fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder er det uttrykt at konkurranse utelukkes i de tilfeller hvor ”konkurransen blir vesentlig begrenset”.⁹⁷ På grunn av den nevnte avgjørelsen i klagenemnda og de nevnte uttalelser juridisk teori synes dette å være en for snever begrensning slik at bestemmelsen også må omfatte situasjoner hvor det foreligger en konkurransevridding av betydning.

Konklusjonen blir derfor at bestemmelsen må tolkes utvidende slik at den også omfatter innflytelse som begrenser en konkurransen på en slik måte at det foreligger en konkurransevridding av betydning i favør av rådgiveren eller nærstående. Uttrykket ”konkurransevridding av betydning” må forstås slik at konkurransevriddingen kan bli avgjørende ved tildeling av kontrakten. Forhold av mindre betydning vil derfor ikke hindre rådgiveren eller nærstående i å opptre som leverandør. Det må derfor kreves at rådgiverens konkurransefordel må ha et visst omfang og ikke være ubetydelig, slik at likebehandling av de aktuelle leverandørene blir umulig.

Det må også legges vekt på at oppdragsgiver skal ha mulighet for å kunne utnytte rådgivernes kompetanse i anskaffelsesprosessen. Rådgiveren må i utgangspunktet kunne gi generelle og nøytrale råd, for eksempel om generelle tekniske løsninger og standardløsninger, og samtidig kunne delta i konkurransen om kontrakten. Det må dreie seg om en mer konkret og detaljert veiledning/rådgivning, for å kunne konstatere at det foreligger en konkurransevridding av betydning.⁹⁸

I hvilken grad rådgiveren kan få en slik innflytelse på prosessen at det foreligger konkurransevridding av betydning, vil bero på en konkret helhetsvurdering av de faktiske forhold - hva rådgiveren bistår med, i hvilken grad rådgiveren har innvirkning på den endelige utformingen av spesifikasjonene og hvilken kunnskap bistanden vil kunne gi rådgiveren som er av betydning for den etterfølgende konkurransen. Vurderingstema er

⁹⁷ Se Veilederen til reglene om offentlige anskaffelser punkt 5.4.3.

⁹⁸ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 634 og veilederen til regelverket for offentlige anskaffelser punkt 5.4.3.

hvorvidt rådgiveren har skaffet seg et konkurransefortrinn av betydning på bekostning av andre potensielle leverandører.⁹⁹

Under kapitlene 5.3.2 til 5.3.10 vil jeg gjøre rede for de momentene som kan ha betydning i vurderingen.

Når situasjonen ikke rammes anskaffelsesforskriften § 3-8, men likevel kan være et brudd på kravet til likebehandling, er det den samme vurderingen som må foretas. Det er også de samme momentene som gjør seg gjeldene.

5.3.2 Forberedende arbeid

Det vil ha betydning om rådgivningen knytter seg til forberedende arbeid eller om rådgivningen knytter seg til selve planleggingen og utformingen av anskaffelsesmaterialet.

Det følger av forarbeidene at bestemmelsen i *alminnelighet* ikke vil hindre den som har deltatt i utarbeidelsen av et *forprosjekt* å delta i den etterfølgende konkurransen om oppdraget.¹⁰⁰ Det samme er lagt til grunn av klagenemnda.¹⁰¹

Hvor rådgiveren foretar kun *forundersøkelser* vil dette derfor normalt ikke lede til (rådgiver)inhabilitet. Rådgiveren vil trolig ha begrenset fortrinn med hensyn til informasjon og tid, og risikoen for at rådgiveren påvirker konkurransen er mindre enn når rådgivningen direkte knytter seg til utformingen av spesifikasjonene.¹⁰² Det forutsettes imidlertid at alt

⁹⁹ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 635, Graver (2005) s.475 og veilederen til regelverket for offentlige anskaffelser punkt 5.4.3.

¹⁰⁰ Se NOU 1997: 21 s. 124.

¹⁰¹ Som i klagenemnda sak 2007/40, Kreativt Næringscenter mot Rogaland fylkeskommune og sak 2006/121, Hartmann Arkitekter AS mot Ål kommune.

¹⁰² Se Treumer (2000) s. 102.

materialet som stammer fra forundersøkelsen stilles til rådighet for alle potensielle leverandører, og at den innsatsen rådgiveren gjør er av begrenset karakter.¹⁰³

Som et generelt utgangspunkt kan det legges til grunn at rådgiverens bistand må ha hatt betydning for *gjennomføringen* av selv anskaffelsen for å påvirke konkurransesituasjonen. Har for eksempel leverandøren i forkant av konkurransen bistått med en miljøundersøkelse som ikke har betydning for utformingen av tilbudet, kan denne leverandøren senere delta i konkurransen.¹⁰⁴

Et eksempel på at rådgiverens oppgaver kun knyttet seg til et forprosjekt som ikke hadde betydning for konkurransesituasjonen, er klagenemnda sak 2007/40, Kreativ Næringscenter mot Rogaland fylkeskommune. Saken gjaldt anskaffelse av etablerertjenester til ”Skape.no”. To av de valgte leverandørene hadde deltatt både i en arbeidsgruppe under ressursgruppen som ledet forprosessen til opprettelsen av oppdragsgivers virksomhet ”Skape.no”, og deltatt i konkurransen. Klagenemnda kom frem til at oppdragsgiver ikke i strid med § 3-6 (nå § 3-8) hadde mottatt eller søkt råd som kunne benyttes under utarbeidelse av spesifikasjoner. Klagenemnda la vekt på at det under utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget ikke hadde deltatt andre enn representanter fra oppdragsgiver. Leverandørenes deltagelse i *forberedelsene* av anskaffelsen var ikke egnet til å påvirke konkurransegrunnlaget.¹⁰⁵

Det samme var tilfellet i det danske klagenævnet sak 13. juni 1996, Foreningen av Rådgivende Ingeniører mot Roskilde kommune. Saken gjaldt anskaffelse av rådgivningstjenester i forbindelse med prosjektering av en museumshavn og prosjektering

¹⁰³ Se Hørlyck (2006) s. 59.

¹⁰⁴ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 634.

¹⁰⁵ Se også klagenemnda sak 2006/121, Hartmann Arkitekter AS mot Ål kommune, og sak 2003/74, Ilje AS mot Vestby kommune, hvor klagenemnda konstaterer at leverandørens deltagelse i forprosjekter ikke innebar at oppdragsgiver i strid med regelverket hadde søkt eller mottatt råd som kunne utnyttes ved utarbeidelse av spesifikasjoner som var egnet til å utelukke konkurranse.

av foranstaltninger i forbindelse med håndtering av forurenset jord. Et tilbud om prekvalifikasjonen fra et ingeniørfirma ble avvist med begrunnelse i kravet til likebehandling, da oppdragsgiver og firmaet tidligere hadde samarbeidet. Ingeniørfirmaet hadde utført miljøundersøkelser i det området oppdragsgiveren hadde besluttet å etablere en museumshavn med bygninger og parkeringsplasser. Og et av formålene med miljøundersøkelsene var å utarbeide et skisseforslag til foranstaltningene i forbindelse med den forurensete jorden. På bakgrunn av miljøundersøkelsen ble det i november 1992 utarbeidet flere rapporter. I tillegg deltok ingeniørfirmaet i møter i forbindelse med en helhetsplan for området i oktober 1993. Ingeniørfirmaet deltok ikke i utformingen av spesifikasjonene til den konkrete anskaffelsen.

Klagenævnet kom frem til at avvisningen av ingeniørfirmaet ikke var riktig. Nævnet la særlig vekt på at miljøundersøkelsens innhold og tekniske informasjon var av uvesentlig betydning for å utforme et tilbud på den konkrete anskaffelsen.

Saken viser at oppdragsgiver hadde tolket kravet til likebehandling og grensene for rådgivers etterfølgende deltagelse for strengt. Når rådgivende leverandør kun bistår med forberedende undersøkelser og ikke ved utformingen av spesifikasjonene eller tilretteleggelse av anskaffelsesprosessen, taler dette for at rådgiverens ikke har en slik innflytelse på konkurransen slik at denne begrenses. Terskelen for hva rådgiveren kan bistå med uten å bli avvist fra å delta i konkurransen er derfor høyere når det gjelder forberedende arbeid i motsetning til arbeid som knytter seg til spesifiseringen av den konkrete anskaffelsen. Saken er et eksempel på urimelig forskjellsbehandling.

5.3.3 Rådgivningens omfang

Omfanget av rådgivningen vil ha betydning for rådgiverens eventuelle innflytelse på konkurransesituasjonen. Den konkrete rådgivningen kan være mer eller mindre omfattende. Rådgivningen kan for eksempel være begrenset til at oppdragsgiver tar kontakt med en kjent leverandør for å forhøre seg om hva som fins på markedet. Det vil trolig kun dreie seg om uformelle telefonsamtaler, og hvor leverandøren i ettertid sender materiale for de

forskjellige produkter virksomheten selger. Utgangspunktet vil trolig være at en dialog av denne karakter ikke vil lede til konkurransevridning av betydning.¹⁰⁶

En ren forespørsel fra oppdragsgiver, nevnt under kapittel 5.1, kan i seg selv innebære et konkurransefortrinn, men det skal trolig en del til. Dersom det bare er en nøytral forespørsel som går ut på å foreta en enkel beskrivelse, beregning, en enkel markedsanalyse eller lignende, så kan en slik forespørsel alene neppe være tilstrekkelig. Dersom forespørselen inneholder klare preferanser eller ønsker som premisser for levering, så taler dette for at det foreligger konkurransevridning.

Videre kan rådgivningen enten være begrenset til å gjelde råd som knytter seg til kun enkelte deler av spesifikasjonene eller rådene kan være mer omfattende og gjelde all spesifisering av den etterspurte ytelse. Når rådgiver bidrar kun til deler av spesifikasjonene, blir det et spørsmål om disse er tilstrekkelig vesentlig.¹⁰⁷ For eksempel når rådgivningen begrenser seg til å komme med innspill, mens det er oppdragsgiver som har ansvaret for utforming og sammenstilling. Eller for eksempel når rådgiveren er en av flere rådgivere. Når rådgivningen knytter seg til hele spesifikasjonen vil dette ha større vekt ved den konkrete helhetsvurderingen.

Et eksempel på at rådgivningens omfang var av en slik karakter at det forelå brudd på § 3-8 er klagenemnda sak 2003/86, Media Farm AS mot Jernbaneverkt Norsk Jernbanemuseum. Saken gjaldt en av to konkurranser med forhandlinger for anskaffelse av audiovisuelle installasjoner. Oppdragsgivers rådgiver deltok i utformingen av spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget i begge konkurransene, samtidig som hun var ansatt i ett av de tre firmaene som leverte tilbud i konkurransen. I tillegg hadde rådgiveren sendt oppdragsgiveren en e-post fire dager før tilbudsfristen og vist til programvare som kunne brukes i prosjektet. Klagenemnda kom frem til at rådgivningens omfang var av en slik karakter at oppdragsgiver i det konkrete tilfellet hadde brutt forskriften, ved å tildele

¹⁰⁶ Se Treumer (2000) s. 111.

¹⁰⁷ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 635.

rådgiverens firma kontrakten. Rådgiverens rolle innebar at oppdragsgiver hadde mottatt eller søkt råd som kan benyttes under utarbeidelse av spesifikasjoner på en måte som var egnet til å utelukke konkurranse. Arbeidet med spesifikasjonene ga rådgiverens virksomhet et klart konkurransefortrinn ved utforming av tilbudet.¹⁰⁸

Et eksempel på at rådgivningens omfang ikke var av et slikt omfang at kravet til likebehandling var brutt, er det danske klagenevnet for Udbud sak 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mot Vestsjællands Amt. Saken gjaldt en prosjektkonkurranse om modernisering av et sykehus. På vegne av oppdragsgiver hadde en av leverandørene før konkurransen foretatt en bygningsmessig funksjonsbeskrivelse av sykehuset samt en tilstandsvurdering av de eksisterende bygningsmasser på sykehusområdet. Klagenevnet kom frem til at rådgivningen ikke var av en slik karakter og omfang at dette begrenset konkurransen. Klagenevnet la blant annet avgjørende vekt på at rådgivningens produkt ikke kunne betegnes som et ferdig prosjekt med hensyn til den påfølgende konkurransen og spesifiseringen av ytelsen som skulle anskaffes. Rådgiverens utøvde skjønn vedrørende byggeomkostningene var av foreløpig karakter og kunne ikke legges til grunn ved et eventuelt tilbud. Den utførte oppgaven var av begrenset karakter og ville derfor ikke medføre et konkurransefortrinn ved utarbeidelse av et tilbud. Saken viser også at det skal mer til før kravet til likebehandling er brutt om rådgivningen er begrenset til forundersøkelser.

5.3.4 Rådgiver kan tilpasse spesifikasjonene til egen virksomhet

Det følger av forarbeidene til anskaffelsesforskriften at det særlig er sannsynlig at konkurranse kan utelukkes, når rådgiveren kan tilpasse prosjektbeskrivelsen på en slik måte at den spesielt tilpasses hans eget produksjonsapparat.¹⁰⁹ Begrunnelsen er at dette kan innebære at man står igjen med en løsning og en leverandør før konkurransen, slik at det i realiteten ikke vil bli noen konkurranse, i motsetning til en spesifikasjon som gir mulighet

¹⁰⁸ Hvilke fortrinn rådgiverens virksomhet fikk, se fotnote 116 i kapittel 5.3.5.

¹⁰⁹ Se NOU 1997: 21 s. 132.

for tilbud fra flere aktuelle leverandører. Det vil derfor tale for konkurransevridning av betydning om rådgiver har eller har hatt mulighet til å tilpasse spesifikasjonene til egne eller nærståendes varer og tjenester.

I denne sammenheng vil det være av betydning om de tekniske spesifikasjonene og/eller øvrige krav til konkurransen fastsettes på en slik måte at alle andre enn rådgiveren vil ha store formelle eller praktiske vanskeligheter med å delta i konkurransen.¹¹⁰ For eksempel dersom de tekniske spesifikasjonene baseres på patenter, utstyr, metoder eller lignede som bare rådgiveren har tilgang til. Dette har betydning for hvor lett det er for andre potensielle leverandører å tilfredsstille spesifikasjonene.¹¹¹ Når det er vanskelig for andre å tilfredsstille spesifikasjonene, øker dette rådgivers muligheter til å vinne konkurransen og konkurranse vil da kunne utelukkes. Dette strider derfor både mot kravet til konkurranse og kravet til likebehandling.

Når rådgiveren tilpasser spesifikasjonene til egne produkter og andre leverandører har formelle eller praktiske vanskeligheter med å tilfredsstille de kravene som stilles, vil også anskaffelsesforskriften § 8-3 fjerde ledd og § 17-3 tiende ledd kunne komme til anvendelse. Bestemmelsene fastsetter at det ikke skal benyttes tekniske spesifikasjoner som favoriserer en bestemt leverandør.¹¹²

Et eksempel på at rådgiverne ikke hadde mulighet til å påvirke konkurransegrunnlaget til fordel for nærstående leverandør er den danske Høyesterett 31. mars 2005 sak 428/2002, European Metro Group, kort nevnt under kapittel 5.2. Høyesterett kom frem til at det ikke var holdepunkter for at oppdragsgivers rådgivere, ved å bistå en av leverandørene, hadde medført en fortrinnsstilling for denne leverandøren i strid med kravet til likebehandling. Høyesterett sluttet seg til landsrettens begrunnelse. Landsretten begrunnet blant annet

¹¹⁰ Se Amdal og Roll-Matthiesen (2004) s. 202.

¹¹¹ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 636.

¹¹² Nærmere om bestemmelsene se Dragsten og Lindalen (2005) s. 775 flg. (tidligere § 5-2 (2)) og 1399 flg. (tidligere § 12-2 (2)).

avgjørelsen med at tidspunktet for prekvalifikasjon og utsendelse av konkurransegrunnlaget skjedde før rådgiverne bisto leverandøren. Rådgiverne hadde derfor ikke mulighet til å påvirke konkurransegrunnlaget slik at leverandøren ville oppnå en fordel for på bekostning av andre potensielle leverandører. Dommen viser at det er en forutsetning for at dette momentet skal tale for konkurransevridning av betydning, at rådgiverne *faktisk har en mulighet* til å påvirke spesifikasjonene til fordel for leverandøren. Hvor dette ikke er tilfelle, som det var i dommen, er det ingen fare for at leverandøren oppnår en fordel på bekostning av andre leverandører.

Et eksempel på at rådgiveren tilpasset spesifikasjonene til egen virksomhet er klagenemnda sak 2003/36, Låsservice AS Midt-Norge mot Sør-Trøndelag fylkeskommune, som kort nevnes under kapittel 5.2 og 5.3.1. Åtte av produktene i kravsspesifikasjonen viste kun til rådgiverens interne produktkoder. Rådgiveren deltok deretter i selve konkurransen ved å levere inn et tilbud på låser og beslag. Klagenemnda kom frem til at oppdragsgiver ikke skulle anvendt leverandøren som rådgivere, fordi bedriften hadde enn egeninteresse i bruk av et bestemt låsprodukt. Klagenemnda uttaler at det er uforenelig med kravene til konkurranse, likebehandling og god anbudsskikk å la oppdragsgivers faste rådgiver utarbeide spesifikasjonene som angir produkttyper som vedkommende rådgiver selv er forhandler av, når samme rådgiver senere gis adgang til å delta i konkurransen.

Hvorvidt leverandøren skulle vært avvist fra konkurransen mente klagenemnda de imidlertid ikke hadde hjemmel for å avgjøre. Grunnen var at på det tidspunktet klagenemnda avsa sin uttalelse hadde ikke forskriften tilsvarende hjemmel som i dag, for å avvise når det forelå brudd på anskaffelsesforskriften § 3-6 (nå § 3-8). Klagenemnda kom frem til at forskriftens avvisningsbestemmelser uttømmende regulerte de tilfeller som kunne føre til avvisning.

Som nevnt under kapittel 4.2, er loven § 5 en avvisningshjemmel. Siden klagenemnda konkluderer med at oppdragsgiveren hadde brutt plikten til å likebehandle leverandørene jfr. forskriften § 3-1, på grunn av rådgivernes ulike roller og at spesifiseringen av ytelsen

var til fordel for rådgiverens varer, innebærer dette at klagenemnda hadde hjemmel til å vurdere hvorvidt leverandøren skulle vært avvist fra konkurransen eller ikke, i den konkrete saken.

Et videre eksempel på at rådgiveren tilpasset spesifikasjonene til egne produkter er det danske klagenævnet for udbud sak 23. august 1995, B4 ApS mot Holbæk kommune. Saken gjaldt innkjøp av nytt inventar til kommunens hovedbibliotek. Oppdragsgiver engasjerte et interiørfirma som tidligere hadde bistått biblioteket. Interiørfirmaet deltok i utformingen av konkurransegrunnlaget og bidro særlig med utarbeidelse av innredningsplan og inventarliste. Konkurransegrunnlaget inneholdt detaljerte tekniske spesifikasjoner som refererte til varemerket ”Media Tower” som interiørfirmaet forhandlet. I den etterfølgende konkurransen innleverte interiørfirmaet et tilbud og ble valgt som leverandør. Klagenævnet kom frem til at kravet til likebehandling klart var brutt. Nævnet la særlig vekt på at interiørfirmaets befatning med de tekniske spesifikasjonene hadde resultert i en inventarbeskrivelse som tilsvarte de produkter firmaet forhandle. Sakene viser at når rådgiverne har tilpasset spesifikasjonene til egne produkter, utelukker dette rådgiveren eller nærstående fra å opptre som leverandøren i den påfølgende konkurransen.

Spørsmålet om det forelå konkurransefortrinn på grunn av oppdrag ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget kom også opp i klagenemnda sak 2005/241, Ingeniørfirmaet Gjersvik mot Flesland Eiendom AS. Oppdragsgiver skulle inngå en totalentreprisekontrakt om bygging av et hotell. Ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget som skulle sendes 6 prekvalifiserte entreprenører, benyttet oppdragsgiveren en gruppe rådgivere. I tilbudsgrunnlaget var det opplyst at totalentreprenøren stod fritt til å benytte disse rådgiverne ved utarbeidelse av sitt tilbud. En rådgiver utenfor den angitte gruppen klaget og hevdet at rådgiverne i gruppen hadde fått et konkurransefortrinn ved at de hadde utarbeidet konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom frem til at det ikke kunne fastsettes et generelt forbud imot å bruk oppdragsgivers rådgivere, og at det måtte kunne opplyses om dette i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende måtte være om oppdragsgivers rådgiver hadde fått en konkurransefordel. Klagenemnda konkluderte med at det ikke var tilfelle.

Selv om rådgiverne hadde utformet kravsspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget, så var disse ikke utformet på en slik måte at det ga et konkurransefortrinn. Det ble videre fastslått at rådgiveren ikke hadde oppnådd noen tidsmessige fordeler, fordi det var god tid til å utbedre tilbud. Det er litt vanskelig å vurdere denne avgjørelsen fordi den ikke sier noe særlig om hvor omfattende spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget var. Tilbudsgrunnlag for totalentrepriser kan være svært forskjellig, alt fra noen sider med helt generelle funksjonsbeskrivelser til mer omfattende dokumenter med angivelse av spesifiserte krav. Slike saker er derfor et godt eksempel på at det avgjørende er en konkret helhetsvurdering.¹¹³

5.3.5 Rådgiver har kunnet tilegnet seg kunnskap av betydning for konkurransen som ikke øvrige leverandører har kunnet få

Et sentralt moment er om rådgiveren har kunnet tilegne seg kunnskap av betydning for konkurransen som andre potensielle leverandører ikke har kunnet få. Kunnskaper som har betydning for konkurransen er informasjon om oppdragsgivers forhold, ønsker og behov og hva de særlig legger vekt på. Rådgiver har for eksempel fått kunnskap om hva oppdragsgiver spesielt synes er viktige egenskaper ved ytelsen, ut over det som kommer frem av konkurransegrunnlaget. En slik kunnskap taler for konkurransevidning av betydning i favør av rådgiveren.¹¹⁴ Begrunnelsen er at rådgiveren har anledning til å skreddersy sitt tilbud i samsvar med kunnskapen. Det har derfor stor betydning hvorvidt alle potensielle leverandører har hatt tilgang til, og mulighet til, å gjøre seg kjent med oppdragsgiverens ønsker og krav til den etterspurte ytelsen, i tilsvarende omfang som oppdragsgivers rådgivere.

¹¹³ Se også det danske klagenævnet sak 7. juli 1995, Valle Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S mot Københavns kommune, hvor klagenævnet kommer frem til at rådgiveren ikke var inhabil, fordi den ikke hadde påvirket utformingen av spesifikasjonene.

¹¹⁴ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 637.

Kravet til likebehandling forutsetter at alle potensielle leverandører skal ha tilgang til den samme informasjonen. Dersom rådgiveren er alene om å ha informasjon av betydning for utformingen av tilbudet, vil dette lett kunne gi rådgiveren eller nærstående et konkurransefortrinn. Det følger også av kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet at lik og samtidig informasjon, skal sikre konkurranse på like vilkår for alle potensielle leverandører. Det er også viktig for at potensielle leverandører skal kunne levere kvalitative tilbud og for å kunne føre kontroll med innkjøpsprosessen.

Hvorvidt rådgiveren har kunnet få tilgang til mer informasjon enn andre potensielle leverandører, avhenger av hva rådgiveren skal bistå oppdragsgiver med. I den grad rådgiveren bistår ved utformingen av spesifikasjonene, er det nærliggende at rådgiveren også har tilgang til mer informasjon som er egnet til å gi konkurransefortrinn. Bak utformingen av spesifikasjonene ligger nærmere vurderinger av hva oppdragsgivers ønsker og behov er og rådgiveren har derfor trolig fått inngående kjennskap til hva oppdragsgiver særlig legger vekt på. I den grad rådgiveren kun bistår med underlagsmateriale er det mindre sannsynlig at rådgiveren vil få tilgang til informasjon som vil gi et fortrinn.

Et eksempel på at rådgivers oppgaver ikke medførte at nærstående leverandører kunne tilegne seg informasjon av betydning, er den danske Høyesterett 31.mars 2005 sak 428/2002, European Metro Group, nevnt under kapittel 5.2 og 5.3.4. Den ene rådgiveren hadde bistått oppdragsgiver som en av flere rådgivere med arkitektoniske spørsmål og hadde ikke deltatt i utformingen av tildelingskriteriene.¹¹⁵ Rådgiveren hadde bistått leverandøren, sammen med flere, ved utarbeidelsen av tilbudsmateriale vedrørende arkitekt- og ingeniørarbeider. Rådgiveren hadde ikke deltatt i strategiplanlegging og hadde ikke kjennskap til tilbudssummer.

¹¹⁵ Også her fremstår det som uklart hvilken nærmere befatning rådgiveren har hatt med spesifikasjonene, som nevnt under vurderingen av klagenemnda sak 2005/241, Ingeniørfirma Gjersvik mot Flesland Eiendom AS, kapittel 5.3.4.

Den andre rådgiveren hadde bistått oppdragsgiver med miljøspørsmål og hadde innflytelse på anskaffelsesmaterialet om miljøspørsmål. Rådgiveren hadde ikke gitt leverandøren rådgivning tilknyttet miljøforhold og ikke vært inndratt i drøftelsene om det kommersielle innholdet av leverandørens tilbud.

Høyesterett sluttet seg til landsrettens begrunnelse. Etter landsrettens vurdering hadde leverandøren på grunn av arten av rådgiverens arbeid for oppdragsgiver, ikke mottatt opplysninger fra rådgiver som var egnet til å gi et konkurransefortrinn. Det kan bemerkes at oppdragsgiver var oppmerksom på rådgiverproblematikken og utformet et notat om dette som rådgiverne gjorde seg kjent med. Dette kan muligens ha påvirket rådgivernes arbeid slik at de la vekt på at det ikke skulle oppstå et konkurransefortrinn for leverandøren.

Rådgiverens tilgang på informasjon var videre et moment i klagenemnda sak 2005/296, Kåre Hagen Byggelederfirma AS mot Oppegård kommune. Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for byggeledelse for bygging, ombygging og rehabilitering av brannstasjonen for Nordre Follo Brannvesen IKS. Totalentreprenøren var valgt etter forutgående konkurranse. Oppdragsgivers rådgiver i totalentreprisekonkurransen var tilbyder i konkurransen om byggeledelse. Klagenemnda kom frem til at forholdet ikke var i strid med forskriften § 3-6 (nå § 3-8). Spørsmålet ble derfor om rådgiveren gjennom å bistå det offentlige i konkurransen om totalentreprisen, fikk en fordel i konkurransen om byggeledelse som var i strid med kravet til likebehandling jfr. loven § 5. Klagenemnda uttaler at etter å ha evaluert det valgte tilbudet om totalentreprise, hadde rådgiveren en del viktig informasjon om denne kontrakten som de andre tilbyderne manglet. Dette gjaldt særlig opplysninger om prosjektets totalpris og pris på de enkelte delene. Slik konkurransegrunnlaget var utformet hadde rådgiveren bedre forutsetninger for å utforme tilbud enn de andre tilbyderne. Leverandørene konkurrerte ikke på like vilkår og kravet til likebehandling var derfor brutt.¹¹⁶

¹¹⁶ Se også klagenemnda sak 2003/86, Media Farm AS mot Jernbaneverket norsk Jernbanemuseum, hvor klagenemnda la vekt på at rådgiveren som hadde utformet spesifikasjonene fikk tilgang til informasjon som klart ga et konkurransefortrinn og at rådgiver kunne skreddersy sitt tilbud i samsvar med kunnskapen.

Det samme var tilfellet i det danske klagenævnet sak 13. januar 2004, Phil & Søn AS mot Hadsund kommune, kort nevnt under kapittel 5.2. Saken gjaldt en totalentreprise vedrørende samtlige arbeider i forbindelse med oppføring av en ny skole i Hadsund, en gymsal og en svømmehall. Anskaffelsen gjaldt i tillegg en plikt til å kjøpe Hadsund Gl. Skole for å ombygge denne til boliger og kultursenter, og en plikt til å selge den ombygde eiendommen. Fire leverandører fikk tilslag. Oppdragsgivers rådgiver var et heleid datterselskap av en av de valgt leverandørene. Rådgiveren hadde utarbeidet en omfattende utviklingsrapport med betegnelsen ”Vision Hadsund Skole”. Rapporten avdekket alle relevante problemstillinger forut for utarbeidelsen av anskaffelsens spesifikasjoner. Rapporten dannet grunnlag for oppdragsgivers endelige beslutning om å iverksette anskaffelsen. Det danske klagenævnet kom frem til at de utvalgte leverandørene på grunn av kjennskap til rapporten, hadde et kunnskapsfortrinn på bekostning av de andre leverandørene. Saken viser at arbeid med underlagsmateriale kan gi fortrinn når materialet kan gi opplysninger av betydning for konkurransen.

Et eksempel på at rådgiveren ikke hadde noe kunnskapsfortrinn, er klagenemnda sak 2004/215, Bedriftskompetanse AS med samarbeidspartnere mot Innovasjon Norge Finnmark. Saken gjaldt valg av leverandør for styrking av Finnmarks posisjon som leverandør av sjømat. Oppdragsgiver benyttet en leverandør til å lage et notat om hvordan en skulle overføre erfaringer fra et tidligere prosjekt for kongekrabbenæringen til større deler av sjømatnæringen. Notatet inneholdt konkrete anbefalinger for tilbudsinnhenting, og hele konkurransegrunnlagets beskrivelse av oppdragets formål er sitert fra notatet fra leverandøren. Klagenemnda kommer frem til at utarbeidelsen av notatet ikke var egnet til å gi konkurransefortrinn. Klagenemnda legger vekt på at de formuleringene som ble benyttet fra leverandørens notat, innholdsmessig var å finne i oppdragsgivers egne marine strategier og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Leverandøren hadde derfor ikke noe

kunnskapsfortrinn som følger av sitt arbeid forut for anskaffelsen på bekostning av andre leverandører.¹¹⁷

Dette var også tilfellet i det danske klagenævndet 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mot Rigshospitalet. Saken gjaldt innkjøp av medisinsk utstyr. Sykehuset ønsket å kjøpe inn utstyret i stede for å produsere noe av det selv da dette ville være rimeligere. Sykehuset tok kontakt med leverandøren som formidlet noe av utstyret, med forespørsel om leverandøren kunne ta over produksjonen og leveringen. Før det ble avgjort at innkjøpet måtte ut på anbud var leverandøren innstilt på å få kontrakten. Leverandøren og sykehuset drøftet priser og spesifiseringen av det som skulle anskaffes. Dialogen fortsatte selv etter at anskaffelsen var lagt ut på anbud. 7 av de potensielle leverandørene ble prekvalifisert, men kun den rådgivende leverandøren innga tilbud innen fristen. Etter tvil kom klagenævnet frem til at selv om det hadde vært kontakt mellom leverandøren og oppdragsgiver og at leverandørene derigjennom hadde påvirket utformingen av spesifikasjonene, var kravet til likebehandling ikke overtrådt. Klagenævnet la blant annet vekt på at leverandøren ikke hadde fått andre opplysninger om anskaffelsen enn andre prekvalifiserte leverandører og derfor ikke hadde noe kunnskapsfortrinn i strid med kravet til likebehandling.¹¹⁸ Saken viser at selv om det er tett kontakt mellom oppdragsgiver og rådgiveren, vil ikke dette nødvendigvis innebære at rådgiveren får tilgang til mer informasjon enn andre leverandører.

5.3.6 Produktet av rådgivningen stilles til disposisjon for øvrige leverandører

I forlengelse av forrige moment, er det av betydning om materialet som stammer fra rådgivningen, for eksempel rapporter og lignende, er tilgjengelig for enhver som er interessert i å delta i konkurransen eller ikke. Når materialet inngår i

¹¹⁷ Se også det danske klagenævnet sak 1.juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møller mot Vestsjælland Amt, hvor det ble lagt vekt på at rådgiveren ikke hadde hatt mulighet til å tilegne seg kunnskap andre leverandører ikke hadde mulighet til.

¹¹⁸ Se også den danske Konkurrencestyrelsen sak 2004-09-09 som trekker i samme retning.

konkurransesgrunnlaget taler dette for at konkurranse ikke utelukkes, da konkurransegrunnlaget stilles til disposisjon for alle aktuelle leverandører.

Momentet vil særlig få betydning når materialet inneholder informasjon som er sentral ved utforming av tilbud. Det tillegges da normalt avgjørende betydning.

Dette var tilfellet i det danske klagenevnet sak 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers tegnestue mot Vestsjællands Amt, gjennomgått under kapittel 5.3.3 og 5.3.5, hvor rådgivningen ikke medførte brudd på regelverket. Klagenevnet la særlig vekt på at det materialet rådgiveren hadde fremskaffet var tilgjengelig for alle de som måtte være interessert i å delta i konkurransen, og at materialet inngikk i konkurransegrunnlaget. Saken viser hvor viktig det er at resultatet av rådgivningen videreformidles til de konkurrerende leverandørene og at momentet kan være avgjørende i den konkrete vurderingen.¹¹⁹

Også i det danske klagenevnet sak 13. juni 1996, Foreningen av rådgivende ingeniører mot Roskilde kommune, gjennomgått under kapittel 5.3.2, ble det lagt vekt på at de rapporter som ingeniørfirmaet hadde utarbeidet i forbindelse med miljøundersøkelsen var tatt inn i konkurransegrunnlaget og derfor gjort tilgjengelig for alle potensielle leverandører.

I dansk teori er det stilt spørsmålsteget til dette momentets avgjørende betydning. Fordi det kan være en mulighet for at ikke all relevant informasjon som har betydning for utforming av tilbud, inngår i de skriftlige rapporter fra rådgiveren til oppdragsgiveren. Det vil da bare skje en delvis utjevning av rådgivers fortrinn ved å innta rapporten i konkurransegrunnlaget. Det kan også være en risiko for at rådgiveren holder tilbake viktige opplysninger som burde inngå i rapporten. Videreformidling av rapporter og lignende bør derfor tillegges en viss, men ikke avgjørende vekt.¹²⁰ Dette kommer jeg noe mer tilbake til under kapittel 6.

¹¹⁹ Se også den danske Konkurrancestyrelsen sak 2004-09-09 som trekker i samme retning.

¹²⁰ Se Treumer s. 126.

Etter min vurdering må det foretas en konkret vurdering av betydningen av de opplysninger som er gitt i slikt tilleggsmateriale. Dersom det er utelatt materiale som er egnet til å gi rådgiveren eller nærstående et konkurransefortrinn, så bør dette tillegges avgjørende betydning.

5.3.7 Oppdragsgivers innflytelse

I den konkrete vurderingen er det videre av betydning hvorvidt oppdragsgiver bearbeider materiale som stammer fra rådgiver eller ikke. Hvis materiale ikke bearbeides vil den endelige spesifiseringen være identisk med det materiale som rådgiver presenterer for oppdragsgiver. Når oppdragsgiver på denne måten ikke tar selvstendige beslutninger med hensyn til den endelige utformingen og ikke gjør tilpasninger til eget behov er sannsynligheten for konkurransevridding større. Rådgiveren vil da ha avgjørende innflytelse på utformingen av spesifikasjonene og vil ha all kunnskap om grunnlaget for deres innhold.¹²¹ Dette vil styrke rådgiverens eller nærståendes mulighet til å utforme det beste tilbudet.

Et eksempel på at oppdragsgivers innflytelse ble tillagt vekt er klagenemnda sak 2003/74, ILJE AS mot Vestby kommune. Oppdragsgiver hadde invitert til konkurranse med forhandlinger for utarbeidelse av forprosjekt for oppføring av Vestby sykehjem. En leverandør hadde i forkant av konkurransen utarbeidet et skisseprosjekt som forprosjektet. Klagenemnda la vekt på at prosjektet skulle legges til grunn for videre bearbeidelse av oppdragsgiver. Det var oppdragsgiver som utarbeidet spesifikasjonene og konkurransegrunnlaget. Leverandøren var derfor ikke inhabil.

Dette var også tilfellet i det danske klagenævnet sak 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mot Vestsjællands Amt, gjennomgått under kapittel 5.3.3, 5.3.5 og 5.3.6 hvor det heller ikke forelå inhabilitet. Klagenævnet la vekt på at oppdragsgiver hadde

¹²¹ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 637.

bearbeidet materialet fra rådgiveren slik at dette ikke lenger var identisk med det materialet rådgiveren hadde levert til oppdragsgiveren.

Et moment i denne sammenheng er hvorvidt utformingen skjer i samarbeid mellom leverandøren og oppdragsgiver, eller ikke. Hvor de samarbeider, er det større fare for at rådgiver får innflytelse på konkurransen, enn hvor oppdragsgiver selvstendig utformer spesifikasjonene. Dette var tilfellet i det danske klagenævnet sak 8. januar 1997, Det danske handelskammer mot Røgshospitalet, gjennomgått under kapittel 5.3.5 hvor nævnet kom frem til at kravet til likebehandling ikke var brutt. Klagenævnet begrunnet avgjørelsen blant annet med at spesifikasjonene ikke ble utformet i et samarbeid mellom leverandøren og oppdragsgiver. Leverandørens innflytelse var derfor begrenset.

5.3.8 Spesifikasjonene er naturlige ut fra oppdragsgivers behov

Et moment som fremheves i juridisk litteratur, som taler for konkurransevidning av betydning, er at spesifikasjonene er utformet på en måte som ikke fullt ut gjenspeiler oppdragsgivers behov.¹²² Dette kan være tilfellet når for eksempel spesifikasjonene ikke svarer til det oppdragsgiver erfaringsmessig krever. Begrunnelsen er at det i slike tilfeller er sannsynlig at rådgiveren har tilpasset virksomheten til egen virksomhet og ikke til oppdragsgiverens behov. Hadde oppdragsgiver selv definert sine behov i spesifikasjonene ville disse gitt uttrykk for det riktige behovet.

5.3.9 Rådgiver har fått tidsmessig forsprang når tilbudet skal utarbeides

Et moment er hvorvidt rådgiveren får stort tidsmessig forsprang ved utarbeidelsen av sitt tilbud i forhold til andre potensielle leverandører. Fra anskaffelsen kunngjøres til innleveringsfrist av tilbudene kan det være knapt med tid. Leverandørene er derfor ofte presset på tid. I en anbudsprosess kan tidsfaktoren være viktig for hvordan anbudet utformes. Når en rådgiver har deltatt i planleggingen av anskaffelsen og derigjennom har

¹²² Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 639.

fått inngående kjennskap til hvilke detaljer som vil være vesentlige i forbindelse med utformingen av tilbudet, vil rådgiveren kunne få et konkurransefortrinn ved at de får lengre tid på å forberede og utforme et gjennomarbeidet tilbud.¹²³ Bakgrunnen er at kravet til likebehandling jfr. loven § 5 og forskriften § 3-1, forutsetter at alle potensielle leverandører skal ha de samme frister og det samme materialet til samme tid.

Dette var tilfellet i det danske klagenævnet sak 13. januar 2004, Phil & Søn AS mot Hadsund kommune, gjennomgått under kapittel 5.3.5. Klagenævnet kom frem til at de valgte leverandører gjennom kjennskap til utviklingsrapporten, hadde gitt dem lengre tid enn andre leverandører til å sette seg inn i spesifikasjonene og utarbeide et gjennomarbeidet tilbud. Særlig tatt i betraktning at det var en kort frist for å inngi tilbud på et svært omfattende og komplisert prosjekt og at det var en rekke uklarheter i spesifikasjonene. Dette fortrinnet var et brudd på kravet til likebehandling. Saken viser at tidsmomentet får større betydning jo mer komplisert og detaljert konkurransegrunnlaget er.

Også i det danske klagenævnet for udbud sak 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers tegnestue mot Vestsjællands Amt, nevnt i kapittel 5.3.3, 5.3.5, 5.3.6, 5.3.7, hvor rådgivningen ikke var et brudd på regelverket, ble det lagt vekt på om rådgiveren tidsmessig hadde en fordel. Klagenævnet kom frem til at rådgiverens begrensede oppgaver før konkurransen ikke ville gi rådgiveren et *nevneverdig* forsprang i forbindelse med utarbeidelse av forslag til bygninger og ombygging av sykehuset, i forhold til andre leverandører. Avgjørelsen viser at en viss forskjellsbehandling aksepteres så lenge det ikke foreligger konkurransevridning av betydning.¹²⁴

¹²³ Se Veilederen til reglene om offentlige anskaffelser (2007) punkt 5.4.1 og 5.4.3.

¹²⁴ Se også det danske klagenævnet sak 8. januar 1997, Det danske Handelskammer mot Rogshospitalet, som trekker i samme retning.

5.3.10 Oppdragsgiver kunne ha tilegnet seg rådene fra andre enn rådgiveren

Det er videre av betydning om oppdragsgiveren kunne ha tilegnet seg rådene fra andre enn rådgiveren. Hvis rådgiverens bistand og kompetanse er oppdragsgivers eneste mulighet for å oppnå den aktuelle kunnskapen, fordi det kun er rådgiveren som har den nødvendige ekspertise om det som skal anskaffes, skal det trolig mer til for at konkurranse utelukkes. I en slik situasjon vil henvendelsen til rådgiveren være forretningsmessig begrunnet.¹²⁵ For eksempel i spesialiserte markeder, som særlig avansert teknologi, kan det tenkes at det bare er de personene som har utarbeidet den etterspurte ytelse, som kan bistå oppdragsgiver i spesifiseringen av ytelsen.

Videre kan det foreksempel tenkes at det kun er tidligere eller nåværende leverandører som har kunnskap om den ytelsen som skal anskaffes. Dette var tilfellet i det danske klagenævnet i sak 17. mars 1998, Konkurrencestyrelsen mot Tårnby kommune, hvor klagenævnet kom frem til at direktivet ikke var overtrådt. Selv om oppdragsgiver hadde rådført seg og innhentet materiale av betydning for spesifiseringen av ytelsen fra en av leverandørene, hadde leverandøren ikke en slik innflytelse på grunnlaget for konkurransen at dette ga han et konkurransefortrinn på bekostning av andre leverandører. Konkurransen gjaldt rennovasjon og avfallshåndtering i Tårnby kommune. Klagenævnet uttaler at rådgiverens kontakt med leverandøren ikke hadde annen hensikt enn å skaffe alle nødvendige faktiske opplysninger om den nåværende renovasjonsordningen og at den videre kontakten mellom rådgiverne og leverandøren kun var for å kontrollere at opplysningene var korrekte og korrekt forstått. Oppdragsgiver ønsket at spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget skulle beskrives ut fra den eksisterende renovasjonsordningen, og ingen andre enn den aktuelle leverandøren hadde de nødvendige opplysningene. Leverandøren hadde stått for renovasjonsarbeidet siden 1947. Videre legger klagenævnet vekt på det ikke var grunnlag for å anta at rådgiveren hadde mottatt andre opplysninger enn det som hadde betydning for spesifiseringen av ytelsen. Leverandøren kunne derfor delta i

¹²⁵ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 640.

konkurransen om oppdraget. Klagenævnet uttaler at det ville være i strid med likebehandlingskravet om oppdragsgiver ikke hadde tatt leverandørens tilbud i betraktning.

Saken viser at oppdragsgiver må kunne søke råd av nåværende leverandør når dette er nødvendig for å kunne spesifisere den ytelsen som skal ut på anbud. Det har imidlertid betydning hvor inngående kjennskap leverandøren får til anskaffelsen ut over den kunnskapen han selv sitter inne med. Det samme vil gjelde der leverandøren er den som har utviklet produktet og er den eneste som har den nødvendige kunnskap.

5.3.11 Oppsummering

Praksis viser at resultatet av den konkrete helhetsvurderingen vil avhenge av samspillet mellom flere av de momentene som er gjennomgått ovenfor. Et av momentene står sjeldent alene. Hvor mye som skal til i det konkrete tilfellet, vil avhenge av rådgiverens rolle, oppgaver og omfanget av rådgiverens bistand.

Den praksisen som er gjennomgått ovenfor viser at dersom rådgiveren gjennom sitt arbeid *direkte* kan påvirke konkurranseforholdet mellom leverandørene, ville dette normalt innebære konkurransefortrinn til fordel for rådgiveren eller nærstående. Dette gjelder særlig når rådgiveren selv eller i samarbeid med oppdragsgiver, utarbeider spesifikasjonene som direkte går inn i konkurransegrunnlaget. Det skal da lite til for at bestemmelsen i forskriften § 3-8 eller kravet til likebehandling i loven § 5 er overtrådt. Det samme gjelder hvor rådgivningen er av et slikt omfang og art at dette vil gi rådgiveren inngående kjennskap til oppdragsgivers ønsker og behov, og disse kunnskapene ikke inngår i konkurransegrunnlaget. Jo mer komplisert og detaljert en anskaffelse er, jo mer forsterkes rådgiverens eventuelle fordeler. Et unntak i denne sammenheng er de tilfellene hvor rådgiveren er den eneste som sitter inne med den nødvendige kunnskapen. Det skal da mer til før konkurransen begrenses.

Når rådgiveren har mer *indirekte* befattning med anskaffelsesprosessen blir løsningen en annen. Når oppdragsgiver for eksempel bearbeider utredninger, forprosjekter og lignende

materiale fra rådgiveren, skal det mer til for at det foreligger konkurransevridning av betydning. Det samme gjelder der rådgiverens bidrag bare har vært av foreløpig eller forberedende karakter. I disse tilfellene foreligger det normalt ikke muligheter til å påvirkning konkurranseforholdet mellom leverandørene, til egen eller nærståendes fordel.

Dette innebærer at rådgiveren for eksempel kan utarbeide behovsvurderinger og rapporter som ligger til grunn for gjennomførelsen av bestemte innkjøp. Det er imidlertid en forutsetning at rådgiverens vurderinger ikke er av en slik karakter at de utgjør anskaffelsen spesifikasjoner. Det er videre en forutsetning at materiale fra rådgiveren stilles til disposisjon i den grad det har betydning for utformingen av tilbud. Rådgiveren eller nærstående kan da opptre som leverandør i den etterfølgende konkurransen. Slik ivaretas kravet til likebehandling og konkurranse samtidig som oppdragsgiver kan benytte seg av markedets kompetanse.

5.4 Bevisbyrden

Når det oppstår spørsmål om rådgiverens habilitet, blir det et videre spørsmål om hvem som har bevisbyrden. Spørsmålet er om det er oppdragsgiver, rådgiveren eller nærstående leverandører, som må bevise at tross rådgiverrollen foreligger det ingen konkurransevridning av betydning, slik at leverandøren ikke er utelukket fra konkurransen.

Utgangspunktet er at det er oppdragsgiver som skal sikre at de grunnleggende kravene som stilles til anskaffelsesprosessen blir fulgt, jfr. loven § 5 – ”Oppdragsgiver skal sikre..” og forskriften § 3-8 – ”Oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd..”. Dette innebærer at det er oppdragsgiver som må sannsynliggjøre at rådgiverens rolle og resultatet av bistanden ikke har gitt rådgiveren et konkurransefortrinn på bekostning av de øvrige leverandører, slik at det blir en konkurransevridning av betydning.¹²⁶ Det vil si at dersom det blir tvil om rådgiveren har fått et konkurransefortrinn av betydning og oppdragsgiver ikke klarer å

¹²⁶ Som også i det danske klagenævnet for udbud sak 23. august 1995 B4 ApA mot Holdbæk kommune og sak 13. januar 2004, Phil og Søn AS mot Hadsund kommune.

sannsynliggjøre at så ikke er tilfelle, så må oppdragsgiver avvise leverandøren. Det samme må gjelde om det er annen leverandør som hevder at en rådgiver er inhabil som leverandør.

Det kreves også at oppdragsgiver gir rådgiver mulighet til å føre bevis som kan sannsynliggjør at det ikke foreligger en konkurransevridding av betydning, slik at det blir mulig å opptre som leverandør.¹²⁷

¹²⁷ Som i forente saker C-21/03 og C-34/03, Fabricom, avsnitt 36.

6 Hvilke tiltak kan iverksettes for å unngå inhabilitet for rådgiveren?

Som nevnt under kapittel 5.4 påhviler det oppdragsgiver å sørge for at det ikke oppstår en situasjon som vil føre til avvisning av aktuelle leverandører.¹²⁸ Det samme følger av kravet til likebehandling jfr. loven § 5 og forskriften § 3-1. Oppdragsgiver må derfor iverksette tiltak for å forebygge og avhjelpe rådgiverinhabilitet.

Det kan spørres om hvor omfattende oppdragsgivers aktivitetsplikt er.

Det følger av klagenemndas praksis at oppdragsgiver innenfor rimelighetens grenser må iverksetter tiltak slik at leverandørene stiller mest mulig likt i konkurransen. I sak 2005/296, Kåre Hagen byggelederfirma AS mot Oppegård kommune, uttaler klagenemnda at: *”Kravene til konkurranse og likebehandling tilsier at oppdragsgiver innen rimelig grenser forsøker å utligne de fortrinnene en enkelt leverandør kan ha, slik at også vedkommende kan delta i konkurransen”*. I klagenemnda sak 2007/77, VHF Communication AS mot Justis- og politidepartementet, uttaler klagenemnda at: *”Lov om offentlige anskaffelser § 5 (1), jfr. forskriften § 3-1 (2), innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å likebehandle alle leverandører gjennom hele anskaffelsesprosessen. Kravet til likebehandling medfører at oppdragsgiver har en aktivitetsplikt til å utjevne eventuelle fordeler en leverandør måtte ha, slik at alle leverandører stiller på mest mulig lik linje i konkurransen... ”*¹²⁹

¹²⁸ Se Graver (2005) s.476.

¹²⁹ Se også klagenemnda sak 2004/46, Making Waves AS mot Stiftelsen Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker, og klagenemnda sak 2004/215, Bedriftspartner AS med samarbeidspartnere mot Innovasjon Norge Finnmark, hvor det samme legges til grunn.

Hvor omfattende tiltak som må iverksettes, må bero på en konkret helhetsvurdering. Det avgjørende må være å hindre at rådgiveren og nærstående får et konkurransefortrinn som fører til konkurransevridning av betydning, jfr. kapittel 5.3.

I det følgende vil jeg gjøre rede for noen av de tiltakene som kan være aktuelle.

Det følger av kravet til god anbudsskikk, forutberegnelighet og gjennomsiktighet at oppdragsgiver bør gjøre aktørene oppmerksom på habilitetsproblematikken. Rådgiveren bør informeres om at rådgivningsoppdraget kan føre til avvisning som leverandør, og de øvrige mulige leverandører bør informeres om rådgiverens oppdrag. Det vil skape gjennomsiktighet og gi tillit til at leverandørene behandles likt. Og når rådgiverne er oppmerksom på problematikken kan rådgiveren holde seg unna aktiviteter som vil kunne favorisere leverandøren.

Den enkleste løsningen vil være å velge en rådgiver som ikke er aktuell som leverandør.¹³⁰ Dette er også som nevnt en av grunnene til at forskriften § 3-8 direkte gjelder bruk av rådgivere. Hensynene bak bestemmelsen tilsier at oppdragsgiveren bør velge uavhengige rådgivere hvor dette finnes.¹³¹

Det kan imidlertid være uklart om en rådgiver planlegger å opptre som leverandør eller ikke, når rådgiveren velges. En løsning vil kunne være å inngå avtale med rådgivere hvor rådgiveren forplikter seg til å ikke delta i den etterfølgende konkurransen og at dette er et vilkår for å inngå rådgiveravtalen. Med en slik avtale vil oppdragsgiveren kunne unngå inhabilitetsproblemet.

På den annen side vil dette kunne føre til at rådgiveren ikke vil tilby sine rådgivningstjenester fordi det vil være mer økonomisk attraktivt å konkurrere om kontrakten. Det offentlige risikerer å ikke få den hjelpen de trenger. En mulig løsning kan

¹³⁰ Se Priess (2002) s. 166.

¹³¹ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 630-631.

være at rådgiveren får en kompensasjon for å være utelukket som leverandør.¹³² En må imidlertid vurdere om den aktuelle rådgiver har en slik virksomhet at det kan reises spørsmål om avtale om ikke å opptre som leverandør, vil stride mot kravet til likebehandling.

Når rådgiverens eller nærstående konkurransefortrinn ligger i tilgang til informasjon, kan oppdragsgiver ta initiativ til å videreformidle all informasjon om anskaffelsen til alle potensielle leverandører. Det følger også av kravet til likebehandling, reell konkurranse, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet at oppdragsgiver gjennom utarbeidelse av konkurransegrunnlaget og tilretteleggelse av anskaffelsesprosessen sørger for at alle potensielle leverandører konkurrerer på grunnlag av den samme informasjonen om kontrakten. Hvilken informasjon som skal videreformidles, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.¹³³

Hvor rådgiveren bistår med forberedende arbeid bør også dette gjøres til del av konkurransegrunnlaget, jfr. kapittel 5.3.2 og 5.3.6.

Et eksempel i denne sammenheng er klagenemnda sak 2005/296, Kåre Hagen Byggelederfirma AS mot Oppegård kommune, nevnt under kapittel 5.3.5 og forran. Klagenemnda kom frem til at leverandørene ikke konkurrerte på like vilkår og at kravet til likebehandling derfor var brutt. Klagenemnda la særlig vekt på at konkurransegrunnlaget kunne ha inneholdt mer informasjon slik at rådgiveren og de andre tilbyderne hadde konkurrert på like vilkår. Siden oppdragsgiver ikke hadde igangsatt tiltak for å utligne rådgiverens fortrinn, hadde oppdragsgiver brutt kravet til likebehandling jfr. loven § 5.

På den annen side kan det hende at informasjonen om oppdragsgivers ønsker og behov, ikke lar seg videreformidlet til andre potensielle leverandører. Når rådgiveren i lengre perioder arbeider med et prosjekt vil en del informasjon utveksles muntlig, som vil gi

¹³² Se Treumer (2000) s. 136.

¹³³ Se Graver (2005) s. 476.

kunnskaper som andre leverandører ikke har og som kan være av betydning for utforming av tilbud. Videre kan dette gjelde kunnskaper basert på tidligere erfaringer rådgiveren har med oppdragsgiver. Slike erfaringer lar seg ikke alltid bringes videre. Det er også en fare for at viktig informasjon utelates bevist eller ubevisst fra de skriftlige rapporter jfr. kapittel 5.3.6. Dette viser hvor viktig det er å dokumentere prosessen skriftlig og sørge for at all nødvendig informasjon for å utforme et konkurransedyktig tilbud kommer til samtlige leverandørers kunnskap.

Det samme gjelder når oppdragsgiver fører en uformell dialog med en leverandør før det besluttes at leveringen må ut på anbud. Det er da særlig fare for at leverandøren oppnår kunnskaper som ikke videreformidles til andre leverandører. Dette var muligens tilfellet i det danske klagenevnet sak 8. januar 1997, Det Danske Handelskammeret mot Rigshospitalet, nevnt under kapittel 5.3.5. Leverandøren og oppdragsgiver hadde vært i kontakt i over et halvt år og anskaffelsen resulterte i at kun den rådgivende leverandøren innga et tilbud. Dette kan muligens indikere at leverandøren hadde mer kunnskap enn de andre leverandørene og hadde hatt mulighet til å påvirke utformingen av spesifikasjonene til egen fordel. Selv om nævnet ikke fant det bevist at konkurransegrunnlaget hadde vært så detaljert og omfangsrikt at andre leverandører ikke hadde mulighet til å inngi et konkurransedyktig tilbud i tide, tyder antallet inngitt tilbud på det motsatte.¹³⁴

I slike tilfeller er det i alle fall grunn til å pålegge oppdragsgiveren å igangsette ekstra tiltak for å sikre likebehandling av de aktuelle leverandørene. Oppdragsgiver bør for det første stanses eventuelle drøftelser når det er klart at anskaffelsen må ut på anbud. Når drøftelsene først har funnet sted vil en mulig løsning for å unngå forskjellsbehandling for det andre kunne være å involvere en uavhengig rådgiver som ikke er potensiell leverandør, til å utforme anskaffelsens spesifikasjoner og til å evaluere tilbudene.¹³⁵ Dette ble det lagt vekt på i det danske klagenevnet sak 17. mars 1998, Konkurrencestyrelsen mot Tårnby

¹³⁴ Se Treumer s. 111-115.

¹³⁵ Se Treumer (2000) s. 131. Dette vil kunne være et tiltak som kan iverksettes også ellers hvor rådgiveren har deltatt i forberedende arbeider.

kommune, gjennomgått under kapittel 5.3.10, hvor klagenævnet kom frem til at direktivet ikke var overtrådt. Dialogen mellom oppdragsgiver og den nåværende leverandør skjedde gjennom en uavhengig rådgiver. Den uavhengige rådgiveren bisto i utformingen av spesifikasjonene, evalueringen av prekvalifikasjonen og evalueringen av tilbudene.

Et mulig tiltak for å unngå en potensiell konkurransevridding som tilgangen til informasjon vil kunne gi, kan videre være å invitere til et informasjonsmøte for alle potensielle leverandører etter at anskaffelsesprosessen er i gang. Et møte hvor deltagerne får anledning til å stille spørsmål vil gi alle leverandørene og ikke bare rådgiveren mulighet til å gjøre seg grundig kjent med oppdragsgiverens behov og ønsker når det gjelder den konkrete anskaffelsen.¹³⁶ I klagenemnda sak 2004/ 215, Bedriftskompetanse AS med samarbeidspartnere mot Innovasjon Norge Finnmark, legger klagenemnda til grunn at eventuell fordel leverandøren hadde hatt ved tidligere arbeid med prosjektet kunne utjevnes ved å gi samtlige leverandører muligheten til å stille spørsmål til konkurransegrunnlaget.

Et annet mulig tiltak for å unngå kunnskapsfortrinn, vil være å skille mellom de personene som bistår det offentlige og de som utformer tilbudet for den aktuelle leverandøren.¹³⁷

Det danske Klagenævnet for udbud¹³⁸ har imidlertid lagt til grunn at rådgivende leverandør ikke kan unngå likebehandlingsproblematikken ved å utelukke de medarbeiderne som har vært involvert i rådgivningen fra å delta i utformingen av tilbudet i den etterfølgende anskaffelsesprosessen. Inhabilitet vil ramme hele rådgiverens virksomhet, selv om enkelte medarbeidere kan skilles ut som inhabile.¹³⁹ Dette har gode grunner for seg. Det vil være nødvendig for en effektiv håndhevelse av grensene for rådgivernes deltagelse i

¹³⁶ Se Treumer (2000) s. 126.

¹³⁷ Se Priess (2002) s. 167.

¹³⁸ Se det danske klagenævnet for udbud sak 1. juli 1998 Arkitektfirmaet C.F. Møllers tegnestue mot Vestsjælland Amt.

¹³⁹ Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 631.

konkurransen. Dette vil trolig også være påkrevd etter kravet til likebehandling fordi det som skaper interessekonflikten er virksomhetens interesse i å få tildelt kontrakten.

Den kunnskapen virksomheten oppnår som følge av medarbeiderens rådgivning i den konkrete anskaffelsen, fjernes ikke ved å ta bort de medarbeiderne som er inhabile.¹⁴⁰ Det kan videre være vanskelig å etablere sikre informasjonssperre og personalmessige skiller.

Et siste viktig tiltak for å avhjelpe en skjev konkurranse, er å gi aktørene tilstrekkelig med tid. Dette gjør seg særlig gjeldene når anskaffelsen er komplisert og konkurransegrunnlaget er omfattende og detaljer jfr. kapittel 5.3.9. Ved å gi andre potensielle leverandører tilstrekkelig med tid til å sette seg inn i konkurransegrunnlaget og til å utforme et tilbud, vil dette kunne kompensere for rådgiverens eventuelle forsprang. Fristen må være såpass romslig, slik at det finner sted en reell konkurranse.

Hvorvidt leverandørene hadde tilstrekkelig med tid, var tema i klagenemnda sak 2007/77, VHF Communication AS mot Justis- og politidepartementet, nevnt ovenfor. Saken gjaldt inngåelse av en rammeavtale om levering av radioterminaler og tilhørende utstyr, verktøy og tjenester til bruk i først byggetrinn av det norske nødnettet. Klagenemnda kom frem til at oppdragsgiver hadde brutt kravet til likebehandling ved at en fordel den valgte leverandør hadde, ikke ble søkt utjevnet. Den valgte leverandøren hadde særlige kunnskaper om det nettet radioterminalene skulle benyttes i, da de var leverandør av nettet. Som leverandør av nettet hadde leverandøren inngående kjennskap til en vesentlig forutsetning for anskaffelsen av radioterminalene. Oppdragsgiver skulle utjevnet denne fordelten ved å sette en lengre tilbudsfrist enn man ellers ville ha gjort slik at de andre leverandørene fikk mulighet til å oppveie den valgte leverandørens fordel. Klagenemnda kom frem til at fristen i den konkrete saken var for kort ved en slik komplisert anskaffelse. Oppdragsgiver hadde derfor brutt kravet til likebehandling jfr. § 5.¹⁴¹ Saken viser at et

¹⁴⁰ For nærmere gjennomgang se Treumer (2000) s. 106.

¹⁴¹ Se også klagenemnda sak 2004/215, Bedriftspartner med samarbeidspartnere mot Innovasjon Norge Finnmark, hvor det uttales at eventuell fordel kunne utjevnes ved å gi samtlige leverandører tilstrekkelig tid

eventuelt kunnskapsfortrinn kan oppveies ved at fristen utvides. Hvor lang frist som bør settes vil bero på en konkret vurdering av hvor komplisert anskaffelsen er og hvor stort leverandørens fortrinn er.

Avslutningsvis kan det nevnes at når det foreligger en situasjon som tilsier at oppdragsgiver må avvise en rådgiver eller nærstående som leverandør, kan dette neppe avhjelpes ved å utlyse en ny konkurranse for at rådgiveren eller den nærstående skal kunne delta som leverandør.¹⁴²

til å utarbeide sitt tilbud. Og sak 2005/241, Ingeniørfirmaet Gjersvik mot Flesland Eiendom AS, hvor det legges vekt på at eventuell fordel var avhjulpet ved at de andre leverandørene var gitt god tid ved utarbeidelsen av tilbudet.

¹⁴² Se Dragsten og Lindalen (2005) s. 642-643.

7 Kilderegister

7.1 Juridisk litteratur.

Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser - kommentarutgave*. 2. utg. Oslo, Kommuneforlaget AS, 2004.

Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement*. 2nd ed. London, Sweet & Maxwell, 2005

Dragsten, Marianne *Håndbok i offentlige anskaffelser*. 1. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2006.

Dragsten, Marianne og Esther Lindalen *Offentlige anskaffelser – kommentarutgave*. 1. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2005.

EØS-rett. Sejersted, Fredrik mfl. 2. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Fabricius, Jesper og Offersen, Rene *EU's udbudsregler i praksis*. 2 utg. København, Thomson, 2006.

Gjønnnes, Arnhild Dordi *Regelsamling for offentlige anskaffelser*. 2. utg. Oslo, Fagbokforlaget, 2007.

Hørlyck, Erik *Tilbudsloven*. 2. utg. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.

Nielsen, Ruth *Udbud af offentlige kontrakter*. 3. utg. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

Simonsen, Lasse *Prekontraktuell ansvar*. Oslo, Universitetsforlaget AS, 1997.

Treumer, Steen *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*. 1. utg. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

7.2 Juridiske artikler.

Graver, Hans Petter *Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser*. Tidsskrift for Forretningsjus. 2005 nr. 04 s. 461 flg.

Priess, Hans-Joachim *Distortions of competition in tender proceedings: How to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants*. Public Procurement Law Review. 2002, 3, s. 153 flg.

Treumer, Steen *Technical dialogue prior to submission of tenderers and principle of equal treatment of tenderers*. Public Procurement Law Review. 1999, 3, 147 flg.

7.3 Forarbeider

NOU 1997: 21.

Ot.prp. nr. 79 (1991-1992).

Ot.prp. nr. 71 (1997-1998).

Ot.prp. nr. 3 (2000-2001).

Inst.O. nr. 27 (1998-1999).

Besl.O. nr. 35 (1998-1999).

7.4 Offentlige dokumenter

Fornyings- og administrasjonsdepartementet. *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Oslo 4.6.2007.

FFI RAPPORT. Warberg, Erik Normann. *Industriens rolle som både leverandør og rådgiver – muligheter og begrensinger*. 2006.

Rapport fra Granskningsutvalget for IKT-kontrakter i Forsvaret oppnevnt av Kongen i statsråd 6. januar 2006. Avgitt 16. juni 2006.

7.5 Avgjørelser

7.5.1 Høyesterett

Rt. 2001 s. 1811 Finnanger I.

7.5.2 EF-domstolen

De forente saker C-21/03 og C-34/03 Fabricom.

C-378/00 Adolf Truly.

C-14/83 von Colson.

T-40/01.

7.5.3 Dansk Høyesterett

31. mars 2005 sak 428/2002 European Metro Group.

7.5.4 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

2007/77 VHF Communication AS mot Justis- og politidepartementet.

2007/40 Kreativt Næringscenter mot Rogaland fylkeskommune.

2006/121 Hartmann Arkitekter mot Ål kommune.

2005/296 Kåre Hagen Byggelederfirma AS mot Oppegård kommune.

2005/241 Ingeniørfirmaet Gjersvik mot Flesland Eiendom AS.

2004/215 Bedriftspartner AS med samarbeidspartnere mot Innovasjon Norge Finnmark.

2004/46 Making Waves AS mot Stiftelsen Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker.

2003/86 Media Farm AS mot Jernbaneverket Norsk Jernbanemuseum.

2003/74 ILJE AS mot Vestby kommune.

2003/36 Låsservice Midt-Norge AS mot Sør-Trøndelag fylkeskommune.

7.5.5 Det danske klagenævnet for udbud

13. januar 2004 Phil & Søn AS mot Hadsund kommune.

30. juni 2003 Skanska mot Løgstør kommune.

17. mars 1998 Konkurrencestyrelsen mot Tårnby kommune.

1. juli 1998 Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mot Vestsjællands Amt.

8. januar 1997 Det Danske Handelskammeret mot Rigshospitalet.

13. juni 1996 Foreningen av Rådgivende ingeniører mot Roskilde kommune.

7. juli 1995 Valle Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S mot Københavns kommune.

23. august 1995 B4 ApS mot Holbæk kommune.

7.5.6 Den danske konkurrencestyrelsen

2004-09-09