

UiO : **Det juridiske fakultet**

Ansvaret for en rettferdig konkurranse

Om oppdragsgivers plikt til å utjevne konkurransefordeler oppstått ved samarbeid med leverandør før konkurranse

Kandidatnummer: 561

Leveringsfrist: 25. mai 2020

Antall ord: 17 985



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Hva menes med samarbeid med leverandør før konkurranse?	2
1.3	Rettslig innfallsvinkel og rettskildebildet	3
1.4	Fremstillingen videre	5
2	REGLENE OM KONKURRANSEFORDELER OG UTJEVNINGSTILTAK.....	6
2.1	Innledning	6
2.2	Grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper	6
2.3	Reglens formål og underliggende hensyn	9
2.4	Virkeområde	11
3	URIMELIGE KONKURRANSEFORDELER.....	14
3.1	Innledning	14
3.2	Hva er en konkurransefordel?	14
3.3	Når foreligger det en urimelig konkurransefordel?.....	15
3.3.1	Allment om vurderingstemaet og urimelighetsterskelen.....	15
3.3.2	Konkurransefordeler oppstått ved deltakelse i planleggingen av anskaffelsen	18
3.3.3	Konkurransefordeler som følge av tidligere eller eksisterende leverandørforhold	27
3.4	Innvirkningskravet	33
3.5	Vurdering	36
4	UTJEVNINGSPLIKTEN.....	39
4.1	Innledning	39
4.2	Hva er innholdet av utjevningsplikten?	39
4.2.1	Allment om utjevningsplikten innhold	39
4.2.2	Plikten til å utjevne konkurransefordeler oppstått ved deltakelse i planleggingen av anskaffelsen.....	41
4.2.3	Plikten til å utjevne konkurransefordeler som følge av tidligere eller eksisterende leverandørforhold.....	42
4.3	Vurdering	48
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	50
	KILDELISTE	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne oppgaven handler om *oppdragsgivers plikt til å utjevne konkurransefordeler oppstått ved samarbeid med leverandør før konkurranse* ved offentlige anskaffelser.

Temaets stadige aktualitet røpes av avisoverskrifter og nyhetsinnslag. Et velkjent eksempel er anskaffelsen av radioterminaler mv. til nødnettet, nødetatens kommunikasjonssystem.¹ I to omganger ble det konstatert brudd på likebehandlingsprinsippet ettersom et forutgående samarbeid med oppdragsgiver hadde gitt valgte leverandør en konkurransefordel vis-à-vis konkurrentene.² Fra nyere tid kan det vises til anskaffelsen av prosjekteringstjenester tilknyttet regjeringskvartalet.³ Konkurransefordeler oppstått ved forutgående samarbeid var også her blant grunnene for at fem av de syv teamene som ble invitert til å delta i konkurransen anklaget oppdragsgiver for å ha brutt anskaffelsesregelverket.⁴

Plikten til å utjevne konkurransefordeler oppstått ved samarbeid med leverandør før konkurranse følger av to rettsgrunnlag, som begge står sentrale i denne oppgaven: forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (*anskaffelsesforskriften*) § 12-2 og *likebehandlingsprinsippet*.⁵

Både den skjønsmessige utformingen av anskaffelsesforskriften § 12-2 og mangelen på avklarende rettspraksis medfører usikkerhet om viktige aspekter av bestemmelsens innhold. Enda mer uklar er rettstilstanden når utjevningsforpliktelsene forankres direkte i likebehandlingsprinsippet. Eksempler på interessante, men uavklarte spørsmål er hvor langt oppdragsgiver plikter å løsrive seg fra eksisterende leverandørs innlåsningseffekter ved ny konkurranse. Et annet er om oppdragsgiver er forpliktet til å avverge konkurransefordeler og innlåsningseffekter før de oppstår ved å stille andre krav til ytelsen i konkurransegrunnlaget. Uklarheter i adgangen til samarbeid før konkurranse kan ikke bare virke hemmende for samarbeidet, men også for den forestående anskaffelseskonkurransen. Følgelig kan uklarhetene motvirke anskaffelsesreglens mål om et indre marked med fri bevegelighet og effektiv konkurranse, samt effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Opgaven søker i tilknytning til dette å avdekke hvilke rammer som gjelder for samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør før konkurranse etter anskaffelsesforskriften § 12-2 og

¹ Aftenposten (2015) og Teknisk Ukeblad (2007).

² TOSLO-2008-140177 og KOFA 2007/77.

³ Aftenposten (2019), E24 (2018) og NRK (2018).

⁴ KOFA 2018/158.

⁵ Dette gjelder for del III-anskaffelser i klassisk sektor, som denne oppgaven fokuserer på (punkt 1.3).

likebehandlingsprinsippet. Dette reiser to hovedspørsmål. Det ene er når utjevningsplikten utløses, og det andre hva utjevningsplikten innhold er. I forlengelsen av dette er det et håp og en ambisjon at oppgaven kan utgjøre et bidrag til klargjøring av reglens innhold, slik at uklarhet om adgangen til samarbeid før konkurranse reduseres og anskaffelsene kan bli enda bedre.

1.2 Hva menes med samarbeid med leverandør før konkurranse?

Oppgaven tar for seg konkurransefordeler oppstått ved *samarbeid med leverandør før konkurranse*. Følgelig blir det nødvendig å avklare hva som ligger i dette.

Anskaffelsesregelverket avslører at det særlig er to former for samarbeid som er aktuelt før konkurranse. For det første vil en anskaffelseskonkurranse – så fremt den ikke avlyses – resultere i at oppdragsgiver kontraherer med en leverandør. Dersom leverandøren deltar i oppdragsgivers fremtidige anskaffelseskonkurranser innebærer dette at det består eller har bestått et samarbeidsforhold mellom oppdragsgiveren og en av leverandørene. For det andre har lovgiver – for de mer omfattende anskaffelsene som følger anskaffelsesforskriften del III – dedikert et eget kapittel til dialog med markedet før konkurranse som et ledd i planleggingen av en kommende anskaffelse (kapittel 12). Begge de to formene for samarbeid – involvering i planleggingen av en anskaffelse og tidligere eller eksisterende leverandørforhold – står sentralt i denne oppgaven. Videre vil oppgaven vise at det går et skille mellom dem.

Samarbeid som innebærer at leverandøren har vært «*involvert i planleggingen av konkurransen*» reguleres ved del III-anskaffelser av anskaffelsesforskriften § 12-2, jf. første ledd andre punktum.⁶ Hovedformålet med involveringen er å tilrettelegge for mer treffsikre og konkurransestimulerende anskaffelser ved å dra nytte av markedets opparbeidede kunnskap og erfaring i prosjektets tidlige faser. Informasjonsbehovet kan være påtrengende ved omfattende og komplekse anskaffelser, f.eks. IT-anskaffelser og større utbyggingsprosjekter. I tillegg kan involveringen være et nyttig verktøy for å fremme innovasjon.⁷

Det kan sondres mellom involvering som består i (generell) markedsdialog og rådgivning.⁸ Med rådgivning siktes det til den formaliserte dialogen hvor oppdragsgiver engasjerer en

⁶ Utheving tillagt. I skandinavisk litteratur behandles denne formen for samarbeid enkelte steder under merkelappen «rådgiverinhabilitet». Dersom man velger å bruke inhabilitetsbegrepet bør det som Treumer (2000) s. 88–89 påpeker gjøres med en «vis omtanke» ettersom reguleringen av interessekonflikter etter forvaltningsrettslige inhabilitetsregler og likebehandlingsprinsippet ved «grundigere sammenligning avviger på fundamentale punkter».

⁷ Bakjord (2018) hevder på s. 23 midterste spalte endog at kontakt med leverandørmarkedet i planleggingsfasen er nødvendig for innovasjon.

⁸ Goller (2017) s. 55 og Fabricius (2017) s. 464 nevner slike sondringer.

markedsaktør – normalt mot vederlag – til et bestemt rådgivningsoppdrag tilknyttet en forestående anskaffelse. Markedsdialogen kjennetegnes av en mer uformell og kortvarig kontakt – normalt ikke vederlagsbetinget – mellom oppdragsgiver og en eller flere markedsaktører hvor det utveksles informasjon tilknyttet en forestående anskaffelse. Aktuelle plattformer for markedsdialog kan være åpne dialogmøter, innovasjonsworkshops, spørreundersøkelser, RFI-er (request for information), en-til-en møter eller at konkurransegrunnlaget sendes på «høring». Selv om skillet mellom markedsdialog og rådgivning er flytende vil oppgaven vise at det er anskaffelsesrettslig begrunnet å sondre mellom dem.

Den andre formen for samarbeid – *tidligere eller eksisterende leverandørforhold* – faller utenfor § 12-2 og reguleres direkte av likebehandlingsprinsippet, så fremt ikke arbeidet består i planlegging av en forestående anskaffelse. Et eksempel er når oppdragsgiver iverksetter en konkurranse om levering, drift og support av et IT-system og oppdragsgivers eksisterende leverandør av IT-systemet deltar i konkurransen.

Virkningene av at en urimelig konkurransefordel ikke kan utjevnes eller at utjevningsplikten forsømmes vil bl.a. kunne være avvisning, avlysning, midlertidig forføyning, erstatningsansvar og omgjøring eller tilsidesettelse av beslutning om utjevningstiltak. Dette faller utenfor oppgavens tema og vies følgelig ikke særskilt fokus.

Betegnelsen *før konkurranse* forstås som samarbeid før kunngjøring av konkurransen.⁹

1.3 Rettslig innfallsvinkel og rettskildebildet

I dette punktet gis det en oversikt over oppgavens sentrale rettskilder. Underveis vil det også redegjøres for enkelte rettslige veivalg.

Anskaffelsesretten står med et ben i norsk rett og et i EU/EØS-rett og kan – selv om det er betydelig overlapp – analyseres med utgangspunkt i begge ståstedene. I denne oppgaven søkes spørsmålene besvart ut fra norsk retts ståsted. Begrunnelsen for valget er for det første et ønske om aktualitet for leserne. En norskspråklig oppgave leses først og fremst av norske aktører, som er underlagt det norske regelverket. For det andre innebærer tilnærmingen at man får behandlet begge rettsfærene. Den EU/EØS-rettslige reguleringen er fundamental også fra et nasjonalt ståsted.

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og anskaffelsesforskriften blir sentrale rettskilder. Oppgaven fokuserer på anskaffelser i klassisk sektor over

⁹ Se nærmere i punkt 2.4 om reglenes virkeområde.

EØS-terskelverdiene, slik at det primært er reglene i anskaffelsesforskriftens del I og III som blir aktuelle, jf. § 5-1 første og tredje ledd. Det er som nevnt særlig ved de mer omfattende anskaffelsene at det blir aktuelt å involvere leverandører i planleggingen av anskaffelsen. Videre er begrensningen begrunnet i at det heller vil prioriteres dybdebehandling av reglene enn en mer overfladisk behandling av flere parallelle regelsett. Ettersom reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak¹⁰ er utslag av grunnleggende prinsipper vil imidlertid oppgaven ha betydelig relevans for alle offentlige anskaffelser omfattet av anskaffelsesregelverket.¹¹

EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1. Ettersom oppgaven fokuserer på anskaffelser over terskelverdi i klassisk sektor er det imidlertid først og fremst bestemmelsene i direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet) som blir av direkte interesse, jf. art. 1 nr. 1.¹² Direktivbestemmelsene – som er gjennomført i norsk rett ved anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften – kan ses som en operasjonalisering av grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsipper om fri bevegelse av varer og tjenester.

Det er særlig to avgjørelser av EU-domstolen som har interesse for oppgavens tema: forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* og T-345/03 *Evropaiki Dynamiki*. Avgjørelsene er dels kodifisert i anskaffelsesdirektivet og gir dels uttrykk for ulovfestede retningslinjer med relevans for gjeldende rett. EFTA-domstolen har så langt ikke behandlet saker det er grunn til å trekke frem i denne oppgaven.

Av nasjonale domstolsavgjørelser er det kun LB-2010-201985 *Norconsult* som er av nevneverdig interesse. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) aviser rådgivende uttalelser om det er begått brudd på anskaffelsesloven eller -forskriften.¹³ Det finnes et rikholdig kildemateriale av uttalelser relevant for denne oppgaven. Både underretts- og KOFA-praksis vil løpende benyttes som illustrasjonsmateriale, inspirasjonskilder og støtteargumentasjon.

Forarbeidene og Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser inneholder bemerkninger som angår oppgavens tema, men berører i mindre grad vans-

¹⁰ I oppgaven vil uttrykket «regler om konkurransefordeler og utjevningstiltak» benyttes som kortform for «reglene om oppdragsgivers plikt til å utjevne konkurransefordeler oppstått ved samarbeid med leverandør før konkurranse».

¹¹ I denne retning Arrowsmith (2014) s. 653–654. Se til illustrasjon KOFA 2018/138.

¹² Anskaffelsesdirektivet er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016.

¹³ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 andre ledd.

kelige tolknings spørsmål som reises i oppgaven.¹⁴ Det foreligger et mangfold av nasjonale og internasjonale litterære verk med innsiktsfulle bidrag til denne oppgaven. Det er ikke her grunn til å nevne noen fremfor andre.

1.4 Fremstillingen videre

Oppgavens hoveddel er inndelt i tre kapitler. Det første kapitlet (kapittel 2) omhandler grunnleggende spørsmål tilknyttet reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak. Denne delen legger grunnlaget for de to påfølgende kapitlene hvor det foretas dypdykk i sentrale sider av reglene. Det andre kapitlet (kapittel 3) omhandler konkurransefordeler. Her fokuseres det på hva en konkurransefordel er og hva som skal til for at konkurransefordeler anses urimelige. Dette er innsikt som i seg selv er verdifull for markedsaktører. I tillegg tjener innsikten som et underlag for det siste kapitlet (kapittel 4), som kan ses på som et påbygg til det foregående. Lupen rettes her mot utjevningsplikten innhold og hvordan denne kan overholdes. Oppgaven avrundes i kapittel 5.

¹⁴ NOU 2014: 4 og Prop. 51 L (2015–2016).

2 Reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak

2.1 Innledning

Reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak følger dels direkte av likebehandlingsprinsippet og dels av anskaffelsesforskriften § 12-2. Likebehandlingsprinsippet er knesatt i anskaffelsesloven § 4, som gjennomfører EU/EØS-rettslige krav til likebehandling. Anskaffelsesforskriften § 12-2 gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 41 og folkerettslige forpliktelser etter WTOs avtale om offentlige innkjøp (GPA) art. X nr. 5. Reglernes EØS-rettslige forankring innebærer at de går foran ved konflikt med annen norsk rett, jf. EØS-loven § 2. Videre innebærer de nevnte bestemmelsene i anskaffelsesforskriften og -direktivet en klargjøring og kodifisering av gjeldende rett etter det tidligere regelverket.¹⁵ Rettskilder tilknyttet de tidligere reglene er dermed fortsatt av interesse og vil løpende benyttes i oppgaven.

Videre i dette kapittelet skal det ses nærmere på grunnleggende spørsmål tilknyttet reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak. Ettersom reglene enten direkte eller indirekte bygger på grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper skal det først foretas en analyse av enkelte prinsipper (punkt 2.2). Dette gir foranledning til å drøfte hva som er reglernes formål og underliggende hensyn (punkt 2.3). I kapittelets siste punkt drøftes reglernes virkeområde (punkt 2.4).

2.2 Grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper

Anskaffelsesdirektivet art. 18 og anskaffelsesloven § 4 er bestemmelser om grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper. Det er i denne oppgaven særlig grunn til å trekke frem prinsippene om at økonomiske aktører skal behandles «equally» og at oppdragsgiver skal opptre «transparent» og «proportionate», jf. art. 18 nr. 1.¹⁶ Med dette er prinsippene om *likebehandling*, *gjennomsiktighet* og *proporsjonalitet* – som også har traktatsrettslige speilbilder – knesatt som grunnleggende i den anskaffelsesrettslige sfære.¹⁷ Spørsmålet videre er hvilken relevans prinsippene har for oppgavens tema.

¹⁵ Arrowsmith (2014) s. 653–654, Thue (2018) s. 556 og Nærings- og fiskeridepartementets veileder (2018) s. 118.

¹⁶ I anskaffelsesloven § 4 presenteres «konkurranse» som et grunnprinsipp, mens det direktivrettslig er selve formålet med direktivet og likebehandlingsprinsippet (se nedenfor). Da konkurranse som grunnleggende prinsipp får mindre betydning for oppgavens tema undersøkes det nærmere i punkt 2.3, og da som et grunnleggende hensyn/formål.

¹⁷ Se Hammersvik (2018) s. 613–622 om de traktatsrettslige speilbildene av prinsippene.

EU-domstolens øverste rettsinstans (heretter Domstolen) uttalte i C-243/89 *Storebælt* at «the principle of equal treatment [...] lies at the very heart of the directive».¹⁸ Særlig reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak står på likebehandlingsprinsippets skuldre. Dette gir foranledning til å gå noe grundigere inn på dette prinsippet enn de øvrige.

Likebehandlingsprinsippet er ikke et mål, men et middel til å oppnå direktivformålet om et indre marked med fri bevegelighet og effektiv konkurranse.¹⁹ Det materielle innholdet av prinsippet ble først utdypet i *Fabricom*-avgjørelsen hvor Domstolen uttrykket at «the principle of equal treatment requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified».²⁰ På bakgrunn av dette kan likebehandlingsprinsippet anses å ha tre bestanddeler: hvilke forhold er likeartede, hva er ulik behandling og når foreligger det en objektivt rettferdiggjørende begrunnelse?²¹

Den første bestanddelen – hvilke forhold som er likeartede – får et fastere innhold når man ser den i lys av prinsippets formål. Likebehandlingsprinsippet fordrer at leverandører som *konkurransemessig* befinner seg i en likeartet situasjon ikke forskjellsbehandles.²² Motsatt må ikke leverandører i konkurransemessig ulikeartede situasjoner behandles likt, slik at sjansenlikheten opprettholdes. Leverandørene skal ha «equality of opportunity when formulating their tenders».²³

Normalt byr det ikke på nevneverdige problemer å avgjøre hva som er ulik behandling. Når det gjelder prinsippets tredje bestanddel må det imidlertid antas at det generelt vil være vanskelig for oppdragsgiver og lykkes med rettferdiggjørende begrunnelser for brudd på likebehandlingsprinsippet. Dette skyldes at likebehandlingsprinsippet er forankret i direktivets formål om et indre marked med effektiv konkurranse. Formentlig er dette bakgrunnen for at EU-domstolen har lagt seg på en forholdsvis streng linje hva gjelder overholdelse av likebehandlingsprinsippet i den enkelte konkurranse.²⁴ Hvorvidt den strenge linjen kan opprettholdes fullt ut ved reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak vil denne oppgaven søke å

¹⁸ Avsnitt 33. Saken gjaldt direktiv 71/305/EEC, men utsagnet har grunnet forankringen i grunnprinsippet gyldighet for gjeldende rett.

¹⁹ C-336/12 *Manova* avsnitt 28.

²⁰ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 27. For en inngående analyse av avgjørelsen, se Bovis (2012) s. 383–389.

²¹ Arrowsmith (2014) s. 614–620.

²² Arrowsmith (2014) s. 615.

²³ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 29.

²⁴ Den strenge linjen påpekes av Steinicke (2008) s. 404.

klarlegge. Resten av oppgaven vil nemlig dypest sett kunne ses som en fordypning i likebehandlingsprinsippets bestanddeler innenfor oppgavens tema.

Hvilke situasjoner som er konkurransemessig likeartede omformuleres i relasjon til oppgavens tema til et spørsmål om noen har oppnådd urimelige konkurransefordeler. Dersom dette ikke er tilfellet befinner leverandørene seg i en konkurransemessig likeartet situasjon, og likebehandlingsprinsippet forbyr da forskjellsbehandling. Motsatt kan urimelige konkurransefordeler oppstå ved at en leverandør – foranlediget av et samarbeid med oppdragsgiver før konkurranse – kommer i en ulikeartet konkurransemessig situasjon enn konkurrentene. Likebehandlingsprinsippet fordrer da ulik behandling, slik at fordelene utjevnes. Unntaksvis kan oppdragsgiver gå fri fra (prima facie) brudd på likebehandlingsprinsippet, dersom bruddet kan rettfærdiggjøres, f.eks. fordi overholdelse kun er mulig ved uforholdsmessige oppofrelser av teknisk, økonomisk eller annen art.

Domstolen har fremholdt at likebehandlingsprinsippet impliserer en forpliktelse til *gjennomsiktighet*, som skal gjøre det mulig å kontrollere at likebehandlingsprinsippet etterleves.²⁵ På samme måte som likebehandlingsprinsippet er således gjennomsiktighetsprinsippet et middel for å fremme fri bevegelse og effektiv konkurranse.²⁶ Gjennomsiktighetsprinsippet er i anskaffelsesloven § 4 gjennomført ved prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet.²⁷ Et konkret utslag av etterprøvbarehetsprinsippet er anskaffelsesforskriften § 25-5 andre ledd bokstav l som forplikter oppdragsgiver til å føre anskaffelsesprotokoll om tilfeller av konkurransevridning og iverksatte utjevningstiltak som følge av dialog med leverandører.

Det er vesentlig at oppdragsgiver sikrer notoritet om konkrete vurderinger og andre viktige forhold. Manglende mulighet for kontroll av om reglene er overholdt kan få betydning på ulike måter. Det vil lett kunne medføre brudd på etterprøvbarehetsprinsippet, dersom oppdragsgiver har samarbeidet med en leverandør før konkurranse uten å sikre åpenhet og dokumentasjon.²⁸ Manglende etterprøvbarehet synes i retts- og klagenemndspraksis også å kunne være et bevismoment eller en bevispresumsjon for brudd på andre prinsipper.²⁹ Hvilken grad av etter-

²⁵ Se f.eks. C-19/00 *SIAC Construction* avsnitt 41 og C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 45. Simonsen (1997) s. 545 uttrykker at gjennomsiktighetsprinsippet skal sikre deltakerne tilstrekkelig innblikk i gjennomføringen av anskaffelsesprosedyren til at de får «reell mulighet til å håndheve sine rettigheter».

²⁶ C-336/12 *Manova* avsnitt 28. I punkt 4.2.2 behandles enkelte forpliktelser som følger direkte av prinsippet.

²⁷ Prop. 51 L (2015–2016) s. 45.

²⁸ Se eksempelvis KOFA 2017/117 avsnitt 66–69 hvor etterprøvbarehetsprinsippet var brutt ved at markedsdialogen ikke var dokumentert.

²⁹ I T-403/12 *Intrasoft* avsnitt 89–90 påpekte Retten – før det ble konstatert at avvisningen var urettmessig – at verken avvisningsbrevet eller noe annet bevismoment godtgjorde at oppdragsgiver hadde foretatt en konkret vurdering. I KOFA 2008/42 var likebehandlingsprinsippet ikke brutt. Klagenemnda påpekte i avsnitt 35 bl.a.

prøvbarhet oppdragsgiver plikter å sikre beror blant annet på proporsjonalitetsbetraktninger.³⁰ Dette bringer oss over i det neste prinsippet.

Alle restriktive tiltak må – for å være EU-/EØS-konforme – være i overensstemmelse med *proporsjonalitetsprinsippet*.³¹ I utgangspunktet er tiltaket bare proporsjonalt dersom det er egnet til fremme et legitimt formål, nødvendig og ikke utgjør et eksessivt inngrep i rettighetene til fri bevegelighet.³² Prøvingsintensiteten varierer imidlertid bl.a. med rettsområdet og hensynet som påberopes.³³

Prinsippet setter *for det første* rammer for oppdragsgivers opptreden i den enkelte konkurranse. Eksempelvis har EU-domstolen lagt til grunn at proporsjonalitetsprinsippet hindrer avvising basert på ugjendrivelige presumsjoner.³⁴

For det andre – og av særlig betydning for denne oppgaven – setter proporsjonalitetsprinsippet rammer for EU- og nasjonal lovgivers handlingsrom. Forpliktelsene oppdragsgiver pålegges ved gjennomføringen av anskaffelsen må stå i forhold til anskaffelsens omfang og betydning.³⁵ Generaladvokat Kokott har treffende formulert dette som at «the administrative burden involved in laying down the requirements on contracting authorities cannot be overlooked. That burden should always be proportionate to the objectives pursued in public procurement law.»³⁶ Denne siden av prinsippet får særlig betydning for utjevningsplikten innhold (punkt 4.2).

2.3 Reglens formål og underliggende hensyn

Formålet med reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak er først og fremst å sikre *likebehandlingen* av leverandørene uten å legge unødvendige begrensninger i adgangen til samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør.³⁷ Likebehandlingsprinsippet impliserer som tidligere nevnt også *gjennomsiktighetsforpliktelser*.

at innklagede opplyste å ha foretatt en vurdering av om leverandøren som hadde deltatt i planleggingen av anskaffelsen skulle få delta og at dette også fremgikk av konkurransegrunnlaget.

³⁰ NOU 2014: 4 s. 78.

³¹ Se f.eks. C-538/07 *Assitur* avsnitt 21 og C-213/07 *Michaniki* avsnitt 61.

³² Se f.eks. C-358/12 *Conorzio Stabile* avsnitt 31 og C-169/91 *Stoke-on-Trent* avsnitt 15.

³³ Sejersted (2011) s. 295.

³⁴ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* og C-376/08 *Serrantoni*. *Fabricom*-avgjørelsen er trolig ikke til hinder for gjendrivelige avvinningspresumsjoner, se Roe (2005) s. 96.

³⁵ Arrowsmith (2014) s. 628–629.

³⁶ Forslag til avgjørelse i sak C-368/10 *Commission v Netherlands* avsnitt 57.

³⁷ For samarbeid som består i at leverandøren involveres i planleggingen av anskaffelsen uttales dette i NOU 2014: 4 s. 269. Tilsvarende Krüger (2006) s. 17.

Begrunnelsen for likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet finnes i målene om fri bevegelse og effektiv *konkurranse*.³⁸ I tilknytning til reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak spalter imidlertid konkurransehensynet seg i to.³⁹

I forholdet mellom leverandørene er det sentrale at ingen gis urimelige konkurransefordeler overfor hverandre. Dette kan vi kalle hensynet til rettferdig konkurranse. Likebehandlingsprinsippet fremmer rettferdig konkurranse ved at leverandørene gis like muligheter til å vinne frem.⁴⁰

I forholdet oppdragsgiver-leverandør taler imidlertid konkurransehensyn for at oppdragsgiver gis noe albuerom til å samarbeide også med dem som senere kan bli aktuelle som leverandører. Dette – som vi kan kalle hensynet til en fruktbar konkurranse – ville blitt unødige hardt rammet dersom oppdragsgivers tidligere og eksisterende leverandører hadde vært utelukket fra å delta i fremtidige konkurranser. Hensynet til fruktbar konkurranse tilsier også at oppdragsgiver gis anledning til å bruke markedsaktørens erfaring og kompetanse ved å involvere dem i planleggingen av konkurransen. Et klart og treffsikkert konkurransegrunnlag er fundamentet for en god anskaffelse og stimulerer til fruktbar konkurranse. Motsatt har uklare konkurransegrunnlag ofte tvisteskapende effekt ved at det fremprovoseres avvik og forbehold i tilbudene, som igjen medfører avvisingstiltak.

Denne spenningen mellom hensynet til rettferdig konkurranse og fruktbar konkurranse kommer særlig på spissen ved konkurransefordeler som vanskelig lar seg utjevne. Et interessant spørsmål blir da hvor langt domstolene er villige til å tillate at hensynet til konkurranse selv kan rettferdiggjøre brudd på likebehandlingsprinsippet. Dette kommer vi nærmere tilbake til i kapittel 4 om utjevningstiltak.

Selv om reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak primært består av to regelsett – anskaffelsesforskriften § 12-2 og likebehandlingsprinsippet – er begge regelsettene utslag av de samme underliggende prinsipper og hensyn.⁴¹ I kraft av å være lovgivers konkrete utmønstring av underliggende premisser vil ordlyden i § 12-2 kunne gi veiledning for tilfellene

³⁸ C-336/12 *Manova* avsnitt 28. I et nasjonalt perspektiv skal prinsippene fremme effektiv ressursbruk og tillit, jf. anskaffelsesloven § 1.

³⁹ Graver (2005) s. 463–464 nevner en tilsvarende spenning i konkurransehensynet tilknyttet forvaltningsrettslige habilitetsregler i anskaffelsesretten.

⁴⁰ Poulsen (2012) s. 52 uttrykker at likebehandlingsprinsippet er fundamentalt for å sikre «fair competition».

⁴¹ Arrowsmith (2014) s. 653–654 anser reglene som utslag av grunnleggende prinsipper. Tilsvarende i KOFA-praksis, se f.eks. KOFA 2004/241 avsnitt 24 og KOFA 2009/150 avsnitt 16. Dragsten (2013) s. 198 uttrykker at det har «ingen reell betydning for vurderingen» om man bygger på anskaffelsesforskriftens regulering eller likebehandlingsprinsippet.

som reguleres direkte av likebehandlingsprinsippet. Ordlyden i § 12-2 vil derfor underveis benyttes også ved drøftelser av rettstilstanden basert direkte på likebehandlingsprinsippet.

2.4 Virkeområde

Det er nære sammenhenger mellom anskaffelsesforskriften §§ 12-1, 12-2, likebehandlingsprinsippet og de forvaltningsrettslige inhabilitetsreglene. I fortsettelsen drøftes først forholdet mellom regelsettenes virkeområder. Deretter skal det særskilt knyttes noen ord til § 12-2. Likebehandlingsprinsippet ble analysert i punkt 2.2 og behandles derfor ikke særskilt her.

Anskaffelsesforskriften § 12-1 første ledd fastslår at oppdragsgiver «kan gjennomføre markedsundersøkelser» og «gi informasjon» til markedet om planer og behov. Bestemmelsen fremstår primært som en fanebestemmelse som fastslår at oppdragsgiver ikke er avskåret fra markedskontakt i planleggingsfasen.⁴²

I andre ledd presiseres det at bruk av innhentet informasjon ikke må få «konkurransesvridende effekt» eller medføre «brudd på likebehandlingsprinsippet». Den eneste praktiske måten skrankene i andre ledd får betydning er tilfellene hvor det mistenkes at leverandøren gjennom rådene har påvirket anskaffelsesdokumentene i egen favør. Dette typetilfellet behandles i punkt 3.3.2.2 (påvirkning av anskaffelsesdokumentene) og som vi der skal se – uten å forskut-tere drøftelsene – fanges slike tilfeller allerede opp av reguleringene i anskaffelsesforskriften §§ 12-2 og 15-1 fjerde ledd.⁴³ Samlet fører dette til at § 12-1 primært fungerer som fanebestemmelse og tolkningsmoment, og at det i praksis sjeldent blir nødvendig å bygge direkte på skrankene i den da andre mer spesifikke bestemmelser dekker tvistesituasjonene.

Inhabilitetsreglene i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) §§ 6–10 gjelder ved offentlige anskaffelser, jf. anskaffelsesforskriften § 7-5 første ledd. Reglene omfatter situasjonene hvor noen som utfører tjeneste eller arbeid for oppdragsgiver er med på å «tilrettelegge grunnlaget» for en avgjørelse om tildeling, jf. forvaltningsloven §§ 6 og 10. Slik aktivitet vil også kunne fanges opp av anskaffelsesforskriften § 12-2 som omfatter leverandører som har vært «involvert i planleggingen» av anskaffelsen.

⁴² Arrowsmith (2014) s. 653–654 uttaler at anskaffelsesdirektivet art. 40 på dette punkt kun uttrykker en mulighet som allerede eksisterte.

⁴³ Som Steinicke (2018) s. 518 påpeker tilknyttet anskaffelsesdirektivets parallellbestemmelse (art. 40) vil brudd først og fremst få betydning gjennom avvisning etter artikkel 57, jf. 41 (anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav d, jf. § 12-2).

I dette overlappsområdet er det i juridisk litteratur antatt at det ikke er plass til å anvende forvaltningsrettslige inhabilitetsregler for å ivareta konkurransehensyn.⁴⁴ Dette kan begrunnes med at hensynene til tillit og materielt riktige resultater – som underbygger forvaltningsrettslige inhabilitetsregler – synes ivaretatt fullt ut, dersom konkurransen er gjennomført på en gjennomsluttig og likebehandlende måte i tråd med anskaffelsesforskriften § 12-2.⁴⁵

Standpunktet har også befestet seg i konsekvent KOFA-praksis, se f.eks. KOFA 2013/20 hvor medvirkningen til utarbeidelse av konkurransegrunnlaget ikke utgjorde et brudd på inhabilitetsreglene da «[h]abilitetsproblematikken i foreliggende situasjon må anses dekket av bestemmelsen i forskriften § 3-8».⁴⁶ Innenfor overlappsområdet må man – som Krüger betegner det – legge til grunn «anbudsrettslig særregulering», nå § 12-2.⁴⁷

Anskaffelsesforskriften § 12-2 skiller seg fra likebehandlingsprinsippet ved at bestemmelsen avgrenses til tilfellene hvor leverandøren har «gitt råd» eller vært «involvert i planleggingen av anskaffelsen» på annen måte, jf. første ledd. Den sistnevnte kategorien er den videste og blir dermed avgjørende for bestemmelsens virkeområde. Samarbeid som ikke består av involvering i planleggingen av anskaffelsen reguleres direkte av likebehandlingsprinsippet. Selv om det kan tenkes grensetilfeller er det rettslig sett av underordnet betydning å trekke et skarpt grensesnitt mellom virkeområdene da reglene som nevnt er utslag av de samme målsettinger og hensyn.⁴⁸

Bestemmelsen omfatter kun samarbeid «forut for konkurransen», jf. § 12-2 første ledd. Konkurransen innledes formelt ved at oppdragsgiver kunngjør konkurransen og samtidig tilgjengeliggjør konkurransegrunnlaget, jf. §§ 21-2 og 14-1 andre ledd.⁴⁹

⁴⁴ Graver (2005) s. 473 og Krüger (2010) s. 131. Se også Lovavdelingens uttalelse 2. juli 2008 (JDLOV-2008-2965) punkt 2. Uttalelsene angår tidligere bestemmelser, men må antas å ha gyldighet for rettsstilstanden etter gjeldende anskaffelsesforskrift.

⁴⁵ Steinicke (2008) s. 418 drøfter i tilknytning til rettsstilstanden ved direktiv 2004/18/EC (anskaffelsesdirektivet 2004) om det er relevant å se hen til «at det også skal se ud som om likebehandlingsprinsippet er overholdt». På bakgrunn av administrative hensyn konkluderes det med at likebehandlingsprinsippet bare krever at «ordregiver skal opretholde reel likebehandling [...] ikke at likebehandlingen skal se ud, som om den er overholdt». Dette er sammenlignbart – og på linje med – herværende vurdering av tillitshensynet.

⁴⁶ Avsnitt 31. Tilsvarende KOFA 2013/26 avsnitt 61 og KOFA 2010/174 avsnitt 61.

⁴⁷ Krüger (2010) s. 131. Krügers uttalelse gjelder den tidligere bestemmelsen i anskaffelsesforskriften (2006) § 3-8.

⁴⁸ Grunnen til at det likevel – som nevnt i punkt 1.2 – går et grunnleggende skille mellom samarbeidsformene som reguleres av § 12-2 og likebehandlingsprinsippet er at de faktiske forholdene ved de to formene for samarbeid ofte fører ulike aspekter ved reguleringene i forgrunnen, se særlig om utjevningsplikts innhold i punkt 4.2.

⁴⁹ I punkt 3.3.2.1 drøftes det om samarbeid etter dette tidspunktet kan omfattes.

Det byr normalt ikke på problemer å fastlegge hvem som er «leverandør», jf. § 12-2 første ledd første punktum. Uttrykkelig likestilt med leverandøren er også «virksomhet tilknyttet leverandøren». Betegnelsen er vidtfavnende og gir ingen veiledning om hvilke tilknytningsformer som kan begrunne identifikasjon. I tråd med forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften 2006) § 3-8 – som benyttet uttrykket «økonomisk interesse» – vil økonomiske tilknytninger til en av leverandørene kunne være tilstrekkelig.⁵⁰

Hva som ligger i uttrykkene «urimelig konkurransefordel» og «egnete» utjevningstiltak er denne oppgavens kjerne og problematiseres videre i kapittel 3 og 4.

⁵⁰ Goller (2017) s. 58. Se til illustrasjon KOFA 2010/174 avsnitt 53. For videre litteratur om identifikasjons-spørsmålet se Dragsten (2005) s. 633, Dragsten (2013) s. 198–199 og 205, Steinicke (2018) kapittel 41.2.

3 Urimelige konkurransefordeler

3.1 Innledning

Forutsetningen er nå at oppdragsgiver initierer en anskaffelseskonkurranse som følger anskaffelsesforskriften del III og det eksisterer eller har eksistert et samarbeid mellom oppdragsgiver og en av leverandørene. Spørsmålet blir hva som skal til for at det oppstår en *urimelig konkurransefordel*, slik at utjevningsplikten utløses. Vurderingen er fullt ut lovbundet.⁵¹

Det skal først undersøkes hva en konkurransefordel er (punkt 3.2). Deretter blir spørsmålet når konkurransefordeler er urimelige (punkt 3.3). I dette punktet skal vi – med utgangspunktet i de ulike typene konkurransefordeler fra punkt 3.2 – ta for oss begge de to sentrale formene for samarbeid: deltakelse i planleggingen og tidligere eller eksisterende leverandørforhold. Dernest skal det ses nærmere på en særskilt problemstilling, nærmere bestemt om det gjelder et innvirkningskrav og hvilket innhold dette eventuelt har (3.4). Kapittelet avrundes med egne refleksjoner om det gjennomgåtte (punkt 3.5).

3.2 Hva er en konkurransefordel?

Anskaffelsesforskriften § 12-2 skal forhindre at leverandører oppnår en urimelig «konkurransefordel», jf. første ledd. Etter en alminnelig språkforståelse er en «konkurransefordel» effekten av å besitte eller ha tilgang til en ressurs som ikke konkurrerende virksomheter har. Eksempelvis hadde busselskapet med mer utslippsvennlige busser en konkurransefordel i C-513/99 *Concordia Bus Finland*.

I § 12-2 brukes uttrykket med et snevrere innhold. Ettersom formålet er å sikre effektiv konkurranse, må det være konkurransefordeler som kan medføre konkurransevidning det siktes til – ikke slike naturlige og legitime konkurransefordeler nevnt i saken ovenfor. Dette underbygges av formuleringene «distorting competition» og tilsvarende uttrykk som benyttes i anskaffelsesdirektivet artikkel 41. Grovt kan man si at konkurransevidning foreligger når konkurransepremissene favoriserer en leverandør, f.eks. ved at oppdragsgiver har gitt denne tilgang på mer konkurranserelevant informasjon enn konkurrentene. En slik forståelse synes å være rådende også i EU-domstolens praksis, se f.eks. *Fabricom*-avgjørelsen hvor det uttales at «a person who has participated in certain preparatory works may be at an *advantage* when

⁵¹ Det synes på dette punktet å være noe dissonans mellom dansk klagenemndspraksis og norsk rett. Klagenævnet for Udbud har uttrykket at oppdragsgiver nyter en skjønnsmargin ved spørsmålet om forutgående rådgivning må lede til *avvisning*, se eksempelvis kjennelsene av 31. mai 2010 *Danske Arkitektvirksomheder* og 13. juni 1996 *Foreningen af Rådgivende Ingeniører*. I LB-2010-201985 *Norconsult* uttalte lagmannsretten – under henvisning til LB-2008-610 – at domstolene har full prøvingsrett og at dansk klagenemndspraksis ikke kan være avgjørende for norsk rett. Standpunktet legges til grunn i Goller (2017) s. 56.

formulering his tender». ⁵² Domstolen taler da naturligvis ikke om slike legitime fordeler nevnt ovenfor.

Det kan ut fra den foreliggende retts- og klagenemndspraksis oppstilles fire kategorier av konkurransefordeler. ⁵³ Anskaffelsesforskriften § 12-2 andre ledd gir anvisning på to av kategoriene: *informasjonsfordeler* (bokstav a) og *tidsmessige fordeler* (bokstav b). Videre kan det oppstå *økonomiske fordeler* og fordeler ved at en leverandør har *påvirket anskaffelsesdokumentene* i egen favør. De fire kategoriene er ikke uttømmende. Videre går kategoriene på tvers av de to sentrale formene for samarbeid før konkurranse ved at begge samarbeidsformene kan avføde fordeler i alle kategoriene. I praksis oppstår det imidlertid sjeldent rene økonomiske fordeler ved deltakelse i forberedelsen av konkurransen.

Konkurransefordeler som oppstår som følge av tidligere eller eksisterende leverandørforhold reguleres direkte av likebehandlingsprinsippet og man har følgelig ingen uttrykkelig forskrifts- eller direktivtekst å forankre uttrykket i. Ettersom begge regelsettene bygger på de samme legislative premissene (punkt 2.3) får man den beste sammenhengen dersom uttrykket benyttes på samme måte. Begrepet «konkurransefordel» vil derfor benyttes ens i relasjon til anskaffelsesforskriften § 12-2 og likebehandlingsprinsippet.

3.3 Når foreligger det en urimelig konkurransefordel?

3.3.1 Allment om vurderingstemaet og urimelighetsterskelen

Oppdragsgiver skal forhindre at leverandører som deltar i planleggingen av anskaffelsen får en «urimelig» konkurransefordel, jf. anskaffelsesforskriften § 12-2 første ledd. Av de samme grunner som nevnt like ovenfor vil uttrykket «urimelig» benyttes på samme måte i relasjon til § 12-2 og likebehandlingsprinsippet.

En vanlig språkforståelse tilsier at fordelene må være av en viss betydning før den kan anses «urimelig». Dette synes også å være lagt til grunn av EU-domstolen når det i relasjon til eksisterende leverandørs konkurransefordeler ble uttalt at «the principle that tenderers should be treated equally does not place any obligation upon the contracting authority to neutralise absolutely all the advantages enjoyed by a tenderer». ⁵⁴ I tilknytning til konkurransefordeler under-

⁵² Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 29. Utheving tillagt.

⁵³ Se f.eks. KOFA 2004/215, KOFA 2008/42 og KOFA 2016/59 om tidsmessige fordeler. Informasjonsfordeler behandles bl.a. i T-50/05 *Evropaiki Dynamiki*, KOFA 2005/296 og KOFA 2011/302. Eksempler på saker om påvirkning av anskaffelsesdokumentene er KOFA 2003/36, KOFA 2010/174 og KOFA 2016/100. Inntil videre har det vært mindre praksis om økonomiske fordeler, se imidlertid T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* og KOFA 2012/194.

⁵⁴ T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 73.

lagt anskaffelsesforskriftens regulering uttalte lagmannsretten i LB-2010-201985 *Norconsult* følgende om terskelen og vurderingstemaet:

«Det kan være noe usikkert hvordan kravet best kan formuleres, men det synes å være enighet om at en hvilken som helst fordel ikke er nok, men at konkurransefortrinnet må være av en viss størrelse og betydning.

Oppsummeringsvis legger lagmannsretten til grunn at inhabilitet inntreer i følgende tilfelle: *hvis rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt vedkommende et klart konkurransefortrinn og denne fordelene heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet.*»

Lagmannsrettens rettssetning er fulgt opp i KOFA-praksis.⁵⁵ Selv om den gjelder anskaffelsesforskriften 2006 er det antatt at rettstilstanden på dette punkt ikke er endret.⁵⁶ Det kan diskuteres hvilken rettskildemessig betydning lagmannsrettens rettssetninger har. Rettssetningen er imidlertid på linje med ordlyden og EU-domstolens oppfatning nevnt like ovenfor, samt at den er resipert i KOFA-praksis og juridisk litteratur. Samlet sett må den kunne anses som et dekkende uttrykk for vurderingstemaet og urimelighetsterskelen.

Det foregående kan gi inntrykk av at urimelighetsterskelen kan fastlegges som en bestemt abstrakt størrelse. Formentlig må imidlertid terskelen i en viss utstrekning relativiseres ut fra *anskaffelsens størrelse og betydning*.⁵⁷ Det er rimelig å anta at domstolene lettere vil anse selv de mindre konkurransefordelene som urimelige ved omfattende anskaffelser hvor tildelingen har stor betydning for markedets konkurransesituasjon. Empirisk vil det være vanskelig å dokumentere en slik tendens i rettspraksis ettersom det alltid foretas en konkret vurdering av den enkelte sak. På et normativt plan kan en slik relativisering imidlertid begrunnes i konkurranse og proporsjonalitet. Direktivformålet om et indre marked med effektiv konkurranse gjør seg gjeldende med særlig tyngde i omfattende anskaffelser med stor betydning for markedssituasjonen. Videre innebærer proporsjonalitetsprinsippet at omfanget av forpliktelser oppdragsgiver pålegges ved gjennomføringen av anskaffelsen skal stå i forhold til anskaffelsens omfang og betydning.⁵⁸

En innvending mot en slik relativisering er spenningen med praktiske hensyn. Ofte vil det nettopp være ved omfattende anskaffelser at behovet for å involvere leverandører i planleg-

⁵⁵ Eksempelvis KOFA 2016/25 avsnitt 43, KOFA 2015/69 avsnitt 26 og KOFA 2015/60 avsnitt 39.

⁵⁶ Goller (2017) s. 63, Thue (2018) s. 566, KOFA 2019/713 avsnitt 35 og punkt 2.1 med videre henvisninger.

⁵⁷ Slik Bakken (2013) s. 78–79 om praktiseringen av anskaffelsesforskriften 2006 § 3-8.

⁵⁸ Punkt 2.2.

gingen er stort og leverandørmarkedet begrenset. Innvendingen kan omformuleres til et spørsmål om urimelighetsterskelen i den enkelte sak vil kunne variere med *leverandørmarkedet og oppdragsgiver behov for samarbeid* før konkurranse.

Paragraf 12-2 må ikke forhindre oppdragsgiver fra å søke markedets bistand til gjennomføring av anskaffelsen, dersom det er behov for det. Det vil ikke bare kunne være skadelig for den enkelte konkurranse ved at konkurransegrunnlaget blir uklart eller at anskaffelsen ikke treffer oppdragsgivers behov. I et langsiktig perspektiv kan det også føre til at leverandører avstår fra å involvere seg i planleggingen i frykt for senere avvisning. På denne bakgrunn har det i juridisk litteratur vært antydnet at det kan være grunn til å lempe noe på reglene når det er få leverandører i det aktuelle markedet og oppdragsgivers behov for samarbeid er stort.⁵⁹

Her kan det imidlertid være grunn til å sondre mellom urimelighetsterskelen og utjevningssplikten. Ved et snevert leverandørmarked er sannsynligheten stor for at aktøren som deltar i forberedelsen av anskaffelsen senere vil bli aktuell som én blant få leverandører, noe som skaper risiko for konkurransefordeler. Dette bør ikke hindre oppdragsgiver fra å engasjere potensielle leverandører i forberedelsen av konkurransen. Normalt vil det imidlertid i slike tilfeller være mulig å unngå urimelige konkurransefordeler ved avvergende og avbøtende utjevningstiltak. Oppdragsgiver bør f.eks. være påpasselig med hvilke oppgaver som overlates til leverandøren, samt at det løpende bør sikres åpenhet og gjennomsiktighet om rådgivningsforholdet og hva som kommer ut av det.

Ved slike og andre forholdsregler vil det ikke være nødvendig å lempe på urimelighetsterskelen, noe som i lys av direktivformålet om effektiv konkurranse bør unngås så langt det lar seg gjøre. Videre vil lemping av urimelighetsterskelen kunne medføre at potensielle leverandører avstår fra deltakelse i frykt for at konkurransens utfall allerede er gitt. Ved å være særlig påpasselig med utjevningstiltak kommuniserer oppdragsgiver til markedet at han ikke har forhåndsvalgt, men vil gjennomføre en reell konkurranse hvor deltakerne har like muligheter. Dette er særlig viktig ved et allerede tynt leverandørmarked.

Sondringen harmonerer også med anskaffelsesregelverket for øvrig. Ved del III-anskaffelser innstrammes kravene til kunngjøringen, konkurransegrunnlagets innhold og fastsettelse av tilbudsfrister, noe som kan sammenlignes med utjevningstiltak. Dette indikerer at man ved større anskaffelser ikke firer på kravet til likebehandling (sml. urimelighetsterskelen), men stiller strengere krav til at oppdragsgiver sikrer reell konkurranse (sml. utjevningssplikten).

⁵⁹ Dragsten (2013) s. 205, Goller (2017) s. 59, Steinicke (2018) s. 524 og 529 og Treumer (2000) s. 135–136.

Konklusjonen er dermed at leverandørmarkedet og oppdragsgivers behov ikke bør føre til lemping av urimelighetsterskelen, men en ekstra påpasselighet med utjevningstiltak. Dersom selv ikke en kvalifisert utjevningsplikt vil kunne forhindre påvirkning av konkurransesituasjonen kan imidlertid fruktene ved involvering av leverandører i planleggingen tale for en noe mer fleksibel urimelighetsterskel. Dette bør forutsette et tiltrengt behov for bistand som ikke kan tilfredsstilles på annen rimelig måte. Flexibiliteten bør også – i tråd med direktivformålet om effektiv konkurranse – anvendes med forsiktighet.

For å kunne gå nærmere inn på hva som skal til for at urimelighetsterskelen tangeres i det enkelte tilfellet skiftes det nå fokus fra det allmenne planet til praktiske typetilfeller. Det allmenne vurderingstemaet må likevel ikke glemmes. Den sammensatte virkeligheten passer ikke alltid innenfor rammene av ett enkelt typetilfelle. Eksempelvis kan flere mindre konkurransefordeler samlet føre til at leverandøren oppnår et klart konkurransefortrinn.

Det skal først ses på ulike typer konkurransefordeler innenfor virkeområdet av § 12-2 (punkt 3.3.2 med underpunkter). Deretter drøftes konkurransefordeler regulert av likebehandlingsprinsippet (punkt 3.3.3 med underpunkter), herunder i hvilken grad kunnskapen fra den uttrykkelige reguleringen har overføringsverdi til rettsstillingen etter likebehandlingsprinsippet.

3.3.2 Konkurransefordeler oppstått ved deltakelse i planleggingen av anskaffelsen

3.3.2.1 Informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler

Domstolen uttalte i *Fabricom*-avgjørelsen at

«a person who has participated in certain preparatory works may be at an advantage when formulating his tender *on account of the information* concerning the public contract in question which he has received when carrying out that work»⁶⁰

Fordelene Domstolen taler om kan være informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler. Begge angår informasjonsflyt og henger derfor nært sammen. Forskjellen er at informasjonsfordeler betegner at leverandøren har fått mer eller bedre konkurranserelevant informasjon enn konkurrentene, mens tidsmessige fordeler betegner at informasjonen ble tilgjengeliggjort på et tidligere tidspunkt for vedkommende. Eksempelvis er dypere innsikt enn konkurrentene i oppdragsgivers preferanser en informasjonsfordel. Dersom oppdragsgiver tilgjengeliggjør preferansene for alle leverandørene utjevnes informasjonsfordelen, men en tidsmessig fordel kan fortsatt bestå.

⁶⁰ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 29. Utheving tillagt.

Det må generelt antas – som KOFA har formulert det – at «leverandører som deltar i forberedelsen av en konkurranse [...] får en kjennskap til anskaffelsen som kan gi dem en fordel ved deltakelsen i den senere konkurransen». ⁶¹ Spørsmålet er når informasjonsfordelen eller fordelene i tid er urimelig.

Dette beror på en konkret vurdering av om leverandørens deltakelse i planleggingen har gitt vedkommende et klart konkurransefortrinn, som ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransens avslutning, jf. LB-2010-201985 *Norconsult*. Vurderingsmomenter vil bl.a. kunne være informasjonens relevans for tilbudsutforming ⁶², om fordelene har blitt utjevnet ⁶³, hvor skjønnsmessig konkurransegrunnlaget er ⁶⁴, rådgivningens art ⁶⁵ og omfang ⁶⁶ og tidspunktet for utførelsen av den ⁶⁷. Momentenes betydning belyses underveis i fortsettelsen.

I praksis involveres leverandører i planleggingen av anskaffelsen på ulike vis, hvorav noen skaper større risiko for fordeler enn andre. Den mer uformelle kontakten ved *markedsdialog*, f.eks. åpne møter, workshops og RFI-er, vil sjeldent stride mot § 12-2. ⁶⁸ Informasjonsflyten går her primært i retningen leverandør–oppdragsgiver, ikke motsatt. Det dreier seg normalt heller ikke om slik omfattende og detaljert rådgivning som gir muligheter til å påvirke anskaffelsesdokumentene i egen favør.

Det synes videre å være enighet om at det ikke oppstår urimelige konkurransefordeler utelukkende ved at en leverandør bistår med skisseløsninger, forprosjekter, utredninger, undersøkelser eller for øvrig har *utarbeidet generell grunnlagsinformasjon*. ⁶⁹ Det gjelder selv om leverandøren ved dette oppnår en fyldigere kjennskap og større fortrolighet med prosjektet enn konkurrentene. I motsatt tilfelle ville det, som Graver uttaler, «kunne føre til at det blir vanskelig å få tilbydere til en tidlig fase i et prosjekt, og effektivitetstap ved skifte av leverandør

⁶¹ KOFA 2019/713 avsnitt 37.

⁶² T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 162 og T-50/05 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 62.

⁶³ Dragsten (2005) s. 642, Poulsen (2012) s. 462 og Steinicke (2008) s. 409.

⁶⁴ Jo mer skjønnsmessig konkurransegrunnlaget er, særlig tildelingskriteriene og kravspesifikasjonene, desto mer rom er det for at leverandøren som deltar i forberedelsene kan få privilegert innsikt i oppdragsgivers preferanser.

⁶⁵ Se like nedenfor.

⁶⁶ LB-2010-201985 *Norconsult*. I dette lys kan man se KOFA 2008/16 hvor valgte leverandør kun hadde bistått oppdragsgivers rådgiver med kvalitetssikring av kalkyler.

⁶⁷ Se nedenfor om løpende rådgivning og engasjering av oppdragsgivers rådgiver etter at rådgiverforholdet er avsluttet.

⁶⁸ Dragsten (2013) s. 200.

⁶⁹ NOU 1997: 21 s. 124 og Dragsten (2013) s. 202. Tilsvarende KOFA 2018/158 avsnitt 60, KOFA 2006/121 avsnitt 44 og KOFA 2003/74.

uten at det er begrunnet i konkurransemessige hensyn». ⁷⁰ Generell grunnlagsinformasjon lar seg normalt også lett utjevne i tillegg til at bistand med dette gir beskjedne påvirkningsmuligheter. Illustrerende er LB-2010-201985 *Norconsult* hvor det stod «sentralt i vurderingen» at rådgivningen ikke munnet ut i «egentlige spesifikasjoner for anskaffelsen, men ga generell informasjon om ulike sider ved prosjektet som grunnlag for videre prosjektering». I andre ende kan spesifikk bistand med *krav til ytelsen* bli problematisk, men da primært ut fra påvirkningsmulighetene. Dette behandles derfor i neste punkt.

Ved bygge- og anleggsprosjekter av noe størrelse er det vanlig med en viss tidsmessig overlap av prosjektets faser, f.eks. slik at detaljprosjekteringen starter før forprosjekteringen er ferdig. ⁷¹ Sett at rådgiveren som forprosjekterer er aktuell som leverandør i konkurranse om detaljprosjektering. Vil vedkommende ha en urimelig konkurransefordel i konkurransen om detaljprosjektering, dersom oppdragsgiver iverksetter den imens forprosjekteringen fortsatt pågår? Slik *løpende rådgivning* reiser – særlig på grunn av tidspunktet for utførelsen av rådgivningen – flere anskaffelsesrettslige spørsmål.

Et spørsmål er om dette i det hele tatt faller innenfor § 12-2 ettersom samarbeidet ikke foregår «forut for konkurransen». At det uansett vil gjelde skranker mot urimelige konkurransefordeler er neppe tvilsomt. Det er da av underordnet betydning om man forankrer dette i en utvidende tolkning av § 12-2 eller direkte i likebehandlingsprinsippet. ⁷²

Rettspraksis signaliserer at domstolene er skeptiske til løpende rådgivning særlig grunnet risikoen for tidsmessige fordeler ved å hele tiden få tilgang til opplysninger før konkurrentene. I T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* ble det som følge av et opplysningsetterslep på 3 måneder konstatert at «the unequal treatment consisting in a delay in making certain technical information available to the tenderers, with the exception of the successful tenderer, constitutes a procedural defect». ⁷³ I tilknytning til reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak blir det dermed særs viktig at oppdragsgiver sikrer åpenhet om samarbeidet, setter rommelige tilbudsfrister og løpende distribuerer informasjon uten unødig opphold.

⁷⁰ Graver (2005) s. 463.

⁷¹ Se nærmere i Bruserud (2014) s. 91–92.

⁷² Av mer reell betydning er spørsmålet om hvor langt dette lar seg gjøre uten overtredelse av kravene til klarhet i konkurransegrunnlaget, tilgjengeliggjøring ved kunngjøring og at det ikke skal foretas vesentlige endringer og suppleringer underveis, jf. særlig C-19/00 *SIAC Construction* avsnitt 42–43, C-42/13 *Cartiera dell'Adda* avsnitt 44 og anskaffelsesforskriften §§ 14-1 andre ledd og 14-2 første ledd. Spørsmålene er interessante, men ligger i denne oppgavens periferi og må dermed avgrenses mot. Det kan imidlertid nevnes at forskriften uttrykkelig pålegger utjevningstiltak for å unngå informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler ved endringer i konkurransegrunnlaget, jf. § 14-2 første ledd andre punktum og tredje ledd.

⁷³ Avsnitt 160. Se også LB-2010-201985 *Norconsult* hvor lagmannsretten karakteriserte den løpende rådgivningen som «uheldig», men at «tidsmessig sammenfall ikke i seg selv kan medføre utelukkelse».

Løpende rådgivning er også problematisk sett opp mot mulighetene til å bevisst eller ubevisst påvirke anskaffelsesdokumentene i egen favør. Rådgiverens interessekonflikt kan videre avskrekke leverandører fra å delta i konkurransen i frykt for at konkurransen ikke blir reell. Skulle rådgiveren vinne konkurransen vil nok veien være kort for klager og forføyningsbegjæringer fra konkurrentene. Selv om det ikke kan ses at anskaffelsesregelverket inneholder et absolutt forbud mot løpende rådgivning bør oppdragsgiver i lys av de nevnte betenkelighetene unngå en slik fremgangsmåte.⁷⁴

Dersom leverandøren *engasjerer oppdragsgivers rådgiver etter at rådgiverforholdet er avsluttet* vil særlig risikoen for informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler komme i forgrunnen. Det er imidlertid grunn til å se mildere på dette enn løpende rådgivning da muligheten for påvirkning av anskaffelsesdokumentene ikke lenger er til stede (med mindre det kunne forventes at rådgiveren senere ville bli engasjert). Illustrerende i denne sammenheng er saken for dansk høyesterett i UfR 2005.1799 H. To virksomheter hadde først fungert som rådgiver for oppdragsgiver og senere for en av leverandørene. Spørsmålet var dermed utelukkende om leverandøren hadde fått urimelige informasjonsfordeler eller tidsmessige fordeler, noe dansk høyesterett besvarte benektende.⁷⁵ Avgjørelsens rettskildemessige betydning er imidlertid ikke nevneverdig.

Særlig innsikt er ikke alltid en fordel. En leverandør kan ved deltakelse i forberedelsen av anskaffelsen få kunnskap – f.eks. om vanskelige terrengforhold eller risikoforhold – som fører til at vedkommende må prise ytelsen høyere enn konkurrentene. Innsikten medfører en *konkurransulempe* for leverandøren, som hadde vært best tjent med at opplysningene var kjent for alle. Spørsmålet er om leverandøren kan kreve at oppdragsgiver utjevner konkurranseulempen.

Problemstillingen faller utenfor § 12-2 som ikke angår konkurranseulemper, samt at leverandørene som har konkurransefordeler ikke har vært involvert i planleggingen. Den kan heller ikke ses å ha vært behandlet i retts- eller klagenemndspraksis. Formentlig bør man falle tilbake på grunnleggende prinsipper. Likebehandlingsprinsippet innebærer – i fravær av en rettfærdiggjørende begrunnelse – at oppdragsgiver av eget tiltak skal behandle leverandørene som befinner seg i en konkurransemessig ulikeartet situasjon ulikt. Selv om oppdragsgiver har et skjønnsrom til å avgjøre hvilke spesifikke tiltak som skal iverksettes (punkt 4.2.1) vil det mest praktiske være at oppdragsgiver må tilgjengeliggjøre (den negative) innsikten enten ved sup-

⁷⁴ I samme retning Goller (2017) s. 59–60.

⁷⁵ Side 1863.

plering av konkurransegrunnlaget (eventuelt med utvidelse av tilbudsfristen) eller avlysning og ny konkurranse.

Dersom oppdragsgiver utviser manglende evne eller vilje til å utjevne fordeler vil han lett havne i skade for å overtre regelverket. Et eksempel er KOFA 2009/150 hvor nemnda konstaterte brudd etter at innklagede opplyste at det ikke var gjort noe for å utligne konkurransefordelene.⁷⁶ For øvrig er det ikke så ofte at informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler i praksis får konsekvenser.⁷⁷ Det er tre grunner til dette.⁷⁸

Slike fordeler lar seg *for det første* vanligvis lett utjevne. *For det andre* vil fordelene også normalt være tilstrekkelig utjevnet ettersom det har formodningen for seg at leverandørene har fått tilstrekkelig tid og informasjon ved overholdelse av anskaffelsesregelverkets minimumskrav til tilbudsfrister og innhold i konkurransegrunnlaget. Se til illustrasjon KOFA 2016/59 hvor en leverandør hadde fått et tidsmessig forsprang ved å ha opptrådt som rådgiver. Selv om tilbudsfristen var satt «langt kortere enn forskriftens minstekrav» ble det ikke konstatert brudd på reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak.⁷⁹ *For det tredje* er det ved informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler leverandørens posisjon som forrykkes, ikke konkurransebetingelsene. Det er noe annet å delta i en konkurranse hvor reglene er nøytrale og man har et fortrinn, enn en konkurranse hvor man selv kan påvirke reglene. Dette bringer oss over i neste kategori av konkurransefordeler.

3.3.2.2 Påvirkning av anskaffelsesdokumentene

Domstolen påpekte i *Fabricom*-avgjørelsen også en annen problematikk ved leverandørens deltakelse i planleggingen av anskaffelsen:

«he may, without even intending to do so, where he himself is a tenderer for the public contract in question, *influence the conditions of the contract in a manner favourable to himself*. Such a situation would be capable of distorting competition»⁸⁰

Problematikkens kjerne ligger i en uløselig interessekonflikt mellom leverandørrollen og rådgiverrollen. Samtidig som leverandøren har kommersielle interesser i kontrakten og en natur-

⁷⁶ Avsnitt 18. Det går her en parallell til betydningen av en konkret og etterprøvbar vurdering, jf. punkt 2.2.

⁷⁷ Se imidlertid Treumer (2007) som på s. 110 argumenterer for at tidsmessige fordeler i realiteten har stor betydning, men har blitt undervurdert i både praksis og teori.

⁷⁸ Inspirasjon til de tre grunnene er hentet fra Steinicke (2008) s. 416 hvor de benyttes som argumenter for at konkurransefordelen som må «veje tungest» er påvirkning av anskaffelsesdokumentene.

⁷⁹ Avsnitt 51. Det forelå imidlertid brudd på forskriftens minimumskrav til tilbudsfrist.

⁸⁰ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 30. Utheving tillagt.

lig tiltro til egen produktlinje krever rådgiverrollen et objektivt blikk for å hjelpe oppdragsgiver med å fremme reell konkurranse og effektiv ressursbruk. Spenningen forsterkes ved at rådgiveren – ved å involveres i planleggingen – settes i posisjon til å påvirke selve konkurransebetingelsene, en posisjon som kan gi mulighet til å forårsake betydelig konkurransevridning. Kombinasjonen av rådgiverrollen og leverandørrollen etablerer altså i seg selv en viss risiko for at rådgiveren oppnår en fordelaktig posisjon.⁸¹

Favoriserende kravspesifikasjoner vil både kunne rammes av anskaffelsesforskriften §§ 12-2 og 15-1 fjerde ledd.⁸² Selv om begge bestemmelsene bygger på likebehandlingsprinsippet er ikke virkeområdet fullstendig overlappende. Paragraf 12-2 kan ramme enhver favorisering i kravspesifikasjonene, mens § 15-1 fjerde ledd bare omfatter favorisering ved kravspesifikasjoner som viser til bestemte varemerker mv. Følgelig vil § 12-2 også f.eks. kunne ramme ren overspesifisering i kravspesifikasjonene, selv om det ikke er vist til et bestemt varemerke mv.⁸³ Til gjengjeld forutsetter § 12-2 at favoriseringen skyldes leverandørens deltakelse i forberedelsen av anskaffelsen og oppstiller dermed et årsakskrav.⁸⁴ Fokuset i fortsettelsen er på kriteriene i § 12-2.

Hvorvidt en leverandør har fått påvirke anskaffelsesdokumentene på en måte som gir vedkommende en «urimelig konkurransefordel» beror som ellers på en konkret vurdering av om vedkommende har fått et «klart konkurransefortrinn» som ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransens avslutning, jf. LB-2010-201985 *Norconsult*. Flere av momentene nevnt i forrige punkt er fortsatt relevante, herunder rådgivningens art og omfang, tidspunktet for utførelsen av den, om fordelene har blitt utjevnet og hvor skjønnsmessig konkurransegrunnlaget er.⁸⁵ I tillegg ses det ofte hen til hvilken innflytelse rådgiveren har hatt på innholdet av kravspesifikasjonene og tildelingskriteriene⁸⁶, hvor vanskelig det er for andre leverandører å tilfredsstille kravspesifikasjonene⁸⁷ og om spesifikasjonene er naturlige ut fra oppdragsgivers behov⁸⁸.

⁸¹ Treumer (2000) s. 100 nevner at situasjonen skaper en «vis formodning for» brudd på likebehandlingsprinsippet.

⁸² Dragsten (2005) påpeker sammenhengen på s. 636. Tilsvarende Steinicke (2018) s. 525. Se KOFA 2003/36 for et praktisk eksempel som belyser den nære sammenhengen mellom reglene.

⁸³ Arrowsmith (2014) s. 651 om den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EC.

⁸⁴ Samme sted.

⁸⁵ Utjevningstiltak blir imidlertid ikke like aktuelt ettersom adgangen til endringer i konkurransegrunnlaget er snever når konkurranse er iverksatt.

⁸⁶ Dragsten (2013) s. 201 og Steinicke (2008) s. 406. I KOFA 2010/54 viste innklagede til at konsulenten ikke hadde fått påvirke tildelingskriteriene. Det ble likevel konstatert brudd på anskaffelsesforskriften (2006) § 3-8 når konsulentoppdraget omfattet «[a]vklaring og konkretisering av kravspesifikasjonen i samarbeid med oppdragsgiver», se avsnitt 40–42.

⁸⁷ Dragsten (2013) s. 201. Momentet brukes også konsekvent i KOFA-praksis, se f.eks. KOFA 2018/158 avsnitt 60 med videre henvisninger.

Avholdelse av generell *markedsdialog* er sjeldent problematisk. Kontakten er ofte av begrenset omfang i tillegg til at aktørene kan avbøte eventuelle skjevheter i hverandres informasjon. Det er i det hele usikkert om rådene får noen betydning da oppdragsgiver ved utformingen av anskaffelsesdokumentene kanskje vil se helt bort fra dem. Ved en-til-en møter og konkurransegrunnlag på «høring» vil imidlertid de nevnte risikofaktorer kunne bli noe mer fremtredende. Avvisningsrett vil uansett kunne oppstå selv om oppdragsgiver ikke benytter seg av rådene når leverandøren har forsøkt å påvirke oppdragsgiverens beslutninger, jf. § 24-2 tredje ledd bokstav h.

At oppdragsgiver *formelt engasjerer en potensiell leverandør som rådgiver* ved planleggingen av anskaffelsen behøver i utgangspunktet heller ikke å skape nevneverdige problemer. I T-403/12 *Intrasoft* uttalte EU-domstolens førsteinstans (heretter Retten) at «[t]he mere possibility of a conflict of interest cannot suffice» og fastslo senere at anskaffelsesdokumentene ikke var påvirket.⁸⁹ Også i KOFA-praksis er det lagt til grunn at «en *mulighet* for å tilrettelegge konkurransegrunnlaget til valgte leverandørs fordel, ikke er tilstrekkelig».⁹⁰

Når det engasjeres rådgiver vil imidlertid rådgivningens art kunne få stor betydning. I LB-2010-201985 *Norconsult* uttalte lagmannsretten at

«det må trekkes et skille mellom hva som er krav til ytelsen i vid forstand og det som er grunnlagsdokumentasjon for den videre prosjekteringen. Det å bidra i forberedelsen av en konkurranse ved å utarbeide grunnlagsdokumenter, er normalt i seg selv ikke til hinder for å delta i den samme konkurransen.»

I KOFA-praksis bygges det på en tilsvarende sondring mellom rådgivning om generell grunnlagsinformasjon og *krav til ytelsen*.⁹¹ Isolert nyter ikke lagmannsrettens rettssetninger og klagenemndas uttalelser nevneverdig rettskildemessig vekt. Skillet er imidlertid godt begrunnet ettersom det særlig er når leverandøren bistår med krav til ytelsen at han får mulighet til å påvirke konkurransen ved å favorisere egen virksomhet og egne produkter.

⁸⁸ Arrowsmith (2014) s. 651 om at spesifikasjonene må reflektere «genuine preferences» og Goller (2017) s. 64. Se også KOFA-praksis vist til i fotnote 87.

⁸⁹ Avsnitt 74 og 83. Sitatet gjelder formelt forordning 1605/2002 (finansforordningen) artikkel 94. Avgjørelsen har imidlertid overføringsverdi, fordi «conflict of interest»-begrepet innebærer slike konkurransefordeler som denne oppgaven tar for seg (avsnitt 72) og drøftelsene forankres i grunnleggende prinsipper (avsnitt 78–79).

⁹⁰ KOFA 2016/100 avsnitt 37. Tilsvarende i KOFA 2016/25 avsnitt 46 og KOFA 2013/20 avsnitt 26.

⁹¹ Se f.eks. KOFA 2016/100 avsnitt 35–36, KOFA 2012/144 avsnitt 39 og KOFA 2010/54 avsnitt 41–42.

I praksis foregår favoriseringen gjerne ved at kravene til ytelsen «overspesifiseres». Overspesifisering innebærer at kravene treffer færre leverandører eller produkter enn det som reelt kan begrunnes i oppdragsgivers behov, eventuelt at det blir vanskeligere for konkurrentene å oppfylle kravene. Mens et vidt og skjønnsmessig konkurransegrunnlag levner mer rom for privilegert innsikt er det altså et snevert og overspesifisert konkurransegrunnlag som er problematisk ved mistanke om påvirkning av anskaffelsesdokumentene i egen favør.

Ved mistanke om overspesifisert konkurransegrunnlag er det særlig to forhold som kan volde tvil. Det ene er om det overhodet foreligger overspesifisering eller om kravene reflekterer reelle behov. Dersom kravene er overspesifiserte blir det andre spørsmålet om dette skyldes leverandørens deltakelse i planleggingen (årsakskravet).

Overspesifisering foregår på ulike vis. De åpenbare tilfellene er der hvor rådgiveren i kravspesifikasjonene angir produkter fra eget sortiment. Normalt er det da verken tvilsomt at spesifikasjonene er overspesifiserte eller at det skyldes leverandørens bistand. Et eksempel på dette er KOFA 2003/36 hvor rådgiveren som utformet kravspesifikasjonene hadde vist til låser og beslag i egen produktlinje til dels ved bruk av sine interne produktkoder.⁹²

Vanskeligere blir det når overspesifiseringen gjøres mindre åpenlyst. Det vil da kunne by på betydelige problemer for en forbigått leverandør å bevise at overspesifiseringen *skyldes rådgiverens deltakelse* i planleggingen. Arrowsmith tar til orde for en gjendrivelig presumsjon om regelbrudd, dersom leverandøren som hevder seg forbigått kan påvise at kravene i konkurransegrunnlaget favoriserer rådgiveren.⁹³ Løsningen gir en balansert risikofordeling og avbøter noe på vanskelighetene med å bevise årsakssammenheng. Den savner imidlertid klar autorativ støtte av domstolene.

Tilbake står fortsatt besværlighetene med å *skille overspesifisering fra krav som reflekterer reelle behov*. På den ene siden må det tas tilbørlig hensyn til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. I C-513/99 *Concordia Bus Finland* la EU-domstolen til grunn at oppdragsgiver har et vidt skjønnsrom til å definere hva som ønskes anskaffet, selv om kriteriene bare eller lettere kan oppfylles av enkelte leverandører.⁹⁴ Utenfor skjønnsrommet ligger imidlertid tildelingskriterier og kravspesifikasjoner som uttrykker diskriminerende motiver eller er uten tilknyt-

⁹² Som saken illustrerer vil slike tilfeller også kunne fanges opp av bestemmelsen om favoriserende kravsspesifikasjoner – nå § 15-1 (4).

⁹³ Arrowsmith (2014) s. 652–653.

⁹⁴ Avsnitt 85–86.

ning til oppdragsgivers behov.⁹⁵ I praksis vil det som Arrowsmith påpeker kunne oppstå «great difficulties [...] in drawing the line between a specification that restricts competition for a particular need, and a specification that merely defines the purchaser's need in the first place».⁹⁶

Et typetilfelle har man hvor det kan leses mellom linjene at konkurransegrunnlaget trolig er påvirket i rådgiverens favør, men hvor dette ikke kommer klart til uttrykk i noen konkret bestemmelse. KOFA 2010/174 synes å falle i denne kategorien. I saken hadde en virksomhet som kunne identifiseres med valgte leverandør bistått oppdragsgiver med utformingen av spesifikasjonene. Det var angitt at det måtte brukes en «Koro Top Field Maker (eller tilsvarende maskin)» til fjerning av grastorv. Valgte leverandørs underleverandør hadde ifølge klager gått til innkjøp av en slik maskin før konkurransen ble kunngjort. Videre var det stilt krav om bruk av gressruller med slik bredde og lengde som få andre enn valgte leverandør hadde maskiner til å legge, men innklagede anførte at kravet ikke var et resultat av rådgiverens bidrag. Nemnda foretok en inngående vurdering av konkurransegrunnlaget, men fant ikke tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med brudd. Det har i flere KOFA-saker blitt stilt krav om at man må kunne vise til konkrete bestemmelser – eventuelt ganske konkrete forhold – som tilsier at konkurransegrunnlaget er påvirket i rådgiverens favør.⁹⁷ Dette er neppe egnet til å fange opp disse typetilfellene. Det er i det hele tatt usikkert om det er mulig å utforme treffsikre kriterier uten å foreta uforholdsmessige beskjæringer av oppdragsgivers skjønnsrom.

Et annet typetilfelle er der hvor det foreligger mistanke om flere mindre overspesifiseringer som enkeltvis er av neglisjerbar betydning, men som i kombinasjon medfører en merkbar inn snevring av leverandør- eller produktkretsen. En viss risiko for dette kan oppstå hvor oppdragsgiver sender hele konkurransegrunnlaget på «høring» til én eller et fåtall leverandører da dette åpner for svært spesifikk påvirkning av konkurransegrunnlaget. Også disse typetilfellene blir vanskelige å fange opp, dersom man krever at det må kunne pekes på konkrete påvirkede bestemmelser eller elementer.

Arrowsmith anfører at en oppdragsgiver som har en «good commercial justification» for de oppstilte kravene ikke bør kunne angripes anskaffelsesrettslig.⁹⁸ En slik fremgangsmåte – med fokus på oppdragsgivers saklige begrunnelse for tilsynelatende restriktive krav – har vært

⁹⁵ Arrowsmith (2014) s. 257–258. Som nevnt ovenfor er det et moment hvorvidt kravspesifikasjonene er naturlige ut fra oppdragsgivers behov.

⁹⁶ Arrowsmith (1998) s. 68.

⁹⁷ Se f.eks. KOFA 2016/100 avsnitt 37 og KOFA 2016/25 avsnitt 45.

⁹⁸ Arrowsmith (1998) s. 68–69. Det går her en parallell til betydningen av en konkret og etterprøvable vurdering, jf. punkt 2.2.

anvendt i klagenemndspraksis uten at leverandøren har vært involvert i planleggingen av anskaffelsen.⁹⁹ Kanskje kunne tilnærmingen også vært hensiktsmessig i tilfellene hvor leverandøren har vært involvert i planleggingen av anskaffelsen.¹⁰⁰

3.3.3 Konkurransfordeler som følge av tidligere eller eksisterende leverandørforhold

Konkurransfordeler kan også oppstå ved at en av deltakerne – uten å ha vært involvert i planleggingen av anskaffelsen – er oppdragsgivers tidligere eller eksisterende leverandør. Dette ligger utenfor virkeområdet til anskaffelsesforskriften § 12-2 og spørsmålet om det foreligger en urimelig konkurransefordel reguleres direkte av likebehandlingsprinsippet. Urimelighetsnormen er i prinsippet den samme, men vurderingene vil i praksis kunne innta en noe annerledes form ettersom andre aspekter kommer i forgrunnen.¹⁰¹

Den tidligere eller eksisterende leverandøren kan ofte levere et mer konkurransedyktig tilbud enn konkurrentene som følge av opparbeidet kunnskap fra den tidligere kontrakten, samt lavere oppstartskostnader og effektivitetstap. Det er også et tryggere tilbud ettersom oppdragsgiver i større utstrekning vet hva han får. I et mikroperspektiv (den enkelte anskaffelseskonkurranse) vil oppdragsgiveren derfor ofte ha interesse av at leverandøren engasjeres videre. I et makroperspektiv (regelverksnivå) tilsier imidlertid likebehandlingsprinsippet – og i forlengelsen hensynet til effektiv konkurranse – at ikke alle konkurransefordeler til eksisterende leverandør bør godtas.

Det følger av EU-domstolens praksis at likebehandlingsprinsippet i utgangspunktet ikke forbyr tidligere eller eksisterende leverandør fra å delta når kontrakten konkurranseutsettes på nytt.¹⁰² Akkurat når utjevningssplikten utløses har Domstolen enda ikke avklart. Retten har imidlertid behandlet spørsmålet i et knippe saker.

Den grunnleggende saken er T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* som gjaldt konkurranse om utvikling og vedlikehold av IT-systemer. Anskaffelsesdokumentene anga at leverandøren som ble kontrahert skulle gjennomføre en tremåneders ubetalt innkjøringsperiode, som overlappet med de tre siste månedene av eksisterende leverandørs leveranse. Eksisterende leverandør

⁹⁹ KOFA 2019/231 avsnitt 21, KOFA 2016/50 avsnitt 21 og KOFA 2016/21 avsnitt 25.

¹⁰⁰ Se nærmere refleksjoner i punkt 3.5.

¹⁰¹ Se fotnote 48.

¹⁰² T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 70, T-90/14 *Secolux* (kun tilgjengelig på fransk) avsnitt 81 og T-10/17 *Proof IT* avsnitt 187. Det motsatte standpunktet innebærer automatisk utelukkelse i strid med forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom*.

hadde dermed en økonomisk fordel, fordi vedkommende ikke måtte prise inn tapet ved en ubetalt innkjøringsperiode.

Retten uttalte at med mindre eksisterende leverandør utelukkes fra konkurransen er denne økonomiske fordel unngåelig «since it is inherent in any situation in which a contracting authority decides to initiate a tendering procedure for the award of a contract which has been performed, up to that point, by a single contractor». Det forelå dermed en «inherent de facto advantage».¹⁰³ Slike fordeler utløste utjevningssplikten og Retten gikk dermed over til å drøfte utjevningsspliktens rekkevidde.

I fortsettelsen drøftes det hvorvidt og hvordan eksisterende leverandør i enkelte praktiske typetilfeller kan oppnå urimelige konkurransefordeler (punkt 3.3.3.1–3.3.3.3).

3.3.3.1 Uthenting av informasjon fra tidligere eller eksisterende leverandør

Når oppdragsgiver utarbeider anskaffelsesdokumenter for å konkurranseutsette en kontrakt på nytt er det naturlig at eksisterende leverandør har verdifull informasjon. Uthenting av slik informasjon kan endog være nødvendig for å utjevne eksisterende leverandørs informasjonsfordel.¹⁰⁴

Typetilfellet er nært beslektet med situasjonene som ble drøftet i punkt 3.3.2.2 (påvirkning av anskaffelsesdokumentene ved deltakelse i planleggingen) og kan også falle innenfor anskaffelsesforskriften § 12-2. Det faller imidlertid antakelig noe unaturlig å si at uthenting av ren faktisk informasjon – f.eks. produksjonstall og risikostatistikk – innebærer at leverandøren har vært «involvert i planleggingen» av anskaffelsen, jf. § 12-2.

Den rettslige rubriseringen er imidlertid av underordnet betydning. Det er i alle tilfeller tale om likebehandlingsprinsippets skranker mot påvirkning av anskaffelsesdokumentene, slik at retningslinjene i punkt 3.3.2.2 fortsatt er relevante. I tillegg kommer det særtrekk at oppdragsgiver i disse typetilfellene på forhånd kan ha en særlig sterk interesse i at kontrakten tildeles eksisterende leverandør.¹⁰⁵ Det sterke interessefellesskapet bør formentlig medføre at utjevningssplikten lettere utløses enn der hvor oppdragsgiver mottar informasjon fra en annen leverandør som han ikke har tilsvarende interesse i at tildeles kontrakten.¹⁰⁶

¹⁰³ Begge sitater fra avsnitt 70.

¹⁰⁴ Se f.eks. KOFA 2012/99 avsnitt 39 og KOFA 2009/276 avsnitt 41–44.

¹⁰⁵ Treumer (2000) s. 116 og forrige punkt.

¹⁰⁶ Treumer (2000) s. 117 argumenterer bl.a. av samme grunn for at det bør legges til grunn en «restriktiv fortolkning» av likebehandlingsprinsippet i disse typetilfellene slik at dialog med eksisterende leverandør kun er «lovlig i begrenset omfang».

3.3.3.2 Opparbeidet kunnskap og erfaring

Gjennom tidligere oppdrag for oppdragsgiver kan en leverandør ha opparbeidet seg kunnskap og erfaring som gir vedkommende en konkurransefordel ved tilbudsutforming. Kunnskap kan gi informasjonsfordeler eller tidsmessige fordeler og erfaring vil kunne medføre renere økonomiske fordeler, f.eks. effektivitetsgevinster ved å ha utført de samme oppgavene tidligere. I retts- og klagenemndspraksis utløser slike fordeler noen ganger utjevningsplikter og andre ganger ikke. Etter mitt syn gir den foreliggende praksisen grunnlag for å trekke opp et skille. Det er særlig grunn til å gå nærmere inn på to saker – en fra EU-domstolen og en fra KOFA – som er egnet til å illustrere dette.

Likebehandlingsprinsippet forhindrer i utgangspunktet ikke at en leverandør erfarings- eller kunnskapsmessig har et fortrinn ved å ha utført lignende oppgaver tidligere.¹⁰⁷ Dette illustreres av T-10/17 *Proof IT*. I saken inneholdt konkurransegrunnlaget et tildelingskriterium som premierte oppdragsforståelse. Saksøker anførte at det stred mot likebehandlingsprinsippet å tolke tildelingskriteriet slik at en av leverandørene fikk utbytte av sin kunnskap fra å ha utført lignende oppgaver for oppdragsgiver tidligere. Retten delte imidlertid ikke dette synet og la til grunn at likebehandlingsprinsippet ikke forhindret en tolkning som premierte leverandørens kunnskap fra det tidligere prosjektet.¹⁰⁸

I KOFA 2004/46 premierte et av tildelingskriteriene kjennskap til et teknologisk rammeverk kalt SiteEd, som leverandøren som ble kontrahert ville være forpliktet til å bruke i kontraktgjennomføringsfasen. Leverandøren som tidligere hadde utviklet SiteEd for oppdragsgiver deltok i konkurransen. Klager fikk medhold i at dette utgjorde et konkurransefortrinn som utløste likebehandlingsprinsippets utjevningsplikt.¹⁰⁹

Utenom det sprikende resultatet synes avgjørelsene ved første øyekast å være ganske like. Ved nærmere ettersyn legger man imidlertid merke til at saken for EU-domstolen gjaldt generell kunnskap opparbeidet ved en tidligere leveranse, mens KOFA-saken gjelder *særlig kunnskap om denne spesifikke anskaffelsen* opparbeidet ved en tidligere leveranse. Sondringen støttes ikke bare av den nevnte praksisen på området, men også av de underliggende hensynerne. Hensynet til en fruktbar konkurranse tilsier at oppdragsgiver og leverandør bør kunne dra nytte av generelle kunnskaps- og erfaringsfordeler og at de dermed anses som legitime konkurransefordeler. Dette må imidlertid ikke gå på bekostning av rettferdig konkurranse og like-

¹⁰⁷ Dragsten (2013) s. 177, Graver (2005) s. 476 og Steinicke (2018) s. 524.

¹⁰⁸ Avsnitt 193. I samme retning KOFA 2014/24 avsnitt 58.

¹⁰⁹ I samme retning T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 178–180, KOFA 2012/99 avsnitt 39 og TOSLO-2008-140177.

behandling, som tilsier utjevning av fordeler ved særlig kunnskap om en spesifikk anskaffelse.

Graver tenker antakeligvis i lignende baner når han fremholder at likebehandlingsprinsippet pålegger oppdragsgiveren «å dra omsorg for at den eventuelle særviten som oppdragsgiveren er kommet i besittelse av, blir gjort kjent for alle potensielle tilbydere», men at eksisterende leverandør kan ha oppnådd en «viss erfaring» som ikke alltid kan bringes videre.¹¹⁰ Formentlig gjør også Steinicke det ved å hevde at det ikke er avgjørende hvorvidt den tidligere leverandøren har generell kunnskap om oppdragsgiver, men at «there must be a specific connection with the contract in question».¹¹¹ Bortsett fra slike tilgrensende overveielser kan ikke sondringen inntil nå ses å være omtalt. Selv om den fremstår i harmoni med rettskildebildet er det usikkert om domstolene uttrykkelig vil legge den til grunn.

3.3.3.3 Økonomiske fordeler og innlåsnings effekter

I dette punktet skal vi først se på hva økonomiske fordeler og innlåsnings effekter er, før det drøftes når slike fordeler er urimelige og dermed utløser utjevningsplikten.

Med *innlåsnings* menes «the situation in which customers are dependent on a single manufacturer or supplier for some product (i.e., a good or service), or products, and cannot move to another vendor without substantial costs and/or inconvenience».¹¹² Innlåsnings effekten oppstår når oppdragsgiver skal iverksette en anskaffelses konkurranse og han i en viss utstrekning allerede er bundet til en tidligere eller eksisterende leverandør.¹¹³ Eksempelvis kan innlåsnings effekter skyldes at garantier bortfaller ved sammenkobling med uoriginale produkter, at programvare er utviklet i lukket kildekode eller at eksisterende leverandør ved en ny konkurranse unngår enkelte engangs- og oppstartskostnader.

Innlåsnings effekter kan forårsake betydelige skadevirkninger for effektiv konkurranse og ressursbruk. Det taler for seg selv at en av Microsofts ledende skikkelser i 1997 skal ha uttalt følgende i en internkorrespondanse: «It is this switching cost that has given customers the patience to stick with Windows through all our mistakes, our buggy drivers, our high TCO [total cost of ownership], our lack of a sexy vision at times, and many other difficulties».¹¹⁴

¹¹⁰ Graver (2005) s. 476.

¹¹¹ Steinicke (2018) s. 524.

¹¹² The Linux Information Project (2006).

¹¹³ Det er som Matuszewska-Pautsch (2020) s. 2–3 påpeker både fordeler og ulemper ved leverandørskifte.

¹¹⁴ Kommisjonens avgjørelse i C(2004) 900 avsnitt 463.

Ettersom hinderet mot leverandørskifte som regel er av økonomisk art vil innlåsnings effekter normalt falle i kategorien av økonomiske fordeler. Når det i fortsettelsen tales om økonomiske fordeler underforstås dermed også slike innlåsnings effekter.

Økonomiske fordeler består av mer enn innlåsnings effekter. Det faller ikke like naturlig å tale om innlåsnings når det er oppdragsgiver selv som står bak favoriseringen. Oppdragsgivers interesser vil imidlertid i en viss utstrekning dikteres av innlåsnings effekter, slik at sammenhengen er nær. Den nære sammenhengen – både språklig og rettslig – gjør det naturlig å behandle økonomiske fordeler og innlåsnings effekter i samme punkt. Det er videre ikke et skarpt skille mellom økonomiske fordeler og de tre andre nevnte kategorier av fordeler. Eksempelvis kan privilegert innsikt i risikoforhold innebære at leverandøren kan tilby lavere pris enn konkurrentene. Økonomiske fordeler taler man først om når det er det økonomiske aspektet som er det fremtredende (ikke f.eks. informasjonsaspektet, som i eksempelet).

Økonomiske fordeler hos en eksisterende leverandør står i spenning med likebehandlingsprinsippet og effektiv konkurranse. Spenningsforholdet blir særlig fremtredende av tre grunner. For det første er økonomiske fordeler særlig konkurranseskadelige, fordi oppdragsgiver i alle konkurranser plikter å ha pris/kostnad som tildelingskriterium, jf. anskaffelsesforskriften § 18-1 første ledd, og det i tillegg normalt er et viktig tildelingskriterium. For det andre er utjevning av økonomiske fordeler ofte byrdefullt. For det tredje begrenses utjevningsforpliktelser av oppdragsgivers skjønnsrom. Dette skyldes at defineringen av krav til ytelsen ligger i hjertet av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, samtidig som økonomiske fordeler henger nært sammen med kontraktsforholdets beskrivelse av ytelsen.

Spørsmålet videre er når oppdragsgiver – på bakgrunn av likebehandlingsprinsippet – plikter å iverksette tiltak mot eksisterende leverandørs økonomiske fordeler (herunder oppnådde innlåsnings effekter).¹¹⁵

Utgangspunktet er at oppdragsgiver har et vidt skjønnsrom til å definere ytelsens ønskede kvaliteter. Anskaffelsesretten hindrer ikke at kriteriene bare eller lettere kan oppfylles av enkelte leverandører.¹¹⁶ Skjønnsrommet er imidlertid ikke ubegrenset. Det er særlig to skranker – begge med forankring i likebehandlingsprinsippet – som blir aktuelle.

Den første er *forbudet mot kravspesifikasjoner som viser til bestemte varemerker mv.*, slik at leverandører eller produkter favoriseres, jf. anskaffelsesforskriften § 15-1 fjerde ledd. Opp-

¹¹⁵ Utjevningsplikten rekkevidde drøftes i punkt 4.2.3.

¹¹⁶ C-513/99 *Concordia Bus Finland* avsnitt 85–86.

dragsgiver kan – f.eks. grunnet sterke innlåsnings effekter – ønske slike direkte henvisninger. Den økonomiske fordelene leverandøren oppnår ved dette utgjør et så graverende brudd med likebehandlingsprinsippet at det kun tillates i nærmere bestemte unntakstilfeller etter bokstav a og b. Som et utgangspunkt er dermed slike kravspesifikasjoner ikke tillatt, selv om oppdragsgiver i den enkelte konkurranse kunne hatt interesse i det. Dette kan ses som et forskriftsfestet utjevningstiltak mot økonomiske fordeler. Spørsmålet om hvor langt utgangspunktet strekker seg er nært beslektet med utjevningens rekkevidde og behandles derfor i punkt 4.2.3.

Når fordelene ikke stammer fra direkte henvisninger til bestemte varemerker mv., men favoriserende kravspesifikasjoner eller tildelingskriterier må eventuelle skranker forankres direkte i *likebehandlingsprinsippet*. Det må her sondres mellom kravspesifikasjoner og tildelingskriterier som i seg selv er regelverksstridige (skranker mot diskriminerende konkurransegrunnlag) og tilfellene hvor de i utgangspunktet er regelverkskonforme, men favoriserer eksisterende leverandør (skranker mot diskriminerende konkurransesituasjoner).

Til forskjell fra tidligere vil det være vanskeligere å vinne frem med at kravspesifikasjonene eller tildelingskriteriene *i seg selv er regelverksstridige* da leverandøren i foreliggende typetilfelle ikke har deltatt i planleggingen av anskaffelsen (med den interessekonflikten det medfører).¹¹⁷ I fravær av formodningen om at leverandøren har påvirket anskaffelsesdokumentene får det innkjøpsfaglige skjønnet en sterkere betoning. Utenfor skjønnsrommet ligger imidlertid tildelingskriterier og kravspesifikasjoner som uttrykker diskriminerende motiver eller er uten tilknytning til oppdragsgivers behov.¹¹⁸

Avgjørelsen i C-234/03 *Contse* er et eksempel på regelverksstridige kriterier på grunn av diskriminerende motiver. Oppdragsgiver hadde fastsatt et tildelingskriterium som premierte eksisterende leverandørs tilbud – ikke fordi det var mer konkurransedyktig – men fordi det tilhørte eksisterende leverandør. Domstolen uttalte at dette var diskriminerende.¹¹⁹

I T-437/05 *Brink's Security* var et tildelingskriterium regelverksstridig da det favoriserte eksisterende leverandør uten at dette kunne begrunnes i oppdragsgivers behov.¹²⁰ Det var fastsatt et tildelingskriterium som premierte hvor mye mannskap leverandørene hadde til disposi-

¹¹⁷ Matuszewska-Pautsch (2020) s. 3–4 legger til grunn at anskaffelsesdirektivet i liten grad har skranker mot innlåsnings effekter i spesifikasjonsfasen.

¹¹⁸ Arrowsmith (2014) s. 257–258 og punkt 3.3.2.2. I tråd med dette nevner Steinicke (2008) på s. 418 at oppdragsgiver ved beskrivelsen av ytelsen må unngå at tidligere eller eksisterende kontrahenter gis fordeler som «ikke er begrundet i saglige forhold og kan retfærdiggjøres ud fra opgaven».

¹¹⁹ Avsnitt 78.

¹²⁰ I samme gate ligger KOFA 2019/231.

sjon på tilbudstidspunktet. Dette favoriserer eksisterende leverandør da det er naturlig at øvrige leverandører først rekrutterer mannskap når kontrakten eventuelt tildeles dem. Så lenge leverandøren oppfyller sine kontraktsforpliktelser for øvrig kan det vanskelig ses relevant for oppdragsgivers behov at mannskap skal være tilgjengelig før kontraktsoppstart. Retten fastslo at likebehandlingsprinsippet forhindret en slik tolkning av tildelingskriteriet.¹²¹

Oppdragsgiver har imidlertid vid adgang til å fastsette *kriterier som favoriserer eksisterende leverandør uten at kriteriene i seg selv er regelverksstridige*. Det var således i T-10/17 *Proof IT* ingenting i veien for tildelingskriteriet som premierte oppdragsforståelse selv om en av leverandørene hadde utført lignende oppgaver for oppdragsgiveren tidligere. Tilsvarende er det ingenting i veien for tildelingskriterier som premierer pris, selv om eksisterende leverandør har særlig og kostnadsbesparende innsikt i risikoforhold grunnet tidligere oppdrag. Spørsmålet er da hvordan hensynet til leverandørens sjanselighet best kan ivaretas.

Retten gir i T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* belegg for at den mest effektive skranken i slike tilfeller blir plikten til å utjevne eksisterende leverandørs iboende konkurransefordeler.¹²² Det ble fastslått at kravet om en tremåneders ubetalt innkjøringsperiode ikke i seg selv var diskriminerende, men at det likevel favoriserte eksisterende leverandør.¹²³ Likebehandlingsprinsippet fordret i en viss utstrekning utjevning av slike fordeler.¹²⁴ Hvor langt dette kan kreves hører til spørsmålet om utjevningspliktenes rekkevidde, se punkt 4.2.3.

3.4 Innvirkningskravet

Ettersom virkninger av brudd på reglene ligger utenfor oppgaven drøftes det ikke hvorvidt slike regelsett inneholder innvirkningskrav. Problemstillingen i dette punktet er *om brudd på reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak betinges av et innvirkningskrav, og hva innholdet i kravet eventuelt er*. Er oppdragsgiver eksemplvis forpliktet til å utjevne en tilstrekkelig høy risiko for påvirkning av anskaffelsesdokumentene eller må han først reagere ved faktisk påvirkning? Rettskildene etterlater et til dels brokete og sprikende bilde.

For å besvare problemstillingen spaltes den opp i tre underspørsmål: gjelder det et innvirkningskrav, hva må samarbeidet ha innvirket på og er risiko for innvirkning likestilt med faktisk innvirkning?

¹²¹ Avsnitt 198.

¹²² KOFA-praksis går i samme retning, se f.eks. KOFA 2009/90 og KOFA 2008/53.

¹²³ Avsnitt 68–70.

¹²⁴ Avsnitt 76.

Det kan først slås fast at *det gjelder et krav om innvirkning*.¹²⁵ Etter ordlyden i anskaffelsesforskriften § 12-2 første ledd utløses utjevningssplikten når leverandøren «får en urimelig konkurransefordel», noe som i det minste forutsetter en mulighet for at samarbeidet medfører urimelige konkurransefordeler. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis. I T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* hadde en leverandør som følge av et samarbeid med oppdragsgiver hatt tilgang til informasjon på et tidligere tidspunkt enn konkurrentene. Likevel ville ikke likebehandlingsprinsippet være brutt «[i]f it were established that the information [...] was *irrelevant* for the purpose of preparing bids». ¹²⁶ Tilsvarende ble det i T-50/05 *Evropaiki Dynamiki* uttalt at informasjonen måtte ha vært nyttig («useful») «in the sense that not having that information *could be* to the detriment of the tender». ¹²⁷ Fra nasjonal underrettspraksis kan det vises til LB-2010-201985 *Norconsult* hvor lagmannsretten uttalte at det «ikke er nok å vurdere hvordan forholdet tar seg ut fra utsida, men at den konkrete vurderingen rådgivningens faktiske betydning for konkurransen blir det sentrale». Uansett om samarbeidsforholdet utenfra sett er uheldig er ikke reglene overtrådt så lenge samarbeidet ikke kan medføre urimelige konkurransefordeler.

Det neste spørsmålet er *hva samarbeidet må ha innvirket på*, nærmere bestemt om det kreves påvirkning av konkurranseforholdene eller brudd på likebehandlingsprinsippet. Ordlyden «urimelig konkurransefordel» i anskaffelsesforskriften § 12-2 gir ingen nevneverdige bidrag til løsningen av spørsmålet. I prinsippet bør det være nødvendig og tilstrekkelig å kreve brudd på likebehandlingsprinsippet ettersom reglene om konkurransefordeler og utjevningstiltak bare er konkretiseringer av dette. Standpunktet har støtte i EU-domstolens praksis hvor vurderingstemaet gjennomgående er om samarbeidet medførte brudd på likebehandlingsprinsippet.¹²⁸

Den indre sammenhengen mellom likebehandlingsprinsippet og konkurransehensynet – nærmere bestemt at prinsippets første bestanddel er et spørsmål om hvem som befinner seg i en *konkurransmessig* (u)likeartet situasjon og at prinsippets formål er å fremme *effektiv konkurranse* – gjør imidlertid at de to elementene neppe kan skilles fra hverandre. Anskaffelsesdirektivet art. 41 synes heller ikke å skille på dette punktet ved at uttrykkene «ensure that competition is not distorted», «ensure compliance with the duty to observe the principle of equal treatment» og «distorting competition» brukes om hverandre. Tilsvarende ble uttrykket «ute lukke konkurranse» benyttet i anskaffelsesforskriften 2006, selv om bestemmelsen var et ut-

¹²⁵ Dragsten (2013) s. 199, Steinicke (2008) s. 418 (petit) og Treumer (2000) s. 94–95.

¹²⁶ Avsnitt 162. Utheving tillagt.

¹²⁷ Avsnitt 79. Utheving tillagt.

¹²⁸ Se f.eks. T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 62 flg., T-50/05 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 54 flg., T-4/13 *Communicaid Group* avsnitt 48 flg. og T-10/17 *Proof IT* avsnitt 193.

slag av likebehandlingsprinsippet. Som Steinicke uttrykker er det nærliggende å anta at «the legislator expects breaches of the principle of equal treatment and distortions of competition to be expressed in the same way, so it is only necessary to establish the existence of either a distortion of competition or unequal treatment».¹²⁹

Det tredje og siste underspørsmålet er om samarbeidet må ha ført til faktisk innvirkning på konkurranseforholdene (evt. likebehandlingsprinsippet) eller om risiko for innvirkning kan være tilstrekkelig.

Politisk tautrekking førte til at bestemmelsen om markedsdialog i WTOs avtale om offentlige innkjøp (GPA) ved implementeringen i de tidligere anskaffelsesdirektiver bare fikk plass i fortalen, og bare etter at ordlyden hadde undergått revisjon.¹³⁰ Dette har for ettertiden medført atskillig usikkerhet om spørsmålet, som fortsatt ikke kan anses endelig avklart.

Ordlyden i anskaffelsesforskriften § 12-2 er fremoverskuende – oppdragsgiver må sørge for at rådgiveren ikke «får» en urimelig konkurransefordel «dersom han deltar i konkurransen». I T-403/12 *Intrasoft* uttalte Retten om slike fremtidsrettede (ex ante) vurderinger at konkurransefordelene, inntil kontraktsinngåelse, «can be only potential and Article 94 of the Financial Regulation therefore implies an assessment in terms of risk. That risk must actually be found to exist».¹³¹ Oppdragsgiver kan altså måtte iverksette avvergende utjevningstiltak før konkurransefordelene realiserer seg på bakgrunn av fremtidsrettede risikovurderinger.¹³²

Rettskildebildet gir spinkelt grunnlag for å fastslå hvilken risiko som kreves. Det må sikres effektiv opprettholdelse av likebehandling og konkurranse, samtidig som samarbeid ikke unødig forhindres eller oppdragsgiver pålegges uforholdsmessige administrative byrder. I lys av dette kan det ikke kreves at oppdragsgiver fatter grep mot enhver fremtidig mulighet for urimelige konkurransefordeler. Retten uttalte i T-403/12 *Intrasoft* at situasjonen må være «real and not hypothetical», slik at «[t]he mere possibility of a conflict of interest cannot suffice».¹³³ På den andre siden kan ikke oppdragsgiver avstå fra inngripen hvis det «vil kunne utelukke konkurranse», slik formuleringen i anskaffelsesforskriften 2006 § 3-8 lød.¹³⁴ Antake-

¹²⁹ Steinicke (2018) s. 518.

¹³⁰ Se nærmere om implementeringen i Treumer (2000) s. 92–94.

¹³¹ Avsnitt 74. Se fotnote 89 om at avgjørelsen fortsatt er relevant for gjeldende rett.

¹³² Slik Treumer (1999) s. 148 og Dragsten (2006) s. 89.

¹³³ Avsnitt 74.

¹³⁴ Det er dessuten antatt at formuleringen uttrykket en for høy terskel, se Dragsten (2013) s. 199 og Thue (2018) s. 565. Tilsvarende i LB-2010-201985 *Norconsult* med videre henvisninger.

ligvis bør det kreves reaksjon når konkrete omstendigheter gir rimelig oppfordring til å iverksette tiltak mot en reell risiko for urimelige konkurransefordeler.

Når vurderingen foretas i ettertid (ex post) gir ikke den fremoverskuende ordlyden i anskaffelsesforskriften § 12-2 veiledning. Ordlyden i anskaffelsesdirektivets art. 41 første ledd kan muligens tas til inntekt for at det kreves faktisk innvirkning ved å uttrykke at oppdragsgiver må sikre at «competition is not distorted».¹³⁵ I samme retning uttalte lagmannsretten i LB-2010-201985 *Norconsult* at når vurderingen gjøres «i ettertid, er man ikke henvist til å gjøre en slik framtidrettet hypotetisk vurdering, men har muligheten for å vurdere hvilken betydning rådgivingen i forbindelse med tilretteleggingen faktisk har hatt for konkurransen».

Lagmannsrettens sontring mellom forhånds- og etterhåndsvurderinger underbygges av begrunnelsen for risikoelementet. Risikoelementet skal sørge for effektiv opprettholdelse av likebehandling og konkurranse. Fremtiden er alltid beheftet med usikkerhet og i et ex ante-perspektiv blir det dermed uunngåelig med risikovurderinger hvis man skal kunne kreve utjevningstiltak. I et ex post-perspektiv er det imidlertid ikke det samme behovet for risikovurderinger fordi fortiden aldri er beheftet med den samme usikkerheten – faktisk innvirkning har enten funnet sted eller ei. Dersom likebehandlingsprinsippet og konkurransehensynet faktisk ikke ble berørt er det vanskelig å finne noen godt fundert begrunnelse for at man likevel skal anse reglene brutt (med de konsekvenser dette medfører) utelukkende fordi det forelå risiko for det.¹³⁶ Det bør etter dette kreves faktisk innvirkning ved etterhåndsvurderinger.

Oppsummeringsvis legges det til grunn at det gjelder et generelt krav om at samarbeidet må ha innvirket på konkurranseforholdene eller likebehandlingen av leverandørene. Rettskildet bildet gir videre et visst belegg for en sontring mellom forhånds- og etterhåndsvurderinger når det gjelder spørsmålet om risiko for innvirkning kan likestilles med faktisk innvirkning. Dette siste standpunktet er imidlertid beheftet med en viss usikkerhet.

3.5 Vurdering

I dette punktet skal det knyttes enkelte egne betraktninger til inneværende kapittel. Det er særlig to forhold som har gitt foranledning til dette og som dermed skal kommenteres nærmere: *innvirkningskravet og påvirkning av anskaffelsesdokumentene* i egen favør.

Det hersker uklarhet om *innvirkningskravets* innhold. Dette kan virke hemmende for samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør, fordi man i frykt for drastiske konsekvenser ved

¹³⁵ Utheving tillagt.

¹³⁶ En annen sak er at det i ettertid kan by på utfordringer å *bevise* faktisk innvirkning. Se egne refleksjoner om bevisreglene i neste punkt.

regelbrudd legger inn «sikkerhetsmarginer». Uklarheten gjelder særlig sontringen mellom forhånds- og etterhåndsvurderinger, som savner klar støtte i autorative rettskilder. Ved å bygge på «mykere» rettskilder står sontringen på noe vakkende føtter. Det må også anses uklart hvor mye som skal til for å oppfylle risikoterskelen.

Uklarhetene beror ikke bare på at svakhetene ved implementeringen i de tidligere anskaffelsesdirektivene har forplantet seg videre. I en viss utstrekning kan det nok hevdes at man ikke alltid har hatt et bevisst nok forhold til innvirkningskravets ulike sider, men behandlet dette mer eller mindre som en enhetlig størrelse. For å oppnå en tilfredsstillende autorativ avklaring er det nødvendig med bevissthet omkring innvirkningskravets sider. Uavhengig av hvilke løsninger lovgiver eller domstolene måtte legge til grunn er det et håp at den ovenstående analysen kan utgjøre et klargjørende bidrag.

Leverandøren som deltar i planleggingen av anskaffelsen vil kunne komme i posisjon til å påvirke anskaffelsesdokumentene i egen favør. Tatt i betraktning at leverandøren kan ha sterke kommersielle interesser i kontrakten er det rimelig å anta at flere vil falle for denne fristelsen. I 15 av KOFA-sakene nevnt i innværende kapittel tok nemnda stilling til problemstillingen, men det ble bare konstatert brudd på dette grunnlaget i 2-3 av dem.¹³⁷ Det kan naturligvis ikke trekkes klare konklusjoner ut fra en slik overfladisk undersøkelse. En hadde imidlertid kanskje forventet å se et noe høyere tall ettersom påvirkning av anskaffelsesdokumentene i egen favør er blant de mest skadelige konkurransefordelene, samt at leverandørene har egeninteresse i det.

Kanskje er allerede kriteriene tilstrekkelig treffsikre – og sanksjonssystemet tilstrekkelig effektivt – til at rådgiverne ut fra avvisningsfrykt ser bort fra kommersielle interesser i påvirkning av anskaffelsesdokumentene. Som Steinicke og Groesmeyer påpeker er det imidlertid «vanskelig at opstille klare kriterier for, hvilken indflydelse rådgiver må have på udbuds-tingelserne og -materialet, førend det medfører rådgiverinhabilitet».¹³⁸ Ser man tallene i lys av gjennomgangen i punkt 3.3.2.2 (påvirkning av anskaffelsesdokumentene) er det vel så berettiget å stille spørsmål ved om man har lyktes i å overvinne disse vanskelighetene.

Særlig hodebry volder problemet med å skille krav som reflekterer reelle behov fra krav som mangler tilknytning til slike. I klagenemndspraksis har det som nevnt til dels vært stilt ganske strenge krav til påvisning av konkrete påvirkede bestemmelser eller elementer, noe som langt

¹³⁷ Det ble konstatert brudd i KOFA 2003/36 og KOFA 2010/54. Det fremgår ikke helt klart hvorvidt bruddet i KOFA 2009/150 ble gjort på dette grunnlag. De øvrige er KOFA-sakene 2003/74, 2004/215, 2006/121, 2008/42, 2010/174, 2011/302, 2013/20, 2015/60, 2015/69, 2016/25, 2016/100, 2018/158.

¹³⁸ Steinicke (2008) s. 408.

på vei er nødvendig ut fra forsvarlig hensyntaken til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønnsrom.

Samtidig forutsetter lovgiver at det er regelverksstridig, «dersom kravspesifikasjonen tilpasses en bestemt leverandør».¹³⁹ Nærmere intensjonen – uten å gjøre uforholdsmessige innhugg i skjønnnet – hadde man kanskje kommet, dersom man ved tilsynelatende overspesifiserende krav overveltet bevisbyrden på oppdragsgiver, som da må sannsynliggjøre at kravene reflekterer reelle behov.

Løsningen harmonerer med oppfatningen i internasjonal litteratur hvor det synes å være forholdsvis bred konsensus om at bevisbyrden ganske lett eller umiddelbart overveltes på oppdragsgiver i tilfellene hvor en leverandør har deltatt i planleggingen av anskaffelsen.¹⁴⁰ Videre synes det rimelig at fokus rettes mot oppdragsgivers begrunnelse for tilsynelatende restriktive krav tatt i betraktning at det er oppdragsgiver som har ansvaret for en rettferdig konkurranse ved utforming av et ikke-diskriminerende konkurransegrunnlag. En viss støtte for løsningen gir også klagenemndspraksis om tilfellene hvor leverandøren ikke har vært involvert i planleggingen av anskaffelsen (se fotnote 99). Det er også oppdragsgiveren som – når han involverer en leverandør i planleggingen av anskaffelsen – plikter å føre protokoll om konkurransevridding og utjevningstiltak og som således er nærmest til å sikre notoritet og etterprøvbarehet for sine valg. Til slutt kan det nevnes at løsningen også et stykke på vei – som en positiv bieffekt – ville ha avhjulpet vanskeligheter ved å bevise påvirkning av konkurranseforholdene (innvirkningskravet).

¹³⁹ NOU 2014: 4 s. 269.

¹⁴⁰ Treumer (2007) s. 106–107, Priess (2002) s. 171, Poulsen (2012) s. 464–467 og Fabricius (2017) s. 467–468.

4 Utjevningsplikten

4.1 Innledning

I dette kapittelet går vi et skritt videre. Det dreier seg ikke om utløsning av utjevningsplikten, men oppfyllelse av den. Det er imidlertid nær sammenheng mellom problemstillingene. Eksempelvis vil spørsmålet om det for øyeblikket foreligger en urimelig konkurransefordel bero på hvilke utjevningstiltak som er iverksatt. Fortsettelsen kan dermed også ses som et påbygg til forrige kapittel.

Hovedproblemstillingen er utjevningsplikten innhold (punkt 4.2). På tilsvarende måte som i forrige kapittel skilles det i dette punktet mellom fordeler oppstått ved deltakelse i planleggingen av anskaffelsen og tidligere eller eksisterende leverandørforhold (punkt 4.2.2 og 4.2.3). Avslutningsvis deles enkelte egne refleksjoner om det gjennomgåtte (punkt 4.3).

4.2 Hva er innholdet av utjevningsplikten?

4.2.1 Allment om utjevningsplikten innhold

I dette punktet skal det undersøkes om det kan sies noe allment om *hvilke utjevningstiltak* oppdragsgiver må iverksette og *hvor langt utjevningsplikten rekker*.

Oppdragsgiver har et skjønn til å avgjøre *hvilke utjevningstiltak* som skal iverksettes – etter ordlyden i anskaffelsesforskriften § 12-2 første ledd er plikten oppfylt så lenge tiltakene er «egne». Illustrerende er KOFA 2019/713 hvor klager anførte at innklagede forsømte utjevningsplikten ved å ikke innkalle dem til intervju og kontakte deres referanser. Nemnda presiserte at bestemmelsen «ikke [stiller] krav til *hvilke* tiltak oppdragsgiver eventuelt må gjennomføre». ¹⁴¹

Spørsmålet blir da hva det innebærer at tiltak må være «egne». På et allment plan kan det sondres mellom avvergende og avbøtende utjevningstiltak. Avvergende er tiltakene som skal redusere risikoen for urimelige konkurransefordeler, mens de avbøtende søker å utjevne faktisk inntrådte urimelige konkurransefordeler. Etter andre ledd vil egne tiltak blant annet kunne være distribusjon av informasjon og fastsettelse av tilstrekkelige tilbudsfrister. Uttrykket «blant annet» signaliserer at andre utjevningstiltak kan bli aktuelle. I mangel av ytterligere holdepunkter i anskaffelsesdirektivet og forarbeidene må egnethetskravet fastlegges i lys av retts- og klagenemndspraksis – se videre i de to påfølgende punktene. Det som til nå er sagt

¹⁴¹ Avsnitt 34.

om spørsmålet må antas å gjelde både innenfor og utenfor virkeområdet av anskaffelsesforskriften § 12-2.¹⁴²

Det neste spørsmålet er *hvor langt utjevningsplikten rekker*. Det fremgår av anskaffelsesforskriften § 12-2 første ledd at oppdragsgiver «skal» iverksette egnede tiltak. Ordlyden er absolutt og åpner ikke for hensyntaken til oppdragsgivers byrder ved utjevningstiltakene. Dette må langt på vei antas å være dekkende for rettstilstanden innenfor § 12-2, men er det ikke for situasjonene som reguleres direkte av likebehandlingsprinsippet. En slik sontring har støtte i grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper og EU-domstolens praksis.

Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at byrdene oppdragsgiver pålegges må stå i forhold til målene som søkes nådd.¹⁴³ Det kan dermed ikke kreves at oppdragsgiver går over lik for å iverksette ineffektive tiltak. Når målet som søkes nådd er likebehandling må det likevel antas at oppdragsgiver må strekke seg svært langt for å utjevne urimelige konkurransefordeler. Likebehandlingsprinsippet ligger i hjertet av anskaffelsesretten og kan bare helt unntaksvis fravikes ved en rettferdiggjørende begrunnelse. Som Arrowsmith påpeker er prinsippet imidlertid ikke absolutt – det åpner for at man i den enkelte sak tar hensyn til «commercial considerations».¹⁴⁴

Oppdragsgivers tidligere eller eksisterende leverandør kan ved en ny konkurranse ha iboende konkurransefordeler som bare kan utjevnes ved betydelige oppofrelser. I slike tilfeller har EU-domstolen lagt til grunn en modifisert utjevningsplikt.¹⁴⁵ Den modifiserte utjevningsplikten kan både ses om en vurdering av om det foreligger en rettferdiggjørende begrunnelse for brudd på likebehandlingsprinsippet og som et utslag av proporsjonalitetsprinsippet skranker – begge forankret i «commercial considerations».

Når leverandøren har deltatt i planleggingen av anskaffelsen blir det normalt ikke aktuelt med vurderinger av oppofrelser. Enten kan fordelene utjevnes uten betydelige oppofrelser (typisk informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler) eller så kan ikke fordelene utjevnes i det hele tatt (typisk ved påvirkning av anskaffelsesdokumentene).

I tråd med det ovenfor nevnte falt vurderingene i T-345/03 *Evropaïki Dynamiki* ned på at det var for byrdefullt å kreve at oppdragsgiver utjevnet eksisterende leverandørs økonomiske for-

¹⁴² Se punkt 2.3. Fabricius (2017) uttrykker på s. 477 at man utenfor virkeområdet av den danske bestemmelsen antakeligvis uansett må legge til grunn tilsvarende retningslinjer.

¹⁴³ Se punkt 2.2.

¹⁴⁴ Arrowsmith (1998) s. 67.

¹⁴⁵ Videre om den i punkt 4.2.3.

del, men at den tidsmessige fordelene skulle vært utjevnet.¹⁴⁶ Ved utjevningsplikten kommer det altså til syne et skille mellom iboende fordeler som oppstår utenfor virkeområdet av § 12-2 og de typiske fordelene som oppstår ved markedsdialog og rådgivning etter § 12-2.

Skillet vil prege de videre drøftelsene. Innenfor § 12-2 blir det mest aktuelle spørsmålet *hvilke utjevningstiltak* som er «egnete» (punkt 4.2.2). Utenfor § 12-2 – hvor utjevning kan være avhengig av betydelige oppofrelser – vil fokuset derimot være på *utjevningspliktens rekkevidde* (punkt 4.2.3).

4.2.2 Plikten til å utjevne konkurransefordeler oppstått ved deltakelse i planleggingen av anskaffelsen

I dette punktet drøftes det hvordan oppdragsgiver kan oppfylle utjevningsplikten når leverandøren deltar i planleggingen av anskaffelsen og med dette *påvirker anskaffelsesdokumentene* i egen favør eller oppnår urimelige *informasjonsfordeler eller tidsmessig fordeler*.

Ved *påvirkning av anskaffelsesdokumentene* i egen favør blir avvergende utjevningstiltak mest aktuelt. Etter kunngjøring vil det være skarpe muligheter for avbøtende utjevningstiltak. Dette skyldes at mange av de samme momentene som tilsier at det foreligger en urimelig konkurransefordel (punkt 3.3.2.2) også tilsier at endringer i konkurransegrunnlaget vil være «vesentlige», jf. § 14-2 første ledd. Begge bestemmelsene er fundert på likebehandlingshensyn og potensielle leverandører kan ha avstått fra deltakelse på grunn av den opprinnelige utforming av kravene.

Når det gjelder hvilke avvergende tiltak som kan være aktuelle får man atskillig veiledning av momentene nevnt i punkt 3.3.2.2. Aktuelle risikoreduserende grep mot påvirkning av anskaffelsesdokumentene kan f.eks. være å begrense rådgivningsoppdragets omfang eller innflytelsen over kravspesifikasjoner og tildelingskriterier.

Ved utjevning av *informasjonsfordeler og tidsmessige konkurransefordeler* blir både avvergende og avbøtende utjevningstiltak av interesse. I prinsippet er det umulig å avbøte et tidsforsprang fullstendig. Uansett hvor rommelige frister som settes vil den privilegerte alltid ha fått informasjonen på et tidligere tidspunkt. Oppdragsgiver er imidlertid ikke forpliktet til fullstendig utjevning – det § 12-2 forbyr er «urimelige» konkurransefordeler. I tråd med dette ble det i LB-2010-201985 *Norconsult* uttalt at regelverket forbyr urimelige konkurransefordeler

¹⁴⁶ Avsnitt 80 og 160.

som «*ikke i det vesentlige*» er utjevnet før konkurransens avslutning. Tilsvarende må antas å gjelde ved informasjonsfordeler.¹⁴⁷

Enkelte utjevningstiltak følger direkte av gjennomsiktighetsprinsippet. Retten har i flere saker uttalt at gjennomsiktighetsprinsippet innebærer en forpliktelse til å – på et så tidlig tidspunkt som mulig – stille til rådighet tekniske opplysninger av betydning for forståelsen av anskaffelsesdokumentene, slik at alle rimelig oppegående og normalt påpasselige leverandører kan forstå innholdet av dem og fortolke dem på samme måte.¹⁴⁸ Utslag av dette finnes i § 12-2 andre ledd.

Normalt byr det ikke på problemer å overholde forpliktelsene til tilgjengeliggjøring av informasjon f.eks. ved å innta opplysningene i konkurransegrunnet fra starten av. Felles informasjonspakker er et annet alternativ. Klagenemnda uttalte i KOFA 2004/46 at felles informasjonspakker ikke var et «uforholdsmessig strengt krav», noe det vel sjeldent kan være.¹⁴⁹

Når tidsmessige fordeler skal avbøtes vil det «egne» utjevningstiltaket normalt være utsettelse av tilbudsfristen. Hva som utgjør en tilstrekkelig utsettelse må vurderes konkret. Formålet er å gjenopprette leverandørenes sjanselighet. De alminnelige retningslinjene for fristfastsettelse i § 20-1 gir noen veiledning, bl.a. ved å nevne «kontraktens kompleksitet» og «tiden det tar for leverandørene» å utarbeide tilbud som relevante momenter. Videre kan det bli aktuelt å se hen til ferier og helligdager.¹⁵⁰ I LB-2010-201985 *Norconsult* ble to ukers fristutsettelse ansett tilstrekkelig ettersom den nye informasjonen var av «beskjedent omfang og hadde begrenset betydning».

4.2.3 Plikten til å utjevne konkurransefordeler som følge av tidligere eller eksisterende leverandørforhold

Flere saker om tidligere eller eksisterende leverandørs konkurransefordeler har reist spørsmål om *utjevningssplikten rekkevidde*, dvs. hvor langt oppdragsgiver plikter å utjevne konkurransefordelene i møte med motstående hensyn. Problemstillingen kommer særlig på spissen ved fordelene tidligere eller eksisterende leverandør har i kraft av å være nettopp det, de såkalte «iboende» konkurransefordeler. Normalt vil det være tale om økonomiske fordeler, herunder

¹⁴⁷ Thue (2018) uttaler på s. 567 at det må «antas at ikke samtlige opplysninger vil måtte gis videre» og at spørsmålet om hvor mye som må tilgjengeliggjøres beror på «hvor vesentlig informasjonen er for den aktuelle konkurransen».

¹⁴⁸ T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 145, T-50/05 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 59 og T-403/12 *Intrasoft* avsnitt 78.

¹⁴⁹ Avsnitt 26.

¹⁵⁰ Se f.eks. KOFA 2004/215 avsnitt 37 og KOFA 2009/25 avsnitt 31.

innlåsningseffekter. Utjevningsplikten rekkevidde vurderes først i tilknytning til avvergende utjevningstiltak og deretter avbøtende tiltak.

Enkelte iboende konkurransefordeler ville effektivt kunne ha vært unngått, dersom man iverksatte *avvergende tiltak* allerede i forkant av første gang man engasjerte leverandøren. Eksempelvis kunne man krevet at produktet ble utviklet i tråd med universelle standarder, slik at eventuelle fremtidige serviceavtaler, utvidelser mv. like enkelt kan utføres av andre leverandører. Autorative rettskilder gir imidlertid ikke holdepunkter for at oppdragsgiver har noen selvstendig plikt til å unngå fremtidige iboende konkurransefordeler.¹⁵¹ Det ville fordret inngripen i det innkjøpsfaglige skjønnet ved å stille krav til hva oppdragsgiver kan anskaffe, noe EU-domstolen har vært tilbakeholden med.¹⁵²

Særlig to rettsgrunnlag er aktuelle ved undersøkelse av plikten til å iverksette *avbøtende utjevningstiltak* mot iboende konkurransefordeler: § 15-1 fjerde ledd og likebehandlingsprinsippet.

Oppdragsgiver plikter i utgangspunktet – til tross for sterke innlåsningseffekter – å unngå *kravspesifikasjoner som viser til bestemte varemerker mv.*, jf. § 15-1 fjerde ledd.¹⁵³ Plikten er imidlertid ikke absolutt. Unntak gjelder når det er «nødvendig ut fra anskaffelsens formål» (bokstav a) eller det «ikke er mulig» å beskrive ytelsen tilstrekkelig presist eller forståelig ved funksjonskrav, tekniske spesifikasjoner og standarder (bokstav b).

Bokstav a og b kan ses som en konkret utmønstring av utjevningsplikten rekkevidde – og dypest sett kravet til en rettferdiggjørende begrunnelse – og gir dermed uttrykk for lovgivers balansering av de underliggende hensyn. Ordlyden indikerer at oppdragsgivers kommersielle interesser i slike direkte henvisninger svært langt på vei må vike for plikten til å opprettholde likebehandlingen av leverandørene. Når utjevningsplikten baseres direkte på likebehandlingsprinsippet synes imidlertid EU-domstolen å ha modifisert avveiningen i noen grad. Dette skal vi nå se videre på.

Oppdragsgiver må naturligvis unngå at konkurransegrunnlaget inneholder kriterier som i seg selv strider mot *likebehandlingsprinsippet*.¹⁵⁴ Når leverandøren ikke har deltatt i planlegging-

¹⁵¹ Matuszewska-Pautsch (2020) s. 3–4 legger til grunn at anskaffelsesdirektivet ikke har bestemmelser som forplikter oppdragsgiver til å ta hensyn til innlåsningseffekter ved vurderingen av hva som skal anskaffes.

¹⁵² Punkt 3.3.3.3 med videre henvisninger til praksis. Se egne refleksjoner om dette i punkt 4.3.

¹⁵³ Punkt 3.3.3.3 (økonomiske fordeler og innlåsningseffekter).

¹⁵⁴ Interesser som går på tvers av likebehandling vil imidlertid komme inn som et element i vurderingen av om kriteriene er regelverksstridige, fordi de uttrykker diskriminerende motiver eller er uten tilknytning til oppdragsgivers behov. Se eksempelvis T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 68.

en av anskaffelsen vil det imidlertid være vanskeligere å angripe konkurransegrunnlaget. Likebehandlingsprinsippet inneholder imidlertid også skranker mot diskriminerende konkurranse situasjoner. Spørsmålet blir da hvor langt likebehandlingsprinsippet forplikter oppdragsgiver til å iverksette avbøtende tiltak hvor kriteriene i konkurransegrunnlaget ikke i seg selv er regelverksstridige, men likevel gir tidligere eller eksisterende leverandør en fordelaktig posisjon.

Problemstillingen ble behandlet i T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* hvor eksisterende leverandør ved den ubetalte innkjøringsperioden hadde en iboende økonomisk fordel overfor konkurrentene.¹⁵⁵ Med mindre eksisterende leverandør automatisk ble utelukket fra konkurransen var det ikke mulig å unngå slike fordeler.¹⁵⁶ På denne bakgrunn uttalte Retten at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å foreta en fullstendig utjevning av eksisterende leverandørs iboende konkurransefordeler, men at iaktakelsen av likebehandlingsprinsippet fordrer at «a balance must be struck between the interests involved».¹⁵⁷ På det prinsipielle plan førte avveiningen av likebehandlingsprinsippet mot oppdragsgivers interesser til at eksisterende leverandørs iboende konkurransefordeler måtte utjevnes «but only to the extent that it is *technically easy* to effect such neutralisation, where it is *economically acceptable* and where it *does not infringe the rights of the existing contractor*».¹⁵⁸

Med dette stadfestet EU-domstolen at utjevningsplikten ikke er absolutt og at særlig de tre uthevede interessene kan underbygge rettfærdiggjørende begrunnelser for unntak. Ytterligere klargjøring av rekkevidden fordrer nærmere undersøkelser av konkrete typetilfeller. Vi skal se på tre praktiske typetilfeller: ubetalte innkjøringsperioder, oppstarts- og engangskostnader og favoriserende frister.

For *ubetalte innkjøringsperioder* gir T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* veiledning. I prinsippet kunne oppdragsgiver utjevne konkurransefordelen ved å yte betaling i innkjøringsperioden (dvs. doble leverandørutgifter i innkjøringsperioden). Retten mente imidlertid – i lys av målsettinger om effektiv ressursbruk – at dette ville være «unreasonable» og oppdragsgiver pliktet dermed ikke å utjevne fordelen.¹⁵⁹ Avgjørelsen indikerer at man ved utjevning av eksisterende leverandørs iboende konkurransefordeler i noe større grad enn ellers er tilbøyelig til å lempe på likebehandlingskravene ut fra økonomiske prioriteringer (sml. prioriteringen i § 15-1 fjerde ledd).

¹⁵⁵ Se nærmere om saksforholdet i punkt 3.3.3.

¹⁵⁶ Avsnitt 70.

¹⁵⁷ Avsnitt 73–75.

¹⁵⁸ Avsnitt 76. Utheving tillagt. Tilsvarende i T-90/14 *Secolux* (kun tilgjengelig på fransk) avsnitt 77.

¹⁵⁹ Avsnitt 79–80.

Et typetilfelle som ligger i samme gate – og som er vanlig forekommende – er at eksisterende leverandør har fordeler ved sparte *oppstarts- og engangskostnader*. At slike besparelser kan være betydelige illustreres av T-232/06 *Evropaiki Dynamiki* hvor eksisterende leverandør hadde priset «take-over costs» til 40 000 €, mens saksøkers kostnader var 480 000 €. ¹⁶⁰

I KOFA 2009/90 anførte klager at valgte leverandør – i kraft av å være eksisterende leverandør – hadde en konkurransefordel ved å kunne avskrive engangskostnader over et lengre tidsrom enn konkurrentene. Klagenemnda viste til den modifiserte utjevningsplikten oppstilt av EU-domstolen og formulerte problemstillingen som et spørsmål «om innklagede hadde plikt til å utvide kontraktperioden fra tre til fem år for å utjevne den fordel eksisterende leverandør hadde». ¹⁶¹ At det ikke forelå utjevningsplikt i den konkrete saken ble begrunnet med de tekniske og økonomiske byrdene en forlengelse av kontraktperioden innebar. ¹⁶² I fravær av disse hindrene kunne altså oppdragsgiver ha vært forpliktet til å fastsette en lengre kontraktperiode ved utformingen av kravene til ytelsen.

Klagenemndas uttalelse står i et noe problematisk forhold til skrankene mot diskriminerende konkurransegrunnlag fundert på likebehandlingsprinsippet og § 15-1 fjerde ledd. ¹⁶³ Disse reglene oppstiller en høy inngrepsterskel av hensyn til at oppdragsgiver bør ha en vidtgående frihet til å definere kravene til ytelsen. Reglene om diskriminerende konkurransesituasjoner – herunder den modifiserte utjevningsplikten – bør da ikke kunne brukes til å undergrave reglene om diskriminerende konkurransegrunnlag ved å pålegge oppdragsgiver en plikt til å stille andre krav til ytelsen.

Dersom man skulle tillate overprøving av oppdragsgivers krav til ytelsen forankret i den modifiserte utjevningsplikten vil reglene om diskriminerende konkurransegrunnlag overflødiggjøres i disse situasjonene. I tillegg vil dette innebære uforholdsmessige innhugg i oppdragsgiver innkjøpsfaglige skjønnsrom. Eksempelvis vil oppdragsgiver – etter fremgangsmåten i KOFA 2009/90 – være forpliktet til å fastsette en så lang kontraktperiode som mulig for å utvanne eksisterende leverandørs oppstarts- og engangskostnader, med mindre man er utenfor utjevningspliktens rekkevidde. Et visst skjønnsrom til å bestemme kontraktperiodens lengde og andre krav til ytelsen – så lenge kriteriene ikke i seg selv er regelverksstridige – er en forutsetning for god behovsdekning.

¹⁶⁰ Avsnitt 72.

¹⁶¹ Avsnitt 23–34.

¹⁶² Avsnitt 26.

¹⁶³ Se om skrankene ovenfor og i punkt 3.3.3.3.

Annen retts- og klagenemndspraksis gir også noe støtte for at reglene om diskriminerende konkurransesituasjoner må avgrenses mot dette. Den økonomiske fordelene i T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* kunne vært utjevnet ved en lengre kontraktperiode, men det er likevel ikke spor av at det hadde noen betydning i avgjørelsen. Videre unnlot klagenemnda i KOFA 2014/24 å vurdere utjevning ved forlengelse av kontraktperioden, selv om det var anført av klager. Den rettskildemessige vekten av dette er imidlertid begrenset ettersom forholdet ikke var anført for EU-domstolen og KOFAs rådgivende uttalelser ikke kan tillegges nevneverdig vekt.

Man befinner seg her på et uavklart rettsområde hvor rettskildebildet til dels er sprikende. Det synes imidlertid å være svak støtte for å bygge videre på KOFA 2009/90. Snarere taler hensyn til oppdragsgivers skjønnsrom og koherenshensyn for at det utvises en viss tilbakeholdenhet med sensur av oppdragsgivers krav til ytelsen. Dette gjøres ved at kravene ikke i seg selv underkjennes uten at det kan forankres i reglene om diskriminerende konkurransegrunnlag.

Oppfølgingsspørsmålet blir da når det kan kreves at oppdragsgiver utjevner eksisterende leverandørs fordel ved sparte oppstarts- og engangskostnader. I T-232/06 *Evropaiki Dynamiki* ble det reist spørsmål om oppdragsgiver pliktet å se bort fra prisposten «take-over costs» ved evalueringen. Retten fant det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet da det uansett ikke kunne ha fått betydning for resultatet.¹⁶⁴

Ved å se bort fra kostnadene ved evalueringen ville man riktignok et stykke på vei kunne utjevne eksisterende leverandørs iboende konkurransefordel. Andre aspekter ved fremgangsmåten er imidlertid problematiske. Selv om man ved evalueringen skulle sett bort fra kostnadsaspektet vil oppdragsgiver uansett avtalerettslig være forpliktet til å betale kostnadene så lenge de inngår i tilbudet. I lys av at oppdragsgiveren ikke pliktet å betale dobbelt opp i innkjøringsperioden i T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* skal det neppe mye til av oppstarts- og engangskostnader før et slikt tiltak ikke kan anses økonomisk akseptabelt.

Å se bort fra engangs- og oppstartskostnader ved evalueringen byr også på andre problemer. Oppdragsgiver plikter etter likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet – når pris er fastsatt som et tildelingskriterium – å ta i betraktning alle tilbudets kostnader, med mindre noe annet klart fremgår av konkurransegrunnlaget.¹⁶⁵ En eventuell forpliktelse til å innta en slik evalueringsklausul i konkurransegrunnlaget ville være i disharmoni med standpunktet i C-

¹⁶⁴ Avsnitt 84.

¹⁶⁵ Se f.eks. C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions* avsnitt 26–27.

6/15 TNS Dimarso avsnitt 37 om at oppdragsgiver ikke plikter å publisere evalueringsmodellen i anskaffelsesdokumentene.

Ettersom domstolen ikke tok stilling til spørsmålet i T-232/06 *Evropaiki Dynamiki* kan ikke rettstilstanden anses avklart. Drøftelsen ovenfor viser at det ikke bør kunne oppstilles utjevningsplikt begrunnet med at oppdragsgiver kan se bort fra slike kostnader ved evalueringen. Generelt synes det å bli vanskelig å utjevne slike kostnadsfortrinn uten urimelige innhugg i motstående hensyn, herunder oppdragsgivers skjønn og at det skal være økonomisk akseptabelt. I så fall vil dette være en type iboende konkurransefordel, som ofte kan falle utenfor utjevningspliktens rekkevidde.

Det siste typetilfellet er der hvor oppdragsgiver fastsetter *frister som det er umulig eller vanskeligere for andre enn eksisterende leverandør å overholde*. Et eksempel er at oppdragsgiver krever at kontraktsoppstart – som forutsetter opprigging – skal skje svært kort tid etter kontraktsinngåelse.

Det må først understrekes at dersom oppdragsgiver ikke kan gi noen objektiv begrunnelse for at kontraktsoppstart ikke kan skje senere vil kriteriet fort kunne bli ansett som regelverksstridig i seg selv, enten fordi det uttrykker diskriminerende motiver eller mangler tilknytning til oppdragsgivers behov.¹⁶⁶ Et eksempel på dette er KOFA 2019/231 hvor det i realiteten var få andre enn eksisterende leverandør, som kunne oppfylle den stramme fristen for innsendelse av dokumentasjon. Nemnda konstaterte brudd på likebehandlingsprinsippet ettersom oppdragsgiver ikke kunne vise til noe «saklig behov» for fristen.¹⁶⁷

Dersom kriteriet er regelverkskonformt blir spørsmålet hvor langt oppdragsgiver plikter å utjevne konkurransefordelen i medhold av den modifiserte utjevningsplikten. Heller ikke disse fordelene bør anses å ligge innenfor utjevningspliktens rekkevidde utelukkende fordi oppdragsgiver kunne fastsatt andre krav til ytelsen, herunder utsatt kontraktsoppstart. Resonnementet blir det samme som ovenfor. En alternativ begrunnelse er at forutsetningen for at kriteriet er regelverkskonformt er en tilstrekkelig forankring i oppdragsgivers behov, som det etter utjevningsplikten vil være for byrdefullt å kreve fravikelse av.

At oppdragsgiver *kan* utjevne en favoriserende frist ved å stille andre krav til ytelsen må imidlertid være på det rene. Til illustrasjon hadde eksisterende leverandør i KOFA 2009/276 en konkurransefordel når oppstartstidspunktet til det omfattende prosjektet kun var en halv må-

¹⁶⁶ Sml. T-437/05 *Brink's Security* (omtalt i punkt 3.3.3.3). Fabricius (2017) uttrykker på s. 42 at fastsettelse av frister som er så korte at bare eksisterende leverandør kan overholde dem krenker likebehandlingsprinsippet.

¹⁶⁷ Avsnitt 21–24.

ned etter kontraktinngåelse (inklusive jul og nyttår). Nemnda anså imidlertid fordelene tilstrekkelig utjevnet ved at det i konkurransegrunnlaget var angitt at man aksepterte fravikelse av minstekrav i en overgangsperiode.¹⁶⁸

Selv om utjevningsplikt ikke kan oppstilles utelukkende fordi oppdragsgiver kunne ha stilt andre krav til ytelsen vil det likevel normalt foreligge utjevningsplikt ved favoriserende frister. Dette skyldes at det som regel vil være økonomisk akseptabelt, teknisk enkelt og ikke innebære en krenkelse av eksisterende leverandørs rettigheter å organisere anskaffelsesprosedyren, slik at man unngår den favoriserende fristen, f.eks. ved å starte prosedyren på et tidligere tidspunkt. Det kan her trekkes paralleller til reglene om hasteprosedyrer, jf. anskaffelsesforskriften §§ 20-2 tredje ledd, 20-3 femte ledd og 20-4 tredje ledd. Oppdragsgiver tillates bare å forkorte fristene i hastetilfeller, dersom det er «umulig» å overholde vanlige frister. Umulighet forutsetter at oppdragsgiver ikke selv har forårsaket situasjonen eller kunne forutse den.¹⁶⁹ Heller ikke utjevningsplikten bør oppdragsgiver kunne unnsnippe dersom han selv har forårsaket eller kunne forutse situasjonen som førte til favoriserende fristen.

4.3 Vurdering

De forutgående drøftelsene gir – både isolert og i sammenheng med oppgaven for øvrig – foranledning til enkelte refleksjoner. Fokuset skal rettes mot to forhold.

Det første gjelder *sondringen mellom konkurransefordeler ved deltakelse i planleggingen av anskaffelsen etter anskaffelsesforskriften § 12-2 og tidligere eller eksisterende leverandørs iboende konkurransefordeler*. Inneværende kapittel har vist at sondringen særlig får betydning ved utjevningspliktens rekkevidde ved at det oppstilles en modifisert utjevningsplikt i sistnevnte tilfeller. Den modifiserte utjevningsplikten ligger imidlertid ganske utilgjengelig blant regelverkets rettskilder. Det er først ved en nærmere analyse av EU-domstolens avgjørelser – helst lest i lys av grunnleggende prinsipper – at den kommer til syne. På bakgrunn av dette kan det spørres om ikke tiden er inne for å kodifisere denne delen av EU-domstolens praksis.

En betydelig andel av regelverkets anvendere er kommunale myndigheter og andre aktører med begrensede ressurser til å holde seg løpende oppdatert i alle av anskaffelsesregelverkets mangslungne problemstillinger. Det er dermed viktig at regelverket gir tilstrekkelig klart uttrykk for hvilke forpliktelser oppdragsgiverne er underlagt, fortrinnsvis ved at de fremgår uttrykkelig. Særlig gjelder dette problemstillinger som i praksis ofte blir aktuelle, slik som utjevning av eksisterende leverandørs iboende konkurransefordeler. Betydningen av å kodifisere

¹⁶⁸ Avsnitt 52–55.

¹⁶⁹ Nærings- og fiskeridepartementets veileder (2018) s. 228. Tilsvarende TOSLO-2008-140177 med videre henvisning til KOFA-praksis.

re den modifiserte utjevningsplikten understrekes av at de nevnte aktørene kan ha en sårbar økonomi og at utjevningspliktens rekkevidde kan få stor betydning for hvilke byrder oppdragsgiver må bære for å opprettholde likebehandlingen. I tillegg kan de økonomiske konsekvensene av å trå feil bli omfattende.

Det ville vært tilstrekkelig om oppdragsgiver fikk et varsel om at den tilsynelatende vurderingsfrie «skal»-normen i anskaffelsesforskriften § 12-2 ikke er noe godt referansepunkt for tilfellene utenfor § 12-2. Selv om gode grunner taler for kodifisering er det i skrivende øyeblikk ikke holdepunkter for noen regelverksrevisjon i nær fremtid. I mellomtiden kan man håpe at problemstillingen dukker opp for Domstolen ettersom det vil øke sannsynligheten for kodifisering og uttrykkelig klargjøring av rettstilstanden ved neste korsvei.

Det andre forholdet det skal knyttes kommentarer til er *balanseringen av det innkjøpsfaglige skjønnet og likebehandlingsprinsippet ved utjevning av iboende konkurransefordeler*. Drøftelsene i forrige punkt viser at balansegangen er krevende og at rettstilstanden her må anses noe uavklart. Det kan på den ene siden – særlig ved avbøtende utjevningstiltak – argumenteres for at man i enkelte tilfeller har gått for mye på akkord med oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

I andre tilfeller – særlig ved plikten til avvergende utjevningstiltak – dominerer oppdragsgivers skjønn og regelverket synes her lite rustet til å forhindre fremtidige iboende konkurransefordeler. Det er særlig ved avvergende utjevningstiltak – tiltak før leverandøren engasjeres første gangen – at iboende konkurransefordeler effektivt kan forhindres. I lys av skadeligheten av enkelte slike fordeler (særlig innlåsnings effekter) kan det spørres om ikke balansegangen ved avvergende utjevningstiltak kunne vært forskjøvet noe i retning av likebehandling.

En slik forskyvning er ikke uproblematisk da den griper inn i det innkjøpsfaglige skjønnets kjerne: hvilke krav oppdragsgiver kan stille til ytelsen. For store innhugg i skjønnet ville man neppe gjort ved å oppstille en plikt om at oppdragsgiver – ved behov det i fremtiden kan bli å konkurranseutsette på nytt – ikke vesentlig tilsidesetter hensynene til fremtidig konkurranse og effektiv ressursbruk i et langsiktig perspektiv ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Det må imidlertid antas at en slik plikt ville fått liten betydning. Hensyntaken til skjønnet medfører at plikten er utformet noe tannløst. Videre vil oppdragsgivere – selv om de ikke anvender «egne», men «våre» ressurser – i de alt overveiende antallet tilfeller være opptatt av å gjøre gode innkjøp som ikke hemmer fremtidig konkurranse. Den største utfordringen ligger i å ha et tilstrekkelig våkent og langsiktig blikk til å utforme hensiktsmessige kriterier ikke bare med nåtidens interesser for øye, men også fremtidens. En stor del av ansvaret for en rettferdig konkurranse hviler med dette alene på oppdragsgivers skuldre.

5 Avsluttende bemerkninger

I oppgaven har det vært behandlet hvilke rammer som gjelder for samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør før konkurransene etter anskaffelsesforskriften § 12-2 og likebehandlingsprinsippet. Dette har reist to hovedspørsmål: når utløses utjevningsplikten og hva er utjevningsplikten innhold. Spørsmålene har blitt drøftet opp mot de to sentrale formene for samarbeid før konkurranse.

Vi har sett at det ikke i seg selv strider mot reglene at leverandøren – som følge av et samarbeid med oppdragsgiver før konkurranse – oppnår enkelte fordeler. Samarbeidet må imidlertid ikke føre til at leverandøren oppnår urimelige konkurransefordeler vis-à-vis konkurrentene. Dette er som vi har sett betinget av et innvirkningskrav, hvis innhold er forholdsvis usikkert. I et forsøk på å klargjøre innholdet analyserte vi tre av innvirkningskravets bestanddeler.

Når leverandøren *deltar i planleggingen av anskaffelsen*, jf. § 12-2, kan informasjonsflyt i retningen oppdragsgiver-leverandør medføre urimelige informasjonsfordeler og tidsmessige fordeler. Det er imidlertid særlig når informasjonsflyten går i retningen leverandør-oppdragsgiver at risikoen for urimelige konkurransefordeler blir fremtredende ved at leverandøren kan påvirke konkurransepremissene. I sistnevnte tilfelle oppstår også vanskelige avveininger mot oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, som ikke kan anses endelig avklart.

Det ovenstående har betydelig overføringsverdi for spørsmålet om når *tidligere eller eksisterende leverandørforhold* utløser likebehandlingsprinsippet utjevningsplikten. Antakeligvis må det likevel foretas enkelte avpasninger. Særlig har det i denne oppgaven vært argumentert for at rettskildebildet gir grunnlag for å oppstille en sontring når det gjelder hvilken privilegert kunnskap hos tidligere eller eksisterende leverandør som utløser utjevningsplikten.

I noen anskaffelser har tidligere eller eksisterende leverandør iboende konkurransefordeler. Dette reiser ikke bare vanskelige avveininger mot oppdragsgivers skjønn, men setter også likebehandlingsprinsippet under press. Spørsmålet blir da hvor langt oppdragsgiver må strekke seg for å sørge for en rettfærdig konkurranse. Den modifiserte utjevningsplikten – som EUDomstolen har oppstilt i disse typetilfellene – har en forholdsvis uavklart rekkevidde.

Det er domstolene som må foreta avklaringene på områdene nevnt ovenfor. I oppgaven har det vært forsøkt anskueliggjort hvor det kan trekkes forholdsvis sikre slutninger, hvor det er ytterligere avklaringsbehov, samt at det er pekt på mulige løsninger. Det er et håp og en ambisjon at oppgaven på denne måten kan bidra i avklaringsarbeidet, slik at usikkerhet om adgangen til samarbeid før konkurranse reduseres og anskaffelsene blir så gode som mulig.

Kildeliste

Litteratur

- Arrowsmith (1998) Arrowsmith, Sue. "The problem of discussions with tenderers under the E.C. Procurement Directives: the current law and the case for reform." *Public Procurement Law Review*, nr. 3 (1998) s. 65–82.
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue. *The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK : Vol. 1*. 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Bakjord (2018) Bakjord, Espen og Marianne H. Dragsten. «Innovative IT-anskaffelser.» *Lov&Data* Årg. 133, nr. 1 (2018), s. 21–24. <https://lovdata.no/static/LOD/hefter/lod-2018-1-133.pdf?timestamp=1583849634000> sjekket 27. april 2020.
- Bakken (2013) Bakken, Espen og Thomas Nordby. *Offentlige anskaffelser*. Bergen: Fagbokforl., 2013.
- Bovis (2012) Bovis, Christopher H. *EU public procurement law*. 2nd ed., Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
- Bruserud (2014) Bruserud, Herman og Viggo Hagstrøm. *Entrepriserett*. Oslo: Universitetsforl., 2014.
- Dragsten (2005) Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen. *Offentlige anskaffelser : lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 og Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr 616 : med kommentarer : Bind 1*. Oslo: Universitetsforl., 2005.
- Dragsten (2006) Dragsten, Marianne H. *Håndbok i offentlige anskaffelser*. Oslo: Universitetsforl., 2006.
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser : regel-*

- verk, praksis og løsninger*. Oslo: Universitetsforl., 2013.
- Fabricius (2017) Fabricius, Jesper. *Offentlige indkøb i praksis*. 4. udg., København: Karnov Group, 2017.
- Goller (2017) Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. 2. utg, Oslo: Gyldendal juridisk, 2017.
- Graver (2005) Graver, Hans Petter. "Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser." *Tidsskrift for forretningsjus* Årg. 11, nr. 4 (2005) s. 461–476.
- Hammersvik (2018) Hammersvik, Simen. "Article 65(1) [Public procurement]." i Agreement on the European economic area : a commentary. Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad, Christoph Vedder red., Oslo: Universitetsforl., 2018, s. 612–641.
- Krüger (2006) Krüger, Kai. "Critical comments on the new procurement directives, preceding the Nordic adaptations." i *EU's udbudsregler : implementering og håndhævelse i Norden*. Jens Fejø og Steen Treumer red., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 9–23.
- Krüger (2010) Krüger, Kai. "'Bukken og havresekken' : habilitetsspørsmål ved tildeling av offentlige kontrakter." i *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder : festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*. Gudmund Knudsen, Kristin Normann, Geir Woxholth red., Oslo: Gyldendal akademisk, 2010, s. 125–151.
- Matuszewska-Pautsch (2020) Matuszewska-Pautsch, Karolina. "'Vendor lock-in' in IT contracts - what to consider when choosing and using IT systems." *Public Procurement Law Review*, nr. 1 (2020) s. 1–15.
- Poulsen (2012) Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen & Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg. *EU public procurement*

law : the public sector directive : the utilities directive.
2nd ed., Copenhagen: DJØF Publ., 2012.

- Priess (2002) 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*, nr. 3 (2002) s. 153–171.
- Roe (2005) Roe, Sally and Christof Lessenich. "Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement." *Public Procurement Law Review*, nr. 4 (2005) s. 93–97.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforl., 2011.
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse. *Prekontraktuelt ansvar : det alminnelige prekontraktuelle ansvar, ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*. Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 1997.
- Steinicke (2008) Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer. *EU's udbuds-direktiver : med kommentarer*. 2. udg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Steinicke (2018) Steinicke, Michael. "Chapter III Conduct of the procedure." i *EU public procurement law : Brussels commentary*. Michael Steinicke, Peter L. Vesterdorf red., München: Beck, 2018, s. 515–532.
- Thue (2018) Thue, Anders mfl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser : med kommentarer*. 2. utg., Oslo: Gyldendal, 2018.
- Treumer (1999) Treumer, Steen. "Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers." *Public Procurement Law Review*, nr. 3 (1999) s. 147–160.

- Treumer (2000) Treumer, Steen. *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.
- Treumer (2007) Treumer, Steen. "Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom." *Public Procurement Law Review*, nr. 2 (2007) s. 99–115.

Internasjonale rettskilder

Tilgjengelige på <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Traktater, direktiver og forordninger

- EØS-avtalen *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*. Oporto, 2. mai 1992.
- WTOs avtale om offentlige innkjøp (GPA) *Avtale om offentlige innkjøp*. Marrakesh, 15. april 1994. Endret ved *Protokoll om endring av avtale om offentlig innkjøp*. Geneve, 30. mars. 2012.
- Direktiv 71/305/EEC Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts.
- Direktiv 2004/18/EC Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.
- Direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet) Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

Forordning 1605/2002 (finansforordningen) Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities.

EU-domstolen

C-243/89 <i>Storebælt</i>	ECLI:EU:C:1993:257
C-169/91 <i>Stoke-on-Trent</i>	ECLI:EU:C:1992:519
C-513/99 <i>Concordia Bus Finland</i>	ECLI:EU:C:2002:495
C-19/00 <i>SIAC Construction</i>	ECLI:EU:C:2001:553
C-92/00 <i>Hospital Ingenieure</i>	ECLI:EU:C:2002:379
Forente saker C-21/03 og C-34/03 <i>Fabricom</i>	ECLI:EU:C:2005:127
C-234/03 <i>Contse</i>	ECLI:EU:C:2005:644
C-213/07 <i>Michaniki</i>	ECLI:EU:C:2008:731
C-538/07 <i>Assitur</i>	ECLI:EU:C:2009:317
C-376/08 <i>Serrantoni</i>	ECLI:EU:C:2009:808
C-336/12 <i>Manova</i>	ECLI:EU:C:2013:647
C-358/12 <i>Consorzio Stabile</i>	ECLI:EU:C:2014:2063
C-42/13 <i>Cartiera dell'Adda</i>	ECLI:EU:C:2014:2345
C-278/14 <i>SC Enterprise Focused Solutions</i>	ECLI:EU:C:2015:228
C-6/15 <i>TNS Dimarso</i>	ECLI:EU:C:2016:555
T-345/03 <i>Evropaiki Dynamiki</i>	ECLI:EU:T:2008:67
T-50/05 <i>Evropaiki Dynamiki</i>	ECLI:EU:T:2010:101
T-437/05 <i>Brink's Security</i>	ECLI:EU:T:2009:318
T-232/06 <i>Evropaiki Dynamiki</i>	ECLI:EU:T:2011:443
T-403/12 <i>Intrasoft</i>	ECLI:EU:T:2015:774
T-4/13 <i>Communicaid Group</i>	ECLI:EU:T:2014:437
T-90/14 <i>Secolux</i>	ECLI:EU:T:2015:772
T-10/17 <i>Proof IT</i>	ECLI:EU:T:2018:682
Forslag til avgjørelse av Generaladvokat Kokott i sak C-368/10 <i>Commission v Netherlands.</i>	ECLI:EU:C:2011:840

Vedtak

- Kommisjonens avgjørelse C(2004) 900 *COMMISSION DECISION of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_3.pdf sjekket 29. april 2020.
- EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 *EØS-KOMITEENS BESLUTNING nr. 97/2016 av 29. april 2016 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp)*. <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2016%20-%20Norwegian/097-2016n.pdf> sjekket 29. april 2020.

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
- 2002 Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.
- 2006 Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Forarbeider

- NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser*.

NOU 2014: 4
Prop. 51 L (2015–2016)

*Enklere regler – bedre anskaffelser.
Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).*

Rettspraksis

LB-2010-201985 *Norconsult*
LB-2008-610
TOSLO-2008-140177

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

KOFA 2003/36
KOFA 2003/74
KOFA 2004/46
KOFA 2004/215
KOFA 2004/241
KOFA 2005/296
KOFA 2006/121
KOFA 2008/16
KOFA 2008/42
KOFA 2008/53
KOFA 2009/25
KOFA 2009/90
KOFA 2009/150
KOFA 2009/276
KOFA 2010/54
KOFA 2010/174
KOFA 2011/302
KOFA 2012/99
KOFA 2012/144
KOFA 2012/194
KOFA 2013/20
KOFA 2013/26
KOFA 2014/24
KOFA 2015/60
KOFA 2015/69
KOFA 2016/21
KOFA 2016/25

KOFA 2016/50
KOFA 2016/59
KOFA 2016/100
KOFA 2017/117
KOFA 2018/138
KOFA 2018/158
KOFA 2019/231
KOFA 2019/713

Utenlandske rettskilder

UfR 2005.1799 H

Klagenævnet for Udbud 13. juni 1996 *Foreningen af Rådgivende Ingeniører*

Klagenævnet for Udbud 31. mai 2010 *Danske Arkitektvirksomheder*

Andre kilder

Aftenposten (2015) Aftenposten. "Dette er Nødnett." *Aftenposten*, <https://www.aftenposten.no/norge/i/vny4/dette-er-noednett> sjekket 27. april 2020.

Aftenposten (2019) Henriksen, Arve. «Statsbygg frikjent på alle punkter.» *Aftenposten*, <https://www.aftenposten.no/osloby/i/zGweo5/statsbygg-frikjent-paa-alle-punkter> sjekket 27. april 2020.

E24 (2018) E24. «19 arkitektkontorer klager på regjeringsbygg-avgjørelse.» *E24*, <https://e24.no/norsk-oekonomi/i/b586vv/19-arkitektkontorer-klager-paa-regjeringsbygg-avgjoerelse> sjekket 27. april 2020.

Lovavdelingens uttalelse 2. juli 2008 (JDLOV-2008-2965) Justisdepartementets lovavdeling. «Habilitet for enkelte medarbeidere i redningshelikopterprosjektet.» 2. juli 2008. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-6---habilitet-for-enkelte-medarbeidere-/id521662/> sjekket 28. april 2020.

NRK (2018) Tølfesen, Caroline. «19 selskaper går sammen om klage mot Statsbygg.» *NRK*, <https://www.nrk.no/kultur/19-selskaper-klager-inn-statsbygg-til->

[klagenemda-for-offentlige-anskaffelser-1.14074248](#) sjekket 27. april 2020.

Nærings- og fiskeridepartementets veileder (2018) Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser. 24.04.2018 <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf> sjekket 28. april 2020.

Teknisk Ukeblad (2007) Strøm-Gundersen, Tone. «Brøt anbudsregler for å holde skjema.» *Teknisk Ukeblad*, <https://www.tu.no/artikler/brot-anbudsregler-for-a-holde-skjema/241147> sjekket 27. april 2020.

The Linux Information Project (2006) The Linux Information Project. «Vendor Lock-in Definition.» 29.04.2006 http://www.linfo.org/vendor_lockin.html sjekket 29. april 2020.