

simonsen  
vogtviig

# Nyheter innen regelverket

## Et utvalg

*Fagdag om offentlige anskaffelser i Næringsforeningen - 4.9.19*

Partner Arne Oftedal, Stavanger

[www.svw.no](http://www.svw.no)

# Lov om offentlige anskaffelser

- Loven ble vedtatt 17.6.2016 – I kraft 1.1.2017
- Sist endret 21.4.2017
  
- De grunnleggende prinsippene i § 4 har stadig aktualitet
  
- Eksempel: *KOFA 2017/117*
  - Kontrakt av lang varighet, men var ikke tale om en rammeavtale (4 års krav normalt). 10 år tilsammen inkl. opsjoner.
  - Anskaffelse av en digital løsning for kommunikasjon for barnehager og foresatte.
  - Behov for denne lengden for å kunne samkjøre løsningen med en senere planlagt anskaffelse av fagsystem for barnehagene, som tidligst vil kunne initieres i 2022
  - KOFA kom til at dette ikke var i strid med kravet til konkurranse

# Forskrift om offentlige anskaffelser

simonsen  
vogtviig

- Sist endret 4.4.2018
- MAO ingen endringer siden sist fagdag
- Er på høring et forslag om en forskriftsendring om ideelle organisasjoner
  - Store diskusjoner om det EØS-rettslige handlingsrommet
  - Departementet har nå våget å ta skrittet videre ut
    - Forslaget gjelder kontrakter som reserveres for ideelle
    - Gjelder helse- og sosialtjenester
    - En slik reservasjon til ideelle *må bidra til å oppnå sosiale formål, fellesskapets beste og budsjettmessig effektivitet*
    - Definerer ideelle organisasjoner
      - "*organisasjoner som arbeider utelukkende for et sosialt formål til fellesskapets beste og som reinvesterer evt. overskudd tilbake til organisasjonens formål.*"

# Melding St. nr. 22 (2018-2019)

simonsen  
vogtviig

## *Hovedmål med meldingen*

- *Hvordan anskaffelsene kan utføres mest mulig effektivt innenfor det regelverket vi har?*
- Fokus på effektivisering, innovasjon og samfunnsansvar
- Desentralisere organisering av offentlige innkjøp
- Profesjonalisering er et nøkkelbegrep:
  - Økt kompetanse
  - Bedre styring, ledelse og organisering



## **Meld. St. 22**

(2018–2019)

Melding til Stortinget

Smartere innkjøp – effektive  
og profesjonelle offentlige anskaffelser





# Melding St. nr. 22 (2018-2019)

simonsen  
vogtviig

## *Utvalgte tiltak*

- Evaluere hevingen av nasjonal terskelverdi
- Utrede oppdragsgivernes etterlevelse av "del opp og begrunn prinsippet"
- Utarbeide felles "kjøreregler" for anskaffelser
- Hel-digitalisering av anskaffelsene
- Overordnet veileder til krav mot arbeidsmiljøkriminalitet
- Mål om helhetlige anskaffelser i 2024
- KOFA får ytterligere ressurser til å følge opp oppdragsgivernes etterlevelse av nemndas avgjørelser



## **Meld. St. 22**

(2018–2019)

Melding til Stortinget

Smartere innkjøp – effektive  
og profesjonelle offentlige anskaffelser



# Rettspraksis og KOFA-praksis

*Overordnet*

simonsen  
vogtviig

- En rekke lagmannsrettsavgjørelser
  - Nytt at det er flere saker om avvisning
- Fosen-linje-saken skal nå endelig avgjøres av Høyesterett
- En rekke KOFA-avgjørelser
- Saksbehandlingstiden i KOFA har gått opp en del



# Juridisk litteratur mv.

simonsen  
vogt wiig

*Anders Thue, Anne Buan med flere*

- Finnes flere oppslagsverk og kommentarutgaver på markedet
- Gyldendal: Kommentارutgave fra advokater i Simonsen Vogt Wiig mfl. (ajour pr. 30. april 2018)
- Ny veileder om OA fra april 2018 på regjeringens hjemmesider

Gyldendals  
Juridiske  
Kommentarserie  
Lov og forskrift  
om offentlige anskaffelser  
med kommentarer  
Anders Thue  
Anne Buan  
mfl.  
2. utgave

# Fosen-Linjen saken

*En rekke avgjørelser – fortsatt i prosess!*

- 2018-03-02 – Frostating lagmannsrett
- Fergeanbud i Trøndelag
- "Miljø" som et av flere evalueringskriterium – ulovlig?
- Avlysning, ulovlig?
- Rett til erstatning?



# Fosen-Linjen saken

*Ansvarsgrunnlaget – erstatning – positiv kontraktsinteresse*

- I Rt. 2001 s. 2016, Nucleus kom Høyesterett til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse om oppdragsgiver har begått en "vesentlig feil"
- I sak E-16/16 Fosen-Linjen kom EFTA-domstolen til at "enhver feil" kan gi grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse (I)
- Frostating lagmannsrett fulgte ikke EFTA-domstolen, men fastholdt Nucleus-normen
- Høyesterett har forelagt saken for EFTA-domstolen på nytt
- EFTA-domstolen har nå modifisert sitt syn (II)

# Fosen-Linjen II

- EFTA-domstolen sier bla nå (1.8.19):

«Kravet om tilstrekkelig kvalifisert brudd som minstestandard anses som tilstrekkelig til å ivareta enkeltpersoners rettigheter».

# Fosen-Linjen II

*EFTA-domstolens nye uttalelse*

simonsen  
vogtviig

- «I lys av det ovenstående finner EFTA-domstolen at svaret på det forelagte spørsmål må bli at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke krever at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er tilstrekkelig til å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste til personer som har blitt skadelidende som følge av en overtredelse av EØS-regler om offentlige anskaffelser.»

# Fosen-Linjen i Høyesterett

simonsen  
vogtviig

- Vil vurdere om avlysningen var feil
- Og så vurdere om det evt. er grunnlag for positiv kontraktsinteresse
- Vurderer også om tildelingskriteriet miljø var ulovlig. Hvis ja, vilkårene for og retten til negativ kontraktsinteresse



# Follo-banen saken

*LB-2017-94201, Bane NOR*

## *Problemstillinger*

- Spørsmål om det var stilt et minstekrav i kravspesifikasjonen og om dette kravet var brutt
- Altså avvik fra tekniske minstekrav?



simonsen  
vogtviig

## *LRs vurdering*

- LR fant det klart at det forelå et avvik som hadde betydning for konkurransesituasjonen
  - Omfattende tolkning av konkurransegrunnlaget, objektivt fortolket
  - Manglende avvisning ble i seg selv ansett som en vesentlig feil



# Follo-banen saken

*LB-2017-94201, Bane NOR*

simonsen  
vogtviig

## *Problemstillinger*

- Men var det årsakssammenheng?
- Altså skulle Skanska/klagers tilbud uansett vært avvist, det også?
- Og ville uansett konkurransen blitt avlyst fordi Skanskas tilbud var vesentlig dyrere?

## *LRs vurdering*

- LR kom til at Skanskas tilbud ikke inneholdt feil av en slik art
- Og at det – slik situasjonen lå an – var klar sannsynlighetsovervekt for at kontrakten ville blitt inngått

# Follo-banen saken

*LB-2017-94201, Bane NOR*

simonsen  
vogtviig

## *Problemstillinger*

- Hvordan skulle erstatningen beregnes?
- Hadde det betydning at Skanska hadde planlagt å utføre arbeidet sammen med et annet selskap (Zublin) som et JV? Avkortning?

## *LRs vurdering*

- Ikke grunnlag for avkortning
- Kalkylene til Skanska ble lagt til grunn, slik at hele dekningsbidraget ble erstattet (11%)
- Men foretok neddiskontering til nåverdi
- Til sammen ca. kr. 272 millioner + dekning av saksomkostninger

# Fv505 Skjæveland – Foss Eikeland

KOFA-2017/171

simonsen  
vogtviig

## *Problemstillinger*

- Skulle valgte leverandør vært avvist?
- Spørsmål om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene
- Bla. Bygging av bro etter "skyvemetoden"
- Krav om "erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad"

## *KOFAs vurdering*

- *"tilbyder må vise at de har erfaring fra tilsvarende prosjekter eller dokumentere erfaring fra alle kontraktens sentrale områder", jf. LB-2017-156250*
- Valgte leverandørs og underleverandørers erfaringer samlet sett tilstrekkelig (Dokka + Poppe + SV Betong)

# Fv505 Skjæveland – Foss Eikeland

KOFA-2017/171

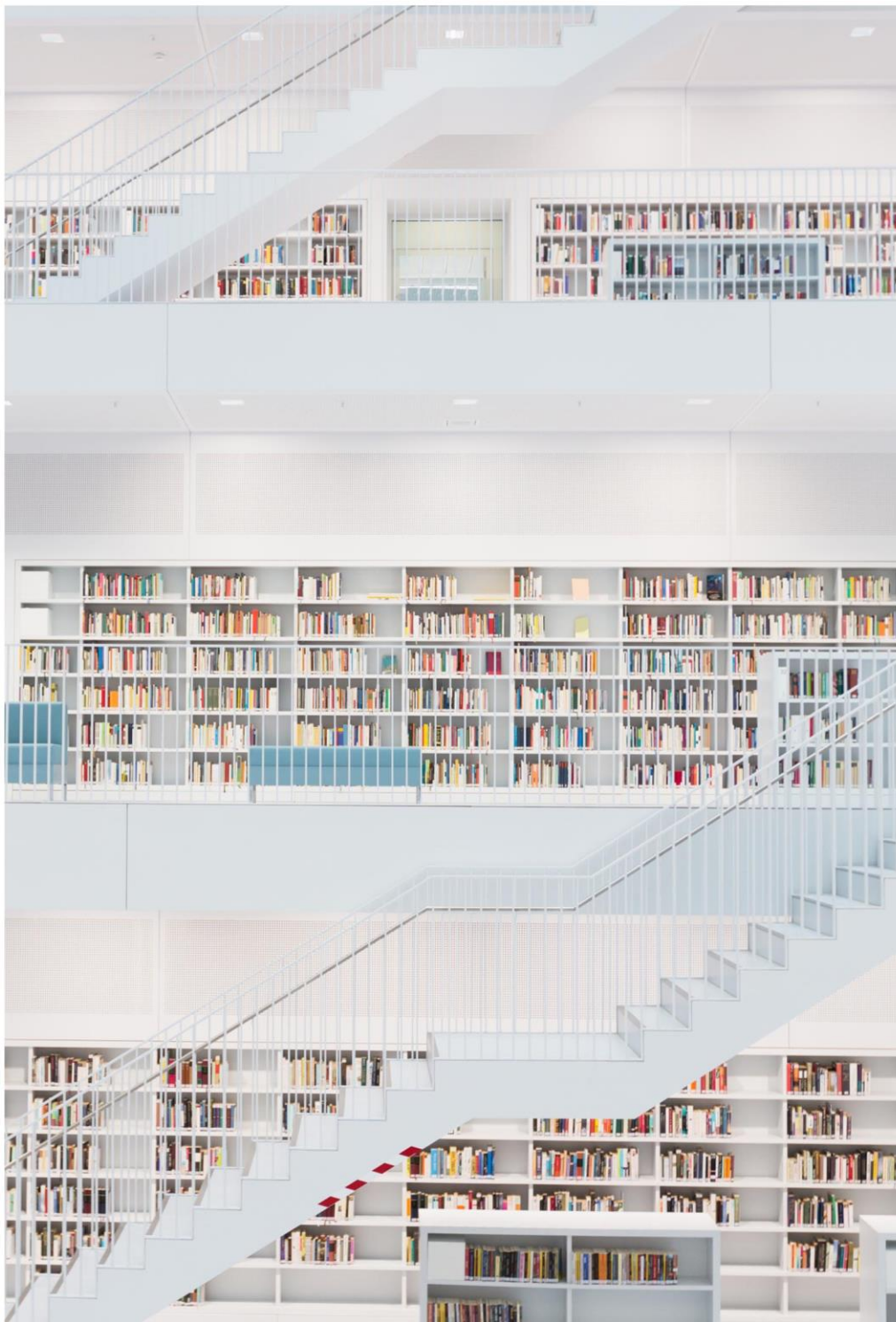
simonsen  
vogtviig

## *Problemstillinger*

- Hadde nøkkelpersonene som var oppgitt "*teknisk og faglig kompetanse og relevant erfaring*" ?
- Også spørsmål om etterfølgende innhenting av en ytterligere forpliktelseserklæring måtte føre til avvisning

## *KOFAs vurdering*

- Ja, mente Klagenemnda, også selv om Poppe ikke var ført opp blant nøkkelpersonene
- Dette ble bla. begrunnet med at det ikke var stilt eksplisitt krav til at nøkkelpersonene måtte ha erfaring med skyvemethoden
- Konkret vurdering.



## LB-2018-147988 – Presis Vegdrift

- Spørsmål bla. om rammene for avklaringsadgangen i en situasjon knyttet til avvisning pga. manglende oppfyllelse av et miljøstyringssystem
- Hadde SVV plikt til å foreta en avklaring med denne leverandøren før de avviste?



# LB-2018-147988

*SVV vs. Presis Vegdrift AS*

simonsen  
vogtviig

## *Kravene i konkurransegrunnlaget*

- *Var stilt krav om at "leverandøren skal ha et godt og velfungerende miljøstyringssystem, basert på ISO 14001 (2015), EMAS eller tilsvarende."*
- *Det ble forventet lagt frem relevant attest for et slikt system eller annen dokumentasjon for tilsvarende miljøledelsestiltak*

## *Rettens nærmere vurdering*

- *"Selv om forskriften ikke fastsetter noen plikt for oppdragsgiver til avklaring, legger lagmannsretten til grunn at en slik plikt i visse tilfeller kan utledes av de grunnleggende prinsipper som gjelder for alle offentlige anskaffelser i medhold av anskaffelsesloven (LOA) § 4"*

# Presis Vegdrift forts.

- Prinsipiell uttalelse fra lagmannsretten om når det kan foreligge en avklaringsplikt:

*"Ut fra dette rettskildebildet er det lagmannsrettens oppfatning at det klare rettslige utgangspunktet er at leverandøren har risikoen for innholdet i tilbudet, herunder for innholdet i dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og at oppdragsgiver ikke har noen plikt til å foreta avklaringer. Slik plikt kan imidlertid foreligge i spesielle tilfeller. Det gjelder der det i lys av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet at ikke oppdragsgiver foretar avklaring. Dette kan for eksempel gjelde der uklarhet i tilbudet skyldes uklarhet i konkurransegrunnlaget."*

# Litt mer om tolking av kvalifikasjonskrav

simonsen  
vogtviig

## *Forskriftens utgangspunkter*

- FOA § 16-1 (1) – oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner
- FOA § 16-5 (1) – kan bare gjelde tekniske og faglige kvalifikasjoner, inkl. tekniske og menneskelige ressurser og erfaringer
- FOA § 16-5 (2) – de faglige kvalifikasjonene kan vurderes på bakgrunn av leverandørens ferdigheter, effektivitet og pålitelighet (gjelder ikke rene vareleveranser)
- FOA § 16-1 (1) – kravene må ha tilknytning til det som skal ytes og være proporsjonale
- FOA § 16-6 – kan bare kreve dokumentasjon som angitt her

# "Samme art og vanskelighetsgrad"

LB-2017-156250

simonsen  
vogtviig

- Drifts- og vedlikeholdskonkurranse knyttet til elektriske anlegg
- Stor kontrakt, omfattet 76 tuneller, 14 broer, 16 kaier, en rekke skilt, tellepunkter, værstasjoner, trafikksignalanlegg osv.
- Kvalifikasjonskrav: *"Tilbyder skal ha erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad"*
- Dokumentasjonskrav: *"Oversikt over de 3-5 siste og mest relevante tilsvarende oppdrag utført eller under utførelse i løpet av de siste 5 år"*
- Et sentralt spørsmål var om erfaring fra slikt arbeid i tuneller må anses som et absolutt krav for å kvalifisere seg.
- Lagmannsretten besvarte dette med nei. Fordi:
  - Ikke sagt noe uttrykkelig om dette i kvalifikasjonskravet eller i tilknytning til det
  - Klassifikasjonen av de tuneller som kontrakten omfattet, indikerte heller ikke at det her var tale om tunellspesifikke elektroarbeider av uvanlig krevende karakter

# "Samme art og vanskelighetsgrad"

KOFA-2017/160

simonsen  
vogtviig

- Elektrotekniske anlegg til vegstrekning på 12 km, hvorav 9,4 km tunell
- Kvalifikasjonskrav: *"erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad"*
- Dokumentasjonskrav: *"Det skal fremgå av referanseprosjektet at tilbyder har erfaring med elektroinstallasjoner, maskinleveranser, løsninger for styring, regulering og overvåkning (SRO), integrasjon i tunell."*
- Tilbyder ble avvist, pga. manglende erfaring fra **veitunell**
- Hadde referanse kun fra **jernbane-tunell**
- Anført fra oppdragsgiver at det var stor forskjell på kompleksitet når det gjaldt elektrotekniske anlegg i vegtunell contra jernbane-tunell
- Foretok en konkret tolkning av konkurransegrunnlaget
- Klagenemnda ga ikke klager medhold.



# Oppsummering – kvalifikasjonskrav

*Forsøk på oppsummering av rettstilstanden basert på praksis*

simonsen  
vogtviig

- Relativt stor skjønnsfrihet ved utforming av kvalifikasjonskrav
- Domstolene går langt i å tolke inngående de konkrete kravene, etter en objektiv vurdering
- Generelle kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav:
  - Kvalifikasjonskravene blir styrende
- Spesifikke dokumentasjonskrav:
  - Stor betydning for innholdet i kvalifikasjonskravet
- Tolkningen kan lede til to hovedtilnærminger
  - At det i den konkrete anskaffelsen er fastlagt en klar terskel som begrenser skjønnsfriheten
  - At det i den konkrete anskaffelsen er fastlagt en mer åpen terskel som åpner opp for et større innkjøpsfaglig skjønn, men dog avgrenset av rammene for forsvarlighet og LOA § 4

Takk for meg!

Arne Oftedal

[aof@svw.no](mailto:aof@svw.no)

475 01 718