

VINTERSEMINAR FOR BEDRIFTSJURISTER 2023

Samarbeid med oppdragsgivere i offentlige anskaffelser

ADVOKAT EIVIND J. VESTERKJÆR OG ADVOKAT WENCHE SÆDAL

THOMMESSEN

1

Hva bør bedrifter være oppmerksomme på ved samarbeid med offentlige myndigheter i tidligfase?

Før konkurranse



ADVOKATFIRMAET THOMMESSEN AS

SAMARBEID MED OPPDRAGSGIVERE I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

2

2

Overordnet

- Samarbeid og rådgiving kan gi bedre og mer treffsikre anskaffelser
- Ulike typer samarbeid – forholdet til FOU samarbeid
- Samarbeid i tidlig fase kan innebære en konkurransefordel og/eller medføre inhabilitet
- Likebehandling og gjennomsiktighet i anskaffelsen, jf. anskaffelsesloven § 4
 - Leverandørene skal ha «*equality of opportunity when formulating their tenders*», jf. Forente saker C-21/03 og C-34/03 Fabricom avsnitt 27.
- Risiko for avvisning



3

Rettslige utgangspunkter



4

”

Når en leverandør eller en virksomhet tilknyttet leverandøren har gitt råd til oppdragsgiveren forut for konkurransen, skal oppdragsgiveren treffe egnede tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel dersom han deltar i konkurransen. Det samme gjelder dersom leverandøren har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte.

Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 12-2 (1)

5

”

Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør:

- c) når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 7-5;
- d) som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 12-2. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiveren gi ham en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridning.

FOA § 24-2 (1)

6

Inhabilitet

- Det skal forholdsvis lite til før det foreligger inhabilitet, jf. Rt. 1998 s. 1398 på side 1410 og Rt. 2007 s. 983 avsnitt 82

- Sannhet med modifikasjoner?

- Inhabilitet inntre

"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"

jf. LB-2010-201985 Norconsult

- Bidrag i form av utarbeidelse av grunnlagsdokumenter, normalt ikke til hinder for å delta i den samme konkurransen

7

Forvaltningsloven § 6

- 1) *En offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltnings sak*
 - a. *når han selv er part i saken;*

(...)
- 2) *Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part*

Urimelig konkurransefordel

- **Konkurransefordel kan bestå av** informasjonsfordeler, tidsmessige fordeler, økonomiske fordeler, eller fordeler ved at bedriften har påvirket anskaffelsesdokumentene i egen favør
- *"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"*

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

- **Konkurransefordelen må være urimelig**
 - Konkurransefortrinn må være av en viss størrelse og betydning, jf. LB-2010-201985 Norconsult
 - Leverandør som har gitt råd forut for konkurransen og oppnådd god uttelling i konkurransen, er ikke et bevis for at leverandøren har fått en urimelig konkurransefordel, jf. KOFA 2022/913



8

”

Lagmannsretten har funnet avgjørelsen vanskelig, men har etter en helhetsvurdering kommet til at det ikke var tilstrekkelig grunn til å utelukke NC [Norconsult] fra konkurransene om prosjektering av grunnarbeidene. Sentralt i vurderingen står at de skisser og notater som tilleggsarbeidene munnet ut i, etter det lagmannsretten kan se ikke inneholdt egentlige spesifikasjoner for anskaffelsen, men ga generell informasjon om ulike sider ved prosjektet. Slik informasjon skal prinsipielt sett være enkel å utjevne ved at samtlige tilbydere gis tilgang til de samme dokumentene. Utover generell kjennskap til planstrekningen og aktuelle problemstillinger, er det ingen som har kunnet påvise at NC fikk særfordeler gjennom å utføre tilleggsarbeidene. Det forhold at NC ved å arbeide tett opp mot oppdragsgiveren inn i konkurranseperioden, var i en posisjon der man teoretisk hadde mulighet for å påvirke prosjektet til egen fordel, kan ikke være avgjørende så lenge det ikke er noen holdepunkter [for] at dette faktisk skjedde.”

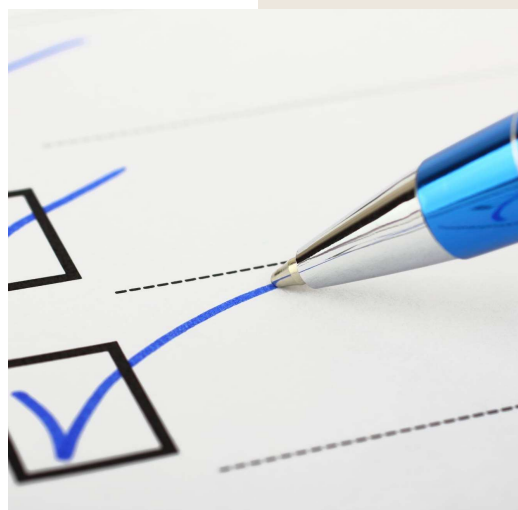
LB-2010-201985 Norconsult

9

Urimelig konkurransefordel

Veiledende spørsmål

- Hvor lett er det for andre å tilfredsstille de tekniske spesifikasjoner som er valgt?
- Er de valgte spesifikasjoner naturlige ut i fra oppdragsgivers behov?
- Får rådgiveren en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelse av sitt tilbud?
- Har rådgiveren mottatt informasjon om oppdraget som ikke er blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne?
- Hvordan påvirker valget rådgiverens mulighet til å vinne konkurransen?



10

Egnede tiltak

- Utjevningsplikt
- Oppdragsgivers skjønnsfrihet
- Dele informasjon til alle leverandører
- Utvide tilbudsfristen
- Begrense rådgivningsoppdragets omfang, eller innflytelsen over kravspesifikasjoner og tildelingskriterier
- Tiltak må iverksettes før tilbud innleveres
- Oppdragsgiver har bevisbyrden

ADVOKATFIRMAET THOMMESSEN AS

SAMARBEID MED OPPDRAGSGIVERE I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Regjeringskvartal-saken: Ikke brudd på rådgiverhabiliteten, konkluderte Kofa

TEMAER: Habilitet Klage FOA Konkurranselov Rådgivning



Kofa-faggruppen er presideklare for det nye regjeringskvartalet. Her i en video ser vi Kofa ikke bare bli med på å se ut hvordan den rådgiverhabilitet i Sveiselike mest tilkling av utvalgte opplysning der til konkurransen for prosjektet er det nye kvartalet, dør av Sveiselike.

FOA § 12-2 (2)

Egnede tiltak vil blant annet være:

- å sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren i planleggingen av konkurransen
- å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne eventuelle fordeler

11

11

1:2

Hva kan bedrifter gjøre for å sikre seg mot avvisning?

- Gjør en selvstendig vurdering av rådgivningsoppdraget
 - Jo tettere opp mot kravspesifikasjonen, jo større er risikoen for avvisning, sml. LB-2010-201985 Norconsult
 - Eventuelt rådgivning knyttet til kravspesifikasjonen bør ikke favorisere egne produkter/teknologier
 - Unngå å formulere selve kravspesifikasjonen



ADVOKATFIRMAET THOMMESSEN AS

SAMARBEID MED OPPDRAGSGIVERE I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

12

12

2:2

Hva kan bedrifter gjøre for å sikre seg mot avvisning?

- "Forplikte" oppdragsgiver til å utjevne eventuelle konkurransefortrinn?
 - Tilstrekkelig tilbudsfrist
 - Sikre transparens om rådgivningsforholdet i konkurransegrunnlaget
- "Vanntette skott"/informasjonsbarrierer
- Aktivt bidra til utjevning
- Rett til kontradiksjon, jf. FOA § 24-2 (1) bokstav d

SAMARBEID MED OPPDRAGSGIVERE I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

13

13

Takk for oppmerksomheten!

Spørsmål?

thommessen.no
Oslo • Bergen • Stavanger • London

ADVOKATFIRMAET THOMMESSEN AS

SAMARBEID MED OPPDRAGSGIVERE I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

14



Eivind J. Vesterkjær

PARTNER // ADVOKAT
Oslo
M +47 90 96 68 43
E eve@thommessen.no



Wenche Sædal

PARTNER // ADVOKAT
Bergen
M +47 45 45 38 65
E wsa@thommessen.no

14