

OFFENTLIGE KONTRAKTER

AKTUELLE TEMA

KRISTIAN JÅTOG TRYGSTAD OG ESPEN BAKKEN (RED.)



GYLDENDAL

KRISTIAN JÅTOG TRYGSTAD OG ESPEN I. BAKKEN (RED.)

OFFENTLIGE KONTRAKTER

AKTUELLE TEMA



© Gyldendal Norsk Forlag AS 2020
1. utgave, 1. opplag 2020

ISBN 978-82-05-53275-5

Omslagsdesign: Hege M. Ekeberg, Arntzen de Besche

Sats: HAVE A BOOK

Brødtekst: Minion Pro 10,5/15 pt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord

Det er skrevet mange gode bøker om offentlige anskaffelser, hvor regler og praksis gjennomgås fra A til Å. Likevel har vi savnet en bok hvor fagfolk tør å lene seg frem og komme med egne synspunkter. For å gjøre noe med dette, bestemte vi oss for å utfordre et knippe erfarte og dyktige anskaffelsesjurister til å bidra med artikler om temaer som den enkelte brant ekstra sterkt for. Vi er svært takknemlige for de utelukkende positive tilbakemeldingene vi fikk. At enkelte måtte trekke seg underveis i arbeidet grunnet stort arbeidspress, har vi stor forståelse for. Det kommer flere anledninger senere.

Resultatet er denne boken, som inneholder 14 artikler om ulike temaer innen offentlig anskaffelser. Vi håper og tror at boken kan bidra med praktisk veiledning og rettslige avklaringer, både ved gjennomføringen av anskaffelser og i tvister som oppstår i etterkant av disse. Innenfor noen meget vide rammer har den enkelte forfatter fått betydelig handlingsrom til å utfolde seg faglig og fortype seg i relevante rettskilder, til inspirasjon og læring for leseren. Samtidig gjør vi oppmerksom på at flere av bidragene behandler temaer hvor man mangler rettslige avklaringer, og hvor regelverket kan forstås på ulike måter. Innholdet i den enkelte artikkel står helt og holdent for forfatterens regning.

Hvis lesere motiveres til å skrive nye artikler som presiserer eller imøtegår tekster i denne samlingen, er det utelukkende positivt – vi ønsker selvsagt å fortsette den faglige diskusjonen for å få større innsikt i eventuelle uenigheter.

FORORD

Vi benytter anledningen til å takke forfatterne for gode bidrag og for et hyggelig og godt samarbeid. I tillegg ønsker vi særskilt å takke Gro Trude Gjestrud og teamet på Gyldendal, som har gitt gode innspill underveis og gitt oss en dytt når det har vært nødvendig.

Oslo, 31. januar 2020

Espen Bakken

Kristian Jåtøg Trygstad

Innhold

DEL 1 PLANLEGGING AV ANSKAFFELSER	15
KAPITTEL 1 FORHOLDET MELLOM ANSKAFFELSESEN- OG STATSSØTTEREGELVERKET	16
<i>Robert Lund, Kvale Advokatfirma, og Ronny Rosenvold, Kluge Advokatfirma</i>	
1 Oversikt – det juridiske landskapet	16
2 Gjensidig bebyrdende kontrakter omfattet av anskaffelsesreglene og (støttelignende) disposisjoner som faller utenfor reglene	18
2.1 Innledning	18
2.2 Gjensidig bebyrdende kontrakter og disposisjoner som faller utenfor anskaffelsesreglene rekkevidde	19
2.3 Konklusjoner	21
3 Unntak fra anskaffelsesregelverket og statsstøtteregelverkets betydning	22
3.1 Innledning	22
3.2 Ordinære unntak – kjøp eller leie av fast eiendom og forsknings- og utviklingstjenester	23
3.3 Egenregi	24
4 Anskaffelsesprosessens relevans for å etablere markedspris og derigjennom unngå statsstøtteproblemer	25
4.1 Innledning	25
4.2 De ulike anskaffelsesprosedyrene	25
4.3 Tildelingskriterienees betydning for om det betales markedspris	30
4.4 Oppdragsgiver får kun ett tilbud i en kunngjort konkurranse	33
5 Avsluttende betraktninger	34

INNHOLD

KAPITTEL 2 LEIEUNNTAKET I ANSKAFFELSESGEDELVERKET	36
<i>Alf Amund Gulsvik og Malene Reinertsen, Wikborg Rein Advokatfirma</i>	
1 Innledning	36
2 Unntak fra hele regelverket	37
3 Når unntaket kommer til anvendelse	38
3.1 Innledning	38
3.2 Hva som i seg selv oppfyller en økonomisk og teknisk funksjon	39
3.3 Når bygge- og anleggsarbeidene oppfyller krav fra oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging	44
3.4 Når det bygges hos oppdragsgiver	50
3.5 Om kontraktens hovedformål er en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid	51
KAPITTEL 3 NÅR KOMMER FORSYNINGSFORSKRIFTEN TIL ANVENDELSE?	55
<i>Lene Moe Blom og Marie Braadland, Advokatfirmaet Grette</i>	
1 Innledning	55
2 Offentlig oppdragsgiver i forskriftene	56
2.1 Tillegg om offentlige foretak og enerett/særrett	56
2.2 Tilbakeføring av offentlige myndigheter	57
3 Hvilke aktiviteter er omfattet av forsyningsforskriften?	58
3.1 Må være knyttet til en forsyningsaktivitet	58
3.2 De ulike aktivitetene	60
4 Blandede anskaffelser	65
4.1 Anskaffelse til flere aktiviteter – hovedaktivitet	65
4.2 Når det ikke er mulig å avgjøre hovedaktivitet	67
4.3 Blandede anskaffelser i konsernforhold	69
5 Avsluttende merknader	70
KAPITTEL 4 BRUKEN AV UNDERLEVERANDØRER I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	71
<i>Thomas Oskar Strömbom, Advokatfirmaet Føyen Torkildsen</i>	
1 Innledning	71
2 Underleverandørenes markedsadgang	72
3 Underleverandører som benyttes for å oppfylle kvalifikasjonskrav	77
3.1 Innledning	77
3.2 Utgangspunkter og praktisering	77
3.3 Underleverandører som ikke oppfyller relevante kvalifikasjonskrav	80
4 Opplysninger om underleverandører og kvalifikasjonsordninger i kontrakt ...	84

5 Utskiftning av underleverandører som følge av utelukkelsesgrunner eller andre forhold	86
5.1 Innledning	86
5.2 Utskiftning av underleverandører i konkurransesfasen	86
5.3 Utskiftning av underleverandører i kontraktsfasen	87
KAPITTEL 5 MÅ TILBYDER FREMLEGG ESPD OG ALL KVALIFIKASJONSDOKUMENTASJON FRA SAMTLIGE UNDERENTREPRENØRER OG RÅDGIVERE SOM VEDLEGG TIL TILBUDET?	89
<i>Trine Friberg, Wahl-Larsen Advokatfirma</i>	
1 Når tilbyderen må støtte seg på underleverandørens kvalifikasjoner	89
1.1 Oppsummering	90
2 Når tilbyderen ikke må støtte seg på underleverandørens kompetanse	91
2.1 Oppsummering	94
3 Er det lov å kreve at tilbuddet skal omfatte både ESPD og kvalifikasjonsdokumentasjon?	94
3.1 Oppsummering	95
4 Hvorfor stiller oppdragsgiver denne type krav?	95
5 Krav til besvær	96
6 Kort om tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene	97
7 Hva kan innhentes etter tilbudsfristens utløp?	98
7.1 FOA § 23-5	98
7.2 EU-domstolens sak i C-387/14 (Esaprojekt)	99
7.3 KOFA-praksis	100
7.4 Oppsummering	103
8 Hva hvis kravet er uklart?	104
9 Er denne type krav nødvendig ved en bygg- og anleggsanskaffelse?	105
10 Konklusjon	106
DEL 2 GJENNOMFØRING AV ANSKAFFELSEN	107
KAPITTEL 6 AVKLARINGSADGANGEN	108
<i>Espen Bakken og Vilde Hannevik Lien, Arntzen de Besche Advokatfirma</i>	
1 Innledning	108
2 Regulering i anskaffelsesforskriften	109
2.1 EU-direktivet	109
2.2 FOA del III	112
2.3 FOA del II	113

INNHOLD

3	Vilkår for avklaring	115
3.1	Holdepunkter i opprinnelig tilbud	115
3.2	«Tilboret må ikke forbedres», og avklaring må ikke medføre forskjellsbehandling	115
3.3	Har oppdragsgiver selv begrenset sine muligheter til å benytte avklaringsadgangen?	118
4	Nærmere om avklaring i de ulike stadiene i prosessen	119
4.1	Avklaring knyttet til kvalifikasjoner	119
4.2	Avklaring knyttet til tilboret	123
4.3	Avklaring etter tildeling eller avvisning?	126
5	Hvordan be om avklaring	128
5.1	Krav til fremgangsmåten	128
6	Plikt til å be om avklaring?	130
7	Konsekvenser av feil anvendelse av avklaringsadgangen	134

KAPITTEL 7 KRAV, SKAL-KRAV, MINSTEKRAV, ABSOLUTTE KRAV – BØR KJÆRT BARN HA SÅ MANGE NAVN?	135
<i>Silje Grimseth Ullebust og Heddy Ludvigsen, Advokatfirmaet Hjort DA</i>	

1	Innledning	135
2	Betydningen av angivelse av krav i konkuransedokumentene	136
2.1	Generelt	136
2.2	Endring av absolutte krav under konkurransen	137
2.3	Plikt til å avvise tilboret som inneholder vesentlige avvik	140
2.4	Adgang til å forhandle om tilboret som inneholder avvik fra absolutte krav?	140
2.5	Endring av absolutte krav i kontraktsfasen	142
2.6	Avlysning grunnet uklart konkurransegrunnlag	143
3	Hva skal til for at et krav er å anse som «absolutt»?	143
3.1	Innledning	143
3.2	Tolkning av konkurransegrunnlag	144
3.3	Innføring av nytt regelverk	145
4	Et avsluttende lite hjertesukk	148

KAPITTEL 8 KAN OPPDRAGSGIVER STOLE PÅ TILBUDENE?	150
<i>Kristian Jåtøg Trygstad, Advokatfirmaet Mageli</i>	

1	Innledning	150
1.1	Tilboret som et løfte	150
1.2	Tema for denne artikkelen	152
2	Nyansering av oppdragsgivers rett til å stole på tilboret	153
2.1	Wienstrom-saken	153
2.2	Den tradisjonelle forståelsen av Wienstrom-saken	154

2.3 Nyansering av kravene til kontroll av opplysninger under tilbudsevalueringen	155
3 Fosen-Linjen-saken	156
3.1 AtBs konkurranse om fergetransport	156
3.2 Midlertidig forføyning og avlysning av konkuransen	157
3.3 Fosen-Linjens krav om erstatning	158
3.4 Hva vi kan lære av Fosen-Linjen-saken	159
4 Når kan oppdragsgiver ikke stole på tilbuddet?	160
4.1 Oppdragsgiver kan ikke stole på tilbuddet hvis det foreligger en særlig foranledning til kontroll	160
4.2 Grunnlaget for kontrollen	162
4.3 Kontrollen skal være effektiv	163
5 Avsluttende kommentarer	166
DEL 3 ANDRE TEMAER	169
KAPITTEL 9 ANSKAFFELSER + ARBEIDSRETT = SANT?	170
<i>Kurt Weltzien, NHOs advokattjenester og Høyskolen Kristiania</i>	
1 Innledning	170
2 Utgangspunkter om regulering av lønns- og arbeidsvilkår i norsk rett	172
3 Ved hvilke anskaffelser skal man stille krav om lønns- og arbeidsvilkår?	173
3.1 Tjenester og bygg og anlegg – men ikke varer	173
3.2 Arbeid i Norge – ikke i utlandet	173
3.3 Over terskelverdiene	174
4 Hva skal oppdragsgiver kreve?	174
4.1 Forskriften krever at oppdragsgiver skal stille et kontraktsvilkår	174
4.2 De materielle lønnskravene	174
4.3 Kravet til dokumentasjon og sanksjon	176
5 Anskaffelse av tjenester og bygg og anlegg når det foreligger allmenngjøringsvedtak	177
6 Anskaffelse av tjenester og bygg og anlegg når det ikke foreligger allmenngjøringsvedtak	180
6.1 Innledning	180
6.2 Hva er en «landsomfattende» tariffavtale?	180
6.3 Særlig om Difis villedende veileder	185
7 Hvilke deler av tariffavtalen skal være med?	186
8 Avslutning	187

INNHOLD

KAPITTEL 10 ERSTATNINGSANSVAR VED BRUDD PÅ ANSKAFFELSESEGLENE – RETTSSTILLINGEN ETTER FOSEN	188
<i>Finn Arnesen, Senter for europarett, Universitetet i Oslo</i>	
1 Innledning	188
2 Noen utgangspunkter	191
3 Ansvarsnormen	193
3.1 Innledning	193
3.2 Hvor klar og presis er den regel som er brutt?	194
3.3 Årsaken til bruddet	198
3.4 Graden av skjønn	198
4 Avslutning	200
KAPITTEL 11 UTFORMING AV ENDRINGSKLAUSULER	201
<i>Per Ole Svor, Advokatfirmaet Haavind</i>	
1 Innledning	201
2 Krav til form og innhold	204
2.1 Innledning	204
2.2 Art og omfang	205
2.3 «På hvilke vilkår»	206
3 Absolute begrensninger – kontraktens overordnede karakter	211
4 Oppfyller standardklausulene forskriftens krav?	213
4.1 Innledning	213
4.2 Art	215
4.3 Omfang	217
4.4 Vilkår	218
5 Avslutning	221
KAPITTEL 12 ANSKAFFELSER AV STANDARDISERTE SKYTJENESTER – UTVALGTE PROBLEMSTILLINGER	223
<i>Anne Buan, Tor Stokke og Anders Thue, Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig</i>	
1 Innledning	223
2 Begrepsbruk	224
3 Markedet og markedsaktørene	226
3.1 Oversikt	226
3.2 Verden sett fra kundens perspektiv	227
3.3 Verden sett fra skytjenesteleverandørenes perspektiv	228
3.4 Hvordan bør kunden ta hensyn til leverandørenes utfordringer?	228
4 Anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav	229
5 Utvalgte problemstillinger	230
5.1 Valg av anskaffelsesprosedyre	230
5.2 Rammeavtaler / dynamisk innkjøpsordning?	232
5.3 Kravspesifikasjon	236

5.4 Kontraktsvilkår	237
5.5 Prisendringer, endringer av standardvilkår og endringer i tjenesten	239
5.6 Personvernrettslige aspekter	241
5.7 Sammenligning av ulike leveransemodeller	243
5.8 Særlig om underleverandører og tredjepartsavtaler	243
6 Oppsummering	244
 KAPITTEL 13 AVROP PÅ RAMMEAFTALER MED FLERE LEVERANDØRER .. 246	
<i>Jørgen Myhre, Advokatfirmaet Føyen Torkildsen</i>	
1 Innledning	246
2 Rammeavtaler med flere leverandører	248
3 Rammeavtale der alle kontraktsvilkårene er fastsatt	249
4 Rammeavtale der alle kontraktsvilkårene ikke er fastsatt	253
4.1 Særlig om tildelingskriteriene til mini-konkurranser	254
5 Hybrid	258
 KAPITTEL 14 TOLKNING AV KONTRAKTER MED DET OFFENTLIGE 260	
<i>Sofrid Haaskjold Brænd og Erlend Haaskjold, Arntzen de Besche Advokatfirma</i>	
1 Innledning	260
2 Noen elementære utgangspunkter	261
3 Tolkningsprosessen	263
4 De tre utgangspunkter for avtaletolkningen	263
5 Tolkningsdata	265
5.1 Innledning	265
5.2 Ordlyden	265
5.3 Øvrige faktiske omstendigheter	267
5.4 Kontraktsdokumentet og øvrige dokumenter	268
6 Tolkningsfaktorer	269

DEL I

Planlegging av anskaffelser

Forholdet mellom anskaffelses- og statsstøtteregelverket

Robert Lund, Kvale Advokatfirma, og Ronny Rosenvold, Kluge Advokatfirma

Sammenhengen mellom anskaffelses- og statsstøttereglene blir i mange sammenhenger oversett. Det skyldes nok at personer som har kompetanse om det ene regelverket, ikke har det om det andre. I utgangspunktet er det tale om to selvstendige regelsett. Etterlevelse av det ene utelukker ikke brudd på det andre. En kan for eksempel ikke alltid operere med en presumsjon om at etterlevelse av anskaffelsesreglene utelukker tildeling av ulovlig støtte. På den annen side er det en viss harmoni mellom reglene. Formålet med denne artikkelen er å redegjøre for problemstillinger som kan oppstå i skjæringspunktet mellom de to regelverkene, og ikke minst hvordan en kan innrette seg for å etterleve begge.

1 **Oversikt – det juridiske landskapet**

Anskaffelses- og statsstøtteregelverket har delvis samme mål, nemlig å hindre konkurransevridninger i det indre marked forårsaket av offentlige myndigheters handlinger. Dette gjelder i hvert fall for de deler av anskaffelsesreglene som har sitt opphav i EØS-retten. Videre skal anskaffelsesregelverket være et verktøy for å sikre at det offentliges midler forvaltes på best mulig måte. Beslektet med dette er støttereglenes formål om å hindre et ineffektivt subsidiekappløp landene imellom.

Enkelt forklart følger statsstøttereglene av EØS-avtalen artikkel 61 og er videreført gjennom rettspraksis og sekundærlovgivningen. Artikkel 61(1) forbryter som hovedregel tildeling av offentlig støtte til næringslivet. Forbudet retter seg mot offentlige tiltak som gir økonomiske fordeler til bestemte bedrifter, grupper av bedrifter, visse sektorer eller foretak lokalisert i bestemte geografiske områder (selektive støttetiltak). For at et tiltak skal rammes av statsstøtteforbuddet, må støtten videre kunne påvirke samhandelen/konkuransen innen EØS-området.¹ Det er ikke bare ensidige pengeoverføringer gitt av stat, kommuner eller fylkeskommuner med underliggende etater som rammes. Skatte- og avgiftslettelser, offentlige investeringer på ikke-markedsmessige vilkår og tildeling av lån eller kreditt uten at det betales markedsmessig rente eller garantipremie, kan også rammes. Det samme gjelder salg av offentlige formuesgoder til underpris eller kjøp av varer eller tjenester til overpris. Sistnevnte er særlig relevant for nærværende artikkel.

Selv om det er gitt en lov om offentlig støtte med tilhørende forskrifter, er den internrettslige reguleringen på anskaffelsesområdet langt mer omfattende enn hva som er tilfellet på statsstøtteområdet. Mens en langt på vei kan forholde seg til lov om offentlige anskaffelser, anskaffelsesforskriften (FOA)², forsyningsforskriften³, konsesjonskontraktforskriften⁴ og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser⁵ ved vurderingen av anskaffelsesrettslige problemstillinger, må en primært søke svar i forordninger, direktiver og praksis fra EU-domstolen, EFTA-domstolen, EU-kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA) ved vurdering av statsstøtterettsslike problemstillinger.

Utgangspunktet er at statsstøtte- og anskaffelsesreglene binder det offentlige på hver sin måte i kontakten med markedet. Statsstøttereglene, på den ene siden, stiller krav vedrørende de økonomiske effektene av myndighetenes disposisjoner overfor foretak som utøver økonomisk aktivitet. Anskaffelsesreglene oppstiller nærmere regler om hvordan oppdragsgivere skal gå frem når det skal inngås kontrakter. Mens anskaffelsesreglene gir prosedyrereregler, består statsstøttereglene av materielle regler (et støtteforbud og unntak for lovlig støtte) samt tilknyttede prosessuelle regler om

1 Selv om samhandelsvilkåret har fått økt realitet de senere årene, skal det likevel lite til for at vilkåret er oppfylt.

2 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

3 Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene.

4 Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter.

5 Forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

hvordan lovlig støtte skal ytes. Videre er det gitt regler om tilbakebetaling av offentlig støtte ved brudd på reglene.

I utgangspunktet er det tale om to selvstendige regelverk som står på egne ben og lever hvert sitt liv. Etterlevelse av det ene regelverket utelukker ikke at det kan være tale om brudd på det andre. En ser ofte at personer som jobber mye med innkjøp, er påpasselige med å følge anskaffelsesreglene, men glemmer at statsstøttere reglene kan stille tilleggs vilkår knyttet til det aktuelle innkjøpet, eller at støttere reglene rett og slett setter forbud mot å kjøpe det planlagte. Motsatt ser en ofte at personer som jobber med støttetildelinger, har et bevisst forhold til statsstøttere reglene, men overser at den aktuelle tildelingen skjer under forutsetning om at støttemottakeren skal prestere klart definerte ytelser, og at det i realiteten er tale om en kontrakt som skulle ha vært konkurranseutsatt i tråd med anskaffelsesreglene.

På den annen side er det en viss harmoni mellom reglene. Eksempelvis kan en ofte legge til grunn at det ikke vil bli betalt overpris for varer eller tjenester (og at man dermed heller ikke vil bryte støttere reglene) dersom kontrakten inngås etter en forutgående konkurranse i tråd med anskaffelsesreglene.

I det følgende vil vi belyse og drøfte en rekke problemstillinger knyttet til forholdet mellom anskaffelses- og statsstøttere reglene.

2 Gjensidig bebyrdende kontrakter omfattet av anskaffelsesreglene og (støttelignende) disposisjoner som faller utenfor reglene

2.1 Innledning

Anskaffelsesregelverket kommer kun til anvendelse på gjensidig bebyrdende kontrakter.⁶ Det må altså være tale om et kontraktsgnende forhold hvor oppdragsgiveren og leverandøren utveksler ytelser som er gjensidig avhengige av hverandre – normalt ved at oppdragsgiver yter et pengevederlag mot å få varer, tjenester eller bygg- og anleggssarbeider tilbake.⁷

⁶ Anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav c.

⁷ Det kan være tale om kontrakter i anskaffelsesrettslig forstand selv om det ikke er verdimesig symmetri mellom ytelsene. Dersom oppdragsgivers ytelse verdimesig overstiger gjenytselsen, kan det lett oppstå statsstøtteutfordringer, da det offentliges kjøp til overpris i utgangspunktet utgjør en økonomisk fordel i støtterettslig forstand.

I den klassiske statsstøttesituasjonen tildeler gjerne det offentlige formuesgoder ved ensidige disposisjoner. Det kan for eksempel være tale om rene subsidier eller unntak fra alminnelige skatte- og avgiftsregler. Slike disposisjoner rammes ikke av anskaffelsesreglene.

I mange tilfeller er det imidlertid utfordrende å avgjøre om en disposisjon foretatt av det offentlige rammes av anskaffelsesreglene eller ei. Ofte er ensidige disposisjoner formalisert i kontrakter, selv om forholdet er så vidt løst og lite kontraktspreget at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse. På den annen side synes mange offentlige organer å operere med tilskuddsbrev eller lignende, hvor det fremkommer at mottakeren skal motta et tilskudd mot å utføre en rekke mer eller mindre spesifiserte aktiviteter. I tillegg er det gjerne angitt en detaljert fremdriftsplan og bestemmelser om hva som skal skje dersom forpliktelsene ikke etterleves. I slike tilfeller kan disposisjonen i realiteten være en gjensidig bebyrdende kontrakt uten at støttegiver/oppdragsgiver er seg dette bevisst, og uten at prosedyrene i anskaffelsesreglene etterleves.

Videre er vårt inntrykk at en del oppdragsgivere de senere årene har fått økt kunnskap om hva som skal til for at en disposisjon rammes av anskaffelsesreglene, og hvilke disposisjoner som er så vidt «løse» at de faller utenom regelverket. Dette, i kombinasjon med at mange oppdragsgivere synes at det er tungvint å følge anskaffelsesprosedyrene, synes å ha ført til at oppdragsgivere, i en del tilfeller, forsøker å tilpasse seg reglene ved å innrette disposisjonene så løst at de forutsetningsvis faller utenfor anskaffelsesreglenes rekkevidde. I noen tilfeller kan dette være greit. I andre tilfeller vil det være tale om ulovlig omgåelse av anskaffelsesreglene, med de følgene dette kan få. Videre er kunnskapen omkring statsstøttereglene jevnt over lavere enn hva som er tilfellet for anskaffelsesreglene. Når man «organiserer seg ut av anskaffelsesreglene», er det offentlige organet ofte ikke bevisst på at det samtidig lett manøvrerer seg inn i statsstøtteproblemer. Det må da først vurderes om det er tale om tildeling av offentlig støtte, og dersom det er tilfellet, om støtten eventuelt kan gis i medhold av en unntakshjemmel fra statsstøttereglene.

2.2 Gjensidig bebyrdende kontrakter og disposisjoner som faller utenfor anskaffelsesreglenes rekkevidde

Som det fremgår ovenfor, er det viktig å vurdere om en planlagt disposisjon i realiteten vil utgjøre en gjensidig bebyrdende kontrakt som må inngås i tråd med

anskaffelsesreglene. Dette beror på en helhetsvurdering hvor en rekke momenter tillegges vekt.

EU-kommisjonen har i en veileder uttalt seg nærmere om grensen mellom anskaffelser på den ene siden og ensidige støttetildelinger på den andre. Kommisjonen forsøker her å trekke opp skillelinjene mellom en anskaffelse og et støtte-tiltak ut fra om det foreligger en forpliktelse til å yte en tjeneste mot betaling. En ren finansiering av en aktivitet, uten særlige koblinger mellom ytelsene, vil ikke omfattes av reglene om offentlige anskaffelser. Sistnevnte kan også gjelde i tilfeller hvor tilskuddet er koblet opp mot en forpliktelse til å tilbakebetale pengene hvis de ikke er brukt i henhold til formålet.

Kommisjonen gir videre uttrykk for at følgende momenter taler for at det foreligger en anskaffelse:⁸

- «a) The aim of the contract is to meet needs previously defined by the public authority within the framework of its competence
- b) The nature of the service and the way in which it is to be provided are specified in detail by the public authority
- c) The contract provides for remuneration of the service (payment of a price or granting of the right to operate the service in return for a fee payable by users)
- d) The public authority takes the initiative of finding a provider to whom to entrust the service
- e) The contract lays down penalties for failure to meet contractual obligations, in order to guarantee that the service entrusted to third party is provided properly in such a way as to meet the public authority's requirements (penalties, compensation for damages, etc.).»

Punktene gir uttrykk for en ikke-uttømmende liste over hvilke momenter som vil bli vektlagt ved vurderingen av om en avtale er en anskaffelse.

Det har betydning om formålet med kontrakten er å dekke behovene innenfor den offentlige oppdragsgiverens oppgave-/kompetanseområde, og om det offentlige tar initiativet til å finne en leverandør som kan yte tjenesten som skal dekke dette behovet.

Hva gjelder momentet om hvorvidt tjenesten og måten den skal utføres på, er spesifisert i detalj av det offentlige, er det relevant i hvilken grad det stilles spesifikke krav til hvordan tjenesten skal ytes. Dersom det offentlige legger tydelige føringer

⁸ *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, Commission staff working document*, 07.12.2010, SEC (2010) 1545 final, s. 74.