



Stina Sel er advokatfullmektig i Projure Advokatfirma AS i Stavanger, og hun er tilknyttet faggruppen for fast eiendom. Stina har lang erfaring fra offentlig anskaffelse og entrepriserett fra tidligere stillinger. De siste årene har hun jobbet med anskaffelser tilknyttet bygg og anlegg, samt oppfølging og tvisteløsning tilknyttet bygge- og entreprisekontrakter.

Hvordan gjennomføre en god anskaffelse, lovlig og effektivt?

Av advokatfullmektig Stina Sel
stina.sel@projure.no

Det offentlige inngår kontrakter med verdi på om lag 600 milliarder kroner årlig. Dette gjør offentlige anskaffelser til et relevant og viktig rettsområde.

TI PRAKTISKE TIPS FOR Å KOMME VELBERGET I MÅL MED EN GOD ANSKAFFELSE

Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når offentlige aktører skal inngå avtale om kjøp av varer, tjenester eller bygge- og anleggskontrakter, samt gjennomfører plan- og designkonkurranser, og verdien overstiger 100 000 kroner.

Det offentlige inngår kontrakter med verdi på om lag 600 milliarder kroner årlig. Dette gjør offentlige anskaffelser til et relevant og viktig rettsområde. Mange offentlige aktører finner det vanskelig og tidkrevende å gjennomføre gode

anskaffelser. Konkurransetsetting omtales ofte som et nødvendig onde, fremfor et verktøy for å inngå gode kontrakter. I 2016 ble anskaffelsesregelverket forenklet, men fremdeles er det flere oppdragsgivere som strever med å gjennomføre anskaffelser som både oppleves gode, treffende og effektive.

Når store og viktige innkjøp skal anskaffes, skal ikke nødvendigvis anskaffelsen være rask og enkel. Det tar tid og ressurser å utforme en god konkurranse. Konkurranses grunnlaget med vedlegg utgjør sammen med leverandørs tilbud kontraktsdokumentene. Godt forarbeid i forkant

Brukes feil del av regelverket, utgjør dette en risiko for oppdragsgiver, som i verste fall kan resultere i en ulovlig direkteanskaffelse.

av konkurransen er da avgjørende for å oppnå en god kontrakt.

Nedenfor følger ti enkle råd og tips alle som forvalter regelverket kan dra nytte av:

I. HVILKEN DEL AV REGELVERKET SKAL BENYTTES?

Anskaffelsesforskriften er inndelt i ulike deler, med ulike regelsett og krav til konkurransen. Hva som skal anskaffes, og verdien av dette, avgjør hvilken del av regelverket som kommer til anvendelse, jf. anskaffelsesforskriften kapittel 5. Anskaffelser med lav verdi gir færre og enklere krav til konkurransen, med desto større handlingsrom for oppdragsgiver. Større anskaffelser, med høyere verdi, gir flere og mer detaljerte krav til anskaffelsesprosessen og et mindre handlingsrom for oppdragsgiver.

Det vil være avgjørende å fastsette anskaffelsens verdi, for å kunne bruke riktig regelsett. Det er den *anslåtte* verdi som skal legges til grunn, og det bør foretas en tilstrekkelig god vurdering av anskaffelsens omfang og verdi. Det er i det offentlige interesse å benytte riktig del av regelverket. Arbeidsmengden her trenger ikke være omfattende, men man må ha et bevisst forhold til verddivurderinger. Brukes feil del av regelverket, utgjør dette en risiko for oppdragsgiver, som i verste fall kan resultere i en ulovlig direkteanskaffelse.

Det bør alt nå vurderes hvilke kontraktsregler som skal legges til grunn. Dette er tett knyttet til hva som skal anskaffes og hvordan. Skal det benyttes egne standardavtaler, Norsk Standard (NS), statens standardavtaler eller andre standardavtaler? Dette kan selvsagt justeres underveis i prosessen, men en bevissthet tidlig i prosessen vil være positivt for det videre arbeidet.

2. RIKTIG Plassering av KVALIFIKASJONSKRAV, KRAV OG TILDELINGSKRITERIER

Konkurranses grunnlaget med vedlegg inneholder en rekke ulike krav, både til leverandør, tilbudet og den kommende leveransen. Det er viktig å plassere disse kravene riktig i konkurransen, og påse at disse både passer sammen og er tilpasset anskaffelsen som skal gjennomføres.

2.1 Kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er krav som stilles til leverandør for å kunne delta i konkurransen. Hvor strenge krav som skal stilles til leverandøren, avgjøres blant annet av hvordan man bygger opp konkurransen, anskaffelsens verdi, hvor sensitiv leveransen er, og vanskelighetsgraden av leveringen. Levering av standardprodukter eller varer som ikke er kritiske for oppdragsgiver, bør tilsi åpnere konkurranser og lavere terskel for å kunne inngi tilbud. Ved gjennomføring av komplekse anskaffelser eller



svært kritiske leveranser, bør det stilles strengere krav til leverandør.

Kvalifikasjonskrav vil også kunne benyttes for å stimulere ulike markeder. Ønsker man å gi små, mellomstore eller nystartede bedrifter anledning til å delta, må kvalifikasjonskravene utformes for å ta hensyn til dette.

Prekvalifisering vil være effektivt i store og komplekse anskaffelser, og benyttes ofte i forbindelse med bygge- og anleggskontrakter. Det er kun de prekvalifiserte tilbyderne som

gis anledning til å inngi tilbud. Dette er en form for begrenset konkurranse, som medfører at oppdragsgiver får færre tilbud å evaluere. Tilbyder vet ved innlevering av tilbudet at han er en av et gitt antall tilbydere som er prekvalifisert.

2.2 Krav

Krav knyttes til selve leveransen – det vil si det som skal leveres i kontrakten. Oppgis kravene som absolutte minstekrav, vil selv mindre avvik fra kravet medføre plikt til avvisning av hele tilbudet. Vær dermed nøye med bruk og formulering av krav. Det er viktig å ha et

Det kan være en fordel for oppdragsgiver å utarbeide konkurranser som beskriver hvilke behov som skal dekkes, og la markedet selv beskrive løsningen.

bevisst forhold til hvilke konsekvenser utforming av kravene gir. I verste fall må det antatt beste tilbudet avvises, på grunn av krav som i ettertiden fremstår lite hensiktsmessige.

2.3 Tildelingskriterier

Anskaffelsesforskriften § 8-11 og kapittel 18 omhandler tildelingskriterier for del II og del III. Bestemmelsene sier hvilke tildelingskriterier som kan benyttes, og hvordan disse skal utformes. Innkjøpers handlingsrom ved utforming av tildelingskriteriene er derimot stort. Tildelingskriteriet benyttes for å avgjøre hvilket tilbud som er det beste.

Å utforme et godt tildelingskriterium er en kunst og bør vies tilstrekkelig oppmerksomhet i arbeidet med konkurransen. Oppdragsgiver bør sette av nok tid og ressurser til å utforme tildelingskriterier som er tilpasset den enkelte konkurranse, og må unngå klipp og lim fra tidligere konkurranser.

3. AVKLARING AV BEHOV – HVA SKAL ANSKAFFES. PLASSERING AV ANSVAR FOR BESTILLING.

I forbindelse med kjøp av større vare- og tjenestekontrakter settes det ofte ned et brukerutvalg sammen med innkjøper. Dersom innkjøper ikke er jurist, bør denne rollen ha tilgang til nødvendig støtte fra annen jurist eller advokat. Brukerutvalget bør bestå av

representanter for dem som skal benytte varene og tjenestene som anskaffes. Det samme gjøres innen bygg og anlegg, da gjerne representert ved prosjektleder.

Innkjøper bistår i selve anskaffelsesprosessen. Denne rollen skal påse at anskaffelsesreglene følges, og benyttes for å få på plass et ønsket produkt ved at valg av prosesser, krav og løsninger er i tråd med behov og bestilling. For å oppnå ønsket resultat er det viktig at innkjøper involveres tilstrekkelig tidlig i innkjøpsprosessen. Valg av innkjøpsstrategi må tas tidlig i prosessen, før de andre dokumentene utformes. Innkjøpsstrategien skal si noe om de overordnede valgene for anskaffelsen, hva som anses viktig og andre formål som skal hensyntas i prosessen. Justeringer og endringer kan selvsagt gjøres underveis for å nå strategiens mål.

Brukerutvalget eller prosjektleder har det faglige ansvaret for anskaffelsen og bestillingen som ligger i dette. Det er de som skal benytte varen eller tjenesten, og de må være sitt ansvar bevisst. En god beskrivelse av behovet er gull verdt for å oppnå en vellykket anskaffelse. Tilstrekkelig med tid, ressurser og oppmerksomhet må dermed avsettes til dette arbeidet. Behovsvurderingen bør være nøye og nøktern ved å angi de ønsker, behov og det budsjett som ligger til grunn for anskaffelsen.



4. FORARBEID OG DIALOG MED MARKEDET

I prosessen med å avklare behovet bør det gjennomføres undersøkelser av markedet, og hvilke løsninger og muligheter som foreligger. Endringer kan ha skjedd siden forrige konkurranse eller kontrakt ble utarbeidet. Det kan være en fordel for oppdragsgiver å utarbeide konkurranser som beskriver hvilke behov som skal dekkes, og la markedet selv beskrive løsningen. På denne måten dekkes behovet, og man får tilgang til de beste løsningene på markedet.

Skal det offentlige selv beskrive løsning og produkt i detalj, må man være fullt ut oppdatert for å unngå å etterspørre gamle løsninger.

Markedsdialog kan være en effektiv og enkel måte å innhente opplysninger på. Videre vil markedsdialog kunne bidra til å nå mer politiske målsetninger, ved å varsle markedet om hvilke behov, ønsker og visjoner oppdragsgiver har. Det grønne skiftet, klima og bærekraft er her praktiske eksempler. Dialog med markedet

vil også være viktig for å få innspill og tips til konkurransens utforming, metodevalg og annet direkte fra leverandørene. Etter utlysning av konkurransen kan markedet ikke komme med innspill til forbedringer av konkurransen.

Oftest er det små justeringer eller endringer som skal til for å få bedre anskaffelser. Selv små justeringer vil kunne anses vesentlige ut fra et konkurranseperspektiv. Det er ikke anledning til å foreta vesentlige endringer etter publisering, da dette vil medføre brudd på anskaffelsesregelverket.

5. VALG AV KONKURRANSEFORM – DPS (Dynamisk innkjøpsordning), rammeavtaler, parallelle rammeavtaler, enkel anskaffelse

Det finnes en rekke ulike konkurranseformer, som alle har sine sterke og svake sider. Hvilke behov som skal dekkes, brukergruppen, anskaffelsens omfang og volum, tidshorizonten, markedet og leveransens kompleksitet vil være med på å avgjøre hvilken konkurranseform man bør velge.

Oppdragsgiver bærer risikoen for feil knyttet til konkurransegrunnlaget med vedlegg.

Det viktigste er likevel en bevisst og faglig vurdering, fremfor en ukritisk gjenbruk av forrige konkurranse. Det «enkle» er ikke alltid det beste innen offentlig anskaffelse.

6. UTFORMING AV KONKURRANSEGRUNNLAG MED VEDLEGG

Når behovet er avklart, og markedsundersøkelse og/eller markedsdialog er gjennomført, gjenstår utarbeidelse og ferdigstilling av konkurranse-dokumentene – ofte omtalt som konkurransegrunnlag med vedlegg.

Det finnes en rekke ulike måter å bygge opp en konkurranse på innad i de ulike konkurransegrunnlagets verktøyene (KGV). Dokumentene bør likefullt være enkle å finne frem i, og gjerne delt i ulike dokumenter med ulike tema, for eksempel egne dokumenter for konkurranseregler, kravspesifikasjon som beskriver bestillingen, tegninger, tekniske tegninger, kart, prisskjema (for entrepriser og større anskaffelser) og avtaledokument, herunder egne dokumenter om endring/tillegg ved bruk av NS-kontrakter.

Konkurransegrunnlaget med vedlegg vil (sammen med leverandørs tilbud) utgjøre kontrakten og da selve bestillingen. Konkurransedokumentene må være ferdigstilt og i orden ved publisering.

Det er hjemmel i anskaffelsesforskriften kapittel 28 til å foreta visse endringer, men det er kun endringer som ikke er vesentlige, man kan foreta.

Den klare hovedregel er at avtalen består av konkurransens dokumenter og vinneres tilbud – uten videre endringer eller justeringer.

7. GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEN

Etter at konkurransegrunnlaget med vedlegg er ferdigstilt, skal konkurransen publiseres på Doffin (og TED for del III-konkurranser). Dette skjer via den valgte KGV-løsning.

Leverandører kan stille spørsmål til den publiserte konkurransen. Det varierer hvor mange og hvor omfattende spørsmål som kommer inn. Dersom det kommer inn svært mange spørsmål, kan dette tyde på at konkurransedokumentene ikke er tilstrekkelig klare, inneholder feil eller fremstår lite gunstige for leverandør.

Påpekes det feil i konkurransedokumentene med vedlegg, skal disse rettes ved versjonsendring i valgt KGV. Oppdages feil i vedlegg (tegninger, kart el.), bør disse oppdateres og dokument med feil fjernes. I praksis velger ofte oppdragsgiver å laste opp de oppdaterte dokumentene, uten å fjerne dokument med feil. Dette blir gjerne rotete, og feil kan oppstå. Oppdragsgiver bærer risikoen for feil knyttet til konkurransegrunnlaget med vedlegg. Det er derfor viktig å foreta den nødvendige ryddejobben.

Svar på spørsmålene som kommer inn, bør resultere i et eget spørsmål- og svardokument,



også kalt Q&A. Det faglige ansvaret for å besvare spørsmålene ligger hos brukertvalg/bestiller. Det er viktig å være bevisst sine svar, slik at svarene ikke står i motstrid til andre krav eller dokumenter i konkurransen. Svar derfor kort og konsist på spørsmålet, men påse at spørsmål blir besvart raskt. Sjekk at svaret er riktig, og at det ikke endrer eller får innvirkninger på andre dokumenter i konkurransen. Q&A-dokumentet skal inntas i kontrakten.

Etter utløp av innleveringsfristen, evalueres tilbudene. Oppdragsgiver må innhente og sjekke oppfyllelse av kvalifikasjonskrav før tildeling, men det er kun krav om å sjekke vinneren. Oppdragsgiver velger selv når denne dokumentasjonen skal innhentes. Noen ganger

er det hensiktsmessig å sjekke dette før evalueringarbeidet startes.

Tilbudene skal evalueres i tråd med oppgitte tildelingskriterier. Her kan det ikke foretas endringer, og man er prisgitt det arbeid som ble gjort før publisering. Gode tildelingskriterier gir et tilstrekkelig handlingsrom for oppdragsgiver for å rangere tilbudene som er kommet inn. Samtidig skal kriteriene være tydelige og klare slik at tilbyder forstår hvordan evalueringen er gjennomført, og kan etterprøve evalueringen.

Etter evaluering skal tildeling foretas og karenstid settes. Karenstiden er ti dager for del III-anskaffelser, mens den for del I- og II-konkurranser skal være rimelig tid. Formålet



er at leverandørene i denne perioden skal ha tilstrekkelig tid til å vurdere tildelingen og påse at denne er i tråd med konkurransen. Karenstiden kan benyttes til å be om innsyn, og utvidet tilbakemelding fra leverandør. Frem til dette har dokumentene i saken vært unntatt offentlighet.

En eventuell klage bør behandles før kontrakt signeres. Dette gir lavest risiko for oppdragsgiver. Unntak foreligger selvsagt, som når klagen er klart ubegrunnet, eller når leveransen haster. Det er likefullt god forvaltningsskikk å besvare klagen før kontrakt signeres.

Kontrakten består av konkurransegrunnlag med vedlegg, spørsmål og svar samt tilbyders tilbud. En avtaleforside/blankett bør benyttes. Gjennomføres det avklarings- eller oppstartsmøter skal referat vedlegges kontrakten. For del III-konkurranser er det ikke anledning til å gjennomføre forhandlinger, og avklarings- og oppstartsmøter skal ikke åpne opp for endringer eller forhandlinger rundt kontrakten.

8. INNSYN OG EVALUERING AV KONKURRANSEGENNOMFØRINGEN

Det koster tid, penger og ressurser både å gjennomføre og å delta i konkurranser. Det er viktig å søke forbedring i anbudsprosessene, for alle parter i prosessen. En evaluering av den gjennomførte konkurransen bør foretas, både internt og eksternt. Arbeidet trenger ikke være

omfattende, men det krever et bevisst forhold til anskaffelsesprosessen som virkemiddel for bedre kontrakter. Forbedringen av prosessen bør stå sentralt.

Konkurranser bør sjelden kopieres eller gjenbrukes uten tilpasninger. Gode maler og dokumentstruktur bør derimot utarbeides og brukes, for mest mulig effektive prosesser.

Deltakere i konkurransen ber ofte om *innsyn* etter en kontraktstildeling. Dette er det hjemmel til etter offentleglova § 3 og forvaltningsloven § 18. Rett til innsyn begrunnes med behov for åpenhet og for å kontrollere det offentliges avgjørelse, ved å kunne påse at konkurransen er gjennomført og evaluert i tråd med utlysningen og anskaffelsesregelverket. Ønsket om forbedring av tilbud og læring til kommende konkurranser er ofte leverandørs begrunnelse av innsynsbe-
gjæringen.

Oppdragsgiver skal gi innsyn i alle sakens dokumenter, uansett formål, men har samtidig plikt til å unnta taushetsbelagt informasjon og har rett til å unnta interne arbeidsdokument, jf. forvaltningsloven. Oftest er det nettopp denne typen informasjon som er mest interessant for leverandør. For å møte dette behovet hos leverandør, kan et møte mellom partene etter tildelingen være effektivt. Her kan oppdragsgiver friere uttale seg og forklare sin evaluering og de avgjørelsene som

Anskaffelser hos andre enn valgt aktør vil kunne være å anse som ulovlige direkteanskaffelser, noe som innebærer risiko for oppdragsgiver – og et økonomisk tap for valgt leverandør.

foreligger, uten å utgi taushetsbelagt informasjon. Leverandør vil i større grad få dekket sitt behov, enn ved å motta en rekke mer eller mindre sladdede tilbudsdokument. Leverandør kan i slike møter også gi sine innspill til oppdragsgiver, slik at også fremtidige konkurranser kan forbedres.

9. KONTRAKTSOPPFØLGNING

Konkurransens dokumenter utgjør kontrakten, og da videre hva som skal bestilles. Det er unntaksvist mulighet for endringer etter anskaffelsesforskriftens kapittel 28.

I praksis er det viktig å påse at avtalene benyttes, slik at handelslekkasje unngås. Anskaffelser hos andre enn valgt aktør vil kunne være å anse som ulovlige direkteanskaffelser, noe som innebærer risiko for oppdragsgiver – og et økonomisk tap for valgt leverandør. Oppdragsgiver skal respektere og følge de avtaler som er inngått, og leverandør skal levere i henhold til tilbudet sitt.

10. FORBEREDELSE TIL NY KONKURRANSE

Markedet endres stadig, med nye produkter, krav til produksjon eller andre forhold oppdragsgiver må forholde seg til ved kommende konkurranser. Det er viktig både for leverandør og oppdragsgiver å holde seg oppdatert i avtaleperiodene.

Innen anskaffelsesregelverket kommer det videre endringer og presiseringer fra både KOFA, rettspraksis og EU-domstolen. Dette vil igjen påvirke hvordan kommende konkurranser og avtaler skal gjennomføres og utformes, og hvilket handlingsrom oppdragsgiver har. Dersom oppdragsgiver ikke er oppdatert, men benytter gamle konkurransegrunnlag eller dokumenter, kan det få uheldige konsekvenser. I verste tilfelle kan dette medføre at konkurransen inneholder så store feil at det foreligger brudd på regelverket. Kjøp etter en slik konkurranse vil kunne anses som en ulovlig direkteanskaffelse med den risiko som dette medfører.