



Thomas Lylum er advokatfullmektig i Stiegler Advokatfirma i Bergen. Han har tung kompetanse innen rettsområdet offentlige anskaffelser. Han har særlig erfaring med tilrettelegging og gjennomføring - herunder forhandlinger og kontraktsadministrasjon - overfor både nasjonal og internasjonal industri. Videre har han bred erfaring med konflikthåndtering i kontraktsforhold.

Kjøp av juridiske tjenester – dynamiske innkjøpsavtaler som alternativ til rammeavtaler

Av advokatfullmektig Thomas Lylum
tlynum@stiegler.no

*Regelverket for offentlige anskaffelser
har utviklet seg over tid og er i dag svært komplekst,
hvilket krever både kompetanse og kapasitet
for korrekt etterlevelse.*

I. INNLEDNING

Offentlig sektor har løpende behov for juridisk kompetanse for å sikre at ansvar og oppgaver ivaretas på en forsvarlig måte. Lovreguleringen blir stadig mer omfattende og komplisert, og dermed øker behovet for juridiske tjenester i sektoren.

Behovet dekkes i varierende grad av intern juridisk kompetanse, og sektoren har til enhver tid behov for å supplere egen kompetanse og kapasitet med kjøp av eksterne juridiske tjenester. Sektoren må derfor ha tilgang på ulike eksterne juridisk kompetanse og kapasitet i tillegg til interne ressurser, innenfor et bredt faglig spenn.

For innhenting av slike eksterne juridiske tjenester er sektoren i stor grad avhengig av å gjøre tjenesteanskaffelser under de ulike alternativene som Lov om offentlige anskaffelser (LOA) og tilhørende forskrifter gir mulighet for. Sentralt her står Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA).

2. REGELVERKET

Regelverket for offentlige anskaffelser har utviklet seg over tid og er i dag svært komplekst, og krever i seg selv både kompetanse og kapasitet for korrekt etterlevelse. Den 1. januar 2017 trådte ny lov og nye forskrifter om offentlige anskaffelser i kraft. Det nye

Imidlertid er det nasjonalt bestemt at også de særlige tjenestene skal underlegges regelverket om offentlige anskaffelser, slik dette nå reguleres i § 5-1:

anskaffelsesregelverket gjennomførte de nye anskaffelsesdirektivene fra EU, og fulgte videre opp forslag fra Forenklingsutvalget i NOU 2014:4 «Enklere regler - bedre anskaffelsen».

Slik det følger av regelverket (FOA Vedlegg 2), utgjør Juridiske tjenester (under CPV kodeserie:79100000-79140000) en «særlig tjeneste». Dette innebærer at slike tjenester er unntatt fra konkurranse under EØS-regelverk (FOA del III). Imidlertid er det nasjonalt bestemt at også de særlige tjenestene skal underlegges regelverket om offentlige anskaffelser, slik dette nå reguleres i § 5-1:

«§ 5-1. Anvendelsesområde.

(1) Del I gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av forskriften.

(2) Del II gjelder for

b) kontrakter om særlige tjenester med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva)»

For tilgang på nødvendige juridiske tjenester må sektoren – derfor tilsvarende som for øvrige typer tjenester – konkurranseutsette sine anskaffelser etter regelverket. Dette innebærer at alle anskaffelser over kr 100 000, skal konkurranseutsettes under Del I, mens anskaffelser over terskelverdi skal følge reglene i Del II.

Avgrenset her til Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) under LOA står sektoren her overfor følgende alternative konkurranseformer

med tilhørende avtaleformater:

1. Oppdrags-/bistandsavtaler
2. Rammeavtaler (eksklusive/parallele)
3. Dynamiske innkjøpsordninger

Etter FOA § 1-1 er anskaffelser med en verdi under kr 100 000 (eks. mva) i sin helhet unntatt anskaffelsesregelverket, da også anskaffelsesloven.

Direkte anskaffelser alene er således tillatt innenfor en beløpsgrense på kr 100 000 og ved enkelte typer unntaksanskaffelser, slik dette er regulert i FOA § 2-4 d: «Unntak for visse tjenestekontrakter» - som fastsetter at «Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for kontrakter om:

d) følgende juridiske tjenester:

1. representasjon ved advokat i tvestesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller mekling
2. juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i nr. 1 eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak
3. notarialforretninger
4. tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd



For disse typer juridiske tjenester kan sektoren benytte direkte anskaffelse – om ønskelig. Her må en være oppmerksom på at unntak fra del II under FOA § 5-2 ikke gjelder for kontrakter om særlige tjenester som overstiger EØS-terskelverdien (§ 5-3 annet ledd).

Men med lovendringen og tilhørende forskrifter kom også en videreutvikling av Dynamisk innkjøpsordning – DPS (etter engelsk Dynamic Purchasing System) – som anskaffelsesprosess. Som konsept representerer ikke DPS ikke noe nytt, da dette også var regulert i 2006-forskriften.

I tråd med anbefalingen fra det nasjonale utvalget som vurderte det nye regelverket (NOU 2014:4) ble det besluttet at tidligere gjeldende bestemmelser om DPS skulle strykes, og at de nye direktivbestemmelsene bare ble gjennomført for Del III (over EU/EØS-terskelverdiene). En videre regulering under terskelverdiene ble ikke ansett som hensiktsmessig ettersom verdien av det som vil bli anskaffet gjennom DPS, normalt vil overstige EU/EØS-terskelverdiene Således ble

tidligere gjeldende regulering for DPS (§ 6-4) tatt ut av Del II. Dette i motsetning til rammeavtaler som vedvarende er regulert også i Del II (§ 11-1).

Det følger imidlertid av forarbeidene til LOA (NOU 2014:4 - pkt. 7.2) at en oppdragsgiver som i utgangspunktet kunne ha fulgt reglene i del II, kan velge å følge reglene i forskriften del III. Det ble også formodet at uansett vil oppdragsgiver, dersom det skulle være ønskelig, kunne benytte seg av DPS som en del av tilbudskonkurranser i Del II (forutsatt at dette beskrives i konkurransegrunnlaget).

Derved foreligger også DPS som en alternativ anskaffelsesform for juridiske tjenester etter gjeldende regelverk. Under FOA Del III er rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger sammen med gjennomføring av innovasjonspartnerskap regulert i kapittel 26.

3. REGELVERKSANVENDELSE

3.1 Oversikt

Det foreligger ingen oversikt over foretrukket

Kort kan DPS defineres som en fullstendig elektronisk prosess for å foreta ordinære anskaffelser som oppfyller den offentlige oppdragsgiverens krav.

avtaleformat for anskaffelse av juridiske tjenester fra sektoren, og heller ikke med hensyn til direkteanskaffelse utenfor regelverket (under kr. 100.000). For anskaffelser som ikke faller under FOA § 2-4 d, har imidlertid rammeavtaler vært en foretrukket anskaffelsesform for både statlig og kommunal sektor. Trolig skyldes dette at det jo både under Del I og II skal foregå en konkurranseutsetting for etablering av oppdrags-/bistandsavtaler. Ved stadig behov for juridiske tjenester vil dette fort bli ressurskrevende, for oppdragsgiver, og enkeltoppdrag ivaretar heller ikke behov for kontinuitet i juridisk rådgivning. Dette gjelder trolig også innenfor kommunal sektor, enten anskaffelser foretas av kommunen selv og/eller gjennom felles innkjøpsentraler.

Inngåelse av rammeavtale tilbyr da her oppdragsgivere både redusert ressursbruk og mulighet for kontinuitet – dog avgrenset til 4 år for den enkelte avtale.

Dynamiske rammeavtaler, som alternativ til enkeltstående oppdrags-/bistands- og rammeavtaler, benyttes overraskende her i langt mindre utstrekning – både under tidligere regelverk og så langt under gjeldende.

Til tross for at DPS nå benyttes ved kjøp av ganske komplekse tilpassede tjenester, er det nok fremdeles flere offentlige anskaffelsesorganisasjoner som ikke er oppmerksomme på fordelene med dette alternativet for effektiv anskaffelse av tjenester, blant annet juridiske tjenester.

3.2 Dynamisk Innkjøpsordning

Kort kan DPS defineres som en fullstendig elektronisk prosess for å foreta ordinære anskaffelser som oppfyller den offentlige oppdragsgiverens krav. Ordningen er åpen i gyldighetsperioden for alle leverandører som oppfyller stilte kvalifikasjonskrav. Kvalifiserte leverandører inviteres til å gi tilbud gjennom «minikonkurranser» som oppdragsgiver løpende måtte etablere under ordningen.

Ordningen er forankret i en oppfatning om at størst mulig konkurranse sikres gjennom et system som tillater at oppdragsgiver til enhver tid mottar tilbud fra så mange relevante leverandører som mulig.

I tråd med EU-direktivet (2014/24/EU) var lovgiver også nasjonalt opptatt av hvordan DPS bedre kunne tilpasses for å gjøre konseptet mer fleksibelt og operativt tilgjengelig enn det som var tillatt i tidligere regulering. FOA/2016 gir således en klarere regulering om når og hvordan DPS-ordninger kan brukes, kombinert med større fleksibilitet.

Målsettingen med en slik utvikling av DPS er fra EU sin side å tilrettelegge for en mer effektiv prosess som er egnet der det er en rask utvikling i markedet.

DPS reguleres nå i FOA for Del III-anskaffelser under § 26-4 til 26-7, med innhold i overensstemmelse med Direktivet (art. 34).

© Christopher Hall | Dreamstime.com



Samstemt med direktivet er reguleringen forenklet og effektivisert på flere måter i forhold til tidligere regulering, og omfatter nå følgende trinn for etablering av DPS:

1. Kunngjøring av konkurranse med kvalifikasjonskrav
2. Forespørsel om deltakelse
3. Vurdering av kvalifikasjoner
4. Adgang til systemet
5. Etablering av «minikonkurranser» mellom kvalifiserte tilbydere.

Alle markedsaktører som sender inn en søknad om deltakelse, og som oppfyller utvelgelseskriteriene/kvalifikasjonskravene, vil ha rett til å delta i en dynamisk innkjøpsordning, så lenge den varer.

Kommunikasjon mellom oppdragsgiver og leverandører skal skje skriftlig med elektroniske kommunikasjonsmidler, jf. FOA § 22-1 (1). Det betyr at muntlig dialog ikke er tillatt. Samtaler med eller intervjuer av tilbyderne kan ikke gjennomføres, selv om de foregår elektronisk via Teams, Zoom og lignende, da det ikke oppfyller kravet til «fullt ut elektronisk prosess». Dette

Det følger av ovenstående at DPS er en anskaffelsesform som absolutt bør få større oppmerksomhet ved forvaltningens anskaffelse av juridiske tjenester.

gjelder selv om kommunikasjonen skriftliggjøres i ettertid i form av referat og lignende.

Unntaket om bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler mellom oppdragsgiver og leverandører, jf. FOA § 22-1 (2) og § 22-4, gjelder ikke for DPS.

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) har på sin hjemmeside lagt ut en god beskrivelse av prosessene for etablering og gjennomføring av DPS.

4. DPS SOM ALTERNATIV TIL RAMMEAVTALE

Ett av formålene med DPS er at leverandører fortløpende kan delta i konkurranser og ikke være utestengt fra å bli tildelt kontrakter. Oppdragsgivere vil derfor til enhver tid kunne ha tilgjengelig et bredt utvalg av kvalifiserte leverandører – og dermed mulighet for å sikre optimal bruk av offentlige midler.

På neste side følger en oversikt over enkelte overordnede parametere for DPS – søkt sammenholdt med rammeavtale – som alternative anskaffelsesformer.

Slik det fremgår av oversikten, skiller DPS seg fra rammeavtaler først og fremst ved at nye leverandører kan søke om opptak i ordningen under hele ordningens varighet.

DPS er en fleksibel ordning, og formålet er å bidra til effektiv ressursbruk som gir

oppdragsgiver mulighet til å få inn et stort antall tilbud med markedets beste betingelser til enhver tid.

Ikke minst er det verdt å peke på at mens en rammeavtale kan ta opptil 6 måneder (+) å etablere, vil en DPS med tilhørende første «minikonkurranse» kunne være på plass innenfor 2 måneder.

5. OPPSUMMERING

Det følger av ovenstående at DPS er en anskaffelsesform som absolutt bør få større oppmerksomhet ved forvaltningens anskaffelse av juridiske tjenester. Det er en fleksibel ordning og formålet er å bidra til effektiv ressursbruk som gir oppdragsgiver mulighet til raskt å få inn et stort antall tilbud med markedets beste betingelser – til enhver tid. DPS sikrer konkurranse så lenge ordningen varer; kan ha ubegrenset varighet, og nye leverandører kan tas opp så lenge ordningen varer.

Under etterlevelse av LOA § 1 bør oppdragsgiver alltid vurdere DPS som et relevant alternativ til rammeavtaler. En utvikling mot rammeavtaler i kombinasjon med dynamiske innkjøpsordninger vil også være spennende, men her ligger foreløpig «upløydt mark» under dagens regelverk.

PARAMETER	DPS	RAMMEAVTALE	MERKNAD
Kort etableringstid	X		Kan etableres innenfor 2 mnd
Kvalifisering under ordningen - søknadsfrist på (min) 30 dager	X		
Nye leverandører kan løpende kan tas opp i ordningen.	X		Mulighet til enhver tid å få markedets beste tilbud
Bundet til samme leverandør(er) over en lengre periode		X	
Kan fortløpende beskrive hva oppdragsgiver har behov for.	X	X	
Mulig å løpende dele ønsket ytelse opp i ulike kategorier som legger til rette for at leverandør med spisskompetanse eller som har spesialisert seg på den spesifikke kategorien kan inngi tilbud.	X		
Leverandør kan gi deltilbud på en av flere ytelser	X		
Minimumsfrist på 10 dager for kvalifiserte leverandører til å inngi tilbud på utlyst konkurranse.	X	(X)	For parallelle avtaler
Leverandør kan når som helst søke om opptak i ordningen	X		
Leverandør som ikke ble funnet kvalifisert, kan søke på nytt om opptak i ordningen	X		
Kan være med i nye konkurranser fortløpende såfremt kvalifisert for ordningen	X		Ikke avskåret fra å delta som ved rammeavtaler der de ikke er avtalepart
Det kan legges opp til at en ønsket ytelse er delt i delkontrakter	X	(X)	Kun ved parallelle rammeavtaler
Leverandør kan selv velge om de vil inngi tilbud i den aktuelle konkurransen, bl.a. avhengig av om de har ledig kapasitet	X	(X)	Avhengig av vilkår