

## 3. Juridisk utredning: Hva er kommunenes handlingsrom?

### 3.1 Oversikt over anskaffelsesregelverket

Kommuner må følge regelverket for offentlige anskaffelser når de gjør innkjøp. Reglene følger av anskaffelsesloven (2016) med tilhørende forskrifter, særlig anskaffelsesforskriften (2016).

Loven og forskriftene gjennomfører EUs anskaffelsesdirektiver og WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA-avtalen) i norsk rett. I tillegg har norske myndigheter valgt å innføre egne regler for innkjøp som ikke omfattes av det internasjonale regelverket.

#### 3.1.1 Terskelverdier – anvendelsesområdet for de ulike delene av regelverket

Regelverket for offentlige anskaffelser er, litt forenklet, organisert slik at reglene blir strengere og mer detaljert jo høyere verdien på innkjøpet er. For kjøp etter anskaffelsesforskriften gjelder følgende:<sup>7</sup>

- Kontrakter under 100 000 kr ekskl. mva. er ikke omfattet av anskaffelsesregelverket<sup>8</sup>
- Kontrakter mellom 100 000 kr ekskl. mva. og nasjonal terskelverdi (per september 2022: 1 300 000 kr ekskl. mva.) er i hovedsak kun underlagt anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper<sup>9</sup>
- Kontrakter over nasjonal terskelverdi på 1 300 000 millioner kroner, men under EØS-terskelverdiene<sup>10</sup> må kunngjøres i Doffin (norsk database for offentlige innkjøp) og må følge bestemte prosedyrer
- Kontrakter over EØS-terskelverdiene må kunngjøres i Doffin og TED (EØS-database for offentlige innkjøp), og følge strengere prosedyrer

Dette betyr blant annet at en kommunal innkjøper i utgangspunktet kan gjøre kjøp under 100 000 kr ekskl. mva. direkte, uten konkurranse. Som vi vil komme tilbake til i punkt 4.8 nedenfor, betyr det også at det ikke er plikt til å kunngjøre

<sup>7</sup> For anskaffelser etter forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften og forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, gjelder andre og høyere terskelverdier for kunngjøringsplikt. [oversikt-nye-eos-terskelverdier-oppdatert.pdf](#) (regjeringen.no)

<sup>8</sup> Anskaffelsesloven (2016, § 2)

<sup>9</sup> Se punkt 3.2

<sup>10</sup> Terskelverdiene fremgår av forskriftene, se anskaffelsesforskriften (2016) kap. 5. EØS-terskelverdiene for anskaffelser som følger anskaffelsesforskriften (2016) er

konkurranser eller bruke bestemte anskaffelsesprosedyrer hvis anskaffelsens verdi ikke overstiger nasjonal terskelverdi.

Når en offentlig oppdragsgiver gjør regelmessige kjøp av varer eller tjenester, skal verdien av disse innkjøpene i løpet av ett år ses samlet. Et eksempel på dette kan være en kommune som gjør et enkelt innkjøp av kontorrekvisita som har en verdi langt under 100 000 kr ekskl. mva., men som bruker mer enn 100 000 kr ekskl. mva. på kontorrekvisita i løpet av et år. Det enkelte innkjøpet vil da være underlagt anskaffelsesregelverket til tross for at innkjøpet isolert sett har lav verdi.

Sentrale momenter ved vurderingen av om flere kontrakter skal ses samlet, er:

- Hvorvidt ytelsene som kontraktene omfatter, er avhengige av hverandre i den forstand at de tar sikte på å oppfylle et felles formål eller dekker samme eller tilsvarende behov, herunder om de skal benyttes i samme prosjekt
- Tidsmessig sammenheng
- Hvorvidt varene eller arbeidene normalt kan leveres fra én leverandør
- Hvordan anskaffelser av de aktuelle varene/arbeidene normalt gjennomføres
- Omgåelsesbetraktninger
- Forretningsmessig vurdering av hva som anses som effektive anskaffelser<sup>11</sup>

Dersom oppdragsgiveren består av flere atskilte driftsenheter, skal den samlede anslåtte verdien for alle driftsenhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder likevel ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.<sup>12</sup>

### 3.2 Anskaffelsesregelverkets formål og grunnleggende prinsipper

#### 3.2.1 Formålet med anskaffelsesloven

Formålet med anskaffelsesloven følger av loven § 1:

per september 2022 2,2 millioner kroner ekskl. mva. for kommunale vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser, 56 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter, og 7,8 millioner kroner ekskl. mva. for kontrakter om særlige tjenester og konkurranser om helse- og sosialtjenester, se § 5-3.

<sup>11</sup> Dragsten (2020) s. 237

<sup>12</sup> De detaljerte reglene om dette finnes i anskaffelsesforskriften (2016) § 5-4 (se blant annet tredje og niende ledd).

*«Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»*

At anskaffelser skal foretas på en samfunnstjenlig måte vil kunne ivareta hensyn til blant annet konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.<sup>13</sup>

Formålsparagrafen oppsummerer både det opprinnelige målet i offentlige anskaffelser og øvrige samfunnhensyn som senere er lagt til.

Det opprinnelige målet for offentlige anskaffelser kan oppsummeres som best behovsdekning/kostnad i den enkelte anskaffelse. Dette innebærer et mål om at offentlige anskaffelser skal bidra til mest mulig effektiv offentlig tjenesteproduksjon slik at man oppnår best mulig behovsdekning til lavest mulig kostnad (Oslo Economics, 2018). Den offentlige utredningen «Enklere regler – bedre anskaffelser» (NOU 2014:4), viser til Regelverket fra statens anskaffelsesvirksomhet mv. (REFSA) fra 1975:

*«Målet for enhver anskaffelsesvirksomhet vil være å sørge for at brukerens behov blir dekket på en mest mulig effektiv og hensiktsmessig måte, slik at brukeren får det «riktige» produkt – sett i relasjon til formålet til riktig tid og til lavest mulig pris.»*

Offentlige oppdragsgivere har flere langsiktige mål, i tillegg til det opprinnelige målet om å oppnå best mulig behovsdekning til lavest mulig kostnad i den enkelte anskaffelse. Noen av disse målene, herunder konkurranse på sikt, kan knyttes til den første delen av formålsparagrafen i anskaffelsesforskriften (fordi konkurranse bidrar til effektiv bruk av samfunnets ressurser). Øvrige samfunnhensyn, som hensynet til miljø, lønn- og arbeidsforhold og menneskerettigheter, knytter seg i hovedsak til

<sup>13</sup> Innst. 358 L (2015-2016) s. 16.

<sup>14</sup> Virkninger av store offentlige kontrakter Oslo Economics rapport 2020-21

<sup>15</sup> Se punkt 3.1.1

andre del av formålsparagrafen, det vil si å bidra til at «(det offentlige) opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».<sup>14</sup>

### 3.2.2 Overordnet om de grunnleggende prinsippene

Når offentlige oppdragsgivere gjør innkjøp som er omfattet av anskaffelsesregelverket, skal de overholde grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. Dette følger av anskaffelsesloven § 4.

Både rettspraksis og praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) viser at de grunnleggende prinsippene gir konkrete plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. Prinsippene fungerer i tillegg som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket.

### 3.2.3 Konkurranses prinsippet

Konkurranses prinsippet innebærer som hovedregel at det skal være konkurranse om alle innkjøp som omfattes av anskaffelsesregelverket. Dette gjelder uavhengig av om verdien av innkjøpet er så stor at det er kunngjøringsplikt eller ikke.<sup>15</sup> Under terskelverdiene må oppdragsgiveren også sørge for konkurranse om kontrakten ved at han gjør oppdraget kjent for «et rimelig antall leverandører, for på denne måten å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet». Dette kan eksempelvis gjøres gjennom en frivillig kunngjøring av konkurranse på Doffin eller ved at oppdragsgiveren selv innhenter tilbud fra flere.<sup>16</sup>

Det er ikke tilstrekkelig å kunngjøre en konkurranse eller invitere flere leverandører til å gi tilbud for å etterleve det grunnleggende prinsippet om konkurranse. Anskaffelsesprosessen må også gjennomføres på en slik måte at den ikke begrenser konkurransen unødvendig.<sup>17</sup>

Kravet til konkurranse gjelder så langt det er mulig. Kun unntaksvis vil oppdragsgiveren derfor kunne tildele en kontrakt direkte til en leverandør uten konkurranse (så lenge verdien av kontrakten er lik eller overstiger 100 000 kr ekskl. mva.). Avvik fra prinsippet kan for eksempel være tillatt der det kun foreligger én leverandør i markedet og oppdragsgiveren kan anskaffe ytelsen direkte fra leverandøren.<sup>18</sup> Det er kun dersom årsaken til at konkurransen hindres er et saklig behov hos oppdragsgiver, at det unntaksvis kan være lovlig å

<sup>16</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018), punkt 7.3

<sup>17</sup> Se for eksempel EU-domstolens sak C-234/03 og KOFAs saker 2007/74 og 2012/238.

<sup>18</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018), punkt 7.3

gjennomføre en konkurranse som inneholder krav og vilkår som er sterkt konkurransebegrensende.<sup>19</sup>

### 3.2.4 Likebehandlingsprinsippet

Likebehandlingsprinsippet skal sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter i konkurransen om offentlige kontrakter. Prinsippet innebærer for eksempel at all informasjon som blir gjort tilgjengelig for en leverandør, også må gjøres tilgjengelig for de andre leverandørene.<sup>20</sup>

Prinsippet innebærer også at oppdragsgiver ikke kan gi fordeler til utvalgte leverandører som går på bekostning av andre. Oppdragsgiveren må for eksempel i evalueringen vektlegge både positive og negative egenskaper ved de enkelte leverandørene likt og kan ikke trekke noen leverandører for forhold som andre leverandører ikke blir trukket for.<sup>21</sup>

Likebehandlingsprinsippet omfatter også et forbud mot diskriminering mellom leverandører på bakgrunn av nasjonalitet. Forbudet mot diskriminering innebærer at en oppdragsgiver i utgangspunktet ikke kan innrette en anskaffelse slik at utenlandske leverandører diskrimineres eller at norske leverandører favoriseres. Både direkte diskriminering og indirekte diskriminering er forbudt. Et eksempel på direkte diskriminering er at det eksplisitt stilles krav om bruk av leverandører eller materialer fra et utvalgt EØS-land. EU-domstolen konkluderte i sak C-243/89 (Storebælt) med at det var ulovlig av oppdragsgiveren å stille krav om at leverandørene i størst mulig utstrekning skulle benytte danske materialer og dansk arbeidskraft. Indirekte diskriminering kan være at en oppdragsgiver stiller krav om at leverandøren har lokalt nærvær eller responstid, til tross for at det ikke er nødvendig etter en objektiv vurdering.<sup>22</sup>

Likebehandlingsprinsippet er ikke absolutt. Forskjellsbehandling kan være lovlig når det er saklig og forholdsmessig. Det er for eksempel tillatt å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk og stille krav om at tilbud skal være på norsk. Det kan også være tilfeller hvor lokalt nærvær eller responstid er fordelaktig eller nødvendig etter en objektiv vurdering. Dersom det er saklige grunner for det, er det i slike tilfeller akseptabelt å forskjellsbehandle ved å stille et slikt krav. I slike tilfeller bør oppdragsgiver begrunne hvorfor det er satt krav om lokalt nærvær eller responstid.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Se for eksempel EU-domstolens sak C-513/99 og KOFA-saker 2015/102 og 2012/238.

<sup>20</sup> Se for eksempel KOFA-sak 2007/83, premiss 25 og KOFA-sak 2007/116, premiss 64.

<sup>21</sup> Se for eksempel KOFA-sak 2006/14.

<sup>22</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018), punkt 7.4.1

### 3.2.5 Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet

Prinsippet om forutberegnelighet innebærer at anskaffelsesprosessen skal være forutsigbar for leverandørene og skal sikre åpenhet om alle stadier i prosessen. Kravet om forutberegnelighet skal gjøre det mulig for leverandørene å vurdere om de vil delta i konkurransen. Prinsippet skal også sikre at leverandørene kan stole på at de angitte opplysningene om konkurransen blir fulgt.

Prinsippet om etterprøvnbarhet skal ivareta leverandørenes rettsikkerhet og gjøre det mulig, både for leverandører og eventuelle tredjeparter, å sjekke om oppdragsgiveren har fulgt reglene som gjelder for konkurransen og dermed har opptrådt på en måte som forvalter samfunnets ressurser effektivt.<sup>24</sup>

### 3.2.6 Forholdsmessighetsprinsippet

Forholdsmessighetsprinsippet innebærer at offentlige oppdragsgivere skal gjennomføre anskaffelser som er underlagt regelverket på en måte som står i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet. Forholdsmessighetsprinsippet setter grenser både for hvor strenge krav oppdragsgiveren kan stille til leverandørene og for hvor strenge krav som kan stilles til oppdragsgiveren ved gjennomføringen av en anskaffelse.<sup>25</sup>

### 3.2.7 Hensynet til små og mellomstore bedrifter

Da det ble vedtatt nye anskaffelsesdirektiver i EU, var det et sentralt formål å gi lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter (SMB).<sup>26</sup>

SMB defineres ofte som foretak med under 100 ansatte. Forskningsrådet bruker denne grensen i sin årsrapport for SMB. NHO avgrensner også SMB foretak med under 100 ansatte.

EU har en annen avgrensning for små og mellomstore bedrifter som til en viss grad brukes i Norge. EU setter grensen for små og mellomstore bedrifter til under 250 årsverk, årlig omsetning under 50 millioner euro eller årlig balanse under 43 millioner euro. Denne grensen brukes i Norge i forbindelse med ulike tilskuddsordninger som helt eller delvis finansieres av EU-midler.<sup>27</sup> Det er denne grensen som er relevant for anskaffelsesregelverket, noe som innebærer at mer enn 99 prosent av alle

<sup>23</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018), punkt 7.4.1

<sup>24</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018), punkt 7.5

<sup>25</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2018), punkt 7.2

<sup>26</sup> Prop.51 L (2015-2016) s. 7.

<sup>27</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2012)

norske bedrifter regnes som SMB i anskaffelsesregelverkets forstand.<sup>28</sup>

For offentlige oppdragsgivere som ønsker tilbud fra lokale bedrifter, vil det at de aller fleste bedrifter i Norge er SMB innebære at det normalt vil være fordelaktig å legge til rette for at SMB kan være konkurransedyktige i den enkelte anskaffelsesprosessen. Dette vil også være legitimt etter anskaffelsesretten.

### 3.2.8 Forbud mot omgåelse av regelverket

I anskaffelsesretten gjelder et forbud mot omgåelse av regelverket. Dette forbudet kommer direkte til uttrykk i flere konkrete bestemmelser i anskaffelsesforskriften (2016). Et eksempel er anskaffelsesforskriften (2016) § 5-4 fjerde ledd. Bestemmelsen sier, i forbindelse med beregning av verdien av en kontrakt, at oppdragsgiveren ikke skal «velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften». Forbudet mot omgåelse gjelder generelt i anskaffelsesretten, ikke bare der det er eksplisitt angitt. EUs anskaffelsesdirektiv<sup>29</sup> art. 18 nr. 1 inneholder et uttrykkelig, generelt forbud mot omgåelse av regelverket. Dette er ikke videreført i den norske lovteksten fordi departementet mente dette var «såpass selvsagt at det ikke er nødvendig å innarbeide forbudet i lovteksten».<sup>30</sup> Det avgjørende for om en handling rammes av forbudet mot omgåelse er i utgangspunktet om formålet med handlingen var å omgå regelverket. Handlinger som har et legitimt formål, for eksempel oppdeling av kontrakter for å legge til rette for små og mellomstore bedrifter, rammes i utgangspunktet ikke av forbudet mot omgåelse.

---

<sup>28</sup> Statistisk sentralbyrå (2022).

<sup>29</sup> Direktiv 2014/24/EU

<sup>30</sup> Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.5