

## Vurderingspunkter, sjekkliste

HUSK Å KONKLUDERE ETTER HVERT SPM!

- Hvis det er Kofa som vurderer, kan Kofa vurdere?
  
- Gjelder loven for oppdragsgiver?**
  - Se loa § 2 første ledd og foa § 1-2 (første eller andre ledd).
  - Hvis det er stat, kommune osv. – kun slå fast fort at loven gjelder:  
"Lov om offentlige anskaffelser (heretter loa) og forskrift om offentlige anskaffelser (heretter foa) gjelder for oppdragsgiver, jf. loa § 2 og foa § 1-2 (1)."  
Kun drøfte hvis det er mer tvilsomt at regelverket gjelder (offentligrettslig organ).
  - Hvis foa § 1-2 andre ledd kommer til anvendelse: alle vilkår (a, b, c) må være oppfylt. For eksempel på drøftelse, se løsningsforslag til oppgaven om Vinmonopolet.
  
- Er kontrakten omfattet av regelverket?**
  - Se loa § 3 og foa § 1-3 (1).
  - Gjensidig bebyrdende avtale, ikke gave, se foa § 4-1 (a, se også de andre bokstavene).
  - Inngås kontrakten mellom to selvstendige rettssubjekter? Hvis ikke egenregi?
  
- Har oppdragsgiver beregnet kontraktsverdien riktig?**
  - Se foa § 2-2 Terskelverdier
  - Se foa § 2-3 Beregning av kontraktsverdi
  - Husk å beregne inkludert opsjonsår (5).
  - Grensen 1 mill for sentrale statlige organ, 1,55 mill for andre som omfattes av regelverket.
  
- Har oppdragsgiver delt opp anskaffelsen i mindre deler, og hvis ja, har dette skjedd på lovlig vis?**
  - Se foa § 3-1 (3) (grunnleggende krav).
  - Se foa § 2-3 om beregning av kontraktsverdien (særlig 4 og 8).
  - Se oppgave om virkeområdet, om de videregående skolene som skal kjøpe bøker.
  - Det er anledning til å dele opp anskaffelsen slik at leverandører kan gi tilbud på deler av leveransen, dette gjør det for eksempel lettere for mindre aktører å få en fot innenfor, men kontraktsverdien skal likevel alltid beregnes for hele anskaffelsen sett under ett.
  - Det rettslige spørsmålet er hvordan kontraktsverdien skal beregnes, herunder om det dreier seg om en enkelt anskaffelse eller om det er flere anskaffelser. Veilederen s. 45-49: "eit naturleg utgangspunkt i vurderinga av kva som utgjer ei anskaffing, er om den planlagde anskaffinga samla har til formål å dekkje eit bestemt behov." Se løsningsforslag om Bergen kommune og Bybane-festen.
  
- Skal oppdragsgiver anskaffe en prioritert eller en uprioritert tjeneste?**
  - Se foa § 2-1 om anvendelsesområdet, særlig nr 5.
  - Se foa § 4-1 d.
  - Se foa vedlegg 5 og 6 (angi hvilken kategori anskaffelsen hører hjemme i)
  
- Hvilken del av regelverket gjelder for anskaffelsen (del I, II, III)?**
- Har oppdragsgiver fulgt riktig del av regelverket?**
  - Se foa § 2-1 (se spesielt 1, 4 og 5)
  - Se foa § 2-2 (se spesielt 1)

- Har oppdragsgiver bestemt kontraktens lengde i tråd med regelverket?**
  - Ikke regulert i regelverket med unntak av for rammeavtaler (maks 4 år). Kofa har uttalt av 8 år er for lang tid. Hvis det er store investeringer mv. som må gjøres, så kan lengre kontraktstid forsvares → forholdsmessighet. Kan for kort kontraktstid begrense konkurranse? Hvis leverandører ikke vurderer det som lønnsomt å delta fordi tiden er for kort og investeringene er for store, jf. busskontrakter i Oslo og Akershus.
  - "Utgangspunktet for vurderingen er derfor det grunnleggende kravet til konkurranse som stiles i loa § 5 andre ledd og foa § 3-1 (1)."
  - Momenter i vurderingen: Se Bakken og Nordby s. 43-44.
  
- Har oppdragsgiver fulgt de grunnleggende kravene til alle anskaffelser?**
  - Se foa § 3-1.
  - Har oppdragsgiver forskjellsbehandlet leverandører?
  - Forholdsmessighet: Står kravene til leverandøren/tilbudet i forhold til det som anskaffes?
  
- Har oppdragsgiver fulgt påbudet om protokollføring?**

Se foa § 3-2.
  
- Har oppdragsgiver krevd innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring?**
- Har leverandørene levert inn skatteattest og HMS-egenerklæring innen fastsatte frister?**
  - Se foa §§ 3-3 og 3-4.
  - Del II: §§ foa 8-7 og 8-8.
  - Del III: Se foa §§ 17-14 og 17-15.
  - Skatteattestkravet gjelder kun for norske leverandører. Dette bør fremgå klart av kunngjøringen (hvertfall hvis konkurranse etter del III).
  - Oppdragsgiver kan gi en tilleggsfrist for innsending av slike dokumenter, men de har ingen plikt til å gjøre det, se § 12-3 eller 21-3.
  
- Har oppdragsgiver krevd lovlig dokumentasjon av leverandørenes finansielle stilling?**
  - Del III: Se foa § 17-8 (ikke uttømmende opplisting, kan dokumenteres på andre måter også).
  - Se også spørsmål nedenfor om dokumentasjon av leverandørkravene.
  
- Har oppdragsgiver fulgt reglene om offentlighet, taushetsplikt og habilitet?**

Se foa §§ 3-5, 3,6 og 3,7.
  
- Har oppdragsgiver brukt eksterne rådgivere i strid med regelverket?**

Se foa § 3-8.
  
- Har oppdragsgiver registrert innkomne tilbud med tidspunkt for ankomst?**

Del II: Se foa § 11-6.  
Del III: Se foa § 20-6.
  
- Har oppdragsgiver gjennomført en lovlig tilbudsåpning?**
  - Del II: Se foa § 11-7.
  - Del III: Se foa § 20-7.
  - Leverte tilbud skal åpnes på det tidspunkt og det sted som er angitt i kunngjøringen, jf. foa § 20-7 (1).

- **Har oppdragsgiver valgt en lovlig konkurranseform?**
  - Del II: Se foa § 4-2.
  - Del III: Se foa § 14-1
  - Konkurranse med **forhandling**:
    - Del II: Se foa § 11-8.
    - Del III: Se foa § 14-3 eller § 14-4.
  - Del II: Begrenset anbudskonkurranse: Oppdragsgiver står fritt til å velge konkurranseform når anskaffelsen omfattes av del II, jf. foa § 5-1.
  - Del III: Begrenset anbudskonkurranse: Oppdragsgiver kan velge konkurranseform fritt etter del III også, jf. foa § 14-1.
  
- **Har oppdragsgiver foretatt en lovlig kunngjøring av konkurransen?**

Del III: Se foa kap. 18, særlig § 18-1.

  - OBS del III: Skal kunngjøre samtidig i Doffin og TED, se § 18-1 (4).
  - Ikke kunngjøringsplikt for anskaffelser under 500 000 kr.
  - Ulovlig direkteanskaffelse: Se foa § 4-1 q.
  - Hvis ikke ulovlig direkteanskaffelse etter foa 4-1 q, likevel mulig brudd på kravet om konkurranse, se foa § 5 andre ledd og foa § 3-1 (1).
  - Se veilederen s. 151 flg.
  
- **Har oppdragsgiver satt lovlige frister i alle deler av konkurransen?**

Del II: Se veilederen s. 157.  
Del III: Se foa kap. 19 og veilederen s. 157.
  
- **Har oppdragsgiver stilt lovlige leverandørkrav?**
  - Del II: Se foa §§ 8-4 og 8-5.
  - Del III: Se foa §§ 17-4 (særlig (2) om forholdsmessighet) og 17-5.
  - Leverandørkravene skal sikre at leverandøren er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, jf. foa § 8-4 eller 17-4 (2).
  - "Det er ikke adgang til å stille sosiale/etiske krav til leverandørene som en del av leverandørkravene. Slike krav vil være kontraktskrav, jf. foa § 13-11 (2). Se omtale i veilederen s. 120 øverst."
  - Se nedenfor, spm om lovlige krav til tilbudet.
  
- **Har oppdragsgiver stilt lovlige krav til dokumentasjon av leverandørkravene?**
  - Del II: Ikke regulert?
  - Del III: §§ 17-8, 17-9, 17-10 og etterfølgende. Se også veilederen s. 130.
  - *Se løsningsforslag til eksamensoppgave 2011.*
  
- **Har oppdragsgiver avvist leverandører fra konkurransen, og hvis ja, var avvisningen lovlig?**
- **Skulle oppdragsgiver avvist leverandører fra konkurransen, men unnlot å gjøre det?**
  - Del II: Se foa § 11-10 (forhold ved leverandøren) eller § 11-11 (forhold ved tilbudet), eventuelt § 11-12 (unormalt lave tilbud), samt §§ 11-13 og 11-14 (hhv. om fremgangsmåte og begrunnelsesplikt).
  - Del III: Se foa § 20-12 (forhold ved leverandøren) eller § 20-13 (forhold ved tilbudet), eventuelt § 20-14 (unormalt lave tilbud), samt §§ 20-15 og 20-16 (hhv. om fremgangsmåte og begrunnelsesplikt).
  - Avvisning pga. for sent innkommet tilbud: streng regel, må tolkes strengt, jf. løsningsforslag Storevik kommune (Kofa-sak).

- **Har oppdragsgiver stilt lovlige krav til tilbudet?**
  - Del II: Se foa § 13-2 (kriterier for valg av tilbud).
  - Del III: Se foa § 22-2 (kriterier for valg av tilbud).
  - Oppstillingen i paragrafene er ikke uttømmende (det kan stilles andre krav også).
  - Har oppdragsgiver blandet leverandørkrav og krav til tilbudet?
  - Erfaring, generelle kapasitetskrav etc. er leverandørkrav, ikke krav som kan stilles til tilbudet. Men, kan forekomme unntak, for eksempel der leverandørens erfaring er særlig nært knyttet til kontraktsgjenstanden.
  - Miljøkrav og krav til etikk: eks. svanemerking: ikke lov, leverandørene må kunne dokumentere at de oppfyller miljøkrav på annen måte enn ved navngitt merking, jf. foa § 17-3 nr. 7 og 8. Bestemmelsen gjelder for del III, men må kunne overføres til del II, ellers blir kravet for begrensende. Se også veilederen s. 132-133 og 141-142. Se også spm over om lovlige leverandørkrav.
  - Miljøkrav kan stilles til tilbudet, men kravet må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden.
  - Kravene til tilbudet må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. Hvis man anskaffer penner kan man kreve at blekket skal være blått, men hvis man anskaffer solsenger, kan man ikke kreve at leverandøren skal bruke blått blekk i pennene sine.
  - Tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf. EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction). Se veilederen s. 214.
  
- **Har oppdragsgiver vurdert tilbudene i tråd med det som står i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget? Er vektingen gjort riktig?**
  - Del II: Se foa § 13-2 (kriterier for valg av tilbud).
  - Del III: Se foa § 22-2 (kriterier for valg av tilbud).
  - Etter del III kan man gi vektingen et spenn, jf. § 22-2 (2) ("passende maksimalt utslag"). Spennet må ikke være så stort at to kriterier bytter plass, det er ikke akseptabelt (se oppgave Pust Ut AS). Det må også være anledning til å gi vektingen et spenn etter del II, om oppdragsgiver ønsker det.
  - Det rettslige problemet blir her om angivelsen som er gjort er "passende". Se løsningsforslag eksamensoppgave 2011 (s. 6).
  
- **Har oppdragsgiver forhandlet med leverandørene i strid med regelverket?**
  - Del II: Se foa § 12-1 (forhandlingsforbudet).
  - Del III: 21-1 (forhandlingsforbudet).
  - "Forhandlingsforbudet er et grunnleggende prinsipp i anbudretten. Skal ivareta hensynet til likebehandling og etterprøvbarhet og bidra til effektive anskaffelser."
  - Absolutt forhandlingsforbud i anbudskonkurranser, men adgang til lovlige avklaringer. Likevel kun av mindre viktige forhold ved tilbudet, må vurderes opp mot avvísingsreglene. Hvis tilbudet skal avvíses etter FOA-bestemmelsene om avvísing, er det ikke anledning til å foreta avklaringer. Et tilbud i en anbudskonkurranse skal avvíses blant annet hvis det inneholder uklarheter som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de andre tilbudene.
  - Ikke adgang til å gjøre avklaringer av forhold som påvirker rangeringen av tilbyderne. Se veilederen s. 167→

- **Har oppdragsgiver meddelt kontraktstildelingen og begrunnet den i tråd med regelverket?  
Er begrunnelsen for valg av leverandør tilfredsstillende / fyldig nok?**
  - Del II: Se foa §§ 11-14 (begrunningsplikt) og 13-3 (meddelelse).
  - Del III: Se foa §§ 20-16 (begrunningsplikt) og 22-3 (meddelelse).
  - Begrunnelsen må si mer enn bare å legge ved vektningsskjema, sistnevnte er ikke tilstrekkelig, det må være en tekstlig beskrivelse i tillegg. Se Bakken & Nordby s. 178.
  - Forbigåtte leverandører har ikke krav på debrifing etter konkurransen, men oppdragsgiver kan vinne på å gjøre det i lengden (unngå klager, gjøre leverandøren bedre rustet til å gi tilbud i fremtiden, fremstå profesjonell osv.)
  
- **Har oppdragsgiver overholdt reglene om karenperiode?**
  - Del II: Se foa § 13-3
  - Del II: Bakken & Nordby s. 183: "Når det gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi, følger det av foa § 13-3 første ledd at meddelelsen om tildeling skal gis "i rimelig tid" før kontrakten eller rammeavtalen inngås. Det er oppdragsgivers skjønn å fastsette en passende karenperiode, men vanlig praksis er å sette rimelig tid til ca. 10 dager."
  - Del III: Se foa § 22-3 (3)
  - Del III: Bakken & Nordby s. 183-184: "Når det gjelder anskaffelser omfattet av FOA del III, er det krav om at karenperioden minst skal settes til 10 dager ved elektronisk kommunikasjon eller telefaks og 15 dager ved annen kommunikasjonsform. [...] Karenperioden regnes fra dagen etter meddelelsen er sendt, og oppdragsgiver har adgang til å inngå kontrakt etter utløpet av fristen, jf. foa § 22-3 tredje ledd."
  
- **Er kontrakt inngått lovlig?**
  - Del II: Se foa § 10-3.
  - Del III: Se foa § 19-7.
  - Hvis det ikke er begjært midlertidig forføyning innen karenperiodens utløp, kan kontrakt lovlig inngås. Se Bakken & Nordby s. 182→ og 186.
  - Problematiser: Hva hvis det er begått feil underveis? Konkurransen må avlyses som følge av feilene fortrinnsvis før kontrakt inngås. Det betyr ikke at selve kontraktsinngåelsesforretningen er lovstridig.
  
- **Har leverandørene inngitt klage, har de klagerett og har oppdragsgiver behandlet klagen i tråd med regelverket?**
  - Karenperiode må ikke forveksles med klagefrist.
  - Klagefristen kan settes lengre enn karenperioden.
  - Leverandør kan klage til oppdragsgiver, Kofa, ESA eller gå rett til domstolene.
  - Klage til Kofa er regulert i Kofa-forskriften. Klagefristen til Kofa er 6 mnd.
  - Klage til oppdragsgiver er ikke regulert i regelverket.
  - Leverandører som har deltatt i konkurransen har saklig klageinteresse. Se veilederen kap. 18, s. 241.
  - Kofa tar bare opp feil som klager har påpekt, ikke andre feil. Se Kofa-forskriften §§ 6 og 12.

- **Har oppdragsgiver begått feil og hva blir konsekvensene av dem? Må konkurransen avlyses?**
  - Del II: Se foa § 13-1.
  - Del III: Se foa § 22-1.
  - Grove feil (brudd på forhandlingsforbudet, kunngjort etter feil del av regelverket (ulovlig direkteanskaffelse), brukt feil kriterier (for eksempel erfaring som krav til tilbudet, og det ikke er en tjenestekontrakt der erfaringen er (tett sammenvevd med) kontraktsgjenstanden) o.l.) kan ikke repareres annet enn ved å avlyse konkurransen. Se Bakken & Nordby s. 187→
  - Hvis konkurransen avlyses kan leverandørene ha krav på erstatning, enten for positiv eller negativ kontraktsinteresse. Se Bakken & Nordby s. 225.
  - "Ikke alle typer feil skal lede til avlysningsplikt, feilen må faktisk ha fått betydning for leverandørene, dette med hensyn til effektiv ressursbruk. I dette tilfellet har feilene fått betydning for leverandørene." (sitat eksamensoppgave kandnr 274).
  - "Kofa legger til grunn at dersom konkurransen kunne fått et annet utfall for en leverandør dersom feilen ikke var begått, eller at feilen kan ha påvirket deltakelsen i konkurransen, foreligger det en plikt til å avlyse." (sitat eksamensoppgave kandnr 250).

→ **Bygge- og anleggskontrakt:** Se oppgave Pust Ut AS.

→ **Begrenset anbudskonkurranse:** Se oppgave Pust UT AS og veilederen s. 89 og utover + s. 136 + s. 157 (frister).

→ Mulig/nyttig med **intensjonskunngjøring**? Er det usikkerheter for eksempel om kontrakten bør gå etter del II eller del III. Se foa §§ 9-1A og 13A-1 3 (del II), eller §§ 18-3a, 22-3A og 22A-1.

→ Krav om **lærlinger**, se foa § 3-11 (3).

→ **Egenregi:** Se veilederen kap. 3 s. 31.

→ **Veiledende kunngjøring**, se foa §§ 18-2 og 19-1 eller 19-2.

→ **Innsyn/offentlighet:** husk å ta med det elementære om offl (innsynrett i alle saksdokumenter osv).

## RÅD

1. Finne problemstillingene
2. Drøfte problemstillingene, finne hjemmelsgrunnlaget
3. Løse problemstillingene / konkludere

- Husk også å kommentere det som er ok, eks. leverandørkrav som er riktige.
- Ta hvert spm for seg.
- Start alltid med det rettslige grunnlaget (loa/foa, ev. ulovfestet rett).
- Ikke spekulere i faktum. Ikke gjengi faktum, men BRUK faktum.
- Ikke utbrodere enkle ting, holder kun å slå det fast.
- Bruk et eget ark til hvert spørsmål, legg i rekkefølge til slutt.
- Ikke kildeliste til slutt, men henvis underveis.
- Ikke bland inn teorien annet enn der det er relevant, eks. formålet med loven og de grunnleggende prinsippene.