

OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Her er omtale av de siste viktigste nyheter om hva som har skjedd innenfor området for offentlige anskaffelser.

Kofa mener (uriktig?) at §§ 7-3 og 16-3 gjelder ved innlevering av tilbud i minikonkurranser

Kofa uttalte i sak 2009/148 at kravene i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 7-3 og 16-3 (særskilte krav til systemer for elektronisk overføring og mottak av tilbud, og forespørsel om å delta i konkurranser) også gjelder for mottak av tilbud i minikonkurranser. Oppdragsgiver hadde åpnet for å motta tilbud på e-post uten at det var angitt noen særskilte tiltak for mottak av e-postene. Dette er klart i strid med forskriften ettersom § 15-3 tredje ledd bokstav c krever at "tilbudene skal sendes inn skriftlig og innholdet skal holdes fortrolig inntil utløpet av den fastsatte tilbudsfristen". Vanlig e-post kan imidlertid tilfredsstille dette kravet dersom oppdragsgiver innfører administrative rutiner for ikke å få tilgang til de innkomne e-postene. Dette kan eksempelvis trolig gjøres ved å motta tilbudene til separate e-postkonti (f.eks. tilbud@oppdragsgiver.no) som kun åpnes etter fristen for tilbudsåpning. Et annet alternativ er at tilbudene leveres som passordbeskyttede vedlegg til e-post før fristen (f. eks. ved bruk av passordfunksjonen i Word eller Excel) og at selve passordet sendes på e-post av leverandørene etter tilbudsfristen.

Av uviss grunn tar Kofa ikke tak i § 15-3 tredje ledd, men vurderer istedenfor om § 16-3 gjelder for innlevering av tilbud i minikonkurranser. Kofa konkluderer bekreftende på dette med henvisning til ordlyden i direktiv 2004/18/EF artikkel 32: "[m]ed henblik på inngåelse af en rammeaftale følger de ordregivende myndigheder de procedureregler, der er omhandlet i dette direktiv, i alle faser indtil tildelingen af de kontrakter, der er baseret på denne aftale". Kofa leser ut fra dette at reglene om inngivelse av tilbud i minikonkurranser også skal følge reglene om elektronisk kommunikasjon i direktivet. Kofa viser til at Fornyings- og Administrasjonsdepartementet i sin veileder har lagt til grunn den samme tolkningen basert denne ordlyden. Kofa viser også til Sue Arrowsmith har uttalt det samme med henvisning til den samme ordlyd.

Vi er usikre på om dette er en korrekt tolkning, og det er i hvert fall en tolkning som vesentlig vanskeliggjør innlevering av elektroniske tilbud i mini-konkurranser. Tolkningen fra Fornyings- og Administrasjonsdepartementet og Kofa synes også å basere seg på en for snever feilaktig lesning av Arrowsmith. Arrowsmith uttaler at reglene om elektronisk kommunikasjon i direktivet "appear to apply" for minikonkurranser. Fornyings- og Administrasjonsdepartementet

legger dette til grunn i sin veileder. Kofa kommer så til samme resultat. Arrowsmith har imidlertid i de påfølgende avsnittene en vesentlig mer liberal tolkning av hvilke krav direktivene stiller til elektronisk kommunikasjon enn det som følger av norsk rett (s. 1172 flg). For det første åpner direktivene for at det kan kreves elektronisk signatur. Den norske forskriften krever elektronisk signatur som tilfredsstillende visse norske strengere krav. For det annet krever direktivet at listen med krav oppstilt i § 16-3 (1) bokstav a-g kan oppfylles ved "technical means and appropriate procedures", mens den norske forskriften oppstiller at kravene gjelder for "sikkerhetstjenester og sikkerhetsprodukter som benyttes". Arrowsmith mener derfor at kravene også kan tilfredsstille ved administrative rutiner ut fra et "on a par"-prinsipp. Eksempelvis mener Arrowsmith at innlevering av tilbud til en e-postkonto med begrenset passordbeskyttelse, samt utskrift av e-postkvittering, sammen med en erklæring fra autoriserte personer om riktigheten av datamaskinens klokke gir samme garanti for korrekt tidspunkt for mottak av tilbud som tradisjonelt mottak av tilbud på papir. Arrowsmith skriver: "To require use of technical means in all cases is certainly disproportionate to the objectives sought, especially if such means are required for small purchases made through mini-tenders in the context of frameworks, or under dynamic purchasing systems."

ESA har åpnet formell sak om den norske forskriften om lønn- og arbeidsvilkår

ESA åpnet 15. juli 2009 formell sak hvor de mener at den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår er i strid med EØS-avtalen. EF-domstolen avsa i 2008 kort tid etter vedtagelsen av den norske forskriften dom i C-346/06, Rüffert, hvor de uttalte at en tilsvarende tysk delstatslov var i strid med EF-retten. Norge innga 15. oktober 2009 tilsvaret til ESA. Forsvaret for den norske forskriften er basert på en generell utlegning om at det kan tas sosiale hensyn i offentlige anskaffelser såfremt dette ikke virker diskriminerende. Forsvaret er også til dels basert på at Norge i motsetning til Tyskland har ratifisert ILO-konvensjon nr. 94 som pålegger Norge visse forpliktelser til å sikre lønns- og arbeidsvilkår ved offentlige anskaffelser.

Neste steg i prosessen vil nå eventuelt være at ESA avgir en grunnlagt uttalelse før de går til søksmål mot Norge for EFTA-domstolen. Gitt likheten mellom den tyske delstatslovgivningen,

som EF-domstolen fant å være i strid med EF-retten, og den norske forskriften, er det stor sannsynlighet for at EFTA-domstolen vil komme til at den norske forskriften er i strid med EØS-retten. Inntil forskriften eventuelt endres på grunn av en slik dom vil den gjelde, og oppdragsgivere bør følge den.

EF-domstolen videreutvikler muligheten for egenregi

EF-domstolen vurderte i sak C-573-07, Sea, om kontrollkriteriet var oppfylt når en italiensk kommune ble medeier i en form for interkommunalt aksjeselskap som leverte ulike tjenester til sine eiere. Aksjene i selskapet var eiet av offentlige myndigheter, men en bestemmelse i vedtektene åpnet for at private kunne komme inn på eiersiden. EF-domstolen viste til sin tidligere dom Stadt Halle hvor de uttalte at selv et lite privat eierskap utelukker muligheten for egenregi. Om det foreligger privat eierskap må vurderes på tidspunktet for tildeling av kontrakt. EF-domstolen har tidligere gjort unntak fra dette i Kommisjonen mot Østerrike, der en kommune unngikk regelen ved først å tildele kontrakt og så umiddelbart selge aksjer i selskapet til en privat aktør. Det har imidlertid vært usikkert for det første om en åpning i vedtektene for privat eierskap i seg selv utelukker egenregi, og for det annet hva som vil være status dersom det senere i god tro selges eierandeler i et selskap som har kontrakter tildelt i egenregi. EF-domstolen fastsetter med denne dommen at en mulighet i vedtektene for privat eierskap ikke utelukker egenregi såfremt det på tidspunktet for tildeling av kontrakt ikke foreligger "a real prospect in short term" for privat inntreden på eiersiden (premiss 51). EF-domstolen fastsetter imidlertid samtidig at privat inntreden på eiersiden vil innebære en endring av en grunnleggende forutsetning for egenregi, som dermed krever at kontrakten må konkurranseutsettes (premiss 53).

EF-domstolen videreutvikler også kravet til størrelse på eierskap for å kunne utøve felles kontroll. Uttalelsene går langt i retning av å indikere at det ikke er noen nedre grense for hvor stort eierskap en må ha for å kunne være med å utøve felles kontroll (premiss 59-62). EF-domstolen presiserer at uttalelsen i Coname premiss 24, hvor domstolen i storkammer uttalte at 0,97 prosent eierskap var for lite til å utøve kontroll, gjaldt muligheten for å utøve kontroll alene. Underforstått vil 0,97 prosent kunne være nok til å utøve felles kontroll sammen med andre. Domstolen viser også til at de i Asemfo/Tragsa uttalte at under visse omstendigheter kan felles kontroll utøves ved så lite som 0,25 prosent eierandel. Uttalelsene i veilederen fra Fornyings- og Administrasjonsdepartementet punkt 3.1.2 om begrensninger på muligheten for egenregi ved for spredt eierskap er dermed ikke lenger gjeldende rett.

Domstolen går videre lenger i å vurdere betydningen av ekstern omsetning under kontrollkriteriet. Domstolen oppstilte i Teckal-saken to kriterier for egenregi. Oppdragsgiver må ha kontroll med

selskapet tilsvarende det en har med egne avdelinger (kontrollkriteriet), og det vesentlige av omsetningen til selskapet må skje til eieren (omsetningskriteriet). Omsetningskriteriet hindrer at et selskap får tildelt kontrakter i egenregi og så kan benytte overskudd fra denne virksomheten til å krysssubsidiere virksomhet i det kommersielle markedet. I Parking Brixen vektla imidlertid EF-domstolen også ekstern aktivitet ved vurderingen av om kontrollkriteriet var oppfylt. Domstolen uttalte at ekstern kommersiell aktivitet vil være et tegn på at eieren har mindre kontroll enn om selskapet kun leverer tjenester til eieren. EF-domstolen viser i denne saken, Sea, til at vedtektene til selskapet kun tillater at selskapet opererer innenfor sitt eget geografiske område. Vedtektene åpner også bare for å utføre tjenester for private når dette ikke er i strid med, men snarere for å oppfylle, selskapets formål. EF-domstolen uttaler så:

"79 It has to be considered that, if the power given to the contracting company concerned in the main proceedings to supply services to private economic operators is merely incidental to its core activity, which is a matter for the national court to ascertain, the existence of that power does not prevent the company's main object from still being the management of public services. Accordingly, the fact that such a power exists is not sufficient to permit the inference that that company is market orientated, which would render precarious all control by the authorities owning it.

80 That conclusion is borne out by the fact that the second condition laid down in paragraph 50 of Teckal, namely, that the contracting company should carry out the essential part of its activities with the controlling authorities, allows that company to carry on activity of a marginal kind with operators other than local authorities (see, to that effect, Carbotermo and Consorzio Alisei, paragraph 63). That condition would be rendered nugatory if the first condition laid down in paragraph 50 of Teckal were interpreted as prohibiting any ancillary activity, including the private sector."

Etter denne uttalelsen er det uklart hvor mye som er igjen av omsetningskriteriet. EF-domstolen uttaler at ikke enhver ekstern omsetning kan innebære at kontrollkriteriet ikke er oppfylt, og baserer dette på at omsetningskriteriet innebærer at en viss ekstern omsetning er tillatt. Dommen innebærer at ekstern omsetning i enda større grad vil bli vurdert etter kontrollkriteriet og at omsetningskriteriet kun vil måtte vurderes i noen tilleggsituasjoner. Vi er usikre på om dette er hensiktsmessig og mener at domstolen med denne dommen skaper større uklarhet på dette punktet.

EF-domstolen foretar også en konkret vurdering av bestemmelsene i selskapets vedtekter om eiernes kontrollmulighet for både strategiske og vesentlige beslutninger.

Uttalelse fra generaladvokaten i C-91/08 om bytte av underleverandør innebærer en vesentlig endring

EU-domstolen har i tidligere saker uttalt at dersom det gjøres en vesentlig endring i en kontrakt, innebærer dette at det i realiteten inngås en ny kontrakt og det derfor må gjennomføres en ny konkurranse. I C-91/08, Wall, hadde byen Frankfurt am Main tildelt en tjenestekonsesjon til Frankfurter Entsorgungs- og Service (FES) for å bygge og drive reklamefinansierte offentlige toaletter. FES hadde i konkurransen om kontrakten tilbudt en spesifikk underleverandør som skulle håndtere reklamen på toalettene. Ved tildelingen av kontrakten hadde oppdragsgiver gitt stor uttelling til FES fordi de hadde stor tiltro til den tilbudte underleverandør. Det fremgikk av poengberegningen i oppdragsgivers evalueringsskjema at FES nettopp vant kontrakten fordi de fikk høyere uttelling enn konkurrentene på dette kriteriet. Etter kontraktstildeling, men før oppstart av levering, gjennomførte FES konkurransen for å velge underleverandør av reklame. FES valgte en annen underleverandør enn den som var tilbudt i tilbudet til Frankfurt by.

Generaladvokat Bot gir i sitt forslag til avgjørelse 27. oktober 2009 en grundig oppsummering av gjeldende rett om adgangen til å foreta endringer i eksisterende kontrakter (premiss 49-57). Han uttaler videre at denne læren også må gjelde for adgangen til å gjøre endringer i tjenestekonsesjoner. Fordi tjenestekonsesjoner i sin natur tilsier større frihet for leverandørene vil adgangen til å gjøre endringer være større (premiss 58-59). Bot legger stor vekt på at adgangen til å bytte underleverandører vil avhenge av hva oppdragsgiver har åpnet for i konkurransegrunnlaget. I denne saken hadde oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget angitt at leverandøren kan bytte ut underleverandører såfremt dette godkjennes av oppdragsgiver. Når oppdragsgiver i dette tilfellet hadde godkjent ny underleverandør mente Bot at det i utgangspunktet ikke vil skje en vesentlig endring (premiss 63). Bot legger også vekt på om det foreligger saklig grunn til å bytte underleverandør og kommer til at det ikke er angitt noen saklig grunn i denne saken (premiss 48 og 67).

Generaladvokaten går så langt som å uttale at å inkludere den aktuelle underleverandøren i tilbudet i konkurransen til Frankfurt by var et skinntilbud med den hensikt å vinne konkurransen, men

at intensjonen så var å gjennomføre kontrakten på andre betingelser. Det er dermed usikkert hvor vidt en kan anvende dette forslaget til avgjørelse generelt. Selve dommen må også avventes fra EU-domstolen. Forslaget til avgjørelsen synes imidlertid å gi en relativt vid åpning for å endre på underleverandører såfremt det er åpnet for dette i konkurransegrunnlaget, endringen er saklig begrunnet, og den tilbudte underleverandøren ikke har vært en sentral faktor ved avgjørelsen om tildeling av kontrakt. Det synes å være større adgang til å foreta endringer underveis i kontraktsperioden enn ved oppstart.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:

Morten Goller

Advokat Morten Goller er partner ved Wikborg Rein's Oslo-kontor. Han bistår norske og utenlandske klienter i særlig grad med rådgivning innen EU/EØS-rett og konkurranserett, samt det offentlige anbuksregelverk.

e-post: mgo@wr.no, mobil: 958 56 428



Line Camilla Werner

Line Camilla Werner er advokatfullmektig ved Wikborg Reins Oslo-kontor. Hun er tilknyttet virksomhetsgruppen for Handel, Industri og Offentlig virksomhet og arbeider primært med offentlige anskaffelser og kontraktsrett. Hun har arbeidet med offentlige anskaffelser, kontraktsrett og helserett ved Rikshospitalet siden 1999.

e-post: lcw@wr.no, mobil: 934 97 712



Alf Amund Gulsvik

Alf Amund Gulsvik er advokatfullmektig ved Wikborg Reins Oslo-kontor og er tilknyttet firmaets virksomhetsgruppe for Handel, Industri og Offentlig virksomhet. Han arbeider særlig med offentlige anskaffelser og annen EØS-rett, men også med kontraktsrett og entrepriserett.

e-post: aag@wr.no, mobil: 971 63 210



Silje Flaatin

Silje Flaatin er advokatfullmektig i Wikborg Rein. Hun er tilknyttet virksomhetsgruppen Handel, Industri og Offentlig virksomhet, hvor hun særlig arbeider med offentlige anskaffelser, kontraktsrett og entrepriserett.

e-post: sfl@wr.no, mobil: 996 10 182

