



Ny europeisk veiledning om prosjektsamarbeid i offentlige anskaffelser



Thea Åkermoen
Advokatfullmektig



Line Voldstad
Partner, Avdelingsleder
regulatorisk og FPR



Kjetil Haare Johansen
Partner, Country Managing
Partner

EU-kommisjonen publiserte før påske en veiledning om verktøy for å bekjempe ulovlig samarbeid i offentlige anskaffelser og hvordan avvisningsbestemmelsene ved ulovlig konkurransevridende samarbeid skal benyttes. Veilederen ser på sammenhengen mellom anskaffelsesretten og konkurranseretten hva gjelder anbudssamarbeid, og kommer med særlige råd som også kan være til hjelp for norske offentlige myndigheter.

Veilederens verktøy er blant annet rettet mot offentlige oppdragsgivere og hvordan de kan oppdage og eventuelt avvise leverandører som samarbeider på en måte som er uheldig for anbudskonkurransen. De europeiske reglene om avvisning samsvarer med anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje avsnitt, bokstav e, og gir offentlige oppdragsgivere rett, men ikke plikt, til å avvise leverandører hvis oppdragsgiveren har "*klare holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen*". Bestemmelsens ordlyd, kombinert med at dette er en såkalt "kan"-bestemmelse gir oppdragsgivere en stor skjønnsmargin i anvendelsen av bestemmelsen.

Det er likevel viktig å huske at avvisningen ikke kan stride mot hensynet til forholdsmessighet, noe som krever at oppdragsgiver må gjennomføre en konkret og individuell vurdering av leverandøren, uavhengig av tidligere avgjørelser fra andre myndigheter. I veilederen fremheves det som sentralt at selv om det foreligger stort skjønn må avvisningen av potensielle leverandører være veldokumentert og etterprøvbart.

Veiledningen oppsummerer noen "røde flagg" som oppdragsgiver i vurderingen av om det foreligger ulovlig samarbeid bør være observant på. De enkelte "røde flagg" kan f.eks. være:

- Leverandøren har allerede inngått en underleverandøravtale med en annen tilbyder i den samme prosessen;
- Leverandøren har forhåndsbestilt materiell nødvendig for å utføre den spesifikke kontrakten lenge før oppdragsgivers evaluering;
- Den generelle oppførselen på markedet, f.eks. om enkelte leverandører aldri inngir tilbud på samme anskaffelse, bare inngir tilbud i enkelte regioner eller det ellers kan virke som om leverandører ruller på hvem som skal delta i de forskjellige anskaffelsene;
- Teksten i leverandørs tilbud, eksempelvis om de samme skrivefeilene eller frasene står skrevet i forskjellige tilbud;
- De tilbudte prisene, f.eks. tilbud hvor prisen er høyere enn i tidligere lignende anskaffelser eller tilbudt pris er overdrevent høy eller lav;
- Administrative detaljer, som at tilbudet er inngitt av den samme representanten for et foretak.

I tilfeller hvor leverandører samarbeider om å inngi tilbud i konkurransen vil det være naturlig å stille spørsmål om det er sannsynlig at de enkelte leverandørene enkelt kunne inngitt tilbud på egenhånd – en vurdering som ligner på Konkurransetilsynets fremgangs måte. Det fremheves likevel i veiledningen at oppdragsgiver må finne en balanse mellom risikoen for konkurransevridning gjennom samarbeid, og det å respektere leverandørens rett til å kunne samarbeide om å inngi tilbud.

Det er uansett viktig at oppdragsgiver gjennom hele konkurransen er oppmerksom på at det generelt vil være konkurransebegrensende å avvise en leverandør, slik at avvisning er et tiltak som må brukes med forsiktighet.

Spenningsfeltet mellom anskaffelsesretten og konkurranseretten knyttet til anbudssamarbeid er neppe løst ved denne veilederen, og den praktiske betydningen, i hvert fall i Norge, vil nok være begrenset. Konkurransetilsynet har allerede gitt en slik veiledning tidligere med tilsvarende innhold, som finnes [her](#).

Det er imidlertid viktig at Kommisjonens veileder erkjenner sammenhengen mellom konkurranseretten og anbudsreglene. Uansett kan det være håp om at dette vil kunne være en nyttig veileder for oppdragsgivere i relasjon til kan-avvisningsbestemmelsen, som kanskje med fordel kunne vært vurdert noe oftere.

For mer informasjon om prosjektsamarbeid, ta kontakt med våre partnere [Line](#) og [Kjetil](#), og se gjerne på vår vårt 30-minutters «[Juss til lunsj](#)»-webinar fra den 26. mars. Kommisjonens veileder er tilgjengelig i sin helhet [her](#).

Fagområder EU/EØS- og Konkurranserett

Bransjer Government Contracting
