

# Haavind Nyhetsbrev 01/2010

## Offentlige anskaffelser

### Ny byggherreforskrift - betydningen for offentlige anskaffelser

Av advokatfullmektig Una Wærp

Ny byggherreforskrift trådte i kraft 1. januar 2010. Forskriften er hjemlet i arbeidsmiljøloven, og gjennomfører EF-direktiv 92/57/EØF i Norge. Den nye forskriften har betydning ved utformingen av konkurransegrunnlag for bygge- og anleggskontrakter.

Det følger av forskriftens § 6 at en beskrivelse av risikoforhold som avdekkes i planleggings- og prosjekteringsfasen skal tas inn i konkurransegrunnlaget, slik at byggherren må sørge for at slike forhold nedtegnes i denne fasen. Byggherren må innta konkrete beskrivelser i konkurransegrunnlaget med krav om at entreprenøren skal beskrive og prise forslag til spesifikke tiltak som ivaretar risikoforholdene. Dette kravet fremgår ikke direkte av den nye forskriften, men er oppstilt i Arbeidstilsynets kommentarer til forskriften. Dette må med i konkurransegrunnlag overfor så vel prosjekterende som entreprenører.

Formålet er å unngå at det konkurreres på sikkerhet, helse- og arbeidsmiljøtiltak, samt at det skal være opp til byggherren å ta stilling til hvilke sikkerhetstiltak som skal gjennomføres etter å ha blitt forelagt kostnadene dette medbringer. Endringen er ment å medføre at

valget mellom de ulike alternativene ikke får økonomisk betydning for entreprenøren.

Endringen som følger av § 6 er den praktisk viktigste når det gjelder utarbeidelsen av konkurransegrunnlag. I tillegg medfører ikrafttreddelsen av den nye forskriften at en del andre krav også bør med i konkurransegrunnlaget og kontraktene, slik at byggherren gir entreprenøren et selvstendig ansvar for å følge opp forholdene.

Dette gjelder for det første krav om at entreprenørene kan dokumentere en forsvarlig bemanningsplan, som knyttes til byggherrens ansvar for å ivareta sikkerhet, helse og arbeidsmiljø i henhold til forskriften § 5 (2) c).

Byggherren skal etter § 9 stille krav om forebyggende riggtiltak som der er opplistet. Disse kravene bør stilles i kontraktene med entreprenørene og derfor inntas i konkurransegrunnlaget.

Forskriftens § 11 medfører at byggherren i konkurransegrunnlaget må stille krav om et system for internkontroll som tilfredsstiller kravene i internkontrollforskriften. En praktisk måte å gjøre dette på er å stille som kvalifikasjonskrav, krav om egen-erklæring fra entreprenørene om at de har et internkontrollsystem.

Byggherren må videre stille krav i kontraktene, som inntas konkurransegrunnlag, om at entreprenørene og prosjekterende skal levere dokumentasjon for fremtidige arbeider, det vil si drift, vedlikehold, endring og riving i henhold til byggherreforskriften § 12.

Hvis byggherren ønsker at den prosjekterende skal være koordinator i prosjekteringsfasen, bør også dette tas med i konkurransegrunnlag og kontrakt. Tilsvarende gjelder om byggherren ønsker at entreprenøren skal være koordinator for utførelsesfasen, eller kanskje så vel prosjekterings- som utførelsesfasen i henhold til §§ 14-15. Ved denne vurderingen må byggherren se hen til kravene i § 13 ved valg av organisering.

Avslutningsvis kan det være hensiktsmessig å medta og eventuelt presisere pliktene til prosjekterende som følger av forskriftens § 17, og til entreprenøren som følger av forskriftens § 18 og § 19, i konkurransegrunnlaget og kontrakten.

Kravene i ny byggherreforskrift er ett av flere forskriftskrav til innholdet i konkurransegrunnlaget og kontrakter som omfattes av anskaffelsesregelverket. Det er også viktig å huske på kravene etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, som begge stiller krav til innholdet i kontraktene og derav konkurransegrunnlagene.

## Oppdragsgivers aktivitetsplikt for å sikre lik informasjon til alle tilbyderne

Av advokatfullmektig Erlend Dahl

Ulikhet i tilgangen på relevant informasjon om kontraktsgjenstanden mellom tilbyderne kan gi grunnlag for en handlingsplikt for oppdragsgiver til å utjevne informasjonsulikheten.

Problemstillingen er blant annet relevant ved fornyelse av rammeavtaler, der oppdragsgiver har et vedvarende behov, og der en eksisterende leverandør har særlig kjennskap til driftsforhold som ikke er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Avhengig av kompleksiteten av tjenesten, vil slike konkrete driftsforhold være av vesentlig betydning for prisingen. En overordnet problemstilling er derfor å trekke en grense mellom legitime konkurransefortrinn og urimelige informasjonsfordeler som skader konkurransen.

Det tydeligste og mest drastiske utslaget av kravet til likebehandling forekommer der én av tilbyderne har deltatt ved utarbeidelsen av spesifikasjonene for anskaffelsen på en slik måte at spesifikasjonene er tilpasset leverandørens virksomhet. I en slik situasjon er det åpenbart at rådgiveren ikke kan delta i den etterfølgende konkurransen, og oppdragsgiver har da også plikt til å avvise rådgiveren dersom denne inngir tilbud i konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 20-12 og 11-10. Det er også andre situasjoner der oppdragsgiver må ta aktivt grep for å sikre kravet til likebehandling

og reell konkurranse, men ikke nødvendigvis i form av avvisningsplikt, selv om avvisning også kan skje i kraft av likebehandlingsprinsippet.

En vanskelig problemstilling i slike saker gjelder forholdet mellom oppdragsgiver og eksisterende leverandør omkring den relevante informasjonen underveis i anskaffelsen. Eksisterende leverandør har en interesse i å hemmeligholde mest mulig kontraktsinformasjon, og informasjonen kan til dels også være forretningshemmeligheter. Oppdragsgiver har en aktivitetsplikt for å sørge for å gi alle leverandørene samme informasjon, og har en interesse i å tilegne seg og spre kunnskapen for å få best mulig kalkulerte tilbud, samt å slippe tvister. Dersom eksisterende leverandør nekter å utgi den etterspurte informasjonen vil reelle hensyn tale for at oppdragsgiver må ha rett og kanskje en plikt til å avvise den eksisterende leverandøren med hjemmel i kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 5.

Et generelt råd til oppdragsgivere er ved kontraktsinngåelsen å sørge for at det etableres kontraktsmessige mekanismer som gir rett til innsyn og offentliggjøring av relevante og etterspurte driftsforhold hos eksisterende leverandør når ny konkurranse skal lyses ut på et senere tidspunkt.

## Klagenemndas sak 2009/230 (Digiplex Norway)

**Advokat Marianne H. Dragsten**

Anskaffelsesforskriften inneholder ingen regler om hvordan blandede kontrakter hvor begge elementene kan kategoriseres som "tjenestekontrakt", men hvor den ene delen av kontrakten (leiedelen) faller utenfor anskaffelsesforskriftens anvendelsesområde. Klagenemnda uttaler at hovedregelen må være at det regelverket som følger den delen av kontrakten som har høyest verdi, kommer til anvendelse.

Problemstillingen ble behandlet i sak 2009/230 (Digiplex Norway) premiss 64 flg. Saken gjaldt en kontrakt som både bestod av leie av lokaler til plassering av IT-utstyr samt tjenesteelementer knyttet til dette. Verdien av leieelementene oversteg i vesentlig grad verdien av tjenesteelementene. Verdien av tjenesteelementene var imidlertid i seg selv også over EØS-terskelverdiene.

Oppdragsgiver hadde klassifisert kontrakten som "leie av arealer i eksisterende bygg [...] unntatt fra anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) b." Det hadde imidlertid ingen betydning at oppdragsgiver selv hadde klassifisert kontrakten som leie av eksisterende bygg, da det var kontraktens realitet som var avgjørende for hvorvidt man står overfor en tjenestekontrakt omfattet av anskaffelsesforskriften, eller leie av bygning som faller utenfor.

Klagenemnda så hen til at begrunnelsen for unntaket for leie av eksisterende bygg

i hovedsaklig er begrunnet med at denne type kontrakter ikke egner seg for grenseoverskridende handel. Klagenemnda la til grunn at utgangspunktet måtte være at det måtte sees hen til hvilken av de to tjenesteelementene som hadde størst verdi. Dette var den delen av tjenesten som faller utenfor anskaffelsesforskriftens anvendelsesområde, nemlig leie av eksisterende lokaler.

Spørsmålet var imidlertid om det forhold at tjenstedelen også oversteg terskelverdiene i anskaffelsesforskriften, medførte at anskaffelsesforskriften likevel måtte komme til anvendelse. Det ble vist til utenlandsk litteratur (Sue Arrowsmith) hvor dette har vært anført. Klagenemnda mente man ikke utelukkende kunne basere vurderingen på verdien av de ulike elementene i avtalen. Dette måtte i tillegg ses hen til i hvilken grad den konkrete kontrakten hadde et grenseoverskridende element. Tjenesteelementet ved drifts- og serviceavtalen hadde ikke noen selvstendig funksjon i forhold til leieavtalen som sådan. Oppdragsgivers formål var å anskaffe leielokaler, særlig tilpasset behovet for sikker plassering av IT-utstyr. I tillegg kom at oppdragsgiver selv skulle drifte servere og IT-utstyr, slik at kontraktens gjenstand også i så måte måtte sies å være det å stille tilgjengelig spesialtilpassede lokaler for optimal sikkerhet av plassering av IT-utstyret. Den kontinuerlige overvåkingen av datautstyret med hensyn til strømforsyning, systemdrift, temperatur, luftfuktighet og lignende som tjenesteelementene bestod av, var langt på vei sammenfallende med de spesifikasjonene oppdragsgiver krevde at leielokalet oppfylte til enhver tid. Tjenesteelementet ved drifts- og serviceavtalen fremstod videre som uløselig knyttet til leie av lokalene.

Klagenemnda konkluderte på denne bakgrunn at kontrakten ikke kunne klassifiseres som en tjenestekontrakt

som er omfattet av anskaffelsesforskriften. Omgåelseshensyn gjorde seg ikke gjeldende i en slik kontrakt.

## Nye terskelverdier for 2010 og 2011

Av advokat Marianne H. Dragsten

Nye terskelverdier for 2010 og 2011 er nå publisert på hjemmesidene til Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

De viktigste terskelverdiene er:

- Den nasjonale terskelverdier forblir kr. 500.000 eks mva.
- EØS-terskelverdi for varer og tjenester er for sentrale statlige etater kr. 1 million eks. mva og for andre kr. 1,6 millioner eks. mva.
- EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er 40,5 millioner eks. mva.

## Overgang til elektronisk utgave

Nyhetsbrevet vil fra høsten 2010 kun utgis i elektronisk utgave. Det bes derfor om at de som i dag kun mottar nyhetsbrevet i papirutgave, men som fortsatt ønsker å motta nyhetsbrevet fremover gir tilbakemelding til Marianne H. Dragsten på e-postadresse [m.dragsten@haavind.no](mailto:m.dragsten@haavind.no)