

Hvordan sikre valg av seriøse leverandører

Veileder til avvisningsbestemmelsene i regelverket om offentlige anskaffelser



Innhold

1. Forord

2. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

- 2.1. Særlig om avvisning etter del II i forskriften
- 2.2. Typetilfeller
 - 2.2.2. *Manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav*
 - 2.2.2. *Manglende innbetaling av skatter og avgifter*
 - 2.2.3. *Dom eller vedtatt forelegg for kriminell handling*
 - 2.2.4. *Brudd på arbeidsmiljøbestemmelser og yrkesetiske krav*
 - 2.2.5. *Leverandøren er konkurs eller insolvent*
 - 2.2.6. *Illojal opptreden i konkurranse*
 - 2.2.7. *Mislighold av tidligere kontrakter*
- 2.3. Utskiftning av underleverandører
- 2.4. Self-cleaning
- 2.5. Hvilke personer og selskaper kan identifiseres med bedriften?

3. Avvisning på grunn av forhold ved tilbud

- 3.1. Unormalt lave tilbud
 - 3.1.1. *Hvilke tilbud skal eller kan avvises?*
 - 3.1.2. *Hva må oppdragsgiver gjøre?*
- 3.2. Rett til å avvise tilbud på grunn av andre forhold?

4. Kort om når og hvordan avvisning gjennomføres

5. Andre virkemidler for seriøsitet



Forskrift om offentlige anskaffelser heretter FOA

Klagenemnda for offentlige anskaffelser heretter KOFA; www.kofa.no

1. Forord

Offentlige virksomheter har et viktig ansvar for å sikre at offentlige kontrakter inngås med seriøse aktører. Et viktig virkemiddel for å ivareta dette ansvaret, er å benytte de muligheter som regelverket for offentlige anskaffelser gir til å avvise leverandører som har opptrådt i strid med viktige seriositetskrav.

Regelverket for offentlige anskaffelser oppstiller en rekke regler som gir oppdragsgiver enten en plikt eller en rett til å avvise leverandører, gjerne omtalt som såkalte “skal”- og “kan”-regler.

Mens skal-reglene angir spesifikke tilfeller hvor oppdragsgiver skal avvise tilbydere, som at tilbyderen er dømt for korrupsjon i nær fortid, gir kan-reglene oppdragsgivere et innkjøpsfaglig skjønn til å vurdere avvisning med grunnlag i uønsket adferd. NHO oppfordrer offentlige oppdragsgivere til å benytte kan-reglene mer aktivt, og i hver enkelt konkurranse foreta en vurdering av om det deltar tilbydere som har opptrådt så klanderverdig i sin forretningsdrift at de ikke bør tildeles kontrakten.

Denne veilederen beskriver hvordan offentlige oppdragsgivere bør og skal håndtere kunnskap eller mistanke om klanderverdig adferd knyttet til leverandøren eller tilbudet. Slike uønskede forhold kan være sosial dumping, skatteunndragelse, manglende sosialt ansvar eller brudd på miljøbestemmelser, tidligere domfellelser, brudd på konkurranseregler mv.

Veilederen viser både til relevante forskriftsbestemmelser og til nyttige eksempler fra praksis. Selv om sakene knytter seg til tidligere regelverk, vil de kunne gi god veiledning også for gjeldende regler. Dette fordi reglene bygger på tidligere bestemmelser med liknende innhold samt praksis fra EU-domstolen.

Veilederen behandler reglene i forskrift om offentlige anskaffelser, med vekt på anskaffelser over den nasjonale terskelverdien på 1,1 millioner kroner. Veilederen vil imidlertid også være relevant for anskaffelser under denne verdien, da reglene kan utledes av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven og lovens formål om at allmennheten skal ha tillit til at anskaffelser skjer på en

samfunnstjenlig måte. Veilederen vil også være relevant for avvisningsbestemmelser med lignende ordlyd i de øvrige anskaffelsesforskriftene.

Veilederen er uarbeidet av NHO i samarbeid med Advokatfirmaet Grette.

Veilederen er a jour per juni 2017.



Kristin Skogen Lund
Administrerende direktør i NHO

Oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser

Lov 17. juni 2016 nr. 73, lov om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven - LOA)

- Overordnede rammer for offentlige anskaffelser, krav til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, gjelder alle anskaffelser over 100.000 kr ekskl. mva., med mindre unntak er gitt i forskriftene. Økt fokus på miljø og samfunnsansvar for oppdragsgivere.

FOR-2016-08-12-974, Forskrift om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesforskriften - FOA)

- Del I: Generell del som gjelder for alle anskaffelser over 100.000 kr ekskl. mva.
- Del II: Gjelder for anskaffelser over 1,1 millioner kr ekskl. mva., men under EØS-terskelverdiene, p.t. under 1,75 millioner kr ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter for andre oppdragsgivere enn statlige myndigheter, og bygg- og anleggskontrakter under 44 millioner kr ekskl. mva. For statlige myndigheter er EØS-terskelverdien 1,1 millioner kr. Del II gjelder også for enkelte definerte anskaffelser over EØS-terskelverdiene, såkalte særlige tjenester.
- Del III: Gjelder for de fleste anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Gjennomfører EU-direktiv 2014/24.
- Del IV: Gjelder for helse- og sosialtjenester over 6,3 millioner kr ekskl. mva. For kontrakter om helse- og sosialtjenester under denne verdien gjelder del I.
- Gjelder ikke for forsyningssektoren, dvs. posttjenester, drikkevann, strømmnett mv. Egen forsyningsforskrift.
- Gjelder ikke for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Egen forskrift gjelder.
- Gjelder ikke for konsesjonskontrakter, dvs. en tjenestekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt der vederlaget består av retten til å utnytte tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren Egen forskrift gjelder.

FOR-2008-02-08-112, Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

- Gjelder for offentlige myndigheter og offentlige organers anskaffelser av tjenester og bygge- og anleggsarbeider over 1,1 million kr ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kr ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.
- Fastsetter at oppdragsgiver skal ha kontraktskrav om at leverandøren og eventuelle underleverandører har lønns- og arbeidsvilkår iht. tariffavtale for den aktuelle bransjen.

- Oppdragsgiver skal føre nødvendig kontroll og forbeholde seg retten til sanksjoner ved brudd på kontraktskravet.

FOR-2016-12-17-1708, Forskrift om plikt til bruk av lærlinger i offentlige kontrakter

- Gjelder for offentlige myndigheter og offentlige organers anskaffelser av tjenester og bygge- og anleggsarbeider over 1,1 million kr ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kr ekskl. mva. for andre oppdragsgivere.
- Gjelder for kontrakter med løpetid over 3 måneder og i bransjer med særlig behov for læreplasser.
- Oppdragsgiver skal som utgangspunkt stille krav om at leverandører er tilknyttet lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med å oppfylle kontrakten.
- Oppdragsgiver skal i kontrakten forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner.
- Det skal gjennomføres nødvendig kontroll av om krav om bruk av lærlinger overholdes.

2. Avvisning på grunn av forhold ved leverandør

Særlig om avvisning etter del II i forskriften

Reglene om avvisning av en leverandør i anskaffelser under EØS-terskelverdiene har store fellestrekk med reglene for avvisning etter del III. For eksempel gjelder det for både del II og III at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som er rettskraftig dømt for mafiavirksomhet, korrupsjon, bedrageri, terrorhandlinger, hvitvasking, barnearbeid eller menneskehandel. I tillegg er manglende betaling av skatter og avgifter uttrykkelig angitt som grunnlag for avvisning i begge regelsettene, selv om det i del II kun er en kan-avvisningsgrunn, se punkt 2.2.2 under.

Selv om det er mange likheter, er reglene i del II utformet på en knappere måte, slik at ulike avvisningsgrunner vil ha samme hjemmel. Flere av typetilfellene nedenfor – brudd på lovregler og bransjekrav, konkurs eller insolvens, illojal opptreden og tidligere kontraktsbrudd – vil måtte vurderes etter én og samme bestemmelse i del II; § 9-5 (3) b) om avvisning på grunn av manglende integritet eller gjennomføringsevne.

FOA § 9-5

(2) Oppdragsgiveren skal også avvise en leverandør når han er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold:

- a) deltakelse i en kriminell organisasjon.
- b) korrupsjon.
- c) bedrageri.
- d) terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet.
- e) hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme.
- f) barnearbeid og andre former for menneskehandel.

(3) Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør:

- a) når oppdragsgiveren er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den stat han er etablert, eller i Norge, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig.
- b) som mangler den nødvendige integritet som kontraktspart, eller ikke kan forventes å gjennomføre kontrakten med tilfredsstillende kvalitet, på en hensikts-

messig og forsvarlig måte eller til rett tid.

(6) Reglene om identifikasjon i § 24-3, utskiftning av underleverandører i § 24-4, tiltak for å unngå avvisning i § 24-5, avvisningsperiode i § 24-6 og dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner i § 24-7 gjelder tilsvarende.

2.2 Typetilfeller

2.2.1 Manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

Et viktig skritt for å sikre seriøse leverandører er å fastsette relevante kvalifikasjonskrav for deltakelse i konkurransen. Dette forenkler mulighetene til å kontrollere at leverandøren oppfyller viktige seriositetsbestemmelser.

For anskaffelser etter FOA del II gjelder at kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til leveransen og være relevante for å sikre kontraktsgjennomføringen. Når anskaffelsen gjøres etter del III, må kvalifikasjonskravene hentes fra en nærmere spesifisert liste over forutsetninger for å kunne delta.

Kravene angår registrering, autorisasjoner, økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Dersom leverandøren ikke oppfyller oppstilte kvalifikasjonskrav, skal leverandøren avvises. I vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves av domstolene og KOFA. Det kan imidlertid prøves om skjønnen er saklig, forsvarlig og bygger på riktige forutsetninger, jf. f.eks. KOFA saker 2014/43 og 2010/76.

FOA §§ 9-5 og § 24-2

(1) Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør:

- a) som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene;

2.2.2 Manglende innbetaling av skatter og avgifter

Et typisk kjennetegn ved useriøse aktører er manglende innbetaling av skatter og avgifter. I anskaffelser etter forskriften del III skal oppdragsgiver avvise en leverandør som ikke har betalt skyldige skatter, avgifter og trygdeavgifter, dersom dette er slått fast ved rettskraftig dom eller endelig forvaltningsvedtak. Et endelig vedtak kan for eksempel gjelde illeggelse av tillegsskatt eller endring av ligning eller avgiftsberegning. Dersom avvisning vil være klart uforholdsmessig, typisk ved helt bagatellmessige beløp, er det ikke adgang til å avvise etter denne bestemmelsen.

Oppdragsgivere kan avvise for manglende betaling av skatter og avgifter der det ikke foreligger endelig dom eller forvaltningsvedtak, men der forholdet kan dokumenteres på annen måte. Det stilles i dette tilfellet krav om at en avvisning ikke må være uforholdsmessig, dvs. ikke urimelig streng sett hen til overtredelsen.

Er et skattekrav oppgjort eller det er inngått en betalingsavtale, foreligger verken plikt eller rett til å avvise.

For anskaffelser etter forskriften del II gjelder ingen plikt til å avvise leverandører med skatterestanser, men oppdragsgiver kan avvise på grunn av slike forhold, så lenge det ikke vil være klart uforholdsmessig, se punkt 2.1 ovenfor. NHO oppfordrer oppdragsgivere til å benytte seg av denne retten.

FOA § 24-2

- (1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør:
- b) når oppdragsgiveren er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig;
- (3) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig,
- a) når oppdragsgiveren er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første ledd bokstav b;

FOA § 24-5

- (3) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter §

24-2 første ledd bokstav b eller tredje ledd bokstav a dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

KOFA sak 2011/320

Oppdragsgiver hadde stilt krav om "ordnede forhold" mht. skatter og avgifter. KOFA godtok at restanser på over 200 000 kr ikke ble ansett å oppfylle kravet, og at avvisningen av leverandøren var rettmessig.

KOFA sak 2004/238

En leverandør hadde levert skatteattest som viste en restanse på 3 281 kr. KOFA uttalte at å avvise leverandøren med bakgrunn i et så lavt skyldig beløp, ville ha vært en uforholdsmessig streng reaksjon.

2.2.3 Dom eller vedtatt forelegg for visse kriminelle handlinger

Useriøse aktører kan tidligere være dømt for kriminell virksomhet. Dersom oppdragsgiver er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for deltakelse i en kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri, terrorhandlinger, hvitvasking, barnarbeid eller menneskehandel, skal leverandøren avvises.

Plikten til å avvise gjelder ikke dersom dommen er under behandling i en ankeinstans eller et forelegg er bestridt. EU har antydnet at oppdragsgiver i slike tilfeller fortsatt kan avvise en leverandør før det er truffet endelig avgjørelse, så fremt oppdragsgiver kan påvise at det er begått grov tjenestefeil. Hjemmelen for avvisning vil i så fall være FOA § 24-2 (3) bokstav c eller i, se nærmere i punkt 2.2.4 nedenfor.

For at leverandøren ikke skal rammes for hardt, er det satt en tidsbegrensning på avvisningsplikten til fem år etter domfellelsen.

FOA § 24-2

- (2) Oppdragsgiver skal også avvise en leverandør når han er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold:
- a) deltakelse i en kriminell organisasjon.
 - b) korrupsjon.
 - c) bedrageri.
 - d) terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbin-

- delse til terroraktivitet.
- e) hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- f) barnarbeid og andre former for menneskehandel.

FOA § 24-6

- (1) Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør etter § 24-2 annet ledd i inntil fem år fra datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget.

2.2.4 Brudd på arbeidsmiljøbestemmelser og yrkesetiske krav

Oppdragsgiver kan avvise en leverandør på grunn av alvorlige eller gjentatte brudd på regler om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold. Typiske eksempler er brudd på arbeidstidsbestemmelser, minstelønnskrav eller forurensningsloven.

Oppdragsgiver kan også avvise en leverandør som har begått alvorlige feil i forbindelse med utøvelsen av virksomheten som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet. Dette kan f. eks være straffbare forhold som ikke er omfattet av plikten til å avvise, eller tilfeller hvor oppdragsgiver er kjent med at leverandøren tidligere har gitt eller mottatt uteløst arbeid, uten at det har blitt en straffesak.

En forutsetning for å kunne avvise som følge av ovennevnte, er at oppdragsgiver kan dokumentere feilen. Dersom leverandøren for eksempel er ilagt gebyr for overtredelsen, vil dette kunne tjene som bevis.

Som ved avvising for alvorlige straffbare forhold må oppdragsgiver foreta en forholdsmessighetsvurdering av avvisingen, og leverandøren kan ikke avvises dersom han har gjennomført "self-cleaning" i tråd med FOA § 24-5, se punkt 2.4 nedenfor.

Oppdragsgiver kan avvise leverandøren i tre år fra misligheten.

FOA § 24-2

- (3) Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør, med mindre avvisingen vil være uforholdsmessig,
- c) når oppdragsgiveren kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller

- internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5;
- i) når oppdragsgiveren kan dokumentere at leverandøren for øvrig har begått alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet.

FOA § 24-6

- (2) Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør etter § 24-2 tredje ledd bokstav c, e, f og i, i inntil tre år fra den relevante hendelsen.

KOFA sak 2011/79

Brudd på lønns- og arbeidsvilkår hos en underleverandør var ikke gyldig avvisingss grunn, selv om Arbeidstilsynet og Oslo tingrett hadde kommet til at avlønningen var i strid med allmenngjøringsforskriften. Avvisingen skjedde etter tildeling, og KOFA konkluderte at det ikke var forbehold eller avvik i tilbudet som ga grunnlag for avvising. De etterfølgende forholdene endret ikke på dette, og leverandøren var forpliktet til å følge kontraktens krav om å overholde ILO-konvensjonen for alle som medvirket til oppfyllelse av kontrakten.

Selv om det ikke var grunnlag for avvising i saken, kan oppdragsgiver i et slikt tilfelle kreve utskiftning av underleverandøren, se nærmere punkt 2.3.

KOFA sak 2008/2

Avvising av en leverandør som hadde tilbudt middag og revybilletter i forbindelse med en demonstrasjon av tilbudte kopimaskiner, ble ansett for å være rettmessig. Smøringen var en alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske bransjekrav.

KOFA sak 2006/153

Kundepleie i form av turer, gaver og middager som lå i gråsonen for korrupsjon, var "uetisk samrøre". Oppdragsgiver kunne derfor avvise leverandøren.

TOBYF-2013-209810

Avvising på grunn av gjentatte brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid og autorisasjonskontroll var lovlig. Leverandøren ble ikke hørt med at implementeringen av et nytt kvalitetssystem gjorde at avvisingen var uforholdsmessig. Retten la i stedet vekt på at leverandøren ikke hadde erkjent sitt ansvar, noe som ga oppdragsgiver grunn til å tvile på om leverandøren ville begrense bruddene ved en eventuell kontraktstildeling.

2.2.5 Leverandøren er konkurs eller insolvent

En leverandør med store økonomiske problemer er sjelden en god kontraktspart, og det kan innebære stor risiko for oppdragsgiver å inngå kontrakt med en leverandør i økonomiske vanskeligheter. Oppdragsgivere kan derfor avvise leverandører som er begjært konkurs, har fått tvungen gjeldsordning eller er i en tilsvarende rettslig prosess angående sin insolvens. Leverandøren skal ikke avvises dersom han har gjort opp for seg, eller dersom det er inngått en betalingsavtale for det skyldige beløpet.

Merk at dersom oppdragsgiver har oppstilt et kvalifikasjonskrav knyttet til økonomisk soliditet, er det ikke nødvendig å vurdere om leverandøren er insolvent for å kunne avvise. Vurderingen blir da utelukkende hvorvidt det konkrete kvalifikasjonskravet er oppfylt. Oppdragsgivere oppfordres til å stille som kvalifikasjonskrav at leverandøren skal ha en solid økonomi.

FOA § 24-2

- (3) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør
- b) som er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess;

FOA § 24-5

- (3) Oppdragsgiveren kan ikke avvise en leverandør etter § 24-2 første ledd bokstav b eller tredje ledd bokstav a dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

2.2.6 Illojal opptreden i konkurransen

Oppdragsgiver kan avvise leverandører som opptrer svikaktig i forbindelse med gjennomføring av konkurransen. Retten til å avvise kan brukes dersom leverandøren fremstår som lite pålitelig, for eksempel dersom det avdekkes at leverandøren driver ulovlig kartellvirksomhet, har gitt grovt uriktige eller misvisende opplysninger eller prøver å påvirke oppdragsgiver under konkurransen.

En forutsetning for å kunne avvise er at det foreligger klare holdepunkter. Det kreves ikke dom eller forvalt-

ningsvedtak for forholdet, men det er heller ikke nok med mistanke. Det svikaktige forholdet må også kunne sannsynliggjøres gjennom fremleggelse av bevis. Ved mistanke om ulovlig prissamarbeid bør oppdragsgiver også varsle Konkurransetilsynet.

FOA § 24-2

- (3) Oppdragsgiveren kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig,
- e) når oppdragsgiver har klare holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen;
 - g) som har gitt grovt uriktige eller misvisende opplysninger som kan få vesentlig innflytelse på oppdragsgiverens beslutninger om avvisning, utvelgelse eller tildeling, eller som har unnlatt å gi slike opplysninger;
 - h) som har forsøkt å påvirke oppdragsgiverens beslutninger eller få tilgang til fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren en urettmessig konkurransefordel;

KOFA sak 2013/25

En leverandør hadde krysset av for at de forstod og aksepterte kontraktsbestemmelsene, inkludert krav om tilknytning til lærlingordning. Oppdragsgiver var kjent med at leverandøren over tid hadde misligholdt et identisk kontraktsvilkår i en annen, pågående kontrakt, og avviste leverandøren. KOFA kom til at leverandøren hadde gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger, og at det var forsvarlig av oppdragsgiver å legge til grunn at leverandøren ikke ville oppfylle vilkåret om lærlingeordning.

2.2.7 Mislighold av tidligere kontrakter

Dersom en leverandør i gjennomføringen av tidligere offentlige kontrakter har begått et vesentlig kontraktsbrudd, kan oppdragsgiver avvise leverandøren. Eksempler kan være vesentlige forsinkelser, vesentlige mangler ved kontraktsgjenstanden eller alvorlige brudd på andre typer kontraktsbestemmelser, som krav til antall ledd i leverandørkjeden og bruk av lærlinger. Forutsetningen for å kunne avvise er at kontraktsbruddet har ført til heving, erstatning eller lignende sanksjoner.

Merk at forholdsmessighetsprinsippet kan føre til at det likevel ikke er adgang til å avvise. Generelt kan det sies at mindre uregelmessigheter kun i unntakstilfeller bør føre til avvisning, men at gjentatte tilfeller av selv mindre uregelmessigheter, som gir anledning til tvil

om leverandørens troverdighet, gir adgang til å avvise.

FOA § 24-2

- (3) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig,
- f) som tidligere har begått et vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner;

C-465/11 (Forposta)

En leverandørs mislighold av kontraktsrettslige forpliktelser kan gi rett til avvisning, men det må være snakk om forsettlig eller uaktsom opptreden av en viss alvorlighetsgrad. Oppdragsgiver må gjøre en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om en så alvorlig reaksjon som avvisning står i forhold til det tidligere kontraktsbruddet.

2.3 Utskiftning av underleverandører

I likhet med uegnede leverandører kan også uegnede underleverandører utgjøre en risiko for en leveranse eller et byggeprosjekt. Oppdragsgiver er derfor gitt både en plikt og en rett til å kreve utskiftning av underleverandører som befinner seg i en tilsvarende situasjon som gir plikt og rett til å avvise hovedleverandøren. Dette gjelder både for anskaffelser etter del II og III i forskriften.

Et eksempel kan være dersom oppdragsgiver under konkurransen blir kjent med at underleverandøren er domfelt for skatteunndragelse, og selskapet fortsatt ikke har gjort opp for seg. I et slikt tilfelle skal oppdragsgiver kreve utskiftning av underleverandøren. Dersom det gjelder brudd på en kan-avvisningsregel, kan oppdragsgiver kreve utskiftning.

FOA § 24-4

- (1) Dersom oppdragsgiveren i løpet av konkurransen blir kjent med at en underleverandør er i en situasjon som nevnt i § 24-2 første ledd bokstav b til d eller annet ledd, skal han kreve at leverandøren skifter ut underleverandøren.
- (2) Dersom oppdragsgiveren i løpet av konkurransen blir kjent med at en underleverandør er i en situasjon som nevnt i § 24-2 tredje ledd, kan han kreve at leverandøren skifter ut underleverandøren.

- (3) Første og annet ledd gjelder tilsvarende for underleverandører som leverandøren engasjerer etter at kontrakt er inngått og som er i en situasjon som nevnt i § 24-2 første ledd bokstav b, annet eller tredje ledd, når oppdragsgiveren har krevd dokumentasjon for slike forhold etter fjerde ledd.
- (4) Dersom oppdragsgiveren ønsker å kontrollere om en underleverandør er i en situasjon som nevnt i § 24-2, kan han kreve at leverandøren fremlegger dokumentasjon etter § 24-7, jf. § 17-1. For underleverandører som blir engasjert etter at kontrakten er inngått, kan oppdragsgiveren kreve at leverandøren fremlegger attester eller annen dokumentasjon i stedet for egenerklæringer.
- (5) Dersom en leverandør støtter seg på kapasiteten til en underleverandør for å oppfylle kvalifikasjonskravene, jf. § 16-10, gjelder i stedet bestemmelsen i § 16-10 tredje ledd.

2.4 Self-cleaning

Plikt og rett til å avvise gjelder ikke dersom leverandøren har gjennomført tiltakene som er listet opp i FOA § 24-5 for å rydde opp i de uønskede forholdene, såkalt "self-cleaning". Blant tiltakene er endringer i rutiner, medvirkning til klargjøring av fakta og oppsigelse eller avskjedigelse av sentrale personer. Bestemmelsen er et utslag av et forholdsmessighetsprinsipp, som tilsier at avvisningen må stå i forhold til overtredelsen.

Oppdragsgiver utøver et faglig skjønn i vurderingen av forholdsmessigheten i en avvisning, og domstolene og KOFA kan kun vurdere om dette skjønnnet er utøvd i samsvar med de grunnleggende kravene i loven, om det er basert på riktige faktiske opplysninger og om skjønnnet ellers er saklig og forsvarlig.

FOA § 24-5

- (1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter § 24-2 annet ledd eller tredje ledd bokstav c, e, f og i, dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart:
- a) betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,
- b) aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å

- klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og.
- c) truffet egnede tekniske, organisatoriske og personmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.
- (2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiver legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiver ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal han gi leverandøren en begrunnelse.

KOFA sak 2012/205

Oppdragsgiver hadde avvist et taxiselskap fra en konkurranse om rammeavtale på pasienttransport fordi selskapet kjørte uten fartsskrivere, som skal sikre overholdelse av kjøre- og hviletidsreglene. Taxiselskapet hadde blitt stoppet i kontroll og fått kjøreforbud to ganger, noe som tilsa at forsømmelsen var alvorlig. Rett før levering av tilbudet ble imidlertid fartsskrivere installert, men KOFA konkluderte likevel at avvisningen var forholdsmessig.

TOBYF-2013-209810

Implementering av et nytt kvalitetssystem for å hindre brudd på arbeidstidsbestemmelser ble ikke ansett som tilstrekkelig for å unngå avvisning. Leverandøren hadde ikke dokumentert effekten av systemet overfor oppdragsgiver, og leverandørens holdning ga ikke oppdragsgiver nødvendig sikkerhet for at reglene ville bli fulgt ved en eventuell tildeling.

2.5 Hvilke personer og selskaper kan identifiseres med bedriften?

Etter regelverket gjelder plikten og retten til å avvise en leverandør kun den aktuelle leverandøren som leverer tilbudet, og ikke tilknyttede fysiske eller juridiske personer. Dette reiser to ulike spørsmål om identifikasjon:

- Skal leverandøren identifiseres med personer i sentrale roller i selskapet, for eksempel der en daglig leder tidligere er dømt for hvitvasking?
- Smitter en domfellelse innenfor et konsern over på leverandøren, altså der et mor-, datter- eller søsterselskap er kjent skyldig i for eksempel korrupsjon?

Ved plikt til å avvise på grunn av dom for nærmere opplistede straffbare forhold (korrupsjon, bedrageri,

hvitvasking mv.), skal oppdragsgiver anse handlinger som er begått av sentrale personer i selskapet for å være begått av leverandøren selv. Dette omfatter personer i ledelsen eller andre som kan representere, treffe beslutninger på vegne av eller kontrollere leverandøren. Dersom oppdragsgiver har rett, men ikke plikt, til å avvise, kan det skje en identifikasjon mellom eiere, styremedlemmer eller daglig leder og leverandøren som firma. For avvisning av tilknyttede selskaper må oppdragsgiver vurdere hvilken tilknytning det er mellom selskapene. Relevante momenter er blant annet om det er de samme personene som sitter i ledelsen i selskapene som eventuelt skal identifiseres og om selskapene har felles styre.

FOA § 24-3

- (1) Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises etter § 24-2 annet ledd, skal oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.
- (2) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter øvrige regler i § 24-2, kan oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av personer som nevnt i første ledd, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.
- (3) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter § 24-2, kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

LB-2016-16753

En leverandør var avvist fordi daglig leder og styreleder i selskapet var dømt for bedrageri. Bedrageriet var begått som ledd i frivillig arbeid i en volleyballklubb. Tilbudet var dessuten sendt inn før dommen falt, men Borgarting lagmannsrett fant det likevel klart at det var grunnlag for identifikasjon og dermed plikt til å avvise leverandøren.

KOFA sak 2013/111

En tidligere ansatt hos valgte leverandør var dømt for korrupsjon, og en konkurrerende leverandør hevdet at selskapet måtte identifiseres med vedkommende.

KOFA var ikke enig i dette, og understreket at den domfelte personen ikke lenger hadde noen rolle som ansatt i foretaket. Oppdragsgiver fikk dermed medhold i at det ikke var grunnlag for identifikasjon, og derfor heller ikke plikt til å avise leverandøren.

KOFA sak 2011/206

I en sak om den samme personen som i KOFA sak 2013/111 konkluderte KOFA at det var grunnlag for identifikasjon mellom selskapet og personen. Den domfelte var da fortsatt ansatt i selskapet og eide 25 % av aksjene. Selv om vedkommende var prosjektleder underlagt daglig leder, og iht. stillingsbeskrivelsen i tillegg ikke skulle ha nøkkelroller i forbindelse med offentlige anskaffelser, kom KOFA til at personen hadde en sentral administrativ rolle som gjorde at det måtte skje en identifikasjon.

3. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

3.1 Unormalt lave tilbud

3.1.1 Hvilke tilbud skal eller kan avvises?

Det kan være ulike årsaker til at et tilbud er lavt, og etter omstendighetene kan den lave prisen gi plikt eller rett til å avvise tilbudet. Merk at før en oppdragsgiver avviser et tilbud på grunnlag av prisen, må det gjøres nærmere undersøkelser, se punkt 3.1.2 under.

Dersom den unormalt lave prisen skyldes brudd på lønns- og arbeidsvilkår og sosial dumping, brudd på miljøkrav eller sosiale forhold skal oppdragsgiver avvise tilbudet, med mindre leverandøren kan godtgjøre at nasjonale regler og internasjonale forpliktelser er overholdt, se § 24-9. Plikten (skal-regelen) gjelder for anskaffelser etter del III i forskriften, mens unormalt lavt tilbud er formulert som en kan-avvisningsgrunn i del II. Oppdragsgivere oppfordres til å vurdere bruk av retten til å avvise dersom den lave prisen skyldes brudd på regler om arbeidsforhold, miljø og sosiale forhold også i del II.

En særlig lav pris kan også skyldes andre forhold, for eksempel at leverandøren ikke har forstått omfanget av oppdraget, eller har gjort en grov feilkalkulasjon. Den lave prisen kan i slike tilfeller utgjøre en risiko for gjennomføringen av leverandørens kontraktsforpliktelser, ved at prisen enten indikerer dårlig kvalitet eller utgjør en fare for leverandørens økonomiske stilling, og dermed kan medføre fare for konkurs. I slike tilfeller vil oppdragsgiver ha rett, men ikke plikt, til å avvise leverandøren.

Selv om et tilbud er lavt, trenger det ikke å innebære en risiko for kontraktsgjennomføringen eller misligheter. Dersom den lave prisen for eksempel skyldes at leverandøren har en drift, produksjon eller administrasjon som er langt mer effektiv enn konkurrentenes, verken kan eller skal leverandøren avvises. Innenfor rammen av konkurranseloven er det også fullt lovlig å inngi et lavt tilbud for å komme seg inn på et marked eller skaffe seg referansesaker.

FOA § 9-6

(1) Oppdragsgiveren skal avvise et tilbud som:

- a) ikke kan anses bindende.
 - b) inneholder vesentlige avvik fra konkurransedokumentene.
- (2) Oppdragsgiveren kan avvise et tilbud av grunner som nevnt i § 24-8 annet ledd.

FOA § 24-8

(1) Oppdragsgiver skal avvise et tilbud som:

- c) er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5.

(2) Oppdragsgiver kan avvise et tilbud som

- b) er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9, av andre grunner enn dem som er nevnt i første ledd bokstav c.

KOFA sak 2015/31

Klagenemnda uttalte at det i utgangspunktet er tilbudets totalsum som kan gi grunnlag for avvisning. Det kan likevel ikke utelukkes at et tilbud kan avvises fordi en selvstendig del av det fremstår som unormalt lavt. Nemnda fant imidlertid ikke grunn til å ta stilling til om fraktkostnadene i saken var unormalt lave, idet oppdragsgiver ikke hadde fulgt prosedyren for avvisning. (Se nærmere om dette i punkt 3.1.2.)

KOFA sak 2013/101

Oppdragsgiver betalte kr 5 594 433 kr per år for bemanning av en kystvaktsentral. Valgte leverandørs tilbud var ca. 200 000 kr billigere enn dette. Det var ingen vesentlige kostnadsdrivende elementer fra foregående kontraktsperiode til den nye, og KOFA kom derfor til at tilbudet ikke var unormalt lavt.

KOFA sak 2010/110

Leverandørens tilbud på taksering i forbindelse med fastsettelse av eiendomsskatt var 50 % lavere enn gjennomsnittsprisen av de øvrige tilbudene. Oppgitt timeforbruk var 60 % lavere, hvilket indikerte at leverandøren hadde undervurdert oppdragets omfang. Det var heller ingen opplysninger i tilbudet eller en redegjørelse fra

leverandøren som kunne vise at det knappe antallet timer var tilstrekkelig til å gjennomføre oppdraget, og KOFA konkluderte at ressursbruken i tilbudet fremstod som vesentlig for lav. Avvisningen var derfor rettmessig.

KOFA sak 2008/47

Oppdragsgiver hadde avvist et tilbud som var henholdsvis 40 % og 50 % lavere enn de to andre tilbudene i konkurransen. Det var imidlertid ikke grunnlag for å hevde at den lave prisen ville medføre fare for konkurs eller vanskeligheter med å oppfylle kontrakten, og avvisningen var derfor urettmessig.

3.1.2 Hva må oppdragsgiver gjøre?

For å kunne avvise unormalt lave tilbud, må oppdragsgiver gjøre nærmere undersøkelser.

Oppdragsgiver skal først rette en skriftlig henvendelse til leverandøren og kreve at det redegjøres nærmere for tilbudets sammensetning. Hvilke opplysninger det bes om vil være opp til leverandøren, men regelverket gir eksempler det anbefales å følge for å oppfylle undersøkelsesplikten. Som et minimum bør oppdragsgiver be om opplysninger som kan forklare hvorfor bygge- eller produksjonsmåten er billigere enn konkurrentenes, og om leverandøren bruker tekniske løsninger eller oppfinnelser som gjør at prisen blir lav. Det bør også bes om en særskilt redegjørelse for hvordan regler om arbeidsforhold, miljø og sosiale forhold er ivaretatt i tilbudet.

Oppdragsgiveren kan bare avvise tilbudet dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra leverandørens redegjørelse.

FOA § 24-9

- (1) Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiveren skriftlig kreve at leverandøren redegjør for tilbudets sammensetning, for eksempel i form av opplysninger om.
 - a) besparelsene ved fremstillingsmåten, utførelsen av tjenestene eller byggemetoden.
 - b) tekniske løsninger eller usedvanlig fordelaktige vilkår som er tilgjengelige for leverandøren.
 - c) ytelsens nyskapende karakter.
 - d) oppfyllelsen av bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5.

- e) eventuell offentlig støtte han har mottatt.
- (2) Oppdragsgiveren kan bare avvise tilbudet dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra opplysningene.
- (3) Dersom oppdragsgiveren finner at et tilbud er unormalt lavt fordi leverandøren har mottatt offentlig støtte, kan han ikke avvise tilbudet dersom leverandøren kan dokumentere at støtten er forenelig med EØS-avtalen. Dersom oppdragsgiveren avviser leverandøren på dette grunnlaget, skal han informere EFTAs overvåkingsorgan.
- (4) Oppdragsgiveren skal fastsette en rimelig frist for mottak av redegjørelser og dokumentasjon som nevnt i første og tredje ledd.

3.2 Rett til å avvise tilbud på grunn av andre forhold

Oppdragsgiver har rett til å avvise et tilbud dersom det foreligger brudd på regler om miljø, arbeidsforhold, sosiale forhold og lignende, selv om det ikke har gitt seg utslag i unormalt lav pris. Dette vil for eksempel kunne være hvis tilbudet legger opp til arbeid utover lovlig arbeidstid, eller dersom leverandøren legger opp til håndtering av avfall på en ulovlig måte.

I motsetning til avvisning på grunn av unormalt lav pris, trenger ikke oppdragsgiver å be om en særskilt redegjørelse for tilbudets sammensetning. Oppdragsgiver må imidlertid kunne dokumentere og begrunne avvisningen (se punkt 4).

FOA § 24-8

- (2) Oppdragsgiveren kan avvise et tilbud som
 - c) ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5
 - e) oppdragsgiveren for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til d.

4. Kort om når og hvordan avvisning gjennomføres

Forskriften inneholder noen generelle regler om hvordan avvisning skal skje. Det oppstilles også enkelte ”tilleggsvilkår” i noen av bestemmelsene i forskriften, og disse er behandlet særskilt til hver enkelt avvisningsgrunn i punkt 3 over. Noen kjørerregler gjelder uansett:

1. Vurdering av om leverandøren skal avvises som følge av forhold ved leverandøren selv, skal alltid skje så raskt som mulig, jf. FOA §§ 9-7 og 24-10.
2. Avvisning kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen når det viser seg at vilkårene er oppfylt, jf. FOA §§ 9-7 og 24-10.
3. Dersom elektronisk egenerklæringsskjema benyttes som foreløpig dokumentasjon, jf. FOA §§ 8-10 (1) og 17-1, må oppdragsgiver kontrollere at det ikke foreligger grunnlag for avvisning av den valgte leverandøren før tildeling skjer.
4. Leverandøren som avvises skal gis skriftlig melding om avvisningen med en kort begrunnelse. Det er ingen bestemmelse i forskriften som gir plikt til å sette klagefrist for avvisningen, men leverandøren kan ikke nektes å påklage denne. Avviste leverandører skal også få melding om kontraktstildeling og karenstid.
5. Det kan settes en frist for leverandøren til å begjære midlertidig forføyning dersom dette er inntatt i konkurransegrunnlaget, jf. FOA §§ 8-16 og 20-7.
6. For anskaffelser etter del III i forskriften foreligger det en egen særlig oppsigelsesbestemmelse i § 28-3 som kan benyttes der det viser seg at leverandøren ved tildelingen faktisk var domfelt for alvorlige forhold, men at oppdragsgiver ikke var gjort kjent med dette før etter at kontrakten er påbegynt. Med andre ord vil avvisningsbestemmelsene også kunne ha betydning under kontraktsgjennomføringen.

5. Andre virkemidler for seriøsitet

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser inneholder også andre bestemmelser som er ment å bidra til å sikre seriøse leverandører i offentlige konkurranser.

Et eksempel er LOA § 7 (se også Forskrift om plikt til å stille krav til bruk av lærlinger i offentlige kontrakter) som pålegger oppdragsgiver å stille krav om bruk av lærlinger i bransjer med særlig behov for lære plasser. I tillegg til å sikre et tilstrekkelig antall lære plasser skal bestemmelsen motvirke økonomisk kriminalitet. Oppdragsgiver kan ikke angi tilknytning til lærlingeordning som et kvalifikasjonskrav, men kontrakten skal inneholde krav om bruk av lærlinger. Dette skal også følges opp under gjennomføringen av kontrakten.

Begrensningen av antall ledd i leverandørkjeden i FOA §§ 8-13 og 19-3 er også innført for å bekjempe arbeidslivskriminalitet i utsatte bransjer. Hovedregelen er at det maksimalt kan være to ledd under hovedleverandøren, med mindre det er nødvendig å ha flere ledd for å sikre tilstrekkelig konkurranse. Oppdragsgiver skal angi det maksimale antallet ledd som godtas i anskaffelsesdokumentene.

Oppdragsgivere bør, i tillegg til de uttrykkelige kravene som følger av lov- og forskrift om offentlige anskaffelser, sørge for å bruke kontraktsvilkår som bidrar til å sikre seriøsitet.

Byggenæringens landsforening (BNL), KS, Fellesforbundet og Difi har sammen utarbeidet spesielle kontraktsbestemmelser som skal sikre seriøsitet i bygge- og anleggskontrakter. Disse brukes som tillegg til Norsk Standard, og dokumentet med seriøsitetskrav er ment å brukes i sin helhet som et vedlegg til kontrakten. Det anbefales at offentlige oppdragsgivere å benytte seg av bestemmelsene, som finnes tilgjengelig her:

http://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/15-11-16_seriositetskrav_-_bestemmelser.pdf

Byggenæringens landsforening har også utarbeidet en egen veileder mot sosial dumping. Denne finnes her:

http://www.bnl.no/globalassets/dokumenter/hms/veileder_motsosialdumping_2015_web.pdf

