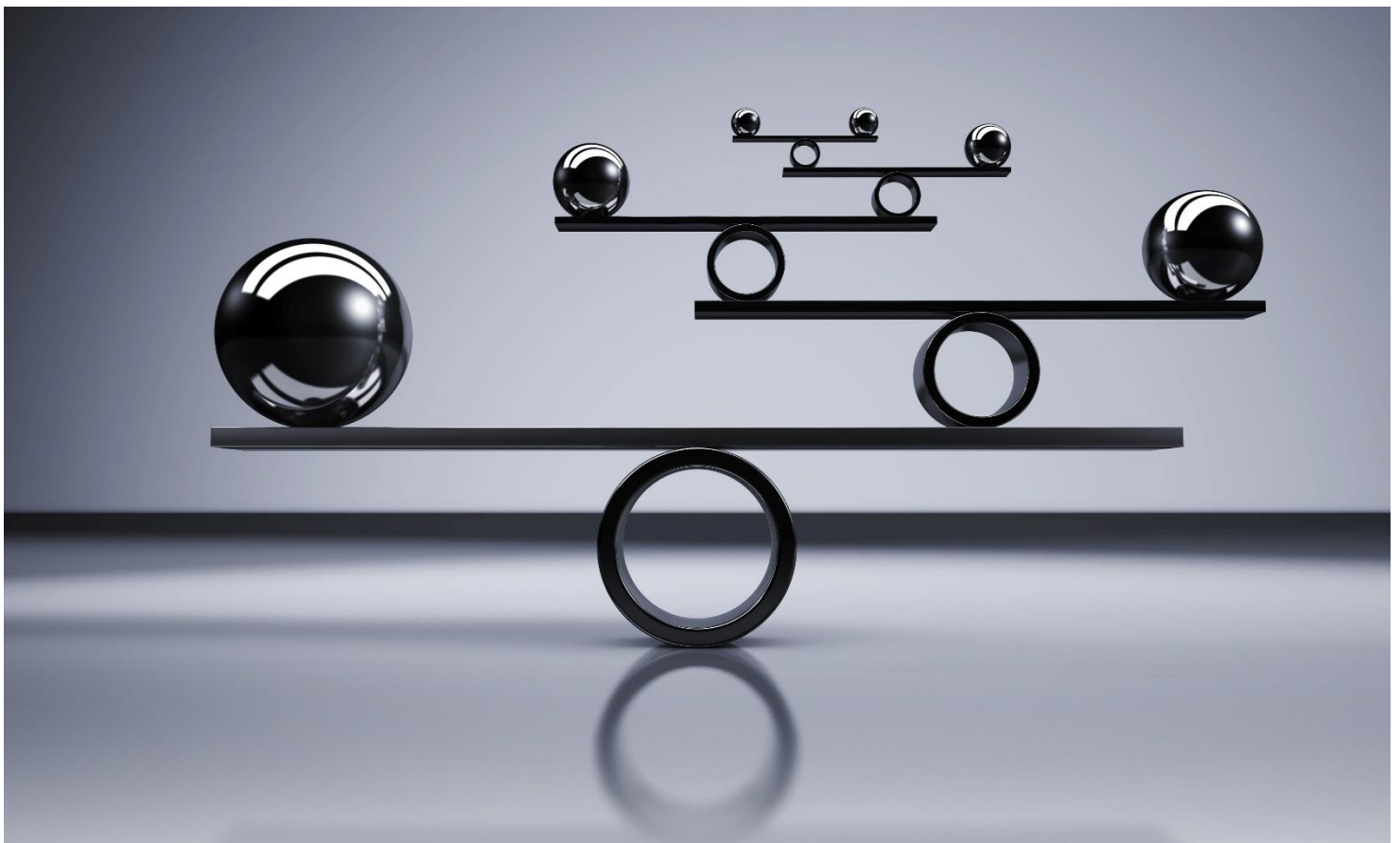


RAPPORT

Utredning av det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille kvalitetskrav i anskaffelser av fartøy



RAPPORT NR. 20/2023

Gro Amdal, Maren Basso, Kaja Haug, Erik Jakobsen, Hanna L. Raanes, Svein Terje Tveit



Forord

På oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet har Menon Economics og Arntzen de Besche Advokatfirma kartlagt det europeiske markedet for offentlige anskaffelser av fartøy og det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille krav og kriterier ved offentlige anskaffelser av fartøy som kan bidra til at norsk maritim industri effektivt kan konkurrere om slike oppdrag.

Oppdraget har både en normativ, juridisk del og en deskriptiv, økonomisk del. Mer konkret omhandler rapporten både juridiske spørsmål om hvor stort det EØS-rettslige handlingsrommet er og empiriske spørsmål om det europeiske markedet for offentlige anskaffelser av fartøy.

Menon Economics er et forskningsbasert analyse- og rådgivningsselskap i skjæringspunktet mellom foretaksøkonomi, samfunnsøkonomi og næringspolitikk. Vi tilbyr analyse- og rådgivningstjenester til bedrifter, organisasjoner, kommuner, fylker og departementer. Vårt hovedfokus ligger på empiriske analyser av økonomisk politikk, og våre medarbeidere har økonomisk kompetanse på et høyt vitenskapelig nivå. Vi ble kåret til årets konsulentselskap i 2015.

Vi takker NFD for et spennende oppdrag og understreker for ordens skyld at forfatterne står fullt og helt ansvarlig for innholdet i rapporten.

Januar 2023

Erik Jakobsen
Prosjektleder
Menon Economics

Innhold

1	SAMMENDRAG	4
2	INNLEDNING	8
2.1	Bakgrunn og mandat	8
2.2	Norske skipsverft	10
3	DET EUROPEISKE MARKEDET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER AV FARTØY	16
3.1	Data og metode	16
3.2	Markedet for offentlige anskaffelser av fartøy i Europa	17
3.3	Norske myndigheters kjøp av fartøy og operatørtjenester	23
3.4	Tildeles offentlige anbud av fartøy i andre EØS-land nasjonale leverandører?	23
4	UTGANGSPUNKTER FOR DET RETTLIGE HANDLINGSROMMET	29
4.1	Rammene for den juridiske analysen	29
4.2	Overordnet om EØS-retten på området	31
4.3	Om implementering av EØS-retten i lov og forskrift og relasjonen til EØS-rettslige forpliktelser	37
4.4	Kort om konsekvenser av brudd på regelverket	38
5	HVILKE HENSYN ELLER FORMÅL KAN LOVLIG BEGRUNNE KRAV OG KRITERIER I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER?	40
5.1	Innledning	40
5.2	Anskaffelsesfaglige hensyn	40
5.3	Andre hensyn som EØS-anskaffelsesdirektivene gir eksplisitt adgang til å vektlegge	41
5.4	Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn	42
6	HANDLINGSROMMET FOR Å STILLE KRAV OG KRITERIER I DEN ENKELTE ANSKAFFELSESPROSESS	44
6.1	Innledning	44
6.2	De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten som skranke	44
6.3	Tilknytningskravet	52
6.4	Begrensninger i handlingsrommet for de ulike typer krav og kriterier	53
6.5	Myndighetsmisbrukslæren	63
7	HANDLINGSROMMET TIL Å OPPSTILLE KONKRETE KRAV OG KRITERIER KNYTTET TIL SÆRTREKK VED NORSKE VERFT	65
7.1	Innledning	65
7.2	Nærmere om de krav og kriterier som er angitt i oppdragsbeskrivelsen	65
7.3	Ytterligere krav og kriterier som kan være aktuelle å oppstille for å styrke norske verfts konkurransekraft	72
7.4	I hvilken grad vil krav og kriterier som øker konkurransekraften til nasjonal maritim industri kunne innebære ulovlig statsstøtte?	77
8	ANDRE FORHOLD SOM PÅVIRKER HANDLINGSROMMET	80
8.1	Innledning	80
8.2	Markedsdialog	80
8.3	Betydningen av valg av anskaffelsesprosedyre	81
8.4	Betydning av anskaffelsens gjenstand og verdi – oppdeling av kontrakter	81
8.5	Utforming av konkurransegrunnlaget for øvrig	82
8.6	Innrettelse av anskaffelsespraksisen innenfor regelverket	83
9	ADGANGEN TIL Å VEKTLASSE KVALITET OVER PRIS I DEN ENKELTE ANSKAFFELSE	86
9.1	Det anskaffelsesrettslige handlingsrommet til å bestemme vektingen	86
9.2	I hvilken grad begrenser statsstøttereglene oppdragsgiveres handlingsrom til å oppstille tildelingskriterier som vektlegges kvalitet over pris?	87

10	HANDLINGSROMMET FOR Å STILLE KRAV OG KRITERIER GJENNOM EN REGELVERKSENDRING	89
10.1	Innledning	89
10.2	Hvilke krav og kriterier er det aktuelt å oppstille i en regelverksendring	89
10.3	Handlingsrommet til å endre anskaffelsesregelverket	91
11	KRAV OG KRITERIER I OFFENTLIGE INNKJØP AV FARTØY I EUROPA	95
11.1	Krav og kriterier i europeiske anskaffelser	95
11.2	Benytter andre EU/EØS-land andre kriterier og krav enn det som er vanlig i Norge?	99
11.3	Betraktninger vedrørende to norske anskaffelser der fartøyet bygges utenfor Norge	101

1 Sammendrag

På oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet har Menon Economics og Arntzen de Besche Advokatfirma kartlagt det europeiske markedet for offentlige anskaffelser av fartøy og det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille krav og kriterier ved offentlige anskaffelser av fartøy som kan bidra til at norsk maritim industri effektivt kan konkurrere om slike oppdrag.

Anskaffelsesregelverket og EØS-retten for øvrig setter krav til hvordan konkurranser om offentlige kontrakter skal gjennomføres. Reglene begrenser dermed handlingsrommet offentlige oppdragsgivere har til å velge norske verft i sine offentlige anskaffelser. Oppdraget har både en normativ, juridisk del og en deskriptiv, økonomisk del. Mer konkret omhandler rapporten både juridiske spørsmål om hvor stort det EØS-rettslige handlingsrommet er og empiriske spørsmål om det europeiske markedet for offentlige anskaffelser av fartøy.

Norske skipsverft

Det er om lag 65 aktive skipsverfts-foretak i Norge spredt langs norskekysten fra Agder til Finnmark. Skipsverftene er viktige for verdiskaping og sysselsetting i mange kystsamfunn. Nybygg-verftene spiller også en sentral rolle for teknologiutvikling og innovasjon i den maritime næringen i Norge, ved å fungere som nav og fullskala arena for testing og pilotering av nye skipsdesign og utstyrstyper. I senere år har de store norske skipsverftene tapt internasjonal konkurransevne til asiatiske og europeiske verft. Fartøytyper som norske verft har hatt høye markedsandeler for, blir i økende grad bygget ved utenlandske verft, blant annet i Tyrkia, Spania og Danmark. Det er mange faktorer som påvirker norske verfts internasjonale konkurransevne. Et generelt høyt kostnadsnivå med norske lønnsnivåer som ligger langt over gjennomsnittet i Europa, samt norske lønns- og arbeidsforhold for innleid personell fra EØS-land, er kanskje de viktigste kildene til kostnadsmessig konkurranseulempe.¹

Hvorfor offentlige anskaffelser er viktig for skipsindustriens internasjonale konkurransevne

Offentlige anskaffelser kan påvirke skipsverftenes konkurransekraft på to måter. Den første er åpenbar: Når norske myndigheter bestiller fartøy fra norske verft, fører det til økt aktivitetsnivå og høyere lønnsomhet (gitt at det var ledig kapasitet på verftene som får oppdragene). Den andre er mindre åpenbar, men minst like viktig: Norske myndigheter kan stimulere hjemmemarkedet til norske verft og dermed styrke den internasjonale konkurransevnen. Dersom et innovativt fartøy (for eksempel ny skrogtype eller nytt fremdriftssystem) blir bygget på et norsk verft, får verftet erfaring og et referanseprosjekt som kan styrke muligheten for å vinne lignende type kontrakter i andre land. Norske myndigheter kan også bruke anskaffelser til å fremskynde teknologiske endringer i skipsbyggingsindustrien, for eksempel implementering av grønne drivstoff. Dersom norske verft får denne typen oppdrag, slik de fikk i byggingen av batteridrevne ferger, kan de få et forsprang overfor utenlandske konkurrenter.

Selv om offentlige anskaffelser er et relevant verktøy myndighetene kan benytte for å styrke skipsverftenes konkurransekraft, er det viktig å understreke at norske myndigheter kan påvirke skipsverftenes internasjonale konkurransevne på flere måter, blant annet gjennom generelle rammebetingelser som skatter og avgifter og arbeidsmarkedsregulering. Næringsrettede virkemidler for innovasjon, bedriftsutvikling og eksport har også potensielt stor betydning for konkurransevnen, blant annet virkemidler for grønn omstilling og garantier og kredittordninger fra Eksfin.

¹ Se Menon-rapport 66/2021: *Norsk verftsindustri – aktivitet, konkurransesituasjon og rammebetingelser*

Det europeiske markedet for offentlige anskaffelser av fartøy og rederitjenester

Det europeiske markedet for offentlige fartøyanskaffelser kan deles i tre typer:

- Direkte kjøp av nye fartøy fra skipsverft
- Anskaffelser av reparasjon og vedlikehold på eksisterende fartøy
- Indirekte anskaffelser – kjøp av operatørtjenester fra rederier (hvor rederiene bestiller nye fartøy til å utføre de maritime operasjonene for den offentlige oppdragsgiveren)

Vi har kartlagt 1478 offentlige fartøyanskaffelser i Europa i perioden 2018-2020 (anskaffelser i Sveits og Storbritannia er inkludert i dette datagrunnlaget).² Det samlede markedet utgjorde 12,8 milliarder euro i denne perioden, hvorav 6,4 milliarder euro i direkte kjøp av fartøy, 4,8 milliarder euro i operatørkontrakter, og 1,6 milliarder euro i vedlikeholds- og reparasjonskontrakter.

De fleste anskaffelsene er relativt små målt i kontraktsverdi. 86 prosent av de direkte kjøpene av fartøy var mindre enn 5 millioner euro, mens kun 7 prosent var større enn 10 millioner euro. Sistnevnte utgjorde likevel 92 prosent av den samlede kontraktsverdien. De indirekte anskaffelsene er også relativt små målt i kontraktsverdi, men blant disse utgjør andelen over 10 millioner euro 17 prosent.

Tyskland har vært det største kjøperlandet for direkte anskaffelser av fartøy i perioden, mens Norge har vært største innkjøper av operatørtjenester fra rederier. De norske indirekte anskaffelsene av operatørtjenester utgjør 40 prosent av samlede offentlige indirekte anskaffelser i Europa i perioden 2018-2020. Andre store kjøperland er Frankrike, Italia, Storbritannia og Finland.

De fleste kontraktene går til leverandører i eget land

Både anskaffelser av fartøy, operatørtjenester og reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag har en høy andel nasjonal tildeling, det vil si at offentlige kunder tildeler oppdraget til en leverandør i eget land. Andelen nasjonale tildelinger er aller høyest for operatørtjenester og for reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag. For disse anskaffelsene går henholdsvis 95 og 98 prosent av anskaffelsene, målt i kontraktsverdi, til leverandører i eget land. For anskaffelser av fartøy er andel nasjonale tildelinger noe lavere, med 79 prosent. Selv om de aller fleste anskaffelser av operatørtjenester går til rederier i eget land, er det langt fra sikkert at fartøyene som benyttes i disse oppdragene bygges i eget land. Av alle ferger bestilt av europeiske rederier i perioden 2018-2020 ble kun 45 prosent bygget i landet det ble bestilt fra. Målt i CGT (kompenserte bruttotonn) er andelen enda lavere, kun 26 prosent.

I alle land med en betydelig skipsbyggingsindustri tildeles majoriteten av anskaffelsene til nasjonale aktører. Aller klartest ser vi dette i Frankrike og Italia. I Frankrike har samtlige 91 offentlige oppdrag gått til leverandører i Frankrike. For Norge er andelen nasjonale tildelinger i direkte anskaffelser 68 prosent (andel av samlet kontraktsverdi), noe som er lavere enn gjennomsnittet i Europa som helhet (79%). I indirekte anskaffelser, operatørtjenester, har imidlertid nesten samtlige kontrakter gått til norske rederier. Som påpekt ovenfor betyr ikke det at fartøyene som benyttes i operatørtjenesten blir bygget i Norge. I senere år har for eksempel andelen fergekontrakter som har gått til andre land vært økende.

² I den empiriske analysen er Sveits og Storbritannia av hensiktsmessighetshensyn inkludert. Den juridiske analysen gjelder på sin side kun EØS-regelverket, slik at Storbritannia og Sveits faller utenfor.

Krav og kriterier i anskaffelsesprosesser: Det EØS-rettslige handlingsrommet

I anskaffelsesprosesser er det vanlig å benytte en kombinasjon av *krav* og *kriterier*. Mens krav normalt er *absolutte*, i den forstand at leverandører må oppfylle dem for å være aktuell som leverandør, kan kriterier oppfylles i større eller mindre *grad*.

Anskaffelsesrettslig vil oppdragsgivere etter vår vurdering ha et relativt stort spillerom til å stille krav i kvalifikasjonsfasen eller konkurransefasen, forutsatt at kravene ikke er i strid med EØS art. 11 eller i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. Hvilke konkrete krav og kriterier som lovlig kan oppstilles, beror på hvilket saklig behov oppdragsgiver har i den enkelte anskaffelse.

Utredningen viser at offentlige oppdragsgivere har en relativt vid adgang til å oppstille krav og kriterier av både økonomisk og ikke-økonomisk art, så lenge det ikke tas rent proteksjonistiske hensyn, oppdragsgiver kan vise til et saklig behov, og det er forholdsmessig å oppstille det aktuelle kravet eller kriteriet. Anskaffelsesregelverket åpner også til en viss grad for å legge vekt på forhold ved anskaffelsen utover de som angår fartøyets egenskaper, slik som forholdene på produksjonsstedet, også når produksjonsstedet er i et annet land.

Det gjelder blant annet vid adgang til å oppstille krav og kriterier som er forankret i miljø og bærekraft. Det kan også være adgang til å oppstille krav og kriterier som premierer fleksibilitet, endringsvilje, nærhet til leverandørene, og andre konkurransefortrinn norske verft har.

Tekniske krav, som standarder for utforming og krav til utstyr, vil ofte være lovlige. Krav som gjerne er særlig tyngende for utenlandske verft å oppfylle, som krav om norsk som arbeidsspråk og lokalt nærvær, vil derimot sjeldnere være lovlige å oppstille.

Videre er det nokså vid adgang til å vektlegge kvalitet over pris i den enkelte anskaffelse. Dette kan være et virkemiddel som kan tas i bruk for å øke sannsynligheten for at offentlige kontrakter skal tildeles norske verft. Også andre virkemidler kan tas i bruk for å gi norske verft styrket konkurransekraft, som å utforme krav og kriterier på en skjønnsmessig måte, der det gis rom for å gi uttelling til leverandører som viser god oppdragsforståelse, finner innovative løsninger, mv.

Utnytter andre land i større grad handlingsrommet i EØS-regelverket?

I analysen av aktive (ikke avsluttede) anskaffelsesprosesser i Europa hvor vi har tilgang til alle relevante konkurransedokumenter finner vi ingen systematiske forskjeller mellom land med hensyn til bruk av krav og kriterier som kan påvirke sannsynligheten for at oppdragene går til leverandører i eget land. Gjennomgangen av de utvalgte konkurransegrunnlagene viser at samtlige konkurransegrunnlag i både inn- og utland bærer preg av skreddersøm for den enkelte anskaffelse. Materialet viser et sammensatt og fragmentert bilde, uten gjennomgående forskjeller på generelt grunnlag, mellom norske og utenlandske oppdragsgiveres bruk av krav og kriterier i fartøysanskaffelser. Det er minst like store forskjeller innad i land som mellom land. Dette drives av at det er snakk om ulike oppdragsgivere, ulike typer fartøy, ulike typer kontrakter og ulike omstendigheter knyttet til den enkelte anskaffelse.

Gitt at man oppfyller alle absolutte krav som stilles i en anskaffelse, er det *tildelingskriteriene* som avgjør hvilke leverandører som blir valgt til å utføre oppdraget. I prinsippet kan en lang rekke forhold inngå blant tildelingskriteriene; for eksempel pris, teknisk/funksjonell kvalitet, leveringstid, fleksibilitet i oppdragsfasen (mulighet til å gjøre endringer), arbeidsmiljø og klima- og miljøfaktorer. Pris er nesten alltid blant tildelingskriteriene, men vektleggingen av pris varierer betydelig. Vår analyse viser en klar *negativ* sammenheng mellom et lands inntektsnivå (BNP per innbygger) og vektleggingen av pris. Sagt på en annen måte velger lavinntektsland å vektlegge pris høyt, mens høyinntektsland legger liten vekt på pris. Vi finner også at på tvers av

land er det slik at oppdragene i større grad går til nasjonale leverandører når pris vektlegges lavt. Det gjelder i særlig grad for oppdrag med en høy kontraktsverdi (>10 millioner euro). Disse sammenhengene tilsier at norske myndigheter bør vektlegge pris lavt og kvalitet høyt dersom man ønsker å styrke norske skipsverfts konkurranseevne i offentlige anskaffelser.

Samfunnsøkonomiske vurderinger i offentlige anskaffelser

Som påpekt ovenfor er det ikke tillatt innenfor EØS-regelverket å utforme anbudskonkurranser på en måte som har til *formål* å favorisere norske leverandører. Derimot er det tillatt å stille krav og kriterier som fører til (med andre ord har som *effekt*) at norske leverandører blir valgt, så fremt disse er saklig begrunnet og forholdsmessige. Det er samtidig viktig å understreke at tilpasninger i krav og kriterier ikke nødvendigvis er hensiktsmessig for samfunnet som helhet. Krav og kriterier knyttet til HMS, miljø og sikkerhet er kostnadskrevende, og de økte kostnadene bør veies opp mot gevinstene. Ideelt sett bør krav og kriterier utformes slik at den samfunnsøkonomiske lønnsomheten (det vil si at alle kostnader og gevinster for samfunnet som helhet er hensyntatt) blir størst mulig. Samtidig må det påpekes at mens kostnadene ofte er konkrete og målbare, vil gevinstene knyttet til HMS, miljø og sikkerhet ofte være indirekte og vanskelig å måle. Gevinster knyttet til HMS, miljø og sikkerhet tar gjerne form av eksterne effekter, det vil si effekter for andre aktører enn beslutningstakeren selv og som beslutningstaker derfor ikke har insentiv til å hensynta i sin beslutning. For eksempel er arbeidsmiljøet til de ansatte på verftet og klima- og miljøutslipp i produksjonsprosessen effekter som kunden i den offentlige anskaffelsen av fartøy ikke har direkte insentiv til å ta hensyn til.

2 Innledning

2.1 Bakgrunn og mandat

2.1.1 Overordnet

Nærings- og fiskeridepartementet («NFD») har bedt Menon Economics og Arntzen de Besche Advokatfirma kartlegge det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille krav og kriterier ved offentlige anskaffelser av fartøy som kan bidra til at norsk maritim industri effektivt kan konkurrere om slike oppdrag. Bakgrunnen for utredningen er Stortingsvedtak 841 fattet 22. april 2021 som bygger på et ønske om å utnytte det EØS-rettslige handlingsrommet til å styrke norsk maritim industri. Vedtaket ble truffet som ledd i behandlingen av Stortingsmeldingen Meld. St. 10 (2020-2021) «Grønnere og smartere - morgendagens maritime næring».³ Vedtaket lyder som følger:

Stortinget ber regjeringen utrede handlingsrommet innenfor EØS-avtalen for å plassere offentlige oppdrag hos norske verft. Utredningen bør særlig se på norske krav til standarder for utforming, utstyr, arbeidsspråk, lærlinger og HMS, samt krav om lokalt nærvær eller responstid.

Norske myndigheter kan påvirke skipsverftenes internasjonale konkurranseevne på flere måter, blant annet gjennom generelle rammebetingelser som skatter og avgifter og arbeidsmarkedsregulering. Næringsrettede virkemidler for innovasjon, bedriftsutvikling og eksport har også potensielt stor betydning for konkurranseevnen, blant annet virkemidler for grønn omstilling og garantier og kredittordninger fra Eksfin. Offentlige anskaffelser er derfor bare ett av mange verktøy myndighetene kan benytte for å styrke skipsverftenes konkurransekraft.

Norge har en aktiv verftsindustri, med om lag 65 verft,⁴ og det offentlige er en stor innkjøper av fartøy. Skipsverftene er viktige for verdiskaping og sysselsetting i mange kystsamfunn. Nybygg-verftene spiller også en sentral rolle for teknologiutvikling og innovasjon i den maritime næringen i Norge, ved å fungere som nav og fullskala arena for testing og pilotering av nye skipsdesign og utstyrstyper. I senere år har de store norske skipsverftene tapt internasjonal konkurranseevne til asiatiske og europeiske verft.

Norsk verkstedindustri generelt, og skipsbyggingsverftene spesielt, har over tid opparbeidet seg avansert problemløsningskompetanse. Nybygg-leveransene fra norske verft har i stor grad vært beskrevet som skreddersøm-prosjekter hvor fokus på fleksibilitet og innovasjon har vært fortrinn sett opp mot internasjonale konkurrenter. Dette fortrinnet har bygget seg opp over tid gjennom god arbeidskultur og flate organisasjoner i form av lite hierarki og korte beslutningsprosesser som legger til rette for at det underveis i byggeprosjektene kan gjennomføres raske endringer og tilpasninger. I tillegg er verftene en del av komplett maritim klynge der rederiene er kunder, og skipsdesignere, utstyrsprodusenter, systemintegratorer og verft jobber sammen om å utvikle nye fartøy og nye teknologiske løsninger, FoU-aktiviteten er ofte integrert i byggeprosessen som gjør verftene til navet i innovasjonsprosessene.

I Menon og BCG sin verftsrapport fra 2021 påpeker flere norske verft at de ønsker at myndighetene skal stimulere hjemmemarkedet, både i form av langsiktige, helhetlige og forutsigbare planer for fornyelse av ferger og

³ Stortingsbehandlingen av sak «Grønnere og smartere - morgendagens maritime næring», Meld. St. 10 (2020-2021), Innst. 338 S (2020-2021), kan finnes her: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=82493>

⁴ Antall registrerte verft er betydelig flere, men vi baserer oss på beregningen fra Menon-rapport 66/2021: Norsk verftsindustri – aktivitet, konkurransesituasjon og rammebetingelser.

hurtigbåter, og i form av å utforme anbudskonkurranser slik at klima, miljø og sikkerhet blir tilstrekkelig vektet i konkurranse om skipsbyggingsoppdrag. I tillegg påpekes det at norske myndigheter tolker regelverket i anbudskonkurranser for strengt, og man burde lagt opp til kriterier som man med stor sannsynlighet vet at norske verft er dyktige på, som for eksempel klimavennlige fremdriftssystemer.

Tilgang til offentlige kontrakter er viktig for at verftene skal kunne skape verdier og arbeidsplasser i Norge og for å bidra til et mangfold av leverandører. Å bidra til å opprettholde skipsbygging i Norge har også betydning for evnen til innovasjon i andre deler av verdikjeden. Det å sikre konkurransekraften til norske verft er derfor også sentralt for å ivareta resten av den maritime næringen.⁵ Ved å i større grad vektlegge kvalitet, teknologi og evne til å levere på tid, vil offentlige oppdragsgivere kunne øke konkurransekraften til norsk verftsindustri i tråd med målsetningen.

Anskaffelsesregelverket og EØS-retten for øvrig setter krav til hvordan konkurranser om offentlige kontrakter skal gjennomføres. Reglene begrenser dermed handlingsrommet offentlige oppdragsgivere har til å velge norske verft i sine offentlige anskaffelser. Oppdragsgivere må for eksempel som den klare hovedregelen henvende seg til markedet som helhet i sine innkjøp. Før kontrakt kan inngås må offentlige innkjøpere som regel kunngjøre og gjennomføre en anbudskonkurranse, hvor det gjelder relativt detaljerte prosedyreregler. Handlingsrommet til det offentlige begrenses også av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, som blant annet krever at innkjøper sikrer konkurranse og likebehandling av leverandørene. Samtidig åpner regelverket for å utøve et innkjøpsfaglig skjønn i anskaffelsene i vurderingen av hva som skal skaffes, hvilke krav og kriterier som skal stilles, og – i noen grad - hvordan kravene og kriteriene skal nærmere vurderes.

Det er viktig å understreke at tilpasninger i krav og kriterier ikke nødvendigvis er hensiktsmessig for samfunnet som helhet. Krav og kriterier knyttet til HMS, miljø og sikkerhet er kostnadskrevende, og de økte kostnadene bør veies opp mot gevinstene. Ideelt sett bør krav og kriterier utformes slik at den samfunnsøkonomiske lønnsomheten (det vil si at alle kostnader og gevinster for samfunnet som helhet er hensyntatt) blir størst mulig. Samtidig må det påpekes at mens kostnadene ofte er konkrete og målbare, vil gevinstene knyttet til HMS, miljø og sikkerhet ofte være indirekte og vanskelig å måle.⁶ Gevinster knyttet til HMS, miljø og sikkerhet tar gjerne form av eksterne effekter, det vil si effekter for andre aktører enn beslutningstakeren selv og som beslutningstaker derfor ikke har insentiv til å hensynta i sin beslutning. For eksempel er arbeidsmiljøet til de ansatte på verftet og klima- og miljøutslipp i produksjonsprosessen effekter som kunden i den offentlige anskaffelsen av fartøy ikke har direkte insentiv til å ta hensyn til.

Oppdraget har både en normativ, juridisk del og en deskriptiv, økonomisk del. Mer konkret omhandler rapporten både juridiske spørsmål om hvor stort det EØS-rettslige handlingsrommet er og empiriske spørsmål om det europeiske markedet for offentlige anskaffelser av fartøy.

2.1.2 De juridiske problemstillingene

Utredningen skal kartlegge hvilke muligheter og begrensninger anskaffelsesreglene og andre EØS-rettslige regler setter for offentlige oppdragsgivere for å velge norske verft i sine anskaffelser. NFD har i tråd med dette angitt at utredningen skal ha følgende innhold:

⁵ *Maritim21-strategi. Forskningsrådet, 2022*

⁶ *I samfunnsøkonomiske analyser skiller det mellom målbare og ikke-målbare kostnader og gevinster.*

Det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille krav og kriterier i anskaffelse av fartøy⁷ som kan bidra til at norske leverandører effektivt kan konkurrere om slike oppdrag. Det skal særlig ses på muligheten for å innarbeide konkrete kriterier knyttet til standarder for utforming, utstyr, arbeidsspråk, lærlinger, HMS, lokalt nærvær og responstid. Det skal vurderes i hvor stor grad kvalitet kan vektlegges over pris i offentlige anbudsprosesser for anskaffelse av fartøy.

I dette arbeidet skal vi *for det første* undersøke hvilket handlingsrom offentlige oppdragsgivere har i den enkelte anskaffelse til å oppstille krav eller kriterier om standarder for utforming, utstyr, arbeidsspråk, lærlinger, HMS, lokalt nærvær og responstid. *For det andre* skal vi undersøke hvilket handlingsrom som foreligger til å oppstille *øvrige* krav og kriterier som kan bidra til å styrke konkurransekraften til norske verft, og hvilke virkemidler som lovlig kan tas i bruk for dette formål utover det å oppstille krav og kriterier i den enkelte anskaffelse. *For det tredje* skal vi, som det fremgår over, undersøke hvilken EØS-rettslige adgang det er til å vektlegge kvalitet over pris i den enkelte anskaffelse. *For det fjerde* skal vi utrede det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille slike krav og kriterier gjennom en regelverksendring.

Det EØS-rettslige handlingsrommet må vurderes i to dimensjoner. Den ene dimensjonen følger av EØS-avtalens vedlegg XVI som inneholder spesifikke bestemmelser knyttet til offentlige anskaffelser og EUs anskaffelsesdirektiver, samt tilhørende regler (Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA), protokoll 2 til ODA og EU praksis og retningslinjer). Den andre dimensjonen følger av EØS-avtalens øvrige regler, herunder reglene om fri bevegelse og EØS-avtalens forbud mot diskriminering.

2.1.3 De empiriske hovedspørsmålene

Den empiriske, økonomiske delen av oppdraget har tre hoveddeler:

- 1) Vurdering av den totale størrelsen på markedet for offentlige anskaffelser av fartøy i EU/EØS.
- 2) Anslå i hvilken grad slike offentlige tilbud i andre EU/EØS-land går til nasjonale leverandører
- 3) Belyse hvorvidt andre EU/EØS-land benytter andre kriterier og krav i sine offentlige anbudsprosesser for anskaffelser av fartøy enn det som er vanlig i offentlige anbudsprosesser i Norge

I tillegg til kjøp av nye fartøy består markedet av vedlikeholds- og reparasjonstjenester fra verft og av operatørtjenester fra rederier.⁸ Markedets størrelse måles samlet for alle europeiske land⁹.

2.2 Norske skipsverft

Som bakgrunn for utredningen redegjør vi i dette delkapittelet for norsk verftsindustri utvikling og konkurranseposisjon. Det er om lag 65 aktive skipsverfts-foretak i Norge spredt langs norskekysten fra Agder til Finnmark.¹⁰ Disse fordeler seg på tre store verftsforetak (Vard, Ulstein og Westcon), samt om lag 15 mellomstore og 45 små verft. Figur 2-1 viser fartøy bygget på norske verft i perioden 2018 til 2022. Norsk skipsbygging har de

⁷ Med fartøy menes her skip og båter, men ikke mindre serieproduserte fritidsbåter.

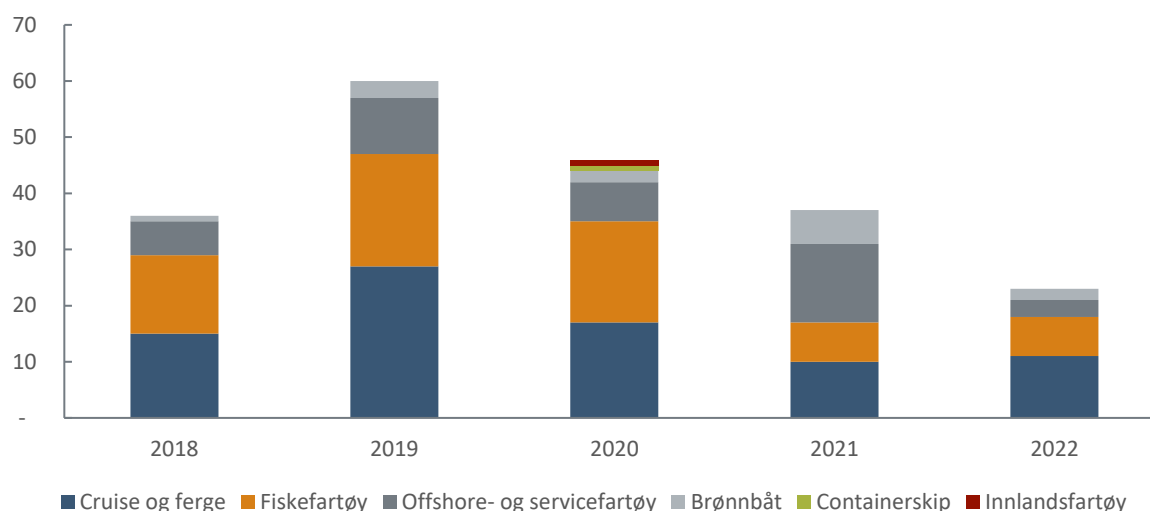
⁸ Opprinnelig besto oppdraget i å kartlegge markedet for fartøy, men det ble underveis utvidet til også å gjelde kjøp av operatørtjenester, det vil si at myndighetene kjøper maritime tjenester av et rederi eller en annen tjenesteleverandør.

⁹ Vi har inkludert Storbritannia og Sveits i datagrunnlaget selv om de ikke er en del av EØS-samarbeidet. Storbritannia var EU-medlem til utgangen av 2020 og er således naturlig å inkludere i datagrunnlaget. Sveits (EFTA-medlem men ikke del av EØS), er også inkludert i datagrunnlaget fra TED. For enkelhets skyld refererer vi i rapporten til Europa når vi omtaler datamaterialet, mens vi spesifiserer at det dreier seg om EU/EØS-land i omtalen av krav og kriterier i offentlige anskaffelser.

¹⁰ Antall registrerte verfts-foretak i Brønnøysundregisteret er betydelig flere, men vi baserer oss på beregningen fra Menon-rapport 66/2021: Norsk verftsindustri – aktivitet, konkurransesituasjon og rammebetingelser.

siste årene i all hovedsak bestått av cruiseskip, ferger og fiskefartøy. Offshore- og servicefartøy, samt brønnbåter utgjorde en betydelig andel av skipsbyggingen i 2021.

Figur 2-1: Antall fartøy fordelt på fartøytyper bygget på norske verft i perioden 2018 til 2022. Kilde: Clarksons Research, bearbeidet av Menon Economics.

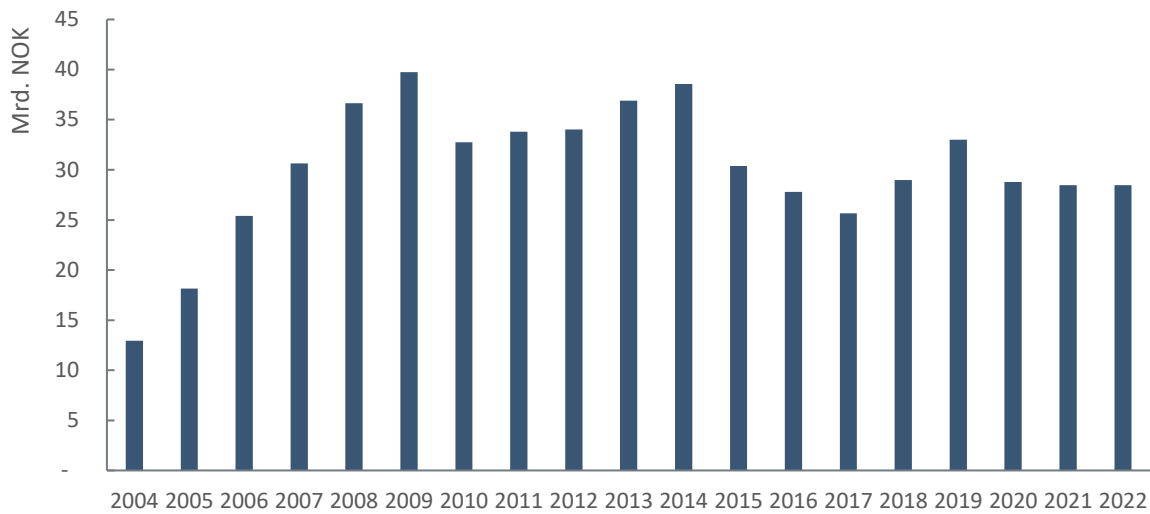


2.2.1 Skipsverftenes utvikling

I 2021 var verftenes samlede omsetning 28 milliarder kroner og totalt antall ansatte var om lag 8500 personer.¹¹ Som vist i Figur 2-2 hadde verftene en kraftig inntektsvekst fra 2004 til 2009, drevet frem av en global kontraheringsvekst i alle skipssegmenter. I toppåret 2009, var samlet omsetning på 40 milliarder kroner. Etter finanskrisen holdt aktivitetsnivået seg høyt, i all hovedsak drevet av vekst i offshoremarkedet. Etter offshorekrisen som startet med oljeprisfallet i 2014, stoppet rederienes kontrahering av offshorefartøy. Dette ledet til et kraftig inntektsfall for verftene. De siste årene har verftene satset på et bredt spekter av fartøy, hvorav de viktigste er havbruksfartøy, cruiseskip, ferger og fiskefartøy.

¹¹Menons regnskapsdatabase (2022). Databasen inneholder foretaksinformasjon og regnskap for alle foretak som er pliktige til å rapportere inn årsregnskap til Brønnøysundregistrene.

Figur 2-2: Omsetningsutviklingen i norske skipsverft fra 2004 til 2021. Kilde: Menon Economics



Aktivitetsnivået på verftene er betydelig lavere i dag enn det var før offshorekrisen. Selv i løpende kroner utgjør verftsindustriens samlede inntekter kun 72 prosent av toppåret 2009. Det er imidlertid viktig å understreke at hele maritim næring er syklisk. Deler av den svake utviklingen skyldes svake markeder som rammer alle i næringen. Det er med andre ord ikke bare skipsverftene som har hatt en svak utvikling etter 2014. Også maritime utstysprodusenter og offshorerederiene har opplevd sviktende inntekter og negativ lønnsomhet. Verftenes omsetningsutvikling har likevel vært svakere enn utviklingen i maritim næring som helhet. I toppåret 2009 utgjorde verftenes omsetning nesten 10 prosent av hele maritim næring. I årene som fulgte falt verftenes andel av næringens samlede inntekter til et bunnivå i 2015 på drøyt 6 prosent. De siste årene har andelen ligget på omtrent samme nivå. Også sammenlignet med utstysprodusentene har verftene hatt en svakere utvikling.¹² Det er en spesielt relevant sammenligning fordi det meste av utstysprodusentenes produkter leveres til utrusting på verftene. Siden 2009 har verftene hatt en vesentlig svakere utvikling enn utstysprodusentene. Fra 2016 til 2021 har verftenes omsetning ligget relativt stabilt rundt 40% av utstysprodusentene.

2.2.2 Svekket internasjonal konkurranseposisjon for norske skipsverft

De siste 10-15 årene har norske verft hatt en sterk internasjonal posisjon i bygging av fire fartøytyper: offshore servicefartøy til petroleumsnæringen, ekspedisjonskruiseskip, ferger/hurtigbåter og brønnbåter. De siste årene, spesielt etter offshorekrisen som startet i 2015, har imidlertid konkurransen fra utenlandske verft blitt hardere. Mens norske verft levde godt i skyggen av de store asiatiske verftene som bygger standardiserte skip og store serier med lave kostnader, har konkurransen de siste årene i større grad kommet fra europeiske og spesielt tyrkiske verft. De norske verftenes konkurransefortrinn har vært knyttet til innovativ teknologi og løsninger, fleksibilitet og endringsvilje i byggeprosessen, samt nærhet til design-, utstys- og tjenesteleverandører.¹³ I tillegg har betalingsviljen for ny teknologi og fleksibilitet, særlig blant offshorerederiene, vært så stor at verftene har kunnet forsvare en høy kostnadsbase.

¹² Norge er et av få maritime land hvor utstysprodusentenes verdiskaping er høyere enn verftenes. Forholdstallet mellom verft og utstysprodusenter er 20:80 i Norge. I Nederland er forholdet mellom verft og utstysprodusenter 40:60, i Korea er det 60:40 og i Singapore 80:20.

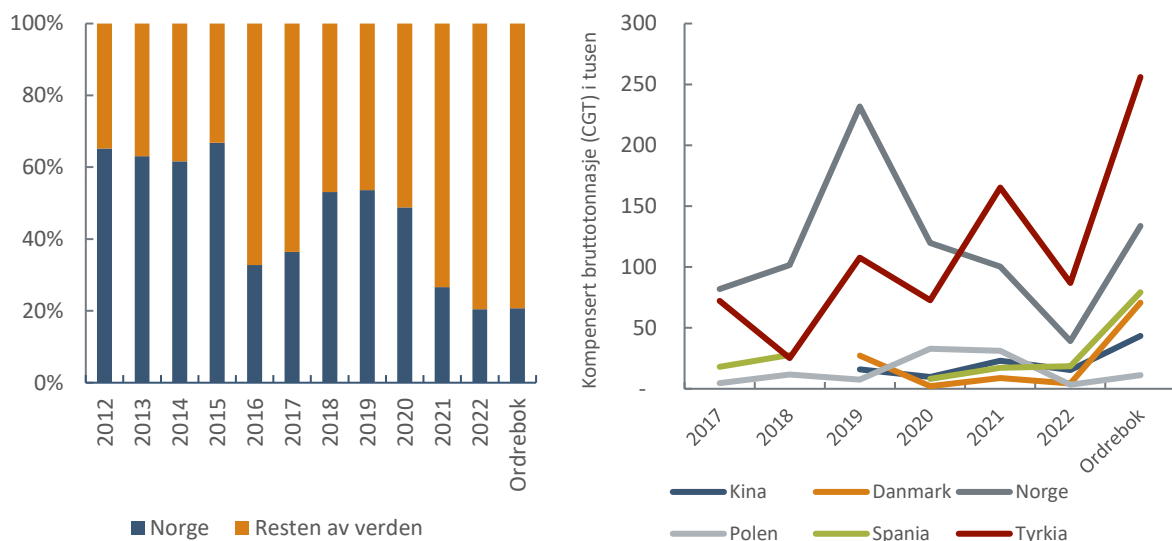
¹³ Se Forskningsrådet (2022): Maritim21 strategi.

Konkurransefortrinnene har blitt svekket de siste årene. Det er flere grunner til dette: For det første har andre europeiske land, spesielt Tyrkia, bygget opp en verftsindustri som har mange likhetstrekk med den norske, men med vesentlig lavere personalkostnader. For det andre har norske verft satt ut mange oppgaver til leverandører i utlandet (inklusive bemanningstjenester), noe som har redusert fleksibiliteten i byggeprosessen og svekket både verftenes interne kompetanse og kompetansen hos underleverandører. For det tredje har endringene i lønnsvilkår for innleid utenlandsk personal ført til betydelig vekst i personalkostnadene. I tillegg har de store norske verftene kommet inn i en negativ spiral hvor svak finansiell soliditet har redusert mulighetene for nye investeringer og samtidig økt risikoen for rederier som kontraherer fartøy hos de norske verftene.¹⁴

2.2.3 Norske rederier bestiller i økende grad fartøy fra andre europeiske land

Som følge av svekket konkurransefortrinn, er det en pågående bekymring i maritim næring om at norske verft mister kontrakter til fordel for utenlandske verft. Dette er både grunnet lavere priser, men også fordi kvaliteten på skipene som bygges i utlandet av mange rederier oppleves som tilnærmet like god som de som bygges ved norske verft. Dette har spesielt gjort seg gjeldende ved tyrkiske verft.

Figur 2-3 T.v: Fordelingen av norske rederiers nybygg-kontrakter på norske og utenlandske verft (målt i CGT). T.h: Fordelingen av norske rederiers på norske og utvalgte utenlandske verft, 2017-2022 (målt i CGT). Kilde: Menon/Clarkson Research



Denne trenden vises i Figur 2-3. Figuren til venstre viser skip bestilt av norske redere ved henholdsvis norske og utenlandske verft, målt i kompensert bruttotonnasje (CGT).¹⁵ Merk at fraktsegmenter (gods og varer nærskip og oversjøisk) ikke er inkludert, fordi norske verft ikke har bygget denne typen fartøy på flere tiår. Figuren viser en negativ trend, hvor en større andel av CGT bygges ved utenlandske verft. Figuren til høyre viser at en høyere andel av norske rederees ordre, i CGT, bygges ved tyrkiske verft. Målt i CGT, overgikk ordre ved tyrkiske verft ordre

¹⁴ Dette er redegjort for i Menon-rapport 66/2021: Norsk verftsindustri – aktivitet, konkurransesituasjon og rammebetingelser.

¹⁵ CGT (Compensated Gross Tonnage eller kompensert bruttotonnasje) er et standardisert mål på hvor mye arbeid det krever å bygge et skip, og beregnes ved å multiplisere skipets tonnasje med en koeffisient som varierer med skipstype. CGT ble utarbeidet av OECD i 1977 som et verktøy for å kunne sammenligne skipsbygging på tvers av land.

ved norske verft i 2021. Norske verft har historisk vært ledende i bygging av avanserte og komplekse skip, men figuren under indikerer at utenlandske verft nå er i stand til å bygge samme type skip som norske verft.

2.2.4 Norske verfts styrker og svakheter relativt til utenlandske konkurrenter

Bygging av skip ved norske verft ligger som regel på et høyere prisnivå sammenlignet med utenlandske verft, noe som er en kilde til svekket konkurransekraft for norske verft. Men prisen betyr ikke alt; kvaliteten på skipet (som inkluderer alt fra design og tekniske løsninger om bord til vedlikehold) er også viktig. Det samme er leveringssikkerhet. I en bransje kjennetegnet av stor risiko og volatile markeder er det avgjørende at verftene leverer til avtalt tid.

I juni 2018 ble den nye statlige skipsfinansieringsordningen etablert. Dette er en ordning som gir Eksfin (tidligere Eksportkreditt og GIEK) anledning til å finansiere skip som skal bygges i Norge, for norske redere og for transport i Norge. Tidligere har Eksfin kun hatt anledning til å finansiere skip og utstyr fra norske bedrifter som skal eksporteres til utlandet, eller brukes på norsk sokkel. I tilknytning til dette har Menon Economics innhentet data fra norske rederier som har søkt om skipsfinansiering gjennom Eksfin, hvor vi har stilt spørsmål om norske verfts konkurransefortrinn.¹⁶ Både kvalitet og leveringssikkerhet blir trukket frem som to av norske verfts konkurransefortrinn. Svarene fra undersøkelsen i perioden 2019 til 2021 viser at i flertallet av skipsfinansieringssakene (86 prosent) mener norske rederier at norske verft leverer høyere kvalitet enn deres utenlandske konkurrenter. Det samme gjelder for leveringssikkerhet. I nærmere 70 prosent av sakene mener rederiene at norske verft er bedre på å levere fartøyene til avtalt tid. På den andre siden ser vi at kvalitet og leveringssikkerhet koster. I 90 prosent av sakene oppgir rederiene at prisen hos norske skipsverft er høyere enn prisen hos utenlandske skipsverft. Avveiningen mellom pris og kvalitet kommer tydelig til uttrykk i rederienes vurderinger. Et utsagn fra teknisk direktør Erlend Hovland i Norled er illustrerende: «*Selv om norske verft er 10-15 prosent dyrere, vil fordeler med kvalitet, innovasjon, levering på tid og innenfor budsjett oppveie noe av prisdifferansen.*»¹⁷ Vi har ikke systematisk informasjon om faktiske kostnadsforskjeller mellom norske og andre europeiske verft¹⁸, så vi kan ikke si noe presist om hvor stor kostnadsmessig konkurranseulempe norske verft har i forhold til verft i ulike land – og heller ikke hvor mye pris vektlegges i forhold til kvalitet og andre kriterier når rederier kontraherer fartøy.

Verftenes styrker og svakheter er også kartlagt, både fra kundenes (rederienes) perspektiv og fra verftenes perspektiv, i en omfattende rapport om norske skipsverfts konkurranseposisjon (Menon Economics, 2021).¹⁹ Oppsummert ble norske konkurransefortrinn knyttet til innovativt design, kvalitet og skreddersøm mens den viktigste ulempen er svak kostnadsmessig konkurranseevne. I spørreundersøkelsen blant norske verft ble det stilt spørsmål om hvilke faktorer som påvirker konkurransekraften i størst grad – både når man vinner og taper kontrakter i konkurranse med utenlandske verft. Som vist i Figur 2-4 har pris en stor betydning både når verftene

¹⁶ Vi har i perioden 2019 til 2021 vært i kontakt med 18 rederier som til sammen har søkt om skipsfinansiering for 24 skip. Utvalget er representativt for søkermassen til skipsfinansiering, og dekker skipssegmentene havbruksfartøy, fiskefartøy, ferger og fraktefart. Cruise er den eneste fartøystypen som ikke er representert blant respondentene.

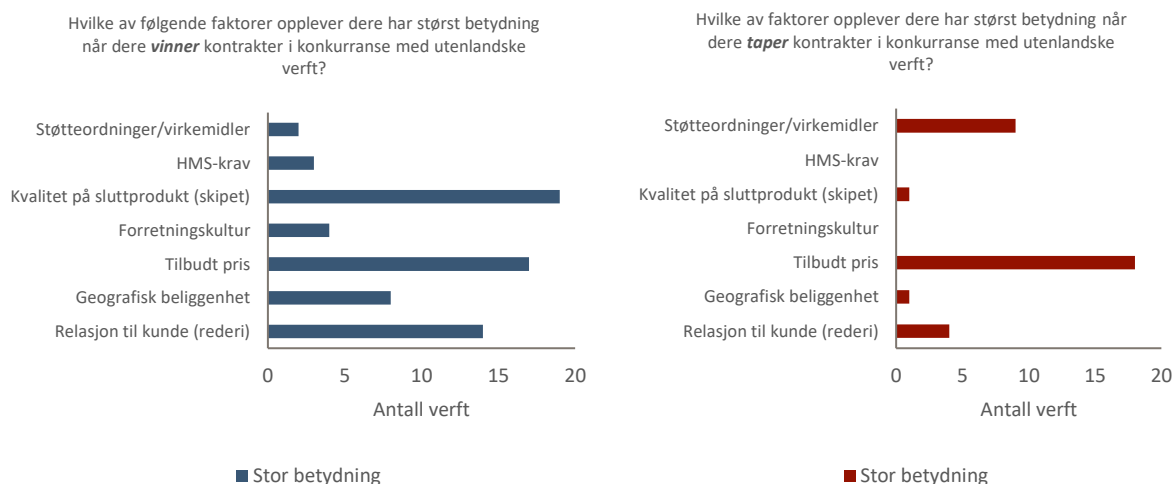
¹⁷ TU.no, 23.11.2022. Utsagnet bør tolkes som et uttrykk for rederiets avveining mellom pris og kvalitet.

¹⁸ Gjennom flere år har Menon innhentet data fra norske rederier som har bestilt nye fartøy fra norske og utenlandske verft, hvor vi har stilt spørsmål om norske verfts kostnadsmessige konkurranseevne (Menon 2020-2021). Informasjonen er imidlertid ikke omfattende nok til å kunne beregne kostnadsdifferanse mellom verftene i den europeiske skipsbyggingsindustrien som helhet.

¹⁹ Menon-rapport 66/2021: Norsk verftsindustri – aktivitet, konkurransesituasjon og rammebetingelser.

vinner og taper kontrakter i konkurranse med utenlandske verft. Dette understreker at pris på nybygg i internasjonal skipsbyggingskonkurranse er en svært viktig konkurranseparameter.

Figur 2-4: Resultat fra spørreundersøkelse blant 20 norske verft. Spørsmål: Hvilke av følgende faktorer opplever dere har størst betydning når dere *vinner* (figur til venstre) og når dere *taper* (figur til høyre) kontrakter i konkurranse med utenlandske verft? N=20



Figur 2-4 viser også at norske verft anser kvalitet på sluttproduktet (skipet) å være av stor betydning når de vinner kontrakter i konkurranse med utenlandske verft, noe som også er i tråd med hva rederiene oppgir. I tillegg hevder norske verft at geografisk beliggenhet, relasjon til kunde (rederi), forretningskultur og HMS-krav jevnt over er av større betydning når verftene vinner kontrakter enn når de taper. Dette gjenspeiler seg også hos rederiene, som trekker frem at nærhet til, og godt samarbeid med verft, er viktige faktorer for at fartøyet skal bli optimalt tilpasset rederiets behov. Når verftene taper kontrakter i konkurranse med utenlandske verft anser de støtteordninger/virkemidler å være av større betydning enn når de vinner kontrakter. Verftene underbygger dette med at de opplever at utenlandske verft har tilgang til bedre støtteordninger og rammevilkår enn hva norske verft har, uten å konkret peke på hvilke typer ordninger dette er.²⁰

Historien har vist at norske verft taper markedsandeler når skipene standardiseres, volumene øker og markedet blir kommersielt interessant for de store verftnasjonene som kan produsere store serier til lave kostnader. Konkurranseskraften svekkes da ytterligere av at prispresset i markedene øker.

²⁰ *Ibid.*

3 Det europeiske markedet for offentlige anskaffelser av fartøy

3.1 Data og metode

Vi har benyttet TED (Tenders Electronic Daily) til å identifisere alle kunngjøringer av anskaffelser av fartøy fra offentlige oppdragsgivere i Europa. TED er nettversjonen av «Supplement to the Official Journal²¹ for EU» og inneholder informasjon om offentlige anskaffelser fra EØS (Det vil si EU-land, Norge, Island og Lichtenstein), samt Sveits.²² EUs dataportal²³ publiserer årlige TED-datasett som dekker disse anskaffelsene. I TED-datasettet er det mulig å søke, og å sortere på kunngjøringer etter land, region, næring mm. Dette gjør det mulig å identifisere relevante kunngjøringer og anskaffelser av fartøy.

Anskaffelser av fartøy klassifiseres som varekjøp, noe som innebærer at alle anskaffelser til en verdi over EØS-terskelverdiene på 1,4 millioner kroner (ca. EUR 134 000) for statlige oppdragsgivere og 2,2 millioner kroner (ca. EUR 207 000) for andre oppdragsgivere, må kunngjøres på TED²⁴. I tillegg har vi identifisert alle offentlige indirekte anskaffelser, det vil si at offentlige aktører kjøper maritime operatørtjenester fra rederier²⁵, samt alle ombyggings-, reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag tilknyttet fartøy.

Det innebærer at vi har fått en tilnærmet komplett oversikt over europeiske myndigheters anskaffelser av fartøy og rederitjenester, inkludert ombyggings-, reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag. Dataene er samlet og strukturert i en database som inneholder følgende informasjon:

- 1) Oppdragsgivers nasjonalitet
- 2) Økonomisk ramme for den enkelte anskaffelse og faktisk kontraktsverdi
- 3) Type anskaffelse og type fartøy
- 4) Tildelingskriterier og språkkrav
- 5) Tildeling av kontrakt; til hvilket skipsverft byggekontrakten har gått, og i hvilket land verftet er lokalisert

For å sikre at datagrunnlaget gir et mest mulig dekkende bilde av det totale markedet har vi hentet inn data for flere år; 2018-2020.

Identifiseringen fra TED-datasettet er basert på CPV-numre (Common Procurement Vocabulary). CPV viser til EU-kommisjonens produkt- og tjenestekoder for offentlige anskaffelser, og er numre som benyttes i kunngjøringer i Doffin og TED.²⁶ Innhentingene har basert seg på CPV-numre tilknyttet fartøy og tjenester relatert til fartøy.

²¹ Den offisielle publikasjonen for EUs rettshandlinger. Den publiseres daglig (mandag-fredag) på 23 språk. Den inneholder traktatene, EU-lovgivning, internasjonale avtaler, kunngjøringer og merknader om rettspraksis fra den EU-domstolen og en rekke andre tekster.

²² Storbritannia er inkludert i datasettet i og med at landet ikke offisielt treddet ut av EU før i 2020.

²³ [Data.europa.eu](https://data.europa.eu)

²⁴ For vareanskaffelser i forsyningsektorene gjelder terskelverdier på 4,5 millioner kroner (ca. EUR 430 000)..

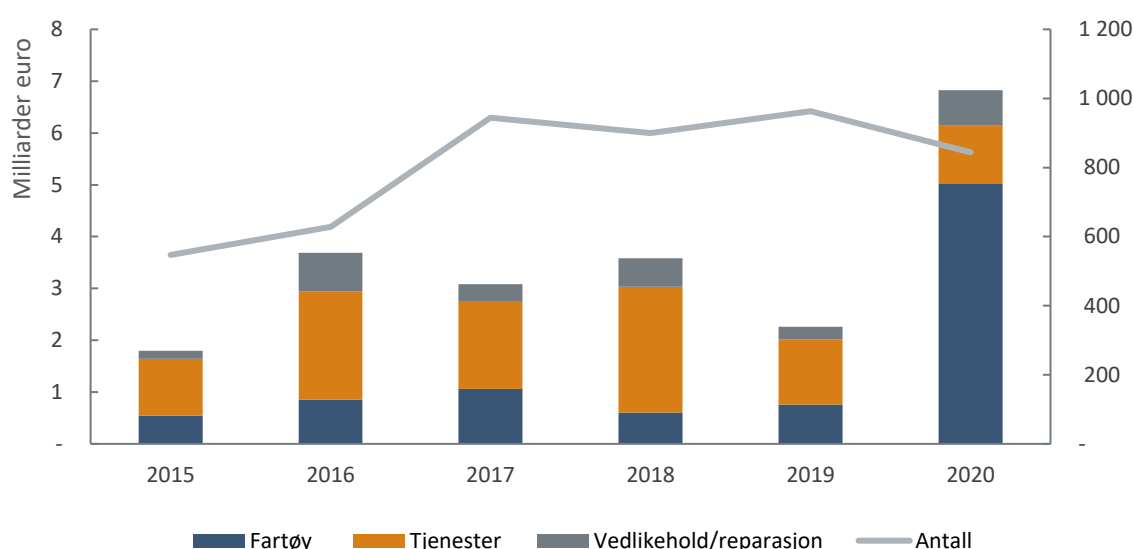
²⁵ I prinsippet kan operatørtjenestene anskaffes fra aktører som selv ikke driver rederivirksomhet og som selv kjøper rederitjenestene, men vi kjenner ikke til noen slike tilfeller. Man kan også tenke seg at offentlige myndigheter leier inn fartøy som de selv skal operere, men vi kjenner heller ikke til noen slike tilfeller.

²⁶ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/forste-kolonne/regelverk-og-skjemaer-listeside/offentlige-anskaffelser-cpv-og-cpc/id2518876/>

3.2 Markedet for offentlige anskaffelser av fartøy i Europa

Figur 3-2 nedenfor viser det totale antall offentlige anskaffelser fra 2015 til 2020, og den samlede kontraktsverdien fordelt på de tre anskaffelsestypene; kjøp av fartøy, operatørtjenester og vedlikehold/repasasjon²⁷. Figuren viser at markedets størrelse varierer betydelig fra år til år, fra snaut 2 milliarder euro i 2019 til nesten 7 milliarder euro i 2020. Den samlede kontraktssummen i 2020 skyldes en svært stor anskaffelse av marinefartøy (beskrives lenger ned). Kjøp av operatørtjenester lå på et høyt nivå i perioden 2016-2018, og var i stor grad drevet av norske kontrakter på norske fergestrekninger. Antall anskaffelser varierer betydelig mindre enn kontraktssummene gjør. I perioden 2017-2020 har antall anskaffelser variert mellom 800 og 1000 per år.

Figur 3-1: Antall og samlet kontraktsverdi for offentlige anskaffelser av henholdsvis fartøy, tjenester og vedlikehold/repasasjon av fartøy i Europa i perioden 2015 til 2020. Kilde: TED, Menon Economics



Vi har gått i dybden på de offentlige anskaffelsene i perioden 2018-2020.²⁸ Samlet kontraktsverdi varierer betydelig mellom de tre årene, men sett i sammenheng gir de et representativt bilde av markedets størrelse og innretning.²⁹ Vi har identifisert 1478 unike anskaffelser i EU/EØS i perioden 2018 til 2020.³⁰ Av disse er 472 kjøp av fartøy. Fordi én anskaffelse kan inneholde flere fartøy, er det faktiske antallet fartøy som anskaffes høyere enn dette, men det er ikke mulig å identifisere det eksakte antallet fartøy fra datagrunnlaget. I underkant av 50 prosent av anskaffelsene dreier seg om vedlikehold, reparasjon og ombygging av fartøy, tilsvarende 662. Videre har vi identifisert 344 indirekte anskaffelser av fartøy, med andre ord kjøp av operatørtjenester.

De 472 anskaffelsene av fartøy utgjorde totalt 6,4 milliarder euro i treårsperioden fra 2018 til 2020, mens de indirekte anskaffelsene utgjorde 4,8 milliarder euro i samme periode. Vedlikeholds- og reparasjonskontraktene

²⁷ Figuren viser at vedlikeholds- og reparasjonskjøpene er vesentlig mindre enn fartøy- og operatøroppdragene. Denne typen anskaffelser er utenfor mandatet for dette oppdraget, men det kan likevel være interessant å inkludere disse i en oversikt over det samlede markedet for offentlige anskaffelser fra den maritime næringen.

²⁸ 2020 er det siste året hvor det foreligger et samlet datagrunnlag fra TED.

²⁹ For årene 2018 til 2020 har vi estimert kontraktsverdien for 160 anskaffelser basert på tilgjengelig informasjon. Disse utgjør imidlertid kun 1,4 prosent av den totale kontraktsverdien for perioden.

³⁰ Inkludert underkontrakter blir det totale antallet 2254. Underkontrakter innebærer at kontrakten er delt opp i flere separate kontrakter (som hver kan gå til forskjellige aktører).

hadde en samlet verdi på 1,6 milliarder euro. De tre anskaffelsestypene hadde en samlet kontraktsverdi på 12,8 milliarder euro for de tre årene sett under ett.

3.2.1 Anskaffelser av fartøy

Kontraktsverdien på anskaffelser av fartøy varierer fra Tysklands bestilling av fire marinefartøy i 2020 til en samlet sum av 4,4 milliarder euro, til bestillinger som ligger under terskelverdien på 1,4 millioner euro. Ser en bort fra Tysklands bestilling av de fire marinefartøyene i 2020, fordeler den økonomiske rammen seg relativt likt mellom årene. Tabell 3-1 illustrerer imidlertid at den totale økonomiske rammen for markedet for offentlige anskaffelser i Europa kan variere stort.

Tabell 3-1: Total kontraktsverdi og antall anskaffelser av fartøy av europeiske myndigheter for perioden 2018 – 2020. Kilde: TED, Menon Economics

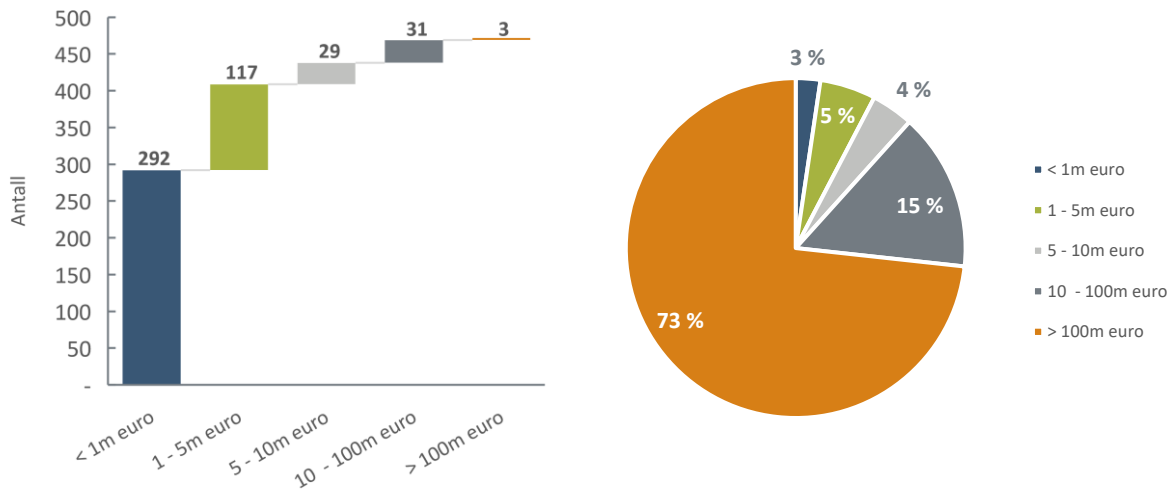
År	Kontraktsverdi (i millioner euro)	Antall
2018	606,7	166
2019	756,0	160
2020	5 025,3	146
Totalt	6 387,9	472

For di CPV-numre benyttes for å identifisere type fartøy som anskaffes av land i Europa, blir det vanskelig å identifisere skipstyper i analysen. Dette fordi CPV-nummeret som velges av den anskaffende myndigheten ofte angis på et overordnet nivå. Vi anser det derfor som mer hensiktsmessig å dele opp anskaffelsene etter kontraktsverdi, det vil si etter størrelsen på oppdraget. Figur 3-2 viser antall anskaffelser innenfor ulike verdikategorier, samt hvordan den totale økonomiske rammen fordeler seg blant disse. De fleste anskaffelsene er små, med kontraktssum under 1 million euro. Kun et fåtall av anskaffelsene har en kontraktssum over 10 millioner euro. Anskaffelser over 10 millioner euro står imidlertid for 88 prosent av den totale økonomiske rammen, primært drevet av Tysklands store marine-anskaffelse. De to andre anskaffelsene med verdi over 100 millioner euro er Frankrikes anskaffelse av taubåter for bruk til den franske marines fartøy, og Finlands anskaffelse av en passasjer-/bilferge, til henholdsvis 130 og 119 millioner euro.

Av de 31 anskaffelsene med kontraktssum mellom 10 og 100 millioner euro, er det kun to som er over 50 millioner euro. Dette er et kystvaktfartøy til Italia på 75 millioner euro, og Sveits sitt kjøp av en mellomstor hurtigbåt til 53 millioner euro.

Det er også interessant å observere at de 292 anskaffelsene på mindre enn 1 million euro kun utgjør 3 prosent av den samlede kontraktsverdien. Det innebærer at de fleste offentlige anskaffelser av fartøy i Europa utgjør ubetydelige økonomiske verdier.

Figur 3-2: Venstre: Antall fartøy bestilt av europeiske myndigheter for perioden 2018 til 2020. Høyre: Fordeling av kontraktsverdi blant anskaffelsene. Kilde: TED, Menon Economics



3.2.2 Indirekte anskaffelser – kjøp av operatørtjenester fra rederier

I stedet for å kjøpe et nytt fartøy fra verft (og dermed bære kapitalkostnader og ta ansvaret for å drifte fartøyet selv) kan myndighetene velge å kjøpe operatørtjenesten i et marked. Det er derfor naturlig å se disse to anskaffelsestypene i sammenheng og inkludere det som ulike modeller i samme marked.

For myndighetene er det et hensiktsmessighetsspørsmål om de velger å kjøpe et nytt fartøy eller en operatørtjeneste, med andre ord hva slags økonomisk organisasjonsmodell de velger. I begge modeller er formålet å utføre en rederioperasjon, for eksempel å betjene et fergesamband for passasjerer og gods. For den offentlige kunden består forskjellen i at en indirekte anskaffelse legges kapitalkostnaden og ansvaret for å betjene fergestrekningen over på en ekstern operatør.

Vi kaller kjøp av operatørtjenester for en indirekte anskaffelse av fartøy, men det er viktig å understreke at vi ikke har informasjon om rederiet som får oppdraget velger å kjøpe et nytt fartøy, et brukt fartøy, eller å leie et fartøy til å utføre operasjonen. Kontraktssummen for anskaffelser av operatørtjenester er derfor ikke direkte sammenlignbar med kontraktssummen ved en kontrahering av et nytt fartøy. Anskaffelsesverdien på operatørtjenesten måles som operatørens samlede inntekter over oppdragets tidsperiode.³¹ Hvis operatøren kjøper et nytt fartøy og kontrakten har kort varighet, vil kontraktssummen for operatørtjenesten være langt lavere enn prisen rederiet må betale for fartøyet. Og motsatt, om operatøren velger å benytte et eksisterende fartøy og operatørkontrakten er lang, vil kontraktssummen være høy selv om ingen verft mottar en ordre på et nytt fartøy. Likevel er det vår vurdering at det gir mening å sammenligne kontraktsverdi på kjøp av nytt fartøy og på kjøp av operatørtjenester, dels fordi operatørkontrakter ofte gis en tidslengde som er tilstrekkelig til at operatøren kan få dekket sine kapitalkostnader i materiell (for eksempel fartøy) og fordi mange av

³¹ Det går et skille mellom terskelverdien for anskaffelsesdirektivenes anvendelse i anskaffelser av operatørtjenester. Skillet går mellom anskaffelser der leverandøren har driftsrisikoen, og anskaffelser der leverandøren ikke har det. I førstnevnte tilfelle gjelder det en høyere terskelverdi for at anskaffelsesregelverket (konsesjonskontraktsforskriften – med terskelverdi på kroner 56 millioner for alle anskaffelser) skal komme til anvendelse, og i sistnevnte tilfelle gjelder den alminnelige terskelverdien etter anskaffelsesforskriften (se terskelverdier).

operatøranskaffelsene i den aktuelle perioden dreier seg om fergestrekninger hvor operatøren har kjøpt nytt fartøy.

De 344 indirekte anskaffelsene har en samlet kontraktssum på 4,8 milliarder euro i perioden 2018 til 2020, som vist i Tabell 3-2. Også for indirekte anskaffelser varierer den totale kontraktssummen over årene. Ser en bort fra Tysklands bestilling av marinefartøy, er imidlertid markedet for indirekte anskaffelser større enn markedet for de direkte fartøyanskaffelsene alle tre år.

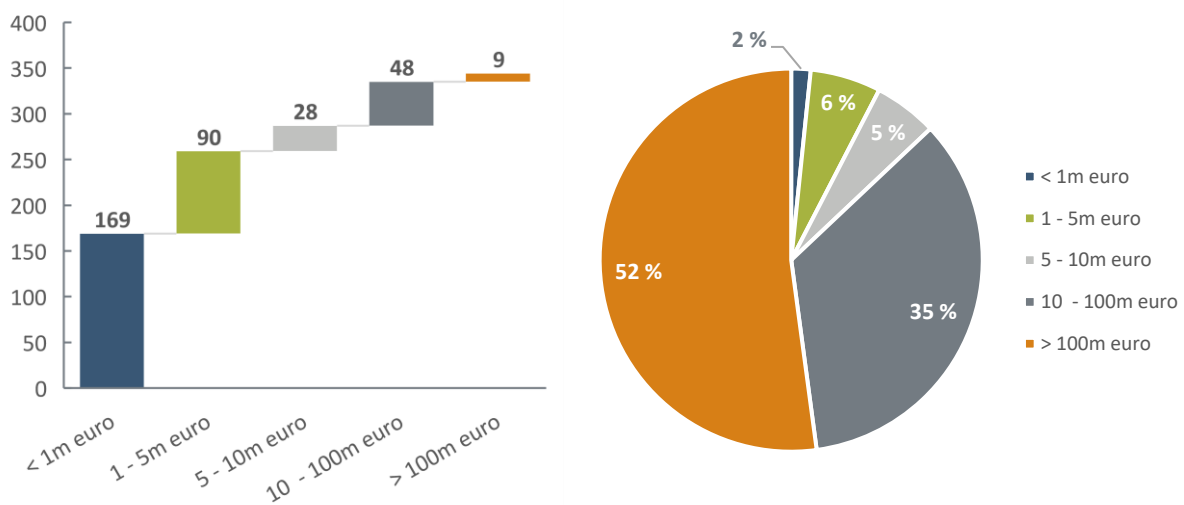
Tabell 3-2: Total kontraktssum og antall indirekte anskaffelser av europeiske myndigheter for perioden 2018-2020. Kilde: TED, Menon Economics

År	Kontraktssum (i millioner euro)	Antall
2018	2 423,8	126
2019	1 259,5	104
2020	1 016,2	114
Totalt	4 809,5	344

Figur 3-3 viser antall rederitjenester kjøpt av europeiske myndigheter, samt fordeling av kontraktssum blant anskaffelsene, for perioden 2018 til 2020. Av de 344 indirekte anskaffelsene, er 169 av mindre karakter under 1 million euro. Sammenliknet med de direkte anskaffelsene er det relativt flere indirekte anskaffelser i intervallet 10 til 100 millioner euro. Det er også for disse anskaffelsene størsteparten av kontraktssummen som befinner seg. 87 % av total kontraktssum fordeler seg på anskaffelser større enn 10 millioner euro.

Den største indirekte anskaffelsen i perioden 2018 til 2020 er det norske Samferdselsdepartementets utlysning av kystruten på strekningen Bergen–Kirkenes til en samlet kontraktssum på 845 millioner euro. Etterfulgt av denne er Storbritannias kjøp av fergetjenester til en kontraktssum på 393 millioner euro, og Polens kjøp av sjøtransporttjenester til en kontraktssum på 238 millioner euro. Det er flest indirekte anskaffelser er sjø- og fergetransporttjenester.

Figur 3-3: Venstre: Antall rederitjenester kjøpt av europeiske myndigheter for perioden 2018 til 2020. Høyre: Fordeling av kontraktssum blant anskaffelsene. Kilde: TED, Menon Economics

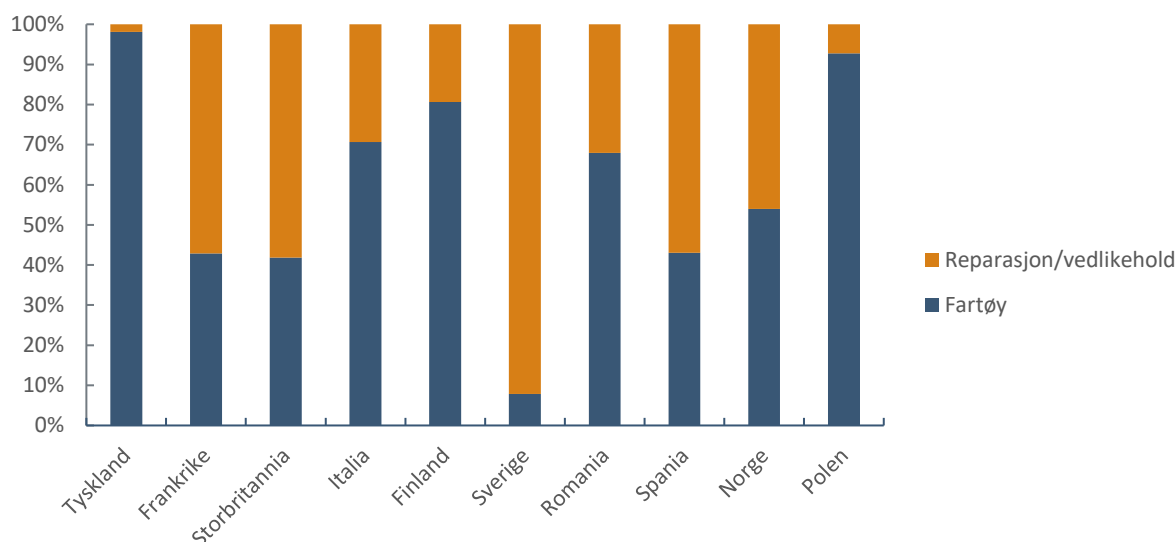


3.2.3 Reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag

Anskaffelser av brukte fartøy, samt ombygging, reparasjon, restaurering og vedlikehold (heretter forenklet til reparasjon og vedlikehold) faller utenfor definisjonen av «anskaffelser av fartøy», men det kan likevel være interessant å se hvor stor andel denne typen kjøp og tjenester utgjør av den totale anbudsverdien. Det er mange reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag, og de er gjennomgående små; 2,6 millioner euro i gjennomsnitt. Til sammenligning er gjennomsnittsverdien på anskaffelser av fartøy 13,5 millioner euro.

Figur 3-4 viser de ti største kjøperlandene totalt, og hvordan kjøp av nybygg og reparasjon/vedlikehold av fartøy fordeler seg blant disse. Sverige er det landet hvor reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag utgjør den klart største andelen, mens andelen er minst i Tyskland og Polen. For Norge sin del dreier om lag halvparten av den totale kontraktsverdien seg om kjøp av fartøy, mens den resterende halvparten dreier seg om reparasjon og vedlikehold av fartøy. Dette gjelder også for Frankrike, Storbritannia og Spania.

Figur 3-4: Fordeling av kjøp av nybygg og reparasjon/vedlikehold av fartøy blant de ti største kjøperlandene i Europa totalt, etter kontraktsverdi. Totalt 604 reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag og 472 kjøp av fartøy. Kilde: TED, Menon Economics



Holder vi Tysklands marineanskaffelse på 4 milliarder euro utenfor, utgjør kjøp av nye fartøy 2 milliarder euro, mot 1,6 milliarder euro for reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag. Reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag utgjør med andre ord en betydelig andel av de samlede offentlige anskaffelsene som går direkte til verft og har derfor betydning for verftsindustriens inntekter. Norge har mange små spesialiserte reparasjons- og vedlikeholdsverft. Også mellomstore og store verft utfører denne typen oppdrag. Trolig har reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag blitt viktigere for norske verft de siste årene, både på grunn av svake markeder og fordi en økende andel nybyggkontrakter har gått til utenlandske verft.³²

³² Dette ble kartlagt i Menon-rapport 66/2021: Norsk verftsindustri – aktivitet, konkurransesituasjon og rammebetingelser.

3.2.4 Offentlige anskaffelser av fartøy og operatørtjenester fordelt på land

Tyskland har ikke bare den største enkelt-anskaffelsen i 2018-2020, men også det klart høyeste antallet fartøy, med 75 anskaffelser. Frankrike følger som nest størst, både målt i antall direkte anskaffelser (48) og samlet kontraktssum på 325 millioner euro. Dette fremgår av tabell 3-4, hvor de direkte anskaffelsene er summert i form av antall anskaffelser og samlet kontraktsverdi i de to første kolonnene, og indirekte anskaffelser i de to neste kolonnene.

Mens Tyskland dominerer som offentlig kunde for direkte anskaffelser av fartøy, er det Norge som dominerer de indirekte anskaffelsene, med 68 kjøp av operatørtjenester til en samlet kontraktsverdi på 1,9 milliarder euro i 2018-2022. Også Finland, Storbritannia og Polen har betydelige anskaffelser av operatørtjenester i samme periode.

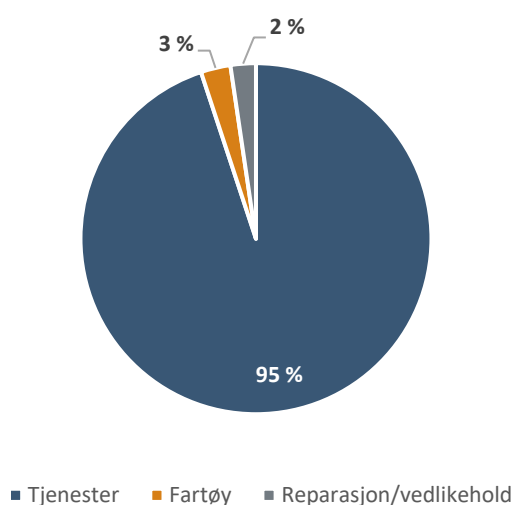
Tabell 3-3: Antall og samlet kontraktsverdi på offentlige anskaffelser av fartøy og operatørtjenester i perioden 2018-2020 fordelt på land i Europa. Sortert etter største kjøperland totalt. Kilde: TED, Menon Economics

Land	Direkte anskaffelser		Indirekte anskaffelser	
	Antall	Total verdi (i euro)	Antall	Total verdi (i euro)
Tyskland	75	4 587 077 721	28	96 977 035
Norge	5	56 624 586	68	1 921 004 251
Finland	39	259 826 957	34	585 266 047
Frankrike	48	325 189 936	43	412 233 023
Storbritannia	16	138 934 195	24	559 048 837
Polen	28	92 173 351	12	487 952 202
Italia	27	312 777 538	14	143 834 009
Nederland	14	35 656 704	9	157 121 522
Kroatia	13	35 968 305	22	107 155 496
Romania	36	108 256 457	4	8 887 419
Spania	5	49 765 095	18	54 842 888
Danmark	16	35 449 272	8	59 407 687
Belgia	26	46 853 442	10	44 986 802
Hellas	6	77 413 050	6	6 480 140
Sveits	12	67 557 257	0	0
Malta	26	55 433 608	0	0
Portugal	5	11 371 602	8	39 724 289
Litauen	7	20 420 533	0	0
Estland	7	12 366 984	7	2 062 277
Øvrige europeiske land	61	58 770 665	29	122 518 461

3.3 Norske myndigheters kjøp av fartøy og operatørtjenester

Norske myndigheters anskaffelser av fartøy har et begrenset omfang, til sammen 57 millioner euro i perioden 2018-2020 sett under ett. Anskaffelsene av operatørtjeneste er imidlertid langt større. Norske indirekte anskaffelser utgjorde 1,9 milliarder euro totalt for årene 2018 til 2020. Figur 3-5 viser at dette tilsvarer 95 prosent av den samlede kontraktsverdien for offentlige norske samlede kjøp av fartøy, rederitjenester og reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag. De indirekte anskaffelsene består i all hovedsak av fergetjenester, hvor norske og utenlandske fergereederier konkurrerer om å betjene fergesamband i Norge. Hvorvidt operatøren som vinner oppdraget bestiller nye fartøy for å utføre oppdraget kan i prinsippet variere, men i de norske anskaffelsene i perioden 2018-2020 dreier det seg i hovedsak om oppdrag hvor operatørene har kontrahert nye el-ferger.

Figur 3-5: Fordeling av kontraktsverdi for tjenester, fartøy og reparasjon for norske anskaffelser, i perioden 2018 til 2020. Kilde: TED, Menon Economics



De norske indirekte anskaffelsene av operatørtjenester utgjør 40 prosent av samlede offentlige indirekte anskaffelser i Europa i perioden 2018-2020.

3.4 Tildeles offentlige anbud av fartøy i andre EØS-land nasjonale leverandører?

Når vi skal vurdere i hvilken grad offentlige anbud av fartøy i EU/EØS-land utenfor Norge tildeles nasjonale leverandører, må vi skille mellom land som har en betydelig skipsverftkapasitet og de som ikke har det. Uten et slikt skille vil vi lett undervurdere omfanget av tildelinger til nasjonale verft.

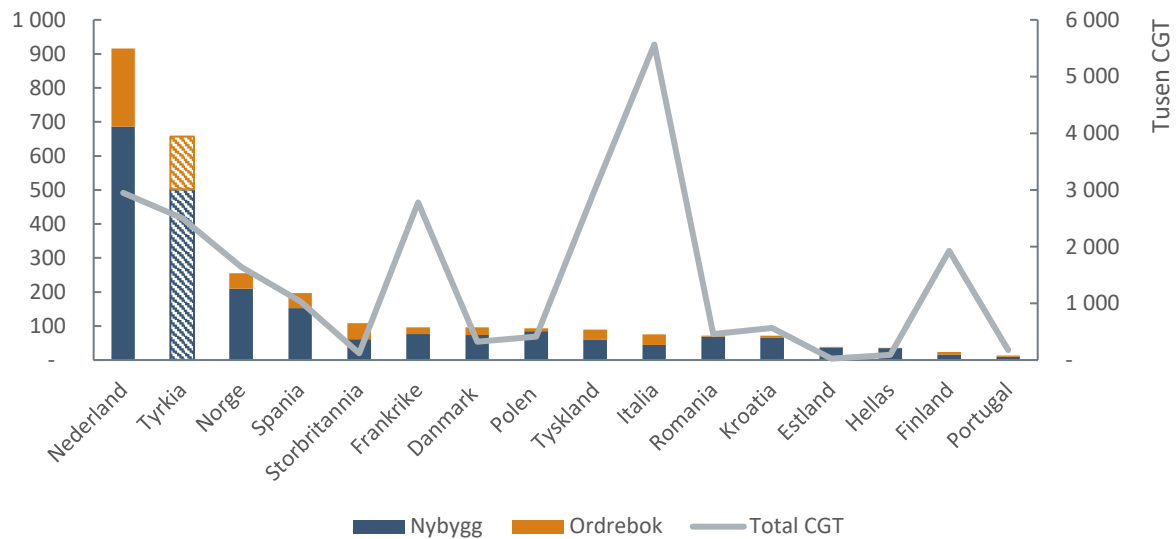
3.4.1 Skipsbygging i Europa

Figur 3-6 viser de største skipsbyggingsnasjonene i Europa, målt etter antall fartøy og total CGT i perioden 2018-2022, inkludert eksisterende ordrebøker (nov 2022). Tyrkia er inkludert i figuren ettersom landet er delvis europeisk og et stort skipsbyggingsland, ikke minst for norske rederier. Norge er en av de største skipsbyggingsnasjonene i Europa, sammen med land som Nederland, Spania, Italia, Tyskland, Frankrike, Danmark og Polen. Det er derfor naturlig å sammenligne omfanget av nasjonale tildelinger med disse landene.

Nederland er landet i Europa som bygger flest fartøy. Nederlands skipsbygging består av taubåter, mindre arbeidsbåter, «generell stykkogods», fiskefartøy, mudringsskip, lektene og andre innlands-fartøy. Målt i CGT er

det imidlertid Italia som dominerer skipsbyggingen. Italias skipsbygging består i all hovedsak av cruiseskip og marinefartøy, og landet har derfor et høyt nivå på CGT til tross for få antall skip.

Figur 3-6: De største skipsbyggingsnasjonene i Europa, målt etter antall fartøy og samlet CGT i perioden 2018-2022, inkludert ordrebøker. Kilde: Clarksons Research. Bearbeidet av Menon Economics



Den samlede verftsindustrien i Europa bygget 1536 fartøy med 12,5 millioner CGT i perioden 2018-2022. Det største fartøysegmentet målt i CGT er cruiseskip, som utgjør 57 prosent av total CGT.³³ I tillegg har europeiske verft per november 2022 ordrebøker på 660 fartøy med totalt 8,6 millioner CGT.

Europeiske rederier bestilte i perioden 2018-2022 (inklusive ordrebøker) 2881 fartøy på til sammen 58 millioner CGT (kompenserte bruttotonn). 36 prosent av fartøyene og 10 prosent av total CGT ble bestilt fra europeiske verft. Dette utgjør 47 prosent av antall fartøy som ble bygget eller er i ordrebøkene i Europa i samme periode, og 27 prosent av total CGT.³⁴

Vi kjenner ikke kontraktsverdien på den samlede skipsbyggingen i Europa, så vi kan ikke beregne den offentlige andelen. Det gir heller ikke mening å sammenligne antall fartøy bygget ved europeiske verft med antall offentlige anskaffelser av fartøy, fordi de offentlige anskaffelsene inkluderer små fartøy som ikke er inkludert i skipsbyggings-statistikken.

3.4.2 Høyere andel nasjonale tildelinger i indirekte anskaffelser enn ved direkte kjøp av fartøy

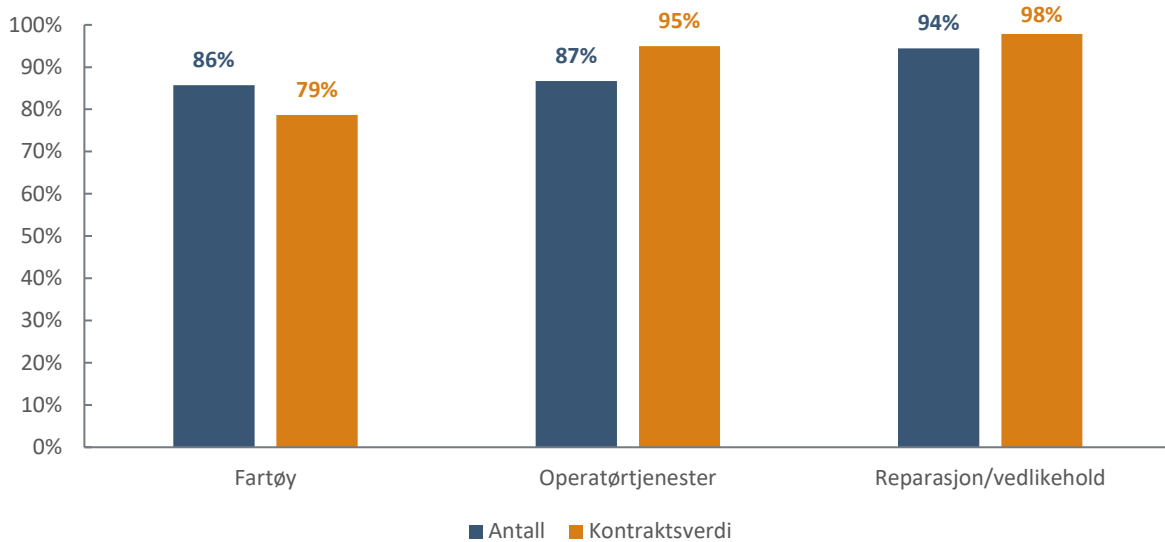
Både anskaffelser av fartøy, operatørtjenester og reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag har aggregert sett en høy andel nasjonal tildeling. Figur 3-7 viser imidlertid at den nasjonale tildelingen er høyest for operatørtjenester og for reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag. For disse anskaffelsene går henholdsvis 95 og 98 prosent av

³³ Clarksons Research (2022).

³⁴ Clarksons Research (2022)

anskaffelsene, målt i kontraktsverdi, til leverandører i eget land. For anskaffelser av fartøy er andel nasjonale tildelinger noe lavere, med 79 prosent.

Figur 3-7: Andel nasjonal tildeling i Europa målt som andel av totalt antall anskaffelser og av aggregert kontraktsverdi³⁵ for henholdsvis fartøy, operatørtjenester og reparasjon/vedlikehold. Kilde: TED, Menon Economics



Det er et viktig poeng at selv om de aller fleste anskaffelser av operatørtjenester går til rederier i eget land, er det langt fra sikkert at fartøyene som benyttes i disse oppdragene bygges i eget land. Av alle ferger bestilt av europeiske rederier i perioden 2018-2020 ble kun 45 prosent bygget i landet det ble bestilt fra. Vi har ikke data på kontraktsverdi, men målt i CGT (målenhet for fartøyenes størrelse) er andelen enda lavere, kun 26 prosent.³⁶

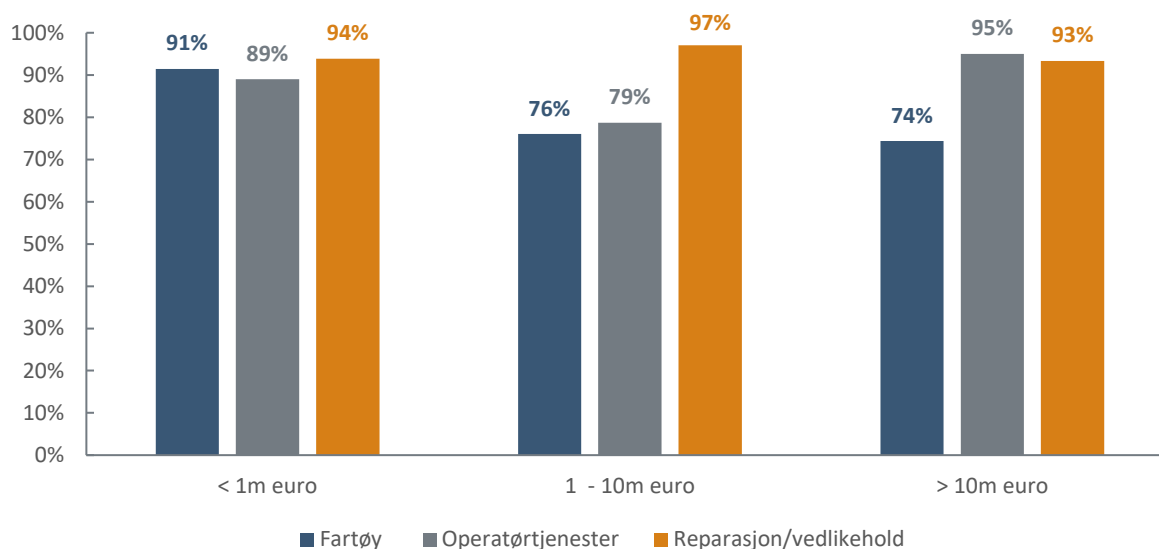
3.4.3 Små fartøy bestilles i stor grad i eget land

Figur 3-8 viser andel oppdrag til eget land, etter kontraktssummens størrelse. Selv om forskjellene ikke er store, er det en klar tendens til at kontraktene for bygging av små fartøy i større grad går til verft i eget land. Det er imidlertid fremdeles en stor andel av anskaffelsene som tildeles nasjonale aktører. Indirekte anskaffelser tildeles også i stor grad nasjonale aktører. For indirekte anskaffelser med kontraktsverdi over 10m euro, tildeles hele 95 prosent nasjonale aktører. For reparasjons- og vedlikeholdsoppdrag går kontraktene som oftest til eget land, uavhengig av anskaffelsesverdien.

³⁵ For kontraktsverdi er Tysklands anskaffelse av marinefartøy for 4,4 mrd Euro holdt utenfor, fordi denne ville gjort andelen kunstig lav.

³⁶ Datagrunnlag: Clarkson Research

Figur 3-8: Andel nasjonal tildeling i Europa for anskaffelser av fartøy, operatørtjenester og reparasjon/vedlikehold, fordelt på anskaffelsesverdi. Kilde: TED, Menon Economics

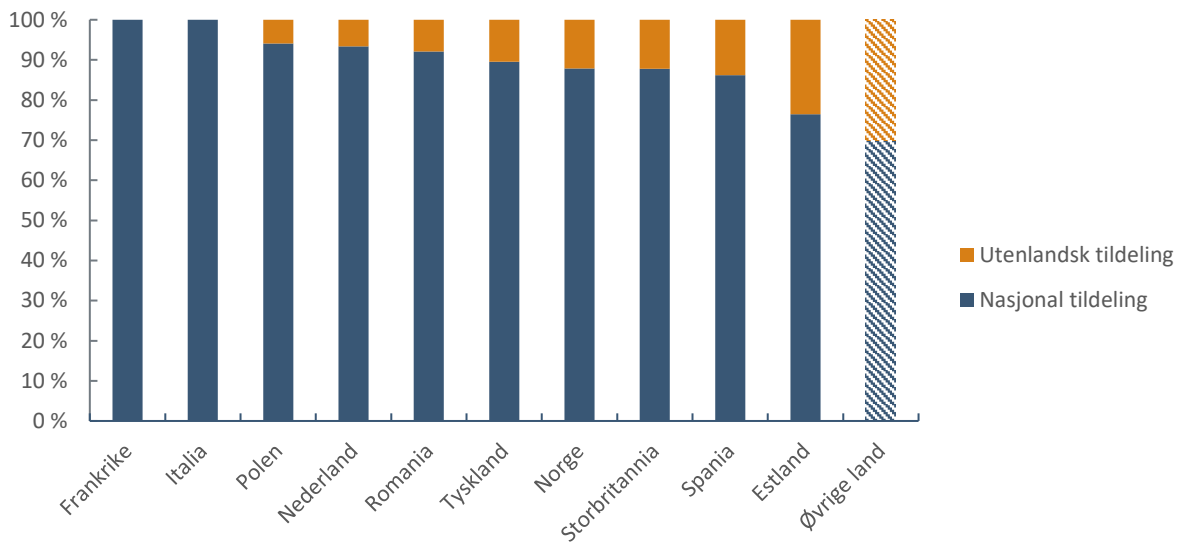


3.4.4 Frankrike og Italia har den høyeste andelen nasjonale byggeoppdrag

I gjennomsnitt går 86 prosent av de offentlige oppdragene til verft i eget land. Målt i kontraktsverdi er gjennomsnittet 79 prosent.³⁷ Går vi ned på landnivå, er tendensen lik: I alle land med en betydelig skipsbyggingsindustri tildeles majoriteten av anskaffelsene til nasjonale aktører. Figur 3-9 viser andel nasjonale tildelinger målt i *antall* anskaffelser for de ti største kjøperlandene (i antall). I Frankrike og Italia gikk 100 prosent av anskaffelsene i perioden 2018-2020 til aktører i eget land. Andel nasjonale tildelinger i Polen, Nederland og Romania er også svært høy. Videre følger Tyskland og Norge. Hele 88 prosent av de norske direkte anskaffelsene av fartøy tildeles nasjonale aktører. Andelen nasjonale tildelinger er også høy i «øvrige land» (det vil si europeiske land som ikke er blant de 10 største kjøperlandene), 70 prosent, men likevel klart lavere enn i de største kjøperlandene.

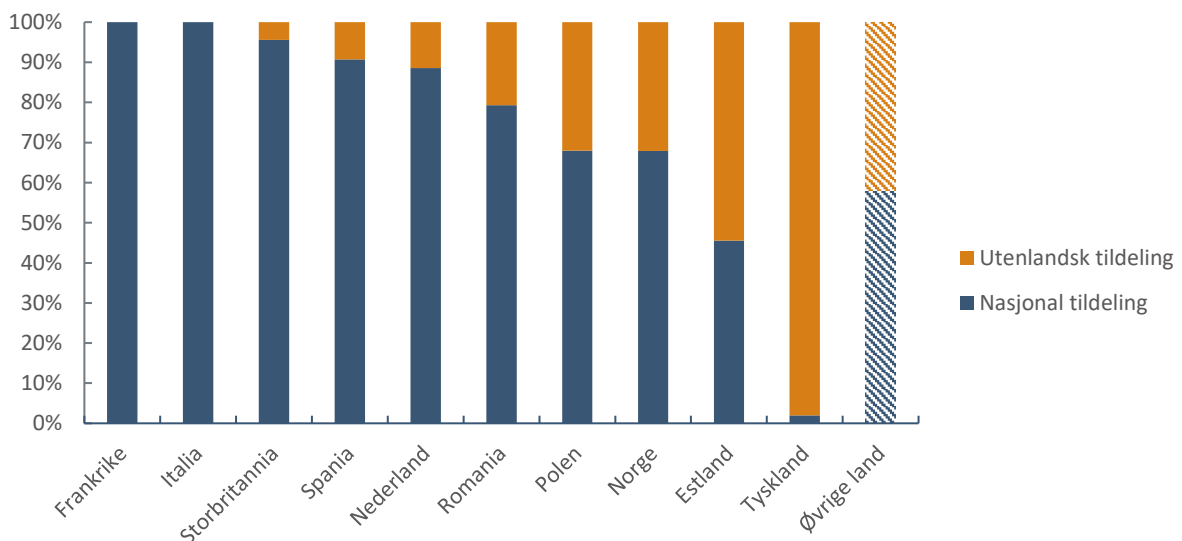
³⁷ Tysklands anskaffelse av marinefartøy for 4,4 mrd euro er holdt utenfor, fordi den ville dominert gjennomsnittet.

Figur 3-9: Andel nasjonal tildeling i Europa for anskaffelser av fartøy (målt i antall anskaffelser), for de ti største kjøperlandene etter antall anskaffelser. Kilde: TED, Menon Economics



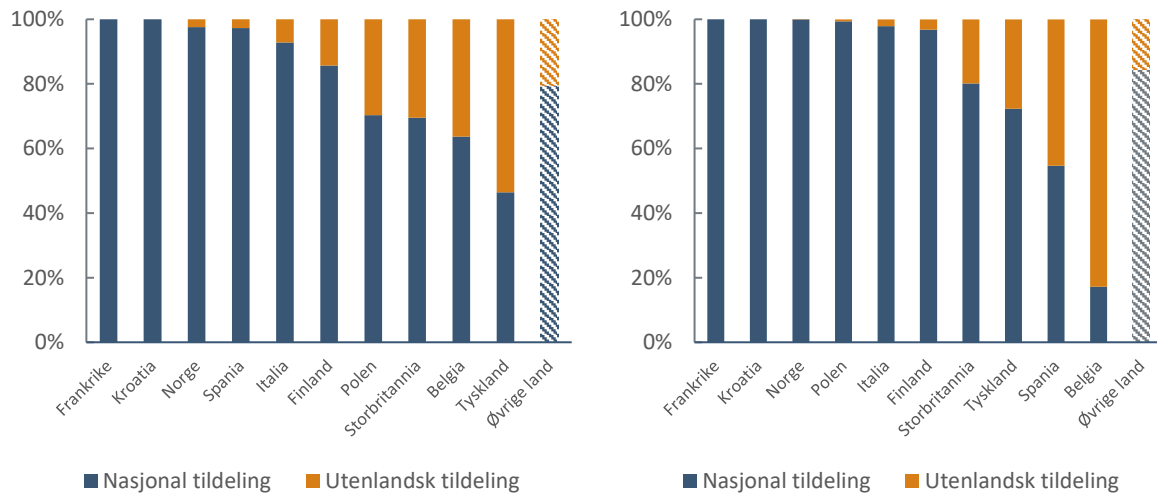
Bildet ser relativt likt ut for nasjonale tildelinger målt som andel av kontraktsverdien, som illustrert i Figur 3-10. Målt i kontraktsverdi har land som Storbritannia, Spania og Nederland høyest andel nasjonal tildeling – i tillegg til Frankrike og Italia (hvor andelen er 100 prosent). For Norge er andelen nasjonale tildelinger 68 prosent, noe som er lavere enn gjennomsnittet i Europa som helhet (79 prosent). Det er imidlertid større andel nasjonale tildelinger i Norge enn hva vi finner i «Øvrige land», hvor andelen er 58 prosent. For Tyskland har nær hele kontraktsverdien gått til utenlandske aktører, dominert av anskaffelsen av de fire marine-fartøyene, som ble tildelt Nederland.

Figur 3-10: Andel nasjonal tildeling i Europa for anskaffelser av fartøy (målt i kontraktssum), for de ti største kjøperlandene etter antall anskaffelser. Kilde: TED, Menon Economics



Fra kapittel 3.2 så vi imidlertid at 95 prosent av kontraktsverdien for norske anskaffelser av fartøy omhandlet indirekte anskaffelser. Til tross for at også en høy andel av de indirekte anskaffelsene har blitt tildelt nasjonale aktører, som illustrert i Figur 3-11, vet vi at mange av skipene har blitt kontrahert i utlandet. Frankrike og Kroatia har utelukkende nasjonal tildeling i sine indirekte anskaffelser. Videre følger Norge, med høy andel nasjonal tildeling både når det kommer til antall og kontraktssum.

Figur 3-11: T.v.: Andel nasjonal tildeling i Europa for indirekte anskaffelser (målt i antall anskaffelser), for de ti største kjøperlandene (etter antall anskaffelser). T.h.: Andel nasjonal tildeling målt i kontraktssum, for samme land. Kilde: TED, Menon Economics



4 Utgangspunkter for det rettslige handlingsrommet

4.1 Rammene for den juridiske analysen

4.1.1 Rettslige avgrensninger

Vår juridiske utredning gjelder handlingsrommet etter EØS-retten. Forholdet til Norges øvrige folkerettslige forpliktelser, som WTOs Government Procurement Agreement, EFTAs 27 handelsavtaler, og Norges 14 bilaterale investeringsavtaler faller utenfor denne fremstillingen. WTO-regelverket oppstiller også et diskrimineringsforbud, men håndhevingen av WTO-regelverket og den mellomstatlige karakteren av regelverket, gjør sanksjonsbestemmelsene og håndhevingen vanskeligere og mindre tilgjengelig enn EØS-avtalens regler. Selv med disse avgrensningene vil utredningen etter vår vurdering likevel gi adekvate svar på de spørsmål om handlingsrommet som er stilt, ettersom det er EØS-avtalen som oppstiller de mest omfattende folkerettslige forpliktelsene.

Vårt hovedfokus er handlingsrommet etter anskaffelsesreglene og fri bevegelsesreglene i EØS. Tilgrensende problemstillinger til de utredningen gjelder, som spørsmål om oppdragsgivers handlinger i en anskaffelsesprosess – herunder å oppstille slike krav og kriterier – kan lede til ulovlig favorisering etter statsstøtteretten, markedsdeling etter konkurranseretten, eller korrupsjon etter strafferetten vil bare behandles kort for sammenhengens del.

Det mest sentrale regelverket i tillegg til EØS-avtalens hoveddel er forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2016-08-12-974), også kalt forskriften for klassisk sektor. Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (FOR-2016-08-12-975) også kalt forsyningsforskriften kan komme til anvendelse i enkelte anskaffelser av fartøy, og det vil derfor knyttes noen kommentarer til dette. Forskrift om konsesjonskontrakter (FOR-2016-08-12-976) er først og fremst relevant for indirekte anskaffelser, og vil bli kommentert hvor det er relevante forskjeller og begrensninger i handlingsrommet for indirekte anskaffelser. Anskaffelser etter forskrift om Forsvars- og Sikkerhetsanskaffelser (FOSA), samt anskaffelser under EØS-terskelverdi (dvs. handlingsrommet etter nasjonalt regelverk) faller i utgangspunktet utenfor denne utredningen. Øvrige særregler for andre typer anskaffelser faller også utenfor denne utredningen.

I det følgende vil vi, hvor det er naturlig, kommentere indirekte anskaffelser (kjøp av operatørtjenester) for seg. Hvor derimot de samme prinsipper og utgangspunkter gjelder om det er fartøy som anskaffes eller operatørtjenester (og dermed eventuelt indirekte fartøyer), vil vi behandle utgangspunktene felles. Som nevnt under punkt 3.2.2 kan vi, hvor myndighetene foretar kjøp av operatørtjenester fra rederiene, ikke vite om rederiet som får oppdraget velger å kjøpe et nytt fartøy, et brukt fartøy, eller å leie et fartøy til å utføre operasjonen.

Der operatøren er underlagt anskaffelsesregelverket ved sin fartøysanskaffelse, vil handlingsrommet til å stille krav og kriterier i fartøysanskaffelsen gjelde tilsvarende. Leverandøren som tildeles operatørkontrakten vil imidlertid selv ofte ikke være underlagt anskaffelsesregelverket, når denne eventuelt anskaffer fartøy eller utstyr. Anskaffelsesregelverket gjelder for stat, fylkeskommuner, kommuner, offentlige foretak (som driver forsyningsvirksomhet) eller offentligrettslige organer. For å kvalifisere som et offentligrettslig organ må

virksomheten tjene «allmennhetens behov», jf. blant annet anskaffelsesforskriften § 1-2 (2).³⁸ I tillegg må ikke virksomheten være av «*industriell eller forretningsmessig karakter*», dvs. drevet på tilsvarende måte som private selskaper.³⁹ Virksomheter som opererer på ordinære markedsvilkår og har profittformål, vil som den klare hovedregel anses å være av «*industriell eller forretningsmessig karakter*».⁴⁰

4.1.2 Terminologi

EFTA-/EØS-statene: Norge, Island og Liechtenstein som er medlem av Efta og avtaleparter i EØS-avtalen. (Sveits er efta-medlem, men ikke avtalepart i EØS-avtalen.)

EØS-anskaffelsesdirektivene: EUs anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU) 40, forsyningssektorene (direktiv 2014/25/EU) 41 og for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU) 42.

Anskaffelsesforskriftene: Forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2016-08-12-974), forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (FOR-2016-08-12-975) og forskrift om konsesjonskontrakter (FOR-2016-08-12-976) som gjennomfører EØS-anskaffelsesdirektivene for anskaffelser over EØS-terskelverdi.

Anskaffelser av fartøy: Offentlige innkjøp av nybygde skip, som ferger, forskningsfartøy, forsvarsskip mv. Anskaffelser av brukte fartøy, ombygging, restaurering og vedlikehold faller utenfor «anskaffelser av fartøy». Det vil imidlertid tas høyde for at anskaffelsene vil inneholde et tjenesteelement, ikke bare i byggeprosessen, men også ved at det for eksempel skal tilbys service- og vedlikeholdstjenester, eller liknende.

Indirekte anskaffelser (operatøranskaffelser): Offentlige innkjøp av operatørtjenester, som drift av et fergesamband, hvor leverandøren skal stille med de fartøy som er nødvendig for å gjennomføre operatøroppdraget. I vurderingen av handlingsrommet for operatøranskaffelser tar vi utgangspunkt i at anskaffelsen inkluderer et eller flere nye fartøy. I slike anskaffelser kan oppdragsgiver stille krav og kriterier knyttet til fartøyet som skal benyttes, og til verftet som skal levere det aktuelle fartøyet. Samtidig, siden disse anskaffelsene direkte gjelder anskaffelse av operatørtjenester, som vil innebære at leverandøren tar seg av alle oppgaver knyttet til drift, vil flere krav og kriterier knytte seg til andre forhold enn skipsbyggingsverft og fartøy. Disse kravene og kriteriene faller utenfor vår utredning. I den juridiske utredningen skal vi konsentrere oss om hvilke krav og kriterier som knytter seg til skipsbyggingsverftet og det/de fartøy som skal benyttes som lovlig kan stilles i operatøranskaffelsene.

Kriterier: Tildelingskriteriene i konkurransefasen. Tildelingskriteriene angir hvilke forhold oppdragsgiver skal vektlegge ved sammenligningen av tilbudene for å kåre en vinner. Ved konkurranser der det gjennomføres en prekvalifiseringsfase, benyttes også begrepet kriterier om utvelgelseskriterier ved bortvelgelse av eventuelt overtallige kvalifiserte leverandører.

Krav: De ulike krav som må være oppfylt av leverandøren i konkurransefasen og i kontraktperioden. Dette inkluderer i) kvalifikasjonskrav, som er krav som leverandørene må oppfylle for å kunne delta i konkurransen, ii) krav i konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, som angir kravene som stilles til egenskapene til det som skal

³⁸ EU-domstolen har understreket at det utelukkende er virksomheter som er opprettet med det spesifikke formål å imøtekomme allmennhetens behov, som oppfyller kravene til å være et "offentligrettslige organ", jf. C-567/15 LitSpecMet, premiss 35.

³⁹ Dragsten, 2013, side 67.

⁴⁰ Se fortalen til 2014/24 punkt 10, samt EU-domstolens sak C-18/01 (Korhonen) premiss 51.

anskaffes (her et fartøy), og iii) krav inntatt i kontraktsvilkårene, som er de krav som skal gjelde i avtalen mellom partene etter at det er fattet en tildelingsbeslutning i konkurransen, og kontrakten er signert.

4.1.3 Kilder

For å utrede handlingsrommet under gjeldende EØS-rett, som Norge er bundet av, må EØS-rettslig metode anvendes. EØS-retten kjennetegnes ved at den består av såkalt primær- og sekundærlovgivning. Primærlovgivningen er selve EØS-avtalen med vedlegg. Sekundærlovgivningen er forordninger og direktiver. Den vesentlige forskjellen mellom de to instrumentene er at Norge kan bestemme «formen og midlene» for gjennomføringen av direktiver, mens forordninger må gjennomføres som de er. Sekundærlovgivningen, som anskaffelsesdirektivene, er normalt nokså detaljert med tidvis omfattende fortaler som tillegges vekt i tolkningen. I tillegg er særlig EFTA- og EU-domstolens avgjørelser vektige kilder ved tolkningen av EØS-rettslige regler. Øvrige tolkningsbidrag finnes i forarbeider (parlaments-, komité-, og kommisjonshøringer), retningslinjer og øvrige dokumenter utarbeidet av EU/EØS-organer i tilknytning til regelverket, selv om forarbeidene ikke har den samme rettskildemessige betydningen som i norsk rett. Juridisk litteratur og avgjørelser fra de enkelte medlemsland vil kunne være relevant hvor det ikke foreligger mer autoritative rettskilder.

Utredningen krever at vi redegjør for gjeldende norsk anskaffelsesregelverk. Alminnelig juridisk metode vil som et utgangspunkt benyttes ved tolkningen av de norske anskaffelsesreglene. De aktuelle rettskildene er anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftene med tilhørende forarbeider, og praksis fra de alminnelige domstoler og klagenemda for offentlige anskaffelser. EU/EØS-rettslige kilder utgjør viktige tolkningsbidrag for de norske anskaffelsesreglene ettersom reglene enten helt (over EØS-terskelverdier) eller delvis (under EØS-terskelverdier) bygger på EØS-anskaffelsesdirektiver, se f.eks. HR-2022-1964-A. Dette innebærer at rettsutvikling i EU/EØS, herunder ny rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen som presiserer eller endrer forståelsen av EØS-anskaffelsesretten, får betydning for hvordan de norske reglene skal forstås. De norske reglene skal presumeres å være i samsvar med EØS-retten. For denne utredningens formål kan det derfor legges til grunn at de norske reglene er i overenstemmelse med EØS-anskaffelsesdirektivene, jf. også punkt 4.3 nedenfor. De norske anskaffelsesreglene og EØS-anskaffelsesreglene behandles derfor under ett i utredningens hoveddel.

Vi vil hvor relevant fokusere på krav og kriterier som antas å styrke konkurransekraften til norske verft, slik drøftet over blant annet under punkt 2.2.4 og 3.4. Samtidig er det viktig å understreke at utredningen hverken bygger på, eller inneholder, noen empirisk analyse av hvilke krav og kriterier som vil ha slik virkning. Dette ligger utenfor vårt mandat. Dessuten er konkurransefortrinnene gjenstand for endring etter hvert som norsk og utenlandsk verfts-nærings utvikler seg. Særtrekkene vil også kunne endre seg over tid, slik at krav og kriterier som på tidspunktet for offentliggjøring av denne utredningen, ikke vil være treffende i fremtiden.

4.2 Overordnet om EØS-retten på området

4.2.1 Innledning

Norge er bundet av flere internasjonale avtaler som regulerer handelen med varer og tjenester med andre land. EØS-avtalen med vedlegg er viktigst. Formålet med EØS-avtalen er å skape et felles indre marked. EØS-avtalens regler om fri bevegelse skal overordnet sørge for at alle land likebehandler selskaper fra ulike land, og deres varer og tjenester, slik at avtaker, og til sist forbruker får mulighet til å velge det som er best, billigst og mest bærekraftig.

De grunnleggende reglene om fri bevegelse følger av EØS-avtalens hoveddel. EØS-avtalens hoveddel inneholder generelle regler som kommer til anvendelse for alle retts- og livsområder som EØS-avtalen gjelder for. I tillegg til EØS-avtalens hoveddel finnes det en lang rekke rettsakter som er inntatt i vedlegg til EØS-avtalen (sekundærlovgivning), jf. punkt 4.1.3 over

På anskaffelsesrettens område er det som nevnt en rekke direktiver som kommer til anvendelse (Anskaffelsesdirektivene).⁴¹ Både regelverket for offentlige anskaffelser som sådan, og de krav og kriterier som oppstilles i den enkelte anskaffelse må dermed holde seg innenfor de minimumskrav EØS-anskaffelsesdirektivene oppstiller. Dette gjelder også det offentlige anskaffelser av fartøy, utstyr og indirekte anskaffelser.

Primærretten og sekundærretten står i et indre avhengighetsforhold. Reglene i sekundærretten virker inn på reglene i primærretten, og omvendt. EU-domstolen har i tidligere saker tolket reglene i EØS-avtalens hoveddel på bakgrunn av sekundærretten, slik at handlingsrommet til innkjøper (av fartøy og utstyr) under anskaffelsesreglene og handlingsrommet under andre regler som f.eks. gjelder helse-, miljø og sikkerhet vil kunne være av betydning også for handlingsrommet under de alminnelige EØS-reglene. Det er derfor relevant å se hen til sekundærretten for å kartlegge hvilket handlingsrom som i praksis følger av EØS-avtalens hoveddel. Tilsvarende bygger EØS-anskaffelsesdirektivene på de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel, og skal realisere disse frihetene for offentlige innkjøp.⁴² Det å sikre realisering av de fire friheter anses som et grunnleggende prinsipp i anskaffelsesretten, som også innebærer at offentlige oppdragsgivere er pålagt plikter utover det som følger eksplisitt av EØS-anskaffelsesdirektivene.⁴³

4.2.2 EØS-avtalens hoveddel

EØS-avtalen knesetter et grunnleggende prinsipp om ikke-diskriminering (EØS-avtalen artikkel 4). Prinsippet gjelder generelt, og kommer til anvendelse ved anskaffelser av fartøy. Krav og kriterier ved anskaffelser av fartøy kan derfor ikke favorisere norske verft i strid med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen art. 4.

Anskaffelser av fartøy anses som handel med varer i henhold til EØS-avtalens hoveddel. Dette betyr at forbudet mot kvantitative importrestriksjoner i EØS-avtalen art. 11 kommer til anvendelse. Diskrimineringsforbudet og forbudet mot kvantitative importrestriksjoner har et overlappende anvendelsesområde, og anvendes gjerne i sammenheng. Forbudet mot kvantitative importrestriksjoner bygger på den grunnleggende målsetningen om frihandel, og er i praksis et forbud mot restriksjoner på det frie varebytte mellom medlemslandene. Forbudet i art. 11 rammer ikke bare nasjonale regler som diskriminerer ved å vise til opprinnelse, men også opprinnelsesnøytrale regler som kan ha en markedsvidende effekt. Diskrimineringsbegrepet er dermed vidt og rammer både direkte og indirekte diskriminering, og aktuell og potensiell diskriminering (EU-domstolens sak C-8/74 Dassonville). Forbudet rammer også ikke-diskriminerende restriksjoner som er egnet til å vanskeliggjøre markedsadgangen for utenlandske aktører (sak C-120/78 Cassis de Dijon).

Særnorske eller skjerpede krav og kriterier knyttet til utforming, utstyr, arbeidsspråk, lærlinger, HMS, lokalt nærvær og responstid, vil kunne gjøre det mindre attraktivt for leverandører og underleverandører å utøve

⁴¹Direktivene består av EUs anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU) 40, forsyningssektorene (direktiv 2014/25/EU) 41 og for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU) 42. I tillegg kommer håndhevelsesdirektivet (direktiv 2007/66/EF), om endring av direktiv 89/665/EØF og dir. 92/13/EØF om klageprosedyrer i forbindelse med anskaffelser i henholdsvis forsyningssektorene og klassisk sektor

⁴² Direktiv 2014/24/EU fortalen punkt 1.

⁴³ NOU 2014: 4 punkt 10.2, side 73.

retten til fri flyt av varer (og tjenester eller etablering) og dermed kunne utgjøre en EØS-rettslig handelsrestriksjon etter EØS art. 11. Diskrimineringsforbudet og restriksjonsreglene er i utgangspunktet avgrenset geografisk til EØS-området, men forbudet vil kunne omfatte konkurransevidning mot selskaper utenfor Europa/EØS-området, f.eks. dersom underleveranser og videresalg involverer aktører fra EØS-området.⁴⁴

For å være lovlig må tiltakene enten forfølge et lovlig formål etter EØS art. 13 (*offentlig moral, orden og sikkerhet, menneskers og dyrs liv og helse, planteliv og kunstsatter*), eller ivareta et såkalt tvingende allment hensyn (eks. beskyttelse av arbeidstaker). Sistnevnte kategori utvikles av domstolene, og vil kunne endre seg med tiden og utviklingen. Tiltakene må også være egnet til å ivareta det aktuelle hensynet, og ikke gå lengre enn nødvendig.

I vurderingen av hvorvidt restriksjonen er lovlig, skal det tas utgangspunkt i at den enkelte medlemsstat har frihet til å fastsette beskyttelsesnivået – altså på hvilket nivå det er behov for å beskytte det aktuelle hensynet.⁴⁶ For at en restriksjon skal være lovlig må likevel flere vilkår være oppfylt.

EØS-avtalen art. 13 oppstiller for det første krav om at regelen, her kravene eller kriteriene, må forfølge et formål som står opplistet i artikkel 13 (*«offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett»*). For det andre må regelen være nødvendig for å oppnå dette formålet. For det tredje må restriksjonen være forholdsmessig – den må ikke være mer inngripende enn det som trengs for å oppnå det Norge vil. I EØS-retten oppstilles det noen ganger i tillegg et krav om at nasjonale regler for å være egnet til å oppnå et visst formål må forfølge dette på en konsistent måte. Konsistenskravet innebærer at tiltaket som utgangspunkt må inngå i en helhetlig og konsistent politikk til ivaretagelse av de påberopte hensyn. I praksis innebærer det at strenge krav og kriterier ikke må motvirkes av andre, eller manglende tiltak. Det er ikke helt klart om kravet gjelder, og hvor strengt det skal anvendes.⁴⁷ Etter vår vurdering vil det først være en skranke hvor tiltaket (innkjøpet) mer framstår som en kamuflert form for proteksjonisme.

Unntaket i EØS art. 13 suppleres som nevnt av et unntak utviklet i rettspraksis, for restriksjoner som er begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Dette unntaket fra restriksjonsforbudet skiller seg fra EØS art. 13 på to punkter. I tillegg til å åpne for at flere ulike hensyn kan rettferdiggjøre handelsrestriksjoner, gjelder unntaket bare for restriksjoner som kommer til anvendelse for både innenlandske og importerte produkter uten at det skilles mellom dem. Anvendelsesområdet er dermed snevrere enn for EØS art. 13 som også omfatter tiltak som direkte retter seg mot importerte varer. Produktkrav er ofte trukket fram som eksempel på tiltak som anvendes uten

⁴⁴ Dette kan for eksempel være tilfelle ved krav og kriterier som diskriminerer et tyrkisk eller kinesisk verft, hvor diskrimineringen også får virkning for et selskap etablert i et av medlemslandene på grunn av selskapets rolle som underleverandør i anskaffelsen.

⁴⁵ Se eksempelvis C-237/83 avsnitt 6, der domstolen fremholdt at EØS-retten «gælder for bedømmelsen af ethvert retsforhold for så vidt dette, enten på grund af stedet for dets stiftelse eller på grund af stedet for dets virkninger, kan stedfæstes til Fællesskabets territorium». Saken gjaldt hvorvidt en belgisk statsborger ansatt i et fransk selskap kunne være omfattet av en fransk ordning for sosial sikring mens han var utsendt til Nigeria i forbindelse med utførelse av arbeid. Se også Arnesen m.fl. «Oversikt over EØS-retten» (2022) punkt 6.3 Begrensninger i EØS-avtalens rekkevidde s.98-99.

⁴⁶ Se eksempelvis EU-domstolens sak C-141/07 (Kommissjonen mot Tyskland) som gjaldt begrensninger på adgangen til å levere medisiner til sykehus ut fra et høyt tysk beskyttelsesnivå i helsesektoren.

⁴⁷ Se eksempelvis Rosengren-saken (sak C-170/04, Klas Rosengren m.fl. v Riksåklagaren (Rosengren), Saml. [2007] s. I-4071 - fra Sverige). Saken gjaldt forbudet mot privatpersoners import av alkohol. Spørsmålet var om Systembolagets enerett til import av vin var i strid med EU-retten. Det var blant annet argumentert med at forbudet var nødvendig for å opprettholde et "konsistent" monopol.

distinksjon, men sondringen mellom tiltak som virker likt og tiltak som virker ulikt for innenlandske og utenlandske varer, er ikke helt klart i praksis.

Etter læren om tvingende allmenne hensyn vil en rekke hensyn kunne begrunne restriksjonen, såfremt de er EØS-rettslig legitime, og ikke proteksjonistiske. Eksempler på tvingende allmenne hensyn som kan være særlig relevante for offentlige anskaffelser av fartøy, er blant annet god handelsskikk, hensynet til miljø og klima,⁴⁸ og vern av arbeidstakere.⁴⁹ Hensynet til å beskytte eget næringsliv mot konkurranse fra foretak i andre EØS-land, kan derimot ikke anses som et tvingende allment hensyn – normalt heller ikke om det gjøres for å verne bedrifter mot nedleggelse.⁵⁰

Staten, som er pliktsubjektet etter EØS-avtalen, har bevisbyrden for at vilkårene for å gjøre unntak fra forbudet mot handelsrestriksjoner er oppfylt – mao. at *det aktuelle tiltaket er egnet, nødvendig og forholdsmessig* for å ivareta det påberopte hensynet. Dette gjelder uavhengig av hvilket organ som har gjennomført anskaffelsen. Et sentralt spørsmål for utredningen er om HMS-hensyn, lokale hensyn, arbeidslivshensyn mv. kan gi grunnlag for å anse handelsrestriksjoner som lovlige.

4.2.3 EØS-anskaffelsesretten

a) Overordnet om innholdet i EØS-anskaffelsesdirektivene

EØS-anskaffelsesdirektivenes overordnede formål er å sikre at offentlige innkjøp skjer i samsvar med de fire grunnleggende friheter inntatt i EØS-avtalens hoveddel, og å åpne offentlige innkjøp for konkurranse.⁵¹ For å oppnå dette formålet bygger direktivene på sentrale grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, jf. anskaffelsesloven § 4 og EØS-anskaffelsesdirektivene.⁵² Alle krav og kriterier som oppstilles ved offentlige anskaffelser av fartøy må være i tråd med disse prinsippene. I tillegg oppstiller direktivene relativt detaljerte regler for hvordan offentlige oppdragsgivere skal gå frem i sine innkjøp. Det gjelder ulike regler avhengig av hva anskaffelsen gjelder, og hvilken verdi anskaffelsen har. Anskaffelsesdirektivenes bestemmelser gjelder dersom en anskaffelse overstiger de såkalte EØS-terskelverdiene.⁵³

EØS-anskaffelsesdirektivene bygger på at oppdragsgiver som den klare hovedregel skal henvende seg til markedet som helhet, og ikke bare enkelte leverandører i sine innkjøp. Det oppstilles dermed en plikt til kunngjøring i hele EØS-området for alle anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi.⁵⁴ Videre følger det av EØS-anskaffelsesdirektivet i klassisk sektor at offentlige innkjøp som klar hovedregel skal foregå som en

⁴⁸ Se EU-domstolens sak C-573/12 avsnitt 77.

⁴⁹ HR-2016-2554-P avsnitt 99 og 164, og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse E-14/15 avsnitt 122.

⁵⁰ Jf. eksempelvis EU-domstolens sak C-324/93 Evans, der domstolen kom til at et ønske om å verne en bedrift mot nedleggelse ikke kunne anses som et tvingende allment hensyn.

⁵¹ Direktiv 2014/24/EU, fortalens punkt 1.

⁵² Se fortalens punkt 1 i Direktiv 2014/24/EU. Regelverket viser dermed til hensyn etablert i EU-retten som grunnleggende prinsipper og tolkningsmomenter.

⁵³ EØS-terskelverdiene revideres annethvert år. For perioden 2022-2024 er terskelverdien for kunngjøringsplikt i hele EØS-området MNOK 2,2 eks mva for vareanskaffelser i klassisk sektor (for statlige oppdragsgivere er terskelverdien MNOK 1,4 eks mva). For anskaffelser i forsyningssektorene gjelder en EØS-terskelverdi for vareanskaffelser på MNOK 4,5 eks mva, uavhengig av type offentlige oppdragsgiver.

⁵⁴ Det gjelder i Norge også en nasjonal terskel på 1,3 MNOK eks mva for kunngjøring alle vareanskaffelser i klassisk sektor. Dersom anslått verdi er over MNOK 1,3 mva, men lavere enn EØS-terskelverdi, gjelder det kun plikt til å kunngjøre nasjonalt. For vareanskaffelser i forsyningssektoren er det ikke gitt noen egen nasjonal terskelverdi, dvs at kunngjøringsplikten oppstår først der anslått verdi overskrider EØS-terskelverdien på MNOK 4,5 eks mva.

anbudskonkurranse med forhandlingsforbud.⁵⁵ Oppdragsgiver står fritt til å velge om en anbudskonkurranse skal være begrenset, altså starte med en prekvalifiseringsfase, eller være åpen, som innebærer at alle interesserte leverandører kan inngi tilbud, og der det først etter tilbudsfristens utløp undersøkes om leverandøren er kvalifisert. Regelverket åpner også for at konkurranser gjennomføres på andre måter.⁵⁶ Anskaffelsesdirektivet åpner eksempelvis på nærmere vilkår for å gjennomføre konkurranse basert på forhandlinger (for å forbedre tilbudene) eller som en såkalt konkurransepreget dialog (for å bli enige om hva som skal kjøpes/hvilke krav som skal stilles).⁵⁷ I tillegg åpner regelverket for en ny – foreløpig mindre anvendt - anskaffelsesform kalt innovasjonspartnerskap.

Direktivene regulerer også hvordan konkurransen kan innrettes innenfor hver konkurranseform. Regelverket inneholder bestemmelser som setter rammer for hvilke krav og kriterier som oppdragsgiver lovlig kan oppstille både i kvalifikasjonsfasen og i tildelingsomgangen, samt i kravspesifikasjonen.

Med kriterier forstår vi *tildelingskriteriene* i konkurransefasen. Tildelingskriteriene angir hvilke forhold oppdragsgiver skal vektlegge ved sammenligningen av tilbudene for å kåre en vinner. Ved konkurranser der det gjennomføres en prekvalifiseringsfase, benyttes også begrepet *kriterier* om utvelgelseskriterier ved fravalg av eventuelt overtallige kvalifiserte leverandører.

Med *krav* forstår vi ulike krav som må være oppfylt av leverandøren i konkurransefasen og i kontraktperioden. Direktivene legger opp til at det kan oppstilles flere ulike kravstyper. Det gjelder ulike regler for de ulike kravstypene som får betydning for hva konkurransegrunnlaget kan inneholde. Den første typen krav kalles kvalifikasjonskrav, som er krav som leverandørene må oppfylle for å kunne delta i konkurransen. Videre kan det oppstilles to ulike typer krav i konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, som angir kravene som stilles til egenskapene til det som skal anskaffes (her et fartøy). Her kan det oppstilles absolutte krav (også kalt må-krav, minimumskrav eller minstekrav), og/eller vurderingskrav (også kalt bør-krav). Endelig kan det oppstilles krav i kontraktsvilkårene som skal gjelde i avtalen mellom partene etter at det er fattet en tildelingsbeslutning i konkurransen, og kontrakten er signert.

Både de grunnleggende prinsippene og de detaljerte reglene om hvordan anskaffelsesprosessen skal gjennomføres legger begrensninger på oppdragsgivers og statens handlingsrom i flere retninger. Dette gjelder også for anskaffelser av fartøy. EØS-anskaffelsesdirektivene inneholder bestemmelser om hvordan anskaffelsen skal innrettes, herunder detaljerte bestemmelser om utformingen av både kravspesifikasjonen, kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier, tildelingskriterier og vektingen av disse. Her er det særlig viktig at de føringene som gis gjennom konkurransegrunnlaget følges opp, at de er reflektert i evalueringen, og at oppdragsgiver ikke vektlegger andre forhold enn de som er klart angitt i anskaffelsesdokumentene. Selv om både de grunnleggende prinsippene og de mer spesifikke reglene i EØS-anskaffelsesdirektivene setter rammer for hvilke krav og kriterier som kan oppstilles i den enkelte anskaffelse, gir reglene et handlingsrom for offentlige oppdragsgivere ved utformingen av de nærmere krav og kriterier. Dette handlingsrommet kalles gjerne «det innkjøpsfaglige skjønn», hvor det er sikker rett at det er adgang til å ta i betraktning både økonomiske (i bedriftsøkonomisk forstand) og ikke-økonomiske hensyn (også kalt ikke-anskaffelsesfaglige hensyn).

⁵⁶ Se *anskaffelsesforskriften kapittel 13* og *forsyningsforskriften kapittel 9* for en oversikt over de tillatte anskaffelsesprosedyrer og vilkårene for bruk av disse.

⁵⁷ Etter *forsyningsdirektivet* står oppdragsgiver fritt til å velge mellom konkurranseformene.

Vurderingen av statens handlingsrom og oppdragsgivers handlingsrom henger nært sammen,⁵⁸ siden restriksjonsbegrepet er nøytralt, og dekker både utøvelse av lovgivermyndighet og gjennomføring av anskaffelsesprosesser. Det sentrale spørsmålet er om bruken av det aktuelle kravet eller kriteriet er i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. Kriteriene/kravene må være objektive, etterprøvbare og ikke-diskriminerende, samt ha tilknytning til og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi.

EØS-retten regulerer ikke bare gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, men også håndhevelse av brudd på disse reglene, gjennom Håndhevelsesdirektivet fra 2007. Håndhevelsesdirektivet oppstiller regler som skal sikre effektiv av håndhevelse av innkjøpsregelverkene. Direktivet skjerper konsekvensene av å gå utover handlingsrommet.⁵⁹ Direktivet harmoniserer medlemslandenes håndhevelsesregler for å stimulere leverandører til økt deltagelse i konkurransen om offentlige anskaffelser, gjennom å sikre bedre inngrepsmuligheter før offentlige kontrakter inngås. Direktivet har også særlig fokus på håndhevelse vedrørende ulovlige direkteanskaffelser. Blant annet innfører direktivet en suspensjonsplikt (suspensjon ved klage til et klageorgan/domstol som er uavhengig av oppdragsgiver), og rettsvirkningen «uten virkning» for kontrakter som er inngått gjennom alvorlige brudd på innkjøpsregelverket. Dette gjelder tilfeller der oppdragsgiver har inngått kontrakt uten først å vente i suspensjonsperioden eller karenperioden, og ved kontrakter inngått gjennom ulovlige direkteanskaffelser. Direktivet overlater den nærmere reguleringen til nasjonal rett. I Norge har lovgiver innført sanksjoner i anskaffelsesloven (§§ 12 flg.).

b) EØS-anskaffelsesdirektivenes anvendelse ved anskaffelser av fartøy

For en offentlig anskaffelse av et fartøy vil det være enten direktivet for klassisk sektor, forsyningsdirektivet, eller direktivet for forsvarsanskaffelser som kommer til anvendelse. Direktivene er gjensidig utelukkende og kommer aldri til anvendelse samtidig.⁶⁰

En anskaffelse av et fartøy vil være å anse som en vareanskaffelse etter anskaffelsesdirektivene. Dette gjelder selv om anskaffelsen av et nytt fartøy inkluderer et element av tilvirkning, dvs. et tjenesteelement.⁶¹ Anskaffelser av fartøy som også omfatter et tjenesteelement etter at skipet er bygget og overlevert (typisk plikt til å utføre vedlikehold/service, brukeropplæring, e.l.) vil også i de aller fleste tilfeller klassifiseres som en vareanskaffelse.⁶²

⁵⁸ Handlingsrommet for regelverksendringer behandles nærmere under kapittel 10 nedenfor.

⁵⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endringer av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrerne i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter

⁶⁰ Forsyningsdirektivet kommer til anvendelse for oppdragsgivere som driver forsyningsvirksomhet slik dette er legaldefinert, jf direktivets kapittel II, og der anskaffelsen av fartøyet er knyttet til utøvelsen av forsyningsvirksomheten. Andre anskaffelser som omfattes av direktivene gjennomføres enten etter direktivet i klassisk sektor, eller etter direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det ligger utenfor denne utredningens mandat å redegjøre nærmere for grensen mellom direktivenes ulike anvendelsesområder.

⁶¹ I anskaffelsesdirektivets artikkel 2 nr 1 (8) er «offentlige varekjøpskontrakter» definert som «offentlige kontrakter, som vedrører kjøp, leasing eller leje med eller uten forkøpsret av varer. En offentlig varekjøpskontrakt kan accessorisk omfatte monterings- og installasjonsarbejde.» EU-domstolen har i sak C-300/07 (Oymanns) premiss 64 også slått fast at begrepet gjelder «operasjoner såsom f.eks. kjøp eller leje af »varer« uden nærmere spesifikasjon i denne henseende og uden at sondre mellem, om de omhandlede varer er blevet fremstillet standardiseret eller individuelt, altså efter den konkrete kundes præferencer og behov. Følgelig omfatter begrebet »varer«, som bestemmelsen generelt henviser til, ligeledes fremstillingsprosessen, uafhængigt af, om varen skal betragtes som stillet til rådighed for forbrugerne som færdigvare eller efter at være blevet fremstillet efter disses krav.»

⁶² For anskaffelser som gjelder ulike typer ytelser, såkalte blandede anskaffelser, er det gitt bestemmelser i direktivets artikkel 3 om klassifiseringen.

Indirekte anskaffelser (operatørkontrakter) vil på sin side være å anse som en tjenesteanskaffelse som reguleres av direktivet for klassisk sektor, med mindre det legges opp til at leverandøren skal ha driftsrisikoen. I slike tilfeller kommer konsesjonskontraktsdirektivet til anvendelse.

Selv om anskaffelser av fartøy kan ha likhetstrekk med bygge- og anleggskontrakter, omfattes ikke denne typen anskaffelser av regelverkets definisjon av bygge- og anleggskontrakter. Slike kontrakter er i regelverket definert som en rekke nærmere angitte former for bygge- og anleggsvirksomhet, og hverken bygging, restaurering, eller reparasjon av skip faller inn under noen av de formene for virksomhet som beskrives der.⁶³

c) Grenseoverskridende interesse

EØS-avtalen kommer bare til anvendelse hvor det foreligger et potensiale for påvirkning av handelen mellom EFTA-landene og/eller EU-medlemsstatene. Det må foreligge en såkalt «grenseoverskridende interesse».⁶⁴ Det er dermed ikke alle anskaffelser hvor EØS-retten kommer til anvendelse. Kontraktens verdi, hvor kontrakten skal gjennomføres og eventuelle sektorspesifikke forhold som begrenser handelen over landegrensene, vil kunne være relevant.⁶⁵ I praksis er likevel handlingsrommet til å fremme konkurranseevnen til norske verft med henvisning til denne «skranken» begrenset.

Dette skyldes i hovedsak at EØS-terskelverdiene for varer og tjenester er lave sett opp mot hvilke typer kontrakter som inngås i maritim industri (NOK 1,4 millioner for stat, NOK 2,2 millioner for andre oppdragsgivere). For det andre, og selv om EØS-tersklene løpende heves, er hevingene begrenset og norske anskaffelsesregler vil like fullt gjelde for anskaffelser NOK 1,3 millioner.

4.3 Om implementering av EØS-retten i lov og forskrift og relasjonen til EØS-rettslige forpliktelser

EØS-avtalen er implementert i norsk rett gjennom EØS-loven (LOV-1992-11-27-109). EØS-avtalens hoveddel er inntatt i sin helhet i selve EØS-loven, sammen med Overvåknings- og Domstolsavtalen (ODA)-avtalen, og enkelte protokoller til EØS-avtalen. Reglene i EØS-avtalens hoveddel gjelder dermed som norsk lov gjennom EØS-loven. Det følger av EØS-loven § 2 at bestemmelser «som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser» etter EØS-avtalen, skal gis forrang foran øvrig lovgivning.

De øvrige deler av EØS-avtalen, herunder de etterfølgende rettsaktene som er inntatt i vedlegg til EØS-avtalen er gjennomført på annen måte – typisk i sektorlovgivning.

EØS-anskaffelsesdirektivene er inntil videre gjennomført i Norge ved Anskaffelsesforskriftene.⁶⁶ Anskaffelsesloven er i første rekke en hjemmelslov. Hovedtyngden av reglene er gitt i forskrifter som inneholder prosedyreregler og utdypning av regler om samfunnshensyn. Siden EØS-anskaffelsesretten består av direktiver, hvor medlemslandene selv velger form og metode for implementering av de minimumskrav direktivene inneholder, er ikke det norske regelverket identisk med EØS-anskaffelsesdirektivene. I praksis er likevel den delen

⁶³ Se bilag II til Direktiv 2014/24/EU og anskaffelsesforskriften vedlegg 1.

⁶⁴ Se sak C-507/03 (Kommissjonen mot Irland) avsnitt 29 og sak C-91/08 (Wall) avsnitt 34.

⁶⁵ Se Commission Interpretative Communication (2006/C 179/02).

⁶⁶ Det pågår et lovrevisjonsarbeid, og et offentlig oppnevnt lovutvalg skal fremlegge forslag til ny anskaffelseslov i to deler i november 2023 og april 2024, se <https://anskaffelsesutvalget.no/> hvor det er mulig å komme med innspill til hvordan anskaffelsesreglene kan og bør utformes.

av Anskaffelsesforskriftene som implementerer direktivene i stor grad materielt like direktivbestemmelsene, men med tillegg av en del særnorske regler.⁶⁷

Samtidig er det viktig å merke seg at det norske anskaffelsesregelverket forfølger et videre formål enn EØS-anskaffelsesdirektivene, om å sikre samfunnsøkonomisk gunstig forvaltning av fellesskapets midler, og sikre at det offentlige opptrer med tilstrekkelig integritet, for å legge til rette for at allmennheten har tillit i befolkningen, jf. Anskaffelsesloven § 1.⁶⁸ På bakgrunn av dette inneholder det norske anskaffelsesregelverket enkelte regler som går utover de reglene som følger av EØS-anskaffelsesdirektivene. Dette utvider handlingsrommet, som vi skal komme tilbake til.

Vi legger til grunn at det norske anskaffelsesregelverket oppfyller de krav EØS-anskaffelsesdirektivene oppstiller. For det første er Norge er folkerettslig forpliktet til å implementere disse. For det andre innebærer presumsjonsprinsippet, lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen art. 3 og homogenitetsmålsetningen etter EØS-avtalens art. 1 og fortalens punkt 5 og 16, at EØS-retten er sentral i tolkningen av reglene ved eventuell uklarhet. For det tredje er anskaffelsesreglene i del III i stor grad en oversettelse av direktivbestemmelsene. Det betyr at de norske anskaffelsesreglene skal tolkes slik at de oppfyller de kravene som EØS-retten stiller, såfremt det kan forenes med rettskildebildet for øvrig.⁶⁹

4.4 Kort om konsekvenser av brudd på regelverket

Brudd på anskaffelsesregelverket kan lede til klager og søksmål fra konkurrenter og leverandører som ikke nådde frem i konkurranser, eller tredjeparter med rettslig klageinteresse i saken. De alminnelige sanksjonene etter anskaffelsesregelverket er overtredelsesgebyr (ilagt av Klagenemnda for offentlige anskaffelser), erstatning og/eller at kontrakter kjennes helt eller delvis uten virkning eller avkortes (i varighet). Tilsvarende sanksjoner gjør seg gjeldende i EU/EØS-retten etter anskaffelsesdirektivene.⁷⁰ Pliktsubjektet etter anskaffelsesregelverket er oppdragsgiver, det være seg stat, fylkeskommune, kommune, et offentligrettslig organ (som ikke driver industriell virksomhet) eller et offentlig foretak (som driver forsyningsvirksomhet) og/eller andre som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett, slik nærmere definert i forsyningsforskriften (og forsyningsdirektivet).⁷¹

Brudd på EØS-avtalens alminnelige regler vil kunne føre til traktatbruddsøksmål mot Norge. Brudd vil også kunne avstedkomme erstatningskrav fra private aktører mot staten, som er pliktsubjektet etter EØS-avtalen. Krav om erstatning forutsetter at det foreligger et ansvarsgrunnlag, at det kan sannsynliggjøres et erstatningsrettslig vernet økonomisk tap samt direkte og adekvat årsakssammenheng.

EFTA-domstolen har utviklet et prinsipp om statlig erstatningsansvar, jf. sak E-9/97, Sveinbjörnsdottir og E-4/01, Karlsson. Dette EØS-rettslige erstatningsansvaret, slik dette er utviklet i EFTA-domstolens praksis, er gjennomført

⁶⁷ Forholdet mellom EU/EØS-rett og nasjonal rett er også kommentert av Forenklingsutvalget i NOU 2014: 4 punkt 6.1, se s. 59.

⁶⁸ Det har vært diskutert om effektiv ressursbruk også er et mål innenfor EØS-anskaffelsesretten, se C-402/18 (Tedeschi) avsnitt 39 i denne retning. Spørsmålet er ikke helt avklart. Uansett er effektiv ressursbruk langt mer sentralt som formål bak det norske anskaffelsesregelverket enn i EØS-rettslig sammenheng.

⁶⁹ Se også HR-2022-1964-A avsnitt 34.

⁷⁰ For en mer fullstendig gjennomgang av klage, søksmål og sanksjoner i anskaffelsesregelverket se L 51 (2015-2016), s.

⁷¹ Se forsyningsforskriften § 1-2 fjerde ledd.

i norsk rett gjennom EØS-loven § 1, jf. Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II). Vilklårene for erstatning er nærmere utlagt i sak E-7/18, Fosen II, gjengitt i HR-2019-1801-A (Fosen) premiss 76:

«Ifølge prinsippet om statlig erstatningsansvar kan [...] en EØS-stat holdes ansvarlig for brudd på sine EØS-rettslige forpliktelser når tre vilkår er oppfylt: for det første må den overtrådte rettsregel ha til formål å gi enkeltpersoner og økonomiske aktører rettigheter; for det andre må bruddet være tilstrekkelig kvalifisert; og for det tredje må det være en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelser og den skadelidtes tap.»

5 Hvilke hensyn eller formål kan lovlig begrunne krav og kriterier i offentlige anskaffelser?

5.1 Innledning

Vi skal i dette delkapitlet undersøke hvilke hensyn eller formål som lovlig *kan* forfølges etter anskaffelsesregelverket når det oppstilles krav og kriterier i den enkelte anskaffelse, for å bringe på det rene hvilke konkrete krav og kriterier som kan være relevante å oppstille. Hvilke hensyn som er lovlige å vektlegge danner grunnlaget for å oppstille yttergrensene for hvilket *innhold* krav og kriterier i offentlige anskaffelser av fartøy lovlig kan ha. Et særlig viktig spørsmål i denne sammenheng er om det er lovlig å oppstille krav med *formål om* å styrke konkurransekraften til norske verft. Dette vil behandles i punkt 5.4 nedenfor.

Vi bemerker i denne sammenheng at hvilke rammer som gjelder for hvordan de lovlige hensyn skal avveies – altså hvilken *vekt* som kan knyttes til de ulike hensyn, og hvilket *resultat* oppdragsgiver kan komme til i vurderingen av hvilke konkrete krav og kriterier som skal oppstilles, skal drøftes nedenfor under punkt 7 ved behandlingen av de ulike konkrete begrensninger i oppdragsgivers lovlige skjønnsutøvelse som anskaffelsesregelverket oppstiller.

5.2 Anskaffelsesfaglige hensyn

Formålet med anskaffelsesregelverket er sammensatt. På et EU/EØS-rettslig plan er formålet å bidra til realiseringen av et felles europeisk marked, sikre fri bevegelse, og sørge for at alle aktører som driver virksomhet i medlemslandene skal ha tilgang til markedet for offentlige kontrakter.⁷² De EØS-rettslige målsetningene om likebehandling, forholdsmessighet, gjennomsiktighet og konkurranse er dermed viktige.⁷³

På et nasjonalt plan er formålet med anskaffelsesregelverket særlig å sikre *effektiv ressursbruk*, og at det offentlige opptrer med den integritet som er nødvendig for å sikre befolkningens tillit til det offentliges forvaltning av fellesskapets midler. Utover dette gjelder grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. Det å søke å realisere disse grunnleggende målsetningene og prinsippene kan omtales som «anskaffelsesfaglige hensyn».⁷⁴ Disse hensynene har også fått uttrykk i formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1, og i prinsippbestemmelsen i § 4.⁷⁵

Fra et anskaffelsesrettslig standpunkt, vil det å oppstille krav og kriterier knyttet opp mot norske verfts konkurransefortrinn, kunne bidra til å nå målsetningen om effektiv bruk av samfunnets ressurser, enten fordi

⁷² Jf. eksempelvis C-454/06 (Pressetext) avsnitt 31

⁷³ Se direktivets fortale, premiss 2.

⁷⁴ De grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper om likebehandling, konkurranse, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet kan anses som virkemidler for å oppnå de grunnleggende målsetningene om fri bevegelse, effektiv ressursbruk og tillitvekkende atferd, og ikke mål i seg selv. Skillet har imidlertid i denne sammenheng ikke praktisk betydning, og det vil ikke skilles mellom hva som er målsetninger, og hva som er virkemidler for å nå disse i det følgende.

⁷⁵ I prinsippet kan det tenkes å oppstå konflikter mellom det EØS-rettslige formålet om å sikre fri bevegelse, og de prinsipper som utledes av det som konkurranse og likebehandling på den ene siden og det norske anskaffelsesregelverkets formål om effektiv ressursbruk på den andre siden. Merk at direktivets fortale også omtaler hensynet til effektiv bruk av offentlige midler i premiss 3, men da i konteksten av Kommisjonens strategi om bærekraftig vekst og som bakgrunn for revisjonen av 2004-direktivene.

det bidrar til behovsdekning, og/eller lavere pris/kostnad for oppdragsgiver. Krav og kriterier i den enkelte anskaffelse som knytter an til norske verfts fortrinn kan derfor danne grunnlag for krav og kriterier i den enkelte anskaffelse, forutsatt at oppdragsgiver kan vise til et saklig behov for noen av disse særtrekkene, og de konkrete krav og kriterier er i samsvar med både prinsippene og de mer konkrete reglene i anskaffelsesregelverket. Hensynet til å styrke norske verft kan likevel ikke i seg selv begrunne valg av (norsk) leverandør. Dette drøftes under punkt 5.4.

I kapittel 2.2 beskrev vi kort norske skipsverfts konkurransefortrinn. Disse fortrinnene kan typisk forankres i et saklig og objektivt behov dersom det er tale om komplekse fartøy, der leveringssikkerhet er sentralt, det kan bli behov for endringer underveis i kontraktperioden, kontrakten forutsetter innovasjon, etc.

5.3 Andre hensyn som EØS-anskaffelsesdirektivene gir eksplisitt adgang til å vektlegge

EØS-anskaffelsesdirektivene åpner også for å foreta vurderinger som går utover det som tradisjonelt har blitt ansett som anskaffelsesfaglige hensyn på ulike stadier i anskaffelsesprosessen. Flere bestemmelser i EØS-anskaffelsesdirektivene åpner eksplisitt opp for vektlegging av hensyn som menneskerettigheter, miljømessige forhold, sosiale forhold og arbeidsforhold.⁷⁶ I arbeidet med utformingen av de gjeldende anskaffelsesdirektivene ble det vektlagt at det i større grad burde være adgang til å ivareta andre samfunnshensyn, og det ble derfor inntatt flere nye bestemmelser som åpnet for dette. Ved vedtakelsen av de gjeldende EØS-anskaffelsesdirektivene ble særlig miljøhensyn fremhevet. Offentlige anskaffelser skulle brukes som et strategisk verktøy for å fremme smart, bærekraftig og inkluderende vekst.⁷⁷

I tråd med dette er det flere regler i det gjeldende norske anskaffelsesregelverket som bygger på slike hensyn. Disse reglene åpner for, og pålegger i en viss utstrekning, oppdragsgivere å ta slike hensyn i betraktning på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Det kan her vises til enkelte overordnede bestemmelser som anskaffelsesloven § 5 som lovfester en plikt til å hensynta miljø og menneskerettigheter, og åpner for at det oppstilles krav og kriterier som fremmer hensyn til «miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold».⁷⁸ I tillegg kan det vises til lovens § 6 som gir hjemmel til å gi forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ved anskaffelser av tjenester og bygge- og anleggsarbeider,⁷⁹ og § 7 om at det skal stilles krav om lærlinger.⁸⁰ Det er også inntatt en generell regel i anskaffelsesforskriftene om minimering av miljøbelastning.⁸¹ Videre er det flere og mer konkrete regler som gjelder for de ulike delene av anskaffelsesprosessen som åpner for at slike hensyn vektlegges, se for eksempel bestemmelsene om miljømerking⁸²), miljøledelsesstandarder⁸³, tildelingskriterier⁸⁴ og livssyklus kostnader⁸⁵.

Miljøhensyn og hensyn til sosiale forhold og arbeidsforhold er dermed integrert i de gjeldende EØS-anskaffelsesdirektivene og det norske anskaffelsesregelverket på en slik måte at de faller i en kategori av hensyn

⁷⁶ Se eksempelvis EUs anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU) art. 18. nr. 2, art. 42. nr. 1 annet avsnitt og nr. 3 bokstav a., art. 43, art. 57 nr. 1, art. 62, art. 67 nr. 2, art. 68 nr. 1 bokstav b. og art. 70.

⁷⁷ Fortalen punkt 2 til Direktiv 2014/24/EU.

⁷⁸ Bestemmelsen bygger på de grunnleggende prinsippene i direktiv 2014/24/EU artikkel 18.3.

⁷⁹ Jf. FOR 2008-02-08-112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

⁸⁰ Jf. FOR 206-12-17-1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter.

⁸¹ Anskaffelsesforskriften § 7-9 og forsyningsforskriften § 7-9.

⁸² Anskaffelsesforskriften § 15-3 og forsyningsforskriften § 11-3.

⁸³ Anskaffelsesforskriften § 16-7 og forsyningsforskriften § 12-2.

⁸⁴ Anskaffelsesforskriften § 18-1 og forsyningsforskriften § 14-1.

⁸⁵ Anskaffelsesforskriften § 18-2 og forsyningsforskriften § 14-2.

som det regelmessig vil være relevant og lovlig å ta. I tillegg til å være integrert i regelverkets enkeltbestemmelser, har disse hensynene også en side til de grunnleggende målsetningene bak anskaffelsesregelverket. Det å stille krav om og vektlegge eksempelvis miljømessige forhold kan bidra til oppfyllelse av anskaffelsesregelverkets mål om effektiv ressursutnyttelse. Ved anskaffelser av fartøy kan det for eksempel angis i konkurransegrunnlaget at fartøyets livssyklus kostnader, miljøutslipp ved bruk, reparasjonsmuligheter og levetid vil bli vektlagt ved evalueringen av tilbudene i konkurransen.⁸⁶ Dette gir miljøkrav og -kriterier en tilknytning til anskaffelsesregelverkets grunnleggende målsetning. Krav som knytter seg til sosiale forhold og arbeidsforhold, kan på sin side bidra til å oppfylle målet om at anskaffelsesregelverket skal bidra til allmennhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Det å oppstille krav og kriterier som ivaretar disse hensynene, kan også bidra til å styrke norske verfts konkurransekraft, slik drøftet over i kapittel 2.2.4. Norske virksomheter skårer blant annet generelt høyt på sosiale forhold og arbeidsforhold i internasjonal sammenheng. Arbeidstakere i Norge nyter et nokså godt vern sammenliknet med andre land, blant annet som følge av gjeldende overenskomster som Verkstedoverenskomsten og allmenngjøringen av hele eller deler av disse, (forslag til) innleieregler⁸⁷, samt arbeidsmiljølovens generelle regler som i sum holder et relativt høyt nivå for ivaretagelse av arbeidsmiljøet og sosiale forhold på arbeidsplassen.

5.4 Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn

Siden målet om å styrke konkurransekraften til norske verft er en målsetning som ikke fullt ut kan forankres i hensynene som er nærmere redegjort for ovenfor, må det også undersøkes hvilke andre ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som lovlig kan forfølges når det oppstilles krav og kriterier i den enkelte anskaffelse. Med ikke-anskaffelsesfaglige hensyn menes her samfunnshensyn som ikke kan forankres i anskaffelsesfaget – altså hensyn som har til felles at de hverken kan forankres i de grunnleggende prinsippene/målsetningene nevnt ovenfor, eller er nevnt i EØS-anskaffelsesdirektivene. Det dreier seg typisk om næringspolitiske, distriktpolitiske eller sosialpolitiske hensyn. Formålet om å ivareta og stimulere norsk næringsliv gjennom det offentliges tildeling av kontrakter er et slikt hensyn.

I NOU 1997: 21 drøftet Tronslin-utvalget i større bredde om, og eventuelt hvordan, regelverket for statlige anskaffelser kunne benyttes for å oppfylle en del andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige.⁸⁸ Tronslin-utvalgets overordnede syn var at «samfunnsmessige krav i forbindelse med offentlige anskaffelser [bør] kun stilles der disse ikke er i konflikt med målene med selve anskaffelsesprosessen.»⁸⁹ Utvalget kom altså til at det er adgang til å vektlegge ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i den utstrekning det er i samsvar med de grunnleggende målsetningene ved anskaffelsesretten. Tronslin-utvalget pekte på at EØS-avtalen legger begrensninger på adgangen til å innføre samfunnsmessige krav i forbindelse med offentlige anskaffelser, ved at kravene ikke kan utformes slik at de er i strid med kravene som oppstilles i direktivene, eller de grunnleggende friheter og prinsipper som følger av EØS-avtalens hoveddel.⁹⁰

⁸⁶ Dette inngår i det GSP-piloten skal se på. [...] DFØ m.fl., har utredet mulige lav- og nullutslippskrav og kriterier i offentlige anskaffelser av ferger, hurtigbåter og andre sjøtransporttjenester, jf. <https://dfo.no/sites/default/files/2022-05/Utredning%20av%20nullutslippskrav%20til%20ferger%20og%20hurtigb%C3%A5ter.pdf>

⁸⁷ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-foreslar-a-skjerpe-reglene-for-innleie/id2919491/>

⁸⁸ NOU 1997: 21 kap. 7.

⁸⁹ NOU 1997: 21 punkt 7.1.4.

⁹⁰ Se eksempelvis punkt 7.2.3 om fremleggelse av skatteattest, punkt 7.4.7 om bruk av lærlinger, og punkt 7.5.8 om Antikontraktørklausulen.

Denne linjen har senere blitt videreutviklet og forsterket blant annet av Forenklingsutvalget i NOU 2014:4 og i senere forarbeider til det gjeldende anskaffelsesregelverket. Forenklingsutvalget understreket at anskaffelsesregelverket hverken er eller skal være til hinder for å vareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.⁹¹

I tråd med dette var et av formålene med endringene som ble inntatt i de gjeldende direktivene å gjøre det mulig for offentlige anskaffelser å fungere bedre til støtte for større samfunns mål. EØS-anskaffelsesdirektivene inneholder ingen uttømmende liste over hvilke hensyn som lovlig kan tas i betraktning av oppdragsgiver i anskaffelsesprosesser. På bakgrunn av dette er det flere hensyn som lovlig kan tas i betraktning.

Derimot vil det gjelde en skranke, dersom det aktuelle hensynet står i et motsetningsforhold til selve målene med anskaffelsesregelverket som det å oppnå samfunnsøkonomisk gunstig ressursbruk, sikre tillit til forvaltningen, og ivareta de anskaffelsesrettslige prinsippene og realisere det europeiske indre marked.

Hensyn som leder til samfunnsøkonomisk ugunstig ressursbruk og er egnet til å svekke tilliten til det offentlige, som kameraderi, personlige sympatier eller antipatier, eller liknende, er ikke relevante hensyn. Her kan det for eksempel vises til HR-2020-1801-A avsnitt 86, der Høyesterett ved vurderingen av spørsmålet om avlysning av en anskaffelse var saklig, uttaler at «*illojale hensikter, for eksempel å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse*».

I EØS-rettslig sammenheng vil særlig proteksjonistiske hensyn være utenforliggende hensyn. Proteksjonistiske hensyn går på tvers av den grunnleggende målsetningen om et indre europeisk marked.⁹² Hensynet til å skjerme og stimulere konkurransekraften til norsk maritim næring fremfor andre land er derfor i seg selv ikke et hensyn som kan inkluderes i oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn på EØS-anskaffelsesrettens område.

Dette innebærer at det ikke kan oppstilles krav og kriterier i den enkelte anskaffelse som (kun) har til hensikt å styrke norske verfts konkurransekraft. Krav og kriterier som rent faktisk har som virkning at de styrker norske verfts konkurransekraft kan derimot oppstilles, så lenge disse kan forankres i andre, lovlige hensyn og for øvrig er i samsvar med anskaffelsesregelverket. Lovlige forankringshensyn kan være hensynet til effektiv ressursbruk, miljøhensyn, sosiale forhold eller arbeidsforhold. I det følgende når vi uttaler oss om krav og kriterier som styrker norske verfts konkurranseposisjon, sikter vi med andre ord til krav og kriterier som har dette som *virkning*, og ikke som formål og begrunnelse.

Utover dette oppstiller imidlertid regelverket ikke noen absolutte grenser for hvilke hensyn som kan vektlegges. Regelverket legger imidlertid flere begrensninger på hvilken vekt de ulike hensyn kan ha, og hvordan disse kan gi seg utslag i konkrete krav og kriterier oppdragsgiver kan oppstille i den enkelte anskaffelse. Vektlegging av slike hensyn er kun lovlig dersom, og kun i den utstrekning, det anses i samsvar med det norske anskaffelsesregelverket, EØS-anskaffelsesdirektivene, og EØS-avtalen.

⁹¹ NOU 2014: 4 s. 87.

⁹² HR-2016-02554-P (Holship) avsnitt 105, hvor førstvoterende uttaler at «*ønsket om å beskytte en virksomhets eksistens eller å verne innenlandsk virksomhet mot konkurranse, ikke [kan] rettferdiggjøre restriksjoner på den frie bevegelse i EØS.*»

6 Handlingsrommet for å stille krav og kriterier i den enkelte anskaffelsesprosess

6.1 Innledning

Vi skal i dette kapitlet drøfte konkret hvilke krav og kriterier som kan stilles i den enkelte anskaffelse, og som samtidig vil kunne ha til virkning å styrke konkurransekraften til norske verft.

Innledningsvis skal vi i punkt 6.2 gjennomgå de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling, konkurranse, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, og gjennom utvalgte eksempler vurdere hvilke skranker disse oppstiller for aktuelle krav og kriterier som vil kunne fremme konkurransekraften til norsk maritim industri. I tillegg er det en forutsetning for kravets eller kriteriets lovligheit at det har den nødvendige tilknytningen til det som skal anskaffes. En ytterligere begrensning følger av myndighetsmisbrukslæren, som setter visse skranker for oppdragsgivers handlingsrom. Dette drøftes under punkt 6.3 og 6.5. Oppdragsgiver må også holde seg innenfor de mer spesifikke reglene som er oppstilt for den aktuelle typen krav som anvendes. Dette behandles under punkt 6.4.

Kapitlet vil vise at offentlige oppdragsgivere har en relativt vid adgang til å oppstille krav og kriterier av både økonomisk og ikke-økonomisk art. Anskaffelsesregelverket åpner også til en viss grad for å legge vekt på forhold ved anskaffelsen utover de som angår fartøyets egenskaper, slik som forholdene på produksjonsstedet, også når produksjonsstedet er i et annet land, så lenge det ikke tas rent proteksjonistiske hensyn, jf. over om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

Siden norsk rett presumeres å oppfylle de krav som følger av EØS-anskaffelsesdirektivene, skal det i det følgende tas utgangspunkt i hvordan det norske anskaffelsesregelverket, tolket i lys av EØS-anskaffelsesdirektivet, åpner for å oppstille de krav og kriterier som er gjenstand for vurdering.⁹³

6.2 De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten som skranke

6.2.1 Innledning

Anskaffelsesdirektivenes grunnleggende prinsipper legger konkrete begrensninger på oppdragsgivers handlingsrom til å oppstille krav og kriterier i den enkelte anskaffelse. Disse prinsippene må overholdes på ethvert trinn i anskaffelsesprosessen,⁹⁴ både når det oppstilles krav og kriterier, og når tilbudene vurderes opp mot de kravene og kriteriene som er oppstilt.⁹⁵ Prinsippene skal sikre at de grunnleggende målsetningene bak anskaffelsesregelverket nås, og skal verne både de deltakende leverandører, og leverandører som kunne ha deltatt.⁹⁶

⁹³ Vi legger til grunn at det norske anskaffelsesregelverk ikke gir mindre handlingsrom for offentlige oppdragsgivere til å oppstille krav og kriterier for å sikre norske verfts konkurransekraft enn EØS-anskaffelsesdirektivene. Dette kommer av at hensynet til å beskytte eget næringsliv er et legitimt internrettslig hensyn, men ikke et legitimt hensyn i EØS-retten (jf. kapittel 5 ovenfor), og det derfor ikke er tenkelig at EØS-retten skal åpne for å forfølge dette hensynet i større grad enn norsk rett.

⁹⁴ Se C-87/94 (Vallonske busser).

⁹⁵ Prinsippene får også betydning etter kontraktsinngåelse, særlig gjennom forbudet mot vesentlige endringer etter anskaffelsesforskriften § 28-2. Handlingsrommet etter kontraktsinngåelse faller imidlertid utenfor denne fremstillingen.

⁹⁶ Se C-171/15 (Connexxtion Taxi) avsnitt 41.

I tillegg skal vi inkludere de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene om hensynet til realisering av de fire friheter i EØS-avtalen, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering. Grunnen til vår avgrensning er at alle disse prinsippene har EØS-rettslig forankring, utgjør de mest grunnleggende hensyn i anskaffelsesretten, og får konkret innvirkning på hvilket EØS-rettslig handlingsrom oppdragsgiver har til å oppstille krav og kriterier i den enkelte anskaffelse.

I tillegg til de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, må offentlige oppdragsgivere alltid overholde alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, inkludert prinsipper om saklig og forsvarlig saksbehandling, forsvarlig økonomisk forvaltning, likebehandling og forholdsmessighet.⁹⁷ Disse mer generelle prinsippene vil nevnes, hvor det er relevant, men likevel slik at vårt hovedfokus vil være de anskaffelsesrettslige prinsippene forankret i EØS-anskaffelsesdirektivene, og kodifisert i anskaffelsesloven § 4.⁹⁸

6.2.2 Likebehandling

Det grunnleggende prinsippet om likebehandling går ut på at oppdragsgiver skal sikre at tilbyderne skal gis like muligheter til å bli tildelt kontrakt. Prinsippet setter begrensninger for oppdragsgivers handlingsrom i alle deler av anskaffelsesprosessen - både ved utformingen av konkurransegrunnlaget og ved oppdragsgivers evaluering av tilbydernes kvalifikasjoner og av tilbudene.

Likebehandlingsprinsippet kan formuleres som et diskrimineringsforbud. En eventuell forskjellsbehandling må være saklig og objektivt begrunnet, slik at like tilfeller behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt.

Likebehandlingsprinsippet forbyr både direkte og indirekte diskriminering.⁹⁹ Direkte forskjellsbehandling foreligger der én leverandør eller leverandørgruppe eksplisitt og direkte behandles på en annen måte enn de øvrige leverandører i kravene i konkurransegrunnlaget, f.eks. ved krav om lokal produksjon. Forskjellsbehandling kan også være indirekte, eller skjult, ved at kravene formelt sett rammer likt, men i realiteten rammer ulikt, f.eks. ved bruk av nasjonale merkeordninger eller formelle eller tekniske krav som bare én leverandør i realiteten vil kunne oppfylle. Forskjellsbehandling vil dermed være å anse som diskriminering – og dermed forbudt – når forskjellsbehandlingen ikke er begrunnet i oppdragsgivers saklige og objektive behov.¹⁰⁰ Diskrimineringsforbudet gjelder uavhengig av om forskjellsbehandlingen er bevisst eller ikke, såfremt virkningen er at en eller flere leverandører får en nevneverdig fordel.

Likebehandlingsprinsippet kan utgjøre en selvstendig begrunnelse for å konstatere at et krav eller kriterium er i strid med anskaffelsesregelverket.¹⁰¹ Dette medfører at kravene og/eller kriteriene i konkurransegrunnlaget ikke

⁹⁷ Se blant annet forenklingsutvalget i NOU 2014:4, punkt 5.2.4.

⁹⁸ Dersom en legger til grunn en vid definisjon av prinsippene vil en typisk inkludere enkelte mer alminnelige EØS-rettslige, forvaltningsrettslige og forretningsmessige prinsipper, mens med en snever definisjon vil en gjerne kun inkludere de prinsipper som gjelder kun på anskaffelsesrettens område. Forenklingsutvalget valgte for eksempel en bred tilnærming, og bygget på at det gjelder 14 ulike prinsipper. Prinsippbestemmelsen i anskaffelsesloven § 4 bygger derimot på sistnevnte tilnærming, hvor det oppgis at de grunnleggende prinsippene er «konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet».

⁹⁹ Jf. EU-domstolens saker 3/88 (EU-kommisjonen/Italia) premiss 8 og C-234/03 (Contse) premiss 36. Se også E-5/98 Fagtn, C-360/89 Kommisjonen mot Italia om direkte diskriminering, og C-45/87 Dundalk, C-221/12 Belgacom avsnitt 37 og C-6/20 Riigi avsnitt 55 om indirekte diskriminering.

¹⁰⁰ Se C-21/03 (Fabricom) avsnitt 27, og C-336/12 (Manova) avsnitt 30.

¹⁰¹ Flere regler i anskaffelsesregelverket bygger på likebehandlingsprinsippet. Det kan eksempelvis vises til anskaffelsesforskriften § 13-4 b) som direkte gjelder når det ikke er nødvendig å konkurranseutsette offentlige kontrakter. Her fremgår det at det kun er aktuelt å unnlate konkurranseutsetting der manglende konkurranse «ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør».

enkeltvis eller samlet kan favorisere én leverandør eller leverandørgruppe i større grad enn det som kan forankres i oppdragsgivers saklige og objektive behov i den enkelte anskaffelse.

Dette kan være tilfelle dersom kravene i konkurransegrunnlaget er tilpasset én spesifikk leverandør eller leverandørgruppe, og ikke nøytrale utfra oppdragsgiverens saklige behov, uten at det samtidig kan pekes på overtredelse av en spesifikk bestemmelse i anskaffelsesregelverket.

Det kan derfor ikke oppstilles krav og kriterier som enkeltvis eller samlet, enten direkte eller indirekte setter norske verft i en mer gunstig posisjon i konkurransen enn det som kan forankres i oppdragsgivers objektive og saklige behov. For eksempel vil det å oppstille krav og kriterier som generelt eller i det enkelte tilfellet favoriserer norske verft i konkurransen, være i strid med likebehandlingsprinsippet. Krav og kriterier som gjelder andre forhold enn kontraktsgjenstanden selv, og som heller ikke har annen relevant tilknytning (eks. produksjonsprosessen eller en annen relevant prosess i livssyklusen) og som derved ikke dekker oppdragsgivers saklige behov vil også raskt kunne være i strid med likebehandlingsprinsippet. Dersom det skal anskaffes et fartøy som er å betrakte som «hylleware», kan det for eksempel være i strid med likebehandlingsprinsippet å stille strenge krav som knytter seg til tjenesteelementet – som HMS-krav og andre krav knyttet til arbeidsforhold og sosiale forhold.

6.2.3 Forbudet mot diskriminering basert på nasjonalitet

Forbudet mot diskriminering basert på nasjonalitet er et utslag av likebehandlingsprinsippet, og samtidig direkte begrunnet i EØS-avtalens grunnleggende formål om å tilrettelegge for et indre marked.¹⁰² På samme måte som likebehandlingsprinsippet, rammer forbudet både direkte og indirekte forskjellsbehandling basert på nasjonalitet som ikke er forankret i oppdragsgivers saklige og objektive behov, uavhengig av om forskjellsbehandlingen er bevisst eller ikke. Et praktisk eksempel, og viktig prejudikat for prinsippet, er C-243/89 (Storebælt) hvor domstolen kom til at et krav om å bruke dansk arbeidskraft og danske materialer var i strid med dette prinsippet.

Siden ikke-diskrimineringsprinsippet gjelder både direkte og indirekte diskriminering, må oppdragsgiver sørge for at ingen av kravene og kriteriene direkte eller indirekte favoriserer norske verft, med mindre dette kan forankres i et saklig og objektivt behov. Dette gjelder også de mer tekniske kravene, som nasjonale standarder for utforming. Samtidig vil krav som norsk arbeidsspråk og lokalt nærvær, som mer direkte favoriserer norske verft, antakelig lettere kunne anses å være i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet enn krav og kriterier av teknisk art. Det vil derfor antakelig i noen anskaffelser av fartøy ikke være adgang til å stille krav om norsk arbeidsspråk, lokal tilknytning, og responstid.

Det er samtidig på det rene at forskjellsbehandling basert på nasjonalitet kan være lovlig, og at slike krav etter omstendighetene er tillatt å oppstille. Klagenemda for offentlige anskaffelser og de alminnelige domstoler har ved flere anledninger understreket at krav om lokal tilknytning er et krav som gjerne er særlig byrdefullt å møte for utenlandske aktører, men har samtidig akseptert slike krav i den grad dette anses som saklig, og det ikke er unødig til ulempe for eventuelle utenlandske leverandører.¹⁰³ Oppdragsgiver vil også her som ellers innrømmes et visst skjønnsrom til å vurdere hva som er nødvendig i den enkelte anskaffelse.¹⁰⁴

¹⁰² Se f.eks. EU-domstolens sak 810/79 (Peter Überschär) avsnitt 16.

¹⁰³ Se eksempelvis LF-1999-942, KOFA sak 2003/17 og KOFA sak 2005/17.

¹⁰⁴ Se f.eks. KOFA sak 2005/17 der nemda uttalte at «Klagenemnda har i dette tilfelle ikke tilstrekkelig grunn til å sette til side som usaklig innklagedes vurdering av hvordan leveringen best kan skje.»

Det gjelder også en viss adgang til å vektlegge at verftet har erfaring fra Norge, og ikke andre land – forutsatt at det er særtrekk ved forholdene i Norge som er relevante og saklige. Som eksempel her kan det vises til en sak fra dansk praksis,¹⁰⁵ der oppdragsgiveren hadde vektlagt at tilbydereren hadde svenske referanser. Dette ble ansett som lovlig, ettersom det var forskjell mellom sosial- og folkehelselovgivning mellom landene. Dersom lovgivningen knyttet til arbeidsmiljø, klima- og miljømessige forhold eller liknende særpreger Norge, og det foreligger et saklig behov for disse særtrekkene, kan det være adgang til å oppstille krav og kriterier om dette uten at disse er i strid med prinsippet om ikke-diskriminering.

Til slutt viser vi til at det også er tillatt å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk, og kreve at tilbudene og øvrige dokumenter inngis på norsk, selv om dette i realiteten favoriserer norske leverandører.¹⁰⁶ Ved anskaffelser av fartøy kan det derfor være aktuelt å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk, og kreve at tilbudet og tilhørende dokumentasjon skal leveres på norsk, såfremt tilbyderens nasjonalitet ikke vektlegges i vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner eller selve tilbudet.¹⁰⁷

6.2.4 Konkurransen

Det grunnleggende prinsippet om konkurranse innebærer at det skal sikres konkurranse om offentlige kontrakter der det er mulig, og utgjør en forpliktelse som offentlige oppdragsgivere er underlagt etter regelverket. Plikten til å sikre konkurranse kommer til uttrykk flere steder i anskaffelsesregelverket, eksempelvis ved reglene om utvelgelse av leverandører til deltakelse i en begrenset konkurranse, der det fastsettes en grense for antallet leverandører som velges ut til å gi tilbud. Her kreves det at oppdragsgiver må inkludere «*et antall deltakere som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse*», og som et minimum inkludere tre eller fem tilbydere, avhengig av konkurranseform.¹⁰⁸

Prinsippet får selvstendig betydning der en oppdragsgiver har innrettet konkurransen på en måte som medfører unødige hindringer for konkurransen, uten at det samtidig kan påvises at konkrete bestemmelser i regelverket er overtrådt, se f.eks. KOFA sak 2007/74 (Allskog).¹⁰⁹ Her hadde oppdragsgiver stilt krav om at leverandørene i en anskaffelse av entreprenørtjenester for avvirking av skog ikke skulle kunne delta i konkurranser om tilsvarende oppdrag, hvis oppdragsgiver ville delta i konkurransen. Dette kravet kom KOFA til at ulovlig begrenset konkurransen om de senere oppdragene. Det kan altså kun unntaksvis oppstilles krav som har til formål å hemme konkurransen, jf. også EU-domstolens sak C-234/03 (Contse) premiss 20 flg. Dette følger også av anskaffelsesdirektivet artikkel 18. nr. 1:¹¹⁰

«Udbuddet udformes ikke med det formål at [...] kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.»

¹⁰⁵ KLFU 9/7-14 Attendo mot Holbæk Kommune

¹⁰⁶ Anskaffelsesforskriften § 7-7 og forsyningsforskriften § 7-6.

¹⁰⁷ Se den danske avgjørelsen 26/3-18 (idemia mot Digitaliseringsstyrelsen), der det ble ansett tillatt å kreve at tilbud og kommunikasjon og tilbud skulle være på dansk, såfremt nasjonalitet ikke var en del av kvalifikasjonsvurderingen.

¹⁰⁸ Anskaffelsesforskriften § 16-12 (3) og forsyningsforskriften § 12-7 (3).

¹⁰⁹ I praksis er derfor prinsippet om konkurranse særlig aktuelt å anvende som en selvstendig skranke for oppdragsgivers handlingsrom i anskaffelser der det gjelder mindre detaljerte regler, for eksempel fordi anskaffelsene er under terskelverdi. På denne måten er prinsippet om konkurranse og likebehandling nært forbundet.

¹¹⁰ Se også forsyningsdirektivets artikkel 36 nr. 1.

Konkurranses grunnlagets krav kan kun skape hindringer for konkurransen dersom den reduserte konkurransen er en konsekvens av enkelte leverandørers naturlige konkurransefortrinn, og kravet er nødvendig for å dekke oppdragsgivers saklige behov, se EU-domstolens sak C-513/99 (Concordia Bus)¹¹¹ og KOFA sak 2015/102 (Volvo Maskin) avsnitt 18 og sak 2012/238 (Bergen-Nordhordland Rutelag) avsnitt 39. I sistnevnte sak hadde offentlig oppdragsgiver i en anskaffelse av operatør til hurtigbåter i Hordaland delt anskaffelsen inn i rutepakker. Klagenemda uttalte at «en ruteinndeling som favoriserer noen få store aktører, uten at dette er saklig begrunnet i relevante hensyn», kan være i strid med prinsippene om likebehandling og konkurranse. I denne saken kunne imidlertid oppdragsgiver vise til objektive grunner for inndelingen i rutepakker, ved at det var foretatt en sammensatt vurdering basert på «økonomiske, praktiske, og administrative forhold». KOFA anså disse forhold som relevante, og ettersom klager ikke kunne redegjøre for hvordan inndelingen usaklig begrenset konkurransen, kom KOFA til at ruteinndelingen var lovlig.

I anskaffelser av fartøy kan det dermed ikke oppstilles krav og kriterier for å styrke konkurransekraften til norske verft som enkeltvis eller samlet begrenser konkurransen i større grad enn det som kan forankres i oppdragsgivers saklige behov. For å vurdere hvilken konkurransehemmende virkning krav kan ha, må det ses hen til konkurransesituasjonen i det markedet anskaffelsen gjelder. Siden fartøy, og anskaffelser av slike fartøy, er nokså forskjellige, er det vanskelig å si noe helt generelt om konkurransesituasjonen.

Prinsippet om konkurranse setter uansett begrensninger på hvilke absolutte krav – minimumskrav og kvalifikasjonskrav – en offentlig oppdragsgiver kan oppstille i en konkurranse. Denne typen krav kan etter sin art fort lede til en begrensning av konkurransen, siden disse kravene må oppfylles for å unngå avvisning fra konkurransen.¹¹² Dette kan innebære at det å oppstille krav som er svært vanskelige å oppfylle, eller som få kan møte av andre grunner, som minimumskrav om oppfyllelse av nasjonale standarder for utforming, kan være i strid med prinsippet om konkurranse.

Prinsippet kan legge føringer på hvilke *evalueringskrav* oppdragsgiver kan oppstille. Dette gjelder om de oppstilte evalueringskravene unødige begrenser antallet leverandører som kan delta i konkurransen med rimelige utsikter til å vinne kontrakten. Hvor anskaffelsen gjelder et fartøy der det er få aktuelle tilbydere, er det desto viktigere å sikre sterk konkurranse mellom disse. Offentlige anskaffere av fartøy (eller operatørtjenester eller utstyr) må ha for øyet at evalueringskravene ikke utformes på en slik måte at det kun er én, eller noen få verft som har realistisk mulighet til å nå frem. Dette kan eksempelvis være tilfelle hvis det stilles en rekke evalueringskrav om responstid, lokal tilstedeværelse, norsk språk, mv. som samlet sett medfører at alle utenlandske verft ikke har noen realistisk mulighet til å kunne delta i konkurransen med rimelig mulighet til å bli tildelt kontrakten.

6.2.5 Forutberegnelighet og etterprøvbarehet

De grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet skal sikre en gjennomiktig prosess, for å beskytte formålet om konkurranse, og sikre tilliten til offentlige innkjøp. Leverandørene skal ha rimelig mulighet til å forstå, og forutberegne, hvilke krav og kriterier som gjelder ved gjennomføringen av anskaffelsen, og den innbyrdes vekten mellom tildelingskriteriene ved den senere bedømmelsen av tilbudene.¹¹³ I tillegg skal

¹¹¹ Se omtale i 7.2.5 – krav og kriterier knyttet til HMS, herunder bærekraft.

¹¹² Se anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) a) om avvisning der leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, og § 24-8 (1) b) om vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget, som normalt medfører en plikt til avvisning av tilbud som ikke oppfyller alle minimumskravene. Se også hhv. forsyningsforskriften § 20-2 (1) a) og § 20-8 (1) b).

¹¹³ Se NOU 2014: 4 punkt 10.4.5 om forutberegnelighetsprinsippet.

leverandørene ha mulighet til å kontrollere hvordan oppdragsgiver har gått frem ved bedømmelsen av tilbudene med sikte på å vurdere om regelverket har blitt fulgt.¹¹⁴

Snarere enn å begrense *hva* de ulike krav og kriterier materielt sett kan inneholde, vil prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet stille krav til *hvordan* aktuelle krav og kriterier kan utformes. De krav og kriterier som oppdragsgiver bedømmer tilbudene etter må være tilstrekkelig klart og entydig angitt i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgivere kan ikke utforme helt skjønnsmessige krav og kriterier for å styrke konkurransekraften til eksisterende leverandører osv. Hvor skjønnsmessige og åpne kravene og kriteriene kan være, er nærmere vurdert av Høyesterett i HR-2022-1964-A med videre henvisning til C-538/13 (eVigilio). Her uttaler førstvoterende at: «*Ved vurderingen av om kravene er tilstrekkelig presise, skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravenes konkrete rekkevidde.*»

Et eksempel på at tildelingskriteriene ikke var klart nok angitt, er klagenemndas sak 2006/49 (Nordland Taxi). Her var det angitt i konkurransegrunnlaget at pris skulle være utslagsgivende, men at dette kunne fravikes dersom et av flere nærmere angitte vilkår var oppfylt. Nemda uttalte at tildelingskriteriet var for uklart ettersom oppdragsgiveren «*i realiteten [ville] stå fritt til å velge om laveste pris skulle fravikes dersom en leverandør oppfylte et av de øvrige kravene. Dette innebærer at grunnlaget for tildelingen blir vanskelig å etterprøve, og medfører risiko for at konkurransen ikke blir gjennomført på like vilkår, jf. anskaffelsesloven § 5.*» Det må med andre ord være tilstrekkelig klart hvordan oppdragsgiver *vil* gå frem ved tilbudsbedømmelsen, det holder ikke at det er angitt hvordan oppdragsgiver *kan* gå frem. Det er også eksplisitt angitt i forskriftene at tildelingskriteriene ikke kan være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiver en ubegrenset skjønnsfrihet.¹¹⁵

Prinsippene får også betydning på andre tidspunkt i anskaffelsesprosessen. Forutberegnelighetsprinsippet legger føringer for hvordan bedømmelsen av tilbudene kan foregå: Oppdragsgiver må følge de føringer for bedømmelsen av tilbud som er angitt i konkurransegrunnlaget. Etterprøvnbarhetsprinsippet gjør seg på sin side særlig gjeldende i etterkant av gjennomføringen av en anskaffelse, og stiller særlig krav til at oppdragsgiver er i stand til å dokumentere hvilke vurderinger som er gjort opp mot de krav og kriterier som er oppstilt. Dette innebærer at oppdragsgiver ved anskaffelser av fartøy må følge de føringer som er gitt i konkurransegrunnlaget («bordet fanger»), og sørge for at tilbydere i etterkant kan kontrollere at dette er gjennomført på riktig måte. Oppdragsgiver har ikke adgang til å øke konkurransekraften til norske verft ved å bedømme tilbudene etter andre krav og kriterier, eller for øvrig gjøre bedømmelsen på en annen måte enn det som er angitt i konkurransegrunnlaget.

6.2.6 Gjennomsiktighet

Gjennomsiktighetsprinsippet har til formål å sikre at offentlige oppdragsgivere overholder ikke-diskrimineringsprinsippet.¹¹⁶ Prinsippet skal sikre at markedet for offentlige kontrakter åpnes for konkurranse i tråd med EØS-anskaffelsesdirektivenes overordnede formål,¹¹⁷ og at anskaffelsesprosessen er upartisk og ikke vilkårlig.¹¹⁸

¹¹⁴ Se NOU 2014: 4 punkt 10.4.6 om etterprøvnbarhet.

¹¹⁵ Anskaffelsesforskriften § 18-1 (4) og forsyningsforskriften § 14-1 (4).

¹¹⁶ Se f.eks. sak C-324/98 (Telaustria) avsnitt 61 og sak C-91/08 (Wall) avsnitt 36

¹¹⁷ E-24/13 (Wolfgang Egger) og C-64/08 (Engelmann) avsnitt 50.

¹¹⁸ C-278/14 EFS, C-599/10 (Slovensko) avsnitt 25, C-561/12 (Nordecon) avsnitt 36.

Gjennomsiktighetsprinsippet medfører at oppdragsgiver må sikre «passende grad av offentlighet».¹¹⁹ Det mest åpenbare utslaget av dette er at oppdragsgiver som den klare hovedregel må kunngjøre anskaffelsene.¹²⁰ Potensielle leverandører skal ha tilgang til all nødvendig informasjon i tide til å melde sin interesse for en offentlig kontrakt før den blir tildelt.¹²¹ I tillegg må oppdragsgiver fastsette reglene for gjennomføringen av konkurransen på forhånd, og sørge for en etterprøvbar prosess.¹²² Oppdragsgiver må med andre ord fastsette reglene for hvordan man vil gå frem for å velge hvilken tilbyder som skal tildeles kontrakt, og deretter gjennomføre anskaffelsesprosessen på en slik måte at tilbyderne kan kontrollere at oppdragsgiver har fulgt den angitte fremgangsmåten.

Dette innebærer at offentlige oppdragsgivere ved anskaffelser av fartøy, etter de anskaffelsesreglene denne utredningen gjelder, ikke kan øke konkurransekraften til norske verft ved å unnlate å kunngjøre konkurransen i hele EØS-området, la være å oppstille kravene og kriteriene for tilbudsbedømmelsen i forkant, eller å ikke følge de føringer som er gitt for tilbudsbedømmelsen i konkurransegrunnlaget og anskaffelsesregelverket. Unntak kan tenkes, f.eks. hvor fartøyene, utstyret eller operatørtjenestene er så spesialiserte at det kun er én bestemt leverandør som kan levere. Handlingsrommet for å sikre norske verft kontraktene gjennom lovlige direkteanskaffelser, dvs. uten kunngjøringer, er likevel meget begrenset. For de fleste fartøytyper vil flere verft kunne levere, men det kan tenkes fartøy med krav til en bestemt type utstyr hvor det kun finnes ét godt nok verft, eller hvor det ikke er tid nok til å gjennomføre en full anskaffelse.

6.2.7 Forholdsmessighetskravet

Det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver ved gjennomføringen av en anskaffelsesprosess ikke kan stille strengere krav, og benytte strengere kriterier, enn det som kan anses nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen. Det må med andre ord være en passende balanse mellom mål og virkemiddel.¹²³ Forholdsmessighetsprinsippet er nedfelt både i anskaffelsesloven, og i en rekke detaljbestemmelser i anskaffelsesforskriftene. Et eksempel på dette er forskriftenes bestemmelser om kravspesifikasjoner, hvor det fremgår at kravene skal stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi.¹²⁴

I den konkrete vurderingen av om kravet til forholdsmessighet kan anses oppfylt i anskaffelsen av et fartøy, vil anskaffelsens art, verdi og kompleksitet være av betydning. Krav og kriterier som er rettet inn mot å i størst mulig grad å få dekket oppdragsgivers behov relatert til egenskaper ved selve fartøyet, vil normalt ikke være i strid med forholdsmessighetsprinsippet. Ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn kan også være lovlige, såfremt behovet for å ivareta slike hensyn anses saklig. Ved vurderingen vil også de øvrige grunnleggende prinsippene få betydning, herunder prinsippene om konkurranse og likebehandling.

Forholdsmessighetsprinsippet setter grenser for hvor langt oppdragsgiver kan gå i å oppstille krav og kriterier som har til hensikt og/eller virkning å styrke konkurransekraften til norske verft. Forholdsmessighetsvurderingen er bredere, og går lengre enn at oppdragsgiver må vise et saklig behov for å oppstille de aktuelle krav og kriterier.

Mange anskaffelser av fartøy har relativt høy verdi, og må anses komplekse. Høy kompleksitet og behov for høy kvalitet kan tale for at relativt strenge krav kan anses lovlige selv om de begrenser konkurransen. Samtidig vil

¹¹⁹ Se C-25-26/14 (Unis) avsnitt 39.

¹²⁰ Se eksempelvis anskaffelsesforskriften § 21-2 og forsyningsforskriften § 17-2.

¹²¹ Jf. EU-domstolens sak C-231/03 (Coname) avsnitt 21.

¹²² Jf. E-24/13 W.E avsnitt 55, og C-496/99 (CAS) avsnitt 111.

¹²³ Se NOU 2014:4 kapittel 10.2.

¹²⁴ Anskaffelsesforskriften § 15-1 (3) og forsyningsforskriften § 11-1 (3).

anskaffelsens art, herunder høy verdi/stort omfang og høy grad av kompleksitet, tilsa at det stilles strengere krav til oppdragsgivers ivaretagelse av de grunnleggende prinsippene.

Et nylig eksempel på at forholdsmessighetskravet har vært anvendt på miljøkrav er KOFA sak 2022/582. Her hadde oppdragsgiver i en anskaffelse av operasjonsprodukter oppstilt et evalueringskrav om bruk av biobasert materiale for å sikre lav miljøbelastning. Klager innvender blant annet at det kun var den valgte leverandør som kan levere de etterspurte produktene i biobasert materiale. Til dette uttaler nemda i avsnitt 52: «*At klager ikke har de samme forutsetningene for å levere et optimalt tilbud, er som nevnt ikke til hinder for at oppdragsgiver benytter tildelingskriterier som ivaretar saklige behov*»

Klager innvendte videre at miljøkriteriet ble gitt uforholdsmessig stor vekt i konkurransen, og dermed var i strid med anskaffelsesloven § 4 og forskriftens § 18-1. Til dette uttalte klagenemda i avsnitt 52:

«Klagenemnda bemerker at det er opp til oppdragsgiver å spesifisere sine behov og ønsker. I denne saken har innklagede forklart at operasjonsprodukter kjøpes i stort volum med tilhørende miljøbelastning. Man valgte derfor å vekte miljøkriteriet høyt for de delleveransene der man så en reell mulighet for å oppnå miljøgevinst av en viss størrelse, mens vekten ble satt lavere der det ikke var mulig å oppnå en slik gevinst. Klagenemnda kan ikke se at dette medfører at miljøkriteriet er i strid med loven § 4 eller forskriften § 18-1.»

Denne avgjørelsen tyder på at hensynet til miljø – og antakelig også de øvrige hensyn som er fremhevet i EØS-anskaffelsesdirektivene – kan tillegges mye vekt, og kan begrunne en nokså sterk inngripen i prinsippet om konkurranse, såfremt dette kan forankres i oppdragsgivers saklige behov.

6.2.8 Hensynet til å realisere de fire friheter

I forlengelsen av de anskaffelsesrettslige prinsippene, herunder kravet til forholdsmessighet og det EØS-rettslige diskrimineringsforbudet, kommer det EU/EØS-rettslige hensynet til å realisere de fire friheter. Med dette mener vi at alle krav og kriterier som oppstilles i den enkelte anskaffelse som har en handelshindrende effekt, kun vil være lovlig dersom det kan rettferdiggjøres som forholdsmessig etter EØS-avtalens hoveddel. Dette kan formuleres som det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet. Dette innebærer at tiltaket må forfølge et av de formål som er nevnt i EØS-avtalen art. 13 eller et tvingende allment hensyn, og stå i forhold til det formål som søkes oppnådd – altså oppfylle vilkårene om egnethet, nødvendighet, og konsistens, jf. ovenfor. EØS-avtalens grunnleggende målsetning om fritt varebytte, her uttrykt som et prinsipp, er i stor utstrekning konsumert av de prinsippene som er nevnt ovenfor, særlig ved at det forholdsmessighetsprinsipp som er nedfelt i de norske anskaffelsesforskriftene tolkes i lys av det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet. Det er likevel et poeng å tydeliggjøre skillet mellom hvilket grunnleggende formål som søkes oppnådd med EØS-anskaffelsesretten, sammenliknet med den norske anskaffelsesretten.

Grunnleggende sett innebærer dette at krav og kriterier som anses som restriksjoner på de fire friheter – noe krav og kriterier som favoriserer norske verft åpenbart vil kunne være nettopp fordi de favoriserer norske verft – må forankres i et tvingende allment hensyn for å være lovlige. Miljøhensyn, sosiale hensyn og hensyn til arbeidsmiljøet vil være slike hensyn. Hensynet til å beskytte eget næringsliv vil ikke være et slikt tvingende allment hensyn. I denne sammenheng bør det også nevnes at hensynet til å forenkle forvaltningens

saksbehandling, og å spare kostnader, i liten grad har vært ansett som et tvingende allment hensyn.¹²⁵ Et ønske om å spare kostnader eller lette saksbehandlingen i den enkelte anskaffelse kan dermed ikke nødvendigvis begrunne en restriksjon på de fire friheter, med mindre kostnadsbesparelsen ivaretar andre legitime hensyn.

I tillegg innebærer det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet at leverandører ikke skal møtes med strengere krav enn det som er nødvendig for å nå målene som forfølges, jf. C-413/17 (Roche Lietuva), C-546/16 (Montte), C-523/16 (MATI SUD). EU-domstolen har i denne sammenheng særlig slått ned på mer absolutte regler, og krav og kriterier,¹²⁶ men i prinsippet kan alle krav og kriterier som setter restriksjoner på realiseringen av de fire friheter omfattes. For anskaffelser av fartøy innebærer dette at krav og kriterier som har til hensikt og/eller virkning å styrke konkurransekraften til norske verft, ikke må gå lengre enn nødvendig for å realisere det eller de påberopte tvingende allmenne hensyn – som for eksempel hensyn til miljø, sosiale forhold eller arbeidsforhold. Det kan ikke oppstilles strenge krav som utelukker utenlandske verft, som samtidig ikke i nevneverdig grad er egnet til å ivareta det påberopte hensynet.

6.3 Tilknytningskravet

Det er flere regler i anskaffelsesregelverket som krever at de aktuelle krav og kriterier som oppstilles skal ha en tilknytning til det som skal anskaffes. Dette følger for eksempel av anskaffelsesforskriften § 15-1 (2) om kravspesifikasjonens innhold, anskaffelsesloven § 5 (2) om krav for ivaretagelse av miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn, og § 18-1 om tildelingskriterienes innhold.¹²⁷ Samlet sett må det legges til grunn at tilknytningskravet gjelder generelt for alle krav og kriterier som benyttes i konkurransegrunnlaget.

Tilknytningskravet innebærer for eksempel at tildelingskriteriene må legge opp til «en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys», jf. eksempelvis nemndas avgjørelser i sakene KOFA sak 2020/802 avsnitt 30 og KOFA sak 2015/149 avsnitt 30 flg. Dersom det aktuelle tildelingskriteriet ikke er egnet til å vurdere tilbudets sterke eller svake sider, foreligger det ikke tilstrekkelig tilknytning.¹²⁸ Et annet eksempel er krav og kriterier som gjelder etiske krav; disse må, for å være lovlige, «knytte seg til hvordan produktene leveransen omfatter, blir produsert, omsatt og/eller levert», jf. KOFA sak 2021/60 avsnitt 30.

Tilknytningskravet innebærer også at det ikke kan oppstilles krav og kriterier som er relatert til mer generelle forhold ved virksomheten til leverandørene, som ikke kan knyttes opp mot det som mer konkret tilbys i den enkelte anskaffelse. Tilknytningskravet innebærer dermed at det ikke kan oppstilles krav og kriterier som gjelder særtrekk ved norske verft generelt ved anskaffelser av fartøy.

Det er imidlertid adgang til å oppstille krav og kriterier som gjelder hele livssyklusen til det som skal anskaffes – også trekk som ikke påvirker kontraktsgjenstandens egenskaper. Det vil si at tilknytningskravet knytter seg til leveransen som helhet, og ikke bare sluttproduktet.¹²⁹

¹²⁵ Se eksempelvis C-172/11 (Erny) og E-1/04 (Fokus Bank) med videre henvisninger.

¹²⁶ Se eksempelvis C-213/07 (Michaniki), C-538/07 (Assitur), C-465/11 (Forposta), C-144/17 (Loyd's), C-523/16 MA.T.I. SUD, C-406/14 Wrocław, C-324/14 Partner Apelski, C-402/18 Tedeschi, osv.

¹²⁷ Jf. de tilsvarende bestemmelsene i forsyningsforskriften §§ 11-1 og 14-1.

¹²⁸ Et ytterligere eksempel er KOFA sak 2022/277, der klagenemda vurderte lovligheten av å oppstille krav om miljøsertifisering i en anskaffelse av vaskeritjenester. Klagenemda kom til at kravet ikke var egnet til å bedømme sterke og svake sider ved de tilbudte tjenestene, under henvisning til at «hverken sertifisering eller fravær av sertifisering gir opplysninger om kvaliteten på ytelsen som leveres».

¹²⁹ Jf. Eksempelvis anskaffelsesforskriften kap. 18 om tildelingskriteriene, og Dragsten, Kommentar til anskaffelsesforskriftens bestemmelse i § 15-1 om kravspesifikasjoner note 3 og 4.

6.4 Begrensninger i handlingsrommet for de ulike typer krav og kriterier

6.4.1 Innledning

Det gjelder særlige regler for de ulike typer krav og kriterier som kan oppstilles, som påvirker handlingsrommet oppdragsgiver har i den enkelte anskaffelse. Samtidig kan flere av norske verfts konkurransefortrinn danne grunnlag for krav og kriterier i offentlige anskaffelsesprosesser. Etter vår mening er konkurransefortrinnene særlig egnet til å oppstille evalueringskrav, det vil si inngå i tildelingskriteriene. Alle de ulike kravstypene er imidlertid aktuelle. Hvilke begrensninger som gjelder for de ulike typer krav og kriterier skal kommenteres nærmere i det følgende. Ved behandlingen av de ulike typer krav og kriterier vil vi fortløpende si noe om hvordan disse kan utformes slik at de både er lovlige, og samtidig egnet til å styrke konkurransekraften til norske verft.

6.4.2 Kvalifikasjonskrav

a) Overordnet om kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er som nevnt krav som leverandøren må oppfylle for å få delta i konkurransen.¹³⁰ En offentlig oppdragsgiver står fritt til å velge om det skal stille krav til leverandørens kvalifikasjoner. Dersom leverandøren ikke oppfyller et kvalifikasjonskrav oppdragsgiver har stilt i konkurransen, er oppdragsgiver pålagt å avvise vedkommende leverandør.¹³¹ Kravene utelukker dermed leverandører som ikke oppfyller kravene. Om slike krav utformes for vidt, vilkårlig eller med svake begrunnelser er de egnet til å begrense konkurransen på en måte som er i strid med de grunnleggende prinsippene. Konsekvensen av å ikke oppfylle kravene gjør også at det i praksis stilles strengere krav til at grunnleggende prinsipper som konkurranse, likebehandling mv. overholdes ved utformingen av slike krav enn andre ikke-absolutte krav, evalueringskrav og tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget. Som en følge av at manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav skal lede til avvising, er slike krav et effektivt virkemiddel for å unngå at leverandører som ikke kan anses tilstrekkelig egnet til å utføre kontrakten får delta i konkurransen.

Reglene om kvalifikasjonskrav følger av anskaffelsesforskriften kapittel 16.¹³² Her gis det en uttømmende liste over hvilke typer kvalifikasjonskrav som kan oppstilles. Selv om det er uttømmende angitt hvilke typer materielle kvalifikasjonskrav som kan stilles, gir bestemmelsene nokså stort rom til å oppstille en rekke ulike nærmere angitte kvalifikasjonskrav. I denne sammenheng er det kanskje særlig viktig å merke seg at det ikke er adgang til å kreve at leverandøren må være en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, såfremt leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten han er etablert.¹³³ Følgende kategorier kvalifikasjonskrav vil som utgangspunkt være lovlige:

- Krav om at leverandøren skal være registrert i et foretaksregister, faglig register eller handelsregister i den staten leverandøren er etablert (§ 16-2).
- Krav om at leverandøren skal oppfylle kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder (§ 16-7).
- Krav om at leverandøren skal opplyse om navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten (§16-8 (2))

¹³⁰ Merk at kvalifikasjonskrav kan oppfylles ved hjelp av støttende virksomheter, og at kvalifikasjonskrav må oppfylles av alle deltakerne i et tilbud dersom leverandører leverer tilbud i fellesskap, jf. hhv. anskaffelsesforskriften §§ 16-10 og 16-11 og forsyningsforskriften §§ 12-5 og 12-6.

¹³¹ Anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) a) og forsyningsforskriften § 20-2 (1) a).

¹³² I henhold til forsyningsforskriften, kapittel 12.

¹³³ Se anskaffelsesforskriften § 16-8 (1) og forsyningsforskriften § 12-3.

- Krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner (§ 16-5).
- Krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet (§ 16-4).

I tillegg må kravene her som ellers oppfylle de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, og være i samsvar med de mer konkrete regler som oppstilles for den aktuelle typen kvalifikasjonskrav.

Når det oppstilles et kvalifikasjonskrav, oppstilles det samtidig et tilhørende dokumentasjonskrav, som skal underbygge at det materielle kvalifikasjonskravet er oppfylt. Både kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet må i så fall oppfylles for at tilbyderen skal anses kvalifisert.¹³⁴ For noen typer kvalifikasjonskrav er det også gitt en uttømmende opplisting av hvilke dokumentasjonskrav som kan benyttes for å underbygge at det materielle kvalifikasjonskravet er oppfylt.

Flere av kravene og kriteriene som eventuelt kan bidra til å sikre konkurransekraften til norske verft kan oppstilles som kvalifikasjonskrav

b) Kvalitetsstyringsstandarder og miljøledelsesstandarder

Etter anskaffelsesforskriften § 16-7 (1) kan oppdragsgiver kreve at det blir fremlagt attester utstedt av uavhengige organer, som dokumentasjon for oppfyllelse av visse kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder. Krav om miljøledelsesstandarder faller innenfor kategorien miljøkrav, og kvalitetsstyring faller innenfor kategorien HMS-krav. I anskaffelser av fartøy kan det være aktuelt å oppstille slike kvalifikasjonskrav. I den grad norske verft oppfyller relevante kvalitets- og miljøledelsesstandarder i større grad enn utenlandske verft som er aktuelle deltakere i konkurransen, vil denne typen krav naturligvis kunne styrke konkurransekraften til norske verft.

Det gjelder imidlertid begrensninger knyttet til hvilke standarder det kan vises til. Kvalitetssikringsstandardene det vises til må være basert på relevante europeiske standardserier som er sertifisert av akkrediterte organer. Miljøledelsessystemene eller –standardene må være «EU-ordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS), andre anerkjente miljøledelsessystemer i forordning (EF) nr. 1221/2009 artikkel 45 eller andre miljøledelsesstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer». Flere standarder er relevante. Noen av de vanligste er ISO-sertifiseringene 9001 for kvalitetsstyring og 14001 for miljøledelse.

Som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav knyttet til miljøledelses- og kvalitetsstyringsstandarder, må likevel oppdragsgiver akseptere tilsvarende attester utstedt av organer i andre EØS-stater. Oppdragsgiver må også akseptere adekvat dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikrings- eller miljøledelsestiltak, der det ikke har vært mulig for en leverandør å få en attest innen fristen, og dette ikke skyldes forhold på leverandørens side.

c) Krav som gjelder leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner

Etter anskaffelsesforskriften § 16-5 (1) kan oppdragsgiver stille krav som er «relevante» «for å sikre at leverandøren har de tekniske og faglige kvalifikasjonene, inkludert menneskelige og tekniske ressurser og erfaringer, til å utføre kontrakten». Ved anskaffelser som krever montering, installasjon, eller på annen måte inneholder et element av tjenester, noe som typisk vil være tilfelle ved anskaffelser av fartøy, har oppdragsgiver også adgang til å «vurdere leverandørens faglige kvalifikasjoner på bakgrunn av hans ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider», jf. bestemmelsens andre ledd.

¹³⁴ Merk imidlertid at manglende dokumentasjon ikke nødvendigvis leder til en avvisningsplikt.

Denne bestemmelsen gir med andre ord hjemmel til å oppstille flere ulike krav, såfremt de er relevante for å avgjøre hvorvidt leverandøren er egnet til å oppfylle kontrakten. I tillegg må det enkelte kvalifikasjonskrav være forholdsmessig, jf. anskaffelsesloven § 4.¹³⁵

Ved anskaffelser av fartøy tilsier anskaffelsens art og grad av kompleksitet at det i de fleste tilfeller vil være relevant og forholdsmessig å oppstille krav som gjelder leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Det er tillatt – og også svært vanlig i praksis – å ikke angi presist hvor grensen går for hva som skal til for å anses materielt kvalifisert, men for eksempel å angi at det gjelder krav om å ha «tilstrekkelig erfaring med levering av lignende fartøy», «tilstrekkelige ressurser» etc. Det nærmere innholdet i kravet vil da fremgå av en fortolkning av det tilhørende dokumentasjonskravet, sammen med konkurransegrunnlagets tekniske krav til fartøyet som skal anskaffes og kontraktsvilkårene for øvrig.

Hvilke dokumentasjonskrav som kan oppstilles, for å vise oppfyllelse av det materielle kravet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, er uttømmende angitt i anskaffelsesforskriften § 16-6. I tillegg gjelder det krav om at dokumentasjonskravet skal «*stå i rimelig forhold til anskaffelsens karakter, omfang, betydning og planlagte bruk*», jf. § 16-6 (4). Aktuelle dokumentasjonskrav for anskaffelser av fartøy kan for eksempel være at det skal inngis en oversikt over relevante fartøyleveranser de siste 3 årene, en beskrivelse av teknisk personell eller enheter, og av undersøkelses- og forskningsfasiliteter som leverandøren råder over, jf. Anskaffelsesforskriften § 16-6 (1) a.-d.

Ved anskaffelser av fartøy vil det, avhengig av hva fartøyet skal benyttes til, eksempelvis kunne være lovlig å oppstille et kvalifikasjonskrav om erfaring med bygging/levering av fartøy for drift i norske/nordiske farvann (vær- og kystmessige forhold), forutsatt at det er slike særtrekk ved norske/nordiske farvann at erfaring og kompetanse på dette punktet er vesentlig for leverandørens evne til å oppfylle kontrakten. Et slikt kvalifikasjonskrav må ventes å være egnet til å styrke konkurransekraften til norske verft, siden de empiriske undersøkelsene tyder på at offentlige kontrakter i Norge i stor grad tildeles norske verft, og norske verft dermed vil ha mer omfattende erfaring med skip for drift i norske/nordiske farvann enn utenlandske verft.

Videre kan det være særlig aktuelt å oppstille krav om en beskrivelse av leverandørkjeden og sporingssystemene som leverandøren vil bruke til å utføre kontrakten, jf. § 16-6 (1) e), som vil kunne avdekke om leverandøren har tilstrekkelige ressurser til å utføre kontrakten.

6.4.3 Kravspesifikasjonen

a) Overordnet om hvilke krav og kriterier som kan inntas i kravspesifikasjonen

Anskaffelsesforskriften kapittel 15 regulerer hva kravspesifikasjonen kan og skal inneholde. Kravspesifikasjonen er det dokumentet som normalt inneholder flest krav, og er derfor sentralt for denne utredningen. Som et utgangspunkt kan alle de kravene som er opplistet i kapittel 7 som gjelder egenskaper ved fartøyet eller trekk ved leveransen/kontraksarbeidene for øvrig *etter sin art* tas inn i kravspesifikasjonen. Samtidig må kravene i kravspesifikasjonen enkeltvis og samlet være i samsvar med prinsippene og de mer konkrete reglene i forskriftens kapittel 15. I kapittel 15 er det fastsatt noen generelle regler som gjelder for alle krav i kravspesifikasjonen, og enkelte bestemmelser som setter begrensninger i adgangen til å oppstille mer konkrete typer krav.

¹³⁵ Se også Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2022-1964-A avsnitt 39

Den generelle bestemmelsen for kravspesifikasjonens innhold følger av § 15-1 (1) som angir at «*kravspesifikasjonen skal angi kravene som stilles til egenskapene til varene, tjenestene, eller bygge- og anleggsarbeidene oppdragsgiveren skal anskaffe*». I tillegg gjelder det som ellers et tilknytningskrav for kravspesifikasjonen, jf. bestemmelsens andre ledd.

Videre oppstilles det krav i tredje ledd om at med mindre annet er fastsatt i rettslig bindende tekniske regler, skal kravene i kravspesifikasjonen utformes enten som a. ytelses- eller funksjonskrav, b. ved henvisninger til tekniske spesifikasjoner og standarder,¹³⁶ eller c. en kombinasjon av disse. Dette er primært formkrav, men angivelsen begrenser også hvilket innhold kravene kan ha, ved at kravene må være egnet til å formuleres som en av de kravstypene som oppstilles i bestemmelsen. Dette innebærer at de krav og kriterier som oppstilles må kunne forankres i kontraktsgjenstandens egenskaper, jf. også tilknytningskravet som redegjort nærmere for i punkt 6.3 ovenfor.

Anskaffelsesforskriften § 15-1 andre ledd åpner imidlertid for at kravene kan vise til «*alle sider av og trinn i livssyklusen*» til det som anskaffes, inkludert «*faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem, eller en annen prosess i livssyklusen*», uavhengig av om disse faktorene påvirker kontraktsgjenstandens egenskaper. Som et utgangspunkt kan det dermed oppstilles krav i kravspesifikasjonen som ikke påvirker fartøyets egenskaper, såfremt kravene viser til et trinn i livssyklusen til fartøyet.

Det følger videre av anskaffelsesforskriftene at kravspesifikasjonen skal ta hensyn til universell utforming dersom fartøyet «*skal brukes av personer, enten det er allmennheten eller ansatte hos oppdragsgiveren, med mindre unntak kan begrunnes særskilt*».¹³⁷ For passasjerskip er det også stilt krav om universell utforming i forskrift om bygging av skip.¹³⁸ Kravet i anskaffelsesforskriftene gjelder imidlertid i utgangspunktet ved anskaffelse av alle typer fartøy, så lenge de nevnte vilkårene er oppfylt. I den grad utenlandske verft er mindre erfarne i oppfyllelse av slike krav enn norske verft, vil dette kunne utgjøre en fordel for sistnevnte. Den mulige fordel vil imidlertid ikke bestå i at norske verft vil skåre bedre ved evalueringen, siden det her vil være snakk om minstekrav, men eventuelt ved at norske verft – alt annet likt – vil kunne prise seg lavere.¹³⁹

b) Adgangen til å vise til bestemte varemerker o.l.

En ytterligere generell begrensning i handlingsrommet følger av forskriftens § 15-1 fjerde ledd, som angir at det ikke er adgang til å vise til «*bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer, eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*», med mindre slik henvisning er nødvendig ut fra anskaffelsens formål, eller det ikke er mulig å beskrive anskaffelsens gjenstand tilstrekkelig presist og forståelig uten slik henvisning. Med andre ord skal kravspesifikasjonen som klar hovedregel være leverandør- og produktnøytral. Unntaksadgangen er snever. Dette innebærer at krav og

¹³⁶ Nærmere bestemt må kravene utformes «*ved henvisninger til tekniske spesifikasjoner og, i rangert rekkefølge, nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske bedømmelser, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referanser. Dersom ingen av disse finnes, skal kravspesifikasjonene vise til nasjonale standarder, tekniske godkjenninger eller tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og utførelse av bygge- og anleggsarbeidene og bruk av varene. Henvisningene skal følges av uttrykket «eller tilsvarende»*»

¹³⁷ Jf. anskaffelsesforskriften § 15-2 og forsyningsforskriften § 11-2.

¹³⁸ FOR-2014-07-01-1072 § 7, hvor det kreves at kravene etter MSC.1/Circ.735 oppfylles.

¹³⁹ Ved anskaffelser av fartøy i annenhåndsmarkedet vil krav til universell utforming kunne utgjøre en tilbudsbarriere for tilbydere av skip bygget uten krav til universell utforming, fordi tilbyderen da vil måtte kalkulere inn ombyggingkostnader som følge av dette.

kriterier om utstyr og nasjonale standarder for utforming i anskaffelser av fartøy, som klar hovedregel hverken direkte eller indirekte kan vise til bestemte produsenter, varemerker eller liknende.

c) Adgangen til å kreve bestemte merkeordninger

Adgangen til å kreve bestemte merkeordninger er nærmere regulert i anskaffelsesforskriften § 15-3. Det følger av bestemmelsens første ledd at oppdragsgiver kan kreve en bestemt merkeordning som dokumentasjon for at kontraktsgjenstanden oppfyller «*miljømessige, sosiale eller andre egenskaper som angitt i kravspesifikasjonen*» på nærmere vilkår. Merkeordning betyr i denne sammenheng «*sertifikater eller attester*» som bekrefter oppfyllelse av «*etterspurte merkekrav*». Dersom noen nasjonale standarder for utforming, HMS-krav, utstyrskrav eller andre aktuelle krav og kriterier i anskaffelser av fartøy er å anse som en merkeordning etter anskaffelsesforskriften, må kravene i denne bestemmelsen være oppfylt.

For å kunne kreve merkeordninger, må alle merkekravene ha tilknytning til leveransen og være egnet til å beskrive kontraktsgjenstandens egenskaper, være basert på etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier. Merkeordningen må være utviklet i en åpen og gjennomsiktig prosedyre, være tilgjengelig for alle interesserte parter, og fastsatt av en uavhengig tredjepart. Dersom det oppstilles krav om merkeordninger må også oppdragsgiver akseptere andre merkeordninger som oppfyller tilsvarende merkekrav, og annen dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt dersom leverandøren ikke har hatt mulighet til å delta i en akseptert merkeordning innen fristen. Hvis ikke alle merkekravene i en merkeordning er relevant for å belyse produktens egenskaper, er det etter bestemmelsens tredje ledd kun adgang til å kreve de merkekrav i en merkeordning som er relevante.

d) Testrapporter, attester og annen dokumentasjon

Etter anskaffelsesforskriften § 15-4 kan oppdragsgiveren kreve en testrapport eller attest utstedt av et samsvarsvurderingsorgan for å vise at de produktene som tilbys oppfyller kravspesifikasjonen, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene. Dette kan tenkes å være aktuelt i anskaffelser av fartøy, særlig når det gjelder krav og kriterier knyttet til standarder for utforming og utstyrskrav. Hvis det etterspørres et spesifikt samsvarsvurderingsorgan, må oppdragsgiver også akseptere attester fra tilsvarende samsvarsvurderingsorganer. Tilsvarende må oppdragsgiver akseptere annen passende dokumentasjon for de leverandører som ikke har tilgang til testrapporter eller attester innen fristen, jf. bestemmelsens tredje ledd.

e) Minstekrav

I kravspesifikasjonen skal ikke bare oppdragsgiver bestemme hvilket innhold hvert enkelt krav skal ha, men også hvor strengt hvert enkelt krav skal være. Hvor strengt et krav skal forstås, beror på en tolkning av det aktuelle kravet, som tar utgangspunkt i hvordan det er formulert. Det går for eksempel et skille mellom krav som er formulert som et ønske om en egenskap eller en funksjon, og krav som er mer absolutt utformet, og som må oppfylles. Den strengeste kravstypen er minstekrav, som er slike absolutte krav som tilbudet må oppfylle.

Manglende oppfyllelse av minstekrav gir rett og plikt til å avvise tilbudet etter anskaffelsesforskriften § 24-8 (1 b).¹⁴⁰ Denne bestemmelsen angir at tilbud som inneholder «vesentlige avvik» skal avvises. Oppdragsgiver har rett til å avvise tilbud som inneholder «avvik», uten at de kan anses vesentlige. Dette kan være aktuelt for manglende oppfyllelse av mindre absolutt formulerte krav i kravspesifikasjonen.

¹⁴⁰ Se eksempelvis LE-2014-96767, LE-2014-98029.

Siden manglende oppfyllelse av minstekrav som klar hovedregel gir avvisningsplikt, vil det – på samme måte som for kvalifikasjonskrav – stilles strengere krav til overholdelsen av de grunnleggende prinsippene ved utformingen av disse kravene, enn ved utformingen av ikke-absolutte krav og kriterier i konkurransegrunnlaget. Samtidig er det å bruke minstekrav et godt virkemiddel for å utelukke leverandører som ikke er i stand til å levere tilfredsstillende.

Hvorvidt et krav bør formuleres som et minstekrav bør ta utgangspunkt i oppdragsgivers saklige behov. Det er særlig aktuelt å oppstille minimumskrav om hva kontraktsarbeidene som et minimum må omfatte, og hvilke tekniske kvaliteter kontraktsgjenstanden må ha når arbeidene er ferdigstilt. Det kan også være aktuelt å stille krav om overholdelse av visse standarder, for eksempel knyttet til HMS.

På grunn av avvisningsplikten som følger med manglende oppfyllelse av minstekrav, og dermed direkte påvirker hvilke aktører som kan delta i konkurransen, er det viktig å ha for øye hvilke krav norske verft er i stand til å oppfylle, hvilke krav utenlandske verft kan oppfylle, og hvilke krav som norske verft er alene om å kunne oppfylle. Vi antar at avanserte europeiske verft stort sett kan levere det samme, og at det ikke uten videre er enkelt å identifisere krav til tekniske egenskaper/funksjoner som styrker konkurransekraften til norske verft. Men i den grad for eksempel lengde/dybde på dokk, krankapasitet eller lignende vil legge begrensninger på hvilke verft som kan gjennomføre oppdraget, kan dette påvirke konkurransekraften til norske verft.

6.4.4 Kontraktsvilkår

Med kontraktsvilkår menes de delene av konkurransegrunnlaget som angir de rent juridiske rettighetene og pliktene mellom partene etter kontraktsinngåelsen, ut over plikten til å bygge fartøyet i henhold til kravspesifikasjonen.

Anskaffelsesregelverket inneholder ingen bestemmelser om hvilke konkrete bestemmelser kontraktsvilkårene kan eller må inneholde. Det er imidlertid oppstilt et krav om at kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene.¹⁴¹ Det må også legges til grunn at vilkårene ikke må være i strid med anskaffelseslovens grunnleggende krav og EØS-retten for øvrig, jf. ovenfor. Det fremgår også av anskaffelsesforskriften at oppdragsgiveren «*som hovedregel*» skal benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, i vårt tilfelle eksempelvis Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt.¹⁴²

I tillegg bør det nevnes at dersom oppdragsgiver ønsker endringsmulighet i kontraktperioden, bør kontraktsvilkårene inneholde endringsordbestemmelser hvor det fremgår klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Dersom dette gjøres, reduseres sannsynligheten for at endringer vil være ulovlige, dvs. går klar av det anskaffelsesrettslige forbudet mot vesentlige endringer i kontrakten, i kontraktperioden.¹⁴³

Utover dette har kontraktsvilkår i utgangspunktet mindre relevans for denne utredningen. Dette kommer både av at kontraktskrav i begrenset grad er regulert i anskaffelsesregelverket, og at kontraktskrav i første rekke har betydning etter kontrakt er tildelt, og dermed i seg selv i begrenset grad er egnet til å styrke konkurransekraften til norske verft.

¹⁴¹ Anskaffelsesforskriftens § 19-1 (1).

¹⁴² Se anskaffelsesforskriften § 19-1 (1) og forsyningsforskriften § 15-1 (1).

¹⁴³ Jf Anskaffelsesforskriften kap 28 og § 19-1.

I punkt 6.4.4 nedenfor, skal vi imidlertid gå inn på om antesipert mislighold av avtalen (herunder både kravspesifikasjonene og kontraktsvilkårene) kan danne grunnlag for avvisning av leverandører i konkurransefasen. Dersom det i konkurransegrunnlaget oppstilles krav om tilbudsdokumentasjon som er egnet til å belyse om leverandøren vil kunne oppfylle kontrakten, vil kontraktskravene i seg selv eventuelt kunne danne grunnlag for å øke konkurransekraften til norske verft i offentlige anskaffelser.

6.4.5 Tildelingskriterier

a) Overordnet om tildelingskriterier

Etter anskaffelsesforskriften § 18-1 og forsyningsforskriften § 14-1 skal oppdragsgiver tildele kontrakt på bakgrunn av enten lavest pris, lavest kostnad, eller på bakgrunn av hva som anses som det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet. Regelverket åpner ikke for å tildele kontrakt basert på en bedømmelse av andre hovedkriterier enn dette.

Norske verft har erfaringsmessig ikke lavest kostnad eller pris, og bruk av pris som eneste tildelingskriterium er derfor ikke egnet til å bidra til at norske verft effektivt kan konkurrere ved offentlige anskaffelser av fartøy. Det vil si at det i alle tilfeller bør legges opp til at det konkurreres både om pris/kostnad og kvalitet. Se for øvrig kapittel 9 nedenfor om muligheten til å vekte tildelingskriteriet lavt.

b) Generelle krav til tildelingskriterienes innhold

Anskaffelsesregelverket oppstiller grenser for hva det enkelte tildelingskriteriet mer konkret kan inneholde. Som fremholdt ovenfor, må tildelingskriteriene ha tilknytning til leveransen for å anses lovlige. De må altså legges opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys. Tildelingskriteriene må også være i samsvar med de grunnleggende prinsippene. Kriteriene må være angitt i konkurransegrunnlaget, og det må i tillegg angis hvilke krav til tilbudsdokumentasjon som gjelder i forhold til hvert tildelingskriterium. Kriteriene må også som hovedregel være vektet, og være tilstrekkelig klare og entydige. Tildelingskriteriene kan ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet.

For å tilfredsstille klarhetskravet, vil det i de fleste tilfeller av fartøysanskaffelser være nødvendig å angi presiserende underkriterier til tildelingskriteriet kvalitet, hvor tilbudene sammenlignes i forhold til hvert enkelt underkriterium. Det kan også oppstilles flere tildelingskriterier vedrørende ulike kvalitetsmessige sider ved fartøyet, som tilsvarende må være gjenstand for en separat vurdering i konkurransen.

Det å oppstille skjønnsmessige kvalitetskriterier kan være fordelaktig for å styrke konkurransekraften til norske verft, fordi slike kriterier - lovlig utformet - gir oppdragsgiver mulighet til å vektlegge de konkurransefortrinn norske verft har, og som ofte er ønskelige fra oppdragsgivers side. Samtidig gjelder det altså en grense for hvor stort skjønnsrom oppdragsgiver lovlig kan gi seg selv.

c) Tildelingskriterier knyttet til pris og kostnader

Som nevnt ovenfor skal pris eller kostnad som hovedregel inngå som et tildelingskriterium. Med «pris» menes i denne sammenheng nominell tilbudssum og eventuelle nominelle enhetspriser, samt eventuelle påslagsprosent og rabatter. Med «kostnader» menes alle kostnader ved anskaffelsen – herunder pris, livssyklus-kostnader, interne kostnader mv. Det å benytte seg av «kostnad» som tildelingskriterium innebærer dermed at det anlegges et bredere kostnadsperspektiv, enn å kun se hen til tilbudt pris som nevnt.

Pris- eller kostnadskriterier kan variere etter sitt innhold, men vil ha det til felles at de er egnet til å kaste lys over hvilket tilbud som er det mest fordelaktige i økonomisk forstand. Hvordan pris- eller kostnadskriteriene skal

utformes, beror på hva som i den enkelte fartøysanskaffelsen er egnet til å bringe på det rene tilbudets styrker og svakheter knyttet til pris eller kostnad.

Tildelingskriteriene knyttet til pris/kostnad må samlet sett gi tilstrekkelig grunnlag til å bedømme tilbudets rent økonomiske sider. Det gjelder ikke noe krav om at alle deler av anskaffelsen skal inngå i tilbudsbedømmelsen gjennom pris- eller kostnadskriterier. Her kan det eksempelvis vises til KOFA sak 2017/153 (Securitas) der oppdragsgiver ikke inkluderte kostnader til fagbrevtillegg i bedømmelsen, grunnet et ønske om å gi incentiv til å tilby personell med fagbrev. Dette ønsket ble ansett som saklig, og tildelingskriteriet ble dermed ansett som lovlig. Det er imidlertid ikke adgang til å holde større deler utenfor priskriteriet. I KOFA sak 2017/350 (Adam Ekspress) ble et priskriterium som holdt utenfor omtrent en tredjedel av oppdragene i leveransen ansett som ulovlig: Kriteriet ga ikke oppdragsgiver et forsvarlig grunnlag for å sammenlikne de tilbudte prisene, fordi det var risiko for at prisene som var gjenstand for evaluering ikke ga et representativt sammenlikningsgrunnlag.

Der oppdragsgiver velger å benytte lavest kostnad som tildelingskriterium, fremfor lavest pris, må oppdragsgiver basere valget på en kostandeffektivitetsberegning, som for eksempel en beregning av livssyklus kostnader. I tillegg inneholder anskaffelsesforskriften § 18-2 og forsyningsforskriften § 14-2 nærmere regler for hvilke kostnader som skal inngå i livssyklus kostnadene så langt de er relevante, og beregningsmetoden må angis i konkurransegrunnlaget. Også for andre kostnadselementer må oppdragsgiver beskrive hvilke kostnader som vil bli vektlagt og hvordan de ulike elementene beregnes, jf. det nevnte klarhetskravet.

Siden norske verft normalt er ansett å levere fartøy av høy kvalitet, kan det å benytte «kostnad» som tildelingskriterium fremfor «pris», bidra til å styrke konkurransekraften til norske verft. Etter anskaffelsesregelverket omfatter kostnadsbegrepet ikke bare den direkte anskaffelseskostnaden, men også eksempelvis drifts- og vedlikeholdskostnader, kostnader ved livssyklusens slutt, og til en viss grad samfunnsøkonomiske kostnader i et bredere/lengre perspektiv, som miljøbelastninger. Selv om norske verft skulle ha høyere kostnader knyttet til personell og materiell ved selve byggingen av fartøyet/utstyret, kan det tenkes at norske verft har lavere kostnader i den senere fasen, og dermed lavere total kostnader «fra vugge til grav». Dette kan skyldes at norske verft leverer høy kvalitet, bærekraftig, og samfunnsøkonomisk, som gir lavere total kostnader enn konkurrenter. I slike tilfeller kan vekting av kostnad fremfor pris være konkurransefremmende.

I tillegg er kostnader til opplæring og administrasjon som regel lovlige å hensynta der slike kostnadselementer har tilstrekkelig tilknytning til fartøysanskaffelsen. Det kan tenkes at norske verft vil kunne tilby fartøy med lavere slike kostnader enn utenlandske verft, gjennom for eksempel mer kostnadseffektiv opplæring og løpende veiledning.

d) Tildelingskriterier knyttet til kvalitet

I utgangspunktet er «kvalitet» i anskaffelsesretten et vidt begrep. Begrepet kan romme alle forhold ved anskaffelsen som ikke dreier seg om pris. Tildelingskriteriet «kvalitet» kan derfor som et utgangspunkt knytte seg til alle de krav og kriterier som kan være egnet til å styrke konkurransekraften til norske verft, som nevnt i kapittel 2.2.4. Tildelingskriteriene kan knytte seg til alle ulike egenskaper ved anskaffelsens gjenstand, som tekniske, funksjonelle, miljømessige, sosiale og innovative egenskaper. Ved anskaffelser av fartøy kan oppdragsgivere dermed som et utgangspunkt oppstille tildelingskriterier som premierer de egenskaper ved fartøyet, og eventuelt prosesser i fartøyets livssyklus, som norske verft typisk har gode forutsetninger for å skåre godt på, sammenliknet med utenlandske verft.

Tildelingsevalueringer hvor deler av evalueringen knyttes opp mot tilbyders forslag til løsning, samt tilbyders forståelse av prosjektet, vil kunne være egnet til å bedre konkurransekraften til norske verft, fordi norske verfts fleksibilitet, og erfaring og kompetanse med å bygge spesialiserte og komplekse fartøy, antas å gjøre dem i stand til å ha en god oppdragsforståelse og løsningsbeskrivelse.

Tildelingskriteriene kan som det klare utgangspunkt ikke knytte seg til forhold ved leverandøren som selskap. I noen tilfeller kan imidlertid slike kriterier likevel oppfylle tilknytningskravet, for eksempel fordi kriteriet er egnet til å bedømme kvaliteten på planlegging, utførelse, kontroll og dokumentasjon av kontraktsarbeidet.¹⁴⁴

Kvaliteten på den tilbudte bemanningen, dvs. dennes organisering, kvalifikasjoner og erfaringer, kan benyttes som et tildelingskriterium, men kun dersom kvaliteten på den aktuelle bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontakten.¹⁴⁵ Dette gjelder særlig i tjenesteanskaffelser, men også ved anskaffelser av varer som skal tilvirkes, som vil være tilfelle ved anskaffelser av nye fartøy. Det kan derfor være aktuelt å oppstille denne typen tildelingskriterium ved anskaffelser av fartøy, både fordi mange fartøy som skal anskaffes vil være teknisk avanserte, noe som gjerne forutsetter høy grad av spesialisering, fleksibilitet og samarbeid i byggeperioden, og fordi norske verft antagelig er konkurransedyktige når det gjelder slike elementer.¹⁴⁶

Her bør det imidlertid presiseres at det bare er erfaringen og kompetansen til sentralt nøkkelpersonell som vil bli benyttet av tilbydereren ved utførelsen, som kan være gjenstand for tildelingskriteriet, og ikke leverandørselskapets erfaring og kompetanse som sådan; sistnevnte kan bare vektlegges ved kvalifikasjonsvurderingen. I forlengelsen av dette kan heller ikke samme forhold være gjenstand for vurdering både i et kvalifikasjonskrav og i et tildelingskriterium.¹⁴⁷

I tillegg gjelder det en viss adgang til å oppstille tildelingskriterier som gjelder aspekter som ikke påvirker leveransens egenskaper direkte, ved at forskriften gir adgang til å oppstille tildelingskriterier som omfatter alle sider av og trinn i en leveransens livssyklus.¹⁴⁸ Det kan derfor eksempelvis oppstilles et tildelingskriterium om bruk av fornybar energi i produksjonsprosessen, forutsatt at tilknytningskravet er oppfylt, og de øvrige kravene til tildelingskriterier er oppfylt, jf. eksempelvis C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 30 flg. Dette vil eksempelvis være tilfelle dersom anskaffelsens gjenstand er energikrevende. I slike tilfeller kan det være relevant å kreve at energien som går med til gjennomføringen av kontrakten kommer fra miljøvennlig kraft. Bygging av fartøy er energikrevende, slik at det vil kunne være aktuelt å oppstille et tildelingskriterium om dette. Det kan også være aktuelt å legge opp til konkurranse om bruk av mest mulig miljøvennlig drivstoff i fartøyets drifts- og vedlikeholdsfasen.

Det kan også stilles kriterier som bidrar til å nå et større samfunns mål, såfremt det å oppstille et tildelingskriterium om dette i den aktuelle anskaffelsen både er egnet til å nå formålet, og har en tilstrekkelig tilknytning til det som anskaffes. Her kan det vises til KOFA sak 2006/78 (Taxibåtene på Jomfruland), hvor det var oppstilt et kriterium om «*en ordning som bidrar til at allmennheten sikres en døgntilgjengelig vaktordning*».¹⁴⁹ Kriteriet ble ikke ansett som ulovlig i seg selv, men siden anskaffelsen gjaldt taxibåtordning for

¹⁴⁴ Se KOFA sak 2015/118.

¹⁴⁵ Anskaffelsesforskriften § 18-1 (3) bokstav b) og forsyningsforskriften § 14-1 (3) bokstav b)

¹⁴⁶ Krav og kriterier kan imidlertid ikke ha til hensikt å tildele kontrakter til norske verft, jf. også punkt 5.4 over.

¹⁴⁷ Se EU-domstolen sak C-532/06 (Lianakis) premiss 25 flg. og C-199/07 (Kommisjonen/Hellas) premiss 51 flg. Det avgjørende her er at det fremgår tilstrekkelig klart at konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke sammenfaller med vurderingen av tilbyderselskapets kvalifikasjoner. Se anskaffelsesloven § 4, og blant annet KOFA sak 2008/120 (Brødrene Vatndal & Co) avsnitt 41 og 2011/118 (Narud Stokke Wiig) avsnitt 19.

¹⁴⁸ Se anskaffelsesforskriften § 18-1 (4) og forsyningsforskriften § 14-1 (4).

¹⁴⁹ Se KOFA sak 2006/78 avsnitt 18 flg.

kommunens ansatte og politikere, og ikke en vaktordning rettet mot allmennheten, var ikke kriterier egnet til å avdekke fordeler og ulemper ved tilbudene som kunne anses relevante opp mot anskaffelsens gjenstand.

Ved anskaffelser av fartøy kan det oppstilles tildelingskriterier som tjener til å oppnå andre samfunns mål, herunder HMS-krav som tar sikte på ivaretagelse av sosiale forhold og arbeidsforhold. Forutsetningen er imidlertid kanskje særlig at tjenesteelementet ved anskaffelsen er tilstrekkelig fremtredende til at det anses forholdsmessig å oppstille krav om dette i den enkelte anskaffelse.

e) Plikten til å vekte tildelingskriterier

Jo friere oppdragsgiver står til å holde åpent hvilke kriterier tilbudene bedømmes etter, og deres innbyrdes vekt, desto større handlingsrom har oppdragsgiver til å bedømme tilbudene på en måte som styrker konkurransekräften til norske verft i anskaffelser av fartøy.

Kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet begrenser imidlertid oppdragsgivers frihet i denne sammenheng. Anskaffelsesregelverket krever ikke bare at konkurransegrunnlaget må angi hvilke tildelingskriterier som vil bli benyttet, men også at oppdragsgiver som hovedregel må angi hvert tildelingskriteriums prosentvise vekt.¹⁵⁰ I denne sammenheng er det også viktig å merke seg at flere tildelingskriterier ikke kan samles og gis en felles vekt i bedømmelsen. Hvert tildelingskriterium skal gjelde et eller flere aspekter ved leveransen som har tilstrekkelig nærhet til at de samlet sett gjelder én side ved leveransen.

Regelverket åpner imidlertid til en viss grad for å utsette avgjørelsen av de enkelte kriterienes endelige vekt til tilbudsbedømmelsen, og hvor det i konkurransegrunnlaget angis vekter innenfor rammer med et passende maksimalt utslag. Det å ikke på forhånd fastslå fullt ut hvilken vekt hvert enkelt tildelingskriterium vil ha, kan gi oppdragsgiver større rom til å premiere særtrekk ved norske verft i anskaffelser av fartøy, men denne handlefriheten begrenses av regelverkets grunnleggende prinsipper, herunder prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og ikke-diskriminering, jf. ovenfor. Kravet til forutberegnelighet tilsier at utslaget må være relativt begrenset. Kravet til forutberegnelighet øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi, noe som innebærer at utslagene må være snevrere angitt desto større anskaffelsen er, se KOFA sak 2011/204 (Puls) avsnitt 20. Det avgjørende synes å være om oppdragsgiver samlet sett har gitt tilstrekkelig informasjon om hvilke elementer som skal vektlegges, og det innbyrdes forholdet mellom dem. I klagenemdas praksis har det under tvil vært godtatt et vektintervall på 20 %, se KOFA sak 2015/17 (DICO) premiss 28 flg.

Der oppdragsgiver begrunner hvorfor et større utslag er «passende» i den aktuelle anskaffelsen, kan dette også få betydning for om utslaget anses lovlig. Dette illustreres av den ovennevnte KOFA sak 2011/204 (Puls). Her var vektingen angitt som et intervall for alle tildelingskriteriene, og på en måte som ga oppdragsgiver mulighet til å velge en rekke ulike prioriteringsrekkefølger mellom tildelingskriteriene. Dette ledet til stor usikkerhet, og siden det ikke var gitt noen begrunnelse som forsvarte denne usikkerheten, ble angivelsen ansett som ulovlig.

Plikten til å vekte tildelingskriteriene gjelder ikke der «objektive kriterier» gjør at det ikke er «mulig å vekte tildelingskriteriene». I så fall kan oppdragsgiver nøye seg med å angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge.

¹⁵⁰ Jf. anskaffelsesforskriften § 18-1 (6) og forsyningsforskriften § 14-1 (6).

6.5 Myndighetsmisbrukslæren

Selv om det ikke kan pekes på at oppdragsgiver har utøvd sitt skjønn på en måte som er i strid med de enkelte regler i anskaffelsesregelverket eller de grunnleggende prinsipper, kan det tenkes at oppdragsgiver likevel har gått utenfor rammene for det innkjøpsfaglige skjønn. Disse rammene for skjønnsutøvelsen kalles gjerne «myndighetsmisbrukslæren».

På anskaffelsesrettens område er myndighetsmisbrukslæren formulert som et krav om at oppdragsgiver må utøve sitt innkjøpsfaglige skjønn¹⁵¹ på en saklig og forsvarlig måte, og at skjønnnet ikke må være vilkårlig eller grovt urimelig.¹⁵² Det skal en del til for at det foreligger «myndighetsmisbruk» på anskaffelsesrettens område. Forbudet mot grovt urimelige resultater er for eksempel sjeldent anvendt, og det er i teorien uttalt at det bare er «virkelig grove overtramp» som oppfyller vilkåret.¹⁵³ Når offentlige innkjøpere gjennomfører offentlige anskaffelser, vil myndighetsmisbrukslæren komme til anvendelse og sette grenser for forvaltningens utøvelse av det innkjøpsfaglige skjønn, jf. eksempelvis Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 44.¹⁵⁴

I EØS-retten gjelder det også krav til forsvarlig og saklig saksbehandling. Dette kan anses som en selvstendig rettsregel, eller utslag av hensynene til likebehandling og gjennomsiktighet.¹⁵⁵ Det er ikke gitt at det EØS-rettslige og det nasjonale kravet til saklig og forsvarlig saksbehandling - herunder skjønnsutøvelse – overlapper fullt ut, ettersom regelsettene dels forfølger forskjellig formål (frihandel versus effektiv ressursbruk og tillit til forvaltningen). Samtidig vil antakelig kravene som kan utledes av myndighetsmisbrukslæren og det EØS-rettslige kravet til forsvarlig saksbehandling være delvis overlappende.

Det er for det første alminnelig antatt at kravet om saklig og forsvarlig saksbehandling er til hinder for å vektlegge utenforliggende hensyn, altså hensyn som *virker mot* de hensyn som hjemmelsloven bygger på. Et hensyn er med andre ord ikke utenforliggende kun av den grunn at det ligger på siden av de formål reglene er ment å beskytte – hensynet er først utenforliggende når det motvirker ivaretagelsen av de beskyttede hensynene.¹⁵⁶ Læren om utenforliggende hensyn setter antakelig ingen ytterligere begrensninger på oppdragsgivers handlingsrom enn det som allerede følger av de grunnleggende prinsippene. Læren underbygger likevel at det ikke er adgang til å la hensyn som står i et motsetningsforhold til de grunnleggende målsetninger bak anskaffelsesregelverket danne grunnlaget for å oppstille konkrete krav og kriterier i den enkelte anskaffelse, jf. også ovenfor om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

For det andre er skjønnsutøvelsen vilkårlighet, i strid med myndighetsmisbrukslæren, dersom det er lagt svært stor eller avgjørende vekt på mer perifere hensyn, sammenliknet med de hensyn som hjemmelsloven bygger på.

¹⁵¹ Med det innkjøpsfaglige skjønnnet menes det anskaffelsesrettslige «kan-skjønnnet». Dette er betegnelsen på den skjønnsutøvelsen som det tilligger oppdragsgiver å utøve både ved utformingen av konkurransegrunnlaget og ved bedømmelsen av tilbudene.

¹⁵² Tradisjonelt har myndighetsmisbrukslæren, her som i forvaltningsretten ellers, vært formulert som en regel om at det ikke er adgang til å legge vekt på uvedkommende hensyn, eller å utøve skjønnnet på en måte som er vilkårlig, leder til grovt urimelige resultater, eller innebærer usaklig forskjellsbehandling.

¹⁵³ Boe (2022) med videre henvisning til Moen, «Forvaltningssskjønn og domstolskontroll» (2019) s. 377

¹⁵⁴ Førstvoterende uttalte i denne sammenheng at den nærmere utmålingen av poeng i tilbudsevalueringen anses «å tilligge kommunens skjønn, som ikke bør overprøves av domstolene. Skjønnnet fremstår verken som vilkårlig eller sterkt urimelig, og støter heller ikke an mot kravene i anskaffelsesloven § 5 om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.». Se ellers Rt. 1998 s. 1951 og NOU 2014: 4 punkt 10.4.12.

¹⁵⁵ NOU 2014: 4 punkt 10.4.12.

¹⁵⁶ Rt. 1996 s. 78 på s. 85, der førstvoterende uttaler at en kommune i et spørsmål om hvilken som skulle tildeles en skjenkebevilling kunne vektlegge hvor restauranten befant seg fordi dette «ut fra en alkoholpolitisk vurdering ikke er noe å innvende mot».

De hensyn som tradisjonelt er ansett som «ikke-anskaffelsesfaglige» hensyn vil i denne sammenheng være mer perifere hensyn, men hvor perifere det aktuelle hensynet er, vil nok variere. De hensyn som er nevnt og fremhevet i EØS-anskaffelsesdirektivene er for eksempel å anse som nokså sentrale. Andre hensyn, som næringspolitiske hensyn, er av mer perifer art, og kan dermed antakelig kun i begrenset grad tillegges vekt. Det å oppstille krav og kriterier som i alt det vesentligste er begrunnet i slike mer perifere hensyn kan dermed være i strid med myndighetsmisbrukslæren/det EØS-rettslige prinsippet om forsvarlig saksbehandling

For det tredje har Høyesterett¹⁵⁷ også i sin praksis krevd at «*sentrale hensyn må få den plassen de fortjener*» for at skjønnsutøvelsen skal være lovlig – med andre ord gjelder det både en øvre grense for hvor mye vekt perifere hensyn kan få, og en nedre grense for hvor lite vekt sentrale hensyn kan få i den avveiningen forvaltningen skal foreta.¹⁵⁸ I forlengelsen av dette følger det av flere nyere avgjørelser fra Høyesterett at vurderingen må være tilstrekkelig bred.¹⁵⁹ Dette innebærer at oppdragsgiver i anskaffelser av fartøy også er forpliktet til å tillegge de grunnleggende anskaffelsesrettslige hovedmålsetninger tilstrekkelig vekt i utøvelsen av det innkjøpsfaglige skjønn. Dette kan bety at oppdragsgivere i anskaffelser av fartøy ikke bare må sørge for at de grunnleggende prinsipper ikke brytes, men også at de tillegges tilstrekkelig vekt i den skjønnsutøvelsen som skal foretas.

For det fjerde er det også flere eksempler på at Høyesterett har vurdert om skjønnsutøvelsen er tilstrekkelig konkret – at skjønnsutøvelsen i stor nok grad tar høyde for de individuelle forhold i den aktuelle sak.¹⁶⁰ Dette kan innebære at ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelser av fartøy ikke kan hensyntas til fortrenghet for de konkrete faktiske forhold i den enkelte anskaffelse.

¹⁵⁷ Det dreier seg særlig om avgjørelser innenfor barnevern og utlendingsrett, og det kan derfor være grunn til å problematisere om avgjørelsene kan danne grunnlag for en å redefinere myndighetsmisbrukslærens innhold helt generelt. Samtidig vises det til en lang rekke avgjørelser, og Høyesterett begrenser ikke eksplisitt uttalelsene sine til å kun gjelde spørsmål innenfor den spesielle forvaltningsrett som er til behandling. Se Rt. 2013 s. 449, Rt. 2012 s. 1985, HR-2020-661, og HR-2020-663-S

¹⁵⁸ Se Erik Magnus Boe, «Læren om myndighetsmisbruk i forvaltningen: krav til saklighet og forsvarlighet» *Jussens venner* 2022/4 s. 297-330 (<https://juridika.no/tidsskrifter/jussens-venner/2022/4/artikkel/boe>). Her tar Boe til orde for at myndighetsmisbrukslæren heller burde omformuleres til et krav om saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse, og gjennomgår Høyesteretts praksis knyttet til avveiningen som forvaltningen må foreta som ledd i sin skjønnsutøvelse. Vi har fulgt Boes inndeling av avgjørelsene fra Høyesterett her.

¹⁵⁹ Se Erik Magnus Boe, «Læren om myndighetsmisbruk i forvaltningen: krav til saklighet og forsvarlighet» *Jussens venner* 2022/4 s. 297-330 med videre henvisning til henholdsvis HR-2020-1788-A avsn. 74: «tilstrekkelig bred avveining», HR-2020-1789-A avsn. 60: «et for snevert vurderingstema», jf. 59 og HR-2020-1962-U avsn. 36: «tilstrekkelig bredt [...] beslutningsgrunnlag».

¹⁶⁰ Jf. også Boes artikkel.

7 Handlingsrommet til å oppstille konkrete krav og kriterier knyttet til særtrekk ved norske verft

7.1 Innledning

I dette kapitlet vil det gis en nærmere vurdering av konkrete krav og kriterier som kan oppstilles i den enkelte anskaffelsesprosess. Oppdragsgiver har i mandatet særlig bedt om at adgangen til å oppstille krav og kriterier knyttet til standarder for utforming, utstyr, arbeidsspråk, lærlinger, HMS, lokalt nærvær og responstid drøftes. Dette drøftes under punkt 7.2.

Som nærmere redegjort for i del 2, har norsk maritim industri særlige styrker knyttet til fleksibilitet, leveringssikkerhet, teknologi og skreddersøm. I tillegg antar vi at ulike krav og kriterier knyttet til miljø og bærekraft, innovasjon, oppfølging av leverandørkjeden, arbeidsmiljø og sosiale forhold i videre forstand, språkkrav knyttet til selve anskaffelsen mv. etter omstendighetene vil kunne virke fremmede for norske verfts konkurranseposisjon. Vi skal drøfte flere slike innfallsvinkler under punkt 7.3. Disse tilleggene er ikke ment å gjøre listen over aktuelle krav og kriterier uttømmende, men er ment å fange opp enkelte tillegg til den listen som fremgår av oppdragsbeskrivelsen. Her har vi særlig basert oss på uttalelser fra Grønt Skipsfartsprogram om hvilke krav og kriterier som bør oppstilles,¹⁶¹ og rapporten «Norske Skipsverft – Aktivitet, Konkurransesituasjon og Rammebetingelser» fra 2021, hvor Menon i samarbeid med BCG kartla og analyserte Norsk verftsindustri.

7.2 Nærmere om de krav og kriterier som er angitt i oppdragsbeskrivelsen

7.2.1 Innledning

Utredningen skal særlig se på adgangen til å oppstille konkrete krav til standarder for utforming, utstyr, arbeidsspråk, lærlinger, HMS, lokalt nærvær og responstid. Disse kravene er forskjelligartede, og premierer ulike trekk ved en leverandør og leverandørens tilbud.

7.2.2 Standarder for utforming

Med «**standarder for utforming**» forstår vi krav og kriterier som tar utgangspunkt i en standard for hvordan byggingen av fartøyet skal foregå, og hvordan fartøyet skal konstrueres. En slik standard kan være utformet av en uavhengig tredjepart, et offentlig organ, eller lovgiver. For denne utredningens formål tas det utgangspunkt i at den aktuelle standarden er nasjonal, og inneholder krav som norske verft oppfyller. Forskrift om bygging av skip (FOR-2014-07-01-1072) er et eksempel på en slik standard. Det samme gjelder Norsk Standard Skipsbyggingskontrakt.

Så lenge standarden er relevant (se punkt 6.4.2 bokstav b) og standarden er etterprøvbart (dokumentert) og basert på ikke-diskriminerende kriterier, er handlingsrommet for å utforme slike standarder relativt vidt. Dette gjelder selv om det vil kunne styrke konkurransekraften til noen verft fremfor andre.

¹⁶¹ Se Mjøs sine uttalelser og en oppsummering av GSP sine anbefalinger her: <https://www.tu.no/artikler/slik-kan-norske-verft-redde/521367?key=pvs81s4C>

7.2.3 Krav til utstyr

Krav og kriterier som gjelder «**utstyr**» innebærer i denne sammenheng krav/kriterier knyttet til bruk av bestemte materielle innsatsfaktorer, eller komponenter, i skipsbyggingen, som norske verft ofte vil kunne oppfylle. Vi legger til grunn at det er enkelte komponenter som norske verft kan tilby, som utenlandske verft enten ikke kan tilby, eller bare i begrenset utstrekning kan2 tilby. Krav og kriterier som gjelder levering av slikt utstyr kan dermed styrke konkurransekraften til norske verft.

Utstyret må ha nødvendig tilknytning til fartøyet (se punkt 6.3). Men dette tilknytningskravet mellom fartøy og utstyr vil normalt bero på teknisk skjønn, hvor oppdragsgiver har et visst spillerom til selv å definere hva som er nødvendig og hensiktsmessig. I tillegg må utstyrskrav naturligvis ikke være utformet med sikte på å diskriminere, eller innrettet på en slik måte at det direkte diskriminerer utenlandske verft, jf. punkt 6.2.3 mv.

7.2.4 Krav til språk – i konkurransefasen eller kontraksperioden

Språkkrav kan bety at det stilles krav om norsk språk i to forskjellige sammenhenger. For det første kan det være aktuelt å kreve at **tilbudet inngis på norsk**. Grønt Skipsfartsprogram er blant dem som har påpekt at et slikt krav vil være egnet til å bidra til at norske anskaffelser av fartøy tildeles norske verft. Vår empiriske gjennomgang av anskaffelsesdokumenter i norske og utenlandske anskaffelser av fartøy viser at slike språkkrav ikke er uvanlige. Det fremstår også som vanlig å utforme anskaffelsesdokumentene på norsk/medlemslandets offisielle språk Når anskaffelsesdokumentene er utformet på et medlemslands offisielle språk tilfaller en større andel av kontraktene til hjemmehørende verft enn når de ikke er utformet på medlemslandets offisielle språk. Etter anskaffelsesregelverket er det tillatt å stille et slikt språkkrav, jf. anskaffelsesforskriften § 7-7 og forsyningsforskriften § 7-6. Siden det ikke oppstilles noen vilkår for å kunne stille språkkrav, kan det legges til grunn at slike krav generelt er lovlig å oppstille. Kunngjøring av konkurransen i TED-databasen må imidlertid skje på et av EUs offisielle språk, jf. anskaffelsesforskriften § 21-1 (2). Dersom et tilbud ikke innleveres på norsk der det er stilt krav om dette, har oppdragsgivers avvisningsrett etter anskaffelsesforskriften § 24-1 (2) b).¹⁶²

For det andre kan det oppstilles krav om **norsk som arbeidsspråk**. Klagenemda har i flere tilfeller forutsatt at slike krav kan være lovlige.¹⁶³ Krav om norsk arbeidsspråk kan utformes på forskjellige måter, hvor det bør skilles mellom språkkrav som gjelder alt personell som skal gjennomføre kontrakten, og krav om at all kommunikasjon med oppdragsgiver skal foregå på norsk. I begge tilfeller må det legges til grunn at norske verft vil bli favorisert, men sistnevnte utforming vil antakelig være enklere for utenlandske verft å oppfylle.

Forutsetningen for at slike språkkrav skal være lovlige er at de kan rettferdiggjøres i et saklig behov for norskspråklig kommunikasjon.¹⁶⁴ Hva oppdragsgiver har saklig behov for, kommer an på hva anskaffelsen gjelder. Et saklig behov foreligger typisk der anskaffelsen forutsetter nokså tett kommunikasjon og samspill mellom oppdragsgiver og leverandør.

Det gjelder også krav om at oppdragsgivers behov ikke kan oppfylles med mindre tyngende krav, jf. diskrimineringsforbudet og forholdsmessighetsprinsippet. Dette innebærer at det å oppstille omfattende språkkrav, som at arbeidsspråket for alt personell skal være norsk, ikke vil være lovlig dersom oppdragsgiver kun

¹⁶² Det kan også foreligge avvisningsplikt, dersom likebehandlingskravet i anskaffelsesloven § 4 tilsier det. En leverandør som har inngitt et tilbud på et annet språk kan ikke få en konkurransefordel som følge av dette. Se nærmere om konsekvensene av brudd på slike bestemmelser i KOFA-sak 2016/18 (iTet) avsnitt 55, 2013/141 (Canon Business Center) avsnitt 25 og 2017/82 (Metos) avsnitt 75.

¹⁶³ Se KOFA sak 2021/1457, 2017/111

¹⁶⁴ Dragsten (2019) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 7-7 note 1.

har behov for at kommunikasjonen med oppdragsgivers representanter foregår på norsk. Hvorvidt og hvor strengt det er lovlig å utforme et språkkrav i den enkelte anskaffelse, må vurderes konkret.

7.2.5 Krav og kriterier vedrørende HMS

a) Utgangspunkt

Med «HMS», siktes det til en kategori krav og kriterier forankret i helse-, miljø- og/eller sikkerhetshensyn i byggeprosessen. I Norge gjelder det et sterkt arbeidstakervern. Det er derfor sannsynlig at norske verft lettere vil kunne oppfylle slike krav og kriterier enn enkelte utenlandske verft.

Grønt Skipsfartsprogram har fremhevet at Norge har en fordel når det kommer til HMS-krav på arbeidsplassen, og at HMS derfor kan vektlegges i større grad for å styrke norsk maritim næring. Grønt Skipsfartsprogram har for dette formål foreslått å utarbeide en norskinspirert HMS-standard som det offentlige kan referere til i konkurransegrunnlaget.

Etter vår vurdering vil det være et betydelig handlingsrom for den enkelte oppdragsgiver å ta hensyn til HMS gjennom å stille skjerpede krav vedrørende HMS og/eller vektlegge graden av HMS-oppfyllelse som et tildelingskriterium. EU-domstolen har slått fast at «beskyttelsen af arbejdstagernes sociale rettigheder og bekæmpelsen af sving, herunder socialt bedrageri, og forebyggelsen af misbrug er formål, som hører til blandt de tvingende almene hensyn, der kan begrunde en restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser».¹⁶⁵ Handlingsrommet vil særlig være betydelig dersom restriksjonen er av mer moderat karakter fordi industrien i stor grad allerede må forholde seg til liknende krav (gjennom ILU-, EU- eller lokal lovgivning). Det samme vil gjelde hvor tiltaket er utprøvd tidligere og/eller det foreligger god dokumentasjon for at tiltaket er effektivt for å fremme det aktuelle HMS-hensynet.

b) STX dommen som illustrasjon – case

Dette har også en viss støtte i Høyesteretts dom den såkalte STX-dommen.¹⁶⁶ Vi skal kommentere saken ettersom den nettopp gjaldt verftsindustrien. Saken gjaldt Tariffnemndas forskrift av 6. oktober 2008 om allmenngjøring av deler av Verkstedoverenskomsten. Flere skipsverft, blant andre STX Norway Offshore AS, reiste søksmål mot staten i 2009, der de hevdet at forskriften var ugyldig. Blant annet ble det anført at forskriftens bestemmelser om utenbystillegg (tillegg i timelønnen dersom overnatting utenfor hjemmet er nødvendig), arbeidstidsbestemmelser, overtidstillegg og om utgiftsdekning for reise, kost og losji (RKL), ikke var forenlige med EØS-retten. Høyesterett konstaterte da at:

«Det er i saken ingen uenighet om at en allmenngjort tariffavtale som sikrer en utsendt arbeidstaker bedre lønns- og arbeidsvilkår i vertstaten enn i hjemstaten, er en restriksjon etter artikkel 36, se slik også EU-domstolens avgjørelse i sak C-341/05 Laval avsnitt 56 med videre henvisninger. Det er på bakgrunn av en lang rekke avgjørelser fra EU-domstolen sikker rett at slike restriksjoner i utgangspunktet bare er forenlige med traktaten dersom de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, er egnet til å virkeliggjøre de formål de forfølger og ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå dette, jf. blant annet sak C-165/98 Mazzoleni avsnitt 25-26, samt EFTA-domstolens rådgivende uttalelse (E-2/11) avsnitt 80 med videre henvisninger.»

¹⁶⁵ Se sak C-33/17 (Čepelnik) avsnitt 44.

¹⁶⁶ Rt.2013.258.

Høyesterett gikk så over til å drøfte om restriksjonen var lovlig begrunnet. Som argument for å allmenngjøre RKL, tok Høyesterett utgangspunkt i utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 (10), der det kan gjøres unntak fra direktivets øvrige regler «*in the case of public policy provision*» (såkalt «ordre public» eller «offentlig orden»). Bestemmelsen ble blant annet tolket i Kommisjonen mot Luxembourg, der EU-domstolen uttalte at bestemmelsen «*is a derogation from the fundamental principle of freedom to provide services which must be interpreted strictly, the scope of which cannot be determined unilaterally by the Member States*». Av ordlyden i bestemmelsen følger det at unntaket må skje «*on a basis of equality of treatment*».

Høyesterett anla en bredere og mer åpen tilnærming enn EU-domstolen og tok utgangspunkt i «den såkalte norske arbeidslivs- eller lønnsforhandlingsmodellen». Det sentrale i modellen var for Høyesterett blant annet «stor grad av koordinering», organisasjonenes rolle i gjennomføringen av inntektsoppgjørene, lønnsdannelsens betydning for sysselsettingen, «en felles forståelse av situasjonen i norsk økonomi slik at partene i arbeidslivet så langt som mulig er enige i tallgrunnlaget for forhandlingene» og frontfagsmodellen. Spørsmålet for Høyesterett var etter dette om «bestemmelser av betydning for stabiliteten i en slik grunnleggende samfunnsordning kan sies å angå 'offentlig orden' i direktivets forstand». For å besvare dette spørsmålet bygget Høyesterett på forarbeidene til allmenngjøringsloven og på en erklæring fra økonomiprofessor Ragnar Nymo. I erklæringen ble et blant annet pekt på at en differanse mellom tariffavtalens vilkår og det som kan allmenngjøres, vil «endre symmetrien i arbeidslivsrelasjonen, og det vil endre konkurranseforholdene mellom norske og utenlandske arbeidstakere, og mellom bedrifter som arbeidsgivere». Dersom RKL ikke kan allmenngjøres, vil det være en «redusert allmenngjøring», noe som vil føre til en «forringelse av koordineringen på bred front», og det «*må forventes at organisasjonsgraden i arbeidslivet vil bli redusert, fordi nytteverdien av å være fagorganisert blir gradvis mindre*». Dette kan også medføre at «*(I)egitimiteten av kollektive forhandlinger vil ... kunne forsvinne helt eller delvis. Konsekvensene kan bli at den norske arbeidslivsmodellen ikke lenger vil kunne fungere som reguleringsopplegg for forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver*».

Et ytterligere poeng var at en reduksjon av organisasjonsgraden blant arbeidstakere også vil kunne gjøre det «*mindre aktuelt for bedrifter å delta i arbeidsgiverorganisasjoner som kan inngå kollektive tariffavtaler*».

I forarbeidene til allmenngjøringsloven, som Høyesterett også bygget på, ble det blant annet vist til at allmenngjøringsloven skal hindre at sosial dumping bidrar til å «*undergrave den norske arbeidslivsmodellen med et regulert arbeidsmarked, høy organisasjonsgrad og et velfungerende trepartssamarbeid*». Sosial dumping kan ha et «destabiliserende potensial» for arbeidslivsmodellen. Slik benyttet Høyesterett den åpningen som lå i EFTA-domstolens uttalelse om hvordan hensynet til offentlig orden kunne begrunnes og dokumenteres. Høyesterett tok ikke stilling til kravet om at unntaket skal gjelde «*on a basis of equality of treatment*», jf. artikkel 3 (10), og spørsmålet om hvorvidt det gjelder et slikt krav om likhet for alle virksomheter i relasjon til den «såkalte norske arbeidslivs- eller lønnsforhandlingsmodellen». Implisitt var kanskje tanken at arbeidslivsmodellen har betydning for alle, uavhengig av tilslutning til den gjennom tariffavtalebinding. Ut fra uttalelsene i forarbeidene og ekspertuttalelsene konkluderte Høyesterett med at etter «en totalbedømmelse» er vilkåret om RKL «ment å sikre den sosiale beskyttelse av utsendte arbeidstakere». Dette ble også begrunnet med at RKL «under enhver omstendighet» ligger «*svært nær lønnsbegrepet og svært tett opp til de hensyn direktivet skal fremme*».

Etter vår vurdering gir Høyesteretts dom et visst argumentasjonsrom, selv om dommen er kritisert og antakelig går for langt.¹⁶⁷ Tariffnemnda har fortsatt å allmenngjøre RKL på en slik måte at «arbeidsgiver etter nærmere avtale skal dekke nødvendige reiseutgifter ved arbeidsoppdragets begynnelse og slutt, og for et rimelig antall hjemreiser». En slik praksis mener ESA ikke er forenlig med direktivet. ESAs standpunkt har også bredest støtte i litteraturen.

c) Nye forskriftsendringer

Som en del av Stoltenberg II-regjeringens handlingsplan mot sosial dumping trådte forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter i kraft i mars 2008. Forskriften satte krav om at offentlige myndigheter i sine anskaffelseskontrakter skal pålegge leverandører og underleverandører å tilby sine ansatte lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn hva som følger av tariffavtale eller det som ellers er normalt for tilsvarende arbeid i den aktuelle sektor. Forskriften var en gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige kontrakter.

Departementet har nylig foreslått flere tiltak i bygg- og anleggssektoren for å fremme HMS-hensyn i offentlige anskaffelser. Disse tiltakene gjelder blant annet forslag om at offentlige oppdragsgivere skal innta kontraktsvilkår om etterlevelse av (i) arbeidsmiljølovens regler om tilknytningsformer, (ii) regler i lov om offentlig tjenestepensjon og (iii) regler om HMS-kort i bygg og anlegg og renhold. Hvorvidt slike tiltak er egnet til å fremme konkurranseposisjonen til norske verft er mer uklart. Men dersom tiltakene skulle vurderes som egnet, er vi i det vesentligste enige i departementets vurderinger i at de foreslåtte tiltakene ikke vil utgjøre restriksjoner.¹⁶⁸ En begrenset utvidelse til maritim industri (vareanskaffelser) vil etter vår vurdering ikke endre vurderingen. Derimot dersom utvidelsen gjøres til vareanskaffelser mer generelt, må det gjøres en grundigere vurdering og gjennomgang av dokumentasjonsgrunnlaget for at tiltakene er egnet og nødvendige (ikke andre mindre handelsbegrensende alternativer). I den vurderingen vil erfaringer fra de eventuelt innførte tiltakene fra bygg- og anleggssektoren være relevante.

En HMS-standard etter mønster av Grønt Skipsfartsprogram vil ikke i seg selv være i strid med de grunnleggende prinsippene som drøftet over, men virkningen av det enkelte krav i HMS-standard, og summen av disse, må vurderes konkret.

7.2.6 Krav til lærlinger

Krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter om levering av fartøy vil kunne styrke konkurranseposisjonen til norsk maritim industri, ettersom slike krav allerede er utbredt i norsk næringsliv.

Læringskrav vil ikke innebære direkte diskriminering, ettersom de ikke vil skille mellom verftenes nasjonalitet. Kravene vil likevel kunne gjøre det mindre attraktivt for leverandører å utøve retten til fri flyt av varer (eller tjenester eller etablering), og dermed kunne utgjøre en handelsrestriksjon. Etter vår vurdering vil denne typen restriksjoner i utgangspunktet være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og dermed være lovlig. Forutsetningen er at kravet utformes som et egnet seriositetskrav og ikke går lengre enn nødvendig. Sentralt i vurderingen vil være hvor strengt/omfattende læringskravet er utformet, holdt opp mot behovet for å ha

¹⁶⁷ EU-domstolen har i en dom («Elektrobudowa») som ble avsagt etter dommen i Høyesterett, avgjort at et krav om utgiftsdekning for RKL ikke er forenlig med EU/EØS-retten. Stein Evju har konkludert med at det ikke er «særlig tvil om at Høyesterett her har anlagt en langt mer ekspansiv og videre fortolkning av unntaksregelen enn en som kan finne støtte i EU-rettslig praksis», se *Nytt. i privatretten*, 2013, Nr. 2/ årgang. Innhold nr. 2.

¹⁶⁸ Se NFDs høringsnotat «Forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften for å bekjempe sosial dumping og arbeidslivskriminalitet» av 4. november 2022, punkt 6.7.

lærlingekravet, som blant annet henger sammen med størrelsen på tjenesteelementet i anskaffelsen. Dersom kravet stilles for strengt (for høy andel lærlinger) vil det også kunne komme i konflikt med andre HMS-hensyn (sikkerhet og krav til faglært personell mv.).

Vurderingen støttes av at anskaffelsesloven § 7 oppfordrer til bruk av lærlinger, og at det i medhold av denne bestemmelsen er innført krav til lærlinger i forskrift 17. desember 2016 nr. 1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger trådte i kraft 1. januar 2017. Forskriftens formål er å bidra til et tilstrekkelig antall læreplasser for elever i yrkesfaglig utdanning og et tilstrekkelig antall kvalifiserte arbeidere med fag- eller svennebrev, samt å motvirke økonomisk kriminalitet, herunder særlig sosial dumping. Forskriftens anvendelsesområde er begrenset til å gjelde tjenester og bygg- og anleggsanskaffelser. Samtidig gjør formålet bak reglene seg gjeldende også for vareanskaffelser med et tjenesteelement av et visst omfang. Forskriften kan dermed tjene som eksempel på hvordan lærlingekrav kan innføres i den enkelte anskaffelse av fartøy.¹⁶⁹ Lærlingekrav kan enten utformes som krav til et bestemt antall eller andel lærlinger, eller at bedriften er godkjent som lærlingebedrift (se også anskaffelsesloven § 7) eller kombinasjoner av slike krav. Kravene kan også kombineres med krav til lønn, pensjon og sosiale rettigheter (se over om krav til HMS). Dersom slike krav brukes, og skal styrke norsk maritim industri, er det i tillegg viktig at kravene følges opp på en god måte, f.eks. ved at kontrakten inneholder effektive sanksjonsmekanismer.¹⁷⁰

7.2.7 Krav til lokalt nærvær

Krav om «**lokalt nærvær**» forstås som krav om at leverandøren har virksomhet i samme region i Norge som oppdragsgiver. Slike krav vil nok regelmessig favorisere norske verft fremfor utenlandske verft, som ikke nødvendigvis har filial i Norge, eller noen avtale med en norsk tilbyder av service- og vedlikeholdstjenester.

For at et krav om lokalt nærvær skal være lovlig, må det være saklig og ha tilstrekkelig tilknytning til fartøysanskaffelsen. I KOFA sak 2004/189 (Hjellnes Cowi) uttalte nemda at et tildelingskriterium om lokal tilstedeværelse kun er lovlig dersom anskaffelsen er av en slik art at leverandøren ikke kan gjennomføre oppdraget fra andre lokaliseringer.¹⁷¹ Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at det foreligger et slikt saklig behov, og for måten kriteriet er utformet på står i forhold til ytelsen.¹⁷²

¹⁶⁹ Utvidelse av forskriftens virkeområde til å gjelde tilvirkningskontrakter e.l. kan også være en aktuell regelverksendring. Det EØS-rettslige handlingsrommet til å implementere regelverksendringer er behandlet under punkt 10 nedenfor.

¹⁷⁰ Se Oslo Economic. Utarbeidet for Utdanningsdirektoratet (2020), Evaluering av lærlingklausulen.

¹⁷¹ Se KOFA sak 2004/189 (Hjellnes Cowi) avsnitt 25 flg.

¹⁷² Jf. blant annet KOFA sak 2003/126 (EADS TELECOM Deutschland) og KOFA sak 2011/128 (Omar Scheviks arkitektkontor) avsnitt 26 flg.

Krav om lokalt nærvær vil i de fleste tilfeller ikke være lovlig.¹⁷³ Et slikt krav vil direkte forskjellsbehandle norske og utenlandske verft, og det vil sjelden foreligge et saklig behov som kan rettfærdiggjøre denne forskjellsbehandlingen.¹⁷⁴

Unntak kan imidlertid tenkes. For det første kan det tenkes unntak ved forsvarsanskaffelser, av nasjonale sikkerhetshensyn. For det andre kan det tenkes unntak i kontrakter som krever tett samarbeid og et samspill mellom oppdragsgiver og verft. For det tredje kan krav om lokalisering nær fartøyets dedikerte oppholdssted i driftsperioden i forbindelse med brukerveiledning, service, reparasjoner, og vedlikehold for fartøy være lovlig dersom slik lokalisering minimerer fartøyets «nedetid» - særlig dersom nedetiden forkortes betydelig, og dersom det er svært viktig at nedetiden er så kort som mulig.

Der det er behov for rask oppfølging ved brukerveiledning, service, reparasjoner, og vedlikehold, vil det imidlertid som regel være mer hensiktsmessig å heller oppstille krav om kort responstid, jf. like nedenfor. Krav om kort responstid vil ikke være direkte forskjellsbeholdende, og vil derfor lettere kunne være i samsvar med de grunnleggende prinsippene, og dermed være lovlig. Samtidig bør det nevnes at det er realiteten i kravet som er avgjørende, og at responstid i realiteten kan være et krav til lokal tilstedeværelse dersom responstiden er knapp.

I praksis vil også prøvingsintensiteten til domstolene variere avhengig av hvor god begrunnelse oppdragsgiver oppstiller, og hvilket behov oppdragsgiver har angitt.¹⁷⁵

7.2.8 Krav til responstid

Med krav og kriterier som gjelder «**responstid**» menes krav og kriterier som krever og/eller premierer rask reaksjon ved henvendelser fra oppdragsgiver. Ved fartøysanskaffelser vil det kunne være aktuelt å oppstille krav eller kriterier om responstid ved henvendelser fra oppdragsgiver i perioden etter at fartøyet er levert, om bruk, service og vedlikehold. Slike krav/kriterier vil kunne ha den tilstrekkelige tilknytningen til anskaffelsen, og dermed være lovlige, dersom kort responstid må anses saklig begrunnet i drifts- eller sikkerhetsmessige forhold. Krav om kort responstid vil gjerne være mer tyngende for utenlandske verft og kan dermed komme på kant med ikke-diskrimineringsprinsippet. Derfor bør oppdragsgivere gjøre en konkret vurdering av hvor rask respons det er et reelt og saklig behov for i den enkelte anskaffelse før det oppstilles krav om dette.

¹⁷³ Se eksempelvis Generaladvokat Emiliou Forslag til avgjørelse i sak C-292/21, CNAE and Others, avsagt 15 September 2022. I sitt forslag til avgjørelse argumenterer Generaladvokat Emiliou for at det foreligger en restriksjon dersom en nasjonal rettsakt innfører en begrensning «vedrørende antallet af erhvervsdrivende, som kan etablere sig i en bestemt medlemsstat (eller et bestemt område i en medlemsstat) (kvantitative restriktioner), eller hvor det kræves, at der er en geografisk minimumsafstand mellem tjenesteyderne (territoriale begrænsninger)». Generaladvokat Emiliou tilføyer i denne sammenheng at det følger av domstolens rettspraksis at det foreligger 'territoriale begrensninger' i tilfeller der nasjonal lovgivning 'i alle henseende' begrenser en lisens til et spesifikt geografisk område eller forbyr handel i spesifikke geografiske soner. (avsnitt 68).

¹⁷⁴ I sak C-436/20 (ASADE), fastslår EU-domstolen at et krav om lokal tilstedeværelse for sosialtjenester, at et et slikt kriterium i prinsippet kan være lovlig, forutsatt at det er forholdsmessig. EU-domstolen fastslo videre at "et kriterium, der som i det foreliggende tilfælde kræver, at tilbudsgiverne fra tidspunktet for afgivelsen af deres bud skal have et forretningssted i området omkring den lokalitet, hvor de sociale tjenesteydelser skal leveres, åbenbart uforholdsmæssigt i forhold til opfyldelsen af et sådant formål".

¹⁷⁵ Se til sammenligning Klagenemndas vurdering i sak 2005-17 (syketransport), hvor det fra oppdragsgiver ble hevdet at lokalt nærvær ga store potensielle innsparinger. Klagenemnda hadde ikke «tilstrekkelig grunn» til å tilsidesette oppdragsgivers vurdering. I lagmannsrettens sak LF-1999-942 (prosjektering) var kravet om lokal tilknytning til utbyggsstedet ikke et relevant kriterium, til tross for praktiske fordeler med nærhet og behov for mye dialog mv. Tilsvarende i KOFA sak 2003/17 (byggeprosjekt – videregående skole), hvor det ikke var gitt noen «overbevisende» forklaring på kostnadsfordel ved å oppstille et krav om lokal tilknytning.

Siden norske verft har spesialkompetanse, er fleksible, og ofte vil ha lokal tilstedeværelse, antas det at norske verft kan ha et fortrinn dersom det oppstilles slike krav og kriterier. Dette viser også undersøkelser, slik referert over under punkt 2.2.4, hvor et flertall av rederiene (57 prosent) mener at norske verft er bedre på å levere fartøyene til avtalt tid.

7.3 Ytterligere krav og kriterier som kan være aktuelle å oppstille for å styrke norske verfts konkurransekraft

7.3.1 Innledning

Som nevnt i innledningen, er det grunn til å anta at flere typer krav og kriterier enn de ovennevnte kan premiere norske verfts særlige egenskaper ved en offentlige anskaffelser av fartøy.

For det første kan det å oppstille **miljøkrav** og -kriterier være aktuelt. Miljøkrav er en vid kategori krav og kriterier som har det til felles at de søker å minimere negativ miljøpåvirkning. Det kan være flere krav og kriterier som er aktuelle (punkt 7.3.2). For det andre kan det være aktuelt å se på kriterier som premierer fleksibilitet, endringsvillighet, skreddersøm mv. (punkt 7.3.3). Det kan også være aktuelt å stille krav og kriterier om sporbarhet og kunnskap om **leverandørkjeden**, samt at underleverandører overholder visse minimumskrav knyttet til menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Her vil det som utgangspunkt være et betydelig handlingsrom, jf. punkt 7.2.5.

7.3.2 Miljø- og bærekraftskrav

a) Utgangspunkt

Tronslin-utvalget la opprinnelig til grunn at EØS-avtalen legger klare begrensninger på adgangen til å innføre samfunnsmessige krav i forbindelse med offentlige anskaffelser.¹⁷⁶ Dette handlingsrommet er vesentlig utvidet ved EU-domstolens nyere praksis, 2014-anskaffelsesdirektivene, samt endringene i miljøregelverket forøvrig.¹⁷⁷ Formålsbestemmelsene og anskaffelsesregelverkets økte fokus på miljø må etter vår vurdering ses i sammenheng med EUs endringer av miljøkrav og miljøhandlingsrom på tilgrensende områder. For det første har miljøhensynets forankring i primærretten blitt forsterket etter Lisboa-traktaten.¹⁷⁸ For det andre er sekundærretten i EU på miljørettens område i rask utvikling.¹⁷⁹ For det tredje har miljø i større grad blitt integrert i EUs anskaffelsesregelverk. Revisjonen av EØS-anskaffelsesdirektivet var et virkemiddel for å fremme målene i Europa 2020-strategien for «*smart, sustainable and inclusive growth*». Dette fremgår også av lovendringen i 2017 hvor ny § 5 i anskaffelsesloven slår fast at oppdragsgivere «*skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant*». Denne

¹⁷⁶ NOU 1997:21.

¹⁷⁷ Dette vises blant annet i de grunnleggende prinsippene i direktiv 2014/24/EU artikkel 18.3, muligheten for innledende markedsundersøkelser (Art. 40/FOA §§ 8-1 og 12-1), miljømerking (Art. 43/FOA §§ 8-6 og 15-3), miljøledelsesstandarder (Art. 62/FOA § 16-7), tildelingskriterier (Art. 67/FOA §§ 8-11 og 18-1) og livssyklus kostnader (Art. 68/FOA § 18-2).

¹⁷⁸ Se TFEU art. 3 (The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe [...] aiming at [...] a high level of protection and improvement of the quality of the environment") og TFEU art. 11 (Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development). Dette reflekteres etter vår vurdering også i EU-domstolens praksis knyttet til blant annet forholdsmessighetsvurderingen under EØS art. 13/TFEU art. 36.

¹⁷⁹ Se blant annet EUs taksonomiregelverk for den maritime næringen.

utviklingen forventes styrket gjennom det nylig oppnevnte lovutvalget, hvis mandat blant annet er å styrke miljø- og bærekraftshensyn i offentlige anskaffelser.¹⁸⁰ Dette er av betydning for hvilket handlingsrom offentlige oppdragsgivere har under anskaffelsesregelverket til å legge vekt på miljøhensyn. Anskaffelsesregelverket gir derfor etter vår vurdering få direkte begrensninger på adgangen til å vektlegge miljø på ulike stadier i innkjøpsprosessen, forutsatt at dette skjer på en måte som er i samsvar med de grunnleggende reglene om fri bevegelse og ikke-diskriminering i EØS-avtalen.

Rammene for handlingsrommet til å stille miljøkrav ble behandlet av EU-domstolen i Concordia Bus Finland saken i 2022.¹⁸¹ Saken gjaldt Helsinki bys anskaffelse av busstransporttjenester, hvor det var stilt krav til NOx utslipp og støy. EU-domstolen slår fast at kravene forfølger et lovlig hensyn, og at slike miljøkrav vil være lovlige så lenge de har en tilknytning til kontrakten, ikke gir oppdragsgiver ubegrenset skjønnsfrihet, oppgis i kunngjøringen/konkurransegrunnlaget og samsvarer med de grunnleggende prinsippene, herunder ikke-diskrimineringsprinsippet. EU-domstolen gikk et steg lengre og avklarte at likebehandlingsprinsippet i prinsippet ikke stenger for å stille strenge miljøkrav selv om få tilbydere kan oppfylle kravene. Avgjørelsen er fulgt opp i senere saker.¹⁸²

b) Miljøkrav

Miljøhensyn kan tas på ulike måter, enten ved hjelp av enkeltkrav eller ved henvisning til ulike standarder og sett av krav. Dersom det gjøres henvisning til bestemte standarder, typer eller produkter, må kravet være tilstrekkelig fleksibelt utformet slik at det ikke virker ekskluderende. EU-domstolen har i flere saker slått fast at en henvisning til en bestemt standard, type produkt, varemerke eller lignende uten at det tillates at produkter av samme kvalitet og beskaffenhet kan leveres, som utgangspunkt utgjør en restriksjon. I Dundalk-saken hadde den irske oppdragsgiver spesifisert at rørene som skulle brukes ved gjennomføringen av bygge- og anleggskonkurransen skulle være i overensstemmelse med «irish standard specification 188:1975». EU-domstolen la til grunn at tiltaket virket diskriminerende, og at forskjellsbehandlingen kunne vært unngått ved å sette inn ordene «eller dermed likestilt» i kravspesifikasjonen.¹⁸³

Dersom det fastsettes enkeltkrav, og disse avviker fra bransjenorm eller standarder, bør oppdragsgivere som utgangspunkt sikre en viss minste dokumentasjon for at kravet er egnet til å fremme miljøhensyn. Dersom miljøkravet er egnet til å gjøre det vanskeligere for utenlandske aktører å delta, vil det som utgangspunkt foreligge en restriksjon som må begrunnes. Staten har bevisbyrden for at tiltaket er egnet, nødvendig og derved proporsjonalt for å ivareta de miljøhensyn det er innrettet mot. Beviskravets nærmere innhold må særlig fastlegges ut fra EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis, og det er særlig i saker om restriksjoner begrunnet i hensynet til helse at spørsmålet er kommet på spissen. Hvor strengt dokumentasjonskravet forstås og vurderes, varierer etter praksis og vil kunne avhenge av hvor overbevist domstolen er om tiltakets generelle rimelighet og forholdsmessighet.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Se pressemelding fra NFD av 5. november 2022 ([Vil gjøre anskaffelsesregelverket bedre for bedrifter og oppdragsgivere - regjeringen.no](#)).

¹⁸¹ Se sak C-513/99.

¹⁸² Se blant annet sak C-21/03 (*Fabricom mot Belgia*) og sak C-244/02 (*Kaupatalo Hansel Oy v Imatran Kaupunki*).

¹⁸³ Tilsvarende er lagt til grunn i EU-domstolens sak C-59/00, *Vestergaard*, ECLI:EU:C:2001:654, premiss 23.

¹⁸⁴ I EU-domstolens sak C-284/95, *Safety Hi Tech mot S&T. SRL*, ECLI:EU:C:1998:352, fant EU-domstolen at et forbud mot anvendelse og markedsføring av hydroklorfluorkarboner bestemt til brannslukking for beskyttelse av ozonlaget var lovlig og begrunnet var prøvingen i premiss 59-61, jf. premiss 66 meget knapp. Tilsvarende begrenset EU-

Miljøhensyn kan også ivaretas ved at det inntas krav til (miljøorienterte) livssyklus kostnader i kravspesifikasjonen og/eller ved at livssyklus kostnader inngår som ett av tildelingskriteriene. Dette følger av blant annet anskaffelsesforskriften § 15-1 (2) og (3) bokstav b, samt § 18-1 og § 18-2. Denne muligheten etter anskaffelsesreglene til å stille krav til livsløpsutslipp, støtter etter vår vurdering at dette kravet også kan nyanseres – og at anskaffelsesreglene ikke stiller krav til styrken eller graden av et slikt livsløpskrav. Livsløpskrav eller bærekraftkrav bør av hensyn til både EØS-retten (se over) og anskaffelsesforskriften § 15-1 (4) utformes på en nøytral måte, og de bør kunne begrunnes i dokumenterbare miljøvirkninger.

En egnet type miljøkrav kan være krav knyttet til klimautslipp i byggefasen. Dette har Grønt Skipsfartsprogram fremhevet som en mulighet. Bakgrunnen for dette er at bygging i Norge kan skje basert på tilnærmet 100 % fornybar energi som følge av den norske vannkraftproduksjonen.

En annen type miljøkrav kan knytte seg til **innovasjon** – som for øvrig kan anses som en egen type krav og kriterier som kan være egnet til å styrke konkurransekräften til norske verft. Kravene kan dreie seg om å utvikle nye, og mer miljøvennlige løsninger, som hydrogenfartøy. Det er grunn til å anta at norske verft kan inngi mer fordelaktige tilbud på prosjekter som forutsetter innovasjon, ettersom norske verft synes å ha spisskompetanse på skreddersøm og spesielle tekniske løsninger, jf. Menon og BCGs rapport fra 2021. I forlengelsen av dette har Narve Mjøs, som er leder i Grønt Skipsfartsprogram, trukket frem at siden norske verft er gode på avanserte skipstyper, er norske verft godt egnet til å drive flåtefornyelse med tanke på det grønne skiftet, og å bygge «fremtidens lasteskip», med både automatisering, autonomi, fremdriftssystem og grønne drivstoffløsninger.

c) Åpenhet, sosiale rettigheter og krav til leverandørkjeden

Vi kan tenke oss ulike krav til åpenhet, ivaretagelse av sosiale rettigheter og oppfølging av egen virksomhet og leverandørkjeden. Slike krav har forankring i anskaffelsesloven § 5, som fastsetter at offentlige oppdragsgivere er forpliktet til å ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter der det er risiko for brudd på slike rettigheter, og har adgang til å hensynta sosiale forhold ved valg av leverandører såfremt tilknytningskravet er oppfylt, jf. anskaffelsesloven § 5.

Krav knyttet til åpenhet rundt menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, avhengig av innretning og utforming, vil kunne styrke norske verfts konkurranseposisjon. Dette skyldes blant annet at Norge er tidlig ute med å pålegge større norske selskaper en informasjonsplikt knyttet til virksomheters negative innvirkning på menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, samt å gjennomføre aktsomhetsvurderinger i tråd med OECDs¹⁸⁵ retningslinjer for flernasjonale selskaper. Norske virksomheter forholder seg dessuten til strenge krav i arbeidsmiljøloven knyttet til sosiale forhold på arbeidsplassen og hos leverandører.

Et aktuelt krav kan være at leverandørene, uavhengig av opprinnelsessted, skal opptre i henhold til de sentrale prinsippene som den norske åpenhetsloven (LOV-2021-06-18-99) er basert på. Loven gjelder for større virksomheter som er hjemmehørende i Norge og som tilbyr varer og tjenester i eller utenfor Norge, herunder

domstolen seg i Preussen Elektra- og Wallonia-avfallssakene til en vurdering av nødvendigheten av tiltakene, uten en nærmere prøving av tiltakets generelle forholdsmessighet og dokumentasjonskravet. Motsatt i EU-domstolens sak C-510/99 Tridon, ECLI:EU:C:2001:559, hvor domstolen bemerket at en vurdering av forholdsmessigheten av et forbud mot salg av papegøyer født i fangenskap ikke var mulig "uden yderligere oplysninger [...]dels på videnskabelige undersøgelser, dels på de faktiske omstændigheder" (premiss 58).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46779&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=140527>

¹⁸⁵ Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling.

norske verft.¹⁸⁶ Det er et nokså vidt handlingsrom til å oppstille krav og kriterier knyttet til dette tema i anskaffelser av fartøy der det er en viss risiko for brudd på åpenhetslovens bestemmelser.

Den norske åpenhetsloven går lengre enn de fleste internasjonale standarder og regelverk ved å inkludere et svært bredt spekter av menneskerettigheter, og ved å gi enhver rett på informasjon om hvordan virksomhetene håndterer faktiske og potensielle negative konsekvenser knyttet til aktsomhetsvurderingene. Det at norske verft må overholde åpenhetsloven, medfører at norske verft kan ha et konkurransefortrinn dersom det oppstilles krav eller kriterier knyttet til overholdelse av disse lovreglene.

Loven oppstiller relativt strenge krav i internasjonal sammenheng til at virksomheter skal dele informasjon og gjennomføre aktsomhetsvurderinger og tiltak for å ivareta menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i egen virksomhet, i leverandørkjeden og hos forretningspartnere. Mer konkret kan det eksempelvis oppstilles krav om at tilbyderselskapene har vedtatt retningslinjer knyttet til arbeidet med å fremme respekt for menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Det kan også kreves at det legges frem en årlig redegjørelse som beskriver funn fra gjennomførte aktsomhetsvurderinger, planlagte eller iverksatte tiltak, og effekten av eventuelle tiltak. Et annet hensiktsmessig kriterium kan være at tilbyderne må ha en kanal der interessenter kan sende inn informasjonskrav knyttet til hvordan virksomheten håndterer faktiske og potensielle negative konsekvenser for menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i egen virksomhet og i leverandørkjeden.

Fortrinnet til norske verft med å besvare slike krav kan riktignok være av midlertidig art, ettersom lignende regelverk er forventet implementert på tvers av EU i løpet av de nærmeste årene.¹⁸⁷ Samtidig er de foreslåtte terskelverdiene for direktivets anvendelsesområde så høye at en rekke utenlandske verft antakeligvis vil falle utenfor. I tillegg er det en viss sannsynlighet for at Norge vil fortsette å være et foregangsland på dette feltet. Menon har i denne forbindelse fremhevet at nærhet til leverandører og andre forretningsforbindelser utgjør et av norske verfts konkurransefortrinn. Det er derfor grunn til å anta at det å oppstille krav og kriterier i denne kategorien kan være egnet til å styrke norske verfts posisjon i anskaffelser av fartøy.

I forlengelsen av dette kan det også være hensiktsmessig å oppstille krav som går lenger enn åpenhetslovens krav. Dette kan eksempelvis være krav om at tilbyderselskapene må legge frem sine leverandørlistene, eller på andre måter redegjøre for leverandørkjedene for de hovedkomponentene som inngår i deres produkter eller tjenester. Her vil norske verfts nærhet til leverandører og andre forretningsforbindelser kunne utgjøre et fortrinn. Slike krav vil kunne være lovlige der det er risiko for at noen ledd i leverandørkjeden er forbundet med brudd på menneskerettighetene og krav til anstendige arbeidsforhold.

¹⁸⁶ Loven gjelder også for større utenlandske virksomheter som tilbyr varer og tjenester i Norge, og som er skattepliktige til Norge etter norsk intern lovgivning.

¹⁸⁷ På internasjonal basis er næringslivets ansvar for å respektere grunnleggende menneskerettigheter forankret i FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter (UNGP) og OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper. Nylig har Europakommisjonen fremsatt et forslag til direktiv om virksomheters aktsomhetsvurderinger for menneskerettigheter og bærekraftsvurderinger av 23. februar 2022, som utgjør et av flere internasjonale tiltak som skal søke å redusere risikoen for europeiske selskapers negative påvirkning på menneskerettigheter, klima og miljø i egen virksomhet, datterselskaper og i verdikjeden. Tyskland og Nederland har også vedtatt lover som trer i kraft 1. januar 2023, og som pålegger virksomheter å gjennomføre aktsomhetsvurderinger av sine leverandører.

7.3.3 Krav og kriterier som premierer fleksibilitet, skreddersøm, endringsvilje mv.

For det femte kan det være aktuelt å oppstille krav som fremmer, eller kriterier som premierer **fleksibilitet, skreddersøm, og endringsvilje**. Dette er alle forhold som er fremhevet av Menon og BCG som konkurransefortrinn for norske verft.

Det kan oppstilles kvalifikasjonskrav knyttet til **gjennomføringsevne**, jf. EU-domstolens sak C-532/06 (Lianakis). Gjennomføringsevne kan i visse tilfeller oppstilles som et tildelingskriterium, forutsatt at kriteriet presiseres til å gjelde oppgaveløsning, plan for gjennomføring, mv.¹⁸⁸ Som eksempel kan det vises til LB-2014-111360 (LKC), der arbeider på en skole skulle utføres mens den var i drift, og HMS, fremdrift og ferdigstilling derfor var særlig viktig. Tildelingskriteriet «prosjektgjennomføring», som la opp til å vektlegge blant annet de tilbudte ressursenes kompetanse og erfaring, tilbudt fremdrift, og godheten av den tilbudte planen for gjennomføring, organisering og utførelse, ble ansett som lovlig.

Det kan oppstilles et tildelingskriterium som knytter seg til leverandørens **oppdragsforståelse**. Evalueringen må i så fall basere seg på leverandørens beskrivelse av hvordan vedkommende har tenkt å løse det konkrete oppdraget, og ikke omhandle generelle forhold hos leverandøren. Det å be leverandørene utarbeide en gjennomføringsplan kan også avdekke om verftene vil være i stand til å følge den påkrevde fremdrift, og for øvrig å levere kontraktmessig. Dette kan bidra til å bringe på det rene om det kan foreligge grunnlag for å avvise tilbud fra utenlandske verft, enten fordi de inneholder avvik fra det som er etterspurt i konkurransegrunnlaget,¹⁸⁹ eller det foreligger antesipert mislighold.¹⁹⁰

Der kontrakten krever et tett samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandør, kan det være lovlig å oppstille et tildelingskriterium som gjelder **samarbeidsevner**. Forutsetningen for at et slikt tildelingskriterium skal være lovlig er særlig at et godt samarbeid er viktig for en vellykket gjennomføring av prosjektet, og at tildelingskriteriet utformes tilstrekkelig klart, slik at det er forutberegnelig hvordan oppdragsgiver vil gå frem for å vurdere samarbeidsevnen til leverandørene.

Det er også adgang til å ta i betraktning **erfaringer** oppdragsgiveren selv, eller andre oppdragsgivere, har med leverandøren. I denne forbindelse kan det også være aktuelt å kreve at det oppgis referanser. Dette kan være egnet som dokumentasjon på tilbudets kvalitet, herunder eksempelvis kompetanse, oppdragsforståelse og leveringsdyktighet.¹⁹¹ Vektlegging av tidligere erfaringer kan være egnet til å styrke norske verfts konkurransekraft, ettersom våre empiriske undersøkelser tilsier at mange norske oppdragsgivere har erfaringer med norske verft, og norske verfts konkurransefortrinn ser ut til å inkludere gode samarbeidsevner og leveranser av høy kvalitet. Forutsetningen for at slik vektlegging skal være lovlig er imidlertid at erfaringene er objektivt konstaterbare, dokumentert og etterprøvbare, og for øvrig at kontrakten er av en slik karakter at det er anledning til å legge vekt på kvalitet eller andre forhold de tidligere erfaringene er egnet til å belyse.¹⁹²

¹⁸⁸ Se KOFA sak 2010/304 (Teneo Data) avsnitt 15 flg.

¹⁸⁹ Anskaffelsesforskriften gir rett til avvisning der det foreligger «avvik», og avvisningsplikt der det foreligger «vesentlige avvik», jf. hhv. §§ 24-8 (2) a) og (1) b). I LF-2013-14272 (Fosennamsos Sjø) uttaler lagmannsretten at det avgjørende for om det foreligger et avvik, er hvorvidt oppdragsgiveren kan kreve utførelse i samsvar med det opprinnelige kontraktsforslaget.

¹⁹⁰ Se nærmere om dette i punkt 8.6.2 nedenfor.

¹⁹¹ Se KOFA sak 2004/275 (Luftfartstjenester) avsnitt 51.

¹⁹² Se KOFA sak 2008/199 (Lyreco) avsnitt 13 flg.

7.4 I hvilken grad vil krav og kriterier som øker konkurransekraften til nasjonal maritim industri kunne innebære ulovlig statsstøtte?

7.4.1 Risikoen for statsstøtte til norske verft

Spørsmålet er om skjerpede krav og kriterier som diskutert ovenfor, kan innebære en økonomisk fordel og statsstøtte til norske leverandører. Statsstøtte er et rettslig begrep. Seks vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge statsstøtte. Vilkårene er generelt utformet, men statsstøttebegrepet får sitt innhold gjennom tilpasning til bransje, markedsforhold, geografisk område og regulatorisk kontekst: Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren. Støtten må være gitt av staten eller av statsmidler i enhver form. Mottaker av støtte må drive økonomisk aktivitet (foretaksbegrepet). Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitet). Støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen. Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.

Statsstøtte kan tenkes på minst to ulike måter. For det første kan støtten bestå i at kravet eller kriteriet virker utestengende overfor utenlandske leverandører, og derved favoriserer den/de norske leverandøren(e). Dersom det er flere leverandører, oppstår tilleggsspørsmålet om fordelingen er selektiv (statsstøtte) eller generell (ikke statsstøtte). Så lenge norske verft er en identifiserbar gruppe, og tiltaket i tilstrekkelig grad favoriserer norske fremfor utenlandske verft, vil vilkåret etter vår vurdering isolert sett kunne være oppfylt. For det andre kan støtten bestå i at leverandøren overkompenseres gjennom kravet eller kriteriet. Dette vil dette kunne skje dersom det eksempelvis stilles seriøsitetsskrav til lønns- og tariffvilkår mv. uten at disse fordelene veltes videre fra leverandør til de ansatte.¹⁹³

Hvor langt statsstøttereglene går i å begrense handlingsrommet til offentlige oppdragsgivere som følger EØS-avtalens fri bevegelsesregler og anskaffelsesreglene, er likevel noe uklart.¹⁹⁴ Det finnes etter vår vurdering et betydelig argumentasjonsrom for å hevde at statsstøttereglene i liten grad begrenser offentlige oppdragsgivers handlingsrom hvor de ellers følger EØS-avtalen og EØS-anskaffelsesdirektivene. EU-domstolens uttalelser i flere saker viser at fri bevegelsesreglene og statsstøttereglene ikke kan anvendes på en måte som gir indre motstrid (lovlig etter EØS art. 13, men ulovlig etter statsstøtteregelen i EØS art. 61) hvor regelsettene er uløselig knyttet til hverandre.¹⁹⁵

Kommisjonens meddelelse om statsstøttebegrepet, og enkelte saker fra praksis, skaper likevel en betydelig klarhet med hensyn til hvordan disse to regelsettene samvirker. Kommisjonen legger i meddelelsen til grunn at

¹⁹³ Se drøftelse i *Smart Public Procurement and Labour Standards: Pushing the Discussion after Regioplast*, av Albert Sánchez Graells, Hart, 2018.

¹⁹⁴ Se blant annet M Stempkowski and M Dischendorfer, 'The interplay between the E.C. Rules on public procurement and state aid' (2002) 11(3) PPLR NA47; A Bartosch, 'The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance - the Toughest Standard Applies?' (2002) 39 CMLR 551; J HMigar, 'The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC' (2003) 1 2(3) PPLR 109; PA Baistrocchi, 'Can the award of a public contract be deemed to constitute State aid?' (2003) 24(10) ECLR 510; S Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2. utgave, London: Sweet & Maxwell, 2005) 302 flg. og av samme forfatter, *The Law of Public and Utilities Procurement - Regulation in the EU and UK* (London: Sweet & Maxwell, 2014) 219 flg.; A Doern, 'The interaction between EC rules on public procurement and State aid' (2004) 13(3) PPLR 97; B Heuninckx, 'Defence procurement: the most effective way to grant State aid and get away with it... or is it?' (2009) 46(1) CMLR 191; A Sánchez Graells, 'Public procurement and State aid: reopening the debate?' (2012) 21(6) PPLR 205; WS Schoenmaekers, W Dev roe and N Phil Ipsen (eds) *State Aid and Public Procurement in the European Union (IDS Commune Europaeum 2014)*; M Kekelekis and K Neslein, 'Public procurement and State aid' in C Bovis (ed), *Research Handbook on Public Procurement* (Edward Elgar, 2016) 452; mv.

¹⁹⁵ Se EU-domstolens sak T-57/11 *Castellnou Energia mot Kommisjonen*, ECLI:EU:T:2014:1021, premiss 181 følgende.

anbudskonkurranser kan utformes på en måte som innebærer støtte.¹⁹⁶ Fra praksis finnes flere saker hvor tildelingen av kontrakten etter anskaffelsesreglene har blitt funnet å utgjøre statsstøtte.¹⁹⁷

Når oppdragsgiver oppstiller spesielle kvalifikasjons- eller kontraktskrav til oppfyllelsen, kan det i prinsippet innebære at oppdragsgiver ikke opptre som markedsøkonomisk aktør (MEO), slik det er påkrevd under statsstøttereglene.¹⁹⁸

Ettersom anskaffelsesreglene er bygget på hensynet til fri bevegelighet og EUs mål om en smart, bærekraftig og innovativ vekst, vil det ikke være i samsvar med traktatens formål om det offentlige som innkjøper ikke tillates å legge vekt på hensyn knyttet til miljø og bærekraft, sosiale hensyn og hensynet til et seriøst arbeidsliv, samt hensynet til små- og mellomstore bedrifter mv. Regelverkene tjener et felles formål om å sikre fri bevegelighet, og statsstøttereglene kan ikke anvendes på en måte som begrenser (reglene om) fri bevegelighet.¹⁹⁹

Etter vår vurdering kan derfor MEO-prinsippet ikke utelukke at oppdragsgivere legger betydelig vekt på sosiale og miljømessige kriterier.²⁰⁰ Dette innebærer at Kommisjonens uttalelser i meddelelsen om statsstøttebegrepet vil måtte tolkes innskrenkende i visse tilfeller, slik at formålet med anskaffelsesreglene ikke begrenses. Dersom det vektlegges hensyn som ikke på samme måte kan forankres i anskaffelsesregelverkets hensyn, f. eks. krav til lokalt nærvær, vil Kommisjonens uttalelser i statsstøttemeddelelsen sette begrensninger for oppdragsgivers handlingsrom. Det samme gjelder hvor kravet utgjør en handelsrestriksjon etter EØS art. 11, og hvor det er mer uklart om hensynet kan begrunnes etter EØS art. 13, f. eks. krav til arbeidsspråk dersom det ikke kan forankres i helse- og sikkerhetshensyn. Kommisjonen forutsetter i statsstøttemeddelelsen at krav skal være “non-discriminatory and closely and objectively related to the subject matter and to the specific economic objective of the contract”.²⁰¹ Kommisjonen forutsetter at kravene “should allow for the most economically advantageous offer to match the value of the market”.

7.4.2 Kort om eventuell for statsstøtte til utenlandske verft

EØS-statsstøttereglene forbyr EUs medlemsland å gi støtte til nasjonal industri, herunder verft, med mindre denne støtten enten er godkjent av Kommisjonen eller lovlig i henhold til den såkalte gruppefritaksforordningen. Det faller utenfor denne utredningen å gi en inngående fremstilling av handlingsrommet. Men ettersom subsidier ofte trekkes frem som en årsak til at nasjonale verft vinner frem i konkurranser, er det grunn til å påpeke at statsstøttereglene vil sette begrensninger på slik støtte.²⁰² I tillegg gir anskaffelsesdirektivene oppdragsgiver en

¹⁹⁶ Se meddelelsen premiss 93, 96 og 14.

¹⁹⁷ Se blant annet Kommisjonens avgjørelse av 2. oktober 2002 hva gjaldt Londons offentlig-private samarbeid knyttet til undergrunnen N264/2002, C(2002)3578 og avgjørelse av 9. september 2004 knyttet til Project ATLAS bredbåndsinfrastruktur til forretningsparker, N213/2003, C(2004)1809 mv.

¹⁹⁸ Dette refereres gjerne til som “markedsinvestortesten”. EU-domstolens sak C-234/84, Belgia mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:1986:302, premiss 14. Se A Doern, ‘The interaction between EC rules on public procurement and State Aid’ (2004) 13(3) Public Procurement Law Review 97, sidene 113-115 og A Bartosch, ‘The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance - the Toughest Standard Applies?’ (2002) 39 Common Market Law Review 551, sidene 570-572.

¹⁹⁹ EU-domstolens sak 18/84 Kommisjonen mot Frankrike, premiss 10 og 13.

²⁰⁰ Se EU-domstolens sak 234/84 EU:C:1986:302; [1988] 2 C.M.L.R. 331, at [14] og sml. GS Olykke, ‘The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?’ i GS Olykke and A Sanchez-Graells (red.), Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules (Edward Elgar 2016) 146, s. 154-156.

²⁰¹ Se meddelelsen, premiss 96.

²⁰² Frankrike er blant de EU-landene som har en lang tradisjon for statlig intervensjonisme og et høyt støttenivå, jf. oversikten over støtteordninger på hjemmesiden til General Commission for Territorial Equality (CGET): www.europe-

plikt til å avklare om tilbudet fra verftet er «unormalt lavt» på grunn av statsstøtte. Dersom prisen, eller lovligheten av støtten for å kunne gi prisen, ikke kan forklares har oppdragsgiver etter samme bestemmelse en rett til å avvise leverandøren. Bestemmelsene kan håndheves av konkurrerende verft, ved at saker bringes for klageorganer eller domstoler i det aktuelle oppdragsgiverlandet.

en-france.gouv.fr/Centre-de-ressources/Aides-d-etat En sentral ordning for industrien, inklusive verftstreindustrien, er ordningen for statsgarantier (kjent som «PGE») godkjent av EU-kommisjonen 21. mars 2020 (SA.56709) under EUs statsstøtte midlertidige rammeverk («Temporary Framework») og artikkel 107 (3) (B) TEUV, som tillater hjelp for å «bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien i en medlemsstat». Ordningen som forventes å tilrettelegge for mer enn 300 milliarder EURO i likviditetsstøtte, er en del av den franske gjenopprettingsplanen, godkjent av kommisjonens beslutning av 21. mars 2020.

8 Andre forhold som påvirker handlingsrommet

8.1 Innledning

Andre forhold ved gjennomføringen av konkurransen kan påvirke handlingsrommet. Anskaffelsens gjenstand, verdi, hvilken anskaffelsesprosedyre som velges, hvordan konkurransegrunnlaget utformes og hvordan oppdragsgiver opptrer i konkurransens ulike stadier, er i en viss utstrekning underlagt oppdragsgivers forvaltningsrettslige skjønn, eller lov- og forskriftsreglene åpner for rettsanvendelsesskjønn. Anskaffelsesregelverket gir offentlige oppdragsgivere flere muligheter til å påvirke innkjøpsprosessen enn kun til å oppstille krav og kriterier i anskaffelsesdokumentene. I dette kapitlet skal vi derfor gi noen stikkord om hvilket handlingsrom anskaffelsesregelverket gir til å styrke konkurransekraften til norske verft i ulike situasjoner.

8.2 Markedsdialog

For at oppdragsgiver skal lykkes med å oppstille krav og kriterier som er egnet til å styrke konkurransekraften til norske verft (og for øvrig med å utforme konkurransegrunnlaget på best mulig måte), er det sentralt å ha kunnskap om markedet, og hvilke relevante styrker norske verft har i den enkelte anskaffelse. For å oppnå dette kan oppdragsgiver i anskaffelser av fartøy enten kartlegge markedet gjennom markedsundersøkelser, eller gjennomføre markedsdialog. Markedsdialogen kan gå ut på at oppdragsgiver henvender seg direkte til norske verft for å kartlegge hva verftene kan tilby, forutsatt at oppdragsgiver sikrer overholdelse av prinsippene om konkurranse og likebehandling.²⁰³ Et grep for å sikre overholdelse av disse prinsippene er eksempelvis å gi alle verft – både norske og utenlandske – like muligheter til å delta i markedsdialogen.

I tillegg er det viktig å sørge for at markedsdialogen ikke utføres på en slik måte at det oppstår inhabilitet i relasjonen mellom tilbudsevalueringsteamet og de norske verftene. Det oppstår avvisningsplikt hvis det foreligger inhabilitet som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) c). Etter anskaffelsesforskriften § 7-5 gjelder forvaltningslovens habilitetsregler tilsvarende for offentlige anskaffelser.²⁰⁴ Anskaffelsesdirektivet inneholder også en habilitetsbestemmelse i art. 24 som anses å være konsumert av de norske habilitetsreglene.²⁰⁵ Disse reglene innebærer at markedsdialogen vil lede til inhabilitet ved den senere tilbudsevalueringen dersom den gjennomføres slik at den er «egnet til å svekke tilliten til [tilbudsteamets] upartiskhet».²⁰⁶

²⁰³ Oppdragsgiver kan etter anskaffelsesforskriften § 8-1 (1) gjennomføre «markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen». Etter andre ledd kan oppdragsgiver «søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, leverandører eller andre markedsaktører» til bruk i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen, forutsatt at prinsippene om likebehandling og konkurranse overholdes.

²⁰⁴ Etter bestemmelsens andre ledd er oppdragsgiver i tillegg forpliktet til å «treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet».

²⁰⁵ Andre ledd i artikkel 24 har følgende ordlyd: «Begrebet interessekonflikt omfatter mindst de situationer, hvor personalet hos den ordregivende myndighed eller en udbyder af den indkøbte tjeneste, der handler på vegne af den ordregivende myndighed, som er involveret i gennemførelsen af udbudsproceduren eller kan påvirke resultatet af proceduren, direkte eller indirekte har en finansiell, økonomisk eller anden personlig interesse, der kan antages at bringe deres upartiskhed og uafhængighed i forbindelse med udbudsproceduren i fare». I NOU 2014: 4 punkt 25.3.2.8 legges det til grunn at forvaltningslovens regler om inhabilitet ivaretar disse situasjonene.

²⁰⁶ Jf. forvaltningsloven § 6 (2).

Det gjelder for øvrig også avvisningsplikt dersom en tilbyder har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) d).

8.3 Betydningen av valg av anskaffelsesprosedyre

Valg av anskaffelsesprosedyre vil også kunne få betydning for handlingsrommet oppdragsgiver har ved anskaffelser av fartøy, ved at de ulike anskaffelsesprosedyrer inneholder forskjellige stadier med varierende grad av handlingsrom for oppdragsgiver. Hvilke anskaffelsesprosedyrer som lovlig kan tas i bruk i klassisk sektor følger av anskaffelsesforskriften § 13-1. Her fremgår det at det alltid kan velges åpen eller begrenset anbudskonkurranse som anskaffelsesprosedyre. De øvrige anskaffelsesprosedyrer kan velges på nærmere vilkår som fremgår av de øvrige bestemmelsene i forskriftens kapittel 13. Vilkårene er ulike, men det er særlig ved komplekse anskaffelser der oppdragsgiver ikke har full oversikt over eget behov eller hva som eksisterer på markedet de øvrige anskaffelsesprosedyrer vil kunne tas i bruk. I denne sammenheng er det særlig grunn til å knytte noen bemerkninger til konkurranseformene konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling.

Konkurransepreget dialog er en anskaffelsesprosedyre som legger opp til en mer omfattende anskaffelsesprosess. Oppdragsgiver er gitt et større handlingsrom. Dette vil i prinsippet kunne brukes på en måte som kan bidra til at norske verft får en styrket stilling i konkurransen, forutsatt at valg av anskaffelsesprosedyre ikke utelukkende begrunnes i å styrke konkurranseposisjonen til norske verft. Det endelige konkurransegrunnlaget blir i denne typen konkurranse utformet etter at det er gjennomført en dialog med de prekvalifiserte leverandørene. Formålet med dialogen er å identifisere og definere hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles, og å utforme konkurransegrunnlaget på bakgrunn av dette. Siden fartøysanskaffelser er komplekse anskaffelser og ofte krever skreddersøm og/eller innovative løsninger, og vil det kunne være adgang til å bruke denne konkurranseformen.

Når det gjelder konkurranse med forhandling, gir ikke gjennomføring av forhandlinger i seg selv noe videre handlingsrom til å styrke konkurransekraften til norske verft rettslig sett. Samtidig gir forhandlinger en noe større fleksibilitet og mulighet til informasjonsutveksling som kan bidra til å avklare både hvilke sterke sider norske verft har, og hvordan deres tilbud kan dekke oppdragsgivers saklige behov.

8.4 Betydning av anskaffelsens gjenstand og verdi – oppdeling av kontrakter

Anskaffelsens gjenstand og verdi har også betydning for oppdragsgivers rettslige handlingsrom ved anskaffelser av fartøy. For det første, og som fremholdt ovenfor, gjelder det mer detaljerte og omfattende regler desto høyere verdi en anskaffelse har, basert på nærmere angitte terskelverdier på både nasjonalt og EØS-rettslig plan.²⁰⁷ Det mest sentrale eksempelet på dette er at plikten til å kunngjøre vareanskaffelser i hele EØS-området oppstår for anskaffelser med en anslått verdi på mer enn MNOK 2,2 eks mva.²⁰⁸ Når oppdragsgiver ikke må kunngjøre i hele EØS-området, står oppdragsgiver mer fritt til å velge norske verft.

²⁰⁷ Anskaffelsesforskriften del III gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdi, mens den mindre omfattende og mer fleksible del II gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det foreligger dermed mer handlingsrom desto lavere verdi anskaffelsen har. Dette handlingsrommet kan brukes på en måte som bidrar til at offentlige anskaffelser blir tildelt norske verft.

²⁰⁸ For statlige oppdragsgivere er terskelen MNOK 1,4 eks mva. I forsyningsforskriften er terskelen MNOK 4,5 eks mva, som gjelder for alle typer oppdragsgivere omfattet av denne forskriften

For det andre vil anskaffelsens omfang få betydning ved at EØS-reglene kun kommer til anvendelse der det foreligger et grenseoverskridende element, jf. kapittel 4.2.3 bokstav c ovenfor. Når EØS-retten ikke kommer til anvendelse, vil ikke oppdragsgiver være underlagt prinsippet om ikke-diskriminering basert på nasjonalitet på samme måte, og det vil ikke være behov for å sikre frihandel over landegrensene. Dette gir et videre handlingsrom til å oppstille krav og kriterier som styrker konkurransekraften til norske verft i anskaffelser av fartøy.

I forlengelsen av dette kan en anskaffelse deles opp i flere delkontrakter. Dette kan også være aktuelt ved anskaffelser av fartøy. Anskaffelsesforskriften § 19-4 åpner for – og oppfordrer til – at oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelser i delkontrakter.²⁰⁹ Det er nok ofte uhensiktsmessig å dele anskaffelser av fartøy i så små delkontrakter at hver enkelt anskaffelse er under terskelverdi.²¹⁰ Mer aktuelt er det nok å dele opp anskaffelsen i større delkontrakter. Oppdeling av anskaffelser, hvor det er legitime grunner til slik oppdeling, kan også i praksis bidra til å styrke konkurransekraften til norske verft der EØS-regelverket får anvendelse. Dette skyldes at mindre anskaffelser som regel påkaller mindre interesse fra utenlandske leverandører.

8.5 Utforming av konkurransegrunnlaget for øvrig

8.5.1 Oppdragsgivers anskaffelsesfaglige skjønn

Selv om anskaffelsesregelverket er et relativt detaljert prosedyreregulativ, er flere av oppdragsgivers vurderinger unntatt domstolsprøving. Dette gjelder blant annet *om* det skal kjøpes inn og *hva* som skal kjøpes inn (behovet) og – innenfor rammene som er angitt i kapittel 6 ovenfor – hvilke krav og kriterier som fastsettes i konkurransegrunnlaget. Det skjønnet som tilligger oppdragsgiver betegnes ofte som det anskaffelsesfaglige/innkjøpsfaglige skjønnet. Høyesterett uttalte seg om dette skjønnet blant annet i NIDA-saken som gjaldt krav på erstatning for påstått brudd på regelverket i forbindelse med anbud på gang- og sykkelvei i Hammerfest. Om vurdering av anbudene opp mot de angitte tildelingskriterier kvalitet og leveringssikkerhet uttalte Høyesterett: «Når det gjelder den konkrete utmåling av 0 poeng for de to kriteriene, anser jeg dette å tilligge kommunens skjønn, som ikke bør overprøves av domstolene».²¹¹

Konkurransegrunnlaget må ikke utformes i strid med de grunnleggende hensyn som er gjennomgått over, eller noen av de ufravikelige detaljbestemmelsene i anskaffelsesregelverket. Innenfor disse rammene vil oppdragsgiver imidlertid ha en viss fleksibilitet til å velge skjønsmessige krav og kriterier fremfor sjablonmessige krav og kriterier, og skjønsmessige begreper fremfor standardbegreper mv. Innenfor yttergrensene, vil oppdragsgiver ved å utnytte fleksibiliteten i vurderingen av relevans, slutning og vekt av ulike hensyn, kunne legge til rette for bedre konkurransekraft til norske verft.

8.5.2 Bevissthet knyttet norske verfts konkurranseulemp

I tillegg til det å oppstille krav og kriterier som norske verft er godt rustet til å møte på en god måte, vil det å unngå å oppstille krav og kriterier som norske verft ikke er i stand til å oppfylle på en god måte kunne bidra til å styrke konkurransekraften til norske verft.

²⁰⁹ Bakgrunnen for denne oppfordringen er å tilrettelegge for at små og mellomstore bedrifter skal ha mulighet til å bli tildelt offentlige kontrakter.

²¹⁰ I denne sammenheng bør det også bemerkes at anskaffelsens verdi skal vurderes samlet selv om en anskaffelse inndeles i delkontrakter, jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 (8).

²¹¹ Rt. 2007 s. 1783, avsnitt 44.

Norske verfts konkurranseulemper er redegjort nærmere i den ovennevnte rapporten fra Menon og BCG «Norske Skipsverft – Aktivitet, Konkurransesituasjon og Rammebetingelser» fra 2021. Her fant Menon og BCG at norske verfts konkurransekraft hadde blitt svekket de siste årene, og som årsak ble det særlig pekt på at betalingsvilligheten for ny teknologi og fleksibilitet har gått ned. Norsk arbeidskraft, og dermed fartøy fra norske verft, er erfaringsmessig dyrt. I tillegg viser rapporten at svakere likviditet igjen har ledet til at verftene mangler ressurser til å opprettholde konkurransefortrinnene i tilstrekkelig grad.

I rapporten ble konkurranseulempene til norske verft ble sammenfattet i syv punkter: 1) Høye personalkostnader, 2) Manglende spesialisering og hyppigere endringer i fartøystyper, 3) Outsourcing av oppgaver og kompetanse, 4) Manglende integrasjon mellom skrogbygging og utrusting, 5) Prosjektledelse og evne til omstilling fra høymargin til lavmargin, 6) Skjev risikodeling mellom rederi, verft og utstyers- og tjenesteleverandører i byggeprosjekter, og 7) Svak soliditet og begrenset kapitaltilgang.

Det å hensynta disse konkurranseulempene ved utforming av konkurransegrunnlaget, ved å for eksempel vektlegge kvalitet over pris (se nærmere om dette i punkt 9 nedenfor), eller å ikke stille strenge kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet, kan dermed bidra til å styrke norske verfts konkurranseposisjon. Samtidig må det nevnes at oppdragsgivers hensyntagen til norske verfts konkurranseulemper ikke må lede til at konkurransegrunnlaget er tilpasset én leverandørgruppe utover det som kan forankres i et saklig behov hos oppdragsgiver, og for øvrig ikke er uforholdsmessig etter EØS-avtalen eller det anskaffelsesrettslige forholdsmessighetsprinsipp.

8.6 Innrettelse av anskaffelsespraksisen innenfor regelverket

8.6.1 Innledning

For å få realisert målsetningen om å styrke norske verfts stilling i offentlige anskaffelser er det nyttig å ha et helhetlig blikk på anskaffelsespraksisen, og hvordan handlingsrommet innenfor anskaffelsesregelverket benyttes. Oppdragsgiver har for eksempel en viss frihet til å beslutte om leverandører skal avvises eller ikke, og om en konkurranse skal avlyses eller ikke. Oppdragsgivers tilnærming til om leverandører skal avvises og om konkurranser skal avlyses kan få betydning for norske verfts posisjon i konkurransen.

8.6.2 Avisning

Flere av avvisningsgrunnene i anskaffelsesregelverket er «kan»-avvisningsgrunner.²¹² Det kan tenkes at vilkårene for avvisning etter noen av disse fakultative bestemmelsene oftere er oppfylt for utenlandske verft enn for norske verft, og omvendt. Selv om prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering krever at oppdragsgiver må ha en konsistent tilnærming til disse bestemmelsene overfor leverandørene, er det antakelig et visst handlingsrom til å bestemme hvilke avvisningsgrunner som skal tas i bruk, samtidig som likebehandlings- og ikke-diskrimineringsprinsippet overholdes. På denne måten kan bruk (og ikke-bruk) av de fakultative avvisningsgrunnene få innvirkning på norske verfts konkurranseposisjon i anskaffelser av fartøy.

Som et eksempel kan oppdragsgiver bruke avvisning etter anskaffelsesforskriften § 24-8 (2) bokstav e. som et virkemiddel for å sikre konkurransekraften til norske verft. Etter denne bestemmelsen kan oppdragsgiver avvise et tilbud som oppdragsgiver «ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold» som i bestemmelsens

²¹² Se anskaffelsesforskriften §§ 24-1 (2), 24-2 (3), 24-8 (2) og hhv. forsyningsforskriften §§ 20-1 (2), 20-2 (3), 20-8 (2).

bokstav a.-d. I forarbeidene tas det utgangspunkt i at slike forhold kan omfatte antesipert mislighold.²¹³ Med antesipert mislighold menes at det er sannsynlighetsovervekt for at leverandøren kommer til å bryte kontrakten dersom vedkommende tildeles kontrakt. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at det foreligger antesipert mislighold.

Det at det er adgang til å avvise på dette grunnlag underbygges av Forskrift om lufttransporttjenester i EØS (FOR-2011-08-12-833) § 22, som fastsetter at oppdragsgiver «*har rett til å avvise tilbud fra tilbydere som ikke kan forventes å oppfylle kontrakten på tilfredsstillende måte*». Denne bestemmelsen er også tatt i bruk i praksis. Her kan det vises til punkt 6.4 Avvisning i en nylig anskaffelse fra Samferdselsdepartementet for drift av regionale ruteflyvninger mellom Røros og Oslo, der det vises til at oppdragsgiver kan avvise leverandører med hjemmel i denne bestemmelsen.²¹⁴

Antesipert mislighold kan i prinsippet gjelde alle deler av kontrakten, men for å lovlig kunne avvise en leverandør på denne bakgrunn, bør misligholdet knytte seg til et av de mer sentrale deler av kontrakten. Dette kommer av at avvisning er en inngripende reaksjon, som har til virkning å redusere konkurransen, jf. forholdsmessighetsprinsippet og prinsippet om reell konkurranse. I tråd med dette er det i juridisk teori antatt at det antesiperte misligholdet er av en slik art at det vil gi hevingsrett – utgjøre et vesentlig kontraktsbrudd – for at det skal være adgang til å avvise grunnet antesipert mislighold.²¹⁵ Aktuelle mislighold kan for eksempel være at levering av fartøyet vil bli sterkt forsinket, eller det må ventes at viktige egenskaper ved fartøyet vil være mangelfulle eller fraværende. Slike antesiperte mislighold kan eksempelvis avdekkes gjennom leverandørens løsningsbeskrivelse eller beskrivelse av oppdragsforståelsen. Beskrivelsen her kan tilsi at det er usannsynlig at kontraktsgjenstanden vil ha de egenskapene som beskrives i kontrakten, eller ikke vil kunne leveres på det avtalte leveringstidspunkt. I så fall kan det være grunnlag for å avvise vedkommende leverandør.

8.6.3 Avlysning

Anskaffelsespraksisen knyttet til avlysning kan også innrettes slik at norske verfts konkurranseposisjon ivaretas. Oppdragsgiver kan avlyse dersom det foreligger saklig grunn for det, jf. hhv. anskaffelsesforskriften §§ 10-4 og 25-4 for anskaffelser under og over terskelverdi. Plikt til å avlyse har oppdragsgiver først dersom oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket i anskaffelsesprosessen, feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, og feilen har påvirket deltakerinteressen, jf. f.eks. KOFA sak 2020/116. I flere tilfeller vil oppdragsgiver stå overfor en mulighet til å avlyse konkurransen, uten at det foreligger noen plikt til dette. Hvilket valg oppdragsgiver treffer i denne sammenheng, kan få betydning for hvorvidt norske verft i større grad tildeles offentlige kontrakter.

Dette kan for eksempel være tilfelle dersom et norsk verft er eneste tilbyder i en offentlig anskaffelse. Oppdragsgiver vil kunne ha adgang til å avlyse konkurranser der det bare er én tilbyder, jf. f.eks. KOFA sak 2016/84 med videre henvisning til C-27/98 (Metalmeccania) avsnitt 32 og C-440/13 (Croce) avsnitt 35. Samtidig vil ikke oppdragsgiver ha noen plikt til å avlyse konkurransen i disse tilfellene, med mindre anskaffelsen er innrettet på en måte som i strid med prinsippet om konkurranse har ledet til at potensielle tilbydere har latt være å inngi tilbud i konkurransen. For å bidra til at norske verft skal få tildelt kontrakt i anskaffelser av fartøy,

²¹³ Se NOU 2014: 4 punkt 25.4.10.2

²¹⁴ Se side 16 i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget kan finnes her: https://www.regjeringen.no/contentassets/15f7aa5337194fe4ad32dc8c9e2d7e9d/innbyding-til-konkurranse_roros-oslo_2022.pdf

²¹⁵ Dragsten, *Kommentar til anskaffelsesforskriften § 24-8 note 10, med videre henvisning til kjøpsloven § 62.*

kan oppdragsgiver dermed vurdere å unnlate å avlyse konkurransen når det er et norsk verft som har inngitt det eneste gyldige tilbudet i konkurransen.

9 Adgangen til å vektlegge kvalitet over pris i den enkelte anskaffelse

9.1 Det anskaffelsesrettslige handlingsrommet til å bestemme vektingen

I anskaffelsesregelverkets bestemmelser om tildelingskriterier fremgår det at oppdragsgiver kan velge tilbud på grunnlag av laveste pris, laveste kostnad, eller basert på det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet, se anskaffelsesforskriften § 18-1 (1) a)-c). Som fremholdt ovenfor må det ventes at norske verft ikke kan tilby lavest pris eller kostnad, og det å legge opp til at tildelingskriteriene skal avdekke det beste forholdet mellom kvalitet og kostnad, og å legge størst mulig vekt på kvalitet, derfor er egnet til å styrke norske verfts konkurransekraft i anskaffelser av fartøy. Dette reiser spørsmålet om hvilken samlet maksimal vekt de ulike kvalitetskriteriene kan ha, og om det eventuelt gjelder noen grense for hvilken vekt hvert enkelt kvalitetskriterium kan ha.

Anskaffelsesregelverket legger ingen generelle føringer for hvilken absolutt vekt kvalitetskriteriene samlet kan ha, utover at det legges opp til at vektingen av kvalitet må avveies mot hvilken pris/kostnad som er forbundet med den oppnådde kvalitet, jf. ordlyden «*beste forholdet mellom pris eller kostnad*». Dette tilsier at kvalitet ikke kan gis 100 % vekt, med mindre prisen er gitt, eller den er helt uvesentlig, noe som sjelden vil være tilfellet.

I forlengelsen av dette åpner anskaffelsesforskriften § 18-1 (7) for at oppdragsgiver kan sette en fast pris eller kostnad, og bare velge tilbud basert på kvalitet. Bestemmelsen setter ikke opp noen vilkår for å sette en slik fast pris. Forutsetningen for at dette skal være en fornuftig fremgangsmåte må være at oppdragsgiver har nokså god oversikt over både sin egen betalingsvilje og hva de ulike leverandørene kan tilby til den aktuelle prisen. Jo høyere prisen settes, desto større er sannsynligheten for at verftene med høyest kvalitet vil legge inn tilbud. Det er imidlertid ikke opplagt at oppdragsgiveren er tjent med en fastpriskontrakt. Dersom prisen settes for lavt, kan oppdragsgiver risikere å kun motta tilbud fra skipsverft som har lave kostnader fordi de renonserer på kvalitet eller ikke motta noen tilbud i det hele tatt. Settes prisen for høyt, vil de betale mer enn nødvendig uten å oppnå høyere kvalitet på leveransen.

Der det ikke settes noen fast pris gir altså regelverket anvisning på avveining mellom pris og kvalitet, uten at det legges noen generelle føringer for hvilken relativ vekt de ulike kriteriene bør ha. Det er også bekreftet i rettspraksis at den konkrete vektingen ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet.²¹⁶ Oppdragsgiver står dermed nokså fritt til å bestemme hvilken vekt de ulike tildelingskriteriene skal ha. Oppdragsgivers handlingsrom er primært begrenset ved at de grunnleggende prinsippene overholdes, og at skjønnsutøvelsen må holde seg innenfor de grenser som myndighetsmisbrukslæren oppstiller.

Spørsmålet om hvilken vekt kvalitet maksimalt kan ha beror dermed på en konkret vurdering av hvor stort saklig behov oppdragsgiver har til å vektlegge kvalitet, og hvilken konsekvens kvalitetskravene har for pris eller kostnad i det aktuelle anbudet. Dette beror på en konkret vurdering, som altså tar utgangspunkt i oppdragsgivers saklige behov. Som eksempel kan det vises til EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom), hvor domstolen godtok at bruk av energi fra fornybare energikilder ble vektlagt med 45 %, blant annet under henvisning til at tildelingskriteriet forfulgte miljøpolitiske målsetninger, som også er en del av EUs miljøpolitikk.

Det kan dermed slås fast at det som oftest er adgang til å tillegge kvalitetskriterier vesentlig vekt. Dette gjelder også ved anskaffelser av fartøy, ettersom fartøysanskaffelser gjerne er nokså omfattende og kompliserte, hvor

²¹⁶ Se eksempelvis LB-2010-68992 (Bentzen Transport).

kvalitetsmessige aspekter regelmessig vil være av stor betydning. Adgangen til å vektlegge kvalitet vil også øke desto mer teknisk komplisert den konkrete anskaffelsen er, der det er særlig behov for skreddersøm, og der tilvirkningsprosessen og er krevende og omfattende. Adgangen til å vekte miljø- og bærekraftkrav vil også øke tilsvarende dersom anskaffelsen er forbundet med betydelig påvirkning knyttet til miljø og bærekraft.

Våre empiriske undersøkelser underbygger at oppdragsgiver har et stort handlingsrom til å vektlegge kvalitet over pris i anskaffelser av fartøy. Gjennomgangen av norske og utenlandske konkurransegrunnlag i anskaffelser av fartøy har vist at kvalitet i snitt er vektet 59 % for anskaffelser med en verdi på over 1 MEUR, 63 % i anskaffelser med verdi på mellom 1 MEUR og 10 000 000 EUR, og 39 % i anskaffelser med verdi på over 10 000 000 EUR. Vi har også funnet eksempler på at kvalitet har vært vektet både til 100 % og 0 %. I en anskaffelse av en ferge med kapasitet på 700 passasjerer fra Sveits var kvalitet gitt en samlet vekt på 100 %, fordelt på bedriftens organisasjon, kapasitet og referanser (45 %), bedriftens tekniske kompetanse (35 %), og kvalitetsstyringssystem og sertifisering (20 %). I en tysk anskaffelse av et brann- og redningsfartøy var kvalitet vektet 100 %, fordelt på underkriteriene beskrivelse av oppdragsbeskrivelse (71 %) og leveringstid (29 %).

9.2 I hvilken grad begrenser statsstøttereglene oppdragsgiveres handlingsrom til å oppstille tildelingskriterier som vektlegges kvalitet over pris?

Det siste spørsmålet er om valg av tildelingskriterium, inkludert underkriterier, og lav vektlegging av pris vil kunne være i strid med statsstøttereguleringen. I utgangspunktet vil en overholdelse av de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet i valg av tildelingskriterier og i tildelingsevalueringen gjøre statsstøtte mindre sannsynlig. Kontrakten vil være gjensidig bebyrdende, og det vil som utgangspunkt ikke foreligge en økonomisk fordel – et vilkår for (ulovlig) statsstøtte.²¹⁷

Kommisjonen har likevel i statsstøttemeddelelsen gått lengre og indikert at pris må være viktig:

"[Public bodies] should allow for the most economically advantageous offer to match the value of the market. The criteria therefore should be defined in such a way as to allow for an effectively competitive tendering procedure which leaves the successful bidder with a normal return, not more. In practice, this implies the use of tenders which put significant weight on the 'price' component of the bid or which are otherwise likely to achieve a competitive outcome (e.g. certain reverse tenders with sufficiently clear-cut award criteria)."

Kommisjonen viser at oppdragsgiver kan legge vekt på kvalitet, men det er uklart hvordan Kommisjonens reservasjon knyttet til at pris skal vektles betydelig, skal forstås. En slik restriktiv forutsetning om at pris må telle betydelig gjenfinnes ikke i EU-domstolens anskaffelsespraksis.²¹⁸

Selv om pris gjennomgående vil telle mye i offentlige anbudskonkurranser, begrenser uttalelsen til Kommisjonen i meddelelsen om støttebegrepet skjønnet til oppdragsgiver til å legge betydelig vekt på miljø, bærekraft og klimagassutslipp mv. En slik begrensning samsvarer ikke med EØS anskaffelsesdirektivene som har til hensikt å "enable procurers to make better use of public procurement in support of common societal goals".²¹⁹ Etter vår vurdering må Kommisjonens uttalelse her tolkes innskrenkende, slik at det legges til grunn at oppdragsgiver ikke

²¹⁷ Sml. EU-domstolens sak C. 367/19, hvor oppdragsgiver ikke var forpliktet til å levere en motytelse (tilbudspris 0 kroner).

²¹⁸ Se EU-domstolens sak C-448/01 EVN og Wienstrøm, ECLI:EU:C:2003:651, premiss 39.

²¹⁹ Direktiv 2014/14/EC, fortalens punkt 2.

er avskåret fra å legge betydelig vekt på ellers lovlige hensyn som miljø, seriøst arbeidsliv, små- og mellomstore bedrifter, mv. så lenge dette skjer på en måte som ikke innebærer favorisering, usaklighet eller manglende konkurranse i strid med grunnprinsippene i anskaffelsesretten.²²⁰

²²⁰ Se også Commission Notice on the notion of state aid as referred to in article 107(1) TFEU - is the conduct of a public procurement procedure sufficient to eliminate the risk of granting state aid? Av Grith Skovgaard Ølykke, P.P.L.R. 2016, 5, 197-212.

10 Handlingsrommet for å stille krav og kriterier gjennom en regelverksendring

10.1 Innledning

Til slutt skal det EØS-rettslige handlingsrommet til å oppstille krav og kriterier gjennom en regelverksendring vurderes. Regulering av krav og kriterier som fremmer konkurransekraften til norske verft kan i prinsippet skje på ulike måter, enten gjennom endring i anskaffelseslov eller -forskrift, i sektorlovgivningen, eller ved frivillige retningslinjer (rundskriv), anbefalinger eller standarder. Vi skal fokusere på tvungen regulering gjennom lov eller forskrift, og hvilken adgang lovgiver har til å vedta nye bestemmelser som gir føringer for hvilket *innhold* kvalifikasjonskrav, kontraktskrav, krav i kravspesifikasjonen, og tildelingskriterier skal ha i anskaffelser av fartøy. Vi tar utgangspunkt i at det særlig er krav og kriterier som gjelder de forhold som er nevnt i utredningens kapittel 7 som er aktuelt å vurdere.

Lovgivers handlingsrom til å regulere krav og kriterier er etter vår vurdering i stor grad sammenfallende med oppdragsgivers handlingsrom til å stille krav og kriterier i den enkelte anskaffelsen. Lovlighetsvurderingen må gjøres etter samme regelverk: EØS-avtalens hoveddel og EØS-anskaffelsesdirektivene. Dette innebærer at regelverksendringen, dersom den anses som en restriksjon, må være lovlig etter EØS-avtalen art 13 eller Cassis-doktrinen²²¹, og ikke være i strid med minimumskravene i EØS-anskaffelsesdirektivene. Samtidig har en regelverksendring en annen og mer generell karakter enn det å oppstille krav og kriterier i den enkelte anskaffelse. Restriksjonen vil være mer omfattende, slik at begrunnelsen (egnet, nødvendig og proporsjonal) må være tilsvarende sterkere. Dette får betydning for handlingsrommet.

Det ligger utenfor vårt mandat å utarbeide forslag til regelverksendringer, og vi vil derfor her nøye oss med å knytte noen kommentarer til hvilket generelt handlingsrom lovgiver har til å innføre slike regler.

10.2 Hvilke krav og kriterier er det aktuelt å oppstille i en regelverksendring

Siden vi hverken er bedt om å vurdere konkrete regelverksendringer eller å utarbeide egne forslag til dette, vil vi på overordnet plan påpeke at det er en lang rekke ulike regelverksendringer som kan tenkes å være aktuelle – både hva gjelder type regler, anvendelsesområde, antall regler, og reglens nærmere utforming. Hvilken regelverksendring som velges vil få betydning for hvilket EØS-rettslig handlingsrom som foreligger.

Hvilken *type regler* som bør innføres, beror kanskje særlig på og hensyn til forutberegnelighet og hensiktsmessighet, og ønsket/påkrevd trinnhøyde. Reglens *anvendelsesområde*, altså om regelverksendringen skal inntas i de alminnelige anskaffelsesreglene, eller om de skal inntas i sektorlovgivning, avhenger særlig av om det er grunn til å generalisere reglene, eller om de kun bør gjelde for anskaffelser av fartøy. Både Tronslinutvalget og Forenklingutvalget inntok det syn at ikke-anskaffelsesfaglige hensyn generelt ikke bør inntas i lov og forskrift om offentlige anskaffelser, men heller i sektorlovgivningen.²²² I denne forbindelse bør det nevnes at det

²²¹ Denne doktrinen kalles også læren om tvingende allmenne hensyn. Doktrinen er basert på EU-domstolens sak C-120/78 Cassis de Dijon.

²²² Se NOU 2014: 4 punkt 11.3, hvor utvalget uttaler at slike hensyn kun bør kunne vektlegges når det er i samsvar med lovens formål om å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter, og det å innta bestemmelser som ivaretar andre hensyn i de alminnelige reglene for anskaffelser kan komme på kant med dette

for tiden pågår et arbeid med å revidere anskaffelsesregelverket, hvor utvalget blant annet skal vurdere hvilke krav som bør følge av de alminnelige anskaffelsesreglene og av sektorlovgivningen. Det er ikke utenkelig at utvalget vil dele oppfatningen til de tidligere ekspertutvalgene.

Når det gjelder *antallet regler*, og *reglenes utforming*, kan det tenkes et spekter hvor det på den ene siden kan innføres mange og detaljerte regler som pålegger oppdragsgivere konkrete plikter som skal sikre at norske verft velges i offentlige anskaffelser av fartøy, og på den andre siden kan det innføres noen få regler som har karakter av generelle oppfordringer oppdragsgivere til å oppstille krav og kriterier som bidrar til at konkurransekraften til norske verft sikres.

Hvilken regelverksendring som bør velges, beror på flere forhold. Det er sentralt å vurdere hvilken regelverksendring som vil lede til størst mulig grad av måloppnåelse. Det å gi overordnede føringer kan medføre at ønsket effekt ikke oppnås, fordi oppdragsgivere enten ikke ønsker, eller ikke er i stand til, å bruke føringene til å bidra til å oppnå det tiltenkte formål. Det å innføre detaljerte regler vil i større grad binde oppdragsgiver til å gå frem på foreskrevet måte. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis sammenfallende med å sikre at det bakenforliggende målet nås. Det kan være utfordrende å utforme et regelsett som gir dekkende uttrykk for hvordan oppdragsgiver bør gå frem i den enkelte anskaffelse for å legge til rette for at norske verft velges over verft fra andre medlemsland. Dette gjelder særlig i lys av at hensynet til å styrke nasjonalt næringsliv i seg selv ikke er et lovlig formål etter EØS-retten. I tillegg, selv dersom et detaljert regelsett i all hovedsak er dekkende, vil det foreligge risiko for at oppdragsgiver ikke har mulighet til å treffe den beste innkjøpsbeslutningen i den enkelte anskaffelsen. Mer omfattende krav kan også gjøre anskaffelsene mindre dynamisk, hvor det kan være vanskeligere å ta høyde for ny utvikling, ved å eksempelvis oppstille ytterligere eller andre typer krav. Endelig innebærer det å oppstille detaljerte regler med konkrete plikter også ressursbruk – både ved utforming av reglene, og ved å sikre og kontrollere etterlevelse av dem. Tronslin-utvalget understreket dette.²²³

Reglenes utforming spiller også inn på den EØS-rettslige adgangen til å vedta dem. Jo mer oppdragsgivers handlingsrom til å velge leverandører fra andre nasjonaliteter enn Norge begrenses – enten direkte eller indirekte, desto større er sannsynligheten for at regelverksendringen kommer på kant med EØS-retten. Dette kommer av at strengere regler typisk vil anses som en mer inngripende handelsrestriksjon, og det skal mer til for at handelsrestriksjonen kan anses som lovlig. Samtidig vil strengere regler kunne være mer effektive for å oppnå det påberopte hensyn, som eksempelvis miljøhensyn, og også dette spiller inn i vurderingen av regelverksendringens lovlighet.

Av hensyn til de utfordringene som kan oppstå dersom det vedtas mer detaljerte regler, ga både Forenklingsutvalget og Tronslin-utvalget uttrykk for at det bør utvises forsiktighet med å innta for detaljerte regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket.²²⁴ Begge utvalg understreket at det sentrale formålet bak regelverket er å sikre samfunnsøkonomisk gunstig ressursbruk og et godt innkjøpsfaglig skjønn, og

overordnede formålet. På denne bakgrunn foreslo Forenklingsutvalget å heller innta slike bestemmelser i sektorlovgivningen. Tronslin-utvalget inntok samme syn i sin utredning NOU 1997: 21. Forenklingsutvalget gikk derfor inn for å fjerne flere av bestemmelsene i tidligere gjeldende regelverk som ivaretok ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, og fremholdt at «dersom offentlige myndigheter mener at oppdragsgivere bør fokusere på miljø ved sine anskaffelser [...] vil det mest egnede tiltaket være å gi konkret veiledning om hvordan dette kan skje.»

²²³ I konklusjonen uttalte Tronslin-utvalget følgende: «Eventuelle krav må dessuten formuleres slik at de innebærer minst mulig ressursbruk fra oppdragsgivers side. Dette gjelder både ressursbruk som medfører en mer tungvint anskaffelsesprosess, og ressursbruk som innebærer at oppdragsgiveren ikke får den beste anskaffelsen utfra rene forretningsmessige kriterier. Det må dessuten i minst mulig grad åpnes opp for kriterier som gir rom for skjønn hos oppdragsgiveren».

²²⁴ NOU 1997: 21 s. 37 flg. og NOU 2014: 4 s. 88-89.

at regler som ivaretar andre hensyn fort kan bidra til å svekke at dette overordnede målet nås. Dette tilsier at det å innføre detaljerte regler kan komme på kant med det grunnleggende formålet i anskaffelsesregelverket om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

10.3 Handlingsrommet til å endre anskaffelsesregelverket

10.3.1 Forbudet mot handelsrestriksjoner/diskrimineringsforbudet

Forbudet i EØS-avtalen art. 11 mot «*tiltak med tilsvarende virkning*» som kvantitative importrestriksjoner er som nevnt forstått vidt av EU-domstolen og rammer nær sagt alle tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt kan påvirke samhandelen. Forutsetningen for EØS-avtalens anvendelse er som nevnt at det er aktuelt for utenlandske verft å delta i konkurransen – at det foreligger et grenseoverskridende element. Siden markedet for anskaffelser av fartøy i utgangspunktet er internasjonalt, legges det til grunn at dette vilkåret er oppfylt i det følgende.

Det å vedta regler som skal bidra til at det oppstilles krav og kriterier i anskaffelser av fartøy som styrker konkurransekraften til norske verft, vil lett kunne anses som en handelsrestriksjon etter EØS-avtalen art. 11. Det kan tenkes at enkelte slike regelverksendringer vil gå klar av restriksjons- og diskrimineringsforbudet. Dette forutsetter at bestemmelsene ikke utformes som pålegg, men skjønnsmessige oppfordringer til å oppstille krav og kriterier som styrker konkurransekraften til norske verft der dette er forholdsmessig og kan forsvares utfra oppdragsgivers saklige behov, slik at adgangen til å bli tildelt kontrakt i offentlige anskaffelser av fartøy ikke blir vanskeliggjort. De fleste regler som kan tenkes innført for å påvirke oppdragsgivere til å oppstille krav og kriterier i anskaffelser av fartøy, vil imidlertid utgjøre en begrensning i tilgangen til markedet, og dermed falle innenfor forbudet i EØS-avtalens art. 11.

Det bør derfor tas utgangspunkt i at regelverksendringen må oppfylle unntaksvilkårene i EØS-avtalen art. 13 eller Cassis-doktrinen for å være lovlig. EØS-avtalen art. 13 krever som nevnt at regelverksendringen må forfølge et av formålene nevnt i bestemmelsen, altså hensynet til «*offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett*». Noen av de krav og kriterier som er egnet til å styrke norske verfts konkurranseposisjon kan forankres i disse hensynene. Hensynet til å verne menneskers liv og helse kan i hvert fall til en viss grad påberopes til støtte for å oppstille HMS-krav, krav om sporbarhet og kunnskap om leverandørkjeden, og mer generelle krav om arbeidsforhold og sosiale forhold. Forutsetningen er at de aktuelle kravene kan anses å ha til formål å beskytte menneskers *liv og helse*. Tilsvarende kan hensynet til «*plantelivet*» og hensynet til «*menneskers og dyrs liv og helse*» påberopes til støtte for å oppstille en rekke ulike miljøkrav. I den utstrekning et miljøkrav ikke forfølger et av hensynene nevnt eksplisitt i art. 13, har EU-domstolen lagt til grunn i sin praksis at restriksjoner kan rettferdiggjøres under henvisning til «*tvungende miljøbeskyttelseshensyn*».²²⁵ Enkelte av de øvrige krav og kriterier som kan styrke norske verfts konkurranseposisjon, som språkkrav, lokalt nærvær og responstid, er det imidlertid anstrengt å rubisere under hensynene som er nevnt i art. 13.

Cassis-doktrinen åpner på sin side for at restriksjoner kan rettferdiggjøres på bakgrunn av en flerhet av samfunnsmessige hensyn, med unntak for næringspolitiske målsetninger om å beskytte eget næringsliv. Cassis-

²²⁵ Se eksempelvis sak C-573/12 (*Ålands Vindkraft*). Det kan her diskuteres om det er EØS-avtalens art. 13 som tolkes utvidende, eller om det er Cassis-doktrinen som undergis slik utvidende tolkning, men dette er en teoretisk diskusjon vi ikke går nærmere inn på her.

doktrinen er dermed som et utgangspunkt aktuell å anvende for alle krav og kriterier som kan forankres i andre samfunnshensyn enn dette.

Samtidig kommer Cassis-doktrinen som et utgangspunkt bare til anvendelse for tiltak som er opprinnelsesnøytrale – altså ikke innebærer noen direkte eller indirekte forskjellsbehandling basert på opprinnelse. Det avgjørende er ikke hvordan tiltaket er utformet, men hvilken virkning det får.²²⁶ Dette tilsier isolert sett at krav og kriterier som er egnet til å styrke konkurranseposisjonen til norske verft faller utenfor Cassis-doktrinenes anvendelsesområde.

Hvordan de aktuelle krav og kriterier er utformet vil imidlertid spille en rolle, hvor det å utforme slike krav og kriterier slik at de rammer likt, kan lede til at de må sies å komme til anvendelse uten distinksjon. Hvor strengt EU-domstolen har håndhevet kravet til opprinnelsesnøytralitet har også variert noe. Det er flere eksempler på at EU-domstolen har tatt i bruk Cassis-doktrinen selv ved tiltak som rammer ulikt.²²⁷

På denne bakgrunn kan Cassis-doktrinen danne grunnlag for å rettferdiggjøre flere krav og kriterier som kan være egnet til å styrke konkurranseposisjonen til norske verft, forutsatt at disse utformes på en generell måte, slik at de kan sies å kunne anvendes uten distinksjon. Dette kan omfatte krav og kriterier knyttet til leverandørkjeden, HMS-krav, krav om lærlinger, krav om arbeidsforhold og sosiale forhold, og miljøkrav. Samtidig bør det nevnes at enkelte av de krav og kriterier som styrker konkurranseposisjonen til norske verft sannsynligvis ikke vil anses som opprinnelsesnøytrale. Dette gjelder de krav og kriterier som etter sin art direkte eller indirekte favoriserer norske verft fremfor utenlandske verft, som krav og kriterier om lokalt nærvær, responstid og språkkrav.

For de regelverksendringer som kan forankres i et lovlig hensyn, må det vurderes om de nye reglene er egnet – herunder konsistent – nødvendig og forholdsmessig. Som fremholdt ovenfor utgjør dette en proporsjonalitetstest, hvor det valgte virkemiddelet må være egnet til å beskytte det aktuelle hensynet, og nødvendig for å oppnå det beskyttelsesnivå staten har valgt. Det er opp til den enkelte stat å godtgjøre at disse vilkårene er oppfylt.

Egnethetsvurderingen går egentlig ut på å vurdere om tiltaket er tjenlig til å beskytte det påberopte hensyn, og representerer derfor ikke noe strengt vilkår: Såfremt det å oppstille de krav og kriterier bestemmelsene gir anvisning på er tjenlig til å beskytte det påberopte hensyn, vil dette vilkåret være oppfylt.²²⁸ Dersom det er vitenskapelig usikkerhet knyttet til et tiltaks effektivitet, har EU- og EFTA-domstolen akseptert en føre-var-tilnærming, ved å akseptere tiltak som er innrettet mot å avverge risiko for skade eller tap.²²⁹ I de tilfeller de aktuelle krav og kriterier har en noe usikker virkning, som kan være tilfellet for miljøkrav, vil det derfor antakelig være tilstrekkelig at det dokumenteres at det å oppstille slike krav og kriterier kan tjene til å nå det tiltenkte formål, som å lede til miljøgevinster.

Når det gjelder vurderingen av om et tiltak er nødvendig og forholdsmessig, har dette både en prinsipiell og en funksjonell side. Det prinsipielle spørsmålet er om nasjonale myndigheter har gått for langt i å prioritere hensynet til det (lovlige) allmenne hensyn på bekostning av den frie bevegelse. Denne delen av testen innebærer en overprøving av den nasjonale vurdering av hvilket beskyttelsesnivå som er ønskelig. Her har EU-domstolen og

²²⁶ Se sak C-463/01 (*Kommisjonen mot Tyskland*) avsnitt 69.

²²⁷ Se sak C-142/05 (*Vannscoterdommen*) sak C-2/90 (*Kommisjonen mot Belgia*), og sak C-379/98 (*Preussen Elektra*), som alle gjelder tiltak begrunnet i miljøhensyn.

²²⁸ Se eksempelvis *Gjermund Mathisen, Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter i Jussens Venner*, vol. 42, s. 80-92 med videre henvisninger, og C-320/03 om tungtransportforbud i Østerrike.

²²⁹ Se f.eks. sak C-192/01 *Commission v. Denmark*

EFTA-domstolen i utgangspunktet vært svært tilbakeholdne med å overprøve medlemsstatenes vurderinger. Norge må derfor antas å ha stor handlefrihet på dette punktet, og vurderingen av beskyttelsesnivå er en utpreget politisk vurdering.

Det er dermed den funksjonelle siden som fordrer en nærmere vurdering. Her har både EU- og EFTA-domstolen vært mer aktiv. Denne delen av testen innebærer en overprøving av den nasjonale vurdering av beskyttelsesmåten. Spørsmålet er om beskyttelsesnivået kunne vært oppnådd på andre måter – et alternativt tiltak – som ville ha vært et mindre hinder for samhandelen. For at staten skal ha plikt til å velge et slikt alternativt tiltak, må det være realistisk å ta i bruk det alternative tiltaket, og det må være minst like effektivt.²³⁰

Det er staten som har bevisbyrden for å vise at tiltaket oppfyller unntaksvilkårene etter EØS-avtalen art. 13 og Cassis de Dijon-doktrinen. Det er antatt at dette innebærer at staten både bærer bevisføringsplikten og tvilsrisikoen. Samtidig kan ikke staten pålegges å vise «*at ingen anden tænkkelig foranstaltning kan gøre det muligt at nå det nævnte formål*».²³¹

Overordnet er det viktig å påpeke at det i vurderingen av om regelverksendringen utgjør en lovlig restriksjon må ses bort fra at de aktuelle krav og kriterier er egnet til å styrke konkurransekraften til norske verft, ettersom dette er et irrelevant, og ulovlig hensyn.

Hvordan denne vurderingen vil slå ut knyttet til de krav og kriterier som kan være egnet til å styrke konkurransekraften til norske verft, vil variere. Dette kommer for det første av at det er forskjell på hvor inngripende restriksjon de ulike kravene og kriteriene kan sies å representere rent innholdsmessig. I tillegg kan en se for seg at reglene kan få ulikt omfang og utforming. Generelt, og som påpekt ovenfor vil reglene representere en større restriksjon desto større begrensninger reglene legger på oppdragsgivernes skjønnsfrihet, og dermed være vanskeligere å rettferdiggjøre som lovlige.

Ellers vil det være av sentral betydning i hvor byrdefullt det må ventes å være for utenlandske verft å bli tildelt kontrakt gitt regelverksendringen. Som påpekt ovenfor er det enkelte krav, som lokal tilstedeværelse og rask responstid, som sannsynligvis vil favorisere norske verft i ganske stor grad.

For det andre vil det variere i hvilken grad det kan dokumenteres at de ulike krav og kriterier er egnet og nødvendig for å beskytte det påberopte hensynet. Dette gjelder både det aktuelle krav eller kriteriums egnethet til å beskytte det aktuelle hensynet, og at det ikke foreligger alternative, og mindre inngripende virkemidler som er like egnet nå samme beskyttelsesnivå. Det kan eksempelvis være vanskelig å dokumentere gunstige miljøeffekter, og at tilsvarende effekter ikke kan oppnås på annen måte.

Beskyttelsesnivået Norge har valgt varierer også noe. Samtidig har Norge på flere punkter, herunder for miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, valgt et nokså høyt beskyttelsesnivå, som åpner for at noe strengere krav og kriterier kan rettferdiggjøres.

10.3.2 Minimumskravene i direktivene

EØS-anskaffelsesdirektivene regulerer ikke fullt ut hvilket innhold krav og kriterier kan ha i en anskaffelse. Direktivene medfører kun at kravene og kriteriene må ha et innhold som ikke er i strid med de grunnleggende

²³⁰ Se eksempelvis EU-domstolens sak E-4/04, (*Pedicel*) avsnitt 56, C-261/81 (*Rau*) avsnitt 12, og C-390 EU-domstolens sak C-394/97 (*Heinonen*) avsnitt 42-44. I sistnevnte avgjørelse uttales det blant annet at “the alternatives proposed by the Commission do not appear to be effective enough to attain the objective pursued”.

²³¹ C-110/05 avsnitt 66.

prinsippene, har den nødvendige tilknytning, og oppfylle de detaljerte reglene som gjelder for den aktuelle typen krav eller kriterium.

Dersom kravene/kriteriene gis i lov eller forskrift, og reglene vurderes å være i samsvar med EØS-rettens diskrimineringsforbud og regler om fri bevegelse, er det et spørsmål om de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene om forholdsmessighet, ikke-diskriminering, etterprøvnbarhet mv. anses oppfylt etter samme vurdering, dvs. at vurderingen allerede er konsumert. Dette kommer av at de grunnleggende prinsippene, som nevnt, er virkemidler for å realisere frihandel og det indre europeiske marked. Det samme gjelder for tilknytningskravet. Det er noe usikkert om tilknytningskravet danner grunnlag for å begrense statens handlingsrom i større grad enn vilkårene om egnethet, nødvendighet og konsistens nevnt ovenfor, fordi en lovregel som pålegger oppdragsgiver å oppstille krav og kriterier uten tilknytning til det som skal anskaffes, må ventes å ikke ville oppfylle disse vilkårene.

Vi vil likevel knytte enkelte bemerkninger til hvilken betydning EØS-anskaffelsesdirektivene kan få dersom det vurderes å innføre nye regler som legger føringer for hvilke krav og kriterier oppdragsgiver skal stille i den enkelt anskaffelse av fartøy. Dette kommer av at Norge er folkerettslig forpliktet til å implementere minimumskravene i EØS-anskaffelsesdirektivene, og dermed også at nye regler som innføres overholder de regler direktivene oppstiller.

Der EØS-anskaffelsesdirektivene etterlater et handlingsrom for den enkelte oppdragsgiver til å oppstille krav og kriterier, gjelder det et også et handlingsrom for staten til å oppstille krav og kriterier gjennom en regelverksendring. Handlingsrommet er imidlertid ikke nødvendigvis fullt ut overlappende. En regelverksendring har en generell normgivende karakter, i motsetning til det å stille krav og kriterier i den enkelte anskaffelse. Dette kan innebære at en regelverksendring som dreier seg om et krav eller kriterium som innholdsmessig kan være lovlig å oppstille i den enkelte anskaffelse, kan være i strid med EØS-anskaffelsesdirektivene.

Det er særlig regelverksendringer som *binder* oppdragsgivers skjønn i vurderingen av hvilke krav og kriterier som skal stilles i den enkelte anskaffelse som kan komme på kant med reglene i EØS-anskaffelsesdirektivene. Dette kommer av at oppdragsgiver da må oppstille de aktuelle krav og kriterier uavhengig av hva anskaffelsen mer konkret gjelder, og oppdragsgiver kan derfor være bundet til å oppstille krav og kriterier som har liten eller ingen relevans i den aktuelle konkurransen. Dette kan fort være i strid med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, og eventuelt med tilknytningskravet.

Det skal mer til for at regler som er utformet som en oppfordring til å oppstille krav og kriterier vil være i strid med EØS-anskaffelsesdirektivene – i hvert fall hvis det presiseres at oppfordringen kun skal gjelde der det å oppstille de aktuelle krav og kriterier er relevant og forholdsmessig.

For å unngå å trå minimumskravene i EØS-anskaffelsesdirektivene for nær ved en regelverksendring, kan det derfor være hensiktsmessig å utforme reglene som en oppfordring, heller enn som pålegg. Dersom det å implementere regler av oppfordrende karakter ikke vurderes som et tilstrekkelig virkningsfullt virkemiddel for å oppnå målet om å styrke konkurransekraften til norske verft, kan strengere regler være lovlig under visse forutsetninger. Den første forutsetningen er at de aktuelle krav og kriterier lovlig kan oppstilles av oppdragsgiver i en enkelt anskaffelse av fartøy, og at kravene/kriteriene gjelder forhold som det (alltid) vil være relevant å oppstille krav/kriterier om. I tillegg bør det regelmessig er av en viss viktighet at leverandørene oppfyller disse kravene/kriteriene.

11 Krav og kriterier i offentlige innkjøp av fartøy i Europa

11.1 Krav og kriterier i europeiske anskaffelser

I anskaffelsesprosesser er det vanlig å benytte en kombinasjon av *krav* og *kriterier*. Mens krav normalt er *absolutte*, i den forstand at leverandører må oppfylle dem for å være aktuell som leverandør, kan kriterier oppfylles i større eller mindre *grad*.²³² I dette kapitlet benyttes samme datagrunnlag som i kapittel 3, det vil si gjennomførte anskaffelser i perioden 2018-2020.

11.1.1 Språkkrav

Språkkrav i offentlige anskaffelser går under kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er en type krav som leverandøren må oppfylle for å få delta i konkurransen.²³³ Språkkrav kan vise til at det kreves at **tilbudet utformes på landets nasjonale språk**. Men språkkrav kan også vise til at det oppstilles krav om **norsk som arbeidsspråk**. Fra det empiriske datagrunnlaget er førstnevnte relevant, og det undersøkes derfor om det er en tendens til at anskaffelser der tilbudet skal inngis på landets nasjonale språk går til nasjonale aktører.

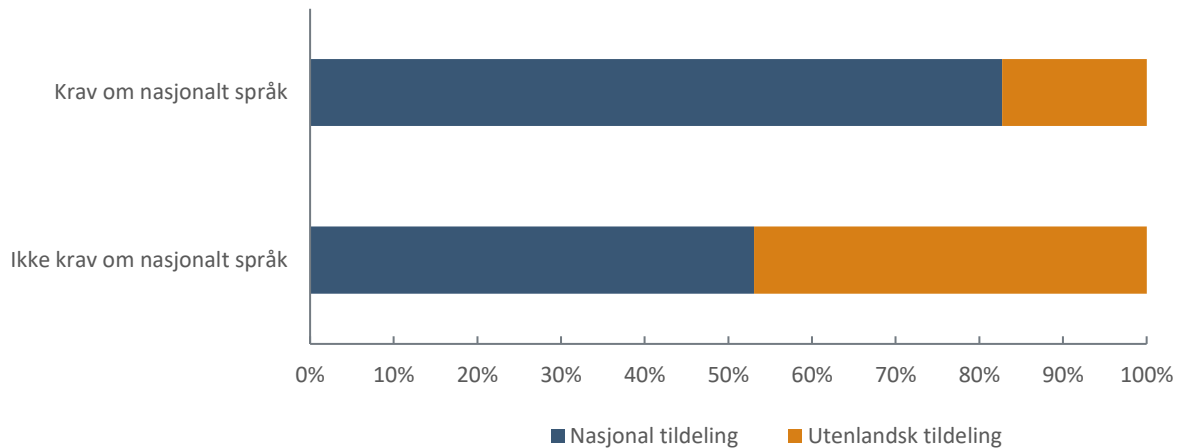
Figur 11-1 viser andel nasjonale tildelinger av kontrakter når det er krav om å inngi tilbudet på landets nasjonale språk, sammenliknet med når det ikke er et slikt krav (eller når tilbudet kan inngis på andre språk i tillegg til landets nasjonale språk). Figuren viser en større grad av utenlandsk tildeling når det ikke er nasjonale språkkrav i anskaffelsesprosessen. I anskaffelser med krav om å inngi tilbudet på nasjonalt språk, gikk kontrakten til en nasjonal aktør i 83 prosent av tilfellene. I anskaffelser der tilbudet kunne inngis på flere språk enn landets nasjonale språk, gikk anskaffelsen til en nasjonal aktør kun i 53 prosent av tilfellene. Dersom vi i stedet ser på total kontraktsverdi er tendensen lik, men differansen mellom andel nasjonal tildeling med språkkrav og uten er noe mindre. I anskaffelser med krav om eget språk, er nasjonal tildeling 77 prosent, mens den for anskaffelser uten et slikt krav er 65 prosent.²³⁴ Det er imidlertid viktig å påpeke at det ikke er grunnlag for å hevde at den anskaffende myndigheten har valgt å ha et nasjonalt språkkrav med formål om å begrense konkurransen. Det er heller ikke grunnlag for å si at et nasjonalt språkkrav har gjort at utenlandske aktører har valgt å ikke levere tilbud.

²³² *Krav som ikke er absolutte er frivillige krav, anbefalte krav eller evalueringskrav, dvs. krav som scores ut fra grad av oppfyllelse. Se nærmere under punkt 4.2.3.*

²³³ *Se kapittel 6.4.2 for nærmere beskrivelse av kvalifikasjonskrav.*

²³⁴ *Tysklands anskaffelse av marinefartøy er holdt utenfor.*

Figur 11-1: Andel nasjonal tildeling i Europa for anskaffelser av fartøy når det er krav om eget språk sammenliknet med når det ikke er det. N=437. Kilde: TED, Menon Economics



11.1.2 Vektlegging av pris som tildelingskriterium

Gitt at man oppfyller alle absolutte krav som stilles i en anskaffelse, er det *tildelingskriteriene* som avgjør hvilke leverandører som blir valgt til å utføre oppdraget.²³⁵ I prinsippet kan en lang rekke forhold inngå blant tildelingskriteriene; for eksempel pris, teknisk/funksjonell kvalitet, leveringstid, fleksibilitet i oppdragsfasen (mulighet til å gjøre endringer), arbeidsmiljø og klima- og miljøfaktorer. Pris er som regel blant tildelingskriteriene, men det er eksempler på offentlige anskaffelser av fartøy uten pris som tildelingskriterium. Ett eksempel er Sveits sin anskaffelse av en hurtigbåt for passasjertransport, hvor bedriftens organisasjon, kapasitet og referanser, bedriftens tekniske evner og HMS ble vektet henholdsvis 45, 35 og 20 prosent. Et annet eksempel er Tysklands kjøp av brannfartøy, hvor oppfyllelse av service-beskrivelse og leveringstid ble vektet henholdsvis 71 og 29 prosent.

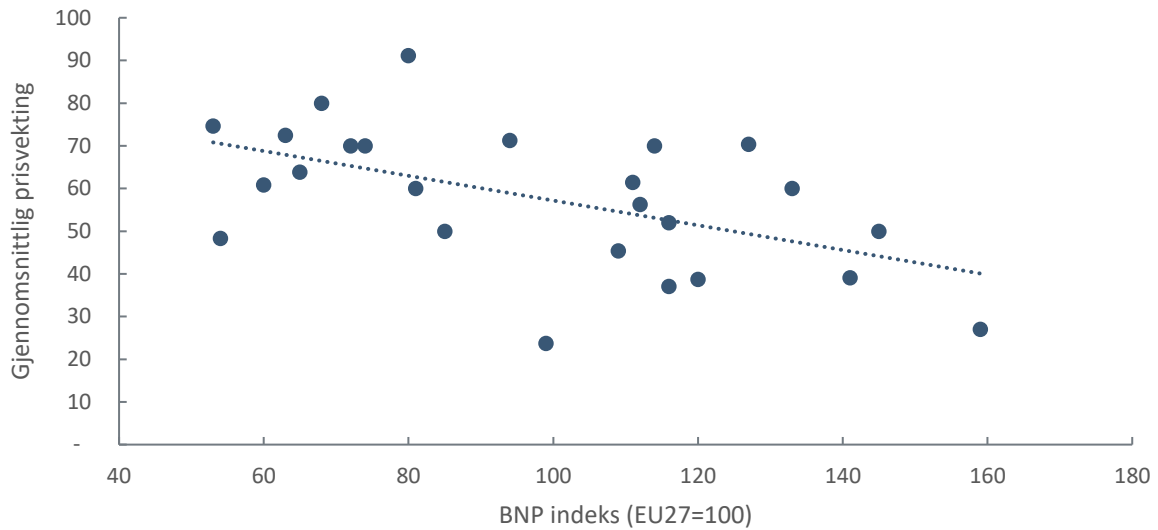
Vektleggingen av pris varierer betydelig, både innad i og mellom land. Det er en nærliggende hypotese at land med et høyt innenlandsk kostnadsnivå vil vektlegge pris lavere enn i lavkostland – gitt at offentlige kunder ønsker at eget lands skipsbyggingsindustri skal være konkurransedyktig i anskaffelsene. For å undersøke om pris vektlegges mindre i høykostland, sjekkes korrelasjonen mellom prisnivåindekser (kjøpekraftsparitet) i EU/EØS-land og gjennomsnittlig vektlegging av pris. En prisnivåindeks, definert som kjøpekraftsparitet, angir i dette tilfellet prisnivået i et gitt land sett i forhold til prisnivået i et annet land.

Korrelasjonen mellom gjennomsnittlig vektning av pris og BNP-indeks er lik -0,53. Figur 11-2 viser gjennomsnittlig vektning av pris plottet mot BNP-indeks (EU27=100)²³⁶. Inkludert i figuren er en trendlinje som viser en klar negativ trend (samvariasjon) mellom gjennomsnittlig vektning av pris og prisnivå i landet. Altså er høy vektning av pris ofte assosiert med land med lavt prisnivå, mens lav vektning av pris ofte er assosiert med land med et høyt prisnivå.

²³⁵ Se kapittel 6.4.5 for nærmere beskrivelse av tildelingskriterier.

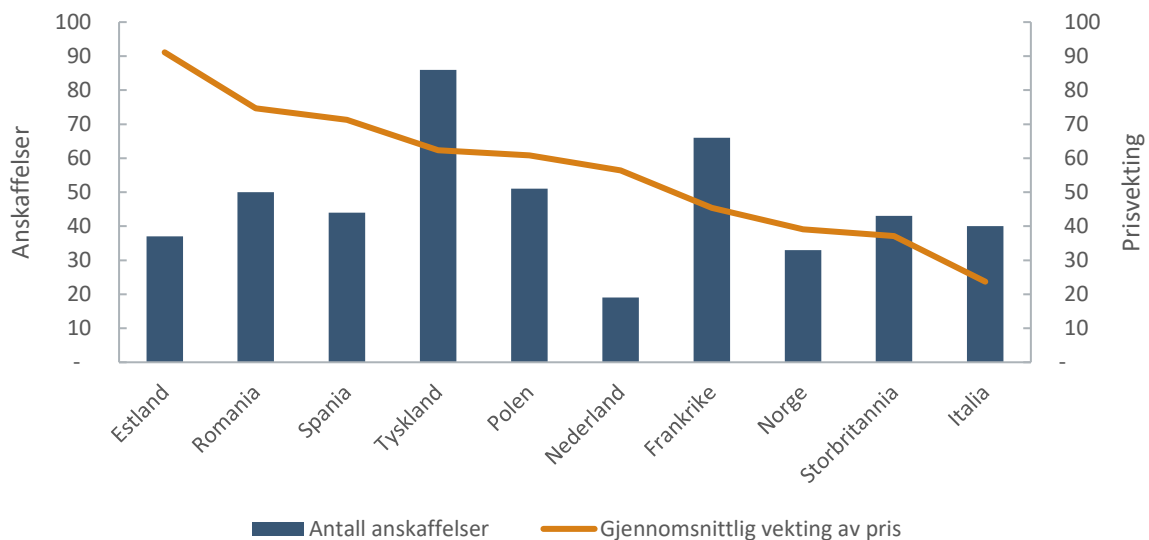
²³⁶ EU27 er et gjennomsnitt bestående av de 27 EU-landene.

Figur 11-2: Gjennomsnittlig vektning av pris i anskaffelser av fartøy plottet mot BNP-indeks (EU27=100), med trendlinje.
 Kilde: SSB Kildetabell 13007, TED, Menon Economics



Figur 11-3 viser antall anskaffelser blant de ti største kjøperlandene og gjennomsnittlig vektning av pris i anbudene. Estland, Romania og Spania er landene som i gjennomsnitt vektet pris høyest. Estland og Romania er i en europeisk kontekst lavkostland, mens Spania er i en europeisk sammenheng et mellomkost-land. Italia²³⁷, Storbritannia og Norge er landene som vektlegger pris lavest, henholdsvis 24, 37 og 39 prosent. Mønsteret er med andre ord konsistent med hypotesen om at høykostnadsland vektlegger pris lavere enn lavkostland gjør.

Figur 11-3: Antall anskaffelser av fartøy blant de ti største kjøperlandene i Europa, etter høyest gjennomsnittlig prisvektning.
 Kilde: TED, Menon Economics



²³⁷ Hovedtyngden av skipsverftene i Italia ligger i Liguria; en region i den nordre og rikeste delen av Italia.

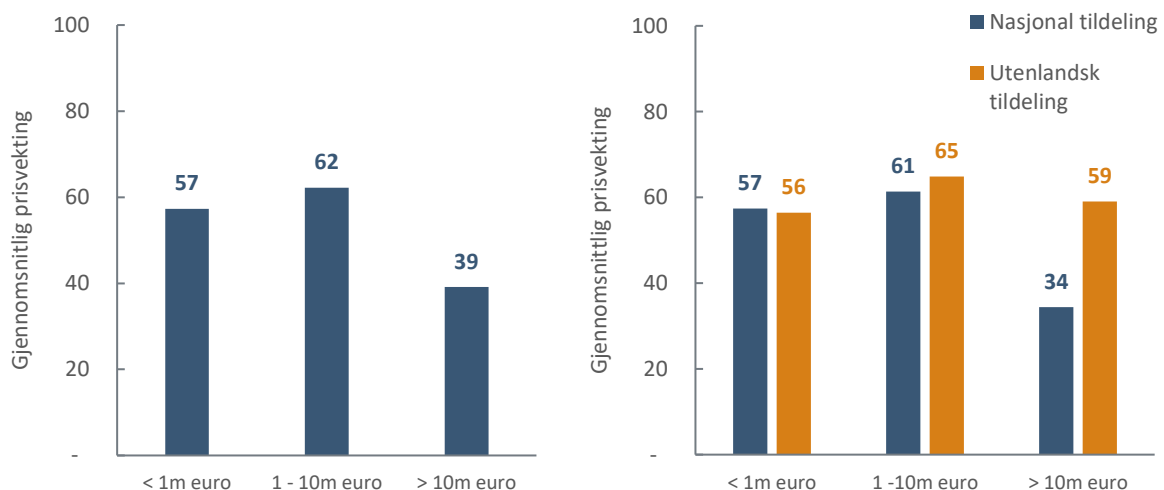
Det er naturlig å anta at pris vektlegges tyngre ved anskaffelse av standardiserte, enkle fartøy enn for komplekse fartøy med et element av skreddersøm. Vi har ikke data som gir mulighet for å undersøke denne sammenhengen, men det er mulig å benytte kontraktsverdi som en grov indikator, hvor lav kontraktsverdi indikerer en enkel og standardisert anskaffelse, mens høy kontraktsverdi indikerer at fartøyene er komplekse og lite standardiserte. Hvis denne antakelsen stemmer, skal vi forvente å finne en negativ sammenheng mellom kontraktsverdi og vektlegging av pris, med andre ord at pris vektlegges høyere når kontraktsverdien er lav.

Figur 11-4 viser gjennomsnittlig vekting av pris etter verdikategori. Anskaffelsene med høyest verdi vektet i gjennomsnitt pris lavere enn anskaffelser med lavere verdi, men vi finner ingen signifikant forskjell mellom de minste anskaffelsene (<1m euro) og de mellomstore (1-10m euro) på vekting av pris.

Videre ser vi en svak tendens til at anskaffelser som vektet pris høyt tildeles utenlandske aktører. **Feil! Fant ikke referanseilden.** viser forskjell i prisvekting mellom nasjonal og utenlandsk tildeling, fordelt på verdikategorier. For anskaffelser med verdi under 1 million euro, er forskjellen i prisvekting mellom nasjonal og utenlandsk tildeling liten. For anskaffelser hvor kontrakten har blitt tildelt en nasjonal aktør ble pris i gjennomsnitt vektet 57 prosent, mens pris i gjennomsnitt er blitt vektet 56 prosent i anskaffelser som har gått til en utenlandsk aktør. For anskaffelser med verdi større enn 1 million euro har imidlertid pris blitt vektet noe høyere i tilfeller der anbudet har blitt tildelt en utenlandsk aktør. Forskjellen i prisvekting er størst for anskaffelser over 10 millioner euro, hvor gjennomsnittlig prisvekting er 34 og 59 prosent, for henholdsvis nasjonale og utenlandsk tildeling.

Oppsummert finner vi at pris vektlegges mindre i store anskaffelser enn i små. Vi finner også at innenfor de største anskaffelsene er pris blitt vektlagt høyere i oppdragene som går til utenlandske verft enn i oppdrag som vinnes av nasjonale verft. Vi vet ikke imidlertid ikke om oppdragene har gått ut av landet *fordi* pris vektlegges høyt, eller om det er en annen årsakssammenheng.

Figur 11-4: T.v.: Gjennomsnittlig prisvekting ved offentlige anskaffelser av fartøy i Europa, etter kontraktsverdi. T.h.: Forskjell i prisvekting mellom nasjonal og utenlandsk tildeling. Kilde: TED, Menon Economics



11.2 Benytter andre EU/EØS-land andre kriterier og krav enn det som er vanlig i Norge?

Vi er bedt om å belyse hvorvidt andre EU/EØS-land benytter andre kriterier og krav i sine offentlige anskaffelser av fartøy enn det som er vanlig i offentlige anskaffelsesprosesser i Norge. Vi har gjennomført en casebasert tilnærming for å belyse dette spørsmålet. For å sikre tilgang til konkurransegrunnlaget har vi hentet ut caser fra aktive/åpne konkurranser på TED, det vil si konkurranser som er kunngjort og hvor tilbudsfristen enda ikke er gått ut. For de utvalgte anskaffelsene har vi innhentet informasjon om krav og tildelingskriterier som er benyttet av norske offentlige oppdragsgivere. Videre har vi, basert på datainnhenting fra TED, identifisert kunngjøringene av tilsvarende fartøy – i den grad dette har vært mulig – fra andre europeiske land og innhentet tilsvarende informasjon om krav og kriterier i disse konkurransene. Tabell 11-1 gir en oversikt over utvalgte åpne konkurranser, hvor vi har innhentet informasjon om krav og tildelingskriterier fra konkurransegrunnlagene fra norske og andre europeiske oppdragsgivere.

Tabell 11-1: Oversikt over utvalgte åpne konkurranser fra TED. Kilde: TED

Land	Aktør	Type	Pris
Norge	Havforskningsinstituttet	Forskningsfartøy	118 mNOK
Norge	Vestland, Nordland, Trøndelag, Troms og Finnmark fylkeskommune	Fremtidens hurtigbåtdesign	N/A
Norge	Havforskningsinstituttet	Hurtiggående arbeidsbåt i aluminium	N/A
Norge	Kystverket	Arbeidsbåter	N/A
Italia	Forsvarsdepartementet	Fartøy for hydrografiske undersøkelser	2,2 mEuro
Spania	Tollvesenet	Patruljefartøy	16,36 mEuro
Latvia	Piepaja kommune	Små fartøy	N/A
Tyskland	Weitschönheim kommune	Brannfartøy	N/A
Nederland	Miljødirektorat i Sør-Holland	Inspeksjonsfartøy	N/A
Frankrike	Les Sables d'Olonne Agglomération	Elektrisk passasjerfartøy	N/A

Overordnet viser gjennomgangen av de utvalgte konkurransegrunnlagene for det første at samtlige konkurransegrunnlag i både inn- og utland bærer preg av skreddersøm for den enkelte anskaffelse. For det andre er det ingen systematiske forskjeller mellom krav og kriterier som benyttes i norske konkurransegrunnlag, og krav og kriterier benyttet i utenlandske anskaffelser. Materialet viser med andre ord et sammensatt og fragmentert bilde, uten gjennomgående forskjeller på generelt grunnlag, mellom norske og utenlandske oppdragsgiveres bruk av krav og kriterier i fartøysanskaffelser. Det er minst like store forskjeller innad i land som mellom land; dette drives av at det er snakk om ulike oppdragsgivere, ulike typer fartøy, ulike typer kontrakter og ulike omstendigheter knyttet til den enkelte anskaffelse.

Vi finner altså ikke noe mønster i form av bestemte krav og kriterier som fremmer konkurransekraften til nasjonale verft. Det kan imidlertid ikke utelates at det finnes systematiske forskjeller mellom land, fordi vurderingene er basert på et lite datagrunnlag.

Når det gjelder konkrete krav og kriterier i konkurransegrunnlagene har vi gjort noen observasjoner vi skal redegjøre nærmere for i det følgende.

Kvalifikasjonskrav: Det er gjennomgående benyttet kvalifikasjonskrav vedrørende økonomisk og finansiell stilling, og krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. For økonomiske kvalifikasjoner varierer det i hvilken grad det er stilt absolutte minstekrav (for eksempel krav til omsetning over en viss størrelse), og/eller «bare» krav om å fremlegge eksempelvis regnskaper og/eller kredittvurderinger og eventuelle garantier samt forsikringsbevis, hvor det da legges opp til at oppdragsgiver har et visst skjønnsmessig spillerom når det gjelder vurderingen av om tilbyderen har tilstrekkelig økonomisk styrke. Det er også ofte stilt krav til firmaattest og , lignende, samt krav om dokumentasjon vedrørende innbetaling av skatter og avgifter.

I norske fartøysanskaffelser ser vi eksempler på at det er stilt krav om lønns- og arbeidsvilkår tilsvarende de som gjelder i henhold til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anskaffelser av tjenester og bygge- og anleggsarbeider²³⁸, og kvalifikasjonskrav vedrørende HMS-forhold.²³⁹

For utenlandske anskaffelser har vi ikke funnet noen eksempler på at det er stilt kvalifikasjonskrav vedrørende HMS. Vi har funnet eksempler på at det er stilt kvalifikasjonskrav vedrørende ansettelse av personell med funksjonshemming (Frankrike).

For både norske og utenlandske anskaffelser finner vi eksempler på at det er stilt kvalifikasjonskrav vedrørende miljø, for eksempel krav om dokumentasjon på hvilke tiltak selskapet har innført for å begrense utslipp av NOx og CO2 (Nederland), og krav vedrørende oppfyllelse av miljølovgivning (Estland). Det samme gjelder krav om oppfyllelse av kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarder.

Tildelingskriterier: Det benyttes svært mange ulike kriterier i de offentlige fartøy- og utstyrsanskaffelsene, og i de fleste tilfellene benyttes en kombinasjon av pris og ulike kvalitetskriterier i konkurransen. Det er imidlertid noen som benyttes mer enn andre. «Kvalitet» og «teknisk verdi» er kriterier som svært ofte går igjen i datagrunnlaget. «Kvalitet» (herunder meroppfyllelse i forhold til minstekrav i de tekniske spesifikasjonene) og «teknisk verdi» kan i prinsippet innebære alt annet enn det som omhandler pris. Leveringstid og garantier er også kriterier som benyttes mye.

Spesielt Spania, Romania, Nederland, Storbritannia, Frankrike og Italia er land der ulike miljø- og bærekraftskriterier går igjen. Nederland har også ofte helse, miljø og sikkerhet (HMS) som kriterium. Storbritannia og Frankrike benytter også kriterier som omhandler inkludering av arbeidere som av ulike årsaker står utenfor arbeidsstyrken. For Norge vektlegges blant annet tekniske og funksjonelle løsninger, kvalitet, leveringstid, livssyklus kostnader, service og oppfølging, oppfyllelse av tekniske spesifikasjoner og miljø.

Det er for øvrig ingen systematiske forskjeller mellom norske og utenlandske anskaffelser når det gjelder hvilken vekt som tillegges pris som tildelingskriterium. Den empiriske analysen viser imidlertid at offentlige oppdragsgivere i Norge og andre høykostland vektet pris lavere enn offentlige oppdragsgivere i lavkostland, jf nærmere om dette i punkt 11.1.2 ovenfor.

²³⁸ Se forskrift av 8. februar 2008 nr 112

²³⁹ Typisk ved at det stilles krav om at leverandøren skal avgi en egenerklæring hvor det bekreftes at leverandøren arbeider systematisk for å oppfylle kravene i HMS-lovgivningen, og krav om at utenlandske leverandører skal bekrefte at det ved utarbeidelse av tilbudet er tatt hensyn til HMS - lovgivningen som følger av forskrift om systematisk helse, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.

11.3 Betragtninger vedrørende to norske anskaffelser der fartøyet bygges utenfor Norge

Vi har valgt ut to konkrete eksempler på norske konkurranser, der kontrakten om å bygge fartøyet er tildelt et utenlandsk verft. I det ene tilfellet ble konkurransen vunnet av et utenlandsk verft. I det andre tilfellet ble konkurransen vunnet av en norsk tilbyder, men hvor vinneren benyttet et utenlandsk verft som underleverandør for byggingen av fartøyet. Spørsmålet vi har sett nærmere på for disse to anskaffelsene er om den offentlige oppdragsgiveren *kunne* ha oppstilt andre krav og kriterier i konkurransegrunnlaget som kunne ha økt sannsynligheten for at et norsk verft ville blitt benyttet for byggingen av fartøyet. Vi bemerker i denne sammenheng at vi ikke vil uttale oss om de aktuelle kravene og kriteriene *burde* vært oppstilt i disse anskaffelsene. Hvilke krav og kriterier som bør oppstilles beror på en bredere vurdering der hovedhensynet er å få størst mulig behovsdekning, og til lavest pris, uavhengig av verftets nasjonalitet. Denne vurderingen tilhører det oppdragsgiver å gjennomføre, og faller dessuten utenfor vårt mandat å gjøre.

11.3.1 Havforskningsinstituttet

Havforskningsinstituttet gjennomførte i 2020/2021 en konkurranse med forhandling om anskaffelse av et nytt kystforskningsfartøy, hvor vinneren av konkurransen var et nederlandsk verft. Kunngjøringen av tildelingen opplyser at kontraktsverdien er på ca. MNOK 118 eks mva. Kontrakten omfatter design, konstruksjon, bygging, utrusting, testing og levering av fartøyet, samt opsjon på utstyrsleveranser og DNV klassifisering. Grunnlaget angir at det skulle velges ut minimum 3, maksimum 6, kvalifiserte leverandører til å inngi tilbud. Det er offentlig kjent at det ble inngitt 4 tilbud i konkurransen, hvorav 2 norske. Basert på det kunngjorte konkurransegrunnlaget vil vi gjøre noen betraktninger om hva som kan ha vært årsaken til at kontrakten ikke ble tildelt til en norsk tilbyder.

Vi ser at det i denne konkurransen ble benyttet kvalifikasjonskrav som ikke fremstår som uvanlige for en kontrakt av denne størrelse og kompleksitet, og det fremstår ikke som uventet at både norske og utenlandske leverandører var i stand til å oppfylle disse kravene. I tillegg til krav om skatteattest og firmaattest, var det stilt et minstekrav om kredittverdighet uten krav til sikkerhetsstillelse, samt bankerklæring om oppfyllesesgaranti, og minstekrav om erfaring med leveranser av tilsvarende størrelse og kompleksitet siste 3 år, samt krav til kompetanse og kapasitet. Det ble også stilt krav om beskrivelse av kvalitetssikrings- og miljøledelsestiltak. Som nevnt i punkt 6.4.2 ovenfor, vil det kunne være lovlig å oppstille et kvalifikasjonskrav om erfaring med bygging/levering av fartøy for drift i nordiske farvann eller havområder med tilsvarende særtrekk (vær-, hav- og kystmessige forhold). Forutsetningen for at et slikt kvalifikasjonskrav skal være lovlig er særlig at slik erfaring har den tilstrekkelige tilknytningen til det som skal anskaffes, typisk ved at fartøyet skal operere i disse farvannene, og at erfaringen har betydning for tilbyderverftets evne til å gjennomføre kontrakten. Det ligger utenfor denne rapportens rammer å vurdere hvorvidt et slikt krav lovlig kunne ha vært stilt i denne konkurransen, og dermed presumtvt ha styrket konkurransekraften til norske verft. Det er i alle fall på det rene at et slikt kvalifikasjonskrav ikke ble stilt i denne konkurransen.

Det var for øvrig i denne konkurransen også stilt krav om egenerklæring vedrørende lønns- og arbeidsvilkår samt HMS, noe som ikke vil kunne ha svekket norske tilbydernes konkurransevne, snarere tvert imot.

Tildelingskriteriene var pris (vekt 60%) og kvalitet (vekt 40%). Vektleggingen av pris er vesentlig høyere enn hva gjennomsnittet i andre offentlige anskaffelser av fartøy av denne størrelse i Europa, noe som fremgår av figur 11.4 ovenfor. Underkriteriene til «kvalitet» var «løsningsbeskrivelse» og «innholdet i leveransen». Heller ikke dette fremstår som uvanlig for en anskaffelse av denne typen. Det var også angitt at det i tilbudet skulle vedlegges en fremdriftsplan, og at denne skulle inneholde milepæler og leveringstid/tidspunkt for ferdigstillelse. Det vil si

at det skulle konkurreres på ferdigstillestidspunkt som en del av tildelingskriteriet kvalitet. Som nevnt i kapittel 2 ovenfor, holdes leveringssikkerhet ofte frem som et konkurransefortrinn for norske verft.²⁴⁰ Det betyr selvsagt ikke at norske verft alltid er bedre til å overholde tidsfrister enn alle andre verft i Europa. I den konkrete anskaffelsen av Havforskningsinstituttets forskningsfartøy opplyser Havforskningsinstituttet at fartøyet, Prinsesse Ingrid Alexandra, ble levert fra det nederlandske verftet til avtalt tid. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis det samme som å ha et konkurransefortrinn med tanke på raskest mulig ferdigstillelse, som altså var et konkurranseparameter i denne anskaffelsen. Vi har derfor ikke noe informasjon som tilsier at utfallet av konkurransen kunne blitt tildeling til et norsk verft dersom tilbudt ferdigstillestidspunkt ikke hadde vært benyttet som en del av tildelingskriteriene.

Av konkurransegrunnlaget fremgår det videre at det skulle inngis en fast pris, og at denne ikke ville bli gjenstand for prisregulering i kontraktperioden. Dette, sammenholdt med det faktum at konkurransen ble avholdt etter at pandemien var et faktum og leverandørene derfor hadde mindre forutberegnelighet med tanke på prisen på innsatsfaktorer, har sannsynligvis gitt et risikopåslag i tilbudssummen som antagelig har variert en del mellom tilbyderne (pga. ulik grad av risikoaversjon og ulikheter i underleveransestrukturen). Dette vil i så fall også ha gitt relativt store utslag i konkurransen som følge av at pris var vektet så mye som 60%.

Det fremgår også at Havforskningsinstituttet ville godta en forutsetning i tilbudene om forskuddsbetaling så lenge det blir stilt tilstrekkelig sikkerhet for dette. Det å åpne for forskuddsbetaling innebærer at oppdragsgiver beholder noe av risikoen i kontrakten, som igjen kan lede til en lavere pris i tilbudene. Samtidig, som nevnt i kapittel 2 ovenfor, har norske verft en utvikling med svak finansiell soliditet, noe som kan medføre at det ikke vil være mulig (eller uforholdsmessig dyrt) å få bankgaranti for forskuddsbetaling. Utenlandske tilbydere med sterk soliditet vil da, alt annet like, ha hatt en konkurransefordel på dette punktet. Det er fullt mulig å gjennomføre konkurranser der oppdragsgiver fastsetter betalingsplanen og hvor det ikke tillates forskuddsbetaling. Det ville i så fall medført at risiko flyttes til leverandøren, noe som normalt må kompenseres, for eksempel i form av høyere pris. Alternativt kunne det tillates forskuddsbetaling, men hvor det ikke stilles krav om ekstra sikkerhet, noe som ville medført høyere risiko for kunden. Vi har ikke tilstrekkelig grunnlag for å kunne bedømme om et norsk verft hadde hatt større sjanse til å vinne denne konkurransen dersom det ikke hadde vært åpnet for en tilbudsforutsetning om forskuddsbetaling.

Tekniske spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget: I konkurransegrunnlaget var det vedlagt spesifikasjoner («initialt design») utarbeidet av det norske firmaet LMG Marin AS, og grunnlaget angir at verftet skal benytte LMG Marin AS som underleverandør ved den resterende prosjekteringen. For komplett prosjektering ble det fastsatt en fast pris MNOK 7,75, og vi forstår grunnlaget slik at verftet måtte inngå underleveransekontrakt med LMG Marin AS basert på disse økonomiske vilkårene. LMG vant skipsdesign-opdraget gjennom konkurranse hvor det var tre norske tilbydere. Denne fremgangsmåten kan ha fordeler blant annet knyttet til innflytelse på design, og medfører at oppdragsgiver bestemmer hvem som skal opptre som underleverandør. Samtidig kan det bemerkes at ved å legge opp konkurransen om fartøyanskaffelsen på denne måten, var det altså ikke mulig for noen av tilbyderne å utnytte sine eventuelle konkurransefortrinn når det gjelder design/prosjektering av fartøy. Spørsmålet er om utfallet kunne ha blitt tildeling til et norsk verft dersom grunnlaget hadde lagt opp til at verftet skulle sørge for/kontrahere prosjekteringen selv. Som beskrevet i kapittel 2 ovenfor, har norsk maritim industri et sterkt skipsdesign-miljø, både med uavhengige skipsdesign-foretak og enheter innad i verftforetakene. Vi har ikke informasjon som tilsier at konkurranseposisjonen knyttet til skipsdesign har blitt svekket selv om skipsverftenes konkurranseposisjon har blitt det. Vi har heller ikke grunnlag for å konkludere med om

²⁴⁰ Se for øvrig Menon-rapport 66/2021: *Norsk verftsindustri – aktivitet, konkurransesituasjon og rammebetingelser*.

tilbudsprisen i denne konkurransen ville blitt lavere eller høyere dersom verftene skulle ha utført designet selv. Det er med andre ord ikke opplagt at utfallet av denne konkurransen ville økt sannsynligheten for tildeling til et norsk verft dersom designet skulle ha vært gjennomført av verftet selv.

Frister: Av konkurransens fremdriftsplan for anskaffelsen fremgår det at det var gitt 1 måneds tilbudsfrist etter gjennomført prekvalifisering. Det vil si at oppdragsgiver valgte å fastsette en frist som lå tett opp mot minstekravet på 25 dager i anskaffelsesforskriften § 20-4. Det kan ikke utelukkes at den korte fristen (sett i forhold til anskaffelsens kompleksitet) de facto kan ha virket som en konkurranseulempe for de norske tilbyderne, men vi har ikke grunnlag for å trekke noen konklusjoner vedrørende dette. Det komplette konkurransegrunnlaget var for øvrig kjent allerede fra kunngjøringstidspunktet, som var 2,5 måneder før tilbudsfristen. Det vil si at det i realiteten var fullt mulig å starte tilbudsarbeidet allerede fra kunngjøringstidspunktet. Dersom de norske tilbyderne i denne konkurransen valgte å starte tilbudsarbeidet senere enn de utenlandske tilbyderne (f.eks. fordi de ikke ønsket å bruke ressurser før de fikk vite om de var prekvalifisert), og dermed fikk en de facto konkurranseulempe, er dette naturligvis noe det er fullt mulig å ta lærdom av i forhold til fremtidige konkurranser som legges opp på samme måte av offentlige oppdragsgivere. Det ble videre lagt opp til forhandlinger, og en endelig tilbudsfrist 1 måned etter opprinnelig tilbudsfrist. Det vil si at det mest sannsynlig ble gitt tilbyderne like muligheter til å rette opp eventuelle svakheter ved opprinnelige tilbud, og dette "demper" den eventuelle negative virkningen av den relativt korte opprinnelige tilbudsfristen. Det er derfor antagelig ikke grunnlag for en antagelse om at lengre frister kunne ha endret utfallet.

Oppsummert er det mulig at vektleggingen av pris med så høy vekt som 60 prosent er det forholdet ved denne konkurransen som har hatt størst betydning for utfallet i favør av en utenlandsk tilbyder. Gjennomsnittlig vektet pris 40 prosent for norske offentlige anskaffelser av fartøy. Gjennomsnittet i Italia er enda lavere, 24 prosent. For begge land er anskaffelser i alle størrelseskategorier inkludert, og vi har vist ovenfor at pris vektlegges betydelig lavere ved store enn ved små anskaffelser. Vi har ikke systematisk kunnskap om kostnadsforskjeller mellom skipsverft i ulike europeiske land, men det er en generell oppfatning blant norske rederier, skipsmeglere og verftene selv om at norske skipsverft har høyere kostnader enn verft i konkurrentland. I Menons analyser for Eksportkreditt oppga 90 prosent av rederiene som hadde bestilt fartøy at prisen hos norske skipsverft var høyere enn prisen hos utenlandske skipsverft (se kapittel 2.2.4). Tilsvarende oppga 86 prosent av de samme rederiene at kvaliteten på de norske verftene var høyere enn hos konkurrentene i andre land. Det er samtidig viktig å understreke at vi ikke har sett de konkurrerende tilbudene i Havforskningsinstituttets kjøp av forskningsfartøy, og dermed heller ikke har grunnlag for å si at en lavere vektning av pris ville ført til at et norsk skipsverft ville vunnet kontrakten. Havforskningsinstituttet uttaler selv at «*vår erfaring og våre observasjoner er at norske verft ikke ligger foran f.eks. nederlandske eller spanske hva gjelder kvalitet.*» Havforskningsinstituttet påpeker også at en lavere vektning av pris antakeligvis ville medført at anskaffelsen ville blitt dyrere (prisen blitt høyere).

11.3.2 Statens vegvesen

Statens Vegvesen gjennomførte i 2021 en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av båttransporttjenester for drift av riksvegferjesambandet Bodø - Røst - Værøy - Moskenes med (i hovedsak) hydrogendrevne fartøy. Vinneren skal utvikle, bygge og drifte de fartøyene som skal benyttes ved leveringen av transporttjenestene. Avtaleperioden er på 15 år (med opsjon på ett ytterligere år), med oppstart av driftsfasen den 1. oktober 2025.

Tildelingsbeslutningen ble fattet i desember 2021, og vinneren av konkurransen var Torghatten Nord AS. Torghatten har foreløpig ikke valgt hvilket skipsverft som får byggekontrakten, men aktører i næringen tar det for gitt at oppdraget går ut landet.²⁴¹

Vegvesenet opplyser at det deltok fire norske tilbyderselskaper i konkurransen, og at Torghattens tilbudssum var på ca. 5 milliarder kroner. Dette var ca. 1,3 milliarder kroner lavere enn nest billigste tilbyder, og ca. 4,5 milliarder kroner lavere enn dyreste tilbyder. Pris var det eneste tildelingskriteriet i konkurransen.

Vi har ikke tilgang til ytterligere informasjon om eventuelle forbehold/avvik i tilbudene, og Vegvesenets vurdering av disse i konkurransen (det skal gis et prispåslag for avvik som ikke medfører avvisningsplikt). Basert på det kunngjorte konkurransegrunnlaget, kan vi likevel gjøre noen betraktninger om hva som kan ha vært årsaken til at Torghatten trolig velger å kontrahere fartøyet hos et utenlandsk verft.

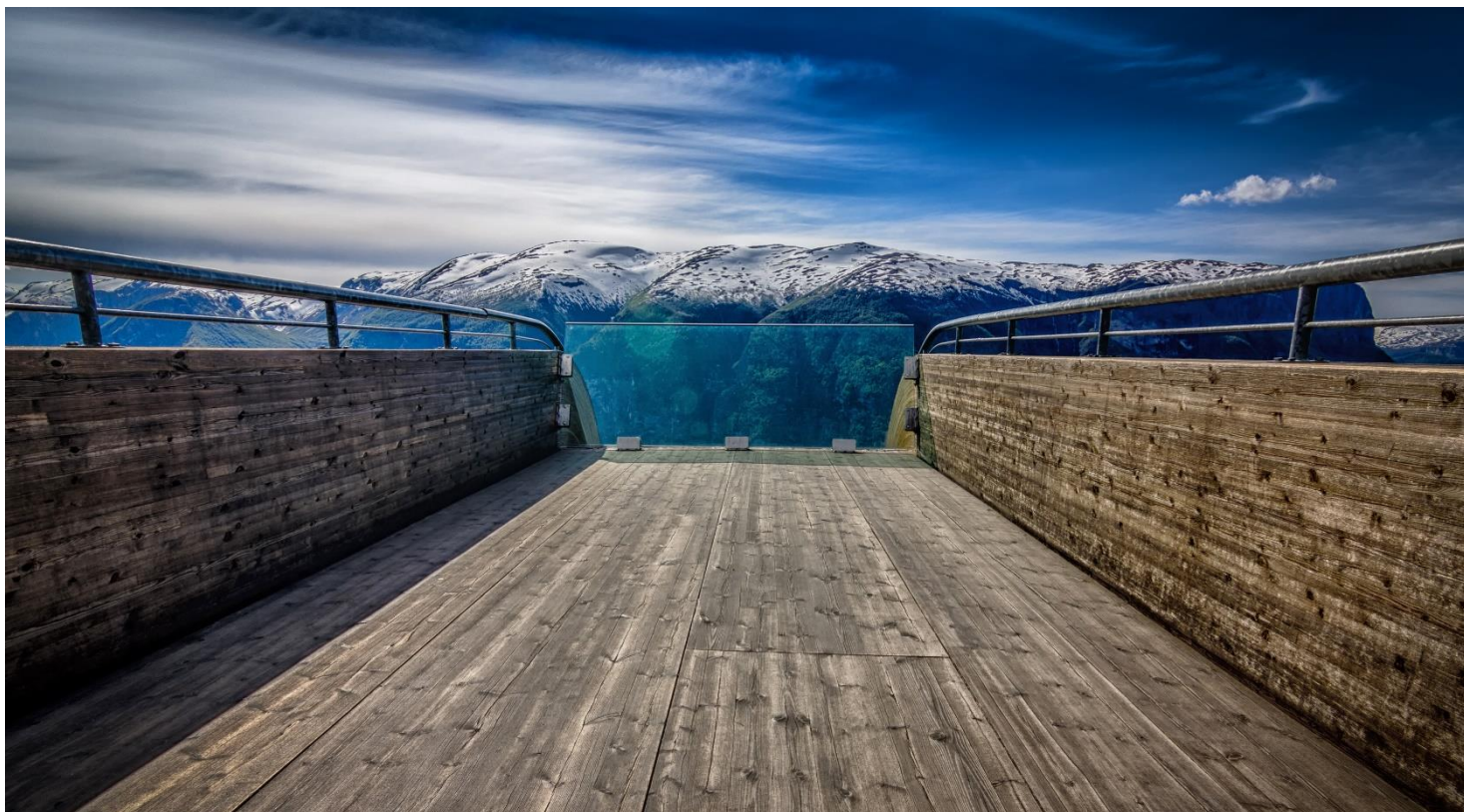
Vi finner ikke grunn til å kommentere kvalifikasjonskravene i konkurransen, siden samtlige tilbydere var norske selskaper.

Det fremgår av konkurransegrunnlaget at pris var det eneste tildelingskriteriet i konkurransen. Videre fremgår det at kontrakten er en såkalt bruttokontrakt, der oppdragsgiver mottar og bærer risikoen for billettinntektene, og der operatøren mottar et fast vederlag for å betjene fergesambandet. Tildelingskriteriet pris var utformet slik at tilbyderne skulle angi et "skipsbudsjett" for hvert av de fire fartøyene, og et "sambandsbudsjett" for driftsfasen. Det skulle også oppgis pris (dvs. skipsbudsjett) for en opsjon på et femte fartøy, og på opsjonen om forlengelse med ett år. Tilbyder skulle fylle inn detaljerte skjemaer for pris, hvor hvert "budsjett" skulle splittes opp i konkret angitte deler (for de ulike typene kostnader m.v.) Dersom opsjonen på det femte fartøyet blir benyttet i avtaleperioden, var det angitt at oppstart for driftsperioden for dette fartøyet vil være 1. mai 2028.

Kontraktsbestemmelsene angir at operatøren har rett til å benytte underleverandører i forbindelse med oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser, noe som svarer til det alminnelige utgangspunktet etter norsk kontraktsrett. Statens Vegvesen kan videre nekte å godkjenne operatørens valg av underleverandør dersom dette er saklig begrunnet i underleverandørens forhold, men må i så fall dekke operatørens eventuelle merkostnader som følge av at operatøren må velge en annen underleverandør. Operatøren (dvs. Torghatten Nord AS) kan etter dette i utgangspunktet fritt velge å benytte et utenlandsk verft som underleverandør for byggingen av fartøyene, og fritt velge å forhandle frem hvilke vilkår som skal gjelde i underleveranseavtalen (Torghattens forpliktelser i forhold til Statens Vegvesen endres uansett ikke). Dersom det er korrekt at Torghatten Nord AS velger å gjennomføre en konkurranse for kontrakt om byggingen av fartøyene der ulike verft i inn- og utland fikk anledning til å delta, og har valgt å benytte pris som eneste tildelingskriterium, har dette etter vår vurdering nær sammenheng med det faktum at pris var det eneste tildelingskriteriet i konkurransen gjennomført av Statens Vegvesen. Den markante prisforskjellen mellom tilbyderne i hovedkonkurransen (dvs. konkurransen om operatørkontrakten) er sannsynligvis en konsekvens av flere forhold; fartøyene blir ikke prosjektert før etter kontrakten er tildelt, det er snakk om pionérprosjekt med den mangelen på erfaringsbasert beregningsgrunnlag dette innebærer (utvikling av hydrogenferjer for en svært lang og værhard strekning – prosjektet har derfor fått global oppmerksomhet ifølge en pressemelding fra Torghatten), det er i konkurransefasen ikke mulig å vite om opsjonene vil bli benyttet, oppdragsgiver har en relativt vidtrekkende rett til å endre oppdraget i kontraktperioden, konkurransen er gjennomført under pandemien (jf. merknaden

²⁴¹ I *Kystens Næringsliv* 22.11.2022 står følgende: «Da anbudet for bygging ble lagt ut, var pris vektet 100 prosent. Det gjør oppdraget til et rent eksport-opdrag, slik Strønen (adm.dir. i Norske skipsverft) ser det, selv om anbudsprosessen ennå ikke er sluttført.»

ovenfor om usikkerheten dette medfører om prisen på innsatsfaktorer), ulik grad av risikovilje/risikoaversjon, ulike forutsetninger ved anskaffelse av fartøyene, og ulik bedømmelse av risikoer og kostnadsdrivende faktorer i driftsperioden. Det er antagelig riktig å legge til grunn at tilbyderne må ha vurdert disse usikkerhetsmomentene veldig ulikt, og at dette er årsaken til de store forskjellene i tilbudt pris i hovedkonkurransen. Det er derfor også større sannsynlighet for at vinneren av en slik konkurranse, der pris er det eneste tildelingskriteriet, velger å benytte et verft fra et lavkostland som underleverandør for byggingen av fartøyene. Dersom Statens Vegvesen hadde benyttet andre tildelingskriterier enn bare pris, og eventuelt vektet pris lavere enn kvalitet, er det ikke nødvendigvis slik at vinneren dermed velger å få fartøyene bygget i Norge (dvs. et høykostland); det er normalt for private aktører å i alle tilfeller innrette seg for å maksimere profitt, dvs. her å få bygget fartøyene rimeligst mulig. I konkurransegrunnlaget fremgår det imidlertid at operatøren får trekk i vederlag for avganger som ikke gjennomføres (med visse unntak), og ved gjentatte forsinkelser. Det gis også trekk i vederlag ved manglende oppfyllelse av krav til fartøy, samt dagmulkt dersom fartøyene ikke er klare til bruk ved oppstartstidspunktet. Kontrakten kan også bli hevet dersom manglende regularitet overstiger 5% av gjennomsnittlig årlig sambandskostnad. Dette er eksempler på kontraktsmekanismer som kan gi operatøren grunn til å vurdere å ikke kun fokusere på pris ved valg av verft for bygging av fartøyene.



Menon Economics analyserer økonomiske problemstillinger og gir råd til bedrifter, organisasjoner og myndigheter. Vi er et medarbeidereiet konsultantselskap som opererer i grenseflatene mellom økonomi, politikk og marked. Menon kombinerer samfunns- og bedriftsøkonomisk kompetanse innenfor fagfelt som samfunnsøkonomisk lønnsomhet, verdsetting, nærings- og konkurranseøkonomi, strategi, finans og organisasjonsdesign. Vi benytter forskningsbaserte metoder i våre analyser og jobber tett med ledende akademiske miljøer innenfor de fleste fagfelt. Alle offentlige rapporter fra Menon er tilgjengelige på vår hjemmeside www.menon.no.