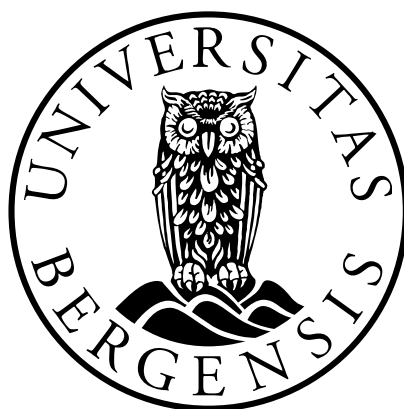


Om habilitet i offentlige anskaffelser:

Anskaffelsessituasjonens betydning for habilitetsvurderingen etter forvaltningsloven § 6 annet ledd

Kandidatnummer: 145

Antall ord:14 819



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Forord

Situasjonen som har fulgt i kjølvannet av covid-19 har på flere måter påvirket arbeidet med avhandlingen. Da bibliotekene stengte 12. mars vanskeliggjorde dette tilgangen til juridisk litteratur. Alle relevante synspunkter om temaet har derfor kanskje ikke kommet med i avhandlingen, og kildelisten er noe magrere enn den kunne vært. For Graver (2015) og Eckhoff/Smith (2014) har det heller ikke vært mulig å få fatt i nyeste utgaver, slik at det har blitt tatt utgangspunkt i disse eldre utgavene.

For den juridiske drøftelsen har det vært nødvendig å legge noe mer vekt på de kildene som har vært tilgjengelig, slik at avhandlingen kanskje gir uttrykk for et mindre nyansert rettskildebilde enn det som faktisk er tilfellet. Utover dette er det vanskelig å si noe sikkert om hvordan situasjonen har påvirket oppgaven, da jeg er usikker på hvilken betydning nyere og eventuelt utelatt litteratur ville ha hatt.

At vi som studenter ble gitt tilgang til all juridisk litteratur på Juridika.no frem til 15. april var til stor hjelp for arbeidet med avhandlingen. For å avhjelpe situasjonen ytterligere har jeg vært i kontakt med Odin Prosjekt, KS, Nærings- og Fiskeridepartementet og Justisdepartementets lovavdeling. Representanter hos alle fire har vært svært imøtekommende og satt av tid til å snakke om temaet. Dette er jeg svært takknemlig for. Samtalene har gitt meg en bredere forståelse av temaet og problemstillingen, men det reflekteres naturligvis ikke i kildelisten.

Innhold

1	Innledning	1
1.1	Innledende om emnet	1
1.2	Habilitetsreglens betydning for anskaffelsen	2
1.3	Rettskildebildet og metode	3
1.3.1	EØS-rettslige krav til anskaffelsen.....	3
1.3.2	Anskaffelsesloven med tilhørende forskrift.....	4
1.3.3	Forvaltningslovens habilitetsregler	5
1.3.4	Rettspraksis og KOFA-praksis	6
1.4	Nærmere om de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene	7
1.4.1	Forholdsmessighetsprinsippet.....	8
1.4.2	Likebehandlingsprinsippet.....	8
1.4.3	Konkurransesprinsippet	8
1.4.4	Forutberegnelighetsprinsippet.....	9
1.4.5	Prinsippet om etterprøvbarhet.....	9
1.5	Fremstillingen videre.....	9
2	Det rettslige grunnlaget for habilitetsvurderingen.....	10
2.1	EU/EØS-rettslige habilitetskrav.....	10
2.2	Hvem som omfattes av habilitetsreglene i forvaltningsloven.....	11
2.3	De materielle habilitetsreglene.....	12
2.3.1	Hva som utgjør et særegent forhold	13
2.3.2	Forholdet må være egnet til å svekke tilliten til innkjøperens upartiskhet	14
3	Vurderingsmomenter som fremgår av lovteksten	15
3.1	Særlig fordel, tap eller ulempe	15
3.1.1	Fordel, tap eller ulempe som tilkommer innkjøperen selv	16
3.1.2	Fordel, tap eller ulempe som tilkommer innkjøperens nærstående.....	23
3.1.3	Særlig fordel, tap eller ulempe i tilknytningsforhold av upersonlig art	28
3.1.4	Mulighet for fremtidig fordel, tap eller ulempe	29

3.2	Inhabilitetsinnsigelser reist av en part	31
4	Øvrige vurderingsmomenter	32
4.1	Innkjøperens mulighet til å påvirke sakens utfall	32
4.1.1	De ulike fasene i en anskaffelsesprosess	32
4.1.2	Rom for skjønnsutøvelse i saksbehandlingen	34
4.2	Habilitetsterskelens praktiske betydning for oppdragsgiver.....	35
4.3	Anskaffelsens betydning for leverandøren	39
5	Avsluttende kommentarer	41
6	Kilder	43
6.1	Lover og forarbeider.....	43
6.1.1	Traktater og direktiver	43
6.1.2	Norske lover og forskrifter	43
6.1.3	Lovforarbeider	43
6.2	Avgjørelser og uttalelser.....	44
6.2.1	Overnasjonale avgjørelser	44
6.2.2	Norske avgjørelser.....	44
6.3	Litteratur	45
6.4	Nettsider og rapporter.....	46

1 Innledning

1.1 Innledende om emnet

Temaet for denne oppgaven er de habilitetsreglene som gjelder for oppdragsgiver i arbeidet med en offentlig anskaffelse.

Det offentlige gjennomfører innkjøp og anskaffelser på nesten alle områder i samfunnet, og som innbyggere møter en offentlige anskaffelser blant annet gjennom kollektivtrafikk, barnehager, skoler og renovasjon. Gjennomføringen av offentlige anskaffelser er dermed en viktig del av det offentliges ansvarsområde.

Hvert år bruker det offentlige over 500 milliarder kroner på anskaffelser.¹ Dette er offentlige midler, som forvaltningen har et ansvar for å forvalte på best mulig måte. Derfor er det i Norge vedtatt et anskaffelsesregelverk, som regulerer hvordan den enkelte oppdragsgiver gjennomfører sine anskaffelser. Dette regelverket har som formål å sikre at offentlige anskaffelser gjennomføres på en måte som fremmer «effektiv bruk av samfunnets ressurser», samt bidrar til at «det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at anskaffelsene skjer på en samfunnstjenlig måte.» jf. anskaffelsesloven § 1.

For å oppnå disse formålene, er det i anskaffelsesloven § 4 tatt inn noen grunnleggende prinsipper som legger føringer for hvordan oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse. Blant disse er prinsippet om likebehandling og prinsippet om konkurranse. At anbyderne i en anbudskonkurranse behandles likt og at det legges til rette for reell konkurranse, anses som en grunnleggende forutsetning for at det kan gjennomføres anskaffelser i tråd med formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven.

Et av de viktigste virkemidlene vi har for å sikre likebehandling og konkurranse mellom leverandørene, er reglene om habilitet. Etter anskaffelsesregelverket gjelder forvaltningsrettens habilitetsregler §§ 6-10 ved gjennomføring av anskaffelser, jf. anskaffelsesforskriften § 7-5, slik at også en anskaffelsesrettslig habilitetsvurdering må gjøres med utgangspunkt i forvaltningsloven § 6. At en person er inhabil vil si at han eller hun ikke kan «[...] tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller [...] treffe avgjørelse i en forvaltningssak» fordi det foreligger «særegne forhold» «som er egnet til å svekke tilliten» til vedkommendes «upartiskhet», jf. forvaltningsloven § 6 første og annet ledd.

¹ Nærings- og Fiskeridepartementet 2017, s.11

Som ved andre sider av forvaltningens virksomhet kan inhabilitet i anskaffelsessaker oppstå som følge av en rekke ulike tilknytningsforhold, og det lar seg vanskelig gjøre å utforme et regelverk som oppstiller tydelige grenser for når inhabilitet foreligger. Utgangspunktet er derfor at det må foretas en helhetlig skjønnsmessig vurdering av det enkelte tilfellet.

På anskaffelsesrettens område må imidlertid forvaltningslovens habilitetsregler forstås i lys av anskaffelseslovens formålsbestemmelse og de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene som gjelder. Spørsmålet er hvordan anskaffelsessituasjonen påvirker den alminnelige forvaltningsrettslige habilitetsvurderingen. Temaet er svært aktuelt, da oppdragsgiver må vurdere de involverte personenes habilitet hver gang et offentlig organ skal gjennomføre en anskaffelse. Til tross for den praktiske betydningen, er temaet likevel ikke behandlet omfattende i juridisk teori. Dette gjør temaet velegnet som objekt for avhandlingen.

Målet for denne avhandlingen blir derfor å belyse hvilke momenter som kan få betydning i en habilitetsvurdering, sett i lys av de særlige krav som stilles til forvaltningens saksbehandling gjennom anskaffelsesloven § 1 og de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene.

1.2 Habilitetsreglenes betydning for anskaffelsen

Et bærende hensyn i anskaffelsesretten og forvaltningsretten for øvrig, er at den som deltar i en anskaffelsesprosess skal være uten personlige interesser i saken. Gjennom habilitetsreglene tas det sikte på å sikre at saksbehandlingen er objektiv, slik at partene og allmennheten generelt kan ha tillit til at avgjørelsene som treffes er materielt korrekte. Av denne grunn er habilitetsreglene viktige saksbehandlingsregler ikke bare i anskaffelsessaker, men ved alle sider av forvaltningens virkeområde.

På grunn av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i en anskaffelsessituasjon, kan det likevel sies å være et større behov for habilitetsreglene her enn ved mange andre sider av forvaltningens virkeområder. Dette skyldes blant annet de store summene offentlige organer bruker på anskaffelser hvert år. Forvaltningen er avhengig av befolkningens tillit for å kunne utføre de oppgaver den er tillagt på en effektiv og tilfredsstillende måte,² og fordi det på anskaffelsesrettens område gjelder så store summer, vil faren for korrupsjon og ufornuftig bruk av offentlige midler være stor.³

² Bernt og Rasmussen (2013) s. 203

³ Graver (2005) s. 462

For at offentlige organer skal oppnå anskaffelseslovens formål om å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser» jf. § 1, er det videre nødvendig at det oppnås konkurranse om kontraktene. Konkurranse vil gjennomgående føre til lavere pris og høyere kvalitet, slik at det offentlige oppnår mest mulig verdi for pengene.⁴ For at markedsaktørene skal prioritere å bruke tid og penger på å delta i en offentlig anbudskonkurranse, er det avgjørende at konkurransen er åpen og reell, og at ingen av de potensielle leverandørene fremstår som favorisert.⁵ I tillegg til det generelle målet om at allmennheten skal ha tillit til forvaltningen, er det derfor på anskaffelsesrettens område særlig viktig at anbyderne selv har tillit til forvaltningen.

1.3 Rettskildebildet og metode

Utgangspunktet for avhandlingen er at det vil benyttes alminnelig norsk juridisk metode. Lover, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur vil således anvendes for å utlede de relevante vurderingsmomentene. På anskaffelsesrettens område bygger imidlertid norsk lovgivning i stor grad på EU-retten, gjennom EØS-rettslige forpliktelser. Dette gjør det nødvendig å se på disse rettskildene, for å kunne utlede hvilke krav som også gjelder for norsk rett. I tillegg til overnasjonal lovgivning, skiller anskaffelsesrettens område seg fra andre rettsområder ved at også avgjørelser gitt av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) kan få betydning. Hvordan forholdet mellom KOFA-avgjørelser og andre rettskilder er, utdypes nærmere nedenfor.

1.3.1 EØS-rettslige krav til anskaffelsen

For å sikre et åpent europeisk marked er det i EU-retten gitt nærmere reguleringer av hvordan slike anskaffelser skal gjennomføres. Disse reguleringene er i hovedsak gitt gjennom tre anskaffelsesdirektiver,⁶ og oppstiller minimumskrav til hvordan medlemslandene kan utforme nasjonale anskaffelsesregler.⁷

Det norske anskaffelsesregelverket er i stor grad en gjennomføring av EUs direktiver om offentlige anskaffelser, i henhold til de forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen. Da direktivene kun tar sikte på å oppstille minimumskrav til regelverket, er det opp til hver enkelt stat å utforme sine egne anskaffelsesregler. Forutsetningen er at de krav som fremgår av

⁴ Frihagen (1991) s. 363

⁵ Behovet for en åpen og reell konkurranse er flere ganger blitt fremhevet i KOFA-saker, se for eksempel 2009/85 (43) og 2008/172 (41)

⁶ Direktiv 2014/25/EU om forsyningssektoren, Direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter og Direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser

⁷ European Commission

direktivene må implementeres i nasjonal rett.⁸ Direktivene oppstiller på denne måten en overordnet skranke for hvordan nasjonale regler kan utformes. Her må det imidlertid ses hen til at direktivene på enkelte punkter gradvis er blitt så detaljert og stiller så strenge krav til anskaffelsesprosessen, at det etter hvert er blitt mindre rom for den enkelte stat til å utforme sine egne regler.⁹

I EU-retten gjelder det en lojalitetsplikt som går ut på at nasjonale rettsanvendere skal, så langt det lar seg gjøre etter nasjonale rettskilder, finne frem til tolkningsresultater som samsvarer med det som oppstilles i EU-retten.¹⁰ Både EFTA-domstolen og Høyesterett har senere lagt til grunn at også EØS-avtalen gir grunnlag for en liknende tolkningslojalitet.¹¹ Dette innebærer at EU- og EØS-retten, inkludert praksis fra EU- og EFTA-domstolen, er viktige rettskilder ved tolkning av norske regler på anskaffelsesrettens område.

I tillegg til direktivenes utforming og praksis knyttet til bestemmelsene, er det til direktivene gitt en fortale som gir anvisninger om hvordan bestemmelsene skal tolkes. Fortalen er ikke rettslig bindende, men fordi den kan gi anvisninger om hva formålet med en bestemmelse er, kan den likevel tillegges en viss rettskildemessig vekt.¹²

De tre direktivene regulerer forskjellige områder av anskaffelsesretten. Direktiv 2014/24/EU omtales gjerne som Direktivet for klassisk sektor eller Anskaffelsesdirektivet. Det er negativt avgrenset, og omfatter de anskaffelser som ikke omfattes av Direktiv 2014/25/EU om forsyningssektoren. Av hensyn til oppgavens omfang vil det i avhandlingen tas utgangspunkt i Direktivet for klassisk sektor.

1.3.2 Anskaffelsesloven med tilhørende forskrift

På nasjonalt plan er offentlige anskaffelser regulert gjennom lov 17.06.2016 nr. 73 om offentlig anskaffelse (heretter anskaffelsesloven eller LOA) med tilhørende forskrift 12.08.2016 om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesforskriften eller FOA).

I loven oppstilles formålene med anskaffelsesprosessen, lovens virkeområde, de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, samt enkelte håndhevingsregler. Det fremgår av lovens § 2 første ledd første punktum at den gjelder for alle offentlige anskaffelser med en estimert verdi

⁸ Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV) art. 15

⁹ Se for eksempel Direktiv 2004/18/EC sml. Direktiv 2014/24/EU, for å illustrer hvordan det regelverket gradvis er blitt mer detaljert

¹⁰ Dragsten (2013) s. 55

¹¹ Sak E-1/07 (A), samt Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

¹² Dragsten (2013) s. 56

som er lik eller overstiger 100 000 kr ekskl. mva. Anskaffelser under dette beløpet er dermed unntatt fra anskaffelsesregelverket.¹³

De mer detaljerte reglene om forberedelse og gjennomføring av offentlige anskaffelser fremgår av forskriften. Forskriften er delt opp slik at den første delen gjelder for alle anskaffelser med estimert verdi på 100 000 kr og oppover. Den andre og tredje delen gjelder henholdsvis for anskaffelser under og over EØS-terskelverdien.¹⁴ Habilitetsreglene er inntatt i § 7-5 i forskriftens første del om alminnelige bestemmelser, og gjelder dermed uavhengig av anskaffelsens størrelse, anskaffelsesform, og på alle stadier av anskaffelsesprosessen.¹⁵

LOA og FOA trådte i kraft 01.01.2017 og gjelder for anskaffelser kunngjort etter dette tidspunktet. For habilitetsspørsmål har imidlertid ikke overgang til ny lov medført realitetsendringer.¹⁶ Rettskilder som knytter seg til lov og forskrift fra 1999 kan derfor fortsatt ha rettskildemessig betydning.

1.3.3 Forvaltningslovens habilitetsregler

Lov 10.02.1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (heretter forvaltningsloven eller fvl.) gjelder for alle sider av forvaltningens virkeområde, så lenge ikke annet fremgår av lov.¹⁷ Dette inkluderer offentlige organers gjennomføring av anskaffelser.

Fordi gjennomføringen av en anskaffelse uansett faller innenfor forvaltningens virkeområde, får ikke FOA § 7-5 selvstendig materiell betydning såfremt anskaffelsen gjennomføres av et forvaltningsorgan.¹⁸ Anskaffelsesreglene er imidlertid ment å ha et videre nedslagsfelt enn forvaltningsloven, jf. FOA § 1-2 sml. fvl. § 1 andre punktum. Først når anskaffelsen gjennomføres av et organ som faller utenfor forvaltningsloven får FOA § 7-5 selvstendig materiell betydning. Her fremgår det at fvl. §§ 6- 10 gjelder tilsvarende for anskaffelser gjennomført av organer som ikke omfattes av forvaltningsloven.

Fordi det på anskaffelsesrettens område gjør seg gjeldende enkelte særlige hensyn, kan ikke rettskilder tilknyttet de generelle habilitetsreglene i forvaltningsloven anvendes ukritisk. De kan

¹³ Det samme fremgår av FOA § 1-1

¹⁴ EØS-terskelverdien har betydning for om Anskaffelsesdirektivet komme til anvendelse, se Direktiv 2014/24/EU art. 4

¹⁵ Dragsten (2013) s. 188

¹⁶ Se FOA 1999 § 3-7 (1) sml. FOA 2016 § 7-5 (1)

¹⁷ Se fvl. § 1 første punktum

¹⁸ Graver (2005) s. 467

likevel ha betydelig overførings- og argumentasjonsverdi for hvor terskelen for inhabilitet skal legges i anskaffelsessituasjoner.

1.3.4 Rettspraksis og KOFA-praksis

Den alminnelige forvaltningsrettslige terskelen for inhabilitet har flere ganger blitt behandlet av Høyesterett.¹⁹ På grunn av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i anskaffelsessituasjoner, vil ikke nødvendigvis disse avgjørelsen ha direkte overføringsverdi for anskaffelsesrettslige habilitetsvurderinger. Spørsmål om inhabilitet i anskaffelsessaker har på sin side bare vært behandlet to ganger, i Rt 1998 s. 1398 (Torghatten-dommen) og Rt 2007 s. 983 (SB Transport).

Selv om spørsmål rundt habilitet i anskaffelsessaker i liten grad har blitt behandlet i de ordinære domstolene, har temaet flere ganger blitt vurdert av KOFA. KOFA er et statlig, uavhengig organ som behandler brudd på lov og forskrift om offentlige anskaffelser.²⁰ Formålet er å tilby saksbehandling som er rimeligere og mer effektiv enn i de ordinære domstolene.²¹ KOFA-praksis' stilling som rettskilde er imidlertid noe uklar. Avgjørelser avgitt av KOFA er i utgangspunktet bare rådgivende, og dermed ikke rettslig bindende for partene.²² Dette taler for at KOFAs avgjørelser i liten grad kan anvendes som rettskilde.

På den annen side er KOFA sammensatt av jurister med særlig kjennskap til anskaffelsesregelverket og stor faglig kompetanse på området. De får også et omfattende antall saker til behandling hvert år. Dette gir dem et bredt erfaringsgrunnlag og inngående kjennskap og oversikt over regelverket. Disse momentene tilsier at avgjørelsene bør kunne tillegges rettskildemessig betydning.

På bakgrunn av dette er det vanskelig å si noe generelt om hvilken vekt KOFAs avgjørelser kan tillegges. Det omfattende antall saker som behandles hvert år, kan først og fremst være et nyttig hjelpemiddel for å illustrere hvilke habilitetsspørsmål som gjerne oppstår i anskaffelsessaker, og sakene kan også ha betydelig argumentasjonsverdi. Det synes imidlertid klart at nemndas praksis må vike dersom det foreligger motstrid med andre, mer vektige rettskilder, slik at KOFA-praksis antagelig kan likestilles med juridisk litteratur.

¹⁹ På lovdata er det oppført åtte høyesterettsavgjørelser i sivile saker i tilknytning til habilitetsbestemmelsen i fvl. § 6

²⁰ Klagenemndsekretariatet

²¹ Jf. forskrift 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1

²² Jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1

Det store antall saker som har blitt behandlet i tilknytning til fvl. §§ 6-10, innebærer at det ville blitt for omfattende, og heller ikke hensiktsmessig å inkludere en beskrivelse av hver og en sak i avhandlingen.²³ Det har derfor vært nødvendig å gjennomgå alle avgjørelsene, og slik velge ut de som best illustrerer de hensyn som vektlegges.

1.4 Nærmere om de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene

I fortalen punkt 1. til Direktiv 2014/24/EU fremheves det at offentlige anskaffelser som gjennomføres etter dette regelverket er underlagt de prinsipper som følger av TEUV om fri bevegelse av varer, etableringsrett og fri bevegelse av tjenesteytelser, samt de prinsipper som kan utledes herfra, deriblant prinsippene om likebehandling, gjensidig anerkjennelse, forholdsmessighet og gjennomsiktighet. Disse prinsippene er i stor grad utviklet av EU-domstolen, og gjelder uavhengig av om anskaffelsen faller inn under direktivets område, slik at også for anskaffelser under EØS-terskelverdien vil disse prinsippene gjelde.²⁴ Også fra alminnelig norsk anbudsrett følger imidlertid enkelte av disse prinsippene, slik at de grunnleggende prinsippene i det norske regelverket til dels har sitt utspring i forskjellige kilder.²⁵

I direktivets art. 18 1. punkt er det inntatt en bestemmelse om at oppdragsgiver må behandle tilbyderne likt og uten å diskriminere, samt at oppdragsgiver selv skal opptre gjennomsiktig og forholdsmessig. Videre fremgår det at konkurranser ikke må utformes med det formål å utelukke konkurranse.

I det norske regelverket er prinsippene om forholdsmessighet, likebehandling, konkurranse, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet inntatt i anskaffelsesloven § 4.²⁶ Disse prinsippene skal bidra til å realisere de formålene som er oppstilt i anskaffelsesloven § 1. Prinsippene kan komme inn i vurderingen både som selvstendige grunnlag for rettigheter og plikter, samt som momenter ved tolkningen av andre bestemmelser i anskaffelsesregelverket.²⁷

²³ Ved søk på Klagenemndsekretariatet sin nettside under «KOFA»- «avgjorte saker» med søkeord «habilitet» kommer det opp 59 treff

²⁴ Sigma (2016) s. 2

²⁵ NOU 2014:4 s. 77

²⁶ Disse prinsippene er omfattende behandlet både i norsk og EU/EØS-rettslig juridisk litteratur, og det er som regel stor samstemthet mellom kildene. Der ikke annet uttrykkelig fremgår er informasjonen om prinsippene videre hentet fra NOU 2014:4 s. 76 flg.

²⁷ Rt 2007 s. 983 hvor det ble uttalt at likebehandlingsprinsippet i seg selv kunne danne grunnlag for en habilitetsvurdering (premiss 82)

1.4.1 Forholdsmessighetsprinsippet

Forholdsmessighetsprinsippet eller proporsjonalitetsprinsippet, innebærer at det må være en balanse mellom de tiltak som settes i verk og de mål som ønskes oppnådd. I dette ligger det at de krav som stilles til gjennomføringen av en anskaffelse må stå i forhold til anskaffelsens «art, omfang, verdi og kompleksitet».²⁸ Prinsippet anses å være av stor betydning for å oppnå anskaffelseslovens formål om effektiv bruk av offentlige midler.²⁹

Videre kan prinsippet få betydning for de krav som stilles til den enkelte anskaffelse, også i forhold til de øvrige grunnleggende prinsippene. De krav som er oppstilt til for eksempel likebehandling i en konkurranse, kan dermed ikke uten videre overføres til en annen konkurranse.

1.4.2 Likebehandlingsprinsippet

Dette prinsippet omfatter både et forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, samt et mer generelt forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Formålet er å sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter, og prinsippet er dermed av grunnleggende viktighet for å oppnå konkurranse og effektiv ressursbruk.

EU-domstolen har tidligere uttalt at prinsippet innebærer at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller skal behandles ulikt, slik at forskjellsbehandling av leverandørene bare må finne sted der det er objektivt begrunnet.³⁰ Dette utgangspunktet er i omfattende grad fulgt opp i norsk rett.³¹

1.4.3 Konkurransesprinsippet

At det legges til rette for konkurranse anses i seg selv som et eget virkemiddel for å realisere formålet om effektiv bruk av samfunnets midler. Dette prinsippet kommer først og fremst til uttrykk gjennom påbudet om at konkurranse må avholdes, slik at oppdragsgiver ikke fritt kan tildele kontrakten til det selskapet de ønsker.

²⁸ Nærings- og Fiskeridepartementet (2017) s. 55 (Selv om regjeringens veiledere til regelverket kan være et nyttig hjelpemiddel for å få oversikt over rettssituasjonen, er de utarbeidet av regjeringen som ikke er en objektiv part i anskaffelsessaker. Av denne grunn bør de anvendes med varsomhet)

²⁹ NOU 2014:4 s. 16

³⁰ Forente saker C-21/03 og C-34/03 Fabricom premiss 27

³¹ Se for eksempel NOU 2014:4 s. 77; Dragsten (2013) s. 176; Nærings- og Fiskeridepartementet (2017) s. 60

1.4.4 Forutberegnelighetsprinsippet

Prinsippet skal sikre at prosessen er forutsigbar og åpen i alle stadier. I dette ligger det blant annet at potensielle leverandører skal kunne vurdere om de ønsker å delta i den aktuelle konkurransen, samt at de skal kunne stole på at anskaffelsesregelverket blir fulgt.

1.4.5 Prinsippet om etterprøvbarehet

Dette prinsippet innebærer at leverandørene og andre skal ha mulighet til å kontrollere de avgjørelsene som treffes i en anskaffelsesprosess, da dette fremstår som en sentral del av partenes rettssikkerhet. Prinsippet pålegger derfor oppdragsgiver å sikre etterprøvbarehet av avgjørelser gjennom hele prosessen.

1.5 Fremstillingen videre

Fremstillingen videre vil i hovedsak deles i tre deler. I kapittel 2 vil det rettslige utgangspunktet for oppgaven presenteres. I kapittel 3 vil de vurderingsmomenter som fremgår av lovteksten i fvl. § 6 annet ledd gjennomgås, og i kapittel 4 vil øvrige relevante vurderingsmomenter presenteres. Til sist vil det gis noen avsluttende kommentarer i kapittel 5.

2 Det rettslige grunnlaget for habilitetsvurderingen

2.1 EU/EØS-rettslige habilitetskrav

Som nevnt i punkt 1.3.1, er det i EU/EØS-retten oppstilt overordnede rammer for hvordan anskaffelsesretten kan gjennomføres i nasjonalt regelverk. For habilitetsbestemmelsene innebærer dette at det i anskaffelsessaker ikke kan oppstilles mindre strenge habilitetsregler enn dem som følger av direktivets habilitetskrav. I Direktiv 20014/24/EU art. 24 første ledd oppstilles det en plikt for oppdragsgiver til å «identify, prevent and remedy» interessekonflikter.

I annet ledd er det oppstilt en minimumsdefinisjon av hva som skal anses som interessekonflikter, slik at på direktivets område må denne legges til grunn også for habilitetsvurderinger etter forvaltningsloven § 6 annet ledd.³²

I bestemmelsens annet ledd står det:

The concept of conflicts of interest shall at least cover any situation where staff members of the contracting authority or of a procurement service provider acting on behalf of the contracting authority who are involved in the conduct of the procurement procedure or may influence the outcome of that procedure have, directly or indirectly, a financial, economic or other personal interest which might be perceived to compromise their impartiality and independence in the context of the procurement procedure.³³

For det første oppstilles bestemmelsens anvendelsesområde. Her omfattes alle som er ansatt hos oppdragsgiver, eller konsulenter som opptre på vegne av oppdragsgiver og som deltar i gjennomføringen av prosessen, eller som kan påvirke utfallet av prosessen. Med andre ord tas det sikte på å omfatte alle som faktisk vil ha mulighet til å påvirke utfallet av prosessen. Ordlyden alene gir imidlertid ingen anvisninger om at også folkevalgte er omfattet av bestemmelsen. Hvorvidt dette likevel er tilfelle, synes derfor noe uklart.

Interessen som foreligger i saken kan være av finansiell, økonomisk eller annen personlig karakter. Videre oppstilles det en objektiv tilnærming til tilknytningsforholdet, slik at vedkommendes faktiske intensjoner i saken ikke har betydning. Det avgjørende er om et av de nevnte tilknytningsforholdene objektivt sett foreligger.

³² Thue m.fl. (2018)

³³ Bestemmelsen finnes også med norsk oversettelse

At det kan gjelde både direkte og indirekte interessekonflikter innebærer at det ikke trenger å være innkjøperens egne interesser det er tale om.³⁴ Det kan også gjelde interessekonflikter i tilknytning til for eksempel familie eller venner.

I Direktivets fortale gis det ikke nærmere anvisninger om når det foreligger en interessekonflikt. I punkt 16 fremheves det imidlertid at oppdragsgiver må benytte seg av alle midler til rådighet gjennom nasjonal lovgivning, for å forhindre at interessekonflikter fører til vridning eller skjevheter i anskaffelsen. Denne uttalelsen legger press på oppdragsgiver til å sikre at inhabilitet foreligger der det er en reell mulighet for at innkjøpers interesser i saken kan påvirke utfallet av avgjørelsen.

Det er vanskelig å oppstille en generell oversikt over hvilke situasjoner som kan føre til at interessekonflikter foreligger etter Direktivet. I det norske anskaffelsesregelverket er det imidlertid lagt til grunn at de tilfellene art. 24 tar sikte på å omfatte «[...] må antas å svare til de tilfeller som omfattes av habilitetsreglene i forvaltningsloven».³⁵ Dette innebærer at art. 24 i seg selv vil få liten betydning i en anskaffelsesrettslig habilitetsvurdering. Det er likevel viktig å være bevisst på at art. 24 er en del av det ytre rammeverket som oppstilles rundt det norske anskaffelsesregelverket, slik at dersom EU- eller EFTA-domstolen i fremtiden innfortolker nye momenter i vurderingen, vil disse kunne få betydning også for habilitetsvurderinger etter fvl. § 6 annet ledd.

2.2 Hvem som omfattes av habilitetsreglene i forvaltningsloven

Hvem som er omfattet av forvaltningslovens habilitetsregler følger av § 6 første ledd første setning og § 10. Etter § 6 gjelder reglene for offentlige tjenestemenn. Med offentlige tjenestemenn menes de med et formelt ansettelsesforhold i et forvaltningsorgan, eksempelvis i stat eller kommune.³⁶

I tillegg til offentlige tjenestemenn gjelder habilitetsreglene for alle som «utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan» jf. § 10 første punktum. Denne bestemmelsen gir habilitetsreglene et større anvendelsesområde enn § 6, slik at også konsulenter eller andre som gjør arbeid for det offentlige av mer kortvarig karakter omfattes av reglene.³⁷ På

³⁴ Miranzo Diaz (2017) s. 4

³⁵ NOU 2014:4 s. 220

³⁶ Bernt og Rasmussen (2013) s. 205

³⁷ Graver (2015) s. 301; NOU 2019:5 s. 223

anskaffelsesrettens område får denne bestemmelsen særlig stor betydning, da forvaltningen i mange tilfeller vil ha behov for bistand fra markedsaktører.

Også folkevalgte omfattes av reglene gjennom § 10 første punktum.³⁸ Om folkevalgtes habilitet er det videre gitt enkelte særregler i kommuneloven³⁹ § 11-10. Disse særreglene kommer til anvendelse også i anskaffelsessaker, jf. FOA § 7-5 (1) første setning.⁴⁰ Innholdsmessig innebærer fvl. § 10 at i de tilfeller der et kollegialt organ gjennomfører prosessen med å evaluere tilbud og tildele kontrakter, vil også medlemmene i organet være omfattet av habilitetsreglene. Denne bestemmelsen er viktig, kanskje spesielt for kommunalforvaltningen, da det store antallet deltakere i beslutningsprosessen, samt nærheten til sakene, gjør at habilitetsutfordringer knyttet til folkevalgte i kommunene er særlig vanlige.⁴¹

For enkelthets skyld vil ordet «innkjøper» i det videre bli benyttet som en samlebetegnelse for ansatte i forvaltningen, folkevalgte og innleide konsulenter, med mindre noe annet fremgår særskilt av teksten.

2.3 De materielle habilitetsreglene

I fvl. § 6 første ledd listes det opp en rekke tilknytningsforhold som automatisk leder til inhabilitet. Etter § 6 første ledd bokstav a) er den som selv er part i saken inhabil, og etter bokstav b) og c) vil en bli inhabil dersom nær familie har partsinteresser. Hensikten med regelen er at det i slike tilfeller ikke trengs å foretas en vurdering av vedkommendes habilitet. Dette innebærer at habilitet etter denne bestemmelsen ikke påvirkes av anskaffelsessituasjonen, og bestemmelsen er dermed av mindre interesse for avhandlingen videre.

Etter § 6 annet ledd vil innkjøperen være inhabil dersom det foreligger «andre særegne forhold [...] som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet».⁴² Bestemmelsen legger opp til en bred, skjønnsmessig vurdering av innkjøperens tilknytning til saken og partene. I vurderingen kan de tilknytningsforholdene som leder til inhabilitet etter bestemmelsens første ledd til en viss grad kan tjene som veileder for hvilke forhold som leder til inhabilitet etter annet ledd.⁴³

³⁸ Bernt og Rasmussen (2013) s. 206 og NOU 2019:5 s. 223

³⁹ Lov 22.06.2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner

⁴⁰ I FOA § 7-5 henvises det til kommuneloven fra 1992 § 40 nr. 3. Selv om det er foretatt språklige endringer i kommuneloven fra 2018 § 11-10, er disse ikke ment å gjøre innholdsmessige endringer, jf. NOU 2016:4 s. 408

⁴¹ Bernt og Overå (2002) s. 436

⁴² I den alminnelige forvaltningsretten er inhabilitet, deriblant disse vurderingsmomentene, omfattende behandlet. Se for eksempel Frihagen (1985) s. 101-391; Bernt og Rasmussen (2013) s. 198-228; Graver (2015) s. 299-316; Eckhoff/Smith (2014) s. 207-219

⁴³ NOU 2019: 5 s. 224

I lovteksten oppstilles to momenter som kan få betydning i den helhetlige vurderingen som må foretas. For det første skal det vektlegges om innkjøperen selv eller noen «i nær personlig tilknytning» til denne kan oppnå «særlig fordel, tap eller ulempe» av avgjørelsen i saken. Dersom slike særinteresser foreligger vil det ofte føre til inhabilitet. For det andre skal det legges vekt på om habilitetsinnsigelsen er reist av en part. Ingen av disse vurderingsmomentene er imidlertid avgjørende for at inhabilitet kan inntreffe, jf. at disse momentene «blant annet» skal vektlegges.

På grunn av konkurransesituasjonen som vil foreligge i en anskaffelsessak, har Høyesterett generelt lagt til grunn et strengere habilitetskrav enn i andre forvaltningssaker. Dette ble først uttalt i Torghatten-dommen.⁴⁴ Her utledet førstvoterende det strengere habilitetskravet av forvaltningslovens forarbeider, hvor det oppstilles en skjerpet habilitetsterskel for vervskombinasjoner i konkurransesituasjoner. I SB Transport-dommen ble dette utgangspunktet videreført, og begrunnet med formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1.⁴⁵

Også likebehandlingprinsippet tilsier et behov for en strengere fortolkning av habilitetsbestemmelsene i konkurransesituasjoner. Dette har vært fremhevet både i juridisk litteratur og av Justisdepartementets lovavdeling.⁴⁶ Lovavdelingen⁴⁷ uttalte samtidig at det skal lite til før det oppstår mistanke om at en som deltar i en anskaffelsessak utnytter sin posisjon til egen fordel.⁴⁸

Etter dette er det på det rene at det gjelder et skjerpet krav til habilitet i konkurransesituasjoner. I anskaffelsessaker skal det dermed mindre til før det foreligger et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til innkjøpers upartiskhet. Dette må det tas hensyn til i vurderingen.

2.3.1 Hva som utgjør et særegent forhold

I «særegne» ligger at det må foreligge forhold utenom det vanlige, altså at det foreligger en situasjon som ikke mange er i. Dette innebærer likevel at forholdet ikke trenger å være unikt. Det er tilstrekkelig at forholdet skiller seg fra hva som er tilfellet for de fleste andre.⁴⁹

Slike særegne forhold kan springe ut av en rekke forskjellige tilknytningsforhold. For forhold som ligger tett opp til de som fremgår av bestemmelsens første ledd, vil inhabilitet som oftest

⁴⁴ Rt 1998 s. 1398 s. 1410, jf. Ot.prp.nr.27 (1968-1969) s. 37

⁴⁵ Rt 2007 s. 983 (82)

⁴⁶ Se bla. Dragsten (2013) s. 191 og Graver (2015) s. 313, samt JDLOV-2008-02965

⁴⁷ I motsetning til KOFA er ikke Lovavdelingen et uavhengig organ og deres uttalelser må derfor, på samme måte som for regjeringens veiledere, anvendes med varsomhet

⁴⁸ JDLOV-2008-02965, pkt. 2

⁴⁹ Bernt og Rasmussen (2013) s. 213

foreligge. Også dersom familie eller venner har interesser i saken vil det lett foreligge inhabilitet. Motsatt er det lagt til grunn at et faglig eller kollegialt forhold i utgangspunktet ikke er særegent.

2.3.2 Forholdet må være egnet til å svekke tilliten til innkjøperens upartiskhet

For at et inhabilitet skal inntreffe etter § 6 annet ledd, er det videre ikke tilstrekkelig at det foreligger et særegent forhold. Dette forholdet må også være egnet til å svekke tilliten til innkjøperens upartiskhet. Her uttrykkes eksplisitt det tillitshensynet som er avgjørende for at offentlige organer kan gjennomføre anskaffelser i tråd med de formålene som fremgår av LOA § 1. Ordlyden gir anvisninger om at det skal legges til grunn en objektiv tolkningsnorm, jf. ordet «egnet». Det avgjørende vil derfor ikke være hvordan forholdet faktisk vil påvirke saken, men hvordan det fremstår for de øvrige leverandørene og allmennheten ellers.⁵⁰

⁵⁰ Vektlagt blant annet i KOFA-sak 2009/50 premiss 88

3 Vurderingsmomenter som fremgår av lovteksten

Det følger av § 6 annet ledds karakter at det vanskelig lar seg gjøre å gi en uttømmende liste over alle momenter som kan være relevante i habilitetsvurderingen.⁵¹ Ordlyden i § 6 annet ledd oppstiller to momenter som, dersom de foreligger, skal vektlegges i vurderingen. Det første momentet er om sakens utfall kan innebære «særlig fordel, tap eller ulempe» for innkjøperen selv eller noen i «nær personlig tilknytning» til han eller henne. Det andre momentet er om habilitetsinnsigelsen er reist av en part.

Å dele opp avhandlingen med et kapittel om vurderingsmomenter som følger av lovteksten og et kapittel om øvrige vurderingsmomenter, er gjort for å skape oversikt og gjøre teksten lettere å følge. Det kan imidlertid ha den effekten at det feilaktig skaper inntrykk av at momentene må vurderes adskilt fra hverandre. Der det foreligger flere tilknytningsforhold i samme sak, er utgangspunktet at disse skal vurderes samlet.⁵² Vurderingsmomentene som fremgår av lovteksten, må derfor sees i sammenheng med hverandre, og de momentene som utdypes i kapittel 4.

3.1 Særlig fordel, tap eller ulempe

Dette momentet omfatter de tilfeller der innkjøperen selv eller en nærstående har en interesse i sakens utfall. Ordlyden gir ikke nærmere anvisninger om hva slags fordel, tap eller ulempe som er ment å omfattes av bestemmelsen. I forvaltningslovens forarbeider kommer det imidlertid frem at det i utgangspunktet ikke spiller noen rolle hva slags fordel eller ulempe det gjelder.⁵³

Vurderingsmomentet gjelder for alle forvaltningsrettslige habilitetsvurderinger, og er som sådan ikke spesielt for anskaffelsesretten. Da det i tilknytning til de fleste anskaffelsessaker foreligger økonomiske motiver, samt at det ofte er involvert store verdier, vil muligheten for å oppnå økonomisk fordel eller tap nesten alltid være til stede. I praksis er dette momentet derfor av stor betydning i anskaffelsessaker.

For at innkjøperens egne eller dennes nærståendes interesser skal vektlegges i vurderingen oppstiller ordlyden to vilkår. For det første må avgjørelse i saken kunne innebære «fordel, tap eller ulempe», og for det andre må dette gjelde «særlig» for innkjøperen eller den nærstående.

⁵¹ Se ordlyden i § 6 annet ledd, samt Bernt og Overå (2002) s. 442

⁵² JDLOV-2010-04190 og JDLOV-2008-02965

⁵³ Ot.prp. nr.3 (1976-1977) s. 62

I forvaltningslovens forarbeider presiseres det at en fordel, tap eller ulempe vil være «særlig» der disse i hovedsak gjør seg gjeldende for innkjøperen selv eller et begrenset antall personer.⁵⁴

Dersom innkjøperen har slike særinteresser, må det vurderes om de er omfattende nok til at inhabilitet foreligger. Om denne vurderingen fremhever Bernt og Rasmussen at den må foretas helt konkret, hvor behovet for anvendelse av habilitetsreglene vil være avgjørende. Dette fordi det vil være «[...] svært vanskelig, om overhodet mulig, å formulere innholdet i annet avsnitt på en generell og samtidig presis måte.»⁵⁵

Fordi det vanskelig lar seg gjøre å oppstille en uttømmende liste over alle tilknytningsforhold som kan lede til inhabilitet, kan det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i enkelte av de habilitetsutfordringene som ofte oppstår. Disse eksemplene kan være nyttige for å illustrere hvilke tilknytningsforhold som kan oppstå i en anskaffelsessituasjon, og hvilke hensyn som kan gjøre seg gjeldene i habilitetsvurderingen.

3.1.1 Fordel, tap eller ulempe som tilkommer innkjøperen selv

3.1.1.1 Eierandeler i selskap med interesse i saken

Et eksempel på særinteresser som tilkommer innkjøperen selv, kan være de tilfellene der innkjøperen har eierandeler i et selskap som er part i saken eller som har sterke interesser i sakens utfall. I en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling kom det frem at i slike tilfeller vil inhabilitet som hovedregel foreligge.⁵⁶ I den aktuelle saken eide daværende fiskeri- og kystminister Lisbeth Berg-Hansen, sammen med øvrige familiemedlemmer, 42,33 % av selskapet Sinkaberg-Hansen AS. Lovavdelingen kom til at eierforholdet innebar at Berg-Hansen som hovedregel ville være inhabil til å behandle anskaffelsessaker der selskapet var part eller hadde sterke interesser i saken, fordi avgjørelsene kunne ha betydning for verdien av hennes aksjeposter.

I den samme uttalelsen ble det videre lagt til grunn at vedkommende likevel kan være habil, dersom det gjelder en meget beskjeden aksjepost både i verdi og i forhold til antall aksjer i selskapet.

I lovavdelingens uttalelse fra 18.02.2020, ble samferdselsminister Knut Arild Hareides habilitet vurdert.⁵⁷ I denne saken var spørsmålet om Hareide var habil til å delta i behandlingen av en

⁵⁴ Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 62-63

⁵⁵ Bernt og Rasmussen (2013) s. 215

⁵⁶ JDLOV-2009-7092 punkt 2.2

⁵⁷ JDLOV-2020-730 punkt 3

klagesak omhandlende en kontraktstildeling. Aktiv Norgesdistribusjon AS var et av selskapene som ikke ble tildelt kontrakten, og det selskapet som leverte inn klage på tildelingen. Hareide hadde på dette tidspunktet tilknytninger til Schibsted ASA, som igjen hadde eierinteresser i Aktiv Norgesdistribusjon AS.

Et av tilknytningsforholdene mellom Hareide og Schibsted ASA, var at Hareide hadde en aksjepost i selskapet anslått til en verdi på mellom 3000 og 6000 kr. Til sammenligning hadde Schibsted ASA i 2019 driftsinntekter på omlag 19 milliarder kroner.⁵⁸ Med henvisning tilbake til JDLOV-2009-7092 om vurderingen av Lisbeth Berg-Hansens habilitet, kom lovavdelingen til at denne aksjeposten var så beskjedne at den ikke kunne få videre betydning for vurderingen etter § 6 annet ledd. Konklusjonen ble at inhabilitet ikke forelå.

Om vurderingen av eierandeler som grunnlag for inhabilitet har Frihagen uttalt at avgjørende i habilitetsvurderingen vil være «hvor store økonomiske interesser det er tale om for vedkommende sett i forhold til de øvrige forhold i saken.»⁵⁹ Dette innebærer at det ikke er tilstrekkelig å se på aksjepostens størrelse og verdi i seg selv, men også i hvilken grad det er tale om en betydelig eierandel.⁶⁰

Dersom innkjøpers økonomiske interesser i et selskap er direkte tilknyttet utfallet av en anskaffelsesprosess, synes det klart at innkjøper kan ha interesser i saken som er egnet til å svekke tilliten til hans eller hennes upartiskhet. Denne forståelsen forsterkes av likebehandlingsprinsippet. Utgangspunktet er at alle anbyderne skal ha de samme mulighetene i konkurransen. Dersom innkjøperen som skal avgjøre hvem av selskapene som tildeles kontrakten har sterke økonomiske interesser i at et bestemt selskap vinner konkurransen, må det anses som en urimelig fordel overfor de øvrige anbyderne.

I vurderingen av Hareides habilitet må det antas at hans aksjepost ikke fikk betydning for habilitetsvurderingen fordi denne hadde så lav verdi for Hareide selv, samt utgjorde en ubetydelig del av selskapets verdi. Den økonomiske interessen hans fra aksjeposten var derfor svært liten. For Berg-Hansen stilte dette seg klart annerledes, da hennes og familiens aksjeposter utgjorde nærmere halvparten av eierandelene i selskapet. Dette tyder på at lovavdelingen i sine uttalelser først og fremst har lagt vekt på hvilken direkte betydning avgjørelsen kan få for innkjøperen.

⁵⁸ Schibsted (2020) s. 44

⁵⁹ Frihagen (1985) s. 175, hentet fra Thue m.fl. (2018) s. 344 (Frihagen 1985 har ikke vært tilgjengelig, og jeg har derfor ikke kunnet kontrollere at sitatet er gjengitt korrekt av Thue m.fl.)

⁶⁰ Thue m.fl. (2018) s. 344

3.1.1.2 Ansettelsesforhold hos en part

Et annet eksempel kan være der innkjøperen selv har et ansettelsesforhold til en av leverandørene i konkurransen. Dette kan for eksempel gjelde en folkevalgt i kommunen med en annen jobb ved siden av, eller en konsulent som blir innleid av forvaltningen til å bistå med utforming av konkurransegrunnlaget og gjennomføring av konkurransen.

Etter fvl. § 6 første ledd bokstav e) punkt 2 er innkjøperen inhabil dersom han har en ledende stilling eller er medlem av styret for et selskap som er part i saken. Personer i en slik stilling identifiseres med selskapet og dets interesser på en slik måte at vedkommende er inhabil.⁶¹ Motsetningsvis tyder bestemmelsen på at alle som ikke innehar en slik ledende stilling i selskapet ikke vil være inhabil. Når lovgiver har valgt å trekke grensen for automatisk inhabilitet ved personer med ledende stillinger og medlemmer av styret, tyder dette på at det ikke er ansett som nødvendig å strekke habilitetsreglene lenger. I Torghatten-dommen ble det likevel lagt til grunn at inhabilitet i slike tilfeller alltid kan vurderes etter § 6 annet ledd.⁶²

Om folkevalgte med et ansettelsesforhold hos en part har lovavdelingen lagt til grunn at inhabilitet ikke uten videre inntreffer og at det må bero på en konkret vurdering. Relevante vurderingsmomenter vil være hvilken tilknytning den folkevalgte har til selskapet, hvilken stillingstittel vedkommende har hatt og hvor viktig avgjørelsen i saken er for selskapet.⁶³

I JDLOV-2012-3312 var spørsmålet om daværende forsvarsminister Espen Barth Eide var inhabil i saker som gjaldt tildeling av økonomiske midler til Norsk Utenrikspolitisk Institutt (NUPI), fordi han samtidig var permittert fra sin stilling som avdelingsleder hos NUPI. Lovavdelingen la vekt på at hans forhold til NUPI i hvert fall utad kunne gi inntrykk av at det forelå et avhengighetsforhold, samt at hans stilling som avdelingsleder hadde vært sentral. Det ble likevel ikke tatt stilling til om den var så sentral at den kunne falt innunder «ledende stilling» i § 6 første ledd bokstav e).

Videre ble det uttalt at NUPI var en forholdsvis liten arbeidsplass, og at støtten fra forsvarsdepartementet utgjorde 9 % av NUPIs samlede inntekter. Til sist ble det fremhevet at tildelingen skjedde i konkurranse med andre søkere, slik at konkurransehensynet gjorde seg gjeldende også her.

⁶¹ ⁶¹ Personer som innehar ledende stillinger i et selskap vil gjerne identifiseres med selskapet, på en slik måte at det likestilles med partsstatus. Se NOU 2019:5 s. 235

⁶² Rt 1998 s. 1398 s. 1410

⁶³ Dette ble uttalt i JDLOV-2012-3312 og fulgt opp i JDLOV-2012-6628

Til tross for de nevnte momentene uttalte lovavdelingen at det ikke var klart at Barth Eide var inhabil til å behandle tildelingssakene. Spørsmålet ble ikke videre tatt stilling til, da Barth Eide selv ga uttrykk for at han var inhabil i saker hvor NUPI var part.

I JDLOV-2012-6628 om vurdering av Anniken Huitfeldts habilitet var forholdet lignende som for Barth Eide, da spørsmålet var om hun var inhabil til å delta i anskaffelsessaker hvor hennes arbeidsgiver Fafo var part. Også Huitfeldt var på det tidspunktet permittert fra sin stilling. På grunn av permisjonen ble hennes tilknytningsforhold til Fafo ansett som mindre nært enn det ellers ville vært. Hun hadde heller ikke hatt noen sentral stilling hos Fafo. På den annen side var det også i denne vurderingen et konkurranseelement som talte for at inhabilitet forelå. Etter en helhetlig vurdering kom likevel lovavdelingen til at Huitfeldt ikke var inhabil til å behandle disse sakene.

For en folkevalgt med et aktivt ansettelsesforhold vil tilknytningsforholdet mellom vedkommende og arbeidsgiveren antagelig fremstå som adskillig sterkere. Også her vil den folkevalgtes stillingstittel ha mye å si for vurderingen, da inhabilitet lettere vil inntreffe jo nærmere en kommer en «ledende stilling» i § 6 første ledd bokstav e) sin forstand. Dette kan illustreres med at man som regel vil ha et nærere tilknytningsforhold til en bedrift der man er ansatt som pedagogisk leder enn dersom man er ansatt som renholder, dersom det for eksempel er tale om en offentlig anskaffelse av barnehagetjenester.

I begge de nevnte uttalelsene fra lovavdelingen var tilfellet at de folkevalgte, på grunn av at de var permittert, ikke selv ville bli direkte berørt av saksutfallet. I uttalelsen om Huitfeldts habilitet fremhevet lovavdelingen at dersom en avgjørelse mer direkte kunne få betydning for Huitfeldts egen stilling hos Fafo, måtte habilitet vurderes særskilt. Dette gir uttrykk for et utgangspunkt som antagelig også må legges til grunn for kommunalt folkevalgtes habilitetsvurderinger.

I vurderingen må det ses hen til den folkevalgtes interesse i å styrke sin arbeidsgiver, for å sikre sin egen arbeidshverdag. Her vil det være relevant i hvilken grad anskaffelsen vil påvirke innkjøperen selv, for eksempel ved at denne blir oppnevnt som prosjektleder hos leverandøren. Også den folkevalgtes kjennskap til sin egen arbeidsgiver, kan imidlertid innebære at det i evalueringsprosessen blir vektlagt informasjon som ikke fremgår av anbyderens tilbud. Dette kan innebære en fordel for innkjøpers arbeidsgiver på en slik måte at det strider mot likebehandlingsprinsippet. Muligheten for å vektlegge sin personlige kjennskap til selskapet, avhenger nødvendigvis av hvor mye informasjon vedkommende har om selskapet. Av denne

grunn vil lovavdelingens vurderingstema om hvilken stillingstittel og tilknytning vedkommende har til selskapet være av stor betydning.

For konsulenter der disse blir leid inn for å bistå oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen, må det skilles mellom de som har bistått oppdragsgiver tidlig i prosessen og de som også deltar i evalueringen av tilbudene. I tilfeller der konsulenten bare har vært inkludert tidlig i prosessen, og eventuelle konkurransefortrinn senere blir utjevnet, foreligger det i utgangspunktet ikke noen habilitetsutfordring.⁶⁴ Spørsmålet som behandles her er derfor de tilfellene hvor den innleide konsulenten bistår forvaltningen senere i prosessen, der et av de innkomne tilbudene tilhører konsulentens arbeidsgiver.

Om slike forhold har Graver uttalt at det «Generelt må [...] antas at personer som er ansatt hos en part i anskaffelsessaken, ikke kan opptre som rådgivere i oppdragsgiverens behandling av anskaffelsen.»⁶⁵ Dette utgangspunktet er videre fulgt opp av lovavdelingen i JDLOV-2008-02965, hvor det uttales at det bør være «[...] utelukket å bruke ansatte i et selskap som rådgivere i en anskaffelsesprosess der selskapet har partsinteresse.»⁶⁶

Gode grunner taler også for å ikke la konsulenter med et ansettelsesforhold hos en part, bistå oppdragsgiver. Dette illustreres i KOFA-sak 2003/86, hvor Jernbaneverket hadde fått bistand av en konsulent til å utforme spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget til en konkurranse hvor selskapet hun var ansatt i skulle inngi tilbud. I vurderingen kom nemnda til at konsulenten var inhabil. Gjennom henne hadde selskapet hun var ansatt i fått muligheten til å spesialtilpasse sitt tilbud i forhold hva de andre konkurrentene hadde tilbydd. Denne tilbyderen hadde dermed fått en fordel i konkurransen mot de andre deltakerne, slik at det forelå brudd på likebehandlingsprinsippet.

Selv om konsulentens deltagelse i evalueringen ikke vil innebære faktiske fordeler for leverandøren, kan et slikt forhold fremstå som lite tillitsvekkende for de øvrige leverandørene. En underinstans i EU-domstolen vektla at en slik interessekonflikt i seg selv utgjør en uregelmessighet, slik at partenes intensjoner i saken er uten betydning.⁶⁷ Uttalelsen støtter opp under Gravers og lovavdelingens utgangspunkt om at slike tilknytningsforhold ikke må finne sted.

⁶⁴ Jf. FOA §§ 8-2 og 12-2

⁶⁵ Graver (2005) s. 468

⁶⁶ Punkt 5

⁶⁷ T-277/97 Iseri premiss 123 (Dommen ble avsagt i 1999, altså før art. 24 ble tatt inn i Anskaffelsesdirektivet, slik at forbudet mot interessekonflikter utledes fra de grunnleggende prinsippene)

3.1.1.3 Inhabilitet på grunnlag av avledete interesser

I begge de øvrige nevnte typetilfellene (punkt 3.1.1.1 og 3.1.1.2) dreier det seg om mer eller mindre direkte interesser i et selskap som er part i saken. I mange tilfeller kan imidlertid habilitetsspørsmål oppstå som følge av mer avledete interesseforhold, og dette kan bidra til å komplisere habilitetsvurderingen.

Et eksempel kan være der en kommunal hjørnesteinsbedrift konkurrerer om en omfattende kontrakt mot en utenlandsk bedrift. En slik lokal bedrift kan være av stor betydning for lokalsamfunnet, ved at den skaper arbeidsplasser og trekker folk til stedet, samt genererer inntekt for kommunen. En sterk hjørnesteinsbedrift vil dermed ofte ha stor betydning også for andre bedrifter på stedet. Dersom innkjøper har eierinteresser eller er ansatt for eksempel i den lokale matbutikken, kan avgjørelsen om å tildele kontrakten til den lokale bedriften innebære en økning av inntektene også for matbutikken. I et slikt tilfelle vil det for de fleste synes åpenbart at innkjøperen vil foretrekke å tildele kontrakten til den lokale bedriften. Spørsmålet blir om habilitetsreglene kan strekkes så langt at det også her må kunne anses som at det innebærer en «særlig fordel» for innkjøper å tildele kontrakten til den lokale bedriften.

Tilsvarende kan habilitetsspørsmålet oppstå der utgangspunktet er det samme, men uten at det foreligger en slik eierinteresse. Selv om innkjøper ikke har direkte interesser i en bedrift som blir økonomisk påvirket av den lokale hjørnesteinsbedriftens tilstedeværelse, kan det likevel være i innkjøpers interesse at den lokale bedriften går bra. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom innkjøper tilhører det samme lokalsamfunnet som bedriften, og bedriften er en økonomisk bidragsyter for den lokale idrettsklubben, hvor innkjøperens datter er medlem.

Begge disse eksemplene er tenkte tilfeller som antagelig oppstår forholdsvis ofte, særlig i mindre kommuner hvor forholdene ofte er tettere. Tilfellene er ment å illustrere de ulike tilknytningsforholdene som kan oppstå og skape usikkerhet rundt habilitetsspørsmålet, fordi det fremstår som åpenbart for de øvrige anbyderne og allmennheten generelt hvem innkjøper ønsker å tildele kontrakten til, uten at det faktisk foreligger direkte eierinteresser eller økonomiske interesser av annen art. I slike tilfeller kan det stilles spørsmål ved om habilitetsreglene bør strekkes så langt at de omfatter også slike avledete interesser.

Lovteksten i fvl. § 6 annet ledd oppstiller ikke noe unntak for tilfeller der det foreligger mer avledet, indirekte interesse i saken, så lenge det er tilstrekkelig til å utgjøre et særegent forhold. Ordlyden gir videre liten anvisning om hva som utgjør et særegent forhold, og utgangspunktet

må være at det foretas en vurdering av innkjøpers tilknytning til saken, og om utfallet kan innebære mulighet for «særlig fordel, tap eller ulempe» for vedkommende.

På den ene siden synes det klart at innkjøper vil ha interesser i sakens utfall, og at det for de øvrige anbyderne i konkurransen fort kan oppleves lite tillitsskapende om vedkommende deltar i prosessen. Som nevnt i punkt 1.2 er det i anskaffelsessaker av særlig stor betydning at også de andre partene i saken har tillit til prosessen. Dette hensynet forsterkes av prinsippet om at det skal legges til rette for konkurranser om kontraktene, for å oppnå formålet om effektiv bruk av samfunnets midler. Det kan tenkes tilfeller der den lokale bedriften nesten alltid er den som vinner kommunens kontrakter, slik at øvrige bedrifter etter hvert slutter å delta i disse konkurransene. Dette momentet taler dermed for at også tilfeller av slike avledete interesser bør omfattes av habilitetsreglene.

På den annen side vil de avledete fordelene som følger av at den lokale hjørnesteinsbedriften tildeles kontrakten, i større eller mindre grad tilkomme alle som har et tilknytningsforhold til lokalsamfunnet. Dette vil antagelig innebære at selv om anskaffelsessaken kan innebære fordeler for innkjøper som er tilstrekkelige til å falle inn under lovens ordlyd, kan disse neppe anses som særlige.

Formålet om effektiv bruk av samfunnets midler og prinsippet om likebehandling kan også komme inn som momenter som taler mot at habilitetsreglene skal strekkes så langt. Dette henger først og fremst sammen med de praktiske ulemper det kan medføre om enhver avledet interesse leder til inhabilitet.⁶⁸ Dersom ingen med slik avledet tilknytning til den lokale bedriften kan delta i saksbehandlingen, vil dette antagelig vanskeliggjøre gjennomføringen av anskaffelsesprosesser i enhver sak hvor den lokale bedriften deltar. De tiltak som må iverksettes hver gang det skal gjennomføres en slik anskaffelse, vil i seg selv utgjøre kostnader som strider mot formålsbestemmelsen, og den ytterste konsekvens kan være at resultatet av habilitetsvurderingene blir at den lokale bedriften må avvises fra å delta i konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav c).

Av denne grunn kan antagelig ikke habilitetsreglene strekkes så langt som til også å omfatte innkjøpere med slike avledete interesser i sakens utfall. Til dette kommer også at habilitetsreglene ikke er forvaltningslovens eller anskaffelseslovens eneste virkemidler for å oppnå en objektiv og rettferdig saksbehandling. Det følger eksempelvis direkte av likebehandlingsprinsippet at diskriminering på grunnlag av nasjonalitet ikke er tillat. I en åpen

⁶⁸ Nærmere om muligheten til å vektlegge praktiske hensyn i habilitetsvurderingen i punkt 4.2

saksbehandling, hvor også hensynet til etterprøvbarhet er ivaretatt, kan muligheten for å bli kontrollert i seg selv være tilstrekkelig til at slike usaklige hensyn ikke vektlegges i avgjørelsen. Antagelig må løsningen i et slikt tilfelle derfor være at det er opp til de øvrige saksbehandlingsreglene i anskaffelsesretten og forvaltningsretten å ivareta anbydernes rettssikkerhet.

I hvilken grad en interesse er så avledet at den ikke omfattes av habilitetsreglene, må imidlertid vurderes konkret, og det vil være en flytende overgang fra de tilfeller som faller utenfor til de tilfeller som omfattes. I denne vurderingen vil også flere av de momentene som fremheves videre i oppgaven få betydning. Deriblant kan det påvirke vurderingen om kontrakten er av stor betydning for den lokale bedriften, og i hvilken grad det er rom for skjønnsutøvelse i prosessen.

3.1.2 Fordel, tap eller ulempe som tilkommer innkjøperens nærstående

Der fordel, tapet eller ulempen tilkommer en av innkjøperens nærstående, må det legges til grunn en vurdering av om det foreligger tilstrekkelige særinteresser, tilsvarende som for innkjøperen selv. I tillegg må det vurderes om forholdet mellom vedkommende og innkjøperen er nært nok til at inhabilitet foreligger. Hvem som kan anses som en innkjøperen har «nær personlig tilknytning til» fremgår ikke nærmere av ordlyden. Også her må det derfor legges til grunn en helhetlig vurdering av det enkelte tilfellet.

3.1.2.1 Familieforhold

For forhold som ligger tett opp til de som nevnes i § 6 første ledd vil antagelig inhabilitet inntre nærmest automatisk.⁶⁹ Dette vil for eksempel gjelde der familiemedlemmer som nevnt i første ledd bokstav b) og c) har særinteresser i saken uten at de har status som part.

Dette var tilfellet i den situasjonen som ga grunnlag for lovavdelingens uttalelse fra 02. juli 2008. Her inngikk det i habilitetsvurderingen at prosjektlederen for en inngåelse av en offentlig kontrakt om vedlikehold av redningshelikoptre hadde en sønn som arbeidet i et annet selskap i det konsernet som nå var en potensiell leverandør.⁷⁰ Sønnen hadde ikke en ledende stilling i selskapet, og det forelå derfor ikke inhabilitet på slikt grunnlag.

Både KOFA og Justisdepartementets lovavdeling har ved flere anledninger lagt til grunn at tildeling av en offentlig kontrakt til et selskap, kan medføre en særlig fordel for selskapets

⁶⁹ Bernt og Rasmussen (2013) s. 216

⁷⁰ JDLOV-2008-02965 punkt 4.2

ansatte.⁷¹ Fordelen kan her bestå i blant annet økt renommé og mulighet for lønnsøkning. I denne vurderingen har KOFA videre uttalt at det vil være relevant å se på kontraktens omfang for selskapet, og i hvilken grad den ansatte selv vil være involvert i arbeidet med å utarbeide tilbudet, og senere delta i den eventuelle leveransen.⁷² Til tross for at det i lovavdelingens uttalelse om Redningshelikopterprosjektet ikke bare var tale om ansatte i et selskap, men i et konsern, måtte prosjektlederens habilitet likevel vurderes, fordi kontrakten kunne medført en særlig fordel for sønnen.

Lovavdelingen kom likevel til at inhabilitet ikke forelå. I vurderingen ble det vektlagt at konsernet samlet sett hadde rundt 3800 ansatte fordelt på aktiviteter i mer enn 30 land, og at sønnen ikke ville ha direkte økonomiske interesser i at et selskap i samme konsern ble tildelt kontrakten. Tildeling av kontrakten ble altså ikke ansett å kunne innebære en særlig fordel for prosjektlederens sønn.

Det samme resultatet kom lovavdelingen til i sin uttalelse om daværende helseminister Anne-Grete Strøm Erichsen var inhabil til å gjennomføre anskaffelser i prosjektet Nasjonal kjernejournal, fordi hennes mann var ansatt i et av selskapene som var en aktuell leverandør.⁷³ Lovavdelingen avviste at denne forbindelsen førte til inhabilitet for helseministeren. Dette ble begrunnet med at hennes mann ikke hadde en ledende stilling i selskapet, han var bare én av mange ansatte, og han hadde ingen tilknytning til den avdelingen som var involvert i anskaffelsen. Han hadde heller ikke på noen annen måte økonomiske interesser i selskapet eller i den konkrete anskaffelsesprosessen.

I disse uttalelsene er det for det første blitt vektlagt at de eventuelle fordelene kan gjelde et stort antall ansatte. Selv om dette ikke blir uttrykkelig uttalt, kan det tyde på at fordelene som kan oppnås ikke «særlig» anses for å gjelde innkjøperens nærstående. For det andre er det vektlagt at tildeling av kontrakten i seg selv ikke vil få direkte betydning for innkjøperens nærstående. Dette tyder på at fordelene som kan oppnås heller ikke anses som tilstrekkelig til å oppfylle kravet. Også i andre lignende saker har lovavdelingen kommet til at kravet til særlig fordel ikke var oppfylt, og at inhabilitet ikke forelå, eller at kravet var oppfylt under tvil.⁷⁴ Uttalelsene viser

⁷¹ Se KOFA-sak 2018/158 premiss 80 og 2017/155, med videre henvisning til JDLOV-2001-9733 og JDLOV-2010-5761

⁷² KOFA-sak 2017/155 (40)

⁷³ JDLOV-2012-2056

⁷⁴ Se for eksempel JDLOV-2004-12588, JDLOV 2006-333 og JDLOV-2005-4735A hvor det ikke forelå «særlig fordel» og JDLOV-2006-7244a hvor det under tvil forelå en «særlig fordel»

at Justisdepartementet, til tross for konkurransesituasjonen, generelt har oppstilt strenge krav til hva som kan anses som en «særlig fordel».

For tilknytningsforhold som ligger fjernere fra de som nevnes i første ledd, må det i større grad foretas en vurdering av det konkrete forholdet. I denne vurderingen fremhever Bernt og Rasmussen «forholdets karakter, virkninger, varigheten av det, og perspektivet fremover» som relevante vurderingsmomenter.⁷⁵ Det kan også ha betydning for vurderingen i hvilken grad avgjørelsen i saken har betydning for innkjøperens nærstående, på den måten at saker av stor betydning lettere vil føre til inhabilitet, selv der det foreligger mindre nære tilknytningsforhold.⁷⁶

3.1.2.2 Kollegiale forhold

Der tilknytningsforholdet først og fremst går ut på et kollegialt eller profesjonelt forhold, er utgangspunktet at dette ikke leder til inhabilitet. Dette kan til en viss grad innfortolkes i ordlyden i § 6 annet ledd, da «nær personlig tilknytning» gir anvisninger om et nærmere tilknytningsforhold enn det som kanskje er vanlig at foreligger mellom to kolleger. Utgangspunktet ble også lagt til grunn av KOFA, da KOFA uttalte at «rent profesjonelt kjennskap»⁷⁷ ikke fører til inhabilitet, og er senere blitt fulgt opp i flere andre avgjørelser.⁷⁸ I en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling kommer det frem at inhabilitet kan inntreffe på grunnlag av kollegiale forhold, men at det da må være tale om et «særlig nært og omfattende» samarbeid, og at det selv i slike tilfeller som regel vil kreves andre tilknytningspunkter i tillegg.⁷⁹ Denne forståelsen er blitt videreført i andre uttalelser.⁸⁰

Både KOFAs og lovavdelingens uttalelser må ses på bakgrunn av anskaffelseslovens formål om effektiv bruk av samfunnet midler, jf. § 1. Det vil ofte forekomme at en innkjøper opparbeider et profesjonelt forhold til en leverandør der det for eksempel gjelder et avtaleforhold som går over lengre tid. Dersom dette forholdet i seg selv er tilstrekkelig til å gjøre innkjøperen inhabil neste gang kontrakten skal fornyes, vil dette kunne være problematisk særlig for oppdragsgivere med små innkjøpsavdelinger. En slik forståelse av habilitetsreglene ville blant annet lede til at den personen med best kjennskap til anskaffelsen og oppdragsgiverens behov, ikke kan delta i prosessen.

⁷⁵ Bernt og Rasmussen (2013) s. 216

⁷⁶ Dette utdypes nærmere i punkt 4.3

⁷⁷ KOFA-sak 2004/3 premiss 27

⁷⁸ Se KOFA-sak 2013/26 premiss 69, med videre henvisninger

⁷⁹ JDLOV-2008-02965

⁸⁰ Se blant annet JDLOV-2008-00532, JDLOV-2008-03393 samt JDLOV-2018-2867 med videre henvisninger

Utgangspunktet må derfor være det KOFA og lovavdelingen har lagt til grunn; at profesjonelle forhold ikke i seg selv leder til inhabilitet.

3.1.2.3 Vennskap

Vennskap mellom innkjøperen og en person med tilknytninger til en anbyder i anskaffelsen, vil typisk være en situasjon som kan føre til habilitetsutfordringer. I utgangspunktet skal det noe mer til for at inhabilitet inntreffer som følge av vennskap enn av familierelasjoner. Dette fremgår for eksempel av at vennskap ikke kan lede til automatisk inhabilitet etter § 6 første ledd. Det er imidlertid ikke tvil om at også vennskap kan utgjøre et særegent forhold.

I JDLOV-2008-532 var spørsmålet om daværende utenriksminister Jonas Gahr Støre var inhabil til å behandle en sak hvor Morten Wetland var part. Støre og Wetland arbeidet sammen fra 1990-1996. I denne perioden var de tette kolleger og hadde også sporadisk privat kontakt. De hadde blant annet vært hjemme hos hverandre mellom to og tre ganger. I vurderingen la Lovavdelingen vekt på at forholdet først og fremst bestod i profesjonell kontakt, og at den private kontakten ikke i seg selv eller sammen med arbeidsforholdet, kunne være tilstrekkelig til at inhabilitet forelå. Det ble fremhevet at en slik arbeidssituasjon ofte kunne føre til noe kontakt utenfor arbeidsstedet, og at denne formen for sosial kontakt bare vil få betydning for habilitetsvurderingen der det utvikler seg til et personlig vennskapsforhold. Det ble også vektlagt at det tetteste samarbeidet lå flere år tilbake i tid. Resultatet var at inhabilitet ikke forelå.

I JDLOV-2010-450 ble resultatet det motsatte da statsråd Rigmor Aasrud ble ansett som inhabil til å behandle en sak hvor hennes venninne Sylvia Brustad var en av partene. Lovavdelingen la til grunn at sakens utfall uten tvil kunne innebære en særlig fordel for Brustad. Spørsmålet var om forholdet mellom dem var nært nok til å gjøre Aasrud inhabil. Forholdet mellom dem hadde begynt som et kollegialt forhold i 1990, men fort utviklet seg til privat vennskap. Aasrud hadde blant annet vært gjest i Brustads bryllup og 40-års lag. De møttes også i private sammenhenger et par ganger i året, samt at de tidligere hadde vært på flere ferier sammen.

Også av KOFA er det flere ganger blitt tatt stilling til hvilken nærhet som må kreves av et vennskapsforhold for at det skal kunne lede til inhabilitet i anskaffelsessaker. I KOFA-sak 2018/76 var spørsmålet om oppdragsgivers innleide konsulent som hadde ansvar for bedømmelseskomiteen, var inhabil som følge av hans forhold til daglig leder og hovedaksjonær hos valgte leverandør.⁸¹ Det var ikke tvilsomt at tildelingen av kontrakten innebar en særlig

⁸¹ Premiss 41 flg.

fordel for den daglige lederen. Det avgjørende i vurderingen var om forholdet mellom prosjektlederen og den daglige leder var av så nær personlig art at det var egnet til å svekke tilliten til prosjektlederens behandling av saken.

Utgangspunktet for vurderingen var at de først hadde vært kolleger, før den daglige lederen hadde vært prosjektlederens forlover da han giftet seg 1981. Denne forloverrelasjonen var hverken kjent for oppdragsgiverens rådmann eller ordfører. Etter dette hadde de bare møtt hverandre i privat sammenheng mellom fire og fem ganger, men likevel slik at prosjektlederen hadde vært gjest i konfirmasjonen til den daglige lederens datter. I faglig sammenheng hadde de derimot hatt mye kontakt, deriblant at prosjektlederen informerte om en anbudskonkurranse han hadde ansvar for, og oppfordret sin venn til å delta.

I vurderingen fremhevet Klagenemnda at det på anskaffelsesrettens område gjør seg gjeldende et særlig behov for likebehandling, gjennomsiktighet og konkurranse, samt at anskaffelsesloven skal bidra til at det offentlige opptre med integritet, jf. § 1. Videre ble det lagt til grunn at en forlover normalt er en person med en «helt særlig nær tilknytning» til personen han er forlover for, og at dette gjorde forholdet mer egnet til å svekke omverdenens tillit til prosjektlederens habilitet. Av denne grunn kunne ikke det profesjonelle forholdet mellom dem legges til grunn uten at den tidligere nære relasjonen ble hensyntatt, slik at utgangspunktet om at kollegiale forhold ikke leder til inhabilitet, ikke gjorde seg gjeldende.

Etter en samlet vurdering, hvor det særlig ble vektlagt at forloverrelasjonen var blitt holdt hemmelig overfor oppdragsgiver og de øvrige leverandørene, kom nemnda til at forholdet var egnet til å svekke tilliten til prosjektlederens upartiskhet, slik at inhabilitet forelå. Denne saken kan dermed være egnet til å illustrere hvordan det avgjørende i vurderingen kan være hvordan forholdet fremstår utad. At forloverrelasjonen ble holdt hemmelig trenger ikke nødvendigvis å innebære at den påvirket prosjektlederens behandling av saken. For de øvrige partene må imidlertid dette forholdet ha fremstått som lite tillitsskapende

I KOFA-sak 2010/101 hadde oppdragsgivers prosjektleder et nært vennskap til en som eide 50 % av det selskapet som ble tildelt kontrakten. I sin vurdering la nemnda vekt på at de to hadde vært venner siden barneskolen, at de traff hverandre i sosiale anledninger og at de reiste på årlige turer sammen. Også her ble utfallet at prosjektlederen var inhabil.

I alle de nevnte sakene har det i vurderingen blitt lagt stor vekt på i hvilken grad vennskapet er av kollegial eller personlig art, og først og fremst i hvilken grad personene omgås med hverandre i privat sammenheng. Mer generelt om vennskap som grunnlag for inhabilitet har

lovavdelingen uttalt at det bare kan gis beskjeden veiledning om hvilke vennskap som leder til inhabilitet. Utgangspunktet vil alltid være at det må foretas en helhetlig vurdering av det konkrete forhold, og i denne vurderingen vil det i praksis ofte foreligge flere tilknytningspunkter enn bare vennskap.⁸²

3.1.3 Særlig fordel, tap eller ulempe i tilknytningsforhold av upersonlig art

Fordi lovens vurderingstemaer ikke er absolutte vilkår for at inhabilitet foreligger, kan det foreligge inhabilitet også i tilfeller der særlige fordeler, ulemper eller tap ikke retter seg mot innkjøperen selv eller dennes nærstående. Også innkjøpers upersonlige tilknytningsforhold kan utgjøre særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til innkjøperens upartiskhet. Et eksempel på dette er der det foreligger interessekonflikter i form av vervskombinasjoner.

I fvl. § 6 første ledd bokstav e) 2. punkt første punktum oppstilles det en regel om at man er automatisk inhabil til å forberede eller treffe avgjørelser i en sak dersom man samtidig har en ledende stilling eller er medlem av styret til et selskap som er part i saken. I andre punktum gjøres det unntak fra dette dersom det gjelder et selskap som er fullt ut offentlig eid. Dersom en ansatt i kommunen også har en ledende stilling i et fullt ut offentlig eid selskap, vil han altså etter denne bestemmelsen ikke være inhabil til å vurdere inngitte tilbud i en anbudskonkurranse hvor det offentlig eide selskapet er part.

Fordi lovgiver bevisst har unngått å la disse vervskombinasjonene omfattes av habilitetsbestemmelsene, må hovedregelen være at verv i heleide offentlige selskaper ikke medfører inhabilitet. Av lovens forarbeider fremgår det at i en konkurransesituasjon hvor et heleid offentlig selskap konkurrerer mot et privat selskap kan inhabilitet på grunn av vervskombinasjoner oppstå etter § 6 annet ledd om «særegne forhold».⁸³ Dette skyldes at man i konkurransesituasjoner må se hen til det skjerpede habilitetskravet som gjelder.

I Torghatten-dommen ble dette vektlagt.⁸⁴ Høyesterett uttalte her at verv i heleide offentlige selskaper som hovedregel ikke medfører inhabilitet, men at det etter en «konkret vurdering» likevel kan være grunnlag for motsatt konklusjon. I vurderingen av om det forelå «særegne forhold» jf. § 6 annet ledd, la Høyesterett vekt på at det forelå en konkurransesituasjon.

I en anskaffelsessituasjon hvor et heleid offentlig selskap deltar, vil det nesten alltid være tale om konkurranse med private selskaper. I slike situasjoner bør derfor habilitet etter § 6 annet

⁸² JDLOV-2000-8596B

⁸³ Ot.prp.nr.27 (1968-1969) s. 37

⁸⁴ Rt 1998 s. 1398 s. 1410

ledd alltid vurderes, og som oftest vil det være nærliggende å konkludere med at inhabilitet foreligger.⁸⁵

3.1.4 Mulighet for fremtidig fordel, tap eller ulempe

Et annet spørsmål reiser seg der sakens utfall kan innebære en mulighet for at en særlig fordel eller ulempe kan inntreffe i fremtiden. Muligheten for en slik indirekte fordel kan illustreres med situasjonen hvor en lokal entreprenør også har verv som folkevalgt i kommunen. Dersom hans eget firma inngir tilbud i konkurransen, vil han opplagt være inhabil til å evaluere de innkomne tilbudene etter § 6 første ledd bokstav a). Også dersom hans eget firma ikke deltar i konkurransen, kan han imidlertid ha økonomiske interesser i utfallet av saken. Ved å hindre at for eksempel hans sterkeste konkurrent får tildelt kontrakten, kan dette over tid bidra til å styrke hans eget firmas posisjon i det lokale markedet. Dersom det også er av stor viktighet for konkurrentens økonomi å bli tildelt kontrakten, kan dette i lengden gjøre at den folkevalgte i det lokale markedet står alene igjen som leverandør av de varer og tjenester som firmaet hans leverer.

Det fremgår ikke klart av fvl. 6 § annet ledd om muligheten for at slike fordeler kan inntreffe, er tilstrekkelig til å utgjøre et særegent forhold. For art. 24 i Anskaffelsesdirektivet er det imidlertid lagt til grunn at slike tilfeller vil omfattes.⁸⁶ Også i KOFA-sak 2003/272 ble muligheten for en slik avledet fordel vektlagt som et moment i habilitetsvurderingen. Her hadde oppdragsgiver fått bistand av en konsulent til utformingen av spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget, samt til evaluering av de innkomne tilbudene. Spørsmålet var om konsulenten hadde vært inhabil i arbeidet med å evaluere tilbudene.⁸⁷ I konkurransen var det mulig for anbyderne å komme med alternative tilbud til spesifikasjonene som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Konkurransgrunnlaget åpnet for at dersom begge parter ble enige om det, kunne konsulenten benyttes av det selskapet som ble tildelt kontrakten til å bistå i den videre prosjekteringen.

Anførselen fra klager gikk ut på at denne muligheten kunne gi konsulenten økonomisk motiv for å velge en anbyder som hadde basert tilbudet på løsningen utarbeidet av konsulenten, da valg av denne løsningen ville øke deres mulighet for å bli engasjert videre av valgte leverandør.

⁸⁵ Dragsten (2013) s. 192, jf. Ot.prp.nr.27 (1968-1969) s. 37

⁸⁶ Miranzo Diaz (2017) s. 3

⁸⁷ Side 6-7

Klagenemnda la til grunn at det ikke kunne utelukkes at konsulenten vil vektlegge sin egen mulighet for videre engasjement i evalueringen av saken, enten bevisst eller ubevisst, og at muligheten for økonomisk vinning var til stedet for konsulenten ved å velge den leverandøren som mest sannsynlig ville gi dem kontrakt videre. Denne økonomiske fordelene fremstod som en særinteresse. Til tross for dette kom nemnda, under tvil, til at denne muligheten var for fjern og avledet til at inhabilitet forelå.

Klagenemnda la altså til grunn av også mulige fordeler kunne lede til inhabilitet, fordi denne muligheten kunne få betydning for konsulentens behandling av saken. Imidlertid oppstilte Klagenemnda tilsynelatende en svært høy terskel for når inhabilitet inntreffer på grunnlag av slike muligheter, sett i sammenheng med at de selv uttalte at konsulentens særinteresser «bevisst eller ubevisst» kunne påvirke sakens utfall.

Dersom dette utgangspunktet anvendes på illustrasjonstilfellet som nevnes ovenfor, vil flere, og til dels motstridende hensyn gjøre seg gjeldende. På den ene siden vil det være ønskelig at personer som har kunnskap om og god kjennskap til et bestemt fagområde er med i behandlingen av anskaffelser på dette området. Denne nærheten til markedet kan øke sjansen for at det gjennomføres en anskaffelse som på en god måte dekker forvaltningens behov, slik at også formålet om effektiv bruk av samfunnets midler er ivaretatt. Dette momentet taler derfor for at personer med en viss tilknytning til saken får delta i saksbehandlingen, til tross for at slike fordeler kan inntreffe.

På den annen side synes det klart at muligheten for slike fordeler kan få betydning for avgjørelsen i saken. Det kan også fremstå som lite tillitsvekkende for anbyderen at hans eller hennes sterkeste konkurrent skal bidra i tilbudsevalueringen. Her må det derfor legges til grunn en avveining av fordelene med å ikke oppstille så strenge habilitetskrav at personer med en viss tilknytning til saken oftest vil være inhabile, mot det tillitshensynet som er grunnleggende for hele den forvaltningsrettslige og anskaffelsesrettslige habilitetsvurderingen.

Momenter som kan få betydning i vurderingen vil antagelig være hvor direkte disse fordelene vil følge av avgjørelsen, og hvor sannsynlig det er at muligheten for en slik fordel vil påvirke innkjøperen i sin håndtering av saken. Desto mindre sannsynlig det er at slike fordeler inntreffer, desto mer skal det dermed til for at innkjøperen er inhabil.

3.2 Inhabilitetsinnsigelser reist av en part

Etter § 6 annet ledd skal det også vektlegges om habilitetsinnsigelsen er reist av en part. Dette vurderingsmomentet henger sammen med at tillitshensynet er avgjørende for habilitetsvurderingen.⁸⁸ At en part fremsetter påstand om at innkjøperen er inhabil, er i seg selv et tydelig uttrykk for at den aktuelle parten ikke har tillit til avgjørelsesprosessen. Ordlyden gir imidlertid ingen nærmere anvisninger om hvordan dette momentet skal vektes i forhold til de øvrige vurderingsmomentene.

Fordi en habilitetsinnsigelse uttrykker manglende tillit, kan den bare tillegges vekt dersom den kommer inn før det treffes avgjørelse i saken, det vil si enten i forkant av eller underveis i saksbehandlingen.⁸⁹ Der innsigelsen kommer inn før avgjørelse treffes, vil det likevel ikke være noen automatikk i at inhabilitet foreligger fordi det er anført av en part. En part kan dermed ikke kvitte seg med en uønsket innkjøper ved å komme med en habilitetsinnsigelse mot denne.⁹⁰ Der det er få andre momenter i saken som taler for at innkjøperen er inhabil, vil derfor en habilitetsinnsigelse fra en part få liten betydning. Heller ikke kan manglende habilitetsinnsigelse fra en part tale mot at en innkjøper er inhabil, der slike forhold foreligger at innkjøperen opplagt vurderes som inhabil.⁹¹

Fordi det i anskaffelsessaker er av særlig stor viktighet at anbyderne har tillit til prosessen, kan det tale for at dette momentet bør vektlegges tungt i vurderingen. Til tross for dette har momentet i liten grad blitt vektlagt i praksis, og da først og fremst i tilfeller der habilitetsspørsmålet ellers er tvilsomt.⁹²

⁸⁸ Graver (2015) s. 306

⁸⁹ Dette gjelder utvilsomt i alminnelig forvaltningsrett, se: Bernt og Rasmussen (2013) s. 224; Kommunal- og Regionaldepartementet (2011) s. 13; Bernt (2017) note 136. Det er også fulgt opp i KOFA-praksis, se sak 2013/26 premiss 73

⁹⁰ Fremhevet i Graver (2015) s. 306

⁹¹ Kommunal- og Regionaldepartementet (2011), s. 13; Bernt og Rasmussen (2013) s. 225

⁹² Dragsten (2013) s. 194

4 Øvrige vurderingsmomenter

I tillegg til de vurderingsmomentene som følger av lovteksten, er det flere andre som kan få betydning for habilitetsvurderingen. Disse er utledet av juridisk teori og praksis.

Hvilke momenter som kan ha betydning for vurderingen avhenger av den enkelte sak og hvilke tilknytningsforhold det her er tale om. Det er altså ikke slik at alle de vurderingsmomentene som beskrives i avhandlingen alltid vil være relevante i vurderingen.

4.1 Innkjøperens mulighet til å påvirke sakens utfall

4.1.1 De ulike fasene i en anskaffelsesprosess

Et moment som kan være viktig for habilitetsvurderingen er når i anskaffelsesprosessen spørsmålet om inhabilitet oppstår. Dette momentet henger tett sammen med innkjøperens mulighet til å påvirke den endelige avgjørelsen i saken, på en slik måte at det er mindre behov for strenge habilitetsregler der innkjøperens deltakelse i liten grad vil ha betydning for sakens utfall.⁹³

På denne måten skjerpes kravet til habilitet jo lenger ut i prosessen en kommer, slik at det strengeste habilitetskravet gjelder ved evaluering av innkomne tilbud og tildeling av kontrakten. Det er i denne fasen innkjøperens avgjørelser i størst grad vil få direkte konsekvenser for de potensielle leverandørene i konkurransen. I en habilitetsvurdering vil det derfor være nødvendig å gå inn i det enkelte stadiet av prosessen, og se hvilke hensyn som gjør seg gjeldende her.

En anskaffelsesprosess kan i hovedsak deles i tre deler; planleggingsfasen, konkurransefasen og kontraktfasen.⁹⁴

4.1.1.1 Planleggingsfasen

I planleggingsfasen finner oppdragsgiver å ha et behov som kan dekkes gjennom en offentlig anskaffelse. Før det offentlige organet har endelig besluttet å dekke behovet gjennom en offentlig anskaffelse, kommer ikke anskaffelsesregelverket til anvendelse.⁹⁵ Fordi forvaltningslovens regler gjelder ved alle sider av forvaltningens virksomhet, vil likevel avgjørelsen være underlagt disse habilitetsreglene. Selv om det foreløpig ikke foreligger noen konkurransesituasjon, kan behovet for habilitetsregler gjøre seg gjeldende for eksempel der

⁹³ NOU 2019:5 s. 224

⁹⁴ For nærmere om de ulike fasene, se Dragsten (2013) s. 189

⁹⁵ Graver (2015) s. 314

beslutningstakeren i kommunen unødige avgjør å dekke et kommunalt behov gjennom en offentlig anskaffelse, samtidig som vedkommende har tett tilknytning til en potensiell leverandør av den aktuelle varen eller tjenesten.

Etter at avgjørelse om å gjennomføre en anskaffelse er tatt, blir forvaltningens behov kartlagt nærmere og konkurransegrunnlaget blir utformet. Selv om konkurransehensynet generelt gjør seg mindre gjeldende i denne fasen av prosessen, slik at det skal mer til før inhabilitet inntreffer, kan habilitetsreglene slå ulikt ut også innad i planleggingsfasen.⁹⁶ Det vil eksempelvis være mindre behov for et strengt habilitetskrav tidlig i fasen, mens kravet skjerpes ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget kan det for eksempel være mulig å innta unødvendig strenge kvalifikasjonskrav som i realiteten ekskluderer de fleste leverandører, og legger til rette for en spesiell leverandør som har mulighet til å oppfylle kravet. Dette illustrerer hvordan behovet for habilitetskravet først og fremst henger sammen med innkjøperens mulighet til å påvirke utfallet av anskaffelsesprosessen.

I planleggingsfasen er det ennå ikke avklart hvem som er parter i saken. Fortløpende inhabilitetsvurderinger må derfor gjøres med utgangspunkt i § 6 annet ledd. Avgjørende for denne vurderingen vil først og fremst være hvilke selskaper som kan forventes å inngi tilbud, og hvor stor sannsynligheten er for at dette vil skje.⁹⁷ Dette må oppdragsgiveren ta stilling til for alle som skal være involvert i arbeidet med anskaffelsesprosessen.

Eksempelvis vil habilitetsreglene komme til anvendelse dersom prosjektlederen i forvaltningen samtidig eier et firma som vil inngi tilbud i den samme konkurransen han er prosjektleder for. I det øyeblikket selskapet hans inngir tilbud i konkurransen, vil han anses som part i saken og dermed være inhabil etter § 6 første ledd bokstav a). Sett i lys av likebehandlingsprinsippet og konkurranseprinsippet fremstår det likevel som urimelig at prosjektlederen skal ha vært ansvarlig for utformingen av anskaffelsen frem til dette punktet. For å sikre at slike tilfeller fanges opp, bør habilitetsvurderingen foretas etter § 6 annet ledd tidlig i prosessen, og da med utgangspunkt i hvilke selskaper som potensielt kan komme til å inngi tilbud.

Til tross for at det alltid skal utføres en habilitetsvurdering i forkant av anskaffelsesprosessen, kan inhabilitet i mange tilfeller være lettere å oppdage i etterkant.⁹⁸ Slik som eksempelet

⁹⁶ Dragsten (2013) s. 189

⁹⁷ Graver (2005) s. 469

⁹⁸ Bernt og Rasmussen (2013) s. 225

ovenfor illustrer kan det ofte være tydeligere at inhabilitet forelå, når det er klart hvem som var parter i saken, hvem som har truffet avgjørelsen og hvem som har deltatt i saksbehandlingen.

4.1.1.2 Konkurransfasen

Konkurransfasen varer fra konkurransen er påbegynt, typisk ved at den kunngjøres for markedet, til den er avsluttet, for eksempel ved at kontrakten tildeles en av tilbyderne. Det er i denne fasen tilbyderne inngir tilbud, og forvaltningen skal vurdere dem mot hverandre og konkurransegrunnlaget. I forbindelse med dette arbeidet gjør behovet for habilitetsregler seg særlig gjeldende. Ethvert utenforliggende hensyn som vektlegges, vil få direkte konsekvenser for leverandørene, og dermed kunne virke konkurransevridende.⁹⁹ Det er derfor i denne fasen at den skjerpede terskelen for habilitet i konkurransesammenheng gjør seg mest gjeldende.

4.1.1.3 Kontraktfasen

Til sist kommer kontraktfasen, som er perioden kontrakten mellom oppdragsgiver og leverandøren gjelder. Denne perioden er i hovedsak regulert av alminnelige kontraktsrettslige regler og prinsipper, og derfor mindre interessant fra et anskaffelsesrettslig perspektiv.

4.1.2 Rom for skjønnsutøvelse i saksbehandlingen

Etter § 6 fjerde ledd kommer ikke den skjønsmessige habilitetsregelen i bestemmelsens annet ledd til anvendelse dersom det i behandlingen av saken ikke er rom for skjønnsutøvelse. I anskaffelsessaker vil det nesten alltid være behov for en viss utøvelse av skjønn. Bestemmelsen uttrykker likevel utgangspunktet om at behovet for habilitetsregler ikke alltid gjør seg like sterkt gjeldende.

I juridisk teori later det til å være bred enighet om at terskelen for habilitet er strengere i saker som åpner for mye skjønnsutøvelse fra forvaltningens side, enn i saker som er enkle og lite skjønnspregete.¹⁰⁰ Dette er også lagt til grunn i KOFA-praksis. I KOFA-sak 2010/101 ble det tillagt avgjørende betydning at kontrakten var tildelt etter en helhetlig vurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at avgjørelsen dermed innebar utøvelse av skjønn i betydelig grad.¹⁰¹ Et slikt utgangspunkt fremstår som rimelig, sett i lys av innkjøperens muligheter til å ha direkte påvirkning på sakens utfall ved evaluering av tilbudene.

⁹⁹ Graver (2015) s. 315

¹⁰⁰ Se blant annet Bernt og Rasmussen (2013) s. 215 og Eckhoff/Smith (2014) s. 221 om den alminnelige forvaltningsrettslige habilitetsvurderingen, samt Dragsten (2013) s. 192 om habilitetsvurderingen i anskaffelsessaker

¹⁰¹ Premiss 48

Dette innebærer at behovet for en streng habilitetsterskel er lavest der det gjelder innkjøp av standardiserte varer eller i konkurranser med pris som eneste kriterium, mens behovet stiger der det gjelder innkjøp av varer og tjenester vurdert etter hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Høyest er det der oppdragsgiver også oppstiller utpregete skjønsmessige kriterier, slik som samarbeidsevne eller gjennomføringsevne. Dette var tilfelle i KOFA-sak 2018/76.¹⁰² Her ble det brukt en konkurranseform som la til rette for at prosjektet skulle utvikles i samspill med partene, og skjønnskriterier som samspillsforståelse, gruppeintervjuer og leverandørens løsningsforslag ble vektlagt. Nemnda uttalte her at det må legges til grunn en strengere habilitetsvurdering i de tilfellene der oppdragsgiver har muligheten til å utvise vidt skjønn i avgjørelsen, slik som var tilfelle i den foreliggende sak.

I saker hvor det fra oppdragsgivers side er lagt til rette for vid skjønnsutøvelse, vil innkjøpers særinteresser i større grad kunne påvirke utfallet av saken, og strenge habilitetsregler vil dermed kunne være avgjørende for at det treffes en materielt riktig avgjørelse som ivaretar deltakernes og allmennhetens tillit til prosessen.

4.2 Habilitetsterskelens praktiske betydning for oppdragsgiver

I regjeringens veileder til habilitetsreglene og i NOU 2019:5 legges det opp til at de praktiske ulempene ved at en tjenestemann må trå til side på grunn av inhabilitet kan få en viss betydning for vurderingen.¹⁰³ Også Eckhoff og Smith har uttalt at terskelen for inhabilitet kan være relativ avhengig av hvem som er gjenstand for vurderingen, ved at inhabilitet lettere kan inntreffe der det vil være uproblematisk for saksbehandlingen at en tjenestemann er inhabil.¹⁰⁴ Motsatt kan terskelen legges høyere der det vil være utfordrende for oppdragsgiver om tjenestemannen er inhabil.

Uttalelsene retter seg ikke spesielt mot anskaffelsesrettslige situasjoner, og momentene er ment å gjelde generelt for habilitetsvurderinger etter forvaltningsloven. Det foreligger likevel hensyn som kan gjøre vurderingsmomentet særlig praktisk i anskaffelsessaker.

Det norske anskaffelsesregelverket er stort og komplekst, og krever som sådan kompetanse innen fagområdet av de som skal anvende det. For oppdragsgivere med små innkjøpsavdelinger,

¹⁰² Premiss 41 flg.

¹⁰³ I Kommunal- og Regionaldepartementets (2011) veileder: s. 13-14; I NOU 2019:5: s. 224

¹⁰⁴ Eckhoff/Smith (2014) s. 221

ofte også med begrenset kompetanse, kan strengt praktiserte habilitetsregler i stor grad føre til praktiske og økonomiske vanskeligheter.¹⁰⁵

Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at terskelen for habilitet kan avhenge av hvor omfattende og verdifull anskaffelsen er, slik at det kreves strengere praktisering av habilitetsreglene der det er tale om en stor anskaffelse. Også der det er tale om en omfattende anskaffelse, følger det likevel av prinsippet at de kostnader oppdragsgiver har med å oppfylle habilitetskravet må stå i forhold til anskaffelsens verdi. Prinsippet skal bidra til å realisere formålet om effektiv bruk av offentlige midler, slik at dette kan tale for en viss mulighet til å relativisere habilitetskravet, dersom det vil være kostbart eller tidkrevende for oppdragsgiver å oppfylle kravet.

I tillegg til de praktiske og økonomiske konsekvensene et strengt habilitetskrav kan ha for oppdragsgiver, kan det også skape problemer for oppdragsgivers mulighet til å oppfylle kravet om likebehandling som følger av LOA § 4.

I FOA § 24-2 (1) bokstav c), om anskaffelser over EØS-terskelverdien, står det at en leverandør skal avvises fra konkurransen «når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 7-5». Av bestemmelsen følger det altså at leverandører kan avvises fra å delta i konkurranser på grunn av forhold på oppdragsgivers side, men at dette bare kan gjøres dersom forholdet ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak. I regjeringens veileder til anskaffelsesregelverket kommer det frem at avvisning skal være oppdragsgivers siste utvei, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at avvisninger er uunngåelig. I praksis vil slike tiltak ofte være at det oppnevnes en stedfortreder for den inhabile tjenestemannen, jf. fvl. § 9 første ledd. For kommunale anskaffelser kan det være aktuelt at saken overføres til en nabokommune. Det er imidlertid ikke alltid at slike tiltak vil være mulig å gjennomføre.

I tilfeller hvor avvisning av en leverandør vil være resultatet av at det inntreffer inhabilitet på oppdragsgiver side, kan dermed habilitetsreglene i seg selv komme i konflikt med likebehandlingsprinsippet dersom de praktiseres strengt. For å sikre likebehandling av leverandørene kan det derfor synes rimelig å legge til grunn en slik relativ forståelse av habilitetskravet.

Dersom leverandører må avvises med grunnlag i inhabilitet på oppdragsgivers side, vil dette heller ikke være hensiktsmessig sett i lys av konkurranseprinsippet. Med grunnlag i dette

¹⁰⁵ Nærings- og Fiskeridepartementet (2019) s. 13

prinsippet er det i de fleste tilfeller ønskelig at så mange anbydere som mulig inngir tilbud i konkurransen, slik at det offentlige oppnår reell konkurranse om kontraktene.

Dette hensynet kan også gjøre seg gjeldende i tilfeller der oppdragsgiver trenger å hente inn kunnskap og erfaringer fra markedsaktører. Om dette har Graver uttalt at til tross for det skjerpede kravet til habilitet i konkurransesituasjoner, må ikke reglene praktiseres så strengt at oppdragsgiver «[...] i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra markedsaktører til konkretiseringen og oppfyllelsen av sine behov ut fra hva markedet kan tilby.»¹⁰⁶ Graver sier ikke uttrykkelig at habilitetskravet kan tilpasses etter hva som er mest praktisk i den konkrete situasjon. Uttalelsen vil likevel innebære at en slik forståelse må legges til grunn, da strengt praktiserte habilitetsregler vil slå ut ulikt avhengig av det enkelte fagområde. I spesialiserte bransjer vil det typisk være færre konsulenter med nødvendig kompetanse, og habilitetsreglene kan derfor i større grad påvirke oppdragsgivers mulighet til å søke kvalifisert bistand.

Et eksempel på dette finnes i KOFA-sak 2013/26. Her var en konsulent innleid for å bistå kommunen med en anskaffelse, samtidig som han hadde vært og fortsatt var engasjert som rådgiver for andre prosjekter av valgte leverandør. Spørsmålet i saken var om konsulenten hadde vært inhabil i sitt arbeid med å bistå forvaltningen, og nemnda kom, under tvil, til at dette ikke var tilfellet. I avgjørelsen ble det blant annet lagt vekt på at det i saken gjaldt et svært spesialisert fagmiljø, og at det var få med tilsvarende kompetanse som denne konsulenten i Norge.¹⁰⁷ Med henvisning til nevnte uttalelse fra Graver ble det fremhevet at habilitetsreglene ikke bør praktiseres så strengt at de ved gjennomføringen av en anskaffelse i praksis avskjærer oppdragsgiver fra å søke bistand fra personer tilknyttet et bestemt marked eller fagmiljø.

Når både Graver og KOFA fremhever at habilitetsreglene ikke må komme i veien for oppdragsgivers mulighet til å kunne søke bistand i de enkelte fagmiljøer, kan dette begrunnes med formålet om effektiv bruk av samfunnets midler. Oppdragsgiver vil som regel være helt avhengig av hjelp fra fagmiljøer for å konkretisere sitt eget behov og deretter gjennomføre en anskaffelse som dekker dette behovet. En anskaffelse som ikke tilsvarende det faktiske behovet oppdragsgiver har, vil ikke være en kostnadseffektiv anskaffelse.

Også lovavdelingen har gitt uttrykk for en slik forståelse. I JDLOV-2000-8596B ble det uttalt at det kunne legges til grunn en viss «relativitet i vurderingen» slik at enkelte

¹⁰⁶ Graver (2015) s. 313

¹⁰⁷ Premiss 72

tilknytningsforhold i mindre grad ville utgjøre et særegent forhold i små faglige miljøer, enn i større miljøer med flere deltakere.

En slik forståelse av habilitetskravet vil likevel ikke være uproblematisk. Først og fremst er formålet med habilitetsreglene å sikre at de øvrige leverandørene og allmennheten generelt kan ha tillit til at de avgjørelser som fattes er materielt riktige. Hverken i ordlyden i § 6 annet ledd eller i den eksisterende lovens forarbeider åpnes det for at dette tillitshensynet kan avveies mot hensynet til en kostnadseffektiv prosess for oppdragsgiver. Dette taler sterkt for at lovgiver ikke har ment at et slikt vurderingsmoment kan vektlegges. Tvert imot har lovgiver valgt å vedta habilitetsregler til tross for de ulemper og kostnader det nødvendigvis vil medføre for forvaltningen.

Også hensynet til forutberegnelighet kan tilsi at kravet til habilitet ikke bør relativiseres. Vurderingen av hvor terskelen for inhabilitet går kan allerede fremstå som utfordrende og kompleks, og muligheten til å vektlegge slike praktiske hensyn vil i enda større grad gjøre det vanskeligere å forutsi utfallet av vurderingen.

I motsetning til i forvaltningsloven, fremheves formålet om effektiv bruk av samfunnets midler i LOA § 1. Dette kan tilsi at de økonomiske utfordringer som kan følge av strengt praktiserte habilitetsregler i anskaffelsessaker bør kunne avhjelpes av et relativt habilitetskrav. På den annen side fremheves også behovet for at det offentlige opptrer med integritet, og at allmennheten kan ha tillit til anskaffelsesprosessen i den samme bestemmelsen. Dette kan på sin side tilsi at en slik relativisering ikke bør finne sted.

I den videre vurderingen må det antagelig skilles mellom de tilfeller der habilitetsutfordringene utelukkende vil være kostbare for forvaltningen å overkomme, og de tilfellene der habilitetsutfordringene virkelig vanskeliggjør gjennomføring av anskaffelsesprosessen. Der behovet for et relativt habilitetskrav begrunnes med økonomiske utfordringer, fremstår det som lite tillitsskapende å tillate dette. I slike tilfeller kan det også over tid gå på bekostning av kostnadseffektiviteten, da oppdragsgiver som fremhevet i punkt 1.2 er avhengig av selskapenes tillit for å oppnå konkurranse om kontraktene. Av denne grunn kan ikke økonomiske utfordringer alene være tilstrekkelig til å nødvendiggjøre eller forsvare et slikt relativt habilitetskrav

I de tilfellene der det vil være vanskelig å finne en som kan erstatte den inhabile i saksbehandlingen, legger regjeringen til grunn at det generelle forvaltningsrettslige kravet til forsvarlig saksbehandling kan tilsi at en faglig kompetent person behandler saken, til tross for

at han eller hun har en viss tilknytning til den.¹⁰⁸ Også i NOU 2019:5 legges det vekt på at det særlig for enkelte fagmiljøer kan være vanskelig å finne kompetente stedfortredere, og at habilitetsreglene derfor må «[...] bygge på en avveining mellom å ivareta særlig hensynet til rette avgjørelser og tillit til forvaltningen på den ene siden, og praktiske hensyn på den annen.»¹⁰⁹ Etter dette må det kunne legges til grunn en viss adgang til å vektlegge dette momentet i habilitetsvurderingen.

I hvilken grad de praktiske ulempene kan vektlegges i habilitetsvurderingen er likevel uklart. I KOFA-sak 2013/26 var den vanskelige tilgangen på kompetanse bare ett av flere vurderingsmomenter som ble vektlagt. Avgjørelsen ble også truffet under tvil. I denne saken ble altså ikke det praktiske hensynet alene tillagt avgjørende betydning. Ved anvendelse av de praktiske ulempene som et vurderingsmoment, bør det utvilsomt utvises forsiktighet. Det kan antagelig være kort vei fra å vektlegge adgangen til kompetente innkjøpere av hensyn til en forsvarlig saksbehandling, til å vektlegge momentet også i tilfeller hvor det først og fremst er for å lette forvaltningens saksbehandling. Til dette kommer det også at lovgiver har valgt å gi en bestemmelse i anskaffelsesregelverket om avvisning av leverandører som følge av inhabilitet hos oppdragsgiver. Da kan ikke habilitetsreglene tolkes slik at terskelen for habilitet automatisk skal senkes dersom oppfyllelse av habilitetskravet går på bekostning av leverandører.

4.3 Anskaffelsens betydning for leverandøren

Hvilken betydning tildeling av kontrakten har for den enkelte tilbyder kan være relevant i habilitetsvurderingen.¹¹⁰ Frihagen har formulert det slik at en må «se på selskapets interesser i saken og vedkommendes tilknytning til selskapet i sammenheng».¹¹¹ Dette kan illustreres med at dersom det foreligger et tilknytningsforhold mellom en innkjøper og en ansatt hos en leverandør, kan forholdet gi økt press på innkjøperen dersom det viser seg at det er helt avgjørende for selskapets økonomi å bli tildelt kontrakten.

I Torghatten-dommen kom Høyesterett til at fire av medlemmene i fylkesutvalget var inhabile til å delta i tildelingen av en fergekonsesjon, da de samtidig var styremedlemmer i et av de konkurrerende selskapene.¹¹² Det aktuelle selskapet var eksisterende leverandør av tjenesten, og Høyesterett vektla i vurderingen at selskapet ikke bare kunne miste konsesjonen, men også

¹⁰⁸ Kommunal- og Regionaldepartementet (2011) s. 13

¹⁰⁹ s. 228

¹¹⁰ NOU 2019:5 s. 234; Thue m.fl. (2018) s. 340, med videre henvisning til JDLOV-2008-02965

¹¹¹ Frihagen (1985) s. 172, hentet fra Thue m.fl. (2018) s. 340

¹¹² Rt 1998 s. 1398 s. 1410

sin monopolstilling i området. Dette ble ikke uttalt av Høyesterett, men det er nærliggende å anta at en monopolstilling generelt vil innebære konkurransemessige fordeler for innehaveren. Å miste denne kunne dermed ha stor betydning for de øvrige tjenestetilbudene i området, og dermed ha stor betydning for eksisterende leverandør generelt.

Det samme momentet ble vektlagt i KOFA-sak 2010/101. Spørsmålet her var om oppdragsgivers prosjektleder hadde vært inhabil fordi han hadde et vennskapelig forhold til en som gjennom et investeringsselskap eide over 50 % av aksjene i valgte leverandør. I vurderingen ble flere momenter vektlagt, hvorav ett av disse var at den aktuelle kontrakten var på mellom 1 og 2 millioner kr, og kunne som sådan ha stor økonomisk betydning for prosjektlederens venn.¹¹³

Dersom tildelingen av et oppdrag vil være av særlig viktighet for et selskap, for eksempel om kontrakten er av stor verdi, kan dette dermed utløse inhabilitet selv der tilknytningsforholdet i utgangspunktet er fjernere enn det som vanligvis kreves.

Det er heller ikke nødvendig at kontrakten er av særlig stor betydning for selskapet i sin helhet. Også dersom innkjøperen har tilknytningsforhold til en bestemt person som i stor grad vil bli påvirket av at akkurat det selskapet blir tildelt kontrakten, kan det kreves mindre nærhet i tilknytningsforholdet.

¹¹³ Premiss 48

5 Avsluttende kommentarer

Den anskaffelsesrettslige habilitetsvurderingen vil, på samme måte som den alminnelige forvaltningsrettslige habilitetsvurderingen, ha utgangspunkt i fvl. § 6 annet ledd og bero på en skjønnsmessig helthetsvurdering av det enkelte tilfellet. Fremstillingen viser imidlertid hvordan anskaffelsessituasjonen medfører et særlig behov for en objektiv og tillitsskapende saksbehandling, slik at i anskaffelsessaker må habilitetsvurderingen følge de retningslinjer som oppstilles i EØS-retten og i det norske anskaffelsesregelverket.

Praksis viser at art. 24 i Anskaffelsesdirektivet i liten grad anvendes som en selvstendig rettskilde i norske anskaffelsesrettslige habilitetsvurderinger. At bestemmelsen ble inntatt i Anskaffelsesdirektivet er likevel av stor betydning, fordi det fremhever viktigheten av at innkjøpere med personlige interesser i saken ikke må delta i saksbehandlingen. Mer praktisk viktig slik rettstilstanden er i dag, er de grunnleggende prinsippene som følger av EU/EØS-retten og norsk anbudsrett, og som er inntatt i anskaffelsesloven § 4. Som illustrert i avhandlingen vil disse prinsippene komme inn i habilitetsvurderingen, blant annet som viktige retningslinjer for hvordan de relevante momentene bør slå ut i vurderingen.

De grunnleggende prinsippene er oppstilt for å sikre at offentlige anskaffelser gjennomføres på en måte som oppfyller de formål som fremgår av anskaffelsesloven § 1. Samlet er det lagt til grunn at formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven og likebehandlingsprinsippet, danner grunnlag for en strengere anvendelse av habilitetsreglene enn det som gjelder i forvaltningssaker hvor det ikke foreligger en konkurransesituasjon. Dette utgangspunktet vil få betydning for vurderingen av det enkelte tilknytningsforhold, slik at det kreves mindre særinteresser i en anskaffelsessak, før det leder til innkjøpers inhabilitet.

I vurderingen av om innkjøpers tilknytning til saken er tilstrekkelig til at inhabilitet foreligger, kan en rekke ulike vurderingsmomenter få betydning. De vurderingsmomentene som utdypes i avhandlingen, omhandler i stor grad innkjøpers ønske om, og mulighet til, å påvirke sakens utfall i en bestemt retning. Da det ofte vil foreligge flere tilknytningsforhold i samme sak, må disse momentene i hovedsak ses i sammenheng med hverandre.

Det ligger i § 6 annet ledds karakter at bestemmelsen trenger å være så fleksibel at den omfatter alle de tilknytningsforhold som kan oppstå. Dette innebærer imidlertid også at det ikke lar seg oppstille klare retningslinjer for når inhabilitet vil foreligge i en anskaffelsessituasjon, slik at habilitetsvurderingen vil fortsette å by på utfordringer for oppdragsgivere i fremtiden. På grunn

av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i anskaffelsessituasjoner, bør utgangspunktet alltid være at utfallet av vurderingen er det alternativet som i størst grad ivaretar de formålene som fremgår av anskaffelsesloven § 1.

6 Kilder

6.1 Lover og forarbeider

6.1.1 Traktater og direktiver

6.1.1.1 Traktater

Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV)

6.1.1.2 Direktiver

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF

6.1.2 Norske lover og forskrifter

Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lov 16. 07.1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

Lov 17.06.2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser

Lov 22.06.2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner

Forskrift 12.08.2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser

Forskrift 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

6.1.3 Lovforarbeider

Ot.prp.nr.27 (1968-1969) Om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover

Ot.prp. nr.3 (1976-1977) Om lov om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser

NOU 2016:4 Ny kommunelov

NOU 2019:5 Ny forvaltningslov

6.2 Avgjørelser og uttalelser

6.2.1 Overnasjonale avgjørelser

6.2.1.1 EU-domstolen

Forente saker C-21/03 og C-34/03 Fabricom

Sak T-277/97 Ismeri

6.2.1.2 Efta-domstolen

Sak E-1/07 (A)

6.2.2 Norske avgjørelser

6.2.2.1 Høyesterett

Rt. 1996 s. 64 (Hegnar Hotell)

Rt 1998 s. 1398 (Torghatten)

Rt 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2007 s. 983 (SB Trasport)

6.2.2.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Sak 2003/86

Sak 2003/272

Sak 2004/3

Sak 2007/115

Sak 2008/172

Sak 2009/50

Sak 2009/85

Sak 2010/101

Sak 2013/26

Sak 2017/155

Sak 2018/158

6.2.2.3 Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-2000-8596-B

JDLOV-2001-9733

JDLOV-2004-12588

JDLOV-2005-4735-A

JDLOV-2006-333

JDLOV-2006-7244

JDLOV-2008-00532

JDLOV-2008-03393

JDLOV-2008-02965

JDLOV-2009-7092

JDLOV-2010-04190

JDLOV-2010-5761

JDLOV-2012-2056

JDLOV-2012-3312

JDLOV-2012-6628

JDLOV-2018-2867

JDLOV-2020-730

6.3 Litteratur

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf. *Frihagens forvaltningsrett*. (Bind 1, 2. utg.). Bergen: Fagbokforlaget, 2013

Bernt, Jan Fridthjof, Overå, Oddvar og Hove, Harald. *Kommunalrett*. (4. utg.) Oslo: Universitetsforlaget, 2002

Bernt, Jan Fridthjof. «Kommentar til forvaltningsloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata 2017 hentet 25.05.2020

Dragsten, Marianne. *Offentlige anskaffelser - regelverk, praksis og løsninger*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. (10. utg) Oslo: Universitetsforlaget, 2014

Frihagen, Arvid. *Inhabilitet etter forvaltningsloven* Oslo: Forlaget A. Frihagen AS, 1985

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett Bind 1* Oslo: Forlaget A. Frihagen AS, 1991

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. (4. utg.) Oslo: Universitetsforlaget, 2015

Graver, Hans Petter, «Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser» *Tidsskrift for forretningsjus* (2005) nr. 4 s. 461-476

Kommunal- og Regionaldepartementet (2011) *Veileder: Habilitet i kommuner og fylkeskommuner*.

Miranzo Diaz, Javier. «The Procedural Treatment of Conflicts of Interest in EU Public Procurement» Ferrari, G., Garau, G., Mondéjar-Jiménez, J. *Tourism, Economy and Environment: New Trends and Research Perspectives*. Chartridge Books Oxford (2017) s.191-205

Nærings- og Fiskeridepartementet (2017) *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*.

Nærings- og Fiskeridepartementet (2018-2019) *Smartere innkjøp - effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser* (Meld. St. 22)

Thue m.fl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*. (2. utg.) Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2018

6.4 Nettsider og rapporter

European Comission (årstall ikke oppgitt) «Public Procurement» https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en Hentet 25.05.2020

Klagenemndsekretariatet (årstall ikke oppgitt) «Kva er Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)?» <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa> Hentet 14.04.2020

Sigma (2016) «Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions» <http://sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-1-200117.pdf>

Hentet 06.06.2020

Schibsted (2020) «Annual Report 2019» <https://ml-eu.globenewswire.com/Resource/Download/958af01f-b542-48e2-9b35-39f5b268a87a> Hentet

21.05.2020