

KS



KSI 

Tidsskrift for KS Innkjøpsforum

# Forsyning

Nr 1 - 2011



Forside fra Bodø havn. Fotograf: Knut Otto Pedersen.

## **INNHold**

<b>LEDER</b>	<b>3</b>
Av Karina Stehl, leder i fagrådet i KS Innkjøpsforum.	
<b>OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – HVOR GÅR DET GALT?</b>	<b>4</b>
Av advokat Jens Christian Skallerud, Advokatfirmaet Campbell & Co AS, Brumunddal og Gjøvik.	
<b>KONTRAKTSOPPFØLGING - HVORDAN FÅ MEST MULIG UT AV KONTRAKTEN I AVTALEPERIODEN?</b>	<b>7</b>
Av Trude Alvestad, prosjektleder og Espen Herland, senior prosjektleder i Firstventura AS.	
<b>NYE TIDER FOR HÅNDHEVELSE AV KOMMUNALE ANSKAFFELSER</b>	<b>13</b>
av Jørgen Aardalsbakke, Advokatfirmaet Grette DA.	
<b>INVESTER I PLANLEGGINGSFASEN AV ANSKAFFELSESPROESSEN</b>	<b>17</b>
Av Erlend Kokaas, Manager, Deloitte.	
<b>BRUK AV EKSTERNE RÅDGIVERE I ANSKAFFELSESPROESSEN</b>	<b>22</b>
Av advokat Marianne H. Dragsten, advokatfirmaet Haavind AS.	
<b>BRUK AV KONTRAKTS STRATEGI I ANSKAFFELSESPROESSER</b>	<b>26</b>
Karina Stehl, teamleder i konserninnkjøp, Oslo kommune.	

---

## LEDER

---

**Det nærmer seg igjen fagsamling og årsmøte for KS Innkjøpsforum.**

**Mandag 11. april møtes vi på Hurtigruten for to spennende dager om innkjøpsfaget. I år har fagrådet valgt å fokusere på hvordan innkjøperne kan bli bedre til å planlegge anskaffelsesprosesser.**

**Jeg mener dette er et svært aktuelt og viktig tema for innkjøperne i norske kommuner og fylkeskommuner.**



© B&4 Photo Knut Otto Pedersen

---

**Av Karina Stehl, leder i fagrådet i KS Innkjøpsforum.**

---

Som innkjøper har man mange ulike roller i organisasjonen: økonom, megler, fagansvarlig, jurist, revisor, forhandler, Controller, rådgiver og sikkert mange flere.

De siste årene har det i tillegg blitt mer og mer viktig at innkjøperne har kompetanse innen prosjektledelse. I de fleste anskaffelsesprosesser er man avhengig av bidrag fra ulike personer og grupper i organisasjonen. Det kan til og med være en relativt stor jobb å koordinere dette arbeidet. Ulike interesser skal ivaretas, samtidig som man skal sikre en effektiv prosess og etterlevelse av regelverket om offentlige anskaffelser.

På årets fagsamling har vi derfor valgt å gjennomføre en workshop om hvilke potensielle fallgruver og utfordringer man kan møte når man leder denne type prosjekter. Enkle grep kan gjøre oss bedre til å planlegge prosessen og få mer utbytte av arbeidet med brukergruppen.

Jeg ønsker dere velkommen til en spennende og faglig viktig Årssamling i april!

---

---

## OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – HVOR GÅR DET GALT?

Campbell & Co  
ADVOKATFIRMA



---

**Selv om området profesjonaliseres –  
så går det likevel ofte galt.**

**Hva er de vanligste feilene?**



---

**Av advokat Jens Christian Skallerud, Advokatfirmaet Campbell & Co AS, Brumunddal og Gjøvik.**

---

Offentlige anskaffelser var i mange år i flere offentlige instanser ofte noe som ble håndtert av den eller de fagpersoner som hadde behov for å kjøpe noe på markedet. Med innføring av nytt regelverk (2001 og 2007) og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) (2003) har oppmerksomheten rundt området steget kraftig. Leverandører er i større grad opptatt av at prosessene gjennomføres forsvarlig og profesjonelt, og media viser stadig vekk interesse i anskaffelsessaker, så vel lokalt og nasjonalt. Om ikke lederne av de ulike offentlige instanser som er omfattet av regelverket har vist interesse for området tidligere, så viser det seg at stadige brudd på regelverket som omtales i media oppleves så ubehagelig at interessen til slutt kommer...

Selv om de fleste offentlige innkjøp av en viss størrelse nå etter hvert håndteres av personer med anskaffelser som fag, så er det likevel ikke til å unngå at feil gjøres. Det må rett og slett erkjennes at fagområdet er komplisert, og jeg vil påstå at jurister med dybdekompetanse innen regelverket stort sett kan klare å finne feil i de fleste anskaffelser.

Uansett kan det være interessant å se litt på hvilke tilfelle som er gjengangere – hvor går det oftest galt? Med bevissthet på disse områdene kan det i hvert fall være en god sjanse for å gjøre de riktige valg. Det understrekes at dette ikke er noen empirisk undersøkelse, men tanker jeg har gjort meg etter over 10 års erfaring innen fagområdet, samt bruk av KOFAs etter hvert rikholdige arkiv.

Nedenfor følger 10 vanlige feil:

1. Manglende skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. De siste 2 år har det etter den såkalte "Lianakis"-dommen i EF-domstolen blitt foretatt en justering/presisering av praksis på området, og skillet mellom kvalifikasjonskrav (krav til leverandøren) og tildelingskriterier (kriterier for å fastsette tilbudets godhet) er blitt gjort klarere.

2. Ulovlig tildelingskriterium på grunn av manglende tilknytning til kontraktsgjenstanden. Ofte ser vi at det benyttes kriterier som ikke har tilstrekkelig tilknytning til det som skal anskaffes og derfor ikke er egnet til å belyse det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
3. Manglende avvisning av tilbud som har avvik/forbehold/ufullstendigheter i anbudskonkurranser. Her er det strenge regler for å la slike tilbud delta videre. Hva som er lovlige avklaringer og ulovlige forhandlinger er ofte vanskelig å avgjøre.
4. Manglende dokumentasjon av prosessen og mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt. Det er ikke ført protokoll eller andre vesentlige avgjørelser i prosessen lar seg ikke dokumentere. Videre ser vi at mange oppdragsgivere ikke gir en tilstrekkelig begrunnelse i meddelelse om tildeling av kontrakt og/eller gir en mangelfull nærmere begrunnelse for valget.
5. Manglende vurdering av fastsatte krav og kriterier. Oppdragsgiver stiller for eksempel krav til leverandørens økonomi, med tilhørende dokumentasjon, men gjør ingen reell vurdering av dette når tilbudene kommer inn.
6. Vesentlig endring av konkurransevilkårene underveis i prosessen. Behovene endrer seg eller noe er uteglemt. I stedet for å avlyse konkurransen, så endres spillereglene underveis i prosessen. Min påstand er at de aller fleste av disse endringsbehovene ville ha blitt identifisert med større fokus på planlegging før kunngjøringen.
7. Misforhold mellom kunngjøringen på [www.doffin.no](http://www.doffin.no) og i konkurransegrunnlaget. Beskrivelsen av kvalifikasjonskrav er for eksempel beskrevet ulikt i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget, og skaper usikkerhet og manglende forutsigbarhet hos leverandørene.
8. Oppdragsgiver bruker lengre tid enn beregnet på prosessen og glemmer å be alle deltakerne om forlenget vedståelsesfrist for tilbudene, og dette oppdages først etter at kontrakt er inngått.
9. En kontrakt blir vesentlig dyrere enn forutsatt og slik at den overstiger terskelverdier. Uten god dokumentasjon blir det vanskelig å begrunne at den opprinnelige vurderingen var forsvarlig.
10. Oppdragsgiver anvender feil prosedyre, for eksempel avholdes det konkurranse om leiekontrakt til kontorlokaler, mens det i realiteten gjennomføres en bygge- og anleggskontrakt. Et annet eksempel er at det velges konkurranse med forhandlinger i EØS-anskaffelser uten at vilkårene er til stede.

Lista kunne nok vært lenger, og type feil avhenger noe på hvilket område anskaffelsen foregår. Jeg tror likevel bevissthet rundt en slik liste over noen slike typer feil hos de som er ledere for prosesser/anskaffelsesorganisasjoner kan bidra til at de viktigste ”fellene” unngås.

I tillegg må det nevnes at tidsperspektivet alltid ligger bak. Hvem har ikke som anskaffelsesansvarlig opplevd å få bestilling fra høyeste hold om at dette skal på plass, helst i går, men selvfølgelig skal det gjøres riktig...

Som profesjonell anskaffer er det derfor svært viktig å bidra til å synliggjøre hva som kreves for å gjøre lovlige prosesser og at dette innebærer at det må settes av tilstrekkelig tid! Alle bestillinger av anskaffelser bør besvares med et realistisk tidsskjema, slik at de som fatter beslutninger får synliggjort dette. Min erfaring at manglende planlegging og bevissthet i forkant utgjør den største risikoen for feil videre i prosessen. Det er derfor viktig for integriteten til anskaffelsesfaget og den som utøver dette, at kompleksiteten synliggjøres for beslutningstakere.

**Jens Christian Skallerud**, Advokatfirmaet Campbell & Co AS, er fast ansatt advokat med særskilt kompetanse innenfor offentlige anskaffelser. Skallerud har bakgrunn som juridisk rådgiver og seksjonssjef i Arbeidsdirektoratet/NAV, med særlig ansvar for anskaffelser av IKT og konsulenttjenester. Skallerud bistår nå både oppdragsgivere, herunder kommuner, og leverandører innenfor anskaffelsesområdet.

**Advokatfirmaet Campbell & Co AS** består av 12 advokater/-fullmektiger, samt 4 administrativt ansatte, inkludert daglig leder. Campbell & Co AS er blant de største og mest komplette advokatfirma i Innlandet. Advokatene arbeider innenfor spesialiserte områder og den advokat med best kompetanse, blir ansvarlig på oppdraget. Campbell & Co AS har kontorer i Brumunddal, Moelv, Hamar og Gjøvik. Selskapet bistår en rekke kommuner innenfor både barnevernsrett og næringsrelatert juss.

---

## KONTRAKTSOPPFØLGING - HVORDAN FÅ MEST MULIG UT AV KONTRAKTEN I AVTALEPERIODEN?



**I overgangen mellom kontraktsgivning og implementering/kontraktsoppfølging kan det ligge potensielle gevinster for oppdragsgiver. Denne artikkelen fokuserer på hvordan oppdragsgiver, ved systematisk oppfølging, kan hente mest mulig ut av kontrakten og således optimalisere leveransen. Flere dagsaktuelle nyhetssaker viser hvor galt det kan gå og understreker behovet for god og aktiv kontraktsoppfølging.**



---

**Av Trude Alvestad, prosjektleder og Espen Herland, senior prosjektleder i Firstventura AS.**

---

### **Innledning**

Før kontraktsgivning brukes det betydelige ressurser både i leverandørmarkedet og i kjøpers organisasjon. Toppledelsen er sterkt involvert og setter premissene for krav, gjennomføring og finansiering. Det tekniske og merkantile fagmiljø på begge sider av bordet utfordres for å sikre en best mulig kontrakt.

Etter kontraktsgivning ser vi ofte at det kommersielle fokus svekkes og mange går i den fellen å anta at når kontrakten er signert blir den automatisk oppfylt. Dette kan være en kostbar felle å gå i og betydelige verdier kan gå tapt.

Investeringskontrakter representerer store verdier – verdier som først realiseres når varene er levert og kontrakten ellers er oppfylt. Vi vil i denne artikkelen diskutere betydningen av fortsatt kommersielt fokus i forbindelse med kritiske hendelser i prosjektgjennomføringen etter kontraktsgivning.

### **Kritiske hendelser**

Fra leverandørens side vil det ofte være ønskelig å begrense egen innsats til et absolutt minimum for å oppfylle kontrakten. Kontrakten er gjerne vunnet i hard konkurranse og marginene kan være presset. I en slik situasjon settes det store krav til kundens prosjektledelse for å beskytte investeringen frem til endelig levering.

Med begrepet ”kritiske hendelser” relatert til kontraktsoppfølging mener vi i denne artikkelen hendelser der kunden kan bli utfordret i forhold til sine kontraktsfestede rettigheter.

Typiske slike hendelser er:

1. Oppstartmøte
2. Framdriftsrapporter og fremdriftsmøter
3. Designgjennomgang
4. Testing
5. Levering og garantiperiode
6. Endringsbehandling – endringer, avvik
7. Reklamasjon

Prosjektleder eller kontraktsansvarlig må kontinuerlig vurdere i hvilken grad kommersielt og juridisk personell skal konsulteres i forbindelse med disse aktivitetene, og man bør på et tidlig tidspunkt avklare roller og ansvar i kontraktsoppfølgingsfasen. Det er ofte en stor fordel at personer som skal ”eie” investeringen i garantiperioden også deltar aktivt i kjøpsfasen.

## **1. Oppstartmøte**

Avhengig av anskaffelsens størrelse og kompleksitet vil det ofte være hensiktsmessig å gjennomføre et oppstartsmøte etter kontraktsignering. Hensikten er blant annet å få verifisert at nøkkelpersonell hos leverandøren er kjent med kontraktens innhold og kompleksitet. Videre kan det være en god arena for å etablere personlig kontakt mellom partene, samt foreta nødvendige avklaringer omkring praktiske forhold.

Til tross for at oppstartsmøter tilsynelatende kan oppfattes å være en lav risiko aktivitet, vil dette være leverandørens første mulighet til å omdefinere sine forpliktelser og skyve ansvar over på kunden. Eksempelvis kan uklarheter knyttet til avtalte grensesnitt brukes som argument for justering av leveringstid og prosjektgjennomføring. I en tidlig fase av prosjektet vil man som kunde ofte være løsningsorientert, og etter kanskje langvarige og tøffe forhandlinger forsøke å unngå konflikter. Smidighet og god tone er viktig, med tanke på at man nå er i en mer

”samarbeidende fase”, men det betyr ikke at man skal gi fra seg verdier som ligger nedfelt i avtalen. Et bevisst forhold til den avtalte risiko- og ansvarsfordeling og de langvarige konsekvensene av disse, vil være til stor hjelp når man som kunde blir utfordret til å komme med ”konstruktive” bidrag eller ”ubetydelige” innrømmelser f.eks. i et oppstartsmøte.

## **2. Framdriftsrapporter og fremdriftsmøter**

Hva er hensikten med framdriftsrapporter og hvilken verdi gir det for kunden?

Verdien ligger først og fremst å sikre punktlig, tydelig og grundig informasjon om status, problemer og risiko, slik leverandøren oppfatter fremdriften i prosjektet. Om nødvendig bør også planlagte og iverksatte korrigerende tiltak rapporteres. Dette skal gjøre kunden i stand til å vurdere kvalitativ og kvantitativ godhet i leveransen.

En anvendt leverandørstrategi er å underslå og minimalisere problemer knyttet til prosjektgjennomføringen. På den måten kan et sterkere engasjement fra kundens side unngås, med f. eks krav om ferdigstilling av et delprosjekt før det neste iverksettes, inspeksjoner etc. Når det gjelder statusrapportering ser en ofte tilsvarende strategi, ved at fremdriften rapporteres å være bedre en den faktisk er.

En kommersielt fokusert kunde leser framdriftsrapporter i den hensikt å identifisere reell fremdrift og status. Når ny framdriftsrapport mottas, bør man først lese den forrige før man begynner på den nye. Først da er man i stand til å danne seg et bilde av leverandørens framdriftsrapport i forhold til den totale leveransen.

Framdriftsrapporter følges gjerne av fremdriftsmøter. I forkant av fremdriftsmøte bør kunden sammenholde framdriftsrapporten med annen relevant informasjon, f. eks rapporter fra egne inspektører, status fra de ulike fagmiljøene som deltar i prosjektgjennomføringen og korrespondanse med leverandøren. Basert på egne vurderinger fremsendes så innspill til agendaen for fremdriftsmøte der fokus skal være status på indikatorene *tid, ytelse, pris*. Leverandøren må forventes å rapportere avvik med tilhørende tiltak og forslag til gjennomføring. Ansvarsforhold og grensesnitt mellom kunde og leverandør bør identifiseres og beskrives slik at partene vet hvem som bærer kostnaden. For å forebygge evt. nye/ flere runder om liknende forhold, kan utfallet dokumenteres og legges ved den opprinnelige kontrakten, som en rettesnor for liknede forhold.

### **3. Endringsbehandling**

Endringer av partenes forpliktelser etter kontraktsignering er snarere regelen enn unntaket i større prosjekter. Hva dette dreier seg om vil naturligvis være knyttet til den enkelte anskaffelses art. Det kan f.eks. dreie seg om endringer i de tekniske spesifikasjonene, prosjektgjennomføringen herunder test og testprosedyrer, leveringstid og ikke minst pris. Selv i eksempelvis godt beskrevne entrepriser er det vanskelig å få med alle prosesser og materialer. Spørsmålet er om det dreier seg om et avvik fra det som er avtalt eller om det er snakk om en utvidet ytelse?

Uansett årsak til endring eller hvem som tar initiativ til endringer, bør man som kunde være særlig aktsom når endringer skal behandles. Leverandører har en tendens til å minimalisere konsekvensene av negative avvik som de selv er ansvarlig for, og motsatt prøve å få mest mulig igjen for endringer som skyldes forhold på kundens side.

Det viktigste hjelpemiddelet for å sikre en forsvarlig endringsbehandling er å sørge for at kontrakten regulerer en grundig og skriftlig endringsbehandling. Den bør som et minimum bety at:

- 1) Leverandøren skriftlig må dokumentere behov og bakgrunn for endring og ikke minst hvordan dette skal kunne prøves i ettertid.
- 2) Fullmakts regime gjøres klart både for eget prosjektpersonell og ikke minst ovenfor leverandørens kontaktpunkter.
- 3) Kontraktsfestede prismekanismer og prinsipper for kalkulering og beregninger for avvik fremforhandlet i konkurranse brukes for å styre kostnadene ved endringer og avvik

### **4. Designgjennomgang /optimaliseringsfase**

Før leveransestart arrangeres ofte en gjennomgang av leverandørens endelige løsning for å verifisere at det har potensial til å oppfylle de avtalte ytelsene og spesifikasjonene. Ofte er dette siste muligheten kunden har til å forta endringer som kan bidra til vesentlige forbedringer og eller kostnadsbesparelser.

I utgangspunktet vil et avvik sett fra leverandørens side ikke være et problem, men snarere en mulighet til kostnadsbesparelser. Tilsvarende som for fremdriftsrapportering, vil leverandøren være lite tjent med å fremheve egne utfordringer knyttet til prosjektgjennomføringen. I den grad det er nødvendig å modifisere spesifikasjoner for å nå kontraktsfestede ytelser er det ikke en uvanlig strategi fra leverandører å fremsette disse i form av krav om endring. Endelig kan leverandøren forsøke å binde kunden til det presenterte løsningsforslag i form av forpliktende uttalelser i møtereferat etc.

For kunden er en designgjennomgang et nyttig verktøy for å verifisere at kontrakten har potensial til å kunne gjennomføres innenfor de avtalte rammene tid, kostnad og ytelse. Som kunde er det svært viktig å være bevisst på at risikoen for oppfyllelse av kontrakten påhviler leverandøren og at oppfyllelsen skal verifiseres i løpet av test- og leveringsfasen. Dersom korrigerende tiltak er nødvendige for å kunne nå de kontraktmessige forpliktelsene, er det en fordel for begge parter at de blir identifisert på et tidlig tidspunkt. Det bør imidlertid ikke herske tvil om at nødvendige endringer som følge av designgjennomgangen vanligvis ligger innenfor leverandørens ansvarsområde.

### **5. Hva skal vi teste?**

Leverandør vil i utgangspunktet kun teste ytelse han vet kan oppnås. Et typisk risikoreduerende tiltak sett fra hans sider er å foreslå forenklede testprosedyrer, gjerne tilbudt på oppstartsmøte i bytte mot noe redusert pris eller forbedret leveringstid. Det er viktig å være klar over at avvik ved testing aldri kommer som en overraskelse på leverandøren, kun på kunden.

Et bevisst forhold til betydningen av en vel gjennomført testperioden, er et av de viktigste tiltakene en som kunde kan ha for å sikre investeringen. Deltakende personell må trenes og forberedes, spesielt med tanke på ikke å overta leverandørens rolle og ansvar i forbindelse med testing. I rollen som godt oppdatert observatør skal man i utgangspunktet kun forsikre seg om at testen blir gjennomført iht. avtalte prosedyrer og observere resultater om mulig. Under ingen omstendigheter bør man godta avvik på stedet, verken hva gjelder prosedyrer eller testutfall. Følgelig bør testpersonell ikke ha fullmakt til å gjøre endringer av kontraktmessig betydning i vid forstand.

### **6. Levering og garantiperiode**

Ved levering må det vurderes nøye om leverandøren har oppfylt alle sine forpliktelser. Gjennom testfasen har man ivarettatt de vesentlige tekniske krav og ytelser, men i tillegg må det påses at alle tilleggsytelser også er levert. Dette kan f. eks. være dokumentasjon og håndbøker, kurs og opplæring, vare- og reservedelslister.

Etter at kunden har akseptert levering starter garantiperioden. Det er viktig å skille mellom utestående punkter fra levering, og feil og mangler som oppstår i garantiperioden. Ved levering bør det føres nøyaktige lister på avvik som aksepteres i forhold til leveringsdato. For slike avvik bør det enten foreligge en plan for retting, som ikke er en del av garantiansvaret, eventuelt at man aksepterer avviket mot annen kompensasjon.

### **7. Reklamasjon – ubehagelig konflikt eller kilde til utvikling og verdiskapning**

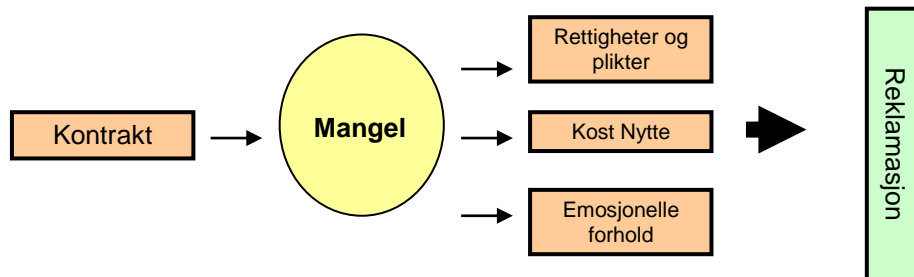
Et vanlig problem er at de som er ansvarlige for mottak og oppfølging av leveransene i liten grad er kjent med detaljene i kontrakten og hvilke plikter, rettigheter og sanksjonsmuligheter man har dersom leveranser er mangelfulle. En god implementering av kontrakten i egen organisasjon vil bidra til at mangelfulle leveranser bli identifisert og eventuelle reklamasjoner gjennomføres på en rask og kostnadseffektiv måte. Det er et paradoks at det er forholdsvis enkelt å få oppmerksomhet i egen organisasjon rundt spesifikasjoner og kontrakts artikler før kontraktsignering, mens mangelfulle leveranser altfor ofte blir ignorert på grunn av manglende implementering av inngåtte kontrakter.

Kontrakten med tekniske spesifikasjoner danner det beste grunnlaget for å fremme en eventuell reklamasjon. Det er gjennom disse dokumentene kunden sikrer seg retten til å klage dersom man er misfornøyd med leveranser. Generelt kan man si at standardkontrakter og

kontraktsmaler stort sett gir tilfredsstillende rettigheter for kjøper og etablerer et godt grunnlag for å kunne reklamere.

Til tross for at adgangen til å reklamere er til stede, aksepterer mange kunder mangler/avvik på leveranser, uten at krav om kompensasjon fremsettes ovenfor leverandør. De vanligste årsakene til at det unnlates å reklamere er:

- a) Manglende kjennskap til rettigheter og plikter
- b) Kost/Nyttevurdering
- c) Emosjonelle forhold.



#### a) Manglende kjennskap til rettigheter og plikter

Lite eller manglende kjennskap til rettigheter og plikter som følge av overfladisk overlevering av kontraktsforholdet internt i egen organisasjon, medfører at de ansvarlige rett og slett ikke er kjent med hvilke krav som er stilt og hvilke rettigheter man som kunde har fremforhandlet. Leveranse aksepteres basert på kutyme og en subjektiv vurdering i stedet for kontraktsfestede rettigheter.

En effektiv overlevering av kontrakten kan sikres ved at de som skal følge opp leveransene tas med i prosessen forut for kontraktsignering. Etter at kontrakt er inngått bør det avsettes tid til en grundig kontrakts gjennomgang som bl.a. innebærer gjennomgang av spesifikasjonene, kontraktsforhandlingene og det endelige forhandlingsresultat.

#### b) Kost/Nytte vurdering

Misfornøyde kunder velger altfor ofte ikke å reklamere av den enkle årsak at verdien av det man anser å kunne oppnå oppfattes til ikke å stå i forhold til byrden med å fremme krav. I en slik situasjon vurderer gode innkjøpere ikke bare verdien av den umiddelbare muligheten for forbedret leveranse knyttet til den konkrete saken. Verdien av å fremstå som seriøs og engasjert kunde som ikke aksepterer avvik av vesentlig betydning, kan på lengre sikt gi betydelig merverdi som langt overstiger ulempene og kostnadene ved å reklamere på mindre feil og mangler. Det kan kanskje synes som et paradoks, men ved å reklamere bidrar ofte kunden til kostnadsstyring i egen virksomhet og samtidig hjelper man leverandøren til å oppnå økt kundetilfredshet over tid.

#### c) Emosjonelle forhold

I langvarige kontraktsforhold dannes ofte gode relasjoner mellom partene. Mange vegrer seg for å reklamere fordi det oppfattes som ubehagelig og vanskelig å fremsette en klage til personer man har utviklet et godt forhold til. Leverandøren kan også oppfattes å være i en maktposisjon som gjør at terskelen for å reklamere heves.

Relasjoner i kontraktsforholdet som hindrer effektiv oppfølging av kontrakten må bekjempes med et sett av virkemidler. Etske retningslinjer som gir føringer på hva som aksepteres av kundebehandling fra leverandørens side er en måte å forebygge på. En annen måte er å

etablere rutiner som gjør at ansvaret for dialog med leverandøren i forbindelse med reklamasjoner blir lagt på en person eller avdeling om til daglig har minimal kontakt med leverandøren.

### **Kompetanse og verktøy**

Vi har så langt pekt på hva som bør gjøres i de ulike steg og hvilke kritiske hendelser man bør ha fokus på. For å bidra til at oppdragsgiver er i stand til å sikre kontraktens verdi, er det nødvendig med god kompetanse og gode verktøy. Mange bedrifter har allerede økonomimoduler / ERP-systemer med kontraktsmoduler eller liknende. Problemet er ofte at det ikke blir implementert og brukt i særlig grad. I tillegg er kontrakts forvaltningen overlatt til veldig mange ansatte med varierende kompetanse. Noen har en formell kompetanse og/eller kommersiell teft som gjør dem til gode kontrakts forvaltere, mens andre ikke har noen av delene. Spørsmålet som bør besvares av enhver kostnadsfokusert leder er: Har vi tilstrekkelig erfaring, verktøy og kompetanse i organisasjonen til å opprettholde prosjektinvesteringenes antatte verdi fra kontraktsignering og frem til utløpet av prosjektets levetid?

### **Oppsummering**

For å sikre kontraktsmessig ytelse og få mest mulig ut av en kontrakt, vil bl.a. følgende forhold kunden styrer være av avgjørende betydning:

- Ha fokus på de “kritiske hendelsene”
- Avklaring av eget nøkkelpersonells roller og ansvar i forhold til de utfordringer kontrakten stiller oss ovenfor
- Ved oppfølging av fremdrift; sette seg nøye inn avvik og ha hele kontraktsområde og kontraktsperioden i mente.
- Sørge for at kontrakten har bestemmelser knyttet til endringsbehandling og anvende disse slik at alle endringer blir dokumentert fortløpende
- Skille klart mellom levering og garantiperiode, og gjøre egen organisasjon godt kjent med rettigheter og plikter som er avtalt i kontrakten.

**Firstventura AS** er et av landets ledende selskaper innenfor innkjøp/offentlige anskaffelser. Vi leverer tjenester til private og offentlige kunder innenfor: Strategisk innkjøpsrådgivning, operativ bistand ved gjennomføring av anskaffelsesprosesser, kursvirksomhet, analysearbeid og innkjøpsfaglige verktøy.

---

## NYE TIDER FOR HÅNDHEVELSE AV KOMMUNALE ANSKAFFELSER

# GRETTE

**2011 byr på nye sanksjonsregler for offentlige anskaffelser. Da innføres nye sanksjonsregler for de om lag 12 000 anbudskonkurransene som staten, fylkeskommunene og kommunene avholder hvert år. EUs forslag, som skal implementeres i Norge, er å innføre sanksjonen ”uten virkning”. Hva vil det eksempelvis innebære for kommunen dersom en kontrakt om snøbrøyting av kommunale veier kjennes uten virkning?**



---

**av Jørgen Aardalsbakke, Advokatfirmaet Grette DA.**

---

### **Ulovlige direkte anskaffelser i Norge og EU**

Manglende kunngjøring av oppdrag er gjerne kategorisert som det alvorligste bruddet på anskaffelsesregelverket. Uten kunngjøring har som kjent leverandørene ikke noen mulighet til å konkurrere om offentlige oppdrag.

Brudd på kunngjøringsplikten var inntil 2007 uten sanksjoner. I Norge ble det derfor innført et gebyr for ulovlige direkte anskaffelser, som skulle være et kraftig korrektiv til innkjøperne som tidligere hadde vært villige til å bryte regelverket, eller som ikke var oppmerksom på viktigheten av kunngjøring av oppdrag.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) – som har håndhevet gebyrsanksjonen – har i de knappe fire årene konstatert ulovlige direkte anskaffelser i 41 saker, og det er utdelt gebyr i 21 av sakene. Dette toppet seg med NHOs fremstøt i 2009, hvor organisasjonen innklaget flere offentlige oppdragsgivere med påstand om manglende kunngjøringer, med store gebyrer som konsekvens i flere av sakene. Det offentlige hadde fått sitt pass påskrevet.

EU har også gjort seg tanker om ulovlige direkte anskaffelser. I 2007 vedtok EU et nytt håndhevelsesdirektiv (2007/66), hvor det ble innført nye sanksjoner, for å sikre økt håndhevelse av regelverket, ikke minst overfor oppdragsgivere som ikke kunngjør oppdrag. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å implementere direktivet, og Regjeringen nedsatte et lovutvalg – Håndhevelsesutvalget – i slutten av 2008. Mandatet var å utarbeide et forslag til nye håndhevelsesbestemmelser, som ivaretar pliktene etter det nye håndhevelsesdirektivet. Utvalget avga sin utredning – NOU 2010:2 – i mars, og i slutten av september utløp høringsfristen for kommentarer til forslaget om nye lov- og forskriftsbestemmelser.

### **En kontrakt kan kjennes uten virkning**

Den store revolusjonen i Håndhevelsesutvalgets utredning, er forslaget om at det skal innføres en ny sanksjon brudd på anskaffelsesregelverket, som innebærer at en kontrakt kan kjennes uten virkning. Dette innebærer at en kontrakt – dersom vilkårene er oppfylt – skal anses for ikke å ha noen virkning mellom partene. Er kontrakten i så fall ugyldig? Ikke uten videre, da sanksjonen ”uten virkning” ikke nødvendigvis innebærer at kontrakten er ugyldig i henhold til alminnelig avtalerett.

Det er ikke alle brudd på anskaffelsesregelverket som verken kan eller skal kunne medføre at kontrakten kjennes uten virkning. Det kreves at det foreligger grov uaktsomhet eller forsett. Sanksjonen er aktuell i to sammenhenger;

- der oppdragsgiver ikke har kunngjort en konkurranse, eller
- der oppdragsgiver har brutt bestemmelsene om karenstid eller suspensjon, og dette har fratatt klager muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelse, dersom det samtidig foreligger brudd på anskaffelsesregelverket, og regelbruddet har påvirket klagers mulighet til å få kontrakten

Kontrakten kan kjennes uten virkning fra kontraktsinngåelsen (tilbakevirkende kraft), eller for fremtidig kontrakts oppfyllelse. Det er foreslått at adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning med tilbakevirkende kraft begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjensstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde. Dette kan eksempelvis være tilfelle ved levering av mat til kommunens kantiner, eller dersom kopipapiret er brukt opp.

Sanksjonen ”uten virkning” skal ikke benyttes dersom vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. I slike tilfeller, eller der kontrakten kjennes uten virkning med virkning for fremtiden, skal det illegges såkalte alternative sanksjoner. Dette kan være avkorting av kontraktens løpetid, og gebyr, eventuelt i kombinasjon.

### **Hva skjer med KOFA?**

Flertallet i Håndhevelsesutvalget har foreslått at de nye sanksjonsreglene skal håndheves av domstolene. Som en følge av at sanksjonen ”uten virkning” overlapper dagens gebyr for ulovlige direkte anskaffelser, foreslås det at gebyret avvikles. Dette innebærer at KOFAs rolle går tilbake til å være et rent rådgivende organ, slik det var fra 2003 til 2007, da overtredelsesgebyret ble innført.

Enkelte mener at KOFA bør være det organ som håndhever alle brudd på anskaffelsesregelverket, og at KOFA skal treffe bindende avgjørelser. Det er også diskutert om KOFA burde være en spesialdomstol.

Det er klart at den nye sanksjonen ”uten virkning” har et noe annet nedslagsfelt enn dagens overtredelsesgebyr, hvor en enkel klage til KOFA kan utløse at KOFA etterforsker saken. Når domstolene skal håndheve regelverket, er det avgjørende at noen forfølger saken. Forslaget til nye håndhevelsesregler innebærer at leverandørbransjen og dennes organisasjoner, uten KOFAs hjelp, må dra lasset. Dette kan – og vil nok – medføre at man ser færre saker om ulovlige direkte anskaffelser.

Et av forslagene i denne sammenheng, er at Konkurransetilsynet skal gis kompetanse til å etterforske og påtale saker der det er mistanke om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Det er viktig at KOFAs rolle og håndhevelse av den nye sanksjonen ikke blandes sammen. KOFA bør beholdes som en utmerket mulighet for leverandørene til å få prøvet saker om

brudd på anskaffelsesregelverket, uten risiko for å bli påført sakskostnader, dersom det likevel ikke foreligger noe regelbrudd. Dersom KOFA skulle håndheve sanksjonen ”uten virkning”, og samtidig også skulle beslutte forbud mot at oppdragsgivere kan inngå kontrakt (i realiteten en midlertidig forføyning), ville KOFA miste sin karakter som et smidig tvisteløsningsorgan. KOFA måtte i så fall tilpasses den nye funksjonen som en slags spesialdomstol.

Er alle disse nye sanksjonsbestemmelsene forslag som er klekket ut av Håndhevelsesutvalget? Nei. Forslaget til nye regler bygger på plikter som fremkommer av EUs håndhevelsesdirektiv. Plikter som innebærer at nasjonalstatene må gjennomføre bestemmelsene, men hvor det på enkelte punkter gis alternativer for gjennomføringen. Flertallet i Håndhevelsesutvalget har foreslått at de nye bestemmelsene ikke bør gå lenger enn det som er nødvendig, for at håndhevelsen ikke skal bli for rigid.

Det er selvsagt uheldig at konsekvensen er at leverandørene selv må påtale direkte anskaffelser, og at dette vil medføre en i realiteten mindre effektiv håndhevelse av de groveste bruddene på anskaffelsesregelverket. Kanskje det bør nedsettes et lovutvalg som kan vurdere om det skal opprettes et tilsynsorgan også for offentlige anskaffelser.

For; heller ikke det offentlige bør være tjent med at håndhevelsen av anskaffelsesregelverket blir mindre effektiv. En profesjonell håndtering av anskaffelsesregelverket gir gode anskaffelser for kommunene, og en sunn konkurranse blant leverandørene.

### **Uten virkning i praksis**

Hvordan vil så den nye sanksjonen fungere i praksis? To ferske eksempler fra KOFAs gebyrsaker gjaldt begge kommuner som endret kontrakter, og ble ilagt gebyr på henholdsvis 500 000 og 900 000 kroner.

Den ene saken gjaldt Sund kommunes endring av en kontrakt, ved å inngå avtale om ferdigstilling av en vegstrekning, der et tidligere tilleggsarbeid hadde vært fylling av overskuddsmasser i en planlagt veitrasé. Nå skulle den halvferdige vegen ferdigstilles, og kommunen fant det hensiktsmessig å tildele oppdraget til den entreprenøren som allerede hadde maskiner i nærheten. KOFA kom til at den opprinnelige avtalen ikke ga grunnlag for å tildele oppdraget som et endringsarbeid, og ingen av unntakshjemplene i forskriften kom heller til anvendelse. Kommunens brudd på anskaffelsesregelverket var, etter KOFAs mening, forsettlig, eller i det minste grovt uaktsomt. Kommunen ble ilagt et gebyr på 500 000 kroner, som tilsvarte 9 % av anskaffelsens verdi.

Da saken ble behandlet av KOFA, var arbeidene utført. Sanksjonen ”uten virkning” kunne da medføre at partene måtte returnere penger og vei, men det siste er ikke gjennomførbart. Det kan likevel ikke utelukkes at man måtte se bort fra avtalen, og at domstolen fastsatte et restitusjonsoppgjør basert på sakens konkrete omstendigheter. Kommunen ville uansett kunne blitt ilagt et gebyr.

Større forskjell ville det blitt i den andre saken, hvor Drammen kommune lovlig avlyste en konkurranse om brøyting av kommunale veier innenfor et angitt område, på grunn av det forelå kun ett tilbud. Kontrakten ble så tildelt i egenregi til kommunens foretak. Dette foretaket hadde ikke kapasitet, og det ble på nytt kunngjort konkurranse om oppdraget, hvor det bare inntok ett tilbud. Konkurransen ble nok en gang avlyst. Oppdraget ble deretter tildelt en entreprenør som fra før hadde tilsvarende kontrakter for to andre veiområder.

Entreprenøren som hadde levert tilbud i den siste konkurransen kunne ikke sitte og se på dette, og klaget til KOFA. KOFA svarte med å tildele kommunen et gebyr på 900 000 kroner, som tilsvarte 7,8 % av anskaffelsens verdi.

Her kunne domstolene valgt, på bakgrunn av sakens forhold, om kontraktens skulle kjennes uten virkning med tilbakevirkende kraft, eller i alle fall med virkning for fremtiden, eventuelt

med tillegg av gebyr i siste tilfelle. Da hadde kommunen stått på bar bakke når snøen falt, og måtte kunngjort ny konkurranse om oppdraget.

Faren er da at kommunen måtte foretatt en ny ulovlig direkte anskaffelse hos entreprenøren som allerede hadde to kontrakter, mens konkurranse om det egentlige oppdraget ble avholdt på korrekt vis. Her har Håndhevelsesutvalget foreslått en ny unntaksbestemmelse, som innebærer at kommunen kan gjøre såkalt dekningskjøp i en kort mellomperiode.

Lett skal det ikke være. Men Sund kommune, eller andre kommuner for den saks skyld, vil etter de nye bestemmelsene som er foreslått av Håndhevelsesutvalget, ikke kunne bli innklaget av medlemmer fra eget kommunestyre. Om det er noen trøst.

**Jørgen Aardalsbakke** er advokatfullmektig/spesialrådgiver i Advokatfirmaet Grettes entrepriseavdeling, der han blant annet jobber med entrepriserett, rådgivningskontrakter og offentlige anskaffelser. Tidligere har han jobbet som seniorrådgiver i Statens vegvesen Vegdirektoratet, med blant annet fagansvar innenfor kontrakts-/entrepriserett og offentlige anskaffelser. Han har videre vært medlem av lovutvalg om håndhevelsessystemet i regelverket om offentlige anskaffelser (Håndhevelsesutvalget).

**Advokatfirmaet Grette DA** har over 60 advokater innenfor områdene arbeidsrett, børns- og verdipapirrett, entreprise, finansiering og låneavtaler, insolvens og restrukturering, konkurranserett, markedsføringsrett, offentlige anskaffelser, opphavsrett, patent-, varemerke- og designrett, selskapsrett, skatt og avgift, tvisteløsning og prosedyre. Grettes advokater innen offentlige anskaffelser har omfattende erfaring i å bistå oppdragsgivere og leverandører på alle trinn i anskaffelsesprosesser, både i planleggingsfasen, evalueringsfasen og ved klage, samt prosesser relatert til krav om stansing av kontraktstildeling, innsyn og erstatning.

---

## INVESTER I PLANLEGGINGSFASEN AV ANSKAFFELSESPROSESSEN

---

**Deloitte.**

**Klarer vi i en hektisk innkjøpshverdag å benytte tilstrekkelige ressurser i planleggingsfasen der påvirkningsmuligheten er størst og ivareta rollen som verdiskaper, eller fokuserer vi for mye på prosedyrekravene i regelverket i konkurransefasen?**



---

**Av Erlend Kokaas, Manager, Deloitte.**

---

Formålsparagrafen til ”Lov om offentlige anskaffelser” sier at loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. I rollen som verdiskaper ligger det at vi som innkjøpere skal skape en merverdi i form av lavere ressursinnsats sammenlignet med dagens kostnads- kvalitetsnivå. Mao skal innkjøpsenhetene skape en besparelse som kan bidra til mer effektiv offentlig tjenesteproduksjon. Potensielle besparelser i en operativ anskaffelse kan være både kvalitative og kvantitative og deles inn i 3 grupper;

Verdiskaper gjennom besparelser	Fase 1	Fase 2	Fase 3
<b>Markedsbesparelser</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Innkjøpsdiagnose</li> <li>▪ Volumkonsolidering</li> <li>▪ Behovsverifikasjon</li> <li>▪ Markedskunnskap</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Beskrives i konkurransegrunnlag og påfølgende kontrakt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Avtalelojalitet</li> <li>▪ Avtaleinformasjon</li> <li>▪ Leverandørutvikling</li> </ul>
<b>Prosessbesparelser</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Koordinering og standardisering av prosesser</li> <li>▪ Dokumentasjon og gjenbruk</li> <li>▪ Informasjon</li> <li>▪ Effektiv funksjonalitet fra ordre til betaling</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Beskrives i konkurransegrunnlag og påfølgende kontrakt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Deling og gjenbruk av kompetanse</li> <li>▪ Oppfølging av prosess fra ordre til betaling</li> </ul>
<b>Forbruksbesparelser</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Produktstandardisering</li> <li>▪ Kostnadseffektivt forbruksmønster</li> <li>▪ Substitutter</li> <li>▪ Redusert forbruk og svinn</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Beskrives i konkurransegrunnlag og påfølgende kontrakt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Oppfølging av forbruksmønster</li> <li>▪ Oppfølging av svinn</li> <li>▪ Oppfølging av reklamasjon og garanti</li> </ul>
<b>Gevinstrealisering</b>	Gjennom denne fasen etableres gode måltall for gevinstrealisering som er tilpasset reelt behov og markedssituasjon som er analysert.	Måltallene benyttes som krav til leverandør mht. statistikk og kontraktsoppfølging i konkurransegrunnlaget	Etablerte måltall benyttes i kontrakt og kontraktsoppfølging slik at reelle og varige gevinster kan følges opp og dokumenteres

De fleste organisasjoner har etablert styrende anskaffelsesdokumenter som skal sikre at anskaffelser gjennomføres etter gjeldende regelverk, og er forankret i overordnede mål og strategier i organisasjonen. Mange har også utarbeidet en prosessveileder som et verktøy for å bidra til en ensartet og profesjonell opptreden for å dekke organisasjonens behov for en vare eller tjeneste.

Overordnede mål og strategier				
		Anskaffelsesstrategi/policy	Fullmakts dokument for anskaffelser	Miljø- og etiske retningslinjer
Fase	Fase 1 Planleggingsfasen		Fase 2 Konkurransfasen	Fase 3 Oppfølgingsfasen
	Aktivitet	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Initierting</li> <li>- Utarbeidelse av mandat</li> <li>- Etablere baseline</li> <li>- Risikovurdering</li> <li>- Etablere tverrfaglig team</li> <li>▪ Behovsverifikasjon</li> <li>- Behovsanalyse</li> <li>- Behovsverifikasjon</li> <li>▪ Markedsanalyse</li> <li>▪ Strategi og spesifikasjon</li> <li>- Kontraktsstrategi</li> <li>- Etablere tildelingskriterier og evalueringsmodell</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Konkurransgrunnlag</li> <li>▪ Kunngjøring</li> <li>▪ Evaluering</li> <li>▪ Anskaffelsesprotokoll</li> <li>▪ Varsel om tildeling</li> <li>▪ Kontraktsinngåelse</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Gevinstrealisering</li> <li>▪ Oppfølging</li> <li>- Kontraktsimplementering</li> <li>- Leverandøroppfølging</li> <li>- Måling</li> <li>- Rapportering</li> <li>▪ Erfaringsoverføring</li> <li>- Dokumentasjon av erfaringer med prosessen, leverandørene og leveransene</li> </ul>

Figur: Anskaffelsesprosessen

Når dette er på plass, medfører fokus på prosedyrekravene i konkurransfasen at det ikke er tilstrekkelig ressurser tilgjengelig i planleggingsfasen der grunnlaget legges og påvirkningsmuligheten er størst?

### ***Initierring og oppstart av anskaffelsesprosessen***

Innledningsvis bør anskaffelsen forankres, roller og fullmakter avklares, samt formål og anskaffelsesmandat utarbeides. En interessentanalyse kan være nyttig for å få frem hvem de viktigste interessentene er, og hvordan de sannsynligvis vil forholde seg til prosjektet. Målsetningen med dette arbeidet er at man skal gjøre seg kjent med muligheter og trusler som sentrale interessenter representerer slik at man kan drøfte og gjennomføre tiltak til prosjektets beste.

Innkjøpere er ofte generalister som i inngår avtaler innenfor et bredt sortiment av ulike varer og tjenester, samt at de selv ikke er avtalebrukere. For å sikre nødvendig fag- og brukerkompetanse i anskaffelsesprosessen, samt bidra til brukerinvolvering og avtalelojalitet bør det etableres tverrfaglige anskaffelsesteam (TAT).

### ***Utarbeidelse av behovsanalyse/behovsverifikasjon***

Behovsanalysen skal gi oss svar på hvordan behovet dekkes i dag og om det er tilstede alternative kostnadseffektive løsninger for å dekke vært reelle behov. Dette medfører at vi trenger tallmateriale i form av regnskap og leverandørreskontro, leverandørstatistikk, samt tilgang til relevante ressurspersoner i et tverrfaglig anskaffelsesteam.

- Innkjøpsdiagnose. Priser, kvalitet, volum og omfang, leveringssteder, bestillings- og betalingsfunksjonalitet, spesifikasjoner og dagens leverandører. Erfaring med dagens leverandører og leveranser
- Definere behov for anskaffelsen og verifisere behov mot aktuelle fag- og støttemiljøer, samt tallmateriale

- Utarbeide en klar beskrivelse av hva som skal anskaffes, bakenforliggende behov, omfang og formål
- Verifisere de identifiserte behovene mot organisasjonens mål og strategier
- Prosjektorganisering, identifisere gevinster, overordnet milepælsplan, budsjett og risikomatrise

### Utarbeidelse av markedsanalyse

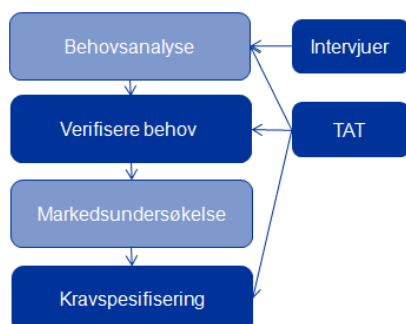
En markedsanalyse skal bidra til å avdekke muligheter og begrensninger som påvirker hvordan anskaffelsen skal gjennomføres.

Markedsanalyse	
<b>Markedsdefinisjon</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Hvordan defineres markedet og hvor stort er det</li> <li>▪ Hva er forventet vekst og lønnsomhet</li> <li>▪ Nasjonalt og/eller globalt marked</li> <li>▪ Konkurransesituasjon i markedet</li> </ul>
<b>Leverandører</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Hvem er leverandørene</li> <li>▪ Hva er deres markedsandeler</li> <li>▪ Hvem er deres kunder</li> <li>▪ Hvor er de lokalisert, nasjonalt/internasjonalt</li> </ul>
<b>Produkter</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Hvilket produkter kan dekke vårt behov</li> <li>▪ Substitutter/alternative produkter</li> <li>▪ Finnes produktet i markedet eller må den utvikles</li> </ul>
<b>Markedskanaler</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Hvilken distribusjonskanaler benyttes</li> <li>▪ Alternative distribusjonsløsninger</li> </ul>
<b>Kostnadsdrivere</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Hva er kostnadsdriverne</li> <li>▪ Hva påvirker prisene</li> <li>▪ Hvilke prismekanismer eksisterer og hva er prisnivået</li> <li>▪ Hva er leverandørens lønnsomhet</li> </ul>

Figur: Markedsanalyse

### Strategi og spesifisering

Basert på aktivitetene som nå er gjennomført er vi klare til å etablere strategi og spesifisering for anskaffelsen. I tillegg etableres tildelingskriterier og evalueringsmodell.



Figur: Planleggingsfasen

For å ivareta rollen som verdiskaper er vi avhengig av tilstrekkelig informasjon om reelt anskaffelsesbehov og hvordan markedet kan levere varer og tjenester på en kostnadseffektiv måte. Gjennom denne kunnskapen unngår vi å stille kostnadsdrivende krav som ikke gir oss noen merverdi i vår behovsdekning. Gjennom fokus på planleggingsfasen der vi har høy påvirkningsmulighet på resultatet, legger vi grunnlaget for en vellykket anskaffelse.

**Erlend Kokaas** er manager i Deloitte AS. Han har en Bachelor og Master of Management fra Handelshøyskolen BI med spesialisering innenfor innkjøp & logistikk. Han har over 20 års erfaringer med anskaffelser til i offentlig og privat sektor.

**Kunnskapshuset Deloitte** består av ca. 950 medarbeidere innen revisjon, konsulent og advokattjenester. Selskapet skiller mellom revisjonsklienter hvor revisjon og beslektede tjenester kan leveres med støtte fra konsulenter og advokater, og rådgivningsklienter hvor hele spekteret av konsulentkompetansen kan tilbys separat eller som integrerte tjenester. Kompetanseområdet Innkjøp og logistikk består av 20 konsulenter med erfaring fra både privat og offentlig virksomhet.

---

---

## BRUK AV EKSTERNE RÅDGIVERE I ANSKAFFELSESPROSESSEN

---

Haavind 



---

**Av advokat Marianne H. Dragsten, advokatfirmaet Haavind AS.**

---

### Generelt om rådgiverhabilitet

En offentlig oppdragsgiver har i mange tilfeller ikke den nødvendige kompetansen for å klarlegge forhold rundt anskaffelsen, herunder utarbeide kravspesifikasjonen. Det er derfor et reelt behov for å kunne knytte til seg rådgivere i forbindelse med tilretteleggelsen og gjennomføringen av anskaffelsesprosessen.

Ved offentlige anskaffelser er det viktig at aktørene på oppdragsgiversiden ikke har en nær tilknytning til konkurransedeltakerne eller selv har en interesse i utfallet av konkurransen som gjør at det kan stilles spørsmål ved om konkurransen er gjennomført på en objektiv og fair måte. Av den grunn inneholder regelverket blant annet særskilte regler om forbud mot å bruke visse rådgivere i forbindelse med anskaffelsen. I anskaffelsesforskriften<sup>1</sup> § 3-8 og forsyningsforskriften<sup>2</sup> § 3-3 er det inntatt et forbud mot å ”søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse.”

Forbudet i anskaffelsesforskriften § 3-8 er formulert som en pliktregel. I dette ligger blant annet at oppdragsgivere skal søke å benytte rådgivere som ikke vil kunne komme i en slik inhabilitetsposisjon, evt. foreta nødvendige tiltak for å hindre at rådgivere utelukkes fra deltakelse i senere konkurranser.

Konsekvensene av at det foreligger rådgiverinhabilitet, er at vedkommende rådgiver ikke kan delta i den etterfølgende konkurransen, jfr. anskaffelsesforskriften § 11-10(1)(f) og 20-12(1)(f).

---

<sup>1</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

<sup>2</sup> Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) av 7. april 2006 nr. 403. I artikkelen vil det kun bli henvist til anskaffelsesforskriften § 3-8, men siden forsyningsforskriften § 3-3 har lik ordlyd, skal den fortolkes på samme måte.

### **Økonomisk interesse i anskaffelsen**

Forbudet rammer bare tilfeller hvor rådgiveren kan ha en økonomisk interesse i anskaffelsen. Både direkte og mer indirekte økonomisk interesse omfattes, for eksempel at rådgiveren og en senere leverandør er selskaper i samme konsern. Det skal antagelig noe mer til for at en som er nært tilknyttet en rådgiver, blir utelukket enn en som selv har vært rådgiver. I begge tilfeller vil imidlertid den konkrete konkurransefordelen leverandøren har i den etterfølgende konkurransen være avgjørende for om deltakelse er utelukket eller ikke.

### **”Utarbeidelse av spesifikasjoner”**

Forbudet rammer etter ordlyden bare bruk av rådgivere ved utarbeidelse av kravspesifikasjonen for anskaffelsen. Kravet til likebehandling av leverandørene gjelder imidlertid generelt og den samme vurderingen som anskaffelsesforskriften § 3-8 gir anvisning på, må derfor foretas uavhengig av hvilken bistand rådgiveren har gitt i forbindelse med anskaffelsesprosessen.

### **Krav til at rådgivningen vil kunne føre til konkurransevridding**

#### *Generelle utgangspunkter*

Forbudet rammer tilfeller hvor rådgivningen ”vil kunne utelukke konkurranse”. I lys av kravet til likebehandling er det klart at det ikke kan kreves at konkurransefordelen er så markant at konkurranse vil kunne utelukkes helt. På den annen side er det i praksis godtatt en viss forskjellsbehandling. Bestemmelsen må forstås slik at det må foreligge en ”konkurransevridding av betydning”.

Ikke enhver rådgivning medfører derfor at rådgiveren er utelukket fra å delta i den senere konkurransen. Oppdragsgiver har i mange tilfeller et saklig begrunnet behov for å kunne trekke veksler på kompetansen i markedet for å kunne oppnå effektive anskaffelser. Det må derfor i utgangspunktet dreie seg om en mer konkret detaljert veiledning for at konkurranse vil kunne påvirkes på en slik måte at rådgiveren ikke kan delta.

EU-domstolen har fastslått i de forente sakene C- 21/03 og C-34/03 (Fabricom) at vurderingen av om det foreligger rådgiverinhabilitet, må avgjøres ut fra en konkret vurdering av om rådgivningens art og/eller innvirkning på den endelige utformingen av konkurransegrunnlaget er slik at rådgiveren får en konkurransefordel han ikke skulle ha hatt. Det er derimot ikke et vilkår at det faktisk påvises at det finner sted en konkurransevridding.

#### *Markedsundersøkelser, idedugnader mv.*

I noen tilfeller henvender oppdragsgiver seg til enkelte leverandører i markedet i forkant av en anskaffelse for å få informasjon om hva som kan tilbys i markedet. Omfanget av slike dialoger vil kunne variere fra uformelle telefonsamtaler til mer omfattende rådgivning om hvordan anskaffelsen bør gjennomføres. Det skal relativt mye til for at slike markedsundersøkelser fører til rådgiverinhabilitet. Skal rådgiverinhabilitet foreligge, må typisk kontakten ha ført til at rådgiveren gir konkrete innspill til kravspesifikasjonen.

### *Utarbeidelse av konkurransegrunnlaget*

Har rådgiveren utarbeidet konkurransegrunnlaget og særlig kravspesifikasjonen, vil det ofte være en formodning for at rådgiverinhabilitet foreligger, i den retning klagenemndas sak 2003/86 (Media Farm). I de tilfellene hvor rådgiveren enerådende har utarbeidet kravspesifikasjonen, skal det mindre til for å konstatere rådgiverinhabilitet enn hvor rådgiveren kun leverer enkelte opplysninger eller ”råmateriale” som bearbeides i et visst omfang av andre.

En del av vurderingen av om konkurransevridning foreligger vil være hvor vanskelig det er for andre leverandører å tilfredsstille spesifikasjonene og hvorvidt spesifikasjonene er egnet til å dekke oppdragsgivers behov, se for eksempel klagenemndas sak 2003/36 (Låsservice Midt-Norge).

### *Bistand i forbindelse med forundersøkelser og utredningsarbeider*

Ved en del anskaffelser vil det være behov for å foreta ulike forprosjekter før en konkurranse om ”hovedytelsen” kan gjennomføres. I disse tilfellene har ikke rådgiveren direkte bidratt til å utforme konkurransebetingelser, og risikoen for påvirkning er dermed noe mindre. Praksis viser også at rådgiveren kan yte mer omfattende bistand enn ved direkte bistand til konkurransebetingelsene uten å bli ekskludert fra den etterfølgende konkurranse. Momenter i vurderingen av om rådgivningen kan føre til en konkurransevridning er blant annet

- om produktet av rådgivningen er gjort tilgjengelig for samtlige tilbydere, jfr. blant annet klagenemndas saker 2007/83 (Grete Jarmund Rådgivende Arkitekt) og 2005/296 (Kåre Hagen Byggelederfirma).

Dette vil imidlertid ikke alltid være tilstrekkelig. Rådgiveren vil i mange tilfeller ha opparbeidet seg en forståelse om oppdragsgivers behov som ikke alltid kommer til uttrykk i utarbeidede rapporter. Det må også sees hen til at det ikke nødvendigvis er slik at utredningene inneholder all relevant informasjon av betydning for utarbeidelse av et konkurransedyktig tilbud.

- Hvorvidt rådgiveren har tilegnet seg viten som ikke kan videreformidles, jfr. blant annet klagenemndas sak 2003/86 (Media Farm AS). Dette gjelder særlig dersom det kan påvises at kunnskapen er av en slik art at det vil ha direkte betydning for utarbeidelsen av tilbudet.
- Omfanget av rådgivningen
- Hvorvidt rådgivningen har direkte relevans for tilbudets innhold, jfr. blant annet klagenemndas sak 2008/42 (Bjørn Bjørnstad Prosjektering). Dersom omfanget har vært av en slik karakter at det avdekker alle relevante problemstillinger for tilbudsutarbeidelsen, taler dette for at rådgiverhabilitet foreligger.

- Hvorvidt rådgiveren har fått tilgang til informasjon om oppdragsgivers behov og ytelsen som skal anskaffes, på et tidligere stadium enn de øvrige og dermed har et tidsmessig forsprang med å utarbeide tilbud, jfr. blant annet klagenemndas sak 2007/83 (Grete Jarmund Rådgivende Arkitekt). Dette kan i mange tilfeller repareres ved at leverandørene gis god tid til å utarbeide tilbud, jfr. blant annet klagenemndas sak 2003/286 (Didac).
- Det skal mer til for at rådgivningen rammes av forbudet dersom rådgiveren er den eneste som har den kunnskapen oppdragsgiver trenger for å utarbeide kravspesifikasjonen. En typisk situasjon er at nåværende/tidligere leverandør er den som sitter på den nødvendige informasjonen. Oppdragsgiver kan da ikke være forhindret fra å innhente opplysninger som er nødvendig for en god gjennomføring av konkurransen.

Det å bli utelukket fra den etterfølgende konkurransen, er en vidtrekkende konsekvens for rådgiveren. Før oppdragsgiver avviser en leverandør som også har vært rådgiver, skal derfor leverandøren få mulighet til å godtgjøre at rådgiverrollen ikke har gitt ham en konkurransefordel, jfr. EU-domstolens forente saker C- 21/03 og C-34/03 (Fabricom). Avgjørelsen kan også tas til inntekt for at oppdragsgiver så tidlig som mulig i prosessen skal avgjøre avvisningsspørsmålet slik at rådgiveren har mulighet for å påklage og få omgjort avvisningsbeslutningen før konkurransen avgjøres.

**Marianne H. Dragsten** er assosiert partner i advokatfirmaet Haavind AS. Dragsten har utgitt bøkene Offentlige anskaffelser og Håndbok i offentlige anskaffelser samt vil i 2011 utgi en ny oppdatert bok om emnet. Hun er benyttet som foredragsholder innenfor emnet i stor utstrekning.

**Haavind A/S** er et av landets ledende forretningsjuridiske firmaer og er organisert i markeds- og bransjeorienterte forretningsområder. Firmaet har et tung faglig miljø innen offentlige anskaffelser og bistår både oppdragsgivere og leverandører i alle faser av anskaffelsesprosessen, herunder ved tvisteløsning. Ved å utnytte selskapets totale kompetanse, både faglig og bransjemessig, finner Haavind de beste løsningene for hver enkelt kunde.

---

## BRUK AV KONTRAKTS STRATEGI I ANSKAFFELSESPROSESSER

---

**Undersøkelser fra USA har vist at 3-5 prosent av anskaffelsesvolumet i privat og offentlig sektor ikke dekker behovet eller fører til forbedringer i ytelsene. Det finnes flere årsaker til det, og dårlig planlegging av anskaffelsene er en av dem. I Oslo kommune har man forsøkt å sette planleggingen i system gjennom å utarbeide kontrakts strategi for den enkelte anskaffelse. Erfaringer viser nemlig at jo tidligere i prosessen man gjør vurderinger i henhold til regelverket, jo bedre anskaffelsesprosesser gjennomfører vi.**



---

### **Karina Stehl, teamleder i konserninnkjøp, Oslo kommune**

---

Oslo kommune vedtok i 2010 ny konsernovergripende anskaffelsesstrategi. Strategiens hovedmål er at Oslo kommunes anskaffelser skal være økonomisk effektive og skape tillit til kommunen som innkjøper. Det er lagt vekt på hvordan innkjøperne i kommunen kan gjennomføre innkjøpsfaglig gode anskaffelsesprosesser, samtidig som regelverket skal etterleves.

Planlegging er en vesentlig del av innkjøpsarbeidet. Ikke bare den langsiktige planleggingen av hva som skal anskaffes når, men også planleggingen av den enkelte anskaffelse. Oslo kommune har derfor vedtatt at man skal utarbeide en kontrakts strategi for alle anskaffelser i kommunen.

Kontraktsstrategien er kort fortalt en strategi for den enkelte anskaffelse. Tanken er at man så tidlig som mulig skal gjøre vurderinger om hvordan den enkelte anskaffelse skal planlegges og dokumenteres, og sikre at man har vært gjennom alle relevante punkter i forhold til regelverket og interne instruksjer. Kontraktsstrategien skal utarbeides etter at behovet er godkjent av virksomhetsleder, og skal også godkjennes av virksomhetsleder før konkurransen blir kunngjort. På denne måten sikrer man også at anskaffelsen er forsvarlig forankret.

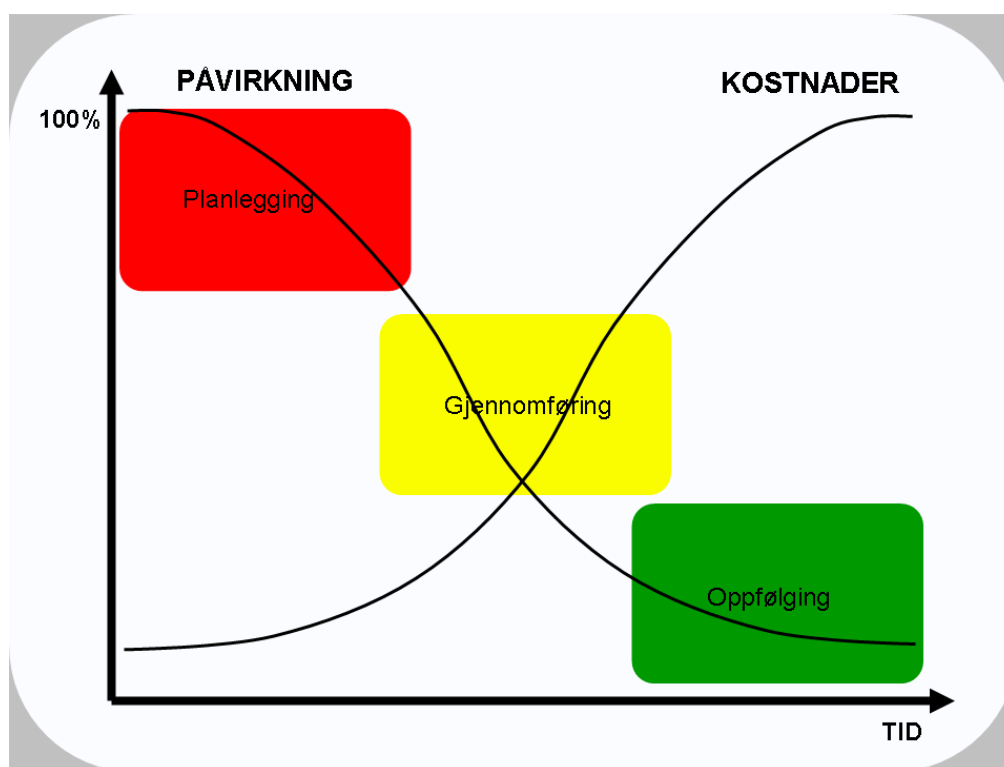
#### **Kostnadene ved endringer i anskaffelsesprosesser**

I figuren nedenfor vises sammen mellom fasene i anskaffelsesprosessen, grad av påvirkning og kostnader ved endring. Anskaffelsesprosessen består av 3 faser: planleggingsfasen (rød), gjennomføringsfasen (gul) og oppfølgingsfasen (grønn). I planleggingsfasen er det kun

innkjøperen og eventuelt brukergruppen som kjenner til konkurransens innhold og krav. I denne fasen har vi mulighet til å vurdere ulike krav til ytelsen og teste forskjellige vektingsmodeller uten at det koster oss noe (bortsett fra tid, som jo også er penger).

Med en gang konkurransen er kunngjort, er det vanskeligere å gjøre endringer. Vesentlige endringer er ikke lenger tillat, som for eksempel endringer i tildelingskriteriene. Dersom vi oppdager store mangler i konkurransen, må vi eventuelt avlyse konkurransen og kunngjøre på nytt. Kostnadene ved endringer øker.

I det kontrakten er signert, er konsekvensene og kostnaden ved endringer enda større. Endringsmeldingene blir ikke konkurranseutsatt på samme måte som de opprinnelige kravene i konkurransen, og leverandøren har ikke samme intensiv til å tilby det som er økonomisk mest fordelaktig for oss.



Det er mange gode grunner til å gjøre en bedre jobb i planleggingsfasen. En undersøkelse gjennomført i USA ble presentert i Harvard Business Review i 2005. Den viste at 3-5 prosent av anskaffelsesvolumet i privat og offentlig sektor ikke dekket noen behov og ikke førte til noen forbedringer. Årsakene var blant annet at innkjøperne ikke maktet å definere og verifisere behovet i tilstrekkelig grad. Det var også mangelfull forretningsmessig tenking og holdning, og som en konsekvens av dette mangelfull anskaffelsesfaglig kompetanse. Undersøkelsen underbygger at det er mye å hente ved å planlegge anskaffelsene på en god måte.

### **Innholdet i en kontrakts strategi**

Kontraktsstrategien synliggjør valg og vurderinger som er gjort i planleggingsfasen av anskaffelsen og skal gi et beslutningsgrunnlag for å kunne iverksette gjennomføring av

anskaffelsen. Kontraksstrategien bør være proporsjonal med anskaffelsens omfang og vesentlighet, og jo større anskaffelser, jo mer bør man vurdere i planleggingsfasen.

Det finnes ingen uttømmende liste for hva en god kontraks strategi bør inneholde, da dette vil variere avhengig av hva som skal anskaffes, volum, markedssituasjonen m.m. Vi har imidlertid forsøkt å lage en oversikt over problemstillinger som bør vurderes i kontraksstrategien for en anskaffelse over EØS-terskelverdi:

### *Behovet:*

Hvilket behov skal dekkes, og hva er konsekvensene dersom behovet ikke dekkes? Man bør også gjøre vurderinger i forhold til hvor lenge behovet vil vare og om det eventuelt vil endre seg over tid. Videre bør man gjøre seg noen tanker om hvordan behovet kan dekkes, og om det faktisk er nødvendig å gjennomføre en anskaffelse for å dekke det. Den beste anskaffelsen er som kjent ingen anskaffelse.

### *Økonomi og organisasjon:*

Tradisjonelt sett er innkjøperne dyktige til å vurdere de økonomiske konsekvensene av en anskaffelse, som for eksempel anskaffelseskostnad og livssyklus-kostnader. Men i tillegg kan det være hensiktsmessig å vurdere om anskaffelsen vil medføre organisasjonsmessige konsekvenser, for eksempel økt eller redusert behov for personalmessige ressurser. Man bør også se på ressursbehovet i kontraktsoppfølgingen.

Det er også svært viktig å kartlegge hvordan anskaffelsen henger sammen med andre anskaffelsesprosesser og prosjekter i virksomheten. Dette kan være integrasjon mot eksisterende kontrakter og infrastruktur, spesielt innen IKT-området.

### *Plan for gjennomføring av anskaffelsen:*

En kontraks strategi må angi hvordan anskaffelsen er planlagt gjennomført. Dette innebærer å sette opp en fremdriftsplan, angi hvem som skal delta i anskaffelsesprosessen og hvilke roller/ansvar den enkelte person har. I tillegg kan det være nyttig med en enkel interessentanalyse for å avdekke om det finnes personer eller grupperinger utenfor selve anskaffelsesprosessen som bør få informasjon om prosessen underveis.

### *Vurdering av markedet:*

Markedsundersøkelsen er en svært viktig del av planleggingen av en anskaffelse. I kontraksstrategien bør man oppsummere kort hvilke erfaringer virksomheten har fra markedet og hvilke lærepunkter som er kommet frem av markedsundersøkelsen.

### *Konkurransiform:*

For å sikre etterlevelse av regelverket om offentlige anskaffelser, mener vi at kontraksstrategien bør angi hvordan innkjøperen planlegger å gjennomføre anskaffelsen. Det innebærer blant annet å begrunne valg av prosedyre og kontrakt. Videre bør man si litt om hvordan man har tenkt å sikre riktig pris og kvalitet gjennom krav til kvalifikasjoner, ytelse og tildeling. For å ivareta kravet om i LOA § 6, er det også viktig å angi hvordan man har tenkt å ta hensyn til samfunnsansvar i anskaffelsen.

### *Implementering og oppfølging:*

Når man gjennomfører anskaffelsesprosesser glemmer man ofte å tenke på hvordan kontrakten skal implementeres og følges opp når den er signert. Ved å ta dette med som et fast punkt i kontraksstrategien kan man tidlig i planleggingen avdekke aktuelle problemstillinger og ta høyde for dette i utarbeidelse av kravspesifikasjon og kontrakt. Det er også viktig å

tenke gjennom hvordan man kan sikre at overgangen fra en leverandør til en annen går mest mulig smertefritt.

### *Andre punkter til vurdering:*

I de største anskaffelsene bør man også gjennomføre en risikoanalyse av selve prosessen og avtalen. Det må da gjøres en vurdering av hvilke forhold eller hendelser som kan true selve anskaffelsesprosessen eller senere medføre at behovet ikke dekkes når kontrakt er inngått. Videre må man vurdere hvor stor risikoen for det enkelte tilfellet er, og foreslå risikoreduserende tiltak der hvor risikoen er høy.

### **Kontrakts strategi i praksis**

Dette virker kanskje overveldende. Men den observante leser vil nok ha oppdaget at dette ikke er revolusjonerende nytt for innkjøpere i det offentlige. Vurderingene skissert over har de fleste innkjøpere allerede gjort i mer eller mindre grad. Det som er nytt for mange, er å systematisere og dokumentere det arbeidet som gjøres før man setter i gang anskaffelsesprosessen.

Vår erfaring er at på flere av punktene vil vurderingene være like for anskaffelser innen samme kategori. På den måten er det mulig å lage en ”standard” strategi for ulike typer anskaffelser, slik at arbeidsbelastningen reduseres etter hvert som man gjennomfører flere anskaffelser.

I Oslo kommune har vi fått positive reaksjoner fra de som har tatt i bruk våre maler på området. Blant annet får vi tilbakemeldinger om at kontraktsstrategien gjør at man enklere ser omfanget av den enkelte anskaffelsesprosess, og at man på en ryddig måte kan avdekke aktuelle problemstillinger som vil dukke opp senere i prosessen. Dette gjelder både erfarne innkjøpere og de som ikke gjennomfører så mange anskaffelsesprosesser. Kontrakts strategien er også et nyttig verktøy når man skal presentere anskaffelsen for ledelsen, brukergrupper og andre som er involvert i prosessen.

På årets fagsamling for KSI vil Oslo kommune presentere nærmere hvordan vi jobber med kontrakts strategi for den enkelte anskaffelse og våre erfaringer med dette så langt.

**Karina Stehl** er teamleder i avdeling for konserninnkjøp i Oslo kommune og leder teamet som arbeider med de konsernovergripende rammeavtalene i kommunen. Tidligere var hun leder for et interkommunalt innkjøpssamarbeid og hun har sittet i KSI fagrådet siden 2008.

**Oslo kommune** er en av Norges største arbeidsgivere med ca. 43 000 ansatte og et årsbudsjett på ca. 42 milliarder kroner. Avdeling for konserninnkjøp i Utviklings- og kompetanseetaten består av ca. 20 medarbeidere med kompetanse og erfaring innen offentlige anskaffelser. Avdelingen arbeider med gjennomføring og oppfølging av konsernovergripende rammeavtaler, anskaffelsesstrategi, rådgivning og arrangerer en rekke kurs innen offentlige anskaffelser for kommunens ledere og ansatte.