

NOTAT

Til: Safe Tag AS

Fra: Arntzen de Besche Advokatfirma AS v/Ronny
Rosenvold

Oslo, 11. desember 2015
Ansvarlig advokat: Espen Bakken
E-post: rro@adeb.no
Vår ref: RRO/rro 1346166.1
/

Kopi:

SAFE TAG SOM KVALIFIKASJONSVERKTØY

1 MANDAT

Arntzen de Besche Advokatfirma AS er gitt i oppdrag av Safe Tag AS (Safe Tag) å utrede hvorvidt offentlige oppdragsgiver underlagt lov og forskrift om offentlige anskaffelser kan benytte Safe Tag for vurdering av om dokumentasjonskrav for oppfyllelse av angitte kvalifikasjonskrav. Enn videre har Safe Tag bedt om en vurdering av om godkjenning/sertifisering av Safe Tag kan oppstilles som et avtalevilkår.

Safe Tag er et kvalifiseringsorgan som utsteder sertifiseringer til firmaer. Bakgrunnen for kvalifiseringen er en rekke relevante offentlige opplysninger. Det gjelder bl.a. opplysninger om foretakets finansielle situasjon, kredittverdighet, produksjonskapasitet, kvalitetssystem og bekreftelser på at skatte- og avgiftsforhold er i orden.

2 KVALIFIKASJONSVURDERINGEN

2.1 Gjeldende regelverk

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med å stille kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren teknisk, organisatorisk, økonomisk og finansielt har det nødvendige grunnlaget for å gjennomføre kontrakten. Det fremgår av forskriften at oppdragsgiver kan stille minimumskrav som leverandørene må oppfylle for å delta i konkurransen, jf. FOA §§ 8-4 og 17-4. Manglende oppfyllelse av slike minimumskrav skal lede til avvisning. Slike minimumskrav skal være egnet til å sikre at leverandøren kan oppfylle kontrakten, og må stå i forhold til anskaffelsen, jf. §§ 8-4 annet ledd og 17-4 annet ledd.

Alle kvalifikasjonskravene skal saklig sett være knyttet til ett av følgende forhold:

- (1) Leverandørens organisering
- (2) Leverandørens finansielle og økonomiske stilling
- (3) Leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner

For å kunne vurdere leverandørens kvalifikasjoner må oppdragsgiveren også stille krav til hvordan leverandøren skal dokumentere sine kvalifikasjoner. Det er denne dokumentasjonen som skal vise at leverandøren er kvalifisert til å delta i konkurransen. Oppdragsgiveren skal alltid stille både kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav. Det er viktig at kravene til dokumentasjon er nøyaktige. De

skal sikre at leverandørene leverer inn riktig dokumentasjon, og at det ikke kommer unødvendig og/eller mangelfull dokumentasjon.

I anskaffelsesforskriftens del III blir det gitt eksempler på dokumentasjon som kan godtas som bevis på leverandørens økonomiske og finansielle stilling, jf. FOA § 17-8. Listen er ikke uttømmende. Dette åpner for at også annen dokumentasjon kan godtas. I FOA § 17-9 er det imidlertid gitt en uttømmende liste over dokumentasjon som godtas for å vurdere leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner. Tilsvarende opplisting av lovlig dokumentasjon er ikke gitt under anskaffelsesforskriftens del II. Etter forskriftens del II har oppdragsgiver rett, men ikke plikt, til å stille kvalifikasjonskrav. Hvor det stilles kvalifikasjonskrav vil leverandøren måtte dokumentere oppfyllelse.

Spørsmålet er etter dette om oppdragsgiver kan oppstille sertifisering fra Safe Tag som et dokumentasjonskrav.

I henhold til Fornyings- og administrasjonsdepartementets «*Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*»¹ kan oppdragsgiveren åpne for at leverandør kan dokumentere oppfyllelse kvalifikasjonskrav gjennom registrering i et kvalifikasjonsverktøy, slik som Safe Tag. Fremleggelse av slikt sertifikat kan angis som tilstrekkelig for å dokumentere oppfyllelse av konkrete kvalifikasjonskrav. Departementet veileder forutsetter imidlertid at oppdragsgiver vil måtte åpne for at annen dokumentasjon også aksepteres.

Bakgrunnen for at regelverket ikke åpner for et absolutt krav om å være registrert i en kvalifikasjonsordning er at det vil begrense konkurransen. Særlig sett hen til at ulike konkurranser vil kunne stilles krav til registrering i ulike kvalifikasjonsordninger. Dette står også i sammenheng med at regelverket åpner for at det kan etableres nasjonale registreringsordninger, jf. FOA § 17-11. En slik nasjonal ordning er ikke etablert i Norge.

For anskaffelsesforskriften del II åpner regelverket etter dette for at oppdragsgiver kan akseptere sertifisering fra Safe Tag som dokumentasjon på oppfyllelse av samtlige kvalifikasjonskrav. For anskaffelsesforskriften del III er adgangen til å benytte sertifisering fra Safe Tag begrenset til kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens finansielle og økonomiske stilling. For disse kravene vil imidlertid oppdragsgiver kunne legge til grunn sertifisering som tilstrekkelig dokumentasjon.

En annen problemstilling er om oppdragsgiver kan benytte Safe Tag til å foreta kvalifikasjonsvurderingen.

Anskaffelsesregelverket er ikke til hinder for at oppdragsgiver benytter kvalifiseringsorganer som Safe Tag til å foreta hele eller deler av kvalifikasjonsvurderingen under alle deler av regelverket. Oppdragsgiver vil da måtte dekke kostnadene. Dette er slik vi vurderer det egnet til å forenkle anskaffelsesprosessen betydelig.

Det skal til slutt nevnes at for anskaffelser hvor kunngjøring ikke er påkrevd, med andre ord anskaffelser under 500 000,- kan Safe Tag anvendes for å velge tilbydere som i utgangspunktet er registrert, slik at oppdragsgiver kan få tilgang til basisinformasjon om disse foretakene, før de inviteres til en konkurranse. For kontrakter som har en verdi under NOK 500 000 kan det for eksempel brukes minikonkurranse mellom tre leverandører. Utvalget av leverandører kan gjøres basert på Safe Tags registre over leverandører i de relevante markedene.

¹ [Veileder til reglene om offentlige anskaffelser - Oppdatert desember 2013](#), side 132

2.2 Nytt anskaffelsesregelverk

Nærings- og fiskeridepartementet har hatt utkast til nytt anskaffelsesregelverk på høring. Det nye regelverket er tenkt å tre i kraft våren 2016. Endringene skyldes dels nye EU-direktiver, og dels ønsker om et enklere nasjonalt regelverk. Selv om hovedprinsippene i regelverket videreføres, foreslås endringer knyttet til dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Som noe nytt innføres det regler om at leverandørene alltid kan levere egenerklæringer som foreløpig bevis på at de oppfyller kvalifikasjonskrav som skal dokumenteres ved sertifikater/attester utstedt av offentlige myndigheter eller uavhengig tredjepart. En slik egenerklæring trer altså – foreløpig – i stedet for den dokumentasjon som oppdragsgiver har etterspurt, og oppdragsgiver kan da på ethvert tidspunkt i anskaffelsesprosessen kreve at leverandørene leverer inn den etterspurte dokumentasjonen. Oppdragsgiver skal be om slik dokumentasjon fra den leverandøren oppdragsgiver har til hensikt å tildele kontrakten, for å foreta en endelig vurdering av om denne leverandøren er kvalifisert før kontrakten tildeles. Det nye egenerklæringsregimet er tenkt å være ressursbesparende og forenkende, både for oppdragsgiver og leverandører.

For kvalifikasjonsordninger som Safe Tag innebærer dette at dersom oppdragsgiver godkjenner egenerklæring vil dokumentasjon på oppfyllelse av kravene først bli relevant ved tildeling av kontrakt. På tidspunktet for tildeling av kontrakt vil oppdragsgiver som i dag kunne godkjenne dokumentasjon i form av sertifisering fra Safe Tag, alternativt tredjepartvurdering foretatt av Safe Tag, av kvalifiserte tilbydere.

2.3 Særlig om forsyningsforskriften

I medhold av forskriften for forsyningssektorene heter det at oppdragsgivere innen forsyningssektorene kan opprette og anvende kvalifikasjonsordninger for leverandører og entreprenører. Ordning består av lister over kvalifiserte leverandører/entreprenører for ulike varegrupper på bakgrunn av et etablert kvalifikasjonssystem.

Oppdragsgiver som oppretter et slikt kvalifikasjonssystem, skal sørge for at leverandører til enhver tid kan søke om å bli kvalifisert. Dersom ordningen skal vare lenger enn tre år, skal den kunngjøres årlig. Ved kortere varighet er det tilstrekkelig med én kunngjøring.

Offentlige oppdragsgivere kan bruke kvalifikasjonsordninger som administreres av en ekstern leverandør slik som Safe Tag. Safe Tag vil kunne kreve den enkelte deltaker en avgift for medlemskap i kvalifikasjonsordningen.

3 AVTALEVILKÅR

I tillegg til å være et kvalifikasjonsverktøy tilbyr Safe Tag også kontroll med at kvalifikasjonskravene er oppfylt under gjennomføringsfasen. Vi er bedt om å vurdere om det offentlige vil kunne stille som vilkår at leverandøren er registrert hos Safe Tag i avtaleperioden.

Som et utgangspunkt regulerer ikke anskaffelsesregelverket avtalefriheten det offentlige har. Det innebærer at det offentlige har full autonomi vedrørende avtalevilkårene som presenteres for leverandørene. Et tilbud skal avvises dersom leverandøren ikke aksepterer lovlig fastsatte kontraktsvilkår, jf. FOA §§ 11-11 (1)(d) og 20-13(1)(d).

Et krav om at oppdragsgivers leverandør er registrert hos Safe Tag vil etter dette kunne oppstilles som et avtalevilkår. Dette vil være særlig relevant hvor oppdragsgiver samtidig gjør kvalifikasjonskravene til kontraktsgjennomføringskrav. På denne måten sikres oppdragsgiver at leverandøren til enhver tid oppfyller minimumskravene som ble stilt for deltakelse i konkurransen. Dette vil være et avtalerettslig

bindende vilkår hvor brudd kan medføre obligasjonsrettslige sanksjoner, herunder retting, prisavslag, heving og erstatning.

Ved å inkludere kvalifikasjonskravene som kontraktgjennomføringskrav bør oppdragsgiver etablere adekvate kontrollmuligheter. En slik kontrollmulighet vil kunne avtales. Nærliggende i så måte vil være å se Safe Tag som et relevant kontrollorgan hvor leverandørene er forpliktet til å være registrert.

Det er vår vurdering at det offentlige kan stille som vilkår at valgte leverandør registrerer seg hos Safe Tag for egen regning på tidspunktet for kontraktsinngåelse.

4 KONKLUSJON

Vi har foran vurdert oppdragsgivers adgang til å benytte Safe Tag som et lovlig dokumentasjonskrav i en offentlig anbudskonkurranse. Vår vurdering er at det offentlige i konkurransegrunnlaget kan åpne for at leverandørene oppfylle dokumentasjonskravet gjennom henvisning til sertifisering fra Safe Tag.

For anskaffelser hvor det ikke er krav til kunngjøring kan det offentlige velge tilbydere som i utgangspunktet er registrert, slik at oppdragsgiver kan få tilgang til basisinformasjon om disse foretakene, før de inviteres til en konkurranse. På denne måten sikrer oppdragsgiver deres kvalifikasjoner med bakgrunn i registrering hos Safe Tag.

Hvor kontrakt er tildelt og kontrakt skal inngås er det vår vurdering at oppdragsgiver kan stille, som vilkår, at deres kontraktsmotpart er registrert hos Safe Tag. Dette gir oppdragsgiver adgang til å føre kontroll med oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene i kontraktgjennomføringsfasen.

---000---