

Veileder for offentlige oppdragsgivere i møte med en sosial entreprenør

– Hvordan slippe sosiale entreprenører
inn i en offentlig anskaffelsesprosess

Forord

I ti år har vi i Ferd Sosiale Entreprenører jobbet tett med sosiale entreprenører i Norge. Vi har gjennom dem enkelte ganger sett offentlige anskaffelser som en hindring for samarbeid, men aller mest som en uforløst mulighet. I arbeidet med denne veilederen ønsker vi å vise mulighetene for å skape sosial merverdi, ved aktivt å bruke det handlingsrommet som finnes i regelverket.

Veilederen er laget i tett samarbeid med offentlige aktører og andre som kjenner dette feltet godt. Vi takker referansegruppen fra KS, Innovasjon Norge, Difi, Leverandørutviklingsprogrammet, Velferdsetaten i Oslo Kommune og SoCentral for verdifulle og avgjørende bidrag.

Hilsen Katinka Greve Leiner
direktør Ferd Sosiale Entreprenører



Innovative
anskaffelser



Oslo kommune
Velferdsetaten



Veilederen er laget og ført i pennen av advokatselskapet

SCHJØDT

Har du innspill til veilederens innhold eller gode eksempler å legge til kan du sende disse til Henriette Skretteberg i Ferd Sosiale Entreprenører på hos@ferd.no.

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning	5
1.1.	Veilederens tema og formål	5
1.2.	Grunnleggende begreper	6
1.2.1.	Hva er en <i>sosial entreprenør</i> ?	6
1.2.2.	Hva er en <i>offentlig oppdragsgiver</i> ?	7
1.2.3.	Hva er en <i>innkjøpsenhet</i> ?	7
2.	Starten på en anskaffelsesprosess: å se et behov	8
2.1.	Behovsåpenbaringen	8
2.2.	Handlingsrommet i regelverket for gjennomføring av dialog	9
2.3.	Konkrete dialogaktiviteter	9
3.	En anskaffelse skal gjennomføres – Terskelverdier	11
3.1.	Innledning	11
3.2.	Anskaffelser som faller utenfor anskaffelsesregelverket	11
3.3.	Forskriftens del I	11
3.4.	Forskriftens del II	12
3.5.	Forskriftens del III	13
3.6.	Forskriftens del IV	14
4.	Utforming av konkurransegrunlaget	14
4.1.	Innledning	14
4.2.	Kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav	15
4.3.	Valg og vektning av tildelingskriterier	18
4.4.	Kravspesifikasjoner	20
4.5.	Kontraktsvilkår	21
5.	Spesielle bestemmelser som skaper ytterligere handlingsrom	22
5.1.	Innledning	22
5.2.	Reservasjon av konkurranser for <i>vanskeligstilte</i>	22
5.2.1.	Innledning	22
5.2.2.	Hva menes med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer?	23
5.2.3.	Hvilke virksomheter og programmer omfattes av de reserverte kontraktene?	24
5.2.4.	Mulighet for nærmere avgrensninger	24

5.3.	Reservasjon av konkurranser for <i>ideelle</i> aktører	24
5.3.1.	Innledning	24
5.3.2.	Kort historisk gjennomgang	25
5.3.3.	Vilkårene for å reservere en konkurranse for ideelle aktører	25
5.3.4.	Kan sosiale entreprenører være «ideelle» aktører?	26
5.3.5.	Oppsummering	27
5.4.	FoU- kontrakter og innovasjonspartnerskap	28
5.4.1.	Innledning	28
5.4.2.	FoU-kontrakter	28
5.4.3.	Innovasjonspartnerskap	29
5.5.	Unntak fra krav om konkurranse når det kun er én leverandør i markedet	30
5.5.1.	Anskaffelser etter forskriftens del II	30
5.5.2.	Anskaffelser etter forskriftens del III	30
5.5.3.	Oppsummering	31

1. Innledning

1.1. Veilederens tema og formål

Samarbeidspartnerne som har utarbeidet denne veilederen, har observert og erfart at flere sosiale entreprenører sliter med å vinne frem i offentlige anskaffelsesprosesser. De har jobbet med sosialt entreprenørskap i flere år, og har hjulpet sosiale entreprenører på ulike måter. For eksempel med oppstart av virksomhet, videreutvikling, nettverksbygging og deltakelse i anskaffelsesprosesser, gjennom sitt arbeid.

Samarbeidsgruppen består av Ferd Sosiale Entreprenører AS, SoCentral AS, KS Kommunesektorens organisasjon, Innovasjon Norge, Oslo kommune v/ Velferdsetaten, DIFI og Nasjonalt program for leverandørutvikling (som eies av NHO, KS, DIFI, Innovasjon Norge og Forskningsrådet). Gruppen har utarbeidet denne veilederen for å synliggjøre offentlige oppdragsgiveres handlingsrom i anskaffelsesprosesser, og på den måten bidra til at flere sosiale entreprenører kan ta del i det offentlige markedet for tjenesteyting og varesalg.

Offentlige oppdragsgivere er bundet av anskaffelsesregelverket, og det kan derfor være utfordrende både for den sosiale entreprenøren og oppdragsgiveren å finne en lovlig og hensiktsmessig måte å samarbeide på. Sosiale entreprenører har gjerne andre forutsetninger enn fullverdige markedsaktører i møte med en offentlig oppdragsgiver som trenger å kjøpe varer eller tjenester.

Denne veilederen er utarbeidet for offentlige oppdragsgivere i deres møte med sosiale entreprenører, slik at det blir lettere for partene å finne muligheter for samarbeid. Veilederen skal peke på og forklare de juridiske mulighetsrommene som oppdragsgiver har i anskaffelsesregelverket, herunder mulighetene for dialog før og i startfasen av en anskaffelsesprosess, handlingsrommet ved utformingen av konkurransegrunnlaget samt mulighetene oppdragsgivere har til å benytte unntaksbestemmelser som kan skape ytterligere rom for sosiale entreprenører.

Det har de siste årene vært en økt politisk interesse å gjennomføre anskaffelsesprosesser på en måte som fremmer bærekraftig og inkluderende vekst. Dette kommer blant annet til uttrykk i anskaffelseslovens forarbeider, se Prop. 51 L. Der sies det i punkt 6.1 at varer og tjenester skal anskaffes til riktig kvalitet og riktig pris ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted. Samtidig presiseres det at også andre samfunnshensyn kan ivaretas, for eksempel å bedre miljøet og redusere klimautfordringer, ivareta helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplasser, fremme næringslivsinteresser og innovasjon, og å unngå diskriminering og ivareta ulike svake grupper i samfunnet. Som vi skal utforske videre i denne veilederen, er det særlig når slike hensyn fremmes i anskaffelsesprosessen at en sosial entreprenør vil være en god kandidat til å vinne konkurransen.

Målet med veilederen er å skape bedre forhold for samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere og sosiale entreprenører, og å bidra til avmystifisering, rettslig trygghet og økt samfunnsinnovasjon.

1.2. Grunnleggende begreper

1.2.1. Hva er en sosial entreprenør?

Sosiale entreprenører er en samlebetegnelse for bedrifter og organisasjoner som på forskjellige måter driver virksomhet på ulike områder og innenfor ulike bransjer. En fellesnevner er at sosiale entreprenører tar tak i et samfunnsproblem og utvikler nye løsninger på problemet. Sosiale entreprenører tenker nyskapende og innovativt for å dekke behov som ikke blir tilstrekkelig dekket av andre offentlige eller private aktører. De drives blant annet av å skape sosiale resultater, og leverer resultater på såkalt "dobbel bunnlinje": resultater som gir både sosial og økonomisk gevinst. Denne "doble bunnlinjen" gjør at sosiale entreprenører kan havne mellom barken og veden i anskaffelsesprosesser; de færreste vil for eksempel falle inn under anvendelsesområdet til unntaksbestemmelsene om reserverte kontrakter for enkelte leverandører, samtidig som det kan være vanskelig å konkurrere mot aktører som i all hovedsak søker økonomisk gevinst.

Generelt sett er sosiale entreprenører en heterogen gruppe av bedrifter og organisasjoner. Selv om den "doble bunnlinja" er et typisk fellestrekk, kan det være ulik grad av kommersiell og ideell virksomhet (noen drives også helt uten økonomisk motiv). Det fremgår i rapporten "Utvikling av sosialt entreprenørskap i Norge" av Uni Research Rokkansenteret at de fleste sosiale entreprenører i Norge jobber innenfor feltene utenforskap og vanskeligstilte, arbeidsinkludering, sosialt fellesskap, integrering, ungdom og helse.

Eksempel:

Hogst AS

Hogst er en sosial entreprenør som hjelper tidligere straffedømte ved å tilby dem opplæring og fast jobb som skogsarbeidere gjennom manuelt fysisk skogsarbeid. Hogst ønsker å hjelpe de med størst motivasjon og som vil ha en endring i livet sitt, til et liv uten kriminalitet og rus. I dag har selskapet ti ansatte, i tillegg til tre som er i opplæring.

Eksempel:

Intempo AS

Intempo er en sosial entreprenør som koordinerer kunnskap om barns tidlige hjerneutvikling. Selskapet arbeider for en helhetlig pedagogisk innovasjon for barn i aldersgruppen 0 – 3 år. Bedriftens mål er å utvikle pedagogisk materiell og praksis som forebygger lese- og skrivevansker og gjør læring lettere senere. Intempo har to ansatte som sammen med syv andre pedagoger tilbyr kurs over hele landet.

Tankesmien Agenda har i sitt policynotat "Sosialt entreprenørskap i velferdsstaten" kategorisert ulike typer sosiale entreprenører, og har i den forbindelse delt de sosiale entreprenørene inn i følgende tre grupper:

- **Sporhundene:** Sporhundene finner "hull" i velferdsstaten og oppdager problemer som ikke på en tilfredsstillende måte blir løst av andre offentlige eller private aktører. En utfordring for Sporhundene er at offentlige oppdragsgivere og andre kanskje ikke har reflektert så mye over det konkrete problemet som Sporhunden arbeider med, og at disse aktørene derfor må overbevises om behovet for og verdien av virksomheten til Sporhunden. I tillegg vil det ofte ikke (ennå) finnes et marked for og/eller budsjetter til den konkrete virksomheten.
- **Utfordrerne:** Utfordrerne opererer i mer etablerte og kjente markeder innenfor tjenesteyting, og utfordrer allerede etablerte aktører på det konkrete markedet. En typisk utfordring for en Utfordrer er at vedkommende sosiale entreprenør i begynnelsen vil ha mindre erfaring i det konkrete markedet og vil ha lavere administrativ kapasitet enn konkurrentene. I tillegg kan det være vanskelig å få vist frem egne og nye tilnærminger til tjenesteytingen, i det konkrete markedet.
- **Innsluserne:** Innsluserne fokuserer gjerne på sosialt ansvar og inkludering for eksempel gjennom å ansette arbeidskraft som ellers ville ha falt utenfor arbeidslivet, eller ved å dekke behov på en måte som i større grad enn andre ivaretar sosiale hensyn og/eller miljø. En utfordring for Innsluserne kan være å beskrive, måle og vise frem den merverdien som den sosiale delen av virksomheten faktisk skaper. I forbindelse med offentlige anskaffelsesprosesser kan det være vanskelig for Innsluserne å vinne frem i konkurranser med mindre det foreligger en eksplisitt vilje fra oppdragsgiver om å vektlegge sosiale hensyn.

Som en oppsummering kan det sies at sosiale entreprenører er en stor og heterogen gruppe av bedrifter og organisasjoner som har ulike utfordringer i det offentlige markedet for vare- og tjenesteyting.

1.2.2. Hva er en offentlig oppdragsgiver?

Med offentlig oppdragsgiver menes enhver enhet og ethvert organ som er underlagt lov om offentlige anskaffelser (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) jf. anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-2. Dette vil inkludere statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter samt andre offentligrettslige organer.

En problemstilling som kan aktualiseres ved gjennomføringen av en anskaffelse, er hvilken enhet som foretar anskaffelsen. Her har vi valgt å kalle en slik enhet for en "innkjøpsenhet". Dette er særlig aktuelt ved beregningen av en anskaffelses verdi og påfølgende valg av anskaffelsesprosedyre, se nærmere om dette rett nedenfor og i punkt 3.

1.2.3. Hva er en innkjøpsenhet?

En statlig myndighet, en kommune, en fylkeskommune eller et offentlig rettslig organ vil ofte utgjøre én innkjøpsenhet. Dette betyr at det er fylket eller kommunen som sådan som er oppdragsgiveren og gjennomfører anskaffelsen. Det er likevel slik at disse enhetene i enkelte sammenhenger består av flere innkjøpsenheter. Det fremheves i Nærings- og

fiskeridepartementets (NFD) veileder punkt 5.4.4 at man i vurderingen av om noe er en egen innkjøpsenhet må se på om enheten selv gjennomfører anskaffelsesprosessen, treffer avgjørelsen om kjøp, råder over et separat budsjett for den aktuelle anskaffelsen og selv inngår kontrakten og finansierer den via budsjettet enheten råder over. Om en enhet, for eksempel et sykehjem, er en egen innkjøpsenhet, beror således på en konkret vurdering. Svaret kan variere fra kommune til kommune og/eller fra fylke til fylke. Det er viktig at oppdragsgiveren har klart for seg hvilken innkjøpsenhet det er som gjennomfører anskaffelsen og som derfor blant annet skal beregne anskaffelsens verdi.

2. Starten på en anskaffelsesprosess: Å se et behov

2.1. Behovsåpenbaringen

En forutsetning for at en anskaffelse vil gjennomføres er at oppdragsgiver har et behov og/eller et ønske om å anskaffe noe, og har tilgjengelige budsjettmidler for å dekke dette. Tradisjonelt ser man kanskje for seg at en slik "behovsåpenbaring" skjer på denne måten:



Sosiale entreprenører vil i noen tilfeller komme i kontakt med oppdragsgiver med en løsning på en tilstedeværende utfordring før oppdragsgiver selv har innsett at det eksisterer et behov for en slik løsning. Som tidligere nevnt tenker ofte sosiale entreprenører nyskapende for å dekke behov som ikke blir tilstrekkelig dekket av andre offentlige eller private aktører. Det er altså den sosiale entreprenøren som har fått en behovsåpenbaring på vegne av oppdragsgiveren.

Noen offentlige oppdragsgivere kan bli skeptiske og tilbakeholdne når dette skjer, og kan tenke at det er problematisk med tanke på gjennomføringen av en anskaffelsesprosess. Det foreligger derimot ingen begrensninger i anskaffelsesregelverket knyttet til hvordan en oppdragsgiver oppdager et behov. Det er altså helt i orden at en tredjepart, herunder en sosial entreprenør, kommer til oppdragsgiveren og peker på et eksisterende behov som oppdragsgiver ikke selv har oppdaget ennå.

En sosial entreprenør vil i slike tilfeller typisk komme i kontakt med én av oppdragsgiverens avdelinger eller fagpersoner i forbindelse med sitt arbeid. Gangen frem til en eventuell anskaffelse kan da bli noe sånt som dette:



Oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse uavhengig av hvem som først fikk behovsåpenbaringen. Det er viktig at offentlige oppdragsgivere ikke allerede i en slik innledende fase blir skeptiske til et eventuelt samarbeid med den sosiale entreprenøren. Det er det sjeldent noen grunn til, og i alle fall ingen rettslige skranker for.

En offentlig oppdragsgiver som har fått en behovsåpenbaring i møte med en sosial entreprenør bør ha to mål for øyet; å etterleve anskaffelsesregelverket og å finne en måte å samarbeide med entreprenøren på. Dette vil utdypes i punkt 2.2 og 2.3 nedenfor.

2.2. Handlingsrommet i regelverket for gjennomføring av dialog

Det følger uttrykkelig av anskaffelsesforskriften §§ 8-1, 8-2, 12-1 og 12-2 at oppdragsgivere kan foreta forberedende undersøkelser og gjennomføre dialog med markedet. Dette inkluderer å søke eller motta råd fra potensielle leverandører, og å potensielt bruke slike råd i planleggingen og gjennomføringen av en anskaffelse.

Slik dialog trenger ikke å ende med igangsettelse av en anskaffelsesprosess. Dersom det likevel blir tilfellet, fastsetter anskaffelsesregelverket at slik dialog ikke skal ha konkurransevridende effekt eller føre til brudd på likebehandlingsprinsippet i den etterfølgende anskaffelsesprosessen. Konkret kan konkurransevridning forhindres av oppdragsgiver ved å gi all relevant informasjon til markedet gjennom avholdelse av åpne allmøter og/eller bruk av hovedsakelig skriftlig kommunikasjon med leverandørene i dialogfasen samt offentliggjøring av den skriftlige kommunikasjonen med leverandørene.

2.3. Konkrete dialogaktiviteter

Oppdragsgiver kan sjeldent skaffe seg for mye informasjon før iverksettelse av en anskaffelsesprosess. Dialog med markedet er positivt både for oppdragsgiver og for leverandørene. Oppdragsgiver skal gjerne anskaffe en vare eller en tjeneste for å dekke et behov. Det er her de sosiale entreprenørene potensielt kan bidra med innovative løsninger for å dekke dette behovet. Ved å gå i dialog med markedet vil oppdragsgiver få bedre kjennskap til hva som finnes av tilbudte løsninger, og dette kan ytterligere medvirke til at oppdragsgiver får akkurat den varen eller tjenesten som ønskes.

Konkrete dialogaktiviteter oppdragsgiver kan gjennomføre er:

Dialogaktiviteter	
Veiledende kunngjøring FOA § 21-3	Be om tilbakemeldinger fra markedet gjennom en veiledende kunngjøring. Kunngjøringen kan brukes til å be om tilbakemeldinger på allerede utarbeidede forslag til kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og/eller kravspesifikasjoner. Videre kan den brukes til å informere om og be om tilbakemelding på gjennomføring av spesielle prosesser, slik som å reservere kontrakten for enkelte aktører (se mer om dette i veilederens punkt 5).
Allmøte/dialogkonferanse	Invitere til allmøte med toveis kommunikasjon, gjerne før utarbeidelse av anskaffelsesdokumentene for å la markedet vise frem det de har å tilby. Her har oppdragsgiver mulighet til å fremme sine behov og la leverandørene å komme med innspill til mulige løsninger.
Skriftlig innspill	Leverandørene kan gis muligheten til å komme med skriftlige innspill til hvordan de vil løse et behov for oppdragsgiver.
Én-til-én-møter	Ved slike møter med oppdragsgiver kan leverandørene gis ytterligere rom for å komme med innspill til løsninger og/eller anskaffelsesprosessen.
Brukerreise, tjenestedesign	Bruk av elementer fra tjenstedesign og/eller brukerreiser i planleggingsfasen. Dette er metoder for å kartlegge en brukers opplevelser med et produkt eller en tjeneste. Det kan gjennomføres ved å invitere leverandører til workshops og ved å sende ut spørreundersøkelser.

For å sikre en gjennomiktig prosess knyttet til dialogaktivitetene og for å sikre at det ikke skjer en konkurransevridning eller brudd på likebehandlingsprinsippet, kan oppdragsgiver i etterkant av gjennomførte dialogaktiviteter publisere en oppsummering av innspillene man har fått gjennom dialogen. Dersom oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen konsentrerer seg om å få dekket sitt behov, fremfor å fokusere på en konkret løsning, vil det være større rom for nyskapende og innovative løsninger.

Gjennom dialog med markedet stimulerer oppdragsgiver både til leverandør- og næringsutvikling ved at leverandørene er delaktige i målet om å finne en løsning for å dekke oppdragsgivers behov.

3. En anskaffelse skal gjennomføres – Terskelverdier

3.1. Innledning

Vi har kommet til det stadiet hvor oppdragsgiver har sett og nærmere undersøkt et behov, og har bestemt seg for å gjennomføre en anskaffelse. Neste steg i prosessen er da å fastlegge anskaffelsens verdi, for å kunne gjennomføre en lovlig og forholdsmessig anskaffelsesprosess.

Et forhold som gjør at anskaffelsesregelverket kan være litt utfordrende å forholde seg til, er at anskaffelsesforskriften som brukes ved de fleste anskaffelser, består av ulike deler som igjen gjelder for ulike anskaffelser, se FOA kap. 5. Det er anskaffelsens økonomiske verdi som avgjør hvilken del av forskriften som skal brukes. De ulike beløpsgrensene som avgjør hvilken del som skal brukes, kalles for terskelverdier.

Det vil nedenfor kort redegjøres for hvilke terskelverdier som gjelder for forskriftens fire første deler, og for hvilke typer konkurranser en oppdragsgiver dermed kan eller skal avholde. Redegjørelsen er på overordnet nivå, og ikke alle spesialbestemmelser i regelverket er tatt med. Herunder er det ikke redegjort særskilt for bygge- og anleggsaktiviteter eller særlige tjenester.

3.2. Anskaffelser som faller utenfor anskaffelsesregelverket

Dersom anskaffelsens verdi er under 100 000 kr (ekskl. mva.), gjelder ikke anskaffelsesregelverket i det hele tatt. Dette betyr at oppdragsgiver kan kjøpe varer og tjenester for under 100 000 kroner uten å avholde en konkurranse. Dette følger av anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-1. Det er likevel egne regler for hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes, og det er ikke lovlig å dele opp anskaffelser i flere deler for å havne under grensen på 100 000 kroner. Reglene for hvordan en oppdragsgiver skal beregne anskaffelsens verdi finnes i FOA § 5-4.

Det er hver enkelt innkjøpsenhet som må forholde seg til terskelverdiene og vurdere hvor mye en anskaffelse er verdt for enheten. Se mer om hva en innkjøpsenhet er i punkt 1.2.3.

3.3. Forskriftens del I

Forskriftens del I gjelder for alle anskaffelser som må følge anskaffelsesregelverket. Noen anskaffelser må derfor gjennomføres i overensstemmelse med *både* del I og en annen del av forskriften. Følgende anskaffelser må *bare* følge del I:

- Vare- og tjenesteanskaffelser med verdi mellom 100 000 kr og 1,3 millioner kr ekskl. mva.
- Anskaffelser av helse- og sosialtjenester med verdi mellom 100 000 kr og 6,95 millioner kr ekskl. mva.

Dersom anskaffelsens verdi er på mellom 100 000 kr – 1,3/6,95 millioner kroner, skal altså (bare) forskriftens del I følges. Dette innebærer at oppdragsgiver må etterleve en del prinsipper i gjennomføringen av anskaffelsen, nemlig prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, se LOA § 4.

Konkurranser som bare følger reglene i del I, må ikke utlyses/kunngjøres på doffin.no, i TED-portalen (ted.europa.eu) eller andre steder. Likevel må oppdragsgiver sørge for at det skapes konkurranse om anskaffelsen. For å skape konkurranse velger oppdragsgiver da gjerne å kontakte flere leverandører i markedet og ber om tilbud fra disse. Dette for å unngå at samme leverandør alltid blir valgt, og for å motta tilbud som er konkurransedyktige i markedet.

Det er ikke fastsatt nøyaktig hvor mange leverandører en oppdragsgiver må motta tilbud fra, for at prinsippet om konkurranse skal anses å bli etterlevd. Det må foretas en vurdering basert på anskaffelsens størrelse (verdi) og markedet for anskaffelsen. Antallet skal være forholdsmessig til anskaffelsens verdi. Dette betyr at oppdragsgiver må kontakte flere leverandører ved anskaffelser med stor verdi (opp mot 1,3/6,95 millioner kr) enn ved anskaffelser med liten verdi (ned mot 100 000 kr). I KOFA-avgjørelse 2009/6 uttalte KOFA at oppdragsgiver som hovedregel burde motta tilbud fra minst tre leverandører for at konkurranseprinsippet skulle etterleves. Uttalelsen i saken knyttet seg til anskaffelser med en verdi opp mot 500 000 kr. Mange oppdragsgivere forholder seg nok til dette i praksis, og etterspør gjerne (minst) tre tilbud før de anskaffer en vare eller tjeneste som koster mellom 100 000 kr – 1,3/6,95 millioner kr. Dersom verdien er stor (opp mot terskelverdiene), må oppdragsgiver vurdere om det er nødvendig å kontakte enda flere. Det er derimot ingenting i veien for å utlyse/kunngjøre også slike konkurranser, og dette vil også sikre konkurranse om anskaffelsen.

3.4. Forskriftens del II

Anskaffelsesforskriften del II kommer til anvendelse for:

- Vare- og tjenesteanskaffelser med verdi mellom 1,3 millioner og 2 millioner kr ekskl. mva. (gjelder for ikke-statlige oppdragsgivere, for eksempel kommuner og fylkeskommuner).

Forskriftens del II brukes ikke så ofte ved kjøp av varer eller tjenester, fordi det ikke er så mange anskaffelser som faller inn mellom disse terskelverdiene. I praksis brukes del II når kommuner, fylkeskommuner og andre ikke-statlige organer kjøper varer eller tjenester med en verdi mellom 1,3 – 2 millioner kr.

Når oppdragsgivere holder konkurranser etter del II, har de to typer konkurranser å velge mellom:

- Åpen tilbudskonkurranse, jf. FOA § 8-3.
- Begrenset tilbudskonkurranse, jf. FOA § 8-3.

I en åpen tilbudskonkurranse kan alle leverandører sende inn tilbud i konkurransen. Ved en begrenset tilbudskonkurranse ber oppdragsgiver først om at interesserte leverandører leverer forespørsel om å bli med i konkurransen, for deretter å velge ut hvilke leverandører som skal få sende inn sitt tilbud. Valget av tilbydere som skal få bli med, foretas basert på forhåndsbestemte objektive kriterier som oppdragsgiver må opplyse om på forhånd.

Oppdragsgiver kan velge å gjennomføre tilbudskonkurranse med eller uten dialog (forhandling) med tilbyderne. Graden av dialog kan være alt fra avklaringer til fullverdige forhandlinger om alle sider av tilbudene. Dersom oppdragsgiver planlegger å ha dialog, skal oppdragsgiveren informere om dette i anskaffelsesdokumentene, se LOA § 9-3 (3).

Konkurranser etter del II må utlyses/kunngjøres i Norge på doffin.no. Dersom det holdes en begrenset tilbudskonkurranse, er det invitasjonen til å levere forespørsel om deltakelse som skal kunngjøres.

3.5. Forskriftens del III

Anskaffelsesforskriften del III kommer til anvendelse for:

- Vare- og tjenesteanskaffelser med verdi over 1,3 millioner kr ekskl. mva (gjelder for statlige myndigheter).
- Vare- og tjenesteanskaffelser med verdi over 2 millioner kr ekskl. mva (gjelder for kommuner, fylkeskommuner og andre ikke-statlige organer).

Disse terskelverdiene fastsettes av og er felles for landene i EU/EØS, og kalles gjerne for "EØS-terskelverdier". Forskriftens del III inneholder mer detaljerte prosedyreregler for gjennomføring av konkurranser. Når oppdragsgivere holder konkurranser etter del III, kan de velge mellom følgende typer konkurranseformer:

- Åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. § 13-1 (1).
- Konkurranse med forhandlinger, jf. § 13 (2).
- Konkurransepreget dialog, jf. § 13 (2).
- Konkurranse om innovasjonspartnerskap, jf. § 13-1 (3).

Ved gjennomføring av en åpen eller begrenset anbudskonkurranse, er det ikke lovlig å forhandle om tilbudene. FOA del III legger derimot i stor grad opp til at oppdragsgivere kan ha dialog med tilbyderne i løpet av konkurranseprosessen, ved å tillate prosedyreformene konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog. Likevel må oppdragsgivere oppfylle vilkårene i §§ 13-1 og 13-2 for å kunne benytte de to sistnevnte prosedyreformene. Se mer om innovasjonspartnerskap i punkt 5.5.

Konkurranser som faller inn under forskriftens del III, må kunngjøres på det norske og europeiske markedet og skal derfor kunngjøres både på doffin.no og i TED-portalen (ted.europa.eu).

3.6. Forskriftens del IV

Anskaffelsesforskriften del IV kommer til anvendelse for:

- Anskaffelser av helse- og sosialtjenester med verdi over 6,95 millioner kr ekskl. mva.

Anskaffelser av helse- og sosialtjenester med verdi over 6,95 millioner kr er underlagt egne regler i FOA del IV. Hvilke tjenester som anses å være helse- og sosialtjenester, fremgår av vedlegg 3 til anskaffelsesforskriften, jf. FOA § 4-1 (1) (g). Del IV gir oppdragsgivere et stort handlingsrom til å gjennomføre konkurranser på den måten som oppdragsgiver finner mest hensiktsmessig. Oppdragsgiver står svært fritt til å velge fremgangsmåten for anskaffelsen selv, og kan benytte prosedyrene fra FOA del II eller del III og/eller lage egne prosedyrer. Oppdragsgiver må uansett følge de grunnleggende prinsippene i LOA § 4, og de skal fastsette og informere om gjennomføringen av konkurransen på forhånd, se FOA § 30-1 (1).

Konkurranser som faller inn under forskriftens del IV, må kunngjøres i det norske og europeiske markedet, og skal derfor kunngjøres både på doffin.no og i TED-portalen (ted.europa.eu).

Konkurranser for anskaffelser av helse- og sosialtjenester kan reserveres for såkalte "ideelle aktører". Se nærmere i veilederens punkt 5.3 om adgangen til slik reservasjon.

4. Utforming av konkurransegrunnlaget

4.1. Innledning

Når en oppdragsgiver har bestemt seg for å gjennomføre en anskaffelse, er utformingen av konkurransegrunnlaget svært viktig for at oppdragsgiver skal få den varen eller tjenesten de faktisk ønsker. Konkurransegrunnlaget skal beskrive formålet med anskaffelsen og hvilken ytelse oppdragsgiveren ønsker at leverandørene skal gi tilbud på. Selv om anskaffelsesregelverket stiller en rekke krav til gjennomføringen av anskaffelsesprosessen og utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, foreligger det et handlingsrom som blant annet er egnet til å gi plass til sosiale hensyn og sosiale entreprenører. Dersom oppdragsgiver klarer å beskrive behovet sitt på en god måte i konkurransegrunnlaget, vil det i større grad være opp til leverandørene å presentere løsningene for å dekke behovet. Dette vil utfordre og stimulere leverandørene til nytenking og sikre bedre løsninger.

Som tidligere nevnt jobber de fleste sosiale entreprenører innenfor feltene utenforskap og vanskeligstilte, arbeidsinkludering, sosialt fellesskap, integrering, ungdom og helse. Samtidig er det flere steder i anskaffelsesregelverket gitt uttrykk for at hensyn til miljø og sosiale forhold skal og kan vektlegges av oppdragsgiver. Blant annet kommer det tydelig til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 at en oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier slik at offentlige konkurranser gjennomføres på en måte som "fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold". Det er i forarbeidene til anskaffelsesloven gitt uttrykk for at slike sosiale forhold for eksempel kan være å bedre miljøet og redusere klimautfordringer,

ivareta helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplassen, fremme næringslivsinteresser og innovasjon, å unngå diskriminering og ivareta ulike svake grupper i samfunnet. Det er her sosiale entreprenører og oppdragsgivere kan møtes og finne mulighetene for samarbeid.

Det er klart at oppdragsgivere skal opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet i anskaffelsesprosessen. Det er likevel mulig å bruke offentlige anskaffelser som virkemiddel for å ivareta viktige samfunnsmessige hensyn, så lenge det skjer innenfor rammen av disse grunnprinsippene. Dersom oppdragsgivere utnytter handlingsrommet, vil det kunne skape anskaffelsesprosesser som i større grad treffer kjernen av de sosiale entreprenørenes virksomhet. Et slikt fokus vil være tjenlig for de enkelte sosiale entreprenørene, for oppdragsgiver og for samfunnet generelt da det oppfordrer virksomheter til å ha et økt fokus på sosiale hensyn i sin drift.

Det er flere måter en oppdragsgiver kan benytte seg av dette handlingsrommet på. I det følgende skal vi se nærmere på hvordan oppdragsgivere kan utforme kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier, kravspesifikasjoner og kontraktsvilkår på en måte som fremmer sosiale hensyn og samarbeid med sosiale entreprenører.

4.2. Kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav

Oppdragsgiver kan stille krav til de tilbyderne som skal få være med i konkurransen. Slike krav kalles kvalifikasjonskrav, og knytter seg til tilbyderne i den konkrete konkurransen. Formålet med å stille kvalifikasjonskrav er å sikre at den valgte leverandøren har tilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å dekke oppdragsgivers behov. Oppdragsgiver kan i tillegg stille krav til hvilken dokumentasjon leverandørene skal levere for å vise oppfyllelse av kvalifikasjonskravene (dokumentasjonskrav).

Kvalifikasjonskrav må ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, og være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å gjennomføre den konkrete kontrakten. I forskriften del III ligger en ytterligere begrensning ved at det presiseres at kravene bare kan gjelde registrering og autorisasjoner, økonomisk og finansiell kapasitet samt tekniske og faglige egenskaper, se § 16-1.

Kvalifikasjonskravene knytter seg typisk til:

- Krav til registrering (f. eks. i Foretaksregisteret)
- Autorisasjoner (f.eks. miljøsertifisering eller medlemskap i en organisasjon)
- Økonomisk og finansiell kapasitet (krav til økonomisk kapasitet som kan dokumenteres ved f.eks. fremleggelse av årsregnskap, kredittvurderinger e.l.)
- Tekniske og faglige kvalifikasjoner (f. eks. krav til erfaring fra tidligere leveranser eller krav til antall ansatte)

Det er viktig å påpeke at det ikke er obligatorisk å stille kvalifikasjonskrav. Det er bare obligatorisk å kreve skatteattest fra valgte leverandør dersom anskaffelsen overstiger 500 000 kr. eks. mva., se FOA § 7-2. For oppdragsgivere som er interessert i å samarbeide med små og/eller innovative leverandører, typisk sosiale entreprenører, er det viktig å ikke stille kvalifikasjonskrav og/eller dokumentasjonskrav som vil fungere som unødvendige hindre for deltakelse.

Eksempler på typiske "vanlige" kvalifikasjonskrav med dokumentasjonskrav er:

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjonskrav
[Tilknyttet økonomisk kapasitet] Tilbyderen skal sannsynliggjøre økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten.	Offentlig godkjent årsregnskap for de siste 3 regnskapsår.
[Tilknyttet tekniske og faglige kvalifikasjoner] Tilbyderen skal ha relevant erfaring.	Liste over relevante oppdrag som er utført i løpet av de siste 3 årene.
[Tilknyttet f.eks. miljø] Tilbyderen skal være sertifisert.	Attest utstedt av et uavhengig organ som dokumentasjon for at leverandøren for eksempel oppfyller miljøledelsessystemer eller -standarder.

For en del små og nyoppstartede aktører, kan det være vanskelig å oppfylle disse kvalifikasjonskravene og/eller dokumentasjonskravene. Kanskje har ikke potensielle leverandører engang eksistert i 3 år. Dersom oppdragsgiver vil inkludere sosiale entreprenører og gi disse en mulighet til å kunne bli med i konkurransen, er det viktig å enten begrense bruken av kvalifikasjonskrav, eller eventuelt å tenke nøye gjennom disse på forhånd (gjørne i dialog med markedet). For eksempel kan oppdragsgiver ha egne dokumentasjonskrav for nyetablerte leverandører:

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjonskrav
[Tilknyttet økonomisk kapasitet] Tilbyderen skal sannsynliggjøre økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten.	Offentlig godkjent årsregnskap for de siste 3 regnskapsår. <u>For nyetablerte leverandører:</u> <ul style="list-style-type: none"> • Stiftelsesdokument inkludert åpningsbalanse • Utskrift av firmaattest fra Foretaksregisteret • Budsjett- og balanseoppstilling for det første hele driftsåret med kommentarer. Kommentarene skal gi opplysninger om antall ansatte totalt og hvor mange av de ansatte som skal arbeide med gjennomføringen av kontrakten. Kommentarene skal gi opplysninger om virksomheten eier eller leier lokaler, og dersom lokalene leies skal det opplyses om de leies av et eksternt selskap eller et selskap i eget konsern. • Forretningsplan for virksomheten dersom den er utarbeidet.

	<p>Leverandøren kan i tillegg støtte seg på andre selskapers kapasitet for å oppfylle kravet til økonomisk kapasitet. Leverandøren må i så fall også dokumentere ressursene til disse foretakene, og bevise at han vil ha rådighet over de nødvendige ressursene i kontraktperioden, ved for eksempel å legge frem en forpliktelseserklæring, garanti, samarbeidsavtale eller lignende. Dette gjelder uavhengig av den juridiske forbindelsen mellom foretakene, dvs. at de støttende foretakene kan være et morselskap, et søsterselskap, en samarbeidspartner eller lignende.</p> <p>Dersom leverandøren av gyldige grunner ikke kan fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om, kan han godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver kan akseptere.</p>
<p>[Tilknyttet tekniske og faglige kvalifikasjoner] Tilbyderen skal ha relevant erfaring.</p>	<p>Liste over relevante oppdrag som er utført i løpet av de siste 3 årene.</p> <p><u>For nyetablerte leverandører:</u> Leverandøren skal levere en beskrivelse av relevant erfaring fra det siste året.</p>

Sosiale entreprenører er ofte i en posisjon til å kunne levere sosial og/eller miljømessig merverdi gjennom en kontrakt med det offentlige. Oppdragsgiver kan utnytte dette ved eksempelvis å stille kvalifikasjonskrav til leverandøren på følgende måte:

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjonskrav
<p>[Tilknyttet tekniske og faglige kvalifikasjoner – for eksempel i en logistikkanskaffelse] Leverandøren skal ha kompetanse og kapasitet til å gjennomføre kontrakten på en miljømessig bærekraftig måte.</p>	<p>Vinneren må kunne vise at han kan håndtere den miljømessige utfordringen det er å redusere karbonutslipp og luftforurensing gjennom kontraktperioden og således bidra til oppfyllelsen av oppdragsgivers miljøplan/-mål.</p>
<p>[Tilknyttet tekniske og faglige kvalifikasjoner – for eksempel i en anskaffelse av eiendomsforvaltning]: Leverandøren skal bidra til et inkluderende arbeidsliv.*)</p>	<p>Leverandøren skal vise at han gir muligheter for ansettelse til tidligere straffedømte og/eller personer mellom 15 og 30 år som hverken er under utdanning eller i annet arbeid.</p>

*) Å kunne stille slike krav til leverandørene er basert på en fra-det-mer-til-det mindre-betraktning, hvor muligheten til å reservere hele kontrakten etter §§ 8-8, 16-9 og 30-3 er "mer", og å stille et slikt kvalifikasjonskrav er "mindre". Se mer om muligheten til å reservere kontrakter for "vanskeligstilte" i veilederens punkt 5.2.

4.3. Valg og vektning av tildelingskriterier

Tildelingskriteriene er de retningslinjene som oppdragsgiver har valgt å vurdere tilbudene etter. Kontrakten skal tildeles til den leverandøren som, etter oppdragsgivers vurdering, scorer best på tildelingskriteriene samlet sett. Oppdragsgiver har et vidt innkjøpsfaglig skjønns ved utformingen av tildelingskriteriene, men de må være utformet i samsvar med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. I tillegg kan oppdragsgiver la LOA § 5 være retningsgivende ved utformingen av tildelingskriteriene.

Av forskriftens del II følger det at oppdragsgiveren skal velge tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier som skal angis i prioritert rekkefølge i anskaffelsesdokumentene, se § 8-11. I forskriftens del III finnes den tilsvarende bestemmelsen i § 18-1, hvor det fremkommer at oppdragsgivere kan velge tilbud basert på tre ulike hovedkriterier: i) den laveste prisen, ii) den laveste kostnaden, eller iii) det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Alternativ iii) gir størst rom for fleksibilitet i vurderingsprosessen. Sosiale hensyn og innovative egenskaper kan vektlegges ved bruk av tildelingskriterier i anskaffelser etter både FOA del II og III.

Det er et krav at tildelingskriterier som fremmer sosiale hensyn, har tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Tilknytningskravet vil være oppfylt når kriteriene relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Det er lagt til grunn at tilknytningen kan omfatte alle sider av og alle trinn i leveransens livssyklus, og det fremheves i NFDs veileder i punkt 26.2.4 at det kan settes kriterier knyttet til alt fra utvinningen av råmaterialer til et produkt og helt frem til livssyklusens slutt. Det presiseres videre at tildelingskriteriet vil ha den nødvendige tilknytningen dersom det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved leveransen. Tilstrekkelig tilknytning vil derimot ikke foreligge dersom kriteriet legger opp til en vurdering av sider ved tilbudet som er uten betydning for leveransen til oppdragsgiver.

Bergen kommune er et eksempel på en oppdragsgiver som åpner for å fremme sosiale hensyn gjennom bruk av tildelingskriterier. Dette gjør kommunen ved bruk av det de kaller "inkluderende kontrakter". I anskaffelsesprosessene hvor inkluderende kontrakter blir brukt, stiller oppdragsgiver enten krav om eller vektlegger at en virksomhet i en viss grad har ansatte med nedsatt funksjons- eller arbeidsevne eller ansatte som av andre grunner har spesielle utfordringer på arbeidsmarkedet.

Slike kriterier minner om de kravene som stilles til leverandørene ved reserverte kontrakter, som beskrevet i punkt 5.2. Det er likevel ikke like strengt å ha slike krav som tildelingskriterier fordi leverandøren ikke nødvendigvis må ha 30 % av denne gruppen med ansatte. Det bakenforliggende resonnetet for lovligheten av slike tildelingskriterier er basert på en "fra-det-mer-til-det-mindre-tankegang", hvor reserverte kontrakter er "mer" og slike kriterier som fremmer sosial integrasjon er "mindre" (på samme måte som med kvalifikasjonskrav som behandlet ovenfor). I Bergen kommunes instruks for bruken av inkluderende kontrakter er det uttalt at "[...] et slikt krav kan gjennomføres som et definert krav i kontrakten, men det vil også være mulig å anvende kravet som et tildelingskriterium, hvor

leverandørene får uttelling for å inkludere personer med spesielle utfordringer på arbeidsmarkedet i gjennomføringen av kontrakten", se Byrådssak 1198/17.

Det kan videre tenkes at det kan oppstilles tildelingskriterier som minner om det vi kjenner fra kravene som stilles til ideelle aktører, som beskrevet i punkt 5.3. For eksempel kan det vektlegges at organisasjonen "reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål". Et slikt tildelingskriterium kan særlig være nyttig for noen ideelle aksjeselskaper, som etter dagens praktisering av regelverket ikke er å anse som ideelle organisasjoner jf. drøftelsen i punkt 5.3, men som likevel kan skape sosial merverdi og som potensielt kan reinvestere mer eller mindre av overskuddet sitt til sosiale formål. Oppstillingen av et kriterium hvor det vektlegges at overskuddet ikke tas ut i utbytte, kan blant annet være egnet til å fremme ideelle aksjeselskaper.

Det å oppstille tildelingskriterier som fremmer sosiale hensyn vil kunne være fordelaktig for sosiale entreprenører da kjernen i deres virksomhet er å kombinere sosiale og kommersielle formål. Dette kan hjelpe sosiale entreprenører med å komme inn på det offentlige markedet for kjøp av varer og tjenester.

Tildelingskriterium	Dokumentasjon	Vekting, eksempel
X kommune skal gjennom sine anskaffelser fremme et inkluderende arbeidsliv. Oppdragsgiver ønsker at Leverandøren skal sørge for at det ved gjennomføringen av kontrakten benyttes minst 1 funksjonshemmet eller vanskeligstilt person. Begrepene "funksjonshemmet" og "vanskeligstilt" skal forstås på samme måte som definert i anskaffelsesforskriften § 8-8.	Leverandøren skal angi hvor mange "funksjonshemmede" eller "vanskeligstilte" personer som vil bli benyttet i gjennomføringen av kontrakten. Det skal ved innlevering av tilbud beskrives hvilken type oppgaver disse personene skal delta i utførelsen av.	10 %
[Case-løsning: Her kan oppdragsgiver gi en eller flere case-oppgaver til tilbyderne og be om en skriftlig besvarelse.] Besvarelse av case-oppgave skal vurderes som en del av tilbudets kvalitet.	Skriftlig redegjørelse.	10 %
[Særegenhet i tilbudet] Leverandøren skal beskrive hvordan den tilbudte tjenesten/varen gir en særegen merverdi som går utover det som anses som vanlig, og effekten(-e) denne merverdien gir.	Skriftlig redegjørelse.	10 %

4.4. Kravspesifikasjoner

Oppdragsgiver kan og vil også stille krav til tilbudene, altså selve leveransen, i den konkrete konkurransen. Krav til varens eller tjenestens egenskaper kalles for kravspesifikasjoner. På samme måte som for tildelingskriteriene, skal kravspesifikasjonene ha tilknytning til leveransen, og de kan være tilknyttet alle sider og trinn i leveransens livssyklus. I tillegg må kravspesifikasjonene stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. Det betyr at oppdragsgiver må vurdere hvilke krav det er forholdsmessig å stille i den konkrete anskaffelsen. Dette er særlig viktig i møte med små og/eller nyopprettede aktører og/eller sosiale entreprenører, da en omfattende kravspesifikasjon kan virke begrensende for deltakelsen.

Dersom oppdragsgiver har hatt dialog med markedet på forhånd, vil det være lettere å utarbeide relevante og gode kravspesifikasjoner fordi man har bedre oversikt over hva som faktisk kan tilbys på markedet og hvilke effekter og resultater ytelsene kan eller skal gi. Generelt bemerkes at dersom oppdragsgiver fokuserer på å beskrive behovet anskaffelsen skal dekke, vil det i større grad åpne for nyskapende og innovative løsninger fra leverandørene. Kravspesifikasjoner er likevel helt nødvendige for at oppdragsgiver skal motta gode tilbud på den ytelsen som skal anskaffes.

Det kanskje viktigste å tenke på dersom man som oppdragsgiver er interessert i å samarbeide med en sosial entreprenør, er størrelsen på leveransen. Generelt er mange sosiale entreprenører små, og ikke nødvendigvis i stand til å levere på store kontrakter. Det er i FOA § 19-4 gitt regler om oppdeling av anskaffelser, og det overlates til oppdragsgiver å bestemme størrelsen og innholdene i delkontrakter. Formålet med bestemmelsen er å legge til rette for økt konkurranse om oppdraget ved å åpne opp for at også små og mellomstore bedrifter kan delta i konkurransene. Oppdragsgiver kan likevel ikke dele opp en kontrakt med formål om å unnta kontrakten fra forskriftene. Dersom oppdragsgiver vil benytte delkontrakter for en anskaffelse, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn, jf. § 5-4.

Oppdragsgiver kan også fremme samfunnsmessige hensyn gjennom å stille krav til ytelsen. Flere steder i anskaffelsesregelverket er det presisert at kravspesifikasjonene kan utformes slik at de fremmer samfunnsmessige hensyn. Blant annet kommer det tydelig til uttrykk i anskaffelsesloven § 5 at en oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som "fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold".

Et annet eksempel er anskaffelsesforskriften § 15-2 som spesifiserer at kravspesifikasjonene skal ta hensyn til universell utforming når oppdragsgiveren skal anskaffe ytelser som skal brukes av personer. Den grunnleggende tanken bak universell utforming er å utforme omgivelsene slik at man tar hensyn til variasjonen i funksjonsevne hos innbyggerne, også personer med nedsatt funksjonsevne. Hvis noe er universelt utformet, når man alle målgruppene ved en og samme løsning. Dette illustrerer at handlingsrommet for å fremme samfunnsmessige hensyn i anskaffelsesprosessen er til stede og kan utnyttes.

En annen måte oppdragsgiver kan fremme samfunnsmessige eller sosiale hensyn på, er å kreve en bestemt merkeordning som dokumentasjon for at varene eller tjenestene som skal leveres har visse miljømessige eller sosiale egenskaper, se FOA § 15-3. Eksempler på slike merkeordninger er miljømerker som viser at det er tatt hensyn til miljø og bærekraftig utvikling under produksjonen og merkeordninger som tar hensyn til rettferdig handel og styrker rettighetene til arbeidere i produksjonslandene.

Dersom oppdragsgiver stiller slike krav i kravspesifikasjonen kan det kreves testrapporter, attester eller annen dokumentasjon på at ytelsen møter kravene, se FOA § 15-4.

[Sertifisering av vare]	Varen skal sertifiseres gjennom en miljømerkeordning som viser at det er tatt hensyn til miljø og bærekraftig utvikling under produksjonen av den.
[Ved tjenesteanskaffelse]	Tjenesten skal i all hovedsak utføres av fast ansatte.

4.5. Kontraktsvilkår

Gjennom planlagt utarbeidelse av kontraktsvilkårene som skal regulere kontraktsforholdet mellom oppdragsgiver og den vinnende leverandøren, kan også samfunnsmessige og sosiale hensyn fremmes. Dette fremgår av anskaffelsesforskriften § 19-1 (1), som spesifiserer at oppdragsgiveren kan fastsette kontraktsvilkår som for eksempel kan omhandle "økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn." På samme måte som ved kravspesifikasjoner, må kontraktsvilkårene ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene.

Et eksempel på hvordan samfunnsmessige hensyn kan fremmes som et kontraktsvilkår, som vi har vært inne på ovenfor i punkt 4.3 om inkluderende kontrakter, at oppdragsgiver stiller krav om at leverandøren har ansatte som regnes som "vanskeligstilte" gjennom hele kontraktsperioden. Det kan for eksempel være personer som ikke har fullført videregående skole, personer som har vært langtidsarbeidsledige, eller personer som tilhører etniske minoriteter som har behov for å styrke sine språkkunnskaper eller sin arbeidserfaring for senere ansettelser.

Noe som kan være spesielt heldig når oppdragsgiver fremmer sosiale hensyn gjennom kontraktsvilkårene, er at oppdragsgiver kan gjøre gjeldende vanlige misligholdsbeføyelser dersom leverandøren ikke oppfyller de vilkårene som er satt. Slike kontraktsvilkår kan ytterligere sikre at arbeidet med å skape sosial merverdi opprettholdes gjennom hele kontraktsperioden, også etter at anskaffelsesdelen av prosessen er ferdig og kontrakten er signert.

5. Spesielle bestemmelser som skaper ytterligere handlingsrom

5.1. Innledning

I denne delen av veilederen skal vi se nærmere på noen av anskaffelsesregelverkets mer spesielle bestemmelser. Dette er bestemmelser som gir handlingsrom for oppdragsgiver ved enten å gi mulighet til å reservere kontrakter for et begrenset antall leverandører (reserverte kontrakter), ved å unnta noen typer kontrakter fra de vanlige prosessreglene (forsknings- og utviklingskontrakter, innovasjonspartnerskap) eller ved å sette opp en ren unntaksregel for situasjoner hvor det bare er én leverandør i det aktuelle markedet.

I punkt 5.2 og 5.3 vil det redegjøres for muligheten til å reservere kontrakter (/konkurranser) for virksomheter som inkluderer vanskeligstilte personer og for såkalte ideelle leverandører. I punkt 5.4 og 5.5 vil det redegjøres nærmere for prosessene knyttet til forsknings- og utviklingskontrakter og innovasjonspartnerskap, og avslutningsvis vil det i punkt 5.6 redegjøres for unntaket fra krav om konkurranse når det kun er én leverandør i markedet.

5.2. Reservasjon av konkurranser for vanskeligstilte

5.2.1. Innledning

Etter anskaffelsesforskriften har offentlige oppdragsgivere adgang til å reservere kontrakter for virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte i arbeidslivet. Dette gjelder likevel bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet er funksjonshemmede eller vanskeligstilte. Denne adgangen til å reservere kontrakter gjelder alle typer kontrakter, se FOA §§ 8-8 (del II), 16-9 (del III) og 30-3 (helse- og sosialtjenester).

Bestemmelsene stammer fra EU-retten og er begrunnet i at ansettelse av funksjonshemmede og vanskeligstilte personer er sentralt for å sikre like muligheter for alle. Virksomheter og programmer med hovedformål å støtte slik integrering i arbeidslivet, når gjerne ikke opp i en konkurranse på vanlige betingelser. Dersom oppdragsgiveren utnytter dette handlingsrommet, vil det gi virksomhetene og programmene et likestilt utgangspunkt i konkurransen, se fortalepunkt 36 til Direktiv 2014/24/EU.

Når en oppdragsgiver reserverer deltagelse i kontrakten til virksomheter og programmer med et slikt hovedformål, vil det gi samfunnsøkonomiske fordeler ettersom det fremmer økt deltakelse i arbeidslivet for personer som kanskje ellers hadde vært utenfor. Virksomheter med hovedformål om å bidra til økt sysselsetting i samfunnet og økt arbeidslyst- og kapasitet hos den enkelte, vil i tillegg til å kunne oppfylle en oppdragsgivers spesifikke behov, bidra til en bærekraftig samfunnsutvikling.

Eksempel:

Medarbeiderne AS

Medarbeiderne er en sosial entreprenør som etablerer arbeidsplasser for tidligere rusavhengige. Medarbeiderne ønsker å vise hvordan tidligere rusavhengige kan bli ressurssterke arbeidstakere hvis de får fellesskap, ansvar og rammer. De tilbyr tjenester som henting av glass- og metallemballasje, pant, avfallskjøring, snørydding og mye mer.

Eksempel:

Gammel Nok AS

Gammel Nok er en sosial entreprenør som hjelper arbeidstakere over 50 år med å bli lengre i arbeidslivet. Gammel Nok formidler seniorbemanning til midlertidige og faste stillinger i offentlig og privat sektor, og de leverer rådgivning, opplæring og fasilitering knyttet til vekst og omstilling av seniorer.

5.2.2. Hva menes med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer?

Det er ikke definert i anskaffelsesregelverket hva som menes med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer. Nærings- og fiskeridepartementet har i sin veileder uttalt at "funksjonshemmede personer" skal forstås som personer med funksjonsnedsettelse, som på grunn av arten eller omfanget av deres funksjonsnedsettelse ikke kan utøve arbeid på normale vilkår. Det nevnes at både langvarig fysisk og psykisk funksjonsnedsettelse omfattes av begrepet.

Vedrørende "vanskeligstilte personer" legger NFD til grunn at ordet dekker en videre krets personer enn begrepet "funksjonshemmede." Det fremheves at det blant annet omfatter personer som er arbeidsledige, tilhører en vanskeligstilt minoritet eller en gruppe som på annet vis er sosialt marginalisert. Eksempler er rusmisbrukere eller tidligere straffedømte personer. I tillegg presiseres det at begrepet også kan omfatte personer som ikke har fullført videregående skole eller yrkesrettet utdanning, personer som over lengre tidsrom ikke har hatt fast lønnet arbeid, og personer tilhørende etniske minoriteter som har behov for å styrke sine språkkunnskaper, sin yrkesopplæring eller yrkeserfaring for å bedre utsiktene til fast sysselsetting, se NFDs veileder punkt 23.2.

5.2.3. Hvilke virksomheter og programmer omfattes av de reserverte kontraktene?

En virksomhet kan være organisert som en vernet bedrift, men det er ikke avgjørende hvordan virksomheten er organisert for vurderingen av om den tilfredsstillende kravene til reserverte kontrakter. Det avgjørende er derimot at virksomheten driver arbeidslivsintegrering av vanskeligstilte eller funksjonshemmede personer og har dette som et hovedformål.

Anskaffelsesregelverket oppstiller videre et krav om at virksomheten eller programmet har minst 30% ansatte med en funksjonshemming eller som er vanskeligstilte. Prosentandelen beregnes ut fra hvor mange ansatte det er i virksomheten eller programmet, hvor både ansatte med ulike grader av funksjonsnedsettelse og vanskeligstilte ansatte med ulik bakgrunn inngår. I tillegg er det ved beregningen ikke avgjørende hvorvidt en person er heltids- eller deltidsansatt, se NFDs veileder punkt 23.3. Prosentberegningen gjelder i utgangspunktet for hovedvirksomheten og ikke underleverandører dersom det benyttes, med mindre kommunen spesifiserer noe annet, se KOFA-sak 2017/133 hvor spørsmålet ble vurdert.

5.2.4. Mulighet for nærmere avgrensninger

I likhet med kommunens mulighet til å spesifisere hvem prosentberegningen skal gjelde for, kan kommunen foreta nærmere avgrensninger for hvilke typer og omfang av funksjonsnedsettelse eller vanskeligstilte de ansatte hos leverandøren skal ha. Oppdragsgiver har innenfor rammene av anskaffelsesregelverket handlingsrom som gjør det mulig å foreta en nærmere avgrensning av hvilke vilkår som må foreligge for at en leverandør skal kunne delta i konkurransen.

Nettopp fordi det medfører økt sysselsetting og integrering i arbeidslivet bør reserverte kontrakter benyttes av oppdragsgivere. Utnyttelse av dette handlingsrommet vil ha samfunnsøkonomiske fordeler da det i større grad oppfordrer virksomheter til å inkludere og gjennomføre arbeidsrettede tiltak for personer med nedsatt arbeidsevne.

5.3. Reservasjon av konkurranser for ideelle aktører

5.3.1. Innledning

Anskaffelsesregelverket åpner for at oppdragsgivere kan reservere konkurranser for såkalte ideelle aktører ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Denne reservasjonsadgangen kan på flere måter sammenlignes med reservasjonsadgangen for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer, se punkt 5.2. Én forskjell er at reservasjon for ideelle aktører utelukkende kan benyttes ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. En annen forskjell er at oppdragsgiver kun i begrenset grad kan benytte seg av muligheten til å reservere konkurranser for ideelle aktører.

Det finnes ingen lov- eller forskriftsbestemmelse om denne adgangen i dag, og regelen er hjemlet i ulovfestet rett. Nærings- og fiskeridepartementet sendte derimot ut et høringsforslag om å forskriftsfeste denne adgangen i august 2018.

Det vil nedenfor i punkt 5.3.2 kort redegjøres for historien til bestemmelsen om reservasjon for ideelle aktører. I punkt 5.3.3 og 5.3.4 vil det redegjøres nærmere for hvilket handlingsrom denne regelen gir til oppdragsgivere og sosiale entreprenører. Hovedsakelig skal det redegjøres for hvem som er en ideell organisasjon, da det er dette som er interessant i møte med en sosial entreprenør.

5.3.2. Kort historisk gjennomgang

Ifølge den gamle anskaffelsesforskriften var oppdragsgivere unntatt fra de fleste prosessreglene i anskaffelsesregelverket dersom en anskaffelse gjaldt "kontrakter med en ideell organisasjon" "om utførelse av helse- og sosialtjenester", jf. forskrift av 7. april 2006 nr. 402 § 2-1 (3) (a). Dette innebar at oppdragsgivere kunne reservere slike kontrakter for ideelle aktører. Denne reservasjonsadgangen ble tatt ut av teksten til det nye regelverket som trådte i kraft 1. januar 2017, fordi EØS-rettstilstanden vedrørende lovligheten av denne praksisen var uklar. Det ble etter hvert likevel lagt til grunn at det i Norge var en ulovfestet adgang til å reservere kontrakter for helse- og sosialtjenester for ideelle aktører, også under det nye regelverket. Nærings- og fiskeridepartementet ga i den forbindelse ut en egen veileder om dette, som fremdeles er relevant i dag.

Den 27. august 2018 sendte NFD ut forslag til nye forskriftsbestemmelser om adgangen til å reservere anskaffelser av helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner, med høringsfrist 23. november 2018. Forslaget går ut på å forskriftsfeste adgangen til å reservere kontrakter for ideelle aktører, og å kodifisere vilkårene for når en oppdragsgiver kan benytte seg av denne muligheten. Per dags dato er reservasjonsadgangen fremdeles ulovfestet.

5.3.3. Vilårene for å reservere en konkurranse for ideelle aktører

Det følger av NFDs høringsnotat at rettstilstanden ikke skal endres ved en eventuell kodifisering av adgangen til reservasjon for ideelle aktører, og det tas derfor utgangspunkt i høringsforslaget når dagens rettstilstand nå skal belyses.

Forslaget setter opp tre vilkår som alle må være oppfylt for å kunne reservere en konkurranse for ideelle aktører. Vilårene er basert på rettspraksis fra EU-domstolen. For det første må organisasjonene som deltar i konkurransen være ideelle, for det andre må reservasjonen bidra til å oppnå sosiale formål og fellesskapets beste, og for det tredje må reservasjonen bidra til budsjettmessig effektivitet. Alle vilårene må være oppfylt, og oppdragsgiver må foreta en konkret vurdering i forbindelse med hver enkelt konkurranse.

Alle de nevnte vilårene skal ikke behandles i denne veilederen. I det følgende skal det fokuseres på det første vilkåret, nemlig forståelsen av hvem som er en ideell aktør. Forståelsen av begrepet er veldig viktig for og vil påvirke virksomheten til mange sosiale entreprenører. Tolkningen vil påvirke muligheten for sosiale entreprenører til å delta i slike reservede konkurranser. Som nevnt leverer sosiale entreprenører ofte resultater på såkalt "dobbelt bunnlinje": resultater som gir både sosial og økonomisk gevinst. Dette medfører

dessverre at mindretallet av sosiale entreprenører vil falle inn under begrepet ideell organisasjon slik det forstås i dag.

5.3.4. Kan sosiale entreprenører være ideelle aktører?

Spørsmålet er hva en ideell organisasjon er. Definisjonen er ikke en generell legaldefinisjon, og er kun relevant innenfor anskaffelsesregelverkets rammer. Ordlyden ideelle organisasjoner er den samme som i tidligere forskrift, og departementet uttaler i høringsnotatet at praksis knyttet til den gamle bestemmelsen fremdeles kan ha betydning for tolkningen i dag. Departementet har i sitt forslag definert ideelle organisasjoner som:

"Organisasjoner som arbeider utelukkende for et sosialt formål for felleskapets beste og som reinvesterer eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål."

Definisjonen stiller opp to vilkår. For det første må organisasjonen arbeide utelukkende for et sosialt formål for felleskapets beste, og for det andre må organisasjonen reinvestere eventuelt overskudd tilbake til organisasjonens formål. Vilklårene vil ved en vurdering gå litt over i hverandre, da det i praksis argumenteres for at en organisasjon som gir overskudd til noe annet enn sosiale formål, ikke utelukkende arbeider for et sosialt formål.

Organisasjonens formål er et avgjørende moment. Hovedformålet for en ideell aktør må, i motsetning til kommersielle aktører, være av ikke-økonomisk art, se uttalelse i LB-2018-37955 punkt 5. Organisasjonen kan ikke ha noen formål av økonomisk art. En organisasjons vedtekter vil ofte angi formålet med virksomheten, og vil ha betydning ved tolkningen. For eksempel kan det stå i vedtektene at "X skal drive ideell virksomhet. X har ikke erverv til formål". Vedtektene er likevel ikke alene nok til at bedriften kan anses å være ideell. Sentralt i vurderingen av om en aktør er ideell er at det hverken *reelt* eller *formelt* må være åpning for at eventuelt overskudd tas ut av selskapet, se tidligere nevnte lagmannsrettsdom. Her vil organisering av selve organisasjonen/bedriften få betydning, fordi dette vil påvirke muligheten til å flytte verdier ut av selskapet (potensielt til økonomiske formål).

I NFDs veileder punkt 3 (d) sies det om stiftelser at:

«Organisering av virksomheten som stiftelse er en indikasjon på at organisasjonen arbeider for et gitt formål. Utdeling av stiftelsens midler skal være i samsvar med stiftelsens formål. Hvis hovedformålet med stiftelsen er å drive sosialt eller humanitært formål, tilsier kravene til stiftelser at det er liten risiko for omgåelser så lenge kravene til bruk av overskudd nevnt innledningsvis er oppfylt.»

I KOFA-praksis, rettspraksis og NFDs veileder er det uttalt at aksjeselskaper kan være ideelle organisasjoner, se KOFA-avgjørelse 2011/354, LB-2018-37955 og NFDs veileder punkt 3 (d). I praksis har dette likevel vist seg svært vanskelig. I en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett fra 2018 uttales det om et aksjeselskap at:

«Slik (...) selskapsstrukturen er utformet, vil det være både teoretisk og praktisk mulig for X å unndra midler fra det ideelle formålet ved overføring av midler til morselskapet eller søsterselskapene, for eksempel ved internprising. Eierne av et aksjeselskap kan også på et senere tidspunkt endre virksomhetens formål til et kommersielt formål og tillate uttak av utbytte, noe som vil undergrave det ideelle formålet».

Uttalelsen gir lite rom for at aksjeselskap kan være ideelle, fordi ethvert aksjeselskap kan endre vedtektene sine i fremtiden. I tillegg kan lagmannsrettens uttalelse forstås slik at oppdragsgivere også må/kan vurdere muligheten for at organisasjonen tar ut midler på ulovlig måte (internprising). Dette gjør at handlingsrommet for oppdragsgiver til å tillate aksjeselskap som ideelle aktører blir veldig lite. KOFA har i tillegg uttalt at aksjeselskap med en privatperson som eier ikke kan være ideelt fordi slikt eierskap i seg selv knytter private eierinteresser til selskapet, se KOFA-sak 2011/354. En hybridløsning som kan tenkes lovlig, er et aksjeselskap eid 100 % av en ideell stiftelse.

Oppsummeringsvis kan det sies at anskaffelsesregelverket tillater å reservere konkurranser for helse- og sosialtjenester for ideelle organisasjoner, og med dette menes:

- (Potensielt) stiftelser
- (Potensielt) andre organisasjonsformer (AS, DA) med ideelle stiftelse(-r) som eier(-e)

Det må kunne sies at denne reservasjonsadgangen er snever, og at den generelt ikke vil komme til nytte for oppdragsgivere som ønsker å samarbeide med sosiale entreprenører. Som nevnt er sosiale entreprenører en heterogen gruppe. De har ulike typer organisasjonsformer og ulike typer formål. Det er umiddelbart klart at mange sosiale entreprenører ikke vil falle inn under kravet til å "arbeide utelukkende for et sosialt formål", da flere jobber for en "dobbel bunnlinje" og i tillegg søker økonomisk gevinst. Det må alltid foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

5.3.5. Oppsummering

Rettsstilstanden på området er usikker og i stadig endring. Vi mener at oppdragsgivere kan reservere kontrakter for ideelle stiftelser og eventuelt andre organisasjoner som er heleid av ideelle stiftelser. Utover dette er det vanskelig å si om reservasjon for andre aktører vil være i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket per dags dato. Det må uansett alltid foretas en konkret vurdering av om en tilbyder oppfyller kravene til å være ideell, i tillegg til de andre vilkårene som er påkrevet for å reservere en konkurranse for ideelle aktører ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester.

5.4. FoU- kontrakter og innovasjonspartnerskap

5.4.1. Innledning

Konkurranser om forsknings- og utviklingskontrakter og innovasjonspartnerskap har mye til felles. De omfatter begge situasjoner der oppdragsgiver ser et behov for en innovativ løsning og ønsker å inngå kontrakt med en leverandør om utvikling av den innovative løsningen.

Ved en FoU-kontrakt inngår oppdragsgiver en kontrakt med en leverandør om utvikling av en innovativ løsning. Dersom oppdragsgiver senere ønsker å anskaffe den innovative løsningen, må en kjøpskontrakt inngås etter at ny konkurranse er avholdt i henhold til anskaffelsesregelverket. Ved konkurranse om innovasjonspartnerskap omfattes både utviklingen av en innovativ løsning og anskaffelsen av den innovative løsningen i samme konkurransen.

5.4.2. FoU-kontrakter

Det følger av FOA § 2-5 at et innkjøp av en forsknings- og utviklingstjeneste kan være unntatt fra anskaffelsesloven og forskriften i sin helhet. En lignende bestemmelse finnes også for varekontrakter, men anvendelsesområdet er snevrere. For innkjøp av varekontrakter følger det av 13-3 bokstav c at en oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom en varekontrakt gjelder varer som produseres utelukkende for forsknings-, forsøks-, undersøkelses- eller utviklingsformål.

FoU-kontraktene kan brukes når oppdragsgiver ønsker å sette i gang et forsknings- eller utviklingsprosjekt med formål om å utvikle helt ny kunnskap. En slik kontrakt kan benyttes når leverandørene skal utvikle et nytt produkt eller en ny løsning som oppdragsgiver har behov for, men som ikke allerede finnes på markedet.

For varekontrakter følger det av § 13-3 bokstav c at unntaket likevel ikke kan benyttes dersom varene som blir utviklet, produseres i større mengder for å påvise deres kommersielle muligheter, eller for å dekke forsknings- og utviklingskostnadene. Dette innebærer at man ikke kan bruke bestemmelsen dersom det er et ønske at den produserte varen skal benyttes for kommersielt videresalg generelt, selv ikke dersom formålet med videresalg er å dekke forsknings- og utviklingskostnadene. Det presiseres i NFDs veileder punkt 18.2.4 at unntaksbestemmelsen heller ikke vil gjelde dersom formålet med produksjonen av varen er å påvise dens kommersielle potensiale, for eksempel i tilfeller hvor det skal utvikles prototyper.

Selv om oppdragsgiver bruker § 13-3 (1) (c) og lar være å kunngjøre en FoU-kontrakt, må oppdragsgiveren likevel oppfylle det grunnleggende kravet om konkurranse ved en anskaffelse av en slik kontrakt. De øvrige prosedyrereglene i del III må ellers følges så langt de passer, jf. NOU 2014:4 s. 110. Det er uttalt i NFDs veileder at siden dette er et unntak fra hovedregelen om at anskaffelser skal kunngjøres, skal vilkårene for bruk av prosedyren tolkes restriktivt. I tillegg presiseres det at oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkårene er

oppfylt. Det er opp til oppdragsgiver å sannsynliggjøre at resultatet av arbeidet vil føre til ny kunnskap eller teknologi eller til ny bruk av eksisterende teknologi.

Det er lagt til grunn en streng tolkning av om vilkårene for å anvende unntaket fra kunngjøring for forsknings- og utviklingskontrakter er oppfylt. Særlig med bakgrunn i det restriktive vilkåret om at varer som produseres i FoU-kontrakter ikke kan benyttes i kommersielle videresalg, anses dette unntaket lite anvendbart for de fleste sosiale entreprenører.

5.4.3. Innovasjonspartnerskap

Det følger av FOA § 13-1 (3) at oppdragsgiver kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider. Prosedyren legger til rette for at oppdragsgiver i én og samme anskaffelse kan få utviklet en innovativ løsning, for så å ha en opsjon på å kjøpe løsningen.

Prosedyren innovasjonspartnerskap brukes når oppdragsgiver skal anskaffe noe som ikke finnes i markedet fra før. Prosessen legger til rette for samarbeid mellom den offentlige oppdragsgiveren og leverandøren(-e) med et formål om å utvikle en vare eller tjeneste. Før igangsetting av et innovasjonspartnerskap er det svært viktig å gjennomføre en grundig behovsavklaring på forhånd, spesielt fordi man ikke kan bruke prosedyren dersom det allerede finnes løsninger som kan dekke behovet.

Oppdragsgiver kan velge å inngå partnerskap med én eller flere leverandører, og skal dele opp anskaffelsen i flere faser. Oppdragsgiveren skal vanligvis kunne avslutte partnerskapet etter hver fase. Dersom oppdragsgiver skal kjøpe løsningen når utviklingsfasen er ferdig, kan dette innebære at det bare er én av flere leverandører som får vært med på selve anskaffelsen av løsningen. Et eksempel på fasene i et innovasjonspartnerskap er:

- Fase 1: Utviklingsfase, delleveranser
- Fase 2: Leverandørs utarbeidelse og testing av løsning
- Fase 3: Oppdragsgivers testing og godkjenning av løsning
- Fase 4: Anskaffelse av løsning (opsjon)

Etter hver fase kan oppdragsgiver avslutte partnerskapet (med én eller flere leverandører).

Det innovative elementet ved innovasjonspartnerskap gjør at prosedyren kan være nyttig og riktig i møte med en sosial entreprenør med en ikke ferdigutviklet idé. Gjennomføring av et innovasjonspartnerskap er derimot ofte ressurskrevende for den offentlige oppdragsgiveren. Prosedyren er også relativt ukjent for mange, også de som arbeider med anskaffelser i det daglige. Prosedyren brukes ofte ved store og omfattende anskaffelser, og vi ser det slik at prosedyren kun unntaksvis er egnet for samarbeid med sosiale entreprenører, hovedsakelig fordi de ofte er små og mellomstore bedrifter.

5.5. Unntak fra krav om konkurranse når det kun er én leverandør i markedet

5.5.1. Anskaffelser etter forskriftens del II

Oppdragsgiver er fritatt fra reglene i anskaffelsesforskriften del II for kontrakter som oppdragsgiver bare kan inngå med én bestemt leverandør i markedet, se FOA § 5-2 (1) (a). Hensynet bak unntaket er begrunnet i at konkurranseprinsippet bare gjelder så langt det er mulig. I slike tilfeller som § 5-2 (1) (a) gjelder, vil det være nødvendig bruk av tid og ressurser å avholde en konkurranse. Terskelen for å påberope seg unntaket er høy, særlig fordi det skal en del til for å påvise at det faktisk bare finnes én leverandør i markedet. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt.

At oppdragsgiveren har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt innebærer at oppdragsgiver må foreta undersøkelser som viser at det faktisk bare finnes én leverandør i markedet. Det vil ikke være tilstrekkelig å hevde at det bare finnes én leverandør i markedet som kan oppfylle behovet til oppdragsgiver fordi de kun vet om én slik leverandør. Det vil heller ikke være tilstrekkelig å bevise at en leverandør kan levere ytelsen mer effektivt enn andre, det må synliggjøres at det kun er én leverandør som kan produsere det som er etterspurt. Videre vil det være i strid med unntaket dersom oppdragsgiver definerer anskaffelsesbehovet så snevert at det i realiteten er tilpasset en bestemt leverandør, se NFDs veileder punkt 10.2.1.

NFD legger i veilederen til grunn at det må foreligge objektive årsaker til at det kun er én leverandør som kan oppfylle ytelsen, og uttaler at dette for eksempel kan være i tilfeller *hvor det kun er én leverandør som har den nødvendige tekniske kompetansen til å utføre oppdraget eller som produserer det ønskede produktet eller hvor det av kunstneriske grunner kun finnes én leverandør eller der en leverandør har enerett på ytelsen*, se veilederen punkt 10.2.1.

Forskriften del II gjelder for anskaffelser med en verdi under EØS-terskelverdi. Som utgangspunkt vil det da være tilstrekkelig at oppdragsgiver undersøker det norske markedet og finner at det her bare finnes én leverandør.

5.5.2. Anskaffelser etter forskriftens del III

Et lignende unntak finnes i anskaffelsesforskriften § 13-4 (1) (b), som gir oppdragsgiver mulighet til å gjennomføre en anskaffelse etter del III uten konkurranse dersom "leverandøren har enerett". Det presiseres at bestemmelsen bare gjelder når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

Alle de tilfellene som faller inn under denne unntaksbestemmelsen, vil også falle inn under unntaket i del II. Videre kan det tenkes at unntaksbestemmelsen i § 5-2 omfatter flere tilfeller enn unntaket i forskriften del III, se NFDs veileder punkt 10.2.1. Dette er naturlig fordi reglene i forskriftens del III er EØS-regler, og generelt er mer omfattende og strengere enn reglene i del II.

5.5.3. Oppsummering

Unntaket fra konkurranse når det kun er én leverandør i markedet er ikke veldig praktisk for oppdragsgivere i møte med sosiale entreprenører. Terskelen for å påberope seg unntaket er høy (både etter del II og del III), og følgelig skal det mye til for å legge til grunn at det ikke finnes noen andre leverandører som har den nødvendige kompetanse for å levere den aktuelle tjenesten eller produsere den aktuelle varen.