

Til: Agder fylkeskommune v/Bjarki Steinarsson
Fra: Odin Advokat AS v/Helge Jellestad Andersen
Ansvarlig advokat: Helge Jellestad Andersen
Vår ref.: Konkurransen frukt, bær og grønt
Dato: 16. oktober 2023

Vurdering av krav til varenes opprinnelsesland

1 Innledning

Agder fylkeskommune v/Bjarki Steinarsson (heretter oppdragsgiver eller fylkeskommunen) har bedt Odin Advokat AS om å vurdere om det er diskriminerende eller brudd på likebehandlingsprinsippet å be om pris på norske sesongprodukter i en anskaffelse av frukt, bær og grønt. Odin Advokat AS har vurdert saken basert på de dokumenter oppdragsgiver har gjort tilgjengelig for oss og innenfor en kort tidsramme på 4 timer.

2 Bakgrunn

Agder fylkeskommunen skal gjennomføre en konkurranse om en rammeavtale på levering av frukt og grønt. Vi legger til grunn at anskaffelsen gjennomføres etter lov om offentlige anskaffelser (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) del III. I pris- og produktskjemaet bes det om pris på noen norske produkter. Prisskjemaet følger vedlagt her. Det er lagt opp til at dette gjelder følgende 7 varelinjer av totalt 91:

PRODUKT	UTFYLLENDE BESKRIVELSE	årlig forbruk	enhet (1)
Epler, norske, sesong	Løsvekt	1300	Kg
Plomme, norsk	Løsvekt	200	Kg
Jordbær, norsk	kurv a ca 500 gram	1000	Kg
Tomat, norsk, 57-67	Løsvekt	3700	Kg
Agurk, slange, norsk	Løsvekt	21400	Stk
Potet, ny, vasket, norsk	Sekk a ca 15 kg	4300	Kg
Kinakål, norsk	Løsvekt	450	Stk

For disse 7 varelinjene bes det også om pris på et «generisk» importert produkt som kan komme fra hvor som helst, på egne varelinjer. Det vil si at leverandøren både må tilby en pris på det norske produktet og på et alternativt produkt.

3 Vurdering

Oppdragsgiver har lagt til grunn at anskaffelsesregelverket ikke stenger for å be om produkter som har betegnelsen «norsk» i en slik anskaffelse, men ønsker en uavhengig juridisk vurdering av spørsmålet. Ved vurderingen tar vi

utgangspunkt i det grunnleggende prinsippet i EØS-avtalen Art 1 nr. 2 bokstav a jf. Art 8 om fritt varebytte mellom medlemslandene, ofte omtalt som prinsippet om fri flyt av varer og tjenester. Videre tar vi utgangspunkt i LOA § 4:

«§ 4. Grunnleggende prinsipper

Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.»

Innenfor rammen av disse prinsippene legger vi videre til grunn at det er oppdragsgiver som selv definerer sitt behov. Hva som skal anskaffes, hvilken kvalitet, mengde osv må oppdragsgiver selv fastsette.

Vi legger imidlertid videre til grunn at adgangen til å spesifisere krav til produktene begrenses av FOA § 15-1. Selv om det her er tale om krav som kommer til uttrykk i et dokument benevnt «pris- og produktskjema» og ikke «kravspesifikasjon» er det realiteten – at det i dokumentet stilles krav til produktene – som er avgjørende.

Kravet oppdragsgiver har stilt til 7 av varelinjene er at produktet må være «norsk», altså ha et bestemt opprinnelsesland.

FOA § 15-1 første til fjerde ledd inntas her:

«§ 15-1. Kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonene skal angi kravene som stilles til egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiveren skal anskaffe.

(2) Kravene skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. De kan vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringingen av eller handelen med dem, eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes egenskaper.

(3) Med mindre noe annet er fastsatt i rettslig bindende tekniske regler, skal kravene utformes

a. som ytelses- eller funksjonskrav, inkludert miljøegenskaper;

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

c. som kombinasjoner av bokstav a og b.

(4) Kravene kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. En slik henvisning er likevel tillatt dersom

a. det er nødvendig ut fra anskaffelsens formål, eller

b. det ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig etter tredje ledd.

Henvisningen skal følges av uttrykket «eller tilsvarende».

(...))»

Bestemmelsens annet ledd slår fast at kravene som stilles skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. I Karnov lovkommentar ved Elisabeth Berge og Oda Hellenes Ekre, i note 3 til bestemmelsen, skriver forfatterne:

«I tilknytningsvilkåret ligger det at kravspesifikasjonene ikke kan gjelde generelle forhold som ikke har konkret betydning for den aktuelle anskaffelsen.

Tilknytningsvilkåret kan likevel være oppfylt selv om kravene ikke omfatter faktorer som direkte påvirker varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes konkrete egenskaper. Dette følger direkte av § 15-1 andre ledd siste punktum. Dette er en endring fra tidligere anskaffelsesforskrift 2006, hvor tilknytningskravet ble tolket noe mer innskrenkende.»

Oppdragsgiver har lagt til grunn at det i sesongen for de norske produktene er kvalitetsforskjell på de norske og de importerte, og at de norske produktene man ber om pris på, har bedre smak og høyere kvalitet enn de importert. Videre skal produktene brukes på sykehjem og andre institusjoner der brukerne forventer å få norske kvalitetsprodukter, f.eks. jordbær om sommeren.

Vår vurdering er at dette er tilstrekkelig til å begrunne at kravet har tilknytning til leveransen.

Det er ikke tvilsomt at kravet står i forhold til anskaffelsens formål og verdi.

FOA § 15-1 fjerde ledd slår fast at kravene som stilles ikke kan vise til «bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes». Kravet om at produktene på de aktuelle varelinjene skal være «norske» synes i utgangspunktet å være i strid med dette kravet, da det er tale om et krav om at produktene skal ha en bestemt «opprinnelse».

Det fremgår imidlertid av bestemmelsen at slike krav likevel er tillatt så lenge de ikke *fører til* at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. Siden konkurransen retter seg mot grossistmarkedet, der vi antar at alle tilbyderne vil kunne knytte til seg produsenter og underleverandører som leverer «norske» produkter, anser vi det som usannsynlig at visse leverandører «favoriseres eller utelukkes» gjennom kravet.

Siden det også er egne varelinjer hvor det *ikke* gjelder krav om at produktene skal være norske, er det etter vår vurdering heller ikke tale om at visse produkter favoriseres eller utelukkes.

Ved å innta egne varelinjer hvor det er krav om at produktene er norske, oppnår oppdragsgiver å få priser på produkter som erfaringsmessig uansett etterspørres. Oppdragsgivers statistikk viser at norske produkter er hyppig handlet i sesongen. Leverandørene får nå mulighet til å gi egne priser på disse produktene, og sannsynligheten for avtalelekkasje ved kjøp utenom rammeavtalen reduseres.

4 Oppsummering

Anskaffelsesregelverket stenger ikke for å be om enkelte produkter som har betegnelsen «norsk» i en anskaffelse av frukt, bær og grønt. Det er verken diskriminerende eller brudd på likebehandling å be om pris på norske sesongprodukter her.

* * * * *

Odin Advokat AS bistår gjerne oppdragsgiver med nærmere utredning av de enkelte punkter i dette notatet. Vi eller vår samarbeidspartner Odin Prosjekt AS kan også bistå i det videre arbeidet med konkurransejennomføringen dersom det er ønskelig.

Med vennlig hilsen



Helge Jellestad Andersen
Advokat MNA