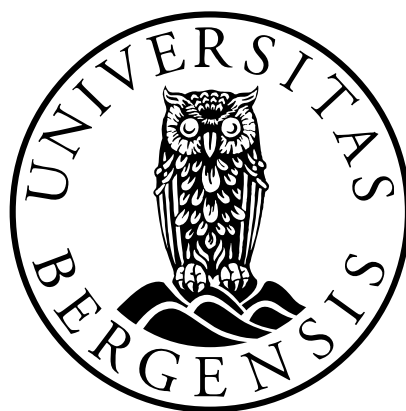


Gjennomføringen av forhandlinger ved inngåelse av offentlige kontrakter etter anskaffelsesforskriften §§ 11-8 og 20-11

Kandidatnummer: 198465

Antall ord: 14150



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2014

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1. Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.1.1 Avgrensning	5
1.2 Rettskilder og metode.....	5
1.2.1 KOFA-praksis	6
1.2.2 Metode.....	7
1.3 Videre fremstilling	8
2. Når det kan gjennomføres konkurranse med forhandling.....	10
2.1 Vilkår for å gjennomføre konkurranse med forhandling	10
3. Fremgangsmåten for forhandlingene	13
3.1 Forhandlingene kan gjennomføres i faser	13
3.1.1 Har oppdragsgiver forhandlingsplikt?.....	15
3.2 Forberedelse til forhandlinger og forhandlingsform	20
3.2.1 Forberedelse til forhandlinger	20
3.2.2 Fysisk møte, telefonmøte eller e-post	22
4. Innholdet i forhandlingene	24
4.1 Hva det kan forhandles om.....	24
4.1.1 Taushetsplikt om andre tilbyderes tilbud	25
4.2 Reelle forhandlinger	26
4.2.1 Like tilfeller skal behandles likt	27
4.2.2 Ulik behandling er saklig og objektivt begrunnet	28
4.2.3 Informasjonsplikten når det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget.....	29
4.3 Veiledningsplikt	34
4.3.1 Forhold som vil bli tillagt “ <i>vesentlig eller avgjørende</i> ” betydning ved tildelingsevalueringen	34
4.3.2 Ikke plikt til å påpeke alle forbedringspunkter.....	36
4.3.3 Veiledningsplikten når tilbudene er svært like.....	37
4.3.4 Adgangen til å forhandle om <i>vesentlige avvik eller forbehold</i>	38
5. Etterprøvarhet og reviderte tilbud	45
5.1 Krav til referat	45

5.2	Reviderte tilbud	46
6.	Revisjon av dagens regelverk.....	48
6.1	Forenklingsutvalgets forslag og EU-direktiv 2014/24.....	48
6.1.1	Utvidet adgang til å velge konkurranse med forhandling	48
6.1.2	Gjennomføringen av forhandlinger ved endring av regelverket	49
7.	Avslutning	51
7.1	Oppsummerende betraktninger	51
8.	Litteraturliste	53

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Offentlig sektor foretar årlig innkjøp av varer og tjenester for rundt 400 milliarder kroner.¹ Disse innkjøpene skal foretas i henhold til de norske anskaffelsesreglene, som er et prosedyreregelvek for hvordan offentlige kontrakter skal inngås. Det finnes flere anskaffelsesprosedyrer for å inngå offentlige kontrakter. En av disse er konkurranse med forhandling, og denne prosedyren er tema for avhandlingen.

Når det gjennomføres en konkurranse med forhandling har offentlig sektor (heretter oppdragsgiver) adgang til å forhandle med leverandørene om innholdet i tilbudene. Målet med forhandlingene er å oppnå et konkurransedyktig tilbud basert på oppdragsgivers behov, og dermed bidra til økt verdiskapning i samfunnet. Denne avhandlingen handler om hvilke prosessuelle og materielle rammer gjeldende rett stiller til *gjennomføringen* av forhandlingene når oppdragsgiver bruker konkurranse med forhandling for å inngå offentlige kontrakter.

Det kan i utgangspunktet forhandles om alle sider ved tilbudene i en konkurranse med forhandling. Forhandlingsrommet til leverandører og oppdragsgivere er dermed stort. Partene er imidlertid underlagt regler om hvordan forhandlingene skal gjennomføres i forskrift om offentlige anskaffelser (heretter FOA eller anskaffelsesforskriften) §§ 11-8 og 20-11. Bestemmelsene oppstiller nærmere prosessuelle og materielle krav til gjennomføringen av forhandlingene under og over EØS-terskelverdi.² Forhandlingene skal også skje i samsvar med ”*de alminnelige regler i § 3-1*”, herunder kravet til ”*likebehandling*”.

Kravet til ”*likebehandling*” er et av de mest grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, og finnes både i EU/EØS-retten og i norske anskaffelsesregler.³ Likebehandlingsprinsippet

¹ Se innkjøpsstatistikk på <http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2014-08-22>

² Bestemmelsene regulerer blant annet krav til fremgangsmåte og innhold i forhandlingene.

³ Likebehandlingsprinsippet kommer bl.a. til uttrykk i EU-direktiv 2014/18 artikkel 2, anskaffelsesloven § 5, FOA § 3-1 fjerde ledd, § 11-8 tredje ledd og § 20-11 femte ledd. Se også EØS-avtalen art. 4.

skal sikre at like tilfeller behandles likt, og at ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet, jf. EU-domstolens prinsipielle avgjørelse i sak C-21/03 og C-34/03 (forente saker), *Fabricom SA mot Belgia*.⁴

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) har utledet et krav fra likebehandlingsprinsippet om at det må gjennomføres *reelle forhandlinger* med tilbyderne.⁵ Kravet til *reelle forhandlinger* har dannet grunnlag for mange spesifikke regler om gjennomføringen av forhandlingene, og avhandlingen vil derfor ha et særlig fokus på disse. Det er skrevet lite om hvilke regler og rammer som er utledet fra kravet til *reelle forhandlinger*. Dette gjør avhandlingen til et lite beskrevet og interessant tema.

Temaet er også svært aktuelt fordi det er foreslått store endringer i §§ 11-8 og 20-11, for å gi oppdragsgiver et større forhandlingsrom ved inngåelse av offentlige kontrakter. EU vedtok å endre dagens anskaffelsesdirektiv, og utvide adgangen til å forhandle 11. februar 2014.⁶ I Norge leverte Forenklingsutvalget den 10. juni 2014 sitt forslag om forenkling av det særnorske anskaffelsesregelverket, NOU 2014: 4. I NOU-en foreslås det å avskaffe dagens anskaffelsesprosedyrer, og erstatte disse med en ny prosedyre hvor forhandlinger alltid er tillatt.⁷

Høringsfristen for forslaget var 31. oktober 2014, og det har fått stor støtte.⁸ Hvis forslaget vedtas av Regjeringen, vil det bli enda viktigere å klarlegge hva som ligger i kravet til *reelle forhandlinger*, fordi forhandlinger vil bli en større del av inngåelse av offentlige kontrakter. Avhandlingen vil vise at det er grunn til å hevde at en utvidelse av adgangen til å gjennomføre forhandlinger også kan føre til at rammene for *reelle forhandlinger* endres. Dette gjør at

⁴ Se også den norske oversettelsen i NOU 2014: 4 s. 75-76.

⁵ Kravet ble for første gang nevnt i KOFA-sak 2003/171 og gjaldt den nå opphevede forskriftsbestemmelsen § 9-3 som er videreført i § 11-8. At kravet til reelle forhandlinger er utledet fra likebehandlingsprinsippet fremgår i bl.a. KOFA-sak 2011/1 premiss 32. Motsatt i Morten Goller, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, Oslo 2014 s. 52 som mener at kravet til reelle forhandlinger best kan forankres i forutberegnelighetsprinsippet.

⁶ Se pressemelding fra Europarådet

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/140975.pdf

⁷ NOU 2014: 4 s. 20

⁸ Se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/horinger/horingsdokumenter/2014/Horing-om-forenkling-av-det-norske-anskaffelsesregelverket/Horingsuttalelser.html?id=764141>

avhandlingen kan danne et interessant utgangspunkt for en rettstilstand som potensielt er i stor endring. Formålet med denne avhandlingen er derfor å kartlegge hvilke prosessuelle og materielle rammer som er stilt til gjennomføringen av konkurranse med forhandling med hovedfokus på kravet til *reelle forhandlinger*.

1.1.1 Avgrensning

Det finnes også regler om gjennomføringen av konkurranse med forhandling i andre regelverk, for eksempel i ”Anskaffelsesregelverk for Forsvaret”, forskrift om innkjøp i forsyningssektorene og GPA-avtalen.⁹ Det er imidlertid anskaffelsesforskriften som er det mest brukte regelverket i et nasjonalt perspektiv. Avhandlingen ønsker å ha tilstrekkelig plass til å gå i dybden av de kravene som stilles til gjennomføringen av forhandlinger etter anskaffelsesforskriften, og det avgrenses derfor mot andre regelverk.

1.2 Rettskilder og metode

Gjennomføringen av konkurranse med forhandling er regulert gjennom anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Anskaffelsesloven inneholder hovedsakelig grunnleggende prinsipper for regelverket, mens den nærmere materielle reguleringen er gitt i anskaffelsesforskriften. Avhandlingen behandler gjennomgående anskaffelsesforskriften med mindre annet blir nevnt. Reglene om gjennomføringen av forhandlinger, §§ 11-8 og 20-11, befinner seg i del II og III av anskaffelsesforskriften. Del II er den særnorske reguleringen, mens del III gjelder anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene.¹⁰ Anskaffelsesforskriften §§ 11-8 og 20-11 er svært likt formulert, og derfor behandles begge i avhandlingen.¹¹

Forarbeider er en lite brukt rettskilde i anskaffelsesretten. De norske forarbeidene til anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften uttaler seg hovedsakelig om hvordan det

⁹ Se informasjon om GPA-avtalen på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/handelspolitikk/wto/wto---doha-runden/offentlige-anskaffelser-i-wto-gpa-avta-2.html?id=708717>

¹⁰ FOA del III gjennomfører EU-direktiv 2004/18.

¹¹ FOA § 20-11 andre og tredje ledd har noen utfyllende regler om fremgangsmåten som ikke er tilsvarende regulert i § 11-8.

særnorske regelverket skal praktiseres på bakgrunn av EU-direktivene om offentlige anskaffelser.¹² Avhandlingen vil imidlertid vise til NOU 2014: 4 flere steder. Denne gjelder forslag til ny regulering av anskaffelsesregelverket under EØS-terskelverdiene. NOU-en har stor relevans, men begrenset rettskildemessig vekt da forslaget ikke er vedtatt. Det er imidlertid inntatt flere relevante sammendrag av gjeldende rett i NOU-en, og det vil derfor vises til denne.

Nærings- og fiskeridepartementet har utarbeidet en veileder til reglene om offentlige anskaffelser som sist ble oppdatert i desember 2013. Veilederen har ingen rettskildemessig vekt, men gir en oversiktlig fremstilling over regelverket. Denne vil derfor brukes som et støttemoment enkelte steder i avhandlingen.

Av EØS-rettslige kilder er EU-direktiv 2004/18 og 2014/24 sentrale. Direktiv 2014/24 erstatter dagens anskaffelsesdirektiv 2004/18 som er vedtatt, men ikke implementert i anskaffelsesforskriften.¹³ Endringene må gjennomføres i anskaffelsesforskriften del III, jf. EØS-avtalen art. 65. EU-rettspraksis knyttet til direktivene er også relevante rettskilder for fortolkningen av § 20-11.

1.2.1 KOFA-praksis

Det finnes få rettsavgjørelser fra domstolene om kravene til gjennomføringen av konkurranse med forhandling. Det er imidlertid opprettet en klagenemnd for offentlige anskaffelser, (KOFA), som behandler klager på anskaffelsesregelverket. KOFA har behandlet de nærmere kravene til gjennomføring av forhandlinger flere ganger, og KOFA-praksis er derfor en svært relevant rettskilde. Nemnda er imidlertid et *”rådgivende organ”*, og KOFA-praksis har ingen formell vekt som rettskilde. jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

¹² Se Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 54.

¹³ Direktivet må implementeres innen 24 måneder, og er forventet implementert i april 2016. Se pressemelding fra Regjeringen på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/pressesenter/pressemeldinger/2014/enklere-offentlige-innkjop.html?id=751027>

Uten KOFA-praksis vil avhandlingen stå overfor et tilnærmet lovtomt område. Det totale rettskildebildet viser at KOFA-praksis brukes i stor grad, og avhandlingen vil ta utgangspunkt i det samme. Dette gjøres også av de alminnelige domstoler, hvor KOFA-praksis flere ganger har blitt lagt til grunn.¹⁴ Det er også relativt få avgjørelser som bringes videre til domstolene etter å ha vært behandlet i KOFA. Dette kan skyldes at KOFA har en spesialkompetanse innenfor et stort regelverk som stadig er i endring. Denne kompetansen tilsier at avgjørelsene fra KOFA er materielt velbegrunnede. Rettskildebildet tyder på at partene innretter seg etter avgjørelsene som blir truffet av KOFA, og det underbygger at KOFA-praksis er en svært relevant rettskilde. Det har blitt hevdet at KOFA har lagt for mye vekt på EU-domstolens avgjørelser ved fortolkning av det særnorske anskaffelsesregelverket.¹⁵ Det bør alltid foretas en konkret vurdering av om KOFA-praksis for del III direkte kan legges til grunn for del II, se neste kapittel.

1.2.2 Metode

Siden § 11-8 er en særnorsk bestemmelse, må det brukes alminnelig juridisk metode ved fortolkningen av denne. For tolkningen av § 20-11 kan imidlertid EU-/EØS-rettslige kilder ha relevans, fordi reglene er inntatt via EØS-avtalen.¹⁶ Ved bruk av EU-/EØS-rettslige kilder, må EU-/EØS-rettslig metode brukes. Det må også skilles mellom de ulike rettskildelærene.¹⁷ Løsninger som er lagt til grunn for del III, kan derfor ikke automatisk legges til grunn for del II. Der det er forskjell på kravene som er stilt til gjennomføringen av forhandlingene etter §§ 11-8 og 20-11 vil dette kommenteres.

Bestemmelsene er som tidligere nevnt tilnærmet likt utformet. Når reglene har forskjellige rettskildemessig bakgrunn, men svært lik ordlyd, oppstår det risiko for at det kan skje en viss sammenblanding av de ulike rettskildelærene. Dette påpekes også i NOU 2014: 4 hvor Forenklingsutvalget uttaler at *"I en og samme lov- eller forskriftsbestemmelse kan det være*

¹⁴ Se blant annet Rt. 2007 s. 983 premiss 103 hvor Klagenemndas avgjørelse blir lagt til grunn av førstvoterende. Se videre Rt. 2008 s. 1705 premiss 35 og Rt. 2008 s. 982 premiss 45.

¹⁵ Se som eksempel NOU 2014: 4 s. 61 om "Nedfallsproblematikk". Her skriver utvalget at *"KOFA har hatt en tendens til å utlede samme regler av de grunnleggende prinsippene i de ulike deler av regelverket"*.

¹⁶ Se EØS-avtalen art. 65.

¹⁷ Se NOU 2014: 4 s. 59.

*elementer av både EU/EØS-rett og nasjonal utformet rett, og det er ikke alltid enkelt å vite nøyaktig hvor grensen går.*¹⁸ Dette er en utfordring ved avhandlingen, og reiser spørsmål om hvordan rettsanvenderen skal forholde seg til en slik sammenblanding.

Selv om EU- og EØS-rettslige kilder ikke er en formell rettskilde ved fortolkningen av § 11-8, brukes disse kildene likevel i stor grad.¹⁹ Dette kan være legitimt fordi det ikke finnes mange norske rettskilder som gir noen tolkningsbidrag til § 11-8. I tillegg er mange av rettskildene fra EU og EØS-rettslige organer argumentativt gode, og gir fornuftige løsninger også for det særnorske anskaffelsesregelverket. Det er imidlertid viktig å foreta en konkret vurdering av om gjeldende rett etter del III også kan legges til grunn for del II. Dette må gjøres for å unngå at EU- og EØS-retten ikke skal bli overnasjonal på områder hvor Norge ikke er forpliktet av EØS-avtalen.

1.3 Videre fremstilling

Innledningsvis har avhandlingen presentert temaet, og hvilken rettskildebruk og metode som vil brukes. Temaet for avhandlingen er som nevnt å kartlegge hva som er gjeldende rett for gjennomføringen av forhandlinger ved inngåelse av offentlige kontrakter, med hovedfokus på hvilke rammer som er utledet fra kravet til *reelle forhandlinger*.

Avhandlingen vil se på hvilke *prosessuelle* og *materielle* rammer og regler som finnes for gjennomføringen av forhandlingene. For å danne et helhetlig og oversiktlig bilde av disse rammene, vil avhandlingen forsøke å gi en kronologisk fremstilling av de krav som stilles til gjennomføringen av prosessen før, under og etter forhandlingene. Avhandlingen vil derfor i kapittel 2 gi en oversikt over vilkårene for *når* det kan gjennomføres konkurranse med forhandling under og over EØS-terskelverdiene. Deretter vil oppgaven i kapittel 3 se på de prosessuelle krav som stilles til fremgangsmåten *før og under* gjennomføringen av forhandlingene. I kapittel 4 vil avhandlingen analysere hvilke materielle krav som stilles til

¹⁸ Se NOU 2014: 4 s. 59.

¹⁹ Se mer om problematikken i Dragsten s. 55.

innholdet i selve forhandlingene. Det er punkt 4 som utgjør kjernen i avhandlingen, og det er her kravet til *reelle forhandlinger* har størst betydning.

Dernest vil avhandlingen i kapittel 5 gi en oversiktlig fremstilling over hvilke prosessuelle rammer som gjelder *etter* at forhandlingene er gjennomførte. I kapittel 6 skal avhandlingen se på Forenklingsutvalgets forslag til endring av § 11-8 i det særnorske regelverket og de endringene som er vedtatt etter § 20-11. Avslutningsvis vil avhandlingen i kapittel 7 se på hva slags betydning disse endringene kan ha for gjennomføringen av konkurranse med forhandling.

2. Når det kan gjennomføres konkurranse med forhandling

2.1 Vilkår for å gjennomføre konkurranse med forhandling

Det finnes flere anskaffelsesprosedyrer som kan brukes når oppdragsgiver skal inngå offentlige kontrakter om innkjøp av varer eller tjenester, jf. §§ 5-1 og 14-1. Av disse prosedyrene er åpen og begrenset anbudskonkurranse, og konkurranse med forhandling de mest brukte.²⁰ Ved åpen og begrenset anbudskonkurranse kan oppdragsgiver tildele kontrakt utelukkende på bakgrunn av inngitte tilbud, og det er ikke tillatt å forhandle med leverandørene.²¹ I en konkurranse med forhandling er det imidlertid adgang til å forhandle med tilbyderne om innholdet i tilbudene, slik at de kan inngi reviderte tilbud.²²

Konkurranse med forhandling skal være en fleksibel prosedyre som kan tilpasses den aktuelle anskaffelse. Derfor er det ikke gitt like detaljerte regler for gjennomføringen av forhandlingene, som for reglene knyttet til åpen og begrenset anbudskonkurranse.²³ Formålet med forhandlingene er å komme frem til det beste tilbudet på bakgrunn av oppdragsgivers behov. Det er spesielt aktuelt å gjennomføre forhandlinger ved komplekse anskaffelser hvor det er behov for å gjøre justeringer i tilbudene før kontraktsinngåelse. Det vil da være hensiktsmessig at det er kontakt mellom partene gjennom forhandlinger.²⁴

For del II kan oppdragsgiver fritt benytte konkurranse med forhandling, jf. § 5-1. Dette skyldes at det skal være et større handlingsrom for oppdragsgiver til å inngå kontrakter under EØS-terskelverdiene. Oppdragsgiver bør imidlertid bare velge å gjennomføre konkurranse

²⁰ Se NOU 2014: 4 s. 156.

²¹ Jf. § 4-2 første ledd, bokstav a) og b).

²² Jf. § 4-2 første ledd, bokstav d).

²³ Se veileder til reglene om offentlige anskaffelser, oppdatert desember 2013 s. 209 som er utgitt av Nærings- og fiskeridepartementet.

²⁴ Se Morten Goller, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, Oslo 2014 s. 75.

med forhandling der det faktisk er behov for å forhandle med tilbyderne.²⁵ Hvis ikke kan kostnadene med å gjennomføre forhandlinger overstige hva som er forholdsmessig sett opp mot anskaffelsens verdi.

Anskaffelser etter del III skal som hovedregel gjennomføres som vanlige anbudskonkurranser, og det er relativt strenge vilkår for å benytte konkurranse med forhandling, jf. § 14-1 første ledd.²⁶ Det finnes to prosedyrer for konkurranse med forhandling etter del III. Anskaffelsesforskriften §§ 14-3 og 14-4 regulerer henholdsvis konkurranse med forhandling ”etter” og ”uten” forutgående kunngjøring.

Etter §§ 14-3 og 14-4 kan konkurranse med forhandling bare gjennomføres dersom tilbudene som er kommet inn ved vanlige anbudskonkurranser er ”ukorrekte” eller ”uakseptable”, eller etter nærmere regulering.²⁷ Det er antatt at konkurranse med forhandling innebærer en større risiko for at oppdragsgiver favoriserer en spesiell leverandør, slik at de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene ikke ivaretas i like stor grad som ved vanlige anbudskonkurranser.²⁸ Dette gjelder spesielt likebehandling- og gjennomsiktighetsprinsippet. De grunnleggende prinsippene er svært viktige i EU- og EØS-rettslig sammenheng,²⁹ og dette er grunnen til at det er strenge vilkår for å benytte konkurranse med forhandling etter del III.³⁰

Etter overskriften i § 20-11 gjelder bestemmelsen bare konkurranse med forhandling ”uten” forutgående kunngjøring. Det henvises altså til § 14-4, ikke § 14-3 som gjelder ”etter” forutgående kunngjøring. Det er imidlertid antatt i juridisk teori at § 20-11 også gjelder for § 14-3 så langt reglene passer.³¹ KOFA har lagt til grunn at anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1 uansett gjelder ved fortolkningen av § 20-11, jf. KOFA-sak

²⁵ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 90-91 gir en nærmere beskrivelse av hvilke momenter det bør tas hensyn til ved valget av anskaffelsesprosedyre etter del II.

²⁶ Se Anders Thue, Anne Buan, Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Oslo 2013 s. 500-501 om hvor streng tolkning av vilkårene som skal legges til grunn.

²⁷ Se §§ 14-3 og 14-4 for vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling.

²⁸ Se Thue, Buan og Brun s. 499.

²⁹ Se Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, Oslo 2011 s. 66.

³⁰ Se Dragsten s. 283.

³¹ Se Dragsten s. 557.

2010/96.³² Kravet til likebehandling kommer til uttrykk i både anskaffelsesloven § 5 og FOA § 3-1. Det gjelder derfor uansett et krav om likebehandling og dermed også *reelle forhandlinger* for gjennomføring av forhandlinger som skjer etter § 14-3.

³² Se premiss 79.

3. Fremgangsmåten for forhandlingene

3.1 Forhandlingene kan gjennomføres i faser

Når oppdragsgiver har adgang til, og velger å gjennomføre en konkurranse med forhandling, kan det inngis mange tilbud. Kravet til *reelle forhandlinger* kan også ha innvirkning for fremgangsmåten for forhandlingene. Det kan være ressurskrevende for oppdragsgiver å gjennomføre forhandlinger med alle leverandører. I tillegg vil mange tilbud ikke være konkurransedyktige, selv etter gjennomførte forhandlinger. Leverandørene kan også være tjent med å ikke bruke ressurser på å gjennomføre forhandlinger hvis de uansett ikke har mulighet til å få tildelt kontrakt. For å unngå unødvendige forhandlinger gir derfor forskriften oppdragsgiver adgang til å begrense hvor mange leverandører som blir invitert til forhandlinger.

Adgangen til å forhandle i "*flere faser*" og dermed redusere antall leverandører, fremgår av §§ 11-8 første ledd og 20-11 første ledd. En forhandlingsfase kan bestå av flere møter med tilbyderne, før oppdragsgiver velger hvilke leverandører som får forhandle i neste fase. Bestemmelsene overlater det til oppdragsgiver selv å vurdere hvor mange faser som er nødvendig. At det kan forhandles i flere faser forutsetter at hver fase avsluttes med at tilbyderne får inngi reviderte tilbud til oppdragsgiver. De reviderte tilbudene danner dermed grunnlaget for hvilke leverandører som går videre til neste forhandlingsfase.

Etter §§ 11-8 første ledd og 20-11 første ledd, kan en første reduksjon av tilbydere skje "*i forkant av forhandlingene*". Tilbyderne kan altså risikere at de ikke får forhandle, selv om oppdragsgiver har valgt konkurranse med forhandling. Anskaffelsesforskriftens del III skiller seg fra del II på dette punktet. Etter § 20-11 andre ledd "*skal*" oppdragsgiver opplyse tilbyderne i "*kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*" om at de vil redusere antall tilbydere i faser. Etter § 11-8 gjelder det ingen tilsvarende plikt til dette. Dette har igjen reist spørsmål ved om ordlyden i bestemmelsene og kravet til *reelle forhandlinger* innebærer forhandlingsplikt for oppdragsgiver. Avhandlingen kommer tilbake til denne problemstillingen i kapittel 3.1.1.

En reduksjon av antall tilbydere skal skje etter ”tildelingskriteriene”, jf. §§ 11-8 første ledd og 20-11 første ledd. Når oppdragsgiver skal ta stilling til om tilbudene er konkurransedyktige, slik at leverandøren kan inviteres til forhandling i faser, må oppdragsgiver ha god kunnskap om tilbudene. Det kan da oppstå vanskelige vurderinger knyttet til hvordan oppdragsgiver skal overholde kravet til *reelle forhandlinger* hvis det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget, eller det blir inngitt tilbud som inneholder vesentlige avvik og forbehold. Avhandlingen kommer tilbake til disse problemstillingene i punkt 4.2.3. og 4.3.4.

Etter §§ 11-8 første ledd og 20-11 første ledd, skal antallet gjenværende tilbydere i den avsluttende fase av forhandlingene, være egnet til å sikre ”*reell konkurranse*”. Det vil ikke foreligge noen ”*konkurranse*” hvis det kun forhandles med en leverandør. Ordlyden tilsier derfor at det må forhandles med minst to leverandører. Det må imidlertid stilles spørsmål om forskriften oppstiller krav om at det forhandles med flere enn to for at konkurransen skal være ”*reell*”.

Hverken §§ 11-8 eller 20-11 angir hvor mange tilbydere som kreves for å sikre ”*reell konkurranse*”. For del III oppstiller § 17-6 tredje ledd krav om at det må inviteres minst ”*tre*” leverandører til forhandlinger. Det tilsier at det bør kreves mer enn to leverandører for å sikre ”*reell konkurranse*”.

Bestemmelsen gjelder imidlertid bare hvor mange leverandører som skal ”*inviteres*” til en konkurranse, og ikke selve forhandlingsfasen.³³ I juridisk teori er det antatt at antall tilbydere beror på en helhetsvurdering hvor anskaffelsens karakter vil være et viktig moment.³⁴ Dersom anskaffelsen gjelder innkjøp av en vare eller tjeneste få aktører kan tilby, vil det naturlig være færre tilbydere på markedet som kan inngi konkurransedyktige tilbud.

³³ Jf. § 17-6 tredje ledd, første punktum.

³⁴ Se Thue, Buan og Brun s. 343.

KOFA tok stilling til hvor mange tilbydere som kreves for å sikre ”*reell konkurranse*” i sak 2008/131. I saken ble det kun forhandlet med to leverandører om anskaffelse av elektroarbeider. KOFA uttalte at det i det ”*konkrete tilfellet*” ikke var i strid med § 20-11 at det bare var to tilbydere med i den avsluttende forhandlingsfasen.³⁵ I KOFA-sak 2008/170 kom spørsmålet opp på ny, denne gangen for anskaffelse av togsett. Der ble det også lagt til grunn at det var tilstrekkelig at det bare ble forhandlet med to leverandører.³⁶ I veilederen fra departementet er det angitt at det bør inviteres tre leverandører til forhandlinger, men at to leverandører *kan* være tilstrekkelig.³⁷ Det må etter ordlyden i bestemmelsen, og KOFA-praksis legges til grunn at to leverandører vil være tilstrekkelig for å sikre ”*reell konkurranse*” med mindre anskaffelsens karakter tilsier noe annet.

3.1.1 Har oppdragsgiver forhandlingsplikt?

En problemstilling som oppstår i forlengelsen av spørsmålet om hvordan forhandling i faser skal gjennomføres, er om det gjelder et krav om at oppdragsgiver alltid må gjennomføre forhandlinger. Hverken anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften oppstiller noe eksplisitt krav om at oppdragsgiver har plikt til å forhandle med tilbyderne når det gjennomføres konkurranse med forhandling.³⁸ Det kan imidlertid virke formålsløst å velge denne prosedyren hvis det ikke blir gjennomført forhandlinger. Når det også gjelder et krav om *reelle forhandlinger* kan det tyde på at det må forhandles med noen av tilbyderne. I NOU 2014: 4 uttaler Forenklingsutvalget at ”*Det er uklart om det gjelder en absolutt forhandlingsplikt [...]*” etter gjeldende rett.³⁹ På denne bakgrunn må det vurderes om det eksisterer forhandlingsplikt etter §§ 11-8 og 20-11.

Problemstillingen kan virke mindre aktuell for § 20-11 siden det etter denne bestemmelsen må varsles at det skal forhandles i faser, jf. § 20-11 andre og tredje ledd. Det er likevel antatt

³⁵ Se premiss 74.

³⁶ Se premiss 62.

³⁷ Se veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 212.

³⁸ FOA §§ 11-8 og 20-11 regulerer bare *hvordan* forhandlingene skal gjennomføres, ikke adgangen eller plikten til å forhandle.

³⁹ Se NOU 2014: 4 s. 151.

at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å forhandle i faser, selv om de har varslet at dette skal gjøres.⁴⁰ Drøftelsen nedenfor inkluderer derfor også § 20-11.

I §§ 11-8 og 20-11⁴¹, er det angitt at ”*En første reduksjon*” kan skje ”*i forkant*” av forhandlingene, så lenge det ”*I den avsluttende fase*” er igjen et tilstrekkelig antall tilbud til å sikre ”*reell konkurranse*”. Når ordlyden forutsetter at det skjer en ”*første reduksjon*”, og senere ”*avsluttende fase*” i forhandlingene, kan det tyde på at bestemmelsen legger opp til at det faktisk må gjennomføres forhandlinger med tilbyderne. Dette synspunktet er også lagt til grunn av både Dragsten og Goller. De hevder at regelverket forutsetter at alle leverandører skal få mulighet til å forbedre sitt tilbud minst en gang.⁴² For at tilbyderne skal få adgang til å forbedre sine tilbud, må det ut i fra dette synspunktet foreligge forhandlingsplikt for oppdragsgiver.

På den andre siden kan bestemmelsene også tolkes slik at reglene om forhandling i faser først kommer til anvendelse når oppdragsgiver faktisk har bestemt seg for å gjennomføre forhandlinger med tilbyderne. Tolkningen innebærer dermed at oppdragsgiver har en valgmulighet til å inngå forhandlinger. Dette finner også støtte i FOA § 4-2 bokstav d). Der er konkurranse med forhandling definert som en prosedyre hvor oppdragsgiver har ”*adgang*” til å forhandle med en eller flere leverandører. Ordlyden ”*adgang*” tyder på at oppdragsgiver kan velge om det skal gjennomføres forhandlinger eller ikke.

KOFA har ikke direkte tatt stilling til om det eksisterer forhandlingsplikt etter dagens regelverk. I KOFA-sak 2007/95 og KOFA-sak 2009/203 uttalte KOFA at når oppdragsgiver har valgt konkurranse med forhandling, ”*må innklagede gjennomføre reelle forhandlinger med aktuelle leverandører*”⁴³ og at det avgjørende er hvorvidt ”*alle tilbyderne er gitt*

⁴⁰ Se Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, København 2008, 2. utgave s. 836.

⁴¹ Se bestemmelsenes første ledd, andre og tredje punktum.

⁴² Se Dragsten s. 548 og Goller s. 76.

⁴³ Jf. KOFA-sak 2007/95 premiss 23

anledning til å forbedre sitt tilbud".⁴⁴ Sitatene kan isolert sett tyde på at det er plikt til å forhandle etter dagens regler.

På den andre siden er ikke uttalelsene klare på om plikten til å føre *reelle forhandlinger* gjelder fra tidspunktet anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling er valgt, eller om plikten til å føre *reelle forhandlinger* først oppstår når oppdragsgiver har valgt å gjennomføre forhandlinger. Dersom kravet til *reelle forhandlinger* medfører plikt til å forhandle allerede når oppdragsgiver velger å bruke konkurranse med forhandling, vil det gi tilbyderne et omfattende vern. Formålene bak anskaffelsesretten er svært lite rettighet- og individfokuset.⁴⁵ Dette argumentet taler derfor mot å tolke kravet til *reelle forhandlinger* slik at det gjelder en forhandlingsplikt for oppdragsgiver.

Det fremgår av §§ 11-8 og 20-11 at en første reduksjon av tilbydere kan skje "*i forkant av forhandlingene*".⁴⁶ Når en første reduksjon kan skje allerede "*i forkant*" av forhandlingene, kan heller ingen av tilbyderne forvente at det vil bli gjennomført forhandlinger. Det kan derfor hevdes at det ikke eksisterer noen verneverdig interesse i at oppdragsgiver skal ha forhandlingsplikt, når tilbyderne uansett ikke kan forvente at det vil bli forhandlet.

Dette ble nylig slått fast i KOFA-sak 2014/57. I saken hadde Hvaler kommune utlyst en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtaler om konsulenttjenester. Det ble ikke gjennomført forhandlingsmøter med tilbyderne, men alle fikk mulighet til å inngi reviderte tilbud. Klager anførte at det var et brudd på § 11-8 tredje ledd at det ikke var gjennomført forhandlinger. Klagenemnda viste imidlertid til § 11-8 første ledd om at når det kan skje en reduksjon av antall tilbydere "*i forkant*" av forhandlingene, kan ikke tilbyderne "*regne med at det vil bli adgang til å forbedre tilbudet*".⁴⁷ Avgjørelsen bygger på at hensynet til tilbydernes forutberegnelighet i utgangspunktet kan tyde på at det må gjennomføres

⁴⁴ Jf. KOFA-sak 2009/203 premiss 38.

⁴⁵ Se f.eks FOA § 1-1 første ledd om at formålet med anskaffelsesforskriften er å bidra til "*økt verdiskapning i samfunnet*".

⁴⁶ Jf. § 11-8 første ledd og § 20-11 første ledd.

⁴⁷ Jf. premiss 62.

forhandlinger.⁴⁸ Når anskaffelsesforskriften imidlertid angir at det kan foretas en reduksjon før første forhandlingsfase, viser det at det ikke kan utledes forhandlingsplikt for oppdragsgiver av hensyn til forutberegnelighet for tilbyderne.

Et motargument til dette er at selv om tilbyderne ikke kan forvente å bli invitert til forhandlinger, kan de ha en forventning om at det vil bli gjennomført forhandlinger med noen av tilbyderne. At det vil bli gjennomført forhandlinger med noen av tilbyderne har likevel ingen praktisk betydning for de leverandører som uansett ikke blir invitert til forhandlinger. Det er også lite hensiktsmessig å gjennomføre forhandlinger dersom det ikke er noen forbedringspunkter å forhandle om. I så fall vil forhandlingene gjennomføres for regelens skyld. Det er ingen god løsning, og derfor bør ikke argumentet om at tilbyderne har en forventning om at det vil bli gjennomført forhandlinger, tillegges stor vekt.

Konkurransen kan også bli mer effektiv når tilbyderne ikke vet om det vil gjennomføres forhandlinger. Sett fra et konkurranseperspektiv er det optimalt at tilbyderne alltid har incentiv til å inngi de beste tilbud fra første stund.⁴⁹ Når tilbyderne ikke vet om det vil bli gjennomført forhandlinger, har de større incentiv til å tilby oppdragsgiver de beste forutsetninger fra første stund for å vinne konkurransen. Det kan derfor hevdes at en forhandlingsplikt kan svekke anskaffelsens konkurranseincentiv. Det trekker i retning av at det ikke bør eksistere noen forhandlingsplikt ut i fra konkurransemessige hensyn.

I den tidligere anskaffelsesforskriften⁵⁰ §§ 9-3 tredje ledd og 16-3 tredje ledd ble det angitt at det *”skal”* forhandles med alle *”leverandører”* som har innlevert *”gyldig tilbud”*, forutsatt at de har *”reell mulighet”* til å få tildelt kontrakten. Ordlyden *”skal”* tyder på at det tidligere var forhandlingsplikt. Dette ble også fulgt opp i tilhørende KOFA-praksis, som for eksempel KOFA-sak 2003/171. I saken uttalte KOFA at det *”må [...] forhandles med alle leverandører”* som har levert gyldig tilbud og har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten.

⁴⁸ Hensynet til forutberegnelighet fremgår blant annet av anskaffelsesloven § 5 tredje ledd.

⁴⁹ Se Lasse Simonsen, *”Prekontraktuelt ansvar”*, Oslo 1997, s. 624 hvor det argumenteres for at det er optimalt at tilbyderne leverer sine beste tilbud med en gang. Se i samme retning NOU 2014: 4 s. 152.

⁵⁰ Forskrift om offentlige anskaffelser 15. juni 2001 nr. 616 ble opphevet 1. juli 2007.

Videre uttalte KOFA at ”Forskriftens forhandlingsregel innebærer en plikt for innklagede til å invitere [...] til reelle forhandlinger.” Kravet til *reelle forhandlinger* ble dermed tolket slik at det måtte gjennomføres forhandlinger med tilbyderne.

I en artikkel av Gro Amdal, drøftet forfatteren om det gjaldt forhandlingsplikt etter den tidligere anskaffelsesforskriften. Amdal konkluderer med at ”Dersom det foreligger et tilbud ved tilbudsfristens utløp som oppfyller alle krav i konkurransegrunnlaget, og er det beste tilbudet i henhold til tildelingskriteriene, bør den offentlige oppdragsgiver [...] kunne akseptere dette tilbudet uten å måtte gjennomføre forhandlinger”.⁵¹ Den tidligere anskaffelsesforskriften trakk som nevnt mer i retning av at det skulle gjennomføres forhandlinger enn dagens ordlyd gjør. Når Amdal argumenterer imot at det var plikt til å forhandle etter den tidligere forskriften, trekker det i retning av at det heller ikke eksisterer noen forhandlingsplikt etter dagens regelverk.

Ut i fra det foreliggende rettskildebildet, kan det ikke på generelt grunnlag hevdes at det foreligger plikt til å gjennomføre forhandlinger etter §§ 11-8 og 20-11. Nemndspraksis forstås slik at kravet til *reelle forhandlinger* først gjelder når oppdragsgiver velger å gjennomføre forhandlinger. Dette er også i tråd med ordlyden i §§ 11-8 og 20-11 som åpner opp for at det ikke må gjennomføres forhandlinger med tilbyderne. Det vil derfor hevdes at det ikke eksisterer noen forhandlingsplikt etter gjeldende rett. Når ingen av tilbyderne får tilbud om å forhandle, skjer det heller ingen forskjellsbehandling. Det vil derfor ikke være i strid med likebehandlingsprinsippet å ikke gjennomføre forhandlinger med tilbyderne.

I NOU 2014: 4 er det slått klart fast at oppdragsgiver ikke skal ha forhandlingsplikt etter de nye reglene.⁵² Konklusjonen som legges til grunn i avhandlingen kan derfor kritiseres for å ta NOU 2014: 4 på forskudd. Avhandlingen hevder imidlertid at det ikke gjelder noen generell forhandlingsplikt etter dagens regelverk. Det bør likevel tas høyde for at det ut i fra den

⁵¹ Gro Amdal, ”Gjennomføringen av konkurranse med forhandling ved offentlige anskaffelser”, *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 s. 430-451 (s. 450).

⁵² Se NOU 2014: 4 s. 151.

konkrete situasjon kan oppstå forhandlingsplikt. Dersom det inngis mange gode tilbud som alle oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget, bør det ikke legges til grunn noen forhandlingsplikt. Hvis det derimot blir innlevert flere tilbud med forbehold, vil oppdragsgiver etter omstendighetene kunne ha en plikt til å gjennomføre forhandlinger.⁵³

Det bemerkes avslutningsvis at KOFA nylig har fått inn en sak om det gjelder forhandlingsplikt for oppdragsgiver.⁵⁴ Saken er ventet avgjort innen utgangen av 2014. På bakgrunn av resonnementet som er lagt til grunn i avhandlingen, er det gode holdepunkter for KOFA til å slå fast at det ikke eksisterer noen generell forhandlingsplikt etter gjeldende rett.

3.2 Forberedelse til forhandlinger og forhandlingsform

3.2.1 Forberedelse til forhandlinger

Når oppdragsgiver velger å gjennomføre forhandlinger, følger det av kravet til *reelle forhandlinger* at leverandørene skal få like lang tid på å forberede seg til forhandlingsmøtene.⁵⁵ Hvor lang tid leverandørene må få til forberedelser er ikke regulert i §§ 11-8 eller 20-11, men må avgjøres konkret for den enkelte anskaffelse. Desto mer kompleks en anskaffelse er, desto mer tid trenger tilbyderne for å forberede forhandlingene, og vurdere hvilke justeringer de kan gjøre i sine tilbud. En særskilt problemstilling som reiser seg i den forbindelse, er hvor lang tid tilbyderne må få til å innlevere reviderte tilbud. Avhandlingen kommer tilbake til dette i kapittel 5.2 av hensyn til at fremstillingen skal være kronologisk.

At tilbyderne skal ha like lang tid på forberedelser, tilsier at det ikke bør være noe tidsrom mellom forhandlingene med de ulike tilbydere. Dette er imidlertid vanskelig å gjennomføre i

⁵³ Se i samme retning Amdal s. 450.

⁵⁴ Saken har fått saksnummer 2013/141.

⁵⁵ Se Dragsten s. 552

praksis, og det må derfor aksepteres at det går noe tid mellom de forskjellige forhandlingene. Det bør imidlertid kreves at forhandlingene gjennomføres med minst mulig tidsrom.

I KOFA-sak 2010/299 hadde Oslo kommune kunngjort en konkurranse med forhandling om kjøp av hjelpetiltak i barneverntjenesten. 32 leverandører deltok i forhandlinger, blant annet Voksenliv AS, som ikke ble tildelt kontrakt. Forhandlinger ble gjennomført i tidsrommet 16. – 31. august, og på forskjellige datoer for klager og valgte leverandør. Voksenliv AS mente at dette innebar et brudd på likebehandlingsprinsippet. KOFA viste først til at det kunne utgjøre en forskjell at den ene leverandøren fikk noen ekstra dager å forberede seg på.⁵⁶ Dermed kunne leverandøren skaffe seg en konkurransefordel ved å ha ekstra tid til forberedelser. Det ville i så fall være i strid med kravet til *reelle forhandlinger*.

På den andre siden var det kun tilbudene som ble gjennomgått på møtene. Det hadde lite å si at noen leverandører fikk litt ekstra tid til å forberede seg på å forhandle om innholdet i eget tilbud. KOFA konkluderte derfor med at ”*I omfattende konkurranser som den foreliggende må det [...] aksepteres at det foreligger et visst tidsspenn mellom forhandlingene med de ulike tilbyderne*”.⁵⁷ Det innebar derfor ingen konkurransefordel at den ene leverandøren hadde fått litt ekstra tid til sine forberedelser.

Avgjørelsen tar et viktig forbehold når det gjelder anskaffelsens karakter. I den aktuelle saken ble det forhandlet med svært mange leverandører, og det vil naturligvis være tidkrevende. Etter gjeldende rett er det derfor større rom for at forhandlingene skjer på ulike tidspunkt ved komplekse anskaffelser, enn ved mindre krevende konkurranser. Hvor mye tid som kan aksepteres mellom de ulike forhandlingene må avgjøres konkret, men ut i fra gjeldende rett kan opp mot to uker aksepteres.⁵⁸ Det avgjørende for vurderingen er at den tiden de enkelte leverandørene får ekstra til å forberede seg, ikke medfører en konkurransefordel. Det vil i så fall kunne utgjøre et brudd på kravet til *reelle forhandlinger*.

⁵⁶ Se premiss 86.

⁵⁷ Jf. premiss 86.

⁵⁸ Jf. KOFA-sak 2010/299 premiss 86.

3.2.2 Fysisk møte, telefonmøte eller e-post

Når vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling er oppfylte, og oppdragsgiver velger å gjennomføre forhandlinger, oppstår det spørsmål om hvordan forhandlingsmøtene skal gjennomføres. Anskaffelsesforskriften §§ 11-8 og 20-11 oppstiller ingen krav til forhandlingsmøtene. Forhandlingene kan derfor gjennomføres ved for eksempel fysisk møte, telefonmøte, eller e-post. Det må være opp til oppdragsgiver selv å avgjøre hvilken kommunikasjonsform som er mest hensiktsmessig. Det må imidlertid stilles spørsmål ved om det kan aksepteres at oppdragsgiver tilbyr de ulike tilbyderne å forhandle gjennom forskjellige kommunikasjonsformer.

Kravet til *reelle forhandlinger* tilsier at tilbyderne må få tilbud om å forhandle i samme kommunikasjonsform. Det er også slått fast i KOFA-praksis at alle tilbydere skal få like muligheter til å gjennomføre forhandlingene.⁵⁹ Det må imidlertid vurderes om det vil være i strid med kravet til *reelle forhandlinger* at det gjennomføres forskjellige møter fordi en av leverandørene for eksempel ikke kan stille opp til et fysisk møte.

Det er slått fast i KOFA-praksis at dersom en av leverandørene ikke har mulighet til å delta i et fysisk møte, vil det være tilstrekkelig at forhandlingene skjer via telefonmøte eller e-postkorrespondanse.⁶⁰ Dersom oppdragsgiver gjennomfører et fysisk møte med to leverandører, og et telefonmøte med en tredje tilbyder, må det sørges for at informasjonen som gis er lik, og at ingen av leverandører får et konkurransefortrinn ved bruk av en bestemt kommunikasjonsform. Etter kravet til *reelle forhandlinger* er altså det avgjørende at tilbyderne får like muligheter til å forhandle.

⁵⁹ Se f.eks 2005/215 premiss 50 hvor KOFA uttalte at ”Dersom en leverandør får valget mellom telefonmøte eller fysisk møte, må de øvrige leverandørene [...] få samme valgmulighet.”

⁶⁰ Se Espen Bakken og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser*, Bergen 2013 s. 83

I KOFA-sak 2003/267 gjennomførte Åsnes kommune en konkurranse med forhandling for innkjøp av en avløpspumpestasjon. Tre leverandører innga tilbud. Åsnes kommune valgte å innhente forklaringer og etterspørsel om mindre justeringer for to av tilbyderne via telefaks. Den siste leverandøren ble imidlertid innkalt til et fysisk forhandlingsmøte. KOFA fant at det var et brudd på kravet til likebehandling at den ene leverandøren var blitt innkalt til et fysisk møte. Avgjørelsen slår fast utgangspunktet om at alle tilbydere må inviteres til å gjennomføre samme type møte. Regelen må anses å være rimelig klar, da det siden har vært lite avgjørelser fra KOFA om formkrav til forhandlingene.

4. Innholdet i forhandlingene

4.1 Hva det kan forhandles om

Kapittel 3 handlet om hvilke *prosessuelle* krav som stilles til fremgangsmåten før gjennomføringen av forhandlingene. Herunder har avhandlingen vist at det kan forhandles i faser og stilt spørsmål ved om det gjelder plikt til å forhandle. Avhandlingen har også vist at tilbyderne må få like lang tid til å forberede seg til forhandlingsmøter og hvilke kommunikasjonsformer som aksepteres. Dette kapitlet handler om hva det kan forhandles om og hvilke rammer som gjelder for det *materielle* innholdet ved gjennomføringen av forhandlingene. Avhandlingen vil først si noe om hva som kan være innhold i forhandlingene.

Etter §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd kan det forhandles om ”*alle sider ved tilbudet*”, slik som for eksempel ”*forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner*”. Siden forhandlingene skal knytte seg til endringer i ”*tilbudet*”, vil innholdet i tilbudet ha stor betydning for hva det kan forhandles om. Det er de reviderte tilbudene som blir evaluert i den etterfølgende tildelingsevalueringen, og formålet med forhandlingene er derfor å komme frem til det beste tilbud basert på konkurransegrunnlaget.

Selv om det er adgang til å forhandle om ”*alle sider ved tilbudet*”, må forhandlingene tilpasses den aktuelle anskaffelse. Det vil sjeldent være hensiktsmessig å forhandle om ”*alle sider*”, selv om det er adgang til det. I noen tilfeller vil oppdragsgiver kun foreta avklaringer for å rette opp i uklarheter, mens det i andre tilfeller kan være behov for å forhandle om avvik og forbehold i tilbudene. Dette reiser spørsmålet om det kan forhandles om endringer av enhver størrelse som *vesentlige avvik og forbehold*. Avhandlingen kommer nærmere tilbake til denne problemstillingen i kapittel 4.3.4.

Det er leverandørene som bærer risikoen for at tilbudene er tilstrekkelige klare.⁶¹

Oppdragsgiver kan på sin side ha oppfordring til å påpeke mangler i tilbudet som vil lede til avvisning, men har ingen generell plikt til å foreta slike avklaringer.⁶² Avklaringer er formelt ikke endringer av tilbudet, og dette vil ikke bli omtalt videre.

Oppdragsgiver kan også ønske å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget underveis i forhandlingene. Dette kan skyldes at tilbyderne foreslår spesielle løsninger som oppdragsgiver ser som optimale, eller at oppdragsgiver har vært uklar i det opprinnelige konkurransegrunnlaget og ønsker å presisere hvilke behov som skal dekkes gjennom anskaffelsen. Dette reiser spørsmål ved om det er tillatt å gjennomføre endringer i konkurransegrunnlaget, og hva slags informasjonsplikt som oppstår for oppdragsgiver i denne forbindelse. Avhandlingen kommer tilbake til dette i kapittel 4.2.3.

4.1.1 Taushetsplikt om andre tilbyders tilbud

Når det gjennomføres forhandlinger, kan oppdragsgiver ha et ønske om å informere tilbyderne om innholdet i de andre konkurrentenes tilbud, for å oppnå et bedre tilbud. Selv om utgangspunktet er at det kan forhandles om *”alle sider ved tilbudet”*, må forhandlingene knytte seg til den aktuelle leverandørs tilbud. Taushetsplikten setter dermed en grense for innholdet i forhandlingene. Oppdragsgiver skal ikke gi informasjon om *”øvrige deltagers tilbud”* eller som *”kan stille noen leverandører bedre enn andre”*, jf. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd. Forhandlingene skal i tillegg skje etter reglene om taushetsplikt i § 3-6 som angir at oppdragsgiver skal hindre at andre får kjennskap til opplysninger om forhold som det vil være av *”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”*.

At det ikke kan gis informasjon om forhold som det vil være av *”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”*,⁶³ må innebære at oppdragsgiver ikke kan gi opplysninger om

⁶¹ Se for eksempel KOFA-sak 2008/123 premiss 46.

⁶² KOFA har lagt til grunn at oppdragsgiver kan ha plikt til å påpeke uklarheter hvis det er oppdragsgiver som har skylden for at uklarheten har oppstått, se f.eks KOFA-sak 2009/9 premiss 74.

⁶³ Jf. § 3-6.

forretningshemmeligheter i forhandlingene. Oppdragsgiver må derfor foreta en konkret vurdering av hvilke opplysninger som inneholder forretningshemmeligheter. På denne bakgrunn må det derfor aksepteres at oppdragsgiver uttaler seg generelt om den aktuelle leverandørs tilbud holder et høyt eller lavt prisnivå sammenlignet med de øvrige tilbudene.⁶⁴ Så lenge oppdragsgiver uttaler seg generelt om prisnivået røpes ingen forretningshemmeligheter.

Taushetsplikten er absolutt, og oppdragsgiver kan ikke avtale seg bort fra den for å presse på pris eller lignende.⁶⁵ I KOFA-sak 2013/113 hadde NAV Tiltak Rogaland gjennomført konkurranse med forhandling etter § 11-8 for inngåelse av rammeavtale om arbeidsmarkedstiltak. Det ble inngitt fem tilbud, og Pøbelprosjektet klagde inn beslutningen. Under forhandlingene hadde NAV sagt til Pøbelprosjektet at deres pris ble vurdert som noe *lav*. Pøbelprosjektet økte derfor sin pris, men ved den endelige tildelingsevalueringen tapte de konkurransen på kriteriet pris. Prisnivået i de andre tilbudene var høyere, men KOFA kom ikke til at det var et brudd på taushetsplikten at det ble oppfordret til å øke prisen på bakgrunn av dette. Det ble derimot konstatert brudd på likebehandlingsprinsippet fordi NAV skulle ført mer inngående prisforhandlinger i senere forhandlingsmøter, noe avhandlingen kommer mer tilbake til i kapittel 4.3.1. Avgjørelsen viser at det kan gis noe generell informasjon om pristilbudene, så lenge dette gjøres likt for alle parter.

4.2 Reelle forhandlinger

Utgangspunktet for forhandlingene er at det kan forhandles om ”*alle sider ved tilbudet*”⁶⁶, så lenge oppdragsgiver ikke røper forretningshemmeligheter i tilbudene. I dette kapittelet vil avhandlingen gå nærmere inn på hvilke *materielle* rammer likebehandlingsprinsippet og kravet til *reelle forhandlinger* setter for gjennomføringen av forhandlingene.

⁶⁴ Se i samme retning NOU 1997: 21 s. 144.

⁶⁵ Dragsten s. 551

⁶⁶ Jf. § 11-8 andre ledd og § 20-11 fjerde ledd.

KOFA-praksis har i en rekke avgjørelser utledet nærmere regler fra kravet til *reelle forhandlinger* som må følges under forhandlingene. Kravet til *reelle forhandlinger* skal sikre at forhandlingene skjer i samsvar med likebehandlingsprinsippet.⁶⁷ I tillegg kan kravet ha betydning for hvilke regler som blir utledet fra andre grunnleggende prinsipper, som for eksempel forutberegnelighetsprinsippet.⁶⁸ Det kan imidlertid være vanskelig å få oversikt over hvilke nærmere regler som er stilt til innholdet i forhandlingene. Avhandlingen ønsker derfor å analysere dette i kapittel 4.

Kravet til *reelle forhandlinger* reiser spesielt to interessante temaer. På den ene siden oppstår det spørsmål om hvilke rammer kravet oppstiller for oppdragsgivers informasjonsplikt. Informasjonsplikten knytter seg til de forhold oppdragsgiver skal informere tilbyderne om. Dette kan være hvordan oppdragsgiver oppfatter konkurransegrunnlaget, eller hvordan leverandørens tilbud tolkes. Den andre siden gjelder oppdragsgivers veiledningsplikt. Dette handler om hvordan oppdragsgiver skal veilede leverandørene om innholdet i tilbudene. Informasjonsplikten og veiledningsplikten vil behandles i henholdsvis kapittel 4.2 og 4.3.

4.2.1 Like tilfeller skal behandles likt

Kjernen i likebehandlingsprinsippet er som nevnt i kapittel 1 at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, jf. *Fabricom*-dommen.⁶⁹ KOFA har derfor tolket kravet til *reelle forhandlinger* slik at oppdragsgiver må gi tilbyderne lik informasjon under forhandlingene, forutsatt at tilfellene er like. Dette ble blant annet slått fast i KOFA-sak 2005/173 som gjaldt den tidligere anskaffelsesforskriften § 16-3, nå § 11-8. I saken uttalte KOFA at oppdragsgiver må sørge for at tilbyderne får ”likeverdige informasjon, og likeverdige muligheter til å forbedre sitt tilbud”.⁷⁰ Når alle tilbydere mottar lik informasjon, har de også like forutsetninger for å inngi reviderte tilbud. På denne måten vil også innholdet i forhandlingene være *reelle*.

⁶⁷ Se f.eks KOFA-sak 2003/171 hvor det blir uttalt at ”Bare gjennom *reelle forhandlinger*” kan det ”grunnleggende kravet til likebehandling [...] ivaretas”.

⁶⁸ Se Goller s. 52.

⁶⁹ Jf. EU-domstolen C-21/03 og C-34/03 *Fabricom SA mot Belgia*.

⁷⁰ Se premiss 37.

I kapittel 4.1. ble det nevnt at det kan forhandles om ”*alle sider ved tilbudene*”.⁷¹ Det kan derfor ikke utledes noen plikt fra kravet til *reelle forhandlinger* at oppdragsgiver skal gi lik informasjon om alt det blir forhandlet om til alle leverandørene. Den informasjonen oppdragsgiver må gi lik informasjon om, vil typisk være informasjon om endringer og presiseringer av innholdet i konkurransegrunnlaget og hva som vil tillegges vekt ved tildelingsevalueringen. Dette er informasjon som tilbyderne ikke har fått gjennom konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, og som må formidles for at forhandlingene skal være *reelle*. Det er også slik informasjon oppdragsgiver har forutsetninger for å gi leverandørene, da leverandørene selv er nærmere til å ha kunnskap om innholdet i egne tilbud.

4.2.2 Ulik behandling er saklig og objektivt begrunnet

At informasjonen som gis i utgangspunktet skal være lik, oppstiller spørsmål ved om det finnes unntak fra dette prinsippet. I Fabricom-dommen ble det lagt til grunn at forskjellsbehandling av leverandørene kan aksepteres dersom det er saklig og objektivt begrunnet.⁷² Hva som vil være saklig og objektivt begrunnet må bero på en tolkning av tilbudene og konkurransegrunnlaget.

For å vurdere om det kan gis ulik informasjon til tilbyderne, må det først vurderes om tilfellene er sammenlignbare.⁷³ Tilfellene vil være sammenlignbare når det skal gis informasjon til tilbyderne om hvilke forhold som vil bli tillagt vekt ved tildelingsevalueringen, eller det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget. Når det i motsetning til dette gis ulik informasjon om hvordan oppdragsgiver oppfatter *tilbudene*, er ikke tilfellene sammenlignbare fordi informasjonen gis på bakgrunn av de forskjellige tilbudene. Det vil derfor som hovedregel være saklig og objektivt begrunnet å gi ulik informasjon til leverandørene, når det er innholdet i tilbudene som begrunner at det gis forskjellig informasjon.

⁷¹ Jf. § 11-8 andre ledd og § 20-11 fjerde ledd.

⁷² Se premiss 27.

⁷³ Se NOU 2014: 4 s. 75-76.

Hvis oppdragsgiver skal gi informasjon om hvordan de vil vektlegge et forbehold alle leverandørene har tatt, må det brukes samme ressurser til å forhandle om dette. Siden tilfellene er like, er utgangspunktet at informasjonen som gis må være kvalitativ og kvantitativ lik. Oppdragsgiver må derfor bruke samme forhandlingspersoner, og like mye tid på alle forhandlingsmøter.⁷⁴

Dersom den ene leverandøren har tatt forbehold ved drift, og den andre ved pris, kan situasjonen bli annerledes. Informasjonen som oppdragsgiver gir tilbyderne kan være ulik, så lenge den er kvalitativ lik. Det kan tenkes at det i en anskaffelse er enklere å forhandle om pris enn drift. Selv om det brukes mindre tid på å forklare hvordan oppdragsgiver oppfatter et forbehold om pris enn drift, må oppdragsgiver tilpasse forhandlingene slik at informasjonen som gis er kvalitativ lik.⁷⁵ Leverandørene må altså få informasjon av en slik kvalitet at de begge har mulighet til å levere forbedrede tilbud.

4.2.3 Informasjonsplikten når det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget

Utgangspunktet for informasjonsplikten er altså at leverandørene skal likebehandles, med mindre annet er saklig og objektivt begrunnet. Som nevnt i kapittel 4.1. kan det forhandles om ”*alle sider ved tilbudene*”. Det kan imidlertid også være behov for å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget. Dette fører for det første til spørsmål om det kan gjøres endringer i konkurransegrunnlaget, og eventuelt hvor store endringer som er tillatt. Dersom det kan gjøres endringer, må det vurderes om kravet til *reelle forhandlinger* setter en ramme for informasjonsplikten som oppdragsgiver har overfor tilbyderne.

Forskriften oppstiller ikke forbud mot å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget. Det vil heller ikke være i strid med kravet til *reelle forhandlinger* å endre dette, så lenge alle

⁷⁴ Gøller s. 77.

⁷⁵ Gøller s. 77.

leverandører gis lik informasjon om endringene. Det må imidlertid stilles spørsmål ved om dette gjelder alle endringer, eller om det må settes en grense for hvor store endringer som kan tillates. Etter §§ 8-2 og 17-2 kan det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget så lenge disse ikke er ”vesentlige”. Dersom endringene som gjennomføres er ”vesentlige”, må konkurransen avlyses, jf. §§ 13-1 og 22-1 og tilhørende KOFA-praksis.⁷⁶

Anskaffelsesforskriften §§ 8-2 og 17-2 gjelder imidlertid bare endringer som skjer før ”tilbudsfristens utløp”. I perioden mellom tilbudsfristens utløp og tidspunktet for den endelige tildelingen, er det ikke direkte regulert hvor store endringer som kan gjennomføres.⁷⁷

Bakgrunnen for at det bør være rammer for hvor store endringer oppdragsgiver kan foreta i denne perioden, er at oppdragsgiver enkelt kan endre konkurransegrunnlaget slik at det er mest mulig tilpasset en ønsket leverandør. En vid endringsadgang kan dermed øke risikoen for at oppdragsgiver tar utenforliggende hensyn, noe som vil være i strid med kravet til *reelle forhandlinger*.

På den andre siden er det ofte et oppriktig behov fra oppdragsgivers side for å endre konkurransegrunnlaget fordi det for eksempel har vært uklart. Dette kan tilsi at oppdragsgiver må ha et visst handlingsrom til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget. For å skape sammenheng i regelverket, kan en god løsning være at det både før, under og etter forhandlingen kun er tillatt å foreta ikke-vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget.

KOFA har i flere saker kommet til at det ikke er tillatt å gjennomføre ”vesentlige” endringer i konkurransegrunnlaget ved gjennomføringen av forhandlinger.⁷⁸ Dette blir begrunnet i at kravet til likebehandling og at andre leverandører kan ønske å delta i konkurransen. I KOFA-sak 2009/244 synes det imidlertid å legges til grunn et strengere synspunkt. Der ble det avgjort at det ikke kan forhandles om minimumskrav, da dette ville blitt ansett som en

⁷⁶ Etter § 13-1 første ledd og § 22-1 første ledd ”kan” oppdragsgiver avlyse konkurransen når det foreligger ”saklig grunn”. KOFA-praksis har imidlertid lagt til grunn at oppdragsgiver har avlysningsplikt når feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, jf. f.eks KOFA-sak 2011/242 premiss 49-51.

⁷⁷ Se Thue, Buan og Brun s. 347.

⁷⁸ Se blant annet KOFA-sak 2009/280 premiss 50 og KOFA-sak 2010/160 premiss 58.

”*vesentlig endring*” av konkurransegrunnlaget. Avgjørelsen trekker i retning av at det ikke er tillatt å gjennomføre endringer i konkurransegrunnlaget. I KOFA-sak 2011/120 viste imidlertid nemnda til saken i 2009/244, men la til grunn at det i konkurranser med forhandling kan foretas endringer som ikke er ”*vesentlige*”.⁷⁹ Det legges etter dette til grunn at det er tillatt å gjøre ikke-*vesentlige* endringer i konkurransegrunnlaget. Avhandlingen går ikke nærmere inn på vurderingen av hva som vil utgjøre ”*vesentlige*” endringer av konkurransegrunnlaget.⁸⁰

Når det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er ”*vesentlige*”, kan det utledes av likebehandlingsprinsippet og kravet til *reelle forhandlinger* at oppdragsgiver skal informere tilbyderne om hvilke endringer som er foretatt.⁸¹ Siden endringene relaterer seg til konkurransegrunnlaget, vil tilbyderne være i samme situasjon. I sammenlignbare tilfeller har oppdragsgiver som tidligere nevnt plikt til å gi lik informasjon. Hvis oppdragsgiver velger å bare informere en leverandør om endringene som er foretatt i konkurransegrunnlaget, vil dette kunne innebære en konkurransefordel som fører til at det ikke blir ført *reelle forhandlinger* med tilbyderne. Kravet til *reelle forhandlinger* setter derfor ytterligere rammer for oppdragsgiver når det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget.

Dette var tilfellet i KOFA-sak 2006/54. I saken hadde Skien kommune utlyst en konkurranse med forhandling for innkjøp av forvaltningstjenester. Det ble gjennomført forhandlinger med to leverandører. Under et forhandlingsmøte med den ene tilbyderen opplyste Skien kommune om at fastpris likevel ville godtas, i motsetning til hva som tidligere var angitt i konkurransegrunnlaget. Kommunen foretok altså en endring av konkurransegrunnlaget, men dette ble ikke formidlet til den andre leverandøren. Når informasjonen gjaldt endring av konkurransegrunnlaget, måtte begge tilbyderne få denne informasjonen for å få like muligheter til å forbedre sitt tilbud. På denne bakgrunn kom KOFA til at den ulike informasjonen var gitt i strid med kravet til likebehandling.

⁷⁹ Se KOFA-sak 2011/120 premiss 29-30.

⁸⁰ For en oversikt over hvilke momenter som skal tillegges vekt ved avgjørelsen av om endringene er ”*vesentlige*”, se f.eks KOFA-sak 2011/242 premiss 44.

⁸¹ Jf. også §§ 8-2 andre ledd og 17-2 andre ledd.

Likebehandlingsprinsippet og kravet til *reelle forhandlinger* må også tilpasses hva som er årsaken til endringene i konkurransegrunnlaget. I KOFA-sak 2010/96 gjennomførte Politiets data- og Materielltjeneste en konkurranse med forhandling for innkjøp av spikermatter.⁸² I konkurransegrunnlaget var det angitt at ”Pris” og ”Preferanser” skulle tillegges vekt ved tildelingsevalueringen. Oppdragsgiver endret imidlertid vektingen av kriteriene ”Pris” ved den etterfølgende tildelingsevalueringen. Det ble anført at dette utgjorde en ”*vesentlig[e]*” endring i strid med § 17-2. Under forhandlingene hadde innklagede påpekt at klager kunne forbedre tildelingskriteriet ”Pris”, selv om klager lå best an på dette kriteriet. Klager anførte derfor at oppdragsgiver skulle ha påpekt flere punkter i tilbudet tilknyttet tildelingskriteriet ”Preferanser”.

KOFA kom for det første til at oppdragsgivers etterfølgende endring av tildelingskriteriet ”Pris” etter forhandlingene var ”*vesentlig[e]*” og i strid med § 17-2.⁸³ Videre viste KOFA til at det aktuelle konkurransegrunnlaget åpnet opp for å kunne tilby ulike løsninger. I en slik situasjon hadde ikke oppdragsgiver plikt til å påpeke alle forhold som kunne forbedres.⁸⁴ Det var derfor ikke brudd på kravet til *reelle forhandlinger* at det ikke var påpekt flere forbedringspunkter. Dette viser at oppdragsgivers informasjonsplikt må ta utgangspunkt i hva konkurransegrunnlaget åpner opp for.

Dersom oppdragsgiver velger å utforme et åpent konkurransegrunnlag, blir også forhandlingsrommet større.⁸⁵ Terskelen for hva som anses som en endring i konkurransegrunnlaget, og som det dermed skal gis lik informasjon om til tilbyderne, blir dermed høyere. Dersom det forhandles om helt forskjellige punkter med ulike leverandører fordi konkurransegrunnlaget er svært åpent, kan det medføre at forhandlingene ikke er *reelle*. På denne bakgrunn hevdes det at kravet til *reelle forhandlinger* bør sette en strengere ramme enn ellers for informasjonsplikten når konkurransegrunnlaget er vidt utformet.

⁸² Saken gjaldt direkte § 14-4, jf. avhandlingens punkt 2.1. om vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling.

⁸³ Se premiss 65.

⁸⁴ Se premiss 81.

⁸⁵ Se Dragsten s. 579.

En problemstilling som melder seg i forlengelsen av hvilke endringer som kan gjøres i konkurransegrunnlaget, er taushetsplikten som ble omtalt under 4.1.1. Taushetsplikten vil som nevnt kunne sette en begrensning for hvilke endringer som tillates i konkurransegrunnlaget. Dersom endringene i konkurransegrunnlaget røper informasjon som det er av ”konkurransemessig betydning å hemmeligholde”, vil dette kunne være i strid med taushetsplikten, jf. § 3-6.

I en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett, LG-2008-160518, var det utlyst en konkurranse med forhandling om inngåelse av oppføring av nybygg med sykehjemsplasser og vanlige boenheter. Det ble gjennomført forhandlinger med tre leverandører. Kommunen endret senere konkurransegrunnlaget basert på elementer fra en av leverandørene, og lagmannsretten fant at dette utgjorde et brudd på § 3-6. Avgjørelsen tyder på at slike endringer ikke kan være motivert av forslag fra en tilbyder, da dette ville vært i strid med taushetsplikten.

Det må imidlertid vurderes om dommen skal tolkes så strengt. Når oppdragsgiver foretar endringer i konkurransegrunnlaget, vil ofte motivasjonen for dette være at oppdragsgiver under forhandlingene blir gjort oppmerksom på at tilbyderne kan levere en vare eller tjeneste som det ikke har vært tatt høyde for. Når konkurransegrunnlaget endres, og det gis lik informasjon om dette, vil også andre tilbydere kunne tilby samme løsning. Det vil dermed ikke utgjøre noe brudd på kravet til *reelle forhandlinger*. Det avgjørende bør derfor være om den konkrete tilbudte løsning som foranlediger ønsket om endring, må anses som en forretningshemmelighet.

Vurderinger av oppdragsgivers motivasjon for å gjennomføre endringer i tilbudet vil også kunne føre til vanskelige bevisvurderinger i praksis. Det bør derfor aksepteres at det foretas endringer som baserer seg på informasjon om innholdet i tilbudene, så lenge oppdragsgiver ikke røper forretningshemmeligheter. Det bør på denne bakgrunn ikke legges til grunn en svært streng tolkning av dommen.

4.3 Veiledningsplikt

Den andre interessante siden av kravet til *reelle forhandlinger* er som tidligere nevnt veiledningsplikten. KOFA har i en rekke saker slått fast at kravet til *reelle forhandlinger* innebærer at oppdragsgiver kan ha plikt til å veilede tilbyderne under forhandlingene om forbedringspunkter i tilbudene.⁸⁶ I noen tilfeller vil ikke forhandlingene være *reelle* hvis oppdragsgiver ikke får konkret tilbakemelding på hvilke punkter som kan forbedres etter konkurransegrunnlaget. Det er imidlertid ikke klart hvor langt denne veiledningsplikten strekker seg i praksis, og hva den mer konkret innebærer.⁸⁷ Det er rammene for veiledningsplikten som er problemstillingen i kapittel 4.3.

4.3.1 Forhold som vil bli tillagt ”vesentlig eller avgjørende” betydning ved tildelingsevalueringen

Ut i fra anskaffelsens karakter kan det være svært ressurskrevende for oppdragsgiver å påpeke alle forbedringspunkter i forhandlingsmøtene. Derfor har KOFA lagt til grunn at veiledningsplikten som utgangspunkt gjelder for forhold som vil bli tillagt ”*vesentlig eller avgjørende betydning*” i den etterfølgende tildelingsevalueringen. Dette har blitt lagt til grunn i flere avgjørelser fra KOFA, og gir uttrykk for gjeldende rett.⁸⁸

Hvilke punkter som vil være av ”*vesentlig eller avgjørende*” betydning varierer ut i fra den aktuelle anskaffelse. Tilbyderne vil som regel ha fått mye informasjon om hvilke behov som skal dekkes gjennom konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjoner. Det er derfor ingen særskilt grunn til at oppdragsgiver skal ha plikt til å påpeke forbedringspunkter som knytter seg til allerede gitt informasjon. Hva som vil tillegges ”*vesentlig eller avgjørende*” vekt ved tildelingsevalueringen knytter seg i større grad til evalueringen oppdragsgiver skal foreta etter forhandlingene. Det er hvilke punkter oppdragsgiver vil vektlegge positivt eller negativt, og som dermed vil være av ”*vesentlig eller avgjørende*” betydning det skal veiledes om.

⁸⁶ Se f.eks KOFA-sak 2009/106 premiss 35 og KOFA-sak 2013/113 premiss 56

⁸⁷ Se NOU 2014: 4 s. 151.

⁸⁸ Se for eksempel KOFA-sak 2005/218 premiss 33, KOFA-sak 2009/106 premiss 35 og KOFA-sak 2014/57 premiss 63

Tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det mest ”*økonomisk fordelaktige*” tilbudet eller utelukkende basert på den ”*laveste prisen*”, jf. §§ 13-2 og 22-2. For del II skal oppdragsgiver beskrive ”*kriterier for tildeling*” i konkurransegrunnlaget, men ikke hvilken vekt de skal ha, jf. § 8-1 første ledd bokstav b). Hvis oppdragsgiver derimot på forhånd har bestemt seg for vektingen av tildelingskriteriene, må dette angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. § 13-2 andre ledd. Dette i motsetning til del III hvor oppdragsgiver skal opplyse om tildelingskriteriene og den ”*relative vektingen*” av de, jf. § 17-1 første ledd bokstav b) nummer 4. Når tildelingskriteriene blir angitt i konkurransegrunnlaget, kan dette påvirke veiledningsplikten. Jo mindre informasjon oppdragsgiver har gitt i konkurransegrunnlaget, jo større plikt har oppdragsgiver til å påpeke hvilke punkter som vil tillegges ”*vesentlig eller avgjørende vekt*” ved tildelingsevalueringen. Veiledningsplikten til oppdragsgiver bør derfor kunne tilpasses hvilke tilbydere selv oppfattet ville bli tillagt ”*vesentlig eller avgjørende*” vekt ved tildelingsevalueringen.

Et eksempel på plikten til å påpeke forhold som vil bli tillagt ”*vesentlig eller avgjørende*” betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, er KOFA-sak 2011/1. I saken ble det utlyst en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om arbeidsmarkedstiltak. Under forhandlingene var pris et tema. I tildelingsevalueringen ble imidlertid kriteriet kvalitet tillagt ”*vesentlig*” betydning. At NAV Rogaland ikke hadde påpekt kvalitet som et forbedringspunkt hos klager ble ansett som et brudd på kravet til *reelle forhandlinger*.⁸⁹ Når oppdragsgiver ga tilbakemelding om helt andre punkter enn de som faktisk ville tillegges ”*vesentlig eller avgjørende vekt*” ved tildelingsevalueringen, var det i strid med kravet til *reelle forhandlinger*.

Intensiteten i veiledningsplikten vil avhenge av den konkrete anskaffelse, og hva slags forhandlingsfaser som tidligere har vært gjennomført med tilbyderne. Dette kan utledes av et proporsjonalitetsprinsipp som gjelder generelt i EØS-retten.⁹⁰ Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at forhandlingene må tilpasses den konkrete anskaffelse. Det vil derfor kunne ha

⁸⁹ Se premiss 34.

⁹⁰ Se NOU 2014: 4 s. 74.

betydning for veiledningsplikten om anskaffelsen er over eller under EØS-terskelverdi. Hvis det er tale om en kontrakt til 10 milliarder kroner, må det forventes mer av oppdragsgivers veiledningsplikt, enn hvis det er snakk om kontrakt til 600.000 kroner. Det hevdes derfor at veiledningsplikten bør tolkes strengere etter del III enn del II.

Veiledningsplikten skjerpes også når det er forhold som oppdragsgiver har ansvaret for som er årsaken til at et tilbud har blitt uklart. Dette ble blant annet gjort i KOFA-sak 2013/113. Som tidligere nevnt hadde NAV i forhandlingsmøte uttalt til Pøbelprosjektet at de kunne heve prisen, da den ble oppfattet som noe lav. I det andre forhandlingsmøtet ble det ikke nevnt noe om dette, men i den senere tildelingsevalueringen tapte Pøbelprosjektet konkurransen på grunn av pris. Pøbelprosjektet anførte at oppdragsgivers veiledningsplikt måtte være skjerpet når det var oppdragsgiver selv som oppfordret klager til å øke prisen. Dette var KOFA enig i, og kom til at NAV hadde brutt veiledningsplikten etter § 11-8 tredje ledd.⁹¹ At det er tilbyder som i utgangspunktet har ansvaret for at tilbudet er korrekt utformet, fører til at oppdragsgivers veiledningsplikt begrenses. Når det derimot er oppdragsgiver som har gitt villedende informasjon under forhandlingene, er det en naturlig og god løsning at dette ansvaret forskyves.

4.3.2 Ikke plikt til å påpeke alle forbedringspunkter

Når oppdragsgiver har plikt til å påpeke punkter som vil tillegges ”*vesentlig eller avgjørende*” betydning ved tildelingsevalueringen, må dette medføre at det ikke gjelder noen plikt til å påpeke alle forbedringspunkter i tilbudene. Ved store anskaffelser kommer det ofte inn tilbud med mange forbedringspunkter. For å oppnå effektive og samfunnsøkonomiske konkurranser, kan ikke oppdragsgiver ha plikt til å gå gjennom alle svakheter i tilbudene.

Det er slått fast i flere KOFA-avgjørelser at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle forbedringspunkter ved tilbudet.⁹² I KOFA-sak 2010/96, som tidligere er beskrevet i kapittel

⁹¹ Se premiss 59.

⁹² Se f.eks KOFA-sak 2003/105 og KOFA-sak 2005/218 premiss 33

4.2.3, anførte klager at det var brudd på kravet til likebehandling at det ikke ble gitt tilbakemelding på like mange forbedringspunkter som valgte leverandør. Til dette uttalte KOFA at selve antallet forbedringspunkter som påpekes av oppdragsgiver ikke kan være avgjørende for spørsmålet om tilbyderne er gitt anledning til å forhandle på like vilkår.⁹³ Dette er naturlig siden hvilke punkter som skal påpekes av oppdragsgiver avhenger av innholdet i de konkrete tilbudene. At oppdragsgiver har påpekt flere forbedringspunkter hos den ene tilbyderen enn den andre, kan derfor ikke automatisk medføre at det foreligger brudd på kravet til *reelle forhandlinger*.

4.3.3 Veiledningsplikten når tilbudene er svært like

Et annet utslag av oppdragsgivers veiledningsplikt, er at et punkt som egentlig ikke vil tillegges "*vesentlig eller avgjørende*" betydning, likevel blir "*vesentlig eller avgjørende*" fordi tilbudene ellers ligger svært likt. Når oppdragsgiver har taushetsplikt om innholdet i tilbudene, kan ikke tilbyderne ha noen forutsetninger for å vite at tilbudene er svært like. jf. avhandlingen kapittel 4.1.1. Kravet til *reelle forhandlinger* tilsier derfor at oppdragsgiver bør ha en særskilt plikt til å veilede tilbyderne når tilbudene er svært like. Dette viser at veiledningsplikten er variabel ut i fra den konkrete forhandlingssituasjonen.

I KOFA-sak 2008/123 ble det gjennomført en konkurranse med forhandling om inngåelse av rammeavtaler for kolonialvarer. ASKO deltok i forhandlingsmøter hvor flere forhold ble påpekt som forbedringspunkter, men ikke punktet "bestilling hasteleveranser" hvor klager fikk dårlig uttelling ved tildelingsevalueringen. De øvrige tilbydernes tilbud var svært like, og det var punktet "bestilling hasteleveranser" som var utslagsgivende for at ASKO ikke ble tildelt kontrakt. I den forbindelse uttalte KOFA "*At innklagede unnlot å påpeke forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering var av betydning i disfavør av klager, spesielt når de to aktuelle tilbyderne ellers lå svært likt og forholdet dermed kunne blitt utslagsgivende, utgjør*

⁹³ Se premiss 83.

et brudd”.⁹⁴ Avgjørelsen er fulgt opp i senere KOFA-praksis og må anses for å gi uttrykk for sikker rett.⁹⁵

4.3.4 Adgangen til å forhandle om *vesentlige avvik eller forbehold*

Når det gjennomføres konkurranse med forhandling kan oppdragsgiver utarbeide konkurransegrunnlag og kravspesifikasjoner med informasjon om hvilke behov som skal dekkes gjennom anskaffelsen, jf. §§ 8-1, 8-3, 17-1 og 17-3. Dersom tilbudene inneholder ”*vesentlige forbehold*” mot kontraktsvilkårene, eller ”*vesentlige avvik*” fra kravspesifikasjonene, er dette forhold som ”*skal*” lede til avvisning av tilbudet jf. §§ 11-11 første ledd bokstav d) og e) og 20-13 første ledd bokstav d) og e). Begrepet *vesentlige avvik og forbehold* vil videre brukes for å beskrive disse bestemmelsene.

Når det gjennomføres konkurranse med forhandling oppstår det spørsmål om oppdragsgiver har adgang til å inngå forhandlinger med tilbyderne som har innlevert tilbud med *vesentlige avvik og forbehold* for å bortforhandle manglene, eller om oppdragsgiver må avvise tilbudene før forhandlingene. Herunder oppstår det spørsmål om kravet til *reelle forhandlinger* stiller krav om at oppdragsgiver har plikt til å bortforhandle *vesentlige avvik og forbehold*. Dette skal drøftes videre.

Det er vanskelig å si noe konkret om hva som er forskjellen mellom ”*vesentlige avvik*” fra kravspesifikasjonen og ”*vesentlige forbehold*” mot kontraktsvilkårene.⁹⁶ Begge regelsett innebærer at det er foretatt avvik eller forbehold fra de vilkårene oppdragsgiver har stilt.⁹⁷ Derfor anses det som mest hensiktsmessig å behandle problemstillingen samlet.⁹⁸ Det beror på en konkret vurdering hvilke avvik og forbehold som er ”*vesentlige*”, men oppgaven går av plasshensyn ikke nærmere inn på denne vurderingen.⁹⁹ Det anses her som hensiktsmessig å

⁹⁴ Jf. premiss 47.

⁹⁵ Se f.eks KOFA-sak 2008/136 premiss 94 og KOFA-sak 2009/106 premiss 35.

⁹⁶ Jf. §§ 11-11 første ledd bokstav d) og e) og 20-13 første ledd bokstav d) og e)

⁹⁷ Se Thue, Buan og Brun s. 670

⁹⁸ Se samme vurdering i NOU 2014: 4 s. 229.

⁹⁹ Se Goller s. 166-167 for en nærmere beskrivelse av momentene som kan tillegges vekt ved denne vurderingen.

skille mellom §§ 11-8 og 20-11 i regelverket på grunn av reglenes ulike rettskildemessig bakgrunn.¹⁰⁰ Anskaffelsesforskriftens § 20-11 i del III vil først drøftes.

Hvorvidt det er adgang til å bortforhandle *vesentlige avvik og forbehold* etter del III, er ikke direkte løst i anskaffelsesforskriften. Det må derfor ses hen til hvilke EU-/EØS-rettslige kilder som foreligger. I en avgjørelse fra EU-domstolen, C-243/89 (Storebælt), tok EU-domstolen indirekte stilling til spørsmålet. Dommen gjaldt en konkurranse om å oppføre en bro i Storbælt, Danmark. Avgjørelsen gjaldt ikke direkte konkurranse med forhandling, men en dansk anskaffelsesprosedyre. Dommen har likevel relevans for tolkningen av anskaffelsesforskriften, da er lagt til grunn for dagens avvisningsregler.¹⁰¹ Et av vilkårene i konkurransegrunnlaget var at leverandøren skulle bære fullt ansvar for prosjekteringsrisikoen. En av leverandørene som innga tilbud, tok imidlertid forbehold om at prosjekteringsrisikoen måtte tillegges oppdragsgiver. Spørsmålet var om oppdragsgiver likevel kunne forhandle med denne leverandøren, eller om tilbudet måtte avvises.

EU-domstolen uttalte at likebehandlingsprinsippet i utgangspunktet stiller krav til at tilbudene skal være i samsvar med konkurransegrunnlaget for å sikre en objektiv sammenligning av tilbudene. Deretter kom EU-domstolen til at hvorvidt tilbudet måtte avvises eller ikke måtte bero på om forbeholdet var knyttet til ”*grundlæggende udbudsbetingelser*”.¹⁰² Forbeholdet som hadde blitt tatt i saken var en del av de ”*grundlæggende udbudsbetingelser*”, og EU-domstolen kom derfor til at det ikke var adgang til å inngå forhandlinger med denne leverandøren. Avgjørelsen trekker derfor i retning av at det ikke er adgang til å forhandle med leverandører som har levert *vesentlige avvik eller forbehold* etter del III.

I en nyere avgjørelse fra EU-domstolen, C-561/12 (Nordecon) ble problemstillingen igjen tatt opp. I saken ble det gjennomført en konkurranse med forhandling om utbygging av vei i Latvia. Nordecon leverte inn tilbud med et *vesentlig avvik* fra kravspesifikasjonen.

¹⁰⁰ Se hva som tidligere er skrevet om problemstillingen i kapittel 1.2.2.

¹⁰¹ Jf. også NOU 1997: 21 s. 135 hvor det henvises til at avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesforskriften skal forstås på bakgrunn av Storebælt-dommen.

¹⁰² Se C-243/89 premiss 40.

Veibredden skulle være 13,5 på deler av strekningen, mens Nordecon tilbød 6 meter veibredde. Oppdragsgiver aksepterte at det ble inngitt tilbud med *vesentlig avvik*, men ba de øvrige tilbyderne om å inngi reviderte tilbud med den samme avvikende veibredden. Alle tilbyderne innga deretter tilbud med den avvikende veibredden. Det ble forhandlet med alle tilbyderne, og det oppstod spørsmål om det var adgang til dette, eller om tilbudet fra Nordecon skulle vært avvist før forhandlingene.

EU-domstolen viste til at det etter direktiv 2004/18 artikkel 30 andre ledd må innfortolkes et forbud mot å forhandle om "*bindende krav fastsat i udbuddets tekniske spesifikasjoner*".¹⁰³ Dette måtte gjøres av hensyn til å oppnå en lik konkurransesituasjon og for å ivareta det grunnleggende prinsippet om gjennomsiktighet. EU-domstolen la derfor til grunn at oppdragsgiver ikke kunne gjennomføre forhandlinger med en tilbyder som leverte tilbud med forbehold mot de "*bindende krav*" som var fastsatt i kravspesifikasjonen. Dette innebar at tilbudet fra Nordecon skulle ha vært avvist før forhandlingene.

EU-domstolens avgjørelse i Nordecon-dommen trekker derfor i retning av at det ikke er adgang til å forhandle med tilbydere som har innlevert tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold* etter del III. Avgjørelsen kan imidlertid kritiseres for å ikke ta stilling til om oppdragsgiver hadde adgang til å foreta en endring av kravspesifikasjonen fra 13,5 til 6 meters veibredde. Når oppdragsgiver aksepterte avvikende veibredde, og ba de andre leverandørene levere inn tilbud med samme avvik, kan det tolkes som at oppdragsgiver foretok en vesentlig endring av kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Dette spørsmålet ble imidlertid ikke vurdert av EU-domstolen. Hvis EU-domstolen hadde tillatt en slik endring av konkurransegrunnlaget, ville det betydd at oppdragsgiver har en større adgang til å endre konkurransegrunnlaget enn det som er lagt til grunn i avhandlingens kapittel 4.2.3.

Dommen må derfor forstås slik at den bare behandler adgangen til å forhandle med en tilbyder som innleverer tilbud med *vesentlige avvik* fra kravspesifikasjonen. Det samme synspunktet synes også lagt til grunn av KOFA i 2013/11. Der stiller nemnda spørsmål om

¹⁰³ Se premiss 39.

oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, og henviser til Nordecon-dommen.¹⁰⁴ Selv om nemnda ikke tar direkte stilling til spørsmålet, tolkes uttalelsen slik at Nordecon-dommen kan legges til grunn for om oppdragsgiver kan forhandle med tilbydere som har innlevert tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*. Det trekkes i retning av at det ikke er adgang til å forhandle med tilbydere som innleverer tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold* etter del III i anskaffelsesforskriften.

Resultatet fra Nordecon-dommen synes også å være lagt til grunn i de nye EU-direktivene.¹⁰⁵ I direktiv 2014/24 artikkel 29, nr. 3, er det angitt at ”*the minimum requirements and the award criteria shall not be subject to negotiations.*” Dette tilsier at det ikke skal være adgang til å gjennomføre forhandlinger med tilbydere som har levert tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*.

I samme artikkel nr. 7 er det imidlertid lagt til grunn at når det forhandles i faser, skal oppdragsgiver forsikre seg om at tilbyderne oppfyller minstekravene i den avsluttende fase. Dette tilsier motsetningsvis at det kan eksistere adgang til å gjennomføre forhandlinger med tilbydere som har levert tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*, og at slike mangler kan bortforhandles i forhandlingsfasene.

Ordlyden i artikkel 29 nr. 7 må imidlertid tolkes på bakgrunn av den klare ordlyden i art. 29 nr. 3 om at tilbud som inneholder vesentlige avvik fra minstekravene eller kravspesifikasjonen ”*shall not*” være gjenstand for forhandlinger. Det er derfor mest nærliggende å konkludere med at det heller ikke vil være tillatt å gjennomføre forhandlinger med tilbydere som har innlevert tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold* etter de nye reglene som vil bli lagt til grunn for del III.

Det legges etter dette til grunn at det hverken ut i fra det foreliggende rettskildebildet, eller fremtidig forskriftstekst er adgang til å gjennomføre forhandlinger med tilbydere som har

¹⁰⁴ Se premiss 46.

¹⁰⁵ Se EU-direktiv 2014/24 art. 29 nr. 3.

innlevert tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold* fra kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene. Avhandlingen går derfor ikke videre inn på spørsmålet om kravet til *reelle forhandlinger* oppstiller en plikt til å påpeke *vesentlige avvik eller forbehold* etter del III.

Resultatet fra del III kan ikke direkte legges til grunn for del II på grunn av reglens ulike rettskildemessige bakgrunn, jf. avhandlingens kapittel 1.2.2. Det må derfor stilles spørsmål ved om det er adgang til å forhandle med tilbydere som har innlevert tilbud som inneholder *vesentlige avvik eller forbehold* etter del II.

Det kan være grunn til å tillate oppdragsgiver å forhandle med leverandører som har innlevert tilbud som inneholder *vesentlige avvik eller forbehold* fra kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene, fordi det er en videre forhandlingsadgang etter del II. At reglene skal være fleksible og enkle å praktisere, tilsier også at forhandlingsadgangen bør åpne opp for at oppdragsgiver kan velge å inngå forhandlinger, selv om tilbudet inneholder *vesentlige avvik eller forbehold* fra kontraktsdokumentene.

I KOFA-sak 2012/47 hadde Nettet kommune arrangert en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt om oppføring av en flerbrukshall. Oppdragsgiver endret konkurransegrunnlaget før innlevering av de reviderte tilbudene, noe som medførte at Hallutvikling AS sitt reviderte tilbud plutselig innebar ”*vesentlige avvik*” fra kravspesifikasjonen, og de ble ikke tildelt kontrakt. KOFA kom til at oppdragsgiver skulle ha påpekt avviket overfor Hallutvikling AS. Det var derfor feil å avvise leverandøren, jf. § 11-11 første ledd bokstav e).¹⁰⁶ Når KOFA kom til at oppdragsgiver hadde plikt til å påpeke avviket overfor tilbyderen, tyder det på at det etter del II er adgang til å forhandle med leverandører som har inngitt tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*.

I saken var det kommunen som hadde endret konkurransegrunnlaget underveis i forhandlingene. Når det var det endrede konkurransegrunnlaget som førte til at tilbudet ikke

¹⁰⁶ Se premiss 50.

oppfylte de opprinnelige minimumskravene til kravspesifikasjonen, er det naturlig at oppdragsgiver hadde plikt til å bortforhandle de ”*vesentlige*” avvikene. Det bør derfor stilles spørsmål ved om dommen faktisk kan tas til inntekt for at det er adgang til å forhandle med leverandører som inngir tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*.

Resultatet i KOFA-sak 2012/47 ble også lagt til grunn i KOFA-sekretariatets avvisningsbeslutning i 2011/261. Spørsmålet i beslutningen var om oppdragsgiver hadde plikt til å avvise en leverandør fordi tilbudet inneholdt *vesentlige avvik* fra kravspesifikasjonen. KOFA viste til 2012/47 og at utgangspunktet er at det kan forhandles om alt etter § 11-8 andre ledd. På denne bakgrunn uttalte sekretariatet i at ”*Oppdragsgiver har etter dette rett til å forhandle om "alle sider ved tilbudene" og både rett og plikt til å påpeke vesentlige avvik i tilbudene ved gjennomføringen av forhandlinger*”.¹⁰⁷ Resultatet fra KOFA-sak 2012/47 ble altså fulgt opp i KOFA-sekretariatets avvisningsbeslutning.

Beslutningen har ingen rettskildemessig vekt, men gir en indikasjon på at resultatet fra KOFA-sak 2012/47 også ville blitt lagt til grunn for senere KOFA-avgjørelser. Det må etter dette legges til grunn at det foreligger adgang til å forhandle med tilbydere som har innlevert tilbud med *vesentlige avvik og forbehold* etter del II. I NOU 2014: 4 er det også lagt til grunn at oppdragsgivere etter de nye reglene skal ha mulighet til å bortforhandle ”*vesentlige avvik*” til tross for løsningen som er lagt til grunn i de nye direktivene i del III.¹⁰⁸ Det foreligger dermed en forskjell i adgangen til å forhandle om *vesentlige avvik og forbehold* etter del III og II.

Når oppdragsgiver etter del II har adgang til å forhandle med leverandører som har inngitt tilbud med *vesentlige avvik og forbehold*, oppstår spørsmålet om oppdragsgiver har plikt til å påpeke slike mangler. *Vesentlige avvik og forbehold* vil ofte være forhold som vil tillegges ”*vesentlig*” eller ”*avgjørende*” vekt for hvorfor den aktuelle tilbyder ikke blir tildelt kontrakt ved tildelingsevalueringen. Den alminnelige veiledningsplikten som er omtalt under punkt 4.3.1. tilsier dermed at oppdragsgiver må ha plikt til å påpeke *vesentlige avvik og forbehold*.

¹⁰⁷ Se premiss 31.

¹⁰⁸ Se NOU 2014: 4 s. 230.

Dette synspunktet legges også til grunn i KOFA-sak 2012/47 hvor det ble uttalt at siden avviket hadde avgjørende betydning for tildelingsbeslutningen, var det ”*plikt til å påpeke slike avvik*”.¹⁰⁹¹¹⁰ Det må etter dette legges til grunn at veiledningsplikten og kravet til *reelle forhandlinger* innebærer at oppdragsgiver har plikt til å påpeke *vesentlige avvik og forbehold* i tilbudene ved gjennomføringen av konkurranse med forhandling etter del II. Dette gjelder imidlertid bare når oppdragsgiver faktisk velger å gjennomføre forhandlinger, jf. punkt 3.1.1.

En problemstilling som reiser seg ved at det er tillatt å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget under forhandlingene, er om endringene kan medføre at det ikke lenger foreligger ”*vesentlige avvik*” fra kravspesifikasjonene eller ”*vesentlige forbehold*” mot kontraktsvilkårene. På den måten eliminerer oppdragsgiver forhold som egentlig kan føre til avvisning. Dette kan for eksempel være tilfellet der oppdragsgiver foretar flere små endringer i konkurransegrunnlaget som til sammen medfører at det ikke lenger kan sies å være noen ”*vesentlige avvik*” fra kravspesifikasjonene eller ”*vesentlige forbehold*” i tilbudene.

Når det gjennomføres konkurranse med forhandling etter del III, er det som tidligere nevnt ikke adgang til å forhandle med leverandører som har inngitt tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*. Dersom det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget som eliminerer slike ”*avvik*” eller ”*forbehold*”, er det viktig at oppdragsgiver foretar en vurdering av dette, slik at tilbudene likevel blir gjenstand for forhandlinger. Den samme problemstillingen reiser seg imidlertid ikke for del II, der det som nevnt ovenfor er adgang til å forhandle med tilbydere som leverer tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*. Kravet til *reelle forhandlinger* bør da tolkes slik at oppdragsgiver får en plikt til å veilede tilbyderne om at deres tilbud ikke lenger inneholder *vesentlige avvik eller forbehold*.

¹⁰⁹ Se premiss 46.

¹¹⁰ Det samme ble også lagt til grunn i KOFA-sak 2011/261 premiss 31.

5. Etterprøvbarhet og reviderte tilbud

5.1 Krav til referat

Anskaffelsesforskriften §§ 11-8 og 20-11 oppstiller hovedsakelig krav til gjennomføringen før og under forhandlingene. Det ville imidlertid vært lite hensiktsmessig å ha krav til forhandlingene, hvis det ikke kunne etterprøves om de har blitt overholdt. På denne bakgrunn oppstiller forskriften krav til etterprøvbarhet. Dette kommer for det første til uttrykk i §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd som angir at gjennomføringen av forhandlinger skal skje i samsvar med de *”alminnelige regler i § 3-1”*. I § 3-1 syvende ledd er det angitt at oppdragsgiver skal *”fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurranse er skriftlig”*. Ordlyden tyder på at informasjonen som gis i forhandlingene, men som ikke fremgår av andre kontraktsdokumenter, må nedtegnes.

For å sikre dokumentasjonen har KOFA innfortolket et krav om at det må føres referat fra forhandlingene.¹¹¹ Det stilles ikke krav til at leverandørene må godkjenne referatet, men det er lagt til grunn i KOFA-praksis at de må kunne kreve innsyn i referatet i ettertid.¹¹² Ordlyden *”fortløpende”* tilsier at oppdragsgiver må skrive referatet så raskt som mulig, og det kan derfor ikke skrives i lang tid etter forhandlingene.

Det er ikke oppstilt formkrav til referatet i anskaffelsesforskriften. Det bør heller ikke kreves med hensyn til at oppdragsgiver skal ha stor fleksibilitet ved gjennomføringen av konkurranse med forhandling. I KOFA-sak 2010/96, som tidligere er nevnt i kapittel 4.2.3, hadde oppdragsgiver skrevet en intern e-post til medarbeiderne om hvilke forhandlinger som var gjennomført med tilbyderne, og hva som ble gjennomgått. Denne e-posten ble gjort

¹¹¹ Se blant annet KOFA-sak 2004/124 premiss 36.

¹¹² Se KOFA-sak 2005/129 premiss 41.

tilgjengelig for tilbyderne i ettertid, og dette var tilstrekkelig med hensyn til kravet til etterprøvbarehet.¹¹³

Når det gjelder innholdet i referatet, er det i KOFA-praksis oppstilt krav om at det må være utfyllende.¹¹⁴ Her må proporsjonalitetsprinsippet ha innvirkning på hvor omfattende referat som kreves. Jo mer omfattende forhandlingene som er gjennomført, desto mer utfyllende bør også referatene være.

5.2 Reviderte tilbud

Som tidligere nevnt følger det av prosedyreformen at forhandlingene skal avsluttes med at tilbyderne gis adgang til å innlevere reviderte tilbud. Også her stiller kravet til *reelle forhandlinger* opp rammer for hvordan denne prosessen skal foregå. Utgangspunktet er at alle tilbydere skal få like lang tid på å inngi reviderte tilbud. Klagenemnda har imidlertid akseptert at det har blitt gitt ulike frister, så lenge det er gode holdepunkter for å forskjellsbehandle leverandørene.¹¹⁵ Dersom det føres forhandlinger i ulikt omfang med tilbyderne, kan dette begrunne at det settes forskjellige frister. Da vil ikke tilfellene være sammenlignbare, og det kan derfor aksepteres at det gis forskjellige datoer for å inngi reviderte tilbud.

Hvor lang frist som kan aksepteres, må avgjøres på bakgrunn av hvor omfattende forhandlinger som er gjennomført. I KOFA-sak 2006/118 ble 8 dager ansett som for kort frist,¹¹⁶ mens det var akseptabelt med en frist på 5 dager i KOFA-sak 2008/135.¹¹⁷ I KOFA-sak 2010/299 ble fristen satt til første virkedag etter at forhandlingene var gjennomført. Forhandlingene hadde vært omfattende, og KOFA kom derfor til at en frist på en dag var for kort.¹¹⁸

¹¹³ Se premiss 93.

¹¹⁴ Se KOFA-sak 2007/134 premiss 40.

¹¹⁵ Se KOFA-sak 2004/256 premiss 35.

¹¹⁶ Se premiss 52.

¹¹⁷ Se premiss 39.

¹¹⁸ Se premiss 84.

Etter §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd skal endringene av en leverandørs tilbud dokumenteres ”skriftlig”. Kravet til skriftlighet vil være innfridd dersom endringene nedtegnes i et referat fra forhandlingene. Siden det er oppdragsgiver som har ansvaret for å utforme referat fra forhandlingene, må oppdragsgiver også bære risikoen for at endringene i tilbudene blir nedtegnet skriftlig, jf. KOFA-sak 2007/134.¹¹⁹ Utover dette er det ikke stilt formkrav til inngivelse av reviderte tilbud, og oppdragsgiver har heller ingen plikt til å åpne de reviderte tilbudene fra tilbyderne samtidig.¹²⁰

¹¹⁹ Se premiss 40.

¹²⁰ Se NOU 1997: 21 s. 144.

6. Revisjon av dagens regelverk

6.1 Forenklingsutvalgets forslag og EU-direktiv 2014/24

Offentlige anskaffelser er et relativt nytt rettsområde som er sterkt påvirket av EU-/EØS-retten. EU-/EØS-reglene er svært detaljert utformet, og man har valgt tilsvarende løsninger i Norge. Det har imidlertid vært hevdet at man ved utformingen av det særnorske regelverket har vært i overkant streng. Derfor nedsatte Stoltenberg II-regjeringen et Forenklingsutvalg som skulle se på forbedring av de norske reglene.¹²¹ I EU har det pågått et tilsvarende lovforarbeid som har resultert i direktiv 2014/24.

6.1.1 Utvidet adgang til å velge konkurranse med forhandling

I EU-direktiv 2014/24 er adgangen til å benytte konkurranse med forhandling vedtatt utvidet.¹²² Bakgrunnen for endringene er at EU har sett behovet for å gi oppdragsgivere større fleksibilitet, og det gjennomføres best ved forhandlinger. Det er også lagt vekt på at bruk av konkurranse med forhandling fører til mer handel over landegrensene.¹²³ Forenklingsutvalget har på sin side foreslått å avskaffe dagens prosedyrer, og erstatte disse med en prosedyre hvor forhandlinger alltid vil være tillatt. En slik prosedyre vil etter Forenklingsutvalgets oppfatning være effektiv og kostnadsbesparende.¹²⁴

Den foreslåtte forskriftsteksten, § 5-20 andre ledd første punktum, angir at ”*Oppdragsgiver skal gi de leverandører som han forbeholder seg retten til å forhandle med, nødvendige opplysninger om hvordan forhandlingene skal gjennomføres, med mindre slike opplysninger allerede fremgår av konkurransegrunnlaget.*”¹²⁵ I EU-direktiv 2014/24 artikkel 29 femte ledd

¹²¹ Se Forenklingsutvalgets mandat i NOU 2014: 4 s. 15.

¹²² Se EU-direktiv 2014/24 art. 26 avsnitt 4 om ”*choice of procedures*”, og når konkurranse med forhandling for anskaffelser over EØS-terskelverdi kan velges.

¹²³ Se fortalen i EU-direktiv 2014/24 premiss 42.

¹²⁴ Se NOU 2014: 4 s. 151.

¹²⁵ Se NOU 2014: 4 s. 293.

er det angitt at ”*During the negotiations, contracting authorities shall ensure the equal treatment of all tenderers.*” Utover ordlyden gir ikke bestemmelsene retningslinjer for den nærmere gjennomføringen av forhandlingene.

6.1.2 Gjennomføringen av forhandlinger ved endring av regelverket

Forenklingsutvalget forslag går ut på at oppdragsgiver skal kunne velge hvor omfattende forhandlingene skal være. For at reglene skal være enkle å praktisere, ønsker ikke utvalget å detaljregulere gjennomføringen av forhandlingene.¹²⁶ Utvalget skriver imidlertid ingenting om de vil videreføre dagens rettstilstand, eller om noen av forslagene i NOU 2014: 4 innebærer en realitetsendring. Det er imidlertid nærliggende å legge til grunn at kravet til *reelle forhandlinger* er tenkt videreført i det nye forslaget siden det ikke er nevnt at det skal fravikes.

Selv om Forenklingsutvalget ikke direkte uttaler seg om det skjer en videreføring av dagens rettstilstand, kommenterer de noen av de prosessuelle reglene som har blitt utledet fra kravet til *reelle forhandlinger*. Forenklingsutvalget skriver blant annet at det ikke skal gjelde ”*noen plikt til å påpeke forhold ved tilbudene som kan forbedres, med mindre dette følger av likebehandlingsprinsippet*”, og at likebehandlingsprinsippet skal være ”*bestemmende for oppdragsgivers tillatte fremgangsmåte*”.¹²⁷ Avhandlingen har tidligere vist at kravet til *reelle forhandlinger* er utledet fra likebehandlingsprinsippet. Uttalelsen tyder derfor på at dagens rettstilstand skal videreføres, jf. det som tidligere er skrevet i kapittel 4.3.1.

Forenklingsutvalget foreslår videre at oppdragsgiver skal ha mulighet til å ”*bortforhandle også vesentlige avvik*”.¹²⁸ Dette er i samsvar med konklusjonen som avhandlingen har lagt til grunn for del II i punkt 4.3.4. Når denne adgangen kodifiseres, kan det føre til at det vil gjennomføres mer omfattende forhandlinger enn i dag. Hvis det gjennomføres mer

¹²⁶ Se NOU 2014: 4 s. 154.

¹²⁷ Se NOU 2014: 4 s. 154.

¹²⁸ Se NOU 2014: 4 s. 155.

omfattende forhandlinger, er det naturlig å anta at det ikke vil være like mye klager på alle deler av forhandlingsprosessen. Det kan innebære at det vil skje en mindre streng håndhevelse av kravene til *reelle forhandlinger*, og at oppdragsgiver får et større forhandlingsrom.

I EU-direktiv 2014/24 er heller ikke den nærmere gjennomføringen av forhandlingene søkt regulert. I fortalen til direktivet er det uttalt at oppdragsgiver må ta i bruk ”*adequate safeguards ensuring observance of the principles of equal treatment and transparency*”.¹²⁹ Det er heller ingen holdepunkter i fortalen eller direktivet for å hevde at rammene for gjennomføringen av forhandlinger skal endres.

Det kan hevdes at det er uheldig at hverken Forenklingsutvalget eller EU-direktivet omtaler nærmere hvordan gjennomføringen av forhandlingene skal gjennomføres i de nye forslagene. Siden forslagene ikke sier noe om at det skal skje en realitetsendring av gjeldende rett, åpner det opp for at kravene som stilles til gjennomføringen av forhandlinger kan videreutvikles ut i fra dagens eksisterende rammer.

¹²⁹ Se direktivets fortale premiss 45.

7. Avslutning

7.1 Oppsummerende betraktninger

Konkurransen med forhandling kan være en effektiv og velegnet prosedyreform så lenge reglene som er utledet fra kravet til *reelle forhandlinger* og likebehandlingsprinsippet følges. Når oppdragsgiver og tilbyder derimot ikke har tilstrekkelig kunnskap om rammene for forhandlingene, kan det påløpe store kostnader med å behandle etterfølgende klager og rette opp feil som gjøres underveis.

Avhandlingen har på denne bakgrunn forsøkt å undersøke hva som er gjeldende rett med hensyn til kravet til *reelle forhandlinger* og likebehandlingsprinsippet. En gjennomgang av KOFA-praksis, juridisk teori og utvalgte anskaffelsesregler har vist hvilke prosessuelle og materielle rammer som i dag eksisterer i perioden før, under og etter forhandlingene. For noen deler av gjennomføringen av forhandlingene er det oppstilt klare regler, slik som formkrav til forhandlingene, jf. kapittel 3.2.2. På andre punkter er det derimot mer tvilsomt hvilke rammer som gjelder for forhandlingene, slik som veiledningsplikten når det er inngitt tilbud med *vesentlige avvik eller forbehold*, jf. kapittel 4.3.4.

En gjennomgang av de rammer som gjelder for gjennomføringen av forhandlingene, viser også at kravet til *reelle forhandlinger* stiller relativt omfattende krav til oppdragsgiver. Oppdragsgiver har i utgangspunktet ikke ønsket å detaljregulere konkurranse med forhandling. Når det likevel har blitt utledet mange detaljerte prosessuelle og materielle regler fra §§ 11-8 og 20-11, kan det trekke i retning av at fortolkningen av kravet til *reelle forhandlinger* er blitt for omfattende. Det synes også å være en tendens til at leverandørene anfører kravet til *reelle forhandlinger* som hjemmel for et vidtrekkende vern. For å unngå at likebehandlingsprinsippet og kravet til *reelle forhandlinger* etter §§ 11-8 og 20-11 fremstår som rettsikkerhetsregler for leverandørene, kan det virke positivt at forhandlingsadgangen både under og over EØS-terskelverdi utvides. En utvidelse av adgangen til å gjennomføre forhandlinger, vil kunne medføre at kravene til *reelle forhandlinger* blir tolket mindre strengt.

På den måten vil også konkurranse med forhandling kunne bli en like fleksibel prosedyre som lovgiver har ønsket.

8. Litteraturliste

Lover

Anskaffelsesloven – Lov om offentlige anskaffelser (16. juli 1999 nr. 69)

EØS-avtalen – Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (27. november 1992 nr. 109)

Forskrifter

Forskrift om offentlige anskaffelser (7. april 2006 nr. 402)

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (15. november 2002 nr. 1288)

Opphevede forskrifter

Forskrift om offentlige anskaffelser (15. juni 2001 nr. 616)

Forarbeider

NOU 2014: 4 ”Enklere regler – bedre anskaffelser”

NOU 1997: 21 ”Offentlige anskaffelser”

Avgjørelser

Høyesterett

Rt. 2007 s. 983

Rt. 2008 s. 1705

Rt. 2008 s. 982

Lagmannsrett

LG-2008-160518

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

KOFA-sak 2003/171

KOFA-sak 2003/105

KOFA-sak 2003/267

KOFA-sak 2004/124

KOFA-sak 2004/256

KOFA-sak 2005/215

KOFA-sak 2005/218

KOFA-sak 2005/173

KOFA-sak 2005/129

KOFA-sak 2006/54

KOFA-sak 2006/118

KOFA-sak 2007/95

KOFA-sak 2007/134

KOFA-sak 2008/170

KOFA-sak 2008/131

KOFA-sak 2008/123

KOFA-sak 2008/135

KOFA-sak 2008/136

KOFA-sak 2009/203

KOFA-sak 2009/280

KOFA-sak 2009/244

KOFA-sak 2009/106

KOFA-sak 2009/9

KOFA-sak 2010/299

KOFA-sak 2010/96
KOFA-sak 2010/160
KOFA-sak 2011/242
KOFA-sak 2011/120
KOFA-sak 2011/1
KOFA-sak 2011/261
KOFA-sak 2012/47
KOFA-sak 2013/113
KOFA-sak 2013/11
KOFA-sak 2013/141
KOFA-sak 2014/57

EU-/EØS-kilder

Direktiver

Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Avgjørelser

EU-domstolen

Sak C-243/89, *Kommisjonen mot Danmark*, Sml. 1993 I-03353

Sak C-21/03 og C-34/03 (forente sager), *Fabricom SA mot Belgia*, Sml. 2005 I-01559

Sak C-561/12, *Nordecon og Rambøll mot Estland*, (ennå ikke i Sml.)

Veiledninger

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, utgitt av Nærings- og fiskeridepartementet, desember 2013

Bøker

Bakken, Espen og Nordby, Thomas, *Offentlige anskaffelser*, (Oslo, 2013)

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, (Oslo, 2013)

Goller, Morten, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, (Oslo, 2014)

Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, (Oslo, 2011)

Simonsen, Lasse, *”Prekontraktuelt ansvar”*, (Oslo, 1997)

Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise, *EU’s Udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. utgave (København, 2008)

Thue, Anders, Anne Buan, Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, (Oslo, 2013)

Artikler

Amdal, Gro, ”Gjennomføringen av konkurranse med forhandling ved offentlige anskaffelser”, *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 s. 430-451

Nettsteder

<http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2014-08-22>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/handelspolitikk/wto/wto---doha-runden/offentlige-anskaffelser-i-wto-gpa-avta-2.html?id=708717>

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/140975.pdf

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/pressemeldinger/2014/enklere-offentlige-innkjop.html?id=751027>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/horinger/horingsdokumenter/2014/Horing-om-forenkling-av-det-norske-anskaffelsesregelverket/Horingsuttalelser.html?id=764141>