

# Oppdragsgivers kompetanse og plikt til å foreta tilbudsavklaringer i anbudskonkurransen

*Kandidatnummer: 225*

Antall ord: 14920



JUS399 Masteroppgave  
Det Juridiske Fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN  
09.12.2015

# Innholdsfortegnelse

1	INTRODUKSJON.....	1
1.1	AVHANDLINGENS FORMÅL .....	1
1.2	AVGRENSNING .....	2
1.3	METODE .....	2
1.3.1	Rettsgrunnlag og metodiske spørsmål .....	2
1.3.2	KOFA-praksis.....	5
2	AVKLARINGSINSTITUTTET .....	6
2.1	INTRODUKSJON .....	6
2.2	NOEN UTGANGSPUNKTER OG HENSYN BAK AVKLARINGSINSTITUTTET .....	6
2.3	AVKLARINGSKOMPETANSE.....	8
2.3.1	Forenklingsdirektivet og EU/EØS-retten .....	8
2.3.2	Anskaffelsesforskriften.....	9
2.4	AVKLARINGSPLIKT .....	10
2.5	AVKLARINGSINSTITUTTET OG ANSKAFFELSESPRINSIPPENE .....	10
2.5.1	Introduksjon.....	10
2.5.2	Likebehandlingsprinsippet.....	11
2.5.3	Forholdsmessighetsprinsippet .....	12
2.5.4	Konkurransesprinsippet.....	12
2.5.5	Prinsippet om god forretningsskikk.....	12
2.5.6	Gjennomsiktighetsprinsippet.....	13
2.6	SAMMENFATNING .....	14
3	KOMPETANSE TIL Å FORETA TILBUDSAVKLARINGER .....	15
3.1	INTRODUKSJON .....	15
3.2	FORHANDLINGSFORBUDET OG AVVISNINGSPLIKTEN SOM SKRANKER FOR AVKLARINGSKOMPETANSEN .....	15
3.2.1	Introduksjon.....	15
3.2.2	Forhandlingsforbudet.....	16
3.2.3	Avvisningsplikten.....	17
3.3	DE MATERIELLE RAMMENE FOR AVKLARINGSKOMPETANSEN .....	18
3.3.1	Introduksjon.....	18
3.3.2	Avklaring som gir leverandøren en prosessuell fordel .....	19
3.3.3	Mangler av betydning for tildelingskriteriene .....	19
3.3.4	Mangler av betydning for kravspesifikasjonen og kontraktsvilkårene .....	24
3.3.5	Avklaring av mangel som ikke er åpenbar i tilbudet .....	25
4	PLIKT TIL Å FORETA TILBUDSAVKLARINGER.....	28
4.1	INTRODUKSJON .....	28
4.2	FINNES EN GENERELL AVKLARINGSPLIKT?.....	28
4.3	AVKLARINGSPLIKTEN KAN IKKE GÅ LENER ENN AVKLARINGSKOMPETANSEN.....	31
4.4	DE MATERIELLE RAMMENE FOR AVKLARINGSPLIKTEN .....	32
4.4.1	Introduksjon.....	32
4.4.2	Forhold som oppdragsgiver bærer risikoen for .....	32
4.4.3	Kravet om likebehandling ved avklaring.....	33

4.4.4	Avklaringsplikt med hjemmel i prinsippene om forholdsmessighet, god forretnings- og forvaltningsskikk .....	34
4.4.4.1.	Introduksjon .....	34
4.4.4.2.	Om de nærmere materielle vilkårene.....	34
4.4.4.3.	Mangler av betydning for kravspesifikasjonen og kontraktsvilkårene .....	36
4.4.4.4.	Mangler av betydning for tildelingskriteriene .....	38
4.4.5	Pliktkollisjon.....	42
4.5	AVKLARINGSPLIKT OG FORENKLINGSDIREKTIVET .....	44
5	AVSLUTTENDE KOMMENTARER .....	46
	KILDER OG LITTERATUR.....	48



# 1 Introduksjon

## 1.1 Avhandlingens formål

Hvert år foretar offentlig sektor i Norge innkjøp for over 400 milliarder kroner.<sup>1</sup> Innkjøpene skal foretas i overensstemmelse med lov<sup>2</sup> og forskrift<sup>3</sup> om offentlige anskaffelser som regulerer prosedyrene for anskaffelse og tildeling av offentlige kontrakter. Formålet med regelverket er å sikre effektive anskaffelser, herunder at det offentlige anskaffer varer og tjenester som dekker det aktuelle behov og som har tilstrekkelig kvalitet, til lavest mulig pris.<sup>4</sup> Den mest anvendte prosedyren ved offentlige anskaffelser er å avholde en åpen eller begrenset anbudskonkurranse (heretter anbudskonkurranse).<sup>5</sup>

I forbindelse med en anbudskonkurranse må økonomiske aktører (heretter leverandører) som ønsker å delta i konkurransen sende inn et tilbud innen en fastsatt frist i henhold til konkurransegrunnlaget, som er utarbeidet av offentlig sektor (heretter oppdragsgiver). Etter utløpt tilbudsfrist skal oppdragsgiver vurdere leverandørenes tilbud opp mot konkurransegrunnlaget. Tilbudets innhold skal i hovedsak vurderes i forhold til tre faktorer: i) hvorvidt den tilbudte ytelsen innfrir oppdragsgivers behov og krav til ytelsen som fremgår av *kravspesifikasjonen*<sup>6</sup>, ii) hvorvidt oppdragsgiver kan kreve utførelse i samsvar med de *kontraktsvilkårene*<sup>7</sup> som oppdragsgiver har satt, og iii) hvordan tilbudet skal rangeres i forhold til øvrige tilbud basert på *tildelingskriteriene*<sup>8</sup> som oppdragsgiver har valgt for å avgjøre hvilken leverandør som skal tildeles kontrakten.

Ikke sjelden opplever oppdragsgiver, etter tilbudsfristens utløp, at leverandørers tilbud inneholder feil, uklarheter eller rene utelatelser. Stilt overfor et uklart eller ufullstendig tilbud har oppdragsgiver som utgangspunkt tre valg: Godta det mangelfulle tilbudet, avvise leverandøren på grunn av forhold ved tilbudet, eller, kontakte leverandøren for å avklare mangelen ved tilbudet. Det er kompetansen og tidvis plikten til å foreta slike

---

<sup>1</sup> SSBs innkjøpsstatistikk <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2015-01-23>.

<sup>2</sup> Lov av 16. juli 1999 nr.69, om offentlige anskaffelser (LOA).

<sup>3</sup> Forskrift av 7. april 2006 nr.402, om offentlige anskaffelser (FOA).

<sup>4</sup> Formålsbestemmelsen i LOA § 1.

<sup>5</sup> FOA § 14-1 (1), og PricewaterhouseCoopers AS, *Oversikt over norske offentlige anskaffelser i perioden 2009-2012* (2014) s 6.

<sup>6</sup> FOA § 17-3.

<sup>7</sup> FOA § 3-11.

<sup>8</sup> FOA § 22-2(1). Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktig, eller utelukkende basert på hvilket tilbud som er lavest priset.

tilbudsavklaringer som er tema for denne avhandlingen. Formålet med avhandlingen er å kartlegge oppdragsgivers kompetanse og plikt til å foreta avklaringer av leverandørers tilbud, i tidsrommet etter at tilbudsfristen er utløpt og før kontrakten tildeles.

## 1.2 Avgrensning

Anskaffelsesforskriften del III gir anvisning på tre muligheter for tilbudsavklaringer i § 21-1 (2) (a)-(c). Disse er: i) avklaring av uklarheter og ufullstendigheter, ii) avklaring av forslag fra leverandøren, og iii) justering av løsning. Avhandlingen tar utgangspunkt i § 21-1 (2) (a), som utgjør den tilsvarende bestemmelsen til art. 56 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU. Dette er forskriftens "generelle" regel om tilbudsavklaring, og det avgrenses følgelig mot de øvrige bestemmelsene som regulerer mer spesielle tilfeller av tilbudsavklaring. Avgrensningen er hensiktsmessig ettersom § 21-1 (2) (a) aktualiseres ved avklaring av alle typer mangler ved et tilbud.

Anskaffelser under terskelverdiene reguleres i FOA del II og er ikke omfattet av direktiv 2014/24/EU.<sup>9</sup> I prinsippet står norske myndigheter dermed fritt til å bestemme hvordan slike anskaffelser skal gjennomføres. Lovgiver har imidlertid valgt å innføre likelydende bestemmelse til § 21-1 (2) (a) i FOA del II<sup>10</sup>, og det finnes tilsynelatende ikke holdepunkter for å legge til grunn en ulik tolkning av bestemmelsene. I den grad metodiske prinsipper kan gi grunnlag for slike avvik, vil dette imidlertid ikke behandles i avhandlingen, som tar utgangspunkt i FOA del III og har et EU/EØS-rettslig perspektiv. Videre ble det 8. juli 2015 vedtatt å avskaffe forhandlingsforbudet for anskaffelser etter FOA del II og dermed også avklaringsregelen. For anskaffelser etter FOA del II, vil avhandlingen således være utdatert ved ikrafttredelse av det nye regelverket våren 2016.

## 1.3 Metode

### 1.3.1 Rettsgrunnlag og metodiske spørsmål

---

<sup>9</sup> FOA § 2-1 (2), jf. § 2-2.

<sup>10</sup> FOA § 12-1 (2) (a).

FOA del III er en kombinasjon av norsk rett og EU/EØS-rett, hvilket reiser visse metodiske problemstillinger. I det følgende redegjøres for de metodiske spørsmålene som er særskilt for avhandlingen.

I lys av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og lojalitetsprinsippet som kan utledes derav, er den EØS-rettslige forståelsen av oppdragsgivers rettigheter og plikter i forbindelse med tilbudsavklaring avgjørende.<sup>11</sup> Herunder hva EU-domstolen og EUs førsteinstansdomstol har lagt til grunn vedrørende utvikling og anvendelse av tilsvarende rettigheter og plikter som kan utledes av anskaffelsesdirektivet.

FOA del III er en gjennomføring av anskaffelsesdirektiv 2004/18/EF. Direktivet fra 2004 inneholder ingen skriftlig nedfelte bestemmelser som direkte regulerer oppdragsgivers kompetanse til å foreta tilbudsavklaringer. Ved gjennomføringen valgte likevel norsk lovgiver å innta en bestemmelse som stadfester slik avklaringskompetanse i FOA § 21-1 (2) (a):

*"oppdragsgiver kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarerheter og ufullstendigheter i tilbudene."*

Direktiv 2004/18/EF er nå avløst av direktiv 2014/24/EU ("forenklingsdirektivet"). Det nye direktivet er ment å forenkle anskaffelsesreglene og trådte i kraft i EU 17. april 2014. I forenklingsdirektivet har EU direktivfestet oppdragsgivers kompetanse til tilbudsavklaring i art. 56 nr.3, hvor det stadfestes at:

*"Når de opplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufullstendige eller feilbehæftede, eller når der mangler spesifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheter, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante opplysninger eller dokumentationen[...]"*

Som fremgår i punkt 2.3.1, er det grunnlag for å hevde at art. 56 nr. 3 ikke endrer rettstilstanden for oppdragsgivers avklaringskompetanse, men kun utgjør en kodifisering av avklaringskompetansen slik den er etablert gjennom praksis i EU-retten under det gamle direktivet.

Ved ikrafttredelsen av forenklingsdirektivet ble medlemsstatene gitt to år på å gjennomføre direktivet i nasjonal rett. Direktivet er foreløpig ikke er inntatt i EØS-avtalen og er derfor

---

<sup>11</sup> Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s.54.

heller ikke gjennomført i anskaffelsesforskriften del III. Norske myndigheter er imidlertid forpliktet etter EØS-avtalen art. 102 til å iverksette sekundærlovgivning så snart som mulig etter at EU har vedtatt nytt regelverk. Nærings- og fiskeridepartementet har derfor utarbeidet "*Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser*".<sup>12 13</sup> Departementet legger til grunn at oppdragsgivers avklaringskompetanse bør utvides i den nye forskriften. Ved gjennomføringen av art. 56 nr.3, er forskriftsbestemmelsen om oppdragsgivers avklaringskompetanse foreslått endret som følger:

*"Oppdragsgiver kan skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen inneholder eller synes å inneholde feil eller mangler, eller dersom bestemte dokumenter mangler."*<sup>14</sup>

Ettersom avhandlingen tar sikte på en kartlegging av gjeldende rett, kan analysen imidlertid ikke baseres på forskriftstekst som er usikkert når og om blir vedtatt slik den foreligger. Avhandlingen tar følgelig utgangspunkt i FOA § 21-1 (2) (a) og artikkel 56 nr. 3.

FOA § 21-1 er en gjennomføring av det gamle anskaffelsesdirektivet og den rettsstilstand det gir uttrykk for og det er som nevnt grunnlag for å hevde at art. 56 nr. 3 ikke utgjør en endring av denne rettsstilstanden. Videre er ordlyden i departementets endringsforslag tilnærmet lik art. 56 nr. 3. Slik avklaringskompetansen er forstått og anvendt i norsk praksis, kan det også argumenteres for at en vedtakelse av forskriftsteksten slik den foreligger, ikke innebærer en faktisk utvidelse av avklaringskompetansen etter FOA. På denne bakgrunn vil analysen i avhandlingen være direkte relevant også for en "ny rettsstilstand", hvor forskriftsbestemmelsen om avklaringskompetanse gis en ny ordlyd som foreslått.

Det følger av ordlyden i art. 56 nr. 3, at medlemsstatene har et nasjonalt spillerom vedrørende hvorvidt de ønsker å innføre avklaringskompetanse for oppdragsgiver. I den grad slik kompetanse innføres i nasjonal rett, kan kompetansen imidlertid ikke gå ut over det som tillates i direktivet og av EU-domstolene.

---

<sup>12</sup> Høringen ble publisert på regjeringens hjemmeside 17 mars 2015, med høringsfrist 17 juni 2015, <https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf>.

<sup>13</sup> Forslaget er under behandling og departementet tar sikte på at arbeidet med ny anskaffelsesforskrift ferdigstilles i løpet av 2016, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-eu-regler-om-offentlige-anskaffelser/id2401058/>.

<sup>14</sup> Høringsnotatet (note 12) s.75.



Plikt til tilbudsavklaring er ikke direktivfestet. I den utstrekning EU-domstolene statuerer avklaringsplikt, har imidlertid slike avgjørelser bindende virkning for norsk rettsanvendelse. Videre er anskaffelsesdirektivet et minimumsdirektiv, hvilket innebærer at norske myndigheter og domstoler står fritt til å pålegge strengere forpliktelser for oppdragsgiver enn det som fremgår av direktivet.

### **1.3.2 KOFA-praksis**

Den nasjonale klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) har behandlet spørsmål om adgang og plikt til å foreta tilbudsavklaringer flere ganger. Ettersom KOFA er et rådgivende organ har avgjørelser derfra imidlertid ingen formell rettskildemessig vekt.<sup>15</sup> Det store omfanget av saker som behandles av klagenemda har likevel medført at KOFA har hatt stor betydning for norsk rettsutvikling innen anskaffelsesretten.<sup>16</sup> Både oppdragsgiver og norske domstoler synes i stor grad å vise til, legge til grunn og følge KOFA-praksis ved behandling av anskaffelsesrettslige spørsmål. Hensynet til forutberegnelighet tilsier dermed at KOFA-praksis bør vektlegges ved kartlegging av norsk rettsoppfatning.

---

<sup>15</sup> Forskrift av 15. november 2002 nr. 1288, om klagenemd for offentlige anskaffelser, § 1.

<sup>16</sup> Dragsten s.54.

## 2 Avklaringsinstituttet

### 2.1 Introduksjon

Under hensyntagen til avhandlingens formål, redegjøres innledningsvis for selve *avklaringsinstituttet* og utgangspunktet for den videre drøftelsen. I punkt 2.2 presenteres følgelig de interesser og behov som nødvendiggjør eksistensen av et avklaringsinstitutt, før rettsgrunnlaget for henholdsvis kompetanse og plikt til tilbudsavklaring presenteres i punkt 2.3 og 2.4. Avklaringsinstituttet kan utledes av grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper, og har vokst frem som et motstykke til hovedregelen om at det ikke er tillatt å endre leverandørens tilbud etter utløpt tilbudsfrist. Samtidig krever ivaretagelse av de samme prinsippene at avklaringsinstituttets rekkevidde begrenses. For å få en bedre forståelse av de nærmere materielle vilkårene for tilbudsavklaring, redegjøres i punkt. 2.5 for disse grunnleggende prinsippene og hvordan de konkret påvirker utviklingen og anvendelsen av avklaringsinstituttet.

### 2.2 Noen utgangspunkter og hensyn bak avklaringsinstituttet

Utgangspunktet i en anbudskonkurranse er at alle tilbud skal vurderes slik de foreligger ved utløpt tilbudsfrist. Dette fordi det ved anbudskonkurranser gjelder et forhandlingsforbud som forbyr leverandører å inngi nye eller endrede tilbud etter at tilbudsfristen er utløpt.<sup>17</sup> Videre er det i tråd med grunnleggende avtalerettslige prinsipper, at leverandøren bærer risikoen for tilbudets innhold og eventuelle mangler ved det som ikke er utbedret før utløpet av tilbudsfristen.<sup>18</sup> Dersom et tilbud etter dette tidspunkt fremdeles er mangelfullt, kan oppdragsgiver etter omstendighetene ha plikt til å avvise tilbudet.<sup>19</sup> <sup>20</sup> Både oppdragsgiver og leverandør kan imidlertid av ulike grunner ha ønske eller behov for å få avklart forhold ved tilbudet etter at tilbudsfristen er utløpt.

---

<sup>17</sup> FOA § 21-1 (1) og Official Journal of the European Communities (O.J.), no. L 111(1994). Uttalelsen gjelder spesifikt Public Works Directive 93/37 art. 7 (4), men er like relevant for direktiv 2014/24/EU ).

<sup>18</sup> Bla. Rt. 2007 s.1783 og LB-2014-156469.

<sup>19</sup> FOA § 20-13 (1).

<sup>20</sup> Forhandlingsforbudet og avvisningsplikten behandles nærmere i avhandlingens punkt 3.2.

Behovet for slike avklaringer gjør seg gjeldende først dersom et tilbud er uklart eller ufullstendig. Uklarheter og ufullstendigheter ved et tilbud kan videre skyldes ulike typer *mangler*, så som upresise formuleringer, manglende informasjon, feil osv.<sup>21</sup> Med *avklaring* eller *tilbudsavklaring* siktes følgelig til kontakt mellom oppdragsgiver og leverandør i den hensikt å avklare slike mangler. En tilbudsavklaring vil dermed typisk resultere i supplerende informasjon, retting av feil, klarlegging av leverandørens formulering og lignende.

Oppdragsgivers mål i anskaffelsesprosessen er å oppnå mest mulig "verdi for pengene", hvilket fordrer effektiv konkurranse om kontrakten blant leverandørene. Oppdragsgiver kan dermed ha stor interesse av å foreta tilbudsavklaringer og opprettholde konkurransen fremfor å avvise en leverandør på grunn av mangler ved tilbudet. Ved at oppdragsgiver gis slik kompetanse, kan man unngå at konkurransen begrenses ved at mangelfulle tilbud avvises i tilfeller der oppdragsgiver isteden ser seg tjent med å foreta tilbudsavklaring. Slik kan hensynet til effektiv allokering av ressurser i anskaffelsesprosessen, tilsi et behov for å gi oppdragsgiver kompetanse til å foreta tilbudsavklaringer etter nærmere vilkår.<sup>22</sup>

Sett fra leverandørens side kan det imidlertid være uheldig om det utelukkende er opp til oppdragsgiver å avgjøre hvorvidt tilbudsavklaring skal foretas. Leverandørene legger ofte ned store ressurser i forberedelser og utforming av tilbud i forbindelse med en anbudskonkurranse og kan tape mye på at tilbudet blir avvist. I lys av dette vil leverandører tidvis ha behov for at oppdragsgiver pålegges en plikt til foreta tilbudsavklaring, særskilt hvor mangelen ikke er av betydning for konkurranseforholdet mellom leverandørene eller skyldes forhold ved oppdragsgiver. I slike tilfeller kan en eventuell avvisning fremstå uforholdsmessig strengt, dersom avvisningen er konkurransebegrensende uten at den samtidig ivaretar anskaffelsesrettslige mål, som ikke kan oppnås på alternative handlemåter.<sup>23</sup>

Under hensyntagen til ovennevnte behov og anskaffelsesrettslige prinsipper er det gjennom skriftlig nedfelte regler og praksis, etablert et *avklaringsinstitutt* i anskaffelsesretten. Avklaringsinstituttet kan således anses som et unntak fra utgangspunktet om at det ikke er tillatt å endre et tilbud etter utløpt tilbudsfrist.<sup>24</sup> De materielle kravene som nærmere regulerer i hvilken utstrekning oppdragsgiver har *kompetanse* og *plikt* til å foreta tilbudsavklaringer, er

---

<sup>21</sup> Dragsten s.563.

<sup>22</sup> Dragsten s.563 og LOA § 1.

<sup>23</sup> Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK, Volume I*, London 2014, s 823.

<sup>24</sup> Espen Bakken og Thomas Nordby, *Offentlige Anskaffelser*, Bergen 2013, s.149.

imidlertid uklare og må utledes av både skriftlige bestemmelser og anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper.

## 2.3 Avklaringskompetanse

### 2.3.1 Forenklingdirektivet og EU/EØS-retten

At oppdragsgiver i visse tilfeller har kompetanse til å foreta tilbudsavklaringer er lagt til grunn av Rådet og Kommisjonen, idet det fremgår av deres felleserklæring at:

*“discussions with candidates or tenderers may be held but only for the purpose of clarifying or supplementing the content of their tenders [...] and provided this does not involve discrimination.”<sup>25</sup>*

Når og på hvilke vilkår oppdragsgiver har slik avklaringskompetanse har imidlertid vært gjenstand for diskusjoner og tvister i anskaffelsesretten. EU-domstolens prinsipielle avgjørelse om tilbudsavklaring i C-599/10 (*Slovensko*) har dog bidratt til en viss oppklaring.<sup>26</sup>

En slovakisk oppdragsgiver avholdt en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av toll- og avgiftstjenester på motorveier. I prosessen sendte oppdragsgiver anmodning til to leverandører om supplerende opplysninger vedrørende tekniske aspekter ved tilbudet samt en redegjørelse for unormalt lave tilbudspriser. Begge leverandørene innga slike opplysninger, men ble senere avvist fra konkurransen. Leverandørene klaget avvisningen inn til en slovakisk domstol, som i sin tur fremla en rekke generelle spørsmål om tilbudsavklaring for prejudisiell avgjørelse i EU-domstolen. Det for avhandlingen sentrale spørsmålet i saken, var hvorvidt en oppdragsgiver som blir oppmerksom på at et tilbud er mangelfullt, i lys av likebehandlingsprinsippet kan eller skal foreta tilbudsavklaring.<sup>27</sup> Retten konkluderte med at det ikke forelå slik generell plikt. Derimot la retten til grunn at oppdragsgiver kan gis kompetanse til å foreta tilbudsavklaring, i den grad avklaringen ikke utgjør endringer som i realiteten medfører fremsettelse av et nytt tilbud, i strid med prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet.<sup>28</sup> I dette ligger blant annet at det ikke er tillatt å endre tilbudet ved

---

<sup>25</sup> O.J., no. L 111.

<sup>26</sup> Sak-C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mot Úrad pre vereňj obstaravanié, (*Slovensko*).

<sup>27</sup> Premiss 24.

<sup>28</sup> Premiss 36, 40-41.

forhandlinger<sup>29</sup>, samt at det ikke kan tillates å avklare forhold som er av en slik art at det foreligger avvisningsplikt.<sup>30</sup>

Ved utarbeidelsen av forenklingsdirektivet ble oppdragsgivers avklaringskompetanse for første gang direktivfestet i art. 56 nr. 3. Artikkelen stadfester at dersom opplysninger eller dokumenter innsendt av leverandøren, er eller synes å være, beheftet med mangler kan oppdragsgiver be leverandører om å:

*"indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen [...], hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed."*

Bestemmelsen gir anvisning på en generell avklaringskompetanse som aktualiseres ved alle typer mangler ved et tilbud. Videre er det opp til oppdragsgiver å vurdere hvorvidt avklaringskompetansen skal benyttes, jf. ordlyden «*kan*». Det kan dermed etter ordlyden ikke utledes en *plikt* for oppdragsgiver til å foreta tilbudsavklaringer. Avslutningsvis i bestemmelsen følger det også at avklaringskompetansen, som i *Slovensko*, begrenses av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Slik er det grunnlag for å hevde at art. 56 nr. 3 ikke utgjør en endring av rettstilstanden før forenklingsdirektivet, men heller en kodifisering av denne rettstilstanden slik den er kommet til uttrykk i praksis.

### **2.3.2 Anskaffelsesforskriften**

I FOA er forhandlingsforbudet nedfelt i § 21-1 (1). Oppdragsgivers avklaringskompetanse er formulert som et unntak fra forhandlingsforbudet, og det fremgår av § 21-1(2) (a) at oppdragsgiver:

*"kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Avklaring skal unnlates dersom uklarhetene og ufullstendighetene er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 20-13 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet)."*

Avklaringskompetansen som utledes av FOA § 21-1 (2) (a) ser dermed tilsynelatende ut til å være den samme som stadfesteres i artikkel 56 nr. 3. Ettersom nasjonale myndigheter har en vid skjønnsmargin vedrørende oppdragsgivers avklaringskompetanse innenfor de rammer som fremgår i art. 56 nr.3, har imidlertid norske domstoler anledning til å legge til grunn en

---

<sup>29</sup> Premiss 36.

<sup>30</sup> Premiss 43.

snevriere avklaringskompetanse ved anvendelsen av FOA § 21-1 (2) (a) enn det som tillates i EU-retten.

## **2.4 Avklaringsplikt**

Plikt til å foreta tilbudsavklaring er ikke skriftlig nedfelt. Utgangspunktet er også at det er leverandørens plikt til å sørge for at tilbudet ikke er mangelfullt, og at oppdragsgiver derfor kan velge å forholde seg til tilbudet slik det foreligger ved utløpt tilbudsfrist, uten å benytte sin avklaringskompetanse.<sup>31</sup> Avklaringsplikt kan imidlertid tidvis utledes av anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper. Avklaringsplikten har dermed et annet formelt rettsgrunnlag enn avklaringskompetansen. I den grad EU-rettslige domstoler har slått fast en plikt til å foreta tilbudsavklaringer vil dette, i motsetning til hva som gjelder for avklaringsadgangen, være bindende for norsk rettsanvendelse.

## **2.5 Avklaringsinstituttet og anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper**

### **2.5.1 Introduksjon**

Anskaffelsesregelverket er fundert på grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling av leverandører, gjennomsiktighet, forholdsmessighet og god forretningsskikk. Prinsippene er skriftlig nedfelt i forenklingsdirektivets art. 18 nr. 1, LOA § 5 og FOA § 3-1. Prinsippene gjelder i alle faser av anskaffelsesprosessen og de detaljerte reglene for offentlige anskaffelser er i stor grad utslag av disse prinsippene.

Hva gjelder avklaringsinstituttet, kan også utviklingen av dette og de nærmere materielle rammene for henholdsvis avklaringskompetanse- og plikt, nettopp utledes av prinsipper om effektiv konkurranse, forholdsmessighet og god forretningsskikk. Samtidig har prinsippene særskilt betydning for anvendelsen av avklaringsinstituttet idet tilbudsavklaringer aldri kan gå lenger enn det disse prinsippene tillater. Slik fungerer også prinsippene som skranke for avklaringsinstituttet, hvilket fremgår direkte av ordlyden i art. 56 nr. 3, hvor det stadfestes at tilbudsavklaring er tillatt under overholdelse av likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet.

---

<sup>31</sup> Bla. Rt. 2007 s.1783 og LB-2014-156469.

Følgelig har de grunnleggende prinsippene, i lys av avhandlingens tema, hovedsakelig to funksjoner. For det første kan prinsippene utgjøre et selvstendig rettslig grunnlag for rett og plikt til tilbudsavklaring. I tillegg er prinsippene sentrale ved tolkningen og anvendelsen av de skriftlig nedfelte avklaringsbestemmelsene.<sup>32</sup>

Ved vurderingen av hvorvidt oppdragsgiver har kompetanse eller plikt til å foreta tilbudsavklaring, må oppdragsgiver dermed i stor utstrekning forholde seg til anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper. Som analysen i avhandlingen vil vise, tilsier praksis at det som hovedregel er den løsningen som best ivaretar de grunnleggende prinsippene som er avgjørende for utfallet av denne vurderingen. I det videre redegjøres derfor for de mest sentrale prinsippene denne vurderingen hviler på samt prinsippenes rolle i utviklingen av avklaringsinstituttet.

## **2.5.2 Likebehandlingsprinsippet**

Likebehandlingsprinsippet er et av de mest fundamentale prinsippene i anskaffelsesretten og stiller krav til at like tilfeller behandles likt og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre en annen løsning er saklig og objektivt begrunnet.<sup>33</sup> Hovedregelen om at det gjelder et forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser er et direkte utslag av likebehandlingsprinsippet. Det er således særlig prinsippet om likebehandling som begrenser rekkevidden av avklaringsinstituttet. Dersom en leverandør gis mulighet til å utbedre mangler etter utløpt tilbudsfrist, vil det, avhengig av mangelens karakter, kunne gi leverandøren et konkurransefortrinn i forhold til øvrige leverandører. Det var således i LB-2008-74693, i strid med likebehandlingsprinsippet å be leverandøren oppgi utelatte enhetspriser for fakultative tilleggsytelser, idet avklaringen ville kunne påvirke leverandørens stilling i konkurransen. For å sikre effektiv konkurranse er det følgelig nødvendig at avklaringsinstituttet begrenses av et krav til likebehandling. I den grad oppdragsgiver kan foreta tilbudsavklaring er det videre et krav etter art. 56 nr. 3 at kompetansen utøves likt ovenfor alle leverandører.<sup>34</sup> Likebehandlingsprinsippet kan slik også sies å gi grunnlag for avklaringsplikt.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Fornyings- og Administrasjonsdepartementet (FAD), *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s.63 og NOU 2014:4, *Enklere regler- bedre anskaffelser*, s.73.

<sup>33</sup> Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom SA mot Belgia (Fabricom)*, premiss 27.

<sup>34</sup> *Slovensko* premiss 43.

<sup>35</sup> Dragsten s.570 og Punkt 4.4.3.

### **2.5.3 Forholdsmessighetsprinsippet**

Forholdsmessighetsprinsippet er et overordnet prinsipp i EU/EØS-retten. Et absolutt forbud mot kontakt mellom oppdragsgiver og leverandør etter utløpt tilbudsfrist vil for begge parter oppleves som uforholdsmessig strengt. Sentralt for avhandlingen er således at selve avklaringsinstituttet kan sies å være et direkte utslag av kravet til forholdsmessighet. Prinsippet aktualiseres videre dersom oppdragsgivers reaksjon, her ved avvisning, fremstår som urimelig og uforholdsmessig. Forholdsmessighetsprinsippet tas følgelig til inntekt i rettspraksis for å pålegge oppdragsgiver avklaringsplikt hvor avvisning ikke ansees å stå i forhold til arten og omfanget av manglene ved tilbudet.<sup>36</sup> Slik også EU-retten i sak T-211/02 (*Tideland*) hvor følgende ble lagt til grunn i avgjørelsens premiss 39:

*"proportionalitetsprinsippet innebærer [...] at såfremt det er mulig at velge mellom flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning velges."*

### **2.5.4 Konkurransprinsippet**

Hovedformålet bak en regulering av offentlige anskaffelser er å fremme rettferdig og effektiv konkurranse.<sup>37</sup> Konkurransprinsippet skal sikre en mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser ved offentlige anskaffelser.<sup>38</sup> Prinsippet er en skranke for avklaringsinstituttet i den grad tilbudsavklaring vil gi leverandøren en fordel i forhold til øvrige leverandører. Slik avklaring vil være konkurransevridende og i strid med likebehandlingsprinsippet. Imidlertid medfører naturligvis avvisning at antall tilbud og dermed konkurransen om kontrakten begrenses. Slik kan konkurranseprinsippet også begrunne eksistensen av avklaringsinstituttet idet tilbudsavklaring kan være ønskelig og i noen tilfeller nødvendig for å opprettholde antall tilbud og dermed sikre effektiv konkurranse. I KOFA-sak 2009/83 la klagenemda således til grunn at dersom mangelens art og karakter tilsier at den lett kan avklares, må tilbudsavklaring ligge innenfor oppdragsgivers handlerom, og konkluderte i premiss 33 med at:

*"et slikt handlingsrom skal utnyttes for å unngå en hensiktsløs og konkurransebegrensende avvisning."*

### **2.5.5 Prinsippet om god forretningsskikk**

---

<sup>36</sup> Bla. Sak T-211/02, *Tideland Signal mot kommisjonen*, (*Tideland*), premiss 43 og LB-2014-58107.

<sup>37</sup> NOU 1997:21, *Offentlige anskaffelser*, s.157.

<sup>38</sup> LOA § 1 og NOU 2014:4 s.79.



Prinsippet om god forretningsskikk stiller krav til at oppdragsgiver skal opptre slik en aktsom og profesjonell anskaffer ville ha opptrådt, og foreta en saklig og forsvarlig saksbehandling.<sup>39</sup> I dette ligger en plikt til å opptre rettferdig, som kan innebære at oppdragsgiver er forpliktet til ikke å benytte avvisningsretten, dersom avklaringer kan gjøre det klart om tilbudet er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget.<sup>40</sup> Slik har dette prinsippet langt på vei lik betydning for avklaringsinstituttet som forholdsmessighetsprinsippet. Under henvisning til et krav om god forvaltningsskikk og forsvarlig saksbehandling, har også lagmannsretten i RG-2002-1132 stadfestet en plikt for oppdragsgiver til å innhente nødvendige opplysninger fra leverandøren, i den grad det ikke strider mot forhandlingsforbudet. Retten påpekte at:

*"Det at betydelige ressurser ofte nedlegges i anbud, tilsier en saklig og grundig behandling, og det antas derfor at det gjelder et grunnprinsipp om forsvarlig saksbehandling rent generelt i anbudsretten, jf. Simonsen: Prekontraktuelt ansvar (1997) s.543 [...]"*

EU-praksis går i samme retning da det i flere avgjørelser er presisert at det kan være i "strid med prinsippet om god forvaltningsskikk"<sup>41</sup> av oppdragsgiver å avvise et tilbud, uten å benytte sin avklaringskompetanse.

## 2.5.6 Gjennomsiktighetsprinsippet

Gjennomsiktighetsprinsippet innebærer et krav til åpenhet i alle faser av anskaffelsesprosessen. Det følger direkte av ordlyden i art. 56 nr. 3 at avklaringskompetansen må utøves under full overholdelse av gjennomsiktighetsprinsippet. I dette ligger blant annet at oppdragsgiver er pliktig til å dokumentere avklaringer som foretas, herunder beskrive hvilke konkrete uklarheter som nødvendiggjorde avklaringer av tilbudet.<sup>42</sup>

Gjennomsiktighetsprinsippet skal slik bidra til å garantere at leverandørene blir behandlet likt i prosessen og utgjør dermed en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti.<sup>43</sup> Gjennomsiktighet skaper også forutberegnelighet for partene og mulighet for å etterprøve at reglene for tilbudsavklaring blir overholdt.

---

<sup>39</sup> Dragsten s.175 og Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, Kommentartutgave*, 2. utgave, 2004 s.32.

<sup>40</sup> I den retning NOU 2014:4 s.80.

<sup>41</sup> *Tideland*, premiss 37, gjentatt i bla. Sak T-553/11, *European Dynamics Luxembourg SA mot ECB*, premiss 300.

<sup>42</sup> KOFA-saker 2005/290, premiss 49, 2006/49, premiss 37 og 2006/159, premiss 55.

<sup>43</sup> NOU 2014:4 s.78.

## **2.6 Sammenfatning**

Som fremgår ovenfor, har kompetanse og plikt til tilbudsavklaring ulike formelle rettsgrunnlag og ivaretar dels like og dels ulike interesser og grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper. I forlengelsen har reglene om kompetanse og plikt til tilbudsavklaring til dels ulik anvendelse. Det er derfor hensiktsmessig at de materielle krav til henholdsvis oppdragsgivers kompetanse og plikt til tilbudsavklaring behandles separat i avhandlingens punkt 3 og 4.

# 3 Kompetanse til å foreta tilbudsavklaringer

## 3.1 Introduksjon

Hvor alternativet til å foreta en tilbudsavklaring er å avvise tilbudet, eventuelt å godta et mangelfullt tilbud, kan oppdragsgiver som nevnt ha både behov og ønske om å avklare mangelen. Under hensyntagen til formålet bak anskaffelsesregelverket og de grunnleggende prinsippene som regelverket kodifiserer, kan det imidlertid være problematisk å gi oppdragsgiver slik kompetanse. Et argument mot tilbudsavklaring er risikoen for at leverandører spekulerer i uklarheter ved å inngi intensjonelt mangelfulle tilbud, for å senere å benytte avklaringsmuligheten til å endre tilbudet og slik forbedre sin posisjon i konkurransen. Særsilt er dette problematisk om det skjer i samarbeid med oppdragsgiver, eksempelvis ved at sistnevnte deler informasjon om innholdet i øvrige tilbud. Det kan imidlertid argumenteres for at risikoen for slik misbruk er begrenset hvor både mangelen ved tilbudet og tilbudets tilsiktede innhold kan objektivt stadfestes.<sup>44</sup> Risikoen for at leverandører spekulerer i uklarheter er også begrenset hvor det er opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre hvorvidt avklaring skal foretas, ettersom leverandøren ikke har noen garanti for at han gis denne muligheten. Oppdragsgivers skjønn kan dog åpne for forskjellsbehandling ved at oppdragsgiver er selektiv med hensyn til hvilke tilbud som tillates avklart. Dersom avklaringskompetansen ikke utøves i offentlighet og likt ovenfor samtlige leverandører vil det utgjøre en trussel mot leverandørenes rettssikkerhet og forutberegnelighet samt mulighet til etterprøving. Effektiv ressursbruk ved anskaffelsen og ivaretagelse av oppdragsgivers behov, krever således at det oppnås balanse mellom slike grunnleggende prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet og behovet for diskusjoner og avklaringer.<sup>45</sup>

## 3.2 Forhandlingsforbudet og avvisningsplikten som skranker for avklaringskompetansen

### 3.2.1 Introduksjon

---

<sup>44</sup> Punkt 3.3.3.

<sup>45</sup> Arrowsmith s.816.

Utgangspunktet i anbudskonkurranser er at det ikke er tillatt å endre tilbud etter utløpt tilbudsfrist. Dersom et tilbud er mangelfullt kan oppdragsgiver unntaksvis avklare mangelen med leverandøren. Det er imidlertid et vilkår for avklaring at mangelen ikke er av en slik art at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbudet. Tilbudsavklaring er dermed først og fremst aktuelt dersom det i) ikke er så store mangler ved tilbudet at det skal avvises, og ii) mangelen ikke er av en slik art at det krever en endring som er i strid med forhandlingsforbudet.<sup>46</sup> Når oppdragsgiver står ovenfor et mangelfullt tilbud er det videre oppdragsgiver, som under hensyntagen til avvsningsreglene og forhandlingsforbudet, har bevisbyrden for at tilbudsavklaring er tillatt.<sup>47</sup> Systemet i regelverket tilsier derfor at det er hensiktsmessig å gi en redegjørelse for forhandlingsforbudet og avvsningsplikten som skranker for avklaringsinstituttet, før de materielle vilkårene for avklaringskompetansen drøftes nærmere.

### 3.2.2 Forhandlingsforbudet

Ved anbudskonkurranser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet foreligger det et forhandlingsforbud som skal hindre at leverandører kan inngi nye og endrede tilbud etter utløpt tilbudsfrist og slik forbedre sin stilling i konkurransen. I lys av forhandlingsforbudet skal oppdragsgiver vurdere tilbudene slik de foreligger ved utløpet av tilbudsfristen og kan dermed ikke foreta avklaringer dersom det i realiteten innebærer inngivelse av et nytt tilbud.<sup>48</sup> Slik er forhandlingsforbudet en kodifisering av likebehandlingsprinsippet.

Forhandlingsforbudet er uttrykt slik i Rådet og Kommisjonens felleserklæring:

*“all negotiations with candidates or tenderers on fundamental aspects on contracts, variations in which are likely to distort competition, and in particular on prices, shall be ruled out”<sup>49</sup>*

Forhandlingsforbudet er videre nedfelt i FOA § 21-1 (1), som oppstiller forbud mot å:

*“endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet.”*

KOFA-sak 2006/62 er illustrerende for grensen mellom avklaringsinstituttet og forhandlingsforbudet. Klagenemda fant at oppdragsgiver hadde kompetanse til å avklare

---

<sup>46</sup> Bakken og Nordby s.149.

<sup>47</sup> Bakken og Norby s.150.

<sup>48</sup> *Slovensko*, premiss 40.

<sup>49</sup> O.J., no. L 111.

hvorvidt utfylte prisposter skulle ansees innkalkulert i øvrige poster, ettersom det ikke ville påvirke leverandørens stilling i konkurransen. Oppdragsgiver hadde videre avholdt et møte med valgte leverandør hvor leverandøren frafalt et forbehold, korrigererte overtidspriser, samt vurderte å tilby en annen løsning enn den opprinnelig tilbudte. Klagenemda fant at dette utgjorde forhandlinger og endringer i tilbudet etter utløpt tilbudsfrist som var i strid med forhandlingsforbudet og prinsippet om likebehandling.<sup>50</sup>

Forhandlingsforbudet er absolutt og oppdragsgiver har ikke kompetanse til å foreta tilbudsavklaringer i strid med forhandlingsforbudet, selv om alle leverandørene behandles likt og gis samme mulighet. Slik også KOFA-sak 2006/15. Oppdragsgiver registrerte feil i alle tilbudene vedrørende sammenhengen mellom enhetspris, enhetsbetegnelse og nettoppris samt at det var tilbudt pris på ulike uker i kontraktperioden. Oppdragsgiver innhentet nye priser fra samtlige leverandører. Klagenemda konkluderte med at tilbudsavklaringene medførte prisendringer i strid med forhandlingsforbudet og kravet til likebehandling i forhold til potensielle leverandører jf. LOA § 5. Som følge av mangelens art skulle tilbudene dessuten vært avvist.<sup>51</sup>

Ved vurderingen av hvorvidt det er foretatt tillatt avklaring eller ulovlig forhandling, er det ikke tilstrekkelig å vurdere hver enkelt avklaring av tilbudet isolert. Det er virkningen av de samlede avklaringene som avgjør om det er en endring i strid med forhandlingsforbudet.<sup>52</sup> I *Slovensko* ble det således lagt til grunn at en eventuell avklaring skal omfatte alle punkter i tilbudet som er upresise eller i uoverensstemmelse med konkurransegrunnlaget.<sup>53</sup>

### **3.2.3 Avvisningsplikten**

Avklaring av mangler ved tilbudet som er av en slik art at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandøren, er ikke tillatt, jf. FOA § 21-1 (2) (a), jf. § 20-13 (1).<sup>54</sup> Å foreta avklaringer i slike tilfeller utgjør brudd på likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet i art. 56 nr. 3, både overfor øvrige leverandører i konkurransen og overfor potensielle leverandører. Slik avklaring vil dessuten være konkurransevridende da det åpenbart vil gi den aktuelle leverandøren en fordel fremfor de øvrige tilbyderne. Det er hovedsakelig spørsmålet

---

<sup>50</sup> Premiss 28-29.

<sup>51</sup> Premiss 55 flg.

<sup>52</sup> KOFA-sak 2003/219.

<sup>53</sup> Premiss 44.

<sup>54</sup> *Slovensko*, premiss 43.

om hvorvidt det forhold som ønskes avklart "*kan medføre tvil*" om hvordan tilbudet skal bedømmes i "*forhold til de øvrige tilbudene*" som er avgjørende for om avklaring er tillatt eller om tilbudet skal avvises jf. FOA § 20-13 (1) (f). Avvisningsplikten etter bokstav (f) er således en naturlig konsekvens av forhandlingsforbudet og at det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet er korrekt utformet.<sup>55</sup> Ordlyden "*kan*" tilsier at det er en lav terskel for når en mangel skal anses for å ha påvirket rangeringen av tilbudene.<sup>56</sup> Det er følgelig kun mangler som angår ikke-vesentlige forhold som kan avklares.<sup>57</sup> Videre er det også avgjørende hvorvidt tilbudet inneholder et "*vesentlig*" forbehold mot, eller avvik fra, konkurransegrunnlaget, da det ikke heller i slike tilfeller er adgang til å foreta avklaringer, jf. FOA § 20-13 (1) (d) og (e). Etter teori og praksis foreligger et vesentlig avvik eller forbehold dersom oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon eller kontraktvilkår om tilbudet antas.<sup>58</sup>

### **3.3 De materielle rammene for avklaringskompetansen**

#### **3.3.1 Introduksjon**

Slik artikkel 56 nr. 3 og FOA § 21-1 (2) (a) er utformet, er avklaring av mangler ved tilbudet, som oppdragsgiver blir oppmerksom på tillatt hvor i) avklaringen ikke påvirker innholdet i tilbudet av betydning for tildelingsevalueringen (slik som pris, leveringstid, kvalitet o.l.), og ii) hvor leverandøren heller ikke ellers oppnår en prosessuell fordel ovenfor andre leverandører (slik som lenger tid til å utarbeide tilbudet).<sup>59</sup> Denne ordningen gir mening ettersom det sterkeste argumentet mot avklaring ikke gjør seg gjeldende her: Hvor avklaring ikke påvirker innhold i tilbudet av betydning for tildelingsevalueringen, foreligger det ingen risiko for favorisering av leverandøren ved at denne tillates å forbedre tilbudet etter fristens utløp.<sup>60</sup> Dersom leverandøren heller ikke oppnår andre fordeler ved avklaringen, burde det ikke være noe i veien for at oppdragsgiver avklarer mangelen, såfremt oppdragsgiver anser

---

<sup>55</sup> FAD s.194.

<sup>56</sup> KOFA-sak 2009/281, premiss 21.

<sup>57</sup> FAD s.169.

<sup>58</sup> LB-2014-156469.

<sup>59</sup> Arrowsmith s.828. Arrowsmith undersøker hvorvidt oppdragsgiver har kompetanse og plikt til å foreta "*Retting av feil og tvetydigheter*"(min oversettelse). Terminologien tilsier tilsynelatende en snevrere innfallsvinkel enn utgangspunktet for avhandlingen. Under henvisning til definisjonen av tilbudsavklaring i punkt. 2.2, er imidlertid Arrowsmith's analyser direkte relevant også for kartleggingen av avklaringsinstituttet.

<sup>60</sup> Arrowsmith s.829.

fordelen med avklaringen å være større en ulempen.<sup>61</sup> Spørsmålet blir da om oppdragsgiver har avklaringskompetanse hvis kun ett eller ingen av disse vilkårene er innfridd.

### **3.3.2 Avklaring som gir leverandøren en prosessuell fordel**

Det kan hevdes at muligheten til å avklare et tilbud som i utgangspunktet fremstår som mangelfullt, uansett medfører en fordel. Dette fordi leverandøren som bærer risikoen for tilbudets innhold og ikke har utvist tilstrekkelig omhu ved dets utforming, gis en "ny sjanse" ved avklaringen. I denne sammenhengen gir det derfor mer mening å legge til grunn at leverandøren i hvert fall ikke må oppnå en *signifikant fordel*, slik som ekstra tid til å forberede tilbudet eller ekstra informasjon om anskaffelsen eller andre tilbud o.l.<sup>62</sup> Oppdragsgiver har trolig ikke avklaringskompetanse dersom leverandøren oppnår en signifikant fordel ovenfor øvrige deltakere, idet slik avklaring alltid vil medføre brudd på likebehandlingsprinsippet.

### **3.3.3 Mangler av betydning for tildelingskriteriene**

Hvilken avklaringskompetanse har så oppdragsgiver hvor avklaringen medfører endringer i tilbudet slik som pris, men hvor leverandøren ellers ikke oppnår en signifikant fordel?

Dersom det ikke lar seg objektivt fastslå hva som er leverandørens tilsiktede innhold i tilbudet, vil en avklaring som innebærer endring i eksempelvis pris, alltid medføre en risiko for at leverandøren får en urettferdig fordel og mulighet til å foreta en endring som har betydning for konkurranseforholdet. Dette ble også lagt til grunn i EUs førsteinstansdomstol i T-19/95 (*Adia Interim*). Evalueringskomiteen oppdaget at det forelå en gjennomgående regnefeil i tilbudet, men var ikke i stand til å fastlegge dens nærmere karakter eller årsak, og følgelig ikke hva som var tilsiktet av leverandøren. Retten konkluderte med at under slike omstendigheter ville enhver kontakt mellom oppdragsgiver og leverandør med sikte på en avklaring av regnefeilens årsak og karakter,

*"have indebaaret en risiko for en tilpasning af andre faktorer, som der tages hensyn til ved fastlæggelsen af tilbudsprisen."*<sup>63</sup>

Risikoen for at leverandøren kunne benytte muligheten til å endre forhold ved tilbudet av betydning for evalueringen ville i sin tur innebære en

---

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Premiss 47.

*"tilsidesaettelse af ligebehandlingsprincippet til skade for de oevrige tilbudsgivere, der ligesom sagsøgeren alle er undergivet samme pligt til at vaere omhyggelige ved udformningen af deres bud."*<sup>64</sup>

Slike avklaringer vil følgelig alltid være forbudt og i strid med likebehandlingsprinsippet.

Synspunktet har støtte i norsk rett. I KOFA-sak 2012/94 var enhetsprisene som leverandøren hadde oppgitt i tilbudet avvikende fra enhetsprisene oppgitt i et eget grøfteskjema. Uklarheten hadde betydning for tildelingsevalueringen og nemda konkluderte med at tilbudet måtte avvises. Konklusjonen gir mening ettersom det ikke klart kunne stadfestes hvilke av de to prisene som skulle gjelde.

Dersom tilbudets tilsiktede innhold derimot kan objektivt stadfestes basert på øvrige deler av tilbudet, kan det argumenteres for at oppdragsgiver har avklaringskompetanse selv om avklaringen medfører endring i prisen. Dette fordi en endring som svarer til øvrig innhold i tilbudet ikke kan sies å resultere i *nytt tilbud*<sup>65</sup> som endrer konkurranseforholdet mellom leverandørene.<sup>66</sup> En slik avklaring er dermed tilsynelatende i tråd med artikkel 56 nr. 3 og *Slovensko*.

I Rådets og Kommisjonens felleserklæring fremgår det imidlertid at endringer vedrørende fundamentale deler av tilbudene og særskilt pris, ikke skal tillates.<sup>67</sup> Også i FOA § 21-1 (1) nevnes prisendring eksplisitt som eksempel på forhold som ikke kan endres, jf. ordlyden "*Det er herunder ikke tillatt å endre pris*". Dette kan tale for at Rådet og Kommisjonen, samt norsk lovgiver, har ment å begrense oppdragsgivers avklaringskompetanse vedrørende priselementer. Dersom hele setningen i bestemmelsen leses sammenhengende kan imidlertid setningens siste del "*eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet*", tilsa at prisendringer er tillatt såfremt endringen ikke har betydning for konkurranseforholdet. Det samme følger av tolkning av felleserklæringen, hvor det fastslås at endringer som kan innebære konkurransevridning ikke er tillatt. Som nevnt ovenfor vil en endring av prisen hvor tilsiktet innhold er klart ut fra øvrige deler av tilbudet ikke utgjøre inngivelse av et nytt tilbud, og da heller ikke ha "*betydning for konkurranseforholdet*". En slik tolkning av bestemmelsen

---

<sup>64</sup> Sak T-19/95, *Adia Interim mot kommisjonen (Adia Interim)*, premiss 47.

<sup>65</sup> *Slovensko*, premiss 40-41.

<sup>66</sup> Sak T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken mot kommisjonen (Antwerpse Bouwwerken)*, premiss 63-64, og Arrowsmith s.829.

<sup>67</sup> Punkt 3.2.1.



finner også støtte i teorien, hvor Bakken og Norby fremholder at avklaring av priselementer etter omstendighetene kan tillates forutsatt at det ikke endrer rangeringen av tilbudene.<sup>68</sup>

Under hensyntagen til ovennevnte argumentasjon foretok Høyesterett i Rt. 2003 s.1531 (*Veidekke-dommen*) en særlig streng tolkning av bestemmelsen om avklaringskompetanse vedrørende prisposter.<sup>69</sup> Saken gjaldt krav fra en leverandør om å få endret feilprising av en enhetspris. Leverandøren hadde kalkulert en post på grunnlag av materialenes kvadratmeterpris istedenfor kubikkmeterpris, slik at posten ble prissatt 20 ganger lavere enn tilsiktet. Høyesterett vurderte først om det forelå plikt til retting etter tilsvarende bestemmelse om rettingsplikt ved åpenbare feil i FOA § 21-1 (3). Høyesterett konkluderte med at ettersom det ikke kunne objektivt stadfestes hvordan prisposten skulle rettes, forelå ingen rettingsplikt. Deretter vurderte Høyesterett kort om plikt til å avklare prisen kunne utledes av bestemmelsen om avklaringskompetanse, men konkluderte med at så ikke var tilfellet. I forlengelsen la Høyesterett til grunn i premiss 41 at:

*«En avklaring med anbyder som gjelder prising av poster, ligger utenfor det som er hjemlet i avklaringsregelen [...]. Det fremgår direkte av bestemmelsen [...] at avklaringen ikke kan medføre endring i «pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet». Bestemmelsen må etter mitt syn forstås slik at endring i pris alltid vil være en endring i konkurranseforholdet mellom anbyderne.»*

Dersom en tolker Høyesteretts utsagn om oppdragsgivers avklaringskompetanse isolert, vil gjeldende norsk rett således være at tilbudsavklaring aldri er tillatt hvor det resulterer i endring av priser. Ettersom nasjonale myndigheter er innrømmet en vid skjønnsmargin vedrørende oppdragsgivers avklaringskompetanse vil en slik rettsregel ikke stride mot direktivet art. 56 nr. 3.

Forståelsen om at en avklaring som medfører endring i pris alltid vil medføre en endring av konkurranseforholdet er imidlertid direkte i strid med argumentasjonen ovenfor. Det kan se ut som om at Høyesteretts utsagn vedrørende avklaringskompetanse er et resultat av at Høyesterett ikke sonderer tilstrekkelig mellom spørsmålene om *plikt* og *kompetanse* til å foreta tilbudsavklaringer. I forlengelsen kan det argumenteres for at Høyesterett ikke kan ha ment å

---

<sup>68</sup> Bakken og Nordby s.150.

<sup>69</sup> Saken gjaldt NS 3400 punkt. 13.3, tredje punktum, men dommen er relevant ettersom regelen er tilsvarende utformet som FOA § 21-1 (1).

ta stilling til spørsmålet om de materielle rammer for oppdragsgivers avklaringskompetanse vedrørende priselementer i tilbudet.

Dette fordi spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt oppdragsgiver i det konkrete tilfellet hadde plikt til å avklare en mangel vedrørende prisen i leverandørens tilbud. Det var anført at slik plikt kunne hjemles både i kontraktbestemmelsen om plikt til retting av åpenbare feil og i bestemmelsen om avklaringskompetanse. Høyesteretts konklusjon om at oppdragsgiver verken hadde plikt eller kompetanse til tilbudsavklaring i det konkrete tilfellet, gir mening ettersom tilbudets tiltenkte innhold ikke lot seg objektivt stadfeste.<sup>70</sup> Videre har det også gode grunner for seg at avklaringsplikt må utledes av et annet rettslig grunnlag enn kompetanseregelen. Disse spørsmål skiller seg imidlertid vesentlig fra spørsmålet om den generelle rekkevidde av oppdragsgivers avklaringskompetanse, herunder hvorvidt oppdragsgiver har kompetanse til å foreta avklaringer som vedgår pris og i så tilfelle på hvilke vilkår. I tillegg til å skille seg vesentlig fra det sentrale spørsmålet i tvisten, er uttalelsen om oppdragsgivers avklaringskompetanse kort og ubegrunnet. Dette kan isolert sett tyde på at Høyesterett ikke kan ha ment, med kun én setning, å ta stilling til spørsmålet om de materielle rammene for oppdragsgivers avklaringskompetanse vedrørende priselementer. Videre ville det ifølge rettens argumentasjon foreligget plikt til å rette feilprisingen dersom det lot seg objektivt stadfeste hvordan feilen skulle rettes. Fra det mer til det mindre kan det argumenteres for at det gir lite mening å konkludere samtidig med at avklaring aldri kan tillates dersom det er tale om endring av en prispost.

Også Dragsten har lagt til grunn at "*dommen neppe kan forstås slik at ubetydelig prisposter ikke kan avklares.*"<sup>71</sup> Hun utdyper ikke dette nærmere. Det kan tenkes at *ubetydelig* er en henvisning til størrelsen på prisposten som vurderes avklart. Ut fra argumentasjonen om at avklaring av priselementer kan tillates forutsatt at tilsiktet innhold er klart ut fra øvrige deler av tilbudet, vil det imidlertid ikke være avgjørende om prisposten er betydelig i størrelse eller ikke. Det kan dog argumenteres for at en prispost er *ubetydelig* dersom det fremgår klart hva som er dens tiltenkte innhold, i den forstand at en avklaring og påfølgende endring i en slik situasjon er *ubetydelig* for tilbudets innhold og konkurranseforholdet mellom partene.

På dette grunnlag kan det ikke utelukkes at dommen ikke er til hinder for avklaring av priselementer i tilfeller hvor tilsiktet innhold kan objektivt stadfestes ut fra tilbudets øvrige

---

<sup>70</sup> *Adia Interim*, premiss 47.

<sup>71</sup> Dragsten s.566.

deler. De mest sentrale argumentene mot å foreta avklaring i slike tilfeller gjør seg som nevnt ikke gjeldende ettersom avklaringen ikke medfører inngivelse av et nytt tilbud eller gir leverandøren et konkurransefortrinn. I lys av prinsippene om forholdsmessighet, effektiv konkurranse og god forretningsskikk, har det også de beste grunner for seg at oppdragsgiver har avklaringskompetanse i slike tilfeller. En slik løsning impliseres også av rettspraksis vedrørende avklaringsplikt.<sup>72</sup>

Dersom en går ut fra at oppdragsgiver har avklaringskompetanse i ovennevnte tilfeller, oppstår spørsmålet om når og hvorvidt tilbudets innhold kan anses som klart.<sup>73</sup> Igjen er det nyttig å sondre mellom kompetanse og plikt til å foreta tilbudsavklaringer. Hva gjelder avklaringsplikt, kan det argumenteres for at oppdragsgiver ikke kan pålegges plikt til å vurdere eksterne bevis og omstendigheter i slike tilfeller, da dette ville bli for byrdefullt og potensielt utgjøre et hinder for en effektiv anskaffelsesprosess.<sup>74</sup> Et annet spørsmål er imidlertid hvorvidt oppdragsgiver har kompetanse til å undersøke eksterne bevis for å fastslå hva som er tilbudets tiltenkte innhold.

I lys av oppdragsgivers mål om mest mulig verdi for pengene og hensynet til effektiv allokering av ressurser, kan det argumenteres for at det burde være opp til oppdragsgivers skjønn å vurdere om ulempen ved å foreta slike eksterne undersøkelser er større enn fordelene. På den annen side kan lovgiver ønske å begrense skjønn til situasjoner hvor tilsiktet innhold er klart ut fra selve tilbudet av andre grunner, eksempelvis at slike bevis muligens er klarere og mer tilgjengelig for øvrige leverandører.<sup>75</sup> En slik begrensning vil bedre ivareta hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet og begrenser muligheten for at oppdragsgiver misbruker sitt skjønn i strid med likebehandlingsprinsippet. Rent ordlydsmessig ser imidlertid verken artikkel 56 nr. 3 eller FOA § 21-1, ut til å være til hinder for at oppdragsgiver kan vektlegge eksterne bevis ved fastleggelsen av tiltenkt innhold, forutsatt at dette skjer på en måte som ikke påvirker konkurranseforholdet mellom partene og ikke er i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Ettersom det i tillegg er et krav at tilbudets innhold må kunne fastslås basert på objektive kriterier, begrenser det muligheten for at oppdragsgiver misbruker sitt skjønn i prosessen.

---

<sup>72</sup> Punkt 4.4.4.4.

<sup>73</sup> Arrowsmith s.830.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Arrowsmith s.831.

### 3.3.4 Mangler av betydning for kravspesifikasjonen og kontraktsvilkårene

Et tilbud skal som nevnt innfri de krav til kontrakten og ytelsen som fremgår av konkurransegrunnlaget. Spørsmålet blir da om oppdragsgiver har kompetanse til å avklare mangler som er av betydning for hvorvidt tilbudet er i overensstemmelse med kravspesifikasjonen og kontraktsvilkårene. Eksempelvis dersom leverandøren ikke har dokumentert at tilbudte ytelse har de egenskaper som oppdragsgiver har beskrevet i kravspesifikasjonen eller dersom tilbudet er tvetydig vedrørende hvorvidt kontraktsvilkårene i konkurransegrunnlaget er godtatt. Om en legger til grunn at oppdragsgiver på visse vilkår har kompetanse til å foreta avklaringer som påvirker innhold av betydning for tildelingsevalueringen, kan en slutte av dette at oppdragsgiver også kan foreta tilbudsavklaringer hvor det er nødvendig utelukkende for å fastslå at tilbudet er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Da oppstår spørsmålet om slike tilbudsavklaringer er tillatt også hvor det ikke er mulig å objektivt stadfeste hva som er tilbudets tiltenkte innhold. Det er grunnlag for å hevde at slik avklaringskompetanse kan utledes av praksis.<sup>76</sup>

Som nevnt følger det av kravene til likebehandling og gjennomsiktighet i art. 56 nr. 3 at mangler som kan anses som vesentlige avvik fra, eller forbehold mot, konkurransegrunnlaget ikke kan avklares ettersom slike mangler skal føre til avvisning av tilbudet.<sup>77</sup> Forutsetningen for at avklaring er tillatt er dermed at det ikke er tale om et vesentlig avvik.

EU-domstolens avgjørelse i sak C-336/12 (*Manova*)<sup>78</sup> kan tas til inntekt for at avklaringer av mangler i forbindelse med krav til ytelsen er tillatt også hvor det ikke fremgår hva som er tilbudets tiltenkte innhold, forutsatt at det ikke påvirker hvordan tilbudet skal rangeres. Dommen handler om hvorvidt oppdragsgiver har kompetanse til å be om avklaring og ettersendelse av et utelatt dokument som var nødvendig for å fastslå at leverandøren var kvalifisert til å delta i en begrenset anbudskonkurranse. Retten siterte prinsippene fra *Slovensko* og la til grunn at oppdragsgiver kan be om ettersendelse av utelatte opplysninger, så som balanseregnskap, hvis innhold kan objektivt kontrolleres at eksisterte før utløpet av fristen. Situasjonen i *Manova* er analogisk til tilfellet hvor et tilbud inneholder avvik fra

---

<sup>76</sup> Også Arrowsmith s.829.

<sup>77</sup> FOA § 20-13 (1) (d) og (e).

<sup>78</sup> Sak C-336/12 *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mot Manova (Manova)*.

konkurransesgrunnlaget idet ettersendelsen av det utelatte dokumentet utelukkende var nødvendig for å fastslå at leverandøren var kvalifisert, og ikke for å sammenligne leverandørene med sikte på utvelgelse av et begrenset antall deltakere.<sup>79</sup> Som det fremgår var det i *Manova* ikke mulig å fastslå, basert på øvrige deler av tilbudet eller omstendighetene for øvrig, hvorvidt leverandøren var kvalifisert.

Et eksempel fra norsk praksis finnes i KOFA-sak 2007/2. Det var uklart hvorvidt tilbudet inneholdt et avvik fra kravspesifikasjonen om at de tilbudte armaturer skulle tåle temperaturer på minimum 40 grader og om den innsendte dokumentasjonen var tilstrekkelig for å fastslå dette. Klagenemda la til grunn at oppdragsgiver hadde kompetanse til å foreta tilbudsavklaring ved å innhente nærmere opplysninger fra leverandøren.<sup>80</sup>

Begge avgjørelsene kan dermed tas til inntekt for at avklaring av mangler vedrørende kravspesifikasjonen og kontraktsvilkårene er tillatt, selv hvor tilsiktet innhold ikke kan stadfestes basert på tilbudets øvrige innhold eller sakens omstendigheter. At oppdragsgiver har slik avklaringskompetanse har gode grunner for seg. Ettersom slike mangler ikke har betydning for rangeringen av tilbudene, innebærer ikke tilbudsavklaring en risiko for konkurransevridning, slik tilfellet er hvor det eksempelvis er tale om avklaring av pris. Ved å avklare med leverandøren hvorvidt tilbudet tilfredsstillende oppdragsgivers krav til kontrakten og ytelsen, opprettholdes antallet tilbud og således konkurransen om den offentlige kontrakten. At oppdragsgiver har slik avklaringskompetanse finner også støtte i teorien. Jesper Fabricius fremholder således at drøftelser med leverandøren som ikke angår grunnleggende elementer, men har karakter av en avklaring av hvorvidt tilbudet er forenelig med kravene i konkurransegrunnlaget, ikke er forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet.<sup>81</sup> Situasjonen vil imidlertid stille seg annerledes dersom det eksempelvis er tale om å demonstrere en viss kvalitet og hvor kvalitet samtidig utgjør et tildelingskriterium.

### **3.3.5 Avklaring av mangel som ikke er åpenbar i tilbudet**

Tilbudsavklaring er naturligvis ikke aktuelt dersom det ikke foreligger en uklarhet eller ufullstendighet ved tilbudet. Dersom leverandøren eksempelvis har tatt et forbehold mot

---

<sup>79</sup> Premiss 38 og Arrowsmith s.829.

<sup>80</sup> Premiss 13 flg.

<sup>81</sup> Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, København 2010, s.462 flg.

kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene og det er klart hvordan forbeholdet skal tolkes, er det ikke adgang til å kontakte leverandøren i den hensikt å avklare forbeholdet eller hvorvidt leverandøren vil stå ved det.<sup>82</sup> I forlengelsen av dette er spørsmålet om oppdragsgiver har avklaringskompetanse hvor mangelen ved tilbudet ikke er åpenbar. Eksempelvis dersom oppdragsgiver er usikker på om tilbudet faktisk inneholder en mangel eller om leverandøren bevisst har ment å formulere seg, tilby eller prise ytelsen på den aktuelle måten, eller dersom et forbehold er klart, men det er usikkert om forbeholdet beror på en misforståelse.

I *Slovensko* la retten til grunn at oppdragsgiver har kompetanse til å foreta tilbudsavklaring blant annet for "*at bringe åpenlyse innholdsmæssige fejl til ophør*", hvilket kan tyde på at mangelen må være åpenbar. Som Høyesterett i *Veidekke-dommen*, ser imidlertid heller ikke EU-domstolen ut til å ha vært tilstrekkelig bevisst på forskjellene mellom plikt og kompetanse til tilbudsavklaring, herunder at kompetansen kan inneholde mer enn plikten. Det at retten i tillegg i utgangspunkt tok stilling til hvorvidt det forelå plikt til tilbudsavklaring, utelukker dermed ikke at avklaringskompetanse kan foreligge selv om en mangel ikke er åpenbar.<sup>83</sup>

Videre inneholder verken artikkel 56 nr. 3 eller § 21-1 (2) (a) et eksplisitt krav til at feil, utelatelser osv. må være åpenbare. Igjen kan det argumenteres for at oppdragsgiver bør ha kompetanse til å vektlegge eksterne bevis og omstendigheter ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en mangel som behøver avklaring, såfremt oppdragsgiver finner at fordelene ved dette er større enn ulempen.<sup>84</sup> Saken vil imidlertid stille seg noe annerledes hvor det er tale om avklaringsplikt, da en plikt for oppdragsgiver til å vurdere eksterne omstendigheter og bevis vil kunne hindre en effektiv anskaffelsesprosess.

Fra det mer til det mindre kan også det faktum at FOA § 21-1 (3) inneholder en bestemmelse som statuerer rettingsplikt hvor feilen er åpenbar, tale for at oppdragsgiver har en skjønnsmessig avklaringskompetanse selv om mangelen ikke er åpenbar i tilbudet. I *Veidekke-dommen* la Høyesterett til grunn at ordlyden "*åpenbare feil som [oppdragsgiver] blir oppmerksom på*" i praksis er gitt en videre rekkevidde og følgelig at spørsmålet er hvorvidt det foreligger feil som er klart påviselige etter hva en "*normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage*."<sup>85</sup> Høyesterett la deretter til grunn at oppdragsgiver måtte ha

---

<sup>82</sup> KOFA-saker 2010/200, premiss 42 og 2011/276, premiss 31.

<sup>83</sup> Arrowsmith s.831.

<sup>84</sup> Punkt 3.3.3 og Arrowsmith s.831.

<sup>85</sup> Premiss 36.

hatt "en forholdsvis sterk mistanke om at det kunne foreligge en feilprising"<sup>86</sup> selv om feilen ikke var åpenbar "i den forstand at den kunne ha vært konstatert på grunnlag av anbudsokumentene alene."<sup>87</sup> Ettersom det i dommen var spørsmål om rettingsplikt, taler det med styrke for at oppdragsgiver også må ha kompetanse til å undersøke eksterne bevis og omstendighetene for øvrig i vurderingen av hvorvidt det foreligger en mangel som kan avklares. Begrensninger følger imidlertid også her av prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

---

<sup>86</sup> Premiss 37.

<sup>87</sup> Premiss 38.

## 4 Plikt til å foreta tilbudsavklaringer

### 4.1 Introduksjon

Som nevnt kan det ikke utledes en avklaringsplikt av ordlyden i reglene om avklaringskompetanse ettersom disse er uttrykkelig utformet som "kan-regler".<sup>88</sup> En slik ordning har også gode grunner for seg i lys av den grunnleggende ulovfestede regelen om at leverandører bærer risikoen for uklarheter i tilbudet som denne selv har utformet, samt målet om en effektiv anskaffelsesprosess. Sett fra leverandørenes synspunkt kan totalt fravær av avklaringsplikt imidlertid oppleves som uheldig. Leverandørene legger ofte ned store ressurser i forberedelser og utforming av tilbud i forbindelse med en anbudskonkurranse. Ettersom det ofte også utgjør en særlig stor økonomisk gevinst for den leverandøren som tildeles kontrakten, vil involverte leverandører ha mye å tape på at tilbudet blir avvist. I forlengelsen av dette kan det tenkes at en tidvis avklaringsplikt vil bidra til økt motivasjon hos potensielle leverandører til å nedlegge ressurser i konkurranse om offentlige kontrakter. Totalt fravær av avklaringsplikt harmonerer heller ikke med de grunnleggende prinsippene som anskaffelseslovverket bygger på. I dette punktet skal det derfor undersøkes hvorvidt og på hvilke vilkår oppdragsgiver kan pålegges plikt til å foreta tilbudsavklaringer.

### 4.2 Finnes en generell avklaringsplikt?

Forenklingsdirektivet og anskaffelsesforskriften inneholder som nevnt bestemmelser som regulerer oppdragsgivers avklaringskompetanse. Det finnes imidlertid ingen skriftlig nedfelte bestemmelser som direkte regulerer hvorvidt oppdragsgiver har plikt til å foreta tilbudsavklaringer. Spørsmålet er om kompetansebestemmelsene må tolkes antitetisk, slik at det ikke kan oppsettes en plikt for oppdragsgiver til å foreta tilbudsavklaringer.

I den prinsipielle avgjørelsen i *Slovensko* la EU-domstolen til grunn at verken direktivet, likebehandlingsprinsippet eller gjennomsiktighetsforpliktelsen gir grunnlag for en generell avklaringsplikt.<sup>89</sup> Spørsmålet som domstolen tok stilling til, var hvorvidt en oppdragsgiver som blir oppmerksom på at et tilbud er mangelfullt, i lys av likebehandlingsprinsippet, er pliktig til å foreta tilbudsavklaring. Spørsmålet var generelt formulert, hvilket gir grunnlag for

---

<sup>88</sup>*Veidekke-dommen*, premiss 41 og KOFA-sak 2007/2, premiss 13.flg.

<sup>89</sup> Premiss 38.



å hevde at domstolen nettopp tok stilling til hvorvidt det forelå en *generell plikt* til avklaring. Ved å konkludere med at så ikke er tilfellet er det ikke dermed sagt at domstolen har ment at avklaringsplikt aldri kan oppstilles ut fra en konkret skjønnsmessig vurdering. Avgjørelsen gir heller ikke holdepunkter for en slik tolkning og som følger under punkt 4.4.2 og 4.4.3, kan det argumenteres for at avgjørelsen åpner for avklaringsplikt i to konkrete situasjoner.<sup>90</sup>

Ettersom anskaffelsesdirektivet er et minimumsdirektiv kan norske myndigheter pålegge oppdragsgiver strengere forpliktelser enn det som kan utledes av direktivet. I prinsippet står norske myndigheter dermed fritt til å innføre en generell avklaringsplikt for oppdragsgiver. I FOA § 20-13 (2) (a) som regulerer oppdragsgivers avvisningskompetanse stadfestes at dersom oppdragsgiver ikke har avvisningsplikt etter § 20-13 (1) *kan* oppdragsgiver likevel avvise tilbudet dersom tilbudet "*etter forsøk på avklaring etter § 21-1*" fortsatt inneholder mangler som ikke ansees ubetydelige. Spørsmålet er om FOA § 20-13 (2) (a) kan gi grunnlag for en generell avklaringsplikt i norsk rett.

Tolket isolert, kan ordlyden i § 20-13 (2) (a), nettopp tyde på at det etter norsk rett foreligger en generell avklaringsplikt før oppdragsgiver kan benytte avvisningsretten, naturligvis forutsatt at avklaringen ikke strider mot forhandlingsforbudet og at oppdragsgiver ikke har avvisningsplikt.

Lagmannsretten har behandlet spørsmålet i LB-2014-156469. Retten konkluderte først med at det ikke forelå avvisningsplikt og vurderte deretter om § 20-13 (2) (a) innebærer en avklaringsplikt i slike tilfeller. Retten la til grunn at selv om ordlyden tilsynelatende kan gi grunnlag for en slik forståelse, så har det gode grunner for seg at oppdragsgiver

*"ikke bringes inn i vanskelige vurderinger av om det foreligger avklaringsplikt eller avvik som skal avvises, særlig når dette medfører tolking av uklare rettsområder."*

En slik tolkning er også lagt til grunn av KOFA i sak 2013/8 som ble gjengitt i lagmannsrettens avgjørelse. Nemda la til grunn i premiss 46 at:

*"Vilkåret om «forsøk på avklaring» skal verne tilbydereren mot at tilbudet avvises på grunn av uklarheter e.l. som kunne ha vært avklart etter § 21-1. For å ha rett til å avvise etter § 20-13 (2) bokstav a, vil det i visse tilfeller være en plikt til å gjøre forsøk på avklaring."*  
(min uthevning)

I premiss 49 konkluderte nemda med at det ikke forelå avklaringsplikt og videre at det må:

---

<sup>90</sup> Premiss 38 og 43.

*"normalt være tilstrekkelig om muligheten for avklaring er saklig og forsvarlig vurdert."*

Lagmannsretten konkluderte imidlertid med at ettersom oppdragsgiver ikke var avskåret fra å foreta avklaring etter § 21-1, kunne avvisning etter § 20-13 (2) (a) ikke være aktuelt, og fastslo at oppdragsgiver hadde en avklaringsplikt. Denne konklusjonen kan åpne for tvil vedrørende lagmannsrettens tolkning av bestemmelsen. Tolket isolert, kan konklusjonen gi uttrykk for at avklaringsplikt foreligger hvor oppdragsgiver ikke har avvisningsplikt og hvor avklaringen ikke er et brudd på forhandlingsforbudet.

Tolket helhetlig, må dommen imidlertid forstås som at bestemmelsen ikke gir anvisning på en slik generell avklaringsplikt, jf. blant annet formuleringen "*I dette tilfellet er lagmannsretten likevel kommet til at det forelå plikt til avklaring.*" (min utheving) I tråd med KOFA-avgjørelsen som siteres og legges til grunn av lagmannsretten, må bestemmelsen dermed forstås som at oppdragsgivers plikt ikke innebærer mer enn å foreta en saklig og forsvarlig vurdering av hvorvidt det vil være adgang til tilbudsavklaring, opp mot avvisningsplikten og forhandlingsforbudet. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier også en slik tolkning, ettersom det harmonerer med ordlyden i § 21-1 (2) hvor det fremgår at oppdragsgiver "*kan*" foreta tilbudsavklaring. Denne forståelsen av bestemmelsen har gode grunner for seg idet både norske domstoler og KOFA gjentatte ganger har slått fast at det ikke foreligger en generell avklaringsplikt.<sup>91</sup> Svaret må da bli at FOA § 20-13 (2) (a) ikke gir grunnlag for en generell avklaringsplikt i norsk rett. Bestemmelsen forutsetter imidlertid ved sin ordlyd at plikt til tilbudsavklaring *i visse tilfeller* kan oppstilles etter nærmere vilkår.

Som det fremgår er det dermed ikke grunnlag i skriftlige bestemmelser eller i rettspraksis for å utlede en generell regel om plikt til tilbudsavklaring. Dette er nødvendigvis ikke til hinder for at det kan oppsettes slik plikt for oppdragsgiver, idet både FOA og EU-domstolen i *Slovensko*, åpner for at konkret avklaringsplikt kan foreligge etter nærmere vilkår.

Avklaringsplikten må imidlertid ha sitt grunnlag i noe mer allment, og som tidligere antydnet har plikt til tilbudsavklaring i stor utstrekning blitt utledet nettopp av anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper.

---

<sup>91</sup> Bla. KOFA-saker 2006/11, premiss 34, 2007/2, premiss13.

### 4.3 Avklaringsplikten kan ikke gå lenger enn avklaringskompetansen

Avklaringsplikten går som hovedregel ikke lenger enn avklaringskompetansen. Dette fordi det ikke kan pålegges plikt til å avklare mangler som det ikke er tillatt å avklare. Et praktisk eksempel kan være illustrerende:

Sett at loven stadfester at økonomiske aktører har kompetanse til å importere nøtter, slik som peanøtter, hasselnøtter og valnøtter. I samme lov er det også nedfelt et forbud mot å importere kokosnøtter. I visse tilfeller har domstolen, til tross for at anvendelse av kompetansen er frivillig, pålagt en plikt til å importere nøtter. Det vil da i utgangspunktet ikke gi mening om importplikten også innebærer import av kokosnøtter ettersom det utgjør et lovbrudd. Dersom plikten til å importere nøtter også kan innebære import av kokosnøtter må plikten forstås slik at den samtidig innebærer en tillatelse, gjerne på bestemte vilkår, til å gjøre noe som ellers ikke tillatt.

Likeledes gir det kun mening at avklaringsplikten strekker seg lenger enn kompetansen dersom plikten til avklaring også innebærer en tillatelse, på bestemte vilkår, til å handle i strid med forhandlingsforbudet og avvisningsplikten. Reglene om forhandlingsforbud og avvisningsplikt er imidlertid gitt for å sikre at leverandører behandles likt i konkurranse om offentlige kontrakter og skal slik ivareta anskaffelsesrettens overordnede mål om effektiv konkurranse. Hovedregelen må derfor være at avklaringsplikt ikke samtidig innebærer en tillatelse til å handle i strid med forhandlingsforbudet, avvisningsplikten eller prinsippene som disse bestemmelsene kodifiserer.

Som nevnt har nasjonale myndigheter en vid skjønnsmargin vedrørende oppdragsgivers kompetanse til å foreta tilbudsavklaringer, og i visse situasjoner kan det argumenteres for at det foreligger en snevrere avklaringskompetanse nasjonalt enn det som tillates i direktivet.<sup>92</sup> Ettersom avgjørelser fra EU som statuerer avklaringsplikt er bindende for norsk rett, kan det medføre at avklaringsplikten i noen tilfeller tilsynelatende går lenger enn kompetansen som er gitt i forskriften. Ut fra en "mer til det mindre"-tankegang blir det i slike tilfeller noe kunstig å si at det ikke også foreligger avklaringskompetanse. Likt er imidlertid at oppdragsgiver ikke har avklaringskompetanse verken etter norsk rett eller EU-retten, hvor et tilbud skulle vært avvist eller hvor avklaringen utgjør brudd på forhandlingsforbudet. Hovedregelen er som

---

<sup>92</sup> *Veidekke-dommen* i punkt 3.3.3.

nevnt at det heller ikke kan statueres avklaringsplikt i slike tilfeller. I det følgende drøftes derfor om, og i så fall på hvilke vilkår, det kan stadfestes en avklaringsplikt i tilfeller hvor tilbudsavklaring ikke strider mot forhandlingsforbudet eller avvisningsplikten.

## 4.4 De materielle rammene for avklaringsplikten

### 4.4.1 Introduksjon

Avklaringsplikt har blitt stadfestet med hjemmel i grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper hovedsakelig i tre situasjoner. For det første foreligger avklaringsplikt dersom en mangel ved tilbudet skyldes forhold som oppdragsgiver har risikoen for. Dernest stiller art. 56 nr. 3 krav til likebehandling dersom oppdragsgiver benytter sin avklaringskompetanse, hvilket kan innebære en plikt til å avklare samtlige tilbud som lider av lignede mangler. I den tredje situasjonen har avklaringsplikt, etter nærmere vilkår, blitt stadfestet med hjemmel i de grunnleggende prinsippene om forholdsmessighet, konkurranse og god forretningsskikk. Disse situasjonene drøftes nærmere i det følgende.

### 4.4.2 Forhold som oppdragsgiver bærer risikoen for

I *Slovensko* legges det til grunn i premiss 38 at det ikke foreligger en generell avklaringsplikt for oppdragsgiver, og at leverandørene ikke kan "klage over" dette ettersom:

*"uklarheden med hensyn til budet **kun** følger af en tilsidesættelse af ansøgenes pligt til at udvise omhu i affattelsen af budet."* (min utheving)

Ved denne formuleringen kan det hevdes at domstolen likevel åpner for at avklaringsplikt kan oppstilles hvor mangelen i tilbudet ikke alene skyldes leverandørens manglende aktsomhet, slik som typisk er tilfellet hvor konkurransegrunnlaget er uklart. At oppdragsgiver kan ha avklaringsplikt i tilfeller hvor oppdragsgiver selv kan lastes for mangler i leverandørens tilbud er også lagt til grunn i norsk praksis, herunder i KOFA-sak 2009/9, premiss 74 flg.<sup>93</sup> En leverandør hadde ikke oppgitt lengde på tilbudte toalettpapirruller, hvilket hadde betydning for evalueringen av tilbudet. Det fremgikk imidlertid ikke av konkurransegrunnlaget at slik informasjon skulle oppgis. Nemda konkluderte derfor med at oppdragsgiver hadde plikt til å avklare ufullstendigheten slik at riktig antall meter kunne legges til grunn for

---

<sup>93</sup> Også Dragsten s.569 og KOFA-sak 2007/91, premiss 24 flg.

prisevalueringen. Som grunnlag for konklusjonen viste nemda til prinsippene om likebehandling og god forretningsskikk i LOA § 5. En slik løsning fremstår som et utslag av den avtalerettslige forfatterregelen, hvor forfatteren av dokumentet har risikoen for uklarheter i dets innhold. Under henvisning til høyesterettspraksis i henholdsvis Rt. 2012 s.1729, premiss 61- 63 og Rt. 2007 s.1489, premiss 62, har også forenklingsutvalget i NOU:2014:4 foreslått å forskriftsfeste, riktignok for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, at oppdragsgiver bærer risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. Bestemmelsen er et motstykke til den foreslåtte kodifisering av at leverandøren bærer risikoen for uklarheter i tilbudet.<sup>94</sup>

#### **4.4.3 Kravet om likebehandling ved avklaring**

Avklaringsplikt kan også forankres i prinsippet om likebehandling. Dersom oppdragsgiver har foretatt en tilbudsavklaring, har oppdragsgiver plikt til å foreta tilsvarende avklaringer av de øvrige tilbudene som inneholder samme type mangler, jf. kravet til likebehandling ved tilbudsavklaring i artikkel 56 nr.3.<sup>95</sup> I KOFA-sak 2006/62, premiss 26, la nemda til grunn at når oppdragsgiver foretok avklaringer med en leverandør av hvorvidt utfylte prisposter skulle ansees innkalkulert i øvrige priser, var det et brudd på LOA § 5 at tilsvarende avklaringer ikke ble gjort av øvrige tilbud. Avklaringsplikt i slike tilfeller er nødvendig for å oppnå formålet om effektiv konkurranse om offentlige kontrakter. Plikten forhindrer konkurransevridning ettersom oppdragsgiver ikke, under dekke av avklaringskompetansen, kan misbruke sitt skjønn og favorisere enkelte leverandører. Slik begrenses også verdien av argumentet mot å tillate avklaringsadgang. Kravet til likebehandling får imidlertid kun anvendelse dersom det ikke foreligger objektivt verifiserbare grunner til forskjellsbehandling.<sup>96</sup> I LB-2009-57018 fant lagmannsretten således at det etter omstendighetene ikke forelå brudd på likebehandlingsprinsippet. Oppdragsgiver hadde foretatt avklaringer og innhentet supplerende referanser fra enkelte leverandører som hadde oppgitt sammenlignbare gjennomførte prosjekter. En leverandør ble ikke bedt om å supplere. I den konkrete saken var det grunnlag for å behandle leverandørene ulikt ettersom det var klart at oppdragsgiver, basert på leverandørens oppgitte prosjekter, uansett ikke ville tildele kontrakten til sistnevnte leverandør.

---

<sup>94</sup> NOU 2014:4 s.176.

<sup>95</sup> *Slovensko* premiss 43.

<sup>96</sup> *Ibid.* og *Fabricom*, premiss 27.

## 4.4.4 Avklaringsplikt med hjemmel i prinsippene om forholdsmessighet, god forretnings- og forvaltningsskikk

### 4.4.4.1. Introduksjon

Avklaringsplikt har ved flere anledninger blitt statuert med hjemmel i de grunnleggende prinsippene om forholdsmessighet og god forretnings- og forvaltningsskikk. Slik plikt har blitt stadfestet hvor unnlattelse av å avklare mangelen vil ha en konkurransebegrensende effekt, uten samtidig å forfølge andre viktige mål i anskaffelsesretten som ikke kan oppnås ved alternative handlemåter.<sup>97</sup> Vurderingene med grunnlag i disse prinsippene er utpreget skjønsmessige og konkrete, og de materielle rammene for når slik plikt inntre er noe uklare. Det må følgelig ses til rettspraksis og teori for en nærmere kartlegging av hvilke materielle vilkår som må innfris for at avklaringsplikt inntre med hjemmel i disse prinsippene.

### 4.4.4.2. Om de nærmere materielle vilkårene

I T-211/02 (*Tideland*) hadde leverandøren oppgitt at tilbudet var gyldig i 90 dager som påkrevd i konkurransegrunnlaget. Den oppgitte datoen for når gyldigheten utløp var imidlertid satt for tidlig, med den konsekvens at tilbudet ikke var gyldig i 90 dager fra tilbudsfristens utløp. Leverandøren ble avvist. Årsaken til feildateringen var at oppdragsgiver hadde utsatt tilbudsfristen. Leverandøren hadde glemt å endre datoene som indikerte tilbudets gyldighet. Under henvisning til forholdsmessighetsprinsippet konkluderte retten i dommens premiss 37 med at oppdragsgiver hadde plikt til å benytte sin kompetanse til å avklare ufullstendigheten:

*"Når et buds formulering og de omstændigheder i sagen, som Kommissionen har kendskab til, viser, at tvetydigheden sandsynligvis kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes, er det i princippet i strid med princippet om god forvaltningsskik, at en bedømmelseskomité afviser et bud uden at gøre brug af sin beføjelse til at anmode om yderligere oplysninger."*

Avklaringsplikten statuert i *Tideland* har blitt gjentatt i senere avgjørelser, senest i 2014 i T-553/11 i *European Dynamics Luxembourg SA mot Den Europeiske Sentralbank*, premiss 299-300.<sup>98</sup> Basert på Arrowsmith's analyse av *Tideland* kan det argumenteres for at avklaringsplikt

---

<sup>97</sup> Arrowsmith s.823.

<sup>98</sup> Også T-63/06 *Evropaiki Dynamiki mot EMCDDA (Evropaiki Dynamiki)*, premiss 97-98 og T-195/08 *Antwerpse Bouwwerken*, premiss 56-58.

med hjemmel i prinsippene om forholdsmessighet, forretnings- og forvaltningsskikk foreligger på følgende vilkår:

i) Det må foreligge en mangel som er klar i selve tilbudet og som har medført at tilbudet fremstår som ufullstendig og eller uklart, ii) mangelen må være kjent for oppdragsgiver, iii) tilbudets tilsiktede innhold kan objektivt stadfestes basert på selve tilbudet (eller i hvert fall på klare eksterne bevis), og iv) Avklaring av mangelen må ikke påvirke innhold i tilbudet som har betydning for sammenligning av tilbudene ved anvendelse av tildelingskriteriene.<sup>99</sup>

I KOFA-sak 2007/91 hadde oppdragsgiver gjennomført en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale vedrørende levering av personløftere, seler og seil m.m. Ifølge kravspesifikasjonen skulle dokumentasjon for utført risikoanalyse vedlegges tilbudene. Leverandøren hadde ikke vedlagt slik dokumentasjon for produktene seler og seil i samsvar med standarden som var påkrevd etter kravspesifikasjonen, men viste gjennom samsvarserklæringen at det var utført risikoanalyse. Nemda fant at oppdragsgiver hadde avklaringsplikt. Dokumentasjonen var av betydning utelukkende for å fastslå at tilbudet var i overensstemmelse med kravspesifikasjonen og ikke for tildelingsevalueringen. Videre fremgikk det av tilbudet at risikoanalyse var foretatt, om enn ikke i samsvar med oppgitt standard. På denne bakgrunnen ble det ansett å være i strid med kravene til god forretningsskikk og likebehandling ikke å be om ettersendelse av dokumentasjon for at risikoanalyse for seler og seil var gjennomført i tråd med oppgitt standard.<sup>100</sup> Avgjørelsen viser at avklaringsplikt også trolig etter norsk rettsoppfatning foreligger hvor samtlige av vilkårene som Arrowsmith utleder av *Tideland* er innfridd. I avgjørelsen la nemda også vekt på at konkurransegrunnlaget kunne så tvil om hvorvidt risikoanalyse skulle innleveres for samtlige produkter, eller om seler og seil var unntatt. Ettersom praksis fra EU-domstolene har bindende virkning for norsk rett i spørsmålet om avklaringsplikt, ville imidlertid nemda trolig kommet til samme konklusjon også om konkurransegrunnlaget var klart.

Spørsmålet blir da om avklaringsplikt kan foreligge selv om ikke samtlige av de nevnte vilkårene er innfridd.

Som redegjort for i punkt 3.3.3 ovenfor, er avklaring av tilbud aldri tillatt dersom verken vilkår iii) eller iv) er innfridd, altså dersom avklaringen gjelder mangler av betydning for

---

<sup>99</sup> Arrowsmith s.824.

<sup>100</sup> Premiss 30.

tildelingsevalueringen uten at tilbudets tiltenkte innhold klart kan stadfestes ut fra øvrige deler av tilbudet eller omstendighetene for øvrig.<sup>101</sup> Det må legges til grunn at samme begrensning gjelder for avklaringsplikten.<sup>102</sup> Avklaringsplikt i slike tilfeller medfører en åpenbar risiko for at leverandørene benytter avklaringen til å forbedre sin posisjon i konkurransen.

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er derfor hvorvidt avklaringsplikt foreligger dersom enten vilkår iii) (tilbudets tilsiktede innhold kan klarlegges) eller vilkår iv) (avklaring må ikke medføre endringer av betydning for tildelingsevalueringen) ikke er innfridd.

#### **4.4.4.3. Mangler av betydning for kravspesifikasjonen og kontraktvilkårene**

Arrowsmith argumenterer for at avgjørelsen i *Tideland* gir grunnlag for avklaringsplikt hvor mangelen utelukkende har betydning for hvorvidt tilbudet er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, selv om vilkår iii) ikke foreligger, slik at tilbudets tilsiktede innhold ikke kan stadfestes.<sup>103</sup> Med andre ord antyder Arrowsmith at leverandøren bør gis en generell rett til å endre innholdet i tilbudet etter utløpt tilbudsfrist, slik at det vil være i overensstemmelse med kravspesifikasjonen og kontraktvilkårene i konkurransegrunnlaget. Avklaringsplikt i slike tilfeller forutsetter imidlertid at leverandøren ikke oppnår en signifikant fordel ellers.<sup>104</sup> Arrowsmith har dermed trolig ment å avgrense mot vesentlige avvik.

I KOFA-sak 2009/83 hadde oppdragsgiver gjennomført en anbudskonkurranse om rammeavtale for IT-tjenester, systemutvikling m.m. Leverandøren hadde som følge av en uriktig forståelse av et klart og utvetydig konkurransegrunnlag, tatt forbehold i tilbudet mot en prisgaranti. Klagenemnda fant at oppdragsgiver hadde handlet i strid med prinsippene om effektiv konkurranse og god forretningsskikk i LOA § 5 ved ikke å avklare hvorvidt forbeholdet vedrørende kontraktvilkårene berodde på en misforståelse. Av avgjørelsen premiss 33 følger at:

*"Slik nemnda ser det fører uklarhetens art, at det var mest nærliggende at klagerens forbehold var formålsløst siden det gjaldt overfor kontraktvilkår som ikke var gjort gjeldende, til at innklagede også hadde en slik avklaringsplikt i foreliggende sak."*

---

<sup>101</sup> *Adia Interim*, premiss 47.

<sup>102</sup> Punkt 4.3.

<sup>103</sup> Arrowsmith s.826.

<sup>104</sup> Punkt 3.3.2.



Nemda påpekte videre at en avklaring av misforståelsen lå innenfor oppdragsgivers handlingsrom og at dette handlingsrommet "skal" utnyttes for å unngå en "hensiktsløs og konkurransebegrensende avvisning." Som fremgår var mangelen utelukkende av betydning for hvorvidt tilbudet var i overensstemmelse med kontraktsvilkårene.

Lagmannsretten har i LB-2014-156469 også stadfestet en avklaringsplikt hvor mangelen kun har betydning for om tilbudet er i overensstemmelse med kravspesifikasjonen. En leverandør hadde glemt å krysse av på et ja/nei-spørsmål om han aksepterte et minstekrav til responstid og ble avvist med hjemmel i FOA § 20-13 (e) og (f). Leverandøren hadde imidlertid uttrykkelig bekreftet i tilbudet at alle vilkår i konkurransegrunnlaget var akseptert. Lagmannsretten vurderte først om det forelå avvisningsplikt som følge av vesentlig avvik. Retten kom til at det var "rimelig klart at [oppdragsgiver] kunne kreve kontraktsoppfyllelse i samsvar med konkurransegrunnlaget." Dermed forelå det ikke et vesentlig avvik og avvisningsplikt etter bokstav (e), eller tvil om hvordan tilbudet skulle vurderes i forhold til de øvrige tilbudene som kunne medføre avvisningsplikt etter bokstav (f). Lagmannsretten vurderte deretter om oppdragsgiver dermed hadde avklaringsplikt, og konkluderte bekreftende. Videre påpekte retten:

*"mangelens karakter tilsier at det var nærliggende å anta at den kunne skyldes en ren «glipp». [...] Det dreier seg også om en mangel som meget enkelt kunne avklares. En utfylling av tilbudet med ja eller nei [...], kan vanskelig tenkes å kunne forrykke konkurransegrunnlaget i forhold til øvrige anbydere."*

I avgjørelsen la retten særlig vekt på mangelens art og karakter samt at tilbudets øvrige innhold tilsa at det var rimelig klart at tilbudet var i overensstemmelse med kravspesifikasjonen. Lagmannsrettens dom kan imidlertid neppe tas til inntekt for at avklaringsplikt foreligger dersom ikke mangelens art og tilbudet for øvrig gir holdepunkter for at tilbudet var i overensstemmelse med kravspesifikasjonen.

Nok et eksempel finnes i LB-2008-610. Avgjørelsen gjelder anbudskonkurranse om ferge drift, gjennomført i tråd med yrkestransportloven §§ 7 og 8, jf. forskrift om anbud i lokal rutetransport. Lagmannsretten fant at "de beste grunner" talte for en forståelse om at tilbudet var i overensstemmelse med kravspesifikasjonen om reservemateriell. Dette forholdet fikk betydning for spørsmålet om hvorvidt det forelå avklaringsplikt, hvilket lagmannsretten la til grunn at det gjorde. Retten påpekte at ettersom avklaringen "skulle ha til hensikt å få bekreftet, eller eventuelt avkreftet en antakelse om at kravspesifikasjonen var blitt fulgt" måtte

staten kunne ha avklart dette "på en måte som ikke påvirket forholdet til konkurrentene i anbudet."

I avgjørelsene ovenfor fra lagmannsretten og KOFA legges det opp til en skjønnsmessig vurdering av mangelens art og en helhetlig vurdering av tilbudets innhold. Lagmannsretten konkluderer med at dersom det etter en slik vurdering er "rimelig klart" eller har "de beste grunner" for seg at tilbudet presumeres å være i samsvar med kravspesifikasjonen, foreligger det avklaringsplikt. Hva som ligger i disse formuleringene er noe uklart, men trolig må de tolkes slik at det er tale om en sannsynlighetsovervekt for at tilbudet ikke er ment å inneholde avvik.

På den ene siden taler gode grunner, slik som formålet om effektiv konkurranse, for en generell plikt til å foreta avklaringer av mangler som kun er av betydning for om tilbudet er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, slik som foreslått av Arrowsmith. På den andre siden vil en slik generell plikt kunne undergrave prinsippet om at leverandøren har risikoen for uklarheter ved tilbudet, og medføre at leverandører opptrår mindre aktsomt ved utarbeidelsen av tilbudene. Det finnes ikke praksis fra EU-domstolene hvor det har blitt statuert slik avklaringsplikt, uten at det kunne fastlås, i hvert fall på bakgrunn av omstendighetene for øvrig, hva som var tilbudets tilsiktet innhold. Dette var også tilfellet i *Tideland* hvor retten la til grunn at oppdragsgiver burde forstå at tilbudet var ment å innfri kravene til gyldighet ettersom selve datoangivelsen kun var feil grunnet utsatt tilbudsfrist. I lys av avgjørelsene fra lagmannsretten og KOFA kan det ikke sies å foreligge praksis til inntekt for at leverandører kan gis en ubetinget rett til å endre tilbudet etter utløpt tilbudsfrist, slik at det vil være i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Det er mer nærliggende å legge til grunn at hvorvidt det foreligger avklaringsplikt i slike tilfeller beror på en skjønnsmessig vurdering av i) mangelens art, og ii) hvorvidt det finnes overveiende sannsynlig at tilbudet er tilsiktet å være i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Ettersom EU-praksis er bindende for norsk rett, må det ved sistnevnte vurdering ikke bare tas hensyn til tilbudets øvrige innhold, men også sakens omstendigheter.

#### **4.4.4.4. Mangler av betydning for tildelingskriteriene**

Basert på Arrowsmiths analyser kan det argumenteres for at avklaringsplikt også foreligger hvor avklaringen medfører endringer i tilbudet av betydning for tildelingskriteriene, altså hvor

vilkår iv) ikke er innfridd, dersom det fremgår klart av tilbudet forøvrig hva som er dets tilsiktede innhold.<sup>105</sup>

Anskaffelsesforskriften inneholder som nevnt en bestemmelse om oppdragsgivers plikt til retting av åpenbare feil. Likelydende bestemmelse finnes ikke i direktivet. Av FOA § 21-1 (3) fremgår:

*"Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes."*

Bestemmelsen gir oppdragsgiver en plikt til å rette en *feil* ved tilbudet på eget initiativ, uavhengig av om leverandøren ønsker retting, og uavhengig av leverandørens syn på hvordan feilen skal rettes. Bestemmelsen skiller seg dermed fra avklaringsplikten som behandles i avhandlingen idet anvendelse av bestemmelsen ikke innebærer noen form for kontakt med leverandøren. Det følger av *Veidekke-dommen*, drøftet ovenfor, at bestemmelsen skal tolkes slik at oppdragsgiver har rettingsplikt hvor de tre første av Arrowsmiths vilkår foreligger: i) feilen må være klar i tilbudet, ii) feilen må være kjent for oppdragsgiver, og iii) det må være åpenbart ut fra øvrige deler av tilbudet hvordan feilen skal rettes. Bestemmelsen stiller imidlertid ikke krav til at retting ikke kan påvirke innholdet i tilbudet som er av betydning for evalueringen. Ettersom retting av feil tvert i mot kan påvirke innhold av betydning for evalueringen og dermed også kan føre til at konkurranseforholdet forrykkes, er bestemmelsens anvendelsesområde meget snevert. Slik ordlyden "*feil*" er tolket i norsk rett er anvendelsen begrenset til ren feilskrift<sup>106</sup> og åpenbare regnefeil<sup>107</sup>. Bestemmelsen regulerer således også mangler av mindre omfang enn det som behandles i avhandlingen.

Bestemmelsen i FOA § 21-1 (3) og Høyesteretts uttalelser i *Veidekke-dommen*<sup>108</sup> kan tyde på at norsk rettsoppfatning er at avklaring aldri er tillatt hvor det medfører endring i tilbudet av betydning for tildelingskriteriene, med mindre mangelen er av en slik art som ligger i ordlyden "*feil*". Dersom så er tilfellet må det også legges grunn at avklaringsplikt av slike mangler etter norsk rettsoppfatning ikke er aktuelt, selv hvor det fremgår av øvrige deler av tilbudet hva som er dets tilsiktede innhold. I den grad EU-domstolene har fastslått avklaringsplikt i et slikt tilfelle, vil imidlertid det ha bindende virkning også i norsk rett.

---

<sup>105</sup> Arrowsmith s.826.

<sup>106</sup> Dragsten s.571.

<sup>107</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo (1997) s.693.

<sup>108</sup> Punkt 3.3.3.

EUs førsteinstansdomstol behandlet spørsmålet om avklaringsplikt i T-195/08 *Antwerpse Bouwwerken*. Saken gjaldt en bygge- og anleggskontrakt. En leverandør som opprinnelig ble meddelt å ha vunnet kontrakten gikk til sak mot kommisjonens avgjørelse om å anta et annet og bedre tilbud som tidligere hadde blitt avvist. I sistnevnte tilbud hadde leverandøren ikke oppgitt prisen for flere mindre elementer i en spesifikk del av tilbudet, selv om det var påkrevd i konkurransegrunnlaget. Retten siterte prinsippene fra *Tideland* og konstaterte at det forelå avklaringsplikt. Rettens begrunnelse var at tilsiktet innhold for de utelatte priselementene kunne utledes fra prisen for nesten identiske elementer som var oppgitt andre steder i tilbudet. Retten påpekte i premiss 59 at det måtte foretas en vurdering av hvorvidt leverandørens svar på oppdragsgivers anmodning om presiseringer må anses som

*"yderligere opplysninger vedrørende innholdet af ansøgerens bud, eller om der er tale om svar, der overskrider denne ramme og ændrer buddets indhold, set i forhold til de i udbudsbetingelserne opstillede krav."*

Retten konkluderte i premiss 64 med at det i den konkrete saken ikke vare tale om å inngi en ny pris for den aktuelle posten,

*"men blot om en præcision af buddets indhold, hvorefter den pris, der er tilbudt for en bestemt post, skal forstås således, at den også er tilbudt for alle andre poster med identisk eller lignende indhold."*

Avgjørelsen synes å legge til grunn de samme vilkår for avklaringsplikt som fremgår av FOA § 21-1(3) om plikt til retting av åpenbare feil, hvilket kan tilsa at avklaringsplikten heller ikke etter EU-retten går lenger enn det som fremgår av denne bestemmelsen. Saken avviker imidlertid fra bestemmelsens rekkevidde for anvendelse ved at oppdragsgiver henvendte seg til leverandøren for å avklare prispostene i stedet for å foreta retting på eget initiativ. I tillegg dreide det seg heller ikke om en feil som dekkes av ordlyden i § 21-1 (3), men en ren utelatelse. Det fremgår imidlertid av avgjørelsen at retten vektla innholdet i leverandørens svar på oppdragsgivers anmodning om avklaring. Slik retten formulerer seg ser det ut til at avklaring kun vil være tillatt og påbudt dersom leverandørens svar ikke avviker fra det som klart kan stadfestes ut fra tilbudet forøvrig. Dette gir også mening - å godta et svar som avviker fra det objektivt konstaterbare vil jo innebære en risiko for at leverandøren benytter avklaringsretten til å endre tilbudet og forbedre sin posisjon i konkurransen. Selve argumentet for å pålegge avklaringsplikt i slike tilfeller vil dermed ikke stå seg. Følgelig kan det hevdes at det i nevnte tilfeller i realiteten er liten forskjell på det å rette en mangel på eget initiativ og avklare mangelen med leverandøren. Avklaringsplikten favner imidlertid uansett videre enn

rettingsplikten ettersom mangler som kan avklares omfatter mer enn det som ligger i ordlyden "feil".

Konklusjonen må dermed være at i tilfeller hvor en mangel er åpenbar og kjent for oppdragsgiver og hvor det fremgår klart fra øvrige deler av tilbudet hva som er dets tilsiktede innhold uten mangelen, foreligger avklaringsplikt selv om avklaringen gjelder en mangel av betydning for tildelingskriteriene. Fra det mer til det mindre må da konklusjonen på spørsmålet i punkt 3.3.3, om oppdragsgiver har kompetanse til å foreta slike avklaringer, bli bekreftende. Begrunnelsen for å stadfeste avklaringsplikt- og kompetanse i slike tilfeller er som nevnt at det ikke foreligger risiko for at leverandøren kan benytte avklaringen til å inngi et nytt tilbud eller forrykke konkurransen. Avklaringen vil følgelig ikke stride mot forhandlingsforbudet eller likebehandlingsprinsippet. Derimot vil det være konkurransebegrensende og uforholdsmessig strengt å avvise leverandøren i slike tilfeller.

Det kan videre bemerkes at det i *Antwerpse Bouwwerken* ble lagt til grunn en avklaringsplikt på tross av at det i konkurransegrunnlaget var stadfestet at tilbud som ikke oppgav pris for samtlige elementer ville bli avvist.<sup>109</sup> Det følger både av alminnelig anbudsrett og alminnelige avtalerettslige prinsipper at oppdragsgiver slik kan pålegge seg selv avvisningsplikt som følge av særskilte avvisningsbestemmelser i konkurransegrunnlaget. Rettens konklusjon i saken kan imidlertid gi grunnlag for å hevde at avklaringsplikt med hjemmel i grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper, ikke kan tilsidesettes av motgående bestemmelser i konkurransegrunnlaget. At avklaringsplikten i slike tilfeller trumfer konkurransegrunnlaget fremholdes også av Arrowsmith.<sup>110</sup>

Det finnes tilsynelatende ikke praksis som tilsier en plikt til avklaring av mangler som har betydning for tildelingskriteriene med mindre det er klart ut fra *selve tilbudet* hva som er tilsiktet innhold. Under hensyntagen til målet om en effektiv anskaffelsesprosess vil det heller ikke være aktuelt å pålegge oppdragsgiver å undersøke eksterne bevis eller omstendighetene for øvrig, for å fastlegge tilbudets tiltenkte innhold i slike tilfeller. Det kan ytterligere argumenteres for at *Antwerpse Bouwwerken* kun gir grunnlag for avklaringsplikt i tilfeller hvor oppdragsgiver blir gjort oppmerksom på tilbudets tilsiktede innhold av leverandøren.<sup>111</sup> I forlengelsen vil oppdragsgiver ikke være pliktig til å selv gjennomgå tilbudet for å lete etter

---

<sup>109</sup> Premiss 5.

<sup>110</sup> Arrowsmith s.831.

<sup>111</sup> Arrowsmith s.827.

relevant informasjon i forbindelse med mangelen. Som nevnt i avhandlingens punkt 3.3.3, utelukkes imidlertid ikke at oppdragsgiver kan ha en skjønnsmessig kompetanse til å foreta slike undersøkelser, dersom oppdragsgiver finner det fordelaktig i lys av målet om å oppnå mest mulig verdi for pengene.

#### **4.4.5 Pliktkollisjon**

Som det fremgår ovenfor har oppdragsgiver som hovedregel verken kompetanse eller plikt til å foreta tilbudsavklaring dersom verken vilkår iii) eller iv) er innfridd, altså hvor mangelen har betydning for tildelingsevalueringen uten at det samtidig kan objektivt stadfestes hva som er tilbudets tiltenkte innhold. I ett tilfelle utfordres imidlertid dette utgangspunktet.

Spørsmålet kommer på spissen hvor avklaringsplikt pålegges som følge av uklarheter i konkurransegrunnlaget.

KOFA-sak 2009/9 ble presentert i avhandlingens punkt 4.4.2. Nemda fant at oppdragsgiver hadde avklaringsplikt som følge av uklarheter i konkurransegrunnlaget. Leverandøren hadde ikke oppgitt meterlengden på tilbudte toalettpapirruller ettersom dette ikke var påkrevd i konkurransegrunnlaget. I tilbudsevalueringen la oppdragsgiver til grunn en stykkpris per rull basert på antatt meterlengde, 27,5 meter. Leverandøren anførte at evalueringen var feil ettersom rullene var 56 meter. Nemda konkluderte med at oppdragsgiver hadde avklaringsplikt slik at riktig antall meter kunne legges til grunn for beregningen.

Utregning av tilbudsprisen var avhengig meterlengden på toalettpapirrullene og tilbudsavklaring ville således påvirket forhold av betydning for tildelingsevalueringen. Det var videre ikke mulig å stadfeste objektivt hva som var riktig meterlengde. I utgangspunktet var det derfor ikke mulig for oppdragsgiver å vurdere tilbudet i forhold til de øvrige tilbudene på dette punkt. Da meterlengden på toalettpapiret i den konkrete saken ble avgjørende for rangeringen av tilbudene, skulle mangelen ha medført avvisningsplikt, hvilket trolig også ville vært utfallet om det fremgikk av konkurransegrunnlaget at meterlengde skulle oppgis.<sup>112</sup>

Mangelen i tilbudet var imidlertid et direkte utslag av uklarheter i konkurransegrunnlaget og det oppstår dermed en plikt-kollisjon mellom avvisningsplikten og avklaringsplikten. En står her ovenfor en direkte konflikt mellom anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper og instituttene som kodifiserer disse. Ettersom avklaringen har betydning for

---

<sup>112</sup> FOA § 20-13 (1) (f).

konkurransforholdet mellom leverandørene vil det stride mot forhandlingsforbudet, likebehandlings- og konkurranseprinsippet å foreta avklaring. Motsatt vil det stride mot prinsippet om likebehandling, forholdsmessighet og god forretningsskikk å avvise tilbudet på grunnlag av forhold som leverandøren ikke kan lastes for.

Avgjørelsen i 2009/9 kan tas til inntekt for at avklaringsplikten i slike særskilte tilfeller omfatter mer enn adgangen, slik at oppdragsgiver i gitte situasjoner kan ha plikt og tillatelse til å avklare mangler som oppdragsgiver i utgangspunktet ikke har kompetanse til å avklare.<sup>113</sup>

En lignende situasjon ble behandlet i KOFA-sak 2010/206. Konkurransgrunnlaget var uklart vedrørende dokumentasjonskravene til tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet*". Klagenemda fant likevel at tilbudsavklaring ikke var tillatt og at oppdragsgiver hadde avvisningsplikt fordi tilbudets ufullstendighet på dette punktet medførte tvil ved tildelingsevalueringen. I premiss 43 konkluderte nemda således at FOA § 20-13 (1) (f)

*"unntar ikke fra plikten til å avvise fordi oppdragsgivers konkurransegrunnlag er uklart eller tvetydig."*

Det foreligger dermed motstrid mellom de to KOFA-avgjørelsene, og det er følgelig uklart hva som vil være løsningen i slike situasjoner. Tatt i betraktning avgjørelsenes begrensede rettskildemessige verdi, er det dog ikke gitt at noen av avgjørelsen alene kan gi grunnlag for gjeldende rett.

Denne formen for plikt-kollisjon har imidlertid ikke kommet direkte til uttrykk i rettspraksis, hvilket medfører at svaret foreløpig er åpent. En alternativ løsning kan være at oppdragsgiver plikter å avlyse konkurransen ettersom uklarheter i konkurransegrunnlaget har direkte betydning for utfallet for en av leverandørene.<sup>114</sup> Dog vil en slik løsning kunne påføre både oppdragsgiver og leverandører uønsket, og unødige ressurstap, i tillegg til et eventuelt erstatningsansvar for oppdragsgivers vedkommende. Det enkelte tilfellet vil uansett måtte underlegges en konkret helhetsvurdering, hvor det eksempelvis vil være relevant hvorvidt det egentlig foreligger såkalt *relativ bedømmelsestvil*<sup>115</sup> ved vurderingen av tilbudet i forhold til øvrige tilbud.<sup>116</sup> Dersom slik bedømmelsestvil ikke foreligger, kan det tenkes at

---

<sup>113</sup> Punkt 4.3.

<sup>114</sup> FOA § 22-1.

<sup>115</sup> Bakken og Norby s.170.

<sup>116</sup> FAD s. 194. Selv om det foreligger tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes har KOFA, i lys av formålsbestemmelsen i LOA § 1, lagt til grunn at det kun foreligger avvisningsplikt dersom tvilen kan ha hatt

oppdragsgiver har avklaringsplikt. En slik løsning kan underbygges av argumentasjon om at oppdragsgiver bærer risikoen for mangler som følge av uklart konkurransegrunnlag, og at avlysning av konkurransen vil medføre unødvendig store ressurstap. Avklaringsplikt i slike tilfeller vil imidlertid alltid innebære en risiko for at leverandøren benytter avklaringsmuligheten til å endre innholdet i tilbudet i egen favør. Motsatt vil avvisning oppleves som særskilt uforholdsmessig hvor det er oppdragsgiver som er skyld i mangelen. Det kan derfor ha gode grunner for seg om løsningen i slike situasjoner likevel er at oppdragsgiver har plikt til å avlyse konkurransen.

## 4.5 Avklaringsplikt og forenklingsdirektivet

Som avhandlingen viser kan det være ressurskrevende å forvalte anskaffelsesreglene, hvilket tidvis medfører at anskaffelsesprosessene er langvarige og ender i klage- og rettssaker. EU har derfor foretatt en revisjon av regelverket som resulterte i forenklingsdirektiv 2014/24/EU. Formålet med utarbeidelsen av det nye direktivet var å forenkle regelverket og gjøre det mer fleksibelt. Forenklingen har blant annet tatt sikte på å lette administrative byrder ved anvendelse av anskaffelsesreglene, både for oppdragsgiver og leverandører.<sup>117</sup> I lys av dette kan det stilles spørsmål ved om avklaringsplikt bidrar til å lette oppdragsgivers administrative byrde.

Hvorvidt det foreligger avklaringsplikt må ifølge rettspraksis vurderes konkret og skjønnsmessig basert på grunnleggende prinsipper og ulovfestede regler, hvilket kan være utfordrende for oppdragsgiver. Det kan derfor argumenteres med at en avklaringsplikt øker oppdragsgivers administrative byrde og ressursbruk ved anskaffelsen. Slik vil avklaringsplikt kunne hevdes å være direkte i strid med formålet bak utarbeidelsen av direktiv 2014/24/EU. Det kan imidlertid innvendes at avklaringsplikten kun foreligger hvor mangelen ved tilbudet er klar og kjent for oppdragsgiver, og tilbudets tiltenkte innhold kan fastsettes ut fra klare objektive bevis, enten forankret i en helhetlig tolkning av tilbudet eller omstendighetene forøvrig. Følgelig er oppdragsgivers administrative byrde begrenset idet oppdragsgiver ikke pålegges å foreta omfattende undersøkelser verken for å klarlegge mangelen eller tilbudets tiltenkte innhold. Avklaringsplikt i nevnte tilfeller kan også tenkes å redusere både

---

betydning for tilbudets rangering blant de øvrige tilbudene, jf. KOFA-saker 2009/281, premiss 22 og 2010/94, premiss 25.

<sup>117</sup> NOU:2014:4 s.34.



leverandørers og oppdragsgivers administrative byrde idet slik plikt vil kunne bidra til å redusere antall klagesaker og videre utsettelse av anskaffelsesprosesser i påvente utfallet.

En annen innvending mot avklaringsplikten er imidlertid at praksis vedrørende avklaringsplikt er eldre enn forenklingdirektivet. Ettersom avklaringsplikt ikke er direktivfestet, kan det dermed argumenteres for at slik plikt som følger av rettspraksis fra tiden før vedtakelsen av det nye direktivet, ikke gir uttrykk for gjeldende rett. Avklaringsplikten er imidlertid blant annet forankret i det grunnleggende prinsippet om oppdragsgivers plikt til å opptre forholdsmessig i prosessen. I dette ligger et krav til å handle på den måten som er minst inngripende for leverandøren, med mindre viktige mål i anskaffelsesretten kun kan oppnås ved alternative handlemåter. Overholdelse av forholdsmessighetsprinsippet nødvendigvis gjør således at avklaringsplikt tidvis pålegges for å ivareta anskaffelsesrettens overordnede mål om effektiv konkurranse. Forholdsmessighetsprinsippet er videre skriftlig nedfelt på lik linje med diskrimineringsforbudet, likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet i forenklingdirektivets artikkel 18 nr. 1. Ettersom avklaringsplikt utledes av skriftlig nedfelte og grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten, må avklaringsplikten, slik den fremgår av avhandlingens punkt 4, sies fortsatt å gi uttrykk for gjeldende rett selv om slik plikt ikke er skriftlig nedfelt i forenklingdirektivet.

## 5 Avsluttende kommentarer

Som fremgår i avhandlingen er det klart, om enn basert på ulike formelle rettsgrunnlag, at oppdragsgiver etter nærmere vilkår kan ha både kompetanse og plikt til å foreta tilbudsavklaringer etter utløpt tilbudsfrist. De nærmere materielle rammene for avklaringsinstituttet fremgår imidlertid ikke like klart, og disse må i hovedsak utledes av anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper. Det kan følgelig være utfordrende for oppdragsgiver å vurdere hvorvidt kontakt med leverandøren i det konkrete tilfellet utgjør en lovlig avklaring eller er i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Likeledes kan det være utfordrende å ta stilling til hvorvidt det i det enkelte tilfellet foreligger avklaringsplikt.

Konsekvensene av at oppdragsgiver handler uriktig når det tas stilling til disse spørsmålene, kan være alvorlige. Oppdragsgiver risikerer klageprosesser for domstoler og nemder med påfølgende uthaling av anskaffelsesprosessen i påvente av resultatet. Mest graverende er imidlertid at oppdragsgiver kan risikere erstatningsansvar for positiv eller negativ kontraktsinteresse. Disse konsekvensene tilsier et behov for klare materielle rammer for avklaringsinstituttet.

Ettersom anbudskonkurranser og tilbud vil variere i art, innhold og omfang fra sak til sak, kan det imidlertid være utfordrende å angi mer konkrete materielle vilkår for når kompetanse og plikt til tilbudsavklaring foreligger. Det kan følgelig være mer hensiktsmessig å la de nærmere materielle vilkårene ta form og utvikles i rettspraksis. Dog vil det ikke nødvendigvis i alle tilfeller bidra til å klargjøre innholdet i avklaringsinstituttet. En særlig utfordring er at domstoler og nemder ikke synes å være tilstrekkelig bevisst på at kompetanse og plikt til avklaring ivaretar ulike hensyn og har ulik anvendelse, og det fremgår således ikke alltid hvilket av de to spørsmålene det egentlig tas stilling til.

Om en legger til grunn at de materielle rammene for avklaringsinstituttet ikke nødvendigvis lar seg fastsette helt konkret i skriftlig nedfelte bestemmelser, vil det gjøre prosessen enklere og mer forutberegnelig for både oppdragsgiver og leverandører om i hvert fall utgangspunktet kan utledes av slike bestemmelser. Hva angår kompetanse til å foreta tilbudsavklaringer er utgangspunktet forskriftsfestet i FOA og har nylig også blitt direktivfestet i artikkel 56 nr. 3. På tross av at prinsippet om oppdragsgivers plikt til å foreta tilbudsavklaring også er godt

befestet i rettspraksis, er imidlertid pliktregelen ikke gitt samme status som kompetanseregelen. I en prosess hvor målet har vært å forenkle anskaffelsesregelverket, fremstår det vanskelig å se hvorfor lovgiver valgte å utelate fra forenklingsdirektivet en bestemmelse som stadfester avklaringsplikt.

Skriftlig fastsettelse av utgangspunktet for avklaringskompetansen og avklaringsplikten, samt interessene og prinsippene de er ment å ivareta, kan bidra til å klargjøre og forenkle avklaringsinstituttet for partene i en anbudskonkurranse. Om oppdragsgivers vurderinger og avgjørelse utløser en tvist som bringes inn for domstolene eller KOFA, vil et positivt gitt utgangspunkt også kunne medføre at avgjørelsene er klarere på hvorvidt de tar stilling til et spørsmål om kompetanse eller plikt til tilbudsavklaring. Dette kan igjen bidra til at de nærmere materielle vilkårene for avklaringsinstituttet som kan utledes av rettspraksis, i større grad får en klargjørende funksjon for partene.

# Kilder og litteratur

## Lover

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

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

## Forskrifter

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

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

## Direktiver

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

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

## Forarbeider

NOU 1997: 21 ”Offentlige anskaffelser”

NOU 2014: 4 ”Enklere regler – bedre anskaffelser”

## **Erklæringer fra Rådet og Kommisjonen**

Official Journal of the European Communities, no. L 111(April, 1994)

### **Norske avgjørelser**

#### *Høyesterett*

Rt. 2003 s. 1531

Rt. 2007 s. 1783

Rt. 2007 s.1489

Rt. 2012 s.1729

#### *Lagmannsrett*

RG-2002-1132

LB-2008-610

LB-2008-74693

LB-2009-57018

LB-2014-156469

LB-2014-58107

#### *Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA)*

KOFA-sak 2003/219

KOFA-sak 2005/290

KOFA-sak 2006/11

KOFA-sak 2006/49

KOFA-sak 2006/159

KOFA-sak 2006/15

KOFA-sak 2006/62

KOFA-sak 2007/2

KOFA-sak 2007/91

KOFA-sak 2009/9

KOFA-sak 2009/83

KOFA-sak 2009/281

KOFA-sak 2010/200

KOFA-sak 2010/206

KOFA-sak 2010/94

KOFA-sak 2011/276

KOFA-sak 2012/94

KOFA-sak 2013/8

## **EU/EØS-rettslige Avgjørelser**

### *EU-domstolen*

C-21/03 og C-34/03 (forente saker), *Fabricom SA mot Belgia*

C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mot Úrad pre verejnú obstarávanie*

C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mot Manova*

### *EU-retten*

T-19/95, *Adia Interim mot kommisjonen*

T-211/02, *Tideland Signal mot kommisjonen*

T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken mot kommisjonen*

T-63/06, *Evropaiki Dynamiki mot EMCDDA*

T-553/11, *European Dynamics Luxembourg SA mot ECB*

## **Veiledninger og rapporter**

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

PricewaterhouseCoopers AS "*Oversikt over norske offentlige anskaffelser i perioden 2009-2012*" (2014)

## **Bøker**

Simonsen, Lasse, "*Prekontraktuellet ansvar*", (Oslo, 1997)

Amdal, Gro og Roll-Matthiesen, Inger, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, Kommentanutgave*, 2. utgave, (Oslo, 2004)

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

Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 1. utgave, (København 2010)

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

Bakken, Espen og Nordby, Thomas, *Offentlige Anskaffelser*, (Bergen, 2013)

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK, Volume I*, ( London, 2014)

## **Høringsnotater**

Nærings- og fiskeridepartementet, *Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser*, 17. mars 2015: <https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf>

## **Nettsteder**

<https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2015-01-23>

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-eu-regler-om-offentlige-anskaffelser/id2401058/>