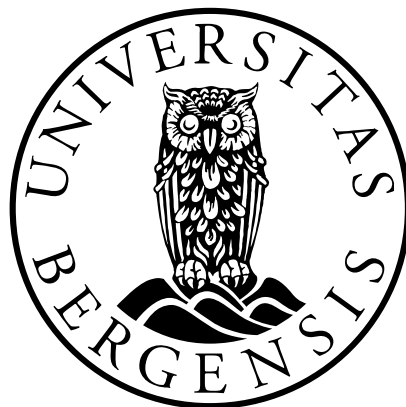


Gjennomføringen av konkurranse med
forhandling etter anskaffelsesforskriften
§§ 11-8 og 20-11

Kandidatnummer: 188

Antall ord: 13625



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[09.12.2015]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema og problemstilling.....	3
1.2 Metode.....	4
1.2.1 Grunnleggende prinsipper	5
1.3 Rettskilder	6
1.4 Videre fremstilling	6
2 Prosessuelle sider ved konkurranse med forhandling	7
2.1 Flere faser	7
2.2 Forhandlingsplikt	8
2.2.1 Rettstilstanden når nye regler trer i kraft.....	13
2.3 Reell konkurranse.....	14
2.3.1 Rettstilstanden når nye regler trer i kraft.....	17
2.4 Krav til dokumentasjon	17
2.5 Taushetsplikt om øvrige leverandørers tilbud	19
3 Materielle sider ved konkurranse ved forhandling.....	22
3.1 Hva det kan forhandles om.....	22
3.1.1 Endringer av konkurransegrunnlaget	23
3.2 Krav til reelle forhandlinger	24
3.2.1 Likebehandlingsprinsippet	27
3.3 Veiledningsplikt	30
3.3.1 Utgangspunkter	31
3.3.2 Forhold av vesentlig eller avgjørende betydning	32
3.3.3 Jevn totalscore	33
3.4 Forhandlinger om vesentlige avvik eller forbehold	34
3.4.1 Adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold i del III.....	34
3.4.2 Adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold i del II	37
3.4.3 Veiledningsplikt om vesentlige avvik eller forbehold i del II.....	39
4 Avslutning	41
4.1 Oppsummering og kommentarer.....	41

Litteraturliste 42

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Når offentlig sektor skal kjøpe varer og tjenester stiller lov om offentlige anskaffelser og anskaffelsesforskriften krav til innkjøpene. En av prosedyrene offentlig sektor kan benytte ved slike anskaffelser er konkurranse med forhandling.

Hovedformålet med regelverket om offentlige anskaffelser er å ”bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser”.

Problemstillingen for denne oppgaven er hvilke krav som stilles til gjennomføringen av forhandlingene ved en konkurranse med forhandling.

Det vil behandles særlig om det alltid er adgang til å forhandle om tilbud, hva som ligger i kravet til reell konkurranse, hva det kan forhandles om og hvilke krav likebehandlingsprinsippet og kravet til reelle forhandlinger stiller til forhandlingene.

Oppgaven vil skille mellom prosessuelle og materielle krav. Med prosessuelle krav menes i denne sammenheng krav som stilles til fremgangsmåten ved en konkurranse med forhandling. Med materielle krav menes de krav som stilles til innholdet i forhandlingene.

Problemstillingen er særlig aktuell fordi mange vil hevde at regelverket er detaljert og formalistisk, noe som fører til at det lett skjer feil ved rettsanvendelsen.¹ Rettstilstanden knyttet til dagens regler om konkurranse med forhandling er også på flere punkter uklare. Dette er noe av bakgrunnen for at EU har vedtatt et nytt anskaffelsesdirektiv². For de nasjonale regler foreligger det et forslag om endring av dagens regler.³ De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten ligger imidlertid fast også for de nye reglene slik at denne oppgaven kan danne et utgangspunkt for hvordan de nye reglene vil bli.⁴

¹ Lagt til grunn i NOU 2014:4, Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket, s. 38.

² Direktiv 2014/24.

³ NOU 2014:4.

⁴ NOU 2014:4, s. 16.

1.2 Metode

Anskaffelsesregelverket skal oppfylle Norges forpliktelser som et EØS-land. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser er dermed i stor grad en gjennomføring av EUs anskaffelsesdirektiv.⁵ Forskriftens del II gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdier og er i utgangspunktet en særnorsk regulering som ikke er omfattet av EØS-avtalen. Forskriftens del III gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdier. Bestemmelsene er imidlertid svært likt formulert og de vil derfor som regel behandles samlet i oppgaven.

Til tross for at bestemmelsene er likt formulert medfører del II og del IIIs ulike utgangspunkt at konklusjoner som gjelder del III ikke automatisk kan legges til grunn for del II.

Beskrivende er Borgarting Lagmannsretts dom av 23.03.2015. Saken ble anket til Høyesterett, men ble ikke tillatt fremmet og er dermed rettskraftig. Saken gjaldt krav om erstatning ved anbudskonkurranse. Lagmannsretten kommer likevel med generelle uttalelser om forholdet mellom del II og del III. Det uttales at ”forskriften del III inneholder et regelsett som gjennomfører de underliggende EØS-direktivene. Reglene i dette kapittelet inneholder detaljerte prosedyreregler, som har til formål å åpne for internasjonal konkurranse ved alle større offentlige anskaffelser. Forskrift om offentlige anskaffelser del II derimot inneholder et nasjonalt regelverk for offentlige anskaffelser hvis verdi overstiger 500 000 kroner, men som verdimessig ligger under EØS-terskelverdiene. Det er altså på dette området opp til det enkelte land å velge hvilke bestemmelser som skal gjelde. Dette tilsier at domstolen bør være forsiktig med å anvende forskriftens del III analogisk på andre områder av regelverket uten at det foreligger konkrete holdepunkter for dette.”⁶

EU- og EØS-rettskilder har direkte betydning for anskaffelser etter del III. Ut i fra det som er sitert ovenfor fra Borgarting Lagmannsretts avgjørelse kunne en tro at EU- og EØS-rettskilder ikke vil ha noen betydning for tolkningen av de nasjonale bestemmelsene i del II. Imidlertid er §§ 11-8 og 20-11 på mange punkter identiske slik at EU- og EØS-rettskilder indirekte vil få betydning.⁷

⁵ Direktiv 2004/18/EF.

⁶ LB-2014-058107.

⁷ Dragsten, Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger, 2013, s 55.

1.2.1 Grunnleggende prinsipper

Reglene om offentlige anskaffelser bygger på noen grunnleggende prinsipper og fremgår bl.a. av lovens § 5. Disse prinsippene vil derfor stå sentralt i oppgaven. Det er slått fast av Høyesterett at disse grunnleggende prinsippene i seg selv kan lede til brudd på anskaffelsesregelverket jf. Rt. 2007 s. 983 der det forbindelse med drøftelsen av habilitet etter forvaltningslovens § 6 uttales at ”[d]røftelsen kan kanskje like gjerne forankres i alminnelige anbudsrettslige prinsipper som i forvaltningsloven § 6. Disse prinsippene kommer til uttrykk i anskaffelsesloven § 6”. Nedenfor vil de viktigste prinsippene som fremgår av lovens § 5 kort gjennomgås.

Likebehandlingsprinsippet er et av de mest grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten.⁸ I saker C-21/03 og C-34/03 Fabricom presiserte EU-domstolen likebehandlingsprinsippet slik at det må forstås som at ”ensartede forhold ikke må behandles forskjelligt og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, med mindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet”.

Kravet til konkurranse er også et sentralt. Kravet må ses i sammenheng med lovens formål om effektiv ressursbruk.⁹ Ved at det er størst mulig konkurranse vil en kunne sikre at oppdragsgiver gjør en best mulig anskaffelse alle hensyn tatt i betraktning.

Hensynet til forutberegnelighet må etter forarbeidene til anskaffelsesloven ivaretas for at leverandørene skal stole på at anskaffelsesreglene blir fulgt.¹⁰ Det er også lagt til grunn av Forenklingsutvalget at ”leverandørene skal også kunne stole på at den informasjonen de får fra oppdragsgiver, er korrekt, og at anskaffelsesprosessen for øvrig gjennomføres på en måte som er forutsigbar for leverandørene”.¹¹

Hensynet til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet tilsier at leverandørene i etterkant av anskaffelsene skal kunne undersøke om prosessen har skjedd i henhold til regelverket. Det er lagt til grunn i forarbeidene til anskaffelsesloven at dersom hensynet til etterprøvbarehet og

⁸ Se for eksempel EUs avgjørelse i Storebælt-dommen, C-243/89, der det uttales at ”prinsippet om likebehandling af tilbudsgiverne, som ligger til grunn for direktivet”.

⁹ Thue, Buan og Røed Brun, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, 2013 s. 73.

¹⁰ NOU 1997:21, Offentlige anskaffelser, s. 116.

¹¹ NOU 2014:4, s. 78.

gjennomsiktighet blir ivaretatt vil det virke tvisteforebyggende fordi leverandørene selv kan kontrollere prosessen.¹²

Kravet til reelle forhandlinger fremgår ikke av loven eller forskriften, men er oppstilt i praksis av Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFA utleder kravet til reelle forhandlinger fra likebehandlingsprinsippet, og det stiller konkrete krav til forhandlingene.

1.3 Rettskilder

Store deler av forarbeidene til dagens anskaffelseslovgivning omhandler hvordan Norge skal gjennomføre anskaffelsesdirektivene og har dermed begrenset verdi som rettskilde for denne oppgaven.¹³ Forenklingsutvalget har imidlertid i sitt forslag til nye nasjonale regler drøftet den nåværende rettstilstanden, samt sine egne forslag og det vil derfor vises til NOU 2014:4 flere steder.

EUs direktiv om offentlige anskaffelser 2004/18, som avløses av direktiv 2014/24 vil det også henvises til flere steder. Direktiv 2014/24 er enda ikke implementert, men sier noe om hva rettstilstanden sannsynligvis vil for bestemmelser som nå følger av forskriftens del III.

Avgjørelser fra KOFA vil vies mye plass i oppgaven ettersom de har behandlet kravene til gjennomføring av konkurranse med forhandling en rekke ganger. Etter forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser § 1, andre punktum skal nemda ”bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte”. Dette er noe av årsaken til at ordinær rettspraksis om gjennomføringen av konkurranse med forhandling foreligger kun i begrenset grad. KOFAs avgjørelser tillegges vekt først og fremst gjennom deres argumentasjonsverdi. Avgjørelsene er grundige og fattet av medlemmer med kompetanse på området. Høyesterett henviser også til KOFA-praksis i sine avgjørelser.¹⁴

1.4 Videre fremstilling

I kapittel to vil de prosessuelle kravene til en konkurranse med forhandling behandles. Deretter vil det i kapittel tre redegjøres for de materielle kravene til innholdet i forhandlingene. Avslutningsvis vil det i kapittel fire gis en oppsummering av oppgaven.

¹² NOU 1997:21, s. 116.

¹³ Dragsten, s. 54.

¹⁴ Rt. 2007 s. 983, premiss 103.

2 Prosessuelle sider ved konkurranse med forhandling

2.1 Flere faser

Forskriftens §§ 11-8 og 20-11 regulerer hvordan en konkurranse med forhandling skal gjennomføres. Det følger både av §§ 11-8 (1) og 20-11 (1) at en konkurranse med forhandling ”kan” foregå i ”flere faser”.

Den overordnede problemstillingen under punkt 2.1 vil derfor være hvilken nærmere betydning det har at konkurransen ”kan” foregå i ”flere faser”.

Ordlyden i bestemmelsene setter ingen grenser for hvor mange faser konkurransen kan foregå over.

At prosessen ”kan” foregå i flere faser medfører at oppdragsgiver kan bestemme at prosessen ikke skal forløpe over mer enn én fase. En fase vil normalt bestå i et eller flere møter mellom oppdragsgiver og tilbyder der fasen avsluttes med at tilbyderne inngir et revidert tilbud, dette omtales som forhandlingene. Adgangen til å gi et revidert tilbud vil muligens ikke gjelde der reduksjonen skjer før forhandlingene tar til, mer om dette under punkt 3.2. Dersom det er adgang til å inngi et revidert tilbud vil dette tilbudet danne grunnlag for de videre forhandlingene.¹⁵

Potensielt kan det komme inn mange tilbud slik at det blir nødvendig for oppdragsgiver å redusere tilbudene. Hensynet bak regelen er dermed i stor grad ressursbruken hos både det offentlige som oppdragsgiver, og tilbyderne. I forarbeidene til anskaffelsesloven under kapittel 4 ”Gjeldende hovedprinsipper for den statlige anskaffelsesvirksomheten”, uttales det at det er ”samfunnsøkonomisk viktig å stimulere til en effektiv offentlig anskaffelsesvirksomhet. Effektive anskaffelser innebærer at anskaffelsesprosessen bidrar til at ressursbruken både i privat og offentlig sektor blir best mulig.”¹⁶ Sett i en slik sammenheng er det hensiktsmessig at oppdragsgiver tidligst mulig kan redusere de innkomne tilbud.

¹⁵ Dragsten, s. 545.

¹⁶ NOU 1997:21, s. 21.

En reduksjon av antall tilbud ”skal skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriterier” jf. §§ 11-8 og 20-11. Tildelingskriteriene vil dermed være målestokken som de forskjellige tilbudene vurderes opp i mot. De tilbudene som ligger best an i forhold til tildelingskriteriene, etter at det er gjennomført forhandlinger i en fase, blir med videre til neste fase.

Det slås også fast at en første reduksjon av antall tilbud ”kan skje i forkant av forhandlingene” jf. §§ 11-8 (1) og 20-11 (1). Oppdragsgiver kan dermed vurdere de innkomne tilbudene opp mot tildelingskriteriene og invitere de leverandørene med de beste tilbudene til forhandlinger. Det er dermed ikke sikkert at alle leverandører vil bli invitert til forhandlinger til tross for at oppdragsgiver benytter konkurranse med forhandling.

Dersom oppdragsgiver ønsker å redusere antall tilbydere i faser, og dermed ha en mulighet til å foreta en reduksjon før forhandlingene tar til, ”skal” de opplyse om dette i ”konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen” jf. § 20-11 (2). Dette får den konsekvens at dersom de ikke har opplyst om dette i henhold til andre ledd, vil de miste adgangen til å forhandle i faser. Noen slik regel finnes ikke for § 11-8 sin del. Dersom man mister adgangen til å forhandle i faser, og dermed kunne gjennomføre en første reduksjon i forkant av forhandlingene, vil det kunne medføre en forhandlingsplikt for oppdragsgiver.¹⁷

Forenklingsutvalget har uttalt at det etter gjeldende rett er uklart om det gjelder en absolutt forhandlingsplikt.¹⁸ Denne problemstillingen vil diskuteres nedenfor i punkt 2.2 flg.

2.2 Forhandlingsplikt

Som nevnt ovenfor kan det stilles spørsmål om en oppdragsgiver som har valgt å benytte en konkurranse med forhandling har en plikt til å gjennomføre forhandlinger, eller om oppdragsgiver kan tildele kontrakt på bakgrunn av leverandørens innledende tilbud. Dette spørsmålet er ikke direkte regulert i forskriften, verken for anskaffelser som følger del II eller del III, og svaret kan være ulikt i forskjellige situasjoner, ut i fra hvilke opplysninger oppdragsgiver har gitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. §§ 11-8 og 20-11 kan gi en viss veiledning om løsningen, i tillegg til de generelle prinsippene i loven § 5.

¹⁷ For eksempel Dragsten, s. 546 – 547 og KOFA 2013/141, premiss 36.

¹⁸ NOU 2014:4 s. 151.

Det er ikke tvilsomt at der det er angitt i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen at det skal forhandles og eventuelt antallet det skal forhandles med, vil oppdragsgiver være bundet av dette jf. kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.¹⁹

Ettersom § 20-11 (3) gir større veiledning til spørsmålet enn resten av § 20-11 og § 11-8 vil denne behandles først.

For anskaffelser som følger del III er det ikke adgang til å la en konkurranse med forhandling forløpe over flere faser for å redusere antall tilbud dersom det ikke ”opplyses om dette i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget” jf. § 20-11 (2). Er det ikke gitt slik opplysning skal alle leverandører som har gitt gyldig tilbud, gis ”adgang til å gi et forbedret tilbud” før beslutning om tildeling av kontrakt jf. § 20-11 (3).

Spørsmålet blir om en kan tolke ”adgang til å gi et forbedret tilbud” slik at den forutsetter forhandlinger i forkant av at det inngis forbedrede tilbud.

I en konkurranse med forhandling gjelder det et krav til ”reelle forhandlinger”. Dette er slått fast av KOFA i flere saker.²⁰ Sentralt i kravet er etter KOFA-praksis at ”reelle forhandlinger innebærer at oppdragsgiver må gi tilbyderne konkret tilbakemelding på tilbudene, og *mulighet til å innlevere reviderte tilbud*”.²¹²² At det også da må gis konkret tilbakemelding på tilbudene når de skal forbedres er naturlig. Tredje ledd forutsetter dermed at det føres reelle forhandlinger før leverandørene gir et forbedret tilbud og dermed også at det skal forhandles. Der konkurransen ikke forløper over flere faser etter del III må kravet gjelde fra tilbudene er innlevert fordi det ikke er noen flere faser.²³ At § 20-11 (3) vil utløse en forhandlingsplikt for oppdragsgiver overfor alle som har inngitt gyldig tilbud er også lagt til grunn av Thue, Buan og Røed Brun.²⁴

Etter dette tolkes ”adgang til å gi et forbedret tilbud” slik at den forutsetter forhandlinger i forkant av at det inngis forbedrede tilbud. Det må dermed forhandles med alle som har inngitt gyldig tilbud for anskaffelser som følger del III og oppdragsgiver ikke har opplyst at det skal forhandles i faser.

¹⁹ Også lagt til grunn i veilederen, s. 184.

²⁰ Se bl.a. KOFA 2009/106, premiss 35 og KOFA 2008/59, premiss 91.

²¹ KOFA 2011/1, premiss 32 og 32.

²² Min kursivering.

²³ Dette ser også ut til å være lagt til grunn av Dragsten, s. 548 der det uttales at kravet til reelle forhandlinger gjelder for samtlige ”som fortsatt er med i konkurransen”.

²⁴ Thue, Buan og Røed Brun s. 645.

I fortsettelsen er forutsetningen for § 20-11 sin del at oppdragsgiver har opplyst at det skal forhandles i faser.

Det kan være grunn til å skille mellom anskaffelser etter del II og del III når det gjelder spørsmålet om oppdragsgiver har en plikt til å gjennomføre forhandlinger, eller om oppdragsgiver kan tildele kontrakt på bakgrunn av leverandørenes innledende tilbud. Det vil likevel være flere momenter som er felles og disse vil dermed behandles først for å unngå repetisjon.

For anskaffelser som følger del II og der oppdragsgiver har opplyst at det skal forhandles i faser etter del III nevnes ”en første reduksjon” før forhandlingene og ”den avsluttende fase” jf. §§ 11-8 (1) og 20-11 (1). At det snakkes om ”en første reduksjon” og en ”avsluttende fase” kan leses som bestemmelsene forutsetter at det skal skje flere reduksjoner etter forhandlingen og at det alltid skal være en avsluttende fase etter den første reduksjonen, slik at bestemmelsene indirekte slår fast at det alltid skal gjennomføres forhandlinger.

Når konkurranseformen er konkurranse med forhandling kan dette i seg selv medføre at leverandørene har en forventning om at det skal gjennomføres forhandlinger. Dette argumentet kan imidlertid ikke trekkes for langt. Det slås fast at en første reduksjon ”kan skje i forkant av forhandlingene” jf. §§ 11-8 og 20-11. Dette medfører at ingen leverandør kan være sikker på å komme til forhandlinger der det forhandles i faser etter del III eller anskaffelser etter del II.

Konkurransen kan bli mer effektiv dersom regelen er at oppdragsgiver ikke må forhandle, men kan tildele kontrakt på bakgrunn av innledende tilbud. Dette kan fungere som et insentiv til leverandørene om å inngi sitt beste tilbud med en gang, noen som vil spare alle parter for ressurser. Det kan også være hensiktsmessig med en valgfrihet for oppdragsgiver der det anses som mest hensiktsmessig å ikke gjennomføre forhandling fordi tilbudene allerede er det oppdragsgiver ønsker.²⁵ Sett i dette lyset kan en valgfrihet for oppdragsgiver med hensyn til om det skal forhandles eller ikke finne støtte i lovens formål om ”effektiv ressursbruk” jf. lovens § 1.

Bestemmelsene §§ 11-8 og 20-11 er imidlertid ikke like. Når man etter § 20-11 (3) ikke har opplyst at man skal forhandle i faser har oppgaven tidligere vist at det vil utløse en

²⁵ Dette brukes også til å begrunne valgfrihet for oppdragsgiver av Forenklingsutvalget, NOU 2014:4, s. 152.

forhandlingsplikt for oppdragsgiver. Hensynet til sammenhengen innad i denne paragrafen kan dermed tilsi at det også må være en forhandlingsplikt der oppdragsgiver har opplyst at det skal forhandles i faser. Ordlyden nevner at det skal gjennomføres en "første reduksjon" før forhandlingene og "den avsluttende fase" kan dette se ut til å forutsette at det skal gjennomføres forhandlinger. Når dette er opplyst leverandørene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget vil hensynet til forutberegnelighet i lovens § 5 tale for at oppdragsgiver må gjennomføre forhandlinger. At en reduksjon "kan skje i forkant av forhandlingene" vil i så fall bety at det må forhandles med i alle fall noen leverandører, men at en kan redusere antallet i faser.

Det samme kan ikke legges til grunn for § 11-8 sin del. Her trenger ikke oppdragsgiver opplyse om at det skal forhandles i faser. At en første reduksjon "skje i forkant av forhandlingene" jf. § 11-8 (1) vil medføre at en leverandør som har inngitt tilbud til en anskaffelse som følger forskriftens del II aldri kan være sikker på om han vil komme til forhandlinger. Hensynet til leverandørenes forutberegnelighet vil derfor ikke komme inn med like stor tyngde her. En eventuell forventning vil i så fall dreie seg om at noen av leverandørene skal forhandle. Denne forventningen om forhold som ikke har noen praktisk betydning for dem selv kan neppe tillegges vekt.

Spørsmålet om det må føres forhandlinger etter § 20-11 (1) er ikke behandlet av KOFA og det er derfor vanskelig å forutsi hva en slik avgjørelse ville kommet frem til. Imidlertid må trolig hensynet til sammenheng innad i paragrafen og det grunnleggende kravet til forutberegnelighet tillegges vekt. Oppdragsgiver plikter dermed å føre forhandlinger slik at kontrakt ikke kan tildeles på bakgrunn av leverandørenes innledende tilbud. Det må imidlertid ikke forhandles med alle leverandørene ettersom "en første reduksjon kan skje i forkant av forhandlingene" jf. § 20-11 (1). Likevel må antallet det forhandles med være tilstrekkelig til å sikre "reell konkurranse" i den avsluttende fase.

Videre blir spørsmålet om oppdragsgiver plikter å føre forhandlinger, eller om kontrakt kan tildeles på bakgrunn av leverandørenes innledende tilbud etter § 11-8.

Moderniseringsdepartementets foreslo i sitt høringsnotat til nåværende forskrift at bestemmelsene om konkurranse med forhandling både i del II og III skulle ha like

bestemmelser.²⁶ Forslagets §§ 10-8 (3) og 18-11 (3) regulerte tilfellet der oppdragsgiver ikke har opplyst om at det skal forhandles i flere faser. I følge disse bestemmelsene ”skal alle leverandører som har gitt gyldig tilbud gis adgang til å gi et forbedret tilbud før beslutning om tildeling av kontrakt”. En ser av dette at § 20-11 og § 11-8 i utgangspunktet skulle være likt utformet. Når disse bestemmelsene likevel ble gitt et ulikt innhold, er det nærliggende å anta at lovgiver ikke ønsker å binde oppdragsgiver i like stor grad for del II som for del III.

Dette er også lagt til grunn av KOFA i en avgjørelse fra 2014.²⁷ I saken var det gjennomført en konkurranse med forhandling etter § 11-8 uten at det var forhandlet med noen av leverandørene. Under drøftelsen av om ikke gjennomførte forhandlinger var i strid med § 11-8, ble det lagt vekt på at bestemmelsene, i motsetning til i moderniseringsdepartementets forslag, var gitt et ulikt innhold. KOFA uttalte at ”[e]ndringen i forbindelse med høringen som nevnt innebærer etter nemndas oppfatning at det har formodningen for seg at lovgiver bevisst har ment at oppdragsgiver etter forskriften del II skal ha en større fleksibilitet og leverandøren en mindre grad av forutberegnelighet, enn i del III. Som nevnt ovenfor er det også i praksis lagt til grunn at ingen leverandører kan regne med at det blir forhandlinger etter forskriften del II.”

KOFA åpner likevel for at det etter en konkret vurdering kan gjelde en forhandlingsplikt ved konkurranse med forhandling etter del II. Saken som var oppe var spesiell fordi oppdragsgiver anså forhandlinger som formålsløse. Produktene møtte ikke oppdragivers krav til kvalitet og produktene kunne dermed ikke endres ved forhandlinger.²⁸ At en ikke trenger å gjennomføre forhandlinger der forhandlingene fremstår formålsløse harmonerer godt med lovens formål om effektiv ressursbruk jf. lovens § 1.

Det eksisterer også et prinsipp om at leverandørene bærer risikoen for sitt innledende tilbud.²⁹ Dette prinsippet tilsier at der tilbudet, som er utgangspunkt for forhandlingene, har et innhold som gjør at forhandlinger ikke er ønskelige eller nødvendige, bør det ikke pålegges oppdragsgiver en plikt til å gjennomføre forhandlinger.

²⁶ ”Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser”, s. 10.

²⁷ KOFA 2013/141.

²⁸ Premiss 36.

²⁹ Prinsippet nevnes i NOU 2014:4, s. 154.

Det må derfor trolig legges til grunn at oppdragsgiver kan tildele kontrakt på bakgrunn av leverandørenes innledende tilbud etter § 11-8. Dette må imidlertid vurderes i hvert konkrete tilfelle i tråd med KOFAs sak 2013/141.

Dersom oppdragsgiver velger å føre forhandlinger, er det ikke et krav om at det forhandles med alle ettersom oppdragsgiver står fritt til å forhandle i faser og dermed kan foreta en reduksjon ”før forhandlingene” jf. § 11-8 (1). Likevel må antallet det forhandles med være tilstrekkelig til å sikre ”reell konkurranse” i den avsluttende fase.

2.2.1 Rettstilstanden når nye regler trer i kraft

Forenklingsutvalget foreslår at det i de nye nasjonale reglene vil være helt opp til oppdragsgiver om det skal forhandles eller ikke etter del II. Konkurransereformen konkurranse med forhandling vil opphøre, og erstattes med åpen og begrenset tilbudskonkurranse. Sentralt i denne sammenheng er at beslutningen om at det skal gjennomføres forhandlinger eller ikke kan utsettes helt til alle de innledende tilbudene har kommet inn. Dette vil bety at det alltid er adgang til å føre forhandlinger. Når alle tilbudene har kommet inn kan oppdragsgiver tildele kontrakten på bakgrunn av disse, uten at det gjennomføres forhandlinger, eller underrette alle de leverandører som det ønskes og forhandles med før forhandlingene starter.³⁰ Slik regelverket fremstår i Forenklingsutvalgets forslag vil det føre til et regelverk som er klarere på spørsmålet om det må forhandles eller ikke.

På den annen side kan forslaget kritiseres for å gi for mye valgfrihet til oppdragsgiver. Selv om det legges til grunn at det fortsatt skal gjelde et likebehandlingsprinsipp, vil det likevel kunne føre til at oppdragsgiver får stor makt i forhold til leverandørene. For eksempel kan aldri leverandører være sikre på om det vil bli gjennomført forhandlinger eller ikke. Det kunne fra leverandørens ståsted være ønskelig med en situasjon der det er klart før de inngir tilbud om det blir forhandlinger. Hadde de nye reglene lagt opp til en slik forutberegnelighet for leverandørene ville de kunne startet planleggingen tidlig, hentet inn ekstern hjelp til forhandlinger etc.

Mindretallet er uenige forslaget om å avskaffe anbuds konkurransene og konkurranse med forhandling, og erstatte disse med en tilbudskonkurranse der det alltid vil kunne forhandles. Det argumenteres med at ”[s]vært mange anskaffelser vedrører kjøp av standardiserte varer og

³⁰ NOU 2014:4, s. 151.

tjenester hvor forhandlinger ikke har noe formål, og åpen anbudskonkurranse vil være den mest effektive konkurranseformen". Videre uttales det at "å fjerne forbudet mot forhandlinger og dermed prosedyren konkurranse uten forhandlinger, vil kunne ha svært uheldige effekter både når det gjelder effektivitet i gjennomføringen av konkurransen og ikke minst resultatet av konkurransen". Mindretallet er videre enig med flertallet i at et strengt forhandlingsforbud kan være et problem, men at dette løses best ved å "gjøre det enklere med kommunikasjon og dialog med leverandører for å avklare feil og mangler ved tilbudene".

Mindretallet er dermed uenig med flertallet at det alltid skal være mulig å forhandle etter del II. De foreslår å beholde anbudskonkurransene samt en konkurranse med forhandling med rett til ikke å forhandle for oppdragsgiver. Dersom oppdragsgiver velger konkurranse med forhandling med rett til ikke å forhandle vil ikke mindretallets forslag gi noen bedre forutberegnelighet for oppdragsgiver enn flertallets.

For reglene som følger av direktivet er det slått fast i artikkel 29, nr. 4 at "[d]e ordregivende myndigheter kan tildele kontrakter på grundlag af indledende tilbud uden forhandling, såfremt de i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen har anført, at det forbeholder sig muligheden herfor".

De nye reglene slår for del III sin del at det heller ikke her må forhandles jf. "tildele kontrakter på grundlag af indledende tilbud uden forhandling". Imidlertid må det her på forhånd varsles fra oppdragsgiver at de forbeholder seg retten til å tildele kontrakten på bakgrunn av de innledende tilbud. Dette vil dermed i større grad sikre forutberegneligheten for leverandørene enn løsningen for del II. På den annen side vil løsningen i del III ikke gi den samme fleksibiliteten.

2.3 Reell konkurranse

Vi har under punkt 2.2.1 sett at det ved en konkurranse med forhandling over flere faser foreligger en valgfrihet for oppdragsgiver om det må forhandles eller ikke. Dersom oppdragsgiver velger å forhandle, er det ikke nødvendig å forhandle med alle som inngir tilbud. Der konkurransen skal forløpe over flere faser og oppdragsgiver velger å føre forhandlinger skal det i den avsluttende fase være igjen "et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse" jf. §§ 11-8 (1) og 20-11 (1), begges siste punktum. Det må derfor tas stilling til hvor mange det må forhandles med i den siste fasen.

Utgangspunktet er at ordlyden ikke legger føringer på hvor mange tilbud det må være for å sikre ”reell konkurranse”, men legger opp til en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

I departementets veileder slås det fast at det i de fleste tilfeller må forhandles med tre leverandører for å sikre reell konkurranse, men det åpnes for at to leverandører i noen tilfeller kan være tilstrekkelig.³¹

KOFA behandlet spørsmålet om reell konkurranse i en sak fra 2009.³² I saken var det gjennomført en konkurranse med forhandling i faser, og det ble kun forhandlet med to leverandører i den avsluttende fasen. KOFA viser til veilederen og utgangspunktet om at det normalt må forhandles med tre leverandører, men at det i det konkrete tilfellet kan forhandles med to. Deretter gås det inn på forholdene i den konkrete saken som kan tale for at det her var tilstrekkelig å forhandle med kun to leverandører.³³

Det er et grunnleggende krav til alle anskaffelser at de ”så langt det er mulig (må?) være basert på konkurranse” jf. lovens § 5. Hensynet til størst mulig konkurranse tilsier dermed at det i den siste fasen skal forhandles med så mange som mulig. Dette taler derfor for at det normalt må forhandles med tre leverandører for å sikre reell konkurranse.

Etter dette må det trolig legges til grunn at det normalt må forhandles med tre leverandører i den avsluttende fasen, men at dette kan avvikes der det etter en konkret vurdering er grunnlag for dette.³⁴

Videre vil det undersøkes hvilke argumenter som kan ha relevans i vurderingen av hvor mange leverandører det skal forhandles med i den siste fasen i det konkrete tilfellet. Ettersom denne oppgaven har begrenset omfang vil det ikke være mulig å gi en uttømmende liste, men det vil forsøkes å angi hovedlinjer.

Naturlig nok vil markedsforholdene være et viktig moment ved vurderingen.³⁵ Dersom oppdragsgiver skal inngå en vare- eller tjenestekontrakt der det er få leverandører som kan inngi tilbud, vil det etter omstendighetene ikke være mulig å ha igjen et stort antall leverandører til slutt. I lovens § 5 heter det at alle anskaffelser skal ”så langt det er mulig være

³¹ Punkt 14.5.3.

³² KOFA 2008/170.

³³ Premiss 61 – 62.

³⁴ Det samme er lagt til grunn av Thue, Buan og Røed Brun s. 344.

³⁵ Thue, Buan og Røed Brun s. 343.

basert på konkurranse”. Dette kravet kan forstås slik at der det er få leverandører på markedet vil kravet til konkurranse måtte lempes.

I den nevnte avgjørelsen fra KOFA i 2009, vektla klagenemnda særlig at det forut for forhandlingene hadde vært gjennomført til dels omfattende undersøkelser hos leverandøren. Det uttales at ”[s]aksbehandlingen vedrørende klagers tilbud har vært meget grundig og nemnda forstår saken slik at de foretatte undersøkelser, herunder omfattende avklarende opplysninger og besøk ved klagers produksjonssted, ledet til at klager på et faglig grunnlag ble vurdert til ikke å kunne bedre sin posisjon ved ytterligere forhandlinger. Med prosjektets omfang ville slike forhandlinger uansett vært svært tids- og ressurskrevende. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det var i strid med kravet til konkurranse å utelukke klager”.³⁶

Avgjørelsen viser at dersom det med stor grad av sikkerhet kan slås fast at en leverandør kan forbedre sitt tilbud gjennom forhandlinger, vil det aksepteres at det kun forhandles med to i den avsluttende fasen. I motsatt tilfelle måtte oppdragsgiver gjennomført formålsløse forhandlinger med en part for å tilfredsstille et krav om tre tilbud i den avsluttende fase, noe som ville fremstå som unødvendig formalisme. At det ikke må forhandles med tre leverandører i den avsluttende fase der slik forhandlinger ikke har noe formål er i tråd med lovens formål om effektiv ressursbruk jf. lovens § 1.

Avgjørelsen fremhever også at kostnadene ved å gjennomføre forhandlinger med flere leverandører i den avsluttende fasen vil være et moment.³⁷ Dette argumentet trekkes frem i forbindelse med at leverandøren ikke kunne bedre sin posisjon gjennom forhandlinger. Det er lite trolig at kostnadsbesparelser alene kan begrunne en fravikelse fra utgangspunktet om tre leverandører der alle tre leverandørene har inngitt jevnbyrdige tilbud.

Vi ser dermed at det er et vidt spenn av momenter som kan komme inn og argumenter som kan ha relevans i vurderingen av om utgangspunktet med tre leverandører kan fravikes i det konkrete tilfellet.

³⁶ KOFA 2008/170, premiss 62.

³⁷ Premiss 63.

2.3.1 Rettstilstanden når nye regler trer i kraft

For del II sin del uttaler forenklingsutvalget eksplisitt at det ikke vil gjelde noe krav til ”reell konkurranse” etter de nye reglene. Det uttales at en ”[r]eell konkurranse om kontrakten er sikret allerede ved at anskaffelsen er kunngjort. Oppdragsgiver kan selv velge hvor mange det skal forhandles med, noe som innebærer at oppdragsgiver kan forhandle med bare det beste tilbudet. Noe annet er at det ofte vil være formålstjenlig å forhandle med flere. Dette kommer helt an på den konkrete konkurransesituasjonen og hvor stor avstand det er mellom tilbudene.”

Forslaget fremstår som klart sett i forhold til dagens regelverk. Imidlertid ser det ut til at det ikke vil være mulig å overprøve oppdragsgivers vurdering av hvor mange leverandører det må forhandles med, ettersom oppdragsgivers mening er det eneste som vektlegges. Dette kan gi en svekket stilling for leverandørene kontra oppdragsgiverne.

I det nye direktivet er det lagt til grunn i artikkel 65 nr. 2., andre ledd at i en konkurranse med forhandling er det ”mindste antal ansøgere tre.” Videre slås det fast at ”[u]nder alle omstendigheter skal antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, være tilstrækkeligt stort til at sikre reel konkurrence”.³⁸

Direktivet stiller altså svært konkrete krav til antallet leverandører som skal oppfordres til å inngi tilbud. Det er likevel verdt å merke seg at det ikke stilles krav til hvor mange som det må forhandles med, som er en endring fra dagens regelverk. Etter direktivet er det avgjørende med tanke på ”reell konkurranse” hvor mange leverandører som oppfordres til å inngi tilbud.

2.4 Krav til dokumentasjon

De materielle og prosessuelle kravene som stilles ved forhandling med konkurranse ville ikke gitt et like effektivt vern for partene om det i ettertid ikke var mulig å finne ut om gjennomføringen av forhandlingene var i henhold til anskaffelsesregelverket.³⁹

Det er slått fast i lovens § 5 at ”oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen”. Om formålet

³⁸ Direktiv 2014/24

³⁹ Dragsten, s. 550.

med bestemmelsen uttales det i forarbeidene at i tillegg til at leverandørene har mulighet til å verne om sine interesser, antas det også at bestemmelsen vil være tvisteforebyggende.⁴⁰

For å sikre etterlevelse av lovens krav om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, slår forskriftens § 3-1 (7) at "[o]ppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet." Dette vil blant annet medføre et krav om at møtereferater skal føres skriftlig samt at oppdragsgiver dokumenterer sine vurderinger.⁴¹

Det vil i dette kapittelet drøftes hva § 3-7 (7) innebærer for dokumentasjon av gjennomføringen av forhandlingen.

KOFA har drøftet spørsmålet i flere saker. Sak 2007/134 særlig premiss 40 slo klagenemnda fast at oppdragsgiver "skal føre skriftlig og utfyllende referat fra forhandlingsmøtene". I saken ble det fra klager anført at oppdragsgiver hadde plikt til å forelegge møtereferatet for klager, men fikk ikke medhold. Klagenemnda fant at det av kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesprosessen ikke kunne utledes noen plikt til å oversende møtereferat for godkjenning. Etter denne avgjørelsen er det med andre ord nødvendig, men ikke tilstrekkelig med skriftlighet, den må også være utfyllende. For at dokumentasjonen skal ha noen reell verdi må den være så utfyllende at formålet om å i ettertid etterprøve saksbehandlingen kan oppfylles.⁴² Til tross for at det ikke foreligger noen plikt til å oversende referatene for godkjenning kan dette i mange tilfeller være hensiktsmessig, slik at partene har mulighet for å sikre en felles forståelse før tildeling av kontrakten.⁴³ En slik praksis vil sannsynligvis også ha en tvistebegrensende effekt i tråd med formålet.

På linje med selve forhandlingene stilles det ingen krav til hvordan dokumentasjonen skal utformes. I KOFA sak 2010/96 premiss 89-93 hadde oppdragsgiver ført referat fra forhandlingene i form av en intern e-post. Klager anførte at de skulle fått oversendt e-posten før det skulle ferdigstilles som et formelt referat og at referatet må ha en høyere grad av formalisme enn en intern epost. Under henvisning til at e-posten ble sendt samme dag som

⁴⁰ NOU 1997:21, s. 116.

⁴¹ Dragsten, s. 550.

⁴² Dragsten, s. 550.

⁴³ Dragsten, s. 550.

forhandlingene ble avholdt, at de omtalte hva som ble sagt under forhandlingsmøtet og at det ikke kan stilles formkrav for referatføring, ble dette ansett i tråd med anskaffelsesregelverket.

I en avgjørelse fra KOFA i 2005⁴⁴ ble det tatt stilling til når dokumentasjonen må produseres. Det var ikke ført referat fra forhandlingsmøtene, men ble vist til et dokument produsert i etterkant av tildeling av kontrakten. Dette var ikke tilfredsstillende dokumentasjon på hva som ble drøftet under forhandlingene.⁴⁵ At det utarbeides dokumentasjon over to uker etter forhandlingsmøtene er klart nok et brudd på kravet til å ”forløpende sikre... dokumentasjon” jf. § 3-1 (7). Dersom dokumentasjonen utarbeides over to uker etter forhandlingene vil den lett kunne gi et uriktig bilde av hva som ble sagt og gjort under forhandlingene. Dette vil være i strid med lovens krav om gjennomsiktighet.

I en sak fra 2010 ble det anført fra leverandøren at de ikke hadde mottatt dokumentasjon på endringer i tilbudet som fremkom i forhandlingsmøte.⁴⁶ Klagenemnda slo fast at det ikke foreligger noen plikt til å sende referat like etter forhandlingene så lenge referatene blir tilgjengelige for leverandørene i ettertid.⁴⁷ Dette er også lagt til grunn i en annen avgjørelse.⁴⁸

Etter dette må oppdragsgiver i hovedtrekk føre skriftlig og utfyllende referat fra forhandlingsmøtene, det stilles ikke krav til hvordan dokumentasjonen skal utformes, dokumentasjonen skal produseres fortløpende, og det er tilstrekkelig at dokumentasjonen blir gjort tilgjengelig for leverandørene.

2.5 Taushetsplikt om øvrige leverandørers tilbud

Ettersom tilbudene kommer inn og forhandlingene tar til, må oppdragsgiver gjøre seg godt kjent med leverandørenes tilbud. Under dette punktet vil det drøftes hvilken betydning taushetsplikten har for oppdragsgivers forhandling med leverandørene.

Etter §§ 11-8 (3) og 20-11 (5), begges annet punktum skal oppdragsgiver ”særlig sørge for at det ikke gis opplysninger om innholdet i øvrige deltagers tilbud eller som kan stille noen leverandører bedre enn andre”. Ordlyden legger dermed opp til en taushetsplikt for oppdragsgiver om innholdet i leverandørenes tilbud, samt et forbud mot å gi fordelaktige

⁴⁴ KOFA 2004/124, premiss 73.

⁴⁵ Premiss 39.

⁴⁶ KOFA 2009/254.

⁴⁷ Premiss 73.

⁴⁸ KOFA 2005/129, premiss 41.

opplysninger til et utvalg leverandører. At det påligger oppdragsgiver en sterk plikt understrekes gjennom ordet ”særlig”.

I tillegg pålegges oppdragsgiver en plikt til hemmelighold etter § 3-6, der det heter at ”oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av *konkurransemessig betydning å hemmeligholde*”.

Dersom en sammenstiller de to bestemmelsene vil en finne at § 3-6 går noe lenger enn §§ 11-8 og 20-11 på dette punkt.⁴⁹ Etter §§ 11-8 og 20-11 pålegges oppdragsgiver kun en plikt til å sørge for at det ikke gis opplysninger om de andres tilbud eller fordelaktige opplysninger. Etter § 3-6 har de en aktiv plikt til å hindre at næringsopplysninger lekker ut til andre.

Formålet med taushetsplikten må være å sikre at konkurranse på like vilkår, og å verne om leverandørenes interesser. For oppdragsgiver kan det fremstå som en mulighet å bruke en eller flere leverandørers tilbud som et forhandlingskort overfor andre leverandører. Likevel vil dette fort kunne lede til at en leverandør får en fordel i forhold til de øvrige leverandørene.⁵⁰

KOFA slo fast i sak 2007/154 premiss 42 til 46 at forbudet mot å dele innholdet i leverandørenes tilbud også gjelder der kun deler av tilbudet deles med de øvrige leverandørene. Klagenemnda uttalte at ”bestemmelsen [§11-8 (3)] kan ikke anses for å ramme bare tilfeller hvor det komplette innhold gjøres kjent. Den må etter sitt formål i hvert fall ramme tilfeller hvor deler av innholdet etter tildelingskriteriene vil være vesentlig for utfallet av konkurransen gjøres kjent for konkurrentene mens konkurransen pågår. Tilbudsprisene må i dette tilfellet utvilsomt anses å være av vesentlig betydning for konkurransen, og opplysningene innklagede ga til media var det således urettmessig å oppfylle”.

Det kan spørres hvilken betydning det har at KOFA ser ut til å gjøre et unntak fra taushetsplikten der informasjon ikke er av vesentlig betydning for konkurransen. Noe slikt krav kan ikke leses ut av §§ 11-8 (3) eller § 20-11 (5). Etter § 3-6 vil den konkurransemessige betydning av opplysninger være relevante, men denne retter seg ikke direkte mot innholdet i tilbudet. Det ville likevel være en lite hensiktsmessig regel om selv ubetydelige detaljer om de øvrige leverandørenes tilbud var underlagt en streng taushetsplikt. En slik løsning synes også å være i tråd med formålet med bestemmelsen om å sikre konkurranse på like vilkår. Hvis

⁴⁹ Dragsten, s. 551.

⁵⁰ Dragsten, s. 551.

oppdragsgiver gir uttrykk for generelle bemerkninger eller små detaljer som ikke vil ha betydning for konkurransen, vil dette trolig være i tråd med regelverket. Dragsten ser også ut til å legge inn et unntak fra taushetsplikten der deler av tilbudets innhold gjøres kjent, men ikke er av vesentlig betydning for konkurransen.⁵¹

KOFA har i flere saker slått fast at taushetsplikten er ufravikelig. I sak 2004/24 anførte oppdragsgiver at det hadde blitt avtalt muntlig at tilbudsprisene skulle gjøres kjent for de øvrige leverandørene. Oppdragsgiver kunne ikke fremlegge referat fra dette møtet eller øvrig dokumentasjon som støttet opp om anførselen. Uansett kom nemda til at en slik avtale ville være et brudd på god forretningsskikk etter lovens § 5.

I hovedtrekk vil dermed taushetsplikten medføre at oppdragsgiver ikke kan dele innholdet i et tilbud med de andre leverandørene, men det må trolig gjøres et unntak der det som gjøres kjent ikke er av vesentlig betydning for konkurransen. Videre har oppdragsgiver en aktiv plikt til å hemmeligholde næringsopplysninger. Det er også klart at taushetsplikten ikke kan fravikes.

⁵¹ På side 551.

3 Materielle sider ved konkurranse ved forhandling

3.1 Hva det kan forhandles om

I punkt 2 flg. har det vært behandlet hvilke krav som stilles til prosessen ved konkurranse med forhandling. I punkt 3 flg. vil det drøftes hvilke krav som stilles til innholdet i forhandlingene.

Først vil det i punkt 3.1 og 3.1.1. drøftes hva det kan forhandles om og rammene for forhandlingene.

Utgangspunktet er at forskriften slår fast det kan forhandles om ”endringer eller suppleringer av *alle sider ved tilbudene*, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner” jf. §§ 11-8 (2) og 20-11 (4)⁵²

Bestemmelsene markerer at de ikke er uttømmende ved å understreke at forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner kun er ment som eksempler.

Det er endringer eller suppleringer av alle sider ved *tilbudet* det kan forhandles om. Siden det kan forhandles om endringer eller suppleringer ved tilbudet, vil det endelige tilbudet kunne skille seg fra det innledende.⁵³ Særlig gjelder dette der en leverandør velger en forhandlingsstrategi der det innledende tilbudet kun er et forhandlingsinnspill for å skaffe seg et forhandlingsrom.

Det må understrekes at bestemmelsene kun gir oppdragsgiver en adgang til å forhandle om alle sider ved tilbudene, men dette er ikke en plikt. Der alle leverandørene allerede har levert det beste tilbudet de kan på for eksempel ettersyn, vil det være i strid med formålet om effektiv ressursbruk dersom de måtte gå inn i lange forhandlinger på dette punktet.

Det har vært reist spørsmål om oppdragsgiver har en plikt til å spesifisere hva det vil være mest aktuelt å forhandle om i konkurransegrunnlaget.⁵⁴ Spørsmålet ble drøftet av KOFA i en sak fra 2006.⁵⁵ Oppdragsgiver hadde i konkurransegrunnlaget ikke skilt mellom absolutte

⁵² Min kursivering.

⁵³ Dragsten, s. 547.

⁵⁴ Dragsten, s. 547.

⁵⁵ KOFA 2005/243.

krav og krav det kunne forhandles om. Leverandøren anførte at kravet til klarhet og forutberegnelighet i lovens § 5 dermed var brutt. Nemda kom til at det i konkurransegrunnlaget klart var angitt hva som var absolutte krav, og slo videre fast at det ikke foreligger noen plikt til å angi hva det er aktuelt å forhandle om, utover å angi hva som er minstekrav og som dermed ikke kan endres gjennom forhandlinger.⁵⁶ For oppdragsgiver må det være et mål å ha et størst mulig forhandlingsrom når forhandlingene tar til, og det vil derfor ikke være formålstjenlig å legge bånd på seg i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Det er foreslått av Forenklingsutvalget at det skal være anledning til å forhandle om alle sider ved tilbudet.⁵⁷ Utvalget uttaler også at oppdragsgiver bør beskrive forhandlingsprosedyren i konkurransegrunnlaget. Der oppdragsgiver kun ser for seg mindre avklaringer, eller fulle forhandlinger om alle sider ved tilbudene bør dette angis i konkurransegrunnlaget. Det foreslås imidlertid ikke en plikt om å gi slik opplysning.⁵⁸ Dette medfører at rettstilstanden trolig vil bli uforandret på dette punkt.

3.1.1 Endringer av konkurransegrunnlaget

Som vi har sett ovenfor at det kan forhandles om alle sider ved tilbudet, og at det danner rammene for forhandlingene. Det interessante i denne sammenheng er om det er adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget i forhandlingsfasen. Situasjonen kan være den at det i forhandlingsfasen avdekkes, enten av oppdragsgiver selv eller gjennom forhandlinger, behov som ikke kommer godt nok frem i konkurransegrunnlaget, eller andre måter å løse en utfordring på slik at endringer fremstår som ønskelige.

Det vil i dette kapittelet drøftes om konkurransegrunnlaget kan endres i forhandlingsfasen.

Utgangspunktet er at ”innen tilbudsfristens utløp, har oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige”. Bestemmelsen regulerer eksplisitt kun adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget før

⁵⁶ Premiss 28.

⁵⁷ NOU 2014:4, s.154.

⁵⁸ NOU 2014:4, s. 175.

tilbudsfristen.⁵⁹ Bestemmelsen indikerer imidlertid at det etter tilbudsfristens utløp som utgangspunkt ikke vil være adgang til å endre konkurransegrunnlaget i forhandlingsfasen.

Det er imidlertid vanskelig å se gode grunner til at enhver endring av konkurransegrunnlaget ikke skal være tillatt.⁶⁰ Dersom kravet til likebehandling ivaretas overfor alle leverandører, dvs. at alle får uttrykkelig beskjed om at konkurransegrunnlaget er endret, alle får lik mulighet til å tilpasse tilbudene sine mv., kan det argumenteres for at endringer i forhandlingsfasen bør tillates.

På den annen side tilsier hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet for leverandørene som er slått fast i lovens § 5 at endringene som gjøres ikke kan være vesentlige.^{61,62} Dersom det skulle kunne gjøres store endringer i konkurransegrunnlaget i forhandlingsfasen, ville det være vanskelig å sikre at leverandøren kan planlegge ut i fra de endrede forutsetningene, samt tilpasse tilbudene sine.

Det samme ble lagt til grunn i KOFA 2011/120 der det slås fast at det kan foretas ”endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp, så fremt ikke endringene må anses som ”vesentlig””.

Dersom endringene i konkurransegrunnlaget ikke er vesentlige, vil likebehandlingsprinsippet pålegge oppdragsgiver en informasjonsplikt overfor alle tilbyderne om at konkurransegrunnlaget endres. I KOFA sak 2006/54 ble det som tidligere nevnt godtatt at oppdragsgiver endret konkurransegrunnlaget ved at også fastpris kunne aksepteres, men dette ble kun opplyst overfor den ene leverandøren og var derfor i strid med likebehandlingsprinsippet.

3.2 Krav til reelle forhandlinger

Vi har hittil i punkt 3 sett at det kan forhandles om alle sider ved tilbudet, at tilbudet danner utgangspunktet for forhandlingene, og at det er en begrenset adgang til å forhandle om konkurransegrunnlaget. I det videre vil det redegjøres for hvilke krav som stilles til innholdet i forhandlingene.

⁵⁹ Dette er også lagt til grunn av Dragsten, s. 577.

⁶⁰ Det samme er lagt til grunn av Thue, Buan og Røed Brun, s. 347.

⁶¹ Dragsten, s. 578.

⁶² Thue, Buan og Røed Brun, s. 347.

I praksis er det en rekke ganger stilt et krav til reelle forhandlinger.⁶³ Det rettslige utgangspunktet for kravet er kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5. Dette er lagt til grunn både i praksis og av Dragsten.⁶⁴ Kravet kan også ses som et utslag av kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 5. Når oppdragsgiver velger konkurranse med forhandling som konkurranseform vil leverandørene legge opp sine tilbud deretter og har dermed en forventning om at det skal føres reelle forhandlinger.⁶⁵ Det vil derfor være nær sammenheng mellom kravet til reelle forhandlinger og de grunnleggende prinsippene.

I dette kapittelet skal det redegjøres for det nærmere innholdet i kravet til reelle forhandlinger og hvilke utgangspunkter dette kravet stiller til innholdet i forhandlingene.

Om innholdet i kravet til reelle forhandlinger uttalte KOFA i sak fra 2012 at oppdragsgiver har en plikt til å gi konkrete tilbakemeldinger på tilbud, og leverandørene skal gis en mulighet til å innlevere reviderte tilbud.⁶⁶

En naturlig konsekvens av at forhandlingene må være reelle, er at det ikke aksepteres en form for skinnforhandlinger. Der oppdragsgiver før forhandlingene tar til identifiserer en leverandør de ønsker å inngå avtale med og der de andre leverandørene ikke gis mulighet til å forbedre eller endre sine tilbud vil det ikke være reelle forhandlinger. En lignende situasjon ble behandlet i KOFA i en sak fra 2010⁶⁷. Det ble ansett som et brudd på kravet til reelle forhandlinger at den leverandøren som senere ble tildelt kontrakten fikk ha muntlige og umiddelbare forhandlingsmøter med oppdragsgiver, mens klager kun fikk forhandle skriftlig.⁶⁸ Dersom en leverandør gis den fordel som det er å ha forhandlingsmøter med oppdragsgiver må dette normalt også gjelde de andre leverandørene. Videre vektlegger nemnda at klager kun fikk mulighet til å forbedre tilbudet sitt ved å svare på tre avklaringsspørsmål, og mottok ingen annen konkret tilbakemelding på tilbudet enn dette. Oppdragsgiver skulle ha påpekt hva som kunne forbedres ved klagers tilbud slik at det kunne forbedres.⁶⁹ Det ble etter dette funnet at det ikke var ført reelle forhandlinger, og forhandlingene var i strid med kravene til både likebehandling og forutberegnelighet. I

⁶³ Se blant annet KOFA 2009/106, premiss 36.

⁶⁴ KOFA 2011/1, premiss 32 og Dragsten, s. 548.

⁶⁵ Thue, Buan og Røed Brun s. 346.

⁶⁶ KOFA 2011/1, premiss 33.

⁶⁷ KOFA 2009/106, premiss 36-39.

⁶⁸ Se likebehandlingsprinsippet som behandles under punkt 3.2.1.

⁶⁹ Se veiledningsplikten som behandles under punkt 3.3.

forlengelsen av dette er det nødvendig å påpeke at det ikke er avgjørende hva møtene kalles, men hvilke muligheter de gir for leverandørene til å forbedre tilbudene.⁷⁰

KOFA slo fast i sak 2005/129 premiss 36 at det ikke er tilstrekkelig at oppdragsgiver i forhandlingsmøter kun fokuserer på avklaringer av tilbudet som gis. Formålet med forhandlingene må være å oppnå et best mulig tilbud. Dette kan vanskelig oppnås dersom forhandlingene kun dreier seg om avklaringer.⁷¹

Det må aksepteres at velges en noe ulik forhandlingsstrategi overfor den enkelte leverandør. Dette er naturlig ettersom det er vist i punkt 3.1 det forhandles på bakgrunn av de enkelte tilbud. Forhandlingsstrategien må likevel oppfylle kravene til reelle forhandlinger.⁷² Det samme slås også fast av KOFA i sak 2004/182, der det under drøftelsen av reelle forhandlinger uttales at ”anskaffelsesmyndighetene må ha stor frihet til å tilrettelegge forhandlingene på en tjenlig måte, under tilbørlig hensyn til kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk. Innklagede har gitt de tre utvalgte leverandørene mulighet til å inngi reviderte pristilbud. I den foreliggende sak anser klagenemda det som tilstrekkelig for å ivareta kravet til reelle forhandlinger”. Det var altså tilstrekkelig at leverandørene hadde fått mulighet til å inngi reviderte pristilbud til tross for at det tidligere var kjent at kvalitet var et sentralt moment i vurderingen.

Det må legges til grunn at leverandørene har en rett til å inngi reviderte tilbud etter at det er gjennomført forhandlinger. Dette spørsmålet må ikke forveksles med spørsmålet om det eksisterer en ubetinget forhandlingsplikt for alle som inngir tilbud. Formålet med forhandlingene er jo nettopp at det skal lede til at det inngis et bedre tilbud enn det som ville kommet uten forhandlingene. Dersom det ikke alltid skulle være anledning til å inngi reviderte tilbud etter forhandlinger, ville ikke dette formålet kunne oppnås.

Kjernen i kravet til reelle forhandlinger er etter dette at leverandørene må få en reell mulighet til å forbedre tilbudet sitt gjennom forhandlinger, og at man i forhandlinger ikke kan gi en leverandør større mulighet til å forbedre tilbudet sitt enn de andre leverandørene. En ser at kravet til reelle forhandlinger danner et utgangspunkt. Dersom dette kravet skal sikres må likebehandlingsprinsippet og veiledningsplikten overholdes i forhandlingene.

⁷⁰ Dragsten, s. 548.

⁷¹ Se også veiledningsplikten punkt 3.3.

⁷² Thue, Buan og Røed Brun s. 346.

3.2.1 Likebehandlingsprinsippet

Det er vist i punkt 3.2 at likebehandlingsprinsippet må overholdes for å sikre kravet til reelle forhandlinger. I dette kapitlet skal det redegjøres for hvilken betydning kravet til likebehandling har for forhandlingene.

Både §§11-8 (3) og 20-11 (5) stiller et eksplisitt krav til likebehandling og viser til § 3-1 der også kravet til likebehandling fremgår. Prinsippet fremgår også av lovens § 5.

Utgangspunktet for likebehandlingsprinsippet er at oppdragsgiver må gi likeverdig informasjon, og likeverdige muligheter til å forbedre sitt tilbud. Dette illustrerer også sammenhengen med kravet til reelle forhandlinger. For at en leverandør skal ha likeverdige muligheter til å forbedre sitt tilbud, må oppdragsgiver gi likeverdig informasjon. Det kan ikke kreves en absolutt likebehandling der alle leverandører får lik informasjon, men den må være lik i kvalitet.⁷³ Hver leverandør står fritt til å levere inn de tilbud de ønsker, og forhandlingene vil derfor normalt forløpe forskjellig avhengig av tilbudet som er inngitt. Oppdragsgiver kan også ønske å føre en til dels forskjellig forhandlingsstrategi overfor de ulike leverandørene.⁷⁴ Oppdragsgivers taushetsplikt og hemmeligholdelsesplikt vil også sette grenser for hva slags informasjon oppdragsgiver kan meddele leverandørene.

KOFA drøftet likebehandling i forbindelse med den informasjon som oppdragsgiver gir til leverandørene i en sak fra 2007.⁷⁵ I konkurransegrunnlaget var det opplyst at prisen skulle angis i prosent av forvaltet volum. Før de endelige tilbudene fra leverandørene var inngitt, meddelte oppdragsgiver valgte leverandør at fastpris likevel ville godtas. Klagenemda uttalte at ”forutsetningene for prissetting kan være utslagsgivende i en anbudskonkurranse. Det at tilbyderne har mottatt forskjellig informasjon om forutsetningene for prissettingen virker da også konkurransevridende. Når innklagede på denne måten har unnlatt å opplyse klager om at også tilbud med fastpris vil godtas, men godtatt det overfor valgte leverandør, er anskaffelsen gjennomført i strid med prinsippet om likebehandling”.

For at det skal kunne gjennomføres gode forhandlingsmøter vil det gjerne være ønskelig for partene å forberede seg. Ettersom det følger av likebehandlingsprinsippet at alle leverandører skal få likeverdige muligheter for å forbedre sitt tilbud, vil dette medføre at leverandørene

⁷³ Goller, s. 77.

⁷⁴ KOFA sak 2005/173 premiss 37.

⁷⁵ KOFA 2006/54.

skal få like lang tid til å forberede seg til forhandlinger. Dette ble også bekreftet av KOFA i en sak fra 2012.⁷⁶ Leverandøren anførte at kravet til likebehandling var brutt ved at det var ulikt tidsrom den enkelte leverandør fikk til å forberede seg fra den opprinnelige tilbudsfristens utløp til forhandlingene. Klagenemnda ser ut til å oppstille en hovedregel om at det skal gis noenlunde lik forberedelsestid. I den konkrete saken var likevel ikke kravet til likebehandling brutt fordi i en ”omfattende konkurranser som den foreliggende må det imidlertid, etter nemndas syn, aksepteres at det foreligger et visst tidsspenn mellom forhandlingene med de ulike tilbyderne (...) På den annen side ble det ikke gjennomført omfattende forhandlinger og ingen av tilbyderne fikk bestemte oppgaver å forberede til forhandlingene. Det var videre kun leverandørens tilbud som ble gjennomgått under forhandlingsmøtet”. At det i slike situasjoner ikke er i strid med likebehandlingsprinsippet å gi ulik tid til forberedelse vil være i tråd med utgangspunktet. Der det ikke gjennomføres omfattende forhandlinger med noen av leverandørene, ingen av leverandørene får bestemte oppgaver å forberede til forhandlingene samt at det kun er leverandørens tilbud som blir gjennomgått på forhandlingsmøtet vil ikke den ulike forberedelsestiden føre til at det gis ulike muligheter til å forbedre tilbudet.

At like tilfeller skal behandles likt medfører at ulike tilfeller skal behandles ulikt. I saker C-21/03 og C-34/03 Fabricom uttalte EU-domstolen at ”likebehandlingsprinsippet krever, at ensartede forhold ikke må behandles forskjelligt og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, med mindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet”.

Fabricom-dommen kan dermed ses som en presisering av likebehandlingsprinsippet ved at saklig og objektiv forskjellsbehandling aksepteres. Saklig og objektiv forskjellsbehandling er også akseptert av KOFA.⁷⁷ Dette vil i praksis medføre at det må gjøres en konkret vurdering av prosessen mellom oppdragsgiver og hver enkelt leverandør, sett opp mot tilbudet og konkurransegrunnlaget.

En må vurdere om tilfellene en har foran seg er sammenlignbare før en kan konstatere at det kan gis ulik informasjon til tilbyderne. I juridisk teori er det som tidligere nevnt slått fast at informasjonen må være lik i kvalitet, med andre ord må oppdragsgiver bruke de samme representantene i forhandlinger og det må brukes like lang tid i forhandlingsmøter. Der oppdragsgiver gjennom forhandlingene gir uttrykk for at det kan være aktuelt å godta fastpris

⁷⁶ KOFA 2010/299.

⁷⁷ For eksempel KOFA 2011/128, premiss 22.

i stedet for en annen prissettingsmodell slik det ble gjort i KOFA sak 2006/54, bør oppdragsgiver bruke like store ressurser på å forhandle om dette med alle leverandørene.⁷⁸

Hvis det derimot er slik at en leverandør stiller svakt på kvalitet, mens den andre leverandøren stiller svakt på pris bør en i så stor grad som mulig bruke like mye ressurser på å forhandle om henholdsvis pris og kvalitet, men den informasjonen som gis vil nødvendigvis være ulik fordi tilbudene er ulike og det ikke er sammenlignbare tilfeller.⁷⁹ I et slikt tilfelle vil forskjellsbehandlingen være saklig og objektiv. Dersom oppdragsgiver mer eller mindre skulle gi opp leverandøren som stiller svakt på pris, men på den annen side bruke store ressurser på den leverandøren som stiller svakt på kvalitet, vil dette være en forskjellsbehandling i strid med regelverket.

KOFA aksepterte forskjellsbehandling i sak 2010/299, premiss 85 til 87. Saken dreide seg om hvorvidt oppdragsgiver hadde brutt kravet til likebehandling ved at leverandørene ikke hadde fått like lang tid til å forberede seg fra tilbudsfristens utløp til forhandlingene. I begrunnelsen uttales det at ”i omfattende konkurranser som den foreliggende må det imidlertid, etter nemdas syn aksepteres at det foreligger et visst tidsspenn mellom forhandlingene med de tilbyderne. På den ene side kan dette utgjøre en fordel, ved at enkelte leverandører fikk forberedt seg over lengre tid til forhandlingene, og således kunne bruke mer tid på å utarbeide forhandlingsstrategier. På den annen side ble det ikke gjennomført omfattende forhandlinger og ingen av tilbyderne fikk bestemte oppgaver å forberede til forhandlingene. Det var videre kun leverandørens tilbud som ble gjennomgått under forhandlingsmøtet. I dette tilfellet fikk også samtlige tilbydere mer enn tre måneder på å forberede seg til forhandlingsmøtet... Det faktum at noen tilbydere ytterligere tid til å forberede seg kan da etter nemdas vurdering ikke tillegges avgjørende vekt. På denne bakgrunn kan forskjellene ikke anses i strid med likebehandlingsprinsippet.”

Også av denne avgjørelsen er det tydelig at selv om det har vært forskjeller i forberedelsen, har selve forhandlingene kvalitativt vært like. Det er på denne bakgrunn at KOFA aksepterer forskjellsbehandlingen. En situasjon med mange tilbydere og som skal få nøyaktig like lang tid til å forberede seg, vil bety at forhandlingene ville måtte foretas samtidig, noe som neppe er særlig praktisk.

⁷⁸ Goller, s. 77

⁷⁹ Goller, s. 77.

Som tidligere nevnt er ikke likebehandlingsprinsippet til hinder for at det kan velges en unik forhandlingsstrategi overfor de ulike leverandørene. Det er imidlertid lagt til grunn i forarbeidene at prisene på tilbudene som er inngitt ikke kan brukes til å presse prisen ned på de andre tilbudene. Et grensetilfelle var KOFA sak 2005/173. En leverandør ble bedt om å senke prisene på sitt tilbud 140% til 130%, mens den andre leverandøren fikk informasjon om at det forelå et bedre tilbud enn klagers reviderte tilbud. Det var dermed gitt ulik informasjon til leverandørene. I begrunnelsen uttales det at ”ulike tilbud vil også etter omstendighetene tilsi variasjoner i valgt forhandlingsstrategi i forhold til den enkelte leverandør. Uansett må oppdragsgiver sørge for at tilbyderne *får likeverdig informasjon, og likeverdige muligheter til å forbedre sitt tilbud.*⁸⁰ Innklagedes forhandlingsutspill overfor SRI var motivert ut fra et ønske om å få en ytterligere prisreduksjon, mot til gjengjeld å øke volumrammen. Når klager i dette tilfellet ble opplyst at SRIs reviderte tilbud (...) var bedre enn klagers tilbud av samme dato, og klager visste at SRI hadde levert enda et revidert tilbud etter dette finner klagenemnda at klager fikk tilstrekkelig mulighet og oppfordring til å redusere sine priser. Sett hen til at klager lå prismessig langt over SRI, og ut i fra at dette er naturlig at innklagede valgte forskjellig forhandlingstaktikk overfor de to tilbyderne, kommer klagenemnda til at innklagede ikke har brutt kravet til likebehandling ved forhandlingene. Klagenemnda vil likevel understreke at denne saken må betegnes som et grensetilfelle.” Klagenemnda aksepterte altså at det ble gitt ulik informasjon til de to leverandørene, men kom frem til at denne kvalitativt sett var likeverdig og således var ulikheten et utslag av forhandlingsstrategien. Det fremgår også at de to tilfellene ikke var sammenlignbare fordi det ene tilbudet lå langt over det andre med tanke på pris.

3.3 Veiledningsplikt

Veiledningsplikten er en del av kravet til reelle forhandlinger som vist under punkt 3.1. Dersom en skal kunne sikre at leverandørene har en reell mulighet til å forbedre sine tilbud, må leverandørene gjøres oppmerksom på hva som kan forbedres. Uten en veiledningsplikt ville oppdragsgiver kunne risikere at leverandørene selv ikke ser svakheter ved sine egne tilbud, og dermed ikke oppnå målsettingen om så gode tilbud som mulig. I dette kapittelet skal det redegjøres for hva som ligger i denne veiledningsplikten.

⁸⁰ Min kursivering.

3.3.1 Utgangspunkter

Utgangspunktet for veiledningsplikten er at den gjelder overfor forbedringspunkter ved leverandørens tilbud.⁸¹ Dette ble slått fast av KOFA i en sak fra 2009.⁸² I leverandørens tilbud var det ikke angitt hvilken olje de hadde tenkt til å bruke. Leverandøren anførte at oppdragsgiveren burde ha opplyst leverandøren om hvilken olje som ble ansett som den mest miljøvennlige, eller oppfordret leverandøren til å angi hvilken olje de ville bruke i tilbudet. Konkurransesgrunnlaget inneholdt videre et punkt om bruk av olje, og opplysninger om at dette ville bli vurdert under miljøkriteriet. Klagenemnda la vekt på at oppdragsgiver hadde påpekt at leverandørens tilbud ikke besvarte tildelingskriteriene oppdragsforståelse og miljø godt nok. Videre hadde oppdragsgiver rådet leverandøren til å se på punktene i konkurransegrunnlaget som omhandlet hva som ville bli vektlagt under de to tildelingskriteriene. Etter klagenemndas vurdering var disse påpekningene tilstrekkelige til at veiledningsplikten var oppfylt. Avgjørelsen viser at anførselen om at oppdragsgiver skulle ha en plikt til å opplyse leverandøren om hvilken olje som ble ansett som den mest miljøvennlige ikke ble tatt til følge av klagenemnda. Dette ville i så fall ført til en plikt til å ikke bare påpeke forbedringspunkter ved tilbudene, men også en mer aktiv opplysningsplikt. Det var tilstrekkelig at leverandøren ble gjort oppmerksom på hva som ble tillagt vekt under tildelingsvurderingen.⁸³

Kravet til likebehandling og reelle forhandlinger fører til at leverandørene skal motta likeverdig veiledning angående deres tilbud i forhold til tildelingskriteriene.⁸⁴ I KOFA sak 2005/125 hadde den ene leverandøren fått tydelig og klar mulighet til å revurdere prisen i tilbudet, mens den andre leverandøren ikke hadde blitt gitt den samme muligheten. Den valgte leverandøren fikk beskjed om at leverandørene sto tilnærmet likt på de andre kriteriene enn pris, og at pris derfor ville bli avgjørende. Poenget i denne avgjørelsen var ikke vekten av tildelingskriteriene, men hva som var innholdet i de enkelte tilbudene og dermed hvilke punkter som kunne forbedres. KOFA kom til at dette var et brudd på likebehandlingsprinsippet. Der tilbudene er svært like vil behandles nærmere i punkt 3.3.3.

I utgangspunktet er det leverandørene som er ansvarlig for utformingen av tilbudene. Det har imidlertid vært tilfeller der oppdragsgivers veiledningsplikt har blitt skjerpet overfor dette

⁸¹ Dragsten, s. 553.

⁸² KOFA 2008/136.

⁸³ Premiss 91-96.

⁸⁴ Dragsten, s. 553-554.

dersom oppdragsgiveren har opptrådt på en måte som er i disfavør av en leverandør. KOFA sak 2013/113 gjaldt et NAV-kontors anskaffelse av et arbeidsmarkedstiltak. I det første forhandlingsmøtet fikk den ene leverandøren beskjed om at hans pris var lav, noe som medførte at prisen ble økt. Under det samme forhandlingsmøtet ble det fremhevet at det var viktig for klageren å være konkurransedyktig på pris for ikke å tape konkurransen. Ved det andre forhandlingsmøtet ble ikke prisen på tilbudet diskutert annet enn at oppdragsgiver bekreftet at den fortsatt kunne endres. Leverandøren som fikk beskjed om at prisen var noe lav, tapte konkurransen fordi to andre tilbydere hadde levert tilbud med en lavere pris. Leverandøren anførte at oppdragsgivers veiledningsplikt var skjerpet fordi det var innklagede som oppfordret klager til å øke prisen og fikk medhold i dette. Klagenemnda uttalte at ”utgangspunktet er at det er tilbyder som har risikoen for utformingen av tilbudet. Ved at innklagede oppfordret klager til å øke prisen fikk imidlertid innklagede en klar foranledning til å kommentere pris i det neste forhandlingsmøtet, da klager lå an til å tape konkurransen på grunn av nettopp den økte tilbudsprisen. Da innklagede valgte ikke å gjøre dette, og klager dermed tapte konkurransen, har innklagede ikke oppfylt sin veiledningsplikt etter forskriften § 11-8 (3).”

I forlengelsen av dette må oppdragsgiver sørge for å gi tilstrekkelig veiledning slik at det er mulig å gi sammenlignbare tilbud. Dette vil spesielt gjelde der det er forhold hos oppdragsgiver som er årsaken til uklarhetene.⁸⁵ KOFA sak 2003/171 var det tvil om hvordan tilbudene skulle forstås med hensyn til øvre kostnadsramme, timepris og timeforbruk. Dette skyldtes hovedsakelig at tilbudsskjemaet og konkurransegrunnlaget skapte tvil om dette var en fastpriskontrakt eller en kontrakt basert på honorering for medgått tid. Dette førte til at de innkomne tilbud ikke var sammenlignbare. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde plikt til å presisere tilbudsskjemaet og konkurransegrunnlaget, og de måtte legge rette for at leverandørene kunne revurdere sine tilbud.

3.3.2 Forhold av vesentlig eller avgjørende betydning

Det er lagt i grunn i en rekke KOFA-saker at veiledningsplikten gjelder overfor forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i tildelingsvurderingen.⁸⁶ Dette harmonerer godt med at veiledningsplikten springer ut av kravet til reelle forhandlinger. For at

⁸⁵ Dragsten, s. 554.

⁸⁶ Se for eksempel KOFA 2008/123, 2012/47 og 2011/131.

leverandørene skal få reelle muligheter til å forbedre tilbudet sitt, må oppdragsgiver påpeke forhold ved tilbudet som er vesentlig for den avgjørelsen oppdragsgiver senere skal ta. Vurderingen av hva som er av vesentlig eller avgjørende betydning vil variere fra anskaffelse til anskaffelse, alt etter hvordan tildelingskriteriene vektes og innholdet i tilbudene.

Dersom oppdragsgiver på forhånd bestemmer seg for prioriteringen eller vektingen av kriteriene vil det være en enklere å vite hvilke forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning ved tildelingsvurderingen. Dersom det derimot ikke fremgår av konkurransegrunnlaget hvordan de ulike kriteriene vil vektes, må dette få den konsekvens at oppdragsgiver må være særlig påpasselig med å påpeke overfor leverandørene under forhandlingene hvilke forbedringspunkter i tilbudet som vil tillegges vesentlig eller avgjørende betydning. Dette vil imidlertid ikke gjelde for anskaffelser etter del III der det følger av § 22-2 (2) at ”oppdragsgiver skal angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene”.

KOFA slo fast at oppdragsgiver hadde brutt plikten til å påpeke forhold av vesentlig eller avgjørende betydning i en sak fra 2012.⁸⁷ I saken var det gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale om arbeidsmarkedstiltak. I tildelingsvurderingen ble kvaliteten på de inngitte tilbudene vektlagt særlig. I forhandlingsmøtene med leverandøren som klaget, hadde imidlertid oppdragsgiver kun påpekt pris som et forbedringspunkt. Ettersom kvalitet var av vesentlig betydning for tildelingsvurderingen kom klagenemnda til at veiledningsplikten var brutt.

3.3.3 Jevn totalscore

Som vi tidligere har sett, har oppdragsgiver en plikt til å sørge for at det kommer inn tilbud som er mulig å sammenligne. Dette er av avgjørende betydning for at det i det hele tatt skal være mulig å treffe en beslutning i tildelingsfasen. Det er tidligere vist at oppdragsgiver ikke har en plikt til å påpeke alle forbedringspunkter ved tilbudene, men kun de som er av vesentlig eller avgjørende betydning i tildelingsvurderingen. Der to eller flere tilbud har en svært jevn totalscore vil det potensielt kunne være små forskjeller ved de innkomne tilbud som avgjør hvem som tildeles kontrakten. Dersom et tilbud scorer dårlig på et tildelingskriterie som i utgangspunktet tillegges lav vekt i tildelingsfasen, vil dette kunne få

⁸⁷ KOFA 2011/1.

stor betydning der tilbudene ellers er like. Dette var situasjonen i KOFA 2009/106. KOFA slår innledningsvis fast at oppdragsgiver kan ha en plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevalueringen har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdene dermed kan bli utslagsgivende. Klagenemnda vektla blant annet at kriteriene byggetid og pris var det som skilte tilbudene. Byggetiden utgjorde 0,2 poeng og prisen 0,1 poeng. Ettersom byggetiden var et sentralt moment ved evalueringen av tilbudet, skulle oppdragsgiver påpekt at ferdigstillelsen i tilbudet var for nært opp til skolestart, slik at klager ble gitt mulighet til å forbedre sitt tilbud på dette punktet.

3.4 Forhandlinger om vesentlige avvik eller forbehold

Når det inngis tilbud i en konkurranse med forhandling, kan disse inneholde avvik eller forbehold fra konkurransegrunnlaget. Det følger av del II § 11-11 (1) d) og e) og del III § 20-13 (1) d) og e) at et tilbud et tilbud skal avvises når det inneholder ”*vesentlige forbehold* mot kontraktsvilkårene”⁸⁸ eller det inneholder ”*vesentlige avvik* fra kravsspesifikasjonen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget”⁸⁹. Det er klart at det ikke er anledning til å tildele kontrakt på grunnlag av tilbud som inneholder vesentlige avvik eller forbehold. Når konkurranseformen er konkurranse med forhandling, og det stilles krav til reelle forhandlinger og likebehandling, blir spørsmålet om det er adgang til å forhandle om disse vesentlige avvikene og forbeholdene, eller om disse må avvises med en gang de er inngitt. Gitt at det er adgang til å forhandle om avvikene må det også tas stilling til om det medfører en veiledningsplikt for oppdragsgiver overfor disse. Av plasshensyn avgrenses det mot å gå inn på når avvik eller forbehold må anses som ”vesentlig”.

3.4.1 Adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold i del III

Ettersom en konklusjon for del III ikke automatisk kan legges til grunn for del II, vil disse behandles atskilt.

⁸⁸ Min kursivering.

⁸⁹ Min kursivering.

⁹⁰ Reglene om avvisningsplikt bygger på C-243/89, Storebælt-dommen, som slår fast at likebehandlingsprinsippet krever avvisning i slike tilfeller jf. 1997: 21 s. 135, der det uttales at forslagetets bestemmelse om avvisning ”uttrykke det samme prinsipp som kom til uttrykk i denne avgjørelsen”.

Spørsmålet om det er adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold er ikke direkte løst i anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) d) og e), og det vil ses hen til andre kilder for å finne svar på problemstillingen.

Nordecon-dommen fra 2013 gjaldt problemstillingen om det kunne forhandles om et vesentlig avvik fra kravsspesifikasjonen.⁹¹ I henhold til kravsspesifikasjonen skulle midtrabatten på deler av veien ha en bredde på 13,5, mens den andre delen skulle ha en bredde på seks meter. Nordecon hadde imidlertid inngitt et tilbud der veien hadde en midtrabatt på seks meter. Nordecon, samt noen andre tilbydere fikk beskjed av oppdragsgivere om at de ville forhandle om tilbudene. Andre leverandører fikk beskjed om å endre veibredden i sine tilbud slik at den ble lik den Nordecon hadde i sitt tilbud, noe de fulgte opp. Oppdragsgiver tildelte ikke kontrakten til Nordecon. Etter flere klagerunder ble det derimot slått fast at deres tilbud skulle avvises på grunn av vesentlige avvik, og saken endte i EU-domstolen.

Domstolen henviser til kravene til likebehandling og gjennomsiktighet og uttaler at formålet med kravet til gjennomsiktighet er å ”sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighet fra den ordregivende myndigheds side”⁹². Videre heter det at oppdragsgiver er ”stadig forpliktet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsiktig måde, blive tildesat, og det formål, der er anført... ville ikke kunne blive oppfyldt”⁹³. Avslutningsvis bemerkes det at ”[h]vis det anerkendtes, at et bud, der ikke var i overensstemmelse med de bindende betingelser, kunne antages med henblikk på en forhandling, vil fastsættelsen af bindende betingelser i udbudet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighed at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige”⁹⁴. På bakgrunn av dette var det i strid med direktiv 2004/18, artikkel 30 andre ledd å forhandle om vesentlige avvik. Denne dommen trekker derfor i retning av at det ikke er adgang til å forhandle om vesentlige avvik.

EU-domstolens uttalelser i Nordecon-dommen er klare. Det kan ut i fra hensynet til likebehandling og at oppdragsgiver skal handle på en gjennomsiktig måte ikke aksepteres at det forhandles om vesentlige avvik. Dommen gjelder direkte vesentlige avvik, men det er ikke

⁹¹ C-561/12.

⁹² premiss 36.

⁹³ premiss 37.

⁹⁴ premiss 38.

tvilsomt at dens resultat kan overføres til vesentlige forbehold ettersom de samme hensyn gjør seg gjeldende.

Avgjørelsen er streng og gir oppdragsgiver liten fleksibilitet. Det er lagt til grunn av både Dragsten og Thue, Buan og Røed Brun at det er adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold.⁹⁵ Det vil derfor ses hen til det nye direktivet for å se hva dette sier om spørsmålet.

I artikkel 29, nr. 1 at det skal angis konkurransegrunnlaget hvilke av ”beskrivelsens elementer de definerer som minimumskrav, som skal oppfylles i alle tilbud”. Videre heter det i nr. 3 at ”minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke gjenstand for forhandling.” I nr. 7 uttrykkes det at ”de ordregivende myndigheter kontrollerer, at de endelige tilbud oppfyller minimumskravene”. I det nye direktivet er det regulert at det skal fremgå eksplisitt hva som anses som minimumskrav. Nr. 3 kan se ut til å slå fast at det ikke skal forhandles om disse minimumskravene, mens artikkel 7 kan se ut til å slå fast at det kun er de endelige tilbudene som må oppfylle minimumskravene. Det er dermed usikkert om det vil være adgang til å forhandle om avvik fra krav etter det nye direktivet.

Det er klart at hensynet til størst mulig konkurranse vil tilsi at det skal være adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold jf. lovens § 5. Situasjonen kan være den at det blir inngitt et tilbud som inneholder et vesentlig avvik eller forbehold, men at tilbudet ellers vil være en god løsning for oppdragsgiver. Dersom oppdragsgiver skal være avskåret fra å forhandle med leverandøren i disse tilfellene, kan oppdragsgiver potensielt miste det ellers beste tilbudet. Det vil derfor kunne argumenteres med at det i en slik situasjon vil være hensiktsmessig at oppdragsgiver har adgang til å forhandle om det vesentlige avviket eller forbeholdet.

Likevel er det også hensyn som taler i mot en slik adgang, jf. hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet slik det er lagt frem i Nordecon-dommen. Også hensynet til forutberegnelighet for leverandørene kan tale for at oppdragsgiver ikke kan forhandle i slike tilfeller. Dersom noe angis som et viktig krav eller et vilkår i konkurransegrunnlaget vil det

⁹⁵ Dragsten uttaler at ”veiledningsplikten omfatter også å påpeke avvik som oppdragsgiver mener er vesentlige” noe som forutsetter en adgang til å forhandle, s. 553. Thue, Buan og Røed Brun uttaler på s. 686 at ”gode grunner taler derfor for at oppdragsgiver har en plikt til å påpeke dette i forhandlingene, med mindre forholdet fremstår som åpenbart”.

være nærliggende for leverandørene å anta at dette ikke er noe oppdragsgiver er villig til å inngå i forhandlinger om.

Etter dette kan det ikke konkluderes klart på spørsmålet om det er adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold etter del III.

Imidlertid er det gode grunner som taler for å tillate at det forhandles om vesentlige avvik eller forbehold. Hensynet til likebehandling kan ikke trekkes for langt. De leverandører som har inngitt tilbud vil sannsynligvis ha et bedre utgangspunkt for å få tildelt kontrakt, enn de som inngir avvikende tilbud. Dersom det vesentlige avviket eller forbeholdet ikke forhandles bort er det klart at det ikke kan tildeles kontrakt på grunnlag av tilbud med vesentlige avvik eller forbehold. Det kan derfor stilles spørsmålsteget ved om det er noen som blir skadelidende ved at det kan forhandles om vesentlige avvik eller forbehold.

Det fremstår også som en dårlig utnyttelse av ressurser dersom oppdragsgiver ikke engang skal få muligheten til å forhandle om et ellers godt tilbud, fordi det inneholder et vesentlig avvik eller forbehold. Det kan kanskje innvendes at når tilbudet inneholder et vesentlig avvik eller forbehold vil det i mange tilfeller være en dårlig løsning for oppdragsgiver uansett. Det er i alle tilfeller ikke snakk om en plikt til å forhandle om disse, men en adgang.

3.4.2 Adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold i del II

Som tidligere nevnt er ikke spørsmålet om det er adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold løst i anskaffelsesforskriften, og det vil sees hen til andre kilder for å finne svar på problemstillingen.

KOFA behandlet spørsmålet om det kunne forhandles om vesentlige forbehold eller avvik i en sak fra 2012.⁹⁶ I saken hadde oppdragsgiver kunngjort en konkurranse med forhandling om en oppføring av en flerbrukshall. I det opprinnelige konkurransegrunnlaget var det et krav om at den nye hallen skulle ha forbindelse til det eksisterende bygget, og leverandørens opprinnelige tilbud oppfylte dette kravet. Oppdragsgiver endret etter hvert konkurransegrunnlaget, og leverandøren la til grunn at det ikke lenger var krav om det skulle være forbindelse mellom bygningen og hallen. KOFA kom på sin side til at det også etter endringene skulle være forbindelse mellom hallen og bygningen, og slo fast at det reviderte

⁹⁶ KOFA 2012/47.

tilbudet inneholdt et vesentlig avvik, og at dette som utgangspunkt skal lede til avvisning etter § 11-11(1) e).⁹⁷

Til tross for dette utgangspunktet uttaler klagenemnda at "[e]ttersom forskriften § 11-11 (1) bokstav e medfører plikt til å avvise tilbud som etter gjennomføringen av forhandlinger inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen." Det interessante i denne sammenheng er at klagenemnda tolker § 11-11 (1) e) slik at den oppstiller et krav til å avvise tilbud som *etter* gjennomføringen av forhandlinger inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen.

Det kan bemerkes at det i saken var inngitt et tilbud som i utgangspunktet ikke inneholdt noe avvik fra kravspesifikasjonen, slik at det kan stilles spørsmålsteget ved om den har overføringsverdi til tilfeller der det inngis innledende tilbud med avvik eller forbehold.

Klagenemnda tar opp spørsmålet om oppdragsgiver kunne gjøre endringene i konkurransegrunnlaget, men dette er etter at de har slått fast at plikten til å avvise vil gjelde etter det er gjennomført forhandlinger og på en slik måte at det ikke fikk betydning for sakens utfall.

Denne avgjørelsen trekker derfor i retning av at det er adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold etter del II.

At det er adgang til å forhandle om vesentlige avvik ble også lagt til grunn i en senere avgjørelse fra KOFA.⁹⁸ En klage fra en leverandør ble avvist under henvisning til at "innklagede uansett hadde adgang til å la valgte leverandør rette opp i dette ved gjennomføringen av forhandlingene", og KOFA fant det derfor unødvendig å ta stilling til om avviket var vesentlig.⁹⁹ Videre legger KOFA til grunn at dette følger direkte av §11-8 (2) der det heter at det kan forhandles om "alle sider" ved tilbudene.

Etter dette er det nærliggende å konkludere med at nåværende rettstilstand innebærer en adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold etter § 11-8 (2), og at dersom det etter forhandlingene fortsatt er vesentlige avvik eller forbehold, skal tilbudet avvises etter § 11-11 (1) d) og e). I de tilfeller oppdragsgiver velger å ikke forhandle, vil løsningen være at de innledende tilbud kan avvises som følge av vesentlige avvik eller forbehold.

⁹⁷ premiss 35-43.

⁹⁸ KOFA 2011/261.

⁹⁹ Premiss 29.

Det neste spørsmålet er hvorvidt dette vil endre seg etter de nye reglene trer i kraft. Forenklingsutvalgets forslag til nye regler for del II som vil tre i kraft første halvdel av 2016, uttaler at ”oppdragsgivere bør ha mulighet til å søke å bortforhandle også vesentlige avvik for anskaffelser omfattet av den nasjonale delen av regelverket. Gis en slik adgang, vil man kunne unngå avvising og dermed oppnå størst mulig grad av konkurranse. Dette flertallet foreslår derfor at det i bestemmelsen slås fast at *oppdragsgivere kan vente med å foreta en vurdering av om en leverandør skal avises på grunn av vesentlige avvik, til eventuelle forhandlinger har vært gjennomført. Det tilbudet som til slutt aksepteres må naturligvis ikke inneholde noen vesentlige avvik. Flertallet understreker at oppdragsgiver alltid vil kunne fatte sin avvinningsbeslutning basert på det opprinnelige tilbudet, uten å invitere til forhandlinger. Et tilbud som inneholder vesentlige avvik vil altså alltid kunne avvises uten videre.*¹⁰⁰ Dette harmonerer også godt med prinsippet om at leverandøren bærer risikoen for innholdet i sitt tilbud.”¹⁰¹ Etter at de nye reglene trer i kraft vil det også være adgang til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold, og at dersom det etter forhandlingene fortsatt er vesentlige avvik eller forbehold skal det avvises.

3.4.3 Veiledningsplikt om vesentlige avvik eller forbehold i del II

Ettersom adgangen til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold etter del III er usikker jf. punkt 3.4.1, vil det kun drøftes om det foreligger en veiledningsplikt overfor de vesentlige avvikene eller forbeholdene under forhandlinger etter del II. Forutsetningen i det videre er at oppdragsgiver velger å føre forhandlinger.

Som det er vist under punkt 3.3.2, vil det ofte foreligge en plikt til å påpeke forhold av vesentlig eller avgjørende betydning. Det er dermed naturlig at vesentlige avvik og forbehold omfattes av veiledningsplikten. Dersom adgangen til å føre forhandlinger om vesentlige avvik eller forbehold ikke skulle ledsages av en plikt til å påpeke dette, ville ikke leverandørene fått en reell mulighet til å forbedre sine tilbud.

At det foreligger en plikt til å påpeke vesentlige avvik eller forbehold er også lagt til grunn av KOFA i den tidligere nevnte avgjørelsen fra 2012.¹⁰² Her uttales det at det er naturlig at oppdragsgiver pålegges en ”plikt til å påpeke slike avvik, da dette vil ha avgjørende betydning

¹⁰⁰ Min kursivering.

¹⁰¹ NOU 2014:4, s. 230-231.

¹⁰² KOFA 2012/47.

for leverandøren.”¹⁰³ Det kan her også henvises til det som tidligere er skrevet om reelle forhandlinger og at leverandørene skal få en reell mulighet til å forbedre sine tilbud.

Dersom oppdragsgiver velger å føre forhandlinger er rettstilstanden er dermed at det foreligger en veiledningsplikt overfor vesentlige avvik eller forbehold under forhandlinger etter del II.

Også etter de nye reglene vil en slik regel være gjeldende. Foreklingsutvalget drøfter ikke spørsmålet direkte, men det uttales at siktemålet med adgangen til å forhandle om vesentlige avvik og forbehold er å ”kunne unngå avvisning og dermed oppnå størst mulig grad av konkurranse”.¹⁰⁴ Dersom ikke oppdragsgiver hadde en plikt til å påpeke vesentlige avvik eller forbehold ville ikke leverandørene kunne sikre at de unngikk avvisning der det er mulig, og vi kunne dermed oppnå en lavere grad av konkurranse.

¹⁰³ Premiss 46.

¹⁰⁴ NOU 2014:4, s. 230.

4 Avslutning

4.1 Oppsummering og kommentarer

Oppgaven har vist at konkurranse med forhandling er en anskaffelsesform som kan gi oppdragsgiver fleksibilitet underveis i prosessen, og dermed være velegnet til i alle fall mer komplekse varer og tjenester enn klassiske ”hyllevarer”.

Det er i punkt 2.1 vist at konkurranse kan forløpe over flere faser og vi har sett i punkt 2.2 flg. at det i visse tilfeller kan være en valgfrihet for oppdragsgiver om det må gjennomføres forhandlinger eller ikke. I punkt 2.3 er det vist at kravet til reell konkurranse trolig vil medføre at det normalt må forhandles med tre leverandører, men at dette kan avvikes ved en konkret vurdering. I punkt 3.1 er det vist at det kan forhandles om alle sider ved tilbudene. Kravet til reelle forhandlinger og likebehandlingsprinsippet er behandlet særskilt i punkt 3.2 og 3.3. Det er likevel vist at disse, samt de andre grunnleggende prinsippene vil få betydning for et vidt spenn av spørsmål knyttet til konkurranse med forhandling, bl.a. om det kan forhandles om vesentlige avvik eller forbehold i punkt 3.4 flg. og om det foreligger en forhandlingsplikt for oppdragsgiver slik vi har sett i punkt 2.2 flg.

Vi har sett at Forenklingsutvalget foreslår og det fremgår av det nye EU-direktivet at oppdragsgiver gis en større fleksibilitet bl.a. med tanke på om det må føres forhandlinger eller ikke. Forutsetningen for dagens regelverk var, i alle fall for del II, konkurranse med forhandling skulle gis en betydelig grad av fleksibilitet i prosessen. Likevel er det særlig gjennom kravet til reelle forhandlinger og likebehandlingsprinsippet stilt til dels svært konkrete krav til prosessen i stort og innholdet i forhandlingene. Det kan derfor hevdes at reglene har utviklet seg til å bli mer detaljerte enn det som opprinnelig var tanken.

Som oppgaven har vist er det også punkter som etter dagens regelverk fremstår uklare, blant annet om oppdragsgivers forhandlingsplikt og muligheten til å forhandle om vesentlige avvik eller forbehold. Dette er imidlertid uklarheter som har utviklet seg gjennom praksis, men spørsmålet som regelverket ikke gir noe klart svar på.

Sett i lys av dette kan den revisjon av regelverket som nå er på trappene være heldig.

Litteraturliste

Lover

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

Forskrifter

Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288

Forarbeider

NOU 1997 : 21 ”Offentlige anskaffelser”

NOU 2014 : 4 ”Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket”

Høringsnotater

Moderniseringsdepartementets høringsnotat, Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser

Veileder

Fornyings- og Administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, oppdatert 2013

Praksis

Høyesterett

Rt. 2007 s. 983.

Lagmannsrett

LB-2014-058107

Klagenemda for offentlige anskaffelser

KOFA saksnummer 2003/171

KOFA saksnummer 2004/24

KOFA saksnummer 2004/124

KOFA saksnummer 2004/182

KOFA saksnummer 2005/125

KOFA saksnummer 2005/129

KOFA saksnummer 2005/173

KOFA saksnummer 2005/243

KOFA saksnummer 2006/54

KOFA saksnummer 2007/134

KOFA saksnummer 2007/154

KOFA saksnummer 2008/59

KOFA saksnummer 2008/123

KOFA saksnummer 2008/136

KOFA saksnummer 2008/170

KOFA saksnummer 2009/106

KOFA saksnummer 2009/254

KOFA saksnummer 2010/96

KOFA saksnummer 2010/299

KOFA saksnummer 2011/1

KOFA saksnummer 2011/120

KOFA saksnummer 2011/128

KOFA saksnummer 2011/131

KOFA saksnummer 2011/261

KOFA saksnummer 2012/47

KOFA saksnummer 2013/113

KOFA saksnummer 2013/141

KOFA saksnummer 2014/24

EU- og EØS-kilder

Direktiver

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

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

Praksis fra EU-domstolen

C-243/89 (Storebælt)

C-21/03 og C-34/03 (Fabricom)

C-561/12 (Nordecon)

Bøker

Dragsten, Marianne H., "Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger", Oslo, 2013

Goller, Morten, "Anskaffelsesrett i et nøtteskall", Oslo, 2014

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