

**Hvilke forpliktelser har oppdragsgiver i lys av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 ved anskaffelser under nasjonal terskelverdi**

**Kandidatnummer: 122**

**Antall ord: 13917**



**JUS399 Masteroppgave**

**Det juridiske fakultet**

**UNIVERSITETET I BERGEN**

**[08.06.2020]**

# Innholdsfortegnelse:

Innholdsfortegnelse.....	2
<b>1 Innledning.....</b>	<b>4</b>
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet.....	6
1.3 Rettskildesituasjonen for del 1-anskaffelsene.....	7
1.4 Generelt om prinsippene i anskaffelsesloven § 4.....	9
<b>2 Prinsippenes uklare innhold og utfordringer det kan føre med seg.....</b>	<b>11</b>
2.1 Konkrete vurderinger.....	11
2.2 Utfordringer med å navigere etter prinsippene.....	11
2.3 Slutninger fra regler i anskaffelsesforskriftens del II og III.....	12
<b>3. Særlige problemstillinger ved del I-anskaffelser .....</b>	<b>13</b>
<b>3.1 Kunngjøringsplikt/offentliggjøring.....</b>	<b>13</b>
3.1.1 Problemstillingen og relevante prinsipper.....	13
3.1.2 EU-domstolen: Plikt til å skape passende grad av offentlighet.....	13
<b>3.2 Hvor mange leverandører må inviteres til konkurransen?.....</b>	<b>14</b>
3.2.1 Problemstilling og relevante prinsipper.....	14
3.2.2 Tilfeller hvor det er tilstrekkelig å kontakte bare en leverandør.....	14
3.2.3 Momenter i interesseavveiningen av hvor mange som skal/bør inviteres.....	15
<b>3.3 Når plikter oppdragsgiver å utjevne en konkurransefordel?.....</b>	<b>17</b>
3.3.1 Problemstillingen og relevante prinsipper.....	17
3.3.2 Plikt til å utjevne konkurransefordel i visse tilfeller.....	18
3.3.3 Når inntreer en aktivitetsplikt til å utjevne en konkurransefordel?.....	18
<b>3.4 Hvilke klarhetskrav stilles i forbindelse med utforming av konkurranse dokumenter?.....</b>	<b>21</b>
3.4.1 Problemstilling og relevante prinsipper.....	21
3.4.2 Forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.....	21

3.4.3	Hvordan vurdere om tilbyder har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud?.....	22
3.4.4	Avklaringer kan gi et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.....	23
3.4.5	Usikkerhet kommer frem av konkurransegrunnlaget.....	25
3.4.6	Tildelingskriterier er ikke angitt i konkurransegrunnlaget.....	26
<b>3.5</b>	<b>Hvilke grenser gjelder for avklaring av tilbud og når har oppdragsgiver en avklaringsplikt knyttet til innholdet av tilbudet?.....</b>	<b>27</b>
3.5.1	Problemstilling og relevante prinsipper.....	27
3.5.2	Avklaringsadgang for del II og III-anskaffelser.....	28
3.5.3	Avklaringsplikt: Ikke noe alminnelig krav om å avklare forhold ved tilbudet.....	29
3.5.4	Spesiell foranledning for at det skal oppstå plikt til å avklare tilbyders tilbud.....	30
<b>3.6</b>	<b>Hvilke klarhetskrav stilles til oppdragsgiver ved evaluering av tilbud?.....</b>	<b>31</b>
3.6.1	Problemstilling og relevante prinsipper.....	31
3.6.2	Tolke tildelingskriteriene på samme måte i hele anskaffelsesprosessen.....	31
3.6.3	Evaluering etter kriterier som ikke er kommunisert på forhånd.....	34
<b>3.7</b>	<b>Når plikter oppdragsgiver å avvise et tilbud?.....</b>	<b>36</b>
3.7.1	Oppdragsgiver kan etter omstendighetene ha en avvisningsplikt.....	36
3.7.2	Når er et avvik mellom tilbud og konkurransegrunnlag vesentlig?.....	36
3.7.3	Avvisningsplikt ved for sent innkommet tilbud?.....	38
<b>4</b>	<b>Oppsummering.....</b>	<b>40</b>
<b>5</b>	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>41</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

I offentlig sektor så brukes det over fem hundre milliarder kroner hvert år på innkjøp<sup>1</sup>. Når det offentlige som oppdragiver foretar innkjøp er det omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Men hvilke regler som kommer til anvendelse og hvilke forpliktelser oppdragsgiver må overholde varierer med anskaffelsens anslåtte verdi. For anskaffelser med en anslått verdi som er lik eller overstiger 1,3 millioner kroner så må offentlige innkjøpere overholde mange konkrete og detaljerte regler i anskaffelsesforskriftens del II og III<sup>2</sup>. En stor andel av offentlige innkjøp gjelder derimot anskaffelser med anslått verdi under 1,3 millioner kroner, det som kalles for nasjonal terskelverdi. For anskaffelser under nasjonal terskelverdi er det kun Lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr.73 (anskaffelsesloven) og forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften) del I som kommer til anvendelse. For disse anskaffelsene så er det i stor grad prinsippene i anskaffelsesloven § 4 som er bestemmende for hvilke plikter offentlige innkjøpere må overholde i løpet av anskaffelsesprosessen. Etter anskaffelsesloven § 4 må oppdragsgiver *«opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet»*. Siden de mer detaljerte reglene anskaffelsesforskriften del II og III ikke gjelder for del 1-anskaffelsene så blir anvendelsen av prinsippene i anskaffelsesloven § 4 helt sentrale for hvilke krav som stilles til offentlige innkjøpere som skal foreta anskaffelser under nasjonal terskelverdi.

Det er hvilke krav som kan utledes av prinsippene i anskaffelsesloven § 4 for anskaffelser under nasjonal terskelverdi som vil være tema i denne oppgaven. Jeg har på bakgrunn av en gjennomgang av praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) forsøkt å finne ut hvilke problemstillinger som gjerne går igjen for del 1-anskaffelser. På bakgrunn av dette

---

<sup>1</sup> Meld. St. 22 (2018–2019), *Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser*, s. 11 (pdf-versjon)

<sup>2</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 5 (1) og 1-1. Del II av anskaffelsesforskriften gjelder for kontrakter med en anslått verdi på minst 1,3 millioner som ikke overstiger EØS-terskelverdiene, jf. § 5-1 (2). Del III av anskaffelsesforskriften gjelder kontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene i § 5-3, hvilken terskelverdi som gjelder er avhengig av kontraktstypen. Vurderingen av kontraktens anslåtte verdi er et anslag over den samlede betaling, jf. § 5-4 (1).

er følgende problemstillinger valgt ut for nærmere behandling med hensyn til hvilke krav som kan utledes av prinsippene i anskaffelsesloven § 4 for del I-anskaffelsene.

- 1) Kunngjøringsplikt/offentliggjøring
- 2) Hvor mange leverandører må inviteres til konkurransen?
- 3) Når plikter oppdragsgiver å utjevne en konkurransefordel?
- 4) Hvilke klarhetskrav stilles i forbindelse med utforming av konkurransedokumenter?
- 5) Hvilke grenser gjelder for avklaring av tilbud og når har oppdragsgiver en avklaringsplikt knyttet til innholdet av tilbudet?
- 6) Hvilke klarhetskrav stilles til oppdragsgiver ved evaluering av tilbud?
- 7) Når plikter oppdragsgiver å avvise et tilbud?

For å svare på hvilke krav som kan utledes på bakgrunn av prinsippene i anskaffelsesloven § 4 for disse utvalgte problemstillingene, vil det først vises til at del I-anskaffelser er et aktuelt tema med stor praktisk betydning (kapittel 1.2). Siden det beror på en tolkning av prinsippene i § 4 hvilke krav oppdragsgiver må overholde ved del I-anskaffelser vil det redegjøres for relevant rettskildemateriale som kan gi tolkningsbidrag ved anvendelsen av prinsippene (kapittel 1.3 og 1.4). Siden rettskildesituasjonen preges av at prinsippene er generelt utformet og ikke regulerer spesifikke situasjoner vil det gås nærmere inn på hvilke utfordringer som kan oppstå med å navigere etter prinsippene for del I-anskaffelser (kapittel 2). I lys av dette vil det så redegjøres for hvilken adgang det er for å trekke slutninger fra konkrete regler i del II og III av anskaffelsesforskriften ved anvendelsen av prinsippene på del I-anskaffelser (kapittel 2). Deretter vil det tas utgangspunktet i de utvalgte problemstillingene og foretas en nærmere undersøkelse av hvilke krav de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 stiller i de ulike situasjonene med særlig fokus på praksis fra KOFA (kapittel 3). Til slutt kommer en kort oppsummering (kapittel 4) om problemstillingene som har vært undersøkt i kapittel 3.

Det finnes andre forskrifter enn anskaffelsesforskriften som er gitt i medhold av anskaffelsesloven. To eksempler er Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter (Konsesjonskontraktsforskriften) og Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (Forsyningsforskriften). Begge forskriftene operer i likhet med anskaffelsesforskriften med terskelverdier hvor den anslåtte verdien av kontrakten

avgjør hvilke deler av forskriftenes regler som kommer til anvendelse<sup>3</sup>. I denne oppgaven vil derimot fokuset ligge på anskaffelser som omfattes av anskaffelsesforskriften del I. I anskaffelsesforskriften del I er det i kapittel 7 enkelte bestemmelser som stiller krav til oppdragsgiver i forbindelse med anskaffelsesprosessen. Hvilke krav til oppdragsgiver som kan utledes av bestemmelsene i anskaffelsesforskriften kapittel 7 vil ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven.

## 1.2. Aktualitet

Nasjonal terskelverdi har de siste årene økt fra 500 000 til dagens nivå på 1,3 millioner. Det betyr at stadig flere anskaffelser faller utenfor de mer detaljerte reglene i del II og III av anskaffelsesforskriften. Ifølge en undersøkelse for noen år siden utgjorde anskaffelser under daværende nasjonale terskelverdi på 500 000 kroner, 42 prosent av antallet inngåtte kontrakter<sup>4</sup>. I og med at terskelverdien nå er over dobbel så høy er det rimelig anta at del I-anskaffelsene utgjør en enda større prosentandel av offentlige kontrakter enn tidligere. Itillegg til at prinsippene har fått enda større betydning for stadig flere offentlige kontrakter og dermed offentlig pengebruk, så har Regjeringen varslet at de skal evaluere hevingen av nasjonal terskelverdi<sup>5</sup>.

Økninger i nasjonal terskelverdi har vært kontroversielt. Dette skyldes blant annet at det ikke gjelder kunngjøringsplikt for del I-anskaffelser, som vi kommer nærmere tilbake til i kapittel 3.1. Siden oppdragsgiver ikke plikter å kunngjøre anskaffelsen så kan det medføre at flere bedrifter går glipp av oppdrag<sup>6</sup>. I stedet for kan oppdragsgiver kontakte noen leverandører direkte, mens andre leverandører som kunne tenkt seg oppdraget aldri får vite om det. Økninger i nasjonal terskelverdi har hengt sammen med at anskaffelsesregelverket har blitt kritisert for å være for “detaljert, komplisert og formalistisk<sup>7</sup>”. Ifølge kritikerne har kostnadene og ressursbruken ved gjennomføringen av konkurranser blitt opplevd som for

---

<sup>3</sup> Forsyningsforskriften §§ 5-1 til 5-3 og Konsesjonskontraktsforskriften § 5-1

<sup>4</sup> NOU 2014: 4, *Enklere regler – bedre anskaffelser*  
*Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.* s.4

<sup>5</sup> Meld. St. 22 (2018-2019) s.49

<sup>6</sup> NOU 2014: 4 s.124

<sup>7</sup> NOU 2014: 4, s.36

høye, spesielt i forhold til anskaffelsenens verdi. Det at regelverket er komplisert kan ifølge kritikerne føre til at det lettere skjer feil ved anvendelsen av regelverket som igjen kan lede til flere ressurskrevende klage- og rettssaker<sup>8</sup>. Det at oppdragsgiver kun skal være underlagt prinsippene i flere tilfeller istedenfor de mer detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftens del II og III er blant annet begrunnet i en oppfatning om at prinsippene gir mer fleksibilitet for innkjøpere og at det igjen vil gi bedre og mer effektive anskaffelser<sup>9</sup>.

### **1.3 Rettskildesituasjonen for del 1-anskaffelsene**

For anskaffelser over nasjonal terskelverdi så fungerer prinsippene som tolkningsmomenter ved fastleggingen av hvilke krav som stilles på bakgrunn av de enkelte bestemmelsene i anskaffelsesforskriften. Dessuten så fungerer prinsippene som selvstendig grunnlag for å utlede rettigheter og plikter hvis det ikke finnes en spesifikk regel i forskriften som regulerer den aktuelle situasjonen<sup>10</sup>. Mens for anskaffelser under nasjonal terskelverdi har derimot prinsippene en enda større selvstendig betydning enn over nasjonal terskelverdi. Det skyldes at mange av de samme problemstillingene som er regulert i del II og III av anskaffelsesforskriften også dukker opp for del 1-anskaffelsene, men her vil det være de grunnleggende prinsippene som er utgangspunktet, og ikke bare et tolkningsmoment, for hvilke plikter og rettigheter oppdragsgivere og leverandører har.

Prinsippene er derimot generelt utformet, og det kan være begrenset hvilken veiledning de gir ved løsningen av konkrete problemstillinger. På samme tid danner prinsippene selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører<sup>11</sup>. Siden ordlyden av prinsippene i seg selv kan gi begrenset veiledning er det sentralt å se hvilke andre rettslige kilder som kan kaste lys over innholdet i prinsippene. Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å regulere offentlige anskaffelser av «varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over angitte EU/EØS-terskelverdier»<sup>12</sup>. Del 1-anskaffelsene er utenfor virkeområde til de ulike anskaffelsesdirektivene i EU<sup>13</sup> (blant annet anskaffelsesdirektivet for

---

<sup>8</sup> NOU 2014: 4, s.37-38

<sup>9</sup> Prop.51 L (2015-2016) *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*, s.16

<sup>10</sup> Prop.51 L. (2015-2016) s.81

<sup>11</sup> Prop.51 L. (2015-2016) s.81

<sup>12</sup> NOU 2014: 4 s.59.

<sup>13</sup> Blant annet anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor, 2014/24/EU

klassisk sektor, 2014/24/EU), og en del av «særnorske anskaffelsesregelverket». Allikevel så har EU-domstolen i enkelte tilfeller stilt krav til anskaffelser som ikke er omfattet av direktivene på bakgrunn av prinsippene. Det betyr at praksis fra EU-domstolen kan være en relevant tolkningsfaktor ved fastleggingen av hvilke krav som prinsippene i § 4 stiller til del 1-anskaffelser.

Av forarbeidene så er *NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser forenkling av det norske anskaffelsesregelverket* av interesse. Det er utredningen bak loven om offentlige anskaffelser fra 2016. I tillegg så har man Prop.51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser. Dessuten har man innstillingen fra samme lov, Innst.358 L (2015–2016). Videre så finnes det også forarbeider fra lov om offentlige anskaffelser fra 1999<sup>14</sup>. Det er ikke gjort realitetsendringer med hensyn til prinsippenes innhold<sup>15</sup>. Ordlyd og oppbygging er derimot endret i den hensikt å klargjøre og forenkle bestemmelsen<sup>16</sup>. Det tilsier at uttalelser fra forarbeidene til loven fra 1999 kan være relevante tolkningsmomenter med hensyn til hvilke krav som kan utledes av de grunnleggende prinsippene i nåværende lov om offentlige anskaffelser § 4. Regjeringen har også skrevet en veileder til regelverket, P-2017-933 (P-933), som sier noe om innholdet i de enkelte prinsippene i § 4. I utgangspunktet har veilederen begrenset rettskildemessig vekt, men i og med at det kan være mangel på tolkningsbidrag fra prinsippenes ordlyd, forarbeider og rettspraksis kan veilederen få større praktisk betydning for utledning av plikter og rettigheter for del 1-anskaffelsene enn dens rettskildemessige vekt i utgangspunktet skulle tilsi.

Det er begrenset med rettspraksis del 1-anskaffelsene, noe som itillegg til lave kontraktsverdier, kan ha sammenheng med etableringen av KOFA som en mindre ressurskrevende tvisteløsningsalternativ<sup>17</sup>. KOFA er et rådgivende organ som behandler klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt i medhold av anskaffelsesloven<sup>18</sup>. At KOFA er et rådgivende organ vil si at partene ikke er forpliktet til å legge avgjørelsene fra KOFA til grunn. I hovedsak er det uklar ordlyd, få konkrete uttalelser i forarbeider og lite relevant rettspraksis som gjør at det åpner seg opp et rom for å bruke KOFA aktivt som

---

<sup>14</sup> NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser*, Ot.prp.nr.71 (1997–1998) *Om lov om offentlige anskaffelser* og Innst.O.nr.27 (1998–1999) *Innstilling fra næringskomiteen om lov om offentlige anskaffelser*.

<sup>15</sup> NOU 2014: 4 s.73

<sup>16</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.81

<sup>17</sup> NOU 2010: 2, *håndhevelse av offentlige anskaffelser*, s.33

<sup>18</sup> Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288, § 1



rettskilde ved anvendelsen av prinsippene i § 4<sup>19</sup>. Nemnda behandler kun saker om brudd på anskaffelsesregelverket og består av eksperter på offentlige anskaffelser<sup>20</sup>. Det gjør at uttalelsene fra KOFA får en faglig tyngde og oppleves som en troverdig kilde med hensyn til hvordan prinsippene i anskaffelsesloven § 4 skal fortolkes. I juridisk litteratur så er det blant annet uttalt at «det (er) å vente at klagenemdas uttalelser vil være en sentral rettskildefaktor ved fortolkningen av regelverket»<sup>21</sup>. Noe som har sammenheng med at den mengden klagenemdspraksis<sup>22</sup>.

#### **1.4 Generelt om prinsippene i anskaffelsesloven § 4:**

##### Konkurranssprinsippet:

Konkurranse er ifølge forarbeidene et virkemiddel for å sikre mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser<sup>23</sup>. Konkurranssprinsippet får særlig betydning under nasjonal terskelverdi hvor det ikke er kunngjøringsplikt, noe vi kommer nærmere innpå i kapittel 3.1 og 3.2<sup>24</sup>.

##### Likebehandlingsprinsippet:

Ifølge forarbeidene så innebærer likebehandlingsprinsippet at oppdragsgiver plikter å behandle samtlige leverandører likt under hele konkurransen og at forskjellsbehandling av leverandører bare unntaksvis kan forekomme. For at forskjellsbehandling kan forekomme må det etter forarbeidene og veilederen være saklig og objektivt begrunnet<sup>25</sup>. I denne oppgaven vil vi særlig komme nærmere inn på hvilke krav som kan utledes av likebehandlingsprinsippet i forbindelse med utjevning av konkurransefordel, avklaringsadgang- og plikt med hensyn til tilbudet, og krav til oppdragsgiver ved evaluering av tilbud.

---

<sup>19</sup> Anders Thue, Anne Buan, Sofia Lazaridis, og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave 2018, 2.2. metodologiske og rettskildemessige spørsmål i anskaffelsesretten, side 35

<sup>20</sup> Thue, Buan, Lazaridis, Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* (2018) s.35

<sup>21</sup> Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen, *Offentlige anskaffelser*, Kommentartutgave Bind I, Universitetsforlaget 2005, s.48

<sup>22</sup> Thue, Buan, Lazaridis og Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* (2018), s.33

<sup>23</sup> NOU 2014: 4 s.79

<sup>24</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.82

<sup>25</sup> NOU 2014: 4 s.79 og Veileder fra Nærings- og fiskeridepartementet, P-2017-933 (P-933), side 60 (Lovdata)

### Forutberegningssprinsippet:

Forutberegningssprinsippet henger sammen med det EØS-rettslige gjennomsettighetsprinsippet som innebærer en plikt til å skape tilstrekkelig åpenhet om konkurransen<sup>26</sup>. Det innebærer at konkurransen må gjennomføres på en måte som er forutsigbar for leverandørene, slik at de skal kunne stole på at den informasjonen som er gitt av oppdragsgiver om konkurransen er korrekt. Leverandørene skal settes i stand til å vurdere om de vil bruke tid og ressurser på å utarbeide tilbud<sup>27</sup>. Vi vil blant annet komme nærmere inn på hvilke krav som kan utledes av forutberegningssprinsippet i forbindelse med utforming av konkurransegrunnlag/konkurransedokumenter, avklaringsadgang- og plikt knyttet til tilbudet og evaluering av tilbud.

### Etterprøvnbarhet:

Etterprøvnbarhetsprinsippet henger tett sammen med forutberegningssprinsippet ved at oppdragsgiver må skape tilstrekkelig åpenhet om alle stadier av anskaffelsen slik at leverandørene gis mulighet til å kontrollere at de øvrige prinsippene er overholdt<sup>28</sup>. Det betyr at vurderinger og forhold som er av betydning for gjennomføringen av anskaffelsesprosessen må kunne dokumenteres slik at for eksempel deltakerne i konkurransen og et klageorgan kan få en god forståelse av hvilke vurderinger oppdragsgiver har foretatt<sup>29</sup>.

### Forholdsmessighet:

Forholdsmessighetsprinsippet regulerer gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene, og er et virkemiddel for å nå lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det innebærer at hvilke plikter og rettigheter som kan utledes av de øvrige prinsippene må ses i lys av den enkelte anskaffelses art og omfang<sup>30</sup>. Kravene til hvordan konkurransen skal gjennomføres øker jo større grad av kompleksitet og høyere verdi anskaffelsen gjelder<sup>31</sup>. Del 1-anskaffelsene gjelder kontraktene med lavest verdi av de som omfattes av regelverket, noe som gjør at forholdsmessighetsprinsippet får en særlig sentral rolle ved fastleggingen av hvilke krav som kan utledes av de øvrige prinsippene.

---

<sup>26</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.82

<sup>27</sup> NOU 2014: 4 s.78

<sup>28</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.82

<sup>29</sup> P-2017-933 (933) s.63

<sup>30</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.82

<sup>31</sup> NOU 2014: 4 s.79

## **2 Prinsippenes uklare innhold og utfordringer det kan føre med seg**

### **2.1 Konkrete vurderinger**

Ifølge lovens forarbeider lar det seg ikke gjøre å fastsette det nærmere innholdet og rekkevidden av prinsippene på generelt grunnlag<sup>32</sup>. KOFA har på sin side uttalt at det må utvises “atskillig varsomhet” med å la reglene i del II og III av anskaffelsesforskriften “danne grunnlag for slutninger om hva de grunnleggende kravene i loven § 4 krever av anskaffelser omfattet av forskriften del I”<sup>33</sup>. I samme retning går også KOFA når de uttalte at reglene som følger av forskriften del III, “kan som den klare hovedregel ikke innfortolkes i forskriften del I og II”, og “tilsvarende kan ikke reglene som følger av forskriften del II innfortolkes i forskriften del I”<sup>34</sup>. Hvis rettsanvenderen trekker slutninger fra de mer detaljerte reglene i de øvrige delene av forskriften så forsvinner mye av poenget med å ha terskelverdier. Poenget er at oppdragsgiver skal ha færre og mindre detaljerte regler å forholde seg til for anskaffelsene med lavest verdi, fordi det kan bidra til at ressursene som samfunnet bruker på anskaffelser anvendes mer effektivt<sup>35</sup>.

### **2.2 Utfordringer med å navigere etter prinsippene:**

At det som nevnt er få retningslinjer for hvilke krav prinsippene stiller i konkrete situasjoner kan by på enkelte utfordringer ved gjennomføringen av del I-anskaffelser. Særlig ved at det kan gjøre anvendelsen av prinsippene på del I-anskaffelser mindre forutberegnlig for innkjøpere og leverandører i en eventuell klagesak. Denne usikkerheten kan lede til at oppdragsgiver forholder seg til strengere regler enn han er forpliktet til for å unngå å gjøre feil<sup>36</sup>. Selv om det er lovlig å følge strengere regler enn man er forpliktet vil det ikke nødvendigvis være i samsvar med formålet bak økningen av nasjonal terskelverdi<sup>37</sup>. Et annet problem med å navigere etter prinsippene er at det ikke nødvendigvis vil være noen klar grense mellom de ulike prinsippene. Det gjøres ikke alltid en selvstendig drøftelse av hvert

---

<sup>32</sup> Prop.51 L (2015-2016), s.81

<sup>33</sup> KOFA-2018/569, premiss 26.

<sup>34</sup> Avvisning av klage på offentlig anskaffelse, KOFA-2018/138, premiss 11

<sup>35</sup> NOU 2014: 4 s.6, hvor det står at det særnorske delen av regelverket er blitt kritisert for å være detaljert, formalistisk og komplisert. På s. 25 i utredningen påpekes det at regelverket er ressurskrevende å forholde seg til og at de prosessrettslige sidene overskygger de anskaffelsesfaglige.

<sup>36</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.27

<sup>37</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.82

enkelt prinsipp i enkeltsaker<sup>38</sup>. Derfor kan det være vanskelig å tolke praksis relatert til innholdet i prinsippene. Det er som påpekt i høringsrunden ikke opplagt at å forholde seg til færre og mindre detaljerte regler innebærer at det blir lettere å gjennomføre del 1-anskaffelser<sup>39</sup>. På den ene siden skal oppdragsgiver gis stor skjønnsfrihet for å realisere lovgivers formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser ved kun å være underlagt prinsippene. På den andre siden er det nærmere innholdet av prinsippene uklart, noe som gjør at hvilke krav som kan utledes av prinsippene i stor grad beror på konkrete vurderinger.

### **2.3 Slutninger fra regler i anskaffelsesforskriftens del II og III:**

Utgangspunktet er som nevnt at oppdragsgiver skal utvise «atskillig varsomhet» med å trekke slutninger fra reglene i del II og III av anskaffelsesforskriften ved fastleggingen av hvilke krav som kan utledes av prinsippene for del I-anskaffelsene. Det siktes derimot her til «nedfallsproblematikk», det vil si at regler i forskriftens del II og III brukes til å utlede krav for del I-anskaffelsene som ikke er regulert av de samme reglene<sup>40</sup>. En annen problemstilling er derimot at anvendelsen av prinsippene på konkrete del 1-anskaffelser i praksis kan lede til at det utledes like eller strengere krav enn det som ville fulgt av en tolkning av bestemmelsene i del II eller III. Det forutsetter at den tilsvarende problemstillingen som man støter på i en del I-anskaffelse er regulert i en konkret bestemmelse i del II eller III av anskaffelsesforskriften. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at man ved anvendelsen av prinsippene ikke bør utlede strengere krav til oppdragsgiver i konkrete anskaffelser enn det som vil vært tilfellet om del II eller III av anskaffelsesforskriften kom til anvendelse. Derfor vil det ved behandlingen av de konkrete problemstillingene i denne oppgaven ses hen til bestemmelser i del II og III av anskaffelsesforskriften ved spørsmålet om hvilke krav som kan utledes av prinsippene i § 4 for del 1-anskaffelsene. Dette er begrunnet i forholdsmessighetsprinsippet og lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. anskaffelsesloven § 1.

---

<sup>38</sup> For eksempel KOFA-2018/569, premiss 26, hvor det vises til konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet uten en selvstendig drøftelse av hvert enkelt prinsipp.

<sup>39</sup> At det å fjerne bestemmelser og redusere regelverkets omfang ikke nødvendigvis gjør regelverket lettere å praktisere ble påpekt i høringsrunden, jf. Prop.51 L (2015-2016), s.26 og 27

<sup>40</sup> NOU 2014: 4 s.61

## **3. Særlige problemstillinger ved del I-anskaffelser**

### **3.1 Kunngjøringsplikt/Offentliggjøring**

#### **3.1.1 Problemstilling og relevante prinsipper:**

For del I-anskaffelser gjelder det ingen spesifikk regel om kunngjøringsplikt, hverken i anskaffelsesloven eller del I av anskaffelsesforskriften. Konkurransen er som nevnt i kapittel 1.4 et virkemiddel for å sikre mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser. En måte å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser på kan være gjennom å kunngjøre anskaffelsen. Kunngjøringer kan sikre at leverandører får kjennskap til oppdrag og at oppdragsgiver dermed kan flere valgmuligheter med hensyn til pris og kvalitet ved tildeling av oppdrag. Hvilke krav som kan utledes av konkurranseprinsippet for konkrete anskaffelser må ses i lys av forholdsmessighetsprinsippet. Kunngjøringsplikt, istedenfor frivillig kunngjøring, kan innebære økt tids- og ressursbruk for oppdragsgiver som ikke nødvendigvis står i forhold til de eventuelle konkurransefordelene som kunngjøring kan medføre. På bakgrunn av nettopp forholdsmessighetsprinsippet og ønsket å gjennomføre anskaffelser på en effektiv måte i tråd med lovens formål, er forarbeidene og KOFA klare på at det ikke gjelder kunngjøringsplikt for del I-anskaffelsene<sup>41</sup>. Det vil si at plikten til å sørge for konkurranse om oppdraget kan oppfylles på andre måter enn gjennom kunngjøring. Når det er sagt er det ikke noe i veien for at oppdragsgiver foretar en frivillig kunngjøring av en del I-anskaffelse.

#### **3.1.2 EU-domstolen: Plikt til å skape passende grad av offentlighet**

EU-domstolen har slått fast at plikten til å skape gjennomsiktighet innebærer at en oppdragsgiver må skape en «passende grad av offentlighet» om kontrakten<sup>42</sup>, og at denne plikten også gjelder kontrakter under terskelverdiene<sup>43</sup>. Det er derimot usikkert om plikten til å sikre «passende grad av offentlighet» innebærer et krav om kunngjøring i likhet med kravet om kunngjøring i Doffin for del II- og III-anskaffelser<sup>44</sup>. I en sak om offentlig tjenestekonsesjonskontrakt var det i strid med plikten til å skape gjennomsiktighet at det «slet ikke afholde offentlig udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig

---

<sup>41</sup> I NOU 2014: 4 s.79 så uttales det at det ikke gjelder noen kunngjøringsplikt under daværende nasjonal terskelverdi på 500 000 kroner<sup>41</sup>. Det samme blir uttalt i Prop.51 L (2015-2016) s.19. KOFA har i flere saker uttalt at det ikke gjelder kunngjøringsplikt for anskaffelser under nasjonal terskelverdi, jf. KOFA-2019/295 (premiss 24), KOFA-2017/161 (premiss 1), KOFA-2018/184 (premiss 1), og KOFA-2017/338 (premiss 23).

<sup>42</sup> *Teleaustria C-324/98*, avsnitt 62

<sup>43</sup> *Commission v Italy C-412/04*, avsnitt 66

<sup>44</sup> Anskaffelsesforskriften § 8-17 (1) og § 21-1 (1)

tjenesteydelseskoncessjon som den i hovedsagen omhandlede<sup>45</sup>». Hvordan det stiller seg for andre kontraktstyper enn tjenestekonsejnskontrakter og med andre verdier enn i avgjørelsen er derimot usikkert. De fleste del I-anskaffelsene som behandles i denne oppgaven gjelder ikke tjenestekonsejnskontrakter. Det er heller ikke gitt at med «offentlig utbud» så siktes det til kunngjøringsplikt. I den engelske språkversjonen av avgjørelsen så står det: at «*a complete lack of any call for competition*» ikke vil være i samsvar med gjennomsiktighetsprinsippet. En naturlig forståelse av «lack of any call», kan tilsi at det ikke siktes til kunngjøringsplikt, men at oppdragsgiver på en eller annen måte må sørge for konkurranse om oppdraget. Og at det var fravær av noen form konkurranse om oppdraget som innebar brudd på plikten til å skape en passende grad av offentlighet. Forholdsmessighetsprinsippet vil yte motstand mot å etablere kunngjøringsplikt for del I-anskaffelser i lys av den rettspraksis fra EU-domstolen er nevnt her. Det vil blant annet kunne lede til mer ressursbruk med å oversette kunngjøringen slik at leverandører i andre land kan dra nytte av den. For det andre bygger de rent norske kildene klart på at del I-anskaffelsene ikke er kunngjøringspliktige uten at praksis fra EU-domstolen tas opp.

## **3.2 Hvor mange leverandører må inviteres til konkurransen?**

### **3.2.1 Problemstilling og relevante prinsipper:**

En måte å sikre konkurranse på er gjennom å ta direkte kontakt med leverandører for å invitere dem til å inngi tilbud på anskaffelsen. Spørsmålet blir hvilke krav som kan utledes av prinsippene i § 4 med hensyn til hvor mange leverandører oppdragsgiver må invitere til å inngi tilbud. I likhet med spørsmålet om kunngjøringsplikt så er det særlig konkurranseprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet som gjør mest gjeldende.

### **3.2.2 Tilfeller hvor det er tilstrekkelig å kontakte bare en leverandør**

Ifølge forarbeidene og veilederen så har ikke oppdragsgiver plikt til å kontakte mer enn en leverandør hvis det kun er en leverandør i det relevante markedet og oppdragsgiver kan anskaffe ytelsen direkte fra denne leverandøren<sup>46</sup>. En tilsvarende regel finnes i forskriftens del III hvor oppdragsgiver kan anskaffe ytelsen direkte fra en leverandør hvis bare en bestemt leverandør kan levere på grunn av kunstneriske, tekniske, og immaterielle årsaker<sup>47</sup>. At

---

<sup>45</sup> *Parking Brixen* C-458/03, premiss 50.

<sup>46</sup> Prop.51 L (2015-2016) s.82 og P-2017-933 (P-933) s.56.

<sup>47</sup> Anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav b).

adgangen til å gjennomføre anskaffelsen uten konkurranse er begrenset til svært spesifikke tilfeller hvor konkurranse om ytelsen ikke er mulig for del III-anskaffelser, er derimot ikke et argument for at det skal oppstilles like strenge krav for del I-anskaffelser for når det er tilstrekkelig å kontakte bare en leverandør<sup>48</sup>.

Ifølge veilederen så gjelder det heller ingen plikt til å invitere flere leverandører enn en til å inngi tilbud hvis anskaffelsen gjelder et «ubetydelig beløp». I veilederen vises det til et beløp på 25 000 kroner for innkjøp av cateringtjenester som et eksempel. Her er det nok å sjekke «to til tre leverandørers priser og menyer på Internett, gjennom e-post e.l. for å tilfredsstillere kravet til konkurranse»<sup>49</sup>. Med andre ord er det et krav om å sjekke tilgjengelige opplysninger om markedet, men ikke et krav om å invitere flere leverandører til å inngi tilbud.

Problemstillingen i det følgende blir da hvilke krav som prinsippene stiller der hvor det er flere aktører i markedet og anskaffelsen ikke gjelder et «ubetydelig beløp»-

### **3.2.3 Momenter i interesseavveiningen av hvor mange som skal/bør inviteres:**

Hvor langt plikten til å skape konkurranse strekker seg må vurderes konkret<sup>50</sup>.

Ved valget av hvor mange og hvilke leverandører som skal inviteres til å inngi tilbud har oppdragsgiver, ifølge nemnda, «betydelig grad av skjønnsfrihet<sup>51</sup>, men det innebærer «ikke at skjønnset er helt fritt»<sup>52</sup>. Ifølge veilederen må oppdragsgiver gjøre anskaffelsen kjent for et «rimelig antall leverandører» for å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet<sup>53</sup>. Spørsmålet blir da hva som menes med et rimelig antall leverandører. Ulike markeder er forskjellige både med hensyn til antall leverandører og hvor kvalifiserte de er til det aktuelle oppdraget. Det tilsier at det vil variere fra anskaffelse til anskaffelse hva som anses som et rimelig antall leverandører for å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet.

I veilederen er det et eksempel med to kommuner som skal kjøpe inn kontorutstyr. Den ene kommunen skal kjøpe inn utstyr til 150 000 kroner, mens den andre skal kjøpe inn utstyr til 650 000 kroner. Hva som vil være et rimelig antall leverandører for kommunen med det dyreste

---

<sup>48</sup> Om varsomhet med å trekke slutninger fra del II og III av anskaffelsesforskriften, se oppgavens kapittel 2.3.

<sup>49</sup> P-2006-933 (P-933) s.64

<sup>50</sup> Prop.L 51 2015-2016 s.82

<sup>51</sup> KOFA 2017/118 og 2017/121, premiss 26

<sup>52</sup> KOFA 2017/118, premiss 30

<sup>53</sup> P-2017-933 (P-933) s.80

innkjøpet vil nok være høyere enn for kommunen med det billigste innkjøpet<sup>54</sup>.

Nemdspraksis kan tyde på at det må foretas en interesseavveining, men hvordan avveiningen mellom sikre mest mulig konkurranse om oppdraget og effektiv bruk av samfunnets ressurser «der mer konkurranse ikke fremmer effektiv bruk av samfunnets ressurser kan det neppe gis et generelt svar på»<sup>55</sup>. I og med at konkurranseprinsippet som nevnt er et virkemiddel for å sikre effektiv bruk av samfunnet ressurser, kan det tilsi at hvis mer konkurranse ikke fremmer dette formålet, så kan forholdsmessighetsprinsippet tilsi at det ikke bør stilles krav om at oppdragsgiver må invitere flere leverandør enn som det som er hensiktsmessig for effektiv ressursbruk.

### **3.2.4 Minst tre leverandør bør kontaktes?**

I KOFA 2009/6 uttalte nemnda at det som hovedregel bør kontaktes minst tre leverandører, men at det ikke gjelder absolutt<sup>56</sup>. Her gikk nemnda atskillig mer konkret til verks enn i andre saker med hensyn til antall leverandør som bør inviteres. Det er verdt å merke seg at nemnda ble kritisert i utredningen til den nye loven for å ha utledet for detaljerte krav på bakgrunn av prinsippene for del 1-anskaffelsene<sup>57</sup>. Det kan tale for at praksis knyttet til anskaffelsesloven av 1999 og dens § 5 om de grunnleggende prinsippene kan noe tillegges noe mindre vekt enn praksis etter den nåværende anskaffelseslovens § 4. Med andre ord at det kan bli et for generelt utgangspunkt å legge til grunn en hovedregel om at minst tre leverandør bør kontaktes. Nemnda viser til en uttalelse i veilederen om at «det bør inviterast så mange leverandører at reell konkurranse er sikra» og dette er bakgrunnen for praksisen som har lagt til grunn en hovedregel om at minst tre leverandører bør kontaktes<sup>58</sup>.

At det gjelder en hovedregel om at minst tre leverandører bør kontaktes kan være med å sikre et minimum av konkurranse for hver anskaffelse. Det kan være føre til at flere leverandører får muligheten til å delta i konkurransen enn hvis det ikke gjaldt en hovedregel om at et bestemt antall leverandører bør kontaktes. En annen fordel er at oppdragsgivere får konkret veiledning med hensyn til hva som anses som et rimelig antall leverandører istedenfor å måtte forholde seg til mer vage og skjønnsmessige vurderingstemaer. På den annen side så skal

---

<sup>54</sup> P-2017-933 (P-933), s.56

<sup>55</sup> KOFA-2017/118 og 2017/121, premiss 28

<sup>56</sup> KOFA-2009/6, premiss 18

<sup>57</sup> NOU 2014: 4 s.61 hvor det uttales at «KOFA har imidlertid hatt en tendens til å utlede samme regler av de grunnleggende prinsippene i de ulike deler av regelverket. Dette skaper store utfordringer for oppdragsgivere som skal operasjonalisere de mindre regulerte delene av regelverket»

<sup>58</sup> KOFA-2009/6, premiss 17 og 18.



oppdragsgiver for del 1-anskaffelsene sikres fleksibilitet og handlingsrom til å foreta effektive anskaffelser. Å unngå konkrete prosedyreregler er som nevnt i kapittel 1.2 av oppgaven et virkemiddel for å sikre at del 1-anskaffelsene blir foretatt på en effektiv måte. Det kan tilsi at det ikke bør gjeldende noen hovedregel om at minst tre leverandører bør inviteres til å inngi tilbud i lys av prinsippene.

For Del II-anskaffelser så skilles det mellom åpen og begrenset tilbudskonkurranse, hvor oppdragsgiver kan benytte seg av begge konkurranseformene<sup>59</sup>. Ved åpen tilbudskonkurranse kan alle som ønsker det inngi tilbud. Mens ved begrenset tilbudskonkurranse er det bare de leverandører som oppdragsgiver inviterer som kan inngi tilbud. Når det gjelder begrenset tilbudskonkurranse kan oppdragsgiver fastsette en øvre og nedre grense for antall leverandør som skal velges ut til å inngi tilbud<sup>60</sup>. Oppdragsgiver må velge ut det antall leverandør som er tilstrekkelig for å sikre «reell konkurranse», og må minimum velge ut tre deltakere<sup>61</sup>. En hovedregel om at tre leverandører «bør» kontaktes er en mindre streng regel enn at «minimum» tre leverandører må velges ut til å delta i konkurransen. Det er også bare en hovedregel i form av en retningslinje om at tre «bør» kontaktes og ikke et absolutt krav. Mens for del II-anskaffelser er det et minimumskrav om at minst tre må kontaktes, noe som kan tilsi at i enkelte tilfeller så må mer enn tre leverandører kontaktes for å oppfylle bestemmelsens krav til å sikre konkurranse.

### **3.3 Når plikter oppdragsgiver å utjevne en konkurransefordel?**

#### **3.3.1 Problemstillingen og relevante prinsipper:**

Oppdragsgiver kan ved sin opptreden ha gitt en leverandør en konkurransefordel overfor de øvrige deltakere i en konkurranse eller potensielle tilbydere. Det kan føre til at en leverandør har bedre oversikt over oppdragsgivers behov og anskaffelsen enn de andre leverandørene, og gjennom denne kunnskapen settes i stand til å inngi et bedre tilbud enn de andre tilbyderne. For eksempel kan det oppstå en slik konkurransefordel hvis en av tilbyderne har hjulpet oppdragsgiver med markedsundersøkelser for den aktuelle anskaffelsen eller vært en eksisterende leverandør for oppdragsgiver gjennom tidligere eller nåværende oppdrag.

---

<sup>59</sup> Anskaffelsesforskriften § 8-3

<sup>60</sup> Anskaffelsesforskriften § 8-9 (1)

<sup>61</sup> Anskaffelsesforskriften § 8-9 (3)

Likebehandlingsprinsippet krever at leverandørene skal sikres like muligheter i konkurransen, og dermed mulighet til å inngi tilbud på de samme premissene, noe som gjør at spørsmålet om utjevningsplikt melder seg. Hvis det foreligger en konkurransefordel som ikke utjevnes kan det lede til at potensielle tilbydere avstår fra å inngi tilbud eller ikke gir inngir så gode tilbud som de kunne ha gjort om konkurransefordelen var utjevnet.

### **3.3.2 Plikt til å utjevne konkurransefordel i visse tilfeller**

KOFA synes ikke gjennom sin praksis å ha utledet en generelt plikt for oppdragsgiver til å utjevne eventuelle konkurransefordeler. Derimot så har oppdragsgiver i kraft av likebehandlingsprinsippet en plikt til å sørge for at tilbydere settes i stand til å inngi tilbudene på de samme prinsippene. Og plikten til å sørge for at tilbydere settes i stand til å inngi tilbud på de samme prinsippene kan i «enkelte tilfeller» innebære at «oppdragsgiver kan ha en aktivitetsplikt for å utjevne en konkurransefordel som en tilbyder har»<sup>62</sup>.

### **3.3.3 Når inntreer en aktivitetsplikt til å utjevne en konkurransefordel?**

#### **- Interesseavveining**

En aktivitetsplikt til å utjevne en konkurransefordel kan foreligge hvis en deltaker i konkurransen er «en eksisterende leverandør for oppdragsgiver»<sup>63</sup>. KOFA har ikke lagt opp i sin praksis til at oppdragsgiver må utjevne enhver konkurransefordel som en tilbyder i konkurransen kan ha. På bakgrunn av tidligere praksis ble det i KOFA-2018/138 uttalt at hvorvidt utjevning skal skje beror på avveining av de berørte interesser, og oppdragsgiver er bare pliktig til å foreta utjevning hvis «utjevningen i teknisk henseende er enkel å foreta, er økonomisk rimelig, (...) og ikke innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter»<sup>64</sup>. Denne uttalelsen kan tyde på at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om oppdragsgiver er pliktig til å utjevne en konkurransefordel i lys av prinsippene. Hvor særlig forholdsmessighetsprinsippet må ilegges betydelig vekt, ved utjevning bare er pliktig hvis det er økonomisk rimelig og teknisk enkelt å foreta. Det kan tyde på at man må sammenligne kostnadene ved utjevning opp mot verdien og betydningen av anskaffelsen. Spørsmålet blir så om det finnes andre momenter som kan kaste lys over

---

<sup>62</sup> Avvisning av klage på offentlig anskaffelse, KOFA-2018/138, premiss 19

<sup>63</sup> KOFA-2018-138 premiss 19

<sup>64</sup> KOFA-2018/138, premiss 19, nemnda viste til at selv om den tidligere praksis ikke gjaldt del 1-anskaffelser så antok de at «dette også vil være førende for konkurranser som følger forskriften del 1».

hvilke krav som kan utledes av prinsippene med hensyn til hvorvidt oppdragsgiver plikter å foreta utjevning av konkurransefordel(er).

### **Momenter i interesseavveiningen av om utjevning må foretas - Tidsmessig fordel:**

Hvis en tilbyder har vært en eksisterende leverandør for oppdragsgiver eller involvert i planleggingen av den aktuelle anskaffelsen så kan denne tilbyderen ha bedre forutsetninger enn de øvrige deltakerne for å legge inn et konkurransedyktig tilbud innenfor tilbudsfristen. Hvis tilbudsfristen er nokså kort til å begynne med er det ikke sikkert at de øvrige tilbyderne på egenhånd kan utjevne konkurransefordelen som denne leverandøren sitter på. Det kan tale for at oppdragsgiver i et slik tilfelle kan ha utjevningsplikt i form av å gi utvidet tilbudsfrist. Det må derimot ses i lys av hvilke konsekvenser utsatt frist kan ha for oppdragsgiver og leverandørene. Hvis for eksempel anskaffelsen haster eller utsatt tilbudsfrist ikke er økonomisk rimelig for oppdragsgiver kan det tale mot å ilegge en plikt til å utjevne konkurransefordel i form av utsatt tilbudsfrist.

For del II og III-anskaffelser så har oppdragsgiver en plikt til å iverksette egnede tiltak for å hindre at en leverandør som skal delta i konkurransen og som har gitt råd eller på annen måte har vært involvert i planleggingen av anskaffelsen får en urimelig konkurransefordel<sup>65</sup>. Et moment i vurderingen av om leverandøren har fått en urimelig konkurransefordel, og dermed et mulig tilfelle hvor utjevningsplikt kan oppstå, er om denne leverandøren har fått en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelse av tilbud<sup>66</sup>. Et eksempel på et egnet tiltak for å utjevne en eventuelt urimelig konkurransefordel er å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud<sup>67</sup>. Som nevnt skal man være varsom med å trekke slutninger fra reglene i del II og III av anskaffelsesforskriften med hensyn til hvilke krav som kan utledes av prinsippene i § 4 for del I-anskaffelser. Det kan tilsi at hvor stor tidsmessig fordel til å inngi tilbud på grunn av at en tilbyder har vært involvert i planleggingen av anskaffelsen ikke blir et like tungtveiende moment for hvorvidt oppdragsgiver har en plikt til å utsette tilbudsfristen som for del II og III-anskaffelsene. Eller med andre ord, at den tidsmessige fordelene må være større for at det skal oppstå utjevningsplikt for del I-anskaffelser enn for del II-anskaffelser.

---

<sup>65</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 8-2 (1) og 12-2 (1)

<sup>66</sup> P-2006-933 (P-933) s.79

<sup>67</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 8-2 (2) bokstav b og 12-2 (2) (b).

## **Utjevningssplikt hvis en leverandør sitter på opplysninger som ikke er gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne? – Regulering for del II og III-anskaffelser**

Gjennom å ha bidratt med rådgivning eller på annen måte vært involvert i planleggingen av anskaffelsen kan en tilbyder sitte på informasjon som de øvrige tilbyderne ikke har kunnskap om. For del II- og III-anskaffelser så er det et egnet tiltak for å hindre urimelig konkurransefordel å sørge for at de øvrige leverandørene i konkurransen mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren ved planleggingen av konkurransen<sup>68</sup>. Hvor langt plikten til å sørge for at de andre leverandørene i konkurransen får tilgang til de samme opplysningene som rådgiveren får tilgang til gjennom rådgivningsarbeidet beror på en konkret vurdering<sup>69</sup>. Et viktig moment er om opplysningene er nødvendige for å gi tilbyderne en reell mulighet til å utarbeide et kvalifisert tilbud, se nærmere kapittel 3.4 om klarhetskrav. Sentralt for om rådgivningen eller involveringen må utjevnes er om opplysningene som eventuelt gir leverandøren en konkurransefordel stammer fra det konkrete rådgivningsoppdraget eller gjennom tidligere arbeider. Sistnevnte er eksempler på faglig kompetanse som oppdragsgiver ikke behøver å utjevne, mens opplysninger fra den aktuelle anskaffelsen må utjevnes<sup>70</sup>.

## **Utjevningssplikt i forbindelse med avklaringer fra oppdragsgiver?**

I veilederen så står det at «likebehandlingsprinsippet innebærer (...) at all informasjon som blir gjort tilgjengelig for en leverandør, også må gjøres tilgjengelig for de andre leverandørene». Videre så er det uttalt at hvis oppdragsgiver blir kontaktet av en av leverandørene, og gir denne leverandøren ny eller supplerende informasjon så «må oppdragsgiver sørge for at de andre leverandørene også mottar denne informasjonen samtidig»<sup>71</sup>. Det kan tjene som et eksempel på utjevningssplikt kan oppstå i lys av likebehandlingsprinsippet i forbindelse med at oppdragsgiver foretar avklaringer. Det kan variere fra situasjon til situasjon om avklaring medfører utjevningssplikt. I tilfeller hvor informasjonen gitt gjennom avklaring kan utjevnes gjennom å dele dokumenter eller ta noen telefonsamtaler så vil det kunne være økonomisk rimelig og teknisk enkelt å foreta utjevning.

---

<sup>68</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 8-2 (2) bokstav a og 12-2 (2) (a)

<sup>69</sup> Thue, Buan, Lazaridis og Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer (2018)* s.376.

<sup>70</sup> Thue, Buan, Lazaridis og Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer (2018)* s.376.

<sup>71</sup> P-2017-933 (P-933), s.60, se nærmere kapittel 1.4

## **3.4 Hvilke klarhetskrav stilles i forbindelse med utforming av konkurransedokumenter?**

### **3.4.1 Problemstilling og relevante prinsipper:**

Ifølge veilederen så må leverandører for å ha tilstrekkelige forutsetninger for å inngi et tilbud ha informasjon om hva som skal anskaffes, hvordan konkurransen skal gjennomføres, hvilke krav som stilles til leverandørene, tildelingskriterier og omfang og lengde på kontrakten<sup>72</sup>. Forutberegningssprinsippet står derfor særlig sentralt ved spørsmålet om hvilke krav oppdragsgiver må overholde ved utforming av konkurransedokumentene. Uklarhet i konkurransedokumentene kan lede til at færre potensielle tilbydere leverer inn tilbud. Det kan også lede til at tilbudene som kommer inn er dårligere kvalitet og at færre kvalifiserte leverandører deltar i konkurransen. Noe som kan føre til oppdragsgiver får færre valgmuligheter ved tildeling av oppdraget. For å kunne vurdere i etterkant av anskaffelsen om prinsippene i § 4 er overholdt så må det være mulig å lese ut av konkurransedokumentene hvordan konkurransen skal foregå. Det gjør at prinsippet om etterprøvbarhet derfor kan komme inn og stille klarhetskrav til konkurransedokumentene. Å sikre at konkurransedokumentene er så klart utformet at alle potensielle tilbydere kan forstå hva det skal inngis tilbud på og oppdragsgivers behov henger også sammen med likebehandlingsprinsippet. Det skal ikke være nødvendig å ha en tidlige befatning med oppdragsgiver for å gode nok forutsetninger for å vinne frem i konkurransen. Hvor strenge krav som kan utledes til klarhet i oppdragsgivers konkurransedokumentene må derimot ses i lys av forholdsmessighetsprinsippet.

### **3.4.2 Forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud**

Ifølge KOFA må konkurransegrunnlaget «utformes på en klar og utvetydig måte»<sup>73</sup>, noe som innebærer at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det for «en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres». Et tilsvarende utgangspunkt er også oppstilt i EU-domstolens praksis. I *SIAC Construction*, ble det uttalt at utforming av tildelingskriterier må være så klart formulert at en «reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way»<sup>74</sup>. I sak T-86/09

---

<sup>72</sup> P-2017-933 (P-933) s.62

<sup>73</sup> KOFA-2019/152 premiss 26, saken gjaldt en del I-anskaffelse.

<sup>74</sup> *SIAC Construction*, C-19/00, premiss 42

så formuleres utgangspunktet på nærmest samme måte ved at konkurransegrunnlaget og konkurransedokumentene skal «muliggjøre at alle rimelig opplyste og normalt aktsomme tilbydere forstår deres nøyaktige omfang og tolker det på samme måte»<sup>75</sup>. En annen formulering i KOFA-praksis er at konkurransegrunnlaget må gi de opplysninger «som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud»<sup>76</sup>. Et annet eksempel på hvordan utgangspunktet har blitt formulert at konkurransegrunnlaget må inneholde «tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud»<sup>77</sup>. I juridisk teori er det uttalt at tilbyderne skal ha tilstrekkelig informasjon om konkurransen og hvordan konkurransen gjennomføres til at leverandøren kan foreta “forsvarlige vurderinger og valg med hensyn til tilbudets innhold”<sup>78</sup>. Dette kan for eksempel gjelde kvalifikasjonskrav som må være “så klart utformet at en normalt tilbyder kan forstå innholdet i dem og utlede hvilke konkrete betingelser som stilles for deltakelse i konkurransen”<sup>79</sup>. Selv om det er noe ulike formuleringer virker vurderingstemaet å være om konkurransegrunnlaget og konkurransedokumentene er formulert så klart og presist at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Spørsmålet blir da hvordan man kan vurdere om oppdragsgiver gjennom konkurransedokumentene, særlig ved konkurransegrunnlaget, har gitt tilbydere et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.

### **3.4.3 Hvordan vurdere om tilbyder har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud?**

I praksis fra nemnda så synes utgangspunktet å være en naturlig språklig forståelse av eventuelle kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier<sup>80</sup>. Dessuten så må de spesifikke kvalifikasjonskravene eller tildelingskriteriene som oppdragsgiver har fastsatt også ses i lys av resten av konkurransegrunnlaget<sup>81</sup>. Det kan tilsi at hvis for eksempel tildelingskriteriene etter en ren språklig fortolkning ikke gir et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, så kan det være at resten av konkurransegrunnlaget inneholder tilstrekkelig med informasjon til at tilbyder allikevel får et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Som vi kommer nærmere tilbake til så har oppdragsgiver innenfor visse rammer avklaringsadgang. Dette henger tett

---

<sup>75</sup> *Evropaiki Dynamiki mot Kommisjonen*, T-86/09 premiss 63.

<sup>76</sup> KOFA-2010/157, premiss 41

<sup>77</sup> KOFA-2019/152, premiss 26

<sup>78</sup> Dragsten/Lindalen, *lov om offentlige anskaffelser, kommentarutgave Bind I (2005)*, s.158

<sup>79</sup> Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013, s. 325.

<sup>80</sup> KOFA-2018-467 premiss 32, det sies ikke rett ut at utgangspunktet for klarhetskravet er en naturlig språklig forståelse av konkurransegrunnlaget. Men det uttales viser at den tolkning som «ordlyden isolert sett gir anvisning på, synes å lede til tilbud som ikke nødvendigvis er sammenlignbare».

<sup>81</sup> F.eks. KOFA-2019-711 premiss 33

sammen med kravet til å gi tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Selv om konkurransegrunnlaget i seg selv ikke inneholder den nødvendige presisjonen for å gi tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, så kan oppdragsgiver komme med avklaringer før tilbudsfristen utløper<sup>82</sup>. Dette kan gjøre at oppdragsgiver allikevel overholder prinsippene selv om konkurransegrunnlaget i seg selv ikke gir tilstrekkelig med informasjon for å ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.

#### **3.4.4 Avklaringer kan gi et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud**

2010/157 gjaldt en del 1-anskaffelse av konsulenttenester i forbindelse med åpningen av bybanen i Bergen<sup>83</sup>. Nemda kom til at Bergen kommune hadde brutt kravet til forutberegnet ved at konkurransegrunnlaget var uklart og at konkurransen av den grunn skulle vært avlyst<sup>84</sup>. Nemda viste til at Bergen kommune ikke hadde opplyst i konkurransegrunnlaget om budsjetttrammen for arrangementet som skulle gjennomføres. Av den grunn måtte tilbyderne måtte basere sine tilbud på gjetning om hvilke ambisjoner innklagede hadde med arrangementet<sup>85</sup>. Innklagede benyttet heller ikke forhandlingene til å opplyse om ambisjonsnivået på arrangementet. Saken kan tilsi at hvis tilbydere må basere sine tilbud på gjetning om hva innklagede ønsker med anskaffelsen så vil det kunne stride mot kravet til forutberegnet, fordi man da ikke vet nok om forutsetningene for å delta i konkurransen. Hvis man må basere utarbeidelsen av tilbudet på gjetning om innklagedes behov så kan man vanskelig vite nok om hvordan tilbudene blir evaluert til at man har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Avgjørelsen illustrerer også at hvis uklarheter i konkurransegrunnlag blir avklart i tilstrekkelig god tid før tilbudsfristens utløp så kan det medføre at tilbyderne allikevel får et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.

I 2017/180 hadde innklagede ifølge KOFA brutt kravet til forutberegnet. Begrunnelsen var at innklagede hadde brukt motstridende opplysninger i kunngjøring og konkurransegrunnlag<sup>86</sup>. Innklagede hadde skrevet i kunngjøringen at anskaffelsen ikke var delt inn i delkontrakter, mens det i konkurransegrunnlaget sto at «det vil bli inngått rammeavtale(r) for hvert enkelt deloppdrag [...]»<sup>87</sup>. Saken gjaldt en anskaffelse som fulgte

---

<sup>82</sup> Avklaringsadgang vil bli behandlet nærmere i kapittel 4.5.

<sup>83</sup> KOFA-2010/157 premiss 1

<sup>84</sup> KOFA-2010/157 premiss 44

<sup>85</sup> KOFA-2010-157 premiss 42

<sup>86</sup> KOFA-2017/180 premiss 33

<sup>87</sup> KOFA-2017/180, premiss 33

del I og III av anskaffelsesforskriften. I og med at oppdragsgiver skal innrømmes større handlingsrom for del 1-anskaffelser kan det tenkes at oppdragsgiver allikevel kunne ha overholdt kravet til forutbereglighet på tross av motstridende opplysninger gjennom nødvendige avklaringer om det skulle inngås rammeavtale for hvert enkelt deloppdrag forkant av tilbudsfristen, jf. forholdsmessighetsprinsippet. En mindre leverandør kan for eksempel bare ha interesse av å inngi tilbud på deler av oppdraget, og hvis det står i kunngjøringen at det ikke vil inngås delkontrakter så kan det føre til at leverandøren ikke inngir tilbud i det hele tatt. Problemstillingen kan derimot være noe mindre praktisk for del I-anskaffelse der hvor oppdragsgiver kontakter tilbyderne direkte og ikke gjennom frivillig kunngjøring.

2017/134 gjaldt en konkurranse om inngåelse av «leie- eller leasingavtale for lastebil for brøyting». Det var en del II-anskaffelse med en estimert verdi på 1,75 millioner kroner. Nemda kom til at innklagede hadde brutt kravet til forutbereglighet på grunn av motstrid mellom opplysninger i konkurransegrunnlaget og kunngjøringen<sup>88</sup>. Motstriden var forskjellig tilbudsfrist i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, og det var tilbudsfristen i kunngjøringen som var den riktige fristen. KOFA uttalte at det som utgangspunkt er i strid med kravet til forutberegnetlighet å oppgi motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget<sup>89</sup>. Og nemnda kunne ikke se at «at den normalt påpasselige tilbyder måtte forventes å oppdage at konkurransegrunnlagets opplysning om at tilbudsfristen (..) ikke var riktig». Uttalelsen tyder på at hvis en normalt påpasselig tilbyder måtte forventes at tilbudsfristen som fremgikk av konkurransegrunnlaget ikke var riktig, så foreligger det ikke nødvendigvis et brudd på kravet til forutbereglighet. Et eksempel kan være hvis oppdragsgiver sørger for å avklare hvilken tilbudsfrist som gjelder.

Et annet eksempel fra nemdspraksis som kan tale for at avklaringer kan avhjelpe manglende klarhet i konkurransegrunnlag er 2017/100, som gjaldt en del 1-anskaffelse med en estimert verdi på under 500 000 kroner<sup>90</sup>. Innklagede, Frogn kommune, skulle gå til anskaffelse av skilt. Nemda kom til at kommunen blant annet hadde brutt kravet til forutbereglighet.

---

<sup>88</sup> KOFA-2017/134 premiss 21

<sup>89</sup> KOFA-2017/134, premiss 20

<sup>90</sup> KOFA-2017/100 premiss 1



Begrunnelsen var at kommunen gjennom et uklart konkurransegrunnlag hadde skapt usikkerhet med hensyn til hvilken leveringsfrist som gjaldt. Konkurransegrunnlaget gjorde det også uklart hva som skulle tilbys og hvordan tilbudet skulle prises. Disse uklarhetene ble ikke avklart i spørsmålsrunden<sup>91</sup>. Når det gjaldt spørsmål om leveringsfristen, var det i utgangspunktet en «meget kort leveringsfrist». Først hadde tilbudsfristen blitt forskjøvet. Innklagede uttalte at alle frister ville bli forskjøvet som følge av forskyvningen av tilbudsfristen og at ytterligere informasjon ville bli gitt. Det viste seg at det ikke ble gitt noe ytterligere informasjon, mens innklagede sa i tilsvaret for nemnda at leveringsfristen ikke hadde blitt endret. Denne usikkerheten med hensyn til hvilken leveringsfrist som gjaldt ble ansett for å være et brudd på kravet til forutberegnelighet. Saken kan illustrere at det er ikke nødvendigvis bare er den språklige presisjonen i konkurransegrunnlaget som er avgjørende for om tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, men også etterfølgende kommunikasjon fra oppdragsgiver.

### **3.4.5 Usikkerhet kommer frem av konkurransegrunnlaget**

2019/152 gjaldt en rammeavtale hvor det var usikkerhet rundt oppdragets mengde og kompleksitet. Det gjorde at det fremsto som usikkert for tilbyderne hvordan tilbudene skulle prissettes. Selv om det ikke var gitt en detaljert beskrivelse av oppdragets kompleksitet, var det ifølge KOFA tilstrekkelig klart hva prisene skulle ta høyde for<sup>92</sup>. Det ble blant annet informert om anskaffelsens estimerte verdi, varighet på rammeavtalen, hva slags kontraktstype anskaffelsen gjaldt og øvrig informasjon om fastpris på grunnpakker. Selv om det i utgangspunktet er oppdragsgiver som har risikoen uklarheter i konkurransegrunnlaget så kan det ved komplekse avtaler være usikkerhet om flere forhold knyttet til anskaffelsen. Noe som kan gjøre det vanskeligere å gi noen presis beskrivelse i konkurransegrunnlaget om sentrale forhold. Hvis oppdragsgiver har kommunisert denne usikkerheten i konkurransegrunnlaget, for eksempel hvilke forhold som prisfastsettelse må ta høyde for, så kan det tilsi at oppdragsgiver allikevel har gitt leverandørene et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Det sentrale blir da altså hvilke opplysninger som oppdragsgiver har gitt i konkurransegrunnlaget og om denne usikkerheten har kommet tilstrekkelig klart frem så tilbyderne har forutsetninger for å vurdere hvilken risiko de tar ved utforming av tilbud.

---

<sup>91</sup> KOFA-2017/100 premiss 24

<sup>92</sup> KOFA-2019/152 premiss 30

For del II og III-anskaffelser er det bestemmelser om konkurranseformer med dialog om hvordan oppdragsgivers behov skal oppfylles<sup>93</sup>. At det er en adgang etter de mer regulerte delene av anskaffelsesforskriften til å ha dialog om hvordan oppdragsgivers behov skal løses, taler for at oppdragsgiver kan avhjelpe manglende klarhet i konkurransedokumentene for del I-anskaffelsene ved å legge til rette for dialog om hvordan oppdragsgivers behov skal dekkes. Avgjørende blir da som nevnt at oppdragsgiver informerer om at det er en dialogbasert konkurranseform som skal gjennomføres. Dialog kan derimot by på problemstillinger med hensyn til likebehandlingsprinsippet, og spørsmålet om utjevning av konkurransefordel (kapittel 3.3).

#### **3.4.6 Tildelingskriterier er ikke angitt i konkurransegrunnlaget**

2007/21 gjaldt en del I-anskaffelse, under daværende nasjonale terskelverdi på 500 000 kroner. Nemnda kom til at innklagede, Helse Nord RHF, hadde brutt kravet til forutbereglighet ved ikke å angi tildelingskriterier i prisforespørselen<sup>94</sup>. Det gjorde at det ikke var mulig for leverandørene å se hvilke tildelingskriterier tilbudene skulle vurderes etter. Innklagede uttalte at de hadde valgt tilbudet med den beste samlede tjeneste, men sett i sammenheng med at de ikke hadde oppgitt noen tildelingskriterier var prosessen vanskelig å innrette seg etter for leverandørene. Et interessant poeng med uttalelsen er at nemnda viser til nemdspraksis for del III-anskaffelser om at oppdragsgiver hadde vært pliktig til å velge tilbudet med lavest pris hvis tildelingskriterier ikke er oppgitt<sup>95</sup>. Det virker som denne slutningen fra en del av regelverket som ikke kom til anvendelse allikevel blir brukt som et argument for at oppdragsgiver hadde brutt kravet til forutbereglighet. Dette kan kanskje være et eksempel på det forarbeidene til den nye anskaffelsesloven advarer om, i form av nedfallsproblematikk, da klagenemnda trakk slutninger fra del II og III av anskaffelsesforskriften ved fastleggingen av hvilke krav som kan utledes av prinsippene for en del I-anskaffelse.

2007/22 gjaldt en del I-anskaffelse hvor konkurranseformen var begrenset konkurranse. Tre potensielle leverandører ble invitert til å inngi pristilbud. Nemnda kom til at innklagede, Universitetssykehuset i Nord-Norge, hadde brutt kravet til forutbereglighet. Begrunnelsen var

---

<sup>93</sup> For del II gjennom dialog i tilbudskonkurranser anskaffelsesforskriften § 9-3 og for del III gjennom konkurransepreget dialog i anskaffelsesforskriften §§ 13-2 og 23-8 (2).

<sup>94</sup> KOFA-2007/21 premiss 20

<sup>95</sup> KOFA-2007/21 premiss 17

at konkurranseinvitasjonen ikke sa noe om på hvilket grunnlag tildeling av kontrakt skulle foretas<sup>96</sup>. Poenget var da, i likhet med 2007/21, at tilbyderne ikke på forhånd kunne vite noe om hvilke kriterier oppdragsgiver vil legge til grunn til grunn ved vurderingen av hvilken tilbyder som skulle tildeles kontrakten.

### **3.5 Hvilke grenser gjelder for avklaring av tilbud og når har oppdragsgiver en avklaringsplikt knyttet til innholdet av tilbudet?**

#### **3.5.1 Problemstilling og relevante prinsipper:**

Som nevnt i forrige kapittel kan oppdragsgiver gjennom å foreta avklaringer med hensyn til hvordan konkurransedokumentene skal forstås gi tilbyderne et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Det kan gjelde for eksempel hvis tildelingskriteriene er vagt formulert eller det er gjennom anskaffelsesprosessen er gitt motstridende informasjon om hvordan tilbudene skal evalueres. I dette kapitlet vil det tas opp en beslektet problemstilling, hvor fokuset rettes fra konkurransegrunnlaget til tilbudet. Problemstillingen som nå vil tas opp er oppdragsgivers avklaringsadgang knyttet til tilbudet, rammene for denne avklaringsadgangen og om det kan oppstå avklaringsplikt knyttet til innholdet i tilbudet.

Uten en adgang til å avklare forhold ved tilbudet kan oppdragsgiver risikere at bedre tilbud enten ikke kan vinne frem i konkurransen eller må avvises, for eksempel fordi tilbudet inneholder uklarheter og feil. Konkurransesprinsippet og lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier derfor at det i en viss utstrekning må være adgang til å foreta avklaringer med hensyn til innholdet i tilbudene. På den annen side så kan en utstrakt avklaringsadgang knyttet til forhold ved tilbudet by problemer med hensyn til likebehandlingsprinsippet. Gjennom å be en tilbyder avklare forhold om innholdet i tilbudet kan det innebære en risiko for at tilbyderne forbedrer tilbudet sitt gjennom å spekulere i å utforme et uklart tilbud slik at de kan vente på at oppdragsgiver ber om avklaring på et tidspunkt i anskaffelsesprosessen hvor de kanskje har fått kjennskap til konkurrentens tilbud og vet mer om oppdragsgivers behov. Hvilke krav som kan utledes av prinsippene i § 4 med hensyn til rammene for oppdragsgiver adgang til å avklare forhold ved tilbudet må ses i lys av forholdsmessighetsprinsippet<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> KOFA-2007/22, premiss 16

<sup>97</sup> NOU 2014: 4 s.79 og oppgavens kapittel 1.4 om forholdsmessighetsprinsippet.

### 3.5.2 Avklaringsadgang for del II og III-anskaffelser

For del II-anskaffelser så kan det foretas avklaringer ved konkurranseformen dialog i tilbudskonkurranser<sup>98</sup>. For del III-anskaffelser så kan oppdragsgiver be leverandørene blant annet avklare mottatte opplysninger innen en «kort tilleggsfrist» så frem opplysningene eller dokumentasjonen «synes å inneholde feil eller uklarheter eller dokumenter mangler<sup>99</sup>». At det er adgang til å foreta avklaringer av tilbud etter reglene i del II og III av anskaffelsesforskriften tilsier at det minst må være en tilsvarende adgang med hensyn til del I-anskaffelsene.

For del II-anskaffelser så kan dialog omfatte for eksempel avklaringer knyttet til pris, kvaliteten på det som tilbys og leveringstid<sup>100</sup>. Forutsatt da at oppdragsgiver har valgt dialog i form av forhandlinger. Som det vil redegjøres nærmere for i kapitlet om evaluering av tilbud, så må oppdragsgiver forholde seg til de opplysninger som han har gitt om hvordan konkurransen skal foregå<sup>101</sup>. Det tilsier at hvis oppdragsgiver har informert om rammene for avklaringsadgang i konkurransegrunnlaget så er oppdragsgiver forpliktet til å følge det han har fastsatt. Sentralt for hvilke rammer som oppdragsgiver har til å avklare forhold ved tilbudene er dermed om og i så fall hva som fastsatt om avklaringsadgang knyttet til tilbudet i konkurransegrunnlaget. Hvis det er fastsatt en vid eller snever avklaringsadgang i konkurransedokumentene så er dette noe tilbyderne kan ta i betraktning ved avgjørelsen om de ønsker å inngi tilbud.

For del III-anskaffelser så kan avklaringer ikke medføre at tilbudet «forbedres»<sup>102</sup>. Ordlyden tilsier at avklaring bare kan skje om det ikke fører til at tilbudet blir bedre enn det hadde vært uten avklaringen. I veilederen så nevnes pris, kvalitet og leveringstid som eksempler på innhold i tilbud som ikke kan endres gjennom avklaring selv om det ikke har betydning for konkurranseforholdet<sup>103</sup>. Sentralt for om tilbudet anses for å være forbedret gjennom avklaringen er om det finnes objektive holdepunkter i tilbudet for at de opplysningene som ble avklart forelå da tilbudet ble levert. Eller sagt med andre ord, var det innholdet som tilbudet besto av etter avklaringen, en del av tilbudet allerede på det tidspunktet hvor

---

<sup>98</sup> Anskaffelsesforskriften § 9-3 (1)

<sup>99</sup> Anskaffelsesforskriften 23-5 (1)

<sup>100</sup> P-2017-933 (P-933) s.113

<sup>101</sup> Oppgavens kapittel 4.7

<sup>102</sup> Anskaffelsesforskriften § 23-5 (2)

<sup>103</sup> P-2017-933 (P-933) s.270

leverandøren leverte tilbudet<sup>104</sup>. Ifølge veilederen kan oppdragsgiver for eksempel spørre leverandørene om det han har forstått som tilbudt faktisk er tilbudt eller be om få ettersendt utfyllende opplysninger. Det tilsier at man må foreta en sammenligning av tilbudet uten avklaringer og tilbudet med avklaringer, og se om det finnes objektive holdepunkter for at eventuelle endringer på grunn avklaringen fantes i det opprinnelige tilbudet. Ved konkurransepreget dialog for del III-anskaffelser så kan leverandørene på forespørsel fra oppdragsgiver avklare tilbudene<sup>105</sup>. Avklaringene kan derimot ikke «innebære endringer i grunnleggende sider ved tilbudene eller anskaffelsesdokumentene» dersom det er «sannsynlig at slike endringer fører til konkurransevridding eller forskjellsbehandling<sup>106</sup>». Ordlyden tilsier at avklaring av tilbud og konkurransedokumenter kan skje ved så lenge avklaringen ikke medfører at viktige sider ved tilbudene eller konkurransedokumentene forbedres. Ifølge veilederen så er det sentrale vurderingstema «om endringene er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen». Hvis endringene ville «åpnet for at flere leverandører enn dem kunngjøringen rettet seg mot kunne ha deltatt i konkurransen, vil endringen ikke være lovlig»<sup>107</sup>. Oppsummert virker det sentrale å være hvorvidt og isåfall hva oppdragsgiver har kommunisert gjennom konkurransegrunnlag angående avklaringsadgang knyttet til forhold ved tilbudet. Itilegg til hvorvidt avklaringer presiserer innhold som alt lå i tilbudet eller om det fører til at tilbudet får et annet innhold som ikke eksisterte uten avklaringen.

### **3.5.3 Avklaringsplikt: Ikke noe alminnelig krav om å avklare forhold ved tilbudet**

Det finnes ingen spesifikke regler i anskaffelsesforskriften del II eller del III om at oppdragsgiver har avklaringsplikt. Spørsmål om avklaringsplikt har derfor for del II og III-anskaffelser har i nemdspraksis vært løst på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene anskaffelsesloven § 4. Det tilsier saker om avklaringsplikt for del II og III-anskaffelser kan ha større overføringsverdi til del I-anskaffelsene enn hvis de var løst etter konkrete regler i del II og III. Det følger av klagenemdspraksis at oppdragsgiver under tilbudsevaluering og kvalifikasjonsvurdering må kunne legge til grunn de opplysninger som fremkommer av leverandørenes tilbud. Det foreligger derfor ingen plikt for oppdragsgiver til å kontrollere om opplysningene i tilbudene stemmer med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som

---

<sup>104</sup> P-2017-933 (P-933) 35.4.2

<sup>105</sup> Anskaffelsesforskriften § 23-9 (2) første punktum

<sup>106</sup> Anskaffelsesforskriften § 23-9 (2) annet punktum

<sup>107</sup> P-2017-933 (P-933) s.156

gir spesiell foranledning for kontroll<sup>108</sup>. I samme retning går veilederen når det sies at det som hovedregel ikke er avklaringsplikt ved innholdet i tilbudet, men at prinsippene i visse tilfeller kan tilsa avklaringsplikt<sup>109</sup>. At det som hovedregel ikke gjelder avklaringsplikt for del II og III-anskaffelsene ved innholdet i tilbudet har sammenheng med at det er leverandørene har risikoen for uklarheter i tilbudene<sup>110</sup>. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at når det ikke gjelder en hovedregel om avklaringsplikt for del II og III-anskaffelser, så kan det ikke på bakgrunn av prinsippene stilles opp en hovedregel om avklaringsplikt for del I-anskaffelsene.

### **3.5.4 Spesiell foranledning for at det skal oppstå plikt til å avklare tilbyders tilbud**

2018/257 gjaldt en konkurranse om levering av møbler, lekeapparater, og løst inventar til en barnehage<sup>111</sup>. Anskaffelsens estimerte verdi var 1,8 millioner kroner og var dermed ikke en del 1-anskaffelse. Nemnda kom til at innklagede hadde brutt prinsippene i anskaffelsesloven § 4 ved ikke å foreta avklaring med klager før de fattet vedtak om å avvise klagers tilbud. Avgjørende for resultatet var at innklagede hadde basert avvisningsvedtaket på påstander fra en annen tilbyder i konkurransen. Disse påstandene kunne ifølge nemnda enkelt avklares hvis klager hadde fått anledning til å uttale seg<sup>112</sup>. Uttalelsen kan illustrere at avklaringsplikt kan foreligge der hvor påstandene fra en annen konkurrent i konkurransen enkelt kan avklares ved å la den som påstandene retter seg mot uttale seg.

En annen spesiell foranledning til å avklare tilbudet finnes i 2018/257 hvor det ble vist til rettspraksis om at oppdragsgiver kan ha avklaringsplikt der hvor uklarhet i tilbudet skyldtes uklarhet i konkurransegrunnlaget<sup>113</sup>. Det henger sammen med at tilbyder har risikoen for uklarheter i tilbudet, mens oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. Hvis konkurransegrunnlaget er uklart kan det gi tilbyder dårligere forutsetninger for å inngi tilbud.

---

<sup>108</sup> KOFA-2012/38 premiss 30

<sup>109</sup> P-2017-933 (933) s.273

<sup>110</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 8-4 og 9-1 for del II-anskaffelser. §§ 14-1 femte ledd og §§ 23-3 annet ledd for del III-anskaffelser.

<sup>111</sup> KOFA-2018/257 premiss 1

<sup>112</sup> KOFA-2018/257 premiss 23

<sup>113</sup> KOFA-2018/257 premiss 21. Det ble også vist til KOFA-2009/9 premiss 75.

## **3.6 Hvilke klarhetskrav stilles til oppdragsgiver ved evaluering av tilbud?**

### **3.6.1 Problemstilling og relevante prinsipper:**

Klarhetskrav til konkurransedokumenter vil ikke fylle den samme funksjonen hvis oppdragsgiverne ikke tolker konkurransedokumentene på samme måte når de evaluerer tilbudene. Det er altså en nær sammenheng mellom kravet som stilles til at oppdragsgiver må gi leverandørene et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud og kravene som stilles til oppdragsgiver når han evaluerer tilbudene.

### **3.6.2 Tolke tildelingskriteriene på samme måte i hele anskaffelsesprosessen**

Utgangspunktet i EU-retten er at oppdragsgiver etter prinsippet om gjennomsiktighet må «interpret the award criteria in the same way throughout the entire procedure»<sup>114</sup>. Oppdragsgiver må derfor tolke tildelingskriteriene på samme måte i løpet av hele anskaffelsesprosessen, fra utforming av konkurransedokumenter til evaluering av tilbud. I praksis fra klagenemnda er utgangspunktet at kravet til forutbereglighet innebærer at oppdragsgiver må opplyse om hvilke tildelingskriterier som skal vektlegges ved tilbudsevalueringen og forholde seg til opplysningene som han har gitt gjennom anskaffelsesprosessen<sup>115</sup>. Hvis oppdragsgiver ikke har opplyst om tildelingskriteriet i løpet av anskaffelsesprosessen og dette kriteriet blir vektlagt ved evaluering av tilbudet så vil det være i strid med kravet til forutbereglighet<sup>116</sup>. Med andre ord er en sentral del av oppdragsgivers handlefrihet ved evaluering av tilbud avhengig av hvilke opplysninger som han har gitt eller ikke gitt i løpet av anskaffelsesprosessen.

Et eksempel som viser at oppdragsgiver må tolke tildelingskriteriene på samme måte i løpet av hele anskaffelsesprosessen er 2003/54, som gjaldt en anskaffelse av tidsregistreringsverktøy. Nemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til

---

<sup>114</sup> *Siac construction*, C-19/00, premiss 43

<sup>115</sup> Blant annet KOFA-2008/153 premiss 51 og KOFA-2008/39

<sup>116</sup> KOFA-2018/221 premiss 44, Innklagede hadde «utelukkende» bedt om timepriser fra leverandørene, men hadde derimot lagt vekt på størrelse på mini-gravemaskiner ved tildelingen. Leverandørene hadde ikke oppfordring til å levere tilbud på noe annet enn timepris, og det ble ikke gitt informasjon «som tilsa at andre forhold ville bli vektlagt». Se også KOFA-2010/19 hvor oppdragsgiver ikke hadde informert om hva som vil bli vurdert under tildelingskriteriet «pris», og oppdragsgiver vektla kostnader med heis selv om klagers tilbud ikke hadde inneholdt noen opplysninger om å sette opp heis.

forutberegnelighet<sup>117</sup>. Begrunnelsen var at innklagede ifølge nemnda hadde skapt uklarhet om hvilket utstyr som var omfattet av anskaffelsen. Først ble det kommunisert at server skulle være inkludert i tilbudet, før det så ble uttalt at tilbud uten server ville bli akseptert. Mens det i evalueringen ble ansett som et pluss at et tilbud inkluderte server. I tilsvaret til klagenemnda skrev derimot innklagede at server ikke var en del av anskaffelsen<sup>118</sup>. Dette var ifølge nemnda for uoversiktlig og uklart til å tilfredsstille kravet til forutberegnelighet. Avgjørelsen kan tjene som et eksempel på at motstridende opplysninger underveis i anskaffelsesprosessen fra oppdragsgiver vil kunne stride mot kravet om å evaluere tilbud i tråd med man har opplyst om. Akkurat hvor strenge krav prinsippene stiller til klarhet ved evaluering av tilbud er vanskelig å si noe generelt om, men uttalelsen fra nemnda kan tyde på oppdragsgiver i det minste må gjøre det klart før tilbudsfristen nærmer seg hva anskaffelsen skal omfatte.

Plikten til å forholde seg til opplysninger som oppdragsgiver har gitt i løpet av anskaffelsesprosessen gjelder også selv om oppdragsgiver ikke var pliktig til å gi opplysningene i utgangspunktet. Et eksempel er 2017-102 som gjaldt en anskaffelse som fulgte anskaffelsesforskriften del I og II. Anskaffelsen var en totalentreprise ved oppføring av et krisesenterbygg i Tromsø. Selv om det ikke var en del I-anskaffelse ble spørsmålet om brudd på kravet til forutberegnelighet kun drøftet på bakgrunn av anskaffelsesloven § 4, noe som kan tilsi at uttalelsene i saken har overføringsverdi til del I-anskaffelsene. KOFA sa at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å publisere metoder for beregning av tilbudenes uttelling på tildelingskriteriene i anskaffelsesdokumentene<sup>119</sup>, men hvis oppdragsgiver likevel velger å gi denne informasjonen, må leverandørene kunne innrette tilbudsarbeidet i tillit til den fremgangsmåten som er beskrevet.

Plikten til å forholde seg til de opplysningene som oppdragsgiver har gitt om hvordan tildelingen av oppdraget skal foregå, innebærer også at oppdragsgiver ikke kan vektlegge forhold som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget. Det som kan vektlegges ved evaluering av tilbud er det som oppdragsgiver på forhånd har formidlet at skal eller kan vektlegges. Et eksempel på dette finner vi i Rt.2008 s.1705 hvor spørsmålet var om det «ved avgjørelsen av konkurransen var adgang til å ta hensyn til et rabatt-tilbud betinget av at selskapet vant en

---

<sup>117</sup> KOFA-2003/54 og Thue, Buan, Lazaridis, Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer* (2018), s.81.

<sup>118</sup> KOFA-2003/54, klagenemndas vurdering, tredje avsnitt

<sup>119</sup> KOFA-2017/102 premiss 17



annen kontrakt med samme oppdragsgiver»<sup>120</sup>. Høyesteretts flertall kom under tvil frem til at det ikke var adgang til å ta hensyn til rabatt-tilbudet begrunnet i at det måtte gjelde «strengt krav til likebehandling og forutberegnelighet»<sup>121</sup>. Som begrunnelse viste Høyesterett til at hvis det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver ville legge vekt på rabatter tilbud betinget av at man vinner en annen kontrakt med samme oppdragsgiver så vil kravet til forutberegnelighet yte motstand<sup>122</sup>. Når det er snakk om samme oppdragsgiver som legger ut to kontrakter på anbud på samme tid, men ikke utlyst samlet, så skal det ifølge Høyesterett en del for å godta en sammenblanding av tilbud og rabatter når rabatter ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget<sup>123</sup>. Dette er særlig fordi kravet til forutberegnelighet beskytter leverandørenes berettigede forventning om å kunne innrette sin tilbudsprosess i tillit til at det som står i konkurransegrunnlaget er det man skal inngi tilbud på bakgrunn av, og ikke forhold som er knyttet til andre kontrakter med samme oppdragsgiver.

Her kan man derimot problematisere hvorvidt kravene til forutberegnelighet gjør seg gjeldende med samme styrke for del 1-anskaffelser, da den aktuelle saken gjaldt to kontrakter på rundt 70 millioner kroner. På den annen side så vil en adgang til å vektlegge rabatter tilbud kunne føre til at oppdragsgiver får utført oppdraget til en lavere pris fordi man kan ta hensyn til totale kostnader ved begge prosjektene, noe som vil kunne fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Her er det derimot en regel i anskaffelsesforskriften om at oppdragsgiver ikke skal dele opp i flere kontrakter for å unnta kontrakten fra forskriftens detaljerte regler<sup>124</sup>. Hvis alle potensielle leverandører kunne legge inn rabatter på samme måte, fordi de hadde et annet kontraktsforhold med oppdragsgiver, og oppdragsgiver hadde informert om at det vil bli sett på som gunstig ved evaluering av tilbudene, så kan det tilsi at avveiningen faller annerledes ut. Derimot så kan slike rabatter “skremme” bort mindre tilbydere, da det i realiteten fører til at man må legge inn to tilbud for at man skal ha en sjanse til å vinne frem i konkurransen. Det er ikke alle tilbydere som har råd eller kapasitet til å delta i begge konkurransene. Allikevel så kan de kan ha et vel så bra tilbud som et større firma for den enkelte kontrakt.

---

<sup>120</sup> Rt.2008 s.1705, premiss 1

<sup>121</sup> Rt.2008 s.1705, premiss 42

<sup>122</sup> Rt.2008 s.1705, premiss 47

<sup>123</sup> Rt.2008 s.1705, premiss 42 og 43

<sup>124</sup> Anskaffelsesforskriften § 5-4

### 3.6.3 Evaluering etter kriterier som ikke er kommunisert på forhånd

For å avgjøre om oppdragsgiver forholder seg til det som er fastsatt i konkurransegrunnlaget ved tilbudsevalueringen så er spørsmålet om forholdet eller forholdene som vektlegges kan innfortolkes i konkurransegrunnlaget basert på en naturlig språklig forståelse. Slik at det er påregnelig for tilbyder at det aktuelle forholdet vektlegges ut fra opplysningene som er gitt<sup>125</sup>.

Selv om noe er oppgitt som et tildelingskriterie i konkurransegrunnlaget så betyr det ikke nødvendigvis at oppdragsgiver plikter å forholde seg til dette kriteriet ved tildelingsevalueringen. Et eksempel på dette er 2008/99 hvor et av spørsmålene var om innklagede hadde brutt kravet til forutberegnet ved evaluering av tilbud. Spørsmålet var nærmere bestemt om innklagede ved å unnlate å evaluere tilbud om leie av bil som var oppgitt som et tildelingskriterie, hadde brutt kravet til forutberegnet<sup>126</sup>. Nemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt kravet til forutberegnet. Ifølge nemnda kom det tilstrekkelig klart frem av konkurransedokumentene at innklagede kunne velge å unnlate å evaluere leie av bil<sup>127</sup>. Avgjørelsen gjaldt riktignok en del III-anskaffelse, noe som kan begrense overføringsverdien for tilsvarende spørsmål knyttet til del 1-anskaffelser. Avgjørelsen illustrerer at hvis oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget har kommunisert at han «kan» vektlegge et forhold, så vil det ikke stride mot kravet til forutberegnet om dette forholdet ikke vektlegges ved tilbudsevalueringen. Eller sagt med andre ord, oppdragsgiver forholder seg til opplysninger gitt i anskaffelsesprosessen så lenge han har kommunisert tydelig nok at et moment kan vektlegges.

Et eksempel på at en naturlig språklig forståelse ble avgjørende for om oppdragsgiver hadde forholdt seg til opplysningene gitt om tildelingskriteriene er 2009/98. Saken gjaldt en anskaffelse som fulgte del I og III av anskaffelsesforskriften og det som skulle anskaffes var en inngåelse av en rammeavtale innen brannteknikk. Nemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnet ved evaluering av tilbudene. Innklagede hadde vektlagt tilbyders erfaring innen kursvirksomhet under kriteriet «tilbudte saksbehandlers kompetanse». Men i presiseringene til tildelingskriteriene var det ikke opplyst om at erfaring innen kursvirksomhet var relevant<sup>128</sup>. Grunnen til at uttalelsen trekkes frem til tross for at det

---

<sup>125</sup> KOFA-2017/106, KOFA-2008/99 og KOFA-2009/98.

<sup>126</sup> KOFA-2008/99 premiss 65

<sup>127</sup> KOFA-2008/99 premiss 68

<sup>128</sup> KOFA-2008/99 premiss 29

ikke var en del 1-anskaffelse er at nemnda har noen generelle uttalelser om de grunnleggende prinsippene. Nemnda uttalte at «oppdragsgiver må evaluere tilbudene i samsvar med det som må anses påregnelig ut fra de opplysninger som er gitt om dette for eksempel i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget»<sup>129</sup>. Som nevnt var det ifølge nemnda ikke i strid med kravet til forutbereglighet om oppdragsgiver vektla et kriterie så lenge det var omfattet av en naturlig språklig forståelse av kriteriet. Man kan hevde at «kursvirksomhet» faller inn under naturlig språklig forståelse av «kompetanse», og at resultatet kunne blitt annerledes hvis det var tale om en del 1-anskaffelse, jf. forholdsmessighetsprinsippet. Poenget var nok at innklagede hadde presisert med eksempler hva de anså for å være relevant kompetanse og kursvirksomhet var ikke omtalt der. Da hadde ikke klager rimelig grunn til å innrette seg etter at kompetanse innenfor kursvirksomhet ville bli vektlagt ved evalueringen av tilbudene. Her kom riktignok lagmannsretten til et annet resultat enn klagenemnda, men saken kan illustrere utgangspunktet om en naturlig språklig forståelse ved spørsmålet om oppdragsgiver har forholdt seg til opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget og at presiseringer om hvordan tildelingskriteriene skal forstås kan være relevant ved spørsmålet om oppdragsgiver har forholdt seg tildelingskriteriene.

En annen problemstilling som kan oppstå ved evaluering av tilbud er oppdragsgivers adgang til å vektlegge tidligere negative erfaringer med en av tilbyderne. Det kan være gode grunner sett fra oppdragsgivers side til å vektlegge tidligere negative erfaringer med en tilbyder. Hvordan en tilbyder har løst et tilsvarende oppdrag kan gi en indikator på hvor gode forutsetninger oppdragsgiver har for å gjennomføre oppdraget. Det kan derimot være problematisk for leverandører om det er en vid adgang til å vektlegge referanseuttaler fra tidligere oppdrag. For det første er det ikke nødvendigvis sikkert at det er leverandøren sin feil at oppdragsgiver ved et tidligere oppdrag var misfornøyd med utførelsen, da det kan skyldtes forhold på tidligere oppdragsgivers side som gjorde at leverandøren fikk negative skussmål. Det kan også være at leverandøren som har fått negative uttalelser rettet mot seg fra en tidligere oppdragsgiver, også har hatt mange fornøyde oppdragsgivere. Med andre ord kan det være vanskelig å si noe sikkert om de negative erfaringene er representative og dermed kan uttaler fra referanser være uegnet til å gi en god indikasjon på leverandørens forutsetninger for å utføre oppdraget. Å vektlegge tidligere negative erfaringer kan også stille krav til at oppdragsgiver går bredt ut for å be om tilbakemeldinger på leverandørens tidligere

---

<sup>129</sup> KOFA 2009/98 premiss 28, KOFA 2010/19 premiss 36, KOFA 2011/134 premiss 48

utførte oppdrag. På bakgrunn av disse avveiningene har KOFA lagt seg på en linje som balanserer de ulike hensynene. For det første stilles det krav til at vektlegging av tidligere erfaring må gå frem av konkurransegrunnlaget<sup>130</sup>, med andre ord at det er noe leverandøren kan innrette seg etter før tilbud inngis. Det beror dermed i første rekke på en tolkning av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, og om det ut fra en naturlig språklig forståelse fremstår som påregnelig for leverandøren at tidligere negative erfaringer kan bli vektlagt. Dessuten har KOFA stilt krav om at erfaringene må være «objektivt konstaterbare, ikke bare representerer subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side» og at erfaringene er «dokumentert og gjenstand for en betryggende mulighet for etterprøving»<sup>131</sup>.

## **3.7 Når plikter oppdragsgiver å avvise et tilbud?**

### **3.7.1 Oppdragsgiver kan etter omstendighetene ha en avvisningsplikt:**

Nemdspraksis viser at oppdragsgiver på bakgrunn av prinsippene etter omstendighetene kan avvisningsplikt overfor tilbud som ikke oppfyller krav oppstilt i konkurransedokumentene<sup>132</sup>. Spørsmålet blir da hvilke omstendigheter som kan lede til at oppdragsgiver har avklaringsplikt i lys av de grunnleggende prinsippene. En omstendighet som kan utløse avvisningsplikt på bakgrunn av prinsippene er hvis tilbudet inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget<sup>133</sup>. Spørsmålet blir da hva som menes med at tilbudet inneholder «vesentlig avvik» fra konkurransegrunnlaget, og om det automatisk leder til avvisningsplikt.

### **3.7.2 Når er et avvik mellom tilbud og konkurransegrunnlag vesentlig?**

Hvis oppdragsgiver har skrevet i konkurransedokumentene om hva som anses for å være et vesentlig avvik så kan det tilsi at tilbud som avviker fra det opplyste innebærer et vesentlig avvik. Noe som henger sammen med oppdragsgivers plikt til å forholde seg til de

---

<sup>130</sup> KOFA-2019/363, premiss 34

<sup>131</sup> KOFA-2019/363, premiss 36

<sup>132</sup> KOFA 2018/569, premiss 26. KOFA-2017/161 premiss 26 om at oppdragsgiver forutenom om avvisningsplikt også har avvisningsplikt hvis leverandøren ikke oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen.

<sup>133</sup> For eksempel KOFA-2018/214 premiss 31, med henvisning til KOFA-2011/134 premiss 40. Problemstillingen er også behandlet i KOFA- 2018/184 premiss 13 og KOFA-2014/48 premiss 11 (avvisningsvedtak).

opplysninger han har gitt i løpet av anskaffelsesprosessen ved evaluering av tilbud<sup>134</sup>. Det tilsier at hva som er et vesentlig avvik må vurderes ut fra en tolkning av konkurransegrunnlaget. Utgangspunktet ved tolkning av konkurransegrunnlaget er en naturlig språklig forståelse<sup>135</sup>.

2018/214 gjaldt en del I-anskaffelse<sup>136</sup> om fast inventar til et laboratorium. Etter å ha vist til utgangspunktet om avvisningsplikt ved vesentlige avvik, pekte nemnda på at den tekniske beskrivelsen til oppdragsgiver ga flere ulike muligheter for oppfyllelse<sup>137</sup>. Tilbudet til valgte leverandør ble derfor ikke ansett for å være i strid med kravspesifikasjonen. Det kan tyde på hvis konkurransegrunnlaget er slikt utformet at det basert på en naturlig språklig forståelse kan oppfylles på flere ulike måter så skal det mer til for at avviket anses som vesentlig.

2018/569 gjaldt en del I-anskaffelse hvor det var konkurranse om beredskapstjeneste for Vågsfjord-området. Et av spørsmålene i saken var om innklagede hadde brutt prinsippene i anskaffelsesloven § 4 ved at valgte leverandørs tilbud ikke ble avvist. Nemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt prinsippene ved manglende avvisning, og viste til at anskaffelsen gjaldt en beskjeden verdi og at leverandørene måtte ha mulighet til å avklare kravene som lå i tilbudsforespørselen<sup>138</sup>. Uttalsene kan tyde på at hvis mindre inngripende tiltak enn avvisning kan avhjelpe avviket som tilbudet utgjør, så bør oppdragsgiver gis adgang til å velge det minst inngripende tiltaket før han plikter å avvise tilbudet. Eller sagt med andre ord, selv om avviket skulle være vesentlig, så kan tilgang på mindre inngripende tiltak innebære at et vesentlig avvik ikke innebærer avvisningsplikt. En forutsetning er at oppdragsgiver holder seg innenfor rammene for avklaringsadgangen knyttet til tilbudet. At oppdragsgiver ved del I-anskaffelser bør gis adgang i lys av prinsippene til å foreta avklaring ved vesentlig avvik støttes av at det finnes en slik adgang for del II-anskaffelsene. For del II og III-anskaffelser så skal oppdragsgiver avvise et tilbud som inneholder «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene<sup>139</sup>. Men leverandøren kan utsette avgjørelsen om avvisning til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren<sup>140</sup>. Det vil si at plikten til å avvise

---

<sup>134</sup> Oppgavens kapittel 4.7

<sup>135</sup> Se nærmere om tolkning av konkurransegrunnlag under krav til evaluering av tilbud i kapittel 4.7.3

<sup>136</sup> KOFA-2018/214 premiss 29

<sup>137</sup> KOFA-2018/214 premiss 35

<sup>138</sup> KOFA-2018/569 premiss 35

<sup>139</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 9-6 (1) bokstav b og § 24-8 (1) bokstav b.

<sup>140</sup> Anskaffelsesforskriften § 9-7 (2) for del II. For del III: Anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b) om avvisningsplikt ved vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene og § 24-10 annet ledd om adgang til å utsette avgjørelsen om avvisning til eventuelle avklaringer er foretatt.

tilbudet først inntretr hvis oppdragsgiver ikke lykkes med å rette opp i det vesentlige avviket<sup>141</sup>.

### 3.7.3 Avvisningsplikt ved for sent innkommet tilbud?

Hvis en tilbyder leverer sitt tilbud etter tilbudsfristen er utløpt så aktualiserer det spørsmålet om hvilke konsekvenser oversatt tilbudsfrist skal få. Gjennom å ha oversatt tilbudsfristen kan tilbudet ha blitt forbedret i tidspunktet mellom tilbudsfristen løp ut og tilbudet ble inngitt. Tilbyderen som har levert for sent kan ha fått kjennskap til de øvrige tilbudene, og justert sitt tilbud for å forbedre sjansene for å vinne frem i konkurransen. Det er med andre ord en fare for misbruk fra leverandørens side hvis for sent innkomne tilbud ikke automatisk avvises fra konkurransen. Det kan være vanskelig for oppdragsgiver å vurdere i hvilken grad det er misbruksfare i hvert enkelte tilfelle, noe som kan tale for avvisningsplikt for å unngå usikre hypotetiske vurderinger om misbruksfaren. Et viktig hensyn bak avklaringsplikt er likebehandlingsprinsippet og hensynet til de øvrige leverandørene som har levert tilbudet innenfor tilbudsfristen. Hvis en leverandør leverer etter fristen, og tilbudet ikke avvises, så kan det føre til at leverandørene ikke har inngitt tilbud på de samme premissene. Alternativet til avvisningsplikt kan være avvisningsadgang, som vil si at oppdragsgiver kan avvise tilbudet, men også ta tilbudet i betraktning selv om det har kommet inn etter tilbudsfristen har løpt ut. Et grunnleggende trekk ved del I-anskaffelsene er at oppdragsgiver nyter stor grad av skjønnsfrihet i den hensikt og settes til å foreta effektive anskaffelser uten for mye fokus på å følge detaljerte prosedyreregler. Det kan tilsi at oppdragsgiver ikke bør pålegges avvisningsplikt ved for sent innkommet tilbud, men avvisningsadgang. Det er derimot som nevnt hensynet til de øvrige leverandørene i konkurransen som begrunner avvisningsplikt, noe som tilsier at de konkurransemessige ulempene som manglende overholdelse av fristen utgjør i så fall må utjevnes.

For del II-anskaffelser så er oppdragsgiver pliktig til å avvise et tilbud som ikke er mottatt innen tilbudsfristen<sup>142</sup>. At det finnes en regel i del II av anskaffelsesforskriften er ikke i seg selv et argument for at det bør utledes en regel om avvisningsplikt ved for sent innkommet tilbud for del I-anskaffelsene<sup>143</sup>. Derimot så kan den samme problemstillingen, om hva som er konsekvensene av at et tilbud ikke er mottatt innen tilbudsfristen, også dukke opp i

---

<sup>141</sup> P-2017-933 (P-933) s.112

<sup>142</sup> Anskaffelsesforskriften § 9-4 første ledd bokstav (a)

<sup>143</sup> Oppgavens kapittel 1.4 om nedfallsfallsproblematikk.

forbindelse med en del I-anskaffelse. Ved tolkningen av hvilke krav prinsippene i anskaffelsesloven § 4 stiller til oppdragsgiver i forbindelse med tilbud som er kommet inn etter tilbudsfristen, så må det i lys av forholdsmessighetsprinsippet tas i betraktning at del I-anskaffelsene gjelder anskaffelser med lavere anslåtte verdier enn de anskaffelsene som er omfattet av reglene i del II av anskaffelsesforskriften om avvisningsplikt ved tilbud som ikke er mottatt innen tilbudsfristen.

### **Hvilken betydning har det at oppdragsgiver må forholde seg til det som er fastsatt for konkurransen?**

Hvis oppdragsgiver har fastsatt i konkurransegrunnlaget at for sent innkomne tilbud vil bli avvist, så kan det tilsi at oppdragsgiver må avvise tilbudet, jf. kapitlene om evaluering av tilbud og klarhetskrav til konkurransedokumentene. Hvis derimot oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget har fastsatt at det skal være mulig å komme med forbedringer, avklaringer og andre endringer i tilbudene etter en eventuell tilbudsfrist har utløpt så kan det tilsi at for sent innkomne tilbud ikke nødvendigvis må avvises fra konkurransen. Siden alle tilbudene i en slik situasjon gjennom dialogen kan forbedres og endres etter tilbudsfristen er utløpt så kan det innebære at faren for at oppdragsgiver får en konkurransefordel ved å levere for sent er nærmest fraværende. I klagenemdspraksis har derimot blitt ansett for å være tilstrekkelig for avvisningsplikt hvis det er en teknisk mulighet for at «den som leverer sitt tilbud etter at de øvrige er åpnet, kan ha fått kjennskap til konkurrentenes priser og forholdt seg til disse. Begrunnelsen er at en slik mulighet «prinsipielt» ikke kan aksepteres<sup>144</sup>.

Det kan derimot stille seg annerledes hvis årsaken til at tilbudet er for sent innkommet skyldes at oppdragsgiver har skapt uklarhet om hvilken tilbudsfrist som gjaldt. For eksempel der oppdragsgiver har gitt motstridende opplysninger om hvilken frist som gjelder<sup>145</sup>. I KOFA-2008/25 uttalte nemnda at innklagede ikke skulle ha avvist klager som følge av for sent innkommet tilbud, når det var innklagde selv som var skyld i at tilbudet kom for sent<sup>146</sup>. At det er leverandøren som har ansvaret for å inngi tilbud innenfor fristen kan i et slik tilfelle

---

<sup>144</sup> KOFA-2008/25 premiss 32

<sup>145</sup> Jf. oppgavens kapittel 4.4.4 om at motstridende opplysninger om blant annet tilbudsfrist gjorde at oppdragsgiver ikke hadde et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud,

<sup>146</sup> KOFA-2008/25 premiss 31, saken gjaldt en del III-anskaffelse. Nemnda kom riktignok til at det som følge av at det var en teoretisk mulighet for at tilbydereren hadde fått kjennskap til konkurrentens priser og forholdt seg til disse, ikke var adgang til å la tilbudet være med i konkurransen. Nemnda kom til at konkurransen skulle ha vært avlyst.

få mindre vekt siden grunnen til at tilbudet ikke ble levert tidspunkt skyldes klanderverdig opptreden fra oppdragsgivers side.

#### **4. Oppsummering**

Som nevnt i innledningen av oppgaven er stadig flere offentlige anskaffelser i Norge, på grunn av de senere års økninger i nasjonal terskelverdi, kun regulert av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del I. Hvilke krav som stilles til oppdragsgiver beror i stor grad på hvilke krav som kan utledes av prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Det gjør at en nærmere undersøkelse av innholdet av prinsippene for del I-anskaffelsene er et veldig aktuelt tema, noe som er bakgrunnen for denne oppgaven. I løpet av denne oppgaven er det forsøkt vist til at det er begrenset med rettskildemateriale utover praksis fra KOFA som kaster lys over hvilke krav som kan utledes av prinsippene i § 4 i forbindelse med del 1-anskaffelser. Siden det er i KOFA-praksis at problemstillingene i forbindelse med del I-anskaffelser kommer klarest frem, er praksis fra nemnda brukt aktivt i forbindelse med å finne ut hvilke særlige problemstillinger som skulle behandles nærmere i denne oppgaven. Praksis fra KOFA har på grunn av mangel på veiledning i mer autorative rettskilder også fått en sentral plass i drøftelsen og redegjørelsen for hvilke krav som kan utledes av prinsippene for de utvalgte problemstillingene. Som nevnt i innledningen av oppgaven er et særlig sentralt hensyn ved økningen av nasjonal terskelverdi å gi innkjøpere større skjønnsfrihet ved ikke å måtte forholde seg til detaljerte prosedyreregler slik at de kan fokusere på å foreta mer effektive anskaffelser. For å realisere dette formålet står forholdsmessighetsprinsippet særlig sentralt. Henvisninger til regler del II og III av anskaffelsesforskriften i denne oppgaven har blitt vist til blant annet for å illustrere at man bør være varsom med å pålegge oppdragsgiver forpliktelser for del I-anskaffelser etter prinsippene som går lenger enn det som følger av reglene i del II og III. Forholdsmessighetsprinsippet får derfor en særlig sentral rolle ved fastleggingen av de øvrige prinsippenes gjennomslagskraft ved del 1-anskaffelser, for å kunne sikre at lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser realiseres. Mange av spørsmålene som er vært under behandling i denne oppgaven er preget av det beror på konkrete og skjønsmessige vurderinger om hvilke krav prinsippene stiller til den enkelte del I-anskaffelse. For eksempel at oppdragsgiver må gjøre anskaffelsen kjent for et «rimelig antall leverandører» (oppgavens kapittel 3.2) og gi leverandørene et «forsvarlig grunnlag for tilbud» (oppgavens kapittel 3.4). En viktig side av oppdragsgivers skjønnsfrihet ved del I-



anskaffelser er hva oppdragsgiver har bestemt om hvordan konkurransen skal foregå og hvordan dette er kommunisert til tilbyderne (kapittelet om klarhetskrav til konkurransedokumentene og hvordan det henger sammen med krav til oppdragsgiver i forbindelse med evaluering av tilbud).

## **5. Litteraturliste:**

### **Lover:**

Lov om offentlige anskaffelser av 17. Juni 2016 nr.73 (anskaffelsesloven)

### **Forskrifter og rundskriv (veiledere)**

Veileder fra Nærings- og fiskeridepartementet: P-2017-933 (P-933)

Forskrift om offentlige anskaffelser av 12 august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften).

Forskrift om konsesjonskontrakter av 12. august 2016 nr. 976

(konsesjonskontraktsforskriften)

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr.975

(forsyningssektoren).

Veileder fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet: P-2006-933 (P-933)

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

(klagenemdsforskriften)

### **Litteratur:**

Anders Thue, Anne Buan, Sofia Lazaridis, og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave 2018

Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*,

Universitetsforlaget 2013

Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen, *Offentlige anskaffelser*, Kommentarutgave Bind I,

Universitetsforlaget 2005.

### **Norske lovforarbeider og stortingsmeldinger**

Meld. St. 22 (2018–2019) *Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser*.

Prop.51 L (2015-2016) *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*

NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*

*Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket*

NOU 2010: 2, *håndhevelse av offentlige anskaffelser*

Innst.O.nr.27 (1998–1999) *Innstilling fra næringskomiteen om lov om offentlige anskaffelser.*

Ot.prp.nr.71 (1997–1998) *Om lov om offentlige anskaffelser*

NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser*

### **Direktiver:**

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance.

### **Avgjørelser fra Høyesterett og EU-domstolen:**

Rt.2008 s.1705 A.

Dom av 21. februar 2008, *Commission v Italy*, C-412/04

Dom av 13. oktober 2005, *Parking Brixen*, C-458/03

Dom av 7. desember 2000, *Teleaustria*, C-324/98

Dom av 18. oktober 2001, *SIAC Construction*, C-19/00

### **Avgjørelser fra KOFA:**

KOFA-2019-711

KOFA-2019/363

KOFA-2019/295

KOFA-2019/152

KOFA-2018/569

KOFA-2018/467

KOFA-2018/257

KOFA-2018/221

KOFA-2018/214

KOFA-2018/184

KOFA-2018/138

KOFA-2017/338

KOFA-2017/180

KOFA-2017/161

KOFA-2017/134

KOFA-2017/121  
KOFA-2017/118  
KOFA-2017/106  
KOFA-2017/102  
KOFA-2017/100  
KOFA-2014/48  
KOFA-2012/38  
KOFA 2011/134  
KOFA-2010/157  
KOFA 2010/19  
KOFA 2009/98  
KOFA-2009/9  
KOFA-2009/6  
KOFA-2008/153  
KOFA-2008/99  
KOFA-2008/39  
KOFA-2008/25  
KOFA-2007/21  
KOFA-2007/22  
KOFA-2003/54







