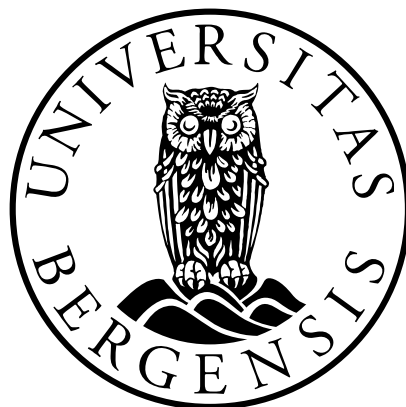


Oppdragsgivers adgang til dialog etter anskaffelsesforskriften § 9-3

*ved manglende
oppfyllelse av kvalifikasjonskrav*

Kandidatnummer: 160

Antall ord: 12 086



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse:

Innholdsfortegnelse:	1
1 Innledning.....	2
1.1 Problemstilling	2
1.2 Rettskilder og metode.....	3
1.3 Begrepsavklaring.....	5
1.4 Fremstillingen videre.....	6
2 Adgangen til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav	8
2.1 Tidligere rettstilstand.....	8
2.2 Innføringen av tilbudskonkurranse.....	9
2.3 Praksis fra klagenemnda.....	10
2.4 Begrensninger.....	12
2.4.1 Krav om faktisk oppfyllelse	12
2.4.2 Særlig om bruk av underleverandør	14
3 Adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav	16
3.1 Opphevelsen av forhandlingsforbudet	16
3.2 Absolutte krav til tilbudet.....	17
3.3 Forenklingsutvalgets uttalelser.....	20
3.4 Søknad om prekvalifisering	23
3.5 Grunnleggende hensyn.....	25
3.5.1 Forutberegnelighet	25
3.5.2 Likebehandling.....	28
3.5.3 Nedfallsproblematikk	30
3.6 Behovet for et oppfyllestidspunkt.....	33
4 Avsluttende bemerkninger	36
Kildeliste:	38

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Tema for oppgaven er oppdragsgivers adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav i gjennomføringen av tilbudskonkurranser.

Et minstekrav for deltakelse i en tilbudskonkurranse er at leverandøren må dokumentere at han oppfyller kvalifikasjonskravene.¹ Dersom leverandørens dokumentasjon ikke viser oppfyllelse av kravene til kvalifikasjoner, medfører det en plikt for oppdragsgiver til å avvise leverandøren fra konkurransen.² I praksis er det derfor særlig sentralt om oppdragsgiver har en adgang til å gå i dialog med leverandøren for å reparere mangler i dokumentasjonen av kvalifikasjoner.

I praksis er det ofte slik at leverandørens innleverte dokumentasjon inneholder feil, uklarheter, eller at enkelte dokumenter mangler.³ Reglene for tilbudskonkurranser gir oppdragsgiveren mulighet til å gå i dialog med leverandørene for å avklare slike forhold i dokumentasjonen og til å få ettersendt konkrete dokumenter som mangler, og dermed unngå at leverandøren må avvises fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.⁴

Tilbudskonkurranse ble innført i forskriftens del II for å gi en fleksibel prosedyre med andre grenser enn det som tidligere gjaldt etter reglene for anbudskonkurranse ved anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del III.⁵ I tilbudskonkurranser har oppdragsgiver derfor en vid adgang til å gå i dialog med leverandørene om innholdet av den innleverte dokumentasjonen,⁶ til forskjell fra anbudskonkurranser der regelen om forhandlingsforbudet satte klare grenser for oppdragsgivers adgang til å snakke med leverandørene etter tilbudsfristens utløp.⁷

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) har i to saker lagt til grunn at oppdragsgiver ikke har adgang til å gå i dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav dersom

¹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-5 første ledd bokstav a.

² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-5 første ledd bokstav a.

³ NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.1 s. 150.

⁴ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-7 andre ledd jamfør § 9-3 første ledd jamfør § 9-5 første ledd bokstav a.

⁵ NOU 2014: 4 pkt. 8 s. 64 og pkt. 16.3.1.2 s. 151.

⁶ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 første ledd.

⁷ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd og anskaffelsesloven av 2016 § 23-5 andre ledd

leverandøren ikke oppfylte kravene ved tilbudsfristens utløp.⁸ Oppgaven tar utgangspunkt i praksis fra klagenemnda og vurderer om det foreligger holdepunkter i regelverket for en slik begrensning i oppdragsgivers adgangen til dialog i tilbudskonkurranser.

Problemstillingen kommer på spissen i tilfeller der leverandøren med det beste tilbudet ikke oppfyller kvalifikasjonskravene og må avvises fra konkurransen. Oppdragsgiver mister da muligheten til å inngå kontrakt med leverandøren som tilbyr den beste ytelsen, dersom det ikke er adgang til å reparere manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene med dialog.

Bakgrunn for valg av tematikk er at klagenemndas praksis er kritisert, nemnda valgte likevel å følge opp sin egen praksis i stornemnd.⁹ Stornemndssaken fra klagenemnda er bragt inn for de alminnelige domstolene. Tingretten har i skrivende stund ikke avsagt dom i saken. Tematikken har en klart aktualitet og er tilnærmet ubehandlet i juridisk teori. Denne oppgaven tar derfor opp spørsmålet om det foreligger holdepunkter i regelverket for tilbudskonkurranse for den begrensningen som klagenemnda legger til grunn i oppdragsgivers adgang til dialog.¹⁰

1.2 Rettskilder og metode

Oppgaven tar utgangspunkt i den tradisjonelle rettskildelæren for fremstillingen av adgangen oppdragsgiver har til å gå i dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav etter § 9-3.¹¹ Dette kapitlet tar opp særtrekk og metodiske utfordringer knyttet til rettskildebildet ved tolkningen av adgangen til dialog i tilbudskonkurranser.

De viktigste rettskildene i norsk anskaffelsesrett består av lov om offentlige anskaffelser av 17.06.2016 (heretter anskaffelsesloven) og utfylles av forskrift om offentlige anskaffelser av 12.08.2016 (heretter anskaffelsesforskriften av 2016). Forskriften er delt inn i tre deler etter anskaffelsens verdi, hvor anskaffelser av mindre verdi ikke følger en like detaljert regulering som anskaffelser av høyere verdi. Forskriftens del I gir felles bestemmelser for alle anskaffelser omfattet av forskriften.¹² Del III bygger på implementering av direktivet fra den europeiske

⁸ Kofa sak 2017/75 premiss 30 og 2020/515 premiss 43.

⁹ Kofa sak 2020/515 og 2017/75, Gulsvik (2018) og Dragsten (2020) s. 396.

¹⁰ Kofa sak 2017/75 premiss 30 og 2020/515 premiss 43.

¹¹ Eckhoff (2001).

¹² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 5-1 første ledd.

union og gjelder anskaffelser over de såkalte EØS terskelverdiene.¹³ Denne oppgaven omhandler den særnorske delen av regelverket i forskriftenes del II.¹⁴

Ettersom reglene i forskriften har ulikt opphav, vil det følgelig være ulike rettskilder som gir relevante tolkningsbidrag ved tolkningen av bestemmelsene i forskriftens ulike deler. Det betyr at rettskildene som er relevante for oppdragsgivers adgang til avklaring og ettersending av kvalifikasjonsdokumentasjonen i del III, ikke nødvendigvis gir relevante tolkningsbidrag for oppdragsgivers adgang til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav i del II.¹⁵ Tvert imot vil ulik regulering med manglende begrensninger i del II, tilsi at lovgiver har ment at adgangen til dialog ikke skal være underlagt de samme begrensningene som i del III.¹⁶

Tilbudskonkurranse gjelder den særnorske delen av anskaffelsesforskriften og er utarbeidet av nasjonal lovgiver.¹⁷ Prosedyreformen har ingen tradisjon i anskaffelsesretten.¹⁸ Dette medfører at lovgivers behandling av reglene for tilbudskonkurranser i forarbeidene er en rettskilde med særlig relevans for tolkningen av reglene, herunder for adgangen til dialog i § 9-3.¹⁹

Opgaven tar utgangspunkt i to saker fra klagenemnda. Det kan diskuteres hvilken vekt saker fra nemda egentlig har. En ser ofte at argumentene til nemnda benyttes av domstolene og i juridisk teori og disse er klart relevante som tolkningsmomenter.²⁰ Sakene har likevel ingen prejudisiell virkning og den rettskildemessige verdien kan nok sies å være begrenset.²¹ Det kan imidlertid påpekes at klagenemnda har fulgt opp sin egen praksis i stornemnd, og det medfører at jurister med spisskompetanse på feltet har vært enige om resultatet.²²

Særlig relevans som tolkningsmomenter har de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. Formålet med prinsippene er å realisere det overordnede formålet i anskaffelsesloven § 1 om effektiv bruk av samfunnets ressurser, og prinsippene er altså ikke mål i seg selv.²³ Prinsippene innehar to funksjoner. For det første kan prinsippene på selvstendig grunnlag gi prosessuelle

¹³ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 5-1 tredje ledd og direktiv 2014/24/EU.

¹⁴ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 5-1 andre ledd.

¹⁵ NOU 2014: 4 pkt. 7.1 s. 61.

¹⁶ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 sml. § 23-5 og NOU 2014: 4 pkt. 7.1 s. 61.

¹⁷ Anskaffelsesforskriften av 2016 del II.

¹⁸ NOU 2014: 4 pkt. 1.1 s. 15 og 16.3.1.2. s. 151.

¹⁹ Se særlig forenklingutvalget i NOU 2014: 4, men også prop. 51L (2015–2016) og innstl. 358L (2015–2016).

²⁰ Rt. 2007 s. 983, Rt. 2007 s. 1783 og Rt. 2008 s. 1705.

²¹ Thue mfl. (2018) s. 34–35 og Goller mfl. (2017) s. 19.

²² Ingen dissens i kofa sak 2020/515.

²³ C-336/12 (Manova) premiss 28–29.

rettigheter og plikter, men har nok likevel størst betydning som tolkningsbidrag.²⁴ Som det vil fremgå av oppgaven legger klagenemnda stor vekt på prinsippene som begrunnelse for en begrensning av adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.²⁵

Prinsippene gjelder generelt for alle anskaffelser uavhengig av verdi, og stammer i stor grad fra EU-retten.²⁶ EU-domstolen er dermed den primære rettskilden for tolkningen av prinsippene. Det betyr imidlertid ikke at prinsippene slik de er tolket i EU-retten, umiddelbart kan legges til grunn for anskaffelser som ikke er omfattet av direktivene.²⁷ Oppgaven tar opp de metodiske utfordringene som prinsippene medfører for tolkningen av adgangen til dialog underveis.²⁸

1.3 Begrepsavklaring

Dette kapittelet avklarer innholdet i sentrale begreper for oppgavens behandling.

Kvalifikasjonskravene setter minstekrav for leverandørens deltakelse i konkurransen, og skal sikre at leverandøren innehar de nødvendige økonomiske, finansielle, tekniske og/eller faglige kvalifikasjoner som kreves for gjennomføring av kontrakten.²⁹ I anskaffelsesdokumentene angir oppdragsgiver krav til dokumentasjonen leverandøren skal inngi for å vise oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene, gjennom såkalte *dokumentasjonskrav*.³⁰

Som midlertidig dokumentasjon på oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene kan oppdragsgiver kreve at leverandøren inngir *det europeiske egenerklærings skjema* (heretter ESPD-skjema). Leverandøren erklærer da midlertidig at han oppfyller kravene til kvalifikasjoner, og leverer dette sammen med tilbudet, eller i forespørselen om å delta i en begrenset konkurranse.³¹

En *åpen tilbudskonkurranse* innebærer at alle interesserte leverandører kan inngi tilbud.³² Oppdragsgiver foretar da en vurdering av leverandørens kvalifikasjonsdokumentasjon sammen med vurderingen av tilbudene.³³ I en *begrenset tilbudskonkurranse* må interesserte leverandører

²⁴ Prop. 51L (2015–2016) kap.10 s. 82.

²⁵ Oppgavens kap. 3.5.1 og 3.5.2.

²⁶ Direktiv 2014/24 art. 18.

²⁷ NOU 2014: 4 pkt. 7.1 s. 61.

²⁸ Oppgavens kap. 3.5.

²⁹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 8-7 første ledd

³⁰ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 8-7 første og tredje ledd.

³¹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 8-10 første ledd.

³² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-2 første ledd.

³³ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) pkt. 12.1.1 1.

først levere en forespørsel om å delta i konkurransen, og oppdragsgiver foretar da en selvstendig kvalifikasjonsvurdering før et utvalg av leverandørene blir invitert med videre i konkurransen.³⁴

I oppgaven vil alle de bedriftene som kunne tenke seg å inngi et tilbud til oppdragsgiver, eller en søknad om deltakelse i en begrenset konkurranse, omtales som *leverandører*. Leverandøren som har vunnet konkurransen og dermed skal tildeles kontrakt, omtales som *valgte leverandør*.

Med *tilbud* menes den løsningen leverandøren har utarbeidet til oppdragsgiver på bakgrunn av hans beskrivelse av anskaffelsen i anskaffelsesdokumentene. I en åpen tilbudskonkurranse vil tilbudet også inkludere dokumentasjonen en leverandør har levert inn for å vise oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene, denne dokumentasjonen betegnes som *kvalifikasjonsdokumentasjon*.

Leverandører som ønsker å inngi et tilbud i konkurransen må gjøre dette før utløpet av en frist som fremgår av kunngjøringen, omtalt som *tilbudsfristen*.³⁵ Oppgaven bruker også dette uttrykket generelt om tidspunktet leverandøren må ha inngitt kvalifikasjonsdokumentasjonen.

Ved gjennomføringen av en tilbudskonkurranse har oppdragsgiver adgang til å ha *dialog* med leverandørene. Dialog omfatter alle former for dialog, herunder retting av avvik, avklaring av uklarheter, ettersending av dokumenter som mangler eller forhandlinger om tilbudets innhold.³⁶

I anbudskonkurranser gjelder det derimot et *forhandlingsforbud* som først og fremst sikrer likebehandling av leverandørene, ved at ingen leverandører gis mulighet til å endre eller forbedre sine tilbud i etterkant av tilbudsfristen, og dermed kan oppnå en fordel i konkurransen mot de andre leverandørene om å inngi det beste tilbudet.³⁷

1.4 Fremstillingen videre

Oppgavens kapittel 2 presenterer adgangen til dialog i tilbudskonkurranse med særlig fokus på oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene. Videre gis en beskrivelse av sakene fra klagenemnda hvor det legges til grunn at oppdragsgiver ikke har adgang til å gå i dialog med en leverandør som ikke oppfyller kravene til kvalifikasjoner ved utløpet av tilbudsfristen.³⁸ Med bakgrunn i sakene fra klagenemnda behandles kravet om at leverandøren faktisk må oppfylle kravene til

³⁴ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-2 andre ledd og Nærings- og fiskeridepartementet (2018) pkt. 12.1.1 1.

³⁵ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 8-17 andre ledd.

³⁶ Prop. 51L (2015–2016) pkt. 8.1 s. 75 og Nærings- og fiskeridepartementet (2018) pkt. 12.1.4.3.

³⁷ Anskaffelsesloven § 4 og NOU 2014: 4 pkt. 16.1.2.3 s. 148.

³⁸ Kofa sak 2017/75 og sak 2020/515.

kvalifikasjoner ved tilbudsfristens utløp, og det det knyttes også noe særlige bemerkninger til oppdragsgivers adgangen til å få ettersendt en forpliktelseserklæring fra leverandøren, som dokumentasjon på oppfyllelsen av kravene ved bruk av underleverandør.

Oppdragsgivers adgang til dialog er først og fremst en rett for oppdragsgiver. Leverandørene kan ikke kreve at oppdragsgiver benytter adgangen til dialog for å reparere feil, mangler eller innhente manglende dokumenter i deres dokumentasjon.³⁹ Oppgaven vil derfor avgrenses mot å behandle en eventuell plikt for oppdragsgiver til å gå i dialog med leverandørene.

Hovedfokus i oppgaven ligger på kapittel 3 som behandler spørsmålet om oppdragsgiver, på tross av sakene fra klagenemnda, likevel har adgang til å gå i dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Her vil oppgaven gå nærmere inn på regelen om oppfyllestidspunkt som klagenemnda legger til grunn i sin praksis, i lys av innføringen av tilbudskonkurranser og opphevelsen av forhandlingsforbudet.⁴⁰ Videre sees det hen til sammenhengen i regelverket for tilbudskonkurranser, og de grunnleggende prinsippene med bakgrunn i klagenemndas praksis. I tillegg trekkes en parallell til reglene for anbudskonkurranser, etter anskaffelsesforskriften av 2016 del III og EU-retten, for veiledning i spørsmålet.⁴¹

Adgangen til dialog er lik i åpne og begrensede tilbudskonkurranser.⁴² Sakene klagenemnda har behandlet omhandler imidlertid åpne tilbudskonkurranser og dette vil derfor være et naturlig utgangspunkt for oppgaven.⁴³ Det vil likevel trekkes paralleller til de særegne regler for gjennomføringen av begrensede tilbudskonkurranser der det er relevant for drøftelsen.

Til slutt gir oppgavens kapittel 4 noen avsluttende bemerkninger.

³⁹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-1 andre ledd og NOU 2014: 4 pkt. 25.5.1 s. 239.

⁴⁰ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd.

⁴¹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd.

⁴² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 jamfør § 8-3 og Nærings og fiskeridepartementet (2018) pkt. 12.1.4.1.

⁴³ Kofa sak 2017/75 premiss 1 og sak 2020/515 premiss 1.

2 Adgangen til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav

2.1 Tidligere rettstilstand

Etter forskrift om offentlige anskaffelser av 07.04.2006 (heretter anskaffelsesforskriften av 2006) kunne oppdragsgiver velge å gjennomføre konkurransen som en anbudskonkurranse, hvor det gjaldt et forhandlingsforbud,⁴⁴ eller som en konkurranse med forhandling, som innebar en plikt til å forhandle.⁴⁵

Oppdragsgiver måtte altså på forhånd velge om det skulle gjennomføres forhandlinger eller ikke gjennom valg av prosedyreform før gjennomføring av konkurransen.⁴⁶ For oppdragsgiver vil det imidlertid ofte være svært ressurskrevende å skulle gjennomføre forhandlinger med leverandørene.⁴⁷ Hensynet til effektiv ressursbruk tilsier derfor i mange tilfeller at konkurransen burde gjennomføres som en anbudskonkurranse fremfor en konkurranse med forhandling.

På denne bakgrunn ble mange konkurranser gjennomført etter reglene for anbudskonkurranse. Forhandlingsforbudet innebar da et forbud mot å endre innhold i tilbudet etter tilbudsfristens utløp.⁴⁸ For oppdragsgiver medførte dette en klar ulempe dersom tilbudene etter tilbudsfristens utløp skulle vise seg å inneholde feil, uklarheter eller dersom konkrete dokumenter manglet, ettersom forbudet kun tillot oppdragsgiver et begrenset handlingsrom til å foreta avklaring av slike forhold.⁴⁹ Dersom forholdet i leverandørens tilbud var av en slik art at oppdragsgiver hadde plikt til å avvise leverandøren fra konkurransen var det aldri adgang for oppdragsgiver til å reparere forholdet ved å foreta avklaringer.⁵⁰

I relasjon til leverandørens kvalifikasjonsdokumentasjon hadde oppdragsgiver adgang til å innhente supplerende opplysninger og visse typer manglende dokumentasjon, herunder «HMS erklæring skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon».⁵¹ Også her var adgangen til

⁴⁴ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd.

⁴⁵ Kofa sak 2009/106 premiss 36 flg. og Dragsten (2013) s. 458.

⁴⁶ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 5-1.

⁴⁷ NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.1 s. 151

⁴⁸ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd og NOU 2014: 4 pkt. 1.2.8 s. 20

⁴⁹ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 andre ledd bokstav a første setning og NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.1 s. 150.

⁵⁰ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 andre ledd bokstav a andre setning.

⁵¹ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-3 og § 12-4 og NOU 2014: 4 pkt. 20.4.1 s. 186.

å reparere feil og mangler i leverandørens dokumentasjon begrenset av forhandlingsforbudet, og innebar at supplering og ettersending ikke kunne medføre at tilbudet ble endret.⁵²

Disse reglene i anskaffelsesforskriften av 2006 ble kritisert for å være detaljert, komplisert og formalistisk.⁵³ Det er vanskelig for oppdragsgiver å ta stilling til om det vil oppstå et behov for å gå i forhandlinger med leverandørene før tilbudsfristen.⁵⁴ I tillegg forelå det få muligheter for oppdragsgiver til å rette opp feil og mangler etter utløpet av tilbudsfristen dersom det skulle vise seg å være behov for dette. Konsekvensen ble at oppdragsgiver måtte avvise leverandører på grunn av bagatellmessige forhold, og kunne reelt sett gå glipp av det beste tilbudet.⁵⁵

2.2 Innføringen av tilbudskonkurranse

Etter den någjeldende anskaffelsesforskrift av 2016 ble åpen og begrenset tilbudskonkurranse gjort til de eneste tillatte prosedyreformene etter forskriftens del II.⁵⁶ Reglene gir oppdragsgiver adgang til å bestemme om det skal gjennomføres dialog etter tilbudsfristenes utløp, ettersom det først er når alle tilbudene har kommet inn og oppdragsgiver kjenner innholdet, at han har tilstrekkelig grunnlag til å vurdere behov for å gjennomføre dialog med leverandørene.⁵⁷

I tilbudskonkurranser er oppdragsgiver gitt en vid adgang til å snakke med leverandørene etter tilbudsfristens utløp.⁵⁸ Bakgrunnen er at oppdragsgiver skal kunne rydde opp i feil og mangler i leverandørenes inngitte dokumentasjon, og dermed kan unngå at leverandørene må avvises fra konkurransen på grunn av forhold som det enkelt kan ryddes opp i.⁵⁹ Oppdragsgivers adgang til dialog i § 9-3 kan slik ansees som et uttrykk for opphevelsen av forhandlingsforbudet som satte klare begrensninger for avklaringsadgangen etter reglene for anbudskonkurranse.⁶⁰

Adgangen til dialog fremkommer av anskaffelsesforskriften § 9-3 første ledd som angir at «[d]ialogen kan gjelde alle sider ved tilbudene og andre mottatte dokumenter eller opplysninger og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger».

⁵² Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd og kofa sak 2011/320 premiss 51.

⁵³ NOU 2012: 2 s. 417.

⁵⁴ NOU 2014: 4 pkt. 2.3.

⁵⁵ NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.1.

⁵⁶ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 8-3.

⁵⁷ Anskaffelsesforskriften av § 9-2 tredje ledd og NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.2 s. 151.

⁵⁸ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 første ledd

⁵⁹ Prop. 51 L (2015–2016) pkt. 8.1 s. 75 og NOU 2014: 4 punkt 16.3.1.2 s. 151.

⁶⁰ Se oppgavens kap. 2.1.

Bestemmelsens ordlyd syntes ut ifra en naturlig språklig forståelse å gi oppdragsgiver en vid og ubegrenset adgang til å gå i dialog med leverandørene. Det fremgår heller ingen begrensning i adgang der leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp, slik som klagenemnda legger til grunn i sin praksis.⁶¹ En slik begrensning i adgangen innebærer da en innskrenkende tolkning av § 9-3. Oppgaven kommer tilbake til hvorfor det kan være problematisk at klagenemnda foretar en slik innskrenkende tolkning av bestemmelsen.⁶²

Av ordlyden fremgår det klart at dialogen kan gjelde «alle sider av tilbudene» til leverandørene. Det fremkommer imidlertid ikke direkte av ordlyden at adgangen til dialog også omfatter den dokumentasjonen leverandøren har levert inn for å vise oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. I forarbeidene er det forutsatt at oppdragsgiver skal ha en vid adgang til dialog i relasjon til oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene.⁶³ Dersom lovgiver ikke har ment at bestemmelsen skal regulerer adgangen til dialog om kvalifikasjonsdokumentasjonen tilsier dette at oppdragsgiver har en svært vid adgang til å foreta dialog, kun begrenset av de grunnleggende prinsippene.⁶⁴

Uavhengig av om lovgiver har ment at adgangen til dialog i § 9-3 skal gjelde dokumentasjonen som viser oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav eller ikke, vil ordlyden «andre dokumenter eller opplysninger» være vid nok til å omfatte kvalifikasjonsdokumentasjonen. Det foreligger verken holdepunkter i reglene for tilbudskonkurranse etter forskriften eller forarbeidene, for at lovgiver har ment at adgangen ikke også skal omfatte kvalifikasjonsdokumentasjonen.⁶⁵ I praksis fra klagenemnda berøres heller ikke problemstillingen, og det legges derfor til grunn for videre drøftelse at § 9-3 også omfatter dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene.⁶⁶

2.3 Praksis fra klagenemnda

Klagenemnda har besvart spørsmålet om oppdragsgivers adgang til dialog ved en leverandørs manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav benektende i to tidligere saker. Argumentasjonen til nemnda i disse sakene vil derfor være sentral i oppgavens behandling av tematikken, og det er derfor nødvendig å presentere disse saksforholdene for den videre fremstillingen.

⁶¹ Kofa sak 2017/75 premiss 30 og sak 2020/515 premiss 43.

⁶² Oppgavens kap. 3.5.

⁶³ NOU 2014: 4 pkt. 20.4.3 s. 187.

⁶⁴ Anskaffelsesloven § 4.

⁶⁵ NOU 2014: 4 pkt. 20.4.3 s. 187 og Nærings- og fiskeridepartementet (2018) pkt. 12.1.4.1 og pkt. 35.2.

⁶⁶ Kofa sak 2017/75 premiss 25 og sak 2020/515 premiss 36.

Sak 2017/75 gjaldt en åpen tilbudskonkurranse for renovering og ombygging av et sykehjem. Klager anførte blant annet at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen fordi han ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om teknisk godkjenning ved utløpet av tilbudsfristen.⁶⁷

Det var enighet om at valgte leverandør ikke selv oppfylte kravet til teknisk godkjenning ved tidspunktet for tilbudsfristens utløp.⁶⁸ Først ved klage på tildelingen ble oppdragsgiver gjort oppmerksom på at det manglet dokumentasjon som viste oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.⁶⁹ På forespørsel fra oppdragsgiver ettersendte leverandøren dokumenter som viste at han skulle støtte seg på en underleverandør for oppfyllelsen av kravet, herunder en forpliktelseserklæring datert samme dag som oversendelsen.⁷⁰ Kontrakten ble da på nytt tildelt valgte leverandør.⁷¹

Spørsmålet for klagenemnda var om oppdragsgivers adgang til dialog i § 9-3 første ledd også «...gir adgang til at leverandørens manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav avhjelpest». ⁷² Klagenemnda konkluderte med at adgangen til dialog ikke omfatter tilfeller der leverandøren ikke oppfylte kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp.⁷³ Oppdragsgiver kan altså ikke avhjelpe manglende dokumentasjon av kvalifikasjoner med dialog dersom dette skyldes at leverandøren i utgangspunktet ikke hadde kvalifikasjonene ved tilbudsfristens utløp.⁷⁴

Resultatet ble fulgt opp i stornemndssak 2020/515, som gjaldt en åpen tilbudskonkurranse for ombygging av eksisterende sykehuslokaler til ny legevakt.⁷⁵ Klager anførte også her at valgte leverandør skulle vært avvist for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, herunder om sentral godkjenning i tiltaksklasse 2 og 3 for sanitær, varme og slukkeinstallasjoner.⁷⁶

Leverandøren ble gjort oppmerksom på at det manglet dokumentasjon på oppfyllelsen av kravet etter gjennomført dialog med oppdragsgiver, som etterspurte dokumentasjon på oppfyllelsen.⁷⁷ Heller ikke i dette tilfellet oppfylte valgte leverandør kvalifikasjonskravet selv ved utløpet av tilbudsfristen, og det fremgikk derfor av leverandørens reviderte tilbud at han skulle støtte seg

⁶⁷ Sakens premiss 21.

⁶⁸ Sakens premiss 28.

⁶⁹ Sakens premiss 7.

⁷⁰ Sakens premiss 8.

⁷¹ Sakens premiss 1 flg.

⁷² Sakens premiss 25.

⁷³ Sakens premiss 30.

⁷⁴ Sakens premiss 30.

⁷⁵ Sakens premiss 42–43.

⁷⁶ Sakens premiss 15.

⁷⁷ Sakens premiss 7.

på en underleverandør for oppfyllelse av kravet om sentral godkjenning i tiltaksklasse 3.⁷⁸ At det manglet dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet i det opprinnelige tilbudet skyldtes altså at leverandøren faktisk ikke hadde de nødvendige kvalifikasjonene ved tilbudsfristens utløp. I slike tilfeller er det altså ikke adgang til å avhjelpe manglende oppfyllelse med dialog.⁷⁹

2.4 Begrensninger

2.4.1 Krav om faktisk oppfyllelse

Resultatet i sakene fra klagenemnda bygger på en regel om at adgangen til dialog er betinget av at leverandøren faktisk oppfylte kvalifikasjonskravene ved utløpet av tilbudsfristen.⁸⁰

Utgangspunktet etter tidligere praksis fra nemnda er at oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene skal vurderes på bakgrunn av den dokumentasjonen som foreligger ved tilbudsfristens utløp, med mindre det eksplisitt fremgår av konkurransegrunnlaget at kravene kan oppfylles senere.⁸¹ Dersom leverandøren ikke har levert tilstrekkelig dokumentasjon på oppfyllelsen av kravene til kvalifikasjoner vil det foreligge en plikt for oppdragsgiver til å avvise han fra konkurransen.⁸²

Selv om oppdragsgiver kommer frem til at dokumentasjonen som foreligger ved tidspunktet for tilbudsfristens utløp ikke er tilstrekkelig til at kvalifikasjonskravet er oppfylt, kan det hende at leverandøren rent faktisk innehar de kvalifikasjonene som kreves. Dokumentasjonen som leverandøren har levert inn ved utløpet av tilbudsfristen inneholder kanskje feil, uklarheter eller mangler konkrete dokumenter slik at oppdragsgiver ikke kan se at kravene faktisk er oppfylt.

Formålet med kvalifikasjonskravene er å avgjøre hvilke leverandører som har de nødvendige kvalifikasjonene for å gjennomføre ytelsen etter kontrakten med oppdragsgiver.⁸³ I tilfeller der leverandøren rent faktisk har de nødvendige kvalifikasjonene tilsier hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk at oppdragsgiver skal ha mulighet til å etterspørre dokumentasjon fra

⁷⁸ Sakens premiss 30–32.

⁷⁹ Sakens premiss 42–43.

⁸⁰ Se omtale oppgavens kap. 2.3.

⁸¹ Kofa sak 2018/30 - 2018/31 premiss 51 og sak 2006/120 premiss 22 og Dragsten (2013) s. 519.

⁸² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-5 første ledd bokstav a og kofa sak 2010/173 premiss 29 og sak 2010/163 premiss 40 flg. og Dragsten (2013) s. 521.

⁸³ Dragsten (2013) s. 519.

leverandøren. Dermed vil ikke oppdragsgiver måtte avvise leverandøren fra konkurransen, og oppdragsgiver risikerer ikke å gå glipp av det som reelt sett kunne ha vært det beste tilbudet.⁸⁴

Dette synspunktet kan illustreres med klagenemndas sak 2018/219. Saken omhandlet en åpen anbudskonkurranse etter anskaffelsesforskriften av 2016 del III. Valgte leverandøren hadde ikke levert tilstrekkelig dokumentasjon på kravet om kvalitetssikringssystem ved tilbudsfristens utløp.⁸⁵ Oppdragsgiver ba derfor leverandøren om ytterligere dokumentasjon, denne viste at kravet var oppfylt og kontrakten ble dermed tildelt leverandøren.⁸⁶ Angående oppdragsgivers adgang til avklaring og ettersending av kvalifikasjonsdokumentasjon uttalte klagenemnda at:

*«Det er snakk om utfyllende informasjon knyttet til et kvalifikasjonskrav. Avklaringer som bidrar til at en leverandør som faktisk oppfyller kvalifikasjonskravene i en konkurranse, også får adgang til å delta i konkurransen, er i tråd med anskaffelsesregelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser og prinsippet om konkurranse...».*⁸⁷

Ettersom saken gjaldt en anbudskonkurranse etter reglene i anskaffelsesforskriften av 2016 del III er adgangen til å avklare og ettersende dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner begrenset av at det gjelder et forhandlingsforbud.⁸⁸ Dette innebærer at avklaring og ettersending ikke kan medføre at leverandørens tilbud forbedres.⁸⁹ Så lenge leverandøren faktisk innehar kvalifikasjonene ved utløpet av tilbudsfristen vil det ikke utgjøre en forbedring av tilbudet dersom leverandøren ettersender dokumentasjon på sine kvalifikasjoner.⁹⁰

Som påpekt tidligere har oppdragsgiver i tilbudskonkurranser en vid adgang til å gå i dialog om leverandørens oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.⁹¹ Ut ifra en mer til det mindre betraktning tilsier det at oppdragsgiver også i tilbuds konkurranse etter forskriftens del II skal ha adgang til å gå i dialog med en leverandør som rent faktisk oppfyller kravene til kvalifikasjoner ved tilbudsfristens utløp, slik som klagenemnda legger til grunn i sak 2017/75 og 2020/515.⁹²

⁸⁴ Anskaffelsesloven § 1 og § 4.

⁸⁵ Sakens premiss 6 flg.

⁸⁶ Sakens premiss 10 flg.

⁸⁷ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd og sakens premiss 27.

⁸⁸ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd.

⁸⁹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd.

⁹⁰ Kofa sak 2018/219 premiss 27.

⁹¹ Se oppgavens kap. 2.2.

⁹² NOU 2014: 4 pkt. 7.1 s. 61 og oppgavens kap. 2.4.1.

Oppdragsgivers vide adgang til dialog i tilbudskonkurranser gjelder etter tilbudsfristens utløp. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om oppdragsgiver vil ha mulighet til å gjennomføre dialog med en leverandør som *ikke* oppfylte kvalifikasjonskravene ved utløpet av tilbudsfristen. Dersom leverandøren på et senere tidspunkt oppfylder kravene til kvalifikasjoner, tilsier både hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk at oppdragsgiver burde ha adgang å reparere mangler ved leverandørens kvalifikasjonsdokumentasjon gjennom dialog også i slike tilfeller.⁹³

Klagenemnda har i sak 2017/75 og 2020/515 besvart dette spørsmålet benektende, tematikken behandles i oppgavens kapittel 3.⁹⁴

2.4.2 Særlig om bruk av underleverandør

I forlengelsen av sakene fra klagenemnda kan det spørres om oppdragsgiver ville hatt adgang til å innhente forpliktelseserklæringene etter tilbudsfristen, dersom underleverandørene faktisk hadde stilt sine ressurser til disposisjon for oppdragsgiver allerede ved tilbudsfristens utløp, på tross av at dette ikke fremgikk av de opprinnelige tilbudene til leverandørene.⁹⁵

Leverandøren oppfylder altså ikke selv kvalifikasjonskravene, men har før tilbudsfristens utløp knyttet til seg en underleverandør med de nødvendige kvalifikasjonene for å oppfylle kravene til kvalifikasjoner i konkurransen. Leverandøren råder da faktisk over de nødvendige ressursene for å gjennomføre kontrakten med oppdragsgiver. Hensynet til konkurranse og effektiv bruk av ressurser tilsier da at oppdragsgiver har mulighet til å innhente forpliktelseserklæring, og slik unngå at leverandøren må avvises på grunn av manglende kvalifikasjoner.⁹⁶

Klagenemnda uttaler i sak 2020/515 at det må skilles mellom to tilfeller:

«Slik klagenemnda ser det, er det en forskjell på de situasjonene hvor tilbudet som ble levert innenfor utløpet av tilbudsfristen, allerede inneholdt opplysninger om oppfyllelsen av det aktuelle kvalifikasjonskravet, men hvor disse opplysningene var mangelfulle, og de tilfellene der kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt på tilbudstidspunktet.»⁹⁷

⁹³ Anskaffelsesloven § 1 og § 4.

⁹⁴ Se omtale i oppgavens kap. 2.3.

⁹⁵ Se oppgavens kap. 2.3 og kap. 2.4.1.

⁹⁶ Se tilsvarende som i oppgavens kap. 2.4.1; kofa sak 2018/219 premiss 27

⁹⁷ Sakens premiss 39.

Det avgjørende er altså at kvalifikasjonskravet er oppfylt ved tilbudsfristens utløp. Når reglene for tilbudskonkurranse åpner for at leverandøren kan støtte seg på en underleverandør for å oppfylle kvalifikasjonskravene i konkurranse, burde det være adgang for oppdragsgiver til å gå i dialog med leverandøren for å innhente dokumentasjon på disse kvalifikasjonene dersom de faktisk foreligger ved utløpet av tilbudsfristen, herunder innhente forpliktelseserklæring.⁹⁸

Det er ingen grunn til at det skal gjelde ulike regler for adgangen til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav, avhengig av om leverandøren innehar de nødvendige kvalifikasjonene selv eller støtter seg på en underleverandør med de nødvendige kvalifikasjonene. Så lenge leverandøren er i stand til å gjennomføre ytelsen etter kontrakten med oppdragsgiver vil en adgang til dialog kunne hjemles i hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk.⁹⁹

Om oppdragsgiver har adgang til å ettersende forpliktelseserklæring i tilfeller der leverandøren har knyttet til seg underleverandøren *i etterkant* av tilbudsfristens utløp for å oppfylle kravene til kvalifikasjoner, tilsvarende som sakene fra klagenemnda, er den problemstillingen som behandles nærmere i oppgavens kapittel 3.

I oppgavens kapittel 3 behandles spørsmålet om adgang til å innhente forpliktelseserklæring i tilfeller der leverandøren knyttet til seg underleverandøren *i etterkant* av tilbudsfristens utløp, for å oppfylle kvalifikasjonskravene, tilsvarende det som skjedde i sakene fra klagenemnda.¹⁰⁰

⁹⁸ NOU 2014: 4 pkt. 7.2 og Thue mfl. (2018) s. 395–396.

⁹⁹ Anskaffelsesloven § 1 og 4 og kofa sak 2018/219 premiss 27.

¹⁰⁰ Se omtale i oppgavens kap. 2.3 i sammenheng med kap. 2.4.1 hvor klagenemnda besvarer spørsmålet benektende.

3 Adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

3.1 Opphevelsen av forhandlingsforbudet

I oppgavens kapittel 2.4.1 fremkommer det at oppdragsgivers adgang til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene etter klagenemndas praksis, er betinget av at leverandøren faktisk oppfylte disse kravene ved utløpet av tilbudsfristen. I dette kapittelet drøftes spørsmålet om oppdragsgiver også har adgang til å gå i dialog der leverandøren ikke oppfylte kravene ved tilbudsfristens utløp, sett i sammenheng med at forhandlingsforbudet ikke gir begrensninger i adgangen til dialog ved tilbudskonkurranser etter anskaffelsesforskriften av 2016 del II.¹⁰¹

Etter tidligere anskaffelsesforskrift av 2006 gjaldt det en anbudskonkurranse med tilhørende forhandlingsforbud for anskaffelser både etter del II og del III.¹⁰² Etter anskaffelsesforskriften av 2016 gjelder det kun regler om anbudskonkurranse og et forhandlingsforbud for anskaffelser etter forskriftens del III.¹⁰³ Forbudet medfører at avklaring og ettersending av dokumentasjon på oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav ikke kan medføre at leverandørens tilbud forbedres.¹⁰⁴

Det er klart at ettersending av dokumentasjon som viser at en leverandør som ved tilbudsfristen ikke oppfylte kvalifikasjonskravene, i etterkant av tilbudsfristen har tilegnet seg de nødvendige kvalifikasjonene for å oppfylle kravene, vil utgjøre en forbedring av leverandørens opprinnelige tilbud.¹⁰⁵ Ettersending av dokumentasjon i tilfeller der leverandøren ikke oppfylder kravene til kvalifikasjoner ved tilbudsfristens utløp vil dermed medføre brudd på forhandlingsforbudet.¹⁰⁶

For tilbudskonkurranser etter forskriftens del II fremkommer det av § 9-3 at oppdragsgiver i tilbudskonkurranser har en vid adgang til dialog med leverandørene etter tilbudsfristen.¹⁰⁷ Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver har adgang til å forhandle med leverandørene om innholdet i deres tilbud.¹⁰⁸ Gjennom forhandlinger kan oppdragsgiver forbedre elementene i

¹⁰¹ Se oppgavens kap. 2.1 i sammenheng med kap. 2.2.

¹⁰² Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd.

¹⁰³ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd.

¹⁰⁴ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd.

¹⁰⁵ C-387/14 (Esaprojekt) premiss 42.

¹⁰⁶ Dragsten (2020) s. 737–739; kap. 6, men merk også kap. 8.1 andre kap. siste setning.

¹⁰⁷ Se oppgavens kap. 2.3.

¹⁰⁸ NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.2.

tilbudene. Slike forbedringer kan blant annet omfatte pris, kvalitative og kvantitative elementer i leverandørens tilbudte løsning.¹⁰⁹ Forhandlinger forutsetter dermed at tilbudet forbedres i strid med forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften av 2016 del III.¹¹⁰

At oppdragsgiver har adgang til å forbedre leverandørens tilbud i etterkant av tilbudsfristen i en tilbudskonkurranse, indikerer at oppdragsgivers adgang til dialog ikke er ment å være underlagt de samme begrensningene som adgangen til avklaring og ettersending i forskriftens del III som følge av forhandlingsforbudet.¹¹¹ Dette tilsier da at oppdragsgivers adgang til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav i tilbudskonkurranser, ikke er betinget av at leverandøren faktisk oppfylte kravene ved tilbudsfristens utløp slik som etter forskriftens del III.¹¹²

En slik tolkning er også i samsvar med formålet med innføringen av tilbudskonkurransen som var å sikre at oppdragsgiver hadde adgang til å avhjelpe feil og mangler i leverandørens inngitte dokumentasjon, for å unngå avvísninger på grunn av forhold som enkelt kunne vært rettet.¹¹³ Når en leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp, men i ettertid har tilegnet seg de nødvendige kvalifikasjonene, vil det være enkelt for oppdragsgiver å rette denne mangelen ved å gå i dialog med leverandøren for å unngå at leverandøren må avvíses.¹¹⁴

Klagenemnda legger til grunn utgangspunktet om at kvalifikasjonskravene skal oppfylles ved tilbudsfristens utløp uten noen nærmere begrunnelse for hvorfor denne regelen skal gjelde også i tilbudskonkurranser. Ettersom forhandlingsforbudet ikke gir begrensninger i oppdragsgivers adgang til dialog i tilbudskonkurranser fremstår det som en svakhet ved nemnda sine saker at det ikke begrunnes hvorfor denne regelen om oppfyllestidspunkt også er relevant her.

3.2 Absolutte krav til tilbudet

I kapittel 3.1 fremheves det at oppdragsgiver har adgang til å gjøre forbedringer i tilbudene etter tilbudsfristens utløp, og dermed burde det også være adgang for oppdragsgiver til å ettersende forbedret kvalifikasjonsdokumentasjon etter tilbudsfristen. Ofte vil det i konkurransegrunnlaget også være oppstilt absolutte krav til innholdet av leverandørens tilbud. Det er derfor relevant å

¹⁰⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) pkt. 12.1.4.3.2.

¹¹⁰ Kofa sak 2017/139 premiss 27.

¹¹¹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 første ledd sml. anskaffelsesforskriften 2016 § 23-5 andre ledd.

¹¹² Se oppgavens kap. 2.4.1.

¹¹³ Se oppgavens kap. 2.2.

¹¹⁴ Anskaffelsesloven § 1 og 4; om hensynet til effektiv ressursbruk og konkurranse.

se hen til hvilken adgang oppdragsgiver har til å avhjelpe manglende oppfyllelse av absolutte krav til innholdet i tilbudet ved å gå i dialog med leverandøren.

Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-6 første ledd bokstav b angir at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Et tilbud som ikke oppfyller absolutte krav til innholdet vil klart inneholde et vesentlig avvik, og skal da som utgangspunkt avvises.¹¹⁵ Videre følger det av § 9-7 andre ledd at «[o]ppdragsgiver kan utsette avgjørelsen om avvisning til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren».¹¹⁶ I praksis er det lagt til grunn at adgangen omfatter dialog om vesentlige avvik i tilbudet, og kan dermed avhjelpe tilbudets manglende oppfyllelse av absolutte krav i konkurransegrunnlaget.¹¹⁷

Klagenemnda har i sak 2020/515 uttalt at det ikke foreligger holdepunkter i forarbeidene for at adgang til dialog om vesentlige avvik i tilbudene, også skal gjelde for leverandørens manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.¹¹⁸ Det fremstår imidlertid som en svakhet ved avgjørelsen at nemnda ikke begrunner nærmere hvorfor denne adgangen ikke har relevans for tolkningen av adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav etter § 9-3.

At adgangen til dialog om vesentlige avvik er relevant også for dialog om kvalifikasjonskravene indikeres ved at verken adgangen til dialog i § 9-3,¹¹⁹ eller reglene for fremgangsmåte ved avvisning i § 9-7, avgrenser adgangen til å gå i dialog før beslutning om avvisning treffes fra å gjelde i tilfeller der leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp.

Som påpekt tidligere skulle reglene for tilbudskonkurranser legge til rette for at oppdragsgiver ikke behøvde å avvise leverandørene på grunn av unødvendige feil og mangler, og dermed øke sjansen for at oppdragsgiver oppnådde et godt tilbud i konkurransen.¹²⁰ En forutsetning for at oppdragsgiver kan inngå kontrakt med leverandøren som har inngitt det beste tilbudet, er at denne oppfyller kravene til kvalifikasjoner.¹²¹ Hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk

¹¹⁵ Dragsten (2020) s. 426.

¹¹⁶ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 første ledd.

¹¹⁷ Kofa sak 2017/157 premiss 30 og Dragsten (2020) s. 393.

¹¹⁸ Kofa sak 2020/515 premiss 41.

¹¹⁹ Se oppgavens kap. 2.2.

¹²⁰ Se oppgavens kap. 2.2 og 2.3 og anskaffelsesloven § 1; om effektiv ressursbruk

¹²¹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-5 første ledd bokstav a.

taler dermed for at det skal gjelde en tilsvarende adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, som for manglende oppfyllelse av absolutte krav til tilbudets innhold.¹²²

Videre har kvalifikasjonskravene som formål å sikre at leverandøren er egnet til å gjennomføre kontrakten med oppdragsgiver, og knytter seg ikke til innholdet i tilbudet.¹²³ At oppdragsgiver foretar dialog om oppfyllelsen av kravene, vil derfor ikke kunne påvirke konkurranseforholdet mellom leverandørene i konkurransen om å inngi det beste tilbudet.¹²⁴ Dermed vil det være mindre betenkelig ut ifra hensynet til likebehandling og forutberegnelighet at oppdragsgiver har adgang til å gå i dialog om manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, sammenlignet med dialog om manglende oppfyllelse av absolutte krav til innholdet i tilbudet.¹²⁵

Det kan også påpekes at ett og samme krav både kan kategoriseres som et krav til leverandørens kvalifikasjoner, men også som et absolutt krav til innholdet i tilbudet. Som eksempel kunne kravet om tiltaksklasse 2 og 3 i sak 2020/515 like gjerne vært formulert som et absolutt krav i konkurransegrunnlaget enn et krav til leverandørens kvalifikasjoner.¹²⁶ Måten oppdragsgiver strukturere konkurransegrunnlaget bør av hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk ikke ha betydning for adgangen til dialog til å avklare feil og mangler i dokumentasjonen.¹²⁷

Mot slutten kan det innvendes at leverandøren som gis adgang til å inngi dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav senere enn tilbudsfristens utløp vil oppnå en tidsmessig fordel sammenlignet med de andre leverandørene i konkurransen.¹²⁸ Dersom leverandøren for eksempel benytter en underleverandør til å oppfylle kvalifikasjonskravet vil det være en fordel at selskapets ressurser ikke bindes opp før leverandøren eventuelt har vunnet konkurransen.

På den annen side vil dette gjelde all dokumentasjon som oppdragsgiver kan be leverandøren ettersende, ikke kun i relasjon til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, dette gjelder også i relasjon til utformingen av leverandørens tilbudte løsning.¹²⁹ En slik fordel er altså en naturlig konsekvens av at oppdragsgiver har adgang til å gå i dialog etter tilbudsfristens utløp.

¹²² Anskaffelsesloven § 1 og § 4.

¹²³ Dragsten (2020) s. 739.

¹²⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) pkt. 35.3, NOU 2014: 4 pkt. 25.3.3.3 og sak 2018/219 premiss 27.

¹²⁵ Anskaffelsesloven § 4.

¹²⁶ Se oppgavens kap. 2.3.

¹²⁷ Anskaffelsesloven § 1 og § 4.

¹²⁸ Friberg (2020) s. 100.

¹²⁹ Friberg (2020) s. 100.

Etter dette kan det sies å foreligge klare holdepunkter for at adgangen til dialog ved vesentlige avvik i tilbudet også er relevant for spørsmålet om oppdragsgiver har adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.¹³⁰ Sammenhengen i regelverket tilsier dermed at det skal være adgang til å avhjelpe manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav med dialog.

3.3 Forenklingsutvalgets uttalelser

Som påpekt i kapittel 3.2 mener klagenemnda at forarbeidene ikke gir holdepunkter for å si at den adgangen oppdragsgiver har til å gå i dialog etter § 9-3, som blant annet kan anvendes for å reparere vesentlige avvik i tilbud, også gir oppdragsgiver adgang til å reparere leverandørens manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.¹³¹ Kapittelet vil derfor se nærmere på utkallelene i forarbeidene som klagenemnda viser til i sin praksis.¹³²

Forenklingsutvalget uttaler seg om oppdragsgivers adgang til dialog angående oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene i NOU 2014: 4 punkt 20.4.3. Utvalget angir her at:

«...oppdragsgivers adgang til å be om ettersending og supplering av dokumentasjon vedrørende kvalifikasjoner utvides. Oppdragsgiver skal ha adgang til å be om ettersending, supplering, klargjøring eller utføring av enhver opplysning eller ethvert dokument som gjelder dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Bakgrunnen for en slik anmodning kan for eksempel være at fremlagt dokumentasjon er mangelfull eller uklar, eller at konkrete dokumenter mangler. Det skal heller ikke være noen grense for hvilken type dokumentasjon som kan ettersendes, sammenlign gjeldende forskrift § 12-3.» (min understrekning).

I sak 2017/75 uttaler nemnda under henvisning til forarbeidsuttalelsen at:

«Det å ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle en «opplysning» eller et «dokument», er imidlertid noe ganske annet enn å fremlegge dokumentasjon på at et kvalifikasjonskrav som skulle vært oppfylt på tilbudstidspunktet, er oppfylt i etterkant.»¹³³

Klagenemnda følger opp tolkningen stornemndsavgjørelsen 2020/515 og uttaler at:

¹³⁰ Se motsatt i kofa sak 2020/515 premiss 41.

¹³¹ Oppgavens kap. 3.2 og kofa sak 2020/515 premiss 41 og

¹³² Se uttalelse i NOU 2014: 4 pkt. 20.4.3 s. 187.

¹³³ Sakens premiss 29.

*«Der kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt ved tilbudsfristens utløp, er det etter klagenemndas syn vanskelig å karakterisere en etterfølgende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet som en «ettersending» eller «supplering», jf. denne terminologien i det ovennevnte utdraget fra NOU-en. Det overordnede målet om at den nye tilbudskonkurransen skulle være en «fleksibel» prosedyre, endrer ikke på dette».*¹³⁴

Nemnda ser ut til å tolke forarbeidene slik at supplering og ettersending indikerer en tilknytning til forhold som allerede ligger i leverandørens inngitte dokumentasjon på sine kvalifikasjoner. En slik tolkning avgrenser mot ettersending som gjør endringer ved å tilføye nye elementer til den allerede inngitte kvalifikasjonsdokumentasjonen. Dermed vil det heller ikke være adgang til å ettersende dokumentasjon som viser at leverandøren har tilegnet seg kunnskaper for å oppfylle kvalifikasjonskravene i etterkant av tilbudsfristen. Det kan imidlertid spørres om dette er en legitim tolkning av forarbeidene sett i sammenheng med adgangen til dialog etter § 9-3.

Her kan det trekkes en parallell til anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-4 som ga oppdragsgiver adgang til å «anmode om at dokumentasjon vedrørende krav til leverandøren suppleres». En supplering omfattet kun tilfeller der det allerede forelå opplysninger i leverandørens tilbud som suppleringen knyttet seg til.¹³⁵ Bestemmelsen hjemlet derfor ikke adgang til å anmode om ny dokumentasjon som medførte at allerede innlevert dokumentasjon ble endret.¹³⁶

Denne adgangen til å innhente supplerende opplysninger etter § 12-4 var, som påpekt tidligere, begrenset av forhandlingsforbudet.¹³⁷ Dette medførte at supplerende dokumentasjon ikke kunne endre leverandørens allerede inngitte kvalifikasjonsdokumentasjon.¹³⁸ Denne adgangen skulle etter forarbeidene utvides.¹³⁹ Sett i sammenheng med at oppdragsgiver i tilbudskonkurransen har en vid adgang til å endre tilbudene etter tilbudsfristens utløp, syntes ikke forarbeidene å skulle tolkes slik at adgangen til å etterspørre dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner er avskåret der dokumentasjonen medfører endringer i allerede fremlagt dokumentasjon.¹⁴⁰

¹³⁴ Sakens premiss 41.

¹³⁵ NOU 2014: 4 pkt. 20.4.1 s. 186 og Dragsten (2013) s. 514.

¹³⁶ Dragsten (2013) s. 514.

¹³⁷ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd og oppgavens kap. 2.2.

¹³⁸ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd.

¹³⁹ NOU 2014: 4 pkt. 20.4.3 s. 187.

¹⁴⁰ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 første ledd.

I tillegg vil en ettersending språklig sett også omfatte dokumentasjon som ikke knytter seg til den allerede fremlagte kvalifikasjonsdokumentasjonen. Dersom dokumentasjon manglet helt i leverandørens tilbud var det etter anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-3 adgang til å ettersende visse typer dokumentasjon, til tross for at dette endret allerede fremlagt dokumentasjon.¹⁴¹ I forarbeidsuttalelsen er det fremhevet at det ikke skal være noen tilsvarende begrensning for typer dokumentasjon som kan ettersendes i tilbudskonkurranser.¹⁴² Forarbeidene kan dermed tolkes slik at oppdragsgiver har adgang til å innhente dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner også når denne dokumentasjonen endrer allerede fremlagt dokumentasjonen.

Forenklingsutvalget skiller imidlertid ikke mellom ulike tidspunkter for når leverandøren har tilegnet seg de nødvendige kvalifikasjonene, eller om tilegnelse skjer før eller etter utløpet av tilbudsfristen. Det foreligger dermed ikke holdepunkter for å si at forenklingsutvalget i denne uttalelsen har ment å avskjære adgangen oppdragsgiver har til å gå i dialog, i tilfeller der leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristen. Tvert imot uttaler utvalget at det skal «...ikke være noen grenser for hva slags dokumentasjon som kan ettersendes...»¹⁴³ Dermed vil det være naturlig å tolke utvalget dithen at den vide adgangen til dialog om tilbudets innhold, er ment å gjelde tilsvarende for dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene.

At forenklingsutvalget ikke har uttalt seg om tidspunkt for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene er mest nærliggende å tolke slik at utvalget ikke så behovet for en slik regel som begrensning for adgangen til dialog i tilbudskonkurranser. Klagenemnda kan dermed sies å tolke mer inn i uttalelsene til utvalget enn det er grunnlag for, og dette fremstår som en klar svakhet ved sakene.

Nemnda påpeker i sak 2020/515 at tilbudskonkurranser er ment å gi en fleksibel prosedyre, men at dette ikke kan endre på regelen om oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp.¹⁴⁴ Det nemnda ser ut til å overse er at den vide adgangen til dialog gjør at regelen om et oppfyllestidspunkt ikke vil være et naturlig utgangspunkt i tilbudskonkurranser, slik som det er for anbudskonkurranser. Dermed hadde det vært mer nærliggende om nemnda stilte spørsmål

¹⁴¹ NOU 2014: 4 pkt. 20.4.1 s. 186 og Dragsten (2013) s. 515.

¹⁴² NOU 2014: 4 pkt. 20.4.3 s. 187.

¹⁴³ NOU 2014: 4 pkt. 20.4.3 s. 187.

¹⁴⁴ Kofa sak 2020/515 premiss 41.

om det faktisk foreligger holdepunkter for en slik regel også i tilbudskonkurranser, fremfor om § 9-3 også omfatter manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav slik som nemnda gjør.¹⁴⁵

Klagenemndas forståelse av forarbeidene medfører at en oppdragsgiver som går i dialog for å innhente dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner, må undersøke om dokumentasjonen mangler fordi leverandøren har glemt å inngi den, eller om det var fordi leverandøren faktisk ikke hadde de nødvendige kvalifikasjonene ved tilbudsfristen. Dette vil ofte ikke kunne leses ut fra leverandørens tilbud ettersom dokumentasjonen mangler, og hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk tilsier at oppdragsgiver ikke skal behøve å bruke ressurser på undersøkelser dette så lenge den ettersende dokumentasjonen viser oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.¹⁴⁶

Sett i sammenheng med at ordlyden i § 9-3 første ledd ikke gir noen begrensningen i adgangen til dialog, kan det synes som om klagenemndas tolkning av forarbeidene lager en felle i regelverket for oppdragsgivere som skal praktisere reglene.¹⁴⁷ Dette gir både økt sjanse for en etterfølgende klageprosess, og vil kunne medføre store erstatningsansvar for oppdragsgiver overfor den leverandøren som er blitt forbigått.¹⁴⁸ En slik tolkning samsvarer dårlig med formålet om forenkling av reglene i forskriftens del II ved innføring av tilbudskonkurranse.¹⁴⁹

3.4 Søknad om prekvalifisering

Som det fremgår av forrige kapittel 3.3, gir ikke forenklingsutvalgets uttalelser i forarbeidene klare holdepunkter for om adgangen til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav er ment å være begrenset av en regel om oppfyllestidspunkt.¹⁵⁰ Dette kapitlet ser derfor hen til om reglene for prekvalifisering i begrensede tilbudskonkurranser, kan gi veiledning for at lovgiver har ment at det skal gjelde en slik regel om oppfyllestidspunkt i tilbudskonkurranser.

En leverandør som ønsker å delta i en begrenset tilbudskonkurranse må først sende inn en søknad om deltakelse innen prekvalifiseringsfristen.¹⁵¹ Dersom leverandøren ikke har levert inn

¹⁴⁵ Kofa sak 2017/75 premiss 25 og sak 2020/515 premiss 36.

¹⁴⁶ Anskaffelsesloven § 1 og 4.

¹⁴⁷ Hovland (2017).

¹⁴⁸ NOU 2014: 4 pkt. 2.3 s. 38 og anskaffelsesloven § 10.

¹⁴⁹ Prop. 51L (2015–2016) pkt. 8.1 s. 75–76.

¹⁵⁰ Oppgavens kap. 3.3 og NOU 2014: 4 pkt. 20.4.3 s. 187.

¹⁵¹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-2 andre ledd.

søknaden i tide kan oppdragsgiver velge å avvise leverandøren fra konkurransen.¹⁵² Dette er imidlertid ingen plikt og oppdragsgiver står fritt til å velge om han vil godta søknaden om prekvalifisering til tross for at den er levert etter utløpet av prekvalifiseringsfristen.¹⁵³

Oppdragsgiver har altså adgang til å akseptere en søknad også etter fristens utløp.¹⁵⁴ Dersom leverandøren ikke oppfyller kravene til kvalifikasjoner på tidspunktet for utløpet av fristen, vil det da være et alternativ å sende inn en ny søknad som oppdragsgiver kan akseptere. Når oppdragsgiver uansett har adgang til å akseptere en søknad etter fristen, tilsier det også en adgang til å gjøre endringer i innlevert søknad etter denne fristen.¹⁵⁵ Reglene viser at det ikke gjelder noen absolutt frist for når leverandøren må inngi kvalifikasjonsdokumentasjonen.

I sak 2020/515 avfeier imidlertid klagenemnda et slikt argument, med den begrunnelse at det i den konkrete saken ble gjennomført en åpen tilbudskonkurranse, hvor oppdragsgiver uansett vil ha plikt til å avvise for sent innkomne tilbud etter forskriftens § 9-4 første ledd bokstav a.¹⁵⁶

Det er riktig som klagenemnda sier at en leverandør som ikke leverer inn sitt tilbud innen utløpet av tilbudsfristen i en åpen tilbudskonkurranse skal avvises.¹⁵⁷ Den samme regelen gjelder imidlertid også i en begrenset tilbudskonkurranse for innleveringen av tilbudet.¹⁵⁸ Forskjellen er at en åpen konkurranse kun gjennomføres i ett trinn, og dermed foreligger ingen tilsvarende regel for kvalifikasjonsdokumentasjonen. Dette innebærer imidlertid at lovgiver spesifikt har uttalt seg om tidspunktet for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene, og vil dermed gi veiledning for om det skal gjelde en regel om oppfyllelestidspunkt for kravene i en åpen konkurranse.

Ved innføringen av reglene for tilbudskonkurranse uttalte forenklingsutvalget at det ikke var grunnlag for å opprettholde en regel om absolutt avvisningsplikt for prekvalifiseringssøknader som har kommet inn for sent.¹⁵⁹ Bakgrunnen var at slike kvalifikasjonssøknader ikke innebar en risiko for at konkurransen mellom leverandørene om det beste tilbudet ble påvirket.¹⁶⁰ For å

¹⁵² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-4 andre ledd bokstav a.

¹⁵³ NOU 2014: 4 pkt. 25.3.3.3 s. 222–223.

¹⁵⁴ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-4 andre ledd bokstav a.

¹⁵⁵ Dragsten (2020) s. 396.

¹⁵⁶ Sakens premiss 38.

¹⁵⁷ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-4 første ledd bokstav a.

¹⁵⁸ Dragsten (2020) s. 400.

¹⁵⁹ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 11-10 første led bokstav d.

¹⁶⁰ NOU 2014: 4 pkt. 25.3.3.3 s. 222–223: flertallets bemerkninger.

sikre konkurranse og at oppdragsgiver ikke skulle gå glipp av det beste tilbudet, ble det derfor innført en fleksibel regel om avvisningsrett for søknader om prekvalifisering levert etter fristen.

Om oppdragsgiver velger å gjennomføre anskaffelsen i ett eller to trinn bør ikke ha noe å si for adgangen til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav. Hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk tilsier at oppdragsgiver også der en leverandør i etterkant av tilbudsfristens utløp har tilegnet seg de nødvendige kvalifikasjonene for å delta i konkurransen skal ha adgang til å avhjelpe dette ved dialog fremfor en absolutt avvisningsplikt.¹⁶¹ Sammenhengen i regelverket for tilbudskonkurranser tilsier da at det ikke skal gjelde et absolutt oppfyllestidspunkt i en åpen konkurranse, når det ikke vil gjelde en slik regel i en begrenset konkurranse.

3.5 Grunnleggende hensyn

3.5.1 Forutberegnelighet

Av oppgaven fremgår det at hensynet til konkurranse og effektiv ressursbruk kan begrunne en adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.¹⁶² I anskaffelsesretten vil imidlertid andre grunnleggende hensyn kunne tilsi en annen løsning. I kapittelet vurderes først hvilken betydning forutberegnelighetsprinsippet har for adgangen til dialog i § 9-3, og om hensynet begrenser adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Klagenemnda viser i sak 2020/515 til at hensynet til forutberegnelighet tilsier at oppdragsgiver ikke skal ha adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og viser til at dialog i slike tilfeller vil endre forutsetningene for konkurransen.¹⁶³ Først og fremst kan det spørres om forutberegnelighetsprinsippet i det hele tatt kan begrense adgangen til dialog.

Hensynet til forutberegnelighet innebærer at konkurransen skal gjennomføres på en forutsigbar måte, slik at leverandørene på forhånd kan avgjøre om det er hensiktsmessig å bruke tid og ressursbruk på å utforme et tilbud.¹⁶⁴ Ettersom kvalifikasjonskravene angir minstekrav for

¹⁶¹ Dragsten (2020) s. 396.

¹⁶² Anskaffelsesloven § 1 og § 4 og oppgavens kap. 3.1, 3.2, 3.3 og 3.4.

¹⁶³ Sakens premiss 42.

¹⁶⁴ NOU 2014: 4 pkt. 10.4.5 s. 78.

deltakelse i konkurransen vil det være viktig at leverandøren på forhånd kan vurdere om han oppfyller disse kravene, før han bruker tid og ressurser på å utforme tilbudet.¹⁶⁵

Ved vedtakelsen av adgangen til dialog i tilbudskonkurransen påpekte forenklingsutvalget at oppdragsgivers mulighet til å bestemme om det skal forhandles etter utløpet av tilbudsfristen, ville gå på bekostning av forutberegneligheten for leverandørene.¹⁶⁶ Utvalget mente imidlertid at hensynet til fleksibilitet og effektiv ressursbruk måtte veie tyngst, og ga derfor oppdragsgiver en vid adgang til å forhandle om innholdet av leverandørens tilbud etter tilbudsfristen.¹⁶⁷

I høringsrunden før vedtakelsen av anskaffelsesforskriften av 2016 kom det frem at aktørene på leverandørsiden var kritiske til at oppdragsgiver kunne beslutte å forhandle etter utløpet av tilbudsfristen. Det ble trukket frem at reglene i liten grad ivaretok leverandørens behov for å på forhånd vite om det ville bli gjennomført forhandlinger for utformingen av sitt tilbud.¹⁶⁸ I proposisjonen til Stortinget uttaler departementet seg særskilt om denne kritikken:

«Mange aktører på leverandørsiden er derimot kritiske. De har blant annet fremhevet at forutsigbarheten for leverandøren svekkes. Regjeringen har besluttet å følge flertallets forslag om å innføre de nye anskaffelsesprosedyrer hvor forhandlinger gjøres til en valgfri del av alle konkurranser.»¹⁶⁹

Lovgiver har altså tydelig valgt å nedprioritere leverandørens forutberegnelighet til fordel for en fleksibel prosedyreform, som skal sikre økt konkurranse og effektiv ressursbruk ved at oppdragsgiver har adgang til å forhandle med leverandørene i etterkant av tilbudsfristen dersom det er behov for det, og øke sjansen for at oppdragsgiver oppnår et bra tilbud. Dermed fremstår det som unaturlig at forutberegnelighetsprinsippet skal gi begrensninger i adgangen til dialog.

I tillegg har lovgiver eksplisitt angitt i § 9-3 tredje ledd hvordan leverandørens behov for forutberegnelighet skal ivaretas.¹⁷⁰ Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å opplyse om sine

¹⁶⁵ NOU 2014: 4 pkt. 10.4.5 s. 78.

¹⁶⁶ NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.2 s. 152.

¹⁶⁷ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 første ledd og NOU 2014: 4 pkt. 16.3.1.2 s. 152.

¹⁶⁸ Prop. 51L (2015–2016) pkt. 8.1 s. 75 og innst. 358L (2015–2016) pkt. 1.6.1. s.12.

¹⁶⁹ Prop. 51L (2015–2016) pkt. 8.1 s. 75

¹⁷⁰ Prop. 51L (2015–2016) pkt. 8.1 s. 76 tredje avsnitt siste setning gjennomført i anskaffelsesforskriften 2016 § 9-3 tredje ledd.

planer for gjennomføringen av dialog i anskaffelsesdokumentene. Dette vil omfatte alle former for dialog etter bestemmelsen, også dialog om kvalifikasjonskravene, og tilsier at prinsippet ikke er ment å gi ytterligere begrensninger i adgang til dialog enn det bestemmelsen angir.

Etter dette kan det fremstå som en svakhet ved klagenemndas praksis at nemnda gir hensynet til forutberegnelighet større rekkevidde enn det som kan sies å være forutsatt av lovgiver ved vedtakelsen av bestemmelsen om oppdragsgivers adgangen til dialog i tilbudskonkurranser.

I den konkrete vurderingen av om det er adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kravene til kvalifikasjoner, mener nemnda at en slik adgang strider mot forutberegnelighetsprinsippet fordi dialog i slike tilfeller vil endre forutsetningene for konkurransen.¹⁷¹ Dette argumentet bygger på en forutsetning om at en adgang til dialog medfører at leverandøren ikke kan forutse hvilke kvalifikasjoner det kreves av han for å delta i konkurransen.

Det er klart at oppdragsgivers adgang til å forhandle med leverandørene etter tilbudsfristens utløp i § 9-3 vil medføre at forutsetningene for konkurransen endres, ettersom det er vanskelig for leverandøren å forutse hva som blir innholdet av tilbudet etter forhandlinger er gjennomført. Det samme vil imidlertid ikke være tilfellet dersom oppdragsgiver innhenter dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, selv om disse ikke var oppfylt ved tilbudsfristens utløp.

Kvalifikasjonskravene fremgår allerede av anskaffelsesdokumentene, og endres ikke ved at oppdragsgiver gis adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.¹⁷² Det er kun snakk om å innhente opplysninger på at leverandøren oppfyller de kravene som allerede fremgår av anskaffelsesdokumentene. Selv om dette skjer etter tilbudsfristen medfører ikke det at selve forutsetningene for konkurransen endres, leverandørene har fortsatt samme mulighet til å på forhånd vurdere om de oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen.

Etter dette foreligger det ikke holdepunkter for at prinsippet om forutberegnelighet medfører begrensninger i oppdragsgivers adgang til dialog, slik at det ikke er adgang til å gå i dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav etter tilbudsfristens utløp. Klagenemnda tolkning av prinsippet i denne sammenheng fremstår på denne bakgrunn som lite holdbar.¹⁷³

¹⁷¹ Kofa sak 2020/515 premiss 42.

¹⁷² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 8-7 tredje ledd.

¹⁷³ Kofa sak 2020/515 premiss 42.

3.5.2 Likebehandling

Klagenemnda mener imidlertid at dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav også bryter med likebehandlingsprinsippet, ved å endre forutsetningene for konkurransen. Nemnda viser også til at adgang til dialog i slike tilfeller vil forskjellsbehandle leverandørene som lot være å inngi et tilbud i respekt for kvalifikasjonskravene.¹⁷⁴ Det kan imidlertid spørres om prinsippet i det hele tatt kan gi en slik begrensning i oppdragsgivers adgang til å ha dialog om oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og dette vurderes i det følgende.

Likebehandlingsprinsippet er et av de mest grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten for å oppnå formålet om effektiv ressursbruk.¹⁷⁵ Prinsippet innebærer at like tilfeller skal behandles likt og ulike tilfeller skal behandles ulikt, med mindre noe annet er objektivt begrunnet.¹⁷⁶

Lovgiver har imidlertid også for likebehandlingsprinsippet gitt utfyllende rammer i forskriften for ivaretagelse av prinsippet. Bestemmelsen i § 9-3 andre ledd angir at oppdragsgiver kan velge ut en eller flere leverandører å ha dialog med, under forutsetning av at utvelgelse skjer i medhold av prinsippet. Prinsippet setter altså ikke begrensninger i selve adgangen til dialog, men for den konkrete gjennomføringen av dialogen. Dette innebærer at dersom flere leverandører mangler oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp, vil prinsippet være ivaretatt så lenge alle leverandørene i samme situasjon gis mulighet til å ettersende dokumentasjon.¹⁷⁷

Klagenemnda mener imidlertid at man her kan trekke likebehandlingsprinsippet lenger, slik at det også begrenser selve adgangen til å gå i dialog med leverandøren om oppfyllelse av kravene til kvalifikasjoner, dersom disse ikke var oppfylt ved tilbudsfristens utløp.¹⁷⁸

Ettersom oppdragsgiver kan beslutte om han ønsker å gjennomføre dialog etter tilbudsfristens utløp, og dermed vil kjenne innholdet i tilbudene, foreligger det en risiko for at oppdragsgiver misbruker denne kunnskapen til å påvirke hvilken leverandør som ender opp med det beste tilbudet.¹⁷⁹ Enten ved at oppdragsgiver lar være å gå i dialog når leverandøren han misliker ikke oppfyller kravene til kvalifikasjoner, eller motsatt dersom oppdragsgiver gjennomfører dialog

¹⁷⁴ Kofa sak 2017/75 premiss 29 og sak 2020/515 premiss 42.

¹⁷⁵ Anskaffelsesloven § 1 jmfør § 4.

¹⁷⁶ C-21/03 (Fabricom) premiss 27.

¹⁷⁷ Dragsten (2020) s. 396 og Gulsvik (2018).

¹⁷⁸ Kofa sak 2017/75 premiss 29 og sak 2020/515 premiss 42.

¹⁷⁹ NOU 2014: 4 pkt. 16.1.2.3 s. 148.

fordi han liker leverandøren som ikke oppfyller kravene. Ettersom alternativet til dialog ved manglende kvalifikasjoner er avvisning, vil en slik adgang til dialog klart kunne misbrukes.¹⁸⁰

I anskaffelsesforskriften av 2006 ble likebehandling av leverandørene sikret ved at det gjaldt et forhandlingsforbud, som ga forbud mot at oppdragsgiver kunne endre leverandørens tilbud i etterkant av tilbudsfristen.¹⁸¹ Etter forskriftens del II kunne oppdragsgiver velge å gjennomføre konkurransen som en konkurranse med forhandling, hvor det var tillatt å endre leverandørens tilbud gjennom forhandlinger.¹⁸² Ved revisjonen av forskriften så forenklingutvalget det derfor som unødvendig å videreføre forbudet i del II som en garanti for likebehandling, ettersom oppdragsgiver uansett fritt kunne velge å gjennomføre konkurranse med forhandling.¹⁸³

Av forarbeidene er det eksplisitt påpekt at lovgiver i tilbudskonkurranser har tillitt til at dialog med leverandørene gjennomføres på en måte som likebehandler leverandørene, til tross for at oppdragsgiver har full innsikt i tilbudene.¹⁸⁴ Lovgiver har med det angitt at begrensningene som tidligere sikret likebehandling gjennom forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser, ikke skal gi tilsvarende begrensninger i tilbudskonkurranse i medhold av likebehandlingsprinsippet.

Når klagenemnda innfortolker en begrensning i adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, medfører dette at det ikke kan tilføyes ny dokumentasjon som endrer den dokumentasjonen leverandøren allerede har levert inn på sine kvalifikasjoner. En slik tolkning samsvarer med de begrensningene som forhandlingsforbudet tidligere satt for adgangen til å anmode om supplerende dokumentasjon av leverandørens allerede inngitte kvalifikasjonsdokumentasjon.¹⁸⁵

Sett i sammenheng med at adgangen til dialog i tilbudskonkurranser gir oppdragsgiver adgang til å endre leverandørens tilbud i etterkant av tilbudsfristen, vil heller ikke ettersendelse av ny dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner etter utløpet av tilbudsfristen, kunne sies å endre forutsetningene for tilbudskonkurransen slik som klagenemnda mener i sin praksis.¹⁸⁶

¹⁸⁰ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-5 første ledd bokstav a.

¹⁸¹ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd og oppgavens kap. 2.2.

¹⁸² Anskaffelsesforskriften av 2006 § 5-1.

¹⁸³ NOU 2014: 4 pkt. 16.1.2.3 s. 148 i sammenheng med pkt. 16.3.1.2 s. 151.

¹⁸⁴ NOU 2014: 4 pkt. 16.1.2.3 s. 148 i sammenheng med pkt. 16.3.1.2 s. 151.

¹⁸⁵ Oppgavens kap. 3.1.

¹⁸⁶ Kofa sak 2017/515 premiss 29 og sak 2020/515 premiss 42.

På denne bakgrunn syntes ikke likebehandlingsprinsippet å begrense adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Dermed vil det heller ikke være grunnlag for å si at leverandøren som ikke innga tilbud i respekt for kvalifikasjonskravene, er forskjellsbehandlet sammenlignet med leverandøren som innga dokumentasjon i etterkant av tilbudsfristen.¹⁸⁷

Adgangen til å ettersende dokumentasjon på manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav er lik for alle leverandørene.¹⁸⁸ Adgangen til dialog er som utgangspunkt en rett for oppdragsgiver, og leverandørene bærer derfor selv risikoen ved å levere inn et tilbud uten å oppfylle kravene til kvalifikasjoner.¹⁸⁹ En leverandør som ikke oppfyller kravene ved tilbudsfristens utløp kan da velge å ta sjansen på at oppdragsgiver reparerer mangelen med dialog, eller avstå fra å levere inn tilbudet. Reguleringen er lik for alle, og gir dermed ikke grunnlag for å si at en leverandør som ikke innga tilbud i respekt for kvalifikasjonskravene, er forskjellsbehandlet sammenlignet med leverandøren som fikk ettersende dokumentasjon på manglende kvalifikasjoner.

3.5.3 Nedfallsproblematikk

Som det fremgår av de to foregående kapitlene, kan klagenemndas tolkning av prinsippene kritiseres for å legge til grunn den samme begrensningen i adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kravene til kvalifikasjoner, som tidligere fulgte av forhandlingsforbudet.¹⁹⁰ Dette kapitlet vurderer hvorvidt det er problematisk at klagenemnda sin tolkning også samsvarer med begrensningene likebehandlingsprinsippet setter i del III i anskaffelsesforskriften av 2016.

Spørsmålet om oppdragsgiver har adgang til å innhente opplysninger fra leverandøren som på tilbudstidspunktet ikke oppfylte kvalifikasjonskravene var oppe i EU-domstolen i sak C-387/14 (Esaprosjekt). I saken hadde ikke leverandøren de nødvendige kvalifikasjonene selv, og valgte derfor å støtte seg på en underleverandør for å oppfylle kravene til kvalifikasjoner. Domstolen vurderte om likebehandlingsprinsippet satte begrensninger for at leverandøren hadde adgang til dette etter tilbudsfristens utløp, og besvarte spørsmålet bekræftende. Domstolen uttalte at dersom en leverandør i etterkant av tilbudsfristens utløp gis adgang til å knytte til seg en underleverandør for oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav, innebærer det «en innholdsmæssig og

¹⁸⁷ Kofa sak 2017/515 premiss 29 og sak 2020/515 premiss 42.

¹⁸⁸ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-3 første ledd.

¹⁸⁹ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-1 andre ledd.

¹⁹⁰ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 12-1 første ledd.

væsentlig ændring af det opdindelige bud, som snarere svarer til fremsættelse af et nytt tilbud». ¹⁹¹ Dette vil da også utgjøre et brudd på forhandlingsforbudet i forskriftens del III. ¹⁹²

Tilsvarende var saksforholdet i sakene for klagenemnda. Valgte leverandør oppfylte ikke selv kvalifikasjonskravene, og knyttet derfor til seg en underleverandør i etterkant av tilbudsfristen. Klagenemnda legger seg på linje med EU-domstolen, og mener at likebehandlingsprinsippet satte begrensninger for oppdragsgivers adgang til å innhente forpliktelseserklæring i sakene. ¹⁹³

Ved tolkningen av reglene i forskriftens del III, som gjennomfører EUs anskaffelsesdirektiver, klarlegger EU-domstolens praksis innholdet i de grunnleggende prinsippene. For tolkningen av reglene i forskriftens del II, den særnorske delen av regelverket, vil ikke EU-domstolen være en direkte relevant rettskilde. ¹⁹⁴ Det betyr at domstolens tolkning av likebehandlingsprinsippet ikke direkte kan legges til grunn for grensene i oppdragsgivers adgang til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Det må derfor gjøres en konkret vurdering av om det er holdepunkter for at prinsippet gir tilsvarende begrensningene i adgangen til dialog i forskriftens del II, som er lagt til grunn av EU-domstolen for forskriftens del III. ¹⁹⁵

Dette følger også av det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet, som medfører at det skal gjelde mindre strenge prosedyrekrav for anskaffelser av mindre verdier. Oppdragsgiver skal derfor stå friere ved gjennomføring av reglene i forskriftens del II enn etter reglene i del III. ¹⁹⁶

Tidligere var det en tendens til at domstolene og klagenemnda innfortolket detaljerte regler fra del III til også å gjelde i forskriftens del II, på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene. ¹⁹⁷ Dette medførte at del II i realiteten innholdt like strenge regler som del III. Forenklingsutvalget omtalte denne tendensen som nedfallsproblematikken. ¹⁹⁸ Innføringen av tilbudskonkurranser var dermed et forsøk på å sikre at det skulle gjelde en mer fleksibel prosedyre i forskriftens del II, ved å gi en prosedyreform med andre grenser enn det som gjelder i del III og i EU-retten. ¹⁹⁹

¹⁹¹ Sakens premiss 42

¹⁹² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd og LA-2015-189076-2.

¹⁹³ Oppgavens kap. 2.3.

¹⁹⁴ Oppgavens kap. 1.2.

¹⁹⁵ NOU 2014: 4 pkt. 7.1 s. 61.

¹⁹⁶ Anskaffelsesloven § 4 og kofa sak 2009/223 premiss 48.

¹⁹⁷ Anskaffelsesloven § 4

¹⁹⁸ NOU 2014: 4 pkt. 7.1 s. 61.

¹⁹⁹ Thue mfl. (2018) s. 55–56.

For å oppnå målet om en mer fleksibel prosedyre i forskriftens del II gir forenklingsutvalget en klar oppfordring til anvendelsen av reglene for tilbudsprosedyren i praksis:

«Utvalget understreker derfor at forslagene til forenklinger av anskaffelsesregelverket vil undergraves fullstendig hvis KOFA og domstolene på grunnlag av de generelle prinsippene likevel innfortolker detaljerte prosedyrekrav som ikke ellers følger av regelverket.»²⁰⁰

At de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten ikke kan benyttes på denne måten er også lagt til grunn av EU-domstolen i sak 95/10 (Strong Seguranca).²⁰¹ I saken var spørsmålet blant annet om likebehandlingsprinsippet kunne benyttes slik at reglene for prioriterte tjenester som er omfattet av direktivet, gjaldt tilsvarende for uprioriterte tjenester, som kun i begrenset grad er underlagt direktivet. Domstolen mente det ikke var adgang til dette, ettersom det i praksis ville opphevet skillet for hvilke tjenester som er omfattet og ikke er omfattet av direktivet.²⁰²

Bakgrunnen for at de grunnleggende prinsippene har ulikt innhold avhengig av om de benyttes i anskaffelser etter forskriftens del II eller del III har sin bakgrunn i det overordnede formålet med regelverket for offentlige anskaffelser.²⁰³ I EU-retten er anskaffelsesreglene et virkemiddel for at EUs indre marked skal fungere på en god måte, slik at leverandører i ett medlemsland kan inngi tilbud i konkurransen i andre medlemsland, og innebærer blant annet at prinsippet om likebehandling tolkes strengt, for å unngå favorisering av nasjonale tilbydere.²⁰⁴

Den særnorske delen i anskaffelsesforskriften derimot, er primært et virkemiddel for å oppnå anskaffelseslovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, og noe som medfører at det ikke er behov for like strenge regler om blant annet likebehandling av leverandørene.²⁰⁵ Reglene kan dermed i større grad legge til rette for økt konkurranse og oppnåelse av formålet om mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser, som er forutsatt oppnådd gjennom en fleksibel prosedyre der oppdragsgiver har en vid adgang til å gå i dialog med leverandørene.²⁰⁶

²⁰⁰ NOU 2014: 4 pkt. 7.1: uttalelse er verken omtalt ytterligere i prop. 51L (2015–2016) eller innst. 358L (2015–2016) og tyder på at forenklingsutvalgets synspunkter er vedtatt se også thue mfl. (2018) s. 361–364.

²⁰¹ Sakens premiss 42.

²⁰² NOU 2014: 4 pkt. 7.1 s. 61.

²⁰³ NOU 2014: 4 pkt. 9.1 s. 65.

²⁰⁴ TEU art. 3 nr. 3, NOU 2014: 4 pkt. 9.2 s. 65–67 og Thue mfl. (2018) s. 41.

²⁰⁵ Anskaffelsesloven § 1 og NOU 2014: 4 pkt. 9.1 s. 65 og pkt. 9.3 s. 67.

²⁰⁶ Anskaffelsesloven § 1 og NOU 2014: 4 pkt. 9.3 s. 67.

Det er imidlertid ikke dermed sagt at man aldri skal kunne legge til grunn samme forståelse av de grunnleggende prinsippene slik de følger av EU-retten og del III, men det må vurderes i det konkrete tilfellet om forståelsen av prinsippet faktisk har overføringsverdi til reglene i del II.

For spørsmålet om det er adgang til å ettersende dokumentasjon på leverandørens manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav i del III, angir § 23-5 eksplisitt at adgangen er begrenset av forhandlingsforbudet, og innebærer at det ikke er adgang til ettersending i slike tilfeller.²⁰⁷ For adgangen etter § 9-3 angir ikke bestemmelsen noen tilsvarende begrensning, og det tilsier at likebehandlingsprinsippet ikke gir samme begrensninger som forhandlingsforbudet i del III.²⁰⁸

Sett i sammenheng med at kapittel 3.5.2 viser at likebehandlingsprinsippet trolig ikke kan gi grunnlag for å begrense adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav på selvstendig grunnlag ut i tilbudskonkurranse, syntes det problematisk at klagenemnda legger til grunn samme forståelse av likebehandlingsprinsippet som etter EU-domstolens praksis.

3.6 Behovet for et oppfyllestidspunkt

For å oppnå formålet om effektiv ressursbruk søker tilbudskonkurranser gjennom en fleksibel prosedyre å legge til rette for at oppdragsgiver kan inngå kontrakt med leverandøren med det beste tilbudet.²⁰⁹ Dette formålet vil imidlertid ikke oppnås dersom leverandøren i praksis ikke er i stand til å levere som forutsatt i tilbudet. Kvalifikasjonskravene har derfor som formål å sørge for at leverandøren er i stand å yte kontraktsmessig overfor oppdragsgiver.²¹⁰

Det er altså ikke før oppdragsgiver skal inngå kontrakt, at det er behov for å vite at leverandøren med det beste tilbudet oppfyller kravene til kvalifikasjoner. Så lenge leverandøren oppfyller kravene før dette tidspunktet vil formålet om effektiv ressursbruk være ivaretatt.²¹¹ En regel om et absolutt oppfyllestidspunkt ved tilbudsfristens utløp, fremstår da som en unødvendig

²⁰⁷ C-387/14 (Esaprojekt) premiss 42 og LA-2015-189076-2.

²⁰⁸ Thue mfl. (2018) s. 363–364.

²⁰⁹ NOU 2014: 4 pkt. 8 s. 64.

²¹⁰ Thue mfl. (2018) s. 393.

²¹¹ Anskaffelsesloven § 1.

konkurransbegrensning ved at leverandører som faktisk oppfyller kravene på tidspunktet oppdragsgiver skal inngå kontrakt, likevel må avvises.

I forlengelsen kan det trekkes en parallell til innføringen av ESPD-skjemaet i EU-retten, som medfører at oppdragsgiver kun behøver å kontrollere kvalifikasjonene til den leverandøren som har vunnet konkurransen og skal tildeles kontrakt.²¹² Ettersom kvalifikasjonskravene har som formål å sikre at leverandøren er egnet til å gjennomføre kontrakten med oppdragsgiver, ble det ansett som unødvendig bruk av ressurser at oppdragsgiver skulle kontrollere kvalifikasjonene til alle leverandørene i konkurransen.²¹³ Derfor er oppdragsgiver i dag pålagt å benytte ESPD-skjemaet i alle anbudskonkurranser etter del III i anskaffelsesforskriften av 2016.²¹⁴

I teorien er det, med bakgrunn i innføringen av ESPD-skjemaer, oppstilt et spørsmål om også utgangspunktet om tidspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav er endret, ettersom leverandøren da ikke inngir dokumentasjon på oppfyllelse av kravene før ved tildeling av kontrakt.²¹⁵ Det er imidlertid ikke holdepunkter for at innføringen av egenerklæringsskjemaet også var ment å endre tidspunktet for oppfyllelse.²¹⁶ For anskaffelser over EØS terskelverdi er adgangen til avklaring og ettersending begrenset av forhandlingsforbudet. I tillegg angir § 17-1 andre ledd bokstav a at leverandøren gjennom ESPD-skjema skal erklære at han «oppfyller kvalifikasjonskravene», ikke at han kommer til å oppfylle disse, og virker dermed som et alternativ til å inngi fullstendig dokumentasjon på oppfyllelse av kravene ved tilbudsfristen.²¹⁷

Reglene om bruk av egenerklæringsskjema er hentet fra EU-retten. Forskriften åpner likevel for at oppdragsgiver også i tilbudskonkurranser kan velge at leverandørene viser oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav ved å inngi egenerklæring.²¹⁸ Selv om oppdragsgiver velger å benytte seg av denne muligheten vil de øvrige reglene i forskriftens del II fortsatt gjelde, herunder adgangen til dialog i § 9-3. Formuleringen av reglene for egenerklæringsskjemaet er ikke tilpasset reglene i tilbudskonkurranser,²¹⁹ disse er tilpasset EU-retten hvor forhandlingsforbudet medfører at

²¹² Anskaffelsesforskriften av 2016 § 17-1 femte ledd.

²¹³ NOU 2014: 4 pkt. 20.3.3.2 s. 184–186 og Thue mfl. (2018) s. 683.

²¹⁴ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 17-1 første ledd.

²¹⁵ Friberg (2020) s. 97–98 og Thue mfl. (2018) s. 394.

²¹⁶ Friberg (2020) s. 97–98 og Thue mfl. (2018) s. 394.

²¹⁷ Friberg (2020) s. 97–98.

²¹⁸ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 8-10 første ledd.

²¹⁹ Dragsten (2020) s. 633.

tilbudsfristen blir det naturlige utgangspunktet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og dermed begrenser oppdragsgivers adgang til avklaring og ettersending.²²⁰

Reglene om det europeiske egenerklæringsskjemaet gir dermed ikke direkte veiledning for adgangen til dialog i § 9-3 ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men er egnet til å illustrere et poeng om at det kanskje ikke er behov for et absolutt oppfyllestidspunkt for kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp, sett i sammenheng med kravenes formål.

²²⁰ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 23-5 andre ledd.

4 Avsluttende bemerkninger

Innføringen av reglene for tilbudskonkurranser i anskaffelsesforskriften av 2016 del II, har etterlatt tvil om oppdragsgivers adgang til dialog i § 9-3 også omfatter tilfeller der en leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp. Oppgaven har drøftet hvilke holdepunkter som foreligger i både forarbeidene og reglene for tilbudskonkurranser for å finne ut om lovgiver har ment at adgangen til dialog også skal gjelde i disse tilfellene.

Problemstillingen har oppstått fordi verken ordlyden i § 9-3, forarbeidene eller veilederen til departementet gir klare føringer for om oppdragsgiver skal ha adgang til dialog i slike tilfeller. Ettersom klagenemnda har lagt til grunn i to saker, herunder en stornemndssak, at adgangen til dialog ikke omfatter tilfeller av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, ble nemndas argumentasjon et naturlig referansepunkt for behandling av tematikken gjennom oppgaven.

Oppgaven fremstiller de relevante rettskildene og hvilke slutninger som kan trekkes fra disse for veiledning i spørsmålet. Gjennom behandlingen blir det tydelig at det foreligger en del gode grunner for at oppdragsgiver skal ha en adgang til å gå i dialog for å reparere leverandørens manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Eller sagt på en annen måte: det syntes å foreligge få holdepunkter i reglene for tilbudskonkurranser og forarbeidene, for at adgangen til dialog vart ment å være avgrenset i tilfeller av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Kapittel 3.1 og 3.2 viser at den vide adgangen oppdragsgiver har til å gå i dialog om innholdet av leverandørens tilbud, herunder til å avhjelpe manglende oppfyllelse av absolutte krav til innholdet av tilbudet, taler for at oppdragsgiver også har en adgang til å avhjelpe manglende oppfyllelse av absolutte krav til leverandørens kvalifikasjoner.

I kapittel 3.3 og 3.4 fremgår det at forenklingsutvalgets omtale i forarbeidene om adgangen til dialog om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav, ikke gir klare holdepunkter for om det var ment å gjelde et absolutt oppfyllestidspunkt for kvalifikasjonskravene i tilbudskonkurransen. Her er det trukket en parallell til et sted lovgiver faktisk har gitt veiledning om tidspunktet for oppfyllelse, herunder reglene om for sent innkomne søknader om prekvalifisering, som viser at tidspunktet for oppfyllelse kanskje ikke er tenkt å være så absolutt som klagenemnda angir.

Kapittel 3.5 tydeliggjør begrensningene som kan utledes av prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling for adgangen til dialog i tilbudskonkurranser, særlig sett i sammenheng med opphevelsen av forhandlingsforbudet og den tidligere nedfallsproblematikken. Herunder har

lovgiver gitt konkrete føringer i både forarbeidene og i lovteksten for hvordan prinsippene skal ivaretas ved gjennomføring av dialog i tilbudskonkurranser, noe som tilsier at selve adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ikke begrenses av prinsippene.

Etter dette kan det nevnes generelt at dersom praksis fra klagenemnda må ansees som gjeldende rett, vil det være uheldig at begrensningen verken fremgår av ordlyden i § 9-3, forarbeidene eller departementets veileder. Dette medfører en risiko for at oppdragsgiver vil komme i skade for å overse denne vesentlig begrensning i adgangen til dialog. Dersom oppdragsgiver gjør feil her kan det både gi grunnlag for erstatning og medføre omfattende klageprosesser i etterkant.²²¹

Et av problemene med reguleringen i anskaffelsesforskriften av 2006 var at grensene mellom lovlige avklaringer og ulovlige forhandlinger var så vanskelig å trekke at oppdragsgiver ofte kviet seg for å avklare forhold i leverandørens innleverte dokumentasjon, og isteden valgte å avvise leverandøren fra konkurransen.²²² Med en slik begrensning som nemnda legger til grunn, vil det også kunne føre til at oppdragsgiver blir tilbakeholden med å benytte adgangen til dialog til å avhjelpe feil og mangler i leverandørens kvalifikasjonsdokumentasjon. Konsekvensen blir at leverandøren må avvises fra konkurransen på grunn av forhold som kunne vært avklart.²²³

Opgavens formål har vært å gi en samlet fremstilling over spørsmålet om adgangen til dialog ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, som ellers mangler i juridisk teori. Ettersom stornemndssaken fra klagenemnda nå er til behandling for de alminnelige domstolene, kan kanskje oppgaven gi et nyttig bidrag for hvordan reglene om dialog i tilbudskonkurranser skal forstås. Min spådom er at saken skal høyere opp i rettssystemet på grunn av dens prinsipielle karakter, og siste ord i saken er nok ikke sagt ved tingrettens avgjørelse.

Tilbudskonkurransen er en nyvinning i den norske anskaffelsesretten, og utfordrer tankegods fra de tradisjonelle anbudskonkurranser ved å gi oppdragsgiver en svært fleksibel adgang til å gå i dialog med leverandørene. Spørsmålet er: må det likevel gå en grense? Det gjenstår å se.

²²¹ Anskaffelsesloven § 10 og Thue mfl. (2018) s. 113 flg.

²²² Anskaffelsesforskriften av 2006 del II og NOU 2014: 4 pkt. 2.3 s. 38 og pkt. 16.1.2.1 s. 147.

²²³ Anskaffelsesforskriften av 2016 § 9-5 første ledd bokstav a.

Kildeliste:

4.1 Lover og forskrifter

Lov 17. juni 2016 nr. 62 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Forskrift 17. juni 2016 nr. 62 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften av 2016)

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

4.2 Traktater og direktiver

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Konsolidert utgave av traktatet om Den europeiske union 2012 (TEU)

4.3 Forarbeider

NOU 2014: 4 Enklere regler- bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket, 10. juni 2014.

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU 17. januar 2012

Prop. 51L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven), 22. januar 2016.

Innst. 358L (2015–2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser, 02. februar 2016

4.4 Rettsavgjørelser

4.4.1 Rettsavgjørelser fra norske domstoler

Rt. 2008. s. 1705

Rt. 2007 s. 1783

Rt. 2007 s. 983

LA-2015-189076-2

4.4.2 Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-387/14 (Esaprojekt).

Sak C-336/12 (Manova)

Sak C-21/03 (Fabricom)

4.4.3 Praksis fra klagenemnda

Sak 2020/515 (Syljuåsen)

Sak 2018/219 (Anlegg Øst-Entreprenør)

Sak 2018/30–2018/31 (Skjervæy Park og Hofsøy Mekaniske)

Sak 2017/157 (EN Entreprenør)

Sak 2017/139 (Kaggebryggeriet)

Sak 2017/75 (Sørlegger-Service)

Sak 2011/320 (Førde Taxisentral)

Sak 2010/279 (Maskin og anlegg)

Sak 2010/173 (Total Packaging)

Sak 2010/163 (Svein Boasson)

Sak 2006/120 (Forsvarsbygg)

Sak 2009/223 (Helse Sør-øst)

Sak 2009/106 (Ålesund Bygg)

4.5 Litteratur

Dragsten, Marianne, *Anskaffelsesloven - med forskrift – kommentarutgave*, 1.utgave, Universitetsforlaget, 2020

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

Goller, Morten, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal, 2017

Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser- regelverk, praksis og løsninger*, 1.utgave, Universitetsforlaget, 2013

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2001

Friberg, Trine, «*Må tilbyder fremlegge ESPD og all kvalifikasjonsdokumentasjon fra samtlige underentreprenører og rådgivere som vedlegg til tilbudet?*», *offentlige kontrakter – aktuelle tema*, Gyldendal, 2020, s. 89–106

4.6 Andre kilder

Nærings- og fiskeridepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*, 24. april 2018, hentet fra:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>

(sist besøkt: 01.desember 2021)

Gulsvik, Alf Amund, *Har KOFA glemt at det skulle være en fleksibel prosedyre*, 31.07.2018, hentet fra:

<https://www.anbud365.no/regelverk/tilbudskonkurransen-har-kofa-glemt-at-det-skulle-vaere-en-fleksibel-prosedyre/>

(sist besøkt: 21.november 2021)

Hovland, Lennart, *Ettersending av dokumentasjon i de nye anskaffelsesreglene*, 19.04.2017, hentet fra:

<https://www.anbud365.no/regelverk/ettersending-av-dokumentasjon-de-nye-anskaffelsesreglene/>

(siste besøkt: 21.november 2021)