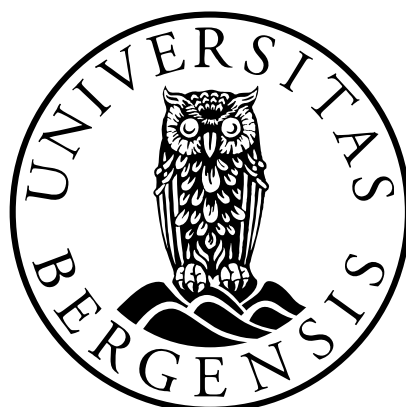


Oppdragsgivers adgang til å forhandle med leverandører som har vesentlige avvik i tilbudene sine

*Oppgavens problemstilling er å klargjøre oppdragsgivers
adgang til å forhandle bort vesentlige avvik i forhandlet
konkurranse over EØS-terskelverdi*

Kandidatnummer: 229

Antall ord: 13 982



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	OPPGAVENS PROBLEMSTILLING OG DENS AKTUALITET.....	2
1.2	OPPGAVENS STRUKTUR.....	3
1.3	METODE.....	3
1.4	RETTSKILDEBILDET	4
1.5	GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER OG FORMÅL.....	7
2	HVA KAN OPPDRAGSGIVER FORHANDLE OM?	11
2.1	FORHANDLE MED ALLE SIDER AV ET TILBUD	11
3	ANSKAFFELSESFORSKRIFTEN SINE REGLER OM TIDSPUNKT FOR AVVISNING	15
3.1	PÅ HVILKET TIDSPUNKT SKAL AVVISNINGSVURDERINGEN FORETAS?.....	15
3.2	ALTERNATIVE TOLKNINGER AV FORSKRIFTSTEKSTEN	19
4	EU-RETTENS SYN PÅ ADGANGEN TIL Å FORHANDLE BORT VESENTLIGE AVVIK	23
4.1	HINDRER ANSKAFFELSESDIREKTIVET EN ADGANG TIL Å FORHANDLE BORT VESENTLIGE AVVIK?	23
4.2	C-561/12 NORDECON	25
4.2.1	<i>Innledning</i>	25
4.2.2	<i>Faktum i saken</i>	26
4.2.3	<i>Rettslige avklaringer</i>	26
4.2.4	<i>Bør man legge til grunn regelen i C-561/12 Nordecon ved tolkning av dagens anskaffelsesregelverk?</i>	29
5	KOFA-SAK 2021/2139	33
5.1	INNLEDNING.....	33
5.2	FAKTUM I SAKEN	33
5.3	KOFA SIN TILNÆRMING TIL EN FORHANDLINGSADGANG VED VESENTLIGE AVVIK	34
6	AVSLUTNING.....	39
7	LITTERATURLISTE	42

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling og dens aktualitet

Ved gjennomføring av en konkurranse med forhandling, har oppdragsgiver adgang til å forhandle med en eller flere leverandører for å finne frem til et konkurransedyktig tilbud basert på oppdragsgivers behov.¹ I utgangspunktet kan det forhandles om alle sider ved tilbudene. Partene er imidlertid underlagt regler som oppstiller nærmere prosessuelle og materielle krav til hvordan forhandlingene skal gjennomføres ved anskaffelser over EØS-terskelverdi. Herunder finner man reglene om avvisning av vesentlige avvik i forskrift om offentlige anskaffelser del III.²

Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver «skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Hvorvidt et avvik er «vesentlig» må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.³ Dersom tilbudet er beheftet med et vesentlig avvik skal oppdragsgiver i utgangspunktet ta stilling til avvisningsspørsmålet snarest mulig.⁴ Dagens regelverk åpner eksplisitt for at oppdragsgiver kan utsette ulike avvisningsvurderinger til etter gjennomført forhandling, med unntak av vurderingen av hvorvidt tilbudene inneholder vesentlige avvik.⁵

Den Europeiske Unions domstol (EU-domstolen) utledet i sak C-561/12 *Nordecon* et forbud mot å forhandle bort vesentlige avvik, og anses som bakgrunnen for utelatelsen av vesentlige avvik i FOA § 24-10 (2) annet punktum.⁶ I etterkant har både Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) og Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) utgitt veiledere, som synes å støtte EU-domstolens begrensning i forhandlingsadgangen ved

¹ Se Goller mfl. (2017) s. 84.

² Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser. Heretter omtalt som «anskaffelsesforskriften» eller «FOA».

³ Se f.eks. LB-2017-94201 hvor det uttales at vesentlighetsvurderingen «beror på en skjønsmessig helhetsvurdering hvor sentrale momenter er hvor stort avviket objektivet sett er, viktigheten av kravet det avvikes fra, og hvorvidt det er egnet til å forrykke konkurransen». Da oppgavens problemstilling forutsetter at det opprinnelige tilbudet inneholder vesentlige avvik, vil vesentlighetsvurderingen ikke drøftes ytterligere.

⁴ Jf. FOA § 24-10 (1).

⁵ Jf. FOA § 24-10 (2) annet punktum.

⁶ Sak C-561/12 *Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mot Rahandusministeerium*. Heretter omtalt som «Nordecondommen». Behandles nærmere i kapittel 4.

vesentlige avvik.⁷ Den 4. februar 2022 avsa likevel Klagenemnda for offentlig anskaffelse (KOFA) en ny dom hvor de åpnet for muligheten til å forhandle bort vesentlige avvik.⁸ Dagens rettskildebilde synes altså å peke i ulike retninger, og spørsmålet om oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik er per i dag uavklart.

Oppgavens problemstilling er å klargjøre oppdragsgivers adgang til å forhandle bort vesentlige avvik i forhandlet konkurranse over EØS-terskelverdi.

1.2 Oppgavens struktur

Da oppgavens problemstilling er uavklart, tar den videre behandlingen utgangspunkt i de relevante rettskildene. Innledningsvis vil derfor metode, rettskildebildet og anskaffelsesrettens grunnprinsipper presenteres. Da muligheten til å forhandle om vesentlige avvik ikke er regulert direkte i loven er det naturlig å ta utgangspunkt i reglene om hva man kan forhandle om. Dette vil redegjøres for i kapittel 2, og danner grunnlag for videre drøftelse av på hvilket tidspunkt avvisningsplikten inntreer i konkurranser med forhandling i kapittel 3. Ettersom anskaffelsesforskriften del III implementerer EUs anskaffelsesdirektiv vurderes det hensiktsmessig å foreta en gjennomgang av EU-rettens syn på adgangen til å forhandle bort vesentlige avvik i kapittel 4.⁹ Herunder vil også EU-domstolens sak C-561/12 *Nordecon* behandles. Dernest vil oppgaven i kapittel 5 gi en analyse av KOFA sak 2021/2139, da avgjørelsen gir et viktig bidrag til avklaring av dagens rettstilstand. Avslutningsvis vil det i kapittel 6 gis noen avsluttende betraktninger.

1.3 Metode

Reglene om håndtering av tilbud med vesentlige avvik, FOA § 24-8 og § 24-10, befinner seg i del III av anskaffelsesforskriften. Denne delen gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi og gjennomfører EUs anskaffelsesdirektiv.¹⁰ Ved tolkningen av EU/EØS-baserte regler skal

⁷ Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» og Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (tidligere Difi), «Gjennomføring av forhandlinger – praktisk veileder»

⁸ KOFA sak 2021/2139. Behandles nærmere i kapittel 5.

⁹ EUs direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser. Heretter omtalt som «anskaffelsesdirektivet». Se også Goller mfl. (2017) s. 16

¹⁰ Se Goller mfl. (2017) s. 16

disse tolkes i tråd med EU/EØS-retten.¹¹ Dette er et utslag av det norske presumsjonsprinsippet som innebærer at «norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser».¹² Det følger av homogenitetsprinsippet at EØS-bestemmelser som svarer til EU-rettslige bestemmelser, må tolkes og anvendes slik at rettstilstanden blir den samme i EØS som i EU.¹³ Det vil dermed tas utgangspunkt i EU-rettslig metode for å fastlegge innholdet i anskaffelsesforskriften del III.

På grunn av EUs autonome rettsorden er EU-rettslig metode selvstendig og ensartet.¹⁴ Det følger av EU-praksis at direktivet skal tolkes med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden.¹⁵ Metoden skiller seg fra norsk rettskildelære ved at ordlyden i større grad skal tolkes kontekstuellet og formålsrettet.¹⁶ Disse tolkningsmomentene får spesiell betydning da EUs kilder er gitt i likeverdige versjoner på EUs offisielle språk, som innebærer at en naturlig språklig tolkning av en språkversjon kan være uforenelig med en annen.¹⁷ EUs flerspråkliggjør det nødvendig å sammenligne ulike språkversjoner for å fastlegge innholdet i bestemmelsene.¹⁸ Videre i avhandlingen vil det tas utgangspunkt i den danske versjonen av EUs kilder, da disse rent språklig er nærmest norsk.

1.4 Rettskildebildet

Den juridiske drøftelsen tar utgangspunkt i det norske anskaffelsesregelverket, herunder anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.¹⁹ Anskaffelsesloven inneholder hovedsakelig

¹¹ Se NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser: Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket*, punkt 6.1 s. 59.

¹² Se f.eks. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1) på side 1826. Høyesterett uttalte også i nevnte dom at EU-rettskonform tolkning ikke vil rekke lenger enn det norske presumsjonsprinsippet, og presumsjonsprinsippet legges derfor til grunn.

¹³ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 49.

¹⁴ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 295.

¹⁵ Se f.eks. C-201/13 premiss 19.

¹⁶ Se f.eks. C-327/82 *Ekro* premiss 11, hvor det heter at bestemmelser tolkes «under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning».

¹⁷ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 296-298.

¹⁸ Se C-640/15 *Vilkas* premiss 47, hvor EU-domstolen fastslår at ved tvilstilfeller skal bestemmelser tolkes «i lyset af dens affattelse på alle sprogene». Fredriksen og Mathisen (2018) s. 297-298 vurderer imidlertid at det ikke er mulig for nasjonale rettsanvendere å undersøke alle språkversjoner, og konkluderer med at det er tilstrekkelig å undersøke noen versjoner.

¹⁹ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser. Heretter omtalt som «anskaffelsesloven» eller «LOA».

grunnleggende prinsipper for regelverket, mens anskaffelsesforskriften inneholder de mer detaljerte reglene om gjennomføring av konkurranse med forhandling.

Av norske forarbeider som gjelder anskaffelsesloven, vil avhandlingen vise til Prop. 51 L (2015-2016) flere steder.²⁰ Lovforslaget bygger på Forenklingsutvalgets rapport i NOU 2014: 4, som i hovedsak foreslår endringer i den tidligere anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften under EØS-terskelverdi.²¹ NOU-en inneholder flere relevante sammendrag av gjeldende rett før det nye anskaffelsesdirektivet, og synes relevant da forslaget bidrar til en økt forståelse av lovverket. Ved behandling av FOA § 23-7, § 24-8 og § 24-10 vil de norske forarbeidene hovedsakelig uttale seg om hvordan regelverket skal praktiseres på bakgrunn av EUs anskaffelsesdirektiv.²² Ettersom den EU-/EØS-rettslig forståelsen av bestemmelsen vil være avgjørende, vil norske forarbeid ha en begrenset rettskildemessig verdi ved tolkning av anskaffelsesforskriften del III.²³ Videre i oppgaven vil disse bidra som støttemoment i kraft av sin informasjonsverdi.²⁴

I etterkant av vedtakelse av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften har både NFD og DFØ utarbeidet veiledere for å bidra til forståelsen av regelverket.²⁵ I praksis har disse blitt ansett som etterarbeider til lovverket.²⁶ De norske veilederne har dermed begrenset rettskildemessig verdi, og deres uttalelser vil videre i oppgaven benyttes som støttemomenter ved forståelsen av anskaffelsesregelverket.²⁷

Adgangen til å forhandle bort vesentlige avvik er ikke omtalt i avgjørelser fra Høyesterett. Enkelte dommer fra underretten har imidlertid tatt opp problemstillingen. Praksis fra lagmannsretten har i utgangspunktet liten selvstendig rettskildemessig verdi, og videre i oppgaven vil underrettens avgjørelser i utgangspunktet tillegges vekt i kraft av sin overbevisningsverdi.²⁸

²⁰ Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

²¹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 5. Den tidligere anskaffelsesregelverket omfatter Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

²² Se Thue mfl. (2018) s. 36.

²³ Se Dragsten (2013) s. 54 og Thue mfl. (2018) s. 36.

²⁴ Se Dragsten (2013) s. 54.

²⁵ Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 1 s. 18. Se også Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Gjennomføring av forhandlinger – praktisk veileder» punkt 1 s. 2.

²⁶ Se blant annet LH-2009-45911 og KOFA 2021/2139 premiss 37.

²⁷ Se Nygaard (2004) s. 205.

²⁸ Se Andenæs (2009) s. 96-97.

På bakgrunn av en begrenset mengde relevant praksis fra underinstansen, er det praksis fra klagenemnda for offentlig anskaffelse som er meste fremtredende i analysen. KOFA ble etablert i 2003, og er et uavhengig statlig organ som gir rådgivende uttalelser ved behandling av klager innen offentlig anskaffelse.²⁹ Da nemndas avgjørelser har en rådgivende funksjon, har avgjørelsene i utgangspunktet begrenset rettskildemessig verdi.³⁰ Likevel behandler KOFA et høyt antall saker, som har ført til at nemnda har hatt en viktig rolle i rettsutviklingen innen anskaffelsesretten.³¹ Dette bekreftes blant annet av domstolene, hvor KOFA-avgjørelser anvendes som tolkningsbidrag.³² Videre i oppgaven vil KOFA dermed tillegges ikke ubetydelig vekt i kraft av argumentasjonens overbevisningsverdi.³³

I norsk litteratur er det hovedsakelig kommentarutgaver og kortere fremstillinger på anskaffelsesrettens område. Juridisk litteratur kjennetegnes som uttalelser om rettsoppfatninger fra sakkyndige personer og er i utgangspunkt en rettskildefaktor med begrenset verdi.³⁴ Klagenemnda og domstolene henviser ofte til juridisk teori, som gjenspeiler at litteraturen har stor faktisk innflytelse i rettslivet.³⁵ Videre i oppgaven vil juridisk litteratur benyttes som et støttemoment til å fastlegge innholdet i anskaffelsesregelverket.³⁶

Anskaffelsesforskriften del III har et EØS-rettslig opphav, som tilsier at EU-kildene og avgjørelser fra EU-domstolen er sentrale rettskilder ved tolkning av bestemmelsene.³⁷ I EØS-retten er reglene om gjennomføring av forhandlet konkurranse inntatt i anskaffelsesdirektivet. Anskaffelsesforskriften del III gjennomfører disse, og direktivets ordlyd er dermed en viktig kilde ved vurdering av oppgavens problemstilling. I henhold til EU-praksis treffer EU-domstolen regelmessig avgjørelser som angår offentlig anskaffelse.³⁸ Disse avgjørelsene har stor rettskildemessig verdi, da nasjonale domstoler plikter å legge til grunn EU-domstolens tolkninger.³⁹ Videre i oppgavens vil EU-rettens kilder benyttes for å fastlegge innholdet i bestemmelsene i anskaffelsesforskriften del III.

²⁹ Se Goller mfl. (2017) s. 18.

³⁰ Se Goller mfl. (2017) s. 19.

³¹ Se Dragsten, (2013) s. 54 og Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 44.3.1 s. 350.

³² Se f.eks. Rt. 2007 s. 983 premiss 103 og HR-2022-1964-A premiss 46.

³³ Slik som Goller mfl. (2017) s. 19.

³⁴ Echhoff (2001) s. 269-270.

³⁵ Echhoff (2001) s. 270.

³⁶ Se f.eks. KOFA 2010/325 premiss 31 og LB-2015-186095.

³⁷ Se Dragsten (2013) s. 57.

³⁸ Se Thue mfl. (2018) s. 32.

³⁹ Se Thue mfl. (2018) s. 35-36 og Dragsten (2013) s. 57.

1.5 Grunnleggende prinsipper og formål

Anskaffelsesregelverket er fundert på en rekke grunnleggende prinsipper.⁴⁰ I samråd med regelverkets detaljerte prosedyreregler fungerer disse som sentrale tolkningsmomenter for å realisere formålet med regelverket.⁴¹ Lovens formål og de grunnleggende prinsipper er dermed viktige bidrag ved tolkning av det nærmere innholdet i anskaffelsesforskriften, og vil presenteres i det følgende.⁴²

Det følger av LOA § 1 at «[I]oven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.». Ordlyden tilsier at hovedformålet er å sikre best mulig ressursutnyttelse. Ved vurdering skal det legges til grunn en vid forståelse av begrepet «effektiv bruk av samfunnets ressurser».⁴³ For oppdragsgiver innebærer dette at ved gjennomføring av enkeltanskaffelser skal de til enhver tid vurdere hvordan de kan sikre en mest mulig fordelaktig anskaffelse.⁴⁴ Formålet strekker seg imidlertid lenger enn best mulig ressursutnyttelse i en konkret anskaffelse, og plasseres i en større samfunnsmessig sammenheng hvor ressursutnyttelsen skal positiv påvirke verdiskapning, sysselsetting og velferd i samfunnet.⁴⁵ Da offentlig sektor disponerer over en vesentlig del av samfunnets midler, er det svært viktig for fellesskapet at disse ressursene blir benyttet på den mest samfunnstjenlige måten.⁴⁶ Det følger videre av bestemmelsens annet punktum at loven skal «bidra til at det offentlige opptrer med integritet». Kravet til integritet innebærer at oppdragsgiver skal opptre etisk. Dette fungerer som et verktøy for å sikre det offentliges tillit utad, og forhindre korrupsjon og kameraderi i offentlig sektor.⁴⁷

⁴⁰ NOU 2014: 4 punkt 10.1 s. 73 og Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.1 s. 41. Se også anskaffelsesloven § 4.

⁴¹ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.5.3 s. 43 og NOU 2014: 4 punkt 10.1 s. 73. Se også LA-2011-100800 hvor det heter at «[v]ed vurderingene av om det er skjedd brudd på regelverket, vil betydningen av om lovens formål og de grunnleggende kravene etterleves stå sentralt som tolkningsmomenter».

⁴² Merk at formålet bak EUs regulering av offentlig anskaffelser ikke nødvendigvis er sammenfallende med den norske formålsbestemmelsen. Det er blant annet fremholdt i fortalen til direktiv 2014/24/EU punkt 2 at EUs formål er å sørge for en «optimal utnyttelse af de offentlige midler». Da oppgaven skrives fra et norsk perspektiv, tas det imidlertid utgangspunkt i formålet slik det fremgår i anskaffelsesloven § 1.

⁴³ NOU 2014: 4 punkt 9.4.2.2 s. 69.

⁴⁴ NOU 1997: 21 punkt 21 s. 114.

⁴⁵ NOU 2014: 4 punkt 9.4.2.2 s. 69.

⁴⁶ Se Thue mfl. (2018) s. 42.

⁴⁷ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.1.4 s. 38.

De grunnleggende prinsipper følger av LOA § 4, hvor det heter at «[o]ppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet».⁴⁸ Disse prinsippene gjelder for alle anskaffelser og bidrar til realisering av lovens formål.⁴⁹

Prinsippet om konkurranse skal sikre at alle anskaffelser, så langt det er mulig, skjer på grunnlag av konkurranse.⁵⁰ Konkurranse er et virkemiddel som bidrar til økt verdiskaping i samfunnet og sikrer effektiv ressursutnyttelse.⁵¹ Gjennom størst mulig konkurranse vil oppdragsgiver ha gode forutsetninger for å komme frem til det beste tilbudet. En for streng tilnærming til hvorvidt det foreligger en avvisningsplikt i forhandlet konkurranse vil dermed kunne bidra til å svekke konkurransen. Ved spørsmål om det foreligger en mulighet til å rette vesentlige avvik under forhandling, taler konkurransehensynet for en løsning som åpner for størst mulig konkurranse.

Likebehandlingsprinsippet er omtalt som det mest sentrale prinsippet i norsk anskaffelsesrett og i EU/EØS-retten.⁵² Prinsippet innebærer at like tilfeller behandles likt, og at ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet.⁵³ Hensynet til likebehandling tilsier dermed at alle leverandører skal ha like muligheter ved formulering av tilbudene sine.⁵⁴ Ved håndtering av tilbud med vesentlige avvik forutsetter prinsippet videre at leverandørene møtes med like krav fra oppdragsgiver.⁵⁵ Dette tilsier at oppdragsgiver ikke kan akseptere et tilbud som vesentlige avviker fra anskaffelsesdokumentene. Ved spørsmål om muligheten til å rette vesentlige avvik under forhandlinger, innebærer dette at tilbudene endres etter tilbudsfristen. Fristens virkning vil i så tilfelle være ulik for tilbyderne, som igjen strider mot hensynet til likebehandling. Likebehandlingsprinsippet taler dermed for at

⁴⁸ Se også anskaffelsesdirektivet artikkel 18 (1) hvor de nevnte prinsipper er inntatt i EU-retten. Det følger av artikkel 18 (1) at oppdragsgiver «behandler økonomiske aktører ens og uten forskelsbehandling og handler på en gjennomsiktig og forholdsmessig måte.»

⁴⁹ Se Goller mfl. (2017) s. 47.

⁵⁰ Dette følger av tidligere lovgivning hvor det het at anskaffelser skal «så langt det er mulig være basert på konkurranse», se anskaffelsesloven 1999 § 5 (2). Begrepet «så langt det er mulig» følger ikke uttrykkelig av dagens lovtekst, men er ikke ment å utgjøre noe realitetsendring jf. Prop.51 L (2015.2016) punkt 7.4.5 s. 45-46

⁵¹ Se Thue mfl. (2018) s. 57.

⁵² Se Prop. 51 L (2015-2015) punkt 7.4.1 s. 41. Se også C-243/89 *Storebælt* premiss 33 hvor det uttrykkes at «forpligtelsen til at overholde dette princip følger af selve hovedformålet med direktivet».

⁵³ Se NOU 2014: 4 punkt 10.3 s. 75, med henvisning til EU-domstolens forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom SA mot Belgia* premiss 27.

⁵⁴ Se NOU 2014: 4 punkt 10.3 s. 76 og sak C-458/03 *Parking Brixen* premiss 48.

⁵⁵ Se f.eks. C-538/13 *eVigilo* premiss 33.

oppdragsgiver ikke kan rette avvikende tilbud etter tilbudsfristen, da dette gir enkelte leverandører en konkurransefordel. Avvisning av tilbud med vesentlige avvik før forhandling kan resultere i at oppdragsgiver mister de beste og mest seriøse tilbudene, og kan dermed komme i konflikt med formålet om best ressursutnyttelse. Til tross for at tilbyder i det enkelte tilfelle kan være økonomisk tjent med å fravike likebehandlingsprinsippet, er det en generell oppfatning at prinsippet er grunnleggende for å oppnå konkurranse og effektiv ressursbruk.⁵⁶ Likebehandlingsprinsippet vil være av sentral betydning videre i oppgaven.

Fra kravet til likebehandling har EU-domstolen utledet et krav til gjennomsiktighet, som skal sikre tilstrekkelig åpenhet og forutsigbarhet om alle stadier i konkurransegjennomføringen.⁵⁷ Prinsippet om gjennomsiktighet er ikke eksplisitt henvist til i LOA § 4, ettersom det i forarbeidene er vurdert at prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvarhet har samme innhold.⁵⁸ Oppgaven vil dermed ta utgangspunkt i disse.

Kravet til forutberegnelighet sikrer at leverandørene kan stole på at anskaffelsesreglene blir fulgt og at anskaffelsesprosedyren gjennomføres på en forutsigbar og informativ måte.⁵⁹ Dette innebærer blant annet at tilbyder gjøres kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltakelse og tildeling av kontrakt.⁶⁰ Forutberegnelighetshensynet ivaretas i mindre grad ved forhandlet konkurranse, ettersom konkurranseformen forutsetter en adgang til å foreta endringer i tilbudet etter tilbudsfristen. En regel som åpner for å akseptere tilbud med vesentlige avvik medfører at oppdragsgiver aksepterer andre vilkår enn det som har blitt uttrykt i anskaffelsesdokumentene. Forutberegnelighetshensyn tilsier dermed at tilbud med vesentlige avvik bør avvises fra konkurransen. Etterprøvarhetsprinsippet skal videre sikre at leverandøren har mulighet til å kontrollere at anskaffelsesregelverket har blitt fulgt.⁶¹ Dette innebærer at de vurderinger og forhold som er av betydning for konkurransegjennomføringen skal kunne dokumenteres.⁶² Etterprøvarhetsprinsippet synes også å tale mot en adgang til å

⁵⁶ NOU 2014:4 punkt 10.4.2 s. 77 og Thue mfl. (2018) s. 66. Se også Rt. 2008 s. 1705 *Rabattdommen*.

⁵⁷ Se f.eks. C-538/13 *eVigilo* premiss 34 og Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.1 s. 41. Kravet er i dag nedfelt i anskaffelsesdirektivets fortale premiss 1. Til tross for at EU-domstolen har flere ganger understreket at fortalen ikke er rettslig bindende, ser man blant annet i C-314/09 *Strabag* premiss 43 at domstolen finner støtte i sin tolkning av direktiver ved hjelp av fortalen. Se også Rt. 2000 s. 1811 *Finanger 1* der Høyesterett viser til at EFTA-domstolen fremhever i sin uttalelse at direktivene må forstås på bakgrunn av det formålet som er angitt i fortalen. I oppgaven vil fortalen dermed henvises til ved behov.

⁵⁸ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.5 s. 45.

⁵⁹ NOU 2014:4 punkt 10.4.5 s. 78.

⁶⁰ Se Thue mfl. (2018) s. 67-68.

⁶¹ Se Dragsten (2020) s. 22.

⁶² NOU 2014:4 punkt 10.4.6 s. 78.

rette vesentlige avvik, da dette øker sannsynligheten for at tilbyder utnytter forhandlingsadgangen til å gjøre tilbudet mer konkurransedyktig.

Prinsippet om forholdsmessighet innebærer at plikter og rettigheter som utledes av grunnprinsippene skal tilpasses den enkelte anskaffelsens art, kompleksitet og verdi.⁶³ Forholdsmessighetsprinsippet inngår altså som en del av vurderingen om hvilke krav som kan utledes av de grunnleggende prinsippene.⁶⁴ Som tolkningsmoment i oppgaven regulerer forholdsmessighetsprinsippet de øvrige grunnprinsippers gjennomslagskraft i argumentasjonen, og oppstiller en nødvendighetsterskel ved spørsmål om det foreligger en plikt å avvise tilbud med vesentlige avvik før forhandling.

⁶³ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.1 s. 42.

⁶⁴ NOU 2014: 4 punkt 10.5 s. 83-84.

2 Hva kan oppdragsgiver forhandle om?

2.1 Forhandle med alle sider av et tilbud

Det er ingen direkte regulering av adgangen til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesregelverket. For å løse den overordnede problemstillingen er det dermed naturlig å starte i de generelle reglene om hva oppdragsgiver kan forhandle om i FOA § 23-7 (2).

Det følger av FOA § 23-7 (2) annet punktum at «[f]orhandling kan gjelde alle sider ved tilbudet». En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen taler for en svært vid adgang til hva oppdragsgiver kan forhandle om. Med utgangspunkt i ordlyden, vil forhandling med tilbud som har vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentet også omfattes av denne adgangen. En slik forståelse må ses i lys av formålet med forhandlet konkurranse, som er å forbedre og tilpasse leverandørens tilbud slik at de best passer til oppdragsgivers behov.⁶⁵

Muligheten til å forhandle med alle sider av tilbudet er videreført fra anskaffelsesforskriften fra 2006, hvor det het at «[d]et er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner.»⁶⁶ Oppdragsgiver har altså i utgangspunktet et vidt handlingsrom ved forhandling og hva de kan endre på. Dagens anskaffelsesdirektiv innfører imidlertid en begrensning som tidligere regelverk ikke inneholdt. Det følger av § 23-7 (2) siste punktum at det «[ikke er] tillatt å forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav.» Begrensningen er en implementering av anskaffelsesdirektivets artikkel 29 (3).⁶⁷

Ordlyden av «tildelingskriteriene» tilsier hvilke egenskaper ved tilbudene som er relevante for evalueringen av hvilket tilbud som skal tildeles kontrakt.⁶⁸ Begrepet «absolutte krav» tilsier obligatorisk krav til ytelsen, som må oppfylles for å bli delta i konkurransen. Vurderingen av

⁶⁵ Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 34.4.7.2 s. 256.

⁶⁶ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, heretter omtalt som «anskaffelsesforskriften 2006». Se anskaffelsesforskriften 2006 § 20-11 (4) første punktum, og tilsvarende regel for anskaffelser under EØS-terskelverdi i § 11-8 (2) første punktum.

⁶⁷ Det følger av anskaffelsesdirektivets artikkel 29 (3) at «Minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling». Se nærmere vurdering av denne i kapittel 4.

⁶⁸ Se f.eks. KOFA 2017/350 premiss 24.

hvilke krav som er absolutte tas det utgangspunkt i en objektiv tolkning av konkurransegrunnlaget.⁶⁹ Slike krav skal klart fremkomme av kravspesifikasjonen enten ved bruk av betegnelsen «skal» eller at beskrivelsen klart indikerer viktigheten av kravet.⁷⁰ Rettspraksis vurderer som hovedregel ethvert avvik fra absolutte krav til å være vesentlig, og manglende oppfyllelse av disse kan medføre avvisningsplikt for oppdragsgiver.⁷¹ Bestemmelsen oppstiller dermed rammer for hvilke endringer oppdragsgiver kan gjøre i konkurransegrunnlaget.

Kravene til likebehandling og forutberegnelighet taler for en begrenset adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget. Av hensyn til potensielle og faktiske leverandører, er det klart at prinsippene ikke ivaretas hvis det foretas endringer av en slik karakter at det påvirker deres ønske om å delta i konkurransen.⁷² En tolkning av FOA § 23-7 (2), i samsvar med likebehandlings- og forutberegnelighetsprinsippet, taler dermed for et forbud mot å gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget.⁷³ Et slikt forbud gjaldt også for tidligere anskaffelsesregelverk, selv om begrensningen ikke fulgte direkte av forskriftsteksten.⁷⁴ Neste spørsmål er dermed om begrensningene i FOA § 23-7 (2) innebærer et forbud mot å forhandle bort vesentlige avvik.

I KOFA sak 2011/131 ble det ved vurdering av tidspunkt for avvisningsplikt uttalt at «[i] en konkurranse med forhandling kan det forhandles om "endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene", jf. forskriften § 11-8 (2). Det inntreder derfor ingen avvisningsplikt på grunn av forhold ved tilbudet ved første tilbudsinngivelse. Vurderingen av om innklagede hadde plikt til å avvise må derfor knytte seg til valgte leverandørs endelige tilbud».⁷⁵ Uttalelsen ble senere lagt til grunn av Gulating lagmannsrett ved spørsmål om tidspunkt for

⁶⁹ Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 11.2.4.1 s. 95. Se også LB-2017-94201 punkt 3 og Rt-2012-1729 premiss 57.

⁷⁰ Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 20.2 s. 157

⁷¹ Se f.eks. LB-2017-94201 og KOFA-sak 2009/89 *Nico-Fisk* premiss 33.

⁷² Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 11.2.4 s. 95 og anskaffelsesdirektivets fortale premiss 81. Se også Thue mfl. (2018) s. 860.

⁷³ Se Dragsten (2020) s. 754 og Dragsten (2013) s. 578.

⁷⁴ Se f.eks. KOFA sak 2011/120 premiss 30 og KOFA sak 2009/280 premiss 51.

⁷⁵ Premiss 83. Det bemerkes herunder at dommen gjaldt forskriftens del II, men er likevel relevant da tidligere anskaffelsesforskrift § 11-8 (2) tilsvarte § 20-11 (4) i del III.

avvisningsplikten ved vesentlige avvik.⁷⁶ De nevnte saker tilsier at tolkningen av tidligere regelverk åpnet for å forhandle med tilbud beheftet med vesentlige avvik.

I de tilfeller hvor oppdragsgiver valgte å inkludere tilbud med vesentlige avvik i forhandling, ble det etter tidligere regelverk reist spørsmål om dette aktualiserte en veiledningsplikt i forhandlingene.⁷⁷ Spørsmålet ble besvart bekreftende i KOFA sak 2012/47, hvor det ble uttalt at «plikten til å føre reelle forhandlinger [innebærer] at det kan foreligge plikt for oppdragsgiver til å påpeke forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende vekt ved evalueringen av tilbudene».⁷⁸ Avgjørelsen er spesiell da den gjelder et tilbud som opprinnelig ikke avvek fra anskaffelsesdokumentene, men oppsto grunnet oppdragsgivers endring av konkurransegrunnlaget etter innlevering av de opprinnelige tilbudene. Disse endringene var ikke diskutert i forhandling med tilbyder, og førte derfor til at tilbudet ble beheftet med vesentlige avvik.⁷⁹ KOFA sin vurdering springer ut av kravet til reelle forhandlinger, som innebærer at oppdragsgiver skal gi leverandørene konkrete tilbakemeldinger og mulighet til å inngi reviderte tilbud.⁸⁰ Av hensyn til reelle forhandlinger ble det vurdert at oppdragsgiver hadde plikt til å gjennomføre nye forhandlinger med tilbyderen, hvor de vesentlige avvikene ble påpekt.⁸¹

Etter avgjørelsen er det i litteraturen lagt til grunn at oppdragsgiver har en plikt under forhandling til å påpeke forhold ved tilbudet som kan bli tillagt avgjørende betydning i den etterfølgende evalueringen.⁸² Dette utledes fra hensynet til forutberegnelighet for tilbyder. I den nevnte KOFA-saken forelå det vesentlige avvik som oppdragsgiver er pliktig til å avvise etter FOA § 24-8 (2) bokstav b. En forhandling uten å nevne disse avvikene vil kunne signalisere at oppdragsgiver aksepterer dem. Da vesentlige avvik skal avvises, vil dette stride med formålet i anskaffelsesloven § 1 da det innebærer unødige ressursbruk for oppdragsgiver og leverandør. Det er dermed gode grunner for en veiledningsplikt i slik tilfeller.

For å realisere spørsmålet og utøvelsen av en slik veiledningsplikt forutsettes det imidlertid at tilbud med vesentlige avvik er en del av forhandlingen. Veiledningsplikten kan synes å både

⁷⁶ Se LG-2013-92972.

⁷⁷ Merk at det ikke er problematisert at det generelt foreligger en veiledningsplikt, jf. LB-2016-65693.

⁷⁸ Premiss 46.

⁷⁹ Premiss 49.

⁸⁰ FADs veileder punkt 14.5.3 s. 210. Merk at dette er veileder til anskaffelsesforskriften 2006.

⁸¹ Premiss 49.

⁸² Se Dragsten (2013) s. 553.

omfatte tilfeller hvor tilbud med vesentlige avvik er invitert med inn i forhandlingen, og hvor det opprinnelig tilbud har blitt beheftet med vesentlige avvik under forhandling. Det sistnevnte alternativet er imidlertid et svært særegent tilfelle som alene gir veiledningsplikten lite betydning. Dette taler for at tidligere regelverk åpnet for å føre forhandlinger med en leverandør, selv om det opprinnelige tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Dagens regelverk oppstiller imidlertid klare regler om at feil eller svakheter i tilbudet er en risiko som leverandøren må bære så lenge konkurransegrunnlaget er klart.⁸³ En plikt til å påpeke forhold ved tilbudet som medfører avvisningsplikt kan synes å gå på tvers av disse reglene, og tilsier at tilbud med vesentlige avvik skal avvises før forhandling. Dette reiser spørsmål om hvorvidt tidligere regelverks forhandlingsadgang har overføringsverdi til dagens regelverk.

I likhet med tidligere regelverk har oppdragsgiver i utgangspunktet adgang til å forhandle om alle sider av anskaffelsesdokumentene og tilbudet. Dette gjenspeiler forhandlet konkurranse sitt formål om å sikre fleksibilitet og bidra til økning av grenseoverskridende handel.⁸⁴ Bestemmelsens ordlyd og grunnprinsippene danner likevel grunnlag for begrensninger i den ellers vide adgangen. Da tidligere regelverk åpnet for at oppdragsgiver kunne forhandle om tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene, forutsettes det at tidspunktet for avvisning av vesentlige avvik kan utsettes til etter gjennomført forhandling. Dette reguleres i dag etter reglene i FOA § 24-10 og vil bli vurdert i neste del.

⁸³ Se FOA § 23-3 (2), hvor det heter at «[l]everandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet». Dette er motstykke til FOA § 14-1 (5) som fastslår at «[o]ppdragsgiveren har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget».

⁸⁴ Direktivfortalens premiss 42.

3 Anskaffelsesforskriften sine regler om tidspunkt for avvisning

3.1 På hvilket tidspunkt skal avvisningsvurderingen foretas?

Hovedregelen for tidspunktet for avvisning av tilbud er fastslått i FOA § 24-10. Det følger av første ledd at «oppdragsgiveren skal ta stilling til spørsmålet om avvisning snarest mulig».

En naturlig språklig forståelse av «snarest mulig» tilsier for at det ikke skal brukes unødvendig lang tid ved avvisning. Ved vurdering forutsettes det at oppdragsgiver tar stilling til avvisningsspørsmålet så fort vedkommende blir oppmerksom på at det kan foreligge en avvisningsgrunn. En ordlydstolkning gir videre anvisning til at dette er en rettslig standard som kan variere ut ifra ulike forhold i saken, og åpner for at oppdragsgiver kan bruke nødvendig tid for å sikre en forsvarlig saksbehandling før avvisning.⁸⁵ Da forhandlet konkurranse ofte benyttes for komplekse saker innebærer dette at oppdragsgiver skal opptre med tilstrekkelig omhu i forhold til avvisningsvurderingens kompleksitet.⁸⁶

I KOFA sak 2012/132 ble et tilbud avvist 1,5 måneder etter tilbudsåpning, til tross for at avvisningsforholdet var lett synbart. Gjennom en konkret helhetsvurdering konkluderte KOFA med at oppdragsgiver ikke hadde tatt stilling til avvisningsspørsmålet «snarest mulig».⁸⁷ Resultatet i dommen kan ses i sammenheng med at et tilbud er bindende ut vedståelsesfristen, og leverandørene binder dermed opp ressurser gjennom sitt tilbud.⁸⁸ Av hensyn til den berørte leverandøren og forutberegnelighetshensyn er det dermed ønskelig å få

⁸⁵ Se NOU 2014: 4 punkt 25.5.1 s. 238, samt FADs veileder punkt 13.3.1 s. 190.

⁸⁶ Det følger av FOA § 13-2 første ledd bokstav c at «[o]ppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling (...) dersom anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle». Se også Dragsten (2020) s. 848.

⁸⁷ Premiss 50. Til tross for at saken gjaldt anskaffelsesforskriften 2006 del II regnes den likevel som relevant for anskaffelser over EØS-terskelverdi, jf. Dragsten (2020) s. 848.

⁸⁸ Det følger av FOA § 20-6 at: «(1) Oppdragsgiveren kan fastsette en vedståelsesfrist, som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. Fristen skal ikke settes lenger enn det som er nødvendig. (2) Dersom oppdragsgiveren ikke har fastsatt en vedståelsesfrist, gjelder en frist på 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen».

avklart raskt om tilbudet skal avvises, slik at vedkommende kan disponere disse midlene et annet sted.⁸⁹ En rask avklaring vil også kunne bidra til effektiv ressursbruk for oppdragsgiver ettersom tilbyder kan benytte sin klageadgang før kontrakten har blitt tildelt en annen leverandør.⁹⁰

Selv om oppdragsgiver som hovedregel skal ta stilling til avvisningsspørsmålet snarest mulig, omfatter bestemmelsens annet ledd visse unntak. Anskaffelsesforskriften 2006 inneholdt ikke tilsvarende regler.

Det følger av § 24-10 (2) første punktum at «[o]ppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning til han har foretatt eventuelle avklaringer etter § 23-5». En naturlig språklig forståelse av begrepet «kan» tilsier at det er opp til oppdragsgivers skjønn å benytte seg av avklaringsadgangen i FOA § 23-5.⁹¹ I de tilfeller hvor det foretas avklaring grunnet vesentlige avvik følger det av DFØ sin veileder at «du kan be om ettersendelse og avklaring av dokumentasjon for å avklare om det foreligger et vesentlig avvik. Dersom det etter avklaringen viser seg at avviket er vesentlig må du også da avvise tilbudet før du begynner å forhandle.»⁹² Det foreligger dermed ingen adgang til å forhandle i de tilfeller hvor det er uklart om det foreligger vesentlige avvik.

FOA § 24-10 annet ledd annet punktum uttaler videre at «i en konkurranse med forhandling, (...) kan oppdragsgiver utsette avgjørelsen om avvisning etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd til han har avsluttet forhandlingene eller dialogen». Da forskriftsgiver benytter ordet «kan», er det også her opp til oppdragsgivers skjønn om unntaket benyttes. Bestemmelsen fastslår at avvisningsvurderingen ved visse typer avvisningsgrunner kan utsettes til etter avsluttet forhandling, og åpner dermed for endring av disse tilbudene under

⁸⁹ Se Dragsten (2020) s. 848 og Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 36.4.2 s. 289.

⁹⁰ Dragsten (2020) s. 849.

⁹¹ Det følger av FOA § 23-5 at «Oppdragsgiveren kan skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler (2) En ettersending, supplering, avklaring eller utfylling etter første ledd skal ikke medføre at tilbudet forbedres.»

⁹² Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Gjennomføring av forhandlinger – praktisk veileder» punkt 3.6 side 15.

forhandling. Unntaket gjelder imidlertid kun visse typer avvisningsgrunner, og spørsmålet er hvorvidt avvisning av tilbud med vesentlige avvik kan utsettes.

Etter ordlyden kan oppdragsgiver «utsette avgjørelsen om avvisning etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd». Disse bestemmelsene omhandler avvisning på grunn av forhold ved tilbudet. Det følger av FOA § 24-8 (1) bokstav a og bokstav c at oppdragsgiver skal avvise tilbud som ikke er bindende og tilbud som er unormalt lavt priset i forhold til ytelsen fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold.⁹³ Det henvises også til § 24-8 (2), som omfatter såkalte «kan»-regler og forankrer tilfeller hvor oppdragsgiver har *rett* til å avvise tilbud. For eksempel ved avvik som anses ikke ubetydelige, jf. § 24-8 (2) bokstav a.

Unntaket nevner imidlertid ikke avvisningsbestemmelsen om vesentlige avvik i § 24-8 (1) bokstav b. En bokstavelig tolkning av ordlyden tilsier at oppdragsgiver ikke kan forhandle med et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Avvisningsspørsmålet må dermed vurderes på det opprinnelige tilbudet, og etablerer en ubetinget avvisningsplikt for tilbud med vesentlige avvik før forhandlingene har startet. En antitetisk tolkning av ordlyden vil også tale for en slik tilnærming. Ettersom forskriftsgiver har positivt opplistet de forhold ved tilbudet som gir grunnlag for å utsette avvisningsvurderingen, tilsier dette at reguleringen er et bevisst valg fra forskriftsgivers side. En antitetisk tolkning tilsier dermed at i de tilfeller som ikke er nevnt, foreligger det ikke en mulighet til å utsette avvisningen. Man må da falle tilbake på hovedregelen om å foreta avvisningsvurderingen «snarest mulig».

En slik forståelse av FOA § 24-10 (2) er lagt til grunn i departementenes veiledere. I Nærings- og fiskeridepartementet sin veileder står det at:

«Det er ikke anledning til å forhandle bort vesentlige avvik i leverandørens tilbud. (...) Det følger av § 24-10 annet ledd at oppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning av tilbud i de tilfellene som er listet opp i § 24-8 til han har avsluttet forhandlingene. Dette gjelder ikke dersom leverandørens tilbud inneholder vesentlige

⁹³ Se FOA § 24-8 (1) bokstav a og bokstav c, hvor det heter at «[o]ppdragsgiveren skal avvise et tilbud som a. ikke kan anses bindende (...) [eller] c. er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5.»

avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. § 24-10 annet ledd annet punktum. Dette innebærer i praksis at oppdragsgiveren, før forhandlingene, må avklare om et tilbud inneholder vesentlige avvik.»⁹⁴

En tilsvarende tolkning fremkommer av DFØ sin veileder, hvor det heter at for «forhandlinger over EØS-terskelverdi er det ikke tillatt å forhandle om tilbud som opprinnelig inneholder vesentlige avvik, (...). I utgangspunktet må du altså avvise slike tilbud før du starter med forhandlingene».⁹⁵ Dette signaliserer at forskriftsgiver har bevisst utelatt FOA § 24-8 (1) bokstav b fra utsettelsesadgangen i FOA § 24-10 (2) annet punktum.

I etterkant av ny lovgivning behandlet domstolene spørsmålet om tidspunkt for avvisning av vesentlige avvik i LB-2017-94201. Saken gjaldt en konkurranse for etablering av Follobanen fra Ekebergåsen til Oslo S. Klager påsto at oppdragsgiver ikke hadde overholdt avvisningsplikten sin overfor tilbyder som vant konkurransen, da tilbudet inneholdt vesentlige avvik. Ved vurdering av saken uttalte lagmannsretten at i «Nordecon-dommen C-561/12 fastslo EU-domstolen at ved avvik fra et absolutt minstekrav («mandatory requirement») har ikke oppdragsgiver anledning til å forhandle om endring av tilbudet». I sin begrunnelse henviser domstolen til EU-domstolens praksis, og anerkjenner et forbud mot å forhandle bort vesentlige avvik i tilbud.⁹⁶ Lagmannsrettens uttalelse i nevnte dom taler for at anskaffelsesforskriften tolkes i samsvar med departementenes veileder.⁹⁷

I henhold til det øvrige fremstår det forholdsvis klart at tilbud med vesentlige avvik ikke kan forhandles om, og tidspunktet for avvisning av slike tilbud er dermed før forhandling. Det foreligger imidlertid gode grunner til å være kritisk til en slik forståelse av regelverket. For det første medfører ordlyden tolkningstvil da det ikke står eksplisitt når avvisningsvurderingen må foretas, men heller implisitt at den ikke kan utsettes ved vesentlige avvik. Videre er det flere teoretikere som stiller seg skeptisk til en slik begrenset forhandlingsadgang, da den «åpenbart kan føre til betydelige problemer».⁹⁸ I litteraturen er

⁹⁴ Se Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 34.4.7.2 s. 257.

⁹⁵ Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Gjennomføring av forhandlinger – praktisk veileder» punkt 3.6 side 14-15.

⁹⁶ Se nærmere om dette i kapittel 4.2.

⁹⁷ Merk likevel KOFA sak 2021/2139 og LB-2022-60123. Disse illustrerer en ny praksis fra domstolen som skiller seg fra lagmannsrettens dom i 2017. Se nærmere om dette i kapittel 5.

⁹⁸ Se blant annet Thue mfl. (2018) s. 968, som trekker frem at en adgang til å forhandle bort vesentlige avvik gir oppdragsgiver det beste utgangspunkt til å utnytte konkurransetrykket i markedet.

det dermed presentert ulike alternativer for hvordan forskriftsteksten bør tolkes. Disse behandles i det følgende.

3.2 Alternative tolkninger av forskriftsteksten

I juridisk teori er FOA § 24-10 (2) annet punktum sitt anvendelsesområde svært omdiskutert, som har resultert i ulike tolkningsalternativer. To av alternativene tar utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd, og fremhever at forskriftsteksten ikke fastslår eksplisitt når avvisningsvurderingen skal foretas. Det første alternativet anfører at den beste forståelsen er å tolke forskriftsteksten slik at oppdragsgiver har anledning til å påpeke overfor tilbyder før forhandlingen gjennomføres, at vesentlige avvik må fjernes for å kunne delta.⁹⁹ Alternativet åpner dermed for et handlingsrom mellom tilbudsfristen og forhandlingene, hvor det er mulig å rette vesentlige avvik.

I litteraturen synes en slik tolkning å samsvare best med de føringer departementet har lagt til grunn ved tolkning av den nye avklaringsadgangen for anbudskonkurranser i FOA § 23-5.¹⁰⁰ Konkurranser med forhandling har som formål å gi en mer fleksibel konkurranseform enn anbudskonkurranser, gjennom en større adgang til å foreta presiseringer og rydde opp uklarheter. I denne sammenheng er det anført at «[d]ersom oppdragsgiver i konkurranse med forhandling må avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik før forhandlinger, kan dette i visse tilfeller lede til at oppdragsgiver vil ha større adgang til å foreta avklaringer i anbudskonkurranser enn i konkurranse med forhandlinger, noe som gir liten mening i lys av den utvidede avklaringsadgangen.»¹⁰¹ Av hensyn til lovverkets system anses en adgang til retting av vesentlige avvik før forhandling å være en god løsning. Dette taler mot en begrensning i adgangen til å forhandle bort vesentlige avvik i forhandlet konkurranse.

Argumentasjonen fremkommer imidlertid lite utdypende, og reiser spørsmål om nøyaktigheten av påstanden om den nye avklaringsadgangen. FOA § 24-10 (2) og FOA § 23-5 er begge generelle bestemmelser som gjelder ved alle konkurranseformer.¹⁰² Hvorvidt oppdragsgiver ikke har mulighet til å forhandle bort vesentlige avvik etter FOA § 24-10 (2),

⁹⁹ Se Goller mfl. (2018) s. 228.

¹⁰⁰ Se Goller mfl. (2018) s. 228.

¹⁰¹ Se Goller mfl. (2018) s. 228.

¹⁰² Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 35.1 s. 268 og punkt 36.4.1 s. 288.

påvirker dermed ikke oppdragsgivers rett til å foreta de avklaringer som hjemles i § 23-5 før avvisningsvurderingen. En slik forståelse støttes av departementets veileder, hvor det heter at «[o]ppdragsgiveren kan altså be om ettersendelse og avklaring av dokumentasjon knyttet til tilbud som inneholder vesentlige avvik for å avklare om det foreligger et vesentlig avvik. Dersom det etter avklaringen viser seg at avviket er vesentlig må oppdragsgiver avvise tilbudet.».¹⁰³ En begrensning i adgangen til å forhandle med tilbud som har vesentlige avvik medfører ikke en mer innskrenket avklaringsadgang ved forhandlet konkurranse sammenlignet med anbudskonkurranser.

En mulighet til å foreta retting av vesentlige avvik før forhandling reiser også spørsmål om dette i realiteten er en del av et forhandlingsregime. Å foreta en avklaring før forhandling kan synes å være i tråd med departementets veileder. Likevel forutsetter en avklaring formelt sett en uklarhet. Det kan dermed diskuteres hvorvidt avklaringsadgangen hjemler en mulighet til å avklare om det foreligger et avvik, med siktemål om å be leverandøren frafalle avviket før forhandlingen igangsettes, slik at tilbyder kan delta i disse. Dette vil reelt sett innebære en endring av det opprinnelig tilbudet, og endringsadgangen i forhandlet konkurranse er hjemlet i forhandlingsadgangen.¹⁰⁴ Retting av vesentlige avvik synes dermed å falle innunder forhandlingsbegrepet, og kan ikke skje før forhandling. Dette taler altså mot en tolkning av forskriftsteksten som åpner for fjerning av vesentlige avvik før forhandling.

Det andre tolkningsalternativ som legger til grunn ordlyden, anser heller unnlåtelsen av FOA § 24-8 (1) b) i FOA § 24-10 (2) som et bevisst valg fra forskriftsgiver.¹⁰⁵ I denne sammenheng er det anført at utelatelsen må forstå slik at oppdragsgiver ikke kan forhandle med leverandører som har vesentlige avvik i tilbudene sine. Oppdragsgiver må dermed falle tilbake på hovedregelen i § 24-10 (1) første punktum, og foreta avvisningsvurderingen «snarest mulig».

En slik forståelse av gjeldende rett representerer en endring sammenlignet med tidligere anskaffelsesregelverk¹⁰⁶. Ved vedtakelse av et nytt regelverk er det opp til lovgiver å fastsette innholdet i reglene, samt endre reglene fra tidligere regelverk. Dagens rettstilstand tar dermed utgangspunkt i dagens regelverk. I litteraturen er den tidligere regelen imidlertid omtalt som

¹⁰³ Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» punkt 35.4.3.2 s. 272

¹⁰⁴ Se over i kapittel 2.1.

¹⁰⁵ Dragsten (2020) s. 851.

¹⁰⁶ Se over i kapittel 2.1

en god regel, og et godt bidrag til oppnåelsen av formålet om effektiv ressursutnyttelse.¹⁰⁷ Det oppstår dermed spørsmål om forskriftsgiver har hatt som hensikt å endre rettsstilstanden.

Et tredje tolkningsalternativ anfører at forskriftsgiver ikke har tatt stilling til spørsmålet om oppdragsgiver kan utsette avvisningsvurderingen ved vesentlige avvik. Tolkningen baserer seg på en uttalelse fra høringsnotatet for dagens anskaffelsesforskrift. Det følger av høringsnotatet at:

«Når det gjelder avvisning på grunn av vesentlige avvik, har utvalget foreslått at oppdragsgiver kan foreta en vurdering av om det foreligger et slikt avvik etter at eventuelle forhandlinger er gjennomført. En slik regel kan ikke gjelde i forskriftens del III, ettersom det i del III fortsatt vil gjelde et forhandlingsforbud i anbudskonkurranser, og trolig også visse begrensninger i hva man kan forhandle om også i en forhandlet prosedyre, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-562/12.»¹⁰⁸

Uttalelsen tilsier at bakgrunnen for utelatelsen av FOA § 24-8 (1) bokstav b er EU-domstolens avgjørelse i sak C-562/12, også kjent som Nordecon-dommen.¹⁰⁹ Med henvisning til høringsnotatet legges det særlig vekt på formuleringen «trolig også visse begrensninger», og anføres at den bedre måten å forstå den norske implementeringen på er at lovgiver har holdt spørsmålet om vesentlige avvik kan forhandles bort åpent.¹¹⁰ Unnlatelsen av FOA § 24-8 (1) bokstav b er dermed tolket til å åpne for begrensninger i forhandlingsadgangen, dersom EU-retten ønsker å sette slike grenser for nasjonal rett.

Etttersom FOA del III implementerer EUs anskaffelsesregelverk, er de grenser EU-retten stiller til norsk rett relevant ved tolkning. Dette betyr at norsk rett ikke kan åpne for forhandling om vesentlige avvik hvis EU-retten forbyr det. EUs anskaffelsesdirektiv synes per i dag ikke å forby oppdragsgiver fra å forhandle med vesentlige avvik.¹¹¹ I juridisk litteratur er det også lagt til grunn at den beste tolkningen av Nordecon-dommen taler for at EU-retten åpner for at vesentlige avvik kan forhandles bort.¹¹² Hvis man legger til grunn at EU-retten

¹⁰⁷ Se blant annet Goller mfl. (2017) s. 228 og Thue mfl. (2018) s. 968.

¹⁰⁸ Nærings- og fiskeridepartementet, «Høringsnotat 2: Ny forskrift om offentlige anskaffelser» punkt 3.4.4 s. 29. Videre omtalt som «høringsnotat».

¹⁰⁹ Se nærmere vurdering av Nordecon-dommen i kapittel 4.2.

¹¹⁰ Se Thue mfl. (2018) s. 969.

¹¹¹ Se nærmere om dette i kapittel 4.1

¹¹² Se blant annet Thue mfl. (2018) s. 969 – 971 og Goller mfl. (2017) s. 228. Merk at tilnærmingen bygger på ulike tolkninger av dommen. Likevel konkluderer de med at den beste forståelsen av dommen er at

åpner for forhandling med vesentlige avvik uten å regulere dette nærmere, hindrer dette imidlertid ikke en innskrenking av denne forhandlingsadgangen i norsk rett.¹¹³ Ved spørsmål om tolkning av FOA § 24-10 (2) annet punktum er EU-retten dermed ikke nødvendigvis avgjørende. At høringsnotatet til anskaffelsesforskriften antyder tvil om hvilke begrensninger EU-retten oppstiller, gir dermed ikke grunnlag for å tolke spørsmålet som åpent.

De nevnte tolkningsalternativer illustrerer at det avgjørende for spørsmålet om adgang til å forhandle bort vesentlige avvik er hvorvidt utelatelsen av § 24-8 (1) bokstav b tolkes som et forbud mot å forhandle med vesentlige avvik eller som en antydning til at lovgiver ikke har tatt stilling til spørsmålet.

Det foreligger både praktiske og økonomiske grunner for å tolke lovverket slik at oppdragsgiver har mulighet til å forhandle med tilbydere som har vesentlige avvik i tilbudet sitt. Et eksempel er at oppdragsgiver slipper å ubetinget avvise tilbud med vesentlige avvik i starten av prosedyren, hvis de selv anser disse som gode. Av hensyn til konkurranse medfører dette en økt deltakelse i forhandlingen, og øker muligheten for oppdragsgiver til å velge det best mulige tilbudet. Dette vil igjen medføre effektiv bruk av samfunnets ressurser.

I lys av dagens forskriftstekst synes det likevel ikke å foreligge en slik forhandlingsadgang. Da bestemmelsen positivt lister opp de tilfeller hvor oppdragsgiver kan utsette avvisningsvurderingen til etter forhandlingene, taler dette for en antitetisk tolkning av bestemmelsen. Dette innebærer at oppdragsgiver må foreta avvisningsvurderingen før forhandlingene, basert på det opprinnelige tilbudet. Ved tidligere regelverk forelå det en mulighet til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Etersom forskriftsgiver innfører FOA § 24-10 (2) om utsettelse av avvisningsvurderingen i dagens regelverk, taler dette i retning av en bevisst endring i tidligere rettstilstand. Hvis det var ønskelig å ivareta tidligere praktisering av regelverket ville det vært naturlig å videreføre ordlyden fra tidligere regelverk, i stedet for å ta inn en slik presisering som fremkommer i FOA § 24-10 (2) annet punktum. Anskaffelsesforskriften § 24-10 (2) annet punktum åpner dermed ikke for å utsette avvisning av tilbud med vesentlige avvik til etter forhandlingene er gjennomført.

oppdragsgiver har en mulighet til å forhandle med tilbud som er beheftet med vesentlige avvik. Se nærmere om tolkning av EUs regelverk og Nordecon-dommen nedenfor i kapittel 4.

¹¹³ Midtun (2022) s. 368.

4 EU-rettens syn på adgangen til å forhandle bort vesentlige avvik

4.1 Hindrer anskaffelsesdirektivet en adgang til å forhandle bort vesentlige avvik?

I likhet med det tidligere anskaffelsesdirektivet, inneholder dagens direktiv ikke regler om hvilket tidspunkt oppdragsgiver skal ta stilling til spørsmål om avvisning. Det foreligger heller ingen generelle bestemmelser om avvisning grunnet forhold ved tilbudet. Det er dermed naturlig å gå inn i direktivets regler om hva oppdragsgiver kan forhandle med tilbyder om.

Det følger av artikkel 29 (3) at oppdragsgiver forhandler med leverandørene om «de indledende og alle etterfølgende tilbud, som tilbudsgiverne har afgivet, med undtagelse af de endelige tilbud, jf. stk. 7, med henblik på at forbedre indholdet heri. Minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling».

Ordlyden er tilnærmet identisk FOA § 23-7 (2).¹¹⁴ En naturlig språklig forståelse av bestemmelsens første punktum åpner for en vid forhandlingsadgang som rent språklig inkluderer tilbud med vesentlige avvik. Artikkel 29 (3) annet punktum innfører visse innskrenkninger i hva oppdragsgiver kan forhandle om, ved å avskjære minimumskravene og tildelingskriteriene fra å være gjenstand for forhandling. Spørsmålet er om dette medfører begrensninger i adgangen til å forhandle bort vesentlige avvik.

Det følger av anskaffelsesdirektivets fortale at «de ordregivende myndigheter [bør] på forhånd angive de minimumskrav, der karakteriserer udbuddets art, og som ikke bør ændres under forhandlingerne.».¹¹⁵ Ordlyden synes i utgangspunktet å rette seg mot oppdragsgivers konkurransegrunnlag, og bestemmelsen fastslår dermed at oppdragsgiver ikke kan endre minimumskravene under forhandling. Ettersom vesentlige endringer kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, synes det nødvendig å ha

¹¹⁴ Se over i kapittel 2.1.

¹¹⁵ Premiss 45.

visse begrensninger i adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget.¹¹⁶ Da fortalen viser eksplisitt til minimumskrav, kan dette tale for at begrensningen ikke er ment å regulere enhver endring av tilbud under forhandlingen. Dette tilsier at bestemmelsen ikke setter rammer for retting av vesentlige avvik.

Artikkel 29 (3) sin formulering «forbedre indholdet heri», gjenspeiler forhandlet konkurranse sitt formål om å forbedre tilbudene for å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.¹¹⁷ Formålet utdypes i direktivets fortale, hvor det heter at «[f]orhandlingerne bør sigte mod at forbedre tilbuddene, så de ordregivende myndigheder får mulighed for at indkøbe bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser, der er fuldstændigt tilpasset deres særlige behov.»¹¹⁸ En adgang til å rette vesentlige avvik til å stemme overens med anskaffelsesdokumentene vil forbedre tilbudene, og hindre at ellers gode tilbud blir avvist før forhandling. Dette tilsier at bestemmelsen ikke er til hinder for forhandling med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Ved vurdering av hva som kan forhandles om er det naturlig å se hen til artikkel 29 (7) om håndtering av endelig tilbud. Det følger av artikkel 29 (7) annet punktum at:

“De ordregivende myndigheder kontrollerer, at de endelige tilbud opfylder minimumskravene og overholder artikel 56, stk. 1, vurderer de endelige tilbud på grundlag af tildelingskriterierne og tildeler kontrakten i overensstemmelse med artikel 66-69”

En naturlig språklig forståelse taler for at oppdragsgiver har en plikt til å sjekke at endelige tilbud samsvarer med anskaffelsesdokumentene. En slik plikt kan enten forstås slik at plikten til å avvise tilbud med vesentlige avvik ikke inntreffer før på dette tidspunkt. Ellers kan det tale for en plikt til å kontrollere om tilbudene har blitt beheftet med vesentlige avvik under forhandlingen. Til tross for at det har vært tilfeller i praksis hvor forhandlingen forårsaker at tilbud blir beheftet vesentlige avvik, er dette å anse som et svært særegent tilfelle.¹¹⁹ Ved det siste alternativet vil bestemmelsen altså ha et snevert anvendelsesområde og lite praktisk

¹¹⁶ Se Thue mfl. (2018) s. 860.

¹¹⁷ Se Goller mfl. (2017) s. 84.

¹¹⁸ Premiss 45.

¹¹⁹ Se f.eks. KOFA 2012/47 som omhandler et slikt særtilfelle.

betydning. Dette tilsier at bestemmelsen bør tolkes slik at plikten til å avvise tilbud med vesentlige avvik ikke inntreffer før levering av det endelige tilbud.

Det følger også av artikkel 56 nr. 1 bokstav a) at oppdragsgiver kan kun tildele kontrakt når «tilbuddet oppfyller de krav, betingelser og kriterier, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen». Bestemmelsens ordlyd tilsier at det endelige tilbudet må være i samsvar med de krav oppstilt anskaffelsesdokumentene, men er taus om krav til det opprinnelige tilbud. I likhet med artikkel 29 (7) gir ordlyden ikke holdepunkter til et forbud mot å forhandle med tilbud beheftet med vesentlige avvik.

En ordlydstolkning av artikkel 29 (3), sett i sammenheng med tilhørende uttalelser i fortalen og øvrige direktivbestemmelser, tilsier at anskaffelsesdirektivet ikke er til hinder for å forhandle bort vesentlige avvik. EUs nye direktiv gir dermed ikke grunnlag til å tolke FOA § 24-10 (2) så strengt at den forbyr muligheten til å endre vesentlige avvik under forhandling. Da EUs direktiv ikke inneholder generelle bestemmelser om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet, kan det se ut til at Norge selv har valgt å spesifisere reglene i sine avvisningshjemler. Ved tolkning av FOA § 24-10 (2) annet punktum trekker forarbeid og domstolene frem EU-domstolens avgjørelse i sak C-561/12, også kjent som *Nordecon*-dommen.¹²⁰ Denne vil vurderes videre.

4.2 C-561/12 *Nordecon*

4.2.1 Innledning

I 2013 avgjorde EU-domstolen den velkjente *Nordecon*-dommen. Saken gjaldt spørsmål om hva som er lovlig å forhandle om.¹²¹ Dommen gir et viktig bidrag til å forstå bakgrunnen for utelattelsen av FOA § 24-8 (1) bokstav b i FOA § 24-10 (2) annet punktum. Det er dermed naturlig å ta en nærmere analyse av denne.

¹²⁰ Se over i kapittel 3.

¹²¹ Dette utledes av premiss 24 hvor estetisk høyesterett uttalte «tvivl om, hvorvidt den ordregivende myndighed ligeledes kan forhandle, når der er afgivet bud, som ikke er i overensstemmelse med de bindende krav i udbudsbetingelserne, og hvorvidt de iværksatte forhandlingene i det mindste skal føre til, at det antagne bud er i overensstemmelse med disse bindende krav.».

4.2.2 Faktum i saken

Nordecon-dommen gjaldt gjennomføringen av en konkurranse med forhandling, ved inngåelse av en kontrakt om bygging av en ny veistrekning. I konkurransegrunnlaget hadde oppdragsgiver oppstilt ulike kravspesifikasjoner, inkludert en spesifisering til bredden på midtrabatten på veistrekningen. Denne innebar at deler av veistrekningen skulle være 13,5 meter bred og resterende strekke skulle være 6 meter bred. Ettersom anbudskunngjøringen ikke tillot alternative løsninger, var de nevnte kravspesifikasjoner en del av de absolutte minstekravene for anbudskonkurransen.¹²² En av de fire tilbyderne, Nordecon, hadde i sitt opprinnelige tilbudet tatt forbehold om at midtrabatten var 6 meter bred på hele veistrekningen. Til tross for at tilbudet inneholdt en alternativ løsning som ikke var i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, ble tilbudet erklært forskriftsmessig av oppdragsgiver og Nordecon ble inkludert i forhandlingene. Videre ble de tre andre tilbyderne oppfordret til å endre sine tilbud, slik at disse også tok utgangspunkt i at midtrabatten var 6 meter på hele strekningen. De opprinnelige kravspesifikasjonene ble på den måten endret til å stemme overens med Nordecon sitt opprinnelige tilbud. Kontrakten ble til slutt tildelt Nordecon, og senere annullert.¹²³ Nordecon påklagde beslutningen om annullering, og da saken etter hvert endte i estetisk høyesterett, ble det besluttet å stille spørsmål til EU-domstolen.

4.2.3 Rettslige avklaringer

EU-domstolen ble forelagt fire prejudisielle spørsmål.¹²⁴ Det første spørsmålet var om artikkel 30 (2) i anskaffelsesdirektivet 2004 skulle «fortolkes således, at en ordregivende myndighet kan føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke svarer til de bindende krav, der er fastsat i kontraktens tekniske spesifikasjoner?».¹²⁵

I tidligere anskaffelsesdirektiv artikkel 30 (2) het det at «[i] de i stk. 1 nævnte tilfælde forhandler de ordregivende myndigheder med tilbudsgiverne om de tilbud, de har afgivet, med henblik på at tilpasse dem til de krav, de har stillet i udbudsbekendtgørelsen, i

¹²² Premiss 23.

¹²³ Premiss 18.

¹²⁴ Premiss 26.

¹²⁵ Premiss 26.

udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud i overensstemmelse med artikkel 53, stk. 1.».

EU-domstolen stilte seg negativ til at oppdragsgiver har en adgang til å forhandle med leverandører som innleverer tilbud som ikke oppfyller bindende krav i konkurransegrunnlaget.¹²⁶ I sin begrunnelse trekker EU-domstolen særlig frem likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet.¹²⁷ Da drøftelsen tar utgangspunkt i de generelle prinsippene i EU-retten, vil avgjørelsen som hovedregel stå seg selv om datidens direktiv har blitt oppdatert.¹²⁸ Domstolen uttaler så at:

«Selv om den ordregivende myndighet råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsiktig måde, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt.».¹²⁹

Videre uttaler domstolen at:

«Hvis det anerkendtes, at et bud, der ikke var i overensstemmelse med de bindende betingelser, kunne antages med henblik på en forhandling, ville fastsettelsen af bindende betingelser i udbuddet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighet at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige.».¹³⁰

EU-domstolen tolket altså anskaffelsesdirektivet 2004 artikkel 30 (2) slik at oppdragsgiver ikke kunne forhandle med tilbydere som ikke overholdt ufravikelige krav i sitt tilbud. I denne

¹²⁶ Premiss 39.

¹²⁷ Premiss 37 og 38.

¹²⁸ Se Aughey (2014) s. 257. Det følger av denne at “This does not, however, diminish the force of the overarching principles of equal treatment and transparency when it comes to mandatory requirements under a contract”. Merk her at Aughey også antyder at Nordecon bør ses på som en forlengelse av tidligere EU-praksis, herunder C-243/89 *Storebælt*. Dommen konstaterer i premiss 40 at kravet til likebehandling ikke vil være overholdt dersom tilbyderne «kunne fravike de grunnleggende udbudsbestingelser». Utover dette gir *Storebælt*-saken imidlertid ingen videre veiledning rundt grensene for avvisningsplikten.

¹²⁹ Premiss 37.

¹³⁰ Premiss 38.

sammenheng vurderte domstolen at det var «ufornødent» å besvare de resterende prejudisielle spørsmål som var forelagt dem, av hensyn til deres konklusjon på det første spørsmålet.¹³¹ Det fjerde prejudisielle spørsmålet var om «ordregivende myndighed herefter ikke må indplacere et tilbud som det bedste, når dette tilbud ved afslutningen af forhandlingerne ikke er i overensstemmelse med de bindende krav i de tekniske spesifikationer?».¹³² Det forelå altså klart en mulighet for EU-domstolen å ta stilling til oppdragsgivers adgang til å rette vesentlige avvik gjennom forhandling. Dette gjorde de likevel ikke, da det ble vurdert som unødvendig.¹³³ Domstolens generelle tolkning av anskaffelsesdirektivet artikkel 30 (2), sett i sammenheng med den bevisste unnvikelsen av å behandle spørsmålet om tilbud må være i samsvar med minstekravene ved avsluttet forhandling, synes å tale for at Nordecon-dommen må tolkes i retning av at oppdragsgiver ikke kan rette vesentlige avvik under forhandling.

Ettersom en slik regel medfører en betydelig innskrenking i den tidligere forhandlingsadgangen til oppdragsgiver, har avgjørelsen blitt møtt med undring av anskaffelsesmiljøet.¹³⁴ EU-domstolens konklusjon gikk på tvers av tidligere praktisering av regelverket og tolkning i juridisk teori, som tillot oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik med siktemål om å komme frem til det beste tilbudet.¹³⁵ En regel som aksepterte at oppdragsgiver forhandlet bort vesentlige avvik, synes også å følge av formålet med forhandlingene i anskaffelsesdirektivet 2004 artikkel 30 (2).¹³⁶ Neste spørsmål er dermed om man bør se bort fra Nordecon-dommen ved tolkning av dagens regelverk.

¹³¹ Premiss 40.

¹³² Premiss 26.

¹³³ Merk at premiss 26 uttaler at en vurdering av det fjerde spørsmålet forutsatte at spørsmål 1 var besvart bekreftende. Likevel har EU-domstolen mulighet til å prøve de stilte spørsmål om dette anses hensiktsmessig og nødvendig. Valget om å avstå fra denne muligheten, blir dermed vurdert som bevisst fra EU-domstolen sin side.

¹³⁴ Thue mfl. (2018) s. 968.

¹³⁵ Se Berg (2012) s. 557. Se også Underrettens sak T-40/01 *Scan Office Design SA mot Kommissionen*, som gjaldt håndtering av tilbud som avviker fra minimumskravene i forhandlet konkurranse. Spørsmålet gjaldt tildeling av kontrakt til en leverandør som hadde vesentlig avvikende tilbud. Underretten fastslo i denne dom at «Det bemærkes dog, at selv om de ordregivende myndigheder råder over en vis forhandlingsbeføjelse under et udbud efter forhandling, skal de dog sikre, at de udbudsbetingelser, som de selv har fastsat som ufravigelige, respekteres», jf. Premiss 76. Dommen tolkes til å hindre at det endelige tilbudet inneholder vesentlige avvik, men synes imidlertid ikke å være til hinder for en adgang til å forhandle bort vesentlige avvik før det endelige tilbudet.

¹³⁶ Jf. Anskaffelsesdirektivet 2004 artikkel 30 (2), som uttrykte at oppdragsgiver skal forhandle med «tilbudsgiverne om de tilbud, de har afgivet, med henblik på at tilpasse dem til de krav, de har stillet i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud».

4.2.4 Bør man legge til grunn regelen i C-561/12 *Nordecon* ved tolkning av dagens anskaffelsesregelverk?

For det første er faktum i *Nordecon*-dommen svært spesielt. Ifølge faktum medførte et avvik i ett av tilbudene at oppdragsgiver endret kravspesifikasjonen til å være i samsvar med dette avviket. Oppdragsgiver endte dermed med å akseptere et tilbud som var i uoverensstemmelse med det opprinnelige konkurransegrunnlagets minimumskrav. Selve kjernen i saken er dermed at oppdragsgiver i realiteten forhandlet om et vesentlig avvik, men i stedet for å rette tilbudet til å stemme overens med konkurransegrunnlaget ble heller de opprinnelige kravspesifikasjonene endret til å være i overensstemmelse med det avvikende tilbudet. Da grunnleggende prinsipper, og dagens artikkel 29 (3), fastslår et forbud mot å foreta vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget er det ikke vanskelig å forstå EU-domstolens resultat ved det konkrete typetilfellet. Regelen som domstolen oppstiller synes imidlertid å strekke seg lenger enn det begrunnelsen dekker. Dette reiser spørsmål om dommens rekkevidde.¹³⁷

Det følger av *Nordecon*-dommen at minimumskrav vil «miste enhver virkning» dersom tilbud med vesentlige avvik deltar i forhandling. I det særtilfelle som dommen omhandler kan påstanden anses korrekt, da oppdragsgiver gjør vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget grunnet et opprinnelig avvikende tilbud. Det er likevel noe helt annet å inkludere et tilbud med vesentlige avvik i forhandling, med siktemål om å rette avvikene i samsvar med det opprinnelig fastsatte konkurransegrunnlaget. Det siste typetilfelle vil kunne sikre at det endelige tilbud stemmer overens med det opprinnelige konkurransegrunnlagets minimumskrav, samt hindre at oppdragsgiver mister de beste og mest seriøse tilbudene i starten av konkurransen. Med den forutsetning at minimumskravene ivaretas, mister disse dermed ikke sin virkning gjennom retting av vesentlige avvik. Begrunnelsen synes dermed å være av en mer konkret karakter opp mot det særegne typetilfellet, mens EU-domstolens tolkning av artikkel 30 (2) og konklusjonen anses å være presentert i en mer generell karakter.

EU-domstolens tolkning i *Nordecon*-dommen synes likevel å legges til grunn ved implementering av anskaffelsesdirektivet i de fleste medlemsstater. Danmark markerer imidlertid et unntak.¹³⁸ Dansk lovgiver synes i utgangspunktet å kun innføre de begrensninger

¹³⁷ Se blant annet Goller mfl. (2017) s. 227 og Dragsten (2020) s. 850.

¹³⁸ Se f.eks. Treumer (2019) s. 180, hvor det uttales at «the tenderer can make reservations to fundamental tender conditions in the initial bids as long as they are withdrawn at the latest in the final offer and provided that this is not ruled out in the tender conditions.». Videre fremheves det at «Denmark appears to be the only Member State out of 12 that has relied on this assumption in its implementation of the Directive».

som eksplisitt fremkommer av ordlyden i anskaffelsesdirektivet artikkel 29 (3).¹³⁹ Videre fremgår det i forarbeidene til udbudsloven at «[o]rdregiveren kan indlede forhandlinger med tilbudsgivere, der har afgivet tilbud med forbehold over for mindstekrav medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke medføre ændringer i mindstekravet, og tilbudsgiveren skal, i det endelige tilbud, have frafaldet ethvert forbehold over for mindstekrav». ¹⁴⁰ En slik tolkning av EU-retten kan synes å være problematisk i samhold med Nordecon-dommens tolkning. Det reises derfor spørsmål om det er grunnlag til å se vekk fra EU-domstolens tolkning av grunnprinsippene i Nordecon-dommen ved tolkning av dagens anskaffelsesdirektiv.

Av hensyn til tilbyderen kan en regel som forbyr oppdragsgiver i å forhandle om tilbud som avviker vesentlig fra anskaffelsesdokumentene gi økt forutberegnelighet. Ettersom et forbud betyr at tilbud med vesentlige avvik må avvises før forhandling, fjerner dette oppdragsgivers skjønn ved vurderingen av tidspunkt for avvisning. Tilbyder vil dermed få en klarere forventning om hvilke avvik som medfører at man ikke får delta i forhandlingene. En slik tolkning forutsetter at minimumskravene kommer klart frem i konkurransegrunnlaget, og synes å samsvare godt med anskaffelsesdirektivet artikkel 29 (1). Det følger av denne at «[oppdragsgiver] anfører også, hvilke af beskrivelsens elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud. Oplysningerne skal være tilstrækkelig præcise til, at de økonomiske aktører kan identificere udbuddets karakter og omfang og beslutte, hvorvidt de vil ansøge om at deltage i proceduren.». Når tilbyder får en presis presentasjon av minimumskravene, sender dette et tydelig signal om hvilke krav som må oppfylles og hvilke krav som kan forhandles om. En regel som pålegger oppdragsgiver å avvise tilbud med vesentlige avvik før forhandling danner dermed et system som er enkelt for tilbyder å forholde seg til. Det gir også en prosess som er lett å dokumentere. En begrensning i oppdragsgivers skjønn ved avvisningsvurdering synes dermed å fremme forutberegnelighet og etterprøvbarehet for tilbyderen.

¹³⁹ Jf. udbudsloven § 66, hvor det heter at det kan ikke forhandles om «grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.».

¹⁴⁰ L 19 (2015-2016) s. 105. Se også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen «Udbudsloven Vejledning om udbudsreglerne» s. 61-62 hvor det heter at «[o]rdregiver må gerne indlede forhandlinger med en tilbudsgiver, der har afgivet tilbud med forbehold over for mindstekrav, medmindre ordregiver har angivet andet i udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke føre til ændringer i mindstekrav, men skal føre til, at tilbudsgiveren i det endelige tilbud har frafaldet ethvert forbehold over for mindstekrav.».

Et annet argument som taler for et forbud mot å akseptere tilbud med vesentlige avvik inn i forhandling er at avvik i tilbudet vanskeliggjør oppdragsgivers krav til å sikre en objektiv sammenligning av tilbudene. Det følger av C-243/89 *Storebælt* at et slikt krav springer ut av likebehandlingsprinsippet, da det uttales at «[d]et skal i den henseende først bemærkes, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere».¹⁴¹ Dette betyr at en side av likebehandlingsprinsippet er at tilbydere må behandles likt både ved utformingen av sine tilbud og når tilbudene skal evalueres. Dette forutsetter at leverandørene møtes med like krav fra oppdragsgiver. Ved å akseptere et avvikende tilbud, vil det kunne være uklart om tilbudet oppfyller de samme kravene som øvrige tilbud i konkurransen. I de tilfeller stiller oppdragsgiver ikke samme krav til alle tilbydere, som vanskeliggjør en sikring av en objektiv sammenligning av tilbudene under hele anskaffelsesprosessen. Det kan hevdes at retting av avvikene under forhandling vil løse dette problemet. En slik løsning vil imidlertid medføre at tilbudene endres etter tilbudsfristen er utløpt, og tilbudsfristen vil ikke ha samme virkning for alle tilbydere. Dette vil også kunne utgjøre en konkurransefordel for visse tilbydere, da det ikke stilles samme krav til alle leverandørene. Hensynet til en objektiv sammenligning taler dermed mot en adgang til å forhandle bort vesentlige avvik.

På en annen siden kan regelen i *Nordecon*-dommen synes å harmonere dårlige med konkurranseformens formål, som gir oppdragsgiver en adgang til å foreta presiseringer og rydde opp i uklarheter for å oppnå det beste tilbudet. I lys av inngangsvilkårene for forhandlet konkurranse, gir vilkårene anvisning til at konkurranseformen ofte benyttes ved komplekse saker.¹⁴² I komplekse anskaffelser øker sannsynligheten for at tilbyder innleverer tilbud som inneholder vesentlige avvik. Et generelt forbud kan dermed avskjære ellers gode tilbud fra å tas med i konkurransen. Ved videreføring av regelen i *Nordecon*-dommen kan oppdragsgiver også havne i situasjoner hvor det er få eller ingen leverandører som får delta i forhandlingene. Dette svekker konkurransen om kontrakten, og vanskeliggjøre oppdragsgivers ønske om å finne frem til det beste tilbudet. En adgang til å rette vesentlige avvik under forhandling vil altså gi bedre muligheten for oppdragsgiver til å oppnå best mulig ressursutnyttelse ved

¹⁴¹ Premiss 37.

¹⁴² Det følger av FOA § 13-2 (1) bokstav c at «[o]ppdragsgiver kan kan bruke konkurranse med forhandling (...) dersom anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle».

kontraktsinngåelse. En slik regel bidrar dermed til formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser, samt konkurranseformens formål og konkurransehensyn.¹⁴³ Dette taler for at oppdragsgiver bør kunne rette vesentlige avvik under forhandlingene.

Det kan også argumenteres for at muligheten til å forhandle bort vesentlige avvik i tilbudene vil være en lettere regel å praktisere for oppdragsgiver. Vurderingen av om det foreligger et vesentlig avvik og dermed en avvisningsplikt, kan være vanskelig. Muligheten til å benytte seg av forhandling for å oppklare avvik og uklarheter i tilbudene, vil kunne bidra til å forenkle avvisningsvurderingen og unngå en forhastet avklaringsadgang ved vesentlige avvik.¹⁴⁴ At reglene som styrer anskaffelsesprosessen er brukervennlig og lett å forstå, synes også å være en viktig faktor for å sikre en effektiv anskaffelsesprosess.¹⁴⁵ En regel som gir oppdragsgiver stor frihet ved håndtering av tilbud beheftet med vesentlige avvik, vil redusere behovet for å foreta vanskelige avvisningsvurderingen. Dette taler for at en regel som tillater å forhandle bort vesentlige avvik vil bidra til å gi bedre ressursutnyttelser, samt bidra til at oppdragsgiver slipper å miste de beste og mest seriøse tilbudene allerede i starten av prosedyren.¹⁴⁶

Ved vurdering av hvorvidt man skal holde fast ved Nordecon-dommen ved tolkning av anskaffelsesregelverket, synes det å foreligge hensyn både for og imot. Det følger av dommens konklusjon at et tilbud med vesentlige avvik ikke kan forhandles om. Dommens begrunnelse er imidlertid av en mer konkret karakter opp mot det særegne typetilfellet, og er dermed ikke dekkende for avgjørelsens generelle karakter. En regel som gir adgang til å forhandle bort vesentlige avvik synes også å bidra til økt konkurranse og effektiv bruk av ressurser. De beste grunner taler dermed mot å legge til grunn regelen i Nordecon-dommen ved tolkning av dagens anskaffelsesregelverk.

Det siste året har anskaffelsesmiljøet sett antydninger til en mer liberal tilnærming til forhandlingsadgangen ved vesentlige avvik. Bakgrunnen for dette synes å være KOFA sin avgjørelse i sak 2021/2139. Denne vil dermed vurderes nærmere.

¹⁴³ Se LOA § 1 og øvrig drøftelse i kapittel 1.4.

¹⁴⁴ Se FOA § 23-5.

¹⁴⁵ Ot.prp nr. 71 (1997-1998) side 7.

¹⁴⁶ Se NOU 2014:4 s. 150-151 for sammenligning. Det uttales her at forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser medfører at konkurranseformen «har (...) den åpenbare ulempe at oppdragsgivers handlingsrom er svært begrenset hvis tilbudene inneholder feil, uklarheter eller lignende, noe som svært ofte er tilfellet. Konsekvensen er at oppdragsgiver kan gå glipp av det som reelt sett er det beste tilbudet fordi regelverket stenger for nødvendig klargjøring og/eller endring av leverandørens tilbud».

5 KOFA-sak 2021/2139

5.1 Innledning

Den 4. februar 2022 ble KOFA sak 2021/2139 avsagt. Saken reiste spørsmål om oppdragsgiver har en plikt til å forhandle om tilbud som inneholder vesentlige avvik. Selv om oppgavens tema handler om *retten* til å forhandle om tilbud beheftet med vesentlige avvik, er avgjørelsen likevel av interesse da KOFA benytter avgjørelsen til å gi føringer på hvordan oppdragsgiver skal forholde seg til tilbud med vesentlige avvik. Avgjørelsen er dermed et viktig bidrag til tolkningen av dagens anskaffelsesregelverk, samt ved vektlegging av veilederne til NFD og DFØ. I det følgende vil det foretas en nærmere analyse av KOFA sak 2021/2139.

5.2 Faktum i saken

Bakgrunnen for tvisten var at Vestland fylkeskommune, heretter omtalt som innklagede, kunngjorde en konkurranse med forhandling ved utbygging av ny gang- og sykkelbro. En av tilbyderne, Module Solutions & Systems, ble avvist ettersom tilbudet var ansett som beheftet med vesentlige avvik, og valgt dermed å klage. Klager hevdet at forbeholdene ikke utgjorde avvik fra anskaffelsesdokumentet, og at uavhengig av dette kunne innklagede ikke avvise tilbudet uten å gi klager mulighet til å frafalle avvikene. Sistnevnte anførsel ble hevdet å også gjelde for vesentlige avvik. Innklagede bestred klagers anførsler. Oppgaven reiste dermed spørsmål om innklagede hadde brutt regelverket ved å avise klagers tilbud fra konkurransen.¹⁴⁷

Første spørsmål var om det forelå avvik i klagers tilbud, og i så tilfelle om de var vesentlige. Klagenemnda ga innklagede medhold i at tilbudet inneholdt vesentlige avvik. Videre ble det drøftet hvorvidt oppdragsgiver har plikt til å forhandle med tilbyder, slik at vedkommende får adgang til å frafalle avvik. Ved vurdering av spørsmålet ble det anført at flere uttalelser under tilbudskonferansen og i konkurransegrunnlaget medførte at oppdragsgiver hadde forpliktet seg til å forhandle om tilbud med vesentlige avvik. Dette ble besvart benektende av klagenemnda, da de uttalte at det ikke kan oppstilles en plikt til å gi leverandører anledning til

¹⁴⁷ Premiss 20.

å frafalle et vesentlig avvik gjennom forhandling.¹⁴⁸ Konklusjonen ble derfor at det ikke forelå rettslige mangler ved innklagedes avvisning av klagers tilbud.

KOFA 2021/2139 virker ved første øyekast som en uproblematisk avgjørelse. Likevel har den skapt mye debatt og usikkerhet, og advokatfirmaet Thommessen har blant annet omtalt saken en god del.¹⁴⁹ Dette begrunnes i at KOFA benytter denne avgjørelsen til å uttale seg om oppdragsgivers adgang til å forhandle bort vesentlige avvik. Da det er noen år siden problemstillingen har blitt belyst, synes sak 2021/2130 å aktualisere betydningen av Nordecon-dommen på nytt. For å gi et helhetlig bilde av dagens rettskildebilde er det dermed nødvendig å se hen til KOFA sin tolkning av anskaffelsesregelverket.

5.3 KOFA sin tilnærming til en forhandlingsadgang ved vesentlige avvik

Det følger av KOFA sak 2021/2139 at:

«Departementets (og DFØs) standpunkt er gitt som etterfølgende uttalelser om hvordan reglene skal forstås, og de skal tillegges liten vekt. Uttalelsene er omstridte og regelverket har vært forstått annerledes av andre.»¹⁵⁰

Videre uttaler KOFA at:

«Med det resultatet klagenemnda har kommet til i denne saken, er det ikke nødvendig for nemnda å ta endelig stilling til om oppdragsgiver skal avvise tilbud med vesentlige avvik uten å gi leverandøren mulighet til å frafalle avviket. Nemnda bemerker imidlertid at forskriften ikke uten videre støtter opp om departementets forståelse av regelverket. Selv om § 24-10 (2) ikke åpner for å utsette avvisningsvurderingene etter § 24-8 (1) bokstav b) til forhandlingene *er avsluttet*, ser ikke forskriften ut til å stenge for at avvisningsvurderingen gjøres etter at det er innledet forhandlinger, men *før de avsluttes*.

¹⁴⁸ Premiss 39.

¹⁴⁹ Sædal, Wenche og Åse Rieber-Mohn, *Ny avgjørelse fra KOFA åpner for at vesentlige avvik kan forhandles bort*, publisert 28. mars 2022, lest 25. april 2023: <https://www.thommessen.no/aktuelt/ny-avgjorelse-fra-kofa-apner-for-at-vesentlige-avvik-kan-forhandles-bort>

¹⁵⁰ Premiss 37.

Heller ikke anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU art 29 nr. 7 ser ut til å støtte opp om departementets forståelse. Denne bestemmelsen konstaterer at oppdragsgiver skal kontrollere at *de endelige tilbudene* oppfyller samtlige minimumskrav. Det er imidlertid ikke ensbetydende med at oppdragsgiver er avskåret fra å gi en leverandør anledning til å frafalle et vesentlig avvik i tilbud som er avgitt før det endelige tilbudet.».¹⁵¹

KOFA synes her å fremheve et skille mellom igangsetting og avslutning av forhandlingene. Nemnda uttrykker tydelig at deres tolkning av anskaffelsesregelverket i større grad åpner for at oppdragsgiver har adgang til å forhandle med vesentlige avvik i handlingsrommet mellom disse nevnte tidspunkt. Selv om KOFA klart tar avstand fra departementets tolkning, adresseres dette gjennom en svært kort drøftelse. I sin begrunnelse adresserer nemnda heller ikke Nordecon-dommen uttrykkelig, til tross for at den synes å være en viktig faktor for departementets tolkning av anskaffelsesregelverket.¹⁵² Da avgjørelsen ikke inneholder KOFA sin tolkning av Nordecon, er det nærliggende å stille spørsmål om hvorvidt det foreligger en mulighet for at nemnda sin tolkning har oversett visse detaljer ved spørsmålet. Dette åpner for at en generelt har lettere for å tolke bort avgjørelsen, sammenlignet med det tilfelle hvor KOFA hadde gått nærmere inn i Nordecon-dommen og detaljene ved spørsmålet.

KOFA er opprettet for å gi en raskere og rimeligere klagemulighet, og det kan synes naturlig at nemnda ikke foretar en mer inngående tolkning av EU-dommen.¹⁵³ Likevel er spørsmålet om forhandlingsadgang et prinsipielt viktig spørsmål, da oppdragsgivere støter på disse problemstillingene daglig. Ettersom klagenemnda velger å uttale seg om et uavklart spørsmål av prinsipiell karakter, vil fraværet av en mer dyptgående gjennomgang av de relevante rettskilder og hensyn medføre tvil rundt hvilke betydning avgjørelsen har for dagens rettstilstand. Neste spørsmål er dermed hvilke betydning KOFA sin tilnærming i sak 2021/2139 har for adgangen til å forhandle bort vesentlige avvik i det opprinnelige tilbudet.

Sak 2021/2139 gjaldt spørsmål om det foreligger en *plikt* til å forhandle med tilbud som har vesentlige avvik. KOFA sin uttalelse om *retten* til å forhandle med tilbud som har vesentlige

¹⁵¹ Premiss 38.

¹⁵² Se over i kapittel 3.1.

¹⁵³ Regjeringen, *Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser (KOFA)*, ingen dato for publisering, lest 24. april 2023 på: <https://www.regjeringen.no/no/dep/nfd/org/etater-og-virksomheter-under-narings--og-fiskeridepartementet/tilknyttede-virksomheter/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-/id444341/>

avvik er dermed et såkalt obiter dictum. Dette betyr at tolkningsuttalelsene i premiss 38 var unødvendig for sakens resultat.¹⁵⁴ Det følger av alminnelig rettskildelære at slike uttalelser i utgangspunktet har svakere rettskildemessig verdi sammenlignet med premissene retten har bygget sin avgjørelse på, såkalt ratio decidendi. Slike prinsipielle uttalelser kan likevel ha stor argumentasjonskraft for senere avgjørelser.¹⁵⁵ Avgjørelsen har blant annet medført ringvirkninger i lagmannsretten, jf. LB-2022-60123.

LB-2022-60123 gjaldt et krav om midlertidig forføyning i en konkurransepreget dialog for anskaffelse av en rammeavtale for kjøp av nettverksutstyr. Bakgrunnen for tvisten var at klager ville hindre oppdragsgiver i å inngå kontrakt med valgte leverandør. Klager hevdet at valgte leverandørs opprinnelige tilbud skulle blitt avvist da det ikke oppfylte de absolutte krav som følger av kravspesifikasjonene. Tilbudet manglet priser for såkalte M- og C-lisenser, og lagmannsretten konkluderte med at det opprinnelige tilbudet inneholdt vesentlige avvik. Disse avvikene hadde imidlertid blitt rettet etter tilbudet ble mottatt, og ved tildeling av kontrakt ble evalueringen av tilbudet basert på at det inneholdt de aktuelle lisensene. Lagmannsretten tok dermed stilling til hvorvidt FOA § 23-9 annet ledd åpner for at leverandøren kunne reparere avvike ved å ettersende det som manglet.¹⁵⁶ Etter å ha henvist til bestemmelsen om konkurransepreget dialog, henviser domstolen til FOA § 24-10 annet ledd og KOFA sak 2021/2139. Det følger av lagmannsrettens uttalelse at:

«Lagmannsretten meiner at anskaffingsforskrifta § 24-10 andre ledd ikkje kan tolkast til støtte for at absolutte krav aldri kan bøtast på ved optimering. Sjølv om ordlyden i § 24-10 andre ledd ikkje viser til § 24-8 første ledd bokstav b om vesentlige avvik, er det uklart om det blei tatt sikte på å regulera desse typetilfella. Lagmannsretten meiner at eit obiter dictum i KOFA-2021-2139 avsnitt 38 gjev støtte for dette. Lagmannsretten meiner at det faktum at det er gjeve ein generell særregel om optimering av endelege

¹⁵⁴ Monsen (2012) s. 89.

¹⁵⁵ Monsen (2012) s. 89.

¹⁵⁶ Det følger av FOA § 23-9 annet ledd at «[p]å forespørsel fra oppdragsgiveren kan leverandørene avklare, presisere og optimere tilbudene. Avklaringene kan ikke innebære endringer i grunnleggende sider ved tilbudene eller anskaffelsedokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiveren har fastsatt, dersom det er sannsynlig at slike endringer fører til konkurransevidning eller forskjellsbehandling». Av hensyn til oppgavens tema vil det ikke foretas en nærmere analyse av domstolens tolkning av FOA § 23-9 annet ledd, da denne gjelder konkurransepreget dialog.

tilbud ved konkurransepreget dialog uansett tilseier at det er lite naturleg å tolka anskaffingsforskrifta § 24-10 andre ledd slik Telenor argumenterer for»

I likhet med KOFA sak 2021/2139, peker uttalelsen i retning av en mer liberal tilnærming til forhandlingsadgangen ved vesentlige avvik. Sammenlignet med tidligere praksis fra lagmannsretten kan dette tyde på en endring i hvordan domstolene forholder seg til oppdragsgivers håndtering av tilbud med vesentlige avvik.¹⁵⁷ På en annen side er lagmannsrettens og KOFA tilbakeholden med å gi mer detaljerte føringer i de nevnte saker. Da oppgavens tema ikke eksplisitt har vært oppe til behandling kan dette hevdes å være en naturlig følge. Likevel medfører en slik ordknapp tolkning av et prinsipielt spørsmål et behov for ytterligere avklaring. Dette tilsier at avgjørelsen har en svak rettskildemessig verdi.

Et annet moment som taler for en kritisk tilnærming til KOFA sin tolkningsuttalelse er at dette kun er en enkeltstående KOFA-avgjørelse.¹⁵⁸ KOFA består av en nemnd på til sammen 10 medlemmer, som enten er advokater, dommere eller professorer.¹⁵⁹ Den enkelte sak avgjøres av tre nemndsmedlemmer, slik som KOFA sak 2021/2139.¹⁶⁰ Ettersom nemnda består av en rekke medlemmer som avgjør saker i ulike sammensetninger, synes det nødvendig å se den videre håndteringen av lignende saker. KOFA sin oppbygging, taler for at en helhetlig forståelse av KOFA sitt standpunkt forutsetter at det etableres en gjentagende praksis på det aktuelle tema. Den rettskildemessige verdien av den enkeltstående KOFA-saken kan sies å være begrenset.

KOFA 2021/2139 synes likevel å være et klart signal om at klagenemnda ønsker å sette søkelys på en uavklart rettstilstand. Ved å stille seg kritisk til en for streng tolkning av bestemmelsen i FOA § 24-10 (2) annet punktum, synes KOFA å tale for at dagens regelverk åpner for at det kan forhandles om tilbud med vesentlige avvik. Dette skiller seg klart fra departementets tolkning. KOFA er imidlertid tilbakeholden på å gi en mer detaljert vurdering av spørsmålet, og bidrar i liten grad til å oppklare uoverensstemmelsen i rettskildebildet. Nemnda synes heller å oppfordre oppdragsgivere til å benytte seg av det mulige

¹⁵⁷Sammenlign LB-2017-94201. Se nærmere om denne i kapittel 3.1.

¹⁵⁸ Merk at lagmannsrettens etterfølgende praksis svekker dette argumentet i en viss grad. Likevel er lagmannsrettens uttalelse av begrenset rettskildemessig verdi, da uttalelsen kun er en henvisning til KOFA og ikke en mer nærgående drøftelse av spørsmålet.

¹⁵⁹ Klagenemndssekretariatet, *Kva er Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)?*, ingen dato for publisering, lest 28. april 2023 på: <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa>

¹⁶⁰ Se KOFA sak 2021/2139 første side under «klagenemndas medlemmer».

handlingsrommet som vagt utledes i sak 2021/2139. Slik rettstilstanden er per i dag foreligger det imidlertid betydelig risiko for oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik.¹⁶¹ Å pålegge oppdragsgiver et ansvar til å foreta slike risikofylte beslutninger synes dermed problematisk av hensyn til partenes forutberegnelighet og regelverkets sikring av effektiv ressursutnyttelse. Dette taler for at dagens usikre rettskildebilde medfører et behov for en avklaring fra departementene, eller eventuelt en endring i forskriftsteksten.

¹⁶¹ Brudd på reglene om gjennomføring av forhandlet konkurranse kan blant annet medføre at man signerer kontrakt med en leverandør som senere blir avvist eller at oppdragsgiver gjøres erstatningsansvarlig jf. LOA § 10. Se Goller mfl. (2017) s. 183.

6 Avslutning

En regel som gir oppdragsgiver adgang til å forhandle bort vesentlige avvik kan sies å være en effektiv og god regel, så lenge oppdragsgiver respekterer likebehandlings- og forutberegnelighetsprinsippet. En gjennomgang av utvalgte anskaffelsesregler, juridisk litteratur, EU-rettens kilder og KOFA-praksis har imidlertid vist at dagens rettskilder peker i ulike retninger. Dette medfører lite klarhet for oppdragsgiver i hvorvidt det foreligger en adgang til å forhandle bort vesentlige avvik i tilbyders opprinnelige tilbud. Oppgaven har dermed forsøkt å klargjøre denne problemstillingen.

Drøftelsen tar utgangspunkt i FOA § 23-7 (2), ettersom bestemmelsen regulerer hva oppdragsgiver kan forhandle om. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere regelverk, hvor den tradisjonelle tolkningen var at oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i tilbydernes opprinnelige tilbud. Med hjemmel i FOA § 23-7 (2) hadde oppdragsgiver dermed en mulighet til å utsette avvisningsvurderinger etter FOA § 24-8 (1) bokstav b til etter gjennomført forhandling. Ved vedtakelse av ny anskaffelsesforskrift i 2016, ble det imidlertid fastsatt nye regler om tidspunkt for avvisning grunnet forhold ved tilbudet. Disse kan sies å være selve kjernen i oppgavens problemstilling.

Anskaffelsesforskriften § 24-10 (2) oppstiller en adgang til å utsette avvisning på grunn av forhold ved tilbudet til etter forhandlingene er gjennomført, men inkluderer ikke avvisningsplikt grunnet vesentlige avvik i denne adgangen. I juridisk litteratur er det likevel argumentert for at bestemmelsen bør tolkes slik at det fortsatt er mulig å forhandle bort vesentlige avvik. Teoretikerne er klart enig i at en adgang til å forhandle bort vesentlige avvik er en praktisk og pragmatisk regel, men ved tolkning av regelverket synes det å være klare forskjeller i litteraturens tilnærminger¹⁶². Dette skyldes nok at ordlyden i FOA § 24-10 (2) ikke synes å åpne for en slik regel.

Bakgrunnen for at forskriftsteksten ikke åpner for å forhandle bort vesentlige avvik, synes å være forskriftsgivers forståelse av EU-rettens syn på spørsmålet. Anskaffelsesdirektivet 29 (3) og dens fortale står ikke til hinder for å forhandle bort vesentlige avvik, og den norske lovgivningen synes å stamme fra EU-domstolens avgjørelse i sak C-561/12 *Nordecon*. I dommen ble anskaffelsesdirektivet 2004 artikkel 30 (2) tolket slik at oppdragsgiver ikke

¹⁶² Slik som Thue mfl. (2018) s. 967 flg. og Goller mfl. (2017) s. 226 flg.

hadde mulighet til å forhandle med tilbud som vesentlig avviker fra anskaffelsesdokumentene. I sin begrunnelse legger EU-domstolen til grunn prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, som i utgangspunktet gir dommen overføringsverdi til dagens regelverk. Det trekkes her frem at regelen i Nordecon-dommen gir økt forutberegnelighet og sikrer likebehandlingsprinsippet og en objektiv sammenligning av tilbudene i hele anskaffelsesprosessen. På en annen side vil en regel som gir oppdragsgiver adgang til å forhandle bort vesentlige avvik bidra til økt fleksibilitet, konkurranse og effektiv ressursbruk. EU-dommens begrunnelse i likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsippet synes heller ikke å være dekkende for et generelt forbud mot å forhandle bort vesentlige avvik. Til tross for at de grunnleggende prinsippene oppstiller visse rammer, kan de ikke sies å være til hinder for å gi oppdragsgiver adgang til å forhandle bort vesentlige avvik.¹⁶³ Det konkluderes dermed med at de beste grunner taler for å ikke legge Nordecon-dommen til grunn ved tolkning av dagens anskaffelsesregelverk.

I KOFA sak 2021/2139 gir klagenemnda føringer på hvordan FOA § 24-10 (2) skal tolkes, og legger til grunn at ordlyden ikke er til hinder for at en leverandør med tilbud som inneholder vesentlige avvik deltar i forhandlingene. Det fremheves her et skille mellom igangsetting og avslutning av forhandlingene, og peker i retning av en med liberal tilnærming til oppdragsgivers håndtering av tilbud med vesentlige avvik. Til tross for at klagenemnda synes å fremheve en tilnærming som er ønskelig i anskaffelsesmiljøet, er en enkeltstående KOFA-sak av begrenset rettskildemessig verdi. I tillegg er klagenemnda, og etterfølgende lagmannsrettspraksis, tilbakeholdene med å gi detaljerte føringer til oppdragsgiver. KOFA-sak 2021/2139 bidrar dermed i liten grad til å oppklare dagens rettstilstand, og tolkes heller som et ønske om å signalisere sin tilnærming til spørsmålet.

Situasjonen i dag er derfor at rettskildene er i en uoverensstemmelse som er krevende for oppdragsgiver å forholde seg til. KOFA sak 2021/2139 synes å oppfordre oppdragsgiver til å benytte seg av forhandlingsadgangen ved tilbud med vesentlige avvik. Til tross for at nemnda sin uttalelse kan hevdes å minimere den risiko oppdragsgiver tar hvis en velger å forhandle bort vesentlige avvik, er det likevel svært risikofylt sett i lys av dagens rettstilstand. Brudd på anskaffelsesregelverket kan medføre at kontraktstildelingen annulleres eller at oppdragsgiver blir erstatningsansvarlig. Av hensyn til effektiv ressursbruk er det derfor viktig at

¹⁶³ Se øvrig drøftelse. Se også Dragsten (2020) s. 851

oppdragsgivere og leverandører har klare retningslinjer på hvordan de skal forholde seg til anskaffelsesregelverket ved håndtering av tilbud med vesentlige avvik.

Den 4. november 2022 oppnevnte regjeringen et lovutvalg som skal revidere anskaffelsesregelverket.¹⁶⁴ Den øvrige drøftelsen har vist at man ikke bør opprettholde en tolkning av regelverket som forbyr adgangen til å forhandle bort vesentlige avvik. En god løsning vil dermed være at lovutvalget foretar endringer i anskaffelsesregelverket, for å få en mer pragmatisk og praktisk regel i det norske anskaffelsesregelverket.

¹⁶⁴ Regjeringen, *Vil gjøre anskaffelsesregelverket bedre for bedrifter og oppdragsgivere*, publisert 05.11.2022, lest 5. mai 2023 på: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-gjore-anskaffelsesregelverket-bedre-for-bedrifter-og-oppdragsgivere/id2945917/>

7 Litteraturliste

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

Anskaffelsesloven 1999

Lov 16. juni 1999 om offentlige anskaffelser

Anskaffelsesforskriften 2006

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

Anskaffelsesloven

Lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser
(anskaffelsesloven)

Anskaffelsesforskriften

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

Forarbeider, offentlige utredninger

NOU 1997: 21

NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser*

Ot.prp. nr. 71 (1997-1998)

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

NOU 2014: 4

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

Prop. 51 L (2015-2016)

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

Veiledere og høringer

Fornyings- og administrasjonsdepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser», 1. juli 2012 (oppdatert versjon fra desember 2013)

Nærings- og fiskeridepartementet, «Høringsnotat 2: Ny forskrift om offentlige anskaffelser»,
17. mars 2015

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Gjennomføring av forhandlinger – praktisk
veileder», juni 2017

Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser», 24. april
2018

Rettspraksis fra Høyesterett

Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*

Rt. 2007 s. 983

Rt. 2008 s. 1705 *Rabattdommen*

Rt. 2012 s. 1729

HR-2022-1964-A

Rettspraksis fra lagmannsretten:

LH-2009-45911

LA-2011-100800

LG-2013-92972

LB-2015-186095

LB-2016-65693

LB-2017-94201

LB-2022-60123

Avgjørelser fra Klagenemnda for offentlig anskaffelse (KOFA)

KOFA-sak 2009/89

KOFA-sak 2009/280

KOFA-sak 2010/325

KOFA-sak 2011/120

KOFA-sak 2011/131

KOFA-sak 2012/47

KOFA-sak 2012/132

KOFA-sak 2017/350

KOFA-sak 2021/2139

Danske kilder

Lover og forarbeid

L 19 (2015-2016)

L 19 (2015-2015) *Forslag til Udbudsloven*

Udbudsloven

Lov 15. desember 2015 Udbudsloven

Veiledere

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, «Udbudsloven: Vejledning om udbudsreglerne», 29. januar 2016

EU-/EØS-rettslige kilder

Traktater og direktiver

EØS-avtalen	Avtale om Det europæiske økonomiske samarbeidsområdet, 2. maj 1992
Anskaffelsesdirektivet 2004	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
Anskaffelsesdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Domme og afgørelser fra EU-domstolen

- C-327/82 *Ekro*, 18. januar 1984, ECLI:EU:C:1984:11
- C-243/89 *Storebælt*, 22. juni 1993, ECLI:EU:C:1993:257
- C-21/03 og C-34/03 *Fabricom*, 3. mars 2005, ECLI:EU:C:2005:127
- C-458/03 *Parking Brixen*, 13. oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:605
- C-561/12 *Nordecon*, 5. desember 2013, ECLI:EU:C:2013:793
- C-201/13 *Deckmyn*, 3. september 2014, ECLI:EU:C:2014:2132
- C-538/13 *eVigilo*, 12. mars 2015, ECLI:EU:C:2015:166
- C-640/15 *Vilkas*, 25. januar 2017, ECLI:EU:C:2017:39
- C-314/09 *Strabag*, 30. september 2010, ECLI:EU:C:2010:567

Underretten

T-40/01 *Scan Office Design*, 28. November 2002, ECLI:EU:T:2002:288

Litteratur

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Mads Henry Andenæs/Calax 2009
- Aughey (2014) Aughey, Sean, “No Negotiation of Mandatory Technical Requirements in Contract Notice: Annotation on the Judgement of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 5 December 2013 in Case C-561/12, Nordecon and Ramboll Eesti v Rahandusministeerium”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2014 nr. 4 s. 256-257.
- Berg (2012) Berg, Claus, *Udbudsret I byggeriet*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2012.
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser: Regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013.
- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne H., *Anskaffelsesloven: Med forskrift: Kommentartutgave*, Universitetsforlaget 2020.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- Goller mfl. (2017) Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, Karoline Kreyberg,

- Kine Østbye Neslein, Kaspar Nygaard Thommessen, Line Camilla Werner, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal juridisk 2017.
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utgave, Cappelen Damm 2012.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget 2004.
- Thue mfl. (2018) Thue, Anders, Anne Buan, Sofia Lazaridis og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave, Gyldendal juridisk 2018
- Treumer (2019) Treumer, Steen, «Denmark as a daredevil in EU public procurement law: implementation of Directive 2014/24 EU», *Public procurement Law Review*, 2019 nr. 5 s. 173-185

Doktoravhandling/forskning

Midtun, Linda, (2022). *Offentlige anskaffelser – Håndtering av avvikende og uklare tilbud* [Doktoravhandling]. Universitetet i Bergen.

Nettsider

Regjeringen, *Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser (KOFA)*, ingen dato for publisering, lest 24. april 2023 på: <https://www.regjeringen.no/no/dep/nfd/org/etater-og-virksomheter-under-narings--og-fiskeridepartementet/tilknyttede-virksomheter/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-/id444341/>

Klagenemndssekretariatet, *Kva er Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)?*, ingen dato for publisering, lest 28. april 2023 på:

<https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa>

Sæbø, Tine og Marte J. Røkke, *Forhandle bort vesentlige avvik – hvor står vi nå*, publisert 19. oktober 2022, lest 20. april 2023 på: <https://www.anbud365.no/regelverk/forhandle-bort-vesentlige-avvik-hvor-star-vi-na/>

Bergquist, Christian, *Om å forhandle bort vesentlige avvik – en kommentar til en Kofa-avgjørelse*, publisert 24. Mai 2022, lest 2. mai 2023 på:

<https://www.anbud365.no/regelverk/om-a-forhandle-bort-vesentlige-avvik-en-kommentar-til-en-kofa-avgjorelse/>

Sædal, Wenche og Åse Rieber-Mohn, *Ny avgjørelse fra KOFA åpner for at vesentlige avvik kan forhandles bort*, publisert 28. mars 2022, lest 25. april 2023:

<https://www.thommessen.no/aktuelt/ny-avgjorelse-fra-kofa-apner-for-at-vesentlige-avvik-kan-forhandles-bort>

Dragsten, Marianne H., *Lagmannsretten klargjør oppdragsgivers mulighet til opmitering av tilbud i konkurransepreget dialog*, publisert 31. oktober 2022, lest 24. april 2023 på:

<https://nohrcon.no/informasjon/lagmannsretten-klargjor-opdragsgivers-mulighet-til-optimering-av-tilbud-i-konkurransepreget-dialog/>

Regjeringen, *Vil gjøre anskaffelsesregelverket bedre for bedrifter og oppdragsgivere*, publisert 05.11.2022, lest 5. mai 2023 på: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-gjore-anskaffelsesregelverket-bedre-for-bedrifter-og-opdragsgivere/id2945917/>

Sædal, Wenche og Åse Rieber-Mohn, *Webinar | Ny avgjørelse fra KOFA åpner for at vesentlige avvik kan forhandles bort*, publisert 10. mai 2022, sett 8. mars 2023 på:

<https://www.thommessen.no/eventer/ny-avgjorelse-fra-kofa-apner-for-at-vesentlige-avvik-kan-forhandles-bort>