

Avklaringsadgangen i anbudskonkurranser over EØS- terskelverdiene

*Med særlig fokus på grensene for lovlige og ulovlige
avklaringer*

Kandidatnummer: 58

Antall ord: 14532



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[10.12.2018]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Om oppgaven	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Rettskilder og metode	5
1.4 Begrepsavklaringer	7
1.5 Oppgavens struktur	8
2 Avklaringsadgangen etter det nye anskaffelsesregelverket	9
2.1 Hensyn for og imot avklaringsadgangen	9
2.2 Bakgrunnen for et nytt anskaffelsesregelverk	9
2.3 Forholdet mellom avklaringsadgangen og avvisningsreglene	11
2.4 EU-rettslige kilder om avklaringsadgangen	13
2.5 Nasjonale kilder om avklaringsadgangen	15
2.6 Bestemmelsenes anvendelsesområde	16
2.7 Grensene for avklaringsadgangen	17
2.7.1 Forbudet mot at tilbudet «forbedres»	17
2.7.2 Kan avklaringen ha betydning for evalueringen av tilbudene?	20
3 Avklaring av leverandørens kvalifikasjoner	22
3.1 Kvalifikasjonsvurderingen	22
3.2 Egenerklæringsskjemaet (ESPD)	22
3.3 Avklaring av kvalifikasjonsdokumentasjon inngitt med tilbudet	24
3.3.1 Avklaring av uklarheter og feil	24
3.3.2 Ettersending av manglende dokumentasjon	25
3.4 Avklaring av egenerklæringsskjemaet (ESPD)	28
3.4.1 Avklaring av uklarheter eller feil	28
3.4.2 Ettersending av manglende ESPD-skjema	29
3.5 Avklaringsadgangen i begrensende anbudskonkurranser	31
4 Avklaring av tilbud	32
4.1 Tilbudsevalueringen	32
4.2 Avklaring av innsendt dokumentasjon	32
4.2.1 Avklaringer av uklarheter	32

4.2.2	Avklaring av feil	35
4.2.3	Retting av feil uten kontakt med leverandør	36
4.2.4	Avklaringer av tekniske og funksjonelle forhold ved et produkt	38
4.2.5	Endring fra hel- til deltilbud	39
4.3	Ettersending av manglende dokumentasjon	40
5	Praktiske spørsmål tilknyttet avklaringsadgangen	42
5.1	Hvor mange leverandører skal anmodningen sendes til?	42
5.2	Kravet om skriftlighet	42
5.3	Kravet om en kort tilleggsfrist.....	43
5.4	Konsekvenser ved overtredelse av avklaringsadgangen.....	44
6	Avsluttende bemerkninger	45
7	Litteraturliste	47
7.1	Lover og forskrifter	47
7.2	Direktiver og forordninger	47
7.3	Forarbeider	47
7.4	Rettsavgjørelser.....	47
7.4.1	Avgjørelser fra norske domstoler	47
7.4.2	Avgjørelser fra EU-domstolen	48
7.5	KOFA-praksis	48
7.6	Litteratur	49
7.7	Andre kilder (nettsteder ol.).....	49

1 Om oppgaven

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er avklaringsadgangen ved gjennomføringen av anbudskonkurranser over EØS-terskelverdiene.

Hovedregelen i åpne og begrensede anbudskonkurranser er at oppdragsgiver skal vurdere leverandørens kvalifikasjoner og tilbud opp mot kravene oppstilt i anskaffelsesdokumentene slik de fremstår ved utløpet av søknads- eller tilbudsfristen. Forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser bestemmer at dialogen mellom oppdragsgiver og leverandøren vedrørende tilbudet er begrenset i tidsrommet fra utløpet av fristen og frem til tildeling av kontrakt.¹

Oppdragsgiver vil kunne oppleve at den innsendte dokumentasjonen inneholder uklarheter, feil eller at visse dokumenter eller opplysninger mangler. I slike tilfeller er det opp til oppdragsgivers eget skjønn om han ønsker å avvise leverandøren, eller om han ønsker å avklare det uklare forholdet slik at leverandøren får anledning til å delta videre i konkurransen.

Oppgaven vil se på muligheten for at oppdragsgiver kan foreta avklaringer av leverandørens kvalifikasjoner og tilbudet i tidsrommet etter søknads- eller tilbudsfristens utløp og frem til tildeling av kontrakt, og i så fall i hvilke typetilfeller.

Det nye anskaffelsesregelverket trådte i kraft 1. januar 2017. Regelverket kodifiserer en ny bestemmelse om avklaringsadgangen i anskaffelsesforskriften § 23-5. Endringen følger av inkorporeringen av regelen om avklaringsadgangen i artikkel 56 tredje ledd direktiv 2014/24/EU.² I forbindelse med ikrafttredelsen av regelverket var det tatt til orde for at regelverket medførte et paradigmeskifte i avklaringsadgangen.³ En interessant problemstilling er om det nye regelverket i realiteten medfører en så betydelig utvidelse av avklaringsadgangen i forhold til tidligere regelverk. Den nye reguleringen har nå virket i to år, og det har kommet en del avklaringer vedrørende innholdet og rekkevidde av avklaringsadgangen.

Bakgrunnen for valg av tema er at anskaffelsesregelverkets regler om avklaring er praktisk viktige, og ofte foranlediger tvister om avvising. Formålet med oppgaven er å gi en oversikt over avklaringsreglene i det nye anskaffelsesregelverket, hvilket rettslig vurderingstema som gjelder ved spørsmålet om avklaring, samt skissere noen

¹ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesforskriften) § 23-6 tredje ledd. Se Marianne Dragsten, *Offentlige anskaffelser- regelverk, praksis og løsninger*, 2013 s. 55.

² Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesdirektivet).

³ Nærings- og fiskeridepartementet, *Høringsnotat 2. Ny forskrift om offentlige anskaffelser*, 2015 s. 23.

typetilfeller for når avklaringer er lovlige og ulovlige basert på praksis fra EU-domstolen og de nyeste avgjørelsene fra KOFA.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven tar for seg avklaringsadgangen ved gjennomføringen av anbudskonkurranser etter over EØS-terskelverdiene, altså etter anskaffelsesforskriften del III. Avklarings- og ettersendingsadgangen ved andre konkurranseformer, herunder konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling, vil ikke bli behandlet.

Oppgaven avgrenser mot forsyningsforskriften, og vil kun ta for seg forskriften for klassisk sektor. Det opplyses for øvrig at reglene om oppdragsgivers avklaringsadgang er tilsvarende utformet i de to forskriftene.

Med avklaringsadgangen menes hvilken rett oppdragsgiver har etter anskaffelsesdirektivet artikkel 56 tredje ledd og anskaffelsesforskriften § 23-5. Oppdragsgivers eventuelle plikt vil ikke behandles i denne oppgaven.

1.3 Rettskilder og metode

Oppgaven vil forsøke å gi en systematisk beskrivelse av hva som er gjeldende rett på området gjennom en fortolkning av relevante rettskilder ved bruk av alminnelige juridisk metode.

Rettskildebildet for oppgavens problemstilling er komplekst og utfordrende. Det er derfor nødvendig å foreta en gjennomgang av rettskildene og kort kommentere de metodiske problemstillinger de ulike kildene reiser.

De norske reglene om offentlige anskaffelser er i hovedsak gitt i lov om offentlige anskaffelser⁴ med forskrifter. Oppgaven vil som nevnt ta for seg anskaffelsesforskriften § 23-5, hvor ordlyden danner det naturlige utgangspunkt for tolkningen, men hvor også forarbeidene vil kunne gi viktige tolkningsbidrag. Ettersom § 23-5 er en videreføring og utvidelse av den tidligere anskaffelsesforskriften⁵, vil forskriftens bestemmelser, forarbeider og eventuelle avgjørelser fra domstolene være relevante for forståelsen av den nye bestemmelsen i § 23-5.

Oppgaven tar for seg anskaffelser som gjennomføres etter reglene over EØS-terskelverdiene, herunder anskaffelsesforskriften del III. Reglene implementerer direktiv 2014/24/EU i norsk rett.⁶ Presumsjonsprinsippet i norsk rett innebærer at nasjonale bestemmelser skal presumeres å være i overenstemmelse med EU/EØS-

⁴ Lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 63 (heretter anskaffelsesloven).

⁵ Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (heretter anskaffelsesforskriften av 2006).

⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 1.

retten.⁷ Dersom det foreligger flere tolkningsalternativer, tilsier presumsjonsprinsippet at det norske anskaffelsesregelverket skal tolkes etter det alternativ som i størst grad samsvarer med EU/EØS-retten.⁸

Ved tolkningen av avklaringsadgangen etter den nye anskaffelsesforskriften, vil derfor EU/EØS-rettslige kilder ha stor betydning som tolkningsmomenter. Avklaringsadgangen har vært tema i en rekke saker for EU-domstolen og deres avgjørelser vil være svært relevante for drøftelsen av hvilke avklaringer som er lovlige og ulovlige etter norsk rett.⁹ Et utfordrende aspekt ved EU-domstolens avgjørelser er at uttalelsene er meget generelle, og domstolen typisk overlater den konkrete vurderingen til nasjonale domstoler.

Det foreligger lite rettspraksis fra norske domstoler vedrørende anskaffelsesforskriften § 23-5. Sentralt ved tolkningen av anskaffelsesforskriften er dermed praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA). KOFAs uttalelser er kun rådgivende og avgjørelsene har i utgangspunkt begrenset rettskildemessig vekt.¹⁰ KOFA har imidlertid rukket å avsi en rekke avgjørelser vedrørende avklaringsadgangen etter § 23-5, og gir uttrykk for en konsekvent oppfatning av hva som er gjeldende rett på området etter det nye regelverket.¹¹ I oppgaven vil derfor KOFAs avgjørelser gi viktige bidrag for forståelsen av avklaringsadgangens innhold og rekkevidde. I motsetning til EU-domstolen, foretar KOFA konkrete og utførlige drøftelser hvilket innebærer at avgjørelsene gir gode veiledning i enkelttilfeller.

Juridisk litteratur, både nasjonal og utenlandsk, vil også gi viktige bidrag for forståelsen av de nye anskaffelsesreglene. Veiledere og tolkningsuttalelser fra Nærings- og fiskeridepartementet vil også være relevante, men rettskildemessig har slike etterarbeider begrenset vekt.¹² Samtidig er departementets uttalelser godt egnet til å gi veiledning i typetilfeller.

Retningsgivende for avklaringsadgangens innhold og rekkevidde er også anskaffelsesregelverkets formål og de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene slik det fremkommer av henholdsvis anskaffelsesloven §§ 1 og 4 og anskaffelsesdirektivets fortale. Det presiseres at formålet med EUs regulering av offentlige anskaffelser ikke er helt tilsvarende formålet i nasjonal rett.¹³ De EU/EØS-rettslige reglene skal bidra til «realiseringen av et felles indre marked» gjennom fri flyt av varer, tjenester og fri konkurranse i et felles europeisk marked, mens de nasjonale anskaffelsesreglene skal sikre at «fellesskapets midler forvaltes på en best mulig

⁷ Rt-2000-1811 (Finanger I) s. 1831.

⁸ Dragsten (2013) s. 55.

⁹ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109 artikkel 6. Lagt til grunn i Rt-2002-391 (Jo-Bolaget Fruktprodukter HB).

¹⁰ Anders Thue mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave, 2018 s. 35.

¹¹ Thue mfl. (2018) s. 35.

¹² Thue mfl. (2018) s. 36.

¹³ Thue mfl. (2018) s. 41.

måte».¹⁴ Oppgaven vil likevel vise at både på EU-nivå og i nasjonal rett er det en felles konsensus om at reglene om avklaringsadgangen må tolkes i lys av formålet om en mer effektiv ressursbruk, se delpunkt 2.2. Her vil altså formålet med anskaffelsesregelverket virke relativt sammenfallende.

De grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet vil være av størst betydning og interesse i relasjon til oppgavens tema og problemstilling.¹⁵ Det nærmere innholdet og rekkevidden av prinsippene i forhold til avklaringsadgangen, vil oppgaven gjøre nærmere rede for underveis.

1.4 Begrepsavklaringer

Oppgaven vil i all hovedsak anvende begrepet «avklaringsadgangen» som en samlebetegnelse for formuleringene «ettersende, supplere, avklare og utfylle» i § 23-5 første ledd. I enkelte deler av oppgaven vil begrepet «ettersending» anvendes hvor det er tale om muligheten for å få ettersendt dokumentasjon som ikke er vedlagt i forespørselen om deltakelse i konkurransen eller i tilbudet. Andre begreper som anvendes i oppgaven er:

Åpen anbudskonkurranse: Alle interesserte leverandører kan inngi tilbud, jf. anskaffelsesforskriften § 23-6 første ledd.

Begrenset anbudskonkurranse: Alle interesserte leverandører kan inngi en forespørsel om å få delta i konkurransen. Oppdragsgiver velger hvem av leverandørene som skal få invitasjon til å inngi tilbud, jf. § 23-6 annet ledd.

Anskaffelsesdokumenter: Fellesbetegnelse for kunngjøringen, konkurransegrunnlaget og ESPD-skjemaet, jf. § 4-2 bokstav b.

Konkurransegrunnlag: Alle dokumenter, unntatt kunngjøringen og ESPD-skjemaet, som oppdragsgiver utformer for å beskrive elementene i anskaffelser, eksempelvis dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkårene og kvalifikasjonsgrunnlaget, jf. § 4-2 bokstav a.

Tilbudsfristen: Tidspunktet for når en leverandøren må inngi sitt tilbud. Oppdragsgiver fastsetter fristen i konkurransegrunnlaget.

Søknadsfristen: Tidspunktet for når en leverandør må ha inngitt en forespørsel om deltakelse i konkurransen.

¹⁴ NOU 2014:4 *Enklere regler - bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket* s. 66. Se anskaffelsesloven § 1.

¹⁵ Gjennomsiktighetsprinsippet i EU-retten omfatter prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet slike de fremkommer av anskaffelsesloven § 4, jf. Prop.51 L (2015-2016) *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)* s. 45.

Kvalifikasjonsdokumentasjon: Dokumentasjon som viser oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, eventuelle utvelgelseskriterier og at det ikke foreligger grunner til avvisning, se henholdsvis §§ 16-4 og 16-6 og § 24-7.

Tilbudsdokumentasjon: Dokumentasjon som viser oppfyllelse av kravene satt til ytelsen, samt dokumentasjon tilknyttet tildelingskriteriene, se §§ 15-1 og 18-1 niende ledd.

Forpliktelseserklæring: En erklæring som viser at leverandøren råder over de nødvendige ressursene når han støtter seg på kapasiteten til andre virksomheter, jf. § 16-10 annet ledd.

1.5 Oppgavens struktur

I kapittel 2 vil anskaffelsesregelverkets regler om avklaringsadgangen presenteres. Det vil vises til de grunnleggende hensynene bak avklaringsadgangen, og forholdet til avvisningsreglene. Videre vil oppgaven redegjøre for de nærmere grensene for avklaringsadgangen og forsøke å oppstille et vurderingstema basert på slutninger fra EU/EØS-retten og nasjonal rett.

I kapittel 3 og 4 vil det forsøkes å skisseres noen typetilfeller hvor avklaringer av leverandørens kvalifikasjoner og tilbud er lovlige og ulovlige, basert på vurderingstemaet oppstilt i kapittel 2. Oppgaven vil ikke gi en uttømmende redegjørelse for alle problemstillingene som kan oppstå ved utøvelsen av avklaringsadgangen, men vil gå i dybden og fokusere på utvalgte problemstillinger. Av pedagogiske årsaker vil redegjørelsene sondre mellom avklaring av allerede innsendt dokumentasjon og ettersending av manglende dokumentasjon. Det presiseres likevel at en slik sontring ikke er avgjørende etter det nye anskaffelsesregelverket. Redegjørelsen i kapittel 4 vil for øvrig bygge på utformingen av § 21-1 i anskaffelsesforskriften av 2006.

Kapittel 5 vil behandle enkelte praktiske problemstillinger som oppstår i forbindelse av gjennomføringen av avklaringen etter § 23-5, herunder hvordan en anmodning om avklaring skal fremsettes, ovenfor hvor mange leverandører anmodningen må rettes mot og hvilke tidsfrister som oppdragsgiver må forholde seg til. Konsekvensene ved overtredelser av avklaringsadgangen vil også nevnes her.

I kapittel 6 vil det gis noen avsluttende bemerkninger og konklusjoner på oppgavens problemstilling.

2 Avklaringsadgangen etter det nye anskaffelsesregelverket

2.1 Hensyn for og imot avklaringsadgangen

Reglene om oppdragsgivers adgang til å foreta avklaringer er et resultat av en avveining av oppdragsgivers behov for å sikre størst mulig grad av konkurranse, og leverandørens interesse av å unngå avvisning hvor kvalifikasjonsdokumentasjonen eller tilbudet inneholder rent formelle feil.

Adgangen til avklaring vil kunne påvirke konkurransen om kontrakten på flere måter. Både i den forstand at mangel på fleksibilitet i lovgivningen kan medføre at den beste tilbyder må avvises, men også i den forstand at en leverandør kan gis en konkurransefordel sammenlignet med de øvrige leverandørene.¹⁶ Å balansere disse hensynene mot hverandre er vanskelig.

Det kan tenkes at leverandøren formulerer et uklart tilbud med det formål å spekulere i uklarheten og deretter bruker avklaringsadgangen til å endre sitt tilbud slik at han oppnår en konkurransemessig fordel.¹⁷ En annen situasjon er hvor leverandøren unnlater å vedlegge dokumentasjon som etterspurt i anskaffelsesdokumentene, med det formål å gis mer tid til å utarbeide dokumentet og å kunne tilpasse seg kriteriene i konkurransen. Å tillate avklaring i slike tilfeller vil kunne stride mot de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten.

Det er derfor nødvendig at lovgivningen opererer med klare grenser for avklaringsadgangen som sikrer at de anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet overholdes. Hensynet gjør seg sterkest gjeldende i tilfeller hvor den konkrete situasjonen klart åpner for misbruk fra oppdragsgivers og leverandørens side, for eksempel hvor leverandøren får mulighet til å tilpasse tilbudet ut fra konkurransesituasjonen.¹⁸ Samtidig vil ikke risikoen for misbruk gjøre seg like sterkt gjeldende for alle typer uklarheter eller feil, for eksempel hvor feilen er åpenbar, ved mindre uklarheter eller mangler, eller hvor tilbudets innhold for øvrig er klart slik at uklarheten mest sannsynlig har en enkel forklaring som lett kan løses.¹⁹

2.2 Bakgrunnen for et nytt anskaffelsesregelverk

Ved ikrafttredelsen av det nye anskaffelsesregelverket ble det tatt til orde for at avklaringsadgangen var betydelig utvidet.²⁰ Det vil før presentasjonen av de aktuelle

¹⁶ Albert Sanchez-Graells, *A duty to «save» seemingly non-compliant tenders for public contracts? Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts*, *Revista de Direito Administrativo*, 2018 s. 63.

¹⁷ Omtalt av Sue Arrowsmith, *Law of Public and Utilities Procurement*, 2014 s. 819.

¹⁸ Omtalt av Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsrett*, 2016 s. 599.

¹⁹ Omtalt av Arrowsmith (2014) s. 820 og Sanchez-Graells (2018) s. 64.

²⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 1.

bestemmelsene, foretas en gjennomgang av bakgrunnen og begrunnelsen for et nytt regelverk for offentlige anskaffelser tilknyttet avklaringsreglene.

Oppdragsgivers adgang til å avklare leverandørens kvalifikasjoner og tilbud var relativt snever etter det tidligere anskaffelsesregelverket. Forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften av 2006 § 21-1 første ledd medførte at forhold ved tilbudet som hovedregel ikke kunne avklares. Forskriften §§ 21-3 og 21-4 åpnet for avklaring av leverandørens kvalifikasjoner i nærmere bestemte tilfeller.

Rettsstilstanden etter anskaffelsesdirektivet av 2004 var tilsvarende snever.²¹ I motsetning til den norske forskriften, inneholdt direktivet ingen bestemmelser som direkte regulerte avklaring av tilbud. Spørsmålet om avklaring av tilbud ble avgjort på bakgrunn av en tolkning av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.²² Artikkel 51 tillot kun avklaring av leverandørens kvalifikasjoner så fremt det var tale om å «supplere eller uddybe» mottatt dokumentasjon.

Et av hovedformålene med anskaffelsesregelverket i nasjonal rett er å «fremme en effektiv bruk av samfunnets ressurser».²³ Som nevnt, er ikke formålet på EU-nivå helt tilsvarende nasjonal rett. Samtidig var nettopp ønsket om å sikre en «optimal udnyttelse af de offentlige midler» årsaken til revisjonen og moderniseringen av anskaffelsesdirektivet.²⁴ For å sikre formålet om at flest mulig skal ha anledning til å delta og dermed bidra til å skape konkurranse, bør oppdragsgiver ha anledning til å avklare uklarheter, feil eller mangler i dokumentasjonen i situasjoner der leverandøren egentlig oppfylder kvalifikasjonskravene eller har tilbudt en ytelse i tråd med konkurransegrunnlaget, men dette ikke kommer godt nok frem.²⁵ Ved å utforme mer fleksible avklaringsregler kan man nettopp unngå avvisning i slike tilfeller og sikre mer effektive konkurranser.²⁶

Oppfatningen er i tråd med EU-domstolens oppfatning i sak C-336/12 (Manova), hvor det uttales at «likebehandlingsprinsippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger.»²⁷ Også hensynet til en forsvarlig økonomisk forvaltning taler for at rent formelle feil bør avklares og ikke utløse avvinningsplikt. EU-domstolen har lagt dette standpunkt lagt til grunn i sak T-195/08 (Antwerpse), hvor domstolen uttaler at: «en avvisning af økonomisk

²¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige varekontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter (heretter anskaffelsesdirektivet av 2004).

²² Omtalt av Sanchez-Graells (2018) s. 60 og Arowsmith (2014) s. 834.

²³ Anskaffelsesloven § 1.

²⁴ Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 2. Se Prop.51 L (2015-2016) s. 39.

²⁵ Omtalt av Sanchez-Graells (2018) s. 64 og Hamer (2016) s. 599.

²⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 24.

²⁷ Sakens premiss 29.

fordelagtige tilbud på grund af åpenlyse og ubetydelig materielle undladelser og fejl ikke er forenlig med «princippet om sparsommelighet.»»²⁸

2.3 Forholdet mellom avklaringsadgangen og avvisningsreglene

Det overnevnte illustrerer er det et nært forhold mellom avklaringsadgangen og avvisningsreglene. I det følgende vil forholdet nærmere utdypes.

Hovedregelen er at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».²⁹ Tilsvarende skal oppdragsgiver avvise et tilbud som inneholder «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».³⁰ Som nevnt, innebærer dette at oppdragsgiver kan velge å avvise leverandøren dersom den innsendte kvalifikasjonsdokumentasjonen eller tilbudet er ufullstendig eller på annen måte mangelfullt slik at leverandøren ikke oppfyller de formelle kravene fastsatt for konkurransen.

Regelen om oppdragsgivers avklaringsadgang etter § 23-5 innebærer at avvisning i slike tilfeller likevel kan unngås.³¹ Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-10 annet ledd første setning at:

«Oppdragsgiveren kan utsette avgjørelsen om avvisning til han har foretatt eventuelle avklaringer etter § 23-5.»

Departementet gir følgende eksempel for å illustrere forholdet mellom avklaringsadgangen og avvisningsregelen i relasjon til avvisning av leverandører: Oppdragsgiver oppstiller et kvalifikasjonskrav om «erfaring fra tre tilsvarende prosjekter de siste tre årene». Den innsendte dokumentasjonen viser kun erfaring fra to prosjekter, og leverandøren oppfyller dermed ikke kvalifikasjonskravet. Oppdragsgiver kan i slike tilfeller be leverandøren om å ettersende supplerende dokumentasjon som viser oppfyllelse av kravet. Dersom den nye dokumentasjonen viser at kvalifikasjonskravet er oppfylt, kan leverandøren ikke avvises. Viser dokumentasjonen at kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt, skal leverandøren avvises.³²

Tilsvarende illustrerer departementet forholdet tilknyttet tilbud: Oppdragsgiver ønsker anskaffet bygging av en skole med uteplass. Leverandøren oppgir i tilbudet at byggingen vil koste kr. 50 millioner. Oppdragsgiver er usikker på om prisen også omfatter uteplassen og tar kontakt med leverandøren for å få dette bekreftet. Etter dette departementets oppfatning vil det å spørre leverandøren om uteplassen er inkludert

²⁸ Sakens premiss 65.

²⁹ Anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a.

³⁰ Anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b.

³¹ Thue mfl. (2018) s. 901.

³² Nærings- og fiskeridepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*, 2018 s. 280.

være en lovlig avklaring, så fremt leverandøren bekrefter at dette er korrekt. Dersom leverandøren ikke hadde ment å omfatte uteplassen, er oppdragsgiver avskåret fra å be om ytterligere opplysninger og må avise tilbudet som følge av vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Å foreta ytterligere avklaringer ville forbedre tilbudet i strid med § 23-5 annet ledd.³³

Tilsvarende er nylig lagt til grunn av KOFA i sak 2018/368 (Forsvarsbygg). KOFA fant at tilbudet inneholdt et vesentlig avvik fra kravet om leveringstid i konkurransegrunnlaget. Den konkrete saken omhandlet ikke direkte spørsmålet om avklaringsadgangen etter § 23-5, men KOFA uttaler på generelt grunnlag at:

«[...] det vil representere et brudd på forhandlingsforbudet dersom valgte leverandør gjennom en avklaring gis mulighet til å endre sitt tilbud ved at den avvikende forutsetningen om leveringstid frafalles.»³⁴

Den nye anskaffelsesforskriften § 23-5 åpner således for at oppdragsgiver kan avklare forhold som eventuelt, avhengig av svaret fra leverandøren, kan lede til avvisningsplikt eller lede til at oppdragsgiver kan vurdere tilbudet videre. Dette står i kontrast med det som var rettstilstanden etter det tidligere anskaffelsesregelverket, hvor en forutsetning for avklaringsadgangen var at oppdragsgiver vurderte spørsmålet om avvisning først.³⁵ Rettsendringen er i tråd med ønsket om mer effektive konkurranser, jf. anskaffelsesloven § 1.

Oppdragsgivers avklaringsadgang er likevel ikke ubegrenset. Oppdragsgiver har ikke adgang til å få ettersendt dokumentasjon som mangler vedlagt i kvalifikasjonssøknaden eller tilbudet, dersom han i anskaffelsesdokumentene uttrykkelig har oppgitt at manglende dokumentasjon vil lede til avvisning av tilbudet.³⁶ Prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet oppstiller i slike tilfeller en plikt for oppdragsgiver til å overholde de betingelser han oppstiller i anskaffelsesdokumentene.³⁷ Standpunktet er lagt til grunn i KOFA i sak 2017/104 (Offentlig Fellesinnkjøp på Agder), hvor KOFA uttaler at oppdragsgiver ikke har:

«uttrykt i anskaffelsesdokumentene at *manglende dokumentasjon på CE-merking automatisk ville føre til avvisning av tilbudet*. [...] Konkurransesgrunnlaget var dermed ikke til hinder for det ble ettersendt dokumentasjon.»³⁸

Som følge av innføringen av ESPD-skjemaet i det nye anskaffelsesregelverket, vil forhold ved leverandøren som skal eller kan føre til avvisning i mange tilfeller oppdages senere i

³³ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

³⁴ Sakens premiss 32.

³⁵ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 21-1 annet ledd bokstav a, jf. § 20-13.

³⁶ C-336/12 (Manova) premiss 45.

³⁷ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

³⁸ Sakens premiss 27 (min utheving).

prosessen enn etter tidligere regelverk.³⁹ I åpne anbudskonkurranser kan oppdragsgiver nemlig velge om han først vil evaluere tilbudene, for senere å undersøke om det foreligger avvisningsgrunner ved den valgte leverandøren.⁴⁰ Se nærmere omtale av ESPD-skjemaet i delpunkt 3.2.

2.4 EU-rettslige kilder om avklaringsadgangen

På EU-nivå reguleres oppdragsgivers avklaringsadgang av anskaffelsesdirektivet artikkel 56 tredje ledd:

«Når de opplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.»

Bestemmelsen gir oppdragsgiver en *rett* til å avklare, presisere eller supplere den innsendte dokumentasjonen, både tilknyttet leverandørens kvalifikasjoner og selve tilbudet.⁴¹ Mens anskaffelsesdirektivet av 2004 artikkel 51 kun ga adgang til å supplere allerede fremlagt dokumentasjon, favner artikkel 56 videre og gir anledning til å få ettersendt *manglende* dokumentasjon. Retten til avklaring begrenses av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Videre fastslår bestemmelsen at nasjonale myndigheter kan fastsette strengere regulering på området hvis ønskelig.

Bestemmelsen i artikkel 56 tredje ledd anses som en kodifisering av EU-domstolens praksis, herunder sakene i C-599/10 (Slovensko) og C-336/12 (Manova).⁴² Ordlyden i bestemmelsen gir ingen veiledning for avklaringsadgangen utover prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. De tidligere avgjørelsene fra EU-domstolen, som er begrunnet i de grunnleggende prinsippene, er derfor relevante for det nærmere innholdet og rekkevidden av avklaringsadgangen på EU-nivå etter det nye regelverket.

I *Slovensko* var spørsmålet om oppdragsgiver kunne innhente supplerende opplysninger vedrørende flere forhold i leverandørens tilbud etter tilbudsfristens utløp. EU-domstolen presenterer det generelle utgangspunktet i anskaffelsesretten, nemlig at forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser medfører at tilbudet ikke kan endres. En

³⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 274.

⁴⁰ Anskaffelsesforskriften § 23-1 annet ledd.

⁴¹ Thue mfl. (2018) s. 838.

⁴² Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 4. Omtalt av Arrowsmith (2014) s. 834.

utstrakt adgang til å foreta avklaringer ville innebære en risiko for overtredelse av likebehandlingsprinsippet.⁴³

Domstolen presiserer at prinsippet om likebehandling likevel ikke er til hinder for at:

«[...] opplysningerne vedrørende budet *undtagelsesvis* i enkelt tilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de *åbenlyst* blot kræver en præcisering eller for at bringe *åbenlyse indholdsmæssige fejl* til ophør, forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et *nyt tilbud*.»⁴⁴

Domstolen oppstiller en rett til avklaring som kun gjelder «unntaksvis» når det er «åpenbart» nødvendig, så fremt det ikke fremsettes et «nytt tilbud». Med «suppleres» forstås etter sin naturlig språklige forståelse en utfylling av opplysninger som *allerede er fremlagt*.

Oppdragsgivers rett til å få ettersendt dokumentasjon som *mangler* i kvalifikasjonssøknaden eller tilbudet, følger av EU-domstolens avgjørelse i *Manova*. Saken omhandlet en begrenset anbudskonkurranse, hvor spørsmålet var om oppdragsgiver kunne få ettersendt dokumentasjon, i form av årsregnskaper, som manglet vedlagt i kvalifikasjonssøknaden. Etter å ha henvist til EU-domstolens uttalelser i *Slovensko*, legger domstolen til grunn at likebehandlingsprinsippet heller ikke er til hinder for at oppdragsgiver kan:

«[...] anmode om, at de opplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, *i enkelttilfælde* berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører *forhold eller oplysninger*, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det *objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud*.»⁴⁵

Retten til å be om ettersending av manglende dokumentasjon forutsetter at opplysningen eller forholdene «objektivt kan kontrolleres at forelå før utløpet av søknadsfristen». Regelen er tilsvarende lagt til grunn i saker vedrørende avklaring av tilbud.⁴⁶ Det må derfor antas at rettstilstanden på dette punkt er den samme ved vurderingen av kvalifikasjonssøknader som ved evaluering av tilbud.⁴⁷

I EU-domstolens nyeste sak i C-131/16 (Archus) oppsummerer og viderefører domstolen rettstilstanden i avgjørelsene i sakene *Slovensko* og *Manova*, og legger til grunn at avklaring er tillatt:

⁴³ Sakens premiss 36 og 37.

⁴⁴ Sakens premiss 40 (min utheving).

⁴⁵ Premiss 39 (min utheving).

⁴⁶ Se C-324/14 (Partner Apelski Dariusz). Dommen vil omtales nærmere i delpunkt 4.2.6.

⁴⁷ Som omtalt av Ølykke Grith Skovgaard og Ruth Nielsen, *EUs udbudsregler- i dansk kontekst*, 2017 s. 638.

«[...] i det omfang de suppleringer eller rettelser, der fortages i det oprindelige tilbud, ikke fører til en væsentlig ændring af tilbuddet [...] der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud.»⁴⁸

For å oppsummere den foreløpige rettsstilstanden etter anskaffelsesdirektivet artikkel 56 tredje ledd og tidligere praksis fra EU-domstolen, fremstår avklaringsadgangen på EU-nivå som snever. Avklaringen kan ikke medføre at leverandøren foretar «en vesentlig endring av det opprinnelige tilbud slik at det blir tale om å fremsette et nytt tilbud».

2.5 Nasjonale kilder om avklaringsadgangen

Oppdragsgivers avklaringsadgang reguleres i norsk rett av anskaffelsesforskriften § 23-5:

«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.

En ettersending, supplerings, avklaring eller utfylling etter første ledd skal ikke medføre at tilbudet forbedres.»

Bestemmelsen gir oppdragsgiver en *rett* til å få avklart eller presisert opplysninger i den innsendte dokumentasjon, og til å få ettersendt manglende dokumentasjon. I motsetning til anskaffelsesdirektivet, begrenses avklaringsadgangen av vilkåret om at tilbudet ikke må «forbedres», jf. annet ledd.

Avklaringsadgangen etter § 23-5 gjelder både avklaring av leverandørens kvalifikasjoner og tilbud.⁴⁹ Vedrørende adgangen til å avklare opplysninger i selve tilbudet, presiserer departementet at avklaringsadgangen etter den tidligere anskaffelsesforskriften var svært begrenset:

«Departementet mener at avklaringsadgangen bør utvides slik at oppdragsgiveren kan ha dialog med leverandørene om uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet, uten å stå i fare for å bryte forhandlingsforbudet. Forutsetningen er selvfølgelig at avklaringen ikke kan medføre at leverandørene forskjellsbehandles.»⁵⁰

Departementet uttaler seg også om anskaffelsesdirektivet artikkel 56, som gjennomføres i norsk rett gjennom anskaffelsesforskriften § 23-5:

⁴⁸ Premiss 37 (min utheving).

⁴⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 24.

⁵⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 24.

«Direktivet innfører en ny regel som betraktelig utvider oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes. [...] Bestemmelsen gir imidlertid ikke mulighet for leverandørene til å endre tilbudet». ⁵¹

I motsetning til departements oppfatning av avklaringsreglene i det nye regelverket, synes KOFA å legge til grunn en mer konservativ holdning til omfanget av endringen av avklaringsreglene, som i større grad samsvarer med oppfatningen av reglene på EU-nivå. I sak 2017/139 (Hedmark fylkeskommune) presiserer KOFA at anskaffelsesforskriften § 23-5 utvider avklaringsadgangen hva gjelder kvalifikasjonsdokumentasjonen, i tråd med anskaffelsesdirektivet artikkel 56 tredje ledd. Derimot er KOFA mer usikker på om direktivet utvider avklaringsadgangen vedrørende *tilbudet* i forhold til direktivet av 2004. De uttaler følgende:

«For eksempel er avgjørelsene i sakene C-599/10 SAG ELV Slovensko og C-336/12 Manova basert på regler som domstolen utleder av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og direktivet 2014/24 artikkel 56 tredje ledd angir at avklaring er betinget av at slike anmodninger nettopp "fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsiktighet."» ⁵²

Ettersom oppfatningen på EU-nivå er at anskaffelsesdirektivet er en kodifisering av tidligere rett, er det tvilsomt om artikkel 56 tredje ledd kan karakteriseres som en nyskaping slik departementet gir uttrykk for. Departementets uttalelse om at avklaringsadgangen er betydelig utvidet synes derimot å være riktig sett i en *norsk kontekst*. Dette vil omtales nærmere under analysen av lovlige og ulovlige avklaringer i kapittel 3 og 4.

2.6 Bestemmelsenes anvendelsesområde

Oppdragsgiver kan avklare opplysninger eller dokumentasjon med leverandøren hvis det foreligger «feil» eller «uklarheter» i den innsendte dokumentasjonen eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter «mangler», jf. § 23-5 første ledd.

Før man kan si at en kvalifikasjonssøknad eller tilbud inneholder uklarheter eller feil, må man fortolke det. Oppdragsgiver må legge til grunn en objektiv fortolkning av tilbudet. ⁵³ Innenfor oppdragsgiver innkjøpsfaglige skjønn kan han legge til grunn det minst fordelaktige tolkningsalternativet for leverandøren. ⁵⁴ Hovedregelen etter det nye anskaffelsesforskriften er nemlig at leverandøren bærer risikoen for eventuelle

⁵¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 23.

⁵² Sakens premiss 22.

⁵³ NOU 2014:4 s. 204 og Rt-2012-1729 (Mika AS).

⁵⁴ NOU 2014:4 s. 204.

uklarheter i tilbudet.⁵⁵ Tilsvarende har leverandøren risikoen for innholdet i dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.⁵⁶

Verken anskaffelsesregelverket eller direktivet inneholder noen definisjon for hva som menes med «uklarheter». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at opplysningene i dokumentasjonen er tvetydig på en slik måte at det ikke fremstår som åpenbart for oppdragsgiver hvilket tolkningsalternativ som er korrekt.⁵⁷ Det følger av rettspraksis at det kan foreligge uklarheter både i de tilfeller der tilbudet inneholder en motstridende opplysning og denne ikke samsvarer med kravene angitt i konkurranselaget, og der et utsagn kan tolkes på flere måter og ett av tolkningsalternativene strider med konkurransegrunnlaget.⁵⁸

«Feil» i dokumentasjonen vil typisk kunne foreligge når leverandøren feilaktig har utfyllt et skjema, hvor det foreligger regne- eller kommafeil eller hvor tilbudet er feilpriset.⁵⁹ At visse opplysninger eller dokumenter «mangler» innebærer at dokumentasjon som etterspurt av oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentasjonen, ikke er vedlagt forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet.

Avklaring kan finne sted hvis kvalifikasjonssøknaden eller tilbudet «synes å inneholde» uklarheter, feil eller mangler. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «synes å inneholde» tilsier at det er tilstrekkelig for å kunne foreta avklaring at det for oppdragsgiver fremstår som *usikkert* om det foreligger en uklarhet eller feil i kvalifikasjonsdokumentasjonen eller tilbudet.

2.7 Grensene for avklaringsadgangen

2.7.1 Forbudet mot at tilbudet «forbedres»

Hovedregelen er at avklaringen ikke kan medføre at tilbudet «forbedres», jf. § 23-5 annet ledd.

Ordlyden «forbedres» er en vid, vag og lite konkret formulering. I utgangspunktet vil alle avklaringer eller innhentinger av nye opplysninger eller dokumenter være en forbedring av tilbudet, typisk at uklarheter avklares eller feil rettes. Ordlyden tilsier at det skal noe mer til enn slike endringer av det opprinnelige tilbudet for å rammes av forbudet.

⁵⁵ Anskaffelsesforskriften § 23-3 annet ledd.

⁵⁶ NOU 2014:4 s. 188.

⁵⁷ Departementet synes å legge til grunn at en «uklarhet» foreligger når oppdragsgiver anser det slik at det finnes objektive holdepunkter for mer enn ett fortolkningsresultat på grunn av motstridende opplysninger i tilbudet, se Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

⁵⁸ Som omtalt av Oda Hellenes Ekre, *Tolkning av tilbud i anbudskonkurranser*, Lov og Rett 2014 s. 269, med videre henvisning til LB-2012-36777 (Skanska Norge AS) og LB-2008-103502 (Arbeids- og velferdsdirektoratet).

⁵⁹ Espen Bakken og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser*, 2013 s. 55.

Risikoen for misbruk av avklaringsadgangen er som nevnt mindre hvor det foreligger åpenbare feil eller hvor tilbudet for øvrig klart gir uttrykk for hva som er ment tilbudt. Det vil være unødvendig konkurransebegrensende å forby avklaringer hvor formålet er å få bekreftet det tolkningsalternativ som fremstår som mest nærliggende, og hvor leverandøren ikke oppnår noen konkurransemessig fordel.⁶⁰

Slike hensyn taler for at først hvor det foretas så vesentlige justeringer i forhold til det opprinnelige tilbudet at avklaringen har betydning for konkurranseforholdet, vil tilbudet anses forbedret i strid med § 23-5 annet ledd.⁶¹ Adgangen til å foreta lovlige avklaringer etter § 23-5 har således en nær sammenheng med forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser. Forhandlingsforbudet er kodifisert i anskaffelsesforskriften § 23-6 tredje ledd:

«Det er ikke tillatt å gjennomføre forhandlinger».

Det grunnleggende utgangspunktet er dermed at avklaringer som bærer preg av å være forhandlinger ikke er tillatt.⁶² Forhandlingsforbudet setter kun begrensninger for avklaringsadgangen når tilbudet «forbedres» etter § 23-5 annet ledd.⁶³

Hva gjelder den nærmere terskelen for når et tilbud anses som forbedret, uttaler departementet at forhandlingsforbudet setter grenser mot «å forbedre pris, kvalitet, leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet, uavhengig av om det har betydning for konkurranseforholdet».⁶⁴ Etter departementets oppfatning vil det derimot ikke være en forbedring av tilbudet hvis:

«[...] det i tilbudet finnes objektive holdepunkter for at de opplysningene som ettersendes eller avklares forelå og ble tilbudt allerede på tidspunktet hvor leverandøren leverte tilbudet. Det er ikke et krav at selve dokumentet som ettersendes forelå ved tilbudsfristens utløp, men det må være holdepunkter for at selve innholdet i dokumentet faktisk lå i tilbudet allerede da.»⁶⁵

Redegjørelsen i delpunkt 2.4 og 2.5 viser at anskaffelsesforskriften og anskaffelsesdirektivet gir anvisning på to vurderingstema: tilbudet må ikke «forbedres» som følge av avklaringen, eller avklaringen må ikke medføre at det fremsettes et «nytt tilbud.» Spørsmålet er om det er noen realitetsforskjell mellom avklaringsreglene på EU-nivå og i nasjonal rett.

KOFA oppsummerer og klargjør forholdet mellom nasjonal rett og EU-retten i relasjon til de nye avklaringsreglene i sak 2017/139 (Hedmark fylkeskommune). KOFA kritiserer

⁶⁰ Omtalt av Dragsten (2013) s. 562 og Arrowsmith (2014) s. 828.

⁶¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

⁶² NOU 1997:21 *Offentlige anskaffelser* s. 176.

⁶³ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

⁶⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

⁶⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270 (min utheving).

formuleringen av at tilbudet ikke må forbedres og omfatter denne som «ingen treffende formulering».⁶⁶ Etter deres oppfatning må vurderingen av om et tilbud «forbedres» som følge av avklaringen, avgjøres på grunnlag av de retningslinjene som utledes av EU-domstolens avgjørelser. Med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak *Archus*, uttaler KOFA at det avgjørende for avklaringsadgangen etter det nye anskaffelsesregelverket er:

«[...] om de endringer som skjer i avklaringsrunden medfører så *vesentlige justeringer av det opprinnelige tilbudet* at det i realiteten dreier seg om et *nytt tilbud*. I så fall vil dette blant annet stride mot det grunnleggende likebehandlingsprinsippet.»⁶⁷

En oppsummering av avklaringsreglene på EU-nivå og i nasjonal rett, viser at oppdragsgiver i realiteten må forsøke å gjenskape tilbudet slik det var tenkt utformet av leverandøren på tidspunktet for tilbudsinnlevering.⁶⁸ Avklaring er tillatt så fremt leverandøren ikke tilbyr noe nytt eller gir mer informasjon enn det som fremkommer av det opprinnelige tilbudet, med mindre det finnes klare holdepunkter for at dette opprinnelig var ment tilbudt.

Synspunktet er lagt til grunn i Kristiansand tingretts kjennelse i sak 17-066645TVI-KISA/22. Saken gjaldt anskaffelse av tjenester for innsamling og transport av avfall. Etter tilbudsfristens utløp tok oppdragsgiver kontakt med leverandøren for å avklare forholdet ved et tilbudt online-system. Spørsmålet var om svaret fra leverandøren lå innenfor avklaringsadgangen. Tingretten uttaler følgende:

«Etter rettens syn ble det ikke tilbudt noe nytt i svaret fra Mbt, eller gitt informasjon som var egnet til å forbedre tilbudet. Avklaringen fremstår som en *konkret utfylling av de oppgitte kulepunktene i tilbudet*. Dersom den utvidede avklaringsadgangen i forskriften skal ha noen realitet, er det etter rettens syn klart at det må kunne *gis mer informasjon enn det som fremgår av tilbudet*, så lenge man *ikke tilbyr noe nytt, eller foretar endringer ved det opprinnelige tilbudet*.»⁶⁹

Hvilke former for avklaringer som strider mot forhandlingsforbudet, og som vil medføre at det fremsettes et nytt eller forbedret tilbud, er vanskelig å fastslå på generelt grunnlag. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Flere interessante spørsmål kan oppstå, for eksempel: I hvilke tilfeller vil ettersending av dokumenter som ikke var inngitt i den opprinnelige søknaden eller tilbudet, innebære at det fremsettes et nytt tilbud? Et annet spørsmål er om det må påvises at avklaringen har hatt betydning

⁶⁶ Sakens premiss 27.

⁶⁷ Sakens premiss 27 (min utheving).

⁶⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

⁶⁹ Avgjørelsen side 6 (min utheving).

for rangeringen av tilbudene for å anses som et nytt og forbedret tilbud. Disse problemstillingene vil oppgaven forsøke å belyse i det følgende.

2.7.2 Kan avklaringen ha betydning for evalueringen av tilbudene?

I forlengelsen av redegjørelsen for når et tilbud anses forbedret etter § 23-5 annet ledd, er det et interessant spørsmål om det nye anskaffelsesregelverket åpner for at oppdragsgiver kan avklare forhold som har betydning for evalueringen av tilbudene.

I anskaffelsesforskriften av 2006 oppstilte § 21-1 første ledd et generelt forhandlingsforbud. Det var ikke tillatt å avklare forhold ved tilbudet som kunne ha betydning for konkurranseforholdet og medførte avvisningsplikt etter § 20-13 første ledd bokstav f. En mer generell adgang til å foreta avklaringer gjaldt kun forhold i kvalifikasjonsdokumentasjonen.⁷⁰

Departementet indikerer en betydelig utvidelse av avklaringsadgangen når de i sin veileder legger til grunn at det avgjørende for om avklaringen ligger innenfor rammen av § 23-5 er om «svaret fra leverandøren innebærer et nytt og forbedret tilbud sammenlignet med det opprinnelige tilbudet», ikke om henvendelsen fra oppdragsgiver «har betydning for rangrekkefølgen av tilbudene».⁷¹

Uttalelsen tilsier at avklaringsadgangen etter den nye anskaffelsesforskriften nå gjelder på generelt grunnlag også vedrørende forhold tilknyttet selve tilbudet.⁷² Oppdragsgiver har etter dette adgang til å avklare uklarheter i tilbudet som knytter seg til forhold som har betydning for evalueringen, så fremt tilbudet ikke «forbedres», jf. § 23-5 annet ledd.⁷³

Det overnevnte kan illustreres med et eksempel: Oppdragsgiver har oppstilt et tildelingskriterium vedrørende kompetansen til det tilbudte personell, og krever dokumentasjon i form av CV-er. Leverandøren glemmer å vedlegge CV-en sammen med tilbudet, og spørsmålet er om oppdragsgiver kan få ettersendt denne for å kunne evaluere leverandørens tilbud.

Å tillate ettersending av CV-en vil kunne medføre at tilbudet totalt sett får en bedre score på tildelingskriteriet enn om CV-en ikke ble tillatt ettersendt. En slik ettersending ville ikke vært tillatt etter anskaffelsesforskriften av 2006.⁷⁴ Departementet mener derimot at dette er en lovlig avklaring etter anskaffelsesforskriften § 23-5.⁷⁵

⁷⁰ Morten Goller, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, 2017 s. 77.

⁷¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

⁷² Goller (2017) s. 77.

⁷³ Dragsten, *Avklaringsadgangen*, 2017.

⁷⁴ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 21-1, jf. § 20-13.

⁷⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 272.

Begrunnelsen for dette er at leverandøren ikke får mulighet til å tilføre tilbudet noe nytt enn det som opprinnelig ble tilbudt ettersom personene CV-ene knytter seg til allerede fremgår av eller er omtalt i tilbudet.⁷⁶ En forbedring vil først foreligge når leverandøren ettersender CV-en til en annen person som ikke fremgår av det opprinnelige tilbudet. Tilføres ikke tilbudet nye elementer, vil en avklaring kunne medføre en bedre rangering uten at tilbudet «forbedres» etter § 23-5 annet ledd.⁷⁷

Departementet synes med dette å legge til grunn at tilbudet ikke vil forbedres så lenge de tilbudte rettigheter og plikter ikke endres som følge av avklaringen.⁷⁸ Så lenge leverandøren opprinnelig tilbyr «Ola», vil ettersending av CV-en kun si noe om hvilke egenskaper Ola har, og ikke endre tilbudet som sådan. Grensen er likevel vanskelig å trekke i praksis, og oppdragsgiver bør utvise stor varsomhet ved avklaring av slike forhold.⁷⁹

⁷⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 272.

⁷⁷ Dragsten (2017).

⁷⁸ Som omtalt av Thue mfl. (2018) s. 849.

⁷⁹ Goller (2017) s. 77.

3 Avklaring av leverandørens kvalifikasjoner

3.1 Kvalifikasjonsvurderingen

For å sikre at leverandører som avgir tilbud er kvalifisert til å gjennomføre kontrakten, kan oppdragsgiver stille krav til leverandørens kvalifikasjoner, samt angi hvilken dokumentasjon som leverandøren må fremlegge for å vise oppfyllelse av kravene.⁸⁰ Oppdragsgiver kan eksempelvis stille krav om leverandørens registrering eller autorisasjoner, økonomiske og finansielle kapasitet eller tekniske og faglige kvalifikasjoner.⁸¹

Etter tilbudsfristens utløp og før tildeling av kontrakt skal oppdragsgiver, på bakgrunn av den innsendte dokumentasjonen, vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene, for eksempel om disse har tilstrekkelig faglig kompetanse eller økonomisk kapasitet, og at det ikke foreligger andre grunner til avvisning.⁸²

I tottrinnsprosedyrer, for eksempel begrensede anbuds konkurranser, kan oppdragsgiver i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse, sette en øvre og nedre grense for antall leverandører som kan inngi tilbud.⁸³ Først må oppdragsgiver vurdere hvilke av leverandørene som oppfyller kvalifikasjonskravene, eventuelt ikke oppfyller disse og som må avvises.⁸⁴ Står oppdragsgiver igjen med flere leverandører enn den øvre grensen, skal han foreta en utvelgelse av hvilke av de kvalifiserte leverandørene som skal få lov til å inngi tilbud basert på utvelgelseskriterier fastsatt i anskaffelsesdokumentene.⁸⁵ De særproblemtillinger som oppstår ved spørsmålet om avklaringsadgangen i utvelgelsesfasen vil behandles i delpunkt 3.5.

3.2 Egenerklæringsskjemaet (ESPD)

Før redegjørelsen av lovlige og ulovlige avklaringer av leverandørens kvalifikasjoner, er det nødvendig å gi en innføring i egenerklæringsskjemaet som nyvinning i det nye anskaffelsesregelverket.

Anskaffelsesdirektivet av 2014 innførte i artikkel 59 en ny bestemmelse om bruk av det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD: European Single Procurement Document):

«På tidspunktet for innsendelse af ansøgninger om deltagelse eller af tilbud accepterer de ordregivende myndigheder det fælles europæiske

⁸⁰ Anskaffelsesforskriften §§ 16-1 tredje ledd og 24-7.

⁸¹ Anskaffelsesforskriften § 16-1 første ledd.

⁸² Anskaffelsesforskriften § 23-1 første ledd bokstav a-c.

⁸³ Anskaffelsesforskriften § 16-12 første og annet ledd.

⁸⁴ Anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a.

⁸⁵ Dragsten (2013) s. 463.

udbudsdokument (ESPD), der består af en ajourført egenerklæring som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand.»

Regelen er gjennomført i den norske anskaffelsesforskriften § 17-1, som i første ledd fastslår at oppdragsgivere «skal» benytte egenerklæringsskjemaet (heretter ESPD-skjemaet) ved gjennomføringen av alle anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Skjemaet skal leveres sammen med forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet.⁸⁶

ESPD-skjemaet er en elektronisk erklæring fra leverandørene, som fungerer som et foreløpig dokumentasjonsbevis på at de oppfyller kvalifikasjonskravene og eventuelle utvelgelseskriterier, og at det ikke foreligger avvisningsgrunner på grunn av forhold ved leverandøren.⁸⁷ Skjemaet fungerer som et foreløpig dokumentasjonsbevis både for sertifikater eller attester utstedt av offentlige myndigheter eller tredjepersoner, og all annen dokumentasjon, eksempelvis redegjørelser eller beskrivelser av vareprøver, så fremt dette fremgår av anskaffelsesdokumentene.⁸⁸

Formålet med de nye reglene om ESPD-skjemaet er å forenkle dokumentasjonskravene til leverandørene i de innledende fasene i en anbudskonkurranse og unngå avvisning på grunn av manglende dokumentasjon.⁸⁹ ESPD-skjemaet er ikke ment å utsette tidspunktet for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene i forhold til det tidligere regelverket. Hovedregelen er fortsatt at leverandørene må være kvalifisert ved innlevering av tilbudet.⁹⁰

Senest innen tildeling av kontrakt skal oppdragsgiver innhente dokumentasjon fra valgte leverandør som bekrefter opplysningene i ESPD-skjemaet.⁹¹ Det er her spørsmålet om avklaring av ufullstendig eller mangelfull dokumentasjon oppstår.

Oppdragsgiver kan på hvilket som helst tidspunkt i konkurransen bestemme at leverandørene skal inngi hele eller deler av dokumentasjonsbevisene, så fremt det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte.⁹² Dette er særlig aktuelt for begrensede anbudskonkurranser.⁹³ I prekvalifiseringsfasen vil det være hensiktsmessig for oppdragsgiver å innhente dokumentasjonsbevisene for å kunne vurdere om leverandørene han inviterer til å inngi tilbud faktisk oppfyller

⁸⁶ Anskaffelsesforskriften § 17-1 annet ledd.

⁸⁷ Anskaffelsesforskriften § 17-1 annet ledd bokstav a-c.

⁸⁸ NOU 2014:4 s. 186.

⁸⁹ Kommisjonens gjennomføringsforordning 2016/7 (EU) av 5. januar 2016 premiss 1 og 3 og fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 84.

⁹⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 200.

⁹¹ Anskaffelsesforskriften § 17-1 femte ledd.

⁹² Anskaffelsesforskriften § 17-1 tredje ledd.

⁹³ Fortalen til anskaffelsesdirektivet av 2014 premiss 84.

kvalifikasjonskravene. Uten en slik kontroll vil han risikere å stå igjen uten kvalifiserte leverandører ved tildeling av kontrakt.⁹⁴

De nye reglene om ESPD-skjemaet medfører at det oppstår en rekke nye problemstillinger vedrørende avklaring av leverandørens kvalifikasjoner. Samtidig viser praksis at oppdragsgiverne fortsatt ber om å få inngitt all kvalifikasjonsdokumentasjon sammen med tilbudet, slik at de gamle problemstillingene fortsatt gjør seg gjeldende etter det nye anskaffelsesregelverket.⁹⁵

I delpunkt 3.3 vil det pekes på noen utvalgte problemstillinger som oppstår ved avklaring av kvalifikasjonsdokumentasjon som inngis *sammen* med tilbudet. I delpunkt 3.4 vil det redegjøres for de særproblemstillinger som oppstår ved bruk av ESPD-skjemaet.

3.3 Avklaring av kvalifikasjonsdokumentasjon inngitt med tilbudet

3.3.1 Avklaring av uklarheter og feil

Etter anskaffelsesforskriften § 23-5 har oppdragsgiver adgang til å avklare eller presisere den «mottatte» kvalifikasjonsdokumentasjonen dersom denne synes å inneholde feil eller uklarheter. Bestemmelsen viderefører regelen i § 21-5 i anskaffelsesforskriften av 2006, som åpnet for å tillate at den innsendte dokumentasjonen kunne «suppleres eller utdypes».

Departementet mener avklaringsadgangen er vid:

«Spørsmålet på dette stadiet er om leverandøren er egnet til å delta i konkurransen og ettersending av manglende dokumentasjon eller avklaring av inngått dokumentasjon påvirker av denne grunn ikke konkurranseforholdet mellom leverandøren når det gjelder hvem som har levert det beste tilbudet.»⁹⁶

Adgangen til å avklare opplysninger i kvalifikasjonsdokumentasjonen innebærer at leverandøren ikke må avvises i tilfeller hvor det er sannsynlig at han oppfyller kvalifikasjonskravene, og hvor mindre presiseringer er egnet til å klargjøre dette.⁹⁷ Det skal mye til før det foretas avklaringer eller gis supplerende opplysninger som endrer tilbudet i så stor grad at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet kan sies å være brutt.

⁹⁴ Thue mfl. (2018) s. 686 og Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 198.

⁹⁵ Gulsvik (2018).

⁹⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 269.

⁹⁷ KOFA-2012/150 (Statens vegvesen, Region Nord) premiss 61.

Oppdragsgiver kan eksempelvis henvende seg til leverandøren for å få bekreftet visse opplysninger eller for å avklare motstridende opplysninger, hvor det er uklart om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.⁹⁸ Dette var tema i KOFA sak 2017/120 (Oslo kommune). Saken gjaldt en anskaffelse av elevtransport med buss, hvor leverandørene skulle dokumentere kravet om «tilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget» med en beskrivelse av leverandørens kapasitet og hvilke type busser som ville bli benyttet.

Oppdragsgiver var usikker på om leverandøren hadde dokumentert når bussene skulle være leveringsklare, og ønsket dette bekreftet av leverandøren. Leverandøren ettersendte et vedlegg hvor deres bussleverandør bekreftet at det nødvendige antall busser ville være leveringsklare «innen 1. august 2017», altså *én måned etter kontraktsoppstart*. Oppdragsgiver tok på ny kontakt med leverandøren og ønsket bekreftelse på at bussene ville leveres innen kontraktsoppstart 1. juli 2017. Dette ble senere bekreftet av leverandøren.

Spørsmålet i saken var om avklaringen, som besto i at leveransedatoen ble endret fra 1. august til 1. juli, var lovlig etter § 23-5. I den konkrete vurderingen viser KOFA til at det for oppdragsgiver, ut fra tilbudet som sådan, fremsto som en ren «feil» at bussene ville være leveringsklare først én måned etter kontraktsoppstart.⁹⁹ Innholdet i vedlegget skapte således en uklarhet som lovlig kunne avklares etter § 23-5 første ledd. Etter KOFAs oppfatning var det sannsynliggjort at kvalifikasjonskravet var oppfylt ved tilbudsfristens utløp. Den etterfølgende avklaringen av leveringstiden innebar ingen forbedring av tilbudet i strid med § 23-5 annet ledd.

Det kan argumenteres for at avgjørelsen går vel langt i hva som anses som er lovlige avklaringer i forhold til hva som er en forbedring av tilbudet. Som departementet skriver i sin veileder er det ikke tillatt å «forbedre [...] leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet uavhengig av om det har betydning for konkurranseforholdet.»¹⁰⁰ Det kan nok være av betydning at avklaringen i saken knyttet seg til dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, hvor det i utgangspunktet er en videre adgang til avklaring.

3.3.2 Ettersending av manglende dokumentasjon

Anskaffelsesforskriften § 23-5 åpner for at oppdragsgiver kan få ettersendt opplysninger eller dokumenter som er etterspurt i anskaffelsesdokumentene selv om disse «mangler» i tilbudet. Det kreves ikke lenger at det foreligger noe dokumentasjon å supplere, og alle typer dokumenter skal kunne ettersendes.¹⁰¹

⁹⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

⁹⁹ Sakens premiss 42.

¹⁰⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

¹⁰¹ NOU 2014:4 s. 188. Se Direktoratet for forvaltning og IKT, *Avklaring og ettersending*, 2018.

Adgangen til å innhente opplysninger under kvalifikasjonsvurderingen er formentlig videre enn for supplering av opplysninger tilknyttet selve tilbudet.¹⁰² Det fremstår likevel som noe problematisk når departementet gir uttrykk for at kravet om at den ettersendte dokumentasjonen må knytte seg til opplysninger som forelå ved tilbudsfristens utløp, kun gjelder i forhold til avklaring av tilbudet.¹⁰³ En ubegrenset adgang til å ettersende dokumentasjon, uten å være reflektere over om leverandøren faktisk ikke oppfylte kvalifikasjonskravene ved tilbudsfristens utløp, vil derimot kunne stride mot prinsippet om likebehandling slik det følger av EU-retten.¹⁰⁴

KOFA har nylig lagt til grunn at hovedregelen for avklaring av leverandørens kvalifikasjoner etter § 23-5, følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 56 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-336/12 (Manova).¹⁰⁵ Som nevnt la EU-domstolen til grunn at oppdragsgiver kunne få ettersendt manglende dokumentasjon så fremt den knyttet seg til «forhold eller opplysninger» som det «objektivt kan konstateres at forelå forut for utløpet av søknads- eller tilbudsfristen». I slike tilfeller vil leverandøren ikke gis mulighet til å endre sin kvalifikasjonssøknad i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Anskaffelsesforskriften § 23-5 medfører med dette en betydelig utvidelse i forhold til anskaffelsesforskriften av 2006, som kun ga adgang til ettersending av «offentlig tilgjengelig informasjon». Forskriften åpnet ikke for å ettersende CV-er, referanselister eller kredittvurderinger, hvilket i utgangspunktet kan tillates ettersendt etter § 23-5.¹⁰⁶

Manglende årsregnskap, skatteattester, forsikringspoliser og andre offentlige godkjenninger er statiske forhold som objektivt kan konstateres at forelå før søknads- eller tilbudsfristens utløp.¹⁰⁷

Det er derimot mer tvilsomt *i hvilken utstrekning* § 23-5 åpner for å ettersende dokumentasjon som viser oppfyllelse av leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Dette er eksempelvis redegjørelser, anbefalinger, CV-er og referanselister. Felles for denne type dokumentasjon er at innholdet kan påvirkes av leverandøren. I tilfeller hvor innholdet i dokumentene skal beskrives konkret i forhold til det aktuelle konkurranse, foreligger det en risiko for at leverandøren gis en mulighet til å endre tilbudet etter søknads- eller tilbudsfristens utløp.

Hva gjelder referanselister, bør oppdragsgiver kunne få ettersendt supplerende opplysninger hvis disse objektivt kan konstateres at forelå ved tilbudsfristens utløp. Oppdragsgiver kan eksempelvis anmode om at referanselisten suppleres med

¹⁰² Arrowsmith (2014) s. 694 og Hamer (2016) s. 611.

¹⁰³ Se Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270. Også omtalt i Direktoratet for forvaltning og IKT 2018.

¹⁰⁴ Kirti Mahajan Thomassen og Jenny Sveen Hovda, *Ettersending av dokumentasjon i de nye anskaffelsesreglene*, 2017.

¹⁰⁵ KOFA-2017/95 (Bodø kommune) premiss 28.

¹⁰⁶ NOU 2014:4 s. 187.

¹⁰⁷ Jf. C-336/12 (Manova) premiss 39 og Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 269.

opplysninger vedrørende oppdragenes verdi eller utførelsestidspunkt hvis slike mangler.¹⁰⁸

Ved vurderingen av om CV-er kan ettersendes er det avgjørende hvilke opplysninger den inneholder. Er det tale om opplysninger som gjelder statiske forhold, som for eksempel om leverandøren har medarbeidere med en bestemt utdannelse eller erfaring, eller lister over tidligere utførte arbeider, vil slike kunne ettersendes etter § 23-5.¹⁰⁹ Hva gjelder anbefalinger og lignende, er det mer tvilsomt om slike opplysninger kan ettersendes, spesielt hvis også tildelingskriteriet omhandler medarbeiderens erfaring.¹¹⁰ En eventuell supplering vil i slike tilfeller beror på en konkret vurdering.

Oppdragsgiver kan også kreve at leverandøren fremlegger annet enn dokumentasjon for å vise oppfyllelse av krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner, for eksempel vareprøver.¹¹¹ Ettersom vareprøver typisk vil eksistere før søknads- eller tilbudsfristens utløp, synes anskaffelsesregelverket ikke å være til hinder for at oppdragsgiver kan anmode om at vareprøven ettersendes, så fremt oppdragsgiver har etterspurt denne i anskaffelsesdokumentene.¹¹²

Grensen for hva som kan anses som lovlige avklaringer av leverandørens kvalifikasjoner, kan illustreres ved EU-domstolens sak i C-387/14 (Esaprojekt). Leverandørene måtte dokumentere erfaring fra minst to prosjekter. Oppdragsgiver mente den innsendte dokumentasjonen ikke var tilstrekkelig for å vurdere kvalifikasjonskravet. Etter tilbudsfristens utløp innga leverandøren dokumentasjon for en underleverandør som ikke var omtalt i det opprinnelige tilbudet. EU-domstolen uttaler:

«Sådanne præciseringer udgør langt fra en præcisering i enkelttilfælde eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl som omhandlet i den i denne doms præmis 38 omtalte retspraksis, men udgør i virkeligheden en *indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud.*»¹¹³

Tilsvarende er lagt til grunn for anskaffelsesforskriften del II i KOFA sak 2017/75 (Sjåk kommune). Det var klart at den valgte leverandør ikke selv oppfylte kvalifikasjonskravet om teknisk godkjenning. Etter tilbudsfristens utløp knyttet leverandøren seg til et selskap med den nødvendige godkjenning. Spørsmålet var om regelverket åpnet for at leverandøren kunne ettersende en forpliktelseserklæring fra selskapet. KOFA uttaler:

¹⁰⁸ Lag til grunn av Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s 269.

¹⁰⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 269-270 og Hamer (2016) s. 612.

¹¹⁰ Omtalt av Hamer (2016) s. 612.

¹¹¹ Anskaffelsesforskriften § 16-6 annet ledd bokstav a.

¹¹² Hamer (2016) s. 612. Se EU-domstolens sak C-131/16 (Archus) som omtalt i delpunkt 4.2.2.

¹¹³ Sakens premiss 42 (min utheving).

«Det å ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle en «opplysning» eller et «dokument», er imidlertid noe ganske annet enn å fremlegge dokumentasjon på at et kvalifikasjonskrav som skulle vært oppfylt på tilbudstidspunktet, er oppfylt i etterkant.»¹¹⁴

Å tillate ettersending av forpliktelseserklæringen fra et selskap som ikke var omtalt i det opprinnelige tilbudet, ville i realiteten innebære en endring av kvalifikasjonssøknaden i strid med likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4.¹¹⁵

En avklaring som innebærer at leverandøren får ettersende dokumentasjon som medfører at leverandøren oppfylder kvalifikasjonskravet etter tilbudsfristens utløp, vil derfor ikke ligge innenfor rammen av § 23-5.

En ytterligere begrensning for avklaringsadgangen kan utledes av EU-domstolens sak i C-42/13 (Cartier dell'Adda). I den konkrete hadde leverandøren glemt å inngi dokumentasjon på at en teknisk direktør i organisasjon ikke var anklaget i en straffesak eller rettskraftig dømt. Spørsmålet var om leverandøren kunne ettersende dokumentasjonen etter tilbudsfristens utløp. EU-domstolen uttaler:

«For så vidt som den ordregivende myndighed finder, at denne unkladelse ikke udgør en *rent formel fejl*, giver bestemmelsen navnlig ikke tilbudsgiveren mulighed for efterfølgende at afhjælpe denne unkladelse på nogen som helst måde efter udløbet af den frist, der er fastsat for indgivelse af tilbud.»¹¹⁶

EU-domstolens gir uttrykk for at oppdragsgiver kun har avklaringsadgang så fremt unnlåtelsen skyldes en «ren formel fejl». Dersom oppdragsgiver vurderer det slik at unnlåtelsen ikke skyldes en feil, er avklaring avskåret. I den konkrete saken kunne unnlåtelsen i prinsippet skyldes at oppdragsgiver ikke hadde den konkrete dokumentasjonen. Samtidig var det inngitt dokumentasjon på alle andre nøkkelpersoner i selskapet, hvilket tydet på at unnlåtelsen av dokumentasjon for direktøren skyldtes en slik formell feil.¹¹⁷

3.4 Avklaring av egenerklæringsskjemaet (ESPD)

3.4.1 Avklaring av uklarheter eller feil

Etter at oppdragsgiver har mottatt ESPD-skjemaet, skal oppdragsgiver i første omgang vurdere om leverandøren oppfylder kvalifikasjonskravene, eventuelle

¹¹⁴ Sakens premiss 29.

¹¹⁵ Sakens premiss 29.

¹¹⁶ Sakens premiss 45 (min utheving).

¹¹⁷ Avgjørelsen er i tråd med det grunnleggende hensynet bak avklaringsadgangen, nemlig at rent formelle feil bør kunne avklares uten å være i strid med likebehandlingsprinsippet, se oppgavens delpunkt 2.1.

utvelgelseskriterier, og at ikke foreligger avvisningsgrunner, ut fra *bekreftelsen i skjemaet*.

Det kan tenkes at leverandøren besvarer ESPD-skjemaet på en ukorrekt måte, eller glemmer å krysse av for bekreftelse, slik at det er uklart for oppdragsgiver hvorvidt kravene faktisk er oppfylt. I slike tilfeller er det anskaffelsesforskriften § 17-1 tredje og femte ledd som regulerer muligheten til å få ettersendt den underliggende dokumentasjonen for å kontrollere opplysningene gitt i skjemaet.¹¹⁸

Muligheten til å avklare opplysninger eller forhold i *den innsendte dokumentasjonen* som viser oppfyllelsen av bekreftelsen i ESPD-skjemaet, reguleres både i anskaffelsesdirektivet §§ 56 tredje ledd og 59 fjerde ledd siste punktum. Det heter i siste bestemmelse at oppdragsgiver, etter fristen for å innsende dokumentasjonsbevisene, kan:

«[...] anmode økonomiske aktører om at supplere eller uddybe de i medfør af artikel 60 og 62 modtagne certifikater.»

Tilsvarende har oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften § 23-5 adgang til å avklare forhold eller opplysninger i den innsendte dokumentasjonen som ESPD-skjemaet utgjør et foreløpig bevis for, hvis det på grunn av motstrid i bekreftelsen i skjemaet og dokumentasjonsbevisene er uklart om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.¹¹⁹ Det avgjørende for avklaringsadgangen er på tilsvarende måte som i delpunkt 3.3.1, at avklaringen skjer innenfor rammen som prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

3.4.2 Ettersending av manglende ESPD-skjema

Innføringen av ESPD-skjemaet har aktualisert spørsmålet om oppdragsgiver kan anmode om ettersending av skjemaet hvor denne ikke er vedlagt tilbudet.

På den ene siden kan det argumenteres for at ESPD-skjemaet kun inneholder informasjon som relaterer seg til leverandøren, ikke tilbudet, hvilket tilsier at leverandøren ikke gis en konkurransefordel ved å ettersende skjemaet. På den annen side vil leverandøren gis en fordel i tid ved å inngi skjemaet etter søknads- eller tilbudsfristens utløp.

Hamer argumenter for å tillate ettersending av manglende ESPD-skjema ettersom oppdragsgiver uansett må innhente dokumentasjonen fra den valgte leverandør før

¹¹⁸ Anskaffelsesforskriften § 17-1 tredje ledd.

¹¹⁹ Lagt til grunn av Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 275. Se KOFA-2017/120 (Oslo kommune).

tildeling av kontrakt. Det vil derfor det være «quite formalistic if the contracting authority should be required to reject the tenderer on this ground [...]»¹²⁰

KOFA har i sak 2017/95 (Bodø kommune) lagt til grunn at anskaffelsesforskriften § 23-5 tillater ettersending av manglende ESPD-skjema i nærmere bestemte tilfeller. Hvorvidt skjemaet kan ettersendes beror på en konkret vurdering av hvilken type dokumentasjon og hvilke kvalifikasjonskrav som blir etterspurt i det aktuelle skjemaet.¹²¹

KOFA viser til at bestemmelsen i § 23-5 er ment som en betydelig utvidelse av ettersendingsadgangen, og at den vide adgangen også gjelder for ESPD-skjemaet. Med utgangspunkt i EU-domstolens sak C-336/12 (Manova), legger KOFA til grunn det avgjørende for om oppdragsgiver kan få ettersendt skjemaet, er at det forelå tilstrekkelige opplysninger som viste at kvalifikasjonskravet var oppfylt ved tilbudsfristens utløp.¹²² I den konkrete saken var det tale om å ettersende dokumentasjon som viste oppfyllelse av kravet til økonomisk og finansiell soliditet. Dette var opplysninger som kunne etterprøves opp mot selskapets regnskapstall på tidspunktet for tilbudsfristen, og kunne lovlig ettersendes i medhold av § 23-5.¹²³

Avgjørelsen fra KOFA kan tas til inntekt for at det ikke er adgang til å få ettersendt ESPD-skjemaet dersom det i skjemaet er etterlyst bekreftelse på informasjon som det generelt vil være problematisk å ettersendt etter søknads- eller tilbudsfristen.¹²⁴ Dette innebærer at det ikke vil være adgang til å få ettersendt skjemaet med dokumentasjon som viser at leverandøren støtter seg på en ny underleverandør dersom denne ikke fremgår av eller er omtalt i det opprinnelige tilbudet, se delpunkt 3.3.2. Videre vil det være betenkelig å tillate ettersending av skjemaet hvor besvarelsen knytter seg til leverandørens faglige og tekniske kvalifikasjoner. Referanselister, CV-er, redegjørelser og anbefalinger er ikke alltid objektiv konstaterbar informasjon, men det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak, se delpunkt 3.3.2.

KOFA tok ikke stilling til betydningen av at ESPD-skjemaet inneholdt en besvarelse av forskriftens avvisningsgrunner, blant annet straffedom, betaling av skatter og avgifter og insolvens.¹²⁵ Som følge av hovedregelen i sak *Manova*, er det avgjørende om de nye opplysningene objektivt kan etterprøves at forelå før utløpet av søknads- eller tilbudsfristen. Hvorvidt leverandøren er rettskraftig dømt eller har gått konkurs kan eksempelvis lett kontrolleres opp mot objektiv dokumentasjon.¹²⁶ For andre

¹²⁰ Carina Risvig Hamer, *Requesting additional information- increase of flexibility and competition?* i Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, Grith Skovgaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells (red.), 2016 s. 249.

¹²¹ Sakens premiss 31.

¹²² Sakens premiss 29.

¹²³ I tråd med Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 269.

¹²⁴ Omtalt av Alf Amund Gulsvik, *Hva betyr Kofas avgjørelse om ESPD-skjemaet*, 2017.

¹²⁵ Se anskaffelsesforskriften § 24-2.

¹²⁶ Gulsvik (2017).

avvisningsgrunner som krever en mer skjønnsmessig vurdering, må det foretas en mer konkret vurdering.

I nærmeste fremtid vil problemstillingene som knytter seg til supplering og ettersending av ESPD-skjemaet, trolig forsvinne. Flere oppdragsgivere benytter konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) som har skjemaet integrert, slik at det ikke vil være mulig å levere tilbud uten ESPD-skjemaet.¹²⁷

3.5 Avklaringsadgangen i begrensede anbudskonkurranser

Departementet har uten videre lagt til grunn at oppdragsgiver kan avklare opplysninger eller anmode om ettersending av dokumenter som knytter seg til utvelgelseskriteriene.¹²⁸

I prekvalifiseringsfasen skal oppdragsgiver først vurdere hvem av leverandørene som oppfyller kvalifikasjonskravene, for deretter rangere de kvalifiserte leverandørene opp mot hverandre med det formål å identifisere hvilke av leverandørene som oppfyller utvelgelseskriteriene best eller mest.¹²⁹ Denne prosedyren ligner den oppdragsgiver foretar ved evalueringen av hvilket tilbud som oppfyller tildelingskriteriene best. De hensynene som gjør seg gjeldende for avklaringsadgangen i tilbudsevalueringen, vil på denne måten også kunne gjøre seg gjeldende for avklaringsadgangen i prekvalifiseringsfasen.¹³⁰ Oppdragsgiver bør være varsom med å tillate ettersending av CV-er dersom denne danner grunnlaget for utvelgelsen og på denne måten kan påvirke hvem av leverandørene som scorer best på utvelgelseskriteriene, se delpunkt 2.7.2.

Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende ved spørsmålet om supplering eller ettersending av manglende ESPD-skjema. Å tillate en slik avklaring før oppdragsgiver utvelger hvem av leverandørene som skal få inngi tilbud, altså som en del av vurderingen av hvem oppfyller utvelgelseskriteriene best, vil innebære en risiko for overtredelse av likebehandlingsprinsippet.¹³¹

¹²⁷ Hamer i Ølykke/Sanchez-Graells (2016) s. 249.

¹²⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 269.

¹²⁹ Dragsten (2013) s. 463.

¹³⁰ Ølykke/Nielsen (2017) s. 638.

¹³¹ Ølykke/Nielsen (2017)s. 552 og Gulsvik (2018).

4 Avklaring av tilbud

4.1 Tilbudsevalueringen

I anskaffelsesdokumentene skal oppdragsgiver angi en kravspesifikasjon som beskriver hva som skal anskaffes, herunder hvilke krav som stilles til ytelsens egenskaper og hvilke minstekrav leverandøren må oppfylle.¹³² Dette er absolutte betingelser som det ikke kan konkurreres på, og skal alltid være oppfylt.¹³³ For øvrig må oppdragsgiver beskrive hvilke tildelingskriterier som gjelder for konkurransen. Disse kan for eksempel omfatte ytelsens kvalitet, leveringsbetingelser eller det tilbudte personells erfaring.¹³⁴ Tildelingskriteriene er de viktigste konkurranseelementene i en anskaffelse og knytter seg til forhold som leverandørene skal konkurrere på.¹³⁵

Enten før eller etter at ukvalifiserte leverandører er avvist fra konkurransen, må oppdragsgiver vurdere om de innkomne tilbudene oppfyller kravene i kravspesifikasjonene.¹³⁶ Oppfyller ikke tilbudene kravene, skal tilbudene avvises.¹³⁷ Dernest skal de gjenværende tilbudene rangeres opp mot hverandre på bakgrunn av tildelingskriteriene, for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet som skal tildeles kontrakten.¹³⁸

I vurderingen av om tilbudene oppfyller kravene fastsatt i anskaffelsesdokumentene, kan det oppstå et behov for å avklare den innsendte dokumentasjonen for å få avklart uklarheter eller feil, eller få ettersendt ytterligere dokumentasjon. I det følgende vil det foretas en gjennomgang av utvalgte problemstillinger tilknyttet avklaring av tilbud.

4.2 Avklaring av innsendt dokumentasjon

4.2.1 Avklaringer av uklarheter

Ved evalueringen av tilbudene, kan det oppstå en særlig interessant problemstilling når uklarheten i tilbudet knytter seg til hva tilbudsprisen omfatter. Situasjonen oppstår typisk når tilbudet fremstår som feilpriset sammenlignet med de øvrige tilbudene

¹³² Anskaffelsesforskriften § 14-1 tredje ledd bokstav a, jf. § 15-1.

¹³³ Hamer (2016) s. 543.

¹³⁴ Anskaffelsesforskriften § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 4, jf. § 18-1 tredje ledd.

¹³⁵ Hamer (2016) s. 543.

¹³⁶ Anskaffelsesforskriften § 23-1 første ledd, jf. § 18-1. Det presiserer at oppdragsgiver kan velge å evaluere tilbudene før han kontrollerer oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene eller om det foreligger andre grunner til avvísning, jf. anskaffelsesforskriften § 23-1 annet ledd.

¹³⁷ Anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b.

¹³⁸ Se anskaffelsesforskriften § 23-1 første ledd, jf. § 18-1. Omtalt av Bakken/Nordby (2013) s. 93. Begrepet «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» brukes i denne oppgaven som samlebetegnelse på de tre alternative tildelingskriteriene i anskaffelsesforskriften § 18-1, herunder laveste pris, lavest kostnad eller best forhold mellom laveste pris eller kostnad og kvalitet.

inngitt i konkurransen, inneholder en regnefeil som har betydning for den endelige tilbudsprisen eller når leverandøren har glemt å fylle ut prisposter i tilbudet.¹³⁹

Spørsmålet er om anskaffelsesforskriften § 23-5 åpner for at oppdragsgiver kan henvende seg til den aktuelle leverandøren med sikte på å avklare hvilket element i prisingen som er feil, selv om svaret fra leverandøren kan påvirke rangeringen av tilbudet, og i så fall i hvilke tilfeller en slik avklaring vil føre til en forbedring av tilbudet i strid med § 23-5 annet ledd.¹⁴⁰

EU-domstolens sak i C-599/10 (Slovensko) omhandlet en anbudskonkurranse om innkreving av bompenger på motorveier. På bakgrunn av uklarheter i tilbudet anmodet oppdragsgiver om supplerende opplysninger, dels tilknyttet produktets tekniske aspekter og dels unormalt lave priser. Oppdragsgiver fant at leverandøren ikke ga en tilstrekkelig god forklaring på de lave prisene og avviste tilbudet. Spørsmålet i saken var om oppdragsgiver hadde mulighet til å avklare slike forhold i tilbudet etter tilbudsfristens utløp. Som tidligere nevnt, la EU-domstolen til grunn at adgangen til å innhente supplerende opplysninger helt «unntaksvis» kan skje, så fremt det er tale om «åpenbare feil» og det ikke fremsettes et «nytt tilbud».¹⁴¹

Ut fra dommens premisser er det ikke klart hva uklarheten omkring prisen besto i. Hvorvidt oppdragsgiver kunne avklare tilbudsprisen eller ikke, var trolig avhengig av årsaken til uklarheten. Dersom det overhodet ikke var inngitt en tilbudspris, fremstår det som meget tvilsomt å foreta avklaring, med mindre tilbudet for øvrig inneholdt andre priselementer. Dersom leverandøren hadde oppgitt en pris i tilbudet, men unnlatt å fordele prisen i et prisskjema, ville det være større grunn til å tillate avklaring.

Spørsmålet om hvorvidt oppdragsgiver kunne henvende seg til leverandøren for å få avklart og bekreftet om noe var inkludert i tilbudsprisen, var også tema i KOFA sak 2017/135 (Stavanger, Sandnes, Sola, Rennesøy og Finnøy kommune). Saken gjaldt anskaffelse av solskjerming, hvor leverandørene skulle oppgi en delpris for stillas, inkludert opp- og nedrigging. Delprisen skulle multipliseres med 20 døgn, og den endelige tilbudsprisen skulle føres inn i prisskjemaet.

I den valgte leverandørens prisskjema var kun den endelige tilbudsprisen oppgitt, og den lå vesentlig under de øvrige leverandørenes tilbud. Oppdragsgiveren antok ut fra tilbudet for øvrig og den endelige tilbudsprisen, at leverandøren kun hadde inkludert én opp- og nedrigging. Oppdragsgiver henvendte seg til leverandøren og fikk bekreftet at årsaken til regnefeilen besto i at prisen ikke var multiplisert med 20 døgn. Prisen ble deretter korrigert basert på korrekt antall opp- og nedrigginger. Spørsmålet var om avklaringen, altså innhenting av de korrigererte prisene, lå innenfor rammen av anskaffelsesforskriften § 23-5.

¹³⁹ Som omtalt av Arrowsmith (2014) s. 819.

¹⁴⁰ Regelen om mangelfull prisutfylling i tilbud var regulert i anskaffelsesforskriften av 2006 § 21-2.

¹⁴¹ Sakens premiss 40, se oppgavens delpunkt 2.4.

I den konkrete vurderingen viser KOFA til tidligere avgjørelser fra EU-domstolen, herunder T-195/08 og uttaler at:

«Feilen det er tale om, er en feil og en uklarhet som «probably has a simple explanation and is capable of being easily resolved.»»¹⁴²

Avklaringen som viste at prisen måtte multipliseres med 20 døgn for at tilbudet skulle være i samsvar med den endelige prisen i skjemaet, ga ikke leverandøren mulighet til å inngi nye eller endrede priser. Rettingen av summeringsfeilen medførte ingen forbedring av tilbudet i strid med § 23-5 annet ledd.

KOFAs avgjørelse viderefører EU-domstolens oppfatning i sak T-195/08 (Antwerpse Bouwwerken NV). I den konkrete saken hadde leverandøren glemte å fylle ut en prispost som skulle inntas i det samlede prisoverslaget. Oppdragsgiver tok kontakt med leverandøren og fikk avklart årsaken til den manglende prisposten. Spørsmålet var om presiseringen av den manglende prisen innebar en endring av tilbudet. I den konkrete vurderingen uttaler domstolen at det ikke var tale om:

«[...] *indføjelse af en ny pris*, der bliver budt vedrørende posten i det pågældende sammenfattende overslag, men blot om *en præcision af buddets indhold*, hvorefter den pris, der er tilbudt for en bestemt post, skal forstås således, at den også er tilbudt for alle andre poster med identisk eller lignende indhold.»¹⁴³

Avgjørelsene viser at avklaringer av uklarheter tilknyttet priselementer i tilbudet, vil ligge innenfor avklaringsadgangen i § 23-5, så fremt regnefeilen er klar og har en enkel forklaring og tilbudets øvrige innhold gir klare holdepunkter for hvilken pris leverandøren opprinnelig hadde ment å tilby.¹⁴⁴

Anskaffelsesforskriften § 23-5 er heller ikke til hinder for at leverandøren kan inngi nye priser i tilbudet etter tilbudsfristens utløp, så fremt dette ikke påvirker rangeringen. I KOFA sak 2017/68 (Bane NOR SF), som omhandlet forsyningsforskriften § 19-5 (tilsvarende anskaffelsesforskriften § 23), hadde leverandøren verken fylt ut prisskjemaet eller vedlagt dette i tilbudet. Spørsmålet var om oppdragsgiver kunne få ettersendt et nytt prisskjema hvor prisene var inkludert. Etter KOFAs oppfatning var innhenting av skjemaet med de nye prisene en lovlig avklaring, ettersom prisene ikke inngikk i evalueringen av tilbudene og dermed ikke påvirket konkurranseforholdet.¹⁴⁵ Innhenting av prisene forbedret ikke tilbudet i strid med forsyningsforskriften § 19-5 annet ledd.

¹⁴² Sakens premiss 36.

¹⁴³ Sakens premiss 64 (min utheving).

¹⁴⁴ Lagt til grunn av Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

¹⁴⁵ Sakens premiss 45.

4.2.2 Avklaring av feil

En situasjon som typisk aktualiserer spørsmålet om avklaring, foreligger når en opplysning eller et dokument i tilbudet har fått et annet innhold enn leverandøren opprinnelig hadde tenkt ved innleveringen av tilbudet. Et interessant spørsmål er i hvilken utstrekning anskaffelsesforskriften § 23-5 åpner for å avklare motstridende opplysninger i tilbudet.

EU-domstolens sak i C-131/16 (*Archus*) gjaldt anskaffelse av digitaliseringstjenester av produkter, hvor leverandørene skulle inngi en mikrofilmprøve opprettet i tråd med kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Leverandøren oppdaget selv at feil vareprøve var sendt inn med tilbudet, og anmodet om å få ettersendt korrekt dokumentasjon. Oppdragsgiver godtok dette. Spørsmålet var om ettersendingen lå innenfor prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. EU-domstolen uttaler for det første at en anmodning om avklaring:

«[...] i prinsippet kun have til formål at *præcisere* nævnte tilbudsgivers tilbud eller at berigtige en *åbenbar fejl*, som dette tilbud er behæftet med.»¹⁴⁶

Videre kan avklaringer kun:

«[...] tillades i det omfang de suppleringer eller rettelser, der fortages i det oprindelige tilbud, ikke fører til en *væsentlig ændring af tilbuddet*.»¹⁴⁷

EU-domstolen overlater den konkrete vurderingen til den nasjonale domstolen, og det er usikkert hva som ble den endelige konklusjonen i saken.

Saksforholdet i *Archus* er derimot sammenlignbart med KOFA sak 2017/139 (Hedmark Fylkeskommune). Saken gjaldt anskaffelse av varmdrikkeautomater, hvor drikkebegre skulle være inkludert. Oppdragsgiver oppstilte et minimumskrav om komposterbare begre. Etter tilbudsfristens utløp anmodet oppdragsgiver alle leverandørene om å bekrefte at de tilbudte begrene var komposterbare. En av leverandørene innga dokumentasjon for et annet type beger enn opprinnelig tilbudt. Leverandøren hadde som følge av avklaringen endret det tilbudte produktet slik at det oppfylte minimumskravet. Vedkommende leverandør ble derfor avvist fra konkurransen på grunn av vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Under henvisning til *Archus*, uttaler KOFA:

«[...] kun dersom klager egentlig mente å tilby ett komposterbart beger, men ved en *feil* oppgav pappbegeret Caterline, og denne feilen var *åpenbar*, at avklaringsreglene gav adgang til å rette denne.»¹⁴⁸

¹⁴⁶ Sakens premiss 36 (min utheving).

¹⁴⁷ Sakens premiss 37 (min utheving).

¹⁴⁸ Sakens premiss 28 (min utheving).

I den konkrete vurderingen fant KOFA at det ikke forelå objektive holdepunkter i tilbudets øvrige innhold som tilsa at det ikke-komposterbare begeret var ført inn i tilbudet ved en «feil».¹⁴⁹ Det fremsto heller ikke som åpenbart at tilbudsprisen gjaldt det komposterbare begeret. En eventuell endring av det tilbudte begeret etter tilbudsfristens utløp, innebar i realiteten et nytt og forbedret tilbud og lå utenfor avklaringsadgangen i § 23-5.

Tilsvarende problemstilling var tema i KOFA sak 2017/82 (Sykehusinnkjøp HF). Oppdragsgiver stilte som krav at kontraktsgjenstanden måtte oppfylle kravet til GN-tilpasset underskap. Leverandøren bekreftet at den tilbudte salgsdisken oppfylte kravet, men innga dokumentasjon for et annet produkt som ikke oppfylte kravet. Det forelå altså motstrid mellom det tilbudte produktet og den innleverte dokumentasjonen, slik at det var uklart om kravet var oppfylt. Spørsmålet var om oppdragsgiver kunne få ettersendt en bekreftelse på at produktet faktisk oppfylte kravet etter tilbudsfristens utløp.

Etter KOFAs oppfatning fremsto det som klart for oppdragsgiver at leverandøren ved en «feil» hadde inngitt dokumentasjon for et annet produkt enn opprinnelig tilbudt.¹⁵⁰ Ettersom det på denne måten forelå objektive holdepunkter i tilbudet for hva leverandøren opprinnelig hadde ment å tilby, var det ingen forbedring av tilbudet å få ettersendt informasjon som viste at kravet var oppfylt, jf. § 23-5 annet ledd.

Avgjørelsene fra KOFA skiller seg klart fra hverandre. I sak 2017/139 tilbød leverandøren først et type beger, før han etter avklaringen tilbød et komposterbart beger. Det forelå ingen objektive holdepunkter, utover klagers egen forklaring, som tilsa at det komposterbare begeret opprinnelig var ment tilbudt. I sak 2017/82 tilbød leverandøren i første omgang et produkt som oppfylte kravspesifikasjonen, men inngå senere dokumentasjon for et annet produkt. Det forelå altså objektive holdepunkter i det opprinnelige tilbudet som tilsa at kravet var oppfylt før tilbudsfristens utløp. Oppsummert er begge avgjørelsene i tråd med departementets oppfatning om at oppdragsgiver kan avklare tilbudet hvis det er objektive holdepunkter for at tilbudet kan forstås på den måte at det ikke skal avvises.¹⁵¹

4.2.3 Retting av feil uten kontakt med leverandør

I tillegg til å kunne avklare feil i tilbudene, har oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften § 23-5, også adgang til å rette åpenbare feil i tilbudet *uten dialog med leverandøren*.¹⁵²

¹⁴⁹ Sakens premiss 28.

¹⁵⁰ Sakens premiss 68.

¹⁵¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

¹⁵² Goller (2017) s. 79 og Nærings- og fiskeridepartementet (2018) fotnote 501 s. 271. I motsetning til anskaffelsesforskriften av 2006 er det ikke lenger en *plikt* til å rette åpenbare feil, se § 21-1 tredje ledd.

Selv om de eldre reglene om retting av åpenbare feil ikke er videreført i den nye anskaffelsesforskriften, gjelder reglene på samme vilkår etter den nye forskriften.¹⁵³ Forutsetningen for rettingsadgangen etter § 23-5 er dermed at det må foreligge en «åpenbar feil» som det er «utvilsomt» hvordan skal rettes.¹⁵⁴ Ordlyden i vilkårene tilsier at terskelen for retting av er høy.¹⁵⁵ Er ikke vilkårene oppfylt, vil en eventuell retting medføre at tilbudet «forbedres», jf. § 23-5 annet ledd.

«Åpenbare feil» er slike som fremstår for oppdragsgiver som noe leverandøren ikke hadde ment å tilby, eksempelvis skrivefeil eller regnefeil.¹⁵⁶ Det må videre fremgå helt klart for oppdragsgiver hvordan feilen skal rettes, hvilket tilsier at det ikke må være nødvendig å henvende seg til leverandøren for å få avklart dette.¹⁵⁷

Spørsmålet om oppdragsgiver kunne rette en feil i leverandørens tilbud uten dialog med leverandøren, var tema i KOFA sak 2016/84 (Rauma kommune). I leverandørens tilbud var slyngteppene priset til kroner 1370 per stk. Sammenlignet med de øvrige prisene i tilbudet, fremsto dette for oppdragsgiver som en åpenbar feilprising. Oppdragsgiver antok at den høye prisen skyldtes en kommafeil og rettet prisen til kr. 13,70 per enhet. Spørsmålet var om rettingen av prisen var lovlig etter anskaffelsesforskriften av 2006 § 21-1 tredje ledd.

KOFA presiserer at det må være «utvilsomt» hvordan feilen skal rettes. I den konkrete saken kunne den høye prisen like gjerne skyldtes en tastefeil, og ikke et manglende komma.¹⁵⁸ I all tid det forelå to eller flere mulige forklaringer på feilprisingen, var det ikke «utvilsomt» at prisen måtte rettes til kr. 13,70. Oppdragsgivers retting av tilbudsprisen lå utenfor avklaringsadgangen i § 21-1 tredje ledd.

Etter anskaffelsesforskriften § 23-5 vil denne type retting være tillatt så fremt det foreligger objektive holdepunkter i selve tilbudet for å fastslå den pris det skal rettes til, altså hva som opprinnelig var ment tilbudt.¹⁵⁹

KOFAs avgjørelse i sak 2017/104 (Offentlig Fellesinnkjøp på Agder) illustrerer en lovlig avklaring av tilbudet uten kontakt med leverandøren etter § 23-5. Saken gjaldt en anskaffelse av nettverks- og sikkerhetsprodukter, hvor oppdragsgiver stilte krav om at produktene måtte være CE-merket. En av leverandørenes tilbud inneholdt ingen dokumentasjon på at de tilbudte produktene var CE-merket. Oppdragsgiver innhentet dokumentasjonen fra leverandørens hjemmeside på egenhånd. Spørsmålet var om innhenting av dokumentasjonen lå innenfor avklaringsadgangen i § 23-5.

¹⁵³ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) fotnote 501 s. 271.

¹⁵⁴ Anskaffelsesforskriften av 2006 § 21-1 tredje ledd.

¹⁵⁵ Rt-2003-1531 (Veidekke) premiss 35.

¹⁵⁶ Rt-2003-1531 (Veidekke) premiss 34 og Bakken/Nordby (2013) s. 103.

¹⁵⁷ Rt-2003-1531 (Veidekke) premiss 34 og Bakken/Nordby (2013) s. 103.

¹⁵⁸ Sakens premiss 29.

¹⁵⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

KOFA fant at det ikke var «tvilsomt» at produktene var CE-merket på tidspunktet for innlevering av tilbudet, og at innhenting av dokumentasjonen derfor var en lovlig avklaring.¹⁶⁰ KOFA tar ikke direkte utgangspunkt i vilkårene etter anskaffelsesforskriften av 2006, men gir likevel uttrykk for hva som kan være en lovlig avklaring etter § 23-5 uten å ha dialog med leverandøren. Ettersom produktene allerede var beskrevet i tilbudet, forelå det objektive holdepunkter i tilbudets øvrige innhold for hva leverandøren hadde ment å tilby. KOFAs avgjørelse er i tråd med departementets oppfatning av § 23-5.¹⁶¹

Departementet presiserer for øvrig i sin veileder at siden oppdragsgiver har adgang til å henvende seg til leverandøren for å avklare feil i tilbudet, bør denne løsning velges fremfor å rette feil på egenhånd i all tid terskelen for retting er såpass høy og muligheten for overtredelse er stor.¹⁶²

4.2.4 Avklaringer av tekniske og funksjonelle forhold ved et produkt

Anskaffelsesforskriften § 23-5 viderefører regelen i den tidligere anskaffelsesforskriften § 21-1 annet ledd bokstav b, som gir oppdragsgiver adgang til å få avklart, supplert eller utdypet leverandørens allerede tilbudte løsninger, arbeidsmetoder og materialer dersom disse er knappe.¹⁶³

Oppdragsgiver kan eksempelvis henvende seg til leverandøren for å avklart eller bekreftet hvorvidt et tilbudt produkts tekniske egenskaper faktisk oppfyller kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget, hvis dette er uklart.¹⁶⁴ I KOFA sak 2007/2 (Undervisningsbygg Oslo KF) var det uklart ut fra tilbudets innhold hvorvidt armaturen tålte en omgivelsestemperatur på minimum 40 grader. Oppdragsgiver kunne innhente supplerende opplysninger som viste oppfyllelse av kravet til ytelsen.

Det vil derimot være en ulovlig avklaring å ettersende supplerende opplysninger som medfører at en allerede foreslått løsning som avviker fra konkurransegrunnlaget, nå endres. I KOFA sak 2017/139 (Hedmark fylkeskommune), som omtalt i delpunkt 4.2.2, endret leverandøren sitt tilbud til å omfatte et annet produkt som faktisk oppfylte minstekravet i konkurransen. En slik endring var en forbedring av det opprinnelige tilbudet i strid med § 23-5 annet ledd.

Videre vil det være en forbedring av tilbudet hvis leverandøren tillates å tilby nye løsninger, produkter eller tekniske spesifikasjoner som ikke fremkommer av det opprinnelige tilbudet.¹⁶⁵ Spørsmålet om hvor langt en leverandør kunne gå i å gi

¹⁶⁰ Sakens premiss 31.

¹⁶¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

¹⁶² Nærings- og fiskeridepartementet (2018) fotnote 501 s. 271.

¹⁶³ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

¹⁶⁴ Dragsten (2017). Regulert i anskaffelsesforskriften av 2006 § 21-1 annet ledd bokstav b.

¹⁶⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270 og NOU 1997: 21 s. 176.

supplere opplysninger om et allerede tilbudt produkt, var tema i EU-domstolens sak C-87/94 (Wallonske busser). Saken gjaldt anskaffelse av busser, hvor leverandøren supplerte sitt tilbud med opplysninger om at den tilbudte bussen hadde et drivstoff-forbruk som var 16 % lavere enn det som tidligere var opplyst. Å ta i betraktning de nye opplysningene i evalueringen av tilbudene ville medføre at leverandøren fikk en konkurransefordel i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.¹⁶⁶ En avklaring som medførte at den tilbudte ytelsens tekniske forhold ble vesentlig forbedret, var i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten.

4.2.5 Endring fra hel- til deltilbud

Etter anskaffelsesforskriften § 19-4 første ledd kan oppdragsgiver velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter istedenfor at det skal inngis et samlet tilbud. Det er opp til leverandøren hvorvidt han ønsker å gi tilbud på en eller flere av delkontraktene.

I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om anskaffelsesforskriften § 23-5 åpner for at leverandøren kan endre sitt tilbud fra hel- til deltilbud etter tilbudsfristens utløp.

Spørsmålet om en slik endring lå innenfor rammen av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, var tema i EU-domstolens sak C-324/14 (Partner Apelski Dariusz). I den konkrete saken hadde leverandørene anledning til å velge mellom å by på enkelte av kontraktene eller angi et samlet tilbud for alle delkontraktene. Leverandøren valgte å inngi et samlet tilbud. Oppdragsgiver var usikker på om leverandøren hadde tilstrekkelig med ressurser for å utføre anskaffelsen og ba om avklaring av forhold tilknyttet leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Som svar på anmodningen, ba leverandøren oppdragsgiver vurdere deres tilbud for enkelte delkontrakter i prioritert rekkefølge, fremfor et samlet tilbud slik tilbudet forelå ved tilbudsfristens utløp. På denne måten kunne oppdragsgiver avvise de delkontraktene hvor vedkommende fant at leverandøren ikke oppfylte de tekniske og faglige kvalifikasjonene. EU-domstolen fant at dette:

«[...] langt fra blot udgjør en specifik præcisering eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl [...], men i realiteten er en væsentlig ændring som snarere udgør en afgivelse af et nyt tilbud».¹⁶⁷

En avklaring som innebærer at leverandøren endrer sitt tilbud fra del- til heltilbud for å unngå avvisning, vil derfor ikke ligge innenfor rammen av § 23-5.

¹⁶⁶ Sakens premiss 56.

¹⁶⁷ Sakens premiss 68.

4.3 Ettersending av manglende dokumentasjon

Hvorvidt oppdragsgiver kunne anmode om ettersending av dokumentasjon som ikke var vedlagt tilbudet, var tema i KOFA sak 2017/104 (Offentlig Fellesinnkjøp på Agder). I den konkrete saken hadde leverandøren unnlatt å inngi dokumentasjon på at produktene var CE-merket før tilbudsfristens utløp. Spørsmålet var om oppdragsgiver kunne innhente dokumentasjonen etter tilbudsfristens utløp i medhold av § 23-5. I den konkrete vurderingen uttaler KOFA:

«Slik saken er opplyst for nemnda er det ikke bestridt at produktene som ble tilbudt fra Østereng IT AS var CE-merket på tidspunktet for tilbudsinnlevering. Det forhold som det ble innhentet dokumentasjon for, forelå altså på tidspunktet for tilbudsinnlevering. Dokumentasjon på at produktene var CE-merket utgjorde dermed ikke vesentlige justeringer av det opprinnelige tilbudet slik at det i realiteten dreiet seg om et nytt tilbud.»¹⁶⁸

Det avgjørende for om dokumentet kunne tillates ettersendt var at innholdet objektivt kunne konstateres at forelå ved utløpet av tilbudsfristen.¹⁶⁹ Ettersendingen av dokumentasjonen medførte ingen forbedring av tilbud i strid med de grunnleggende prinsippene.

Motsatt ble lagt til grunn av KOFA i sak 2017/68 (Bane NOR SF). Oppdragsgiver syntes den innsendte kvalitetsplanen for prosjekter var «noe mangelfull» og ønsket å få tilsendt et nytt eksempel på en prosjektspesifikk kvalitetsplan. Oppdragsgiver mottok ikke planen før etter utløpet av tilbudsfristen. Spørsmålet var om forsyningsforskriften § 19-5 (tilsvarende anskaffelsesforskriften § 23-5) tillot ettersending av skjemaet.

KOFA fant at den ettersendte kvalitetsplanen viste til to prosjekter som ikke forelå eller ble tilbudt i leverandørens opprinnelige tilbud. Det forelå ingen objektive holdepunkter for at prosjektene opprinnelig var ment tilbudt.¹⁷⁰ Å tillate ettersending av planen ville gi leverandøren en mulighet til å tilføre tilbudet nye elementer som kunne forbedre tilbudets rangering i konkurransen. Dette ville være i strid med § 19-5 annet ledd (tilsvarende § 23-5 annet ledd). Det var dermed riktig av å se bort fra dokumentasjonen ved evalueringen av tilbudet.

Begge avgjørelsene er i tråd med departementets oppfatning om at ettersending av manglende dokumentasjon forutsetter at innholdet i de nye opplysningene kan objektivt konstateres at forelå på tidspunktet for innlevering av tilbud.¹⁷¹ Attester eller

¹⁶⁸ Sakens premiss 31 (min utheving).

¹⁶⁹ I tråd med C-336/12 (Manova) premiss 29. Lagt til grunn å gjelde for tilbudsevalueringen i C-324/14 (Partner Apelski Dariusz).

¹⁷⁰ Sakens premiss 53.

¹⁷¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 270.

sertifikater vil normalt tillates ettersendt etter tilbudsfristens utløp.¹⁷² For andre typer dokumentasjon må det foretas en mer konkret vurdering.

¹⁷² Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

5 Praktiske spørsmål tilknyttet avklaringsadgangen

5.1 Hvor mange leverandører skal anmodningen sendes til?

Den overordnede utgangspunktet slik det følger av sak C-599/10 (Slovensko), er at oppdragsgivers anmodning om avklaring må rettes mot alle leverandører i samme situasjon med mindre det foreligger objektive holdepunkter som kan begrunne en forskjellsbehandling av leverandørene.¹⁷³ Dette innebærer at dersom to eller flere leverandører mangler samme type dokumentasjon i sine tilbud eller forespørsler om deltakelse i konkurransen, må alle gis samme mulighet til å få ettersendt dokumentasjon.¹⁷⁴

Kravet til likebehandling er likevel ikke til hinder for å behandle leverandører som begår forskjellige typer feil eller unnlater ulikt. Det vil være en forsvarlig behandling av likebehandlingsprinsippet dersom oppdragsgiver tillater én leverandør å ettersende et manglende årsregnskap, men ikke gir en annen en tilleggsfrist til å utarbeide en referanseliste. I førstnevnte tilfelle vil suppleringen ikke i nevneverdig grad gi leverandøren noen materiell fordel, mens i sistnevnte tilfelle er det usikkert om feilen i det hele tatt kan avklares fordi leverandøren kan oppnå en fordel i tid ved å utarbeide referanselisten.¹⁷⁵

Anmodningen om avklaring må dessuten rette seg mot *alle* punkter i tilbudet som er uklare eller som ikke er i tråd med kravene fastsatt i anskaffelsesdokumentene.¹⁷⁶ Oppdragsgiver er etter dette avskåret fra å avvise tilbud på grunn av andre uklarheter i tilbudet han har valgt å ikke avklare.¹⁷⁷

5.2 Kravet om skriftlighet

Enhver anmodning om avklaring skal skje «skriftlig», jf. § 23-5 første ledd. Regelen er et utslag av bevismessige hensyn og skal sikre kravet til gjennomsiktighet, herunder etterprøvbarehet av anskaffelsesprosessen jf. anskaffelsesloven § 4.¹⁷⁸

Hovedregelen etter anskaffelsesforskriften § 32-2 annet ledd er at all kommunikasjon og informasjonsutveksling skal skje skriftlig gjennom elektroniske kommunikasjonsmidler. Fra 1. juli 2018 gjelder bestemmelsen om elektronisk kommunikasjon for alle virksomheter.¹⁷⁹ Gjennom konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) vil både mottak

¹⁷³ Sakens premiss 43. Senere lagt til grunn i C-287/14 (Arcus) premiss 30.

¹⁷⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 272.

¹⁷⁵ Omtalt av Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, 2014 s. 418.

¹⁷⁶ C-599/10 (Slovensko) premiss 44. Senere lagt til grunn i sak C-287/14 (Esaprojekt) premiss 30.

¹⁷⁷ Lagt til grunn av Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 272.

¹⁷⁸ Lagt til grunn i dansk rett, se Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *Dialog før og under udbudsprocessen*, 2018 s. 46.

¹⁷⁹ Anskaffelsesforskriften § 32-2 annet ledd bokstav c.

og levering av tilbud, samt all dialog tilknyttet avklaring av leverandørens kvalifikasjoner eller tilbud, skje elektronisk.¹⁸⁰

Etter omstendighetene kan det faktum at oppdragsgiver på egenhånd innhenter supplerende dokumentasjon, reise noen problemstillinger i forhold til § 23-5. I KOFA sak 2017/104 (Offentlig Fellesinnkjøp på Agder) innhentet oppdragsgiver selv den ønskede dokumentasjonen fra leverandørens nettside. Klager anførte at en anmodning om avklaring skulle skje ved en «skriftlig» henvendelse til leverandøren. Spørsmålet var derfor om innhenting av dokumentasjonen var lovlig etter § 23-5.

KOFA viser til at formålet med en utvidet avklaringsadgang ikke talte for å oppstille et generelt forbud mot at oppdragsgiver selv innhentet dokumentasjon fra en åpen nettside.¹⁸¹ I den konkrete saken var dokumentasjonen offentlig tilgjengelig på leverandørens nettside, og innhenting av dokumentasjonen medførte ingen endring av tilbudet slik det forelå ved tilbudsfristens utløp. KOFA presiserer imidlertid at innhenting av dokumentasjon på egenhånd kan reise problemstillinger i forhold til prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, men at dette ikke var tilfellet i den konkrete saken.¹⁸²

I situasjoner hvor oppdragsgiver vurderer å avklare forhold i tilbudet og ønsker å innhente supplerende opplysninger eller dokumentasjon på egenhånd, bør han gjøre en nedtegnelse i anskaffelsesprotokollen hvor det fremgår hvilken dokumentasjon han innhenter, fra hvilket sted og på hvilket tidspunkt.¹⁸³ På denne måten vil oppdragsgiver forsøke å ivareta prinsippene om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

5.3 Kravet om en kort tilleggsfrist

Oppdragsgiver kan anmode om å få avklart eller ettersendt dokumentasjonen «innen en kort tilleggsfrist», jf. § 23-5 første ledd.

Departementet mener fristen må være «rimelig og gi leverandørene en reell mulighet til å komme med de opplysningene som blir etterspurt.»¹⁸⁴ En passende tidsfrist må fastsettes etter en konkret vurdering i det enkelte sak, og beror på hvilken type dokumentasjon som ønskes fremlagt av oppdragsgiver.¹⁸⁵ Er det tale om dokumentasjon som leverandørene normalt besitter eller hvor innhenting tar minimalt med tid, eksempelvis for årsregnskaper, bør det settes en kortere frist enn hvor dokumentet

¹⁸⁰ Nærings- og fiskeridepartementet, *Nytt anskaffelsesregelverk*, 2017 og Direktoratet for forvaltning og IKT, *Anskaffelse av konkurransegjennomføringsverktøy (KGV)*, 2016.

¹⁸¹ Sakens premiss 35.

¹⁸² Sakens premiss 36.

¹⁸³ Gulsvik (2018). Se anskaffelsesforskriften § 10-5.

¹⁸⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 269.

¹⁸⁵ NOU 2014:4 s. 188. Lagt til grunn i dansk rett, se Hamer i Ølykke/Sanchez-Graells (2016) s. 251.

behøves utarbeidet spesifikt til den konkrete konkurransen, eksempelvis attester og redegjørelser.¹⁸⁶

5.4 Konsekvenser ved overtredelse av avklaringsadgangen

Etter det nye anskaffelsesregelverket er det ikke oppdragsgivers spørsmålsstilling i anmodningen om avklaring som avgjørende for avklaringsadgangen, men hvordan leverandøren formulerer sitt svar.¹⁸⁷ Dersom leverandøren inngir mer informasjon enn det som blir etterspurt av oppdragsgiver, vil opplysningene ikke kunne inngå i evalueringen av tilbudet.¹⁸⁸ Tilfører ikke leverandøren tilbudet noe nytt gjennom sitt svar på oppdragsgivers anmodning om avklaring, kan oppdragsgiver ta hensyn til svaret uavhengig av hvordan anmodningen ble utformet.¹⁸⁹

Når oppdragsgiver avklarer forhold som ikke er lovlige etter § 23-5 og bevisst legger de nye opplysningene til grunn ved tilbudsevalueringen, vil oppdragsgiver anses for å ha brutt forhandlingsforbudet i § 23-6 tredje ledd og prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet i anskaffelsesloven § 4. Dersom overtredelsen oppdages før inngåelse av kontrakt, vil feilen trolig kunne rettes ved at oppdragsgiver ser bort fra de nye opplysningene. Etter inngåelse av kontrakt oppstår derimot spørsmålet om erstatningsansvar.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Lagt til grunn i dansk rett, se Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *ESPD; Dokumentation og e-Certis*, 2017 s. 57-58.

¹⁸⁷ Dragsten (2018) og Nærings- og fiskeridepartementet (2018) s. 271.

¹⁸⁸ KOFA-2017/68 (Bane NOR SF) premiss 53-54 og Thue mfl. s. 843.

¹⁸⁹ Direktoratet for forvaltning og IKT (2018).

¹⁹⁰ Omtalt av Dragsten (2013) s. 560.

6 Avsluttende bemerkninger

Hensikten med oppgaven er å belyse innholdet i og rekkevidden av avklaringsadgangen etter det nye anskaffelsesregelverket, hvor det ved ikrafttredelsen var stor usikkerhet blant jurister og andre praktiserende omkring hvilken realitetsendring de nye avklaringsreglene medførte.

Oppgaven viser at avklaringsadgangen etter det nye anskaffelsesregelverket beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, hvor oppdragsgiver må se hen til konkurransegrunnlagets utforming opp mot hvilken informasjon som er inngitt i kvalifikasjonsdokumentasjonen eller tilbudet.

Kapittel 3 viser at grensene for avklaring av leverandørens kvalifikasjoner beror på rammene av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Avklaringer kan ikke medføre at kvalifikasjonssøknaden endres. Det er i utgangspunktet en videre adgang til å avklare leverandørens kvalifikasjoner, sammenlignet med tilbudsevalueringen hvor det skjer en rangering av tilbudene. Det må gjøres et unntak fra dette for begrensede anbudskonkurranser, som er underlagt tilsvarende begrensninger som ved avklaring av tilbud.

Kapittel 4 viser at den sentrale begrensningen for avklaringsadgangen tilknyttet tilbudene er at tilbudet ikke må «forbedres». Forhandlingsforbudet gir i utgangspunktet en snever adgang til å foreta avklaringer forhold i tilbudet. I motsetning til det tidligere regelverket, åpner den nye anskaffelsesforskriften i større grad for å avklare forhold som kan ha betydning for evalueringen av tilbudene. For øvrig kan oppdragsgiver avklare hvorvidt tilbudet inneholder et vesentlig avvik før spørsmålet om avvisning, så fremt dette er uklart ut fra tilbudets innhold.

Kapittel 5 viser at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet setter klare rammer for hvordan en anmodning om avklaring skal formuleres og overfor hvor mange leverandører en anmodning må fremsettes til.

Slik som avklaringsreglene er utformet i den nye anskaffelsesforskriften, er det gode grunner til å synliggjøre at oppdragsgivere som ønsker å benytte seg av avklaringsadgangen, beveger seg inn i et rettslig landskap hvor han må forholde seg til et anskaffelsesregelverk som både baserer seg på EU/EØS-rettslige kilder og nasjonal rett. Det foreligger fortsatt mange vanskelige tolkningsspørsmål tilknyttet avklaringsadgangen i det nye anskaffelsesregelverket. For eksempel har en polsk domstol i senere tid stilt spørsmål til EU-domstolen om betydningen av det tidligere anskaffelsesdirektivet artikkel 51 og likebehandlingsprinsippet, og om disse er til hinder for å innhente andre dokumenter enn årsregnskaper som er nevnt i sak C-336/12

(Manova).¹⁹¹ Det kan derfor forventes at det i fremtiden kommer avgjørelser fra EU-domstolen vedrørende om supplerende og manglende opplysninger.

Oppgaven har forsøkt å belyse noen av de vanskelige problemstillingene som avklaringsreglene reiser. I og med at det ikke er avklart i verken EU/EØS-retten eller i nasjonal rett hva som generelt utgjør lovlige og ulovlige avklaringer etter det nye anskaffelsesregelverket, kan denne oppgaven kanskje gi et bidrag til hva som kan antas å være gjeldende rett frem til dette blir avklart av domstolene.

¹⁹¹ C-387/14 (Esaprojekt) premiss 33 (1).

7 Litteraturliste

7.1 Lover og forskrifter

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

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

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

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

7.2 Direktiver og forordninger

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser.

Europaparlamentets- og rådsdirektiv av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Kommisjonens gjennomføringsforordning 2016/7 (EU) 2016/7 av 5. januar 2016 om en standardformular for det felles europeiske anskaffelsesdokument (ESPD).

7.3 Forarbeider

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

NOU 1997:21 *Offentlige anskaffelser*, 18. juni 1997.

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

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

7.4 Rettsavgjørelser

7.4.1 Avgjørelser fra norske domstoler

Rt-2012-1729 (Mika AS)

Rt. 2003 s. 1531 (Veidekke)

Rt. 2002 s. 391 (Jo-Bolaget Fruktprodukter HB)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

LH-2015-119650 (Samferdselsdepartementet)

LB-2012-36777 (Skanska Norge AS)

LB-2010-115884 (Solution Partner Hospitality AS)

LB-2008-103502 (Arbeids- og velferdsdirektoratet)

LB-2008-610 (Veolia Transport Nord AS)

Kristiansand tingretts kjennelse i sak nr. 17-066645TVI-KISA/22 av 29.05.2017.

7.4.2 Avgjørelser fra EU-domstolen

C-131/16 (Archus)	ECLI:EU:C:2017:338
C-387/14 (Esaprojekt)	ECLI:EU:C:2017:338
C-324/14 (Partner Apelski Dariusz)	ECLI:EU:C:2016:214
C-42/13 (Cartier Dell'Adda SpA)	ECLI:EU:C:2014:2345
C-336/12 (Manova)	ECLI:EU:C:2013:647
C-599/10 (Slovensko)	ECLI:EU:C:2012:191
T-195/108 (Antwerspe Bouwwerken NV)	ECLI:EU:T:2009:491
C-87/94 (Wallonske busser)	ECLI:EU:C:1994:166

7.5 KOFA-praksis

Sak 2018/368 (Forsvarsbygg)

Sak 2017/139 (Hedmark Fylkeskommune)

Sak 2017/135 (Stavanger, Sandnes, Sola, Rennesøy og Finnøy kommune)

Sak 2017/120 (Oslo kommune)

Sak 2017/104 (Offentlig Fellesinnkjøp på Agder)

Sak 2017/95 (Bodø kommune)

Sak 2017/82 (Sykehusinnkjøp HF)

Sak 2017/75 (Sjåk kommune)

Sak 2017/68 (Bane NOR SF)

Sak 2016/84 (Rauma kommune)

Sak 2012/150 (Statens vegvesen, Region Nord)

Sak 2007/2 (Undervisningsbygg Oslo KF)

7.6 Litteratur

Arrowsmith, Sue, *Law of Public and Utilities Procurement*, Volum 1, 3. utgave (London 2004).

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

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

Ekre, Oda Hellenes, *Tolkning av tilbud i anbudskonkurranser*, Lov og rett, 2014, (volum 53) s. 253-272.

Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 3. utgave (København 2014).

Goller, Morten, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave (Oslo 2017).

Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsrett* (København 2016).

Hamer, Carina Risvig, «Requesting additional information- increase of flexibility and competition?» i *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Grith Skovgaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells (red.) (Cheltenham, Storbritannia 2016) s. 235-252.

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

Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler- i dansk kontekst*, 2. utgave (København 2017).

7.7 Andre kilder (nettsteder ol.)

Direktoratet for forvaltning og IKT, *Avklaring og ettersendelse*, 30. oktober 2018. Hentet fra:

<https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/konkurransgjennomforing/velge-tilbud-og-innga-avtale/avklaring-og-ettersendelse>

(Sist besøkt 3. november 2018).

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

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

(Sist besøkt 1. desember 2018).

Sanchez-Graells, Albert, *A duty to «save» seemingly non-compliant tenders for public contracts? Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts*, *Revista de Direito Administrativo*, 20. mars 2018 s. 59-68. Hentet fra:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3145088&download=yes

(Sist besøkt 2. desember 2018).

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *Dialog før og under udbudsprocessen*, februar 2018. Hentet fra:

https://www.kfst.dk/media/49852/dialog-foer-og-under-udbudsprocessen_februar.pdf

(Sist besøkt 10. november 2018).

Nærings- og fiskeridepartementet, *Nytt anskaffelsesregelverk*, 30. mai 2017. Hentet fra:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurranspolitikk/offentlige-anskaffelser-/forste-kolonne/nytt-anskaffelsesregelverk/id2518659/>

(Sist besøkt 29. november 2018).

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *ESPD; Dokumentation og e-Certis*, juni 2017. Hentet fra:

<https://www.kfst.dk/media/46438/esp-dokumentation-og-ecertis.pdf>

(Sist besøkt 10. november 2018).

Gulsvik, Alf Amund, *Hva betyr Kofas avgjørelse om ESPD-skjemaet?* fra *Anbud365*, 11. september 2017. Hentet fra:

<https://www.anbud365.no/hva-betyr-kofas-avgjorelse-om-ettersending-av-esp-skjemaet/>

(Sist besøkt 25. november 2018).

Thomassen Kirti Mahajan og Jenny Sveen Hovda, *Ettersending av dokumentasjon i de nye anskaffelsesreglene*, fra *Anbud365*, 19. april 2017. Hentet fra:

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

[anskaffelsesreglene/](#)

(Sist besøkt 25. november 2018).

Dragsten, Marianne, *Avklaringsadgangen*, PowerPoint- presentasjon utgitt fra den norske dataforening, 2017. Hentet fra:

https://www.dataforeningen.no/getfile.php/3925032.1488.cdpdsaxufc/Dragsten_Marianne_Avklaringsadgangen.pdf

(Sist besøkt 10. november 2018).

Direktoratet for forvaltning og IKT, *Anskaffelse av konkurransegjennomføringsverktøy (KGV)*, 1. november 2016. Hentet fra:

<https://www.anskaffelser.no/hva-skal-du-kjope/fagsystemer-elektronisk-handel-e-handel/konkurransegjennomforingsverktoy>

(Sist besøkt 29. november 2018).

Telefonsamtale med Marianne Dragsten 01.11.2018 (Dragsten 2018).

Telefonsamtale med Alf Gulsvik 15.11.2018 (Gulsvik 2018).