

Offentlige anskaffelser

*Forbehold mot oppdragsgivers kontraktsvilkår ved
anbudskonkurranse*

Studentnr.: 152199

Veileder: Dr. juris Kai Krüger

Leveringsfrist: 10.12.08

Til sammen: 9828 ord.

Universitetet i Bergen

Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE	2
1. INNLEDNING	4
2. HOVEDDEL	6
2.1 HVOR LANGT KAN OPPDRAGSGIVER GÅ I Å GJØRE ENDRINGER I BRANSJENS FREMFORHANDLEDE STANDARDKONTRAKTER?	6
2.1.1 <i>Innledning</i>	6
2.1.2 <i>Innebærer § 3-11 en plikt for oppdragsgiver til å benytte kontraktsstandarder der disse finnes?</i> 7	
2.1.3 <i>Når kan oppdragsgiver gå utenfor kontraktsstandardene og hvilke endringer kan gjøres?</i> 14	
2.1.4 <i>Hvilke konsekvenser får det at oppdragsgiver opptrer i strid med plikten?</i>	15
2.2 I HVILKE TILFELLER KAN ET FORBEHOLD FØRE TIL AT TILBUDET KAN ELLER SKAL AVVISES, JF. §11-11?	16
2.2.1 <i>Innledning</i>	16
2.2.2 <i>Når blir et forbehold i substans eller omfang "vesentlig", slik at oppdragsgiver er forpliktet til å avvise anbudet, jf. forskriften § 11-11 (1) d?</i>	17
2.2.3 <i>Hva innebærer det at et forbehold "kan medføre tvil" om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. § 11-11 (1) f?</i>	18
2.2.4 <i>I hvilke tilfeller kan oppdragsgiver avvise et tilbud med forbehold i medhold av § 11-11 (2) a?</i> 19	
2.3 OPPSTÅR DET ERSTATNINGSANSVAR FOR OPPDRAGSGIVER DERSOM ET FORBEHOLD BLIR FRAFALT VED FORSKRIFTSSTRIDIGE FORHANDLINGER, OG OPPDRAGSGIVER ANTAR TILBUDET?	24
2.3.1 <i>Innledning</i>	24
2.3.2 <i>Positiv kontraktsinteresse</i>	25
2.3.3 <i>Negativ kontraktsinteresse</i>	27
3. AVSLUTNING.....	29
REFERANSER	31

LITTERATUR.....32

1. Innledning

Tema for oppgaven er leverandørenes forbehold mot oppdragsgivers kontraktsvilkår ved anbudskonkurranse. Problemstillingene temaet reiser er særlig aktuelle for entrepriseforhold, og oppgaven er skrevet med blick på denne sektoren. Oppdragsgiver legger ensidig ned premisene for konkurransen, og i motsetning til forhandling med konkurranse har man ikke anledning til å endre de tilbud som er gitt. Gjennom avvisningshjemmelen i forskrift for offentlige anskaffelser (foa) § 11-11 har man derfor søkt å sikre likebehandling av leverandørene.

I et kjøpervennlig marked har det imidlertid utviklet seg en praksis for at oppdragsgiver overfører risiki og byrder på leverandørene. Dette skjer gjennom vidtgående endringer av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, eller ved at oppdragsgiver går helt bort fra standardene og benytter egne vilkår. En slik praksis medfører at leverandører velger ikke å delta i konkurransen, eller at disse tar forbehold mot kontraktsvilkårene med den fare at tilbudet avvises.

Det er også vanlig at leverandørene tar andre forbehold, for eksempel mot de minstekrav som oppdragsgiver har fastlagt for alternative tilbud i konkurransegrunnlaget. Også her oppstår det fare for avvisning når forbeholdet er vidtgående. Oppdragsgiver har ikke anledning til å forhandle med leverandørene for å endre tilbudet. Dersom dette likevel skjer, oppstår spørsmålet om erstatning.

Oppgaven reiser dermed tre hovedproblemstillinger:

Problemstillingen i del 2.1 er knyttet til hvorvidt foa § 3-11 pålegger oppdragsgiver en plikt til å benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der disse finnes. Hvilke konsekvenser vil det i så fall medføre at oppdragsgiver bryter med denneplikten. Herunder vil det vurderes hvilke tilfeller som begrunner avvik, og hvilke avvik som eventuelt kan gjøres.

Når leverandørene tar forbehold, oppstår faren for at tilbudet skal eller kan avvises med hjemmel i foa § 11-11. Bestemmelsen er svært uklar, og det er vanskelig å forstå hvilke rettigheter leverandørene har i en slik situasjon. I del 2.2 blir det derfor gitt en vurdering av hvordan avvisningshjemlene i § 11-11 skal forstås. Her vil det også vurderes hvorvidt man med grunnlag i § 11-11 kan innfortolke en plikt for oppdragsgiver til å foreta en taksering av

forbeholdet, og om dette i så fall gir en forsvarlig vurdering av forbeholdet. Forbehold om lønns- og prisstigning vil benyttes som eksempel.

I del 2.3 vil det kort knyttes noen kommentarer hvilke problemer som oppstår i forhold til årsakssammenheng for erstatning dersom et forbehold frafalles gjennom forskriftsstridige forhandlinger. Rt. 2005 s. 1481 gir et eksempel på et slikt tilfelle, men spørsmålet om erstatning var ikke oppe. Vurderingen tas med utgangspunkt i denne dommen. Hvilke krav bør stilles til årsakssammenheng når leverandøren har blitt presset til å frafalle forbehold om lønns- og prisstigning?

Til slutt vil det i del 3 gis en kort avslutning og sammenfatning av problematikken.

For å lette lesningen omtales bare bestemmelsene i forskriftens del II, selv om tilsvarende betraktninger må legges til grunn for konkurranser som gjennomføres etter reglene i del III.

2. Hoveddel

2.1 Hvor langt kan oppdragsgiver gå i å gjøre endringer i bransjens fremforhandlede standardkontrakter?

2.1.1 Innledning

Problemstillingen er i praksis bare aktuell for bygg- og anleggsbransjen (BA-) og petroleumssektoren der man har omforente kontraktsstandarder. Det følger av § 3-11 at der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse ”som hovedregel” brukes ved inngåelse av kontrakter. Bestemmelsen gjelder alle kontrakter; vare-, tjeneste- og BA-kontrakter (Veileder til reglene om offentlige anskaffelser 2006 (veilederen), s. 131).

Som det vil kommes tilbake til, følger det av forordet til NS 8405 at partene som har tatt del i standardiseringsarbeidet forutsetter at standarden benyttes ”uten andre endringer eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt”. På tross av både forordet i NS 8405 og § 3-11 er det en utbredt praksis for at offentlige oppdragsgivere benytter NS 8405 med vidtgående endringer. Det er også vanlig at oppdragsgiver legger helt andre vilkår til grunn i kontraktsgrunnlaget. Dette skjer selv om det er tale om vilkår som ikke med rimelighet kan sies å være ”nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt”.

Det er uklart hva som ligger i formuleringen ”som hovedregel”. Det fremgår ikke av ordlyden om dette innebærer at oppdragsgiver i utgangspunktet har en plikt til å benytte seg av kontraktsstandarder eller om det kun er tale om en tilrådning. Dersom formuleringen er ment å uttrykke en plikt for oppdragsgiver, mangler det føringer for hvilke situasjoner som begrunner avvik og hvilke avvik som kan gjøres.

Direktivet gir ingen bestemmelser om bruk av kontraktsvilkår, og spørsmålet er dermed tillagt nasjonale myndigheter.

2.1.2 Innebærer § 3-11 en plikt for oppdragsgiver til å benytte kontraktsstandarder der disse finnes?

Petroleumskontraktene og NS 8405

Ettersom entrepriseretten utenfor forbrukerforhold er ulovfestet, var formålet bak standardiseringsarbeidet å bidra til effektivisering av kontraktsinngåelsen ved at forholdene ble ordnet under balanserte og forutsigbare standardvilkår. Det har derfor lenge vært forutsetningen i BA-bransjen at de omforente kontraktsstandardene skulle benyttes uendret med mindre det konkrete prosjektet nødvendiggjorde endringer eller standarden selv åpnet for dette. I slike situasjoner er det derfor ikke kritikkverdig at oppdragsgiver foretar endringer i standarden. Forutsetningen for arbeidet er uttrykkelig fastslått i forordet til NS 8405:

”[s]tandarden gir uttrykk for hva de overnevnte organisasjoner og institusjoner er blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg og anleggsarbeider. Det er de overnevnte organisasjoners forutsetning at standarden anvendes uten andre endringer eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt”.

Dersom forutsetningen overses, mister det omfattende arbeidet sin verdi. Man vil være tilbake til en forhandlingssituasjon hvor den sterkeste parten i stor grad dikterer innholdet av kontraktsvilkårene. Standarden blir da redusert til å være en mal for en balansert kontrakt som bare blir brukt når markedssituasjonen tilsier at resultatet av forhandlinger uansett ville bli en rimelig fordeling av ansvar. Forutsetningen som er lagt til grunn i forordet ville da bli overflødig. Dette har klart ikke vært partenes intensjon da NS 8405 ble utarbeidet. Partene har inngått kompromisser, slik at man har gode kontraktsvilkår i grunnen for prosjektene og dermed unngår konflikter. Når standarden benyttes uavhengig av markedssituasjon, fører dette på lang sikt til en utjevning av hvem som tjener på at standarden blir brukt.

Gode grunner taler for at offentlige oppdragsgivere opptrer i tråd med denne forutsetningen, men oppdragsgivere benytter likevel egne eller endrede vilkår under påskudd av at dette er begrunnet i det konkrete prosjektet. Praksisen er omfattende, og det er utvilsomt at denne begrunnelsen ofte ikke gjenspeiler virkeligheten. Tilsvarende tendenser kan ikke ses innen petroleumssektoren. Det kan dermed stilles spørsmål ved hva det er som gjør denne forskjellen, ettersom petroleumssektoren har lagt tilsvarende forutsetninger til grunn.

Partene til petroleumskontraktene (NF 07 og NTK 07) har underskrevet en protokoll hvor det, som i NS 8405, uttrykkes at partene skal benytte standardene innenfor deres virkeområde og at det kan foretas endringer som er hensiktsmessige i forhold til det enkelte prosjekt, jf. protokollens pkt 1 og 6. Protokollen går imidlertid et stykke lenger. Den fastlegger fremgangsmåten for å foreta endringer og, dersom en part ikke ønsker å benytte seg av standarden, regler for oppsigelse av standarden, jf. pkt 6 og 9. Partene har lagt stor vekt på at NF 07 skal være dynamisk. Både når det gjelder endringer og ønske om oppsigelse, er det lagt vekt på at leverandørorganisasjonen, Norsk Industri (NI), skal varsles for å vurdere om det er nødvendig med forhandlinger om standardvilkårene. Videre er det fastslått at partene forplikter seg til å drive intern opplæring i standardene, ”med særlig vekt på kontraktens prosedyrer”, jf. pkt 8.

Reguleringene er detaljerte, og mye tyder på at det har vært partenes intensjon at de skulle være forpliktet til å benytte disse. Kravet om at partene skal drive intern opplæring gir signaler om at bruk av og kunnskap om standardene er forutsatt og sikrer effektivisering av prosessen. Samtidig sikrer kravet om skriftlighet og frist for oppsigelse at partene innser alvorligheten av et avvik. Den største forskjellen ligger dermed i at petroleumspartene har nedlagt mer formaliserte forutsetninger om bruk av standardene. Et ønske om oppsigelse eller endringer uttrykker enten at standarden ikke holder mål eller at den er uønsket som kontraktsvilkår. Det er ikke knyttet rettslige sanksjoner til at en part skulle velge å overse protokollen totalt. En slik håndtering sender imidlertid entydige signaler om at vedkommende part aktivt opptrer i strid med standardiseringsarbeidets intensjon. Illojalitet overfor standardiseringsarbeidet blir dermed tydeliggjort., og samarbeidet mellom partene settes i fare, noe som igjen medfører fare for faktiske sanksjoner.

NS 8405 har ikke formaliserte retningslinjer for bruk eller ikke-bruk av standarden, og en forsømmelse av å etterleve forutsetningen som er lagt til grunn i forarbeidet, renner ut i sanden ettersom standarden ikke har noen mekanisme for å håndtere dette. Det kan imidlertid ikke være særlig tvil om at forordets formuleringer er ment å inneholde en tilsvarende plikt innen entreprisedektoren som den man har i petroleumssektoren. At det ikke er knyttet sanksjoner til ikke-bruk, tyder imidlertid på at det er tale om en moralsk plikt og at partene ikke er rettslig bundet til slik bruk.

Forarbeidene til foa § 3-11

Begrunnelsen for at utvalget foreslo at den tidligere REFSA-bestemmelsen om plikt til å benytte kontraktsstandarden NS 3430 skulle oppheves, var at det eksisterte andre standarder ved siden av denne. En plikt til å benytte NS 3430 kunne dermed være uhensiktsmessig. Det ble videre vist til det uheldige ved at offentlige organer skulle være bundet av det som i hovedsak var næringslivets standarder og utenfor det offentliges kontroll (NOU s. 105). Krüger viser imidlertid til at dette er misvisende ettersom arbeidet gjennomføres på lignende måte som vanlig lovforberedelse og holder presumptivt høy fagjuridisk standard. Han uttaler videre at "[d]ermed fungerer lovverket i noen grad som "vikarierende lovgivning" og det har da stor betydning at også det offentlige som byggherre kan leve med vilkårene" (Krüger, s. 30-32).

Departementet har ikke ansett utvalgets argument for å være avgjørende, og inntok en mer restriktiv holdning i forarbeidene til bestemmelsen. Det ble uttalt at "statlige oppdragsgivere som den klare hovedregel har en plikt til å anvende balanserte standarder og vilkår". Med henvisning til de høringsinstansene som var negative til opphevelse av bestemmelsen, understreket departementet at det "selvfølgelig ikke ønsker en utvikling hvor statlige oppdragsgivere benytter "ensidige" vilkår i den forstand at risiko og byrder fordeles på en lite rimelig måte mellom partene... På den annen side bør ikke oppdragsgiveren låses til standarder på en slik måte at han forhindres fra å opptre på en profesjonell, forretningsmessig og hensiktsmessig måte i markedet" (Ot.prp. s. 44).

Det følger av forarbeidene at det er profesjonaliteten som står i sentrum. Bestemmelsen skal være åpen for at det enkelte prosjekt blir gjennomført på en hensiktsmessig måte, men det har likevel vært den klare forutsetning at den ikke i utgangspunktet skal tillate urimelige vilkår. Det er først og fremst ønsket om å unngå konflikt som ivaretas ved bruk av kontraktsstandardene. Spørsmålet er dermed om rettstilstanden krever at det offentlige retter seg etter det som er fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder i bransjen, jf. også at § 3-11 bare viser til balanserte standarder. Departementet anså det hensiktsmessig at offentlige oppdragsgivere skulle benytte disse selv om de i hovedsak var utarbeidet av private parter og noen få offentlige oppdragsgivere. Den fristillelse av oppdragsgiver som er uttrykket i og med at oppdragsgiver ikke skal "låses" må derfor peke i retning av at det er åpnet for bruk av andre vilkår kun hvor bruk av standardvilkår ville uhensiktsmessig.

Avgjørelsen i KOFA, sak 2003/138

Etter at forskriften var satt i kraft, var spørsmålet oppe i KOFA, og det ble konkludert med at en plikt til å benytte kontraktsstandarder ikke kunne utledes av § 3-11 (da § 3-9). Det ble hevdet at det har ”formodningen mot seg at bestemmelsen skal tolkes som noe mer enn en ordensforskrift” og videre at ”[v]erken lovens eller forskriftens formål er... å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått”. Det ble videre vist til at daværende veileder til regelverket etter KOFAs mening bare ga en klar anbefaling om å benytte standardene.

Avgjørelsen kan oppfattes paradoksal i lys av forutsetningene som ble lagt til grunn i forarbeidene. Det er ikke uforenlig med ordensforskriftsbegrepet at det dreier seg om en plikt. Kontraktsvilkårene fremkommer av konkurransegrunnlaget og får dermed stor praktisk betydning for leverandørene ved vurdering av om tilbud skal fremsettes og hvordan dette eventuelt skal utarbeides. Oppdragsgiver fastsetter ensidig hvilke vilkår som gjelder for konkurransen, og så lenge konkurransen pågår er det ikke anledning til å forhandle om disse. Noe annet er det at reglene ikke har til formål å regulere partenes forhandlinger når kontrakt er inngått, ettersom det er ved dette tidspunktet man har en reell forhandlingsmulighet. I et slikt tilfelle er man imidlertid utenfor lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Når bestemmelsen er tatt inn, viser dette at kontraktsstandardene er blitt ansett for å være av betydning i anskaffelsesprosessen. Man kan derfor tvert i mot si at det har formodningen mot seg at departementet har ment at bestemmelsen fritt kan overses. KOFAs begrunnelse taper da verdi.

Endring av foa § 3-11

På bakgrunn av uklarhetene rundt § 3-11 ble det i vedtak av 7. april 2006 bestemt at forskriften skulle endres. Ny § 3-11 (1) skulle lyde slik:

”Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse brukes, med mindre konkrete forhold begrunner avvik fra standarden. Uansett skal ingen urimelig risiko overføres til leverandøren for forhold og hendelser som han ikke har noen kontroll over og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd.”

Forskriften og den nye formuleringen i § 3-11 skulle trå i kraft 1. januar 2007, men ved kongelig resolusjon 24. november 2006 ble ordlyden endret uten dialog med næringslivet.

Det ble henvist til at det var kommet reaksjoner fra flere offentlige oppdragsgivere om at § 3-11 slik den lød ville medføre et inngrep i avtalefriheten.

Etter det som tidligere er nevnt, innebar den nye bestemmelsen i realiteten ingen endring. Den kunne snarere leses som en reformulering og klargjøring av innholdet i bestemmelsen. Et avvik skulle begrunnes i det konkrete forhold. I en slik situasjon kan vilkår som normalt vil anses ubalanserte likevel måtte anses rimelige. I denne kontekst blir andre setning bare en rettsteknisk påminnelse om at oppdragsgiver ikke kan gå lenger enn dette. Et argument om at en bestemmelse med slikt innhold ikke kan aksepteres fordi den vil være et inngrep i avtalefriheten kan ikke tillegges særlig vekt. Anskaffelsesreglementet er nettopp en inngripen i avtalefriheten. Slike inngrep er heller ikke noe nytt hvor man har et særlig skjevt forhandlingsforhold. På forbrukerområdet har man lenge tatt hensyn til dette, og innført grenser for hvilke kontraktsvilkår som kan avtales. Bestemmelsen i § 3-11 gir uttrykk for at man går i retning av et slikt vern også innenfor området for offentlige anskaffelser.

Ny veileder til forskriften

I november 2006 kom ny veileder til forskriften og erstattet veilederen av 2001. KOFA-avgjørelsen er nevnt. Departementet uttaler nå at bestemmelsen er en ”ordensbestemmelse som forutsetter at oppdragsgiver vurderer om det eksisterer en egnet standardkontrakt, og at oppdragsgiver søker å holde seg til standarden i den grad anskaffelsen ikke tilsier avvik”. Departementet understreker deretter den overnevnte uttalelsen fra departementet (ot.prp. s. 44).

Departementet peker videre på at overføring av urimelig risiko for forhold som leverandøren ikke har kontroll over og der kostnads- og tidskonsekvensene ikke kan estimeres på forhånd, vil medføre at leverandører ikke deltar, eller at disse tar forbehold som igjen kan føre til avvísning. Det uttales at dette kan stride mot hovedprinsippene i anbudregelverket (s. 131), trolig med særlig sikte på konkurransehensynet. Resultatet av en slik praksis medfører at det blir mindre konkurranse og høyere priser, både som følge av prising av risikoen og lavere deltakelse. Det vil også medføre større risiko for at prosjektet strander ved en leverandør som ikke kan innfri sine forpliktelser. Jan Greve uttaler om problematikken at ”fast pris, totalentreprise og lave fortjenestemarginer egentlig bare er mulig når den... som påtar seg slike forpliktelser, har tilstrekkelig kunnskap om kontraktens arbeidsomfang og kompleksitet (Jan Greve, s.232). Dersom leverandørene ikke gis oversikt over de forpliktelser som følger

med prosjektet, vil dette slå ut i dårligere kvalitet på konkurransen og på lengre sikt en tilsidesetting av hensynet til effektiv bruk av offentlige midler.

Behov for revisjon etter avtl. § 36

En konsekvens av at § 3-11 ikke inneholder et vern mot urimelige vilkår, er at etterfølgende forhold kan føre til at det oppstår behov for revisjon etter avtaleloven (avtl.) § 36. Høyesterett har uttrykket sterk tilbakeholdenhet mot å benytte bestemmelsen i næringsforhold, men i Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebru) ble det uttalt "[a]t avtaleloven § 36 også gjelder kontrakter mellom profesjonelle kontraktsparter, er etter min mening ikke tvilsomt" (s. 943). Det følger av § 36 (2) a at det i vurderingen skal "tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig". Spørsmålet er om det er "urimelig eller i strid med god forretningsskikk" å gjøre avtalen gjeldende, jf. § 36.

Når markedet er presset, styrer oppdragsgiver anbudsprosessen etter eget behov. Man utformer grunnlaget for konkurransen, og den som får oppdraget er den som kan tåle eller forsøker å tåle den laveste fortjenestemarginen. Man har ingen reell forhandlingsposisjon når det gjelder vilkårene for konkurransen. Man enten aksepterer vilkårene eller lar være å delta. Det siste er imidlertid ofte ingen mulighet for mindre aktører.

Ofte er det tale om overføring av risiki og byrder som det på forhånd er umulig å forutse de økonomiske konsekvensene av, og som byggherren normalt ville båret risikoen for. I Salhus Flytebru uttalte andrevoterende i denne sammenheng at "[p]å den annen side er det grunn til å understreke at det i vår sak ikke er tale om et slikt problem som befinner seg på byggherrens eget livsområde, som man ikke sjelden står overfor i forbindelse med entrepris, for eksempel fjellforholdene på byggherrens grunn hvor det skal slås en tunnel" (s. 943). Saksforholdet i dommen var at entreprenøren fikk uventede problemer med materialvalget (høyfast stål) som førte til betydelige merutgifter. Etersom forholdet var entreprenørens risiko, burde denne ha skaffet seg opplysninger om at behandlingen av materialet kunne føre til problemer. Opplysningene var tilgjengelige, og entreprenøren burde da selv ha kalkulert med den risiko dette innebar. Entreprenøren var dermed nærmest til å bære risikoen for at dette ikke var gjort.

Annerledes er det, i tråd med andrevoterendes reservasjon, når det er tale om risiki som rimeligvis ligger på byggherren. Som bestiller av prosjektet er det naturlig at oppdragsgiver

må ta konsekvensene ved at prosjektet er kostnadskrevende. Grunnforhold, lønns- og prisbetingelser og lignende er forhold som ligger utenfor entreprenørens fortjeneste og kontroll, men som må tas hensyn til for at entreprenøren skal kunne beregne pris. Det er dermed en vesensforskjell mellom disse forholdene og de som kommer av at entreprenøren selv har valgt en metode som viser seg å være kostbar. Er leverandøren uerfaren og riktig uheldig, kan oppdraget i et allerede vanskelig marked medføre tap.

Dersom § 36 skal tenkes brukt i næringsforhold, må man kunne tenke seg at den benyttes på et tilfelle som dette, hvor leverandøren har blitt presset til å påta seg forpliktelser som ligger utenfor deres kontroll fordi oppdragsgiver ønsker lavere priser enn markedet tilsier. Hensynet til rimelighet og god forretningsskikk tilsier at den som bestiller prosjektet må bære utgiftene ved at det er tale om et kostnadskrevende prosjekt, og dersom den etterfølgende utviklingen i prosjektet viser at leverandøren må bære kostnader som denne ikke har noen kontroll over, vil det kunne være ”urimelig eller i strid med god forretningsskikk” å gjøre avtalen gjeldende etter sitt innhold.

Et krav om god forretningsskikk følger også direkte av loa § 5. Når det i anskaffelsesregelverket er tale om forretningsskikk må det særlig siktes til tilfeller som dette, hvor oppdragsgiver misbruker sin sterke forhandlingsposisjon. Av hensyn både til sammenhengen i lovverket og til leverandørens svake posisjon har det formodningen mot seg at § 3-11 tillater avtalevilkår som vil kunne stride mot § 36.

Etter det som her er sagt, synes det klart at § 3-11 inneholder en plikt for oppdragsgiver til å benytte eksisterende fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder ved offentlige anskaffelser.

2.1.3 Når kan oppdragsgiver gå utenfor kontraktsstandardene og hvilke endringer kan gjøres?

Utgangspunktet er at oppdragsgiver som "hovedregel" skal benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, jf. § 3-11. Bestemmelsen gir som nevnt ingen retningslinjer for hvilke forhold som begrunner unntak fra denne plikten. Departementet har imidlertid pekt på at det er hensiktsmessigheten som skal styre bruken av standardene, og at hensikten er at oppdragsgiver ikke skal låses til bruk av bestemte vilkår.

Dersom vilkårene ikke tar hensyn til de konkrete aspektene ved prosjektet, vil dette gå på bekostning av den regulering som er nødvendig for oppdraget, og profesjonaliteten tapes. Det må da være naturlig å tolke bestemmelsen dit hen at oppdragsgiver i størst mulig grad skal forsøke å benytte standarden, og endre kun der dette er nødvendig i forhold til prosjektet. Dette er også blitt uttrykket i veilederen, hvor det uttales at "[b]estemmelsen er en ordensbestemmelse som forutsetter at oppdragsgiver vurderer om det eksisterer en egnet standardkontrakt, og at oppdragsgiver søker å holde seg til standarden i den grad anskaffelsen ikke tilsier avvik" (s. 131). En vurdering av om plikten er overholdt må da tas i forhold til om avvik er forsvarlig. En slik tolkning samsvarer for øvrig med den forutsetning som er lagt til grunn i forordet til NS 8405. Et eksempel er bestemmelsen i pkt. 9 i NS 8405 om sikkerhetsstillelse. Ettersom offentlige oppdragsgivere ikke stiller sikkerhet, må en endring av punktet aksepteres.

Spørsmålet om hvilke endringer som kan gjøres må ses under denne synsvinkelen. Det følger av § 3-11 at det er balanserte kontraktsstandarder som er hovedregelen. Kravet om balanse må også stå sentralt for vurderingen av hvilke endringer som kan gjøres. En konsekvens av dette må være at vilkårene ikke kan medføre større avvik enn det som er nødvendig. Man må tilstrebe rimelige vilkår med henblikk på det konkrete prosjektet, og dermed innfortolke en tilsvarende begrensning som den man fant i den endrede bestemmelsen om at "[u]ansett skal ingen urimelig risiko overføres til leverandøren for forhold og hendelser som han ikke har noen kontroll over og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd". Et vilkår som i en situasjon vil være i strid med § 3-11, vil som nevnt anses rimelig under andre forutsetninger.

2.1.4 Hvilke konsekvenser får det at oppdragsgiver opptrer i strid med plikten?

Dersom oppdragsgiver går bryter plikten i § 3-11 vil man ha brudd både på denne bestemmelsen og på loa § 5 om krav til god forretningsskikk. Spørsmålet er om dette kan kontraktsvirkninger, slik at man ikke bare må nøye seg med at KOFA påtaler brudd. Som nevnt er spørsmålet lagt til nasjonale myndigheter, men tolkningsstøtte kan hentes også fra EU-retten. I denne sammenheng nevnes at Art. 2 d i nytt endringsdirektiv (2007/66/EC) ikke nevner urimelige vilkår som grunnlag for ”ineffective contract”. Departementet bekrefter også i veilederen til regelverket at bestemmelsen er ment å være en ordensforskrift. Det blir dermed ikke spørsmål om ugyldighet for kontrakter som inngås i strid med bestemmelsen. Man kan derimot tenke seg at et brudd på plikten kan medføre erstatningsansvar, eller eventuelt at kontrakten tolkes mot oppdragsgiver etter ukklarhetsregelen.

I rt. 2007 s. 1489 (Byggholt) ble ukklarhetsregelen avgjørende for at leverandøren fikk medhold for sin forståelse av anbudsgrunnlaget, selv om det ikke ble konstatert brudd på § 3-11. Det ble imidlertid vist til at det ikke gikk tydelig fram av kontraktsgrunnlaget at det var tale om avvik fra standarden. Ettersom det ikke var anledning til å endre på kontraktsvilkårene, måtte tvist om forståelsen avgjøres i etterkant. Det ble uttalt at det for å unngå slik tvist var av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget ”er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse... Av samme grunn vil det være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er anerkjent i byggebransjen”.

Dersom § 3-11 inneholder en plikt for oppdragsgiver til å benytte standard eller balanserte vilkår, må spørsmålet kunne tenkes løst ved at kontrakten tolkes i tråd med bestemmelsen. Denne inneholder grenser for hvilke vilkår oppdragsgiver kan stille, og kontrakten må derfor tolkes mot oppdragsgiver.

2.2 I hvilke tilfeller kan et forbehold føre til at tilbudet kan eller skal avvises, jf. §11-11?

2.2.1 Innledning

Konkurranses grunnlaget fremstår som en oppfordring til å komme med tilbud, jf. avtl. § 9, og tilbudene som blir levert skal i stor grad svare til konkurranses grunnlaget. Oppdragsgiver kan ikke endre verken vilkårene eller tilbudene, og heller ikke gi et motstridende tilbud. Problematikken rundt avvisning oppstår særlig når oppdragsgiver likevel aksepterer et tilbud som er i strid med konkurranses grunnlaget. Dette er ikke regulert i avtaleloven.

Urimelige vilkår i konkurranses grunnlaget som leverandørene ikke har noen kontroll over og som de ikke kan forutse de økonomiske konsekvensene av, fører til at leverandørene leverer tilbud med forbehold. Anskaffelsesregelverket gir leverandørene rettigheter, blant annet ved at disse har krav på at visse tilbud avvises, samtidig som de har krav på at deres tilbud gjennomgår en forsvarlig vurdering. Skillet mellom anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling blir særlig klart her, ved at oppdragsgiver i sistnevnte konkurranse har anledning til å presse leverandørene til å frafalle et forbehold som ellers kan lede til avvisning.

Rettskildematerialet ved tolkning av en forskrift skiller seg fra vanlig lovtolkning ved at man ikke har forarbeider som kan belyse hvordan bestemmelsene skal forstås. I dette tilfellet har man riktignok en veileder som kan bidra til klargjøring av noen bestemmelser, men denne er svært summarisk og gir liten hjelp når det oppstår uklarhet rundt grensedragningene i bestemmelsen. Man er derfor i stor grad henvist til å gjøre en tolkning basert på hva som synes å være sammenhengen i forskriften, og finne frem til de løsningene som gir best mening.

Foa § 11-11 er svært uklar og uoversiktlig med hensyn til hva som er regulert under de ulike punktene og hvordan disse skal leses i sammenheng. Det blir dermed usikkerhet rundt hvilke krav leverandørene kan stille til oppdragsgiver, og dermed usikkerhet om hvilke forbehold som kan tas. I denne delen vil det bli forsøkt å sette lys på hvordan bestemmelsene kan tolkes for at hver av bestemmelsene skal sikre hver sin funksjon. Herunder vil jeg også ha fokus på om det i § 11-11 (2) a kan innfortolkes en plikt for oppdragsgiver til å foreta en taksering av forbehold som på forhånd ikke kan prises med sikkerhet, slik at avvisning kan unngås. For dette formål vil forbehold om lønns- og prisregulering benyttes som eksempel.

For anbudskonkurranser er det tre avvisningshjemler som kan anvendes på tilbud som inneholder forbehold. Avvisning skal skje dersom det er tale om vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene eller dersom forbeholdet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. § 11-11 (1) d og f. Videre har oppdragsgiver en rett til å avvise tilbudet dersom det etter forsøk på avklaring foreligger forbehold som ikke må anses ubetydelige, jf. § 11-11 (2) a.

2.2.2 Når blir et forbehold i substans eller omfang ”vesentlig”, slik at oppdragsgiver er forpliktet til å avvise anbudet, jf. forskriften § 11-11 (1) d?

Innledningsvis kan det nevnes at ”kontraktsvilkår” skal tolkes vidt slik at bestemmelsen omfatter hele kontraktsgrunnlaget, jf. Storebælt-saken, EF-domstolen C-243/89. Bestemmelsen gjelder både for anbudskonkurranse og for konkurranse med forhandling.

I et bredt perspektiv bidrar § 11-11 til å sikre regelverkets hovedformål om effektiv ressursbruk. Til tross for at et tilbud med forbehold i det konkrete tilfellet kan virke forlokkende, vil avvisning på lengre sikt føre til at oppdragsgiver kan regne med å få tilbud som samsvarer med det denne har lagt ned som forutsetninger for prosjektet. Når leverandørens konkurrerer på like vilkår, vil oppdragsgiver motta de beste tilbudene i tråd med det behovet som foreligger, slik at anbudsprosessen effektiviseres.

I et smalere perspektiv sikrer bestemmelsen hensynet til likebehandling. Foa § 11-11 (1) d har som formål å sikre leverandørene mot konkurransevridning. Bestemmelsen må lese på bakgrunn av at leverandørene skal konkurrere på like vilkår. Et vesentlig forbehold mot vilkårene medfører en endring av forutsetningene for konkurransen. Når leverandøren former vilkårene etter foretrukne vilkår, gis denne fordel som de øvrige leverandørene ikke har hatt. Både av hensyn til de leverandørene som har inngitt tilbud i tråd med vilkårene og av hensyn til de som har funnet ikke å kunne akseptere disse og dermed har latt være å delta i konkurransen, må et slikt tilbud avvises.

I KOFA's avgjørelse 2007/102 ble det uttalt at ”[n]år det tas forbehold mot et helt sentralt punkt i oppfyllelsen av tjenesten, må dette sies å være et ”vesentlig forbehold”. I veilederen til forskriften er det videre uttalt at dersom forbeholdet medfører risiko for at en leverandør får en konkurransefordel ved forbeholdet, er forbeholdet vesentlig. Av dette kan det trekkes ut at betydningen av de vilkårene som er satt til side ved forbehold er avgjørende for

hvorvidt forbeholdet skal lede til avvisning. Risikoen for at leverandøren oppnår en konkurransefordel øker proporsjonalt med betydningen av vilkåret.

Samtidig må det legges vekt på omfanget av forbeholdet. Det kan ikke bli tale om et vesentlig forbehold med mindre forbeholdet også kan medføre betydelige utslag i forhold til det vilkår det er tatt reservasjoner om. I KOFAs avgjørelse 2007/9 ble det uttalt at "[f]orhold som vedrører enhetspriser vil, når volumet er i den størrelsesordenen det her er snakk om, kunne gi store utslag i tilbudets totalpris. Det at tilbudets pris ikke er presentert på den foreskrevne måte, gjør videre at det er vanskelig å bedømme nøyaktig hvor store konsekvensene vil bli. [Forbeholdet]... må da anses som et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene". Annerledes ville det være hvor det var tale om forbehold om enhetspriser hvor det var tale om et lite antall varer av mindre betydning i forhold til prosjektet sett under ett, eller hvor det er tale om forbehold som for så vidt gjelder vilkåret, men som ikke berører dette på en betydelig måte.

2.2.3 Hva innebærer det at et forbehold "kan medføre tvil" om hvordan tilbudet skal vurderes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. § 11-11 (1) f?

Foa § 11-11 (1) f ivaretar også hensynet til likebehandling, og gjelder i utgangspunktet alle forbehold som en leverandør kan ta. Bestemmelsen sikrer mot antagelse av tilbud som ved kontraktsoppfyllelse kan vise seg ikke å være det som gir lavest pris eller er økonomisk mest hensiktsmessige. Det er irrelevant om forbeholdet er vesentlig eller ikke, dersom det ikke før kontraktsinngåelse kan fastslås hvordan tilbudet skal rangeres. Det avgjørende for om bestemmelsen kommer til anvendelse er om forbeholdet "kan medføre tvil" om hvordan tilbudet skal vurderes, og det er på det rene at bestemmelsen skal tolkes restriktivt (veilederen s. 167). Vurderingen må imidlertid tas konkret.

Særlig forbehold av økonomisk betydning vil ofte aktivisere avvisningsplikt etter § 11-11 (1) f. Et eksempel på et forbehold som kan tenkes rammet av bestemmelsen kan være forebehold om grunnforhold. Ettersom grunnforholdene ofte ikke kan fastslås før prosjektet er i gang, vil et slikt forbehold innebære at oppdragsgiver ikke på forhånd kan vite hvilke ekstra utgifter dette vil medføre. Forbeholdet vil mest sannsynlig måtte føre til avvisning. Er forbeholdet av liten betydning for prosjektet, og det er tale om store marginer mellom leverandøren som har tatt forbeholdet og de øvrige, må det kunne tenkes at heller ikke forbehold av økonomisk betydning ikke aktiviserer avvisningsplikten. Problemstillingen er imidlertid lite praktisk.

De to bestemmelsene i § 11-11 (1) utfyller dermed hverandre. Foa § 11-11 (1) d retter seg mot forbehold som kan rangeres, men hvor det er fare for leverandøren oppnår en konkurransevridding. Foa § 11-11 (1) f retter seg mot alle forbehold som kan ha usikre konsekvenser for rangeringen. For eksempel kan problemer med prissetting medføre at det er usikkert hvilket tilbud som i realiteten er mest attraktivt.

2.2.4 I hvilke tilfeller kan oppdragsgiver avvise et tilbud med forbehold i medhold av § 11-11 (2) a?

Foa § 11-11 (2) a gir oppdragsgiver en rett til å avvise tilbud som ”etter forsøk på avklaring” inneholder forbehold som ikke må anses ubetydelige. Bestemmelsen retter seg bare mot anbudskonkurranse, jf. henvisningen til forhandlingsforbudet i § 12-1. Man har ansett anbudskonkurranse for å være den konkurranseform som best ivaretar prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet (veileder s. 89). Derfor er konkurranse med forhandling valgfritt etter del II, men bare unntaksvis tillatt etter del III. I konkurranse med forhandling vil man ha full anledning til å få klarlagt uklårheter og tilpasset tilbudene gjennom forhandlingene, og det er derfor ikke behov for en slik avvisningshjemmel. Spørsmålet er hvordan § 11-11 (2) a skal tolkes ved siden av de øvrige avvisningshjemlene. Medfører bestemmelsen en plikt for oppdragsgiver til å foreta en taksering av forbeholdet med sikte på å avgjøre hva dette vil koste, slik at det kan avgjøres om forbeholdet faller inn under noen av avvisningshjemlene i § 11-11 (1).

Det er et vilkår for avvisning etter § 11-11 (2) a at det er gjort ”forsøk på avklaring etter § 12-1”. Det følger videre av § 12-1 (2) a at avklaring skal unnlates dersom uklårhetene og ufullstendighetene er slike at tilbudene ”skal” avvises etter § 11-11. Konsekvensen av dette er at ingen tilbud kan avvises på grunn av forbehold med mindre det er gjort forsøk på avklaring, eller det er klart at forbeholdet rammes av § 11-11 (1).

Ettersom det ellers ville ha lite for seg å kreve forsøk på forhandlinger, må en naturlig tolkning av kravet om avklaring være at det heller ikke er mulig å avvise tilbud hvor innholdet av forbeholdet er klart. Slike forbehold må eventuelt omfattes av avvisningsplikten i § 11-11 (1). I motsatt fall ville realiteten være at det bare med sikkerhet mot avvisning kunne gjøres ubetydelige forbehold. Dette burde i så fall kommet klart til uttrykk i forskriften. Dersom forbeholdet er tilstrekkelig klart fra før, eller er blitt klargjort gjennom

vellykkede avklaringer, er det derfor irrelevant om forbeholdet er ”ikke... ubetydelig”. I en slik situasjon har bestemmelsen ingen betydning.

Det følger i forlengelsen av dette at ”ikke... ubetydelig” innebærer noe mindre enn ”vesentlig” i § 11-11 (1) d og at § 11-11 (2) a dermed utvider oppdragsgivers avvisningsadgang. Ettersom et forbehold verken kan endres eller fjernes før kontraktstildeling, gir bestemmelsen oppdragsgiver rett til å avvise tilbud med et uklart innhold. I veilederen er det uttalt at ”[o]ppdragsgiver vil ha rett til å avvise tilbudet der det har vært forsøkt avklaringer, og det ut fra en forretningsmessig vurdering ikke lenger er hensiktsmessig å benytte mer ressurser på videre avklaringer” (s. 167). Dermed har oppdragsgiver en rett til ikke å vurdere tilbud med forbehold av et uklart omfang, ettersom tildeling ville skje på et usikkert grunnlag. Oppdragsgiver kan dermed også avvise dersom det er tvil om forbeholdet omfattes av § 11-11 (1), slik at brudd unngås.

Dersom det er konkurransegrunnlaget som er uklart, kan det oppstå tvil om avviket gjelder kontraktsvilkårene eller om det må leses som et avvik mot minstekrav i kravspesifikasjonene. Avklaring er ikke mulig hvor det er tale om avvik fra minstekrav i kravspesifikasjonene, og oppdragsgiver skal dermed avvise tilbudet uten forsøk på avklaring. I KOFA 2008/127 var et slikt spørsmål oppe. Løsningen var avhengig av den konkrete tolkningen av konkurransegrunnlaget. Det ble vist til KOFA 2008/58 premiss 46 hvor det uttales at i vurderingen etter § 11-11 (1) e:

”..må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt.”

Det ble vist til at kravet i konkurransegrunnlaget knyttet seg til hjelpemidler som brukerne var ”helt avhengige av”, slik at det var tale om minstekrav (premiss 33). KOFA kom i den konkrete saken til at tilbudet måtte avvises uavhengig av om forholdet ble vurdert etter § 11-11 (1) bokstav d eller bokstav e. Tvil om avviket omfattes av § 11-11 (1) e må i et slikt tilfelle avgjøres ut fra en objektiv forståelse av konkurransegrunnlaget, jf. også Bygghold hvor den objektive forståelsen ble lagt til grunn når det var uklarhet i konkurransegrunnlaget. Dersom avviket ikke omfattes av § 11-11 (1) e, må det avgjøres om forbeholdet omfattes av § 11-11 (1) d. Manglende forsøk på avklaring vil da kunne føre til strid med § 11-11 ((2) a.

Om begrensningen nedad mot de ”ubetydelige” uklarhetene som ikke under noen omstendighet kan føre til avvisning, uttaler veilederen ”[d]et oppstår... ikke avvisningsrett for mangler som er så små at de ikke har noen betydning for tilbudet” (s. 167). I tråd med formålet med bestemmelsen, må det her være snakk om mindre mangler som går på hvordan det tilbudte produktet fremstår for oppdragsgiver.

Kan det i § 11-11 (2) a innfortolkes en plikt for oppdragsgiver til å foreta en taksering av forbeholdet for å klargjøre om dette rammes av § 11-11 (1)?

Kravet om forsøk på avklaring er satt ”ettersom en for vid avvisningsrett vil kunne medføre misbruk, jf. likebehandlingsprinsippet, god forretningsskikk og forholdsmessighetsprinsippet” (Veilederen, s. 167). Det følger av § 12-1 (2) a at avklaring ikke skal gjøres hvor uklarhetene ”er slike” at tilbudet skal avvises etter § 11-11. Avklaringsplikten i § 11-11 (2) a er pålagt for å forhindre at oppdragsgiver med urette avviser et tilbud. Avklaring kan dermed gjøres for å få klarhet i om tilbudet inneholder et forbehold eller hvordan forbeholdet skal forstås. Etter dette vil det være naturlig at det også kreves at det gjøres rimelige forsøk på å avklare om uklarhetene ”er slike” som faller inn under § 11-11 (1), slik at urettmessig avvisning unngås.

Dette er også i tråd med skillet mellom ”ikke... ubetydelige” og ”vesentlige” forbehold. Som nevnt må ”ikke... ubetydelig” sikte til forbehold av mindre betydning. Ettersom oppdragsgiver ikke har noen mulighet for selv å avgjøre om avvisning skal skje når det gjelder vesentlige forbehold, vil oppdragsgiver måtte foreta en klargjøring dersom denne anser et tilbud med forbehold for attraktivt. Dette må også slå ut i leverandørens favør, slik at oppdragsgiver uansett må ha en plikt til å foreta en slik vurdering, jf. kravet om god anbuds- og forretningsskikk.

En parallell kan for øvrig trekkes til konkurranse med forhandlinger. Det som skiller de to konkurranseformene er at sistnevnte gir oppdragsgiver en mulighet til å avklare forbeholdet under forhandlinger med leverandøren. Plikten til å avvise på grunn av vesentlige forbehold gjelder også her, men hjemmelen for å avvise på grunn av fare for bedømmelsestvil er kun gjort til en rett for oppdragsgiver, jf. § 11-11 (2) b. At bestemmelsen kun er regulert som en rett, må ses i sammenheng med at forbeholdet kan frafalles. I veilederen er det uttalt at et forbehold som fortsatt fremstår uklart etter forhandlingene kan falle inn under § 11-11 (1) d og e og føre til avvisning (s. 168). Det må dermed forutsettes at også tvil om det er tatt et

vesentlig forbehold skal forsøkes avklart under forhandlingene, slik at dette eventuelt kan frafalles.

Når det gjelder relativ bedømmelsestvil, vil aksept av et uklart tilbud imidlertid være like mye i strid med likebehandlingsprinsippet her som ved anbudskonkurranse. Oppdragsgiver må derfor ha en plikt til å avvise tilbud som etter forhandlinger fortsatt fremstår som uklare (jf. også Dragsten og Lindalen s. 1110). Konsekvensen av dette er at §§ 11.11 (2) b har samme innhold som 11-11 (1) f når et forbehold med uklare konsekvenser for rangeringen ikke frafalles i forhandlinger.

Foa § 11-11 (2) a må leses i denne kontekst. Formålet med avvisningsadgangen er å unngå at oppdragsgiver må vurdere et tilbud med uklart innhold. Det eneste som ikke aksepteres i anbudskonkurranse, er at tilbudet endres. Når det kreves avklaring for å avvise, må dette derfor leses som en henvisning til de skritt som rimeligvis kan tas for å klargjøre innholdet av tilbudet innenfor denne begrensningen. Dette må inkludere en forsvarlig vurdering av om tilbudet faktisk faller inn under avvisningshjemplene i § 11-11 (1).

Et krav om slik avklaring er også forenlig med den endring som er gjort i avvisningsadgangen i forhold til forskriften av 2001. Før endringen ble innført påla § 8-10 (1) avvisningsplikt for avvik fra konkurransegrunnlaget som var i strid med § 8-6. Bestemmelsen i § 8-6 ga blant annet uttrykk for at avvik skulle være så presist angitt at oppdragsgiver kunne vurdere avviket uten kontakt med leverandøren, tilsvarende § 11-3 i dagens forskrift. Det anses klart at det her måtte siktes til forhandlingsforbudet og ikke avklaringsadgangen, ettersom daværende avklaringsmulighet ellers ville miste sin verdi ved bevisste avvik. Det var ingen reelle hensyn som begrunnet et skille mellom bevisste og ubevisste avvik når det gjelder avklaring (jf. Dragsten og Lindalen s. 1055). I dag omfatter avklaringsplikten i § 11-11 (2) a uttrykkelig bevisste avvik. Den tidligere bestemmelsen ga oppdragsgiver en plikt til å avvise der avklaring ikke var nok og det oppsto fare for endring av innholdet dersom oppdragsgiver skulle vurdere tilbudet.

Det følger av sammenhengen i de tidligere bestemmelsene at oppdragsgiver skulle avvise et tilbud som ikke var tilstrekkelig presisert uten at det skulle foretas en vurdering av om forbeholdet var vesentlig eller kunne medføre tvil om bedømmelsen. At det ikke lenger er mulig å avvise et tilbud allerede på dette stadiet, innebærer at oppdragsgiver nå må gå direkte på vurderingen av om forbeholdet faller inn under avvisningsplikten etter § 11-11 (1)

d og f. For at tilbudet ikke skal avvises med urette, må det derfor kreves at oppdragsgiver først foretar en forsvarlig vurdering av hvilke konsekvenser forbeholdet medfører, for så å vurdere om dette er i strid med § 11-11 (1) d og f. Er det fortsatt tvil om innholdet, kan oppdragsgiver velge å avvise.

Etter dette anses det forutsatt at oppdragsgiver har en plikt til å foreta en forsvarlig vurdering av om forbeholdet rammes av avvisningsplikten, slik at dette også må innebære en plikt til å foreta en taksering av hvilke økonomiske konsekvenser dette innebærer.

Er taksering tilstrekkelig for å unngå avvisning etter § 11-11 (1) d og f?

Det er ikke mulig å foreta en nøyaktig vurdering av hvilke kostnader et forbehold om lønns- og prisstigning vil medføre. Man kan imidlertid foreta en vurdering som vil ligge nær opp til de reelle kostnadene gjennom indeksering av forventet prisstigning etter Statistisk Sentralbyrås byggekostnadsindeks for boligblokk (SSB).

I KOFAs avgjørelse 2005/214 ble det om dette uttalt at "[e]n sammenligning mellom fastpris-tilbud og indekserte tilbud før tildeling av oppdrag... forutsetter... at leverings- og monterings- og tid er kjent, at oppdragsgiver varsler hvordan indeksering i tilfelle vil bli gjennomført - og at innkjøper ut fra dette foretar et forsvarlig skjønn over prisstigning i leverings- og monterings- og tiden... Tar tilbyder forbehold om prisstigning uten at konkurransegrunnlaget åpner for dette, må forbeholdet takseres for å kunne sammenlignes med tilbud basert på fast pris" (premiss 20). Dersom dette ikke kan gjøres på en forsvarlig måte, må forbeholdet føre til avvisning.

I oppdragsgivers taksering av forbeholdet, ble det uttalt at "[f]or tiden ligger årsprisstigningen på ca 3 %. En regner med prisstigning i 4 måneder. (...) Dette gir en prisstigning på 1 %, noe som utgjør for hele leveransen kr 18 140,- eks mva." (premiss 23). Det ble lagt vekt på at leverandørene hadde tilbudt identisk leveringstid, slik at forutsigbarheten var ivaretatt. Det ble videre vist til at det var av mindre betydning at oppdragsgiver ikke på forhånd hadde gitt uttrykk for hvordan sammenligningen av tilbud med fastpris og tilbud med indeksregulering skulle foregå, ettersom tilbudet med indeksert forbehold ble høyere priset enn klagers tilbud. Det er ikke sagt noe uttrykkelig om hvorfor dette ble tillagt vekt. Uttalelsen leses imidlertid som en henvisning til § 11-11 (1) d om vesentlige forbehold. I en slik situasjon vil forbeholdet om lønns- og prisstigning ha medført at leverandøren kunne inngi et tilbud uten hensyn til margin for slike kostnader, mens

konkurrerende leverandører har lagt inn marginer for å sikre seg mot en uheldig utvikling i prisnivået. Når tilbudet da blir priset lavere enn de andre tilbudene, er det sannsynlig at forbeholdet har gitt leverandøren en konkurransefordel. Under forutsetning av at det for øvrig foreligger en forsvarlig taksering, må det imidlertid følge av dette at dersom det foreligger ett tilbud som ligger under det aktuelle tilbudet i pris, må det anses motbevist at forbeholdet er vesentlig.

Indeksering vil ikke nødvendigvis medføre en korrekt angivelse av hvilke kostnader det er tale om, men den er nøytral og eventuelle feil vil kunne slå ut i den konkrete leverandørens favør eller ufavør. Det har dermed ikke mye for seg å nekte taksering på bakgrunn av at likebehandlingsprinsippet tilsidesettes. Når det først åpnes for taksering, blir realiteten at det ikke oppstår noen problematikk rundt likebehandling. Leverandørene kjenner til at egne og/eller andres forbehold vil gjennomgå en takseringsrunde, og man velger selv hvordan man ønsker å håndtere dette. Tvert imot kan det hevdes at likebehandlingsbetraktninger taler for at leverandørene får en forsvarlig vurdering av det tilbudet som er levert.

Det følger av KOFAs sak 2008/105 at "[u]nnlatelsen av å forsøke å prissette forbeholdet, var etter klagenemndas syn uforsvarlig og i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i lovens § 5". Når leverandøren har tatt et forbehold, vil det være grunn til å regne med at oppdragsgiver setter lys på hvilken betydning forbeholdet har, og ikke uriktig avviser på grunn av fare for strid med § 11-11 (1). Dette snevrer inn oppdragsgivers avvisningsrett og sikrer mot misbruk av § 11-11 (2) a.

2.3 Oppstår det erstatningsansvar for oppdragsgiver dersom et forbehold blir frafalt ved forskriftsstridige forhandlinger, og oppdragsgiver antar tilbudet?

2.3.1 Innledning

Rt. 2005 s. 1481 omhandler et forhold hvor oppdragsgiver gjennom forskriftsstridige forhandlinger hadde presset en leverandør til å frafalle et forbehold om lønns- og prisregulering, slik at oppdraget skulle utføres til fastpris. Tilbudet ble så antatt. Høyesterett kom til at brudd på forhandlingsforbudet ikke endret utgangspunktet om at avtale var inngått med fastpris. Spørsmålet om erstatning var imidlertid ikke oppe, og heller ikke spørsmål om revisjon etter avtl. § 36. Det er disse vurderingene som er tema i del 4, og de vil tas med

utgangspunkt i rt. 2005 s. 1481. Ville leverandøren i et tilfelle som dette hatt krav på erstatning for brudd på forhandlingsforbudet i § 12-1 eller revisjon fordi det ville være ”urimelig eller i strid med god forretningsskikk” å gjøre kontrakten gjeldende med det innhold den hadde?

Utgangspunktet for krav om erstatning for brudd på lov (loa) og forskrift om offentlige anskaffelser, følger av loa § 10. Det følger av bestemmelsen at ”[v]ed brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet”. Bestemmelsen setter dermed ikke andre vilkår for erstatning enn at det kan dokumenteres at oppdragsgiver har gjort saksbehandlingsfeil.

Det anses ikke nødvendig å foreta noen drøftelse om hvorvidt kravet til ansvarsgrunnlag er oppfylt i et tilfelle som dette, ettersom det klart må være tale om vesentlige feil som oppdragsgiver kan klandres for, jf. uttalelsene i rt. 2001 s. 1062 (Nucleus). Det er derfor problematikken rundt årsakssammenheng som vil kommenteres i det følgende.

2.3.2 Positiv kontraktsinteresse

For det første kan det hevdes at årsakssammenheng ikke foreligger ettersom leverandøren selv tok del i forhandlingene, og har frafalt forbeholdet ut fra et ønske om den større inntjeningen det innebar å få tilkjent oppdraget. Dette må imidlertid ses i sammenheng med at leverandøren ikke har noen reell mulighet til å motsi slik endring av tilbudet. Forhandlingsforbudet i § 12-1 skal hindre forskjellsbehandling og beskytte mot urimelig press overfor leverandørene. Av intensjonsavtalen som ble inngått i forhandlingsprosessen, fremgår det at ”SØRAL bekrefter med dette at kontrakt... under forutsetning av Styrets godkjenning 05.02.01, vil bli tildelt Byggekompaniet AS” og ”[d]enne intensjonsavtale er basert på følgende forutsetninger” og videre en henvisning til møtereferatet hvor det fremkommer at Byggekompaniet har frafalt forbeholdet om prisstigning. Byggekompaniet hadde dermed grunn til å tro at aksept av intensjonsavtalen og tilknyttede forutsetninger var nødvendig for å bli tilkjent oppdraget. De befant seg i en situasjon hvor de tilsynelatende måtte velge mellom ikke å akseptere intensjonsavtalen, eller å ha benyttet store ressurser på utarbeiding av tilbud uten å få kontrakten. I praksis blir dette en tvangssituasjon, og det kan ikke tillegges vekt at leverandøren selv tar del i forhandlingene. Bruddet er gjort allerede ved at oppdragsgiver tar kontakt med leverandøren med sikte på å få denne til å frafalle forbeholdet.

Det er videre et spørsmål hvor klare holdepunkter leverandøren må kunne gi for at kontrakten ville ha blitt inngått også dersom forhandlingene ikke var blitt gjennomført. Det er på det rene at en av leverandørene ga det beste tilbudet, og at en av disse skulle ha blitt valgt. I et tilfelle som dette, har man derfor en ekstraordinær situasjon ved at en av leverandørene i utgangspunktet må ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse. Et for strengt krav til årsakssammenheng vil føre til at ingen av leverandørene kan bevise at de ville hatt krav på å bli tildelt oppdraget dersom forhandlingene ikke var blitt gjennomført, selv om det er på det rene at en av disse må ha krav på erstatning.

Loa § 10 oppstiller som nevnt ikke andre vilkår for krav på erstatning enn at det er blitt begått saksbehandlingsfeil. I Nucleus ble det uttalt at ”anbudsretten har særdrag, som gjer at det innanfor dette rettsfeltet er særlege omsyn som må ha vekt ved utforminga av vilkåra for ansvar” og hensynet til effektivisering av reglene tillagt stor vekt (s. 1077). I rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) ble det videre uttalt om kravet til klar sannsynlighetsovervekt at ”[i] dette ligger etter det jeg kan se ikke noe krav om tilnærmet visshet, men et krav om at SB Transport påviser klare holdepunkter for at selskapet ville fått kontrakten” (pkt. 89). I Reno-Vest ble bevisbyrden lagt på oppdragsgiver når det gjaldt å sannsynliggjøre at det forelå tilstrekkelig grunnlag for avlysning av konkurransen, slik at det nest beste tilbudet ikke hadde blitt valgt selv om det antatte tilbudet hadde blitt avvist.

Når leverandøren tross alt fikk kontrakten i rt. 2005 s. 1481, foreligger slike klare holdepunkter, og bevisbyrden må skyves over på oppdragsgiver. Det er på det rene at det er foretatt et brudd på forhandlingsforbudet, og man kan ikke tillate at oppdragsgiver benytter regelverket til manipulasjon av leverandørene. Skal man gå bort fra utgangspunktet om at leverandøren ville hatt krav på å bli tildelt kontrakten, må det derfor være oppdragsgiver som bærer bevisbyrden for dette. Dette vil imidlertid innebære at denne andre leverandøren må ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.

At det stilles slike krav til årsakssammenheng i et tilfelle som dette, tar også hensyn til det faktum at forbigåtte leverandører har få muligheter for å få stoppet en prosess hvor det foregår ulovlige forhandlinger. Leverandør må ta tidkrevende skritt for å få midlertidig forføyning, mens oppdragsgiver bare behøver å signere, så forspilles sjansen til å få forholdet avklart. Ved å tilkjenne leverandøren som ble valgt erstatning i et tilfelle hvor oppdragsgiver åpenbart har brutt forhandlingsforbudet, sikres at oppdragsgiver ikke under

noen omstendigheter har noe å tjene på overtredelse av forhandlingsforbudet. På denne måten legger en forholdene til rette for at regelverket opprettholdes.

2.3.3 Årsakssammenheng, negativ kontraktsinteresse

Slik forholdene var i rt. 2005 s. 1481, er det vanskelig å påvise at leverandøren ikke ville ha deltatt i konkurransen dersom denne hadde visst at oppdragsgiver ville opptre i strid med regelverket. Leverandøren fikk kontrakten, og kontrakten var den største leverandøren på dette tidspunktet hadde hatt. Spørsmålet blir dermed om loa § 10 åpner for at leverandøren kan ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse selv om en slik årsakssammenheng ikke kan påvises.

Rt. 1997 s. 574 (Firesafe) oppstiller lempeligere krav for ilegging av erstatningsansvar for den negative kontraktsinteresse. Det ble uttalt at [p]reventive hensyn, og de særlige vansker det erstatningsrettslige bevistema i slike forhold reiser, tilsier etter min mening at det ikke bør stilles strenge krav til årsakssammenheng for å utløse erstatningsplikt ved klare feil” (s. 577). I den konkrete saken ble leverandørene ikke tilkjent erstatning ettersom det ikke kunne påvises at disse ville ha latt være å delta i konkurransen dersom de hadde visst at de ville konkurrere mot Firesafe.

Krüger uttaler om Firesafe at ”Høyesterett i dette tilfellet med en nokså formell begrunnelse fritar den offentlige oppdragsgiver for erstatningsansvar i tilfelle hvor markedet er så skrapet at entreprenørene for å overleve deltar uten hensyn til om innbyder vil følge reglene eller ei (da svikter jo kravet til årsakssammenheng mellom feil og økonomisk tap)”.

Rt. 2005 s. 1481 gir et eksempel på slike klare feil som nevnt i Firesafe. Dersom en stiller for strenge krav til årsakssammenheng, blir resultatet at gis stort rom for oppdragsgiver til å bryte med visse av bestemmelsene i anskaffelsesregelverket. Som nevnt i Nucleus, må preventive hensyn tillegges stor vekt ved utforming av vilkårene for erstatning.

Selv om leverandøren ville ha deltatt, er det rimelig å anta at denne ikke ville ha levert dette tilbudet. Det var tale om et større entreprisearbeid, og forbeholdet om prisregulering hadde stor interesse for leverandøren. Resultatet av at forbeholdet ble presset ut, var at leverandøren heller ikke har lagt inn andre marginer for prisstigning. Kontrakten medførte derfor særlig stor risiko for denne leverandøren. Det må anses sannsynlig at leverandøren ville ha sikret seg på annet vis dersom denne hadde vist at den ellers ville bli stående igjen

med et tilbud helt uten sikring mot prisstigning. Leverandøren har lidt tap ”som følge av” oppdragsgivers feil, og leverandøren må da ha krav på erstatning etter den negative kontraktsinteresse.

I neste omgang vil saken kunne være at det ikke engang er tale om et forbehold som presses bort, men at oppdragsgiver presser leverandøren til å senke prisen. Det er ikke noen reell vesensforskjell mellom disse to tilfellene. En slik opptreden strider imidlertid mot hele anbudssystemet, og man må bekjempe dette med å sikre at oppdragsgiver ikke kan tjene på å bryte regelverket. Når leverandøren har blitt presset til å endre tilbudet, må det derfor gis krav på erstatning.

3. Avslutning

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser fastslår detaljerte og strenge regler for hvordan anskaffelsesprosessen skal foregå. Formålet bak den sterke regelstyringen er at de omfattende anskaffelsene som årlig utføres av det offentlige skal effektivisere bruken av offentlige ressurser. Ved at slike regler er innført, er offentlige oppdragsgivere gitt gode forutsetninger for å oppnå de beste prisene markedet kan tilby. Det er ofte snakk om store kontrakter, og leverandørene får bare én sjanse til å levere et attraktivt tilbud. Særlig når markedet er skrapet, er leverandørene avhengige av å bli tildelt kontrakter fra det offentlige. De har ikke anledning til å gjøre seg kjent med de konkurrerende tilbudene, og presser dermed prisene langt under det man ellers ville gjort.

Gjennom regler om bruk av kontraktsstandarder og for avvisning av tilbud har man forsøkt å sikre rettigheter for leverandørene. Reglene tjener formålet bak regelverket, og er komplekse. For at disse skal ha noen reell funksjon, kreves en streng linje for håndhevelse.

Anbudsretten skiller seg fra vanlig avtalerett ved at leverandørene har krav på at oppdragsgiver tar tilbudet i betraktning. Selv om oppdragsgiver er gitt muligheten til selv å vurdere hvilket tilbud som er det mest attraktive, har man ideelt sett en leverandør som har krav på oppdraget. Når reglene om avvisning av tilbud er uklare, vanskeliggjør man leverandørenes muligheter for å vurdere om deres tilbud har gjennomgått en forsvarlig vurdering og er avvist med rette. Samtidig vil det være vanskelig for andre leverandører å påvise at et tilbud skulle vært avvist, og dermed sannsynliggjøre at deres tilbud i realiteten skulle ha blitt valgt. Man får dermed den situasjon at bare en leverandør som har en særlig sterk sak, velger å gå til domsstolene for å få fastslått de feil som er gjort.

I den grad det er mulig, må man klargjøre hvilke rettigheter leverandørene har. Når regelverket tilsidesettes, blir anbudsretten et tveegget sverd for leverandørene. Man presser først prisene langt ned, for så å møte trusselen om avvisning dersom man forsøker å verge seg mot vilkår som kan medføre stor belastning. På den andre siden går oppdragsgiver på tross av regelverket for å sikre seg et attraktivt tilbud som skulle vært avvist. Det strengt regelstyrte anbudssystemet endres fra å være et instrument for å presse priser til å gi en uslåelig mulighet for utnyttelse av det private marked. Oppdragsgivers allerede sterke forhandlingsposisjon blir enda sterkere og fører til urimelig behandling av leverandørene som det offentlige er avhengig av. Hensynet til effektiv ressursbruk innen det offentlige går

da på bekostning av videre samfunnsøkonomiske hensyn, og ikke minst hensynet til de konkrete partene som må bære de kostnadene det offentlige nekter å ta. En slik bruk av regelverket er inkompatibel med alminnelig rettsfølelse og hensynene til god anbuds- og forretningsskikk.

Slik kan det ikke være. Det må være oppdragsgivers ansvar at oppdraget er kostnadskrevende, og man kan ikke tillate at det offentlige fører en linje som bryter ned bedrifter som allerede møter en vanskelig markedssituasjon. Man må kreve bruk av balanserte vilkår og hindre avvisning hvor dette er uhensiktsmessig og uriktig. Dersom oppdragsgiver ignorerer regelverket, må dette i rimelig grad medføre krav på erstatning slik at man sikrer at oppdragsgiver holder seg innenfor lovverket. Offentlige anskaffelser skal ikke foretas på det private markeds bekostning.

Referanser

Lov om offentlige anskaffelser

Forskrift om offentlige anskaffelser

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006

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

NOU nr. 21 1997

KOFA-avgjørelser: 2008/105, 2003/138, 2007/102-14, 2007/9, 2005/214, 2008/127, 2008/58

Norske dommer: rt. 1997 s. 574, rt. 1999 s. 922, rt. 2001 s. 1062, rt. 2007 s. 983

Dom i EF-domstolen: C-243/89

Litteratur

Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen, Offentlige anskaffelser. Kommentartutgave, 2005

Helge Jakob Kolrud Mfl. NS 8405 Kommentartutgave, 2004

Knut Kaasen, Petroleumskontrakter, 2006

Kai Krüger, artikkel i Juristkontakt, 1999 nr. 6. s. 30-32