

Vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling etter anskaffelsesforskriftens § 14-3 a) og § 14-4 a)



Universitetet i Bergen

Juridisk fakultet

Masteravhandling

Kandidat: 179 110

Veileder: Jonn Sannes Ramsvik

Innlevert: 12.12.2011

Antall ord: 14 726

Innhold

1.0	Innledning.....	4
1.1	Emne og problemstilling.....	4
1.2	Avgrensninger og presiseringer	5
1.3	Rettkilder og metode.....	5
1.4	Videre fremstilling.....	7
2.0	Plassering av temaet	8
2.1	Presentasjon av de relevante bestemmelsene.....	8
2.2	Anbudskonkurransformen	8
2.3	Konkurransen med forhandling.....	9
2.4	Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring.....	10
2.5	Terskel.....	11
3.0	Tilbudene må være "ukorrekte" eller "uakseptable"	13
3.1	Felles for vilkårene.....	13
3.2	Forholdet til avvisningsreglene	14
3.2.1	Oversikt over avvisningsreglene	14
3.2.2	Betydning for forståelsen av irregulære tilbud	15
3.3	Ukorrekte tilbud.....	17
3.3.1	Formelle krav.....	17
3.3.2	Materielle krav og kontraktsvilkår	17
3.3.3	Andre krav	18
3.4	Uakseptable tilbud	19
3.4.1	Kvalifikasjonskrav	19
3.4.2	De øvrige henvisningene i forskriften	21
3.4.3	Henvisninger i direktivet, som det ikke er vist til i forskriften.....	21
3.5	Tilbud som ikke kan avvises	22
3.5.1	Henvisningen til § 22-2.....	22
3.5.2	Særlig om for høye priser	23
3.6	Betraktning.....	25
4.0	Vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår	26
4.1	De opprinnelige kontraktsvilkår	26
4.2	Vesentlige endringer	27
5.0	Tilleggsvilkårene i § 14-4 a).....	28
5.1	Plasseringen av § 14-4 a).....	28
5.2	Kvalifikasjonskravene.....	29

5.3	Anskaffelsesprosedurens formelle krav.....	29
6.0	Må <i>samtlig</i> e tilbud være ukorrekte eller uakseptable?.....	31
6.1	Norsk rett.....	31
6.2	Europeisk rett.....	32
6.3	Reelle hensyn.....	33
6.3.1	Kryssende interesser.....	33
6.3.2	Risiko.....	34
6.3.3	Antall gjenværende tilbud.....	35
6.3.4	Sammenhengen med lite tilfredsstillende tilbud.....	36
6.4	Konklusjon.....	36
7.0	Avslutning.....	38
7.1	Oppsummerende betraktninger.....	38
7.2	Rettspolitisk utvikling.....	38
8.0	Litteraturliste.....	40

1.0 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Regelverket om offentlige anskaffelser skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet, ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk gjennom at offentlige anskaffelser baseres på forretningsmessighet og likebehandling¹.

For å oppnå dette formålet skal anskaffelsene for det første publiseres. Dette er nødvendig for at leverandørene skal bli kjent med at det etterspørres en ytelse i markedet, og kunne konkurrere om denne. Videre skal de aller fleste tildelinger av offentlige kontrakter over visse terskelverdier skje gjennom bruk av anbudskonkurranse. Denne konkurranseformen kjennetegnes ved at leverandører har en engangsmulighet til å innlevere tilbud på grunnlag av et anbudsgrunnlag utarbeidet av oppdragsgiver. Partene kan ikke forhandle, og anbudsgrunnlaget sammen med det beste tilbudet utgjør selve kontrakten.

Konkurranseformen har mange fordeler, men mangelen på fleksibilitet og forhandlinger medfører også en del ulemper. Avvik, forbehold, uklarheter eller feil ved tilbudene kan i svært begrenset grad avhjelpes, og tilbud beheftet med slike feil må ofte avvises. Når tilbudssituasjonen er slik at oppdragsgiver ikke kan tildele kontrakt, kan konkurransen regnes som mislykket.

Oppdragsgiver står i disse tilfellene i en vanskelig situasjon. Det har medgått både tid og ressurser uten at anskaffelsen er gjennomført, og anbudskonkurranseformen har ikke vist seg som et tjenlig middel for å komme til et tilfredsstillende resultat. Oppdragsgiver er derfor på nærmere vilkår gitt adgang til å gjennomføre en etterfølgende konkurranse med forhandling, hvor en tettere kontakt med leverandørene vil kunne sikre at tilbudene er tildelingsdyktige.

Konkurranse med forhandling har altså andre fordeler enn anbudskonkurranser, men har også andre ulemper. Grunnen til at konkurranseformen er gitt et begrenset anvendelsesområde i regelverket er at den ikke er like gjennomiktig som anbudskonkurranseformen, og dermed innebærer en økt risiko for at leverandørene ikke blir likebehandlet.

Risikoen må veies opp mot oppdragsgivers behov for å få gjennomført anskaffelsesprosessen på en hensiktsmessig måte, slik at kontrakt kan tildeles og anskaffelsen gjennomføres. Nettopp denne avveiningen ligger i kjernen av temaet for denne avhandlingen. Bestemmelsene som gir oppdragsgiver hjemmel til å gjennomføre konkurranse med forhandling i disse tilfellene reiser flere tolknings spørsmål, og grensene for anvendelse er ikke fastlagt i rettspraksis.

Avhandlingen vil undersøke nærmere under hvilke omstendigheter oppdragsgiver er berettiget til å gjennomføre en etterfølgende konkurranse med forhandling. I anskaffelsesforskriften er det inntatt tre bestemmelser som gir oppdragsgiver en slik adgang. Fremstillingen her vil gjelde vilkårene for anvendelse av to av disse, anskaffelsesforskriftens § 14-3 a) og § 14-4 a)², som gjelder rett til å gjennomføre konkurranse med forhandling hvor tilbudene i den opprinnelige konkurransen er ukorrekte eller uakseptable.

¹ Lov om offentlige anskaffelser (16. juli 1999 nr. 69) § 1

² Forskrift om offentlige anskaffelser, (7. april 2006 nr. 402)

1.2 Avgrensninger og presiseringer

Avhandlingen vil for det første begrense seg til å gjelde området som kalles klassisk sektor. Dette omfatter vare-, tjeneste-, og bygg- og anleggskontrakter. Forsyningssektoren³ reguleres i en egen forskrift⁴, og tillater konkurranse med forhandling på lik linje med anbudskonkurranse⁵. Det samme gjelder anskaffelser under terskelverdiene innen klassisk sektor⁶. Avhandlingen vil derfor kun omhandle regler i anskaffelsesforskriftens del I og del III, jf. § 2-1 (4).

Som nevnt ovenfor skal oppgaven avgrenses til å gjelde vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling etter § 14-3 a) og § 14-4 a). Bestemmelsen i § 14-4 b) gjelder også konkurranse med forhandling etter mislykkede anbudskonkurranser, men er av en noe annen karakter. Denne vil kun bli benyttet for å belyse innholdet i, og rekkevidden av de to andre.

Temaet for avhandlingen berører flere omfattende emner innen anskaffelsesretten. Dette gjelder særlig avvisningsreglene, læren om vesentlige endringer, totalforkastelse av tilbud, og gjennomføringen av konkurranse med forhandling. Innenfor oppgavens rammer er det ikke overkommelig å behandle disse inngående.

Bestemmelsene i § 14-3 a) og § 14-4 a), kan komme til anvendelse etter en "forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog". Det siste alternativet antas ikke å være særlig aktuelt i praksis, og er for enkelthets skyld utelatt i fortsettelsen. For øvrig vil en forutgående konkurransepreget dialog i dette henseende ha store likhetstrekk med en begrenset konkurranse, og fremstillingen vil derfor også være relevant hvor denne konkurranseformen opprinnelig er blitt benyttet. Anledningen til å anvende prosedyren etter en mislykket konkurranse med forhandling anses utelukket.

1.3 Rettkilder og metode

Det relevante norske anskaffelsesregelverket er lov om offentlige anskaffelser⁷ (heretter kalt anskl.) og forskrift om offentlig anskaffelser⁸ (heretter kalt forskriften). Loven er en fullmaktslov, og de materielle reglene er gitt i forskriften.

Gjennom EØS-avtalen⁹ forpliktet Norge seg til å innføre EUs regelverk om offentlige anskaffelser. De aktuelle bestemmelsene er i del III i forskriften, som gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Denne er basert på og tilpasset direktiv nr. 2004/18¹⁰ (heretter kalt direktivet).

³ Vann- og energiforsyning, transport og posttjenester

⁴ Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (7. april 2006 nr. 403) (heretter forsyningsforskriften)

⁵ § 5-1

⁶ § 5-1, jf. § 2-1 (2) og § 2-2

⁷ Lov om offentlige anskaffelser (16. juli 1999 nr. 69)

⁸ Forskrift om offentlige anskaffelser (7. april 2006 nr. 402)

⁹ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (27. november 1992 nr. 109) (heretter EØS-loven og EØS-avtalen)

¹⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter

Forholdet til overnasjonal rett fører til et utvidet og komplisert rettskildebilde. Her vil det ikke gis en større redegjørelse for dette, men noen momenter som aktualiseres av oppgavens tema vil her kommenteres.

Verken EU- eller EFTA-domstolen har avsagt dommer av betydning for problemstillingene som tas opp i avhandlingen¹¹. De aktuelle forskriftsbestemmelsene og tilhørende tolkningsalternativene reiser heller ikke motstridsspørsmål¹², og dermed er ikke problematikk rundt forrangsprinsippet interessant her.

Forskriftens tilknytning til EU-retten får likevel betydning for tolkningen av bestemmelsene. Presumsjonsprinsippet, som vil si at norske bestemmelser så vidt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, gjelder også i forhold til EØS-avtalen, og kan sies å følge av EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav¹³. Selv om tolkningsprinsippet rekkevidde vil bero på karakteristika ved det enkelte saksforholdet¹⁴, er det klart at direktivbestemmelsene her vil være en tolkningsfaktor ved tolkningen av forskriftsbestemmelsene.

Det EU-rettslige utgangspunkt er at en bestemmelse skal tolkes ut fra formål, kontekst og ordlyd, og ofte slik at formålet bak bestemmelsen gis en fremtredende rolle ved tolkningen¹⁵. Videre har rettslige prinsipper en mer sentral betydning i EU-retten enn i norsk rett¹⁶.

Det norske anskaffelsesregelverket er utformet i tråd med dette. Forarbeidene uttaler at formålsbestemmelsens overordnede prinsipper ligger til grunn for de mer detaljerte regler i loven og de tilhørende forskriftene. Bestemmelsen er dessuten et viktig fundament for tokning og anvendelse av anskaffelsesreglene¹⁷.

Videre har de grunnleggende prinsippene som regelverket i stor grad er bygget opp rundt kommet til uttrykk i anskl. § 5. Etter disse skal en anskaffelse så langt det er mulig være basert på konkurranse, og oppdragsgiver skal blant annet sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver skal videre opptre i samsvar med god forretningsskikk og ivareta prinsippet om likebehandling i alle stadier av konkurransen.

Hva gjelder ordlyden er det imidlertid enkelte diskrepanser mellom forskriften og direktivet. Her oppstår det en ytterligere problemstilling i forhold til tolkning, ved at det er adgang til å gi strengere bestemmelser i nasjonal rett enn de direktivet gir anvisning på. Dette drøftes i lys av en konkret problemstilling i punkt 6.4.

¹¹ EØS-avtalens artikkel 6, samt lojalitetsprinsippet

¹² EØS-loven § 2

¹³ Rt. 2000 s. 1811, Finanger I, side 1831

¹⁴ Fredrik Sejersted m.fl., EØS-rett, 2. utg., s. 243

¹⁵ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiver med kommentarer, 2. utg. s. 769 (heretter Steinicke/Groesmeyer)

¹⁶ Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen, Offentlige anskaffelser, Kommentarutgave, Bind I s. 58 (heretter Dragsten/Lindalen)

¹⁷ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 20

Vedrørende direktivet ordlyd påpekes for øvrig at samtlige språkversjoner gir autoritativt uttrykk for bestemmelsenes innhold. Der avhandlingen gjengir fra direktivet er den danske språkversjonen benyttet, og ved enkelte anledninger også den engelske og svenske.

Av rettskildemessig vekt for øvrig er det i forarbeidene til anskaffelsesloven også inntatt kortfattede merknader til forskriftsbestemmelsene¹⁸. Disse gjelder riktignok den foregående anskaffelsesforskriften¹⁹, men tilsvarende bestemmelser som dagens §§ 14-3 a) og 14-4 a).

Avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) har også en etablert stilling i anskaffelsesretten, og forholdsvis få saker tas videre inn i domstolsapparatet. Det vil derfor også vises til praksis herfra ved anledning.

Endelig er det ikke mye norsk juridisk litteratur om problematikken, og foruten en veileder til reglene fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet, er det kun to bøker som tar opp problematikken i nevneverdig omfang²⁰.

1.4 Videre fremstilling

Før de aktuelle bestemmelsene vurderes konkret, er det nødvendig å plassere temaet for avhandlingen i en større sammenheng. Punkt 2 vil derfor fungere som en utvidet innledning, med en kort presentasjon av bestemmelsene, og en redegjørelse for konkurranseformene anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling og terskelen for anvendelse av sistnevnte.

Under punkt 3 skal det ses på fellesvilkårene for å kunne benytte § 14-3 a) og § 14-4 a). Det skal først vurderes hva som kreves for å karakterisere tilbudene som henholdsvis "ukorrekte" og "uakseptable". Deretter undersøkes skranken mot at det foretas "vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktvilkår" i punkt 4, selv om dette av hensyn til avhandlingens rammer behandles relativt kortfattet.

I punkt 5 vil tilleggsvilkåret i § 14-4 a) vurderes, samt forskjellen mellom denne og § 14-3. Videre skal det under punkt 6 behandles en problemstilling som gjelder begge bestemmelsene; hvorvidt det kreves at *samtlig*e tilbud i den forutgående konkurransen er ukorrekte eller uakseptable.

Avhandlingen rundes av i punkt 7, med oppsummerende betraktninger og noen rettspolitiske refleksjoner.

¹⁸ NOU 1997-21, kapittel 22

¹⁹ Forskrift om offentlige anskaffelser (15. juni 2001 nr. 616)

²⁰ Dragsten/Lindalen, og Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, Kommentartutgave, 2. utgave (heretter Amdal/Roll-Matthiesen)

2.0 Plassering av temaet

2.1 Presentasjon av de relevante bestemmelsene

Avhandlingens tema gjelder i hovedsak vilkårene for forskriftens §§ 14-3 a) og 14-4 a), og berører i tillegg § 14-4 b).

Bestemmelsen i § 14-3 a) gir oppdragsgiver rett til å benytte konkurranse med forhandling "når tilbudene i en forutgående ... anbudskonkurranse ... er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable ... forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår". Denne retten er betinget av at oppdragsgiver har "offentliggjort en kunngjøring i henhold til § 18-3". Bestemmelsen reiser først og fremst spørsmål om hva som kvalifiserer som ukorrekte og uakseptable tilbud, begrensningen som ligger i vesentlige endringer, og hvorvidt samtlige tilbud må være ukorrekte eller uakseptable.

Anvendelse av konkurranse med forhandling etter § 14-4 a) er underlagt de samme vilkårene som § 14-3 a). Her påligger det imidlertid ingen kunngjøringsplikt, mot tilleggsvilkåret at "alle leverandørene som oppfyller kravene for deltagelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta". Utover spørsmålene som gjelder felles for disse to bestemmelsene, er det her interessant å se på innholdet i tilleggsvilkåret, samt betydningen av kunngjøringsfritagelsen.

Som nevnt berører også avhandlingens problemstilling § 14-4 b), som vil bli benyttet for å belyse vilkårene i de ovenstående bestemmelsene. Oppdragsgiver kan etter denne gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring "dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet". Anvendelse er også her "forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene", men inneholder ingen plikt til hvem som skal inviteres.

2.2 Anbudskonkurransformen

Anskaffelser skal som klar hovedregel foretas ved kunngjort åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. forskriftens § 14-1 (1).

Anbudskonkurranser skiller seg betraktelig fra vanlige kontraktsinngåelser. Hovedgrunnen til dette er at partene fra anskaffelsen er kunngjort, til kontrakt er inngått, er avskåret fra å forhandle om ytelsene²¹. Anbudsreglene bygger på at "anbudsgrunnlag, inngitt tilbud og aksept av dette ... medfører at avtale er sluttet", jf. Rt. 1994 s. 1222.

Dette innebærer at oppdragsgiver på kunngjøringstidspunktet må ha utarbeidet et komplett kontraktstilkast. Kontraktstilkastet er en del av anbudsgrunnlaget, som reflekterer anskaffelsen i sin helhet. Etter tilbud er innlevert, skal deretter kontrakten tildeles på en fullt ut forutberegnelig måte, basert tildelingskriterier som skal foreligge fra kunngjøringstidspunktet.

For leverandørenes del betyr anbudskonkurranser at de kun får én mulighet til å vinne konkurransen, og at det derfor ikke kan inntas forhandlingsposisjoner eller avventes med å innlevere best mulig tilbud. Anbudskonkurransformen er derfor ansett som en god måte å sikre

²¹ Jf. § 4-2 a) og b), og § 21-1

at anskaffelser skjer på en forretningsmessig og ressurseffektiv måte, i tråd med lovens formål²². Videre vil den høye graden av forutberegnelighet i prosedyren, samt gjennomsiktigheten som følger av forhandlingsforbudet, være egnet til å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling, og at anskaffelsen blir basert på reell konkurranse.

Anskaffelsesreglene gjelder for et vidt spekter av ytelser og kontrakter, og den strengt regelbundne formen i anbudskonkurransene byr i mange tilfeller på problemer både for oppdragsgiversiden og leverandørsiden. En del typer anskaffelser nødvendiggjør i seg selv en nærmere kontakt mellom oppdragsgiver og leverandører, og det er derfor gitt adgang til å gjennomføre konkurranse med forhandling i gitte tilfeller²³.

Også når disse hjemlene ikke er tilgjengelige, vil det være tilfeller hvor anbudskonkurransformen gir problemer for partene. For tilbyderne vil det for eksempel kunne være problematisk å gi et tilbud som samsvarer fullt ut med de kontraktvilkår og spesifikasjoner som er lagt til grunn i anbudsgrunnlaget. De kan derfor anse det nødvendig å tilby noe avvikende løsninger, eller å ta forbehold mot kontraktvilkårene. Oppdragsgiver vil på sin side ha behov for å prissette slike forbehold, og ellers avklare eller forhandle om elementer i tilbudene for at de skal bli tildelingsdyktige.

Adgangen til å gjøre avklaringer og justeringer i tilbudene, eller å akseptere tilbud med avvikende løsninger fra anbudsgrunnlaget, er snever. Noen avklaringer og endringer kan foretas i medhold av forskriftens § 21-1, men i mange tilfeller vil ikke dette være tilstrekkelig for å gjøre tilbudene tildelingsdyktige. Videre setter avvisningsreglene i forskriftens § 20-12 og § 20-13 grenser i form av hvilke tilbud som skal eller kan avvises. Forhandlingsforbudet, sammen med disse rammene, er bakgrunnen for hvorfor det er aktuelt å tillate konkurranse med forhandling ved mislykkede anbudskonkurranser.

2.3 Konkurranse med forhandling

Konkurranse med forhandling er i anskaffelsesforskriften § 4-2 d) definert som en "anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver har adgang til å forhandle med en eller flere leverandører".

Etter forskriftens § 14-1 (3) kan konkurranseformen bare "benyttes når vilkårene i § 14-3 eller § 14-4 er oppfylt". Disse bestemmelsene gir oppdragsgiver rett til å gjennomføre konkurranse med forhandling henholdsvis med og uten forutgående kunngjøring. Det er betydelige forskjeller mellom disse to prosedyrene, og sistnevnte vil behandles nærmere under neste punkt.

Konkurranseformen er gitt et begrenset anvendelsesområde fordi den ikke sikrer de grunnleggende hensynene i anskaffelsesretten i like stor grad som åpne og begrensede anbudskonkurranser. Begrunnelsen er at forhandlinger ikke kan gjennomføres på en fullt ut gjennomiktig måte, og dermed øker risikoen for forskjellsbehandling, favorisering eller annen vektlegging av utenforliggende hensyn.

Muligheten til å anvende kunngjort konkurranse med forhandling er likevel vidt anerkjent som hensiktsmessig og i mange tilfeller nødvendig.

²² Anskl. § 1

²³ § 14-3 og § 14-4

Etter § 14-3 a) er forhandlingsadgangen begrunnet i at anbudskonkurranse har vist seg som en uegnet prosedyre for å løse anskaffelsesbehovet, og at en rett til å forhandle og avklare forhold med leverandørene er nødvendig for å kunne tildele kontrakt på et konkurransemessig grunnlag.

De øvrige hjemlene i § 14-3 gjelder tilfeller der kontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd²⁴, hvor tjenestenes art gjør at det ikke kan fastsettes nøyaktige nok spesifikasjoner²⁵, og hvor kontraktene gjelder forsknings-, forsøks- eller utviklingsformål uten lønnsomhets hensikter²⁶.

I likhet med anbudskonkurranser, er sikring av likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, samt minimering av den nevnte risikoen også tilstrebet for denne konkurranseformen. Frem til første tilbudsinnngivelse ligner konkurransen på en begrenset anbudskonkurranse, og en høy grad av forutberegnelighet er sikret ved at kvalifikasjons- og tildelingskriterier skal fastsettes fra kunngjøringstidspunktet. Det er også gitt bestemmelser for selve gjennomføringen av forhandlingene i § 20-11, som blant annet tilsikter å sikre etterprøvbarhet ved krav om dokumentering av alle endringer i tilbudene. Videre gjelder de samme krav til begrunnelse, innsynsrett og lignende som i anbudskonkurranser.

2.4 Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 skiller seg som nevnt fra den ovenstående, og regnes normalt som en egen konkurranseform. Lovlig ikke-kunngjorte anskaffelser omtales ofte som direkteanskaffelser, og dette begrepet vil også bli benyttet her.

Direkteanskaffelsene kjennetegnes først og fremst ved at de ikke må kunngjøres.

Kunngjøringsplikten er blant de mest fundamentale forpliktelsene som påhviler oppdragsgiver, og er nødvendig for at potensielt interesserte leverandører skal bli kjent med at det etterspørres en ytelse i markedet, og følgelig kunne konkurrere om denne. En fravikelse av denne plikten krever dermed en god begrunnelse.

Alvorlighetsgraden ved brudd på kunngjøringsplikten er også synliggjort ved at oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr hvor denne forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkteanskaffelse²⁷. Denne bestemmelsen opphører snart, men ved nye regler²⁸ som følge av implementeringen av håndhevelsesdirektivet²⁹, vil domstolen ved ulovlige direkteanskaffelser kunne erklære den inngåtte kontrakten uten virkning.

Som nevnt over er konkurranser med forhandling etter § 14-3 utover kunngjøringsplikten også underlagt andre regler i forskriften for å sikre at de grunnleggende hensynene i anskaffelsesretten etterleves. Direkteanskaffelser er på sin side bare underlagt de generelle begrensninger som følger av anskaffelsesloven og forskriftens del I, og prosedyren innebærer i

²⁴ § 14-3 b)

²⁵ § 14-3 c)

²⁶ § 14-3 d)

²⁷ Anskl. § 7b

²⁸ Prop. 12 L (2011-2012): Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven

²⁹ Direktiv 2007/66/EF

dette henseende en større risiko for at formålene om konkurranse, ressurseffektivitet og likebehandling ikke etterleves³⁰.

Terskelen for å kunne gjennomføre direkteanskaffelser er med bakgrunn i disse forholdene strengere enn for å gjennomføre kunngjorte konkurranser med forhandling etter hjemlene i § 14-3³¹. Det samme er et sikkert utgangspunkt etter direktivet³². Oppdelingen i ulike bestemmelser er et lovteknisk virkemiddel for å synliggjøre forskjellene mellom prosedyrene, både i norsk rett og i direktivet. Ved implementeringen av direktivet i norsk rett ble det imidlertid gjort en forandring i denne oppdelingen.

I direktivet er adgangen til å benytte konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring regulert i artikkel 30, og direkteanskaffelser er regulert i artikkel 31. Ved implementeringen i norsk rett ble i utgangspunktet reglene i artikkel 30 inntatt i forskriftens § 14-3, og artikkel 31 i § 14-4.

Artikkel 30 nr. 1 (a) annet ledd skiller seg noe fra resten av artikkel 30 ved at det gis fritaksrett fra kunngjøringsplikten på visse ytterligere vilkår. Lovgiver i Norge har skilt ut denne delen av regelen og formet en selvstendig bestemmelse i § 14-4 a), altså sammen med de øvrige tilfellene som gir fritak fra kunngjøring. Dette er bakgrunnen for det kun er tilleggsvilkåret som skiller §§ 14-4 a) fra 14-3 a).

Ettersom bestemmelsene har de samme hovedvilkårene kan ikke plasseringen av § 14-4 a) ha innvirkning på forståelsen av disse. Vilkårene vil vurderes felles for de to bestemmelsene i fortsettelsen. Følgene av at bestemmelsen er plassert sammen med direkteanskaffelsene, i motsetning til direktivets oppdeling, vil bli nærmere behandlet i forbindelse med tilleggsvilkåret i § 14-4 a) i punkt 6.1.

2.5 Terskel

Reguleringen av hvilke konkurranseformer som tilgjengelige for oppdragsgiverne, under hvilke omstendigheter, er et sentralt element i anskaffelsesretten. Bakgrunnen for reguleringen er i stor grad en avveining mellom hensynet til oppdragsgivers innkjøpsfaglige fleksibilitet, og hensynet til å sikre likebehandling av leverandører gjennom gjennomsiktighet og forutberegnelighet.

Balansen mellom disse hensynene er også et sentralt moment ved tolkningen av de aktuelle reglene. De ovenfor presenterte konkurranseformene, og de fordeler og ulemper disse medfører, utgjør slik sett grunnlaget for avveiningen som ofte må foretas mellom det som enkelt sagt kan kalles oppdragsgivers og leverandørenes interesse.

Generelt sett er terskelen for anvendelse av konkurranse med forhandling er som nevnt betydelig høyere etter § 14-4 enn § 14-3. Omstendighetene som kan legitimere

³⁰ Anskl. § 1

³¹ Sml. NOU-1997-21 Kapittel 22 Til § 7-3, Dragsten/Lindalen, s. 709 og Amdal/Roll-Matthiesen, s. 232

³² Se Steinicke/Groesmeier, s. 840

direkteanskaffelsene, har også større karakter av å være unntaksbestemmelser. Plasseringen av § 14-4 a) her er i dette henseende noe uheldig³³.

Terskelen for å anvende kunngjort konkurranse med forhandling etter § 14-3 tolkes imidlertid også i praksis restriktivt. Forarbeidene uttaler konkret om den aktuelle regelen at "Bokstav a, om ukorrekte eller uakseptable tilbud i en forutgående konkurranse uten forhandling, er en snever unntaksregel"³⁴.

Også KOFA synes å forstå terskelen på denne måten. I sak 2010/129 ble det eksempelvis uttalt at "Det følger av praksis at unntaksreglene i forskriften §§ 14-3 og 14-4 skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene ... er oppfylt, jf. for eksempel EU-domstolens saker C-157/06 premiss 23 og C-250/07 premiss 34, og klagenemndas saker 2008/140 premiss (43) og 2009/178 premiss (41)".

Selv om det er grunn til å skille mer enn dette mellom §§ 14-3 og 14-4, betraktes altså også § 14-3 som en klar unntaksbestemmelse.

Utenfor temaet for denne avhandlingen, altså under EØS-terskelverdiene, for uprioriterte tjenester, og innenfor forsyningssektorene, kan imidlertid kunngjort konkurranse med forhandling benyttes på lik linje som åpen og begrenset anbudskonkurranse³⁵.

Hva gjelder den generelle terskelen for anvendelse av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, ser for øvrig det rettspolitiske bildet ut til å være i endring. Denne utviklingen vil kommenteres avslutningsvis i punkt 7.2.

³³ Jf. punkt 6.1

³⁴ NOU-1997-21, kapittel 22, Til § 7-2

³⁵ Jf. anskaffelsesforskriften § 5-1, og forsyningsforskriften § 5-1

3.0 Tilbudene må være "ukorrekte" eller "uakseptable"

Ovenfor er det redegjort for de relevante bestemmelsenes kontekst og bakgrunn, og fremstillingen skal i dette punktet vurdere de to alternative hovedvilkårene.

Bestemmelsene i § 14-3 a) og § 14-4 a) gir hjemmel til å gjennomføre konkurranse med forhandling dersom tilbudene i den forutgående anbudskonkurransen er "ukorrekte" eller "uakseptable" i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 til § 17-15, § 20-1, § 20-3, § 20-4, [og] § 22-2".

Vilkårene er alternative, og fremstår som om de angir logisk avgrensede og separate vurderingstema. Etter formuleringene synes "ukorrekte" å gi anvisning på en generell norm, og "uakseptable" å forholde seg til de angitte forskriftsbestemmelsene.

Det kan imidlertid være vanskelig å skille mellom hva som skal anses som ukorrekte tilbud, og hva som skal anses som uakseptable tilbud. Ettersom konsekvensen er den samme uavhengig av hvilket vilkår et tilbud faller under, er imidlertid ikke kategoriseringen av avgjørende betydning. Dragsten/Lindalen har av denne grunn valgt ikke å skille mellom begrepene, og benytter samlebetegnelsen irregulære tilbud³⁶. Når begge vilkårene omtales i fellesskap, vil dette begrepet også benyttes i denne fremstillingen.

Som det vil fremgå har vilkårene forgreininger til flere emner innen anskaffelsesretten. Av særlig betydning er forholdet til avvisningsreglene. Dette behandles nedenfor i punkt 3.2.

3.1 Felles for vilkårene

Forarbeidene uttaler at ved vurderingen av om tilbudene er ukorrekte eller uakseptable må det for det første legges en objektiv vurdering til grunn. Videre sies det at dersom oppdragsgiver har hatt urealistiske eller feilaktige forestillinger om hva slags tilbud han ville motta, vil dette ikke være tilstrekkelig til å gå over i forhandlet konkurranse³⁷.

En begrensning mot å gå over i forhandlet konkurranse hvor det er lagt feilaktige eller urealistiske forestillinger til grunn, kan ikke utledes direkte av ordlyden, men må innfortolkes i lys av krav til god forretningsskikk og likebehandling³⁸. Vilkåret om at det ikke kan foretas "vesentlige endringer" av de opprinnelige kontraktvilkårene i den etterfølgende konkurransen, jf. punkt 4 nedenfor, kan også sies å gi en tilsvarende regel.

Hvilke feilaktige eller urealistiske forestillinger som kan kvalifisere som hindring for en etterfølgende forhandlet konkurranse må vurderes konkret, og opp mot kravene til god forretningsskikk og likebehandling.

Er det for eksempel satt et kontraktvilkår som samtlige leverandører tar forbehold mot, vil dette være en indikasjon på at oppdragsgiver har hatt en urealistisk eller feilaktig forestilling.

³⁶ Dragsten/Lindalen, s. 691

³⁷ NOU-1997-21, kapittel 22, Til § 7-2

³⁸ Anskl. § 5

I forhold til risiko for omgåelse av reglene, vil begrensningen også være en skranke mot at det settes uakseptable avtalevilkår eller uoverkommelige spesifikasjoner i den hensikt å kunne anvende konkurranse med forhandling.

Ettersom begrensningen utledes fra de grunnleggende kravene, må det imidlertid kreves kvalifiserte tilfeller. Dersom en av flere grunner til at tilbudene blir irregulære er at anbudsgrunnlaget inneholder noen uklarheter, kan ikke dette være tilstrekkelig til å nekte en etterfølgende konkurranse med forhandling på dette grunnlag.

Videre er det en forutsetning for å kunne anvende §§ 14-3 a) og 14-4 a) at den opprinnelige anbudskonkurransen avsluttes. Dette kan skje ved at alle tilbudene avvises, eller ved at konkurransen avlyses eller tilbudene totalforkastes, jf. § 22-1. De fleste tilbudene som kan regnes som irregulære vil også kunne avvises, og ellers vil forholdet til totalforkastelse kommenteres nærmere under punkt. 4.6.

3.2 Forholdet til avvisningsreglene

Som det vil fremgå av den videre fremstillingen er det i stor grad samsvar mellom virkeområdet for avvisningsreglene³⁹, og for hvilke tilbud som kan regnes som irregulære. Ettersom EU-retten ikke oppstiller avvisningsregler på samme måte som i norsk rett, har dette imidlertid betydning for forståelsen av reglene. Under dette punktet skal det redegjøres for noen av disse forskjellene, og forholdet mellom irregulære tilbud, og tilbud som skal og kan avvises.

3.2.1 Oversikt over avvisningsreglene

I begge rettsystemene er de grunnleggende trekkene ved anbudskonkurransereformen den samme. Tildeling av kontrakt skal skje uten at partene har forhandlet, og tilbud som inneholder avvik, forbehold eller uklarheter vil ofte føre til at de ikke kan danne grunnlag for kontrakt.

Norsk rett har valgt å definere uttrykkelig hvilke tilbud dette hovedsakelig gjelder gjennom avvisningsreglene. Det er gitt regler som gir oppdragsgiver både plikt og rett til avvisning, både på grunn av forhold ved leverandøren, og forhold ved tilbudet, jf. henholdsvis § 20-12 og § 20-13. Som utgangspunkt skal derfor kontrakten tildeles til det beste tilbudet som ikke avvises.

Etter direktivet er ikke dette regulert på samme måte. Hva gjelder forhold ved leverandøren er det imidlertid inntatt uttrykkelige eksklusjonsregler som gir oppdragsgiver plikt eller rett til å utelukke visse leverandører fra konkurransen⁴⁰. Reglene gjelder generelle forhold ved leverandøren, og er også implementert i de norske avvisningsreglene⁴¹. I norsk rett er det imidlertid også gitt en uttrykkelig avvisningsplikt hvor en leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene i den aktuelle konkurransen⁴² og dette har følger for forståelsen av §§ 14-3 a) og 14-4 a). Problemstillingen tas opp nærmere under "uakseptable" tilbud i punkt 3.4.1.

³⁹ Forskriftens §§ 20-12 og 20-13

⁴⁰ Artikkel 45 og 46

⁴¹ § 20-12 (1) e), og (2)

⁴² § 20-12 (1) a), b), c), d) og f)

Når det gjelder forhold ved selve tilbudet, som for eksempel uoverensstemmelser mellom tilbudet og ytelsespesifikasjonene eller kontraktsvilkårene, er det i norsk rett regulert hvilke tilbud har oppdragsgiver har plikt til å avvise, og hvilke han har rett til å avvise, jf. § 20-13.

I europeisk rett er det ikke gitt slike uttrykkelige regler. Her gjelder som utgangspunkt at oppdragsgiver alltid har rett til å avvise tilbud når det avviker fra det som er etterspurt i anbudsgrunnlaget. Dette gjelder uansett avvikets omfang og karakter, og uansett om det er formulert som forbehold som kan prissettes⁴³.

Dette utgangspunktet må modereres noe, ettersom det kan utledes krav til saklighet og forholdsmessighet av de grunnleggende prinsippene. Det antas derfor å gjelde et kvalitativt krav om at oppdragsgiver skal være berettiget til å tillegge avviket betydning i forhold til anskaffelsen⁴⁴. Også EU-domstolen har fastslått⁴⁵ at oppdragsgiver har en viss avklaringsplikt i forhold til uklarheter som enkelt kan avklares⁴⁶.

Utover retten til å avvise, kan det også etter EU-retten foreligge plikt til å avvise tilbud. Denne plikten utledes fra likebehandlingsprinsippet⁴⁷, ved at det vil stride mot dette å tildele kontrakt på grunnlag av visse tilbud. Hvor det for eksempel foreligger avvik fra, eller forbehold mot grunnleggende elementer i tilbudet, eller fra ufravelige krav må oppdragsgiver avvise tilbudet av hensyn til de øvrige leverandørene.

Den eneste uttrykkelige avvisningsbestemmelsen i direktivet er artikkel 55⁴⁸, som gjelder unormalt lave tilbud. Denne gir oppdragsgiver rett til å avvise tilbud, men forutsetter at det innhentes ytterligere opplysninger fra leverandøren. Videre kan artikkel 24, vedrørende adgangen til å innlevere alternative tilbud⁴⁹ sies å være en avvisningsbestemmelse, da oppdragsgiver må avvise alternative tilbud med mindre slike uttrykkelig er tillatt. Begge disse avvisningshjemlene er for øvrig vist til i forbindelse med "uakseptable" tilbud i direktivet, og begge er avvisningsgrunner etter norsk rett.

3.2.2 Betydning for forståelsen av irregulære tilbud

Forskjellen mellom de norske og de europeiske reglene på dette punktet, har betydning for forståelsen av vilkårene "ukorrekte" og "uakseptable" tilbud.

Ettersom det etter europeisk rett ikke foreligger uttrykkelige avvisningsbestemmelser, og oppdragsgiver ser ut til å være stilt noe friere enn etter norsk rett, blir det naturlig å operere med en selvstendig terskel for irregulære tilbud.

I norsk rett er det regulert hvorvidt et tilbud kan eller skal avvises, og disse korresponderer i stor grad med hvorvidt oppdragsgiver skal eller kan tildele kontrakt på grunnlag av tilbudet. Det kreves altså hjemmel for å avvise, og gjelder minimumskrav for rett til å avvise.

⁴³ Sune Troels Poulsen, Simon Evers Karlsmose-Hjelmberg og Peter Stig Jacobsen, EU-udbudsretten, Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 2. utg. s. 497 (heretter Poulsen m.fl.)

⁴⁴ Steinicke/Groesmeier, s. 812

⁴⁵ Rettens dom av 10. desember 2009 i sak T-195/08, Antwerpse Bouwwerken

⁴⁶ En underpost i den økonomiske delen av et tilbud var ikke medregnet i den samlede priskalkylen

⁴⁷ Poulsen m.fl., s. 497

⁴⁸ Tilsvarende bestemmelse i forskriften § 20-13 (2) c), jf. § 20-14

⁴⁹ Tilsvarende forskriftens § 20-4

På bakgrunn av dette kan det stilles spørsmål om virkeområdet for irregulære tilbud tilsvare, eller bør tilsvare, virkeområdet for avvisningsreglene.

Lovgiver har ikke vist til avvisningsreglene i §§ 14-3 a) og 14-4 a), og det er derfor ingen gitt sammenheng mellom virkeområdene. Dette innebærer i prinsippet at tilbud som skal avvises ikke nødvendigvis er irregulære, og at tilbud som ikke kan avvises, likevel kan regnes som irregulære.

Ettersom avvisningsreglene står på egne bein, vil imidlertid tilbud som kan avvises uansett kunne utelukkes fra konkurransen på dette grunnlag. Dersom et tilbud ikke er irregulært, men kan avvises, vil oppdragsgiver kunne avvise dette, og vilkåret om "ukorrekte" eller "uakseptable" tilbud vil være oppfylt for de gjenværende irregulære tilbud.

Flere forhold taler for at reglene i stor grad har det samme virkeområdet. Hensynene bak å kunne gjennomføre en forhandlet konkurranse vil være de samme når tilbudene avvises, som når de er irregulære. Forhandlinger er ønskelig for å gjenopprette konkurransen mellom tildelingsdyktige tilbud. Hensynet til leverandørene taler heller ikke for at tilbudene ikke skal kunne regnes som irregulære, når de uansett kan avvises.

Vilkåret om at tilbudene er "ukorrekte" eller "uakseptable", har først og fremst den hensikt å unngå at oppdragsgiver gis for vid adgang til å gjennomføre en etterfølgende konkurranse med forhandling. Ettersom direktivet ikke oppstiller minimumskrav for avvisning, gir derfor begrensningen gir derfor større mening i EU-retten.

Dersom man skal skille på terskelen mellom avvisningsreglene og irregulære tilbud, synes dette fra et praktisk synspunkt å gi en vanskelig regel. I tillegg til at oppdragsgiver skal vurdere hvorvidt avvisningsgrunnene er oppfylt for tilbudene, må de i tillegg vurderes etter en mer udefinert standard om ukorrekte eller uakseptable tilbud.

I norsk teori er det ikke knyttet kommentarer til ulikhetene mellom norske og europeiske avvisningsregler i dette henseende. Dragsten/Lindalen skriver imidlertid på en generell basis at det er klart at tilbud må anses som irregulære både når det foreligger plikt til å avvise, og når oppdragsgiver har rett til å avvise, og faktisk gjør det⁵⁰.

Amdal/Roll-Matthiesen fremholder at det ved avvisningsplikt generelt kan legges til grunn at tilbudet må anses som ukorrekt⁵¹. Som utgangspunkt sier de videre at dersom det er umulig å foreta en tildeling av kontrakt uten kontakt med tilbyder, som går ut over lovlige avklaringer/kunngjøringer jf. § 21-1⁵², kan tilbudet anses som uakseptabelt.

Pliktavvisningsreglene har som formål å sikre at likebehandlingsprinsippet blir respektert. Lovgiver har ansett disse å være nødvendig for at anskaffelsesprosessen skal skje på en hensiktsmessig og rettferdig måte, og oppdragsgiver kan derfor ikke tildele kontrakt på grunnlag av tilbud som oppfyller disse vilkårene. På grunnlag av dette, og det som er sagt ovenfor, vil det i fortsettelsen legges til grunn at tilbud som skal avvises, kan regnes som irregulære.

⁵⁰ Dragsten/Lindalen s. 692

⁵¹ Amdal/Roll-Matthiesen, 222

⁵² Amdal/Roll-Matthiesen, 223

3.3 Ukorrekte tilbud

Første alternative vilkår er altså at tilbudene er "ukorrekte". For å karakterisere et tilbud som ukorrekt, må det etter en alminnelig forståelse foreligge feil eller mangler ved det, typisk av formell art.

Av hensyn til leverandørene, og i lys av forutberegnelighetsprinsippet, må det også innfortolkes et krav om synbarhet. Bedømmelsen av ukorrekthet må derfor knytte seg til objektivt konstaterbare brudd på fremsatte krav og kriterier i anbudsgrunnlaget eller i forskriften.

3.3.1 Formelle krav

Både fra forskriften, og fra det aktuelle anbudsgrunnlaget vil det følge en del formelle krav. Dette er i hovedsak objektivt konstaterbare krav som det er enkelt å vurdere oppfyllelsen av.

Kravene gjelder typisk innleveringsfrister, utforming av tilbudet, språk, kommunikasjon og lignende. Manglende oppfyllelse av slike krav vil som regel føre til at oppdragsgiver "skal" avvise tilbudet, jf. § 20-13 (1) a) og b). Brudd på disse formkravene må, i tråd med det som ovenfor ble lagt til grunn, føre til at tilbudene kan regnes som "ukorrekte".

Hva gjelder de fakultative avvisningsreglene har oppdragsgiver rett til å avvise tilbud som "ikke er signert ... eller på grunn av andre forbehold ikke kan anses bindende"⁵³.

Bakgrunnen for at oppdragsgiver er gitt en rett, og ikke en plikt til å avvise i disse tilfellene er at et inngitt tilbud normalt vil være bindende selv om det ikke er signert. Selv om det kan være nyanser, er det fornuftig å gi oppdragsgiver en rett til å avvise. Den samme tilnærmingen må antas å gjelde i forhold til om tilbudene kan anses ukorrekte.

3.3.2 Materielle krav og kontraktsvilkår

Hovedtyngden av krav som stilles i anbudsgrunnlaget, bortsett fra kvalifikasjonskravene⁵⁴, er krav til ytelsen og tekniske spesifikasjoner. Dette vil typisk være krav til materialer, fremstillingsmåte eller endelig produkt eller ytelse, samt krav til tekniske godkjenninger, og spesifikk dokumentasjon. Herunder må også krav til eventuelle prøver, modeller, priskalkyler, eller andre bilag innregnes.

Brudd på et av disse kravene, enten i form av avvik, feil eller ufullstendigheter, kan sies å gjøre tilbudet ukorrekt. På samme måte som oppdragsgiver er ansvarlig for å utforme konkurransegrunnlaget klart og utvetydig, er tilbyderne ansvarlige for å utforme tilbudene klart og utvetydig. Dermed vil også uklarheter om hvorvidt disse kravene er oppfylt, kunne gjøre tilbudet ukorrekt.

Kontraktsvilkårene kan også henføres under den samme betraktningen. I den grad disse fremstilles som fastlagte, er de å anse som krav som tilbyderne må forholde seg til. Forbehold mot disse, er på samme måte som over et avvik som kan gjøre tilbudet ukorrekt.

Spørsmålet blir dermed om det må innfortolkes en kvalitativ terskel for at slike forhold kan føre til at tilbudene anses "ukorrekte".

⁵³ Jf. § 20-13 (2)

⁵⁴ Disse behandles under punkt 3.4.1

Som det fremgikk i punkt 3.2 er det i forskriftens avvisningsregler stilt minstekrav i forhold til en slik terskel. EU-retten har som nevnt ikke uttrykkelige regler, men synes generelt å gi noe friere adgang til å avvise tilbud ved forhold som nevnt ovenfor. Steinicke/Groesmeier antar i denne forbindelse at "ukorrekte", på samme måte som avvisning, må vurderes etter et kvalitativt krav om at oppdragsgiver er berettiget til å tillegge ukorrektheten betydning i forhold til anskaffelsen⁵⁵.

Dansk klagenemndspraksis har vurdert om det foreligger et slikt kvalitativt krav for ukorrekte tilbud i forbindelse med forbehold mot kontraktsvilkår. Klagenemnda uttalte i Brunata-saken⁵⁶ at tilbudet for å være ukorrekt i denne relasjon måtte avvike fra grunnleggende elementer i anbudsgrunnlaget. Begrunnelsen var at bestemmelsen uten en slik begrensning ville få et for vidt anvendelsesområde. Avgjørelsen har vært kritisert i dansk litteratur⁵⁷, bl.a. på grunn av den usikkerheten som er knyttet til prissetting av forbehold.

Den danske klagenemnda har senere snudd i spørsmålet, og har uttalt at det ikke etter ordlyden kan utledes noe krav om at et tilbudsforbehold gjelder grunnleggende elementer i anbudsgrunnlaget⁵⁸.

Ser en til norske avvisningsregler, er det en plikt til å avvise hvor forbehold og avvik er vesentlige, og ellers hvor de, eller andre feil, ufullstendigheter eller uklarheter medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes. Som lagt til grunn ovenfor⁵⁹ må slike tilbud også anses som ukorrekte. Videre er det gitt en fakultativ hjemmel for å avvise når tilbudet, "etter forsøk på avklaring etter § 21-1 inneholder avvik, forbehold [og lignende] ... som ikke må anses som ubetydelige".

En tilsvarende bedømmelse av hvorvidt tilbud er "ukorrekte" synes derfor å gi en hensiktsmessig terskel for tilbud beheftet med slike mangler.

3.3.3 Andre krav

Ovenfor har det blitt innfortolket et krav om synlighet, altså at kravene må fremgå fra forskriften eller anbudsgrunnlaget⁶⁰.

Dette må modereres noe, ved at klare forutsetninger som ikke fremgår uttrykkelig i anbudsgrunnlaget, etter omstendighetene må kunne bety at tilbud er "ukorrekte". Det gjelder for eksempel typeforutsetninger for oppdragsgiver som er av allmenn og kjent karakter⁶¹, eller klare forbehold mot deklarasjonskrav som ellers vil gjelde for kontrakten. Også avgjørelser i den danske klagenemnda gir uttrykk for en slik oppfatning⁶².

Videre må dette også gjelde krav som fremgår av annen lovgivning. Et tilbud som inneholder en løsning som for eksempel er i strid med utslippskrav eller arbeidsbestemmelser, vil ikke kunne utgjøre grunnlag for kontrakt, og må derfor kunne regnes som ukorrekt.

⁵⁵ Steinicke/Groesmeier, s. 812

⁵⁶ KfU av 16. desember 2004, Brunata

⁵⁷ Steinicke/Groesmeier s. 813

⁵⁸ KfU av 2. oktober 2008, C.C. Brun Entreprise A/S mod A/S Storebælt

⁵⁹ Jf. punkt 3.2

⁶⁰ Jf. punkt 3.3

⁶¹ Steinicke/Groesmeier, s. 813

⁶² KfU av 2. oktober 2008, C.C. Brun Entreprise A/S mot A/S Storebælt

3.4 Uakseptable tilbud

Det alternative vilkåret til at tilbudene er ukorrekte, er at de "uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 til § 17-15, § 20-1, § 20-3, § 20-4 eller § 22-2".

Begrepet "uakseptable" synes i seg selv å vise til en bredere vurdering enn "ukorrekte". Ettersom vilkåret er knyttet til "krav fastsatt i samsvar med" angitte bestemmelser i forskriften, må det imidlertid vurderes på dette grunnlag.

Som fremstillingen her vil vise, er vilkåret noe vanskelig tilgjengelig. Grunnen til dette er måten det er implementert i norsk rett på. Forståelsen av forskriftsbestemmelsen er derfor avhengig av at det tas utgangspunkt i direktivbestemmelsen.

Artikkel 30 nr. 1 a) krever at tilbudene skal være "uantagelige etter nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med artikkel 4, 24, 25 og 27 samt bestemmelserne i kapittel VII".

Bestemmelsene det her henvises til, tilsvarer i all hovedsak bestemmelsene det er vist til i forskriften. Den påpekte forskjellen mellom avvisningsreglene i norsk og europeisk rett, gjør imidlertid at ellers like bestemmelser i forskriften og direktivet har noe ulikt meningsinnhold. Videre passer ikke alltid forskriftens formulering om "krav fastsatt i samsvar med" de enkelte bestemmelsene, noe som gjør at meningsinnholdet til tider blir uklart.

Innledningsvis påpekes også at direktivteksten henviser til nasjonale bestemmelser i overensstemmelse med de angitte direktivbestemmelsene. Dette behandles nærmere nedenfor.

3.4.1 Kvalifikasjonskrav

Både i direktivbestemmelsen og i forskriftsbestemmelsen er det henvist til et knippe bestemmelser som gjelder kvalifikasjonskrav. En leverandørs manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene fører etter norsk rett til at oppdragsgiver har plikt til å avvise denne, jf. § 20-12 (1) a). Direktivet har imidlertid ikke uttrykkelige regler for avvisning av tilbud hvor leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

I forbindelse med tilbud som kan regnes som "uakseptable", viser imidlertid både direktivet og forskriften til denne avvisningsgrunnens bakenforliggende regler.

Direktivets henvisning til kapittel 7 omfatter artikkel 44 til artikkel 55. Kvalifikasjonskriteriene er herunder regulert fra artikkel 44 til 52. I forskriften kan tilsvarende henvisning sies å være § 17-4 til § 17-15, samt § 20-1.

Første bestemmelse herunder er artikkel 44 nr. 1. Denne svarer til forskriftens § 20-1, som også er vist til i relasjon til "uakseptable" tilbud.

I norsk rett fremstår bestemmelsen som en rekkefølgebestemmelse, og uttaler at kontrakt skal tildeles etter "kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 17-4 til § 17-15⁶³". Artikkel 44 nr. 1 i direktivet sier riktignok nesten det samme, men har likevel et ganske annet innhold.

⁶³ § 17-4 til § 17-15 gjelder kvalifikasjonskravene

Etter artikkel 44 nr. 1 skal oppdragsgiver, etter å ha utelukket leverandører i henhold til reglene i artikkel 45 og 46⁶⁴, foreta en "egnethetsundersøkelse ... i overensstemmelse med kriteriene om økonomisk og finansiell formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikkel 47-52".

Tilbudene som etter norsk rett skal avvises fordi leverandørene ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, skal altså etter europeisk rett gjennomgå en egnethetsundersøkelse med grunnlag i disse kravene. Vurderingstemaet "uakseptable" tilbud i dette henseende, ser dermed ut til å tilsvare den norske avvisningsbestemmelsen.

Dette forholdet synes å ha vært oversett i forskriftens § 20-1. Avvisningsplikten for leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, samsvarer ikke med at § 20-1 uttaler at tildeling kan skje etter at "kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 17-4 til § 17-15". Med noen unntak, som kommenteres nedenfor, regulerer § 17-4 til § 17-15 nettopp kvalifikasjonskrav.

Etter direktivet skal altså uakseptable tilbud knytte seg til egnethetsvurderingen. Artikkel 44 nr. 2 gir videre føringer for vurderingen. Denne uttaler at oppdragsgiver kan stille minimumskrav til egnethet i konkurransegrunnlaget, og at disse skal henge sammen med, og stå i forhold til kontraktens gjenstand. Artikkel 44 nr. 2 tilsvare for øvrig forskriftens § 17-4, og fungerer i norsk rett som en forutsetning for å kunne avvise etter § 20-12 (1) a).

De øvrige henvisningene gjelder også de bakenforliggende bestemmelsene for egnethetsundersøkelsen/avvisningshjemmelen. Egnethetsundersøkelsen skal etter artikkel 44 nr. 1 knytte seg til artikkel 47-52. Disse reflekterer i hovedsak reglene i forskriftens § 17-8 til § 17-15, som gir hjemmel til å fastsette kvalifikasjonskrav til leverandørene, og dokumentasjon av disse. Direktivets henvisning til artikkel 4, tilsvare forskriftens henvisning til § 17-7 om krav til leverandørenes organisering, og artikkel 27, gir hjemmel for å fastsette reglene om skatteattest og HMS-egenerklæring i § 17-14 til § 17-15. Endelig gjelder § 17-5 at kravene skal fremsettes i kunngjøringen, og eventuelt utdypes i et kvalifikasjonsgrunnlag.

Det fremstår etter dette som om bedømmelsen av hvorvidt tilbudene er uakseptable sammenfaller med hvorvidt oppdragsgiver kan avvise på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, både etter direktivet og forskriften.

Direktivet viser som nevnt til nasjonale bestemmelser for vurderingen, og norsk rett har altså slike bestemmelser i avvisningsreglene. Man har likevel ikke henvist til disse, og heller valgt å vise til de underliggende bestemmelser hva gjelder kvalifikasjonskrav. Det fremstår dermed svært uklart hvilken terskel som er ment å gjelde for å kunne regne et tilbud som uakseptabelt.

Til tross for at det ikke er henvist til avvisningsreglene for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, må henvisningen til "krav fastsatt i samsvar med" de underliggende reglene, nødvendigvis føre til den samme regelen. En eventuell ytterligere rett til å regne tilbud som uakseptable hvor kvalifikasjonskravene er oppfylt, vil være i klar strid med hensynet til forutberegnelighet.

⁶⁴ Tilsvarende § 17-10, vedrørende krav om leverandørenes lovbestemte rett til å utøve det aktuelle erverv

3.4.2 De øvrige henvisningene i forskriften

Bortsett fra henvisningene som gjelder kvalifikasjonskravene, kan tilbud i tillegg regnes som uakseptable "i henhold til krav fastsatt i samsvar med" § 20-3, § 20-4, og § 22-2.

Henvisningen til § 20-4 gjelder alternative tilbud, og gir en forholdsvis enkel regel. Etter denne bestemmelsen kan oppdragsgiver regne alternative tilbud som uakseptable hvor slike ikke er tillatt i konkurransen, eller hvor de ikke møter de fastsatte minstekrav eller spesialkrav for alternative tilbud. Den tilsvarende regelen i direktivet, artikkel 24, er også vist til artikkel 30 nr. 1 a).

Bestemmelsen i § 20-3 gjelder avvik, og har ikke et motstykke i direktivet. Avvik skal etter denne fremgå klart av tilbudet, og skal være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere avvikene uten kontakt med leverandør.

Det er unaturlig å tale om "krav fastsatt i samsvar med" denne bestemmelsen. Den oppstiller i seg selv et krav til leverandørenes utforming av avvikende tilbud. De konkrete avvikene kan som ovenfor vurdert føre til at tilbud anses som "ukorrekte", jf. punkt 3.3.2.

Bestemmelsen i § 22-2 angår kriterier for valg av tilbud, og reiser en problemstilling om tilbud som ikke kan avvises, likevel kan regnes som "uakseptable". Henvisningen behandles derfor nedenfor i punkt 3.5.1.

3.4.3 Henvisninger i direktivet, som det ikke er vist til i forskriften

Som gjennomgangen her har vist, er de aller fleste av de tilsvarende bestemmelsene som direktivet viser til, også henvist til i forskriften. I tillegg har forskriften henvist til § 20-3, som ikke har sitt motstykke i direktivet. Noen av henvisningene i direktivet er imidlertid ikke tatt med i forskriften, og disse vurderes her.

Artikkel 55, som ligger i kapittel 7, gjelder unormalt lave tilbud. I norsk rett kan slike etter en nærmere prosedyre avvises etter § 20-13 c), jf. § 20-14.

Denne prosedyren fører til at unormale tilbud står i en noe spesiell situasjon. Oppdragsgiver må innhente og etterprøve ytterligere informasjon om tilbudets sammensetning, før det kan avvises. Selv om dermed kan være unaturlig å gi en ubetinget rett til å karakterisere slike tilbud som "ukorrekte", har oppdragsgiver etter prosedyren et legitimt grunnlag for ikke å basere tildelingen av kontrakten på et slikt tilbud.

Dragsten/Lindalen oppstiller unormalt lave tilbud som en kategori irregulære tilbud fordi de kan avvises⁶⁵, og både Steinicke/Groesmeier⁶⁶ og Arrowsmith⁶⁷ faller ned på konklusjonen om at slike tilbud må kunne regnes som ukorrekte.

Ettersom oppdragsgiver uansett har en adgang til å avvise disse tilbudene, vil ikke problemstillingen komme på spissen, jf. ovenfor i punkt 3.2.

Videre henviser direktivet til artikkel 25, som tilsvarer § 17-1 (2) h). Denne gjelder opplysninger om hvilke underleverandører som skal benyttes, og for hvor stor del av kontrakten. Manglende

⁶⁵ Dragsten/Lindalen s. 694

⁶⁶ Steinicke/Groesmeier s. 814

⁶⁷ Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2. Utg. s. 555 (heretter Arrowsmith)

oppfyllelse av krav om slike opplysninger må henføres under materielle krav, som fører til at tilbudet kan anses ukorrekt, jf. punkt 3.3.2 ovenfor.

Endelig er det som allerede påpekt ikke vist til avvsningsreglene i forskriften.

Utelukkelsesgrunnene som fremgår av artikkel 45 i direktivet, er inntatt i forskriftens § 20-12 (1) e), og (2). Det er uklart hva som er grunnen til at tilbud tilsynelatende ikke skal regnes som "uakseptable", når leverandørene kan utelukkes på dette grunnlag.

På den ene side kan det argumenteres med at forholdene ved slike leverandører uansett ikke kan avhjelpest ved etterfølgende forhandlinger. En slik betraktning gjelder imidlertid også for leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskriteriene. Med mindre problemet har vært rettidig levering av attester eller lignende, vil skranken mot vesentlige endringer føre til at det ikke kan foretas en lempning av kvalifikasjonskravene for den etterfølgende konkurransen⁶⁸.

På samme måte som for unormalt lave tilbud, vil imidlertid slike tilbud uansett kunne avvises.

3.5 Tilbud som ikke kan avvises

Som vurderingene ovenfor har vist synes virkeområdet for avvsningsreglene og irregulære tilbud i stor grad å sammenfalle. Det har også vært vist at tilbud som uansett kan avvises, kan utelukkes på dette grunnlag, og derfor ikke behøver å regnes som irregulære i forhold til en etterfølgende konkurranse med forhandling. Her skal det vurderes om tilbud som ikke kan avvises, likevel kan regnes som irregulære.

Som nevnt i punkt 3.1 er det en forutsetning for å benytte §§ 14-3 a) eller 14-4 a) at den foregående konkurransen avsluttes. Dersom ikke alle tilbudene avvises, må dette skje ved avlysning eller totalforkastelse, jf. § 22-1.

Med totalforkastelse menes at konkurransen avsluttes fordi ingen av tilbudene er av en slik art at oppdragsgiver vil tildele oppdraget til noen av leverandørene⁶⁹, og vilkåret er at "resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det"⁷⁰.

Vilkåret "saklig grunn" kan utledes av kravet til god forretningsskikk, jf. anskl. § 5. Er totalforkastelsen forretningsmessig forsvarlig, vil det normalt foreligge saklig grunn. Skyldes totalforkastelsen forhold som burde ha vært tatt i betraktning, vil det normalt ikke være i samsvar med god forretningsskikk å totalforkaste tilbudene⁷¹.

Totalforkastelse skal ikke vurderes nærmere her, da bestemmelsen i §§ 14-3 a) og 14-4 a) ikke viser til denne. Den aktuelle hjemmelen for "uakseptable" tilbud er henvisningen til § 22-2.

3.5.1 Henvisningen til § 22-2

Bestemmelsen i § 22-2 angår kriterier for valg av tilbud. Denne bestemmer at tildeling skal skje enten på basis av laveste pris eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Videre stilles det krav til hvordan tildelingskriteriene skal gis for å sikre forutberegnelighet for leverandørene.

⁶⁸ Jf. punkt 4

⁶⁹ Dragsten/Lindalen, bind II, s. 1218

⁷⁰ § 22-1 (2)

⁷¹ Dragsten/Lindalen, bind II, s. 1227

I forhold til "uakseptable" tilbud, kan konkurransens tildelingskriterier vanskelig anses som fastsatte "krav". Tildelingskriteriene utgjør parametre for å kunne måle tilbudene. I prinsippet kan det tenkes at det i forbindelse med kriteriene angis minimumsnivåer som må oppfylles, men dette er lite praktisk.

I teorien er det tatt til orde for at henvisningen knytter seg til tilfeller hvor et tilbud ikke i tilstrekkelig grad oppfyller de krav til ytelsen som er reflektert i tildelingskriteriene⁷². Dette er en interessant tilnærming, som også åpner for at tilbud som ikke nødvendigvis kan avvises, likevel kan regnes som "uakseptable".

Amdal/Roll-Matthiesen bruker som eksempel at det i tildelingskriteriene er angitt at service vil bli betydelig vektlagt i vurderingen av hva som er økonomisk mest fordelaktig. Hvis det viser seg at et tilbud ikke sier noe om servicegrad, må det derfor kunne anses som uakseptabelt⁷³.

Under denne innfallsvinkelen henfører juridisk teori også det tilfelle at oppdragsgiver ikke har spesifisert ytelsen i detalj, men beskrevet den funksjon ytelsen skal ha. Tilbudet vil her kunne være irregulært dersom leverandørens forslag til løsning ikke er tilfredsstillende i forhold til behovene oppdragsgiver har oppgitt at ytelsen skal fylle⁷⁴.

Tilnærmingsmåten åpner her for en skjønnsmessig vurdering for oppdragsgiver, som ikke samsvarer med de tidligere vurderte grunnlagene for å regne tilbud som irregulære. Legges denne synsvinkelen til grunn, kan tilbud som anses lite tilfredsstillende, men som likevel ikke bryter med konstaterbare krav, kunne vurderes som irregulære.

En konkurranse kan fremstå like mislykket for oppdragsgiver om det siste tilbudet som vurderes er høyt over budsjettetrammen eller tilbyr en svak teknisk løsning, som om det er innlevert en dag for sent. Formålet med retten til å gjennomføre en etterfølgende konkurranse med forhandling kan derfor tilsi at lite tilfredsstillende tilbud, som ikke ville nådd frem i en reell konkurransesituasjon, etter forholdene bør kunne regnes som irregulære. Det er for øvrig klart slike tilbud etter forholdene vil kunne totalforkastes, jf. § 22-1 (2).

På den andre siden åpner dette for en stor grad av skjønn for oppdragsgiver. Dette bryter med de øvrige grunnlagene for å regne tilbud som irregulære, særlig ved at forhold som ikke er synliggjort i anbudsgrunnlaget, og som vanskelig kan dokumenteres, kan være avgjørende i vurderingen. Oppdragsgiver er ansvarlig for å utforme anbudsgrunnlaget slik at tilbudene som oppfyller kravene i dette, skal være egnede som grunnlag for kontraktstildeling. Dersom tilbudet oppfyller behovsspesifikasjonene, funksjonskravene, og lignende, er det dermed vanskelig å karakterisere det som uakseptabelt.

3.5.2 Særlig om for høye priser

Dersom den tilbudte prisen anses å være for høy, stiller dette seg noe annerledes. Det er også et praktisk viktig spørsmål om oppdragsgiver kan regne tilbud som "uakseptable" på dette grunnlag.

⁷² Amdal/Roll-Matthiesen, s. 224

⁷³ Amdal/Roll-Matthiesen, s. 224

⁷⁴ Dragsten/Lindalen, s. 694 og tilsvarende Amdal/Roll-Matthiesen, s. 220

Viser det seg at de tilbudte prisene er betydelig høyere enn hva oppdragsgiver kunne forvente etter en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi, vil også dette regnes som en "saklig grunn" til å totalforkaste tilbudene⁷⁵.

Pris er et naturlig forhandlingselement, og en etterfølgende forhandlet konkurranse kan slik sett være egnet til å skaffe et tilstrekkelig tildelingsgrunnlag. Konkurranse med forhandling vil også være hensiktsmessig i tilfeller hvor andre og billigere tilbud er avvist av andre grunner, og de eneste antagelige tilbudene overskrider budsjettet.

Det forhold at tilbud er for høye i forhold til oppdragsgivers budsjett blir brukt som eksempel på "uakseptable" tilbud i kommisjonens veiledning til tilsvarende bestemmelse i de tidligere direktivene⁷⁶. Juridisk teori er delt i oppfatningen av denne uttalelsen.

Arrowsmith uttaler at dette gir oppdragsgiver et overraskende stort skjønnsmessig spillerom for å inngå i forhandlinger⁷⁷. Også Steinicke/Groesmeier skriver at det er vanskelig å se det rimelige i at en overskridelse av oppdragsgivers budsjetttramme skal gjøre oppdragsgiver berettiget til å anvende en forhandlingsprosedyre, med mindre rammen har vært tilkjennegitt som bindende overfor tilbyderne ved kunngjøringen⁷⁸. Oppdragsgiver har imidlertid en beskyttelsesverdig interesse i at forespeilet pris ikke blir offentliggjort overfor tilbyderne.

Amdal/Roll-Matthiesen er positive til at for høy pris kan karakterisere tilbudet som irregulært, så lenge oppdragsgiver kan dokumentere sine økonomiske rammer. Videre må det forutsettes at de avsatte ressurser og forventninger er basert på et saklig og forsvarlig, herunder realistisk skjønn, slik at oppdragsgiver ikke kan møtes med påstander om at det er avsatt for stramme økonomiske rammer for anskaffelsen⁷⁹.

Med disse forutsetningene skal det mye til for å berettige en etterfølgende forhandlet konkurranse hvor alle tilbudene overstiger budsjetttrammen. Hvor tilbud med akseptable priser er avvist på annet grunnlag, og de gjenstående prisene ikke kan godtas, synes det imidlertid å gi en god regel.

Som det ble sagt ovenfor, er det ikke naturlig å forene disse betraktningene med "uakseptable i henhold til *krav* fastsatt i samsvar med ... § 22-2". En slik skjønnsrett for oppdragsgiver, selv om den er godt dokumentert, skiller seg også betydelig fra de andre grunnlagene for å regne tilbud som irregulære. I tillegg skal bestemmelsen etter gjeldende praksis tolkes restriktivt, jf. punkt 2.5.

Det anses derfor lite trolig at henvisningen til § 22-2 kan gi en slik rett. Problematikken er likevel svært aktuell, og vurderes også i forhold til om samtlige tilbud må være ukorrekte eller uakseptable i punkt 6.

⁷⁵ Dragsten/Lindalen, s. 696

⁷⁶ Guide to the Community rules on public procurement of services, avsnitt II.3.3.1.1, fotnote 55. For øvrig tilsvarende uttalelser i veiledningene til direktivene om vare- og bygg-/anleggskontrakter.

⁷⁷ Arrowsmith, s. 556

⁷⁸ Steinicke/Groesmeier, s. 814, fotnote 15

⁷⁹ Amdal/Roll-Matthiesen, s. 225

3.6 Betraktning

Når det gjelder uakseptable tilbud, uttrykker direktivets artikkel 30 nr. 1 a) at dette skal vurderes i henhold til nasjonale bestemmelser i overensstemmelse med de oppregnede direktivbestemmelsene. Ved implementeringen er det imidlertid gjort noen valg som det kan være vanskelig å se bakgrunnen for.

For det første fremstår det klart at avvisningsreglene i § 20-12 vil være i overensstemmelse med disse direktivbestemmelsene, jf. punkt 3.4.1. Virkeområdet for "uakseptable" tilbud ser ut til å være det samme som avvisningsreglene, og selv om det foreligger noe tvil med henblikk på den kvalitative terskelen, synes også denne å samsvare med minstekravene i de fakultative avvisningsreglene. Dersom §§ 14-3 a) og 14-4 a) hadde vist til § 20-12, ville dette gitt anvisning på en mye enklere regel.

Det samme kan hevdes å gjelde for avvisningsreglene i § 20-13 om forhold ved tilbudet. Alle av direktivets uttrykkelige avvisningsregler som gjelder forhold ved tilbudet er blant de angitte direktivbestemmelsene. En slik betraktning forutsetter imidlertid et noe annet utgangspunkt hva gjelder oppdelingen mellom "ukorrekte" og "uakseptable", og har ikke en like god forankring i direktivets henvisninger.

Hva angår tilfellene som ble diskutert i punkt 3.5, kunne det eventuelt blitt henvist til reglene om totalforkastelse etter § 22-1 (2). Dragsten/Lindalen stiller spørsmål om reelle hensyn tilsier at bestemmelsen skal fortolkes til å omfatte disse tilfellene, og skriver at en henvisning til (nå) § 22-1 (2) i forbindelse med "uakseptable" tilbud ville vært i overensstemmelse med de nevnte direktivbestemmelsene⁸⁰. De påpeker imidlertid at ordlyden ikke viser til bestemmelsen, og anser det uavklart om konkurranse med forhandling kan benyttes i disse tilfellene.

Uten at alle forhold som kan berette en totalforkastelse er vurdert, er det klart at "saklig grunn" gir en forholdsvis vid hjemmel for oppdragsgiver til å totalforkaste tilbudene. Det er dermed ikke sikkert at dette er i tråd med direktivets regler på dette punkt. Ettersom direktivet viser til nasjonale bestemmelser, og forskriften ikke viser til § 22-1 (2), må det anses forholdsvis klart at "saklig grunn" til å totalforkaste tilbudene ikke i seg selv kan begrunne en etterfølgende konkurranse med forhandling.

Som nevnt er imidlertid problematikken likevel interessant i forhold til om det kreves at *samtlig*e tilbud er irregulære, jf. nedenfor i punkt 6.

⁸⁰ Dragsten/Lindalen, s. 697

4.0 Vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår

Retten til å gjennomføre en etterfølgende konkurranse med forhandling, er videre underlagt en viktig begrensning ved at det ikke kan "foretas vesentlige endringer av de opprinnelige kontraktsvilkår".

Under dette punktet skal det først vurderes hva som skal forstås med "kontraktsvilkår", og deretter med "vesentlige endringer". Som nevnt i punkt 1.2 er læren om vesentlige endringer et stort tema innenfor anskaffelsesretten, og innenfor oppgavens rammer er det ikke anledning til å behandle dette inngående.

4.1 De opprinnelige kontraktsvilkår

Vilkåret knytter endringene til de opprinnelige "kontraktsvilkår". En presiserende tolkning av ordlyden tilsier at endringsbegrensningen kun gjelder de faktiske vilkårene i kontrakten. Etter ordlyden vil dermed for eksempel endringer i konkurransegrunnlaget eller i kvalifikasjons- og tildelingskriteriene være tillatt.

Spørsmålet er her om "kontraktsvilkår" må tolkes utvidende til å omfatte vilkårene for tildelingen. I direktivet er det i den danske versjonen brukt uttrykket "udbudsbetingelser", og i den engelske "terms of the contract". Den danske versjonen synes dermed å inkludere alle betingelsene i anbudet, mens den engelske er i tråd med den norske.

Dragsten/Lindalen legger uten videre til grunn at "kontraktsvilkår" må forstås utvidende til å omfatte kunngjøring, kvalifiseringsgrunnlag, konkurransegrunnlag og så videre, da disse dokumentene utgjør forhandlingsgrunnlaget i den etterfølgende konkurransen⁸¹. Også Amdal/Roll-Matthiesen antar at begrepet må tolkes utvidende, og skriver at en annen løsning ikke ville gi mening⁸².

Skranken mot vesentlige endringer er relevant flere steder i anskaffelsesretten. Tilsvarende begrensning gjelder uttrykkelig underveis i konkurransen, jf. § 17-2. Etter kontraktstildelingen gjelder en slik begrensning basert på ulovfestet rett, begrunnet i at vesentlige endringer kan føre til at man i realiteten står overfor en ny anskaffelse. Slike endringer kan dermed regnes som en ulovlig direkteanskaffelse.

Bakgrunnen for begrensningen er hensynet til likebehandling. En vesentlig endret kontrakt kan på den ene siden innebære at andre leverandører ville meldt interesse for kontrakten, eller at andre ville vunnet konkurransen. På den andre siden vil oppdragsgivers frie rett til å endre for eksempel tildelingskriteriene, gjøre at han i prinsippet fritt kan velge hvem som skal tildeles kontrakten. En slik diskresjon til oppdragsgiver er i strid med anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper om likebehandling og forutberegnelighet.

Med grunnlag i dette må det kunne legges til grunn at vilkåret skal tolkes utvidende.

⁸¹ Dragsten/Lindalen, s. 698

⁸² Amdal/Roll-Matthiesen, s. 226

4.2 Vesentlige endringer

Neste spørsmål blir hva som skal forstås som vesentlige endringer.

Om en gitt endring skal regnes som vesentlig må vurderes konkret, og på grunnlag av de bakenforliggende hensynene til likebehandling og forutberegnelighet.

I lys av hensynet til potensielt interesserte leverandører, vil et veiledende moment være hvorvidt endringene ville ført til at markedet hadde respondert på en annen måte. Herunder er både endringer i selve kontraktsgjenstanden, og i vilkårene for å anskaffe den, relevante. Terskelen vil etter dette særlig være lav for å lempe på kvalifikasjonskravene. I prinsippet vil det ved slike endringer alltid være en mulighet for at flere leverandører hadde meldt sin interesse i den opprinnelige konkurransen.

Dragsten/Lindalen⁸³ mener at endringsadgangen skal forstås i samsvar med (nå) § 17-2, som gjelder hvilke endringer som kan foretas før tilbudsfristen i en anbudskonkurranse. Også Arrowsmith⁸⁴ sammenligner situasjonen med tilfeller hvor oppdragsgiver under en åpen eller begrenset konkurranse endrer spesifikasjoner eller andre vilkår før tilbudsfristen. Dette synes å gi en hensiktsmessig regel.

Kravet om at det ikke kan foretas vesentlige endringer, gjelder videre både ved kunngjøringen og under de etterfølgende forhandlingene⁸⁵.

For forhandlingene må det særlig skilles mellom pris og andre elementer som utgjør konkurranseparametre, og krav som gjelder leverandøren eller anskaffelsesobjektet.

Som utgangspunkt kan det derfor ikke forhandles om absolutte vilkår oppdragsgiver har oppstilt i konkurransegrunnlaget, ettersom det vil være i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling⁸⁶. Oppdragsgiver bør herunder være varsom med å foreta vesentlige endringer i de vilkår som førte til at tilbudene ble regnet som irregulære i den opprinnelige konkurransen.

⁸³ Dragsten/Lindalen, s. 698

⁸⁴ Arrowsmith, s. 549

⁸⁵ Steinicke/Groesmeyer a. 819

⁸⁶ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (Fornyings- og administrasjonsdepartementet), s. 184

5.0 Tilleggsvilkårene i § 14-4 a)

Ved konkurranse med forhandling etter § 14-4 a) gjelder det ingen kunngjøringsplikt, og er sammenlignet med § 14-3 a) derfor underlagt et tilleggsvilkår. Dette gjelder hvilke leverandører som skal inviteres til å delta i den etterfølgende konkurransen.

Kravet er at "alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav" skal inviteres til å delta.

Selv om det ikke uttrykkelig fremgår, må ordlyden også forstås slik at det *bare* er disse som skal inviteres til å delta. Artikkel 30 nr. 1 a) i direktivet er tydeligere på dette punkt, hvor vilkåret er formulert som at "alle tilbudsgivere, og kun de tilbudsgivere".

Formålet bak tilleggsvilkårene er å sikre at hensynet bak kunngjøringsplikten er ivaretatt, selv om det ikke foretas en kunngjøring. Ettersom den opprinnelige anbudskonkurransen er kunngjort, er markedet gjort kjent med ytelsen som etterspørres, og har kunnet konkurrere om denne. Forbudet mot vesentlige endringer sørger videre for at anskaffelsen og vilkårene for denne tilsvarer den opprinnelige anbudskonkurransen. Tilleggsvilkåret i § 14-4 a) skal deretter sikre at de interesserte og kvalifiserte leverandørene er med i den etterfølgende konkurransen.

Med andre ord kan det sies at tilleggsvilkårenes utskilling av leverandører fører til at kvalifikasjonsfasen i den etterfølgende konkurransen anses fullført.

5.1 Plasseringen av § 14-4 a)

Som det ble fremhevet under punkt 2.3-2.5 er det betydelige forskjeller mellom konkurranse med forhandling henholdsvis med og uten forutgående kunngjøring. Det ble også vist til at ved implementeringen i norsk rett ble direktivets artikkel 30 nr. 1 a) delt opp i § 14-3 a) og § 14-4 a).

I norsk rett har oppdelingen ført til en misforståelse om at anskaffelsesforskriften § 14-4 a) ikke har et motstykke i direktivet, og at dette dermed er en særnorsk bestemmelse. Dette kommer for eksempel til syne i praksis fra KOFA⁸⁷.

Grunnen til at lovgiver valgte å skille ut bestemmelsen fra artikkel 30 nr. 1 a), og plassere den sammen med de øvrige direkteanskaffelsene i § 14-4, er ikke omtalt i forarbeidene eller teorien. Dermed er det heller ikke konkrete holdepunkter for å si at adgangen til å anvende bestemmelsen var ment å være snevrere enn § 14-3 a). Som nevnt må hovedvilkårene i bestemmelsene, som ovenfor lagt til grunn, forstås likt.

Det kan synes som om bakgrunnen for plasseringen av § 14-4 a) har vært et lovteknisk valg, slik at hjemlene for å arrangere konkurranse med forhandling er gruppert i forhold til om kunngjøring er påkrevd eller ikke. Hensynet bak kunngjøringen må som nevnt anses sikret gjennom tilleggsvilkåret i § 14-4 a). Plasseringen kan derfor sies å ha et uheldig utslag ved at terskelen for anvendelse tilsynelatende er strengere enn det bestemmelsen tilsier.

Plasseringen har likevel en praktisk følge i forhold til gjennomføring av forhandlingene.

⁸⁷ KOFA sak 2009/233, premiss (39)

I § 20-11 er det inntatt regler for gjennomføring av konkurranse med forhandling, og disse gjelder uttrykkelig for konkurranse med forhandling *etter* forutgående kunngjøring.

Slike regler gjelder ikke for forhandlinger med hjemmel i bestemmelsene i § 14-4. Hovedgrunnen til dette er at omstendighetene som berettiger direkteanskaffelser er av en annenledes karakter. De fleste av disse gjelder tilfeller hvor det kun er én markedsaktør som er aktuell som leverandør⁸⁸, og de øvrige gjelder også mer spesielle tilfeller. Det er derfor ikke hensiktsmessig med regler som styrer gjennomføringen av forhandlingene.

Oppdragsgiver er likevel også her underlagt skranker som følger av lovens grunnleggende krav⁸⁹. Disse får betydning ved problemstillinger som ikke er eksplisitt regulert, og kan utgjøre et selvstendig pliktgrunnlag⁹⁰. Ved gjennomføringen av forhandlingene etter § 14-4 a) vil det derfor antagelig måtte innfortolkes plikt til å innordne forhandlingene på en måte som ivaretar hensynet til likebehandling og etterprøvbarhet.

Ettersom § 14-4 a) har så store likhetstrekk med § 14-3 a), er det derfor sannsynlig at tilsvarende regler som i § 20-11 i stor grad også vil gjelde for gjennomføringen av forhandlingene ved konkurranser etter § 14-4 a).

5.2 Kvalifikasjonskravene

Første tilleggsvilkår i § 14-4 a) er at leverandørene må oppfylle "kravene for deltagelse i konkurransen".

Kravene for deltagelse må forstås som en henvisning til både de generelle forholdene ved leverandører som skal eller kan føre til avvisning, og til kvalifikasjonskravene i den forutgående konkurransen. Som det har fremgått fra tidligere vurderinger⁹¹, korresponderer dette positive vilkåret med forskriftens avvisningsregler på grunn av forhold ved leverandøren, jf. § 20-12.

I direktivet er vilkåret knyttet til "de i artikkel 45-52 omhandlede kriterier". Som vurdert ovenfor i punkt 3.4.1 utgjør dette direktivets utelukkelsesregler, samt kvalifikasjonskrav. Direktivet gir dermed anvisning på samme regel som forskriften.

Hva gjelder de fakultative avvisningsreglene, må det anses klart at oppdragsgiver i dette henseende er bundet av hvorvidt en leverandør ble avvist i den forutgående konkurransen. Dersom tilbudet ikke ble avvist på grunn av slike forhold, må leverandøren gjeninviteres til den etterfølgende konkurransen. En annen løsning ville brutt med hensynet til forutberegnelighet og likebehandling.

5.3 Anskaffelsesprosedyrens formelle krav

Det siste tilleggsvilkåret er at leverandørene for å gjeninviteres må ha avgitt et tilbud "i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav".

⁸⁸ Jf. § 14-4 bokstav c), f), h), i), j) og k)

⁸⁹ Anskl. § 5

⁹⁰ Dragsten/Lindalen, s. 150

⁹¹ Jf. punkt 3.4.1

Prosedurens "formelle krav" må vise både til krav som følger av forskriften, og formalistiske krav fremsatt av oppdragsgiver i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

I norsk teori tas det til orde for at dette er en referanse til (nå) § 20-2 som stiller krav til skriftlighet, til forsendelsen og krav om undertegning⁹². Ordlyden må også antas å sikte til overholdelse av tidsfrister, og utforming av tilbudet. Leverandører som har innlevert tilbud etter tilbudsfristens utløp, eller formulert tilbudet på et annet språk enn det som er angitt, kan derfor ikke inviteres til å delta i den etterfølgende konkurransen etter § 14-4 a).

Som nevnt innledningsvis i punkt 5, er hensynet bak disse tilleggsvilkårene ganske enkelt det samme som en kvalifikasjonsfase i en begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling *med* forutgående kunngjøring. Eventuelle tvilstilfeller må dermed antas å bedømmes på samme måte.

⁹² Dragsten/Lindalen, s. 712

6.0 Må *samtlig*e tilbud være ukorrekte eller uakseptable?

Spørsmålet om *samtlig*e tilbud fra den opprinnelige konkurransen må være irregulære har stor betydning for anvendeligheten til §§ 14-3 a) og 14-4 a). Problemstillingen aktualiseres først og fremst fordi ordlyden i forskriften og i direktivet synes å gi anvisning på ulike resultater.

Problemstillingen har også tilknytning til hvilke tilbud som kan regnes som irregulære. Som det ble vist til i 3.5, vil en konklusjon om at det ikke kreves at *samtlig*e tilbud er irregulære, ofte kunne løse problematikken med at det kun gjenstår lite tilfredsstillende tilbud.

Spørsmålet har ikke vært oppe i norske domstoler eller i EU-domstolen, og det er i teorien usikkerhet om hvordan direktivbestemmelsen skal forstås på dette punktet.

Det er nødvendig med en helhetlig tilnærming til problemstillingen. I punkt 6.1 vil det redegjøres for norsk retts rettskilder, og den tilnærmingen som synes å være rådende her. Deretter skal det europeiske perspektivet presenteres i punkt 6.2, før de reelle hensyn vurderes i punkt 6.3. For å belyse spørsmålet vil § 14-4 b) gjennomgående benyttes som sammenligningsparameter.

6.1 Norsk rett

Retten til å benytte konkurranse med forhandling etter § 14-3 a) og § 14-4 a) er aktuell "når tilbudene i en forutgående ... anbudskonkurranse ... er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable".

Tilbudene er omtalt i bestemt flertallsform, og ordlyden tilsier et krav om at *samtlig*e innleverte tilbud må være irregulære.

Sammenligner man med § 14-4 b), er vilkåret at det "ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet". Også denne tilsier klart at *samtlig*e tilbud må være uegnede.

De relevante forarbeidsuttalelsene⁹³ gjelder det foregående anskaffelsesdirektivet⁹⁴, men likelydende bestemmelser som de nåværende⁹⁵. Her uttales det at "det stilles videre krav om at *samtlig*e tilbud i den forutgående konkurransen var uakseptable eller ukorrekte". Dette er den eneste kommentaren knyttet til spørsmålet.

Selv om ordlyden kunne vært mer bestemt, og det i forarbeidsuttalelsene kunne vært gitt en begrunnelse for kravet, er det klart at det skal mye til for å fravike en forholdsvis klar ordlyd og forarbeider som støtter opp om denne. Som nevnt innledningsvis befinner imidlertid regelverket seg på et komplisert rettskildemessig område.

Norsk juridisk litteratur på området legger samme synsvinkel til grunn. Dragsten/Lindalen konstaterer at ordlyden gjelder "tilbudene", og at det dermed må være et krav om at alle tilbud er ukorrekte eller uakseptable⁹⁶. I en fotnote til dette bemerkes at det i dansk teori er stilt

⁹³ NOU 1997:21, kapittel 22, til § 7-2

⁹⁴ Forskrift om offentlige anskaffelser, (15. juni 2001 nr. 616)

⁹⁵ §§ 4-2 og 4-3

⁹⁶ Dragsten/Lindalen s. 690

spørsmål om hvor mange tilbud som må anses som ukorrekte eller uakseptable, men tilnærmingen avfeies med at det ikke er i samsvar med det som ellers er antatt⁹⁷.

Spørsmålet har også vært til vurdering i klagenemnda, i sak 2009/233. I en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av arkivreoler kom det inn to tilbud, hvorav det ene ble avvist fordi det inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene⁹⁸. Innklagede, som stod igjen med ett tilbud, avlyste konkurransen og inviterte de to leverandørene til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 a).

I spørsmålet om det er et vilkår at *samtlig*e tilbud er ukorrekte eller uakseptable, uttaler klagenemnda at både ordlyden og reelle hensyn taler for en slik løsning⁹⁹. Videre fremholdes det at juridisk litteratur¹⁰⁰ og Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene kan tas til inntekt for denne tolkningen.

I sin begrunnelse vektlegger klagenemnda videre at konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring representerer et relativt stort avvik fra regelverkets grunnleggende krav, og at kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet medfører en snever ordlydsfortolkning.

Som nevnt tidligere¹⁰¹ er det i denne saken en feilslutning i premiss 39, hvor det uttales at § 14-4 a) ikke har noe motstykke i direktivet. På grunn av denne feilslutningen benytter ikke klagenemnda rettskildene som følger av direktivet.

6.2 Europeisk rett

I artikkel 30 nr. 1 (a), som tilsvarende forskriftens § 14-3 a) og § 14-4 a), har ordlyden et annet uttrykk.

Bestemmelsen er i den engelske språkversjonen uttrykt som "*in the event of irregular tenders*", i den svenske som "*om ett anbud är ogiltigt*", og i den danske som "*når der er afgivet tilbud*, som ikke er forskriftsmæssige" (mine uthevninger).

Ordlyden tilsier her at det er tilstrekkelig at det foreligger irregulære tilbud. Flertallsformen i formuleringene, bortsett fra i den svenske, tyder imidlertid på at det må foreligge minst to tilbud som er ukorrekte eller uakseptable.

Sammenligner en med artikkel 31 nr. 1 a), tilsvarende forskriftens § 14-4 b), er ordlyden i denne klar på at det gjelder samtlige tilbud.

Vilkåret her er i den engelske versjonen uttrykt som "*no tenders or no suitable tenders*", den svenske "*inga anbud eller inga lämpliga anbud*", og den danske tilsvarende "*ikke afgives tilbud, ikke afgives egnede tilbud*".

⁹⁷ Det skrives at Meyer ikke konkluderer på spørsmålet, noe som må være en feilslutning. Mer om dette under punkt 6.2

⁹⁸ § 20-13 (1) bokstav d

⁹⁹ KOFA, sak 2009/233, premiss 41

¹⁰⁰ Dragsten/Lindalen, s. 711, jf. s. 690.

¹⁰¹ Punkt 5.1 petitavsnitt

Det er en markert forskjell mellom de valgte formuleringene i de to bestemmelsene. Dersom begge er ment å gi uttrykk for en lik regel hva gjelder gjenværende tilbud, er det naturlig å anta at dette i større grad ville vært reflektert i ordlyden.

Som nevnt i punkt 1.3, er det EU-rettslige utgangspunkt at en bestemmelse skal tolkes ut fra formål, kontekst og ordlyd, og ofte slik at formålet bak bestemmelsen gis en fremtredende rolle ved tolkningen¹⁰². Punktet nedenfor om reelle hensyn er derfor relevant for å fastlegge hvordan direktivbestemmelsen skal forstås på dette punktet.

Spørsmålet er også kommentert både av kommisjonen og i europeisk juridisk litteratur.

Kommisjonen har i sin veiledning til tilsvarende bestemmelse i det tidligere tjenstedirektivet¹⁰³ antatt at hjemmelen kun kan anvendes dersom det utelukkende er mottatt irregulære tilbud, på samme måte som i norsk rett. Problemstillingen er ikke kommentert ytterligere.

I dansk litteratur antas det hovedsakelig at det etter ordlyden ikke er et krav om at uantageligheten skal gjelde samtlige tilbud. Steinicke/Groesmeyer mener at ordlyden i art. 30 nr. 1 a) ikke krever at alle tilbud må være ukorrekte eller uakseptable, og peker på at dette særlig fremgår når man sammenligner med ordlyden i art. 31 nr. 1 a)¹⁰⁴.

Meyer trekker samme konklusjon¹⁰⁵, og får støtte av Poulsen m.fl.¹⁰⁶. Noe uenighet om spørsmålet finner man også i dansk litteratur, og Fabricius/Offersen antar at kommisjonens tolkning må legges til grunn¹⁰⁷.

6.3 Reelle hensyn

6.3.1 Kryssende interesser

Det er flere hensyn som gjør seg gjeldende for tolkningen av spørsmålet. Som så ofte ellers innen anskaffelsesretten, er det hovedsakelig oppdragsgivers interesse som krysser leverandørenes interesse.

Hensynet til den eller de leverandørene som har inngitt korrekte og akseptable tilbud, tilsier at oppdragsgiver ikke bør kunne påbegynne en ny konkurranse med forhandling.

I forhold til denne gruppens interesser må det imidlertid skilles mellom retten til å gjennomføre konkurranse med forhandling, og retten til å avslutte den første konkurransen. Det er ingen kontraheringsplikt for oppdragsgiver, og manglende konkurranse er en anerkjent "saklig grunn" til å avlyse konkurransen, jf. § 22-1 (1).

Hvorvidt denne avlysningen blir etterfulgt av en ny åpen, begrenset eller forhandlet konkurranse, kan ikke være avgjørende til inntekt for disse. Det som hovedsakelig er problematisk fra denne gruppens synsvinkel er om oppdragsgiver gjennomfører en direkteanskaffelse, jf. § 14-4 b), hvor de ikke får delta.

¹⁰² Steinicke/Groesmeyer, s. 769

¹⁰³ Guide to the Community rules on public procurement of services, avsnitt II.3.3.1.1

¹⁰⁴ Steinicke/Groesmeyer, s. 815

¹⁰⁵ Peter Lund Meyer: EU's udbudsregler, s. 113.

¹⁰⁶ Poulsen m.fl., s. 338

¹⁰⁷ Jesper Fabricius og René Offersen: EU's udbudsregler i praksis, 2.utg, s. 154

Videre er hensynet til potensielt interesserte leverandører av betydning. Interessene til disse er antatt sikret ved skranken mot "vesentlige endringer" i kontraktsvilkårene. Som det fremgikk av punkt 4 er det hensynet til disse sentralt i forhold til hvilke endringer som kan tillates i den etterfølgende konkurransen.

For oppdragsgiver er det overordnede målet å få så mye som mulig igjen for hver krone brukt. I en situasjon hvor konkurransesituasjonen på tilbudsstadiet er nesten eller helt fraværende, er dette vanskelig. Det er også av denne grunn at manglende konkurranse anses som en saklig grunn for å avlyse konkurransen.

I dette henseende vil det ofte være likegyldig for oppdragsgiver om alle tilbudene er irregulære, eller om det gjenstår ett antagelig, men likevel betydelig dyrere eller på annen måte svakere tilbud, enn de oppdragsgiver kunne valgt mellom sett bort fra irregulariteten. Uten reelle tilbud å sammenligne det gjenstående med, kan det også være vanskelig å vurdere hvorvidt dette er tilfredsstillende.

Tolker man vilkåret i tråd med det som synes å være gjeldende norsk rett, må oppdragsgiver i denne situasjonen arrangere en ny åpen eller begrenset konkurranse. Denne vil formodentlig ikke frembringe nye tilbydere, og det er risiko for at en gjentakelse av en lik prosedyre vil lede til like utilfredsstillende resultater. For å unngå et likt resultat som i den foregående konkurransen, vil oppdragsgiver antagelig måtte gjøre større endringer og tilpasninger i denne. Dette vil være tids- og kostnadskrevende.

Også i forhold til leverandørene vil en etterfølgende forhandlet konkurranse, i lys av begrensningen mot vesentlige endringer, gjøre det mulig å basere det nye tilbudet på det opprinnelige, slik at fortsatt deltagelse kan skje innen rimeligere rammer.

Legger man den europeiske tilnærmingen til grunn, har oppdragsgiver flere valg i denne situasjonen. En konkurranse med forhandling etter § 14-4 a) vil her kunne gjenopprette konkurransesituasjonen mellom de kvalifiserte tilbyderne, ved at en ytterligere forhandlings- og avklaringsomgang gjør tilbudene antagelige. Denne kan gjennomføres basert på de tidligere tilbudene, og med en kortere tidshorisont enn alternativene.

Oppdragsgiver kan også velge å utlyse en ny konkurranse med forhandling etter § 14-3 a), hvor friere tøyler til å sikre at alle tilbudene oppfyller kravene, og med mulighet til å ha flere utvelgelsesrunder, vil innebære en større sjanse for å sikre at anskaffelsen blir gjennomført på grunnlag av effektiv konkurranse.

6.3.2 Risiko

Det bærende reelle hensyn for en streng tolkning av bestemmelsen er selve hensynet som ligger bak den begrensede adgangen til forhandlede konkurranser. Altså at selve forhandlingene representerer en risiko for favorisering eller at det tas utenforliggende hensyn, og at slik påvirkning skjules.

Det kan imidlertid hevdes at denne risikoen ikke slår ut i like sterk grad når forhandlingene er foranlediget av en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

For det første har oppdragsgiver arrangert en anbudskonkurranse, som tyder på at det ikke har foreligget utilbørlige hensikter. Dersom oppdragsgiver spekulerer i å få forhandle i forlengelsen av en mislykket konkurranse for eksempel ved å stille uoverkommelige krav, vil dette uansett

føre til at samtlige tilbud er uantagelige. Skranken mot vesentlige endringer fører videre til at slike krav ikke kan endres i den etterfølgende konkurransen.

Risikoaspektet er mest fremtredende ved at oppdragsgiver sitter med sensitiv informasjon om tilbudene fra den opprinnelige konkurransen, og gjennom de etterfølgende forhandlingene. Mangelen på gjennomsiktighet setter dermed likebehandlingsprinsippet i en mer utsatt stilling. En etterfølgende åpen eller begrenset konkurranse vil imidlertid heller ikke være uproblematisk i dette henseende.

For å avhjelpe dette er det krav til at forhandlingene er reelle. Etter veilederen¹⁰⁸ innebærer dette at oppdragsgiver må gi leverandørene konkret tilbakemelding på tilbudene, og alle må få mulighet til å innlevere reviderte tilbud, jf. likebehandlingsprinsippet.

6.3.3 Antall gjenværende tilbud

Problemet med tolkningsalternativet hvor ikke samtlige tilbud må være irregulære, er at det ikke forutsetter en mislykket konkurranse. Dersom noen tilbud er irregulære, men mange fortsatt antagelige, kan ikke konkurransesituasjonen sies å legitimere en etterfølgende konkurranse med forhandling. Uten noen begrensning vil derfor regelen formodentlig gi oppdragsgiver en for vid fullmakt til å gå over til konkurranse med forhandling.

Et slikt krav til legitimering, eller motsatt en slik begrensning, må derfor innfortolkes dersom tolkningsalternativet skal legges til grunn.

De danske forfatterne det ble vist til ovenfor i punkt 6.2, tar til orde for et krav om at konkurransesituasjonen må legitimere en etterfølgende konkurranse med forhandling. Meyer antar at antallet irregulære tilbud må være av en slik størrelsesorden at oppdragsgiver hindres i å gjennomføre konkurransen i overensstemmelse med direktivets bestemmelser¹⁰⁹. Poulsen m.fl. forstår bestemmelsen dit hen at det gjelder et krav om at effektiv konkurranse ikke er mulig, og viser til at etter artikkel 44 nr. 3, tilsvarende forskriftens § 17-6, skal antall deltagere være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse, og herunder minst 3 ved konkurranse med forhandling (forutsatt tilstrekkelig antall interesserte)¹¹⁰.

Steinicke/Groesmeyer begrunner standpunktet ytterligere, og vektlegger at regelverkets formål er å sikre utviklingen av en effektiv konkurranse¹¹¹. Også disse viser til artikkel 44 nr. 3. Det fremheves også at oppdragsgiver kan ha behov for å sammenligne de ulike tilbud for å akseptere det mest fordelaktige, og at dette ikke lar seg gjøre ved manglende konkurranse.

Konkurransesprinsippet ligger i bunn for hele anskaffelsesinstituttet, og må veie tungt som utfyllende hensyn og tolkningsfaktor for reglene i forskriften. Dette er også synliggjort i anskaffelsesloven som i § 5 (2) uttaler at "en anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse". En betraktning hvor brudd på dette prinsippet, altså at det på tilbudsstadiet er manglende effektiv konkurranse, legitimerer en etterfølgende konkurranse med forhandling, synes å lede til en god regel. Som fremhevet kan det her finnes ytterligere veiledning i § 17-6 (3).

¹⁰⁸ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, s. 185

¹⁰⁹ Peter Lund Meyer: EU's udbudsregler, s. 113.

¹¹⁰ Poulsen m.fl., s. 339

¹¹¹ Steinicke/Groesmeyer, s. 816

Slik sett innebærer dette tolkningsalternativet at §§ 14-3 a) og 14-4 a) har en verkstedsfunksjon. Hvor manglende konkurranse gjør at tildeling ikke kan skje på et forsvarlig konkurransemessig grunnlag, og det foreligger ukorrekte eller uakseptable tilbud som kan "repareres" gjennom ytterligere avklaringer eller forhandlinger, er §§ 14-3 a) og 14-4 a) anvendelig for oppdragsgiver.

6.3.4 Sammenhengen med lite tilfredsstillende tilbud

Problematikken med tilbud som oppfyller alle fremsatte krav, men som likevel anses som lite tilfredsstillende, jf. punkt 3.5, har mange likhetstrekk med hvorvidt samtlige tilbud må være irregulære. I begge tilfellene taler hensynet til forretningsmessighet, og at det vil være hensiktsmessig å gjennomføre en etterfølgende forhandlet konkurranse, for at dette bør være tillatt. Hensynet til leverandørene som har innlevert tilbud i samsvar med alle konkurransens krav peker i motsatt retning.

Det er imidlertid noen viktige forskjeller. Først og fremst er det klarere begrensninger for skjønnet til oppdragsgiver hvor dette er direkte forbundet med hensynet til reell konkurranse. Selv om det vil være nyanser, vil oppdragsgivers rett til å regne lite tilfredsstillende tilbud som irregulære, i større grad utgjøre en risiko for at det tas utenforliggende hensyn, og at likebehandlingsprinsippet ikke respekteres.

Videre vil mange av tilfellene behandlet under 3.5 hvor det er størst grunn til å gi oppdragsgiver rett til å gjennomføre en konkurranse med forhandling, omfattes av at det ikke er et samtlighetskrav. Eksempelvis vil det være større grunn til å tillate forhandlet konkurranse hvor prismessig gode tilbud må avvises, og det eneste gjenstående tilbudet er for kostbart, enn hvor samtlige tilbud er for dyre.

Endelig står direktivets forholdsvis klare ordlyd om at det ikke kreves at samtlige tilbud er irregulære, i kontrast til at hvilke tilbud som kan anses uakseptable er opp til nasjonale bestemmelser, jf. punkt 3.4 og 3.5.

6.4 Konklusjon

Som det fremgår av de ovenstående redegjørelser og vurderinger er ikke spørsmålet avklart. Etter norsk rett ser ordlyd og forarbeider ut til å gi et krav om at samtlige tilbud må være irregulære, selv om reelle hensyn og formålsbetraktninger kan tale for et annet resultat.

Direktivet virker på sin side å gi motsatt regel. Ordlyden, konteksten i forhold til artikkel 31 nr. 1 a), tilsvarende 14-4 b), og de reelle hensyn understøtter dette. Også her er det imidlertid uenigheter, og tolkningen er ikke autoritativt fastlagt av EU-domstolen.

Selv om det ikke foreligger holdepunkter i forarbeidene eller for øvrig om at det i norsk rett er ment å gjelde en strengere regel enn etter direktivet, er det klart at man ved implementeringen hadde adgang til dette.

Samtidig, ettersom regelen som synes å følge av direktivet ikke helt sikkert kan fastslås, vil ikke presumsjonsprinsippet kunne tillegges stor vekt som tolkningsbidrag til den norske regelen¹¹².

¹¹² Jf. punkt 1.3

På den ene side er det tradisjonelt blitt lagt en restriktiv tolkning til grunn for disse bestemmelsene¹¹³. På den andre siden er konkurranse med forhandling underlagt flere begrensninger som skal sørge for at de grunnleggende hensynene er best mulig sikret, og er tillatt på lik linje som anbudskonkurranse i andre deler av regelverket.

Konklusjonen på problemstillingen har dermed en nær tilknytning til selve anvendeligheten av konkurranse med forhandling, herunder den grunnleggende balansen det ble vist til i punkt 2.5 om terskelen for anvendelse av bestemmelsen, og hvordan avveiningen mellom oppdragsgivers og leverandørens interesse bør slå ut i det enkelte tilfelle.

Det antas derfor at man kan falle ned på begge konklusjoner, og at frem til Høyesterett eller EU-domstolen behandler problemstillingen, vil den individuelle rettsanvenderens syn på denne grunnleggende balansen kunne være utslagsgivende.

¹¹³ Jf. punkt 2.5

7.0 Avslutning

7.1 Oppsummerende betraktninger

Som avhandlingen ble innledet med står oppdragsgiver overfor en vanskelig situasjon når en anbudskonkurranse ikke har gitt grunnlag for å tildele kontrakt. Det har medgått mye tid og kostnad i en mislykket konkurranse, og en ny åpen eller begrenset anbudskonkurranse synes ikke som et tjenlig middel for å komme til et tilfredsstillende resultat.

Hvorvidt oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling for å oppnå et slikt resultat fremgår ikke klart av de angjeldende bestemmelsene. Virkeområdet er ikke klart definert, innholdet er ikke umiddelbart tilgjengelig, og reglene dekker ikke alle de ulike formene en mislykket konkurranse kan ha.

Dette inntrykket forsterkes av at det på visse punkter er diskrepanser mellom det norske regelverket, og direktivet dette er basert på. I tillegg er bestemmelsenes nærmere innhold og grenser foreløpig ikke utpenslet i rettspraksis verken i Norge eller EU.

Problemstillingene som er tatt opp i avhandlingen er både prinsipielt og praktisk viktige. De ulike konkurranseformenes tilgjengelighet er et grunnelement i anskaffelsesretten, og vedrører den grunnleggende balansen mellom hensynet til oppdragsgiveres innkjøpsfaglige skjønnsfrihet, mot sikring av leverandørenes rettssikkerhet.

Videre er det av stor betydning for oppdragsgiver å kunne løse situasjonen ved mislykkede konkurranser på en hensiktsmessig måte. Sammenlignet med at alternativet ofte vil være å tildele kontrakt på grunnlag av et lite tilfredsstillende tilbud, eller å gjennomføre en ny åpen eller begrenset anbudskonkurranse, taler også samfunnsøkonomiske hensyn for å tillate oppdragsgiver noe videre beføyelser i disse tilfellene.

Som det ble fremhevet under punkt 6.4, og fordi det foreløpig ikke foreligger autoritative tolkninger av spørsmålene, vil løsningene på de behandlede problemstillingene kunne avgjøres av den individuelle rettsanvenderens syn på hvordan interesseavveiningen mellom oppdragsgiver og leverandør i det enkelte tilfelle bør slå ut.

7.2 Rettspolitisk utvikling

Anskaffelsesretten er som et eget rettsområde underlagt EU-retten fortsatt forholdsvis ung, og gjenstand for et komplisert rettskilddebilde. Samtidig er den nært knyttet til skiftninger i den politiske og økonomiske virkelighet, og derfor under stadig utvikling. Den seneste revisjon av regelverket skjedde i 2004, og direktivet som da trådte i kraft ligger til grunn for dagens norske anskaffelsesregelverk.

Ved denne revisjonen ser man i klare trekk at behovet for mer fleksible løsninger ble adressert. Konkurransereformen konkurransepreget dialog ble innført sammen med særlige avtaleformer som rammeavtaler, innkjøpsentraler og dynamiske innkjøpsordninger, og det ble i større grad gitt rett til å spesifisere ytelser som funksjonskrav. Anskaffelsesregelverket dekker et vidt spekter med ytelser av svært forskjellig karakter, og det ble erkjent at det ved anskaffelsen av disse er behov for mer fleksibilitet.

De foretatte endringene har ikke vært tilstrekkelige, og også 2004-regelverket har vært gjenstand for mye kritikk. Konkurransereformen konkurransepreget dialog har ikke blitt like utbredt som man antok, og kritikken gjelder hovedsakelig at reglene er rigide og kompliserte, og at det ikke er tilstrekkelige muligheter for å tilpasse prosedyrene etter hvilken anskaffelse som skal foretas. Dermed er det igjen tid for en revisjon av reglene.

Arbeidet med å modernisere reglene begynte for alvor tidligere i år da kommisjonen publiserte en såkalt grønnbok¹¹⁴ hvor forslag til fornying og tilbakemelding på de nåværende reglene ble etterspurt. Etter flere høringsrunder ble det 5.10.2011 fremlagt en endelig rapport¹¹⁵, som i et av hovedpunktene¹¹⁶ ber om forenkling av reglene og ytterligere bruk av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. EU-parlamentet har i en pressemelding 25.10.2011, med tittelen "Public procurement rules should be simpler, more inclusive and more flexible", kunngjort at reformforslag vil fremsettes av kommisjonen desember dette år.

Som det har fremgått av denne avhandlingen, er problemet ofte at reglene er vanskelig tilgjengelige, og, avhengig av tolkningen, lite fleksible. Dersom den restriktive tolkningen som synes å gjelde etter norsk rett legges til grunn, kan det generelt sies at den omtalte grunnleggende balansen har tilgodesett leverandørene litt for mye på bekostning av oppdragsgiver.

Selv om en ny revisjon av regelverket ikke skulle innebære endringer for avhandlingens omhandlede bestemmelser, er det klare signaler om at terskelen for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring ser ut til å lempes. Når det gjelder resultatløse anbudskonkurranser, ser fremtidsutsiktene med andre ord mer lovende ut for oppdragsgivere.

¹¹⁴ Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb, Brüssel, 27.01.2011

¹¹⁵ Report on modernisation on public procurement 2011/2048(INI)

¹¹⁶ 3rd task, side 9

8.0 Litteraturliste

Lover

Anskl. – Lov om offentlige anskaffelser (16. juli 1999 nr. 69)

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

Forskrift

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

Forskrift om offentlige anskaffelser (15. juni 2001 nr. 616)

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester), (7. april 2006 nr. 403)

Forarbeider

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

Prop. 12 L (2011-2012): Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven

Avgjørelser

Høyesterett

Rt. 1994 s. 1222

Rt. 2000 s. 1811

KOFA

Sak 2009/233

Sak 2010/129

EU/EØS- kilder

Direktiver

Direktiv 2004/18/EF Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Anskaffelsesdirektivet).

Direktiv 2007/66/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. desember 2007 om ændring av Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af

effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter
(Håndhevelsesdirektivet)

Avgjørelser

EU-domstolen (CJEU)

Rettens dom av 10. desember 2009 i sak T-195/08, Antwerpse Bouwwerken

Klagenævnet for Udbud (Danmark)

KfU, af 16. desember 2004, Brunata

KfU, af 2. oktober 2008, C.C. Brun Entreprise A/S mod A/S Storebælt

Veiledninger og annet

Guide to the Community rules on public procurement of services, Directive 92/50/EEC

Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb, Brüssel, 27.01.2011

Report on modernisation on public procurement 2011/2048(INI)

Bøker

Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, Kommentartutgave, 2. utgave. Kommuneforlaget, 2004

Arrowsmith, Sue The law of public and utilities procurement. 2. utg. Sweet and Maxwell, 2005.

Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen Offentlige anskaffelser, Kommentartutgave, bind I og bind II. Universitetsforlaget, 2005.

Fabricius, Jesper og René Offersen, EU's udbudsregler i praksis, 2. utg. Forlaget Thomson, 2006.

Meyer, Peter Lund, EU's udbudsregler, 1. utg. GadJura, 1998

Poulsen, Sune Troels, Simon Evers Karlslose-Hjelmberg og Peter Stig Jakobsen EU-udbudsretten, Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 2. utg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad, EØS-rett, 2. utgave. Universitetsforlaget, 2004

Steinicke, Michael og Lise Groesmeier, EU's udbudsdirektiver med kommentarer. 2. utg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.