



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

—
Fredrik A. Bachke

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
Høsten 2014*

Antall ord: 14 011



Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	4
1.1 EMNE OG PROBLEMSTILLING	4
1.2 GENERELT OM ANSKAFFESESREGELVERKET	5
1.3 GRUNNLEGGENDE KRAV FOR ALLE ANSKAFFELSER.....	7
1.4 RETTSKILDER OG METODE	9
1.5 AVGRENSNINGER	11
1.6 DEN VIDERE FREMSTILLING.....	12
2. FOA § 14-3 BOKSTAV A OG § 14-4 BOKSTAV A	14
2.1 INNLEDNING	14
2.2 HOVEDREGEL OG UNNTAK.....	14
2.3 FORSKJELLENE MELLOM FOA § 14-3 BOKSTAV A OG FOA § 14-4 BOKSTAV A.....	16
2.3.2 FOA § 14-3 bokstav a.....	16
2.3.3 FOA § 14-4 bokstav a.....	17
2.4 FORHOLDET TIL EU-RETTE.....	18
3. UKORREKTE OG UAKSEPTABLE TILBUD	19
3.1 RETTSLIG UTGANGSPUNKT	19
3.1.2 Forholdet til avvisningsreglene.....	23
3.2 IRREGULÆRE TILBUD	24
3.2.1 Irregulære tilbud i henhold til krav fastsatt i samsvar med FOA § 17-4.....	25
3.2.2 Irregulære tilbud i henhold til krav fastsatt i samsvar med FOA § 20-3.....	28
3.2.3 Øvrige henvisninger i FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a.....	28
3.3 HVORVIDT SAMTLIGE TILBUD MÅ VÆRE IRREGULÆRE.....	29
4. VESENTLIGE ENDRINGER I DE OPPRINNELIGE KONTRAKTSVILKÅR.....	34
4.1 INNLEDNING	34
4.2 DE OPPRINNELIGE KONTRAKTSVILKÅR	35

4.3 VESENTLIGE ENDRINGER.....	36
5. HVILKE TILBYDERE SKAL INVITERES TIL FORHANDLINGER?	39
5.1 SÆRVILKÅRET I FOA § 14-4 BOKSTAV A	39
5.2 VURDERINGEN DERSOM FOA § 14-3 BOKSTAV A ER HJEMMELSGRUNNLAG	40
6. INNHOLDET I OG REKKEVIDDEN AV FORHANDLINGENE.....	45
6.1 GENERELT OM GJENNOMFØRINGEN AV FORHANDLINGER.....	45
6.2 UTGANGSPUNKTET VED BRUK AV FOA § 14-3 BOKSTAV A	47
6.3 UTGANGSPUNKTET VED BRUK AV FOA § 14-4 BOKSTAV A	48
7. RETTSPOLITISKE VURDERINGER OG AVSLUTNING	50
8. KILDELISTE.....	54

1. Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Denne avhandlingen skal undersøke adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandlinger for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.¹ Avhandlingen vil fokusere på forståelsen av og anvendelsen av det norske regelverket.

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene er utgangspunktet at konkurransen må gjennomføres ved en åpen eller begrenset anbudskonkurranse jf. forskrift om offentlige anskaffelser (heretter FOA) § 14-1 første ledd.² Konkurranse med forhandling kan kun benyttes dersom vilkårene i § 14-3 eller § 14-4 er oppfylt. Avhandlingen skal se på vilkårene som stilles av de aktuelle bestemmelsene, samt gjennomføringen av og innholdet i forhandlingene som føres når oppdragsgiver får adgang til å benytte seg av konkurranseformen.

Temaet er både aktuelt og interessant ettersom ordlyden i FOA § 14-3 og § 14-4 fremstår som uklar og vag. Det er også til dels store forskjeller i formuleringene i det norske regelverket kontra EU-direktivet (heretter anskaffelsesdirektivet), hvilket de norske reglene stammer fra.³

Det foreligger få forarbeider rundt inkorporeringen av anskaffelsesregelverket i norsk rett, og de relevante forarbeidene for de aktuelle bestemmelsene er ikke begrunnet av lovgiver i særlig grad.

¹ EØS-terskelverdiene følger av FOA § 2-2 første ledd og er for 2014/2015 1,55 millioner kr for vare- og tjenestekontrakter og 39 millioner kr for bygge- og anleggskontrakter. For statlige myndigheter gjelder imidlertid en grense på 1 million kr for vare- og tjenestekontrakter. Alle summene er ekskl. MVA. Videre påpekes det at terskelverdiene justeres hvert annet år for å ta høyde for svingninger i valutakursene. For mer informasjon: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/aktuelt/nyheter/2014/justerte-terskelverdier-for-offentlige-anskaffelser.html?id=760993> (sist lest: 14. desember 2014).

² Forskrift 7. april 2006 nr. 402 "Forskrift om offentlige anskaffelser".

³ 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.

Videre har bestemmelsene aldri blitt tolket av domstolene og det som foreligger av praksis er fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) og fremkommer også i en veileder gitt av Fornyings- og administrasjonsdepartementet desember 2013 (heretter veilederen).⁴

Forutsetningen for anvendelsen av konkurranse med forhandling for anskaffelser over EØS-terskelverdiene er at det har vært en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse som har blitt mislykket på grunn av ukorrekte eller uakseptable tilbud. For oppdragsgiver og leverandør har det medgått både mye tid og penger på dette tidspunkt, og den aktuelle anskaffelsen har likevel ikke blitt gjennomført. Oppdragsgiver havner da i en situasjon der han må bestemme seg for om han vil avlyse hele konkurransen og starte anskaffelsesprosessen på nytt, eller undersøke muligheten for å gå til konkurranse med forhandlinger for å forsøke å gjennomføre den aktuelle anskaffelsen på tross av forutgående mislykket konkurranse.

1.2 Generelt om anskaffelsesregelverket

I 2012 foretok norsk offentlig sektor innkjøp for 408 496 milliarder kroner. Dette utgjorde ca. 14 prosent av bruttonasjonalproduktet og stod for en betydelig del av verdiskapningen i det norske samfunnet.⁵ Lov om offentlige anskaffelser (heretter LOA) og FOA har til formål å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling, jf. LOA § 1 og FOA § 1-1.⁶

For å gjennomføre en anskaffelse kan oppdragsgiver velge mellom flere ulike anskaffelsesprosedyrer. Hvilke prosedyrer som kan benyttes er avhengig av anskaffelsens verdi og hvor vanskelig det vil være å klart forhåndsdefinere behovet som ligger til grunn for anskaffelsen.⁷

⁴ http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/veiledninger_brosjyrer/2013/veileder-offentlige-anskaffelser.html?id=437022 (sist lest: 14. desember 2014).

⁵ Veilederen s. 9 og <http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj> (sist lest: 14. desember 2014).

⁶ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

⁷ Goller m.fl. s. 71.

Forskriftens del I gjelder for alle anskaffelser uavhengig av verdi, men oppdragsgiver kan velge bare å følge reglene i del I dersom anskaffelsens verdi er antydnet å være under 500 000 kr, eller dersom noen av unntakene i FOA § 2-1 annet ledd bokstav a til f gjør seg gjeldende. Dette betyr imidlertid ikke at oppdragsgiver må velge å bare forholde seg til reglene i del I, han kan også velge å benytte seg av konkurranseprosedyrene i FOA § 5-1.⁸

Oppdragsgiver kan velge å benytte seg av flere prosedyrer for å gjennomføre anskaffelsen. En av disse er åpen anbudskonkurranse, der alle som ønsker kan velge å levere tilbud jf. FOA § 4-2 bokstav a. Det kan også gjennomføres en begrenset anbudskonkurranse der kun inviterte leverandører kan levere tilbud jf. FOA § 4-2 bokstav b. Den siste muligheten er å gjennomføre konkurranse med forhandling hvor oppdragsgiver vil ha anledning til å forhandle med en eller flere leverandører jf. FOA § 4-2 bokstav d.

Dersom anskaffelsens verdi er antydnet til å være over 500 000kr, men under EØS-terskelverdiene, må oppdragsgiver forholde seg til reglene i forskriftens del II i tillegg til del I. Prosedyrene er de samme som de ovennevnte jf. FOA § 2-1 annet ledd jf. FOA § 5-1.

Det er kun dersom anskaffelsens verdi antas å være over EØS-terskelverdiene at oppdragsgiver må følge reglene i forskriftens del III og del I. Oppdragsgiver kan som hovedregel velge mellom å gjennomføre anskaffelsen med en åpen eller begrenset anbudskonkurranse jf. FOA § 14-1 første ledd. Andre anskaffelsesprosedyrer enn disse er å anse som unntak.

Konkurransepreget dialog er en spesialprosedyre for særlig komplekse anskaffelser der det er vanskelig for oppdragsgiver å klarlegge behovet på forhånd. Prosedyren kan kun benyttes dersom vilkårene i FOA § 14-2 er oppfylt jf. FOA § 14-1 annet. Konkurranse med forhandlinger kan kun benyttes dersom vilkårene i FOA § 14-3 eller § 14-4 er oppfylt jf. FOA § 14-1 tredje ledd.

⁸ Veilederen s. 93.

1.3 Grunnleggende krav for alle anskaffelser

For å sikre størst mulighet for å gjennomføre formålet med regelverket har både LOA og FOA listet opp grunnleggende krav som skal gjelde for alle typer anskaffelser i LOA § 5 og FOA § 3-1. De grunnleggende kravene gjelder uavhengig av anskaffelsens art, verdi og uavhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes. Kravene er delvis overlappende og må ses på som en forlengelse av formålet til regelverket jf. LOA § 1 og FOA § 1-1. De grunnleggende kravene kalles også for grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten, og begrepene vil bli brukt om hverandre videre i avhandlingen.⁹

I anskaffelsesdirektivet bilag 1 punkt 2 (fortalen) heter det at: "Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed....[Anskaffelsesregelverket] bør...fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper – som traktatens øvrige bestemmelser." Prinsippene som sitatet henviser til er likelydende de som fremkommer av det norske anskaffelsesregelverket i LOA § 5 og FOA § 3-1.

Ordlyden til kravene i både LOA § 5 og FOA § 3-1 bruker formuleringer som "[o]ppdragsgiver skal...", "[o]ppdragsgiver skal ikke..." og "[e]n anskaffelse skal...". De forskjellige kravene gir oppdragsgiver en plikt til å handle eller en plikt til å unngå en spesifikk handling. For eksempel skal ikke oppdragsgiver diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet, jf. FOA § 3-1 annet ledd. Oppdragsgiver må handle i tråd med de grunnleggende kravene, uansett hvilken del av forskriften som regulerer den aktuelle anskaffelsen, uavhengig av hvilken anskaffelsesmetode som velges og uavhengig av anskaffelsens verdi. De grunnleggende kravene er med andre ord helt overordnede prinsipper som styrer anskaffelsesprosessen.

⁹ Goller m.fl. s. 45.

De grunnleggende kravene har hovedsakelig to funksjoner. Den første funksjonen er at kravene legger føringer for anskaffelsesprosedyren. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende der en anskaffelse skal foretas utelukkende etter FOA del I ettersom det ikke foreligger detaljerte prosedyrekrav for gjennomføringen av anskaffelsen. Kravene vil i slike tilfeller legge rammene for selve gjennomføringen av anskaffelsen. For anskaffelser etter FOA del II og III utfyller prinsippene prosedyrekravene som stilles av regelverket til den aktuelle anskaffelsesprosedyren. Et klart eksempel på hvordan kravene kan legge direkte føringer på selve anskaffelsesprosessen er FOA § 3-1 tredje ledd der det er gitt forbud mot å dele opp anskaffelser for å unngå å benytte seg av anskaffelsesregelverket.

Den andre funksjonen er den praktisk mest viktige og består i at prinsippene brukes som tolkningsmomenter for forståelsen og eller fastleggelsen av innholdet i anskaffelsesregelverket. Ved tvil om en handling eller beslutning er i samsvar med regelverket kan handlingen eller beslutningen vurderes direkte opp mot de grunnleggende kravene.¹⁰

De grunnleggende kravene vil ha stor betydning for den praktiske anvendelsen av regelverket. Kravene til likebehandling, forutberegnelighet og klarhet, etterprøvbarehet og gjennomsiktighet skiller seg ut som de mest relevante ved den praktiske anvendelsen av regelverket.

Kravet om konkurranse fremkommer i FOA § 3-1 første ledd og pålegger oppdragsgiver at anskaffelsen baserer seg på konkurranse, så langt dette er mulig. Bakgrunnen for dette er at konkurranse ses på som et virkemiddel for å oppnå regelverkets formål om effektiv ressursbruk i det offentlige og økt verdiskapning jf. FOA § 1-1.

Kravet til likebehandling i FOA § 3-1 fjerde ledd pålegger oppdragsgiver å likebehandle leverandørene. Dette for å unngå at oppdragsgiver for eksempel utelukkende velger lokale leverandører eller favoriserer enkelte leverandører.¹¹ Kravet til likebehandling må også ses i nær sammenheng med kravet til ikke-diskriminering i FOA § 3-1 annet ledd.

¹⁰ Goller m.fl. s 46 og veilederen s. 63.

¹¹ Veilederen s. 65.

Kravene til gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet kan utledes av FOA § 3-1 fjerde og syvende ledd. Kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet innebærer for det første et krav om åpenhet om konkurransen gjennom for eksempel kunngjøring. For det andre kan kravet til gjennomsiktighet innebære et krav om innsyn i dokumenter som viser hvordan anskaffelsesprosessen har foregått. For det tredje vil prinsippet om etterprøvnbarhet stille krav til oppdragsgiver om dokumentasjon over de vurderinger som er gjort slik at eventuelle utelatte leverandører har tilstrekkelig dokumentasjon for å vurdere om de skal klage over oppdragsgivers valg i anskaffelsesprosessen.

1.4 Rettskilder og metode

Gjennom EØS-avtalen er den norske stat forpliktet til å gjennomføre EUs regelverk om offentlige anskaffelser ettersom anskaffelsesdirektivet er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp).

Sondringen mellom EU/EØS-regler og nasjonale regler er prinsipielt viktig fordi førstnevnte har en annen rettskildemessig bakgrunn. EU/EØS-baserte regler skal tolkes i tråd med EU/EØS-retten og ut fra utviklingen i denne, inkludert praksis fra EU-domstolen.¹² De har også en annen status, med krav på forrang fremfor annen norsk rett så langt dette følger av EØS- loven § 2.¹³

¹² Dette følger av EØS-avtalens art. 6 der det tas forbehold for den fremtidige utviklingen av rettspraksis.

¹³ Lov 27. November 1992 nr. 109 "Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Den norske stat opererer med et dualistisk rettssystem, som vil si at norsk intern rett og folkerett anses som separate rettssystemer. Folkeretten må være gjennomført i norsk rett ved inkorporasjon eller transformasjon for at domstolene skal kunne håndheve de folkerettslige reglene. I Norge har lovgiver valgt å innføre nasjonale regler for offentlige anskaffelser som går lengre enn det som er dekket og påkrevd av anskaffelsesdirektivet. Dels er det tale om mer detaljert regulering på flere felter, dels er det innført prosedyreregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, og for de såkalte uprioriterte tjenestene.¹⁴

Regelverket om offentlige anskaffelser er gjennomført i norske rett med LOA og FOA.¹⁵ LOA er en fullmaktslov som i seg selv ikke inneholder noen materielle regler for gjennomføringen av en anskaffelse, det materielle innholdet i anskaffelsesregelverket er gitt i forskrifts form i FOA. Både loven og forskriften er sentrale kilder for avhandlingen. På bakgrunn av det som fremkommer ovenfor vil både EUs regelverk om offentlige anskaffelser samt praksis fra EU-domstolen være viktige kilder for tolkningen av og fastslåelsen av innholdet i det norske anskaffelsesregelverket.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) er første instans for mottak av klager fra leverandører eller andre med rettslig klageinteresse for saker om brudd på anskaffelsesregelverket, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.¹⁶ Praksis fra KOFA vil være relevant for forståelsen av anskaffelsesregelverket ettersom det er få avgjørelser fra domstolene som omhandler temaet. KOFA er et rådgivende organ, men det er svært få saker som tas videre til domstolsbehandling etter behandling hos nemnda. Nemnda avgjorde totalt 211 saker i 2013 og har dermed en sentral rolle i rettsutviklingen på området.¹⁷

¹⁴ De uprioriterte tjenestene er listet opp i vedlegg 6 i FOA.

¹⁵ NOU 2014: 4 s.59 punkt 6.1.

¹⁶ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288, se også <http://www.kofa.no/om/> (sist lest: 14. desember 2014).

¹⁷ KOFA Årsrapport 2013 s.6; <http://www.kofa.no/Global/Årsrapporter/Årsmelding%202013.pdf> (sist lest: 14. desember 2014).

Fornyings- og administrasjonsdepartementet ga i desember 2013 ut en oppdatert veileder til reglene om offentlige anskaffelser. Veilederens funksjon er å hjelpe innkjøpere i det offentlige og private bedrifter som ønsker å levere til det offentlige. Departementet har i veilederen lagt vekt på å forklare hvordan reglene om offentlige anskaffelser skal forstås og har gjort dette blant annet ved å henvise til praksis fra KOFA. Veilederen vil være en viktig sekundærkilde for forståelsen av regelverket ettersom det er sparsomt med juridisk litteratur som faglig støtte til avhandlingens problemstilling.

NOU 1997: 21 omhandler den eldre anskaffelsesforskriften og implementeringen av det tidligere anskaffelsesdirektivet i norsk rett. Ettersom dagens § 14-3 og § 14-4 tilsvarende datidens § 4-2 og § 4-3 hva gjelder innhold, vil lovgivers uttalelser for bestemmelsene kunne være av interesse for avhandlingens problemstilling.^{18 19}

1.5 Avgrensninger

Avhandlingen vil i første omgang avgrenses til å kun omhandle konkurranse for tildeling av kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider jf. FOA § 1-3 (1). Anbud innenfor forsyningssektoren utelates da denne sektoren dekkes av egen forskrift med egne materielle regler.²⁰

FOA § 14-3 og § 14-4 inneholder begge flere alternativer som kan gi oppdragsgiver adgang til å gjennomføre konkurranse med forhandling. Det vil derimot ikke være mulig å behandle alle hjelmene innenfor rammene av denne avhandlingen. Avhandlingen vil dermed avgrenses til å omhandle FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a.

¹⁸ Forskrift 15. juni 2001 nr. 616 "Forskrift om offentlige anskaffelser".

¹⁹ Merk at § 4-2 og § 4-3 er kalt § 7-2 og § 7-3 i NOU 1997: 21.

²⁰ Forskrift 7. april 2006 nr. 403 "Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)". For ordnes skyld nevnes det at denne forskriften tillater konkurranse med forhandling på samme måte som FOA tillater det etter dens del II, jf. forsyningsforskriften § 5-1.

Utgangspunktet for anvendelsen av FOA § 14-4 bokstav a og § 14-3 bokstav a er at "...tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog..." har vært ukorrekte eller uakseptable. Konkurransepreget dialog er en spesialprosedyre for komplekse anskaffelser med strenge vilkår for anvendelse. Siden 2006 har det blitt kunngjort 57 konkurranser der konkurransepreget dialog har vært valgt anskaffelsesprosedyre, sett i den store sammenhengen er dette en anskaffelsesprosedyre som sjelden benyttes.²¹ På grunn av oppgavetekniske hensyn utelates dette alternativet i resten av avhandlingen.

Drøftelsen av vilkårene i FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a avgrenses ytterligere ved at det kun er uakseptable tilbud og forholdet til kvalifikasjonskrav etter FOA § 17-4 og avvik etter § 20-3 som vil bli behandlet. Dette gjøres av hensyn til avhandlingens omfang, og de øvrige henvisningene vil kun i korthet bli redegjort for oversiktens skyld.

1.6 Den videre fremstilling

Før vilkårene i FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a behandles er det nødvendig å plassere bestemmelsene i en større sammenheng og undersøke ulikhetene i virkeområdet til de to bestemmelsene. I avhandlingens punkt 2 vil jeg dermed presentere noen utgangspunkter og forutsetninger som er gjennomgående for avhandlingen samt se på det første vilkåret for anvendelse av FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a. Jeg vil i tillegg foreta en kort sammenligning av bestemmelsene med deres motstykke i anskaffelsesdirektivet.

I punkt 3 vil jeg undersøke vilkårene "ukorrekte" og "uakseptable" og drøfte om samtlige tilbud må være irregulære for at konkurranse med forhandling kan benyttes. Sistnevnte vil bli behandlet som egen problemstilling i avhandlingens punkt 3.3.

Begrensningen om vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktvilkår vil bli behandlet i punkt 4.

²¹ Funnet etter søk på Doffin.no (<https://www.doffin.no/Notice> - sist gjort: 14. desember 2014).

I avhandlingens punkt 5 vil jeg se nærmere på hvilke tilbydere som skal og kan inviteres til forhandlinger. Særvilkåret i FOA § 14-4 bokstav a vil bli behandlet i punkt 5.1 og § 14-3 bokstav a i punkt 5.2.

Avhandlingens punkt 6 vil omhandle innholdet i og rekkevidden av forhandlingene når oppdragsgiver gis anledning til å benytte seg av konkurranseformen i medhold av FOA § 14-3 bokstav a eller § 14-4 bokstav a.

Avhandlingen avsluttes i punkt 7 med en kort oppsummering og noen rettspolitiske betraktninger. Det vil også knyttes noen kommentarer til det nye anskaffelsesdirektivet.

2. FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a

2.1 Innledning

Følgende kapittel vil være en utvidet innledning med presiseringer og forutsetninger for anvendelsen av FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a samt presentasjon av bestemmelsene og sammenligning med anskaffelsesdirektivets tilsvarende bestemmelse. Som vi skal se har bestemmelsene tidvis likt innhold, men er også skilt ved to vesentlige forskjeller.

2.2 Hovedregel og unntak

Som nevnt innledningsvis fremkommer det av FOA § 14-1 første ledd at hovedregelen for anskaffelser over EØS-terskelverdiene er at den skal gjennomføres ved en åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Konkurranse med forhandling kun kan benyttes når vilkårene i enten § 14-3 eller § 14-4 er oppfylt.

For åpne og begrensede anbudskonkurranser foreligger det til enhver tid et forhandlingsforbud jf. FOA § 21-1 første ledd. Forhandlingsforbudet medfører at det ikke er anledning å endre tilbudene eller forsøke å endre de gjennom forhandlinger – herunder endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet. Det betyr også at oppdragsgiver ikke kan ta kontakt med leverandørene for å få avklart uklarheter, forbehold eller avvik i tilbudene.²²

Bakgrunnen for forhandlingsforbudet er at man skal sikre likebehandling av tilbyderne, gjennomsiktighet i prosedyren og kunne påvise at anskaffelsen baserer seg på reell konkurranse, hvilket er et grunnleggende krav som stilles til anskaffelsesprosessen jf. LOA § 5 annet ledd og FOA § 3-1 første ledd.²³

²² Thue, Buan og Brun s. 710.

²³ Thue, Buan og Brun s. 710.

Uten forhandlingsforbudet forløper det større risiko for at enkelte tilbydere blir favorisert gjennom forhandlinger, som kan medføre at akkurat deres tilbud blir det økonomisk mest fordelaktige for oppdragsgiver, og dermed også valgt. Videre er det vanskeligere for oppdragsgiver å godtgjøre at anskaffelsen er basert på likebehandling av tilbyderne og at den er gjennomført ved reell konkurranse dersom forhandlinger hadde vært tillatt ved enhver anskaffelse.

Adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandlinger for anskaffelser over EØS-terskelverdiene vil gi oppdragsgiver fritak for enkelte begrensninger som aktørene ellers er underlagt dersom anskaffelsen gjennomføres ved en åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Hvis hjemmelen for konkurranse med forhandling er FOA § 14-4 bokstav a vil oppdragsgiver bli gitt to fritak. For det første er oppdragsgiver fritatt fra å kunngjøre konkurransen og for det andre er oppdragsgiver og tilbydere ikke underlagt forhandlingsforbudet som i utgangspunktet gjelder for anskaffelser gjort i samsvar med FOA del III. Dersom hjemmelen for å benytte konkurranse med forhandling er FOA § 14-3 bokstav a er oppdragsgiver fritatt for forhandlingsforbudet, men fortsatt pålagt å kunngjøre konkurransen i henhold til reglene i FOA kapittel 18.

Konkurranse med forhandling utgjør et unntak fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Praksis fra både EU-domstolen og KOFA viser at unntaksregler i anskaffelsesretten generelt skal tolkes restriktivt og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for bruken av prosedyren er tilstede.²⁴ Forarbeidene til den eldre anskaffelsesforskriften legger også dette til grunn.²⁵

²⁴ Se for eksempel C-157/06 premiss 23, C-250/07 premiss 34, KOFA sak 2009/233 premiss 45, sak 2010/325 premiss 42 og sak 2011/275 premiss 35.

²⁵ NOU 1997: 21 merknader til § 7-2 og § 7-3.

Etter både FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a kan oppdragsgiver ”...benytte konkurranse med forhandling...når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (HMS-egenerklæring), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud), § 22-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår”.

Første vilkår for bruk av konkurranse med forhandling er at det har vært en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse og at denne har ført til at oppdragsgiver ikke har kunnet gi tilslag til noen av tilbyderne på grunn av ukorrekte eller uakseptable tilbud jf. FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a.

Dersom muligheten for å benytte konkurranse med forhandling er tilstede får oppdragsgiver, på visse vilkår, rett til å forhandle med tilbyderne for å få gjennomført anskaffelsen. Konkurranse med forhandling må kunne sies å være et virkemiddel for å oppnå regelverkets formål om effektiv ressursbruk jf. LOA § 1.

2.3 Forskjellene mellom FOA § 14-3 bokstav a og FOA § 14-4 bokstav a

Innholdet i vilkårene til de to bestemmelsene er tilsynelatende likelydende.

Bestemmelsene er derimot skilt ved to vesentlige forskjeller: der FOA § 14-3 krever kunngjøring gjør ikke FOA § 14-4 det samme. I tillegg har FOA § 14-4 bokstav a inntatt et ekstra vilkår som ikke følger av FOA § 14-3 bokstav a.

2.3.2 FOA § 14-3 bokstav a

Etter FOA § 14-3 kan oppdragsgiver kun ”...benytte konkurranse med forhandling ved tildeling av kontrakter etter å ha offentliggjort en kunngjøring i henhold til § 18-3 (kunngjøring av konkurranse), jf. § 18-1 (fremgangsmåten ved kunngjøringer)...”.

Kunngjøringen som FOA § 14-3 henviser til gjelder den etterfølgende konkurransen med forhandlinger. For den forutgående åpne eller begrensede anbudskonkurransen har det allerede vært gjennomført kunngjøring i henhold til FOA § 18-3 første ledd jf. FOA § 18-1. Dette vil følgelig være situasjonen uavhengig av om FOA § 14-3 bokstav a eller § 14-4 bokstav a benyttes som hjemmel for konkurranse med forhandling.

Av FOA § 18-3 første ledd følger det at åpne eller begrensede anbudskonkurranser skal gjøres kjent i en kunngjøring. Videre krav som stilles til kunngjøringen følger av FOA § 18-1 første til åttende ledd.

Jeg vil ikke gå nærmere inn på reglene om kunngjøring i avhandlingen ettersom poenget i denne anledning kun er å påpeke forskjellen i kunngjøringsplikten i henhold til FOA § 14-3 og § 14-4.

2.3.3 FOA § 14-4 bokstav a

Dersom det er anledning til å benytte FOA § 14-4 bokstav a vil oppdragsgiver være fritatt fra å måtte kunngjøre den etterfølgende konkurransen med forhandling. Kunngjøring av konkurranse er ansett som et av de viktigste tiltakene for å sikre konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling av tilbyderne. Uten kunngjøring er det større risiko for favorisering av enkelte tilbydere og mindre gjennomsiktighet i prosedyren.

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav a utgjør dermed et større avvik fra hovedregelen enn det konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring etter § 14-3 bokstav a gjør. Fritaket fra kunngjøring gjør at bestemmelsen kan kalles for en hjemmel for direkte anskaffelse selv om anskaffelsen må følge de grunnleggende prinsippene som følger av forskriftens første del.²⁶

²⁶ Bakken og Nordby s. 105.

Videre inneholder FOA § 14-4 bokstav a et særvilkår som ikke følger av FOA § 14-3 bokstav a. Vilåret 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, inviteres til å delta...". Dette må ses i sammenheng med at den forhandlede prosedyren etter § 14-4 bokstav a er fritatt fra kunngjøringsplikten i motsetning til § 14-3 bokstav a. Særvilkåret er inntatt for å tilfredsstille de grunnleggende kravene som stilles til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen. Mer om særvilkåret i avhandlingens punkt 5.1.

Foruten kunngjøringsplikten og det sistnevnte særvilkåret som kun følger av FOA § 14-4 bokstav a, er det ingenting som skiller ordlyden i FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a.

2.4 Forholdet til EU-retten

I anskaffelsesdirektivet er hjemmel for å gjennomføre forhandling med og uten forutgående kunngjøring inntatt i artikkel 30. I utgangspunktet gjelder artikkel 30 konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring, men det er inntatt ytterligere vilkår i artikkel 30 nr. 1 bokstav a som kan gjøre at kunngjøring likevel ikke er nødvendig.

Ved implementeringen av artikkel 30 i norsk rett har lovgiver delt opp anskaffelsesdirektivets bestemmelse for å danne FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a. Det er dette som er den lovtekniske delen av bakgrunnen for at det kun er FOA § 14-4 bokstav a som har inntatt særvilkåret om hvilke tilbydere som skal inviteres til forhandlingene.

Opphavet til begge bestemmelsene er således den samme direktivbestemmelsen og det er dermed naturlig å legge til grunn at bestemmelsenes like ordlyd må forstås på lik måte. Den følgende redegjørelsen av vilkårene i bestemmelsene vil dermed være gjeldende for forståelsen av begge, med mindre annet er sagt.

3. Ukorrekte og uakseptable tilbud

3.1 Rettslig utgangspunkt

Oppdragsgiver kan benytte seg av konkurranse med forhandling "når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ...er ukorrekte , eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (HMS-egenerklæring), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud) eller § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)".

Ordlyden "eller" tyder på at det er snakk om alternative vilkår og at tilbudet enten må være ukorrekt eller uakseptabelt i henhold til krav fastsatt i forskriftsbestemmelsene som regelen henviser til.

Av en naturlig språklig forståelse må det kunne legges til grunn at ordlyden "...ukorrekte eller...uakseptable..." gir uttrykk for at det må foreligge feil eller mangler ved tilbudet som gjør at det ikke lever opp til de krav fastsatt i konkurransegrunnlaget av oppdragsgiver eller som følger av FOA. Ordlyden "ukorrekte" synes å gi uttrykk for en mer generell vurderingsnorm, ettersom ordlyden "uakseptable" knytter seg opp til spesifikke forskriftsbestemmelser. Utover dette gir ikke ordlyden i de to begrepene videre pekepinn på forståelsen av eller rekkevidden av dem.

I den engelske språkvarianten av anskaffelsesdirektivet benyttes begrepene "...irregular tenders..." og "...tenders which are unacceptable under national provisions compatible with Articles 4, 24, 25, 27 and Chapter VII..." i artikkel 30 nr. 2 bokstav a. Artiklene som det henvises til tilsvarer bestemmelsene det henvises til i FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a. Bestemmelsene i henholdsvis anskaffelsesdirektivet og FOA har på dette punkt tilsvarende innhold.

Veilederen uttaler følgende om begrepene: "Et tilbud anses som ukorrekt dersom det har formelle feil eller mangler. Formkrav kan enten følge av regelverket for offentlige anskaffelser, eller fra kunngjøring og/eller konkurransegrunnlaget. Eksempler på ukorrekte tilbud kan være der tilbudet ikke er innlevert innen tilbudsfristens utløp, eller der tilbudet inneholder vesentlige forbehold" og at "[e]t tilbud anses som uakseptabelt dersom det ikke oppfyller de kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier som er oppstilt i anskaffelsesregelverket, kunngjøringen og/eller konkurransegrunnlaget. Eksempler på ukorrekte eller uakseptable tilbud kan være der det ikke er fremlagt skatteattest, eller der tilbudet ikke oppfyller de krav som er stilt til ytelsen kravspesifikasjonen."²⁷ For "uakseptable" tilbud henviser § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a til de relevante forskriftsbestemmelser som, hvis de ikke overholdes, kan medføre at et tilbud er å anse som uakseptabelt. Hvor departementet henter sin forståelse av "ukorrekte" og "uakseptable" fra fremkommer ikke.

Veilederens uttalelser taler med andre ord for at det er ordlyden "uakseptable" som er en mer generell vurderingsnorm ettersom ordlyden "ukorrekte" sikter til formelle feil eller mangler. Slik vilkårene er oppstilt i bestemmelsen tilsier derimot det motsatte, slik nevnt innledningsvis.

KOFA har gått grundigere til verks enn departementet når de har vurdert innholdet i begrepene. I den videre fremstilling vil jeg analysere utvalgt KOFA-praksis for å finne felles vurderingsmomenter for hva som anses som "ukorrekte" og "uakseptable" tilbud. Av KOFAs avgjørelser er det kun to, av nyere dato, som går nærmere inn på forståelsen av begrepene.

I KOFA-sak 2010/325 deltok Skanska Norge AS i en åpen anbudskonkurranse for bygging av et sentralbygg for Høgskulen i Sogn og Fjordane i Sogndal, Statsbygg var oppdragsgiver i saken. Statsbygg totalforkastet alle de innkomne tilbud ettersom de mente de hadde "saklig grunn" jf. FOA § 22-1 annet ledd til det, ettersom alle tilbudene lå over budsjettammen.

²⁷ Veilederen s. 104.

Statsbygg gjennomførte deretter konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det var uklart hvilken hjemmel Statsbygg hadde benyttet seg av for å gjennomføre prosedyren og nemndas flertall konkluderte med at Statsbygg hadde brutt regelverket ettersom de ikke hadde hjemmel i verken FOA § 14-4 bokstav a eller b. Om ordlyden "uakseptable" uttaler nemndas flertall i premiss 45 at det må legges en objektiv vurdering til grunn og at det er en viss terskel for hva som kan aksepteres for å benytte forhandlingsprosedyren. Statsbygg anså samtlige tilbud som "uakseptable" ettersom de oversteg deres budsjetttramme. Det var ikke tvil om at Statsbygg hadde "saklig grunn" til å foreta en totalforkastelse av tilbudene etter FOA § 22-1 annet ledd, men spørsmålet var om dette også var nok til at tilbudene var å anse som "uakseptable" i henhold til FOA § 14-4 bokstav a. Listen med forskriftsbestemmelser som § 14-4 bokstav a henviser ble i saken ansett som uttømmende, se premiss 45, og ettersom det ikke er henvist til § 22-1 annet ledd i § 14-4 bokstav a foretok nemnda en konkret vurdering ut fra formål og de grunnleggende prinsippene i regelverket for å finne ut om tilbudene i konkurransen kunne være å anse som "uakseptable" på grunn av for høy pris, se premiss 47. Nemnda konkluderte med at Statsbygg ikke hadde hjemmel i FOA § 14-4 bokstav a til å gjennomføre konkurransen.

I KOFA-sak 2011/275 kunngjorde Universitetet i Bergen en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av medisinsk utstyr til operasjonssaler. Det kom inn to tilbud, der det ene ble avvist på bakgrunn av klare mangler vedrørende prising. Universitetet i Bergen avlyste deretter konkurransen og gjennomførte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

Klagenemnda fant at FOA § 14-4 bokstav a hjemlet muligheten for universitetet til å gjennomføre konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring ettersom samtlige innkomne tilbud viste seg å være ukorrekte i henhold til de krav som var stilt i konkurransegrunnlaget. I premiss 35 uttaler nemnda at det ved vurderingen av om et tilbud er ukorrekt, må det legges en objektiv vurdering til grunn og at bruk av bestemmelsen er et unntak fra hovedregelen som må tolkes restriktivt. Nemnda fant at tilbyders tilbud avvek konkurransegrunnlaget hva gjaldt tekniske spesifikasjoner til operasjonsstolene og at tilbudet måtte anses som ukorrekt i henhold til FOA § 14-4 bokstav a.

Fellesnevnerne i disse to avgjørelsene er at det må legges en objektiv vurdering til grunn ved vurderingen av om et tilbud er å anse som ukorrekt eller uakseptabelt samt at tolkningen skal være restriktiv. Det synes ikke å foreligge ytterligere praksis fra KOFA som går nærmere inn på begrepene.

Bruken av begrepene "ukorrekte" og "uakseptable" synes å være noe flytende, og overgangen mellom hva som anses som ukorrekt eller uakseptabelt synes ikke å være klart definert. Dette kommer ennå klarere frem dersom en undersøker praksis fra KOFA der begrepene dels brukes om hverandre og dels brukes kun uttrykket "uakseptable".²⁸

Et tilbud kan for eksempel ikke være ukorrekt og samtidig være akseptabelt for en oppdragsgiver, noe som synes å være i samsvar med forskriftens system. Dersom det skulle vise seg at et tilbud er uakseptabelt i henhold til krav som er fastsatt i samsvar med, for eksempel, FOA § 17-14 vil det også medføre at det er ukorrekt ettersom det inneholder et vesentlig avvik og eller forbehold. Tilbudet blir dermed uakseptabelt og ukorrekt.

Ordlyden i de to begrepene synes å være delvis overlappende ettersom ordlyden "ukorrekte" synes å favne om flere tilfeller av feil eller mangler enn "uakseptable". Listen over forskriftsbestemmelser som følger ordlyden "uakseptable" synes å være de eneste tilfeller som kan medføre at et tilbud er å anse som uakseptabelt jf. ordlyden "...krav fastsatt i samsvar med...". Som allerede nevnt vil enkelte av tilfellene som gjør at et tilbud er å anse som uakseptabelt også kunne la seg selvstendig vurdere dithen at det er ukorrekt. Hvilket begrep en velger å benytte seg av er i utgangspunktet kun av teoretisk interesse ettersom resultatet blir det samme – nemlig at oppdragsgiver vil kunne benytte seg av konkurranse med forhandling med eller uten forutgående kunngjøring.²⁹ Til støtte for dette har Dragsten og Lindalen gjennomgående i deres kommentarutgave valgt å benytte samlebegrepet "irregulære tilbud", sml. "irregular tenders", til fordel for "ukorrekte" og "uakseptable".³⁰

²⁸ Se for eksempel KOFA-sak 2011/275 premiss 35 med videre henvisning til sak 2008/131 premiss 64.

²⁹ Under forutsetning at de resterende vilkårene er oppfylt.

³⁰ Dragsten og Lindalen s. 690 flg.

I det følgende vil ordlydene bli brukt om en annen og ordlyden "irregulær" vil bli brukt som samlebetegnelse for de to.

3.1.2 Forholdet til avvisningsreglene

I følgende kapittel skal jeg undersøke sammenhengen mellom irregulære tilbud og avvisningsreglene i FOA del III.

Lovgiver har ikke henvist til avvisningsreglene i FOA § 14-3 og § 14-4, og virkeområdet mellom reglene kan dermed ikke påstås å være ubetinget sammenfallende.

Om irregulære tilbud og forholdet til avvisningsreglene er det kun en ting som er klart i følge teorien. Dersom tilbudet inneholder et avvik eller forbehold som medfører at oppdragsgiver *skal* avvise det etter FOA § 20-13 første ledd vil det også medføre at tilbudet er å anse som ukorrekt eller uakseptabelt.³¹

Spørsmålet videre er derimot hvordan situasjonen blir dersom oppdragsgiver *kan* avvise tilbudet på grunn av dets mangler eller feil jf. for eksempel FOA § 20-13 annet ledd. Spørsmålet er ikke avklart i praksis og veilederen gir ingen holdepunkter for å vurdere det.

Dragsten uttaler at så lenge oppdragsgiver har rett, men ikke plikt, til å avvise tilbudet har han heller ikke en plikt til å godta det i konkurransen.³² Med andre ord vil oppdragsgivers behov for å kunne gå til konkurranse med forhandling fortsatt være til stede. Dette taler, i følge Dragsten, for at det er tilstrekkelig at det foreligger en "kan"-avvisningsgrunn for at tilbudet skal være å anse som ukorrekt. Thue, Buan og Brun uttaler at selv om FOA § 14-4 bokstav a ikke direkte henviser til avvisningsreglene vil det tilfellet at alle avvisningstilfeller, enten de er gjenstand for en "skal"-eller "kan"-regel, vise god konsekvens i anskaffelsesregelverket.³³ Det legges til grunn at dette gjelder for både FOA § 14-3 og § 14-4 ettersom vilkåret er likelydende i begge bestemmelsene.

³¹ Thue, Buan og Brun s. 516, Dragsten og Lindalen s. 692 og Dragsten s. 285.

³² Dragsten s. 285.

³³ Thue, Buan og Brun s. 516.

Dersom oppdragsgiver har en rett til å avvise et tilbud bør han ha tilsvarende rett til å anse tilbudet som irregulært for deretter å kunne benytte seg av konkurranse med forhandling.

Det må kunne tenkes situasjoner der tilbud som ikke kan eller skal avvises likevel kan være å anse som irregulære, og motsatt at et tilbud kan avvises av oppdragsgiver likevel ikke er å anse som irregulært. Dersom et tilbud for eksempel ikke er å anse som irregulært, men likevel er gjenstand for en "kan"-avvisningsregel, vil oppdragsgiver kunne avvise det aktuelle tilbudet for å kun stå igjen med irregulære tilbud. Dette fordi avvisningsreglene står adskilt fra reglene om konkurranse med forhandling og kan medføre avvisning av tilbud på selvstendig grunnlag.

Ved å la oppdragsgiver benytte seg av konkurranse med forhandlinger ved irregulære tilbud forsøker man på nytt å få gjennomført den samme anskaffelsen på tross av irregulære tilbud. Hensynet til å få gjennomført konkurransen må kunne sies å gjøre seg like mye gjeldende dersom de innkomne tilbud avvises av oppdragsgiver. For leverandørsiden vil det videre være irrelevant om de ekskluderes fra konkurransen enten fordi tilbudet er ukorrekt eller uakseptabelt eller om det avvises. Disse hensyn taler for at reglene har tilsvarende virkeområde.

Konklusjonen bør dermed bli at det er anledning til å la tilbud som er gjenstand for en "kan"-avvisningsregel også være å anse som irregulære for å gi oppdragsgiver adgang til å benytte seg av forhandlingsprosedyren etter FOA § 14-3 bokstav a eller § 14-4 bokstav a.

3.2 Irregulære tilbud

I det følgende vil jeg undersøke nærmere hvilke krav som kan fastsettes i samsvar med FOA § 17-4 og § 20-3 for å klarlegge hvorfor avvik fra disse medfører at tilbudet blir å anse som irregulært. De øvrige henvisningene i FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a vil i korthet bli fremstilt under punkt 3.2.3.

I både FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a tilsier ordlyden "...fastsatt i samsvar med..." at det som gjør et tilbud uakseptabelt må være et krav som er fastsatt i henhold til de aktuelle bestemmelsene som ordlyden henviser til. KOFA har uttalt at listen med henvisninger må anses om uttømmende.³⁴ Dette medfører at det kun er disse forskriftsmessige krav som kan føre til at et tilbud blir å anse som uakseptabelt.

3.2.1 Irregulære tilbud i henhold til krav fastsatt i samsvar med FOA § 17-4

I FOA § 17-4 heter det i første ledd at "[o]ppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling. Vurdering av leverandørens tekniske kvalifikasjoner skal særlig baseres på kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet." Bestemmelsens andre og tredje ledd begrenser dette utgangspunktet og gir direkte uttrykk for to grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten: forholdsmessighet og likebehandling.

Ordlydene "...herunder..." og "...særlig..." i § 17-4 første ledd, første og annet punktum gir uttrykk for at bestemmelsen ikke er uttømmende og at det også kan fastsettes andre kvalifikasjonskrav enn de som bestemmelsen selv nevner.

Videre gir ordlyden "minimumskrav" uttrykk for at kravene som stilles er ufravikelige ettersom de skal utgjøre det minimum oppdragsgiver forventer av leverandøren.

Kvalifikasjonskrav må forstås slik at det er krav som omhandler leverandørene og deres evne og eller mulighet til å gjennomføre den aktuelle kontrakten som er gjenstand for konkurransen. Dersom oppdragsgiver er usikker på hvilke kvalifikasjonskrav som bør stilles i konkurransegrunnlaget kan han, som et godt utgangspunkt, stille seg selv spørsmål om hvilken kompetanse som er nødvendig at leverandørene har for å kunne levere den aktuelle anskaffelsen.

³⁴ KOFA-sak 2010/325 premiss 45.

Departementet uttaler lignende i veilederen der det heter at kvalifikasjonskrav er minimumskrav som oppdragsgiver kan stille til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen.³⁵

Eksempelvis er det ikke unaturlig at oppdragsgiver vil sette som kvalifikasjonskrav at leverandører som ønsker å være med i konkurransen må kunne dokumentere at de har vært med på lignende oppdrag tidligere for å kunne påberope seg erfaring med lignende prosjekter.

Thue, Buan og Brun uttaler at formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren både teknisk, organisatorisk, økonomisk og finansielt sett har det nødvendige grunnlaget for å gjennomføre kontrakten.³⁶ Kravene kan da ses på som minstekrav som skal sikre at leverandøren egner seg til å gjennomføre kontraktsforpliktelsene som stilles av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget.

Enkelte kvalifikasjonskrav er obligatoriske for anskaffelser over kr 100.000 og vil følgelig være obligatorisk for alle anskaffelser som gjennomføres i henhold til FOA del III. Etter FOA § 17-14 og § 17-15 må oppdragsgiver sørge for at samtlige leverandører leverer en HMS-egenerklæring og fremlegger skatteattest for betalt merverdiavgift og skatt. Dersom en leverandør ikke leverer disse dokumenter synes det i utgangspunktet å medføre at tilbudet blir å anse som uakseptabelt ettersom det også skal avvises i henhold til FOA § 20-12 første ledd bokstav b og c.

Leverandørene er gitt en sikkerhetsventil i FOA § 21-3 der det heter at det oppdragsgiver kan fastsette en kort tilleggsfrist for ettersendelse av HMS-egenerklæring, skatteattest og offentlige tilgjengelige dokumenter. Merk at dette ikke er en plikt oppdragsgiver har og heller ikke en rett leverandørene kan påberope seg, jf. ordlyden "...kan oppdragsgiver fastsette..." i FOA § 21-3. Dette betyr at dersom leverandørene ikke har levert skatteattest og eller HMS-erklæring, og disse heller ikke er ettersendt innen tilleggsfristen, skal tilbudene avvises jf. FOA § 20-12 første ledd bokstav b og eller c. Følgelig vil tilbudet også være å anse som irregulært.

³⁵ Veilederen s. 130.

³⁶ Thue, Buan og Brun s. 571.

Hvilke kvalifikasjonskrav kan settes av oppdragsgiver? I FOA § 17-8 flg. er det gitt regler om hvilken dokumentasjon som kan kreves i forbindelse med kvalifikasjonskravene. Disse reglene vil indirekte bestemme hvilke krav som kan settes ettersom det kun kan fastsettes kvalifikasjonskrav som det kan kreves dokumentasjon for.³⁷ Dette må ses i sammenheng med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet for leverandørene.

Det er to "hovedgrupper" av kvalifikasjonskrav oppdragsgiver kan sette. Den ene ligger til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Her kan oppdragsgiver for eksempel sette krav til leverandørenes kompetanse, arbeidskapasitet, erfaring og utstyr etter FOA § 17-9 første ledd bokstav a, c nr. 1, e og f. Merk at listen over dokumentasjon for tekniske eller faglige kvalifikasjoner etter denne bestemmelsen er uttømmende.³⁸ Den andre gruppen hører til leverandørene økonomiske og finansielle stilling. Her vil oppdragsgiver kunne stille krav om fremlagt årsregnskap, relevant ansvarsforsikring og annen dokumentasjon på finansiell og økonomisk stilling jf. FOA § 17-8 første ledd bokstav a, b. Denne bestemmelsen ikke er uttømmende.³⁹

Regelverket åpner også for at oppdragsgiver skal kunne stille miljøkrav som kvalifikasjonskrav i henhold til § 17-3. Videre kan oppdragsgiver etter § 20-12 annet ledd bokstav e avvise en leverandør dersom han ikke har oppfylt sine forpliktelser hva gjelder innbetaling av trygdeavgifter – med andre ord kan også dette settes som kvalifikasjonskrav.

Dersom leverandørene ikke kan levere ut fra de kvalifikasjonskrav som er satt av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget vil tilbudet bli å anse som uakseptabelt og vilkåret anses som oppfylt. Forutsetningen for de kvalifikasjonskrav som settes er at de ikke vil være i strid med anskaffelsesregelverkets formål eller grunnleggende prinsipper.

³⁷ Dragsten s. 324.

³⁸ Veilederen s. 130.

³⁹ Dragsten s. 340.

Reglene om kvalifikasjonskrav må ses i sammenheng med avvisningsreglene i FOA § 20-12 som gjelder avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. Der en manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav medfører at tilbudet skal eller kan avvises kan det med god grunn fastslås at tilbudet også blir å anse som uakseptabelt.⁴⁰

3.2.2 Irregulære tilbud i henhold til krav fastsatt i samsvar med FOA § 20-3

FOA § 20-3 stiller, i motsetning til § 17-4, krav til tilbudet og ikke til leverandøren. Dersom tilbudet leveres med avvik skal det fremgå klart av tilbudet og være presisert og entydig beskrevet jf. FOA § 20-3 første ledd første punktum. Avvikene skal videre kunne vurderes uten kontakt mellom oppdragsgiver og leverandør, dette er et direkte utslag av forhandlingsforbudet i FOA § 21-1 første ledd. Videre henviser bestemmelsen til FOA § 20-13 og klarlegger at oppdragsgiver har rett og eller plikt til å avvise tilbudet i tråd med disse reglene.

De avvik som eventuelt måtte fremkomme i tilbudet må kunne sammenlignes med de avvik som medfører at tilbudet er å anse som irregulært jf. tidligere drøftelse og vurderingen vil følgelig måtte gi samme regel.

Dersom tilbudet inneholder avvik, og disse ikke fremkommer klart av tilbudet eller er presisert og entydig beskrevet, kan det medføre at tilbudet er å anse som uakseptabelt i henhold til et krav fastsatt i medhold av FOA § 20-3.

3.2.3 Øvrige henvisninger i FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a

FOA § 20-1 legger føringer for oppdragsgivers fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter. Bestemmelsen sier at det kun er de leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene stilt av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget som får være gjenstand for vurdering opp mot tildelingskriteriene som er fastlagt etter § 22-2. Henvisningen til denne bestemmelsen synes å være særdeles upraktisk ettersom den bare angir saksgangen for tildeling av kontrakt. Den synes ikke å gi rom for å stille noen krav i tilbudet i henhold til eller samsvar med den.

⁴⁰ Se avhandlingens punkt 3.1.2 om forholdet til avvisningsreglene.

FOA § 20-4 gjelder forholdet til alternative tilbud. Bestemmelsen vil kun være aktuell dersom oppdragsgiver har tillatt alternative tilbud i konkurransegrunnlaget og oppgitt minstekravene for disse.⁴¹ Poenget med henvisningen til denne bestemmelsen er at dersom det inngis alternativt tilbud når dette ikke er angitt som tillatt i konkurransegrunnlaget, vil tilbudet måtte bli å anse som uakseptabelt i henhold til § 20-4. Videre skal alternative tilbud som ikke oppfyller kravene som stilles av bestemmelsen avvises jf. FOA § 20-13 første ledd bokstav c.

FOA § 22-2 omhandler kriteriene for valg av tilbud. Første ledd angir at tildelingen enten skal skje på bakgrunn av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller at tildelingen utelukkende skal basere seg hvilket tilbud som har den laveste prisen. Dersom tilbud skal tildeles på bakgrunn av hva som er det økonomisk mest fordelaktige skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Disse er videre listet opp i annet ledd. Listen er ikke uttømmende.⁴² Et tilbud vil for eksempel kunne anses som uakseptabelt i henhold til denne henvisningen dersom det ikke er tilfredsstillende med tanke på oppdragsgiver behov som skal dekkes gjennom anskaffelsen, og som er beskrevet i konkurransegrunnlaget.⁴³

3.3 Hvorvidt samtlige tilbud må være irregulære.

Et interessant spørsmål som reiser seg i forlengelsen av det som allerede er drøftet ovenfor er om samtlige tilbud må være irregulære for at oppdragsgiver kan benytte seg av konkurranse med forhandlinger etter FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a, og i så tilfelle hvorfor?

⁴¹ Veilederen s. 142.

⁴² Thue, Buan og Brun s. 727.

⁴³ Dragsten s. 285-286.

I anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 1 bokstav a, hvilket tilsvarer FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a, heter det i den franske versjonen: "...en présence d'offres irrégulières...", den engelske: "...in the event of irregular tenders...", den danske: "...er afgivet tilbud, som ikke er forskriftsmæssige..." og i den svenske: "...Om ett anbud är ogiltigt...". Med unntak av den svenske språkvarianten gir ordlyden uttrykk for en flertallsform som innebærer at flere enn ett anbud må være irregulært. Det kan derimot ikke påstås at ordlyden krever at samtlige tilbud må være irregulære.

Anskaffelsesdirektivet art. 31 nr. 1 bokstav a, hvilket tilsvarer FOA § 14-4 bokstav b, gir oppdragsgiver adgang til å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. I den engelske språkvarianten er ordlyden: "...no tenders or no suitable tenders...", den svenske: "...inga anbud eller inga lämpliga anbud..." og i den danske: "ikke afgives tilbud, ikke afgives egnede tilbud...". Ordlydene gir her klare holdepunkter for at bestemmelsen kun kan anvendes dersom samtlige tilbud omfattes, i motsetning til ordlyden i art. 30 nr. 1 bokstav a. Dersom anvendelsesområdet til de to bestemmelsene skulle vært likt må det antas at dette hadde kommet klarere frem i ordlyden.

Steinicke og Groesmeyer legger til grunn at art. 30 nr. 1 bokstav a kan benyttes selv om ikke samtlige tilbud er "ikke forskriftsmæssige" eller "uantagelige" etter en sammenligning med den tilsvarende ordlyden i den franske språkvarianten og art. 31 nr. 1 bokstav a. Avgjørende etter deres mening er om anskaffelsen baserer seg på effektiv konkurranse.⁴⁴

I FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a brukes ordlyden "...tilbudene..." hvilket gir uttrykk for tilbud i flertalls form og at det gjelder samtlige tilbud.

Veilederen s. 104 gir klart uttrykk for at det kreves at samtlige tilbud er ukorrekte eller uakseptable for adgangen til å benytte seg av konkurranse med forhandlinger etter FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a. Det samme syn må kunne legges til grunn for Dragsten hvor hun gjennomgående benytter termen "tilbudene" i flertallsform.⁴⁵

⁴⁴ Steinicke og Groesmeyer s. 815-817.

⁴⁵ Dragsten kap. 47.9.2.

Til sammenligning er ordlyden i FOA § 14-4 bokstav b at det "...ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet...". Ordlyden i seg selv gir klare holdepunkter for at den krever at samtlige tilbud ikke er egnet. Samtidig er det klart at dersom det ikke foreligger tilbud vil dette omfatte helheten og bestemmelsen vil ikke kunne benyttes dersom det foreligger tilbud og disse er egnede.

Spørsmålet om samtlige tilbud må være irregulære ble eksplisitt tatt stilling til av KOFA i sak 2009/233. Bakgrunnen for saken var at Bergen Byarkiv hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse av arkivreoler til byarkivet. Det kom inn to tilbud og det ene ble avvist fordi det inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. FOA § 20-13 første ledd bokstav d. Bergen Byarkiv avlyste konkurransen ettersom det kun var ett gjenstående tilbud og gikk til konkurranse med forhandling. KOFA fant at Bergen Byarkiv hadde brutt FOA § 14-4 bokstav a ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når ikke samtlige tilbud i den forutgående konkurransen ble ansett som "ukorrekte" eller "uakseptable".

KOFA begrunnet sin avgjørelse med en restriktiv fortolkning av ordlyden i FOA § 14-4 bokstav a og fant støtte for sitt syn i veilederen samt norsk og dansk litteratur.⁴⁶ Nemnda oppsummerer og konkluderer i premiss 45 og 46 og kommer til at "...det er et krav om at *samtlig*e tilbud anses "ukorrekte" eller "uakseptable", for at konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring med hjemmel i § 14-4 bokstav a skal kunne benyttes." Saken ble ikke tatt videre til domstolsprøving.

Norsk praksis synes å være at samtlige tilbud må være irregulære for at oppdragsgiver kan benytte seg av konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring.

⁴⁶ Se KOFA-sak 2009/233 premiss 44 for KOFAs henvisninger.

Det er klare forskjeller i ordlyden i anskaffelsesdirektivet og den tilsvarende bestemmelsen i det norske regelverket. Forarbeidene til det foregående anskaffelsesdirektivet stadfester at det er et krav at alle tilbudene er irregulære for anvendelsen av regelen, uten å knytte nærmere kommentarer til hvorfor denne tilnærmingen er valgt.⁴⁷ Uttalelsen i seg selv er ikke til hjelp for å klarlegge problemstillingen, men er relevant ettersom den tilsier at lovgiver har valgt å stille dette kravet selv om anskaffelsesdirektivet ikke kan sies å gjøre det samme.

Spørsmålet som oppstår i forlengelsen av dette er hvorfor Norge har lagt seg på en strengere linje enn det ordlyd og teori i henhold til direktivet tilsier?

Det klassiske anskaffelsesdirektivet fra EU er å anse som et minimumsdirektiv, hvilket betyr at Norge har anledning til å skape strengere interne regler, men ikke mildere regler enn det som fremkommer av direktivet. Så lenge direktivets minimumskrav gjennomføres anses regelverket gjennomført i tråd med de folkerettslige forpliktelser vi har gjennom EØS-avtalen. Dette kan trekkes ut av direktivets fortale punkt 3 der det heter at "[d]isse samordningsbestemmelser bør, så vidt det er mulig, tilpasses til de fremgangsmåder og sædvaner, der er gjældende i de enkelte medlemsstater."

Det kan dermed stilles spørsmål om Norge har, ved gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet i norsk rett, hatt lyst til å være "best i klassen" ved å innføre strengere regler enn det som kreves av direktivet for å sikre at anskaffelsesregelverket er i tråd med EØS-avtalen. En virkning av dette, enten tilsiktet eller utilsiktet, er at oppdragsgiver er dårligere stilt med tanke på adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling etter FOA § 14-3 bokstav a eller § 14-4 bokstav a enn det han er hvis anskaffelsesdirektivets tilsvarende bestemmelse alene hadde vært benyttet. Dette kan neppe sies å være i tråd med regelverkets formål hva gjelder effektiv ressursbruk og økt verdiskapning, dersom en anskaffelse ikke kan gjennomføres fordi konkurranse med forhandling blir utelukket hvis ikke samtlige tilbydere har levert ukorrekte eller uakseptable tilbud.

⁴⁷ NOU 1997: 21 kap. 22, merknader til § 7-3.

Etter min mening bør det være anledning for oppdragsgiver å benytte seg av konkurranse med forhandlinger selv om ikke samtlige tilbud er irregulære. Det må kunne tenkes situasjoner, lik den i KOFA-sak 2009/233, der oppdragsgiver står igjen med ett enkelt tilbud etter å ha ekskludert de irregulære og det vil være særdeles fordelaktig for oppdragsgiver å forsøke å likevel gjennomføre den aktuelle anskaffelsen med forhandlet prosedyre. Derimot vil den ene leverandøren som leverte et korrekt tilbud lett kunne føle seg forskjellsbehandlet. Videre vil det kunne sende signaler til denne ene leverandøren om at han ikke er ønsket som kontraktspart uansett, ettersom oppdragsgiver ønsker å forhandle med de andre leverandørene. Likevel har også denne ene tilbyderen, som alle tilbyderne, anledning til å endre sitt tilbud i forhandlingsfasen etter oppdragsgivers behov.

Formålet med regelverket om offentlige anskaffelser er blant annet at anskaffelsen skal basere seg på konkurranse, så langt det er mulig jf. LOA § 5 annet ledd og FOA § 3-1 første ledd. Ved å la oppdragsgiver benytte seg av konkurranse med forhandling der ikke alle innkomne tilbud er irregulære vil en langt på vei oppfylle dette formålet. Dette må derimot begrenses ved at oppdragsgiver kan påvise at konkurransen gjennomføres på en slik måte at leverandørene likebehandles jf. FOA § 3-1 fjerde ledd.

Avslutningsvis påpekes det at det foreliggende spørsmål også har blitt behandlet av Erik V. Rise i hans masteravhandling "Vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling etter anskaffelsesforskriftens § 14-3 a) og § 14-4 a)" under punkt. 6.0. Avhandlingen hans konkluderer med at spørsmålet ikke er avklart og at det heller ikke foreligger noen avklaring fra verken Høyesterett eller EU-domstolen på det tidspunkt da avhandlingen hans ble innlevert høsten 2011.

Per desember 2014 er situasjonen ikke endret. Inntil Høyesterett eller EU-domstolen tar stilling til spørsmålet vil situasjonen være at spørsmålet er uavklart.

4. Vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår

4.1 Innledning

Både FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a setter som vilkår at konkurranse med forhandling kan benyttes "forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår".

I dette kapittelet vil jeg først se på hva som ligger i ordlyden "kontraktsvilkår" og deretter stille spørsmål ved hva som må være å anse som "vesentlige" endringer av disse. Læren om vesentlige endringer er et stort tema innenfor anskaffelsesretten og det er ikke rom for en omfattende redegjørelse av reglene innenfor rammene av denne avhandlingen. Reglene vil dermed i korthet bli redegjort for med henvisning til praksis fra både EU og KOFA.

EU-domstolen uttalte i "presstext-avgjørelsen", avsagt 19. juni 2008, at plikten til å gjennomføre anskaffelsen på nytt oppstår dersom det er foretatt en vesentlig endring av kontraktsvilkårene.⁴⁸ Dette har blitt fulgt opp av KOFA blant annet i sak 2012/206 der det ble konstatert at oppdragsgiver hadde foretatt vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene. Nemnda uttalte i premiss 58 at "[d]ette kan ikke repareres på annen måte enn at konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt...".

Tanken bak begrensningen er at dersom oppdragsgiver gjennomfører "vesentlige endringer" i kontraktsvilkårene vil det i praksis være å anse som en ny anskaffelse enn den som er forsøkt gjennomført i den forutgående åpne eller begrensede anbudskonkurransen. Begrunnelsen for å gå til konkurranse med forhandlinger er at den forutgående konkurransen har vært mislykket, og at oppdragsgiver nå vil forsøke å gjennomføre den samme anskaffelsen gjennom forhandlinger uten å måtte starte prosessen forfra. Dersom oppdragsgiver ønsker å gjøre vesentlige endringer vil derimot eneste alternativ være å avlyse konkurransen for så å kunngjøre den på nytt med de aktuelle endringene jf. henvisningene ovenfor.

⁴⁸ C-454/06 premiss 34.

4.2 De opprinnelige kontraktsvilkår

Den første problemstillingen er hva som ligger i ordlyden "kontraktsvilkår". Naturlig forståelse av ordlyden tilsier at den omfatter både det skriftlige dokumentet "kontrakten", samt andre dokumenter som må anses å være en del av kontrakten eller være av begrensende eller spesifiserende karakter.

I utgangspunktet regulerer det norske anskaffelsesregelverket tiden frem til kontrakt er inngått, etter dette er det kontraktsretten som regulerer forholdet jf. ordlyden "...tildeling av..." i FOA § 1-3 første ledd. Dersom ordlyden "kontraktsvilkår" er ment å kun gjelde selve kontrakten mellom oppdragsgiver og leverandør ville det vært meningsløst å stille vilkår til den i anskaffelsesregelverket. Dette taler for at ordlyden "kontraktsvilkår" er ment å omfatte mer enn selve kontrakten som inngås mellom oppdragsgiver og leverandør.

I den danske språkvarianten av anskaffelsesdirektivet, i artikkel 30 nr. 1 bokstav a, heter det at det ikke må foretas vesentlige endringer i "...de oprindelige udbudsbetingelser...". Dette må tolkes dithen at ordlyden ikke bare tar sikte på kontrakten, men alle betingelser for tildelingen av et anbud.

Thue, Buan og Brun mener at begrepet sikter til kontrakten i snever forstand og resten av konkurransegrunnlaget – inkludert kravspesifikasjonen.⁴⁹ Hensynet bak begrensningen i adgangen til konkurranse med forhandling er å oppfylle de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling. Dette er også blitt presisert av EU-domstolen i "pressetext-avgjørelsen" i premiss 34.⁵⁰ Hvis ordlyden kun omfattet de faktiske vilkårene i kontrakten ville det medført at endringer i for eksempel konkurransegrunnlaget vært tillat uten å bli rammet av begrensningen.

⁴⁹ Thue, Buan og Brun s. 523.

⁵⁰ Sak C-454/06.

Sett opp mot ordlyden i den danske språkvarianten av anskaffelsesdirektivet, formålet til regelverket samt Thue, Buan og Bruns kommentarer til bestemmelsen er det naturlig å legge til grunn at "kontraktsvilkårene" må tolkes utvidende slik at også konkurransegrunnlag, kravspesifikasjon og tildelingskriterier omfattes av begrensningen.

4.3 Vesentlige endringer

Neste spørsmål blir hvilke endringer som må anses å være "vesentlige".

I "pressetext-avgjørelsen" har EU-domstolen listet opp fire momenter som kan medføre at en endring kan anses å være vesentlig.⁵¹ Det første momentet er om endringen introduserer nye vilkår som gjør at tilbydere som ikke hadde anledning til å være med i konkurransen i utgangspunktet, nå kan være med. Et annet moment er om kontrakten endres slik at den omfatter nye tjenester som ikke ble dekket av den opprinnelige kontrakten. Et tredje moment er om kontraktsendringen medfører at den økonomiske balansen endres i favør av leverandøren på en måte som ikke var omfattet i utgangspunktet. Det fjerde, og siste, momentet er at utskifting på leverandørsiden normalt vil utgjøre en vesentlig endring av kontrakten. Det kan tenkes at det foreligger en klausul for leverandørbytte i den opprinnelige kontrakten, men jeg velger å ikke gå nærmere inn på dette ettersom det ikke har vesentlig betydning for avhandlingen.

KOFA har hatt en rekke saker oppe til vurdering der dette har vært en problemstilling. Om utgangspunktet for vurderingen har KOFA uttalt at det vil avhenge av en konkret helhetsvurdering.⁵²

⁵¹ C-454/06 premiss 34-37.

⁵² KOFA sak 2012/206 premiss 52.

I KOFA-sak 2012/244 gjennomførte Oslo Kommune ved Bymiljøetaten en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av "Knutekolling m/opsjon på felling og beskjæring av risikotrær". Nemnda konkluderte med at Oslo Kommune ved Bymiljøetaten hadde gjort vesentlige endringer i de opprinnelige kontratsvilkår ved å fjerne et ufravikelig krav om lærlingeordning hos tjenesteyteren.⁵³ I premiss 30 uttaler KOFA at denne endringen gjorde at flere leverandører nå kunne delta i konkurransen, når de tidligere ville vært ekskludert.

I KOFA-sak 2012/206 gjennomført kommunene Strand, Suldal, Hjelmeland, Bjerkreim, Forsand og Kvitsøy en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om leie og drift av multifunksjonsmaskiner. Nemnda fant at kommunene hadde gjennomført "vesentlige endringer" før tilbudsfristens utløp ved å endre konkurransegrunnlaget, herunder prisskjema og frafallelse av minimumskrav fastsatt i konkurransegrunnlaget. Nemnda uttalte at utgangspunktet er "...at endringene ikke må være av en slik karakter at de kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen...".⁵⁴ Videre påpeker KOFA at endringer i minimumskrav (absolutte krav) som hovedregel er å anse som en vesentlig endring.

KOFA har stilt opp det de selv kaller for en klar hovedregel om at det ikke kan gjøres endringer i de kontraktsvilkår som må være å anse som absolutte.⁵⁵ Dette henger godt sammen med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling. Samtidig uttalte EU-domstolen i "pressetext-avgjørelsen" at plikten til å gjennomføre en ny anskaffelse kun oppstår dersom endringene i kontrakten er "...materially different in character from the original contract..." og at dette må gjøres "...to ensure transparency of procedures and equal treatment of tenderers...". KOFAs praksis harmonerer langt på vei med det EU-domstolen uttalte i "pressetext-avgjørelsen".

⁵³ Ufravikeligheten var det kommunen selv som hadde presisert i konkurransegrunnlaget.

⁵⁴ Premiss 52.

⁵⁵ KOFA sak 2012/206 premiss 52 og KOFA sak 2009/73 premiss 37.

Sammenfatningsvis påpekes det at det vil være vanskelig generelt å si noe om hva som vil kunne være å anse som "vesentlige endringer". Det vil komme an på hvilke endringer som er gjort, satt i sammenheng med konkurransegrunnlaget i sin helhet og konkurransesituasjonen. En god hovedregel er at dersom det gjøres endringer i krav som er satt av oppdragsgiver som absolutte eller ufravikelige, vil det normalt være gjort en "vesentlig endring" i de opprinnelige kontraktsvilkår og adgangen til å benytte seg av konkurranse med forhandlinger vil være avskåret jf. FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a.

5. Hvilke tilbydere skal inviteres til forhandlinger?

5.1 Særvilkåret i FOA § 14-4 bokstav a

Det siste vilkåret i § 14-4 bokstav a er særegent for denne bestemmelsen, og er det som utgjør det klareste innholdsmessige skillet fra § 14-3 bokstav a. Som tidligere nevnt må kravet må ses i sammenheng med at oppdragsgiver er fritatt fra å kunngjøre konkurransen. Formålet med kravet er dermed å sikre at anskaffelsen baserer seg på konkurranse på tross av fritak for kunngjøring.

Tilleggsvilkåret 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, inviteres til å delta...".

"[K]ravene for deltakelse" må forstås slik at det henviser til kravene stilt i den forutgående konkurransen, som for eksempel levering av skatteattest i samsvar med FOA § 17-14. Hvis noen av tilbyderne i den forutgående konkurransen har levert tilbud som kan eller skal medføre avvisning, jf. FOA § 20-12 første og annet ledd, skal og eller kan disse ikke inviteres til konkurranse med forhandlinger jf. tidligere drøftelse angående dette om avvisningen baserer seg på en kan- eller skal-avvisningsregel jf. FOA § 20-12 første og eller annet ledd.

Dette presiseres ytterligere ved ordlyden i anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 1 bokstav a der det heter at det er "...all of, and only, the tenderers which satisfy the criteria of Articles 45 to 52 and which, during the prior open or restricted procedure...have submitted tenders in accordance with the formal requirements of the tendering procedure."

Både juridisk litteratur og veilederen legger det til grunn at samme forståelse av vilkåret må gjelde for det norske regelverket.⁵⁶

Når det gjelder tilbud gitt i samsvar med "anskaffelsesprosedyrens formelle krav" foreligger det ingen klare kilder som forklarer hva som må forstås med dette begrep.

⁵⁶ Thue, Buan og Brun s. 520 og veilederen s. 108.

Ordlyden "formelle krav" tilsier at det er snakk om formaliteter som for eksempel overholdelse av frister for innlevering av tilbud og formkrav til tilbudet. Det som er vesentlig her er at "formelle krav" ikke speiler til krav til tilbyderer eller det produktet eller den tjenesten som skal leveres, men at det viser til krav om hvordan tilbudet for eksempel skal utformes eller leveres.

I FOA fremkommer en rekke krav som må være å anse som formelle som for eksempel reglene om minimumsfrister i §§ 19-1 til 19-7, kravet til HMS-egenerklæring i § 3-4 og kravet til skatteattest i § 3-3.

Dragsten uttaler at "formelle krav" må forstås slik at det gjelder levering av tilbud innenfor fristen og i samsvar med formkravene gitt i FOA § 20-2 og eventuelle særlige formkrav stilt av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget.⁵⁷

Særvilkåret i FOA § 14-4 bokstav a må dermed forstås slik at det *bare* er leverandørene som oppfyller kravene til deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har overholdt de krav til levering av tilbudet som stilles av anskaffelsesprosedyren og konkurransegrunnlaget, som skal inviteres til å delta i konkurranse med forhandlinger.

5.2 Vurderingen dersom FOA § 14-3 bokstav a er hjemmelsgrunnlag

I motsetning til FOA § 14-4 bokstav a har § 14-3 ingen holdepunkter i ordlyden som tilsier hvilke leverandører som skal inviteres til forhandlingene. Situasjonen for anvendelsen av FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a er forskjellig selv om begge har som utgangspunkt at den forutgående anbudskonkurransen har medført at det kun gjenstår ukorrekte eller uakseptable tilbud.

⁵⁷ Dragsten s. 291.

Dersom FOA § 14-4 bokstav a benyttes som hjemmel for konkurranse med forhandling vil oppdragsgiver normalt ta direkte kontakt med de leverandører som ønskes med i konkurransen, og er etter særvilkåret også forpliktet til å invitere enkelte tilbydere jf. drøftelsen ovenfor.⁵⁸

Der FOA § 14-3 bokstav a er hjemmelsgrunnlag for konkurranse med forhandling kan ikke gjennomføringen av forhandlingene foregå på samme måte ettersom den etterfølgende konkurransen kunngjøres som en konkurranse med forhandling etter FOA § 18-3 jf. § 18-1 og gjøres tilgjengelig for det aktuelle markedet. I utgangspunktet kan dermed alle interessenter levere tilbud i konkurransen, også de som ikke har vært med i den forutgående åpne eller begrensede anbudskonkurransen.

Av veilederen fremkommer det at oppdragsgiver må følge det som kalles en to-trinns prosedyre for gjennomføringen av forhandlingene. Dette innebærer at oppdragsgiver først finner ut hvem som er kvalifisert til å delta i konkurransen for så å kun invitere disse til å levere tilbud.⁵⁹ Dette begrunnes med at kunngjøringsreglene i FOA del III ikke tillater en "ett-trinns-modell" der oppdragsgiver inviterer leverandørene til å levere tilbud uten å ha blitt valgt ut av oppdragsgiver.⁶⁰ Dragsten legger det samme til grunn uten å begrunne sin påstand.⁶¹ Thue, Buan og Brun kan ikke sies å ha tilsvarende syn på saken og uttaler at: "Oppdragsgiver *har anledning* til å foreta en utsiling blant overtallige kvalifiserte leverandører, og dette kan skje allerede før forhandlingene starter."⁶²

Både veilederen og Dragsten må sies å ha et særdeles strengt syn på denne regelen. Det fremkommer klart av ordlyden i FOA § 20-11 første ledd at "oppdragsgiver *kan* bestemme at forhandlingene skal forløpe i faser og redusere det antall tilbud som det skal forhandles om."⁶³

Problemstillingen videre blir derfor om anskaffelsesregelverket krever at oppdragsgiver må gjennomføre en prekvalifisering ved konkurranse med forhandling i henhold til FOA § 14-3 bokstav a.

⁵⁸ Dragsten s. 458.

⁵⁹ Veilederen s. 209-210, prosessen kalles også for prekvalifisering.

⁶⁰ Se fotnote 11 som veilederen henviser til på s. 210.

⁶¹ Dragsten s. 281.

⁶² Thue, Buan og Brun s. 640, min kursivering.

⁶³ Min kursivering.

Sammenligner man FOA § 20-11 med FOA § 11-8, som gjelder for anskaffelser etter forskriftens del II, er ordlyden lik: "Konkurranse med forhandling *kan* forløpe i flere faser for å redusere det antall tilbud som det skal forhandles om."⁶⁴ Til denne bestemmelsen uttaler veilederen at oppdragsgiver kan velge mellom ett eller to-trinns prosedyre for anskaffelser etter forskriftens del II. Begrunnelsen er at det kan bli for omstendelig å måtte foreta to-trinns prosedyre for anskaffelser som har en verdi ned mot kr 500.000.⁶⁵ Dragsten uttaler lignende hvor hun sier det er valgfritt å gjennomføre to-trinns prosedyre for anskaffelser som er omfattet av forskriftens del II, uten å begrunne dette nærmere.⁶⁶

I anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 4 er ordlyden tilsvarende den i det norske regelverket. I den danske språkvarianten heter det at: "De ordregivende myndigheder kan bestemme, at..." og i den engelske: "Contracting authorities may provide...". Både den danske og engelske språkvarianten gir klart uttrykk for at oppdragsgiver er gitt en rett, men ikke gitt en plikt til å gjennomføre to-trinns prosedyre.

I den tidligere forskriften om offentlige anskaffelser fra 2001 ble det derimot lagt opp til at det skal skje en prekvalifisering. I dagjeldende anskaffelsesforskrift § 9-3 første ledd heter det at "[o]ppdragsgiver *skal* velge ut hvem som skal inviteres til å forhandle blant leverandører som tilfredsstillere kravene for deltakelse i konkurransen."⁶⁷ Amdal og Roll-Matthiesen uttaler om bestemmelsen at konkurranse med forhandling ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene "...bare kan gjennomføres ved at invitasjon til å levere tilbud kun sendes til de leverandører oppdragsgiver velger ut."⁶⁸ Dette må kunne sies å komme klart nok frem av ordlyden. Videre sammenligner Amdal og Roll-Matthiesen situasjonen med anskaffelser under EØS-terskelverdiene der prekvalifisering er valgfritt.

⁶⁴ Min kursivering.

⁶⁵ Veilederen s. 210.

⁶⁶ Dragsten s. 281.

⁶⁷ Min kursivering.

⁶⁸ Amdal og Roll-Matthiesen m.fl. s. 443.

Ordlyden i dagens FOA § 20-11 første ledd er klar. Den gir på ingen måte oppdragsgiver en plikt til å gjennomføre en to-trinns prosedyre ved konkurranse med forhandling etter FOA § 14-3 bokstav a, han har derimot rett til å gjøre det dersom han opplyser om det i konkurransegrunnlaget jf. FOA § 20-11 annet ledd. Dersom det hadde vært meningen å videreføre gjeldende rett etter den eldre forskriften for offentlige anskaffelser må det legges til grunn at dette hadde kommet klarere frem i ordlyden i FOA § 20-11.

Prekvalifisering er likevel et godt egnet verktøy for oppdragsgiver for å "sile ut" tilbud som senere i prosessen uansett ville blitt ansett som ukorrekte eller uakseptable, eventuelt at de ville blitt avvist av andre grunner, jf. FOA § 20-12 første og eller annet ledd. Oppdragsgiver vil kunne spare både tid og penger ved å foreta en prekvalifisering for å kun invitere aktuelle leverandører til å levere tilbud i konkurransen.

Ved konkurranse med forhandling etter FOA § 14-4 bokstav a er det praktisk sett allerede foretatt en prekvalifisering ved den forutgående åpne eller begrensede anbudskonkurransen. Her vil det ikke være nødvendig for oppdragsgiver å prekvalifisere leverandørene før de gis adgang til å levere tilbud til den etterfølgende konkurransen med forhandling.

Konklusjonen må dermed bli at regelen må forstås slik at oppdragsgiver har en rett til å foreta prekvalifisering ved anskaffelser etter FOA del III, men ingen plikt til å gjennomføre det.

For den videre drøftelse forutsettes det at oppdragsgiver har valgt å gjennomføre prekvalifisering.

Vurderingsgrunnlaget for prekvalifiseringen er kvalifikasjonskravene, jf. FOA § 17-4, som fremkommer av konkurransegrunnlaget jf. FOA § 17-5 første ledd. Oppdragsgiver kan også vurdere leverandørene opp mot de oppgitte tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, jf. FOA § 20-11 første ledd annet punktum. Dersom det er behov for det har oppdragsgiver anledning til å utarbeide et eget prekvalifiseringsgrunnlag som utdyper og eller supplerer kunngjøringen jf. FOA § 17-5 annet ledd.⁶⁹

Dragsten uttaler at det er en god ordensregel at oppdragsgiver samler opp alle opplysninger av betydning for kvalifiseringen i prekvalifiseringsgrunnlaget selv om opplysningene også er gitt i kunngjøringen, ettersom det vil gi leverandørene bedre oversikt og kunne bidra til at det kommer færre deltakelsesforespørsler som må avvises som ufullstendige.⁷⁰ Anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav om likebehandling, jf. LOA § 5 første ledd, innebærer at oppdragsgiver plikter å sende prekvalifiseringsgrunnlag til de leverandører som ber om det.⁷¹

Etter dette er utgangspunktet at alle interessenter kan levere tilbud til konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring jf. FOA § 14-3 bokstav a. Dersom oppdragsgiver velger å benytte seg av prekvalifisering er det likevel kun de leverandører som kvalifiserer seg gjennom prekvalifiseringen som skal inviteres av oppdragsgiver til å levere tilbud i konkurranse med forhandlinger etter FOA § 14-3 bokstav a.

⁶⁹ Dragsten s. 459.

⁷⁰ Dragsten s. 459.

⁷¹ Se KOFA-sak 2006/96 premiss 39 der nemnda legger dette til grunn.

6. Innholdet i og rekkevidden av forhandlingene

6.1 Generelt om gjennomføringen av forhandlinger

Et spørsmål som oppstår naturlig i forlengelsen av hvem oppdragsgiver skal eller kan forhandle med, er hva det kan forhandles om. Følgende kapittel vil fokusere på innholdet og rekkevidden av forhandlingene som gjennomføres dersom oppdragsgiver gis adgang til å benytte konkurranseformen.

Det fremstår som naturlig at det både for FOA § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a er konkurransegrunnlaget og tilbudene som er gjenstand for forhandlinger, og at forhandlingene som skal føres dermed også må relatere seg til disse. Som allerede behandlet i avhandlingens punkt 4, har ikke oppdragsgiver anledning til å endre konkurransegrunnlaget vesentlig. Dette medfører at forhandlingene som gjennomføres må ha som mål å tilpasse tilbudene til de kravene som er stilt av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget.

Når det skal forhandles om anskaffelser over EØS-terskelverdiene er det kun én bestemmelse i FOA som er relevant for selve gjennomføringen av forhandlingene, FOA § 20-11. Denne gjelder derimot tilsynelatende kun for konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring. Mer om denne nedenfor.

Utover denne ene bestemmelsen vil forhandlingsprosessen styres av de grunnleggende kravene som følger av FOA § 3-1 og LOA § 5. Særlig kravene til forutberegnelighet, likebehandling og konkurranse vil regulere gjennomføringen av prosedyren.

Departementet uttaler i veilederen at regelverket ikke er lagt opp til å detaljregulere akkurat hvordan forhandlingene skal gjennomføres ettersom det normalt vil være behov for fleksibilitet da prosedyren ofte anvendes på store komplekse anskaffelser, eksempelvis juridiske tjenester og helse- og omsorgstjenester.⁷²

Spørsmålet om innholdet i forhandlingene og hva det kan forhandles om kom på spissen i EU-domstolens avgjørelse C-561/12 (Nordecon) av 5. desember 2013.

⁷² Veilederen s. 208-209.

Bakgrunnen for avgjørelsen er at den estiske veimyndigheten, i 2008, lyste ut et anbud angående utbygging av et veianlegg. Av kravspesifikasjonene fremgikk det blant annet at midtrabatten skulle være 13,5 m bred i begynnelsen, deretter 6 m. Kravene til midtrabatt var, av oppdragsgiver selv, satt som ufravikelige. Veimyndighetene mottok fire tilbud hvor en av tilbyderne forutsatte at midtrabatten skulle være 6m for helheten av den aktuelle veistrekningen. Påfølgende foreslo veimyndighetene for de andre tilbyderne at også de skulle modifisere sine tilbud slik at de også omfattet en helhetlig midtrabatt på 6m bredde. Myndighetene valgte det tilbud med lavest pris, som ikke kom fra den tilbyder som opprinnelig hadde tilbudt helhetlig midtrabatt på 6m.

Den estiske domstolen forela EU-domstolen spørsmålet om anskaffelsesdirektivets artikkel 30 nr. 2 kan tolkes slik at den tillater oppdragsgiver å føre forhandlinger med en leverandør hvis tilbud ikke oppfyller de ufravikelige krav som er fastsatt i konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon. EU-domstolen besvarte spørsmålet med at "...artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/28 ikke tillader en ordregivende myndighet at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke oppfyller de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske spesifikasjoner."⁷³

EU-domstolen begrunnet sitt svar med et viktig poeng; dersom det er anledning til å forhandle om krav som oppdragsgiver har satt som ufravikelige, hva er da poenget med å fastsette ufravikelige krav i konkurransegrunnlaget? Dersom det skulle være anledning til å forhandle om ufravikelige krav ville det medføre at oppdragsgiver ikke vil kunne forhandle med tilbyderne på et felles grunnlag. Dette vil igjen kunne medføre at oppdragsgiver ikke overholder de grunnleggende kravene om likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet som kreves for alle anskaffelser.⁷⁴

KOFA har i sin praksis lagt til grunn at det ved gjennomføringen av en konkurranse med forhandlinger at oppdragsgiver har plikt til å føre reelle forhandlinger med tilbyderne.

⁷³ C-561/12 premiss 39.

⁷⁴ C-561/12 premiss 35 til 38.

I KOFA-sak 2008/136, med videre henvisninger, uttaler nemnda i premiss 94 at "[i] en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas saker 2003/105, 2008/123 premiss (46) og FAD Veileder s. 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas saker 2005/218 premiss (33) og 2008/123 premiss (47). Innklagede kan også ha plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdet dermed kan bli utslagsgivende, jf. klagenemndas sak 2008/123 premiss (47)." I KOFA-sak 2011/131 og 2012/47 er dette videreført. Det foreligger ingen praksis fra KOFA per desember 2014 som går nærmere inn på spørsmålet.

Thue, Buan og Brun uttaler at dersom oppdragsgiver har valgt konkurranse med forhandling, vil tilbyderne legge opp sine tilbud basert på denne forutsetningen og at forhandlingene dermed på være reelle.⁷⁵ Veilederen uttaler at oppdragsgivers forhandlinger må være reelle i den forstand at leverandørene må gis konkret tilbakemelding på tilbudene og at leverandørene må få muligheten til å inngi reviderte tilbud.⁷⁶

6.2 Utgangspunktet ved bruk av FOA § 14-3 bokstav a

Hvordan gjennomføringen av konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring er følger direkte av FOA § 20-11.

Utgangspunktet er etter bestemmelsens fjerde ledd at det er "... adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner..."

⁷⁵ Thue, Buan og Brun s. 646

⁷⁶ Veilederen s. 210.

Ordlyden må forstås slik at det er adgang til å forhandle om tilbudet i sin helhet. Det at bestemmelsen bruker "...så som..." før den lister opp eksempler må bety at henvisningene ikke er uttømmende og at det også kan forhandles om mer enn det bestemmelsen legger opp til i eksemplifiseringen.

Som nevnt innledningsvis vil dette utgangspunktet begrenses ved at forhandlingene må være i tråd med de grunnleggende kravene som stilles av regelverket i FOA § 3-1 og LOA § 5.

6.3 Utgangspunktet ved bruk av FOA § 14-4 bokstav a

I motsetning til det som er situasjonen for konkurranse med forhandling *etter* forutgående kunngjøring, finnes det ikke noen forskriftsbestemmelse som tilsvarende FOA § 20-11 og gjelder for konkurranse med forhandling *uten* forutgående kunngjøring. Som allerede nevnt vil de grunnleggende kravene i FOA § 3-1 og LOA § 5 være gjeldende også her, og danne rammene for forhandlinger gjennomført med FOA § 14-4 som hjemmel.

Selv om FOA § 20-11 uttrykkelig i overskriften uttaler at den gjelder FOA § 14-3 taler praktiske hensyn for at den også bør gjelde for FOA § 14-4. FOA § 14-3 og § 14-4 er relativt like i sitt innhold med tanke på vilkår og virkninger, og samtidig stammer begge fra én og samme direktivbestemmelse.

I anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 4 heter det at "[d]e ordregivende myndigheder kan bestemme, at udbuddet med forhandling skal forløbe i flere faser for at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles, på grundlag af de tildelingskriterier, der er indeholdt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Muligheden for at gøre brug af denne fremgangsmåde skal være anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.". Bestemmelsen gjelder for anskaffelser som er gjort i medhold av artikkel 30 og vil dermed omfatte både konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

Både Thue, Buan og Brun samt Dragsten antar at reglene i FOA § 20-11 gjelder for konkurranse med forhandling gjennomført i henhold til FOA § 14-4, så langt de passer.⁷⁷ Ingen av forfatterne gir videre begrunnelse for deres syn på dette.

Sammenfatningsvis, for punkt 6, påpekes det at utgangspunktet er at det kan forhandles om endringer og suppleringer ved alle sider ved tilbudet jf. FOA § 20-11 fjerde ledd. Dette utgangspunktet begrenses av de grunnleggende kravene som stilles av regelverket i FOA § 3-1 og LOA § 5 til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling.

⁷⁷ Thue, Buan og Brun s. 640 og Dragsten s. 545.

7. Rettspolitiske vurderinger og avslutning

Som avhandlingen viser er det vanskelig å fastlegge adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandlinger for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Begrepene som benyttes i regelverket er ofte vage og tvetydige samtidig som de er forskjellige fra de som benyttes i bestemmelsenes motsvar i anskaffelsesdirektivet. Ved tolkningen av bestemmelsene må det, i følge praksis fra EU-domstolen og KOFA, legges en restriktiv fortolkning til grunn ettersom konkurranse med forhandling for anskaffelser over EØS-terskelverdiene er å anse som et unntak fra hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Noe av bakgrunnen for akkurat dette kommer av at konkurranse med forhandling fritar partene fra å være underlagt det strenge forhandlingsforbudet som ellers gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. I tillegg fritas oppdragsgiver for kunngjøringsplikten dersom FOA § 14-4 anvendes som hjemmel for prosedyren. Inkorporeringen av regelverket i norsk rett er videre så å si uten forarbeider, hvilket gjør det vanskelig å fastlegge lovgivers intensjoner og begrunnelser i situasjoner der ordlyden avviker fra anskaffelsesdirektivet. De grunnleggende kravene som stilles av både LOA og FOA har dermed stor praktisk betydning ved tolkningen og fastleggelsen av både FOA § 14-3 og § 14-4 og regelverket generelt.

Enkelte steder er avvikene i ordlyden i det norske regelverket kontra anskaffelsesdirektivet markant forskjellig. Der vi i det norske regelverket benytter oss av "ukorrekte" og "uakseptable" benytter den engelske språkvarianten av anskaffelsesdirektivet "irregular" og den danske språkvarianten "ikke...forskriftsmæssige...". Dersom lovgiver har hatt til intensjon å skape en rettsenhet med anskaffelsesdirektivets bestemmelser fremstår det som merkelig at man ikke har valgt å benytte seg av begreper som ligger nærmere anskaffelsesdirektivet hva gjelder utforming og naturlig forståelse.

Som det fremkommer av tidligere drøftelser er meningen i det norske regelverket at ordlyden skal gi uttrykk for alternative vilkår. Dette hadde kunne kommet ennå klarere frem dersom lovgiver hadde valgt en ordlyd som klarere gir uttrykk for at det er snakk om to forskjellige situasjoner. Etter min mening kunne lovgiver valgt å benytte seg av "irregulære" kontra "ukorrekte" og "ikke-forskriftsmessige" kontra "uakseptable" for å gjøre skillet klarere samtidig som innholdet av vilkårene i større grad reflekteres i selve ordlyden. I tillegg ville det medført at ordlyden hadde blitt likere den i anskaffelsesdirektivets tilsvarende bestemmelse. En eventuell endring av denne ordlyden vil etter min mening ikke utvide anvendelsen av bestemmelsen, men heller tydeliggjøre anvendelsesområdet og gjøre bestemmelsen mer egnet til å oppfylle regelverkets grunnleggende prinsipp om forutberegnelighet.

Når det gjelder problemstillingen om samtlige tilbud må anses å være irregulære for benyttelse av konkurranse med forhandling, burde dette også i større grad vært reflektert i ordlyden. Som avhandlingen viser tilsier EU-rettslige kilder at det åpnes for benyttelse av konkurranse med forhandling selv om det foreligger regulære og akseptable tilbud. Etter norsk rett fastholder både veilederen og KOFA-praksis at samtlige tilbud må være irregulære. For den individuelle rettsanvenderen i Norge vil saken være klar. Han vil i stor grad forholde seg til departementets uttalelser og ikke minst praksis fra KOFA.

Dersom norsk praksis er ment å være klar på dette punkt er det videre grunn til å tro at også dette ville kommet klarere frem i ordlyden ved å enkelt sette inn "samtlige" i bestemmelsen. Dette må kunne begrunnes i både hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet for alle parter i anskaffelsesprosessen.

I det nye anskaffelsesdirektivet synes ordlyden å gi svar på spørsmålet. I artikkel 26 nr. 4 bokstav b heter det at: "når der... kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud..." kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling.⁷⁸ Merk at denne delen av artikkel 26 tilsvarer dagens artikkel 30 nr. 2 bokstav a og gjelder konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Den samme ordlyden er ikke å finne i artikkel 26 for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Når det nye anskaffelsesdirektivet implementeres i norsk rett er det med andre ord god grunn til å tro at problemstillingen ikke vil være aktuell. For gjeldende rett er derimot konklusjonen, som sagt, åpen inntil Høyesterett eller EU-domstolen tar særskilt stilling til spørsmålet.

I desember 2011 la kommisjonen frem sine forslag til nye anskaffelsesdirektiver.⁷⁹ Direktivene ble stemt over og vedtatt i januar og februar 2014 og det er satt frist til april 2016 for implementering av reglene i medlemsstatenes nasjonale rett.

For Norges del er det ennå ikke implementert i nasjonal lovgivning og forventes heller ikke det før tidligst 2016. En eventuell implementering vil medføre at de materielle reglene gis i ny forskrift samt noen endringer i LOA.

Målet med det nye anskaffelsesdirektivet har vært å skape enklere og mer fleksible regler, større rettslig klarhet, å legge bedre til rette for små og mellomstore bedrifter på markedet for offentlige anskaffelser og å legge bedre til rette for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta hensynet til miljø, sosiale hensyn, innovasjon etc., gjennom sine anskaffelser.⁸⁰

I det nye anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor åpnes det opp for en noe større adgang til å gjennomføre anskaffelsen ved konkurranse med forhandling. Artikkel 30 i någjeldende anskaffelsesdirektiv er erstattet med artikkel 29 og skal være enklere å få adgang til å benytte enn någjeldende artikkel 30.

⁷⁸ Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og opphævelse af direktiv 2004/18/EF.

⁷⁹http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_en.htm (sist lest: 14. desember 2014).

⁸⁰ <http://www.regjeringen.no/en/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/modernisering-av-anskaffelsesregelverket.html?id=662012> (sist lest: 14. desember 2014), kilde for hele avsnittet.

I det nye anskaffelsesdirektivet åpnes det opp for at konkurranse med forhandling kan benyttes dersom: " ...den ordregivende myndigheds behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger... de omfatter design eller innovative løsninger...hvis kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling...hvis de tekniske spesifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII", jf. det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 26 nr. 4 bokstav a litra punkt i til iv. Dette er muligheter som i dagens artikkel 30 ikke er tilgjengelige.

Kommisjonens notat med ofte spurte spørsmål om regelrevisjonen uttaler følgende om den nye prosedyren: "The new Directives introduce a number of simplified rules and procedures. They broaden the possibilities for negotiation: the competitive procedure with negotiation may be used when justified by the specific circumstances in relation to the nature, complexity or the legal and financial make-up of a given project, or by the fact that the needs of the contracting authority cannot be met by an 'off the shelf' type of solution."⁸¹

Det nye anskaffelsesdirektivet legger med andre opp til en større utnyttelse av konkurranse med forhandling ved offentlige anskaffelser ettersom man har innsett at det er behov for større fleksibilitet når anskaffelsen er kompleks og ikke vil la seg gjennomføre på en tilfredsstillende måte gjennom åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

Adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling for anskaffelser over EØS-terskelverdiene blir dermed noe enklere når de nye reglene implementeres i Norsk rett tidligst i 2016. Reglene vil forhåpentligvis være med å skape en ny, enklere og mer fleksibel hverdag for både leverandører og oppdragsgivere, avhengig av hvordan lovgiver velger å formulere bestemmelsene i det kommende regelverket.

⁸¹ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-20_en.htm?locale=en (sist lest: 14. desember 2014).

8. Kildeliste

LOVER

- Lov 16. juli 1999 nr. 69 "Lov om offentlige anskaffelser."
- EØS-loven - Lov 27. November 1992 nr. 109 "Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)."

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

FORSKRIFTER

- Forskrift 7. april 2006 nr. 402 "Forskrift om offentlige anskaffelser".
- Forskrift 15. juni 2001 nr. 616 "Forskrift om offentlige anskaffelser".
- Forskrift 7. april 2006 nr. 403 "Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)".
- Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 "Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser".

FORARBEID

- NOU 2014: 4 Enklere regler, bedre anskaffelser – Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.
- NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser.

AVGJØRELSER

- C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS vs. Rahandusministeerium (Estland)
- C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Østerrike og andre
- C-250/07, Kommisjonen vs. Hellas
- C-157/06, Kommisjonen vs. Italia
- KOFA-2012/244
- KOFA-2012/206
- KOFA-2012/47
- KOFA-2011/275
- KOFA-2011/131
- KOFA-2010/325
- KOFA-2009/233
- KOFA-2009/73
- KOFA-2008/136
- KOFA-2008/131
- KOFA-2006/96

JURIDISK LITTERATUR

- Amdal, Gro og Inger Roll-Mathiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2004).
- Bakken, Espen og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser* (Bergen 2013).
- Dragsten, Marianne H, *Offentlige Anskaffelser – Regelverk, Praksis og løsninger* (Oslo 2013).
- Dragsten, Marianne og Esther Lindalen, *Offentlige anskaffelser, kommentarutgave, bind I* (Oslo 2005).
- Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, Karoline Kreyberg, Kine Østbye Neslein, Kaspar Nygaard Thommessen, Line Camilla Werner, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 1. utgave (Oslo 2014).
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. utgave (København 2008).
- Thue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 1. utgave (Oslo 2013).

ANNET

- Fornyings- og Administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, desember 2013:
http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/veiledninger_brosjyrer/2013/veiled-offentlige-anskaffelser.html?id=437022 (sist lest: 14. desember 2014)
- <http://www.kofa.no/om/> (sist lest: 14. desember 2014).
- <http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj> (sist lest: 14. desember 2014).
- KOFA Årsrapport 2013 -
<http://www.kofa.no/Global/Årsrapporter/Årsmelding%202013.pdf> (sist lest 14. desember 2014).
- <https://www.doffin.no/Notice> (sist søkt: 14. desember 2014).
- http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/ref orm_proposals/index_en.htm (sist les: 14. desember 2014).
- [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-20_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-20_en.htm?locale=en) (sist lest: 14. desember 2014).
- <http://www.regjeringen.no/en/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/modernisering-av-anskaffelsesregelverket.html?id=662012> (sist lest: 14. desember 2014).
- <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/aktuelt/nyheter/2014/Justerteterskelverdier-for-offentlige-anskaffelser.html?id=760993> (sist lest: 14. desember 2014).
- Rise, Eirik "Vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling etter anskaffelsesforskriftens § 14-3 a) og § 14-4 a)", Masteravhandling Universitetet i Bergen 2011, funnet på <https://www.nho.no/siteassets/nhos-filer-og-bilder/filer-og-dokumenter/offentlige-anskaffelser/masteroppgaver/masteroppgave---eirik-rise.pdf> (sist lest: 14. desember 2014).