

REGJERINGSADVOKATEN

Ugradert

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref
14/3107-4

Vår ref
2014-0590 HER/HER

Dato
05.11.2014

NOU 2014:4 ENKLERE REGLER - BEDRE ANSKAFFELSER - REGJERINGSADVOKATENS HØRINGSUTTAELSE

1 INNLEDNING

Det vises til departementets oversendelse av forenklingsutvalgets innstilling i NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Frist for høringsuttalelser er etter fristutsettelse satt til 5. november 2014.

Regjeringsadvokatens innspill til forenklingsutvalgets innstilling er angitt etter kapittel og tema i utvalgets innstilling. For enkelhets skyld benytter vi i høringsuttalelsen betegnelsen LOA for lov om offentlige anskaffelser og FOA for forskriften om offentlige anskaffelser.

2 REGJERINGSADVOKATENS INNSPILL

2.1 Innstillingens kapittel 12 – Unntak

2.1.1 Kapittel 12.2 – Kontrakter med anslått verdi under 100 000 kroner

Det fremgår av innstillingens kapittel 12.2 at utvalgets flertall har foreslått at kontrakter med en verdi på under 100 000 kroner unntas fra anskaffelsesregelverket, jf. forslaget til § 3 (2) bokstav b) i LOA.

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag.

Vår erfaring er at det hersker usikkerhet hos en del offentlige oppdragsgivere om hvilke prosedyrekrav som kan utledes av LOA og FOA del I for anskaffelser under 100 000 kroner. Regjeringsadvokaten får også med jevne mellomrom henvendelser fra offentlige oppdragsgivere med spørsmål om hvilke prosedyrekrav som gjelder for disse anskaffelsene. Det er grunn til å tro at det brukes uforholdsmessig mye tid på regelavklaringer og protokollføring for anskaffelser som har lav økonomisk verdi. Vi er på denne bakgrunn enig i utvalgsflertallets syn om at de ressursbesparelser et slikt unntak vil medføre, vil

REGJERINGSADVOKATEN

veie opp for eventuelle ulemper ved at det ikke lenger skal gjelde en plikt til å gjennomføre konkurranse i henhold til de grunnleggende reglene i FOA del I og LOA.

2.1.2 Kapittel 12.5 – Unntak fra detaljerte prosedyreregler i særlige situasjoner

Utvalget har i kapittel 12.5 forslag til unntak fra de detaljerte prosedyrereglene i særlige situasjoner. Så vidt Regjeringsadvokaten kan se er forslagene i all hovedsak en videreføring av gjeldende rett, jf. FOA § 2-1. Regjeringsadvokaten kan slutte seg til utvalgets forslag, og utvalgets presiseringer av rekkevidden av unntakene, i kapittel 12.5.2.2 til 12.5.2.7.

Utvalget har i kapittel 12.5.2.8 også foreslått å innføre et nytt unntak for dekningskjøp som er nødvendig på grunn av avlyst konkurranse eller oppstått tvist, jf. forslaget til nytt unntak i § 5-2 (2) bokstav g).

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag til nytt unntak for dekningskjøp.

I mange saker hvor det oppstår tvist om gjennomføringen av en konkurranse, ser vi at det er behov for å foreta dekningskjøp før tvisten er avsluttet. Det er i disse sakene ofte upraktisk å gjennomføre et slikt dekningskjøp som en ordinær konkurranse etter FOA del II. En ordinær konkurranse vil ta tid, og det kan oppstå nye tvister på de samme punkter som utløste tvisten i den opprinnelige konkurransen. Forutsatt at det er tale om et dekningskjøp for en kortere periode, vil de potensielle fordelene ved å avholde en ordinær konkurranse i denne perioden normalt ikke stå i forhold til den tids- og ressursbruk som avholdelse av en slik konkurranse innebærer.

Etter vår oppfatning er det et klart behov for et unntak som gjør det mulig for offentlige oppdragsgivere å foreta dekningskjøp før tvisten om den opprinnelige konkurransen er avsluttet, uten at de detaljerte prosedyrereglene i forskriften følges, men kun de grunnleggende reglene. For at ikke formålet med den foreslåtte bestemmelsen skal undergraves, antar vi for øvrig at en oppdragsgiver vil måtte tilstå et vidt spillerom for skjønn ved vurderingen av om vilkårene for dekningskjøp er oppfylt, dvs. om dekningskjøp er "nødvendig", jf. forslaget til forskriftstekst. Det bør presiseres i forarbeidene et eventuell rettslig prøvelse av en beslutning om dekningskjøp vil måtte knytte seg til misbrukstilfeller.

2.2 Innstillingens kapittel 16 – Anskaffelsesprosedyrer

2.2.1 Kapittel 16.3 – Nye prosedyreformer

Utvalget har i kapittel 16.3 forslag om å fjerne det nåværende forhandlingsforbudet i forskriften, og åpne for at forhandlinger gjøres til en mulighet i alle konkurranser. Oppdragsgiver skal etter forslaget stå fritt til å beslutte om det skal gjennomføres forhandlinger etter at tilbudene er mottatt, jf. forslaget til ny § 5-20. Ved dette går man bort fra den tradisjonelle anbudskonkurransen slik den nå foreligger i FOA del II.

Regjeringsadvokaten kan slutte seg til den grunntanken som ligger bak utvalgsflertallets forslag om å fjerne forhandlingsforbudet, og å gå bort fra den tradisjonelle anbudskonkurransen i FOA del II.

Som også utvalgsflertallet har nevnt, er spørsmålet om man står overfor et tilfelle hvor det er adgang til å foreta en innholdsmessig avklaring av en uklarhet i et tilbud, eller om uklarheten er av en slik karakter at det vil være i strid med forhandlingsforbudet å søke dette klargjort, utvilsomt en av de mer utfordrende og prosessdrivende problemstillinger i anskaffelsesregelverket. Vår erfaring som advokat for statlige oppdragsgivere er at forhandlingsforbudet jevnlig bringer oppdragsgivere inn i kompliserte

REGJERINGSADVOKATEN

anskaffelsesrettslige grensedragninger mellom avklaringer og "forhandlinger". Resultatet er at oppdragsgivere i en del tilfeller ender opp med å avvise konkurransedyktige tilbud på grunn av feil, uklarheter eller misforståelser, forhold som trolig enkelt kunne vært ryddet av veien ved en mer fleksibel adgang til å klargjøre de innholdsmessige sider av tilbudet.

I forlengelsen av dette vil vi påpeke at det er vanskelig å forutsi hvordan KOFA og domstolene vil anvende disse reglene i den enkelte sak. Samtidig er det slik at hvis oppdragsgiver trår feil i regel anvendelsen, vil det kunne ha store økonomiske konsekvenser, med påfølgende krav om positiv kontraktsinteresse fra den leverandør som eksempelvis mener at oppdragsgiver hadde plikt til å søke avklart en innholdsmessig uklarhet, i stedet for å avvise.

På denne bakgrunn foreligger det etter vårt syn et klart behov for en forenkling av reglene på dette området, i retning av økt fleksibilitet og økt adgang til innholdsmessige avklaringer av tilbudene. Utvalgsflertallets forslag om å åpne for forhandlinger etter tilbudsfristen i både åpne og begrensede tilbudskonkurranser, gjør at oppdragsgiver slipper den vanskelige grensedragningen mellom de tillatte innholdsmessige avklaringer av tilbudene, og «forhandlinger» - som i dagens regelverk ikke er tillatt.

Vi ser samtidig at det kan bli utfordrende for oppdragsgivere å ivareta likebehandlingsprinsippet på en god måte ved en gjennomføring av utvalgsflertallets forslag. Det er blant annet grunn til å tro at oppdragsgivers vurdering av hvilke leverandører som skal velges ut til å delta i videre forhandlinger, vil generere en del tvister. Slik forslaget nå foreligger, fremgår det ikke eksplisitt av utkastet til ny forskriftsbestemmelse i § 5-20 hvilke kriterier som skal legges til grunn for utvelgelsen av de leverandører man ønsker å forhandle med. Dersom man gjennomfører utvalgsflertallets forslag, bør det etter vår oppfatning fremgå av forskriftsbestemmelsen hvilke kriterier som skal legges til grunn for utvelgelsen til forhandlinger. Av pedagogiske grunner bør dette beskrives på en kort og presis måte.

Videre er det vår oppfatning at dersom man gjennomfører den endringen utvalgsflertallet foreslår, så bør det også komme klarere frem, enten i forskriften direkte eller i forarbeidene, at ingen leverandører i utgangspunktet har *krav* på at oppdragsgiver går i forhandlinger for å få avklart eventuelle innholdsmessige uklarheter i tilbudet. Behovet for en slik presisering skyldes blant annet at det er en tendens til at man i praksis har utledet slike krav eller plikter for oppdragsgiver, selv om disse ikke direkte fremgår av regelverket. Dette er gjennomgående basert på nokså usikre slutninger fra de grunnleggende prinsippene i regelverket.

Utvalgsflertallets forslag går også ut på at man åpner for å forhandle med tilbud som i utgangspunktet inneholder avvik fra konkurransedokumentene som er «vesentlig», og som i dagens regelverk gir avvsningsplikt. Det fremgår av utvalgets innstilling til ny § 5-23 om avvsningsplikt at oppdragsgiver kan vente med å avvise på grunn av vesentlig avvik til det er avklart om dette kan ryddes av veien gjennom forhandlinger.

Det er etter vårt syn klart at utvalgsflertallets forslag på dette punkt vil gi oppdragsgivere en langt større fleksibilitet, og som kan føre til at man unngår unødvendige avvsningsplikt. Regjeringsadvokaten er positiv til dette. Vi ser samtidig at dette punktet i flertallets forslag bør vurderes grundig, blant annet fordi det med forslaget kan bli mer krevende for oppdragsgiver å ivareta likebehandlingsprinsipper ved utvelgelsen av de tilbud man skal forhandle videre med. Hvis man ikke følger utvalgsflertallets forslag, tilsier uansett de problemer som det någjeldende forhandlingsforbudet har skapt, at man gjør dagens regler mer fleksible og utvider oppdragsgivers adgang til å foreta innholdsmessige avklaringer av tilbudene. Vi forstår det slik at mindretallets forslag går i denne retning, jf. mindretallets redegjørelse på s. 157 flg., med henvisning til det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 56 nr. 3. Det fremgår av redegjørelsen at mindretallet mener det skal være adgang for oppdragsgivere til å be om ettersending

REGJERINGSADVOKATEN

og supplering av dokumentasjon i langt større grad enn det er i dag, herunder at det skal være adgang til å fremlegge dokumentasjon som «mangler fullstendig» i det opprinnelige tilbudet fra leverandøren, hvilket det som utgangspunkt ikke er adgang til i dag. Etter vår oppfatning vil forslaget rydde av veien noen av de mer krevende grensedragningene det någjeldende forhandlingsforbudet har ledet til, og slik sett bidra til færre tvister. Ettersom mindretallet ikke foreslår å fjerne forhandlingsforbudet, vil man etter mindretallets forslag like fullt måtte trekke en grense mot fremleggelse av dokumentasjon som innebærer at leverandøren *endrer innholdet i tilbudet* etter tilbudsfristen. Dersom man følger mindretallets forslag, er det derfor et klart behov for at lovgiver klargjør grenseoppgangen mellom etterfølgende dokumentasjon som bare avklarer innholdet av det eksisterende tilbudet, og dokumentasjon som innebærer at man foretar en *endring* av det opprinnelige tilbudet – i strid med et forhandlingsforbud.

2.3 Innstillingens kapittel 19 – Konkurranses grunnlaget

2.3.1 Innstillingens kapittel 19.5 – Endringer i konkurransegrunnlaget i perioden mellom kunngjøring og kontraktsinngåelse

Utvalget har i kapittel 19.5 foreslått at det skal være en større adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget i perioden mellom kunngjøring og kontraktsinngåelse. Forslaget innebærer at oppdragsgiver kan gjøre endringer som ikke anses som vesentlige både før og etter tilbudsfristens utløp, jf. forslaget til ny § 5-8.

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag.

Utvalget har også foreslått å innta en presisering i § 5-8 fjerde ledd, om at det under ingen omstendighet er adgang til å gjøre endringer i krav som er betegnet som «absolutte krav».

Som også utvalget har påpekt i den nærmere redegjørelsen for forslaget, så har det i praksis vært en tendens til at oppdragsgivere angir at en rekke krav skal anses som «absolutte» i konkurransegrunnlaget, uten at det er grunn til å tro at dette reelt sett kan ha vært meningen. KOFA har (trolig som følge av denne praksisen) lagt til grunn at det beror på en konkret tolkning om et krav som er angitt som absolutt av oppdragsgiver, skal anses som et reelt absolutt krav, som i så fall automatisk vil føre til avvisning.

Slik vi forstår det, foreslår utvalget på denne bakgrunn at dersom et krav i konkurransegrunnlaget er absolutt, er det ikke adgang til å endre dette etter tilbudsfristens utløp. Utvalget begrunner dette med retts tekniske hensyn.

Det fremgår imidlertid ikke helt klart av utvalgets forslag om man med «absolutte» krav har ment krav som uttrykkelig er betegnet som absolutte av oppdragsgiver i konkurransedokumentene, eller om man med dette har ment krav som må anses som absolutte etter en konkret tolkning av kravene. Vi viser her til at utvalget under kapittel 25.4.5.2, s. 229-230, som gjelder avvisning på grunn av vesentlige avvik, der det er noe uklare hva utvalget egentlig legger i absolutte krav. Det bør derfor klargjøres om det her skal være avgjørende om oppdragsgiver har betegnet et krav som absolutt i konkurransegrunnlaget, eller om det skal foretas en konkret tolkning i hvert enkelt tilfelle, for å avklare om kravet reelt sett er «absolutt», jf. tilsvarende problemstilling under punkt 2.7 nedenfor om avvisning.

Etter vår oppfatning vil retts tekniske hensyn først og fremst tale for at oppdragsgivers egen betegnelse skal være avgjørende. Dersom oppdragsgiver har betegnet et krav som absolutt, må det også være en klar presumsjon for at kravet er vurdert til å være av en så grunnleggende karakter at det er en

REGJERINGSADVOKATEN

forutsetning for at tilbudet i det hele tatt blir bedømt i konkurransen. Vi anser det da som uheldig at man skal kunne «overprøve» oppdragsgivers egen betegnelse av dette i konkurransedokumentene, noe som også ville ha reist spørsmål om forholdet til de grunnleggende prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling.

Med den ovennevnte presiseringen av hva som ligger i «absolutte krav», kan vi slutte oss til utvalgets forslag.

2.4 Innstillingens kapittel 20 – Kvalifikasjonskrav

2.4.1 Innstillingens kapittel 20.4 – Særlig om ettersending og supplering av dokumentasjon

Utvalget har i innstillingens kapittel 20.4 foreslått å utvide adgangen til å fremlegge og ettersende dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene, sammenlignet med det som nå fremgår av §§ 12-3 og 12-4 – hvor det kun er adgang til å *supplere* allerede fremlagt dokumentasjon.

Etter vår oppfatning er det klart at de hensyn som ligger bak utvalgsflertallets forslag om å fjerne forhandlingsforbudet for tilbud, jf. innstillingens kapittel 16, tilsier at man samtidig utvider adgangen til å søke en innholdsmessig avklaring av leverandørens kvalifikasjoner. Som utvalget har redegjort for, er det i dag kun *supplering* av allerede fremlagt dokumentasjon om kvalifikasjonskravene som er tillatt, mens det ikke er adgang til å fremlegge *ny* dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene. Også her er det imidlertid vår erfaring at man med dagens regler ender opp mange vanskelige grensedragninger mellom supplerende og ny dokumentasjon, hvilket i praksis kan lede til «unødvendige» avvisninger, dvs. tilfeller hvor det reelt sett er grunn til å tro at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet, men det ikke er fremlagt dokumentasjon. Til illustrasjon av hvor vanskelig den någjeldende grensedragningen mellom såkalt supplerende og ny dokumentasjon kan være i enkeltsaker, vises til KOFAs sak 2012/150.

Vi støtter derfor utvalgets forslag til § 5-9 (4) om at oppdragsgiver skal kunne gå lenger enn etter dagens regler i å innhente dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene, og at adgangen til dette i prinsippet skal gjelde enhver type dokumentasjon.

2.5 Innstillingens kapittel 21 – Tildelingskriterier

2.5.1 Innstillingens kapittel 21.3 – Vekting av tildelingskriterier

Utvalget har i kapittel 21.3 foreslått å videreføre gjeldende regel om at oppdragsgiver ikke har plikt til å angi tildelingskriterienes vekt eller prioritering i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Utvalget foreslår imidlertid å stryke plikten til å angi tildelingskriterienes vekt eller prioritering hvis oppdragsgiver har bestemt seg på forhånd.

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag. Vi er enige med utvalget i at hensynet til leverandørene må anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom det grunnleggende prinsippet om gjennomsiktighet, slik at det ikke er behov for en regel som tilplikter oppdragsgiver å tilkjenne eventuell vekting på forhånd.

REGJERINGSADVOKATEN

2.6 Innstillingens kapittel 24 – Tilbudet

2.6.1 Innstillingens kapittel 24.2 – Tilbudets form og innhold

Utvalget har i kapittel 24.2 flere forslag til endringer av de någjeldende regler om tilbudet og tilbudsutformingen.

Utvalget foreslår blant annet at den någjeldende bestemmelsen i FOA § 11-3 om at tilbud kan inneholde avvik, strykes.

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag på dette punkt. Vi er enige i at bestemmelsen er egnet til å misforstås, gitt de øvrige forslag fra utvalget – herunder at avvik fra absolutte krav skal anses som vesentlige og føre til avvisning.

2.6.2 Innstillingens kapittel 24.2.3 – Uklarheter

Utvalget har i kapittel 24.2.3 foreslått å forskriftsfeste regelen om at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet.

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag, som er en naturlig konsekvens av at man også har foreslått å forskriftsfeste at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransedokumentene.

Utvalget har også en redegjørelse for innholdet av uklarhetsregelen, hvor det fremgår at utvalget bygger på at regelen går ut på at oppdragsgiver ved uklarheter i tilbudet må kunne legge til grunn det minst fordelaktige tolkningsalternativet for tilbyderen. Det er videre vist til at det i tillegg gjelder et presumsjonsprinsipp, men at dette har en meget begrenset rekkevidde. Utvalget skriver at «I de fleste tilfeller av uklarheter skal leverandørene således risikere å få sitt tilbud avvist.»

Vi finner grunn til å påpeke, i tilknytning til utvalgets redegjørelse for hva man bygger på ved forskriftsfesting av uklarhetsregelen, at det også foreligger rettspraksis som ser ut til å legge til grunn et mer vidtrekkende presumsjonsprinsipp, og følgelig tilsynelatende også en annen forståelse av uklarhetsregelen enn den utvalget legger til grunn. Vi viser her til avgjørelsene i LB-2008-610 (som også utvalget har vist til) og LB-2008-56919. Det fremgår av saksforholdet i begge disse avgjørelsene at det i tilbudene forelå en ikke ubetydelig uklarhet knyttet til om de oppfylte de krav som var satt for deltakelse i konkurransen. Lagmannsretten bygger i begge avgjørelsene på en temmelig generell presumsjon for at tilbudet er i samsvar med konkurransegrunnlagets krav, så fremt annet ikke uttrykkelig fremkommer av tilbudsbriefet eller andre tilbudsdokumenter. Vi viser her særlig til avgjørelsen i LB-2008-610.

Følgelig har man i rettspraksis også spor av et presumsjonsprinsipp av en videre rekkevidde enn hva utvalget ser ut til å legge til grunn. Dette har også betydning for rekkevidden av uklarhetsregelen, da disse reglene i utgangspunktet står i en viss motstrid til hverandre. Så vidt vi kan se foreligger det ikke Høyesterettspraksis som sier noe om rekkevidden av et slikt presumsjonsprinsipp. Vi finner derfor grunn til å understreke at hva gjeldende rett her går ut på, er mer uklart enn hva utvalget ser ut til å legge til grunn.

REGJERINGSADVOKATEN

2.7 Innstillingens kapittel 25 – Avvisning

2.7.1 Innledning – generelt om de någjeldende avvisningsreglene

Utvalget skriver i sin innledning til kapittel 25 at de har fått mange innspill om at avvisningsreglene er vanskelige å anvende i praksis, og at de har gitt opphav til svært mange tvister i KOFA og for domstolene. Utvalget mener derfor at det er et stort potensial for forenkling.

Regjeringsadvokaten kan slutte seg til utvalgets beskrivelse av den någjeldende situasjonen, og utvalgets ønske om en forenkling av avvisningsreglene.

Som advokater for staten driver vi utstrakt rådgivning om avvisningsspørsmål. Vår erfaring er på samme måte at reglene er svært vanskelige å anvende i praksis, og følgelig er det også svært utfordrende å rådggi på dette området.

Som utvalget har påpekt, vil også oppdragsgivers beslutning i en avvisningsvurdering potensielt ha svært stor økonomisk betydning. Oppdragsgiver risikerer klage eller søksmål med krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse uansett hvilken retning avvisningsbeslutningen går. Dette medfører at oppdragsgivere balanserer på en knivsegg. Konsekvensen av det er at oppdragsgivere opplever en usikkerhet ved denne beslutningen, og gjennomgående bruker mye tid på å ta stilling til avvisningsspørsmål, med den følge at gjennomføringen av konkurransen trekker ut.

Ytterligere usikkerhet er skapt ved at det nå foreligger rettsavgjørelser fra underinstansene som ser ut til å bygge på at dersom oppdragsgiver trækker feil i en avvisningsvurdering, og resultatet ellers ville vært at den forbigåtte leverandøren hadde fått kontrakten, så er *det i seg selv* et tungt argument for at feilen må anses vesentlig, slik at kravet til ansvarsgrunnlag er oppfylt, jf. eksempelvis avgjørelsene i LB-2008-610 og LB-2012-36777.

Dersom man legger til grunn den forståelse av erstatningsreglene på dette området som lagmannsrettene gjør i de ovennevnte avgjørelsene, hvilket vi riktignok mener en ikke bør gjøre, vil det forsterke oppfatningen på oppdragsgiversiden om at man ved anvendelsen av avvisningsreglene balanserer på en knivsegg. Dette bidrar etter vårt syn på ingen måte til oppnåelse av formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1.

2.7.2 Innstillingens kapittel 25.3.3.1 – Leverandører som ikke oppfyller kravene til deltakelse i konkurransen

Utvalget foreslår i kapittel 25.3.3.1 å videreføre en obligatorisk avvisningsbestemmelse knyttet til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. forslaget til ny § 5-22 (1) bokstav a). Utvalget foreslår samtidig å stryke henvisningen til tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, jf. någjeldende §§ 12-3 og 12-4.

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag om å videreføre en obligatorisk avvisningsbestemmelse.

Ettersom utvalget i forslag til ny § 5-9 (4) har foreslått å utvide adgangen til å fremlegge dokumentasjon knyttet til kvalifikasjonskravene, fremstår det også som riktig å fjerne de någjeldende bestemmelsene i §§ 12-3 og 12-4.

REGJERINGSADVOKATEN

2.7.3 Innstillingens kapittel 25.3.4 – Ny bestemmelse om avvisning ved tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten

Utvalget har i kapittel 25.3.4 foreslått at det utarbeides en sekkebestemmelse som gir oppdragsgiver rett til å avvise en leverandør der han mener det er overveiende sannsynlig at leverandøren ikke har tilstrekkelig integritet eller ikke har evne til å gjennomføre kontrakten med tilfredsstillende kvalitet på hensiktsmessig og forsvarlig måte eller til rett tid, jf. forslaget til § 5-22 (2).

Det fremgår av utvalgets forslag at oppdragsgiveren i alle fall skal ha rett til å avvise en leverandør etter denne bestemmelsen i de tilfeller som er beskrevet i kapittel 25.3.2.2 til 25.3.2.8 (direktivbestemmelsenes tilfeller). I tillegg forstår vi det slik at utvalget også mener bestemmelsen i § 5-22 (2) fanger opp andre forhold som kan skape tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten.

Regjeringsadvokaten ser at det kan være fornuftig å innføre en slik sekkebestemmelse, i stedet for å operere med en lang rekke typetilfeller med avvisningsrett knyttet til forhold hos leverandøren.

Etter vårt syn kan det imidlertid stilles spørsmål ved om forslaget til bestemmelse har fått en hensiktsmessig utforming og ordlyd.

For det første har man i bestemmelsen brukt «overveiende sannsynlig» om det beviskrav som skal gjelde for at oppdragsgiver skal ha avvisningsrett i disse tilfellene. Vi antar at utvalget med det har ment alminnelig sannsynlighetsovervekt, hvilket understøttes av det utvalget skriver om beviskravet mer generelt på s. 241 i innstillingen. At beviskravet etter denne nye bestemmelsen i § 5-22 (2) er alminnelig sannsynlighetsovervekt, er imidlertid etter det vi kan se ikke presisert i utvalgets innstilling. Ettersom avvisningsretten i § 5-22 (2) også knytter seg til forhold ved leverandøren som kan anses å være av belastende karakter, kan imidlertid formuleringen i forskriftsteksten være egnet til å misforstås når det gjelder hvilket beviskrav utvalget her legger til grunn. Vi foreslår på denne bakgrunn at man klargjør at det er alminnelig sannsynlighetsovervekt som er beviskravet. Dette bør fremgå klart av forarbeidene, og det bør også kunne fremgå av ordlyden ved eksempelvis å endre den innledende setningen til følgende:

«Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når det det foreligger sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ikke [...]».

Vi vil videre påpeke i tilknytning til utvalgets forslag til bestemmelse at det fremstår som noe fremmed, etter norsk språkbruk, å knytte avvisningsretten til leverandørens «integritet». Ordet integritet gir etter vår oppfatning primært assosiasjoner i retning av noens moralske karakter. Utvalget har for øvrig i sin innstilling vært opptatt av at regelverket først og fremst skal utformes slik at det ivaretar rene anskaffelsesfaglige hensyn. Også av den grunn bør det vurderes om «integritet» er riktig begrepsbruk for en sekkebestemmelse som skal fange opp ulike forhold ved leverandøren som tilsier at oppdragsgiver skal ha avvisningsrett. Etter vårt syn fremstår det som mer hensiktsmessig å benytte en begrepsbruk som knytter seg til leverandørens evne og egnethet til å gjennomføre kontrakten.

2.7.4 Innstillingens kapittel 25.4.5 – Tilbud som inneholder vesentlige avvik eller vesentlige forbehold

Utvalget har i innstillingens kapittel 25.4.5 foreslått å videreføre den någjeldende regel om at tilbud som inneholder vesentlige avvik mot konkurransedokumentene, skal avvises, jf. FOA § 11-10 (1) d). Som en følge av at utvalgets flertall åpner for at det også skal kunne forhandles om tilbud som inneholder vesentlige avvik, går forslaget til ny § 5-23 (1) b) ut på at oppdragsgiver kan vente med å foreta vurderingen av om det foreligger vesentlige avvik, til forhandlinger er gjennomført.

REGJERINGSADVOKATEN

Vi vil for det første påpeke at vi støtter utvalgets forslag om å rydde opp i begrepsbruken i den någjeldende forskriften og i dagens praksis ved at avvik etter forslaget benyttes som en felles samlebetegnelse for tilfeller hvor oppdragsgiver ikke vil kunne kreve oppfyllelse i tråd med konkurransegrunnlaget, herunder avvik fra prosedyreregler. Dette fremstår som en god pedagogisk forenkling.

Utvalget har videre foreslått, dog uten at dette er tatt inn i forslaget til selve forskriftsteksten, at avvik fra krav som er oppgitt som «absolutte», alltid skal anses som vesentlige, og dermed lede til avvisningsplikt hvis tilbudet strider mot dette.

På dette punkt mener vi utvalgets forslag er uklart.

Utvalget skriver på s. 230 i innstillingen at man ønsker at avvik fra krav som er «betegnet» som absolutte krav i konkurransegrunnlaget, alltid skal anses som vesentlig. Dette begrunnes med at en slik regel vil være i tråd med prinsipper om gjennomsiktighet og likebehandling. Poenget er at det ikke kan utelukkes at leverandører som ser at de ikke oppfyller slike absolutte krav, unnlater å i det hele tatt delta i konkurransen. Det ville da være i dårlig samsvar med prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling om kravet viser seg å likevel ikke være absolutt.

Det er også andre steder under samme kapittel vektlagt om oppdragsgiver har betegnet eller angitt kravet som absolutt eller ikke i konkurransedokumentene. I forlengelsen av dette gir utvalget uttrykk for at en slik regel nok kan ha uheldige utslag der hvor oppdragsgiver har betegnet et krav som absolutt, uten at det reelt sett er grunnlag for det.

Det inntreer imidlertid en viss uklarhet når utvalget deretter understreker at det likevel ikke skal være avgjørende om kravet er betegnet som absolutt av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget. Utvalget mener at det altså fortsatt skal bero på en konkret tolkning, men utvalget legger til grunn at det er en klar presumsjon for at kravet også reelt sett er absolutt, når oppdragsgiver har betegnet det på denne måten i konkurransegrunnlaget.

Etter vår oppfatning kan det reises spørsmål ved hvilken avklaring eller forenkling man egentlig oppnår gjennom det utvalget her legger til grunn om «absolutte krav». Slik vi ser det, ender man i praksis opp med den samme regelen som også i dag følger av gjeldende rett, og som innebærer at det ikke er avgjørende for vesentlighetsvurderingen om oppdragsgiver har betegnet et krav som absolutt.

Slik vi ser det, er det gode grunner som tilsier at der oppdragsgiver har betegnet et krav som «absolutt», vil kravet også måtte anses som ufravikelig og føre til avvisningsplikt dersom det ikke ryddes av veien gjennom forhandlinger. Dette harmonerer også best med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, jf. den praksis fra EU-domstolen som også utvalget har vist til i sin innstilling på s. 230. Det kan også stilles spørsmål ved om det er grunn til å tro at en slik regel vil få nevneverdige uheldige utslag, særlig tatt i betraktning at utvalget nå åpner for at man kan forhandle også om tilbud som inneholder vesentlige avvik, med andre ord da også tilbud som avviker fra krav som av oppdragsgiver er betegnet som «absolutte krav».

2.7.5 Innstillingens kapittel 25.4.6 – Tilbud med avvik mv. som medfører relativ bedømmelsestil

Utvalget har i innstillingens kapittel 25.4.6 foreslått å oppheve den någjeldende bestemmelsen i foa § 11-11 (1) b) om avvisningsplikt der det foreligger en relativ bedømmelsestil på grunn av uklarheter mv. i tilbudet. Utvalget legger til grunn at denne avvisningsbestemmelsen må anses som overflødig ved siden av bestemmelsen om plikten til å avvise tilbud med vesentlige avvik.

REGJERINGSADVOKATEN

Regjeringsadvokaten støtter utvalgets forslag om å oppheve bestemmelsen.

Avvisningsbestemmelsen i någjeldende § 11-11 (1) b) er etter vårt syn en vanskelig tilgjengelig bestemmelse, som har gitt opphav til mange tvister. Vi ser det derfor som en klar forenkling når utvalget nå foreslår å oppheve bestemmelsen, i kombinasjon med en adgang til forhandling, slik at oppdragsgiver gis rett til å søke å rydde av veien uklarheter eller ufullstendigheter i tilbudet som ellers kunne gitt grunnlag for relativ bedømmelsestil. Utvalgets forslag innebærer etter vårt syn at vurderingen av om oppdragsgiver har avvisningsplikt konsentreres om det som er sentralt; nemlig om tilbudet, etter at man har foretatt en objektiv tolkning under hensyntaken til blant annet presumsjonsprinsippet, inneholder avvik som er av grunnleggende betydning.

2.7.6 Innstillingens kapittel 25.4.10 – Nye avvisningsgrunner

Utvalget har i innstillingen kapittel 25.4.10 foreslått å innføre en sekkebestemmelse hvor oppdragsgiver gis avvisningsrett i andre tilfeller hvor tilbudet er «uakseptabelt», jf. forslaget til ny § 5-23 (2) bokstav b). Utvalget har samtidig foreslått å oppheve någjeldende bestemmelse i § § 11-11 (2) bokstav c) om unormalt lave tilbud, som utvalget anser vil omfattes av forslaget til ny § 5-23 (2), sammen med tilbud der prisen vil overstige oppdragsgivers budsjett.

Etter vår vurdering kan det stilles spørsmål ved om det er enklere og mer forutsigbart å utarbeide en bestemmelse om avvisningsrett som knytter denne avvisningsretten til konkrete typetilfeller, som eksempelvis de som følger av nytt anskaffelsesdirektiv.

En bestemmelse om avvisningsrett der tilbudet av oppdragsgiver anses «uakseptabelt», kan skape en uforutsigbar situasjon for leverandørene, og også for oppdragsgivere i deres vurdering av avvisningsretten. Det er eksempelvis uklart hvilke hensyn som vil være relevante i en slik avvisningsbestemmelse. Utvalget har pekt på at bestemmelsen kan fange opp tilfeller hvor tilbudet er i strid med krav på miljø- og arbeidsområdet, eller er i strid med internasjonale menneskerettigheter. Dette tilsier at utvalget har ment at bestemmelsen fanger opp hensyn som går langt utover det rent anskaffelsesfaglige, slik at det er vanskelig å avgjøre hva som her er relevante hensyn.

Etter vår oppfatning bør man på grunn av forutberegnelighetshensyn vurdere om man ikke heller skal konkretisere forhold som kan gi grunnlag for avvisningsrett. Utgangspunktet vil da kunne være de typetilfeller som følger av det nye anskaffelsesdirektivet. Det er i tillegg behov for en hjemmel for avvisningsrett der opplysninger i tilbudet gjør det sannsynlig at leverandøren vil misligholde kontrakten, som også utvalget har pekt på.

Med vennlig hilsen
REGJERINGSADVOKATEN

for 
Helge Røstum
advokat