



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Nærings og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO
Norge

Deres referanse
15/1514-1

Vår referanse
2015/28

Dato:
15.06.2015

**KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – SVAR PÅ HØRING OM
ENDRING AV LOV OG FORSKRIFTER OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

1. Innledning

Vi viser til departementets brev 17. mars 2015 om implementeringen av EUs anskaffelsesdirektiver. Våre kommentarer gjelder forskrift om anskaffelsesregler for klassisk sektor, dersom ikke annet er angitt. Der hvor reglene er like gjør likevel samme betraktninger seg gjeldende.

Klagenemnda støtter i hovedsak departementets forslag. Klagenemnda har likevel noen synspunkter og merknader til forslagene. Disse følger nedenfor.

Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å nevne at det er ulike meninger i nemnda om de forskjellige forslagene. Denne høringen er et uttrykk for flertallets syn, og representerer ikke nødvendigvis den enkeltes synspunkt.

2. Klagenemndas syn på forslaget

2.1 Rådgiverhabilitet

Departementet har bedt om tilbakemelding på innplasseringen av bestemmelsene om markedsdialog og rådgiverhabilitet i forskriftens del III kapittel 7. Klagenemnda mener at bestemmelsene heller bør plasseres i forskriftens del I. De forbud og påbud bestemmelsene oppstiller kan utledes av de grunnleggende prinsippene, og proporsjonalitetsprinsippet vil innebære at normen avpasses etter anskaffelsens størrelse.

2.2 Konkurransesgrunnlag

§ 8-1 fjerde ledd er utformet på en slik måte at den gjelder generelt. I direktivet gjenfinnes en tilsvarende formulering i artikkel 29 nr. 1 (om konkurranse med forhandling) og 31 nr. 1 (om innovasjonspartnerskap). I begge artiklene knytter formuleringen seg til andre opplysninger som oppdragsgiver skal gi, og som relaterer seg til den aktuelle anskaffelsesprosedyren. Klagenemnda har ikke innvendinger til bestemmelsen som sådan. Slik bestemmelsen er plassert, kan den imidlertid sies å gi uttrykk for et lavere krav til presisjonsnivå enn det som i

rettspraksis er utledet fra de grunnleggende prinsippene, se eksempelvis sak C-42/13 premiss (44) og T-402/06 premiss (67).

Klagenemnda foreslår på denne bakgrunn at departementet enten fjerner fjerde ledd, knytter den klarere til de aktuelle prosedyrene, eller omformulerer den slik at bestemmelsen på en mer treffende måte gjenspeiler gjeldende rett.

2.3 Kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører

I § 12-6 (1) bokstav g) har departementet foreslått at oppdragsgiver, som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, ikke kan kreve opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner dersom det er inntatt et tildelingskriterium knyttet til slike kvalifikasjoner.

Så vidt klagenemnda kan se, inneholder direktivet ikke en slik bestemmelse, og forslaget harmonerer dårlig med EU-domstolens avgjørelse i sak T-447/10, hvor domstolen ikke fant grunnlag for å konstatere brudd på regelverket fordi oppdragsgiver baserte både kvalifikasjons- og tildelingsevalueringen på samme dokumentasjon.

Også ved anskaffelse av ytelse der oppdragsgiver ønsker å vurdere utførende personells utdanning og faglige kvalifikasjoner i tildelingsfasen, vil det kunne være interessant å oppstille et minstekrav til leverandørens faglige kvalifikasjoner. I slike tilfeller følger det av klagenemndas praksis at oppdragsgiver har plikt til å gjøre det klart hva som er forskjellen i vurderingstemaet. Klagenemnda kan ikke se at det er grunn til å innføre rettslige begrensninger utover dette.

2.4 Støtte fra andre virksomheter

I motsetning til norsk rett opererer ikke anskaffelsesdirektivene med en plikt til å avvise tilbud fra leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, men med en plikt til å sørge for at valgte leverandør oppfyller dem, jf. artikkel 56 nr. 1 b). Denne ulikheten mellom regelsettene er ikke er ikke fullt ut ivarettatt ved utformingen av § 12-9, og departementet har ikke nærmere kommentert dette i høringsnotatet.

I bestemmelsens tredje ledd videreføres gjeldende regel om at en leverandør må dokumentere rådighet over ressursene som kreves for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Bestemmelsen regulerer ikke direkte om oppdragsgiver har plikt eller rett til å avvise leverandører dersom rådighet over nødvendige ressurser ikke er dokumentert.

Det fremgår imidlertid av fjerde ledd at oppdragsgiver *"skal kreve at leverandøren skifter ut virksomheter som ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, eller som er i en situasjon som nevnt i § 18-2 første ledd bokstav b til d eller annet ledd"*. Bestemmelsen retter seg ikke mot utskiftning av leverandører under kontraktutførelsen, jf. også § 18-4. Dette må forutsetningsvis bety at oppdragsgiver ikke nødvendigvis må avvise leverandøren i en slik situasjon, noe som representerer en endring av gjeldende rett. I direktivets kontekst betyr regelen bare at oppdragsgiver – for å kunne tildele kontrakt til en leverandør som støtter seg på underleverandører – må undersøke om disse oppfyller de nødvendige krav, eller skiftes ut med noen som gjør det. Slik forskriftsbestemmelsen nå er foreslått utformet, fremstår det noe uklart hvordan den skal forstås i relasjon til de norske avvisningsreglene.

2.5 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

Klagenemnda støtter i all hovedsak de foreslåtte reglene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren.

§ 18-2 gir tredje ledd bokstav e gir oppdragsgiver rett til å avvise ved *"klare holdepunkter for at leverandøren har inngått avtale med hensikt å vri konkurransen"*. Bestemmelsen anlegger et noe strengere bevisstema enn direktivets regler, noe klagenemnda antar ikke har vært tilsiktet. Klagenemnda foreslår derfor heller en formulering som ligger tettere opp mot direktivets: *"når oppdragsgiver har tilstrekkelige holdepunkter for å konkludere med at leverandøren har inngått avtale med den hensikt å vri konkurransen"*.

Bestemmelsens femte ledd angir at avvising kan skje for handlinger eller unnlatelser før og under konkurransen. Klagenemnda forstår dette slik at oppdragsgiver kan, og etter omstendighetene må, ta hensyn til både senere inntrådte forhold, og til forhold som oppdragsgiver blir kjent med på et senere tidspunkt. For å klargjøre dette, foreslås følgende formulering:

"Oppdragsgivers plikt eller rett til å avvise gjelder også når grunnlaget inntreffer under konkurransen, selv om oppdragsgiver først blir kjent med dette senere og før kontraktsinngåelsen"

2.6 Forslag til avvissingsregler på grunn av forhold ved tilbudet

Som departementet fremholder, fremgår det av artikkel 56 nr. 1 at oppdragsgiver bare kan tildele kontrakt når tilbudet oppfyller de krav, betingelser og kriterier som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene. Professor Lasse Simonsen har også tatt til orde for at direktivets regler om alternative tilbud bygger på en forutsetning om at oppdragsgivere må åpne for alternative tilbud dersom de skal kunne akseptere tilbud med mer enn ubetydelige avvik fra kravspesifikasjonen. Dette aktualiserer spørsmålet om de norske avvissingsreglene, hvor det først er avvissingsplikt ved vesentlige avvik eller forbehold, fullt ut er i samsvar med anskaffelsesdirektivene.

Anskaffelsesdirektivene har til nå ikke uttrykkelig regulert oppdragsgivers håndtering av tilbud som ikke fullt ut samsvarer med konkurransegrunnlagets krav. Artikkel 56 nr. 1 endrer neppe på dette. For rettsspørsmål som ikke er harmonisert på direktivnivå, er det i en rekke avgjørelser lagt til grunn at den nasjonale lovgiver har et visst handlingsrom ved implementeringen, såfremt likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktighetsprinsippet ivaretas. Det nærmere innholdet i vesentlighetsterskelen er utledet nettopp fra disse prinsippene, og søker å etablere en rimelig balanse mellom de ulike hensynene som er involvert. Selv om det til en viss grad går på bekostning av gjennomsiktighetsprinsippet, tilsier likebehandlingsprinsippet, at det oppstilles en viss terskel før oppdragsgiver har *plikt* til å avvise et tilbud fra en leverandør som av ulike grunner har levert et tilbud som ikke fullt ut samsvarer med forespørselen. Også hensynet til oppdragsgiver, og hensynet til effektiv ressursbruk, tilsier det samme.

Slik klagenemnda forstår departementets forslag, har ikke departementet ment å endre den gjeldende forståelsen og praktiseringen av avvissingsreglene. Dette er imidlertid et så viktig tema at departementet bør ta stilling til hvordan departementet mener avvissingsreglene skal forstås og praktiseres, og hvilke rammer direktivet setter i denne forbindelse.

Når det gjelder utformingen av avvissingsregelen, viser klagenemnda til vår høringsuttalelse til NOU 2014:4. Det er som nevnt der en fordel om avvissingsregelen utformes slik at oppdragsgivers avvising kun kan underkjennes dersom oppdragsgiver heller ikke hadde rett til å avvise tilbudet.

2.7 Forslaget om endring av forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser, og regelen om ettersending av opplysninger og dokumentasjon

Departementet begrunner forslaget om utvidelse av avklaringsadgangen med at adgangen i dag er svært snever, og at den bør utvides. Klagenemnda er i utgangspunktet enig i dette. Departementets omtale av regelen synes imidlertid å forutsette at det ved den nye direktivreguleringen vil være adgang til en langt videre avklaringspraksis enn hva dagens regler gir adgang til. Det er nok riktig hva gjelder de norske avklaringsreglene, men når det gjelder direktivets regulering representerer de nye reglene neppe noen vesentlig utvidelse av avklaringsadgangen.

Avklarings- og suppleringsreglene er et praktisk viktig tema. Også her bør derfor departementet beskrive konkret hvilke rammer likebehandlingsprinsippet og gjennomslutningsprinsippet setter for oppdragsgivers avklaringsadgang. Et spørsmål av stor betydning er for eksempel om det vil være adgang til avklaring eller supplerings som vedrører rangeringen av tilbudene. Adgangen vil trolig være mer begrenset ved en åpen anbudsåpning. Men den vil antagelig være større dersom det er tale om mer eller mindre statistisk dokumentasjon, eksempelvis hvis leverandøren ved en feil har glemt å legge ved en CV for en av de tilbudte personene som skal utføre oppdraget. Det hadde vært ønskelig om departementet kunne klargjøre hvordan man mener reglene skal praktiseres.

2.8 Begrunnelse

I forskriften § 19-1 (3) foreslår departementet å gi hjemmel for å unnta tre kategorier med opplysninger fra begrunnelsesplikten, slik direktivet legger opp til.

Departementet har ikke kommentert det nærmere innholdet i disse unntakene, herunder forholdet mellom unntakene og bestemmelsene i offentlighetsloven og forvaltningsloven. Når det gjelder bestemmelsens bokstav b), er det derfor uklart om den er ment å unnta de samme opplysninger som skal unntas som forretningshemmeligheter, eller om bestemmelsen har et annet innhold og anvendelsesområde. En hjemmel til å unnta visse opplysninger fra begrunnelsesplikten endrer ikke hvorvidt opplysningene kan eller skal unntas etter offentlighetsloven. Dersom terskelen er ment å være den samme, vil det være forenkling om det vises til relevant lov hjemmel. Det samme gjelder de øvrige to unntakshjemlene i bokstav a) og c).

Dersom departementet mener at egne terskler skal gjelde for informasjon som kan unntas fra begrunnelsene, men som ikke kan unntas ved eventuelle innsynskrav, bør i det minste det nærmere innholdet i disse bestemmelsene klargjøres.

Bergen, 15. juni 2015


Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder