
Fra: Gro Amdal [gro.amdal@kluge.no]
Sendt: 5. juli 2005 14:56
Til: Postmottak MOD
Emne: Ny forskrift om offentlige anskaffelser - klassisk sektor

Spørsmål om avvisning av alternative tilbud der kunngjøringen ikke åpner for slike tilbud

Kluges faggruppe for offentlige anskaffelser har drøftet departementets høringsnotat med utkast til ny forskrift om offentlige anskaffelser. Vi vil i det følgende knytte noen kommentarer til bestemmelsene om alternative tilbud, herunder departementets kommentarer til disse i høringsnotatets punkt 7.3 og 7.4.

I lys av artikkel 24 det nye direktivet innenfor klassisk sektor ser vi at det er nødvendig å innta bestemmelser i den nye forskriften som innebærer at alternative tilbud kun vil være tillatt dersom dette er eksplisitt angitt i kunngjøringsteksten. Dette innebærer at det oppstår en absolutt avvisningsplikt dersom det foreligger alternative tilbud i tilfeller hvor det ikke fremgår av kunngjøringen at det er adgang til dette, jf § 10-11 (1) c) og § 18-13 (1) c) i forslaget til ny forskrift.

I praksis vil det kunne oppstå uheldige situasjoner der oppdragsgiver har glemt å angi i kunngjøringsteksten at det er adgang til å gi alternative tilbud, og hvor det således oppstår en uønsket plikt til avvisning. I lys av de generelle prinsippene i loven om offentlige anskaffelser, herunder hensynet til å skape størst mulig konkurranse, bør man i størst mulig grad unngå å utforme regelverket slik at det oppstår absolutt avvisningsplikt. Etter vår vurdering bør begrepet "alternative tilbud" derfor defineres på en slik måte at den nevnte situasjonen i minst mulig grad vil kunne oppstå.

I høringsnotatets punkt 7.4 fremgår det at "mindreverdige tilbud" skal være unntatt definisjonen av alternative tilbud i forskriftens forstand. Dersom det, i et tilfelle som nevnt ovenfor, foreligger et tilbud på en mindreverdig ytelse, så vil det ikke oppstå noen absolutt avvisningsplikt. Tilbudet vil i stedet bli vurdert i henhold til bestemmelsene om ufullstendigheter, forbehold etc. Årsaken til dette er altså at tilbudet på en mindreverdig ytelse ikke anses som et alternativt tilbud.

Dersom det, i en konkurranse der det ikke er angitt noe om alternative tilbud i kunngjøringen, gis et alternativt tilbud på en bedre ytelse enn den som er beskrevet i konkurransegrunnlaget, vil det imidlertid oppstå en absolutt avvisningsplikt etter den nye forskriften. Motsatt skal et tilbud på en mindreverdig ytelse i en slik situasjon altså ikke avvises uten videre, men undergis en vurdering i henhold til bestemmelsene om avvik fra konkurransegrunnlaget som nevnt.

Ovenstående gir etter vår vurdering ingen god rettstilstand når det gjelder håndteringen av alternative tilbud; Et alternativt tilbud på en dårligere ytelse skal medføre en vurdering i henhold til bestemmelser om avvik, og vil ikke nødvendigvis medføre avvisning. Et alternativt tilbud på en bedre ytelse, må avvises.

Ovenstående problemstilling oppstår utelukkende i konkurranser der det ikke fremgår av kunngjøringen at alternative tilbud er tillatt. Potensielle leverandører vil da vite at det ikke kan gis alternative tilbud i denne konkurransen, og at eventuelle alternative tilbud som likevel blir levert, vil bli avvist. Dersom oppdragsgiver likevel skulle ha akseptert alternative tilbud i en slik situasjon, vil dette være et brudd på likebehandlingsprinsippet og prinsippet om forutberegnelighet. Det kan da tenkes at enkelte leverandører overhodet ikke ville ha deltatt i konkurransen dersom de hadde visst at alternative tilbud var tillatt. Det kan også tenkes at enkelte leverandører ville ha levert et annet/alternativt tilbud dersom de hadde visst at dette var tillatt. Vi ser derfor at det er nødvendig å ha bestemmelser om avvisning av alternative tilbud i en situasjon som nevnt, selv om dette kan medføre uønsket avvisningsplikt. En slik bestemmelse vil også være i tråd med ordlyden i det nye direktivet innenfor klassisk sektor.

Vi er imidlertid av den oppfatning at det bør kunne gis en bestemmelse i den norske forskriften som til en viss grad forhindrer at den ovenfor nevnte situasjonen oppstår.

Det er ikke gitt noen legaldefinisjon av begrepet alternative tilbud ("variants") i det nye direktivet i klassisk sektor. Etter vår vurdering er direktivet derfor ikke til hinder for å la bestemmelsen om absolutt avvsningsplikt i et tilfelle som nevnt kun gjelde dersom det foreligger et tilbud på en ytelse som i vesentlig grad avviker fra ytelsesbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget. Det vil si at det bare er tilbud med et slikt innhold som anses om alternative tilbud i anskaffelsesregelverkets forstand. Dersom begrepet "alternative tilbud" defineres på denne måten, vil det ikke oppstå absolutt avvsningsplikt der det er levert et tilbud på en ytelse som er bedre (men ikke vesentlig bedre) enn den ytelse som fremgår av konkurransegrunnlaget. Slike tilbud på bedre ytelser vil dermed kunne gå videre i konkurransen og eventuelt også utpekes som det beste tilbudet.

Prekvalifisering ved konkurranser med forhandling

Vi forstår det slik at departementet fortolker det nye direktivet innenfor klassisk sektor slik at det alltid må skje en prekvalifisering i konkurranse med forhandling som gjennomføres for anskaffelser over terskelverdiene, det vil si i henhold til den nye forskriftens del III.

Departementet foreslår for øvrig å videreføre adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling både med og uten prekvalifisering for anskaffelser som gjennomføres i henhold til den nye forskriftens del II, dvs. for anskaffelser under terskelverdi og for uprioriterte tjenester.

Denne sontringen fremgår likevel ikke av ordlyden i utkastet til ny forskrift, jf. kommentaren til dette i høringsnotatets punkt 6.4. Det vil si at departementet foreslår en identisk ordlyd fra bestemmelsene i forskriftens del II og del III, til tross for at bestemmelsene materielt sett er ulike. Vi anser dette som en upedagogisk og lite brukervennlig løsning, som vil kunne medføre tilfeller av feil anvendelse av det nye regelverket. Vi foreslår derfor at forskriftens ordlyd formuleres slik at det fremgår klart at det alltid må skje en prekvalifisering ved konkurranse med forhandling i henhold til forskriftens del III, og at man kan velge mellom å gjennomføre konkurransen med eller uten prekvalifisering for anskaffelser i henhold til forskriftens del II.

> Med vennlig hilsen / Kind regards

> Kluge Advokatfirma DA

>

> Gro Amdal

> Advokat/Lawyer

>

> Telephone: + 47 51 95 83 00

> Fax: + 47 51 95 83 01

> Cell phone: + 47 92 88 14 40

> Address: Maskinveien 32, Forus

> Mail address: PO Box 277, 4066 Stavanger, Norway

> E-mail: gro.amdal@kluge.no

>

> This e-mail with attached documents is only for the addressee indicated above. The e-mail and documents may contain confidential information. If you are not the correct addressee or are responsible for transfer of this e-mail with attached documents to the correct addressee, any copying or further transfer of information contained herein is expressly forbidden. If you have received this e-mail by mistake, you are kindly requested to immediately inform me thereof by e-mail and delete the e-mail and the received documents.

>

>

>

>