

**STATSBYGG**

1 av 12

Vår saksbehandler
Yvonne Curtis Delphin, 22 95 41 13Vår dato
15.06.2005
Deres datoVår referanse
200402583-14
Deres referanseTil
Moderniseringsdepartementet
postmottak@mød.dep.no

Kopi til

| |
|-----------------------------|
| MODERNISERINGSDEPARTEMENTET |
| ARKIVKODE |
| 3 0 JUNI 2005 |
| SAKSB. 1C PA1 |
| SAKSNR. 200501325-69 |

**NYTT REGELVERK FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER
HØRINGSUTTALELSE****1. Innledning**

Vi viser til brev fra Moderniseringsdepartementet av 6 april 2004, hvor departementet ber om merknader til høringsnotat om endringer i lov om offentlige anskaffelser og ny anskaffelsesforskrift.

Statsbygg er statens største sivile eiendomsaktør med en eiendomsportefølje på ca 2,2 millioner kvm. Bedriften har en årlig inntekt på ca 2,4 mrd kr og investerer for nær 3 mrd kr i nye bygg. Kjernevirksomheten er planlegging, byggefaglig rådgivning, eiendomsforvaltning og styring av byggeprosjekter. Hele 96,5 % av investeringen i nybygg kjøpes i markedet, og for drift og vedlikehold er tallet 70 %. Det er med andre ord av stor betydning for Statsbygg at regelverket for innkjøp er et godt verktøy for hensiktsmessige, effektive og økonomisk fordelaktige anskaffelser.

Statsbygg stiller seg svært positiv til at den nasjonale terskelverdien foreslås hevet til kr 500 000. Vi ser det også som positivt at regelverket nå åpner for bruk av elektroniske innkjøpsordninger. Ordningene er for tiden forholdsvis uprøvde, og vi ser frem til en evaluering av om de kan kombinere målet om økt konkurranse med mer effektive offentlige innkjøp. Hensynet til universell utforming er foreslått inntatt både i loven og forskriften. Statsbygg vedtok i begynnelsen av 2004 en handlingsplan for universell utforming, og har gjennom denne et ønske om å følge samfunnsutviklingen ved å legge best mulig til rette for brukerne av våre bygninger. Statsbygg ser derfor positivt på at dette nå også synliggjøres gjennom lovverket.

Vi har tidligere understreket viktigheten av at det legges opp til enkle, håndterbare regler, da det først og fremst er ikke-jurister som anvender regelverket. Det tilsier etter vår mening at reglene under terskelverdi i langt større grad bør frikobles fra de omfattende og kompliserte reglene over EØS-terskelverdiene. Statsbygg mener det må være viktigere å komme frem til enkle og gode regler enn å holde fast på prinsippet om mest mulig likhet mellom de to regelsettene. Vi vil i denne sammenheng nevne at danskene ikke følger den norske praksisen her. De har langt enklere regler for innkjøp under EØS-terskelverdiene, og i noen tilfeller er det kun de grunnleggende prinsippene som gjelder.

Vi har valgt å begrense oss til å kommentere de bestemmelsene vi mener er særlig viktig å gi departementet innspill på. Vi viser for øvrig til brev av 02. desember 2004 som inneholder våre tidligere kommentarer til revisjonen av regelverket.

Vår dato
15.06.2005Vår referanse
200402583-14

Et særlig viktig regelsett er bestemmelsene om avvisning av tilbud, pga forhold ved tilbudet, i anbudskonkurranser. Reglene er praktiske, og det oppleves derfor som svært utilfredsstillende at rettstilstanden er så usikker. Høringsutkastet inneholder enkelte forslag til endringer der siktemålet hovedsakelig er klargjøring. Vi ser imidlertid behov for noen flere endringer. Det er komplisert å lage disse reglene, reglene må ivareta til dels motstridende hensyn og EU-retten kan sette skranke for hva reglene kan gå ut på. Statsbygg har derfor engasjert advokat Morten Goller, medlem i KOFA og partner i advokatfirmaet Wikborg Rein, til å utarbeide forslag til nye bestemmelser innenfor rammene av EU-retten. Hans betenkning, som Statsbygg støtter, er inntatt som vedlegg til denne høringsuttalelsen. Vi håper at departementet vil ta dette innspillet opp til seriøs vurdering.

For øvrig antar vi at det vil foretas en språklig gjennomgang av forslagene for å luke ut feilskrift og turgt språk. Vi har derfor ikke kommentert dette særskilt.

2. Overtredelsesgebyr

Moderniseringsdepartementet foreslår i forbindelse med revisjonen av anskaffelsesreglene å innføre et overtredelsesgebyr ved bevisste og overlagte brudd på anskaffelsesreglene. Som tidligere kommentert i Statsbyggs høringsuttalelser av 26. august 2003, støtter Statsbygg innføringen av en slik sanksjonshjemmel. Statsbygg finner det videre positivt at det ikke innføres personlig straffansvar, og at det stilles krav om kvalifisert uaktsomhet før adgangen til å sanksjonere trer inn. Det kan i mange tilfeller være vanskelig å fastslå rekkevidden av direktekjøpsbestemmelsene, og det er få rettskilder å støtte seg til. Statsbygg finner det derfor positivt at det ved vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr må foretas en bred vurdering.

I høringsutkastet er det lagt opp til at myndigheten til å ilegge gebyr legges til KOFA. Det foreslås ingen store endringer i saksbehandlingsreglene, da departementet anser dem som tilfredsstillende. Statsbygg ber departementet om å revurdere spørsmålet om hvilken instans som skal kunne ilegge gebyrer. Slik kompetanse legges normalt sett til tilsyn, slik som Konkurransetilsynet, Medietilsynet o.l og ikke til en nemnd. Som begrunnelse for hvorfor KOFA bør gis slik myndighet viser departementet til at det vil være riktig å benytte seg av den kompetanse som KOFA har opparbeidet seg, samt at det unngås at f.eks Konkurransetilsynet og KOFA får overlappende kompetanse og rollekonflikter. Statsbygg kan ikke se at disse argumentene kan være avgjørende. Etter vårt syn er det flere grunner til at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr bør legges til Konkurransetilsynet fremfor KOFA.

KOFAs medlemmer velges for fire år av gangen, og oppgaven som nemdsmedlem er kun tilleggsverv som disse personene påtar seg ved siden av sine ordinære jobber. Det er ikke alle medlemmene som har anbudsrett som sitt spesialfelt, slik at også nye medlemmer vil måtte bruke tid på å bygge opp sin kompetanse. KOFAs praksis er dessuten sprikende, slik at det kan være usikkert hvilken rettsoppfatning som skal legges til grunn. Etter det vi har fått opplyst foregår det heller ingen koordinering mellom de ulike "avdelingene" i Kofa. Terskelen for at en del av staten saksøker en annen del av staten oppfatter vi dessuten som svært høy. Det er da viktig at det legges opp til gode saksbehandlingsrutiner og at det sikres lik praksis i alle saker. Det tror vi vil være lettere å gjennomføre i et tilsyn enn i en nemnd. På denne bakgrunn vil Statsbygg anbefale at departementet vurderer å gi kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr til Konkurransetilsynet fremfor KOFA.

Klare og lett tilgjengelige bestemmelser blir enda viktigere ved innføringen av et overtredelsesgebyr. Det er særlig ett unntak fra forskriften som er praktisk, og som bør klargjøres. Det knytter seg til forholdet mellom leie av eksisterende bygning, og leie av nybygg eller ombygning av eksisterende bygning. Det førstnevnte forholdet er unntatt fra forskriften,



Vår dato
15.06.2005

Vår referanse
200402583-14

mens det sistnevnte er det usikkert om faller innenfor. Det blir dermed uklart om en direkteanskaffelse er ulovlig eller ikke. Som regel er det snakk om økonomisk sett store anskaffelser, og dermed mulighet for gebyrer i tilsvarende størrelsesorden. Her bør departementet komme med retningslinje for vurderingen av rekkevidden av unntaket.

3. Universell utforming

Som nevnt innledningsvis ser Statsbygg positivt på at det fokuseres på universell utforming. Utfordringen ligger imidlertid i at begrepet ikke har noe klart definert innhold, og det blir dermed vanskelig å vite hvilken rettslig plikt oppdragsgiver her pålegges. Vi ser det derfor som en klar fordel at departementet utarbeider en veileder som klargjør innholdet i plikten.

4. Direkte anskaffelser og beregning av terskelverdi

I rapporten fra Asplan Viak anbefales det at grensen for direkte anskaffelser heves til kr 500 000 eks mva. Anbefalingen bygger på intervjuer med innkjøpere og leverandører. Departementet har valgt å følge denne anbefalingen, og Statsbygg støtter dette.

Utkastet til forskrift § 1-1 fremhever at anskaffelsene skal skje på en samfunnstjenlig måte, og sikre mest mulig effektiv ressursbruk. Heving av grensen bygger opp under dette. Oppdragsgiversiden mener at det brukes for mye ressurser på å utarbeide konkurransegrunnlag, kunnngjøre, inngi tilbud, evaluere, begrunne og kontrahere ved små kontrakter. Store deler av leverandørsiden er av samme oppfatning, og mener at ressursbruken ikke står i forhold til fortjenesten de får på så små kontrakter.

Motstanderne mot heving av grensen mener oppdragsgiver nå vil tro at det ikke gjelder regler for kontrahering under denne grensen, men enkelte mener at dette kan avhjelpes av en kunnngjøringsplikt. Statsbygg er uenig i dette. Dersom man skal innføre en kunnngjøringsplikt, også for slike kontrakter, vil det raskt medføre at også de andre prosedyrereglene må innføres. Det kan eksempelvis være behov for regler som sier noe om at konkurransen kan begrenses, hvilke kriterier som da skal gjelde for utvelgelse og begrunnelse for valg av tilbyder med mer. Gevinsten ved heving av grensen og et enklere regelsett under denne, vil da lett forsvinne.

Det er uansett foreslått tilfredsstillende regler for kontrahering av direkteanskaffelser. I utkastet § 2-1(2) står det at reglene i del I gjelder, samt at loven også kommer til anvendelse på disse anskaffelsene. For å imøtekomme kritikerne er det mulig å innta en passus i § 2-1(2) som spesielt henviser til § 3-1 "Grunnleggende krav for alle anskaffelser", og § 3-2 "Protokollføring". Protokollplikten, og særlig forslaget til skjema, er dessuten med på å bevisstgjøre oppdragsgiver mht å gjennomføre anskaffelsen iht regelverket. Protokollplikten vil også være med på å sikre etterprøvbareheten. Overfor staten vil det særlig være Riksrevisjonen som vil revidere etterlevelsen av regelverket. I tillegg er det foreslått i NOU 2003:30 om ny offentlighetslov § 24 (3) at protokollen skal være offentlig fra det tidspunkt avgjørelse om valg av leverandør er fattet. Statsbygg antar at dette også vil gjelde for protokoller for anskaffelser under kr 500 000, selv om NOUen kun omtaler dagens protokollplikt. Det vil si at også allmennheten kan få innsyn i denne typen protokoller.

Statsbygg vil også nevne at Norge innfører langt strengere regler enn eksempelvis våre danske naboer. De har ingen regler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene hva gjelder vare- og tjenestekjøp (foruten de grunnleggende prinsippene), og prosedyrereglene for anskaffelser innenfor bygge- og anleggssektoren er mer fleksible enn foreliggende utkast. I Sverige foreligger det ikke kunnngjøringsplikt under en "lavverdi"-grense. I Finland er det foreslått to grenser for kunnngjøringsplikten, avhengig av om det er vare- og tjenestekjøp eller bygge- og anleggskontrakter. Grensene er henholdsvis 175 000 og 825 000 norske kroner. På Island

Vår dato
15.06.2005Vår referanse
200402583-14

gjelder nasjonale terskelverdier kun for statlige myndigheter, og er ca 500 000 norske kroner for varekjøpe, og det dobbelte for tjenestekjøp og bygg og anlegg, slik vi har forstått det.

Statsbygg har tidligere påpekt at beregningsreglene bør forenkles og klargjøres. Om man ikke kan få det til over EØS-terskelverdiene, bør man i alle fall gjøre dette under. Vi antar at mange regelbrudd begås fordi det er vanskelig å vite hvilke anskaffelser som skal sees i sammenheng. Dette blir enda viktigere ved innføring av overtredelsesgebyr ved brudd på kunngjøringsplikten. Statsbygg er av den oppfatning at det bør innføres enklere beregningsregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Vi ønsker spesielt å fremheve regelen om sammenslåing av delarbeider i gjeldende forskrift § 2-3 (4). Det er stor usikkerhet knyttet til hvor langt denne bestemmelsen rekker. Uttalelser fra EU-kommisjonen er av enkelte blitt fortolket slik at alle kontrakter med visse innholdsmessige likheter, ved kjøp innenfor samme leverandørmarked og som anskaffes til et prosjekt, skal ses som én anskaffelse. Dette gjelder selv hvor kontraktene umulig kunne vært samlet i en kontrakt. De fleste av Statsbyggs kjøp er prosjektrelatert, og mange prosjekter strekker seg over flere år. Dersom ovennevnte legges til grunn, vil svært mange små kontrakter måtte kunngjøres. Regelen om direkte anskaffelse av kontrakter under kr 500 000 får i disse tilfellene begrenset praktisk betydning. Etter dagens regler, som ikke tar utgangspunkt i kontraktssummen, vil da en anskaffelse til en verdi av eksempelvis kr 10 000 ofte måtte lyses ut fordi beregningsreglene tilsier at anskaffelsens samlede verdi er over kr 500 000.

En slik sammenslåingsregel harmonerer ikke med synspunktet om at kontrakter må være over en viss verdi for å rettferdiggjøre kostnader ved konkurranseutsetting. Statsbygg kan heller ikke se begrunnelsen for at kjøp som ikke kunne vært samlet i én kontrakt skal ses som én anskaffelse. Formålet bak regelen er å hindre kontraktsoppsplitting i den hensikt å unngå at regelverket kommer til anvendelse. Dette hensynet tilsier at det relevante vurderingstemaet er om kontrakter kunne vært samlet i én og samme kontrakt. Når dette er utelukket bør kontraktene anses som selvstendige kjøp. Det kan eksempelvis være tilfellet hvor tjenestene må kjøpes inn på helt ulike tidspunkter, da det ikke er mulig å beskrive kontraktsgjensstanden tidligere i prosessen.

Kunngjøringsplikten bør derfor knyttes til verdien av den anskaffelsen som skal kjøpes inn i det enkelte tilfellet, altså selve kontrakten. For å forhindre oppsplitting av anskaffelser i den hensikt å komme unna kunngjøringsplikten, bør reglene kombineres med et forbud mot slik oppdeling, samt forbud mot å velge en metode for beregning av anskaffelsens verdi i samme hensikt. En slik regel gir dessuten økt forutberegnelighet og er enklere å praktisere.

5. Rammeavtaler

5.1 Rammeavtaler med etterfølgende minikonkurranse

Etter utkastet §§ 6-1 (1) og 14-1 (1) annet pkt skal valg av leverandører til rammeavtalene skje innenfor rammen av tildelingskriterier etter §§ 12-2 og 20-2. Den naturlige forståelsen av dette er at oppdragsgiver er bundet til de alminnelige regler om tildelingskriterier ved inngåelse av rammeavtaler.

Reglene går bl.a ut på at kriterier som etter sitt innhold gjelder tilbyders kvalifikasjoner ikke er tillatt å bruke som tildelingskriterier. Kriterier som skal gi sikkerhet for gjennomføring, som f.eks kapasitet/ leveringssikkerhet, kompetanse eller produktkvalitet i sin alminnelighet, skal i utgangspunktet ikke benyttes. Tildelingskriteriene skal være knyttet til selve tilbudet, og gjelde bare pris eller pris og øvrige kriterier som kan identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.



Vår dato
15.06.2005

Vår referanse
200402583-14

Ved inngåelse av rammeavtaler med sikte på en etterfølgende minikonkurranse for det egentlige innkjøpet, vil det være vanskelig å finne tildelingskriterier innenfor disse rammene. Kriterier som pris, kvalitet etc forutsetter at tilbudet er basert på en beskrivelse av leveransen der kravene til kvalitet, mengde, leveringstid med mer er angitt. Dette er sjelden situasjonen når leverandører gir "tilbud" på rammeavtale. Vi anbefaler at det tydeliggjøres at nettopp andre kriterier vil være relevante ved inngåelse av rammeavtaler. Det ser ut som om regelen er direkte oversatt fra EU-direktivet. Det gjør det kanskje vanskelig å endre ordlyden i forskriftens del III. Under EØS-terskelverdiene står man imidlertid fritt, og vi anbefaler at regelen endres. Regelen vil ellers kunne bety at rammeavtaleinstituttet, i disse tilfellene, ikke blir en praktisk innkjøpsprosedyre, eller bare anvendelig for et begrenset utvalg kjøp. Dette har trolig ikke vært hensikten.

Det fremgår av utkastet at kontrakter tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene som er fastsatt i konkurransebetingelsene for rammeavtalen. Vi går ut i fra at dette ikke betyr at oppdragsgiver skal behøve å holde seg til de kriteriene som er valgt for inngåelse av rammeavtalen. Det må være anledning til å fastsette to sett kriterier i konkurransebetingelsene, et sett for rammeavtalen og et sett for den endelige kontrakten (etter avholdt minikonkurranse).

5.2 Rammeavtalen som fastsetter alle vilkår

Reglene trekker et skarpt skille mellom rammeavtaler der "ikke alle vilkårene er fastsatt" og rammeavtaler der alle vilkår er fastsatt. I det sistnevnte tilfellet skal innkjøpet gjøres direkte i medhold av avtalen, mens det i det førstnevnte skal avholdes en etterfølgende konkurranse.

Når sontringen er så sentral blir det viktig å klargjøre hva som ligger i at alle vilkår er fastsatt. Begrepet rammeavtale benyttes gjerne om avtaler som nettopp ikke fastsetter alle vilkårene som skal gjelde for forholdet. Her vil det være behov for klargjøring i en veileder.

6. Elektroniske anskaffelser

6.1 Dynamiske innkjøpsordninger

Det er svært positivt at det tas i bruk elektroniske innkjøpsmetoder. Bestemmelsen om dynamiske innkjøpsordninger er imidlertid vanskelig tilgjengelig, og vi ser det derfor som viktig at departementet utarbeider en veileder til reglene. For øvrig har vi følgende kommentarer til utkastet:

Oppdragsgiveren skal etter forskriftens §§ 6-4 (5) og 14-4 (5) gjennomføre en konkurranse for tildelingen av hver enkelt kontrakt. Før tildelingen av en kontrakt skal oppdragsgiveren offentliggjøre en forenklet kunngjøring som inviterer alle interesserte leverandører til å levere et tilbud. Departementet oppfordres til å avklare innholdet av en forenklet kunngjøring. Statsbygg er av den oppfatning at det ikke bør stilles særlig strenge krav til hva en slik forenklet kunngjøring bør inneholde og hvordan den skal offentliggjøres. Fordi konkurransen allerede er kunngjort en gang ved etablering av den dynamiske innkjøpsordningen, bør det være tilstrekkelig med en henvisningen til denne kunngjøringen.

Statsbygg er videre av den oppfatning at begrepet "*veiledende tilbud*" er egnet til å forvirre. Begrepet "*veiledende*" gir inntrykk av at tilbudet ikke er bindende og at leverandører først inngir et bindende tilbud når oppdragsgiveren inviterer tilbydere som er opptatt i ordningen til å levere et tilbud. Dette bør avklares. Videre er det uklart om de som ikke inngir et konkret tilbud etter punkt 6, men som har inngitt et veiledende tilbud, skal medtas i evalueringen og tildeling av den enkelte kontrakt. Skal m.a.o. oppdragsgiver måtte vurdere dem som er opptatt i ordningen, og kun har kommet med et veiledende tilbud? Det blir særlig vanskelig dersom oppdragsgiver har presisert tildelingskriteriene etter punkt 7.



Statsbygg er av den oppfatning at det er ønskelig med mindre detaljerte regler under EØS-terskelverdiene. Vi er derfor positive til forslaget om at kravet til forenklet kunngjøring sløyfes, og at det heller stilles krav om jevnlig kunngjøring av innkjøpsordningen. Videre er vi av den oppfatning at kravene til evaluering i flere omganger uansett er uhensiktsmessig ved anskaffelser under terskelverdi.

6.2 Elektronisk auksjon

Etter vilkårene for elektronisk auksjon vil anvendelsesområdet i hovedsak begrense seg til standardiserte og gjentakende kjøp. Prosessen virker da noe omfattende og formalistisk, og man kan spørre seg om oppdragsgivere vil foretrekke å avslutte en innkjøpsprosess på tradisjonell måte. Uansett virker bestemmelsene noe kompliserte, og det er derfor behov for en utdypning av dem i en veileder.

6.3 Regler for kommunikasjon

Reglene om kommunikasjon er, etter Statsbyggs oppfatning, omfattende og samtidig noe upresise. Det gjelder særlig utkastet §§ 7-1 (5) og 15-1 (5). Det er bl.a. uklart hvorvidt reglene om elektronisk kommunikasjon i pkt 5 går ut over eller bare presiserer reglene i punkt 1-4. Vi antar at departementet vil være tilbakeholdne med å gjøre endringer på dette punktet over EØS-terskelverdiene, men under bør forenkling tilstrebes. Det er for øvrig ikke behov for å ha særskilte regler i pkt 5 for anskaffelser under terskelverdi. De alminnelige regler om mottak av tilbud og konfidensialitet ivaretar, etter vår oppfatning, tilstrekkelig hensynet til at informasjon ikke skal kunne endres eller at informasjon ikke gjøres tilgjengelig for uvedkommende.

I vedlegg X til direktivet er det understreket at blant annet elektronisk mottak av tilbud skal sikres ved tekniske midler. Dette er ikke gjentatt i den norske forskriften, og det kan derfor stilles spørsmål om det da er tilstrekkelig med manuelle administrative metoder for å sikre dette. For å fjerne denne usikkerheten kan det understrekes i forskriften at kravene til systemer for elektronisk overføring og mottak av tilbud, i punkt 5, litra d, nr 1 til 6, må sikres ved tekniske hjelpemidler.

7. Forlenget frist – kunngjøring ?

I utkastet §§ 7-3 (3) og 15-3 (3) videreføres dagens krav om at rettelser, suppleringer eller endringer som kommer så sent at det er vanskelig for leverandøren å ta hensyn til dem, skal medføre en forholdsmessig forlengelse av tilbudsfristen. Samtlige leverandører skal snarest varsles om forlengelsen. Verken dagens forskrift eller forslaget inneholder en konkret kunngjøringsplikt ved en slik forlengelse. KOFA har i sak 2004/99 pålagt en kunngjøringsplikt ved innskjerping av tilbudsfristen, med henvisning til likebehandlingsprinsippet i lovens § 5. Norsk Lysingsblad har videre et skjema i papirversjon, ikke elektronisk, for kunngjøring av tilleggsopplysninger. Det brukes, etter det vi har fått opplyst, blant annet ved kunngjøring av nye frister.

Dersom det foreligger en slik plikt til å kunngjøre, enten ved forlengelse eller innskrenkning av tilbudsfristen, bør det fremgå av forskriften og det bør utarbeides skjema i tråd med dette.

8. Prinsipp for utvelgelse til begrenset konkurranse

Statsbygg er skeptiske til innføringen av bestemmelsen i § 7-6 (2) om at oppdragsgiver skal opplyse "de objektive og ikke diskriminerende kriteriene eller regler oppdragsgiver vil benytte ved utvelgelsen av eventuelt overtallige kvalifiserte leverandører" i konkurransegrunnlaget og i kunngjøringen. Det er vanskelig å fastsette prinsippet for leverandørvalg før man vet noe om hva slags leverandører som melder seg på i konkurransen. Man kan f.eks oppgi at det skal være en sammensetning av små og store leverandører, og oppleve å få inn et begrenset antall små leverandører. Man vil da være bundet til å prekvalifisere de små leverandørene, som kan ha langt

Vår dato
15.06.2005Vår referanse
200402583-14

dårligere kvalifikasjoner enn øvrige påmeldte og derfor ikke være de tilbyderne som vil gi den beste konkurransen i denne situasjonen.

Det er også uklart hva som ligger i "objektive" utvelgelseskriterier. Vi er redde for at bestemmelsen vil bidra til tvister og virke prosesskapende. I høringsnotatet står det at oppdragsgiver må kunne velge utvelgelseskriterier basert på ønske om å variere tilbyderkretsen, f.eks en sammensetning mellom små og store leverandører. Objektivt betyr skjønnsfritt. Dette kan tilsa at oppdragsgiver må presiserer prinsippene ytterligere, med f.eks antallet leverandører i hver gruppe, og nærmere angi hva som menes med små og store tilbydere. Dette vil, etter vår mening, ikke føre til en optimal konkurransesituasjonen, samt at det vil kunne føre til økte anskaffelseskostnader.

Under terskelverdi for EØS, bør ikke oppdragsgiver være forpliktet til å oppgi utvelgelsesprinsippet i forkant. Utvelgelsen må naturligvis ikke være usaklig, men for øvrig bør oppdragsgiver kunne stå relativt fritt. På denne måten kan valget gjøres på bakgrunn av en bred totalvurdering av kvalifikasjoner og overveielser over hva som vil gi en gunstig konkurransesituasjon. Dette kan uttrykkes ved at man i § 7-6 tar inn en bestemmelse om at utvelgelsen blant flere kvalifiserte deltakere må være saklig og ikke-diskriminerende. Vi kan ikke se at forutberegnelighet i denne sammenheng er et så tungtveiende hensyn at det oppveier hensynet til en god konkurransesituasjon. Etterprøvarheten sikres dessuten gjennom den etterfølgende begrunnelsesplikten.

9. Tilbudsåpning

For bygg- og anleggskontrakter skal leverandørens navn og totalpris offentliggjøres for de øvrige leverandører innen syv dager etter tilbudsåpning, jfr utkastet § 10-7 for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Etter ordlyden gjelder denne bestemmelsen både for anbudskonkurranser og konkurranser med forhandlinger. Den tilsvarende regelen over terskelverdiene, jfr § 18-7, gjelder kun for anbudskonkurranser. Vi antar derfor at den samme begrensningen skal gjelde for § 10-7, og foreslår at det i overskriften inntas en presisering om at bestemmelsen kun gjelder ved anbudskonkurranser.

Statsbygg er av den oppfatning at det kun er hensiktsmessig at oppdragsgiver må offentliggjøre totalpris hvor det er en fastpriskontrakt. I noen avtaler fremgår ikke totalprisen direkte av tilbudet, eksempelvis ved partneringkontrakter/samspillskontrakter og ved kontrakter hvor arbeidet skal utføres på timebasis. Offentliggjøring av totalpris bør derfor begrenses til å gjelde tilbud hvor fastprisen kan leses direkte ut av tilbudet. Totalpris bør dessuten kunne være prisen som fremkommer etter at tilbudet er "nullstilt", det vil si hvor totalsummen er korrigert for regnefeil, åpenbare feil og prisbare forbehold/avvik. Fristen på syv dager er da for kort til at oppdragsgiver kan foreta en forsvarlig "nullstilling" av tilbudene, og bør forlenges vesentlig.

10. Konkurransen med forhandling

10.1 Generelt

Regelsettene er tilnærmet identiske over og under EØS-terskelverdiene. Statsbygg mener imidlertid at det er naturlig med ulike regler i del II og del III. Over terskelverdiene er konkurranseformen en snever unntaksprosedyre. Den kan benyttes i spesielle tilfeller, hvor kjøpsgjensstandens kompleksitet nødvendiggjør forhandlinger, sannsynligvis i flere runder. Under terskelverdiene er konkurranseformen likestilt med anbudskonkurranse. Dette gjør det mulig å benytte kjøp med forhandling for noe enklere kjøpstyper, der forhandlingsbehovet er begrenset.

Statsbygg synes det er positivt at konkurranseformen kan benyttes også for kjøp der kjøpsgjensstanden ikke krever omfattende forhandlinger. Det har sammenheng med formalismen i



Vår dato
15.06.2005

Vår referanse
200402583-14

anbudskonkurranser. Forhandlingsforbudet innebærer at det er forbudt å gjøre endringer i tilbudene etter at de er kommet inn. Dette er et problem, da det ofte vil gi en bedre anskaffelse dersom enkelte justeringer og tilpasninger i tilbudene kan skje etter tilbudsfristens utløp. Argumentet om at reglene bør være like over og under terskelverdi fordi det er komplisert for oppdragsgiver å sette seg inn i to sett regler, må ha begrenset vekt. Kjøp med forhandling forekommer sjelden over EØS-terskelverdi og oppdragsgivere vil derfor ha lite kunnskap om bestemmelsene. Rent generelt vil smidigere regler som forenkler gjennomføringen av innkjøpsprosedyren, raskt oppveie ulemper med å sette seg inn i ulike regler.

Kommentarene i pkt 10.3-10.5 knytter seg kun til utkastes bestemmelser under EØS-terskelverdiene.

10.2 Forhåndskunngjøring av antall deltakere i konkurransen

I §§ 7-6 (1) og 15-7 (1) står det at oppdragsgiver *kan* fastsette en nedre grense, og eventuelt en øvre grense for antallet deltakere som skal inviteres til å gi tilbud. Videre står det at grensene skal angis i kunngjøringen. Bestemmelsen regulerer utvelgelse av deltakere til å inngi tilbud både i begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling.

Begrepet *kan* benyttes gjerne for å uttrykke at oppdragsgiver har en valgfrihet. Slik vi leser høringsnotatet skal imidlertid regelen være at man ved unnlatelse av å oppføre en nedre grense for deltakelse i kunngjøringsskjemaet, vil ha plikt til å invitere alle som har meldt seg interessert og som oppfyller kvalifikasjonskravene. Dette betyr i realiteten at konkurransen i disse tilfellene endrer karakter fra begrenset til åpen konkurranse. Hvis dette skal være ordningen bør ordlyden endres. Det bør i så fall stå at oppdragsgiver *skal* fastsette og annonsere den nedre grensen for deltakere.

Vi synes imidlertid det er uheldig at oppdragsgiver skal være forpliktet til å invitere/forhandle med alle dersom deltakerantallet ikke er oppgitt i forkant. Leverandører som deltar i en begrenset anbudskonkurranse/ konkurranse med forhandling, vil ha en forventning om at antallet tilbydere er begrenset, selv om deltakerantallet ikke er opplyst. Statsbygg vil derfor foreslå at det inntas en setning i utkastet §§ 7-6 (1) og 15-7 (1), hvor det heter at dersom deltakerantall ikke er oppgitt skal oppdragsgiver invitere minst tre deltakere til konkurransen. Hvis man tar inn en slik bestemmelse, bør man beholde regelen om at oppdragsgiver *kan* fastsette en øvre og nedre grense for antallet deltakere som skal inviteres til å gi tilbud.

10.3 Antallet tilbydere som det skal forhandles med

Slik vi leser utkastet har oppdragsgiver plikt til å gjennomføre forhandlinger i minst én omgang med alle som leverer tilbud, såfremt de er kvalifiserte. Adgangen til å begrense deltakerantallet i § 10-8 (1) gjelder, etter det vi kan se, bare de senere forhandlingsfaser. Dette innebærer at forhandlingsplikten blir betydelig utvidet i forhold til dagens regelverk. Etter gjeldende forskrift § 16-3, er oppdragsgiver ikke forpliktet til å invitere mer enn 3 tilbydere til forhandlinger, oppdragsgiver skal ikke være nødt til å gjennomføre forhandlinger med alle som leverer tilbud.

Hvis regelen nå skal bli at alle som leverer tilbud skal ha forhandlingsrett, må det antas at oppdragsgivere vil forsøke å begrense antallet prekvalifiserte til et minimum for å redusere arbeidet i forhandlingsfasen. Dette er uheldig. Det er alltid en sjanse for at tilbyderere som prekvalifiseres avstår fra å levere inn tilbud, og ut i fra et konkurransesynspunkt bør det inviteres flere enn minstegrensen på tre tilbydere. Vi har vanskelig for å se begrunnelsen for at alle som leverer tilbud skal ha forhandlingsrett. Dersom tilbyderne vet at bare de beste tilbudene, vurdert i forhold til tildelingskriteriene, går videre til forhandlingsrundene, blir leverandørene oppfordret til å gi inn sitt beste tilbud allerede ved tilbudsfristen. Dette er hensiktsmessig ut i fra et ressursynspunkt.

Vår dato
15.06.2005Vår referanse
200402583-14

Utvidelse av forhandlingsplikten følger også av en annen foreslått endring. I dag har oppdragsgiver rett til å unnlate å føre forhandlinger med tilbydere som ikke har reell mulighet til å få kontrakten. Det er foreslått at regelen tas ut. Dette er uheldig. Begrunnelsen for å fjerne regelen er at den inneholder et vanskelig avveiningskriterium. Vi synes imidlertid ikke vurderingstemaet er vanskeligere enn det vi ofte ser i forskriften forøvrig. Videre sies det at oppdragsgiver vil være tilstrekkelig hjulpet av bestemmelsen om at antallet forhandlingsdeltakere kan reduseres i de senere forhandlingsfaser. Vi synes ikke dette er fullgodt. I mange kjøp under EØS-terskelverdiene vil det ikke være aktuelt å gjennomføre mer enn én forhandlingsrunde. I de tilfellene der det er mulig å fastslå at en tilbyder ikke har reell mulighet til å få kontrakt, bør regelen være at tilbyder ikke skal innkalles til forhandlinger. Tilbydere kan f.eks. tilby et produkt, eller kompetanse, i sitt første tilbud som ikke kan forbedres i forhandlingene fordi det er på det rene at det er den eneste tilbyder som har å tilby. I denne situasjonen gir det ingen mening å gjennomføre forhandlinger. Det er også i tilbyders interesse at han frigjøres fra å stå ved et tilbud hvor han aldri vil kunne få tildelt kontrakten.

10.4 Adgang til å gjennomføre forhandlinger i ett trinn

Det er positivt at departementet foreslår å videreføre ordningen med konkurranse med forhandling i "ett-trinnsmodell". Dette bør imidlertid sies eksplisitt i forskriften. Det er ikke tilstrekkelig at dette fremgår indirekte av kunngjøringsskjemaet.

10.5 Forhandlingspliktens innhold

Som nevnt mener Statsbygg at reglene for gjennomføring av konkurranse med forhandling under EØS-terskelverdiene bør være smidige. Forhandlingene kan gjelde innkjøp der anskaffelseskostnadene, kan komme i misforhold til verdien av kjøpene og det som oppnås gjennom forhandlingene.

Det danske regelverket for kjøp av bygg- og anleggsarbeid under EØS-terskelverdien åpner for at oppdragsgiver kan velge å anta innkomne tilbud som de er ved innleveringsfristen eller gjennomføre forhandlinger med tilbyderne. Oppdragsgiver har forhandlingsrett, men ikke plikt. Leverandørene vil da allerede ved tilbudsfristen måtte levere et gjennomarbeidet tilbud, noe som vil forenkle forhandlingene der hvor de faktisk gjennomføres.

Ofte vil oppdragsgiver ønske å anta tilbudet slik det foreligger. Konkurransereformen kan være valgt som en sikkerhetsventil for det tilfellet at tilbudet ikke er som forventet, eller tilbudet inneholder uklarheter og avvik. Det er derfor gode grunner for å innføre en forhandlingsrett, men ikke plikt, også i Norge. Regelen kan da være at dersom oppdragsgiver vil benytte retten til å anta tilbudene slik de er ved innleveringstidspunktet, må han opplyse om det i konkurransegrunnlaget, evt i kunngjøringene. Hvis oppdragsgiver velger å gjennomføre forhandlinger, må oppdragsgiver opptre i overensstemmelse med kravene til likebehandling, god forretningskikk mv.

Det kan stilles spørsmål om forslaget innebærer at innholdet i forhandlingsplikten også utvides jfr §10-8 (3) hvor det står at "leverandører ... gis adgang til å gi et forbedret tilbud før beslutningen om tildeling av kontrakt". I dag er oppfatningen at oppdragsgiver bestemmer forhandlingstemaene. Tilbydere gis rett til å forbedre bestemte punkter i tilbudet, men har ikke en generell rett til å levere et helt nytt tilbud etter innleveringsfristen. Denne regelen bør videreføres.

Dersom det innføres en rett for oppdragsgiver til å ta forbehold om at tilbudene kan bli antatt slik de er ved innleveringstidspunktet, må det presiseres at ovennevnte bestemmelse ikke gjelder når slikt forbehold er tatt.



Vår dato
15.06.2005

Vår referanse
200402583-14

11. Avvisning pga forhold ved tilbudet i anbudskonkurranse

Som nevnt innledningsvis, har Statsbygg fått laget en betenkning om avvisningsbestemmelsene. Betenkningen er tatt inn som et vedlegg til vår høringsuttalelse. Her vil vi nøye oss med å nevne enkelte sentrale punkter:

Bestemmelsene om avvisning av tilbud pga forhold ved tilbudet er hovedsaklig "skal-regler" som pålegger oppdragsgiver å avvise et tilbud hvis de det inneholder avvik, forbehold eller uklarheter av en bestemt karakter. Det er imidlertid stor usikkerhet om når avvisningsplikten inntreffer. Usikkerheten går bl.a på hvorvidt tilbyderens formulering skal tolkes som et avvik. På grunn av forhandlingsforbudet må oppdragsgiver selv gjøre seg opp en mening om forståelsen av tilbudet. Han har ikke adgang til å ta kontakt med tilbyderen for å få klarlagt hvordan formuleringen skal forstås.

Videre går usikkerheten på hvilke materielle avvik som kan aksepteres innenfor anbudsregimet, og hvilke som gir avvisningsplikt. Hvis oppdragsgiver vurderer avvisningsspørsmålet feil, risikere han søksmål uansett vurderingens utfall. Dersom tilbudet blir avvist risikerer man søksmål fra avvist tilbyder. Hvis oppdragsgiver lander på at forholdet ikke gir avvisningsplikt slik at tilbudet blir med videre i konkurransen, kan oppdragsgiver saksøkes av de øvrige konkurransedeltakerne. For å unngå eller avhjelpe denne tvangssituasjonen, bør reglene endres. Vi mener at dette kan gjøres ved at reglene om avvisning bygges ut med regler som gir oppdragsgiver en rett til å avvise ut over de tilfeller der oppdragsgiver har plikt til å avvise.

Statsbygg ser det som positivt at avvisningsbestemmelsene deles inn i regler om tvungen og frivillig avvisning. Vi mener imidlertid at reglene om avvisningsrett bør utvides til å omfatte to nye situasjoner:

- (1) Oppdragsgiver bør ha rett til å avvise tilbud når tilbudet inneholder uklarheter. I forskriftsforlaget er uklarheter i tilbud bare regulert i bestemmelsen om at oppdragsgiver har plikt til å avvise når uklarhet kan "medføre tvil om hvordan tilbud skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene". Denne bestemmelsen inneholder mange vanskelige vurderingstemaer, og bidrar til tvister. Den er spesielt uegnet når irregulariteten i tilbudet går på at det er uklart hvordan tilbudet skal forstås. I disse tilfellene bør oppdragsgiver slippe å føre bevis for at vilkårene i bestemmelsen om pliktmessig avvisning er oppfylt.

En regel som gir oppdragsgiver rett til å avvise uklare tilbud vil også harmonere med bestemmelsen i § 10-3 om at "Avvik fra konkurransebetingelsene skal fremgå klart av tilbudet, og være presist og entydig beskrevet" Det er et rimelig krav at leverandørene utformer sine avvik klart, j.f den tvangssituasjonen oppdragsgiver befinner seg i ved vurderingen av avvik i tilbud som er beskrevet ovenfor. Brudd på plikten til å spesifisere og utforme avvikene klart, synes imidlertid ikke å være sanksjonert i forskriftsutkastet. Det bør den være, og det kan gjøres ved at oppdragsgiver gis *rett* til å avvise tilbud som er i strid med klarhetskravet i § 10-3. I dagens regler er pliktbrudd sanksjonert, i det oppdragsgiver *skal* avvise tilbud som er utformet strid med § 8-6. Rekkevidden av denne bestemmelsen har imidlertid vært ansett som meget usikker, det er derfor positivt at departementet foreslår at bestemmelsen tas ut. Men den bør erstattes av en regel om at oppdragsgiver i disse tilfellene har rett til å avvise tilbudet.

- (2) Den andre situasjonen gjelder tilbud som inneholder avvik fra spesifisert ytelse. Etter forslaget kan avvisning bare skje dersom avviket er vesentlig, eller avviket skaper tvil om bedømmelsen av tilbudet. Mao de tilfeller der oppdragsgiver av hensyn til de øvrige konkurransedeltakerne har plikt til å avvise. Vi synes avvisningsadgangen bør være videre enn dette. Oppdragsgiver bør ikke være tvunget til å kjøpe en ytelse som avviker



Vår dato
15.06.2005

Vår referanse
200402583-14

fra forespørselen. Hvis oppdragsgiver f.eks beskriver en bestemt produktfarge, man ønsker f.eks en grønn gjenstand, bør det være adgang til å avvise tilbud der gjenstanden tilbys i en annen farge. Etter de foreslåtte reglene er det usikkert om oppdragsgiver kan avslå et slikt tilbud. I Danmark er regelen at oppdragsgiver alltid har rett til å avvise tilbud som inneholder avvik fra spesifisert ytelse, med mindre avviket må anses som helt bagatellmessig.

Vi ønsker også å be departementet vurdere regelen om avvisningsplikt ved relativ bedømmelsestil. Regelen tvinger oppdragsgiver til å gjennomføre kompliserte vurderinger for å ta stilling til avvisningsspørsmålet, og regelen reiser mange usikre spørsmål. Som nevnt ovenfor er regelen spesielt uegnet ved uklarheter i tilbud.

Videre vil vi fremheve regelen om avklaringsrett. Det er lite veiledning i regelen slik den nå er formulert, grensene for avklaringsretten trekkes opp ved en henvisning til en meget uklar bestemmelse om avvisning. Avklaringer bør være tillatt så lenge avklaringsmuligheten ikke gir tilbyder en konkurransefordel. Det bør f.eks være mulig å etterspørre informasjon om tilbudet så lenge det gjelder opplysninger/dokumentasjon som tilbyder ikke kan manipulere med i ettertid.

12. Begrunnelsesplikten

Begrunnelsesplikten i utkastet går lengre enn ordlyden i direktivet, og vi oppfatter det som usikkert hvor omfattende plikten er ment å være. Det ser ut til at departementet har forsøkt å lovfeste KOFAs praksis på dette området, som vi anser som sprikende.

Kravet kan, etter Statsbyggs oppfatning, ikke være ment å strekke seg så langt at oppdragsgiveren må gi opplysninger som gjør leverandører i stand til å vurdere lovmessigheten av evalueringen forut for at kontrakt er inngått. Dette vil være en svært omfattende plikt for oppdragsgiveren. For å oppfylle denne plikten kan oppdragsgiveren i realiteten måtte gi svært omfattende opplysninger videre til leverandørene, samt redegjøre for alle vurderinger som er foretatt. Den omfattende begrunnelsesplikten vil medføre et betydelig arbeid for oppdragsgiver og dermed øke transaksjonskostnadene. Særlig gjør dette seg gjeldende for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

En omfattende begrunnelsesplikt harmonerer også dårlig med den videre begrunnelsesplikten på anmodning fra leverandøren, etter §§ 10-14 (4) og 18-16 (4). Forutsetningen for plikten til å begrunne avgjørelsen nærmere, på leverandørens oppfordring, må blant annet være at denne begrunnelsen skal være mer detaljert og omfattende. Etter ordlyden kan det se ut til at begrunnelsesplikten etter første ledd er mer omfattende enn den nærmere begrunnelsesplikt etter fjerde ledd. Det kan ikke ha vært meningen.

Vi viser i denne sammenheng også til danskernes tolkning av reglene, jfr "Klagenævnet for udbud", avgjørelse av 14. oktober 2002, hvor de uttalte følgende:

"Det følger ikke – som klageren har anført – af Inkøbsdirektivets artikel 7, stk. 1, at en udbyder skal give en tilbudsgiver sådanne oplysninger, at den tilbudsgiver, hvis tilbud ikke er blevet antaget, ved at modtage begrundelsen bliver i stand til at vurdere lovligheden af udbyderens afgørelse af, hvilket tilbudsgiver der skal indgås kontrakt med. Det fremgår af artikel 7, stk. 1, at en ordregiver skal give en tilbudsgiver, hvis tilbud er taget i betragtning ved vurderingen af tilbudene på grundlag af tildelingskriteriet, men som ikke er blevet antaget som det tilbud, der skal danne grundlag for indgåelse af kontrakt, oplysninger om "det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele". (vår utheving)

Vår dato
15.06.2005Vår referanse
200402583-14


Statsbygg ber derfor om at departementet presiseres sin forståelse av den foreslåtte bestemmelsen i den planlagte veilederen, gjerne med eksempler.

13. Plan og designkonkurranser

I innspill til departementet er det foreslått at juryens protokoll alltid skal gjøres tilgjengelig fra det tidspunktet vinneren av plan- og designkonkurransen er kåret. Det vil da også gjelde der hvor konkurransen er et ledd i en anskaffelsesprosedyre for tildeling av tjenstekontrakter. Statsbygg har vurdert forslaget, og mener endringen er betenkelig.

Juryens protokoll kan inneholde opplysninger som kan vanskeliggjøre en etterfølgende forhandling, særlig hvor det kåres flere vinnere. Dersom en av vinnerne omtales som den foretrukne, vil det styrke hans forhandlingsposisjon ift de øvrige konkurrentene. Dette kan være uheldig for oppdragsgivers ønske om å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Statsbygg er av den oppfatning at det bør være opp til oppdragsgiver å vurdere på hvilket tidspunkt protokollen skal frigis, men senest etter at oppdragsgiver har besluttet hvem som skal tildeles kontrakt. Bestemmelsen bør derfor åpne for denne fleksibiliteten.

Med vennlig hilsen


Øivind Christoffersen
Administrerende direktør


Stig Pettersen
Direktør Faglig ressurscenter

Vedlegg: 1 Betenkning fra advokat Morten Goller vedrørende avvisning

| |
|---------------------------|
| Vedlegg 2005/1325 - 69 |
|---------------------------|

VEDLEGG..I.

Notat

WR
WIKBORG REIN

Til: Statsbygg
Fra: Wikborg Rein
Dato: 16. juni 2005
Ansvarlig partner: Morten Goller

HØRINGSUTTALELSE NYTT REGELVERK FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER, AVVISNINGSREGLENE MV

1 INNLEDNING

I forbindelse med den pågående revisjonen av regelverket for offentlige anskaffelser har Statsbygg bedt oss om å avgi et høringsinnspill til reglene om avvisning av tilbud på grunn av forhold ved tilbudet og reglene om avklaringsrett/forhandlingsforbud. Statsbygg har bedt om konkrete forslag til nye regelformuleringer, og innspill som kan bidra til at departementet klargjør rettstilstanden ytterligere i den kommende veilederen til forskriften. Oppdraget søkes besvart i dette notatet.

Drøftelsen i det følgende gjelder således primært avvisningsreglene i anskaffelsesforskriften, og slik at vi særlig vil kommentere utkastets §§ 10-10 til 10-12, samt §§ 18-12 til 18-14. For enkelthetsskyld knyttes drøftelsen opp mot bestemmelsene i utkastets del III (og den gjeldende forskriftens del II), da utkastet legger opp til de samme regler over og under terskelverdiene. At det benyttes likelydende regler her er for øvrig hensiktsmessig også etter vårt syn.

Avvisningsreglene skaper særlige problemer i skjæringspunktet mellom tilbyders rett til å ta forbehold og oppdragsgivers begrensede adgang til å avklare feil og uklårheter i anbudskonkurranser. Enkelte spørsmål i relasjon til dette, som får direkte betydning for avvisningsreglene, vil derfor også bli behandlet i den følgende.

I fortsettelsen vil vi først angi noen hovedsynspunkter i pkt 2, for så å behandle enkelte viktige terminologiske spørsmål i pkt 3. Vi vil deretter gi en kort redegjørelse for bakgrunnsretten i pkt 4. Her omhandles tre forhold: for det første avvisningsreglene slik de må antas å ha vært etablert gjennom norsk sedvanerett, spesielt innen entrepriserettens område, for det andre reguleringen av disse spørsmålene i andre EØS-land og for det tredje lovgivers vurdering av avvisningsreglene i forbindelse med innføringen av dagens anskaffelsesregler. Hensikten med gjennomgangen i pkt 4 er å vise at lovgiver med unntak for enkelte klare avvisningsregler, står relativt fritt i å utforme rettstilstanden på området. Med dette som bakgrunn skal vi deretter i pkt 5 drøfte utkastets forslag, herunder gjennomgå hvilke forhold som etter vår vurdering bør lede til en avvisningsplikt og hvilke forhold som bør gi oppdragsgiver en *rett* til å avvise.

2 HOVEDSYN

I høringsbrevets pkt 7.1 uttaler Moderniseringsdepartementet at "*reglene om avvisning har vært betraktet som uklare*". Det er lett å være enig i dette. Et raskt søk på hjemmesiden til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) viser at i hvert fall mer enn 60 avgjorte saker behandler spørsmål knyttet til avvisningsreglene. I tillegg skaper avvisningsreglene betydelige praktiske problemer ved gjennomføringen av anskaffelser, siden reglene løpende reiser kompliserte spørsmål som det ofte er tidkrevende å løse. Det er således et betydelig behov for revisjon og forenkling av forskriften på dette punkt.

Etter vår vurdering reiser dagens avvisningsregler særlig to hovedproblemer. Begge problemstillingene relaterer seg spesielt til avvisning på grunn av forhold ved tilbudet:

For det første er rekkevidden av avvisningsreglene uklare, særlig som følge av usikkerhet knyttet til hva som må sies å utgjøre et forbehold/avvik/uklarhet/ufullstendighet og hvilke muligheter det er for å avklare slike forhold etter forskriftens § 9-1 (utkastet § 19-1).

For det andre er det oppstilt bindende avvisningsregler med utgangspunkt i den relativt uklare rettstilstanden skissert i avsnittet over, og slik at oppdragsgiver gjennomgående ikke har en mer vidtgående adgang til å avvise. I praksis betyr dette at oppdragsgiver ofte vil finne seg i en situasjon der avvisning av et tilbud kan lede til erstatningskrav fra den aktuelle tilbyder, mens unnlatt avvisning kan lede til ansvar i forhold til de øvrige.

For å bøte på disse forholdene må avvisningsreglene etter vårt syn forenkles. Samtidig bør reglernes materielle innhold endres, slik at adgangen til å avvise tilbud utvides. Stor sett i et hvert tilfelle der oppdragsgiver har en plikt til å avvise, bør denne følges av en mer vidtgående rett til å avvise.

Etter vår vurdering vil en slik endring bringe avvisningsreglene mer i overensstemmelse med tradisjonell ulovfestet anbudsrett, og med rettstilstanden i EU. Ved en slik endring vil forskriften også bedre reflekterer det grunnleggende prinsipp om at det er tilbyderne som har risikoen for sitt tilbud.

3 KORT OM TERMINOLOGIEN

Det er kompliserende for regelanvendelsen at dagens bestemmelser ikke skiller klart mellom avvik, forbehold, alternative tilbud, uklarheter, ufullstendigheter mv. Anskaffelsesforskriften gir heller ingen forklaring på forskjellige andre begreper av betydning for å vurdere hvorvidt det f eks foreligger et lovlig avvik; typisk begrepene minstekrav og kontraktsvilkår.

I utkastet foreslås det en legaldefinisjon av alternative tilbud "*for å avklare forskjellen mellom alternative tilbud og forbehold/deltilbud/avvik/ufullstendigheter*". Tiltaket er prisverdig, men etter vår vurdering bør også andre begreper, i hvert fall forbehold og avvik, defineres i tillegg.

Som et utgangspunkt kan det fastslås at det neppe finnes noen helt festnet terminologi på området, slik at departementet har en viss frihet her. Vi vil i det følgende ikke forsøke å gi noen klare definisjoner, til mulig bruk i forskriften, men bare peke på enkelte forhold vi

mener er av betydning for departementets arbeidet. Spesielt er det spørsmål om den foreslåtte definisjonen av alternative tilbud er for snever.

Som et klart utgangspunkt vil *forbehold* rette seg mot kontraktsvilkårene, mens *avvik* betyr at kravspesifikasjonen ikke fullt ut er oppfylt. Strengt tatt kan et avvik gjelde både et tilbud om en dårligere og en bedre ytelse enn det etterspurte.

Begrepet *alternativt tilbud* kan omfatte både avvik (en annen utførelsesmåte) og vel også enkelte forebehold (en annen fremdriftsplan). Konseptet "alternativt tilbud" har ellers ikke nødvendigvis noen iboende egenskaper som gjør det mulig å definere dette uten henvisning til konkurransegrunnlaget. Poenget er at et tilbud rettslig sett bare kan betraktes som et alternativt tilbud hvis oppdragsgiver har åpnet for alternative tilbud, og angitt hvilke minstekrav et slikt tilbud skal oppfylle. I motsatt fall er tilbudet å anse som inneholdende et avvik, eller forbehold. Konseptet "alternativt tilbud" bør derfor etter vårt syn defineres med utgangspunkt i dette forhold. Det kan innvendes at dette har karakter av et sirkelresonnement (et alternativt tilbud er et tilbud som svarer til konkurransegrunnlagets vilkår for å være et alternativt tilbud), men dette speiler uansett det sentrale med alternative tilbud - nemlig at det imøtekommer visse krav oppstilt i konkurransegrunnlaget. I utkastet foreslår departementet en definisjon av alternative tilbud som stort sett er forenelig med synspunktene over. Bestemmelsen er tatt inn i utkastets § 4-1 bokstav j, og beskriver alternative tilbud som "*tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative måte å oppfylle krav til ytelsens innhold og eventuelt utforming*". I høringsbrevet forutsettes det imidlertid at alternative tilbud kun omfatter ytelser som er "*like bra eller bedre enn den ytelsen som er beskrevet i konkurransegrunnlaget*". Dette fremstår etter vårt syn kanskje som misvisende, siden alternative tilbud også kan omfatte dårligere løsninger enn hovedløsningen, så lenge det tilbudte er innen de oppstilte minstekrav for alternative tilbud.

Siden det er alminnelig antatt at det ikke kan tas forbehold/avvik mot oppstilte *minstekrav* til ytelsen kunne det kanskje fremgå klarere av forskriften hvordan slike minstekrav kan oppstilles i konkurransegrunnlaget. I praksis kan det ofte være vanskelig å vurdere hva som er et absolutt minstekrav, og hva som er et forhold det kan avvikes fra eller tas forbehold mot i tilbudet. For å løse dette kunne det for eksempel gis en regel om at et forhold uttrykkelig må angis som et minstekrav i konkurransegrunnlaget for å ha en slik rettsvirkning, dvs at det ikke kan avvikes fra eller tas forbehold mot. Denne problemstillingen aktualiseres for øvrig av at departementet foreslår å presisere i utkastets § 18-3 at "*det er tillatt å levere tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget*".

Også i forhold til kvalifikasjonene er det usikkerhet knyttet til hva som må anses som minstekrav, eller "*krav som er satt for leverandørens deltakelse i konkurransen*". Hvis det er oppstilt relative kvalifikasjonskrav, er det ikke uten videre naturlig å oppstille en avvisningsplikt, noe vi kommer tilbake til nedenfor. Mer terminologisk er det uansett også en usikkerhet i forhold til hva som i stedet må anses som *kontraktsvilkår*, som ikke nødvendigvis trenger å være oppfylt ved innleveringen av tilbudet. Et eksempel her kan være at et arbeid må utføres i en bestemt tiltaksklasse. Dette kan typisk anses enten som et minstekrav (slik at tilbydere som ikke oppfyller dette skal avvises), eller som et kontraktsvilkår (dvs at tilbyder bare må sørge for å få utført arbeidene på denne måten), og det kan være grunn til å avklare også dette i forskriften.

Avslutningsvis er det grunn til å nevne at selv begrepet *avvisning* ikke brukes helt entydig i praksis. Til en viss grad er det en glidende overgang mellom situasjonene der et tilbud avvises, utelukkes, eller forkastes. Et stykke på vei skyldes dette trolig de bakenforliggende direktivene, og man ser noe av det samme i dansk og svensk rett. Uansett er det spørsmål om det er hensiktsmessig f.eks. å bruke betegnelsen "utelukkes" på tilbydere som ikke oppfyller de oppstilte kvalifikasjonskrav (herunder eventuelle skjønnsmessige krav som er oppstilt), og forholdene som i dag er regulert i forskriftens § 8-12 (2), i stedet for at også dette betegnes som avvisning. På denne måten kan en kanskje underbygge forskjellene mellom avvisning, kvalifikasjon og tildeling.

4 BAKGRUNNSJUS

4.1 Innledning

I de følgende avsnittene vil vi vise at departementet nå står relativt fritt til å regulere avvisningsspørsmålene slik det finnes hensiktsmessig. Verken EØS-retten eller den ulovfestede nasjonale anbudsrett legger detaljerte føringer på disse reglene, ut over noen klare utgangspunkter. Det er videre et viktig poeng at dagens avvisningsregler ikke fullt ut kan forankres i noen av disse kildene.

Ulovfestet norsk anbudsrett (slik det stort sett har kommet til uttrykk i relasjon til entrepriser) detaljregulerte i all hovedsak anbudsinnbyders plikt til å avvise tilbud. Ut over enkelte relativt klare situasjoner der oppdragsgiveren har plikt til å avvise tilbud, har det i stor grad vært opp til oppdragsgivers skjønn å vurdere om et tilbud bør avvises.

Det nye EU-direktivet om offentlige anskaffelser oppstiller hovedsakelig en avvisningsrett i flere relasjoner, men fastlegger også enkelte avvisningsgrunner. Det følger av praksis fra førsteinstansdomstolen at avvisningsreglene generelt ikke er uttømmende. Avvisningsplikt foreligger først og fremst ved alvorlige forhold hos tilbyderen selv eller ved betydelige mangler i tilbudet. Direktivet overlater uansett en betydelig skjønnsfrihet til medlemslandene mht hvordan avvisningsspørsmålene skal løses.

Utformingen av dagens regelverk om avvisning fremstår kanskje ikke som spesielt veloverveid. Man har ønsket å gjennomføre forpliktelsene etter EØS-avtalen, samtidig som man har søkt å kodifisere gjeldende ulovfestede anbudsregler i forskriften. Etter vår vurdering avviker imidlertid avvisningsreglene i forskriften et stykke på vei fra ulovfestet anbudsrett.

4.2 Ulovfestede avvisningsregler

Alminnelig anbudsrett har tradisjonelt vært ulovfestet i Norge. Anbudsretten er først og fremst blitt utviklet gjennom entrepriseretten. NS 3400 om regler for anbudskonkurranser for bygg og anlegg er i stor grad en kodifisering av den alminnelige anbudsretten og er i forarbeidene til anskaffelsesreglene antatt å ha skapt sedvanerett også på områder utenfor entrepriseretten, jf NOU 1997:21 til lov om offentlige anskaffelser kapittel 11. Det er diskutabelt hvor langt dette egentlig er dekkende.

Den alminnelige anbudsretten er ikke i særlig grad behandlet i norsk juridisk litteratur. Rettspraksis på området er også beskjeden, da voldgiftsklausuler har vært utbredt i entreprisekontrakter, og slike saker uansett ofte forliktes. Generelt sett kan man dermed si at rekkevidden av de enkelte prinsipper, også de som er gjenspeilet i NS 3400, er usikre.

I norsk anbudsrett har avvisningsreglene hovedsakelig vært utformet som pliktregler for anbudsinnbyder. Det har vært relativt få regler som gir anbudsinnbyder en valgmulighet med hensyn til om avvisning skal skje, men samtidig må disse fakultative avvisningsreglene anses å ha relativt stor rekkevidde.

Et tilbud skal for det første avvises dersom det blir levert inn etter fristen. Regelen fremgår av NS 3400 pkt. 12.1 og må klart anses som et uttrykk for gjeldende anbudsrett. Begrunnelsen sier seg selv. Det ville være en stor konkurransemessig fordel for en anbyder om han kunne vente med å levere inn sitt eget tilbud til etter fristen og således ta konkurrentenes tilbud i betraktning ved utforming av eget tilbud. Anbudsinnbyderen har derfor en plikt til å avvise alle tilbud som ankommer ham etter fristens utløp.

Videre skal et tilbud avvises dersom det leveres inn av andre enn de anbudsinnbyderen har henvendt seg til. Denne avvisningsregelen fremgår av NS 3400 pkt 12.2, og vil bare være aktuell ved lukkede anbudskonkurranser. I slike tilfeller vil anbudsinnbyderen ha avvisningsplikt.

Dersom en anbyder mangler de autorisasjonskrav eller kvalifikasjonskrav som er forutsatt i anbudsinnbydelsen, skal tilbudet avvises. Dette følger av NS 3400 pkt. 12.3. Bestemmelsen har vært forstått slik at autorisasjonskravene må være oppfylt allerede på tidspunktet for anbudsinnleveringen, og at det ikke er tilstrekkelig om disse kan oppfylles i ettertid.

Det følger av NS 3400 pkt 12.4 at et tilbud skal avvises dersom det ikke inneholder alle de opplysninger som er nødvendig for bedømmelsen av tilbudet. Regelen kan ikke tas helt på ordet, da det samtidig eksisterer en avklaringsrett etter NS 3400 pkt 13.3, 2. pkt, men vesentlige uklarheter skal uansett lede til avvisning. Inn under avvisningsplikten faller en hver uklarhet som kan ha betydning for konkurranseforholdet mellom anbyderne, eller som på annen måte kan påvirke valget av anbyder. Uklarheter av mindre betydning, eller av mer "kosmetisk" karakter som Krüger (s. 122 i Norsk Kontraksrett) kaller dem, kan anbudsinnbyder tillate rettet. Han har derimot ikke noen plikt til å tillate retting, og vil således ha rett til å avvise tilbud også på grunn av mer "kosmetiske" uklarheter. Dette siste er et viktig poeng, i forhold til utformingen av avvisningsreglene i den nye forskriften.

Det er alminnelig antatt at en anbyder kan ta visse forbehold i tilbudet, og dette er også alminnelig antatt å være underforstått i NS 3400. Etersom anbudsinnbyderen bare kan akseptere tilbudet med de gitte forbehold, vil han imidlertid etter tradisjonell anbudsrett alltid ha adgang til å avvise tilbud som inneholder forbehold han ikke ønsker å akseptere. Hvorvidt anbudsinnbyderen også har en avvisningsplikt beror på forbeholdets karakter og omfang. Også dette er et viktig poeng i forhold til utformingen av avvisningsreglene for offentlige anskaffelser.

Dersom forbeholdene i tilbudet er så mange og vidtgående at tilbudet mister sin karakter av å være et dispositivt utsagn, vil anbudsinnbyderen ha plikt til å avvise tilbudet. Det ligger i

sakens natur at anbudet må være egnet til å skape avtalerettslige forpliktelser for å kunne bli vurdert. Som eksempel kan nevnes BFJR sak nr. 242 (1986), hvor rådet la til grunn at et anbud som inneholdt forbehold om bortfall av anbudet dersom anbyder fikk andre oppdrag i mellomtiden skulle ha vært avvist fordi forbeholdene medførte at anbudet ikke var bindende.

Forbehold kan også gjøre at det blir vanskelig å prise anbudet, og at det derfor må avvises allerede som følge av manglende opplysninger. Oppdragsgiver vil etter rettspraksis ha en betydelig skjønnsfrihet mht hvorvidt og hvordan forbeholdet kan prissettes, men vil etter omstendighetene kunne ha plikt til å avvise anbudet. Forbehold som anbudsinnbyderen selv kan kontrollere vil ikke nødvendigvis medfører noen avvisningsplikt. Dersom ikke forbeholdet medfører at noen av de andre avvisningsreglene kommer til anvendelse, vil anbudsinnbyderen i slike tilfelle stå fritt til å avgjøre om han er villig til å akseptere forbeholdet.

Anbud som ikke fyller anbudsinnbydelsens oppstilte minstekrav og bindende forutsetninger, herunder formkrav, skal avvises. Dette er bekreftet i flere underrettsdommer, se som eksempel RG 1987 s 982.

Underrettspraksis, f eks RG 1995 s 386 bekrefter også at avvisningsreglene i NS 3400 ikke var uttømmende. Anbudsinnbyder vil kunne ha rett til å avvise også i andre tilfelle dersom klare reelle hensyn taler for det, og/eller det foreligger klare brudd på grunnleggende prinsipper for anbudskonkurransesystemet. Eksempler på situasjoner der avvisning kan bli aktuelt er der det foreligger brudd på for eksempel likebehandlingsprinsippet eller prinsippet om hemmeligholdelse. Spørsmålet må vurderes konkret, og vil trolig kun utgjøre en rett for anbudsinnbyder, ingen plikt etter ulovfestet anbudsrett.

Dette siste forholdet er viktig, da forskriftens avvisningsregler særlig speiler reglene som direkte hadde kommet til uttrykk i NS 3400, og ikke den ulovfestede rett.

4.4 Forskjellige implementeringsløsninger i EU

I Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) kapittel 4 er det gitt en oversikt over hvordan EU-direktivene var gjennomført i de andre nordiske landene. Drøftelsen knytter seg ikke spesielt opp mot avvisningsreglene. Det er i det hele uklart på bakgrunn av forarbeidene i hvilken grad det ble foretatt noen nærmere vurdering av hvordan avvisningsspørsmålet var løst i andre land, før reglene ble gitt.

I Danmark er EU-direktivet om offentlige anskaffelser gjennomført ved en henvisning i dansk lov, og under terskelverdiene gjelder "licitasjonsloven". Avvisningsreglene følger således i det vesentligste ulovfestet anbudsrett, i tillegg til prinsippene som oppstilles i direktivet.

I Sverige er EU-direktivene gjennomført i lovs form i Lagen om offentlig upphandling. Loven fremstår stort sett som en direkte oversettelse av direktivene, og avvisningsreglene er etter det vi forstår ikke underlagt noen særskilt regulering utover dette.

Uansett er det klart at det nye EU-direktivet om offentlige anskaffelser oppstiller visse bindende og visse fakultative avvisningsregler. Som i ulovfestet norsk anbudsrett skal oppdragsgiver avvise anbud som er for sent innkommet. Oppdragsgiveren vil dessuten ha

plikt til å avvise tilbud hvor leverandøren er dømt for visse kriminelle forhold, jf direktivets artikkel 45 første ledd. Artikkel 45 annet ledd slår i litra a-g fast anbudsinnbyders avvisningsrett. Det dreier seg som tidligere hovedsakelig om forhold hos anbydere som berettiger avvisning, så som konkursbehandling, straffedom i relasjon til virksomheten, at det er utvist grov uforstand i arbeidet, manglende betaling av trygde- og skatteforpliktelser, samt de tilfeller der anbydere har gitt uriktige opplysninger i forbindelse med anbudet. Artikkel 45 annet ledd litra a-g må trolig anses uttømmende, slik at andre forhold ved anbyderen ikke kan hjemle avvisning. Som vi var inne på i pkt 3 over, gjelder artikkelen stort sett forhold som leder til utelukkelse av en tilbyder, og som kanskje ikke bør betegnes avvisning. Forholdene er egentlig av en annen karakter enn det som tradisjonelt har kunnet lede til avvisning etter norsk anbudsrett.

I tillegg vil oppdragsgiveren ha rett til å avvise unormalt lave tilbud, jf artikkel 55. Avvisningsretten er i dette tilfellet betinget av at anbudsinnbyder først foretar visse undersøkelser med hensyn til anbudets innhold. Det har vært diskutert om oppdragsgivere i visse tilfeller har *plikt* til å avvise slike tilbud, men det er neppe holdepunkter for å oppstille en slik regel. Oppdragsgiver vil også ha rett til å avvise tilbud som ikke er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Forbehold eller avvik gir således normalt en avvisningsrett, men hvor uoverensstemmelsen retter seg mot grunnleggende punkter i konkurransegrunnlaget vil det eksistere plikt til å avvise anbudet, jf sak c-243/89, Kommisjonen v. Danmark, Storebaelt.

Oppsummeringsvis ser man at EU-retten oppstiller enkelte klare pliktregler om avvisning, men ellers gir oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet til å vurdere om et tilbud bør avvises. De norske reglene fremstår som mer restriktive mot oppdragsgiver (dvs det er mindre rom for skjønnsmessig avvisning) enn det som er nødvendig etter direktivet.

4.5 Lovgivers vurdering

I forarbeidene til anskaffelsesloven av 1992 ble avvisningsreglene knapt berørt, da implementeringen hadde karakter av en mer direkte oversettelse av direktivene i forskrifts form.

I NOU 1997:21 foretar utvalget i kapittel 11 en gjennomgang av den sedvanerettslige betydning NS 3400 har fått, og det fremheves at standarden blir ansett å gi uttrykk for gjeldende anbudsrett også utenfor entrepriserettens område. Det fremheves også at formålet med lovrevisjonen er å utarbeide et mer oversiktlig og lettere tilgjengelig lovverk. Det blir derfor foreslått at man gjør reglene i NS 3400 generelle i forhold til offentlige anskaffelser.

Etter vår vurdering er det diskutabelt om NS 3400 kan anses for å gi uttrykk for noen ulovfestet generell anbudsrett som rekker lenger enn til bygge- og anleggsarbeider. Reglene passer dårligere for kjøp av varer og tjenester, og på dette området har tradisjonelt også bruken av anbud vært mye mer begrenset.

Uansett støttet departementet tilsynelatende dette synet, jf Ot.prp.nr.71 (1997-1998) kapittel 10. Departementet mente for øvrig at ikke alle regler i NS 3400 var i overensstemmelse med forpliktelsene etter EØS, og at standarden derfor ikke kunne legges til grunn uten visse endringer. Noen nærmere presisering av hvilke punkter som måtte endres, ble derimot ikke

foretatt. Avvisningsreglene ble heller ikke vurdert særskilt i noen særlig bredde, slik at det er vanskelig å si hvilke vurderinger som egentlig ble lagt til grunn ved utformingen av reglene.

Oppsummeringsvis kan man slå fast at forarbeidene viser at man fant det hensiktsmessig og fornuftig å legge gjeldende anbudsregler slik de er kommet til uttrykk i NS 3400 til grunn for reglene i anbudsforskriften. I stor grad har man søkt å forene det man på denne bakgrunn oppfattet som gjeldende anbudsregler med de særlige forpliktelsene Norge har påtatt seg gjennom EØS-samarbeidet. I utgangspunktet virker dette hensiktsmessig, men etter vår vurdering er situasjonen derved blitt at de vedtatte reglene på flere punkter viderefører noen av de mest uklare bestemmelsene fra NS 3400, og samtidig uten å ivareta den frihet for oppdragsgiver som EU-reglene gir. De kanskje viktigste avvisningsreglene knyttet til forbehold, som ikke hadde kommet til uttrykk i NS 3400, ble ved denne fremgangsmåte heller ikke gjenspeilet i forskriften. Ut fra denne forhistorien bør man nå stå svært fritt til å fastlegge nye regler.

5 FORSLAGET TIL NYE AVVISNINGSREGLER

5.1 Innledning

Utkastets forslag til nye avvisningsregler viderefører stort sett uendret dagens løsning, dog slik at et par av de klareste svakhetene forbedres.

Avvisningsreglene kan etter vårt skjønns hensiktsmessig deles i fakultative regler og i pliktregler, men uten at det nødvendigvis er grunn til å skille mellom avvisning på grunn av forhold ved tilbudet og avvisning på grunn av forhold ved tilbyder. Vi kommer noe nærmere tilbake til dette nedenfor. Det virker uansett fortsatt hensiktsmessig å beholde en særskilt bestemmelse om avvisning av unormalt lave tilbud.

Etter vår vurdering kunne det i utgangspunktet vært hensiktsmessig å overlate den videre regelutviklingen til rettspraksis, men slik at kravene som følger direkte av EU-direktivet reguleres. Siden man har hatt en detaljregulering av spørsmålene i noen år allerede, er det vel imidlertid vanskelig å gå tilbake til en slik løsning. Uansett bør reglene forenkles, og justeres på enkelte punkter.

5.2 Uttømmende regulering?

Et problem med den gjeldende forskriften er at det oppstilles svært detaljerte avvisningsregler, som det er usikkert om kan anses uttømmende. Den opprinnelige intensjonen synes å ha vært en uttømmende regulering, men i praksis har reglene ikke vært forstått slik. Som eksempel er det klart at et tilbud må avvises hvis det avviker fra konkurransegrunnlaget, og oppdragsgiver har eksplisitt angitt i konkurransegrunnlaget at avvik ikke vil bli akseptert. En annen side av dette er at krav i konkurransegrunnlaget som må anses som absolutte krav til ytelsen, ikke kan fravikes. Dette prinsippet er for øvrig også slått fast i førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-40/01 (*Scan Office Design*). Avgjørelsen ble der forankret i likebehandlingsprinsippet. Avgjørelsen bekrefter også at avvisningsreglene i direktivet heller ikke er uttømmende.

Etter vår vurdering bør det i det minste fremgå av forarbeidene at avvisningsreglene (vel bortsett fra bestemmelsene inntatt i utkastets § 18-12, annet ledd) ikke er uttømmende. Ved en slik presisering bortfaller også behovet for å regulere hvert enkelt typetilfelle konkret. Som eksempel kan vi ikke se at det er nødvendig med en særskilt regel om avvisning av leverandører som er brukt som rådgiver, og hvor det vil være i strid med forskriften § 3-6 om denne inngir tilbud, jf utkastet § 18-12 (1) bokstav f. Det må gjelde som en alminnelig regel at oppdragsgiver ikke har rett til å ta et tilbud i betraktning hvis dette vil lede til et brudd på de grunnleggende prinsipper som er fastlagt i lovens § 5. Ved en spesialregulering av ett slikt tilfelle blir antitesen nærliggende; i andre tilsvarende situasjoner foreligger det ikke avvisningsrett/plikt.

Etter vår vurdering bør det således legges til grunn at avvisningsreglene ikke er uttømmende, og dermed heller ikke siktes inn mot en fullstendig regulering av problemstillingen.

5.3 Nærmere om hvilke forhold som bør lede til avvisningsplikt

5.3.1 Innledning, de klare utgangspunktene

Som nevnt innledningsvis er vårt hovedpoeng at avvisningsreglene knyttet til forbehold/avvik bør gjøres klarere, og at avvisningsplikten generelt (og spesielt i relasjon til det foregående spørsmål) bør korrespondere med en mer vidtgående avvisningsrett. Etter vår vurdering er dette i samsvar med EU-retten, og med ulovfestet norsk anbudsrett.

For å komme denne problemstillingen nærmere, er det hensiktsmessig først å se mer generelt på hvilke forhold som etter bakgrunnsretten medfører en avvisningsplikt. Vi kan som et utgangspunkt ikke se at det er samfunnsøkonomisk fornuftig å ha en mer vidtgående *plikt* til avvisning enn dette. En strengere løsning kan lede til at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ikke blir valgt, på grunn av mer formelle mangler eller lignende.

Basert på gjennomgangen i pkt 4 over kan man konstatere at et tilbud *skal* avvises når

- 1) det ikke er levert innen fastsatte frister, eller er levert i strid med kravene til tilbudets utforming,
- 2) det inneholder vesentlige avvik fra eller forbehold mot konkurransegrunnlagets bestemmelser (og oppdragsgiver ikke har åpnet for dette i konkurransegrunnlaget)
- 3) det inneholder avvik fra oppstilte minstekrav til ytelsen eller leverandøren
- 4) det er et alternativt tilbud avgitt i strid med § 18-4.
- 5) dersom leverandørene er rettskraftig dømt for økonomisk kriminalitet

Forholdet nevnt i pkt 1) korresponderer med plikten til å avvise der forespørselen om deltagelse i en begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling er levert for sent, eller i strid med kravene til henvendelsens utforming. Dette er i dag regulert under avvisningsreglene knyttet til *forhold ved tilbyder*, noe som vel illustrerer at skillet mellom *forhold ved tilbyder* og tilbudet kan fremstå som litt kunstig. Uansett er det klart at også den regelen bør opprettholdes.

Forholdet nevnt i pkt 2) springer ut av EU-retten, men må også langt på vei anses i samsvar med gjeldende ulovfestet anbudsrett. I praksis er det en betydelig usikkerhet knyttet til hvilke

10/18



WIKBORG REIN

forhold som kan anses vesentlige, men dette er uansett ikke egnet for en nærmere regulering av forskriften. Det er en forbedring i forhold til dagens forskrift at regelen nå retter seg mot "konkurransetilstandene" generelt. Etter vår vurdering er det imidlertid ikke tilstrekkelig å nevne forbehold, også *vesentlige avvik* bør lede til avvisning etter denne bestemmelsen.

Dette er etter vår vurdering også på andre punkter en svakhet i utkastet; det reguleres ikke i hvilken grad avvik fra kravspesifikasjonen skal lede til avvisning.

Forholdet nevnt i pkt 3) er forankret i nasjonal anbudsrett og førsteinstansens avgjørelse i *Scan Office Design* (for så vidt det gjelder minstekrav til ytelsen). Etter vår vurdering er det hensiktsmessig om dette prinsippet også kommer til uttrykk i den norske forskriften, helst i sammenheng med en avklaring av hva som kan anses som minstekrav. En tilsvarende bestemmelse gjelder allerede ved krav til leverandøren, jf utkastets § 18-12 (1) bokstav a, og det samme bør gjelde i forhold til det tilbudte.

På dette punkt bør det således etter vårt syn gjøre en tilføyelse til utkastet, om man først velger å detaljregulere de fleste aktuelle avvisningsgrunner.

Forholdet nevnt i pkt 5) ønsker departementet å utvide til også en del andre former for kriminalitet (jf høringsbrevet pkt 7.9), og vi har ingen innvendinger mot dette. Bestemmelsen får neppe veldig stor praktisk betydning. For ordens skyld kan det imidlertid påpekes at rekkevidden av bestemmelsen kanskje ikke er helt klar, da det ofte vil være selskaper som inngir tilbud, mens de aktuelle straffbare forholdene vil rette seg mot personer.

Selv om det ikke kan oppstilles noe krav om dette ut fra bakgrunnsretten er det vel fortsatt et ønske i Norge om å beholde avvisningsplikt der det mangler adekvat skatteattest eller HMS-egenerklæring, også etter en eventuelle tilleggsfrist, og vi finner ikke grunn til å diskutere dette nærmere. Dette vil mao også fortsatt være et forhold som skal lede til avvisning.

5.3.2 Avvisning på grunn av forbehold mv, relativ bedømmelsestil

Forholdene beskrevet i pkt 5.3.1 over beror på klare forpliktelser fra bakgrunnsretten, og reiser således ikke veldig store problemer i forhold til implementeringen.

Et langt vanskeligere spørsmål er i hvilken grad en oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud på grunn av forbehold som ikke kan anses som vesentlige brudd på konkurransegrunnlaget, eller på grunn av avvik, feil, uklarheter eller lignende.

Spørsmålet er ikke berørt i EU-direktivet, og i liten grad i rettspraksis fra EF-domstolen. Likevel kan det konstateres, som vi kommer tilbake til i pkt 5.4 nedenfor, at det eksisterer en relativt vidtgående avvisningsrett i slike situasjoner. Dette er i hvert fall lagt til grunn i dansk juridisk teori. Som eksempel kan nevnes Hjemlborg m.fl. "EU-udbudsretten" [2005] der det på side 328 heter at:

"Ordregiver har alltid ret til at undlate at tage tilbud i betragtning, når dette afviger fra det som ordregiver har anmodet om tilbud på. Dette gælder uanset afvigelsens omfang og karakter, og uanset om afvigelsen bencævnes forbehold, og eventuelt kan prissættes."

Plikten til å avvise tilbud inntreder derimot først hvis det foreligger avvik fra/forbehold mot et grunnleggende element i konkurransegrunnlaget.

Etter ulovfestet norsk anbudsrett er situasjonen antagelig at et tilbud må avvises hvis det inneholder et forbehold (eller avvik) som oppdragsgiveren ikke kan vurdere de økonomiske konsekvensene av. Samtidig har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet ved vurderingen av konsekvensene, innenfor en alminnelig saklighetsgrense som kan etterprøves av domstolene. Det er mer uklart hvorvidt forbeholdets betydning for rangeringen av tilbudene, direkte har konsekvenser for oppdragsgivers frihet til å prissette forbeholdet i stedet for å avvise tilbudet, men antagelig har dette ikke vært avgjørende etter ulovfestet anbudsrett.

Dagens avvissingsregler oppstiller således etter vår vurdering en avvissingsplikt på grunn av feil, uklarheter, ufullstendigheter og lignende som går lenger enn det er krav om i den bakenforliggende anbudsretten og i EØS-retten. Denne regelen er i tillegg uklar.

Avvissingsplikten inntreder etter anskaffelsesforskriften hvis forholdet *"kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*. Dette skal lede til avvissning i anbudskonkurranser, og *kan* lede til avvissning i konkurranser med forhandling. Regelen er foreslått opprettholdt i utkastet.

Etter vår vurdering oppstiller disse reglene en for vidtgående avvissingsplikt for oppdragsgiver, og samtidig en for snever avvissingsrett (jf pkt 5.4 nedenfor), i forhold til det som er hensiktsmessig.

Regelen reiser videre flere vanskelige tolknings spørsmål, og gir ikke alltid anvisning på den beste løsningen i praksis. Formuleringen *"kan medføre tvil"* inviterer dessuten til tvister, da f eks prising av forbehold nesten alltid vil medføre en viss tvil.

Hvis oppdragsgiver etter å ha anvendt sitt beste skjønn kommer frem til en viss rangering av tilbudene, men denne kan påvirkes f eks av hvor strengt forbeholdene prises, kan forskriften synes å gi anvisning på at tilbudet skal avvises. Til en viss grad bryter dette prinsippet mot regelen som gjelder ved feilprising. Det er i denne relasjon slått fast i Rt 2003 s 1531 at rettingsadgangen er den samme uavhengig av om rekkefølgen mellom leverandørene endres. Forholdene er ikke direkte sammenlignbare, da det er en forutsetning for at rettingsreglene kommer til anvendelse at det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. I et slikt tilfelle vil mao kriteriet *"kan medføre tvil"* som et utgangspunkt ikke være oppfylt. Det er imidlertid en glidende overgang mellom *"feil, uklarheter eller lignende"* og *"åpenbare feil"*. Synspunktet fra Høyesterettsdommen kan derfor tas til inntekt for at avvissingsplikten ikke bør knyttes opp mot en *relativ* bedømmelsestvil, men heller mot spørsmålet om hvorvidt det *isolert* er mulig å vurdere konsekvensene av forbeholdet mv. Hvis oppdragsgiver mener med en rimelig grad av sikkerhet å kunne vurdere de økonomiske konsekvensene av forholdet, er det ikke grunn til å oppstille noen avvissingsplikt. Noe annet er at oppdragsgiver i denne situasjonen bør ha en betydelig frihet til uansett å velge avvissning, blant annet for å unngå tvister med de øvrige tilbyderne (jf pkt 5.4 nedenfor).

Som et ytterligere problem etterlater bestemmelsen en betydelig usikkerhet knyttet til hvordan oppdragsgiver skal behandle tilbud som avviker fra konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, eller som innebærer deltilbud. Slike situasjoner faller ikke uten videre inn

12/18


WIKBORG REIN

under ordlyden i avvisningsbestemmelsen, jf også uttalelsene om dette i KOFA sak 2003/146. I denne relasjon er mao bestemmelsen trolig for snever.

På bakgrunn av forholdene beskrevet over, vil vi foreslå at den aktuelle bestemmelsen omskrives vesentlig, eller fjernes helt.

En mulig løsning er i så fall å begrense lovreguleringen til en avvisningsplikt ved vesentlige forbehold/avvik. Hvis et forbehold er egnet til å påvirke rangeringen vil det uansett lett måtte anses vesentlig, og i de aller fleste situasjoner vil dermed en slik regulering være tilstrekkelig.

En annen mulig løsning er å kodifisere den ulovfestede anbudsrett på dette punkt, noe som tross alt opprinnelig var intensjonen. Avvisningsplikten kan i så fall begrenses til de situasjoner der oppdragsgiver ikke er i stand til å prise forbeholdet, eller å vurdere de økonomiske konsekvenser av avviket.

Et tredje alternativ, og i forlengelsen av det forrige, er å knytte avvisningsplikten mer opp mot det bakenforliggende problemet – dvs at tilbudet egentlig ikke kan vurderes i forhold til de oppstilte tildelingskriterier. Det avgjørende er som nevnt hvorvidt forbeholdet/avviket isolert sett kan vurderes, og ikke hvilket nivå de andre tilbudene ligger på. I lys av dette kan det tenkes en regel der oppdragsgiver bare har *plikt* til å avvise tilbudet hvis det på grunn av forbehold, avvik, feil, uklarheter eller lignende ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbud. Vurderingen av om tilbudene er sammenlignbare må henhøre til oppdragsgiverens innkjøpsfaglige skjønn, og det er ikke avgjørende for avvisningsspørsmålet om vurderingen kan påvirke rangeringen av tilbudene eller ikke. Det avgjørende bør være om det aktuelle tilbudet, som de øvrige tilbud, kan vurderes i forhold til de oppstilte tildelingskriterier.

Bestemmelsen kan som eksempel formuleres som følger:

Et tilbud skal avvises når det på grunn av forbehold, avvik eller feil, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse ikke kan vurderes i forhold til de oppstilte tildelingskriterier.

Det nærmere innholdet i bestemmelsen, og dens konkrete utforming, kan selvfølgelig diskuteres. Det sentrale poenget her er at bestemmelsen i utkastets § 18-3 (1) bokstav e, oppstiller en mer vidtgående avvisningsplikt enn det som følger av ulovfestet anbudsrett og EØS-retten, og at regelen ikke har gode grunner for seg.

Hovedinnvendingen mot en regel som den foreslåtte vil trolig være forholdet til likebehandlingsprinsippet. Det kan innvendes at oppdragsgiverens skjønn vil være avgjørende for om en tilbyder får kontrakten eller ikke, også der forståelsen av forbeholdet eller lignende kan påvirke rangeringen.

Etter vår vurdering er innvendingen av liten vekt. Ved selve tildelingsvurderingen vil tilbyderne uansett i betydelig grad være prisgitt oppdragsgiverens rettfærdige vurdering. Flere av forholdene som her blir vurdert vil være av relativt subjektiv art, som for eksempel vurderingen av kvalitet eller et forhold som estetikk. Reglene er likevel ikke slik, selvfølgelig, at oppdragsgiveren ikke kan vektlegge estetikk om dette er egnet til å påvirke rangeringen av tilbudene. Vi kan vanskelig se at det er noen berettiget grunn til å trekke ut akkurat

vurderingen av forbehold, feil mv, og legge en slik begrensning på dette. Her, som ellers, må oppdragsgiver utøve sitt beste innkjøpsfaglige skjønn.

Dagens regel innebærer også at avvisningsplikten i forhold til et bestemt tilbud vil avhenge av innholdet av de andre tilbudene. Dette kan reise spørsmål i forhold til grunnprinsippet om forutberegnelighet.

Etter vår vurdering bør derfor avvisningsplikten her knyttes opp mot situasjonen der forbehold, feil, avvik eller lignende gjør at oppdragsgiver ikke kan vurdere tilbudet ut fra de oppstilte tildelingskriterier, men uten at dette knyttes opp mot rangeringen av de øvrige tilbydere. Alternativt kan reguleringen begrenses til regelen om at vesentlige forbehold skal lede til avvisning.

Under enhver omstendighet bør det foretas en avklaring i forskriften av i hvilken grad oppdragsgiver kan ha plikt til å avvise på grunn av avvik, deltilbud eller lignende.

5.3.3 Avvisning på grunn av brudd på formkrav mht avvik mv

Etter vår vurdering er det ikke grunn til å knytte noen avvisningsplikt opp mot formkravene til avvik, jf gjeldende forskrift § 8-10 (1) bokstav c, jf § 8-6. Oppdragsgiver kan selv velge å stille formkrav til avvik/forbehold mv i konkurransegrunnlaget, og brudd på slike bestemmelser vil da kunne lede til avvisning (dvs trolig en avvisningsrett). Ellers må det sentrale i forhold til en eventuell plikt til å avvise være om avvikene/forbeholdene materielt sett er vesentlige, eller uklare, og ikke om de er angitt i tilbudet på den ene eller andre måten.

På dette punkt er vi således enige med forslaget i høringsbrevet, jf pkt 7.2. Siden denne regelen nå utgår, kan det imidlertid stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av å oppstille formkravene til avvik i § 18-3, andre punktum. Dette er angitt som en plikt ("skal") rettet mot leverandørene (som ellers ikke er pliktsubjekter etter forskriften), men uten at det trekkes noen rettsvirkninger av brudd på plikten. Formodentlig er meningen da at det er den alminnelige uklarhetsregelen som gjelder, men i så fall bør dette i hvert fall presiseres i forarbeidene.

En annen mulighet er å angi en avvisningsrett ved brudd på disse formkravene. Dette vil ligge innenfor bestemmelsen vi foreslår i pkt 5.4.2 nedenfor, men kan gjerne også angis som en særskilt avvisningsregel.

5.3.4 Endringen i relasjon til "ufullstendigheter"

Vi har også noen spørsmål knyttet til at "ufullstendigheter" er foreslått tatt ut av oppstillingen under de obligatoriske avvisningsgrunner, og at forholdet heretter skal løses under de fakultative avvisningsgrunner. Som vi kommer tilbake til i pkt 5.5 nedenfor, innebærer denne endringen også visse problemer i forhold til rekkevidden av avklaringsadgangen.

Det sentrale her er imidlertid at det kan diskuteres om man her har funnet frem til en heldig regel, og om begrunnelsen for endringen som angis i høringsbrevet pkt 7.5 er holdbar.

Poenget er at man på dette punkt hadde et eksempel på en regel der avvisningsplikten korresponderte med en mer vidtgående avvisningsrett. Var ufullstendigheten av en viss karakter (kunne medføre tvil om rangeringen) hadde oppdragsgiver en avvisningsplikt, mens man stort sett alltid ellers hadde en avvisningsrett. Dette er i seg selv fornuftig.

Hvis hensikten med den foreslått endring er at alle "ufullstendigheter" skal løses under de fakultative avvisningsregler må man for det første spørre seg hvorfor utkastet § 18-13 (2) bokstav b bare omhandler visse former for ufullstendigheter, og ikke retter seg mot dette generelt. Det kan tenkes andre former for ufullstendigheter enn de som er opplistet i bestemmelsen, og det naturlige ut fra den uttalte målsettingen er vel heller bare å si at et tilbud kan avvises når det er ufullstendig.

I tillegg får man nå altså den kanskje litt underlige rettsituasjonen at hvis problemet er en betydelig ufullstendighet, så inntreder det aldri noen avvisningsplikt, i motsetning til hvis det f.eks foreligger et vesentlig forbehold eller avvik. På bakgrunn av høringsbrevet er det uklart om dette er tilsiktet.

5.3.5 Avvisningsplikt på grunn av forhold ved leverandøren

I praksis reiser avvisningsreglene knyttet til forhold ved leverandøren betydelig mindre problemer enn reglene om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet. Vi skal derfor ikke bruke mye tid på dette. Som nevnt over, kan det imidlertid være et visst spørsmål knyttet til rekkevidden av bestemmelsen i utkastet § 18-12 (1), bokstav a.

Det fremgår her at oppdragsgiver skal avvise leverandører som "ikke oppfyller krav som er satt for leverandørens deltakelse i konkurransen". Vi antar at bestemmelsen relaterer seg til alle minimumskrav som kan oppstilles etter utkastets § 15-5, herunder krav som gir anvisning på en konkret vurdering fra oppdragsgivers side (f.eks "tilstrekkelig erfaring"). I praksis har det vært reist spørsmål ved om bestemmelsen bare omfatter absolutte minimumskrav som er kan oppfylles mer objektivt (f.eks "har advokatbevilling").

Da reglene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren reiser færre spørsmål i praksis, går vi ikke nærmere inn på problemstillingene.

5.4 Nærmere om hvilke forhold som bør lede til avvisningsrett

5.4.1 Innledning, leverandøren har risikoen for tilbudet

Som det fremgår av forarbeidene til anskaffelsesreglene, se f.eks de spesielle merknadene til avvisningsreglene i NOU 1997:21, er det klare utgangspunkt at "leverandørene selv har risikoen for å utforme et korrekt tilbud".

Utgangspunktet tilsier en relativt vid avvisningsadgang for oppdragsgiver, men dette er bare delvis reflektert i dagens forskrifter og i utkastet.

5.4.2 Rett til avvisning på grunn av ufullstendigheter, forbehold mv

Etter vår vurdering er det heller ikke en spesielt god harmoni mellom de forskjellige fakultative avvisningsreglene, særlig forholdet mellom bestemmelsene i utkastets § 18-13 (2) bokstav a og b.

Etter den førstnevnte av disse bestemmelsene kan et tilbud avvises hvis det *"ikke inneholder alle de opplysninger, oppgaver, prøver mv. som er forlangt"*. Selv om det her vel må innfortolkes en saklighetsgrense, slik at helt bagatelmessige feil ikke gir rett til avvisning, er det uansett ved dette oppstilt en vidtgående avvisningsrett. Samtidig er regelen at hvis tilbudet inneholder *"forbehold, feil, uklarheter eller lignende"* (og kanskje avvik eller deltilbud), så har oppdragsgiver bare rett (dvs plikt ved anbud) til å avvise hvis forholdet medfører en relativ bedømmelsestvil (eller må karakteriseres som vesentlig).

Dette henger kanskje ikke helt godt sammen. Hvis tilbyder i en anbudskonkurranse har flere feil og uklarheter i tilbudet, og har tatt viktige forbehold, så har oppdragsgiver likevel ingen rett til å avvise hvis forholdet ikke medfører tvil om bedømmingen i forhold til de øvrige tilbudene. Hvis tilbyderen i stedet har glemt å legge ved en prøve, eller å gi alle de etterspurte opplysningene, så har oppdragsgiver imidlertid rett til å avvise nærmest uten videre.

Etter vår vurdering bør avvisningsretten være den samme i begge relasjoner, dvs slik at det gjøres en betydelig utvidelse i *adgangen* til å avvise tilbud som inneholder forbehold, feil, uklarheter mv. Som vi har vist over vil en slik løsning også samsvare med rettstilstanden i EU, og med det uttalte utgangspunkt i norsk rett om at det er leverandørene som har risikoen for sitt tilbud.

Vi vil derfor foreslå en regel om at tilbud *kan* avvises

hvis det inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige.

Forslaget vil erstatte bestemmelsene i § 18-13 (2) bokstav a og b.

En alternativ måte å løse dette på kunne være å ta inn i forskriften at oppdragsgiver kan avvise tilbud som ikke er i samsvar med konkurransegrunnlaget, og for øvrig la den alminnelige saklighetsgrensen være underforstått (her som stort sett ellers). Eller bestemmelsen kan gå ut på at oppdragsgiver kan avvise tilbud som ikke er i samsvar med konkurransegrunnlaget, hvis det foreligger saklig grunn.

Uansett bør regelen etter vår vurdering gjelde både i anbudskonkurranser og i konkurranse med forhandling. I sistnevnte tilfelle bør oppdragsgiver for øvrig ha en plikt til om mulig å avklare forholdene gjennom forhandlinger før det avvises. Tilsvarende bør gjelde der tilbudet ikke inneholder alle de opplysninger, oppgaver, prøver mv. som er forlangt.

Regelen angitt over vil også favne situasjonen der tilbudet ikke oppgir prisen som forutsatt, og vi er enige i at denne bestemmelsen kan utgå. Som nevnt over vil regelen også favne en avvisningsrett for avvik/forbehold som er angitt i tilbudet på en annen måte en forutsatt i utkastets § 18-3, andre punkt, men det kan likevel være hensiktsmessig å fastslå dette særskilt.

Også i forhold til denne foreslåtte regelen vil det trolig kunne innvendes at bestemmelsen kan lede til forskjellsbehandling, da tilbydere med relativt begrensede forbehold eller avvik kan bli avvist. Heller ikke her kan vi imidlertid se at innvendingen vil ha særlig vekt. For det første er det et klart utgangspunkt at leverandøren har risikoen for å levere et korrekt tilbud, og regelen gjenspeiler bare dette. For det andre vil oppdragsgiverne normalt ikke ha interesse av å avvise flere tilbud enn nødvendig, da dette begrenser konkurransen. I de sjeldne tilfeller der oppdragsgiver kan tenkes å avvise ut fra andre motiver enn de innkjøpsfaglige, vil det uansett foreligge et brudd på anskaffelsesreglene.

5.4.3 *Avvisning av tilbud som ikke er signert*

Vi er også enige i at regelen om avvisningsrett av tilbud som ikke er signert bør beholdes. Etter ulovfestet anbudsrett er det en tilsvarende adgang til å avvise tilbud som på grunn av forbehold ikke kan anses bindende. Etter vår vurdering kan dette hensiktsmessig gjenspeiles i forskriften, f eks slik at det bestemmes at det er adgang til å avvise hvis tilbudet

ikke er signert, eller på grunn av forbehold ikke kan anses bindende.

Det samme må antas å gjelde i dag, men for ordens skyld kan det være hensiktsmessig å presisere dette (hvis siktemålet først er en mer uttømmende regulering).

5.4.4 *Avvisningsrett på grunn av forhold ved leverandøren*

Avvisningsadgangen som er fastlagt i utkastets § 18-12 (2) stammer vel direkte fra EU-retten, og må anses som en uttømmende regulering av hvilke forhold ved leverandøren som kan lede til utelukkelse/avvisning. Vi har derfor ingen kommentarer til dette, utover at det som nevnt over kanskje ikke er hensiktsmessig å betegne dette som avvisning.

5.5 **Forholdet mellom forhandlingsforbudet og avklaringsadgangen**

5.5.1 *Innledning, problemstilling*

Et særskilt problem ved anvendelsen av avvisningsreglene er forholdet mellom forhandlingsforbudet og avklaringsadgangen. Situasjonen vil ofte være at tilbudet har en uklarhet, et forbehold eller lignende som i utgangspunktet vil lede til avvisning, men som en enkel avklaring kanskje kunne bringe ut av verden.

Selv om utgangspunktet er klart, det er forbudt å endre tilbudet, er avveiningen vanskelige i praksis. Forholdet kompliseres ytterligere av at det også kan tenkes situasjoner der oppdragsgiver har en plikt til å foreta avklaring før man eventuelt avviser. Dette synes i hvert fall å ha vært lagt til grunn av KOFA, se f eks sak 2004/16 og 2004/279. I sistnevnte sak er det forutsatt en avklaringsplikt som spesielt gjelder i situasjoner der det er spørsmål om et forhold må lede til avvisning eller ikke.

Igjen har man altså en situasjon der både en aktiv handlig og passivitet i en gitt situasjon kan innebære et brudd på anskaffelsesreglene for oppdragsgiver.

Det kan etter vår vurdering diskuteres om det er hensiktsmessig å oppstille en *plikt* til å avklare, siden dette brytes mot forhandlingsforbudet som er et av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. Hvis oppdragsgiver av hensyn til forhandlingsforbudet ikke ønsker å ta kontakt med tilbydereren for å avklare et forhold, bør denne unnlattelsen ikke i seg selv medføre et brudd på anskaffelsesreglene. Det er også vanskelig for å se behovet for en slik regel. Hvis tilbudet ligger an til å kunne bli valgt, vil det normalt være i oppdragsgivers interesse å gjøre lovlige avklaringer. Hvis det eventuelt skal avvises på grunn av en uklarhet, og denne uklarheten skyldes konkurransegrunnlaget, vil oppdragsgiver kunne komme i ansvar og har dermed også her et insentiv til å avklare. Hvis uklarheten derimot skyldes leverandøren er det ikke noen spesiell grunn til at oppdragsgiver skulle ha plikt til å avklare.

5.5.2 Avklaringsadgangen etter utkastet § 19-1

I forhold til dagens regler, gir utkastet § 19-1 anvisning på en bedre løsning, ved at det også er åpnet for avklaring av "ufullstendigheter" og ikke bare "uklarheter". Uklarheter knyttet til forbehold (typisk hvorvidt noe er å anse som et forbehold) må formodentlig falle inn under alternativet "uklarheter", men dette bør etter vårt syn i det minste presiseres i forarbeidene.

Uansett er det et problem at avklaringsregelen i utkastet viser til avvisningsbestemmelsen i § 18-3, som en begrensning på hva som kan avklares. Den tilsvarende henvisningen i dagens forskrift har skapt en uklar rettstilstand. Det er begrenset med veiledning i en regel som definerer sitt eget område ved å henvise til en annen regel med uklar rekkevidde.

Hensikten med henvisningen synes å være at oppdragsgiver ikke kan avklare uklarheter som potensielt kan påvirke utfallet av konkurransen. Det er ikke uten videre opplagt at dette er en hensiktsmessig avgrensning. Hvis det for eksempel er uklart om det er tatt et forbehold, og dette er av en slik karakter at det eventuelt må lede til avvisning, kan det være gode grunner til at oppdragsgiver bør kunne avklare om det er tatt et forbehold eller ikke.

På bakgrunn av dette bør det i hvert fall vurderes om ikke det kan aksepteres en noe mer vidtgående avklaringsrett enn det dagens regler og utkastet legger opp til. Etter vår vurdering bør det i hvert fall være adgang til å avklare om det foreligger et forbehold, en uklarhet eller lignende som skal lede til avvisning. Så lenge en slik avklaring bare kan finne sted innenfor rammene av utgangspunktet om at oppdragsgiver ikke kan endre tilbudet, bør dette være i overensstemmelse med EØS-retten på området.

Henvisningen til avvisningsbestemmelsen bør uansett fjernes. I den grad det er ønskelig med en konkret avgrensning i forskriften av hva slags avklaringer som kan foretas, bør dette angis i bestemmelsen selv. Det avgjørende elementet bør i så fall f.eks. være at avklaringen ikke må gi en uberettiget konkurransefordel, eller noe lignende. Dette kan kanskje medføre en viss utvidelse av regelens virkeområde, men vil uansett bidra til å avklare regelens innhold.

Til støtte for en slik regel vil vi igjen understreke at det ikke nødvendigvis er samfunnsøkonomisk fornuftig om så mange tilbud som mulig avvises. Hvis det beste tilbudet inneholder en uklarhet, som kan avklares uten at det kommer i strid med det grunnleggende prinsipp om likebehandling, er det best i samsvar med anskaffelsesreglenes formål hvis en slik avklaring tillates.

For øvrig fremstår det som noe paradoksalt at adgangen til å avklare ufullstendigheter etter utkastet er mer vidtgående enn adgangen til å avklare uklarheter. Etter utkastets § 19-1 (2) gjelder begrensningen mht hva som kan avklares bare i forhold til uklarheter, ikke ufullstendigheter. Dette skyldes formodentlig at "ufullstendigheter" er tatt ut av den obligatoriske avvisningsbestemmelsen (utkastets § 18-3 (1) bokstav e), og nå anses omfattet av den fakultative avvisningsadgangen i utkastets § 18-3 (2) bokstav a i stedet.

Om ikke annet er dette illustrerende for det problematiske med begrensningen i avklaringsadgangen: Rettstilstanden er etter utkastet at en tilbyder i langt større grad kan supplere sitt tilbud enn han kan presisere uklarheter i tilbudet, uten å komme i strid med forhandlingsforbudet.

I forlengelsen av dette er det også et poeng at adgangen til å avklare ufullstendigheter et stykke på vei kan anses for å overlappe med muligheten for å supplere opplysningene etter utkastet §§ 19-2 og 19-3. For å unngå brudd på de grunnleggende prinsippene vil vel suppleringsadgangen også her begrense seg til forhold som ikke direkte berører evalueringen av tildelingskriteriene, og dokumenter som ikke kan manipuleres i ettertid. I et tjenestekjøp vil det således typisk være adgang til å be om ettersendelse av CV til en tilbudt person, hvis dette har betydning for kvalifikasjonsvurderingen. Samtidig er det neppe akseptabelt å be om å få opplyst hvem som skal utføre oppdraget hvis dette ikke er angitt i tilbudet, og det kan også kanskje være mer problematisk med suppleringen om CV'en skal vektlegges ved tildelingen.

Uansett er det etter vår vurdering et viktig poeng at avklaringsadgangen bør knyttes opp mot en annen begrensning enn en henvisning til avvisningsreglene. En eller annen form for begrensning må uansett tolkes inn, selv der utkastet uttrykkelig åpner for suppleringsadgang, og spørsmålet er kanskje hvor denne (ulovfestede) grensen går.

Regelen kan kanskje formuleres med utgangspunkt i det sentrale, nemlig at en oppdragsgiver

ikke må foreta avklaringer som leder til forskjellsbehandling av leverandørene, eller som innebærer en endring i det aktuelle tilbudet.

Dette kan etter vårt syn angis som grensene for avklaringsadgangen. Alternativt kan grensen trekkes slik at

Avklaring skal unnlates dersom dette vil kunne gi leverandøren en uberettiget konkurransefordel

Et annet alternativ er også bare å overlate den nærmere utpensling av avklaringsadgangen til rettspraksis.

5.5.3 Regelen om å anse uprisede poster for innkalkulert

Avslutningsvis om dette vil vi også tilføye at bestemmelsen om poster som ikke er priset, jf forskriften § 9-1 (4) etter vårt skjønn var hensiktsmessig, og egnet til å løse en del potensielle tvister i praksis. Vi kan derfor ikke uten videre se årsaken til at denne bestemmelsen er fjernet, og vi foreslå at den tas inn igjen.