

Promitek AS
Bragerhaugen 16
3012 DRAMMEN

Deres ref

Vår ref
200204991-3

Dato
17.03.2003

Praktisering av forskrift om offentlige anskaffelser - Spørsmål vedr SFTs gjennomføring av konkurranse med forhandling - Tjenestekjøp

Det vises til Deres brev av 27. november 2002 hvor det anmodes om at Nærings- og handelsdepartementet vurderer om SFTs praksis med gjennomføring av konkurranser med forhandling for tjenestekjøp er i samsvar med gjeldende regelverk og offentlig praksis. Vi beklager at det har tatt så lang tid å besvare henvendelsen.

Departementet kan dessverre ikke gi råd i konkrete saker fordi vi da kan komme i en uheldig dobbeltrolle ved en eventuell klage til EFTAs overvåkingsorgan, ESA. Det vi kan uttale oss om er tolkningen av regelverket. Vi vil derfor svare på de generelle spørsmålene De stiller. For øvrig viser vi til vår veileder til forskrift om offentlige anskaffelser som De finner på vår hjemmeside: www.odin.dep.no/nhd.

Adgangen til å innkalle til avklarende møter

Spørsmålet er om oppdragsgiver har adgang til å innkalle enkelte av tilbyderne til avklarende møter, eller om han plikter å innkalle alle. Det er klart at oppdragsgiver kan innkalle til avklarende møter. Disse kan holdes uavhengig av om konkurransen inneholder forhandling. Dersom samme uklarhet foreligger hos flere leverandører, må oppdragsgiver gi alle disse leverandørene samme mulighet til å presisere uklarhetene. Dette følger av prinsippet om likebehandling i forskriften § 3-1 (2), jf loven § 5.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Kaja Breivik Furuseth
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246584
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

Forhandlingsplikt eller forhandlingsrett

Spørsmålet om oppdragsgiver har plikt til å forhandle med alle leverandører krever ytterligere presisering. Det må være klart at oppdragsgiver ikke har plikt til å forhandle med alle kvalifiserte leverandører, men bare med de leverandører som har inngitt et tilbud, jf § 9-3 (3) 2. punktum:

"Det skal forhandles med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt kontrakten".

I utgangspunktet må oppdragsgiver forhandle med alle leverandører, men av ressursøkonomiske hensyn har oppdragsgiver en skjønsmessig adgang til ikke å forhandle med de leverandører som ikke reell mulighet til å få tildelt kontrakten.¹

Ressursøkonomiske hensyn gjør seg gjeldende både for oppdragsgiver og leverandører. Vi kan tenke oss at ett tilbud framstår som vesentlig dårligere enn de andre på flere sentrale tildelingskriterier, og at det derfor er svært lite sannsynlig at forhandlinger med leverandøren vil føre fram. I tillegg til at oppdragsgiver bruker mer ressurser på å inngå en avtale enn nødvendig, binder forhandlingene opp ressurser hos den aktuelle bedriften som den kunne brukt til andre oppgaver. Også vinneren av konkurransen vil tape på det dersom prosessen trekker unødig ut i tid. På den andre siden kan oppdragsgiver ikke bare se hen til effektivitetshensyn ved avgjørelsen av hvem som skal inviteres til forhandlinger.

De generelle prinsipper, herunder likebehandlingsprinsippet gjelder også her. Av Storebælt-dommen² følger det at det vil være brudd på likebehandlingsprinsippet dersom grunnleggende avtalevilkår blir endra ved forhandlinger uten at de andre leverandørene får mulighet til å komme med nye tilbud.

Anvendelse av EF-domstolens utsagn på prosedyren konkurranse med forhandling, taler for at oppdragsgiver må foreta en skjønsmessig vurdering etter hvert som forhandlingene skrider fram. Før forhandlingene starter, kan det synes klart hvilke leverandører som har en reell sjanse til å vinne fram. Men jo lenger forhandlingene fjerner seg fra konkurransegrunnlaget, jo vanskeligere blir det å sammenligne tilbudene som har vært gjenstand for forhandling med de andre tilbudene som har kommet inn. På den måten blir det også vanskelig å avgjøre hvilke tilbud som ikke har en reell mulighet til å vinne fram.

¹ Jf NOU 1997:21

² C-243/89 Dommen omhandlet ikke situasjonen konkurranse med forhandling direkte, men gjaldt en begrenset tilbudskonkurranse. Den danske staten utlyste en konkurranse om å bygge bro over Storebælt, der et av vilkåra var at utbyggeren skulle ha risikoen for prosjektet. Oppdragsgiver valgte likevel et tilbud som inneholdt en ansvarsfraskrivelse, på tross av at alternative tilbud ikke var tillatt. Domstolen kom til at det var et brudd på likebehandlingsprinsippet å i det hele tatt ta tilbudet i betraktning. Begrunnelsen var at tilbudet som ble valgt var i strid med en grunnleggende bestemmelse i konkurransegrunnlaget. Se premiss 37, 40, 42 og 43.

For å oppsummere kan vi si at leverandøren som utgangspunkt skal forhandle med alle leverandører som inngitt tilbud, men han har kun plikt til å forhandle med dem som har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten. Likebehandlingsprinsippet taler likevel imot å tolke dette forbeholdet i forhandlingsplikten for vidt.

Kan utvelgelseskriterier brukes som tildelingskriterier?

Spørsmålet som reises er i hvilken grad prekvalifiserte firmaer skal stille likt i en konkurranse med hensyn til vurdering av utvelgelseskriteriene i forhold til tildelingskriteriene.

Formålet med utvelgelseskriteriene er å sikre at leverandøren har de nødvendige forutsetningene for å oppfylle kontrakten. Utvelgelseskriteriene dreier seg om leverandørens tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet og tekniske kvalifikasjoner, jf § 8-4 (3) 2. punktum. De leverandørene som inviteres til å inngi tilbud skal alle være på et tilfredsstillende nivå slik at oppdragsgiver senere kan vurdere tilbudene på selvstendig grunnlag.

Kontrakten skal enten baseres utelukkende på hvilket tilbud som har den laveste prisen eller på en helhetsvurdering av hvilket tilbud som er det *"økonomisk mest fordelaktige"*, jf § 10-2 (1).

Eksempler i forskriften på kriterier for å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige er pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllestid, jf § 10-2 (2) 1. punktum.

Alle kriterier som blir lagt til grunn skal kunngjøres, jf § 10-2 (2) 1. punktum. Følgelig må oppdragsgiver i alle tilfelle være avskåret fra å tildele kontrakten på grunnlag av en sammenligning av kvalifikasjonskriterier dersom disse ikke også er kunngjort som tildelingskriterier.

Spørsmålet som må reises er om det er tillatt å oppstille kriterier som vanligvis brukes i prekvalifiseringsrunden som tildelingskriterier. Tildelingskriteriene er ikke oppstilt uttømmende i forskriften; oppdragsgiver kan også bruke andre tildelingskriterier de som er nevnt i § 10-2 (2) 2. punktum. Felles for kriteriene i forskriften er likevel at de retter seg mot egenskaper ved tilbudet og ikke ved leverandøren. Av dette kan vi slutte at tildelingskriteriene må ha betydning for kontrakten. Oppdragsgiver kan derfor som hovedregel ikke vurdere kvalifikasjonskriterier ved tildeling av kontrakten.

For visse tjenesteytelser kan likevel egenskaper ved leverandøren være avgjørende for kvaliteten på ytelsen. Dette gjelder særlig for intellektuelle tjenester. For utførelsen av for eksempel et konsulentoppdrag vil kompetanse og erfaring være viktig for resultatet. I de tilfellene egenskaper ved leverandøren har direkte betydning for kvaliteten på tjenesten, må det derfor være tillatt å bruke kvalifikasjonskriterier ved tildeling.

Begrunnelsesplikt

Spørsmålet som reises er i hvilken grad oppdragsgiver må begrunne valget av tilbud overfor leverandører som ikke nådde opp i konkurransen.

For det første skal oppdragsgiver uoppfordret gi en "*begrunnelse for valget*" når han meddeler hvem som skal tildeles kontrakt, § 10-3 (2). For det andre kan leverandøren skriftlig be om en "nærmere begrunnelse om [...] hvorfor deres tilbud ikke er valgt", jf § 3-8 (4).

Forutsetningen er at den sistnevnte begrunnelsen skal være mer detaljert enn den uoppfordrede begrunnelsen. Det innebærer at oppdragsgiver må være mer konkret med hensyn til å begrunne sitt valg slik at leverandøren er i stand til å vurdere oppdragsgivers beslutning i forhold til de kravene som er stilt for konkurransen. Navnet på den som fikk kontrakten skal opplyses sammen med det valgte tilbudets "*egenskaper og relative fordeler*".

Ordlyden i § 3-8, (4) ledd favner vidt, i det begrunnelsen både skal bygge på en sammenligning med de andre tilbudene og gi opplysninger om konkrete egenskaper ved tilbudet. For å få et riktig bilde av begrunnelsesplikten, må 4. ledd imidlertid leses sammen med 5. ledd, hvilke opplysninger oppdragsgiver *kan* unnta og § 3-3 om hvilke opplysninger oppdragsgiver *må* unnta (taushetsplikt).

Oppdragsgiver kan la være å offentliggjøre opplysninger som vil skade "bestemte offentlige eller private virksomheters legitime forretningsmessige interesser" eller "være til skade for lik konkurranse mellom foretak". Og det er forbudt å røpe opplysninger om "tekniske innretninger og fremgangsmåter eller driftshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den opplysningen angår", jf forskriften § 3-3.

Formålet med at oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger er at leverandørene må kunne stole på at opplysninger som angår deres virksomhet eller produkt ikke gjøres kjent dersom dette kan medføre at enkelte andre leverandører dermed får et konkurransefortrinn. Skillet mellom anledningen til å unnta i § 3-3 og plikten til å unnta opplysninger i § 3-8 kan tilsi at mulighetene for å unnta opplysninger går lenger i § 3-8.

Avveiningene mellom hensynet til leverandøren av det valgte tilbudet og de andre leverandørene er vanskelig og må vurderes konkret for hver sak. Vi kan likevel forsøke å belyse problemstillinga med å ta for oss pris som eksempel. Pris er et sentralt tildelingskriterium og en egenskap ved tilbudet som det er viktig for leverandørene å få kjennskap til. Oppdragsgiver må derfor opplyse om totalprisen på tilbudet, men det er uvisst hvor langt må gå i å viderefremde opplysninger om grunnlaget. Detaljer om timeantall, timepris og lignende vil lettere kunne skade forretningsinteresser.

Med hilsen

Irene Standnes (e.f.)
underdirektør

Kaja Breivik Furueth
førstekonsulent