



**UiT** Norges arktiske universitet

Det Juridiske Fakultet

## **Kan oppdragsgiver forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling?**

Nikolai Berglund Skogan

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902, vår 2023

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensninger .....	2
1.3	Hva menes med vesentlig avvik og konkurranse med forhandling? .....	3
1.4	Videre fremstilling.....	5
2	Rettslig innfallsvinkel og rettskildebildet .....	5
2.1.1	Oppgavens metode .....	5
2.1.2	Anskaffelsesregelverket .....	6
2.1.3	Forarbeider .....	7
2.1.4	Rettspraksis .....	7
2.1.5	Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).....	8
2.1.6	Prinsipper og formål i anskaffelsesretten .....	10
2.1.7	Veileder .....	13
2.1.8	Juridisk litteratur .....	13
3	Rettsutvikling/bakgrunnen for uklarheten om forhandlingsadgang.....	14
4	Tillater EU-retten oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling? .....	16
4.1	Anskaffelsesdirektivet 2004/18 .....	16
4.1.1	Artikkel 30 nr. 2 .....	16
4.2	C-561/12 Nordecon .....	17
4.3	Anskaffelsesdirektivet 2014/24 .....	24
4.3.1	Innledning.....	24
4.3.2	Artikkel 29 (3) sin ordlyd.....	24
4.3.3	Anskaffelsesdirektivets fortale .....	25
4.4	Sentrale hensyn.....	26
4.5	Artikkel 29 (3) sin forhistorie.....	29

4.6	Andre medlemstaters rett.....	29
4.7	Konklusjon.....	30
5	Tillater norsk rett oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling? .....	30
5.1	Oppdragsgivers forhandlingsadgang .....	30
5.2	Fremgangsmåte ved avvisning .....	32
5.2.1	Rettslig utgangspunkt.....	32
5.2.2	Muligheten til å utsette avvisningsvurderingen til etter forhandlinger .....	33
5.2.3	Ordlyden og mulige tolkningsalternativer.....	34
5.2.4	Forenklingsutvalget.....	35
5.2.5	Høringsnotat 2, Ny forskrift om offentlige anskaffelser .....	36
5.2.6	Nærings- og Fiskeridepartementet og DFØ sine veiledere .....	39
5.2.7	KOFA-2021-2139 .....	40
5.2.8	LB-2022-60123 .....	43
5.2.9	De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 .....	45
5.2.10	Anskaffelseslovens § 1 .....	49
5.3	Konklusjon.....	50
6	Avsluttende betraktninger .....	51
6.1	Anbefalinger til oppdragsgivere .....	51
6.2	Er dagens praktisering en god etterlevelse av anskaffelsesrettens formål?.....	52
7	Referanseliste .....	54
7.1	Internasjonale rettskilder .....	54
7.1.1	Direktiver .....	54
7.1.2	EU-rettslige forarbeider.....	54
7.1.3	Avgjørelser fra EU-domstolen .....	54
7.1.4	Avgjørelser fra underretten .....	54
7.2	Norske rettskilder .....	54

7.2.1	Lov og forskrift .....	54
7.2.2	Forarbeider m.m. ....	55
7.2.3	Veiledere .....	56
7.2.4	Rettspraksis .....	56
7.3	Litteratur .....	57
7.4	Nettartikler.....	58

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

I denne oppgaven vil jeg se nærmere på om en oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud i en konkurranse med forhandling, eller om tilbudet må avvises før forhandlingene begynner.

Problemstillingen er blitt jevnlig skrevet om<sup>1</sup>, men har ikke blitt behandlet av KOFA eller domstolene etter dagens anskaffelsesregelverk. Problemstillingen har i lengre tid ulmet inntil en relativt ny avgjørelse av KOFA ble avsagt.<sup>2</sup> Avgjørelsen har gitt problemstillingen ny aktualitet, og endrer retning sammenlignet med tidligere retts- og nemdavgjørelser angående adgangen til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik. Hvorfor problemstillingen engasjerer kan illustreres ved følgende eksempel:

Oppdragsgiver skal foreta en større IT-anskaffelse hvor det trengs innovative løsninger. For å lykkes med denne anskaffelsen innser oppdragsgiver at det kan være formålstjenlig å oppnå en god dialog med et bredt utvalg av leverandører i markedet. Derfor velger oppdragsgiver å ta i bruk anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling, jf. anskaffelsesforskriften § 13-2 bokstav b.<sup>3</sup>

Oppdragsgiver mottar fem tilbud. To av tilbudene, A og B, er uten forbehold og gir ikke grunnlag for avvisning. De tre andre tilbudene har ulike avvik. Tilbyder C har fylt inn i tilbudsbrevet at det er tatt avvik og i avviksskjemaet fremgår det at han ønsker en annen vederlagsmodell. Tilbud D har ikke tatt eksplisitt forbehold i tilbudsbrevet, men oppdragsgivers gjennomgang har avdekket avvik fra kravspesifikasjon. Det tredje tilbudet, E, har et eksplisitt forbehold som avviker fra kontraktsvilkårene. Forhandlingene er ikke begynt, spørsmålet er hvordan skal oppdragsgiver opptre i en slik situasjon. Kan oppdragsgiver forlange at tilbyderne frafaller forbeholdene og sørger for at det ikke foreligger vesentlige forbehold og deretter forhandle med tilbyderne, eller foreligger det en ubetinget plikt til å avvise tilbudet?

---

<sup>1</sup> Anbud365 (2022), Anbud365 (2017) og CW (2017).

<sup>2</sup> KOFA-2021-2139.

<sup>3</sup> Forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Oppdragsgiver ønsker å forhandle med flest mulig av leverandørene. Dette kan handle både om pris og kvalitet, ved å få vurdert flere ulike IT-løsninger. Derfor ønsker oppdragsgiver å kunne forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik ettersom det vil gi en større konkurranse enn ved å avvise.

På den andre siden vil en slik forhandlingsadgang kunne innebære en risiko for at den vil bli misbrukt. For eksempel ved å bruke forhandlingsadgangen til å drive med forskjellsbehandling av leverandørene. EU-retten har lenge vært skeptisk til å tillate konkurranse med forhandling, grunnet nettopp risikoen for forskjellsbehandling. Det er i de nyere anskaffelsesdirektivene EU-retten åpner mer for konkurranse med forhandling.

Problemstillingen kan sies å være en brytning mellom disse to nevnte forholdene. Hvor man på den ene siden ønsker å forhandle med flest mulig slik at en får bedre konkurranse. Mens man på den andre siden er skeptisk til at en for liberal tolkning av regelverket, vil medføre til mindre åpenhet og større risiko for forskjellsbehandling hvis en tillater å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

I denne oppgaven vil jeg undersøke relevante rettskilder og ta stilling til om anskaffelsesregelverket tillater oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling å starte opp forhandlinger med leverandører som har levert inn et tilbud med vesentlige avvik. En forutsetning for å kunne starte opp slike forhandlinger vil uansett være at en underveis i forhandlingene også får forhandlet bort vesentlige avvik.

## **1.2 Avgrensninger**

Oppgavens problemstilling forutsetter at det er blitt igangsatt en konkurranse med forhandling, og at det foreligger et vesentlig avvik i et tilbud. Vilkårene for å igangsette konkurranse med forhandling, og vurderingen av om det foreligger et vesentlig avvik vil derfor ikke bli inngående redegjort for i kapittel 1.3.

Oppgavens problemstilling gjelder anskaffelser som omfattes av anskaffelsesforskriftens del I og del III. Anskaffelsesforskriftens § 9-3 første ledd, som er under forskriftens del II er blitt tolket i den retning at oppdragsgiver kan gjennomføre dialog selv om det foreligger vesentlige avvik, jf. KOFA-2017-157 avsnitt 30 og KOFA-2020-632 avsnitt 35. Anskaffelsesforskriftens del II er derfor ikke relevant for oppgaven.

### 1.3 Hva menes med vesentlig avvik og konkurranse med forhandling?

Uttrykkene vesentlig avvik og konkurranse med forhandling er sentrale uttrykk for denne oppgaven. Av den grunn ses det som nødvendig å redegjøre for hva disse uttrykkene innebærer.

Konkurranse med forhandling innebærer at oppdragsgiver kan forhandle med leverandørene etter at tilbudene er innlevert.<sup>4</sup> Adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling reguleres av anskaffelsesforskriftens § 13-1 (2) hvor det fremgår av ordlyden at vilkårene i § 13-2 må være oppfylt. Vilkaene vil som nevnt ikke gjennomgås utførlig ettersom oppgavens tema forutsetter at vilkårene er oppfylt. Men i korthet kan en si at vilkårene har til felles at det må dreie seg om komplekse anskaffelser.

Eksempelvis anskaffelsesforskriftens § 13-2 første ledd bokstav b hvor anskaffelsen innebærer «design eller innovative løsninger». Det vil si at leverandørene må finne på nye løsninger eller forbedringer av eksisterende løsninger.

Et annet eksempel er § 13-2 første ledd bokstav c hvor «anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle». Enkelte anskaffelser vil altså være så teknisk komplekse at det er ikke er mulig for oppdragsgiver å beskrive hvordan den konkrete løsningen skal være.

Tas konkurranse med forhandling i bruk, så innebærer det i utgangspunktet en plikt hos oppdragsgiver til å gjennomføre reelle forhandlinger.<sup>5</sup> Plikten er begrunnet i prinsippet om likebehandling og god forretningsskikk.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Dragsten, (2013) side 280.

<sup>5</sup> KOFA-2008-136 premiss 94.

<sup>6</sup> LB-2015-8828 og KOFA-2005-218 avsnitt 33. Prinsippet om god forretningsskikk fremgikk av anskaffelsesloven av 1999, men er utelatt ettersom prinsippet ikke ble ansett å ha en selvstendig anskaffelsesrettslig betydning, jf. NOU 2014:4 side 82.

Plikten til å føre reelle forhandlinger innebærer ikke at oppdragsgiver må påpeke ethvert forhold som kan forbedre tilbudet.<sup>7</sup> Imidlertid må oppdragsgiver påpeke de forhold som anses som vesentlig eller er av avgjørende betydning for evalueringen av tilbudene.<sup>8</sup>

Det må bemerkes at oppdragsgiver kan unngå å gjennomføre forhandlinger såfremt det er blitt tatt forbehold om det, jf. forskriftens § 23-7 (5).

Hvorvidt det foreligger et vesentlig avvik, beror på en to leddet-vurdering. Først må det tas stilling til om det foreligger et avvik fra konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget skal spesifisere ytelsen og konkurransevilkårene på en slik måte at leverandørene blir interessert og kan levere sine beste løsningsforslag. Er det blitt konstatert at det foreligger et avvik, så må det vurderes om avviket er vesentlig.

Hva som skal til for at det foreligger et avvik fra konkurransegrunnlaget, og om avviket er vesentlig, fremgår blant annet av LB-2019-85112 hvor lagmannsretten fremholder at:

«Et «avvik» foreligger der oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse av krav i kravspesifikasjonen dersom tilbudet antas. Om et avvik er «vesentlig» beror på en konkret vurdering. Avvik fra krav som oppdragsgiver har gjort til et minstekrav, må som den klare hovedregel anses vesentlig».

Det første som må bemerkes fra lagmannsretten, er at hvorvidt et avvik er vesentlig, vurderes konkret opp mot anskaffelsesdokumentene. KOFA har lagt til grunn at vurderingen beror i hvert fall på hvor stort avviket er, hvor viktig er det forhold det avvikes fra, og i hvilken grad avviket vil kunne forrykke konkurransen.<sup>9</sup> Dette er ikke en uttømmende liste av momenter. Det finnes en rekke andre forhold som kan trekkes inn i vurderingen om avviket er vesentlig. Å gå noe nærmere inn på vurderingen enn dette er ikke nødvendig siden oppgaven forutsetter at det foreligger et vesentlig avvik. Det andre som må bemerkes er at avvik fra minstekrav vil som hovedregel anses som vesentlige avvik.<sup>10</sup> Minstekrav er krav som må være oppfylt for å

---

<sup>7</sup> KOFA-2003-105.

<sup>8</sup> KOFA-2003-218 avsnitt 33.

<sup>9</sup> Se eksempelvis KOFA-2009-33.

<sup>10</sup> Minstekrav blir også betegnet som minimumskrav og absolutte krav. Disse begrepne vil fremkomme i oppgaven.



kunne delta i konkurransen. Formålet med slike krav er å sikre et kvalitativt minimumsnivå på det som skal anskaffes.

## **1.4 Videre fremstilling**

I kapittel 2 redegjøres det for rettslig innfallsvinkel og rettskildebildet. Deretter vil kapittel 3 omhandle rettsutviklingen angående oppgavens tema. Kapittel 4 tar stilling til spørsmålet om EU-retten tillater oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling.

Deretter tas det i kapittel 5 stilling til om norsk rett tillater oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling. I kapittel 6 avrundes oppgaven med noen betraktninger om hvorvidt dagens praktisering av anskaffelsesregelverket ivaretar de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene på en tilfredsstillende måte. I kapittel 7 fremgår referanselisten.

## **2 Rettslig innfallsvinkel og rettskildebildet**

### **2.1.1 Oppgavens metode**

Anskaffelsesretten har et ben i EU/EØS-retten og et i norsk rett. Dermed kan oppgaven ta utgangspunkt ved ulike rettslige ståsted. I denne oppgaven tas det utgangspunkt i norsk rettslig ståsted. Det er av hensyn til aktualitet siden dette er en norskspråklig oppgave, som primært vil leses av norske aktører som er underlagt det norske regelverket.

Det følger av lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven) § 1 at EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov. Etter EØS-avtalens vedlegg XVI (offentlige innkjøp) ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 fremgår det at EUs anskaffelsesdirektiv 2014/24/EU omfattes av EØS-avtalen (heretter omtalt som anskaffelsesdirektivet). Dette direktivet gjelder for anskaffelser over terskelverdi i klassisk sektor. Det er disse anskaffelsene oppgaven retter seg mot.

Ettersom EUs anskaffelsesdirektiv omfattes av EØS-avtalen, så må oppgavens problemstilling behandles både fra et norsk og EU/EØS rettslig ståsted. Ved besvarelsen av disse problemstillingene vil det være den rettsdogmatiske metoden som tas i bruk. Den

rettsdogmatiske metoden har til formål å fremstille hva som er gjeldende rett. Det vil si at en foretar en utredning av innholdet i de gjeldende rettsregler.<sup>11</sup>

### **2.1.2 Anskaffelsesregelverket**

Anskaffelsesdirektivet er blitt gjennomført ved lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter omtalt som anskaffelsesloven) og FOR-2016-08-12-974 (heretter omtalt som anskaffelsesforskriften). Siden oppgaven tar for seg anskaffelser i klassisk sektor over EØS-terskelverdiene, så er det anskaffelsesforskriftens del I og III som kommer til anvendelse, jf. forskriftens § 5-1 første og tredje ledd.

Grunnet lojalitetsprinsippet er medlemstatene forpliktet til å overholde EØS-retten til enhver tid, jf. EØS-avtalen artikkel 3. I forbindelse med tolkningen av regelverket vil presumsjonsprinsippet gjøre seg gjeldende. Prinsippet innebærer at norsk rett skal så langt som mulig gjennom norske tolkningsprinsipper, tolke regelverket slik at resultatet blir i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.<sup>12</sup> Det innebærer blant annet å ivareta Norges forpliktelser angående EØS-avtalen.

Bestemmelser fra anskaffelsesloven<sup>13</sup> som er av relevans vil særlig være § 1 og § 4. Det er anskaffelsesrettens formål og de grunnleggende prinsippene som fremgår av disse bestemmelsene. Anskaffelseslovens § 1 og § 4 sitt innhold redegjøres nærmere for i kapittel 1.2.5.

Anskaffelsesforskriftens § 24-10 annet ledd annet punktum er en sentral bestemmelse for oppgaven. Bestemmelsen regulerer fremgangsmåten ved avvisning i en konkurranse med forhandling. Som vi vil se i kapittel 5 er det ulike syn på hvordan bestemmelsen skal forstås. Det er blant annet blitt diskutert hvorvidt bestemmelsen skal tolkes antitetisk.<sup>14</sup> Antitetisk tolkning innebærer at en rettsregel ved løsning av rettsspørsmål som faller utenfor regelen, blir benyttet som argument for å komme til et annet resultat enn det som følger av regelen.

---

<sup>11</sup> Skoghøy (2018) side 25.

<sup>12</sup> Rt. 2000 s. 1811 side 1838 (Finanger I).

<sup>13</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

<sup>14</sup> Anbud365 (2017).

Regelen blir altså benyttet som argument for en annen løsning; den blir benyttet som grunnlag for en motsetningslutning.<sup>15</sup>

### **2.1.3 Forarbeider**

NOU 2014:4 (heretter forenklingsutvalget) ble nedsatt for å vurdere og foreslå endringer i regelverket for offentlige anskaffelser innenfor klassisk sektor.<sup>16</sup> Etter norsk rettskildelære er forarbeider til lovverk og forskrifter en sentral rettskilde. Ved bruk av forarbeidene til anskaffelsesregelverket må en være oppmerksom på at store deler av forarbeidene dreier seg om hvordan våre EØS-rettslige forpliktelser skal gjennomføres i norsk rett. Det vil si at forarbeidene er av stor informasjonsverdi, men den rettskildemessige verdien er lavere sammenlignet med vanlige forarbeider i norsk rett.<sup>17</sup> Der hvor EØS-retten gir nasjonalt spillerom, så vil forarbeidene ha ordinær vekt.<sup>18</sup>

### **2.1.4 Rettspraksis**

Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at norske domstoler skal tolke de bestemmelsene som gjennomfører EU-rettslige regler i samsvar med EU-domstolen. Av den grunn er EU-domstolens avgjørelser av betydelig vekt når norske domstoler skal tolke anskaffelsesregelverket. Avgjørelser fra EU-domstolen som er av relevans for oppgavens tema er C-561/12 (Nordecon-dommen) som er avsagt etter det gamle EU-direktivet for offentlige anskaffelser.

Når det gjelder nasjonale domstolsavgjørelser, vil særlig dommen inntatt LB-2022-60123 være av interesse. Det går nærmere inn på denne dommen i kapittel 5. Selv om dommen dreide seg om konkurransepreget dialog, som er en annen konkurranseform, så er dommen relevant siden dette er den nyeste nasjonale domstolsavgjørelse som kommer med bemerkninger om den generelle forståelsen av forskriftens § 24-10 annet ledd annet punktum.

Lagmannsrettsavgjørelser betegnes som en sekundærkilde. Det som kjennetegner sekundære kilder, er at de ikke har et opphav som ikke i seg selv er rettsnormerende; de er avledet av og

---

<sup>15</sup> Skoghøy (2018) side 23.

<sup>16</sup> NOU 2014:4 side 15-16.

<sup>17</sup> Dragsten (2013) side 54.

<sup>18</sup> Dragsten (2013) side 54.

bygger på primære rettskilder.<sup>19</sup> Hvor stor rettskildeverdi en sekundær rettskilde har, beror på den argumentasjonsrekken som er oppstilt og de selvstendige avveiningene som er blitt gjort.<sup>20</sup>

Avgjørelser fra lagmannsretten er av liten betydning sett fra Høyesteretts perspektiv. Men for andre rettsanvendere vil underrettspraksis være av mer betydning. Særlig når det ikke foreligger relevant høyesterettspraksis for den rettslige problemstillingen.

Et slikt syn finner en støtte for i den juridiske litteraturen. Boe fremhever at selv om underrettspraksis har liten rettskildeverdi for overordnede eller sideordnede domstoler, så kan ikke det resultere i at en skal gå til den motsatte ytterlighet, altså ikke tillegge underrettspraksis noe som helst vekt.<sup>21</sup>

Boes poeng er at man kan under omstendighetene trekke inn underrettspraksis når en tolker en rettsregel.<sup>22</sup> Hvor stor vekt og relevans LB-2022-60123 skal tillegges, beror på det rettskildebildet som foreligger rundt oppgavens tema.

Det foreligger ikke høyesterettspraksis angående oppgavens tema. Det finnes en relevant avgjørelse fra EU-domstolen, men det kan stilles spørsmål til dens relevans ettersom den er avsagt etter det gamle EU-direktivet. På grunn av manglende rettspraksis av autoritativ karakter, så vil LB-2022-60123 være av noe mer betydning for problemstillingen om norsk rett tillater å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling.

### **2.1.5 Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

Ved tvist angående offentlige anskaffelser ble domstolene ansett som en lite attraktiv klageinstans for oppdragsgiver og tilbyder.<sup>23</sup> Det var fordi anleggelse av sak for domstolen medførte store kostnader av tid og penger. Terskelen for å anlegge sak for domstolene var

---

<sup>19</sup> Skoghøy (2018) side 44.

<sup>20</sup> Skoghøy (2018) side 44.

<sup>21</sup> Boe (2020) side 398-399.

<sup>22</sup> Boe (2010) side 304-305.

<sup>23</sup> Ot.prp. nr.3 (2000-2001) side 15.

derfor høy. Av den grunn ble KOFA opprettet, som er en klagenemd bestående av jurister som innehar særlig fagkunnskap innenfor anskaffelsesretten.<sup>24</sup>

KOFA sin virksomhet er regulert i klagenemdforskriften.<sup>25</sup> Etter klagenemdforskriftens § 1 første ledd første punktum fremgår det at KOFA har til formål å være et rådgivende organ som skal behandle klager om brudd på anskaffelsesregelverket. Videre fremgår det i annet punktum at nemda skal bidra til at tvister knyttet til offentlige anskaffelser blir løst på en «effektiv, uhildet og grundig måte.».

I tillegg til å være et rådgivende organ, så fremgår det i klagenemdforskriften § 1 første ledd tredje punktum at KOFA har kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter anskaffelsesloven § 12.

Hvilken rettskildeverdi KOFA sine avgjørelser utgjør, beror på omfanget av rettskildefaktorer, og hvor stor vekt de øvrige rettskildefaktorene utgjør. Ut ifra den hierarkiske plasseringen til KOFA, må avgjørelsene anses å være av begrenset rettskildeverdi hvor det vil være dens argumentasjonsverdi som er av betydning, med mindre KOFA gir utslag for en fast praksis.<sup>26</sup>

Ofte behandler KOFA rettskildefaktorer med stor vekt slik som lov og forarbeid. Det vil være naturlig for domstolen å se hen til hva KOFA utleder fra de ulike rettskildene. Selv om KOFA ble opprettet under den forutsetning at deres avgjørelser skal følges opp i praksis, så gir imidlertid det ikke noe garanti for at domstolene vil slutte seg til KOFA sitt syn. Dommen LB-2014-58107 er et eksempel på hvor lagmannsretten ikke fulgte opp KOFA sitt syn.

Avgjørelser fra KOFA som særlig vil være av relevans for denne oppgaven er KOFA-2021-2139 avsnitt 38. Dette avsnittet er et obiter dictum. Et obiter dictum er en sidebemerkning som ikke danner grunnlag for rettens avgjørelse.<sup>27</sup> Selv om et obiter dictum er velbegrunnet, så er den av lavere rettskildeverdi enn den rettssetning som avgjørelsen bygger på.

---

<sup>24</sup> KOFA ble opprettet med hjemmel i anskaffelsesloven § 11.

<sup>25</sup> FOR-2002-11-15-1288.

<sup>26</sup> Trygstad (2017) side 30.

<sup>27</sup> Skoghøy (2018) side 108.

## 2.1.6 Prinsipper og formål i anskaffelsesretten

### 2.1.6.1 Prinsippenes funksjon

Anskaffelsesprinsippene for offentlige anskaffelser fremgår av anskaffelsesdirektivets artikkel 18. Etter første ledd nevnes blant annet prinsippene likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet.

Anskaffelsesprinsippene har til formål å sikre at EUs indre marked skal fungere. Det betyr sikring av fri flyt av varer, bevegelse, likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet med mer.<sup>28</sup> Prinsippene utgjør derfor en sentral rolle i anskaffelsesretten.

I norsk rett er anskaffelsesprinsippene inntatt i anskaffelsesloven § 4. Det følger av ordlyden at «oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet». Prinsippene har to hovedfunksjoner.

Det ene er at prinsippene utgjør et selvstendig grunnlag for rettigheter og plikter hos oppdragsgivere og leverandører. Det vil si, brudd på prinsippene vil være et brudd på anskaffelsesregelverket. Dommen inntatt Rt. 2007 s. 983 er et eksempel på dette. Saken gjaldt krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. I forbindelse med drøftelsen av om forvaltningslovens § 6 var brutt, så uttalte Høyesterett i premiss 82 at denne drøftelsen kan like «gjerne forankres i alminnelige anbudsrettslige prinsipper som i forvaltningslovens § 6.». Uttalelsen illustrerer med dette at anskaffelsesrettens prinsipper utgjør et selvstendig grunnlag.

Den andre funksjonen til prinsippene er at de utgjør momenter i tolkningen av anskaffelsesregelverket. Det følger av forarbeidene at «ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, vil den løsning som støttes av de grunnleggende prinsippene, som utgangspunkt måtte legges til grunn».<sup>29</sup> Det betyr at hvis det foreligger flere tolkningsalternativer av en bestemmelse, så vil det alternativet som støttes mest av de grunnleggende prinsippene som utgangspunkt bli lagt til grunn.

---

<sup>28</sup> Direktiv 2014/24 fortale avsnitt 1.

<sup>29</sup> Prop. 51 L (2015-2016) kapittel 10 side 81-82.

I denne oppgaven vil særlig prinsippene konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet være sentral for oppgavens tema. Disse prinsippene vil derfor redegjøres noe nærmere for.

#### **2.1.6.2 Konkurransesprinsippet**

Konkurransesprinsippet innebærer at det skal i utgangspunktet være konkurranse i anbudsprosessene. Det er fordi konkurranse anses for å være et effektivt virkemiddel til å oppnå effektiv ressursbruk av samfunnets ressurser. Både ut ifra samfunnsøkonomiske og forretningsmessige hensyn er det ønskelig at anskaffelser skjer etter konkurranse mellom mulige leverandører.<sup>30</sup>

#### **2.1.6.3 Likebehandlingsprinsippet**

Likebehandlingsprinsippet innebærer at leverandører skal gis like muligheter til å delta i en konkurranse og bli likt behandlet gjennom hele konkurransen. Prinsippet om likebehandling er det mest sentrale prinsippet i anskaffelsesretten.<sup>31</sup>

I EU-domstolens sak C-538/13 i avsnitt 33 redegjøres det nærmere for prinsippets innhold. Det som kommer til uttrykk i nevnte dom er at likebehandlingsprinsippet er sentralt for å sikre god konkurranse. Skal en oppnå god konkurranse er det viktig at leverandørene blir likt behandlet. Konsekvensen av forskjellsbehandling vil være manglende tillit til konkurransen og laber deltakelse i fremtidige anbudsprosesser.

#### **2.1.6.4 Forutberegnelighetsprinsippet**

Prinsippet om forutberegnelighet handler om at leverandørene skal informeres om hvordan anskaffelsesprosessen vil bli gjennomført. Det innebærer at leverandørene gis informasjon om gjennomføring av anskaffelsesprosedyren, og at den informasjonen som gis skal være korrekt og tilstrekkelig klart, slik at den informasjonen som gis er forståelig for leverandørene.<sup>32</sup>

#### **2.1.6.5 Gjennomsiktighetsprinsippet**

Gjennomsiktighetsprinsippet utledes av prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet.<sup>33</sup> Prinsippet har til formål å sikre at det ikke foreligger risiko for favorisering

---

<sup>30</sup> NOU 1997:21 side 116.

<sup>31</sup> Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.1.

<sup>32</sup> LE-2021-113410.

<sup>33</sup> Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.1.

og vilkårlighet fra oppdragsgiver. Det innebærer at konkurransedokumentene må formuleres på en klar og presis måte.<sup>34</sup> Bakgrunnen for hvorfor oppdragsgiver må gjøre dette, er fordi leverandørene gis da en mulighet til å kontrollere at konkurransevilkårene ikke bryter med likebehandlingsprinsippet.<sup>35</sup>

#### **2.1.6.6 Anskaffelseslovens formålsbestemmelse**

Anskaffelsesloven § 1 er lovens formålsbestemmelse. Det fremgår av ordlyden at «loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte». Ordlyden nevner tre sentrale formål som anskaffelsesloven skal oppnå.

Det ene er målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser, som historisk sett har vært den bærende begrunnelsen for anskaffelsesregelverket.<sup>36</sup> Det handler om å sikre at offentlig sektor får mest mulig ut av ressursene sine. Forenklingsutvalgets flertall har fremhevet at begrepet «effektiv bruk av samfunnets ressurser» må forstås i vid betydning. Det innebærer at i tillegg til effektivitet og bevissthet om kostnad, så skal offentlige innkjøp fremme miljø, innovasjon og andre sentrale samfunnshensyn.<sup>37</sup>

Det andre forholdet er at det offentlige må opptre med integritet. Det innebærer at oppdragsgiver skal opptre uavhengig slik at en oppnår tillit blant allmennheten. Bakgrunnen for at dette ble tilføyd i bestemmelsen var for å fremheve at loven skal avverge korrupsjon og kameraderi i offentlig sektor.<sup>38</sup>

Det tredje er at anskaffelser skal skje på en «samfunnstjenlig måte». Ordlyden ble inntatt i bestemmelsen i forbindelse med stortingsbehandlingen av loven. Dette ble begrunnet i at inntagelsen av ordet «samfunnstjenlig» vil kunne ivareta hensyn til blant annet konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> T-165/12 avsnitt 48.

<sup>35</sup> Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.4.1.

<sup>36</sup> Prop. 51 L (2015-2016) side 38.

<sup>37</sup> NOU 2014:4 side 69.

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) kapittel 5.

<sup>39</sup> Innst. 358 L (2015-2016) punkt 2.2.



Formålsbestemmelsen vil være relevant i tolkningen av øvrige bestemmelser i anskaffelsesregelverket. Imidlertid er formålsbestemmelsen ikke egnet til å utlede plikter og rettigheter fra.<sup>40</sup>

### **2.1.7 Veileder**

Nærings- og fiskeridepartementets (heretter omtalt som NFD) har utarbeidet en veileder for anskaffelsesregelverket. Som det fremgår av veilederens forord, så har mange innkjøpere gitt klart uttrykk for at anskaffelsesregelverket er detaljert, komplisert og formalistisk.<sup>41</sup>

Veilederen har derfor til formål å bidra til effektivisering av anskaffelser ved å bistå innkjøpere i forståelsen av anskaffelsesregelverket. Derfor er «den primære målgruppen for veilederen er innkjøpere i offentlige sektor som jobber med innkjøp til daglig», jf. innledningskapitlet.<sup>42</sup>

Veilederen er et etterarbeid til anskaffelsesregelverket, det medfører til at dens rettskildemessige vekt er begrenset.<sup>43</sup> Det er også veilederen tydelig på når den understreker at de vurderingene som er gitt er av rådgivende karakter.<sup>44</sup> Veilederen er derfor en sekundær rettskilde.

### **2.1.8 Juridisk litteratur**

Det finnes et rikholdig utvalg av litteratur både nasjonalt og internasjonalt som vil gi gode bidrag til oppgaven. Det vil av den grunn ikke være behov for å fremheve enkelte fremfor andre juridiske forfattere.

Juridisk litteratur er en sekundær rettskilde. Dette betyr at dens rettskildeverdi bygger på dens argumentasjonsverdi. Når Høyesterett viser til juridisk litteratur, er det som oftest fordi argumentasjonen er overbevisende, og at den fremstilling som det vises til, inneholder en mer utførlig begrunnelse for standpunktet.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) side 65.

<sup>41</sup> P-2017-933 (P-933) side 18.

<sup>42</sup> P-2017-933 (P-933) side 19.

<sup>43</sup> LH-2009-45911.

<sup>44</sup> P-2017-933 (P-933) side 19.

<sup>45</sup> Skoghøy (2018) side 213.

### 3 Rettsutvikling/bakgrunnen for uklarheten om forhandlingsadgang

Her redegjøres det for rettsutviklingen angående oppgavens tema. Kapittelet har til hensikt å gi et bakteppe for de problemstillingene som skal behandles i kapittel 4 og 5.

Tidligere regelverk, Direktiv 2004/18/EU Art. 30 (2) og FOA av 2006 § 20-11 (2) ble fortolket slik at det ikke forelå noen begrensninger i adgangen til å forhandle med tilbud som inneholdt vesentlige avvik. Praksis etter det gamle regelverket illustrerer dette.

I KOFA-2011-131 var et av spørsmålene om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som inneholdt flere avvik fra kravene i konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen før forhandling. Klager hadde anført at disse avvikene var vesentlige.

I premiss 90 fremgår det at systematikken i anskaffelsesregelverk «hviler på en forutsetning om at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling vil avklare slike forhold i tilbudene, slik at det ikke vil foreligge bedømmelsestil i tildelingsfasen». KOFA var derfor åpen for at tidligere regelverk ga adgang til å forhandle med tilbud som inneholdt vesentlig avvik ettersom det ville avklare forholdene i tilbudet før tildelingsfasen.

I TBERG-2012-94141 slo tingretten fast at «plikten til å avvise på grunn av forbehold er knyttet til kontraktsvilkårene, og det betyr at et tilbud som inneholder forbehold først kan avises etter at kontraktsforhandlinger er avsluttet». Tingretten var her mye tydeligere enn KOFA på at avvisningen kunne gjøres etter at forhandlingene var ferdig. Dermed måtte ikke oppdragsgiver avvise tilbud som inneholdt vesentlige avvik før forhandlingene.

I 2013 avsa EU-domstolen avgjørelsen C-561-12 Nordecon. Avgjørelsen vil bli nærmere gjennomgått i kapittel 4. Det som må bemerkes i denne sammenheng, er at avgjørelsen endret rettsoppfatningen angående oppdragsgivers mulighet til å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling.

KOFA virket ikke helt sikker angående hvorvidt Nordecon-dommen innebar et forhandlingsforbud eller ikke. Eksempelvis kan en se til KOFA-2013-11 som ble avsagt etter Nordecon-avgjørelsen:

«Det er etter gjeldende rett noe uklart om, og eventuelt i hvilken utstrekning, oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som avviker fra obligatoriske krav eller

inneholder vesentlige avvik allerede ved første tilbudsfrist i konkurranser med forhandling, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/131 (KOFA-2011-131) premiss (39), sml. EU-domstolens sak C-561/12 (Nordecon) premiss (37)-(38). Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å ta stilling til dette spørsmålet i foreliggende sak».<sup>46</sup>

En slik tilnærming i KOFA finner en imidlertid ikke i domstolene. Underrettspraksis viser at Nordecon-dommen er blitt tolket i den retning at det gjelder et forhandlingsforbud. I LB-2017-94201, kjent som Skanska-dommen (som gjaldt en anskaffelse etter det gamle regelverket) uttales det at:

«Nordecon-dommen C-561/12 fastslo EU-domstolen at ved avvik fra et absolutt minstekrav («mandatory requirement») har ikke oppdragsgiver anledning til å forhandle om endring av tilbudet».

Avgjørelsene illustrerer at rettsoppfatningen av Nordecon-dommens innhold har vært i endring. Fra å være usikker angående Nordecon-dommen, så har rettsoppfatningen utviklet seg til at Nordecon-dommen forbyr oppdragsgiver i å forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud.

Etter at Nordecon-dommen ble avsagt er det blitt utarbeidet et nytt anskaffelsesdirektiv (gjeldende anskaffelsesdirektiv)<sup>47</sup>, som er bakgrunnen for dagens anskaffelsesforskrift. KOFA-avgjørelser etter dagens anskaffelsesforskrift viser at KOFA har valgt å ikke gå inn på spørsmålet om det foreligger forhandlingsforbud eller ikke, ved tilbud som inneholder vesentlige avvik.<sup>48</sup>

I enkelte avgjørelser har KOFA uttrykkelig uttalt at de ikke finner grunn til å ta stilling til om oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling. Eksempelvis KOFA-2019-108 hvor klager anførte at innklagede ikke hadde mulighet til å forhandle med klager og de øvrige leverandørene. Begrunnelsen til klager var at alle tilbudene inneholdt vesentlige avvik. Av den grunn skulle innklagede ha avvist samtlige tilbud før forhandlingene.

---

<sup>46</sup> Avsnitt 46.

<sup>47</sup> Direktiv 2014/24.

<sup>48</sup> Eksempelvis KOFA-2020-711, KOFA-2020-819 og KOFA-2021-106.

KOFA vurderte de opprinnelige tilbudene, og kom frem til at flere av tilbudene inneholdt vesentlige avvik. KOFA kunne ikke se at valgte tilbud inneholdt vesentlige avvik. Når det var tilfellet, fant ikke KOFA «grunn til å ta stilling til spørsmålet om det er anledning til å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling».<sup>49</sup> Ut ifra dette synes det som at KOFA har hatt som ønske å holde spørsmålet åpent, ettersom saken ga KOFA mulighet til å uttale seg om problemstillingen.

Når det gjelder domstolene, synes det som at de står ved at det foreligger et forhandlingsforbud. Kjennelsen TOBYF-2018-187304 viser til Skanska-dommens uttalelser om at Nordecon-dommen innebærer at oppdragsgiver ikke kan forhandle med leverandører som har inngitt tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Siden nevnte kjennelse og Skanska-dommen, så har en fått avgjørelsene KOFA-2021-2139 og LB-2022-60123 som ikke følger den linjen som tidligere praksis har lagt seg på. Av den grunn aktualiseres spørsmålet om det er mulig å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik på nytt.

## **4 Tillater EU-retten oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling?**

### **4.1 Anskaffelsesdirektivet 2004/18**

Ved tolkningen av om EU-retten tillater å forhandle bort vesentlige avvik, bør en først se til hva som fremgår av det gamle anskaffelsesdirektivet, som er direktiv 2004/18. Ved å klarlegge hva som fremgikk av det forrige direktivet, så vil en se hvilke endringer som er blitt gjort i dagens anskaffelsesdirektiv. Disse endringene vil være relevant i tolkningen av hvorvidt dagens direktiv viderefører det gamle direktivet eller ikke. Av den grunn er det gamle direktivet av relevans i tolkningen av dagens anskaffelsesdirektiv.

#### **4.1.1 Artikkel 30 nr. 2**

Direktivets artikkel 30 regulerer konkurranse med forhandling. For oppgavens tema er det artikkel 30 nr. 2 som er av relevans ettersom den sier noe om hva en kan forhandle om. Det

---

<sup>49</sup> Avsnitt 61.

følger av bestemmelsen at for de tilfeller som følger av artikkel 30 nr. 1 (alternative vilkår for når en kan iverksette en forhandling), så:

«forhandler de ordregivende myndigheter med tilbudsgiverne om de tilbud, de har afgivet, med henblik på at tilpasse dem til de krav, de har stillet i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud i overensstemmelse med artikkel 53, stk. 1.».

Det fremgår av ordlyden at oppdragsgiver forhandler med de tilbud som er blitt avgitt med det formål å tilpasse tilbudene med de krav som er blitt stilt i konkurransedokumentene. Det er for å sikre at oppdragsgiver skal finne det tilbudet som innfrir best på de krav som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Artikkel 53 nr. 1 omhandler hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver kan stille, eksempelvis at det skjer på grunnlag av lavest pris eller det mest økonomisk fordelaktige tilbudet ut fra kvalitet, pris med mer.

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at oppdragsgiver har adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik med den hensikt å få tilbyder til å fravike de vesentlige avvikene. Et slikt forhandlingsformål er i samsvar med ordlyden ettersom et slikt formål innebærer å tilpasse tilbudene de krav som er blitt satt i konkurransedokumentene.

En slik forståelse av artikkel 30 nr. 2 finnes også i juridisk teori.<sup>50</sup> Men som vi vil se i det følgende, så har EU-domstolens forståelse av artikkel 30 nummer 2 ikke vært på linje med juridisk teori.

## **4.2 C-561/12 Nordecon**

EU-domstolens avgjørelse C-561/12 (Nordecon) gjaldt anskaffelse for planlegging og bygging av en vei i Estland. Valgte anskaffelsesprosedyre var konkurranse med forhandling. Avgjørelsen er avsagt etter det gamle anskaffelsesdirektivet.<sup>51</sup>

I anbudsvilkårene fremgikk det at midtrabatten på denne veistrekningen skulle ha en bredde på 13,5 meter fra 26,6 til 32 kilometer, og en bredde på 6 meter fra kilometer 32 til kilometer

---

<sup>50</sup> Arrowsmith (2014) side 1008.

<sup>51</sup> Direktiv 2004/18.

40. I tilbudet til Nordecon, som var en av tilbyderne, fremgikk det at midtrabatten skulle ha en bredde på 6 meter i hele den nevnte veistrekningen. Dette var ikke i tråd med de opprinnelige anbudsvilkårene.

Oppdragsgiver valgte å endre anbudsvilkårene slik at de samsvarte med Nordecon sitt tilbud om at midtrabatten skulle ha en bredde på 6 meter på hele den nevnte veistrekning. Samtlige tilbydere ble kontaktet av oppdragsgiver hvor de ble bedt om å levere inn tilbud som samsvarte med endringen i konkurransegrunnlaget. Det vil si at midtrabattens bredde på hele nevnte vegstrekning skulle være 6 meter.

Nordecon vant anbudet, men det ble fremsatt en annullasjonspåstand av konkurrerende tilbyder. Annullasjonspåstanden var begrunnet for det første i at oppdragsgiver ikke kunne akseptere tilbudet til Nordecon fordi tilbudet inneholdt en alternativ løsning som ikke var tillatt etter anbudskunngjøringen. Det andre var at forhandlingen ikke kunne omhandle forhold som var klart og entydig formulert i konkurransedokumentene, altså bredden på midtrabatten på nevnte veistrekning.

Tildelingsbeslutningen om at Nordecon vant anbudet ble annullert, noe som medførte til at Nordecon tok saken til retten. Saken havnet i den Estiske Høyesterett, som valgte å utsette saken og stille EU-domstolen fire spørsmål. EU-domstolen tok kun stilling til det første spørsmålet, som var:

«Skal artikkel 30, stk. 2, i [direktiv 2004/18] fortolkes således, at en ordregivende myndighed kan føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke svarer til de bindende krav, der er fastsat i kontraktens tekniske spesifikasjoner?».

Den estiske høyesteretts spørsmål gjaldt om det er anledning til å forhandle med et tilbud som ikke oppfyller de minstekrav som fremgår av konkurransedokumentene.

EU-domstolen tok utgangspunkt i de grunnleggende prinsippene likebehandling og gjennomsiktighet. Etter å ha redegjort for prinsippenes innhold og formål, fremholdte EU-domstolen i premiss 37 og 38 at:

«Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende

myndigheter handler på en gennemsiktig måte, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt

[h]vis det anerkendtes, at et bud, der ikke var i overensstemmelse med de bindende betingelser, kunne antages med henblik på en forhandling, ville fastsættelsen af bindende betingelser i udbuddet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighed at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige».

Videre i premiss 39 konkluderes det med at:

«artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 ikke tillader en ordregivende myndighed at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke opfylder de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske specifikationer».

Deretter uttales det i premiss 40 at på grunn av konklusjonen i premiss 39, så anser ikke EU-domstolen det som nødvendig å besvare de øvrige spørsmålene som ble stilt av den estiske høyesterett.

I det følgende vil det ses nærmere på om Nordecon-dommen innebærer et forbud mot å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, der formålet er å få tilbyder til å fravike de vesentlige avvikene.

I premiss 37 understrekes viktigheten av at oppdragsgiver overholder de krav som de har «givet en bindende karakter», altså minstekrav. Manglende overholdes av minstekrav resulterer i at prinsippet om gjennomsiktighet ikke blir fulgt opp. Dermed er dommen tydelig på at det ikke er adgang til å endre minstekrav under forhandlingene.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Dette fremgår nå av anskaffelsesdirektiv artikkel 29 nr. 3 annet avsnitt og forskriftens § 23-7 annet ledd siste punktum.

Når det gjelder premiss 38 er EU-domstolen tydelig på at tilbud som ikke oppfyller minstekrav, men som kan aksepteres gjennom forhandlinger, fører til at minstekravene mister sin virkning. I tillegg vil det ikke være mulig å sikre et felles grunnlag til å forhandle med leverandørene.

Sett premissene i sammenheng, så understreker dommen poenget med hvorfor en har minstekrav og hvorfor de ikke bør avvikes. Som det ble nevnt i innledningen, så er minstekrav essensielt for å sikre et kvalitativt minimumsnivå på det som skal anskaffes. Derfor er det viktig at minstekrav ikke avvikes fra.

Minstekravene er også viktig for leverandørene ettersom minstekravene gir leverandørene en forståelse av hva som kreves av dem. Med andre minstekrav så kunne en potensielt sett for seg andre tilbydere. Derfor er det viktig at minstekravene fastholdes ettersom en eventuell endring vil kunne medføre til at andre leverandører kunne ha deltatt hvis de hadde visst om endringen.

En konkurranse blir ikke særlig rettferdig hvis oppdragsgiver endrer minstekravene til fordel for tilbud A, og deretter bes de andre deltakerne om å endre sine tilbud. En slik endring medfører at de andre deltakerne må revidere sine tilbud, noe som fører til økt ressursbruk for de andre deltakerne. I tillegg kan leverandøren bak tilbud A oppnå en fordel ved å få lengre tid på å regne på tilbudet med disse forutsetningene, mens de andre må revidere sine tilbud. Det var dette som var tilfellet i Nordecon-dommen.

Videre må en bemerke at ordlyden i premiss 38 synes å være formulert generelt. EU-domstolens formulering «kunne antages med henblikk på en forhandling» skiller ikke mellom hva slags type forhandlinger som gjøres. Hvis EU-domstolen mente at oppdragsgiver kan forhandle såfremt oppdragsgiver fastholder på minstekravene, så er det naturlig å anta at det burde ha kommet frem i dommen. Det er holdepunkter for at premiss 38 skal forstås slik at EU-retten forbyr oppdragsgiver å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, selv om formålet er å få tilbyder til å fravike de vesentlige avvikene, slik at tilbudet blir i samsvar med anskaffelsesdokumentene.

På den andre siden kan domspremisset leses i lys av de konkrete forhandlingene og ikke forhandlinger på generelt grunnlag. Det som ble gjort under forhandlingene var at oppdragsgiver fravek minstekravet som de selv hadde oppstilt. Endringen var i favør av en tilbyder og de øvrige måtte revidere sine tilbud. Det opprinnelige minstekravet om bredden på



midtrabatten hadde dermed ikke noen virkning, og leverandørene fikk heller ikke et likt grunnlag å forholde seg til grunnet endringen. En slik tolkning av domspremisset vil innebære at oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik såfremt minstekravene fastholdes.

Uansett innfallsvinkel i forståelsen av premiss 38, så er hovedpoenget at minstekravene skal stå fast. Minstekrav er ikke noe oppdragsgiver kan endre under forhandlingene, men kan en likevel starte forhandlinger under forutsetning av at tilbyder underveis i forhandlingene innfrir også minstekravene? Hvorvidt Nordecon-dommen hindrer en slik forhandling er ikke klart ut ifra domspremiss 37 og 38 alene. Derfor må det ses til øvrige tolkningsmomenter.

Et moment som bør bemerkes ved Nordecon-dommen, er den estiske høyesteretts begrunnelse for utsettelse av saken og foreleggelsen av spørsmål til EU-domstolen. I begrunnelsen fremgår det at den estiske høyesterett var i:

«tvivl om, hvorvidt den ordregivende myndighed ligeledes kan forhandle, når der er afgivet bud, som ikke er i overensstemmelse med de bindende krav i udbudsbetingelserne, og hvorvidt de iværksatte forhandlinger i det mindste skal føre til, at det antagne bud er i overensstemmelse med disse bindende krav». <sup>53</sup>

Begrunnelsen til den estiske domstolen viser at de hadde tenkt på problemstillingen om oppdragsgiver kunne forhandle med tilbyder med den hensikt å få tilbyder til å fravike de vesentlige avvik som fremgår av tilbudet.

Den estiske høyesteretts begrunnelse ga ikke bare en mulighet til EU-domstolen til å ta stilling til spørsmålet om oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik. Begrunnelsen kan ses som en klar oppfordring fra den estiske høyesterett. Når EU-domstolen ikke grep denne muligheten, blir spørsmålet hvordan skal dette forstås.

På den ene siden kan unnlattelsen forstås i den retning at oppdragsgiver ikke skal kunne forhandle bort vesentlige avvik. Det er fordi EU-domstolen hadde muligheten til å nyansere hva oppdragsgiver kunne forhandle om. For eksempel slå fast at oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik såfremt minstekravene ikke blir endret.

---

<sup>53</sup> Premiss 24.

En annen måte å se EU-domstolens unnlattelse på, er at EU-domstolen anså det ikke som nødvendig å ta stilling til problemstillingen. Saken dreide seg ikke om en forhandling hvor formålet var å få leverandøren til å frafalle de vesentlige avvikene. Som tidligere nevnt dreide Nordecon-dommen seg om at oppdragsgiver endret minstekravene i konkurransegrunnlaget slik at de passet med tilbudet til vinnende tilbyder.

Ettersom den konkrete saken for EU-domstolen ikke gjaldt å forhandle bort vesentlige avvik, så ville det vært unaturlig for EU-domstolen å gå inn på dette spørsmålet. Av den grunn kan ikke EU-domstolens unnlattelse tas til inntekt for at EU-retten forbyr forhandling hvor formålet er å få leverandøren til å fravike vesentlige avvik.

Et annet moment i tolkningen av Nordecon-dommen er underrettens dom i sak T-40/01 Scan Office Design (heretter omtalt som Scan Office Design). Avgjørelsen er relevant ettersom den i likhet med Nordecon-dommen gjelder håndtering av tilbud som avviker fra minstekrav i en konkurranse med forhandling.

I tillegg er det Scan Office Design som har dannet læren om avvisningsplikt ved tilbud som avviker fra minstekrav i konkurransedokumentene. Avgjørelsen har ikke hindret fortolkningen av tidligere anskaffelsesregelverk hvor det var mulig å foreta avvisningsvurderingen ved det endelige tilbud. Altså, en måtte ikke avvise tilbud som inneholdt vesentlige avvik før forhandling.

I Scan Office Design var spørsmålet om valgte leverandørs tilbud avvek fra de absolutte kravene i konkurransegrunnlaget, og om oppdragsgiver av den grunn hadde brutt regelverket ved å tildele kontrakten til den valgte leverandøren. Spørsmålet er noe annerledes enn det som stilles i Nordecon-dommen. Det som er av relevans fra Scan Office Design er de uttalelser som gis angående plikten til å overholde minimumskravene.

Nordecon-dommen viser ikke til Scan Office Design, men deler av dommens premiss 37 er nærmest en gjengivelse av Scan Office Designs premiss 76.

Som det er tidligere blitt nevnt, så fremgår det av Nordecon-dommens premiss 37 at

«ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt»,

I Scan Office Design sitt premiss 76 fremgår det at:

«selv om de ordregivende myndigheder råder over en vis forhandlingsbeføjelse under et udbud efter forhandling, skal de dog sikre, at de udbudsbetingelser, som de selv har fastsat som ufravigelige, respekteres».

Begge premissene er klar på at oppdragsgiver må følge de minstekravene de selv har fastsatt. Når Nordecon-dommen er lik som Scan Office Design angående overholdelse av minstekrav, så kan en stille spørsmålet ved om Nordecon-dommen bør tolkes på samme måte som Scan Office Design, hvor avgjørelsen ikke hindret fortolkningen om at en kan forhandle med det formål å få fjernet de vesentlige avvikene.

Imidlertid skiller Nordecon-dommen seg ut ved at dens konklusjon er strengere sammenlignet med Scan Office Design. Som det tidligere er blitt nevnt, så konkluderte EU-domstolen i Nordecon-dommen med at artikkel 30 (2) i anskaffelsesdirektiv 2004/18 «tillader ikke en ordregivende myndighet at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke oppfyller de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske spesifikasjoner».<sup>54</sup>

Konklusjonen er generell og skiller ikke på hva slags forhandlinger det dreier seg om. Dermed går Nordecon-dommen lengre enn Scan Office Design. Av den grunn er det mest nærliggende å forstå Nordecon-dommen i den retning at det ikke er tillatt med noen form for forhandling når tilbudet inneholder vesentlige avvik.

Ettersom Nordecon-dommen er avsagt etter det gamle anskaffelsesdirektivet, så kan en stille spørsmål om den fortsatt er relevant etter innføringen av nytt anskaffelsesdirektiv. Spørsmålet blir da om Nordecon-dommen bør legges til grunn ved tolkningen av dagens anskaffelsesdirektiv eller taler gode grunner for at en bør se vekk i fra dommen?

---

<sup>54</sup> C-561/12 premiss 41.

## 4.3 Anskaffelsesdirektivet 2014/24

### 4.3.1 Innledning

Anskaffelsesdirektivet 2014/24 erstatter det gamle anskaffelsesdirektivet 2004/18. Direktivet inneholder en del endringer, men reglene er i hovedsak en kodifisering av rettspraksis med enkelte justeringer.<sup>55</sup>

### 4.3.2 Artikkel 29 (3) sin ordlyd

I EU-retten finnes det ikke noen lignende bestemmelse slik som forskriftens § 24-10 som gir adgang til å utsette avvisningsvurderingen. Anskaffelsesdirektivet regulerer ikke avvisning. Derfor er det bestemmelsene om hva det kan forhandles om som er av relevans.

Konkurranse med forhandling reguleres av direktivets artikkel 29. Det fremgår av artikkel 29 (3) første avsnitt at oppdragsgiver forhandler med leverandørene om «de indledende og alle etterfølgende tilbud, som tilbudsgiverne har afgivet, med unntagelse af de endelige tilbud, jf. stk. 7, med henblik på at forbedre indholdet heri.».

Artikkel 29 (3) første avsnitt sin ordlyd legger ikke særlig til begrensninger i hva det kan forhandles om. Det viktigste er at forhandlingene resulterer i forbedring av tilbudene.

Det følger av artikkel 29 (3) annet avsnitt at «minimumskravene og tildelingskriteriene er ikke genstand for forhandling.» Dermed kan ikke oppdragsgiver innlede forhandlinger hvor forhandlingsgjenstanden er minimumskrav og tildelingskriterier.

Sammenligner en artikkel 29 (3) med den gamle bestemmelsen (artikkel 30 nr. 2), så kan en se at begge er tydelig på at forhandlingene skal ta sikte på å forbedre tilbudene slik at tilbudene skal dekke oppdragsgivers behov.

Det som skiller disse to bestemmelsene, er at artikkel 29 (3) har et avsnitt som slår fast at minimumskrav og tildelingskriterier er ikke gjenstand for forhandling. Som vi har sett Nordecon-dommen, så dreide dommen seg om endring av minimumskrav på forhandlingsstadiet. Minstekravene var gjenstand for forhandling ettersom Nordecon tilbød kun 6 meter bred midtrabatt og oppdragsgiver godtok dette ved å endre minstekravet. Av den

---

<sup>55</sup> Fortalens avsnitt 4.

grunn kan det tenkes at artikkel 29 (3) annet avsnitt reflekterer det som fremgikk av Nordecon-dommen.

Hvorvidt bestemmelsen er til hinder for å forhandle bort vesentlige avvik er vanskelig se ut ifra ordlyden. Ordlyden slår fast at minstekrav ikke er gjenstand for forhandling, noe som innebærer at oppdragsgiver ikke kan forhandle angående minstekrav. Hvis oppdragsgiver i forhandlingsfasen ber leverandør om å fravike forbehold som avviker fra minstekravene, så kan ikke minstekravene anses å være gjenstand for forhandling ettersom oppdragsgiver er forpliktet til å holde fast på minstekravene.

Hvis oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik, så vil en eventuell fravikelse av vesentlige avvik innebære en forbedring av tilbudet. Såfremt minstekravene fastholdes i forhandlingen, så er ikke de gjenstand for forhandling. Et slikt tilfelle vil være i tråd med det som fremgår av ordlyden i artikkel 29 (3).

### **4.3.3 Anskaffelsesdirektivets fortale**

I tolkningen av artikkel 29 (3), så vil direktivets fortale være av relevans ettersom fortalen redegjør for direktivets bakgrunn og formål. Derfor må artikkel 29 (3) ses i sammenheng med direktivets fortale.

Det fremgår av anskaffelsesdirektivets fortale avsnitt 45 at konkurranse med forhandling må gjennomføres på en måte slik at prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling ivaretas. Videre fremgår det at oppdragsgiver må på forhånd angi hvilke krav som skal anses som minstekrav. Disse minstekravene skal ikke endres under forhandlingene.

Noe videre i avsnitt 45 fremgår det at forhandlingene bør tas sikte på å:

«forbedre tilbuddene, så de ordregivende myndigheter får mulighet for at innkøbe bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser, der er fuldstændigt tilpasset deres særlige behov. Forhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejders, varers og tjenesteydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør minimumskrav.».

I overnevnte sitat fremgår det for det første at forhandlingene skal sikre at tilbudene blir forbedret slik at tilbudene blir tilpasset oppdragsgivers behov. For det andre fremgår det at

forhandlingene kan vedrøre alle karakteristikker som angår det som skal anskaffes såfremt det ikke dreier seg om minstekrav.

Sett artikkel 29 (3) annet avsnitt i sammenheng med fortalens avsnitt 45, synes det som at bestemmelsen tar sikte på å regulere oppdragsgivers forhandlingsrom, hvor minstekrav ikke er gjenstand for forhandling.

Et annet moment som er av relevans, er fortalens punkt 2 som omhandler direktivets formål. Det følger av anskaffelsesdirektivets fortale punkt 2 at anskaffelsesregelverket «skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal utnyttelse af de offentlige midler». Med andre ord, så er direktivets formål å sikre effektiv ressursbruk av offentlige midler.

Muligheten til å forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud, vil kunne gi en «optimal utnyttelse af de offentlige midler». Det kan sikre at flere er med i forhandlingsfasen, og fører til økt konkurranse. Dette kan resultere i en mer effektiv ressursbruk av det offentliges midler ved offentlige anskaffelser ettersom det vil være flere leverandører som konkurrerer i å levere det beste tilbudet med lavest pris.

På en annen side kan det argumenteres for at forhandlingsforbud vil gi en mer optimal utnyttelse av offentlige midler. Å forhandle er ressurskrevende for oppdragsgiver. Hvis oppdragsgiver må avvise før forhandling, så vil det være ressursbesparende for det offentlige ettersom man ikke trenger å forhandle med de som ikke oppfyller minstekravene.

Samlet synes ikke artikkel 29 (3) sett i sammenheng med fortalen å være til hinder for at en kan forhandle bort vesentlige avvik såfremt minstekravene fastholdes. Imidlertid er ikke bestemmelsen og fortalen klar i spørsmålet. Dermed må en se hen til øvrige rettskilder som er av relevans i tolkningen av hvorvidt artikkel 29 (3) godtar å forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud.

#### **4.4 Sentrale hensyn**

Flere av de hensyn som er tilknyttet anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper gjør seg gjeldende i vurderingen om artikkel 29 (3) åpner for å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Hensynet til forutberegnelighet kan tas til inntekt for at artikkel 29 (3) ikke skal forstås som at det foreligger forhandlingsadgang. En slik forhandlingsadgang kan resultere i mindre forutberegnelighet blant leverandørene. Det er fordi en forhandlingsadgang innebærer en rett til å kunne forhandle bort vesentlige avvik, ikke en plikt for oppdragsgiver. Dermed gis oppdragsgiver rom til å bestemme om han skal avvise tilbyder før eller etter forhandlingene.

En tolkning av direktivbestemmelsen som utelukker forhandlingsadgang ved tilbud med vesentlige avvik vil kunne gi økt forutberegnelighet og redusere risikoen for forskjellsbehandling.

Det reduserer risikoen for forskjellsbehandling fordi et forhandlingsforbud vil fjerne det skjønnet som en forhandlingsadgang vil gi oppdragsgiver. Dermed fjernes den risikoen for at forskjellsbehandling kan oppstå. Imidlertid må det bemerkes at oppdragsgiver har anledning til å endre konkurransegrunnlaget, såfremt det ikke dreier seg om vesentlige endringer.<sup>56</sup>

I tillegg vil et slikt forhandlingsforbud kunne gi økt forutberegnelighet ettersom leverandørene vet at manglende oppfyllelse av minstekrav ved første tilbud fører til avvisning. En slik regel sett i sammenheng med artikkel 29 (1) annet avsnitt første punktum synes å passe bra. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at:

«I udbudsdokumenterne anfører de ordregivende myndigheter udbuddets genstand ved at give en beskrivelse af deres behov og de karakteristika, der kræves». Videre fremgår det i annet punktum at «de ordregivende myndigheder anfører også, hvilke af beskrivelsens elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud».

Når oppdragsgiver informerer om hvilke krav som er minimumskrav, så gis leverandøren et tydelig signal om hvilke krav som må oppfylles. I tillegg informeres leverandørene om hva oppdragsgiver er åpen for å forhandle om. Et slikt system gjør det enklere for leverandørene å utarbeide et tilbud fordi leverandørene får vite hvilke krav som vil medføre avvisningsplikt hos oppdragsgiver hvis de ikke oppfyller disse kravene.

---

<sup>56</sup> Adgangen til å foreta endringer følger av artikkel 29 (5). Forbudet mot vesentlige endringer følger av fortalens avsnitt 81.

I tillegg til økt forutberegnelighet, så medfører et slikt system til god etterprøvnbarhet fordi det er oversiktlig, og legger enkelt opp til at tilbyderne kan kontrollere oppdragsgiver under konkurransen med forhandling.

Hensyn som taler for at det foreligger adgang til å forhandle bort vesentlige avvik vil for det første være hensynet til likebehandling. Hvis oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling står fast ved minstekravene, så er det vanskelig å se hvordan en forhandling med tilbud som inneholder vesentlige avvik vil stride mot hensynet til likebehandling. Minstekravene vil få sin fulle virkning og alle leverandørene vil måtte forholde seg til de samme minstekravene.

En slik fastholdelse av minstekravene vil også bidra til gjennomsiktighet i form av at alle leverandørene vet at minstekravene står fast og skulle et vinnende tilbud ikke oppfylle alle minstekravene etter forhandling, så vil leverandørene kunne kontrollere dette gjennom innsynsreglene. Av den grunn taler hensynet til gjennomsiktighet og likebehandling i retning av at artikkel 29 (3) skal forstås som at det er tillatt å forhandle bort vesentlige avvik.

Også systembetraktninger gjør seg gjeldende i tolkningen av spørsmålet om EU-retten tillater å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik. I anskaffelsesdirektivets artikkel 29 (7) slås det fast at:

«de ordregivende myndigheter kontrollerer, at de endelige tilbud oppfyller minimumskravene og overholder artikkel 56, stk. 1, vurderer de endelige tilbud på grundlag af tildelingskriterierne og tildeler kontrakten i overensstemmelse med artikkel 66-69.».

Bestemmelsen slår fast at oppdragsgiver skal kontrollere at de endelige tilbudene oppfyller minstekravene. Sett i lys av systembetraktninger vil artikkel 29 (7) være av svært liten betydning hvis oppdragsgiver må avvise tilbud med vesentlige avvik før forhandlingene er begynt. Artikkel 29 (7) vil da ikke være av særlig praktisk betydning. Systembetraktninger tilsier derfor at artikkel 29 (3) skal forstås slik at oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud.



## 4.5 Artikkel 29 (3) sin forhistorie

Annet moment som kan trekkes frem i tolkningen av artikkel 29 (3) er direktivbestemmelsens forhistorie. Det vil si det fremlagte forslaget til det som i dag er artikkel 29 (3).

Bestemmelsens forhistorie er av relevans fordi den gir innsikt i hva det tiltenkte formålet til bestemmelsen var.

I forslaget til gjennomføring av artikkel 29 (3) fremgår det at oppdragsgiver skal forhandle med tilbyderne «med henblikk på at forbedre innholdet af tilbudene, således at de bedre svarer til tildelingskriterierne og minimumskravene».<sup>57</sup> Sammenlignet med artikkel 29 (3), så kan en konstatere at begge ordlydene slår fast at tilbudenes innhold skal forbedres.

Forslagets henvisning til minimumskravene viser at forslaget er tydeligere sammenlignet med endelig ordlyd på at tilbudene kan endres med det formål å oppfylle minstekravene. I tillegg må det bemerkes at i forslaget til direktivbestemmelsen fremgår det at:

«følgende forhold ændres ikke i løbet af forhandlingerne: a) Beskrivelsen af udbuddet  
b) Den del af de tekniske specifikationer, hvori minimumskravene er fastlagt c)  
Tildelingskriterierne.».<sup>58</sup>

Som det fremgår av forslaget kan vi se at det kun gjaldt et forbud mot endringer i minstekravene. Det fremgår ikke noe forbud i forslaget om at oppdragsgiver ikke kan forhandle vekk forbehold som avviker fra minstekravene i et tilbud.

Direktivbestemmelsens forhistorie taler derfor i retning av at en bør kunne forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

## 4.6 Andre medlemstaters rett

Det er ikke en unison forståelse av Nordecon-dommen og dens virkning blant EU-landene. De fleste medlemsstatene synes å praktisere regelverket slik at det ikke foreligger adgang. I Danmark praktiseres det slik at oppdragsgiver kan forhandle med tilbud som inneholder

---

<sup>57</sup> KOM/2011/0896 artikkel 27 (3) første avsnitt.

<sup>58</sup> KOM/2011/0896 artikkel 27 (3) annet avsnitt.

vesentlige avvik med det formål å få tilbyder til å fravike de vesentlige avvikene i et fornyet tilbud.<sup>59</sup>

## **4.7 Konklusjon**

Etter å ha gjennomgått rettskildene i spørsmålet om EU-retten tillater oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling, så foreligger det gode grunner for begge tolkningsalternativene.

Hensynet til forutberegnelighet og enkel praktisering av regelverket støtter opp om å legge Nordecon-dommens konklusjon til grunn i tolkningen av artikkel 29 (3). Men på den annen side, så peker hensyn om konkurranse og effektiv ressursbruk i retning av at en bør se vekk i fra Nordecon-dommens konklusjon. I tillegg er det et poeng at ordlyden i artikkel 29 (3) ikke er formulert i samsvar med Nordecon-dommens konklusjon.

Samlet sett er det flere gode grunner for å se bort ifra Nordecon-dommens konklusjon i tolkningen av artikkel 29 (3). Dermed synes EU-retten å åpne for at oppdragsgiver kan forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, med det formål å få tilbyder til å fravike de vesentlige avvikene.

Selv om EU-retten er åpen for en slik forhandlingsadgang, så betyr ikke det nødvendigvis at norsk rett tillater det. EU-retten oppstiller de rammene som medlemsstatene må forholde seg til. Når EU-retten verken oppstiller en plikt eller begrensning angående forhandlingsadgang, så gis medlemsstatene spillerom til å regulere dette selv.

I det følgende skal det undersøkes nærmere hvorvidt norsk rett tillater å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

## **5 Tillater norsk rett oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling?**

### **5.1 Oppdragsgivers forhandlingsadgang**

Konkurranse med forhandling reguleres av forskriftens § 23-7 annet ledd. Det følger av forskriftens første punktum at oppdragsgiver skal i utgangspunktet forhandle med alle

---

<sup>59</sup> Midtun (2022) side 381 med videre henvisninger.

leverandørene. Imidlertid kan oppdragsgiver redusere antall tilbud å forhandle med, jf. forskriftens § 23-11.

Videre følger det av § 23-11 annet punktum at forhandlingene «kan gjelde alle sider ved tilbudet». Det er i utgangspunktet ikke noen begrensninger i hva oppdragsgiver kan forhandle om vedrørende tilbudet.

Videre fremgår det i bestemmelsens tredje punktum at det ikke er tillatt å forhandle om «tildelingskriteriene og absolutte krav». Det er blitt påpekt at tredje punktum ikke nevner hvorvidt disse begrensningene gjelder for tilbudet eller konkurransegrunnlaget.<sup>60</sup> Av den grunn er bestemmelsen noe uklar.

Denne uklarheten kan skyldes at departementet har valgt å foreta en sammenblanding hvor begrensningene gjelder både for tilbudet og konkurransegrunnlaget. Men på den andre siden fremstår dette som en kunstig oppstilling. Det er ikke vanlig at leverandører innleder til forhandling om tildelingskriterier og absolutte krav i sitt innleverte tilbud. Leverandørens tilbud inneholder hva de kan tilby basert på de krav og kriterier som fremgår av konkurransedokumentene.

Forbudet mot å forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav gjelder derfor for oppdragsgiver, ettersom det er de som bestemmer hvilke punkter det kan forhandles om når de utarbeider konkurransegrunnlaget.

Oppsummert, vedrørende oppdragsgivers forhandlingsadgang er det rettslige utgangspunktet at oppdragsgiver kan forhandle om alle sidene ved tilbudet, såfremt det ikke gjelder fastsatte tildelingskriterier og absolutte krav. Forskriftens § 23-7 legger dermed rammene for hva oppdragsgiver kan forhandle om i en konkurranse med forhandling.

---

<sup>60</sup>Youtube (2021).

## 5.2 Fremgangsmåte ved avvisning

### 5.2.1 Rettslig utgangspunkt

Etter forskriftens § 24-8 (1) bokstav b sin ordlyd fremgår det at «oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Denne regelen er absolutt, jf. ordlyden «skal». Tilbud i en konkurranse med forhandling som inneholder vesentlige avvik skal derfor avvises.

Forskriftens § 24-8 regulerer ikke når tilbudet skal avvises. Fremgangsmåten ved avvisning reguleres av forskriftens § 24-10. Her fremgår det at i første ledd første punktum at «oppdragsgiveren skal ta stilling til spørsmålet om avvisning snarest mulig».

Uttrykket «snarest mulig» uttaler ikke en eksplisitt frist for når oppdragsgiver må foreta vurderingen om avvisning, men tilsier at avvisningsvurderingen må gjøres kjapt. Imidlertid gis oppdragsgiver rom til å bruke noe tid på en slik vurdering. Dette er for å sikre at oppdragsgiver får tid til å foreta forsvarlige vurderinger angående avvisningsspørsmålet.

Hva som anses som «snarest mulig» beror på en konkret helhetsvurdering av hva forsvarlig saksbehandling vil være i det konkrete tilfellet.<sup>61</sup> Anskaffelsens omfang og kompleksitet vil variere, og ved større anskaffelser vil oppdragsgiver gis noe mer tid sammenlignet med en mindre anskaffelse.

#### 5.2.1.1 Hensyn som taler for at oppdragsgiver må gjennomføre vurderingen raskt

I avvisningsvurderingen er det særlig to hensyn som begrunner at vurderingen må gjøres raskt. Det ene er tilbyderens mulighet til å klage. Vurderingen må foretas raskt nok slik at leverandøren gis mulighet til å fremsette klage før kontrakten tildeles.<sup>62</sup>

Det andre er av hensyn til disponering av ressurser. Det er vanlig at leverandører deltar i flere konkurranser samtidig. Derfor må leverandørene hele tiden foreta vurderinger av hvorvidt de har ressurser til å legge inn tilbud som de potensielt kan vinne. Av den grunn legger ikke

---

<sup>61</sup> KOFA-2005-200 avsnitt 24.

<sup>62</sup> Dragsten (2013) side 235.

leverandører inn flere tilbud enn de «tåler» å vinne ettersom tilbudene er bindende gjennom vedståelsesfristen.<sup>63</sup>

Hvis leverandøren blir avvist, frigis ressurser til å by på andre kontrakter. Gjøres avvinningsvurderingene sakte, så medfører det til at oppdragsgiver «holder» unødvendig lenge på leverandørens ressurser. Anskaffelseslovens formålsbestemmelse § 1 om effektiv ressursbruk av samfunnets ressurser, tilsier at oppdragsgiver ikke må binde mer ressurser enn nødvendig. Derfor må oppdragsgivere etterstrebe å foreta avvinningsvurderinger så raskt som mulig.

### **5.2.2 Muligheten til å utsette avvinningsvurderingen til etter forhandlinger**

Unntak fra det rettslige utgangspunktet om å avvise snarest mulig, fremgår av forskriftens § 24-10 annet ledd annet punktum. Det følger av ordlyden at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling kan «utsette avgjørelsen om avvinningsvurdering etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd til han har avsluttet forhandlingene eller dialogen». Bokstav a gjelder tilbud som ikke anses som bindende og bokstav c gjelder tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen.

I de tilfeller hvor det foreligger avvinningsgrunn etter de nevnte tilfellene, så kan avgjørelsen om avvinningsvurdering utsettes til etter at forhandlingene er gjennomført. Det innebærer at tilbudet kan gjennom forhandlingsprosessen endres slik at det ikke lenger foreligger avvinningsgrunn etter anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav a eller c.

Det må bemerkes at bestemmelsens ordlyd «kan» tilsier at oppdragsgiver gis her et skjønn til å foreta en vurdering hvorvidt tilbudet skal avvises med en gang eller utsettes til etter forhandlingene er blitt fullført.

Anskaffelsesforskriftens § 24-10 annet ledd annet punktum angir positivt hvilke tilfeller som oppdragsgiver kan utsette avgjørelsen om avvinningsvurdering etter forhandling. Ordlyden er taus hvorvidt en avgjørelse etter § 24-8 første ledd bokstav b kan utsettes til forhandlingene er avsluttet. Som det tidligere er blitt nevnt, så er forskriftens § 24-8 første ledd bokstav b

---

<sup>63</sup> Se Goller (2017) side 226.

hjemmelen for avvisningsplikt når det foreligger tilbud som avviker vesentlig fra anskaffelsesdokumentene.

Spørsmålet som reiser seg, er om utelatelsen av § 24-8 første ledd bokstav b innebærer at oppdragsgiver ikke kan utsette avvisningsvurderingen til etter forhandlingene når det foreligger tilbud som inneholder vesentlige avvik.

### **5.2.3 Ordlyden og mulige tolkningsalternativer**

Utelatelsen av § 24-8 første ledd bokstav b, kan forstås som at departementet har bevisst valgt å slå fast at oppdragsgiver ikke kan utsette avvisningsvurderingen ved tilbud som inneholder vesentlige avvik. Det er fordi ordlyden angir en positiv opplisting av tilfeller for når en kan utsette avvisningsvurderingen. Antitetisk tolkning av bestemmelsen tilsier derfor at oppdragsgiver ikke kan utsette avvisningsavgjørelsen ved tilbud som inneholder vesentlige avvik.

En slik fortolkning av bestemmelsen innebærer at en må tilbake til hovedregelen hvor oppdragsgiver skal foreta avvisningsvurderingen «snarest mulig», jf. § 24-10 første ledd første punktum. Det vil bety at vurderingen vil gjøres før forhandlingene, og hvis tilbudet inneholder vesentlige avvik, så vil tilbudet bli avvist før forhandlingene er igangsatt.

Hvorvidt en regel gir grunnlag for antitese beror på en tolkning av regelen selv, og tilgrensede regler.<sup>64</sup> En bør generelt utvise forsiktighet ved bruk av antitetisk tolkning ettersom enkelte ganger velger lovgiver å la rettslige problemstillinger stå åpent slik at det overlates til den videre rettsutviklingen i domstolene. En slik overlatelse er en del av det samspillet mellom lovgiver og domstolene i forbindelse med rettsutviklingen. Dette kan gjøres eksplisitt hvor det uttrykkelig fremgår av forarbeidene, eller implisitt hvor lovgiver bruker vage og upresise formuleringer knyttet til en bestemmelse.<sup>65</sup>

At lovgiver har valgt å la problemstillingen stå åpen angående anskaffelsesforskriftens § 24-10 annet ledd og dens utelatelse av forskriftens § 24-8 første ledd bokstav b er ikke utenkelig. En ordlydsfortolkning vil ikke være tilstrekkelig til å fastslå at forskriftens § 24-10 (2) skal

---

<sup>64</sup> Skoghøy (2018) side 67.

<sup>65</sup> Backer (2016) side 303.

tolkes antitetisk. Det beror på hvorvidt øvrige relevante rettskilder støtter opp om en slik motsetningsslutning.

#### **5.2.4 Forenklingsutvalget**

Som det ble nevnt i kapittel 2.1.3, så ble forenklingsutvalget nedsatt for å vurdere og foreslå endringer i regelverket for offentlige anskaffelser innenfor klassisk sektor. Angående oppgavens tema, fremgår det på side 230 i utredningen hvordan utvalget forstår Nordecon-dommen.

For det første fremholder utvalget at Nordecon-dommen er klar når det gjelder tilbud som avviker fra absolutte krav. Utvalget tolker avgjørelsen slik at «direktivene ikke tillater oppdragsgiver å føre forhandlinger med leverandører om tilbud som ikke oppfyller de bindende kravene som er fastsatt i de tekniske spesifikasjonene». Dette begrunner utvalget med henvisning til prinsippene likebehandling og gjennomsiktighet, deretter siteres domspremiss 38.

Videre finner utvalget det uklart om:

«dette gjelder for vesentlige avvik generelt, eller bare der tilbudet avviker fra absolutte krav. Det er videre uklart om denne avgjørelsen innebærer at det overhodet ikke vil være tillatt for oppdragsgiver å innlede noen form for forhandlinger der et tilbud inneholder vesentlige avvik/avvik fra minstekrav».

Det som er verdt å bemerke ved overnevnte sitat er at utvalget ikke er sikker i hvorvidt Nordecon-dommen innebærer et forbud i et tilfelle hvor oppdragsgiver forhandler bort vesentlige avvik i et tilbud. Utvalgets flertall stiller spørsmål ved om det vil være i strid med:

«likebehandlingsprinsippet hvis oppdragsgiver i første runde, uten å forhandle om andre elementer i tilbudet, forsøker å få bortforhandlet et eventuelt vesentlig avvik, og bare dersom dette lykkes innleder reelle forhandlinger med leverandørene eller tildeler kontrakt».

Videre fremgår det av utredningen at utvalgets flertall mener oppdragsgivere:

«bør ha mulighet til å søke å bortforhandle også vesentlige avvik for anskaffelser omfattet av den nasjonale delen av regelverket. Gis en slik adgang, vil man kunne unngå avvisning og dermed oppnå størst mulig grad av konkurranse».

Som det er blitt vist til, så fant ikke utvalgets flertall det som klart hvorvidt Nordecon-  
dommen forbyr oppdragsgiver i å forhandle bort vesentlige avvik eller ikke. Ut ifra de  
grunnleggende prinsippene, så har utvalget vansker med å se at prinsippene blir brutt ved å  
tillate oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik.

I forlengelsen av dette kan det også bemerkes at utvalgets flertall foreslo en ny bestemmelse  
som skulle slå fast at:

«oppdragsgivere kan vente med å foreta en vurdering av om en leverandør skal avises  
på grunn av vesentlige avvik, til eventuelle forhandlinger har vært gjennomført. Det  
tilbudet som til slutt aksepteres må naturligvis ikke inneholde noen vesentlige avvik».

Forslaget innebærer at oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud. Forslaget  
fra utvalgets flertall viser at de var av den oppfatning at det foreligger en forhandlingsadgang,  
og det burde fremgå av det som er dagens anskaffelsesforskrift.

Selv om Forenklingsutvalget argumenterer for en regel som innebærer at oppdragsgiver kan  
forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, så er forarbeidet av begrenset vekt.  
Det skyldes som tidligere nevnt at forarbeidet i stor grad handler om hvordan Norge skal  
gjennomføre de EØS-rettslige forpliktelsene. Derfor er forarbeidet av stor informasjonsverdi,  
men begrenset rettskildeverdi.<sup>66</sup>

### **5.2.5 Høringsnotat 2, Ny forskrift om offentlige anskaffelser**

I forbindelse med det nye anskaffelsesdirektivet ble det utarbeidet et høringsnotat av  
departementet. Høringsnotatet er departementets forslag til gjennomføring av det som er  
dagens anskaffelsesforskrift, som avløser den gamle forskriften av 7. april 2006 nr. 402.

I notatets punkt 3.4.4 på side 29 tar departementet utgangspunkt i Forenklingsutvalgets  
forslag om ny bestemmelse som gjelder avvisning på grunn av forhold ved tilbudet.<sup>67</sup>

Angående forslaget uttaler departementet:

«Når det gjelder avvisning på grunn av vesentlige avvik, har utvalget foreslått at  
oppdragsgiver kan foreta en vurdering av om det foreligger et slikt avvik etter at

---

<sup>66</sup> Se oppgavens kapittel 1.2.3.

<sup>67</sup> NOU 2014:4 kapittel 25.4.5.2.



eventuelle forhandlinger er gjennomført. En slik regel kan ikke gjelde i forskriftens del III, ettersom det i del III fortsatt vil gjelde et forhandlingsforbud i anbudskonkurranser. og trolig også visse begrensninger i hva man kan forhandle om også i en forhandlet prosedyre, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-561/12».

Som det fremgår av sitatet var departementet avvisende til Forenklingsutvalgets forslag om å fastsette en bestemmelse som ville gi oppdragsgiver adgang til å forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud.

Departementets avvisning av forslaget er begrunnet i to forhold. Det ene er at en generell bestemmelse i anskaffelsesforskriftens del III vil omfatte både anbudskonkurranser og konkurranser med forhandlinger. Anbudskonkurranser etter anskaffelsesforskriftens del III tillater ikke forhandlinger, kun avklaringer. Derfor kunne det ikke inntas en generell bestemmelse.

Det andre forholdet er at departementet mente at det «trolig også foreligger visse begrensninger» i hva oppdragsgiver kan forhandle om i en forhandlet prosedyre. Dette begrunnes med henvisning til Nordecon-dommen. Departementets formulering «trolig» medfører til at departementets begrunnelse modereres ettersom departementet gir med dette uttrykk for at de ikke er sikker.

Departementet er ikke tydelig på hvilke begrensninger Nordecon-dommen trolig innebærer. Det kan tenkes at det er en henvisning til de begrensninger som ble innført av Nordecon-dommen, som var at oppdragsgiver under forhandlingene ikke kan endre minstekrav. Men ettersom departementet ikke utdyper hvilke begrensninger, så forblir det uklart hva departementet har ment her.

Et annet poeng som må bemerkes er at ordlyden «begrensninger» er en meget uheldig ordlyd hvis departementet mener Nordecon-dommen oppstiller et forbud mot å forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud. Nordecon-dommen var avsagt og offentlig kjent på det tidspunkt departementet begynte utarbeidelsen av det som er dagens anskaffelsesforskrift. Hvis departementet mente Nordecon-dommen tilsa et forbud, så burde det ha fremgått av høringsnotatet istedenfor formuleringen trolig visse begrensninger.

Ettersom departementet avviste forenklingsutvalgets forslag som ville gitt oppdragsgiver mulighet til å forhandle bort vesentlige avvik, så er spørsmålet om avvisningen tilsier at

departementet har inntatt det standpunkt at det ikke foreligger adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Som det er blitt vist til, så bygger departementets avvisning på to forhold. Når en leser begrunnelsen, er det lite tvil å spore angående førstnevnte forhold. Det er nærliggende å anta departementets avvisning bygger på det førstnevnte forholdet ettersom departementet er uklar angående hvilke begrensninger Nordecon-dommen innebærer.

Hvorvidt høringsnotatet gir grunnlag for å tolke forskriften i den retning at det foreligger forhandlingsadgang, er delte i juridisk teori. Midtun har anført at høringsnotatet ikke gir grunnlag for å tolke anskaffelsesforskriften i den retning at oppdragsgiver har forhandlingsadgang ved tilbud som inneholder vesentlige avvik.<sup>68</sup>

Midtun begrunner det med at dersom man ønsket å åpne for å tolke forskriften slik at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling kan forhandle bort vesentlige avvik, ville det vært mer naturlig å ikke ta inn presiseringen om bokstav a og c, men heller holde seg til den løsning man hadde i tidligere anskaffelsesforskrift.<sup>69</sup>

Løsningen etter den tidligere anskaffelsesforskriften dreide seg om at en kun hadde hovedregelen om at oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til spørsmålet om avvisning. Bestemmelsen ble tolket slik at den åpnet for at en kunne forhandle med tilbud som inneholdt vesentlige avvik.

På den andre siden har Thue mfl. argumentert i den retning at bestemmelsen må forstås som at lovgiver ikke har tatt stilling til spørsmålet.<sup>70</sup> Standpunktet begrunnes blant annet i at høringsnotatet ikke bidrar til klarhet slik det er blitt formulert. Av den grunn vil den beste forståelsen være at lovgiver ikke har tatt stilling til spørsmålet med henblikk til den åpne formuleringen i høringsnotatet.

Midtun har et poeng i at hvis lovgiver ønsket forhandlingsadgang, så ville departementet gått for en annen løsning, eksempelvis samme løsning som tidligere anskaffelsesregelverk. Men hvis ønsket er å innta en stilling hvor man er åpen i spørsmålet, hva ville en naturlig måte for

---

<sup>68</sup> Midtun (2022) side 372.

<sup>69</sup> Midtun (2022) side 372-373.

<sup>70</sup> Thue mfl. (2018) side 969.

departementet vært å innta da? Det er ikke noe nytt at lovgiver velger å holde spørsmål åpen i tolkning av lovbestemmelser hvor de overlater spørsmålet til rettsutviklingen gjennom domstolen.

Hvis en snur noe på Midtuns argumentasjon, så kan en stille seg spørsmålet, hva ville vært naturlig hvis departementet ikke ville tillate forhandlingsadgang? Ville det ikke vært naturlig at departementet i utarbeidelsen av høringsnotatet inntar et klart standpunkt om at det ikke foreligger forhandlingsadgang?

Når høringsnotatet verken tar klart standpunkt for eller imot forhandlingsadgang, så gir det grunnlag for å si at departementet har valgt å holde spørsmålet åpent. Avvisningen til forenklingsutvalgets forslag, kan ikke tas til inntekt for at departementet har avvist at det foreligger en forhandlingsadgang ved tilbud som inneholder vesentlige avvik.

### **5.2.6 Nærings- og Fiskeridepartementet og DFØ sine veiledere**

Etter at anskaffelsesforskriften ble vedtatt, besluttet departementet å utarbeide en veileder til forskriften. Hensikten var å sikre klargjøring av regelverket slik at det ble gjennomført bedre og effektive innkjøp.

I veilederens punkt 36.4.3 fremgår det at i en konkurranse med forhandling kan ikke oppdragsgiver «utsette å avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. § 24-10 annet ledd annet punktum». Departementets veileder er klar i spørsmålet om oppdragsgiver kan utsette avvisning av tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Sammenligner man veilederen med høringsnotat, så kan en se at departementet siden høringsnotatet har inntatt en annen tilnærming til spørsmålet om oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud. Fra å være noe usikker i høringsnotatet, så er departementet klar i sin veileder angående spørsmålet om oppdragsgiver kan utsette avvisning av tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Direktoratet for forvaltning av IKT (Tidligere DIFI, nå DFØ) har i sin anskaffelsesveileder fra juni 2017 uttalt seg angående problemstillingen. Veilederen er ment til å gi praktiske råd og tips til innkjøperne om hvordan man i en offentlig anskaffelse kan forberede og gjennomføre en konkurranse med forhandling.

I veilederens punkt 3.6 fremgår det at:

«det er en begrensning i forhandlingsadgangen når det gjelder i forhold til vesentlige avvik i innleverte tilbud. For forhandlinger over EØS-terskelverdi er det ikke tillatt å forhandle om tilbud som opprinnelig inneholder vesentlige avvik, typisk avvik fra kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene. I utgangspunktet må du altså avvise slike tilbud før du starter med forhandlingene».

Både departementet og DFØ sin veileder taler i retning av at oppdragsgiver ikke kan forhandle bort vesentlige avvik. Selv om disse veilederne peker i den retning, så er disse som tidligere nevnt sekundære rettskilder. Det betyr at deres rettskildeverdi bygger på dens argumentasjonsverdi.

Som det er blitt gjennomgått, så fremgår det ikke av veilederne noe mer enn at forskriftens § 24-10 annet ledd annet punktum ikke gir oppdragsgiver mulighet til å utsette avvisning av et tilbud som inneholder vesentlige avvik. Uttalelsene ville vært av større argumentasjonsverdi hvis en viste til Nordecon-dommen, og redegjorde for hva departementet og direktoratet utleder av denne avgjørelsen.

I spørsmålet om hvorvidt oppdragsgiver har en forhandlingsadgang eller ikke, så tilsier DFØ og departementet sine veiledere at det ikke foreligger en forhandlingsadgang, men uttalelsene er av begrenset vekt.

### **5.2.7 KOFA-2021-2139**

KOFA-2021-2139 gjaldt en konkurranse med forhandling hvor innklagede skulle anskaffe en ny gang- og sykkelbru. Klager hadde i sitt tilbud tatt noen forbehold som innklagede mente utgjorde en betydelig risikoforskyvning og måtte anses som vesentlige avvik.

Klager anførte at det ikke forelå vesentlige avvik, men for det tilfellet at det forelå, mente klager at innklagede uansett ikke hadde adgang til å avvise klagers tilbud uten å ha gitt klager anledning til å frafalle de uakseptable forbeholdene.

Spørsmålet KOFA måtte ta stilling til var om oppdragsgiver har en plikt til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, hvor tilbyder gis mulighet til å fravike de vesentlige avvikene. Spørsmålet har en liten forskjell til oppgavens tema siden oppgaven ta for seg om det foreligger en rett, ikke en plikt slik som i denne KOFA-avgjørelsen.

KOFA kom frem til at det forelå vesentlige avvik i tilbudet. Videre uttalte KOFA at det ikke kan oppstilles en plikt hos oppdragsgiver til å gi en «leverandør anledning til å frafalle et vesentlig avvik i form av en reservasjon mot anskaffelsesdokumentene.»<sup>71</sup> KOFA kunne valgt å lande saken her siden spørsmålet var om det forelå en plikt.

KOFA velger imidlertid å uttale seg om oppdragsgivers adgang til å forhandle bort vesentlige avvik. Altså, hvis oppdragsgiver hadde ønsket det, kunne oppdragsgiver forhandle med den aktuelle tilbyderen hvor formålet var å få tilbyder til å fravike de vesentlige avvikene i sitt tilbud.

KOFA tar for seg NFD og DFØ sine veiledere hvor de uttaler at disse er gitt som etterfølgende uttalelser om hvordan reglene skal forstås, og «de skal tillegges liten vekt.». Her viser de til juridisk litteratur som støtte for sitt syn.<sup>72</sup>

Videre uttaler KOFA i premiss 38 for det første at:

«Nemnda bemerker imidlertid at forskriften ikke uten videre støtter opp om departementets forståelse av regelverket. Selv om § 24-10 (2) ikke åpner for å utsette avvsningsvurderingene etter § 24-8 (1) bokstav b) til forhandlingene er avsluttet, ser ikke forskriften ut til å stenge for at avvsningsvurderingen gjøres etter at det er innledet forhandlinger, men før de avsluttes».

I følge KOFA må en altså skille mellom den situasjonen hvor man igangsetter forhandlingene og situasjonen hvor man avslutter forhandlingene. Videre mener KOFA at det er et handlingsrom mellom disse to tidspunktene hvor oppdragsgiver kan forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik før forhandlingene avsluttes.

Videre peker vurderingen på det europeiske rammeverket og departementets tolkning av begrensningene det setter i avsnitt 38:

«Heller ikke anskaffelsesdirektivet, direktiv 2014/24/EU art 29 nr. 7 ser ut til å støtte opp om departementets forståelse. Denne bestemmelsen konstaterer at oppdragsgiver skal kontrollere at de endelige tilbudene oppfyller samtlige minimumskrav. Det er

---

<sup>71</sup> Avsnitt 39.

<sup>72</sup> Avsnitt 37.

imidlertid ikke ensbetydende med at oppdragsgiver er avskåret fra å gi en leverandør anledning til å frafalle et vesentlig avvik i tilbud som er avgitt før det endelige tilbudet.».

KOFA er tydelig på at det er en adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik. KOFA viser en helt annen tilnærming til problemstillingen sammenlignet med tidligere KOFA-avgjørelser.<sup>73</sup>Ved tidligere avgjørelser har KOFA valgt å ikke ta stilling til problemstillingen. Selv om KOFAs avgjørelse peker i en annen retning enn tidligere avgjørelser, må det imidlertid bemerkes at avgjørelsen inneholder noen svakheter.

For det første må det bemerkes er at KOFA foretar en relativt kort drøftelse av et prinsipielt viktig spørsmål. KOFA går ikke i dybden av spørsmålet ettersom de ikke tar for seg de ulike rettskildene og de hensyn som gjør seg gjeldende i spørsmålet om oppdragsgiver kan utsette avgjørelsen om avvisning til forhandlingene er blitt avsluttet.

KOFA tar heller ikke stilling til hvordan Nordecon-dommen skal forstås og hva dommen innebærer. Det kan tenkes at KOFA har vurdert det slik at man ikke ønsker å uttale seg om hvordan Nordecon-avgjørelsen skal forstås. Eller så finner KOFA Nordecon-dommen som lite relevant siden den er avsagt etter det gamle anskaffelsesdirektivet.

Uansett, det at KOFA ikke nevner Nordecon-dommen er med på å skape uklarhet rundt KOFA sin avgjørelse. En slik usikkerhet kan medføre til at det er lettere å tolke bort denne avgjørelsen.

Det foreligger ikke på nåværende tidspunkt noen andre KOFA-avgjørelser som støtter opp om KOFA-2021-2139. Hadde det foreligget flere KOFA-avgjørelser som ga tilslutning til denne avgjørelsen, så ville den ha stått seg sterkere. Når det ikke er tilfellet, så står denne avgjørelsen svakt.

I tillegg må det bemerkes at premiss 38 er et obiter dictum, noe som svekker uttalelsens rettskildemessige vekt ytterligere. Når det er sagt, så er dette en relativt ny avgjørelse. Det gjenstår dermed å se om KOFA i fremtidige avgjørelser blir å legge seg på samme linje som KOFA-2021-2139.

---

<sup>73</sup> KOFAs tilnærming til problemstillingen i tidligere avgjørelser er blitt gjennomgått i kapittel 3.

Alt i alt, så legger avgjørelsen grunnlag for en annen tilnærming en tidligere avgjørelser fra KOFA i spørsmålet om oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud. Avgjørelsen taler derfor i retning av at det foreligger en forhandlingsadgang ved tilbud som inneholder vesentlige avvik, men dens vekt er begrenset.

### **5.2.8 LB-2022-60123**

LB-2022-60123 gjaldt anskaffelse av en rammeavtale for nettverksutstyr.

Anskaffelsesprosedyren for denne anskaffelsen var konkurransepreget dialog. Dette er en annen anskaffelsesprosedyre enn konkurranse med forhandling.

Dommen er i utgangspunktet ikke av relevans for oppgavens tema. Men ettersom lagmannsretten uttaler seg generelt om forståelsen av forskriftens § 24-10 annet ledd, så er dommen av relevans for denne oppgaven.

I vinnende tilbyders endelige tilbud var det tre punkt som ikke oppfylte minstekravene i konkurransegrunnlaget. Avvikene ble imidlertid fjernet ved at selskapet optimerte sitt tilbud med hjemmel i forskriftens § 24-9 annet ledd.

I saksøkers anførsler ble det vist til forskriftens § 24-10 annet ledd hvor klager argumenterte for at ordlyden tilsa at en avgjørelse om avvisning skal skje tidlig, før en kommer til det punkt at en kan optimere endelig tilbud.

En slik forståelse delte ikke lagmannsretten. Lagmannsretten mente:

«at anskaffingsforskrifta § 24-10 andre ledd ikkje kan tolkast til støtte for at absolutte krav aldri kan bøtast på ved optimering. Sjølv om ordlyden i § 24-10 andre ledd ikkje viser til § 24-8 første ledd bokstav b om vesentlige avvik, er det uklart om det blei tatt sikte på å regulera desse typetilfella. Lagmannsretten meiner at eit obiter dictum i KOFA-2021-2139 avsnitt 38 gjev støtte for dette. Lagmannsretten meiner at det faktum at det er gjeve ein generell særregel om optimering av endelege tilbod ved konkurranseprega dialog uansett tilseier at det er lite naturleg å tolka anskaffingsforskrifta § 24-10 andre ledd slik Telenor argumenterer for».

Det første en kan bemerke er lagmannsrettens setning om at «Sjølv om ordlyden i § 24-10 andre ledd ikkje viser til § 24-8 første ledd bokstav b om vesentlige avvik, er det uklart om det blei tatt sikte på å regulera desse typetilfella.». Med «desse typetilfella», må forstås som

en henvisning til de tilfeller hvor tilbyder har innlevert et tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Lagmannsretten mente det var uklart om disse tilfellene er regulert av 24-10 annet ledd. I neste setning fremgår det at lagmannsretten mener at «eit obiter dictum i KOFA-2021-2139 avsnitt 38 gjev støtte for dette». Det er noe vanskelig å forstå lagmannsretten ettersom disse typetilfellene er blitt omtalt både i forarbeid, høringsnotat og NFDs veileder. Derfor blir det noe upresist av lagmannsretten å mene at det ikke er blitt tatt sikte på å regulere denne problemstillingen.

At KOFA-2021-2139 avsnitt 38 blir trukket frem til støtte for lagmannsrettens standpunkt er også noe vanskelig å forstå. Som det er blitt nevnt, så gir denne KOFA avgjørelsen støtte for at det er adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik. Det gis ikke noe uttalelse hvorvidt det er uklart om § 24-10 annet ledd regulerer tilfeller hvor det dreier seg om vesentlige avvik.

En annen måte å se henvisningen til KOFA sitt obiter dictum er at den illustrerer den uklarheten som lagmannsretten mener foreligger angående problemstillingen. Lagmannsretten går ikke nærmere inn på kjernen i problemstillingen eller nevner øvrige rettskilder. Det er en noe svak rettskildebruk når ikke Nordecon-dommen blir nevnt, noe som ville vært naturlig å trekke frem når en går inn på problemstillingen.

Lagmannsrettens henvisning til KOFA må forstås som støtte for lagmannsrettens standpunkt om at det er uklart hvorvidt det er blitt tatt sikte på å regulere det tilfellet hvor det foreligger vesentlige avvik i et tilbud.

Det er blitt uttalt at avgjørelsen i likhet med KOFA-2021-2139 peker i retning av en mer romslig tilnærming til oppdragsgivers håndtering av tilbud med vesentlige avvik.<sup>74</sup>

Lagmannsrettens henvisning til KOFA-2021-2139 premiss 38 kan ses som støtte til KOFAs obiter dictum som taler for at det foreligger en romsligere tilnærming for oppdragsgiver i håndtering av tilbud med vesentlige avvik.

---

<sup>74</sup> Anbud365 (2022).



Lagmannsretten tar ikke stilling til om det foreligger en adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik. Derfor vil det være å trekke avgjørelsen noe langt ved å si at Lagmannsretten støtter den linjen som KOFA-2021-2139 har lagt seg på.

Sett avgjørelsen opp mot Skanska-dommen, så fraviker avgjørelsen den linjen som fremgår av Skanska-dommen.<sup>75</sup> I Skanska-dommen mente lagmannsretten i lys av Nordecon-dommen at det ikke er mulig å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

Ut ifra dette kan det konstateres at avgjørelsen tar ikke stilling til hvordan forskriftens § 24-10 annet ledd skal forstås. Men avgjørelsen må sies å åpne for at det kan være adgang til å forhandle bort vesentlige avvik, ettersom lagmannsretten mente det var uklart om forskriftens § 24-10 annet ledd gir en slik adgang. Et slikt syn gir mer til inntekt for at det foreligger adgang til forhandling siden tidligere praksis har uttalt at det ikke er lov å forhandle bort vesentlige avvik.

Midtun har fremholdt at rettspraksis tilsier at forskriften må tolkes slik at oppdragsgiver ikke har adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.<sup>76</sup> Det begrunnes med nevnte rettspraksis i kapittel 3.<sup>77</sup>

Imidlertid må det bemerkes at Midtuns avhandling ikke nevner KOFA-2021-2139 og LB-2022-60123. Det skyldes nok at disse avgjørelsene ble avsagt etter at avhandlingen ble innlevert. Selv om det dreier seg om et obiter dictum fra KOFA og en kort og generell bemerkning knyttet til forskriftens § 24-10 annet ledd fra lagmannsretten, så bidrar disse to avgjørelsene til å svekke linjen som tidligere praksis har lagt seg på.

På bakgrunn av disse to avgjørelsene, så svekkes argumentet om at rettspraksis taler for at det ikke er adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik.

### **5.2.9 De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4**

I spørsmålet om norsk rett tillater å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, vil de grunnleggende prinsippene etter anskaffelsesloven § 4 være av relevans. Det er allerede

---

<sup>75</sup> Domsreferansen er LB-2017-94201 og er blitt nærmere i omtalt i kapittel 3.

<sup>76</sup> Midtun (2022) side 372.

<sup>77</sup> LB-2017-94201 og TOBYF-2018-187304.

blitt redegjort for bestemmelsen og prinsippenes betydning i metodekapitlet, det vises til denne redegjørelsen.<sup>78</sup>

### **5.2.9.1 Likebehandlingsprinsippet**

I en konkurranse med forhandling er det viktig at leverandørene får konkurrert på likt grunnlag. Hvis oppdragsgiver står fast ved de minimumskravene som er oppstilt, og ikke avviser før etter forhandlingene, så vet leverandørene hvordan prosessen vil være. De gis et felles grunnlag som de vet ikke vil komme til å bli endret. Dermed må leverandørene oppfylle minstekravene hvis de skal kunne vinne konkurransen. En adgang til å forhandle bort vesentlige avvik synes dermed ikke å være i strid med likebehandlingsprinsippet.

Anskaffelsesforskriften gir ikke holdepunkter for at det foreligger noen plikt hos oppdragsgiver å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik. En slik plikt vil ikke være forenlig i anskaffelsesforskriftens § 23-3 annet ledd som slår fast at leverandøren har risikoen for uklarheter i sitt tilbud. Det vil være minimalt med risiko for leverandøren hvis oppdragsgiver er pliktig til å forhandle med tilbudet.<sup>79</sup>

Skulle det foreligge en forhandlingsadgang, vil det være tale om en rett til å forhandle, ikke en plikt. En rett til å forhandle vil være forenlig med anskaffelsesforskriften § 23-3 annet ledd ettersom oppdragsgiver kan velge om han vil benytte seg av denne retten eller ikke. Dermed blir risikoen for tilbudet hos leverandøren.

Utfordringen med en slik rett til å forhandle bort vesentlige avvik er at det gir oppdragsgiver et rom for skjønn, hvor oppdragsgiver kan bestemme om han vil benytte seg av denne retten. Gis oppdragsgiver et slik skjønn, så vil det foreligge en risiko for at oppdragsgiver vil kunne drive med forskjellsbehandling av leverandører.

Men på den andre siden vil det være av oppdragsgivers interesse å forhandle med flest mulig ettersom det sikrer god konkurranse blant leverandørene. Det vil heller ikke være av oppdragsgivers interesse å drive med forskjellsbehandling eller at det skal bli det etterlatte inntrykket ettersom det vil medføre omdømmetap hos oppdragsgiver. Omdømmetap gir en

---

<sup>78</sup> Kapittel 1.2.5.

<sup>79</sup> KOFA-2021-2139 premiss 39 i samme retning.

rekke negative konsekvenser for oppdragsgiver, eksempelvis lite tilbydere ved neste anbudsprosess.

Selv om det ikke er av interesse for oppdragsgivere å drive med forskjellsbehandling, så kan en ikke utelukke at enkelte ansatte hos oppdragsgivere vil ha til hensikt å la kameraderi være styrende for konkurransen. Derfor vil det alltid foreligge risiko for forskjellsbehandling ved en konkurranse med forhandling. Det er derfor EU har historisk sett vært skeptisk til denne konkurranseformen, noe som vises ved at adgangen til å benytte konkurranseformen har blitt utvidet i de nyere anskaffelsesdirektivene.<sup>80</sup>

Et annet moment som bør bemerkes er anskaffelsesforskriftens § 14-2 første ledd. Det følger av ordlyden at oppdragsgiver kan foreta «rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige» før tilbudsfristens utløp. Bestemmelsen gir oppdragsgiver en mulighet å endre konkurransegrunnlaget ved eventuelle feil eller ved at enkelte krav viste seg å være uhensiktsmessig. Slike endringer må imidlertid skje før tilbudsfristens utløp.

Bestemmelsens ordlyd «tilbudsfristen» er for en konkurranse med forhandling i utgangspunktet den fristen for innsendelse av det opprinnelige tilbudet. Imidlertid gis det en viss adgang til å endre konkurransegrunnlaget under forhandlingene.<sup>81</sup> Dermed kan oppdragsgiver foreta endringer i konkurransegrunnlaget under forhandlingene, såfremt de ikke er vesentlige. Regelverket tillater en viss endring av konkurransegrunnlaget, noe som åpner for tilpasninger til en leverandør.

Når konkurransegrunnlaget ikke kan bli vesentlig endret, så vil ikke vesentlige avvik i et tilbud ha innvirkning på konkurransegrunnlaget. Hadde konkurransegrunnlaget blitt endret i samsvar med det vesentlige avviket, så ville vi ha stått overfor en vesentlig endring. En leverandør vil derfor ikke oppnå en fordel ved å bli tatt inn til forhandlingene selv om tilbudet inneholder vesentlige avvik.

I forhandlingene ville leverandøren måtte frafalle de vesentlige avvikene, mens de andre leverandørene (som ikke har vesentlige avvik i tilbudet) kan forhandle på andre punkter. Alle

---

<sup>80</sup> Direktiv 2014/24 fortale premiss 42.

<sup>81</sup> LB-2016-35199.

leverandørene oppnår lik behandling ettersom konkurransegrunnlaget blir i det vesentlige stående.

Ut ifra dette er det vanskelig å se hvorfor det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet at en leverandør frafaller vesentlige avvik i sitt tilbud. Samlet sett tilsier ikke likebehandlingsprinsippet at en oppdragsgiver ikke kan forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling.

#### **5.2.9.2 Prinsippet om forutberegnelighet**

Hensynet til forutberegnelighet kan tale i retning av at bestemmelsen ikke skal forstås som at det foreligger forhandlingsadgang. Gis oppdragsgiver mulighet til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, gis oppdragsgiveren et visst skjønn i vurderingen av om tilbudet skal avvises før eller etter forhandlingene.

Derimot en regel som forbyr oppdragsgiver å forhandle om tilbud som avviker vesentlig fra konkurransedokumentene vil ikke gi oppdragsgiver det skjønnet om hvorvidt avvising skal skje før eller etter forhandlingene. En slik absolutt regel kan tas til inntekt for å sikre mer forutberegnelighet.

I tillegg kan en si at en regel om avvinningsplikt før forhandling må stilles for å sikre kvalitet i de innleverte tilbudene. Og er nødvendig for forhandlingsprosessen skal være tillitsfull. De feil og uklarheter som fremgår av leverandørers tilbud er noe de selv må bære risikoen for, jf. anskaffelsesforskriftens § 23-3 annet ledd. Prinsippet om forutberegnelighet tilsier at det ikke foreligger adgang til å forhandle bort vesentlige avvik i et tilbud.

#### **5.2.9.3 Konkurransesprinsippet**

Som det ble nevnt i innledningskapitlet, så dreier konkurranse med forhandling seg om anskaffelser som er komplekse. Eksempelvis store IT-kontrakter og samferdselsprosjekter. Det forhold at det dreier seg om komplekse anskaffelser innebærer at konkurransegrunnlaget inneholder en rekke krav. Det er derfor vanlig at det forekommer at leverandører i sitt første tilbud inneholder vesentlige avvik, men er fullt kapabel til å levere på det som fremgår av konkurransegrunnlaget.

Skal man sikre effektive anskaffelser etter formålet, så er nødvendig at det er tilstrekkelig konkurranse mellom leverandørene. En regel hvor oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik under forhandlingene vil sikre at flere vil kunne delta i forhandlingene.

Alternativet er avvisning før forhandling ved tilbud som inneholder vesentlige avvik, noe som vil kunne innebære mindre konkurranse.

Dermed vil en regel som tillater forhandling med tilbud som inneholder vesentlige avvik sikre økt deltakelse, som betyr økt konkurranse. Det bedrer mulighetene til oppdragsgivers mål om å oppnå verdi for pengene som vil være i tråd med formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

### **5.2.10 Anskaffelseslovens § 1**

Som det ble nevnt i innledningskapitlet, er formålet med anskaffelsesregelverket å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser. Formålsbestemmelsen er av relevans i hvordan en skal tolke de øvrige reglene i anskaffelsesregelverket. I dette kapitlet er vurderingen hvilket tolkningsalternativ av forskriftens § 24-10 annet ledd passer best i lys av lovens formål.

På den ene siden kan formålet tale for at forskriftens § 24-10 annet ledd skal tolkes i den retning at oppdragsgiver kan ikke utsette avgjørelsen om avvisning for et tilbud som inneholder vesentlige avvik.

En slik regel vil bety at oppdragsgiver slipper å måtte forhandle med leverandører som har innlevert tilbud med vesentlige avvik. Det gjør jobben for oppdragsgiver enklere og mer effektiv ettersom de kan avvise istedenfor å ta leverandøren inn i forhandlingene og bruke ressurser på det.

På den andre siden vil et forbud mot å forhandle bort vesentlige avvik medføre til en dårligere dialog mellom oppdragsgiver og leverandør. Det er fordi leverandøren ønsker ikke å risikere å bli avvist grunnet vesentlige avvik. Av den grunn er leverandøren tilbakeholden i dialogen fordi man ønsker ikke å komme med uttalelser som kan tolkes som forbehold.

En tolkning av regelverket hvor det foreligger en forhandlingsadgang vil medføre til at oppdragsgiver slipper å måtte foreta løpende vurderinger om hvorvidt de nye innleverte tilbudene fører til avvisningsplikt. En regel om forhandlingsadgang vil innebære at avvisningsvurderingen gjøres ved det endelige tilbudet.

Det at oppdragsgiver kan foreta avvisningsvurdering ved endelig tilbud vil kunne medføre til ressursbesparelse for det offentlige. I tillegg vil anskaffelsesprosessen bli enklere siden oppdragsgiver ikke trenger å tenke på vesentlige avvik gjennom forhandlingen med tanke på avvisningsplikten. Er ikke vesentlige avvik frafalt ved endelige tilbud, så vil tilbudet avvises.

En forhandlingsadgang medfører at oppdragsgiver slipper å avvise tilbud som de vurderer som gode. Som det ble nevnt i innledningen, så hender det at leverandører leverer innspill som er formulert som krav, noe som kan bli ansett å utgjøre et vesentlig avvik. Det vil være uheldig hvis oppdragsgiver skal være forpliktet til å avvise i en slik situasjon uten at leverandøren får muligheten til å frafalle innspillet som er formulert som et krav. En slik situasjon kan ikke avklares når innspillet er formulert som et krav, fordi da foreligger det ikke en uklarhet.

Som det er blitt redegjort for i denne drøftelsen, så kan begge tolkningsalternativene finne støtte i formålet om ressursbesparelse etter anskaffelseslovens formålsbestemmelse § 1. Likevel synes anskaffelseslovens formålsbestemmelse å gi mest støtte til tolkningsalternativet om at det foreligger en forhandlingsadgang.

### **5.3 Konklusjon**

Som det er blitt gjennomgått, peker rettskildene i ulike retninger i hvordan forskriftens § 24-10 annet ledd annet punktum skal forstås. Når rettskildene peker i ulike retninger, så er det ikke grunnlag for å konstatere at forskriftens § 24-10 (2) skal tolkes antitetisk. Bestemmelsen holder spørsmålet åpent i hvorvidt oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik.

Det er behov for en rettsavklaring, hvor en avgjørelse, helst fra EU-domstolen avklarer spørsmålet om oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling.

Ut ifra dagens rettskildebilde kan det argumenteres for at rettstilstanden har endret seg, særlig med tanke på KOFA-2021-2139 og LB-2022-60123. Avgjørelsene samsvarer ikke med tidligere praksis. Avgjørelsene er dermed til god hjelp i argumentasjonen for at oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik.

Selv om det foreligger gode grunner for at forskriftens § 24-10 (2) skal tolkes i den retning at oppdragsgiver har mulighet til å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling, så kan en ikke utelukke at domstolene vil kunne komme til et annet resultat.

Det kan hende domstolen vektlegger ordlyden og etterarbeider tyngre slik at det foreligger forhandlingsforbud. Det foreligger med andre ord en prosessrisiko hvis problemstillingen skulle bli prøvd for retten.

## 6 Avsluttende betraktninger

### 6.1 Anbefalinger til oppdragsgivere

I denne oppgaven er det blitt forsøkt å redegjøre for de rettskildene som gjør seg gjeldende i spørsmålene om EU-retten og norsk rett åpner for at oppdragsgiver kan forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling. Det er også blitt tatt stilling til spørsmålene. Undertegnede håper at denne oppgaven vil kunne utgjøre et bidrag til forståelsen av disse spørsmålene.

Spørsmålene er på ingen måte blitt avklart av domstolen eller departementet. Det er blitt igangsatt et arbeid av departementet til å revidere anskaffelsesforskriften ved at det er nedsatt et lovutvalg.<sup>82</sup> Hvorvidt lovutvalget eller departementet vil avklare problemstillingen i § 24-10 annet ledd gjenstår å se.

Mens vi venter på en mulig avklaring fra departementet, er ballen hos oppdragsgiver i hvorvidt de ønsker å prøve spørsmålet. Denne problemstillingen er ikke noe som oppdragsgiver kan få prøvd for retten. Skal problemstillingen bli brakt for retten, så må først oppdragsgiver velge å forhandle med tilbud som inneholder vesentlig avvik. Deretter må dette tilbudet vinne konkurransen, og noen av de andre leverandørene må da klage eller reise søksmål.

Skulle oppdragsgiver velge å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, så burde oppdragsgiver ha følgende tanker i bakhodet i tilfelle anskaffelsen skulle havne hos domstolen.

Det er viktig at oppdragsgivere har prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet i bakhodet. Det er disse prinsippene som har blitt trukket frem ved denne problemstillingen for domstolene. Oppdragsgiver bør derfor tenke hvordan en skal sikre at leverandørene behandles likt, og hvordan man sikrer at leverandørene gis innsikt i hvordan prosessen i konkurransen vil foregå.

---

<sup>82</sup> Regjeringen (2022).

I gjennomføringen av konkurranse med forhandling anbefales det at man i konkurransegrunnlaget opplyser om at man vil kunne innlede forhandlinger med tilbud som inneholder vesentlige avvik. En slik opplysning sikrer forutberegnelighet hos tilbydere fordi da gis tilbyderne informasjon om hvordan oppdragsgiver vil håndtere vesentlige avvik.

En annen anbefaling er at oppdragsgiver er tydelig på at de ikke vil fravike minstekravene eller foreta endringer i tildelingskriteriene. Oppdragsgiver kan ikke gjennom konkurransegrunnlaget gi seg selv et større handlingsrom enn det anskaffelsesforskriften gir. Ettersom forskriften ikke tillater å fravike minstekrav, så kan det tenkes at det ville vært noe unødig å informere om at en ikke vil fravike minstekrav. Likevel vil oppdragsgiver skape en større forutberegnelighet dersom man tydeliggjør dette overfor leverandørene.

I forlengelsen av dette bør oppdragsgiver informere om at tilbud etter endt forhandling som inneholder vesentlige avvik medfører at tilbyder avvises. På en slik måte blir leverandørene informert om at de må innfri minstekravene, hvis ambisjonen er å vinne konkurransen.

Ved å innta disse punktene i konkurransegrunnlaget gis tilbyderne informasjon om at de vil kunne forhandle selv om det inngis vesentlige avvik. Tilbyderne blir også opplyst om at minimumskravene blir ikke frafalt, og hvis minimumskravene ikke er oppfylt etter forhandling, så vil de bli avvist.

## **6.2 Er dagens praktisering en god etterlevelse av anskaffelsesrettens formål?**

Hvorvidt domstolen eller den reviderte anskaffelsesforskriften vil tillate oppdragsgiver å forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling, gjenstår å se. Mens vi venter, så kan det stilles spørsmål til hvorvidt dagens praktisering rundt denne problemstillingen kan sies å være en god etterlevelse av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten.

I advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig sin anskaffelsespodkast uttales det at man merker at mange oppdragsgivere velger å invitere leverandørene til et formøte før forhandling. I formøtet gis leverandørene anledning til å fravike forbehold som kan anses som vesentlige



avvik før de inviteres til forhandlinger. Oppdragsgiver slipper da å avvise leverandører før forhandlingene starter.<sup>83</sup>

Det er ikke holdepunkter for at advokatfirmaets beskrivelse kan anses for å være representativt for hele anskaffelsesmiljøets praktisering av regelverket. Når det er sagt, så gir dette likevel en indikasjon på hvordan dagens anskaffelsesregelverk praktiseres.

En slik praktisering er i realiteten en omgåelse av regelverket hvis regelen er avvisningsplikt før forhandling ved tilbud som inneholder vesentlige avvik. At det kalles formøte er av liten betydning ettersom det i realiteten dreier seg om forhandlinger om tilbudet hvor leverandører gis muligheten til å fravike vesentlige avvik. Det vil være en forbedring av tilbudet og dermed en forhandling.

Det er vanskelig å se at en slik praktisering av anskaffelsesregelverket harmonerer med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. Et slikt formøte synes å være lite etterprøvbart og gir mulighet for oppdragsgivere til å drive forskjellsbehandling.

Departementet bør derfor i den reviderte anskaffelsesforskriften komme med en avklaring i hvorvidt oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling.

Skulle departementet velge å stå fast ved at oppdragsgiver ikke kan forhandle bort vesentlige avvik, så bør det fremgå i den reviderte anskaffelsesforskriften. Skulle departementet velge forhandlingsforbud, så bør departementet regulere hvordan slike nevnte formøter skal gjennomføres, og hva et slikt møte kan innebære. En slik avklaring vil være til gunst både for oppdragsgivere og leverandører.

---

<sup>83</sup>Simonsen Vogt Wiig (2022).

## **7 Referanseliste**

### **7.1 Internasjonale rettskilder**

#### **7.1.1 Direktiver**

Anskaffelsesdirektivet 2004                      Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareinkøbskontrakter, offentlig tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Anskaffelsesdirektivet 2014                      Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24 EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

#### **7.1.2 EU-rettslige forarbejder**

KOM/2011/0896                                      KOM/2011/0896 Forslag til Europa-parlamentets og Rådets direktiv om offentlige inkøb.

#### **7.1.3 Avgjørelser fra EU-domstolen**

C- 561/12 Nordecon, 5. desember 2013, ECLI:EU:C:2013:793.

C-538/13 eVigilo, 12. mars 2015, ECLI:EU:C:2015:166.

#### **7.1.4 Avgjørelser fra underretten**

T-40/01 Scan Office Design, 28 november 2002, ECLI:EU: T:2002:288.

T-165/12 Evropaiki Dynamiki III, 13. desember 2013, ECLI: T: 2013:646.

## **7.2 Norske rettskilder**

### **7.2.1 Lov og forskrift**

#### **Lov**

Anskaffelsesloven                                      Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

EØS-loven  
Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

### **Forskrift**

Anskaffelsesforskriften  
Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesforskriften – FOA).

Klagenemdforskriften  
Forskrift 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemd for offentlige anskaffelser (Klagenemdforskriften).

### **7.2.2 Forarbeider m.m.**

#### **Offentlige utredninger**

NOU 1997:21  
Offentlige anskaffelser.

NOU 2014:4  
Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.

#### **Proposisjoner**

Ot.prp.nr.71 (1997-1998)  
Om lov om offentlige anskaffelser.

Ot.prp.nr.3 (2000-2001)  
Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr.69 om offentlige anskaffelser.

Ot.prp. nr. 62 (2005-2006)  
Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

Prop.51 L (2015–2016)  
Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

#### **Høringsnotat**

Nærings- og fiskeridepartementet  
«Høringsnotat 2: Ny forskrift om offentlige anskaffelser», 17. mars 2015.

#### **Innstillinger**

Innst.358 L (2015-2016)  
Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

### **7.2.3 Veiledere**

Direktorat for forvaltning og IKT, «Gjennomføring av forhandlinger- praktisk veileder», juni 2017.

Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser», 24 april 2018.

### **7.2.4 Rettspraksis**

#### **Høyesterettspraksis**

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2007 s. 983

#### **Lagmannsrettspraksis**

LH-2009-45911

LB-2014-58107

LB-2015-8828

LB-2016-35199

LB-2017-94201

LB-2019-85112

LE-2021-113410

LB-2022-60123

#### **Tingretten**

TBERG-2012-94141

TOBYF-2018-187304

#### **Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

KOFA-2003-105

KOFA-2003-218

KOFA-2005-200

KOFA-2005-218

KOFA-2008-136

KOFA-2009-33

KOFA-2011-131

KOFA-2013-11

KOFA-2017-157

KOFA-2019-108

KOFA-2020-632

KOFA-2020-711

KOFA-2020-819

KOFA-2021-106

KOFA-2021-2139

### **7.3 Litteratur**

Arrowsmith (2014)

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK: Vol. 1, 3.* utgave, Sweet & Maxwell 2014.

Backer (2016)

Backer, Inge L. *Samspillet mellom lovgivere og domstoler i Norge, Jussens venner, Vol.51, utg.6, 2016 s. 303-323.*

Boe (2010)

Boe, Erik Magnus. *Innføring i juss, 2010.*

Boe (2020)

Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt. 2.* utgave, 2020.

- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H. Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger, Universitetsforlaget, 2013.
- Goller mfl. (2017) Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, Karoline Kreyberg, Kine Østbye Neslein, Kaspar Nygaard Thommessen, Line Camilla Werner, Anskaffelsesrett i et nøtteskall, 2. utgave, Gyldendal juridisk 2017.
- Midtun (2022) Midtun, Linda, Offentlige anskaffelser- Håndtering av avvikende og uklare tilbud, Skipnes Kommunikasjon/ Universitetet i Bergen 2022.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., Rett og Rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018.
- Thue mfl. (2018) Thue, Anders, Anne Buan, Sofie Lazaridis og Kristine Røed Brun, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer. 2. utgave, Gyldendal juridisk 2018.
- Trygstad (2017) Trygstad, Kristian Jåtog, Tildeling av offentlige kontrakter: Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser, 2. utgave, Gyldendal juridisk 2017.

## 7.4 Nettartikler

- Anbud365 (2022) Forhandle bort vesentlige avvik – hvor står vi nå? [Forhandle bort vesentlige avvik – hvor står vi nå? – Anbud365](#) (publisert 19.oktober 2022).
- Youtube (2021) Webinar avholdt av advokatfirmaet Thommessen som gjaldt i hovedsak KOFA-2021-2139. [Ny avgjørelse fra](#)

[KOFA åpner for at vesentlige avvik kan forhandles bort - YouTube.](#) (publisert 10. mai 2022).

Anbud365 (2017)

Kan vesentlige avvik forhandles bort? [Kan vesentlige avvik forhandles bort? – Anbud365 \(anbud365-  
uat.appspot.com\)](#) (publisert 22.juni 2017).

CW (2017)

Har EU-domstolen og departementet laget kluss i forhandlingene? [Har EU-domstolen og departementet laget kluss i forhandlingene? \(cw.no\)](#) (publisert 11.mai 2017).

Simonsen Vogt Wiig (2022)

Anskaffelsespodden episode 24: Håndtering av vesentlige avvik. [Anskaffelsespodden episode 24: Håndtering av vesentlige avvik - Simonsen Vogt Wiig \(svw.no\)](#) (publisert 20 oktober 2022).

Regjeringen (2022)

[Vil gjøre anskaffelsesregelverket bedre for bedrifter og oppdragsgivere - regjeringen.no](#) (pressemelding publisert 05.11.2022).

