



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Gjennomføring av forhandlingar ved offentlege anskaffingar

Kva krav vert stilte til gjennomføring av forhandlingar ved offentlege anskaffingar etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 11-8 og 20-11?

Gina Flølo Dyrstad

Ord 17 790

Liten masteroppgåve i rettsvitenskap haust 2014



INNHALD

1. INNLEIING	4
1.1. Tema og problemstilling.....	4
1.2. Aktualitet	5
1.3. Omgrepsbruk	5
1.4. Avgrensing	5
1.5. Rettskjeldebilete.....	6
1.6. Metode.....	9
1.7. Framstilling og vegen vidare.....	10
2. KVA ER FORHANDLINGAR?	11
3. FORHANDLINGSPLIKT FOR OPPDRAGSGJEVAR	13
4. KVEN SKAL FÅ DELTA I FORHANDLINGANE?	15
4.1. Innleiing	15
4.2. Kven har oppdragsgjevar plikt til å forhandle med etter foa. § 20-11?	16
4.3. Kven har oppdragsgjevar plikt til å forhandle med etter foa. § 11-8?	17
5. KVA SKAL DET FORHANDLAST OM?	19
5.1. Innleiing	19
5.2. Forhandlingar om tilbodet	19
5.2.1. Kva kan partane forhandle om i tilbodet?.....	19
5.2.2. Kan partane forhandle om vesentlege avvik eller atterhald i tilbodet?.....	21
5.3. Forhandlingar om konkurransegrunnlaget	27
5.3.1. Kan oppdragsgjevar endre konkurransegrunnlaget under forhandlingane, og eventuelt i kva grad?.....	27
6. KORLEIS SKAL FORHANDLINGANE GJENNOMFØRAST?	28
6.1. Innleiing	28
6.2. Krav om forhandlingsform til forhandlingane	30
6.3. Krav til førebuingstid før forhandlingane vert halde.....	31
6.4. Krav til møtereferat frå forhandlingane	32
6.5. Krav til informasjon under forhandlingane.....	34
6.5.1. Innleiing	34
6.5.2. Krav til informasjonen oppdragsgjevar gjev til tilbodsgjevarane.....	35
6.5.3. Krav om teieplikt	37
6.5.4. Krav om hemmelegald om tilbodet sitt innhald.....	38
6.6. Krav om reelle forhandlingar	41
6.6.1. Innleiing	41

6.6.2. Krav til rettleiing under forhandlingane	42
6.6.3. Krav om å la tilbodsgjevarane gje eit revidert tilbod.....	46
6.6.4. Frist for tilbodsgjevar til å gje sitt reviderte tilbod	48
6.6.5. Formkrav til tilbodsgjevar sitt reviderte tilbod	51
6.6.6. Vurdering av kravet til reelle forhandlingar	52
7. FORSLAG OM ENDRINGAR TIL GJENNOMFØRING AV FORHANDLINGANE.....	53
7.1. Innleiing	53
7.2. Forslag om å fjerne oppdragsgjevar si forhandlingsplikt.....	53
7.3. Forslag om at det skal vere opp til oppdragsgjevar i kva omfang det skal forhandlast.....	54
7.4. Forslag om at partane kan forhandle om vesentlege avvik i tilbodet	56
7.5. Oppsummering.....	57
8. KJELDELISTE.....	58

1. INNLEIING

1.1. Tema og problemstilling

Regelverket om offentlige anskaffingar sitt føremål er blant anna å sikre effektive anskaffingar.¹ Dette er viktig sidan det i den offentlege sektor vert nytta nesten 400 milliardar kroner på kjøp av varer eller tenester kvart år.²

Ved kjøp av varer eller tenester kan oppdragsgjevar nytte ulike prosedyrar, blant anna anbodskonkurranse, konkurranseprega dialog eller konkurranse med forhandling.³ Denne oppgåva gjeld den sistnemnde prosedyren, konkurranse med forhandling.

Konkurranse med forhandling inneberer at oppdragsgjevar forhandlar med tilbodsgjevarane for å inngå ei kontrakt, jf. forskrift om offentlige anskaffelser⁴ § 4-2 bokstav d.

Oppdragsgjevar kan nytte konkurranse med forhandling i alle tilfelle når anskaffinga er under EØS-terskelverdiane⁵, jf. foa. § 5-1. Dersom anskaffinga er over EØS-terskelverdiane, må bestemte vilkår vere oppfylt for å nytte denne prosedyren, jf. foa. § 14-1.

Konkurranse med forhandling må gjennomførast i samsvar med krav stilt i foa. §§ 11-8 og 20-11. Desse føresegnene stiller blant anna krav til kven oppdragsgjevar skal forhandle med, kva partane kan forhandle om og korleis forhandlingane skal gjennomførast. I tillegg til krava stilt i foa. §§ 11-8 og 20-11, har klagenemnda for offentlige anskaffelser stilt opp eit krav om at forhandlingane må vere reelle.⁶ Det er usikkert kva som ligg i både forskrifta sine krav og klagenemnda sitt krav om reelle forhandlingar. Oppgåva vil sjå nærare på dette.

Oppgåva si problemstilling er kva krav vert stilte til gjennomføring av forhandlingar ved offentlege anskaffingar etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 11-8 og 20-11. Det vil

¹ Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 16. juli 1999 nr. 69 (heretter kalla loa) § 1.

² <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/tema/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser.html?id=592102> (sist sett 28.11.2014).

³ Kva desse prosedyrane inneberer følgjer av forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 4-2. (heretter kalla foa.).

⁴ Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

⁵ EØS-terskelverdiane frå 15. juni 2014 går fram av <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/tema/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser/terskelverdier.html?id=414970> (sist sett 1.12.2014).

⁶ KOFA 2003/171.

blant anna vere fokus på om oppdragsgjevar har forhandlingsplikt, kva partane skal forhandle om og kva som ligg i kravet til reelle forhandlingar.

1.2. Aktualitet

Problemstillinga er av stor praktisk betydning sidan det har vorte meir aktuelt å nytte konkurranse med forhandling ved inngåing av kontraktar.⁷ Dette fordi oppdragsgjevar har eit behov for å ha ein dialog med tilbodsgjevarane om korleis oppdraget skal bli utført.

I desember 2013 avsa EU-domstolen ei avgjersle som slo fast at oppdragsgjevar ikkje kan forhandle med ein tilbodsgjevar om eit tilbod som ikkje tilfredsstillar minstekrava stilt i konkurransegrunnlaget.⁸ Det er diskutert om avgjersla fører til ei endring av den norske rettstilstanden.⁹

I Noreg har det òg skjedd utviklingar som aktualiserer oppgåva sitt tema: I ei offentleg utgreiing frå juni 2014 er det føreslått endringar i anskaffingsregelverket for anskaffingar under EØS-terskelverdiane.¹⁰ Utvalet føreslår blant anna at oppdragsgjevar alltid skal ha moglegheit til å forhandle, men at valet om å forhandle kan takast etter at tilboda er opna.¹¹ I tillegg vert det føreslått at oppdragsgjevar skal ha fritt spelarom kva gjeld forhandlingane.¹²

1.3. Omgrepsbruk

Partane i ein anskaffingsprosess er "oppdragsgiver" og "leverandør".¹³ I det følgjande nyttast omgrepa oppdragsgjevar og tilbodsgjevar. Med potensielle tilbodsgjevarar meinast det tilbodsgjevarar som kunne ha gitt eit tilbod i konkurransen, men som let vere.

1.4. Avgrensing

⁷ Den utstrakte bruken var bakgrunnen for at det blei føreslått å likestille konkurranse med forhandling med anbudskonkurransar for anskaffingar under EØS-terskelverdiane, sjå NOU 1997:21 punkt 18.3.

⁸ C-561/12, *Nordecon AS, Ramboll Easti AS mot Rahandusministerium* (endå ikkje i Sml.) (heretter Nordecon-saka).

⁹ Jostein Ramse, *Offentlige anskaffelser: EU-domstolen korrigerer norsk rettstilstand*, artikkel i Juristkontakt nr. 2 frå 2014 s. 45 og Helge Røstum, *Kommentar til artikkel om offentlige anskaffelser*, artikkel i Juristkontakt nr. 3 frå 2014 s. 46 og 47.

¹⁰ NOU 2014: 4.

¹¹ NOU 2014: 4 s. 151.

¹² NOU 2014: 4 s. 154.

¹³ Det kan utleiast av foa. § 4-1 bokstav a.

Som nemnd i punkt 1.1 er oppgåva si problemstilling kva krav vert stilte til gjennomføring av forhandlingar ved offentlige anskaffingar etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 11-8 og 20-11. Det fell difor utanfor oppgåva å handsame konkurranse med forhandling etter forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene ¹⁴ og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser¹⁵.

Vidare gjeld oppgåva gjennomføring av forhandlingar, og vilkåra for å nytte konkurranse med forhandling over EØS-terskelverdiane vil difor ikkje bli handsama.¹⁶ Oppgåva vil heller ikkje handsame korleis oppdragsgjevar veljar ut tilbodsgjevarane når det vert nytta faseforhandlingar.¹⁷

Foa. § 20-11 kjem ikkje direkte i bruk for konkurranse med forhandling utan forutgåande kunngjering.¹⁸ Dragsten uttalar at foa. § 20-11 kan nyttast så langt den passar, og oppgåva vil difor ikkje drøfte særskilte problemstillingar knytt til gjennomføring av forhandlingar utan forutgåande kunngjering.¹⁹

1.5. Rettskjeldebilete

Lov om offentlige anskaffelser²⁰ er ei fullmaktslov som inneberer at den nærare reguleringa av regelverket er gitt i forskrift om offentlige anskaffelser. Det stillast opp grunnleggjande krav til anskaffingar i loa. § 5, og desse krava vil vere bestemmande for problemstillingane der andre kjelder ikkje gjev noko svar.²¹

Som følgje av at den nærare regulering av regelverket er gitt i forskrift om offentlige anskaffelser, dannar forskrifta utgangspunktet for oppgåva sine problemstillingar. Forskrifta

¹⁴ Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttenester) av 7. april 2004 nr. 403 (heretter kalla forsyningsforskriften).

¹⁵ Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 4. oktober 2013 nr. 1185.

¹⁶ Over EØS-terskelverdiane kan oppdragsgjevar kan nytte konkurranse med forhandling etter og utan forutgåande kunngjering, jf. foa. §§ 14-3 og 14-4. Som nemnd ovanfor er konkurranse med forhandling likestilt med open og avgrensa anbodskonkurranse under EØS-terskelverdiane, jf. foa § 5-1.

¹⁷ Korleis faseforhandlingar vert gjennomført går fram av foa. § 20-11 første ledd.

¹⁸ Marianne H. Dragsten, Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løysningar, Oslo 2013 s. 545 (Heretter Dragsten 2013). Sjå foa. § 14-4 for kva tilfelle ein kan nytte konkurranse med forhandling utan forutgåande kunngjering.

¹⁹ Dragsten (2013) s. 545.

²⁰ Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 16. juli 1999 nr. 69 (heretter loa).

²¹ Krava er gjeve att i foa. § 3-1.

regulerer likevel i lita grad korleis forhandlingane skal gjennomførast sidan dette i stor grad er opp til partane.²²

Regelverket om offentlege anskaffingar gjennomfører innkjøpsdirektivet²³ av 2004. Direktivet blei gjort til ein del av EØS-avtalen²⁴ i 2006 og det innebar at Noreg var folkerettsleg forplikta til å gjennomføre Direktivet i lov eller forskrift. EU-retten sine rettskjelder vil difor vere av betydning for oppgåva.

I 2014 vart det vedteke eit nytt innkjøpsdirektiv²⁵ i EU. Sidan norsk rett byggjer på eit dualistisk prinsipp, må Det nye direktivet bli gjennomført i Noreg for at det kan nyttast i norsk rett.²⁶ Per i dag er ikkje Det nye direktivet teke inn i EØS-avtalen, og heller ikkje gjennomført i norsk rett.²⁷ Det har difor ikkje direkte rettskjeldemessig betydning i norsk rett før dette vert gjort. Det er all grunn til å tru at Det nye direktivet vil bli ein del av EØS-avtalen, og deretter gjennomført i norsk rett. Det blir difor knytt nokre kommentarar til Det nye direktivet i delar av oppgåva.

Forarbeida er nytta i svært liten grad sidan dei ikkje gjev stor rettleiing for oppgåva sine problemstillingar.²⁸

Det er lite norsk rettspraksis og praksis frå EU-domstolen om gjennomføring av forhandlingar. Som følgje av homogenitetsmålsettinga vil praksis etter inngåinga av EØS-avtalen vere relevant.²⁹ Lagmannsretten sin praksis har mindre rettskjeldemessig betydning enn Høgsterett sine avgjersler.³⁰ I mangel av Høgsterettspraksis vil desse avgjerslene likevel nyttast i oppgåva og få betydning for problemstillingane.

²² Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, oppdatert versjon desember 2013 s. 209 (heretter Veilederen 2013).

http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/veiledninger_brosjyrer/2013/veileder-offentlige-anskaffelser.html?id=437022 (sist sett 01.12.2014).

²³ EP/Rdir. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (heretter kalla Direktivet).

²⁴ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

²⁵ EP/Rdir. 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (heretter kalla Det nye direktivet).

²⁶ Fredrik Sejersted mfl. *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 195 (heretter Sejersted mfl. 2011)

²⁷ <http://europalov.no/rettsakt/innkjopsdirektivet-revisjon/id-5217> (sist sett: 7.11.2014).

²⁸ NOU 1997: 21 og NOU 2010: 2.

²⁹ Sejersted mfl. (2011) s. 223 og 224.

³⁰ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, 2001 s. 162 (heretter Eckhoff 2001).

Det fins omfattande praksis frå klagenemnda på området. Goller mfl. uttaler at klagenemnda si praksis har avgrensa rettskjeldemessig betyding.³¹ Klagenemnda er eit rådgjevande organ som tek stilling til om det føreligg brot på regelverket om offentlege anskaffingar.³² Organet er samansett av ti medlemmar som anten er advokatar, professorar eller dommarar, og det tilseier at det er fagleg tyngde bak avgjerslene.³³ På den andre sida har klagenemnda skriftleg sakshandsaming som tilseier at avgjerslene må få mindre vekt. Klagenemnda sine uttaler er likevel nytta som rettskjelde i mange domsavgjersler og i juridisk teori, og må difor seiast å ha ei sentral rolle. Det fins likevel fleire tilfelle kvar klagenemnda sine avgjersler ikkje er lagt til grunn. Goller mfl. uttalar at sidan avgjerslene er vist til i Høgsterett sine avgjersler, tyder det på at det er argumentasjonen si overtlydingskraft som har betyding, og ikkje at det er avgjerslene som blir tillagt vekt.³⁴ I mangel på andre rettskjelder er klagenemnda si praksis nytta for å belyse problemstillingane, og får betyding der klagenemnda si praksis har gode grunnar for seg.

I oppgåva vert det nytta praksis frå klagenemnda som gjeld forskrift om offentlege anskaffelser³⁵ frå 2001 §§ 9-3 og 16-3. Dette fordi foa. §§ 11-8 og 20-11 hovudsakleg er ei vidareføring av foa. §§ 9-3 og 16-3. Mange av desse avgjerslene er basert på grunnleggjande prinsipp og vil difor ha betyding for probemstillingane i oppgåva.

Sidan det føreligg ei tilsvarande regulering om konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften, kan praksis frå klagenemnda etter denne forskrifta bidra til å belyse problemstillinga. Praksisen vil nyttast som støtteargument i slike tilfelle, og det vil bli presisert i fotnotane dersom det er tale om slik praksis.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet har utarbeidd ein rettleiar kalla "Veileder til reglene om offentlege anskaffelser".³⁶ Den rettskjeldemessige betydinga til Veilederen vart kommentert av lagmannsretten, som uttalte at "[I]agmannsretten betrakter uttalelsene som

³¹ Morten Goller mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, Oslo 2014 s. 17 (heretter Goller mfl. 2014).

³² Organet er oppretta i medhald av loa. § 12.

³³ <http://www.kofa.no/no/om/> (sist sett: 24.11 2014).

³⁴ Goller mfl. (2014) s. 17.

³⁵ Forskrift om offentlege anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616.

³⁶ Sjå fotnote 22.

etterarbeider til forskriften med begrenset rettskildeverdi [...]".³⁷ Veilederen er nytta som støtteargument på nokre av problemstillingane.

Det er noko juridisk teori om oppgåva si problemstilling.³⁸ Sidan juridisk teori i metodelæra er tillagt nokså lita rettskjeldemessig betyding, har denne rettskjelda fått betyding i dei tilfella forfattaren sitt standpunkt har gode grunnar for seg.³⁹ Forfattarane gjev hovudsakleg ei framstilling av praksis på området utan å trekkje fram eigne resonnement, og har difor gjeve lita rettleiing for problemstillingane i oppgåva.

1.6. Metode

Som nemnd i oppgåva sitt punkt 1.5 er EU-retten sine rettskjelder av betyding. Dette reiser nokre metodiske problemstillingar. Problemstillingane er ikkje særskilte for anskaffingsregelverket, men det vil likevel bli gitt nokre korte kommentarar til dei metodiske utfordringane i slike tilfelle.

Ved tolking av norske reglar som gjennomfører eit EU-direktiv, gjeld eit tolkingsprinsipp kalla presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet inneberer at føresegnene må tolkast i samsvar med våre folkerettslige forpliktar så langt det let seg gjere for å forhindre motstrid.⁴⁰ I EU-retten gjeld eit prinsipp om direktiv konformfortolking, men dette prinsippet rekk ikkje lenger enn presumsjonsprinsippet.⁴¹

Ved tolking av EU-direktiv som er omfatta av EØS-avtalen kan uttalen i Rt-2000-996 med EØS-tilpassingar vere rettleiande.⁴² Kort fortalt uttalar Høgsterett at ved grunngeve tvil om korleis ein skal forstå føresegna, skal norske domstolar nytte konvensjonsteksten, føremålsbetraktningar og konvensjonsorgana sine avgjersler.⁴³

³⁷ LH-2009-45911.

³⁸ Blant anna Marianne H. Dragsten, Anders Thue, Anne Buan og Kristine Røed Brun, Michael Steinicke og Lise Groesmeyer og Sue Arrowsmith. Sjå fortløpande referansar.

³⁹ Eckhoff (2001) s. 270.

⁴⁰ Rt. 2000-1811 (Finanger).

⁴¹ Ibid.

⁴² Sejersted mfl. (2011) s 261.

⁴³ Rt-2000-996 s. 1007.

1.7. Framstilling og vegen vidare

I det følgjande vil det bli vurdert kva krav som vert stilte til gjennomføring av forhandlingar ved inngåing av offentlege kontraktar.

Krav til gjennomføring av forhandlingar er i hovudsak utleia av dei grunnleggjande krava som vert stilte til anskaffingane. Goller mfl. uttalar at utgangspunktet er at reglar som er utvikla frå grunnleggjande prinsipp ikkje kan nyttast likt for anskaffingar over og under EØS-terskelverdiane.⁴⁴ Dette fordi prinsippa si rekkjevidde må tilpassast anskaffinga si størrelse og betydning som følgje av proporsjonalitetsprinsippet.⁴⁵ For å unngå gjentakning vil oppgåva innehalde ei felles utgreiing om kva krav som vert stilte til gjennomføring av forhandlingar for anskaffingar over og under EØS-terskelverdiane. Det vil tydeleg bli presisert dersom det føreligg skilnadar.

Som nemnd i punkt 1.5 vil Direktivet ha betydning for kva krav som vert stilte til gjennomføring av forhandlingar for anskaffingar over EØS-terskelverdiane. Sidan dette Direktivet ikkje gjeld for anskaffingar under EØS-terskelverdiane, vil det bli presisert dersom Direktivet fører til skilnadar mellom krava som stillast for anskaffingar over og under EØS-terskelverdiane. Oppgåva vil hovudsakleg berre nemne føresegnene i Direktivet i den grad desse gjev ytterligere rettleiing enn det som går fram av føresegnene i forskrifta.

I den vidare framstillinga vil det i punkt 2 bli drøfta kva som meinast med forhandlingar.

I punkt 3 vil oppgåva ta føre seg spørsmålet om oppdragsgjevar har ei forhandlingsplikt dersom det går fram av konkurransegrunnlaget at det nyttast konkurranse med forhandling. I forlenginga av dette, vil det i punkt 4 drøftast kven oppdragsgjevar har plikt til å forhandle med.

Punkt 5 vil handsame kva partane kan forhandle om, og særleg om Nordecon-saka inneberer ei endring av den norske rettstilstanden.

I punkt 6 vil det drøftast kva krav som vert stilte til gjennomføring av forhandlingar, og særleg om reelle forhandlingar.

⁴⁴ Goller mfl. (2014) s. 46.

⁴⁵ Goller mfl. (2014) s. 46 som viser til KOFA 2011/328 avsnitt 29 og 30.

Til sist vil oppgåva i punkt 7 ta føre seg ei rettspolitisk drøfting av forslaget som er gitt i den offentlege utgreiinga frå juni 2014 om endringar til gjennomføring av forhandlingar under EØS-terskelverdiane.

2. KVA ER FORHANDLINGAR?

Konkurranse med forhandling inneberer at oppdragsgjevar forhandlar med tilbudsgjevarane.⁴⁶ At oppdragsgjevar forhandlar med tilbudsgjevarane er ein skilnad frå anbodskonkurransar der det føreligg eit forhandlingsforbod, jf. foa. §§ 12-1 første ledd og 21-1 første ledd. Ei særskilt problemstilling er difor kva som skal til for at kravet til forhandlingar er oppfylt, og dette vil bli drøfta i det følgjande.

Regelverket om offentlege anskaffingar inneheld inga definisjon av omgrepet forhandlingar. Det heiter i foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd at det kan forhandlast om "endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene". Ei ordlydsfortolking av føresegna er at det vil føreligge forhandlingar dersom tilbudsgjevar endrar eller supplerer tilbudet.

Forhandlingsforbodet i anbodsprosessen kan bidra til å belyse kva forhandlingar er. Forhandlingsforbodet inneberer at partane ikkje kan forsøkje å endre eller endre tilbudet, jf. foa. §§ 12-1 første ledd og 21-1 første ledd. Partane kan ikkje endre "pris, leveringstid eller andre forutsetningar som har betydning for konkurranseforholdet", jf. foa. §§ 12-1 første ledd og 21-1 første ledd. Ordlyden er ikkje heilt i samsvar med foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd for etter foa. §§ 12-1 første ledd og 21-1 første ledd vil det føreligge forhandlingar når partane forsøkjer å endre eller endrar tilbudet.

I anbodskonkurransar kan partane avklåre ulike sider av tilbudet når det er heimel for det, utan å bryte forhandlingsforbodet, jf. foa. §§ 12-1 andre ledd og 21-1 andre ledd. Dette tyder på at det ikkje vil føreligge forhandlingar ved konkurranse med forhandling dersom oppdragsgjevar føretek avklåringar. Konkurranse med forhandling ville ikkje hatt nokon realitet dersom det var tilstrekkeleg å avklåre ulike sider av tilbudet, sidan oppdragsgjevar kan gjere dette i anbodskonkurransar.

⁴⁶ Foa. § 4-2 bokstav d. Om oppdragsgjevar har forhandlingsplikt drøftast i punkt 3.

Praksis frå klagenemnda slår fast at det ikkje er tilstrekkeleg at oppdragsgjevar gjennomfører avklåringar ved konkurranse med forhandling.⁴⁷ I ei avgjersle frå klagenemnda hadde oppdragsgjevar avklåra tilbodet sitt omfang og innhald.⁴⁸ Dette var ikkje tilstrekkeleg til at det var ført forhandlingar.⁴⁹ I anna avgjersle frå klagenemnda fekk den eine tilbodsgjevaren svare på tre avklåringsspørsmål.⁵⁰ Tilbodsgjevaren fekk inga anna moglegheit til å forbetre tilbodet sitt på sentrale punkt eller annan tilbakemelding på tilbodet, og klagenemnda slo fast at det ikkje var forhandla med tilbodsgjevar.⁵¹ Desse avgjerslene inneberer at kravet til forhandlingar ikkje er oppfylt dersom partane berre avklårar ulike sider av tilboda.⁵²

Det som er sagt ovanfor inneberer at forhandlingar må bestå av noko meir enn avklåringar som er tillate etter forhandlingsforbodet. Sidan avklåringar ikkje er i strid med forhandlingsforbodet, og ikkje er forhandlingar etter konkurranse med forhandling, tyder dette på at den nedre terskelen for at det er halde forhandlingar, er den same terskelen for at det føreligg brot på forhandlingsforbodet i anbuds konkurransar. Kravet til forhandlingar er difor oppfylt dersom partane kommuniserer og forsøker å endre tilbodet.

Klagenemnda har slått fast at i vurderinga av om det er halde forhandlingar, er det realiteten som er avgjerande.⁵³ Det er difor utan betydning kva oppdragsgjevar kallar møta med tilbodsgjevarane. Det vert heller ikkje stilt opp eit krav at forhandlingane må vere av ei visse lengde for at kravet til forhandlingar skal vere oppfylt.⁵⁴

Det er likevel ikkje slik at kravet til forhandlingar er oppfylt sjølv om tilbodet vert forsøkt endra. Klagenemnda har stilt opp eit krav om at oppdragsgjevar må føre reelle forhandlingar med tilbodsgjevarane.⁵⁵ Dette kravet inneberer hovudsakleg at oppdragsgjevar må påpeike

⁴⁷ KOFA 2005/129 og KOFA 2009/106.

⁴⁸ KOFA 2005/129 avsnitt 36.

⁴⁹ KOFA 2005/129 avsnitt 37.

⁵⁰ KOFA 2009/106 avsnitt 37.

⁵¹ KOFA 2009/106 avsnitt 37-39.

⁵² Kravet til forhandlingar ikkje er tilfredsstilt dersom det berre blir føreteke avklåringar, sjå Dragsten (2013) s. 548-549. For ein nærare gjennomgang av grensedragninga mellom forhandlingar og avklåringar, sjå Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar, Det alminnelige prekontraktuelle ansvar, Ansvar ved gjennomføring av anbuds konkurransar*, Oslo 1997 s. 633-641.

⁵³ KOFA 2008/162 avsnitt 44 og KOFA 2009/167 avsnitt 44.

⁵⁴ KOFA 2007/40 avsnitt 61.

⁵⁵ KOFA 2003/171 og KOFA 2009/106 avsnitt 35. Kravet til reelle forhandlingar vil bli drøfta ytterligare i punkt 6.6.

forhold av vesentleg eller avgjerande betydning.⁵⁶ I tillegg må oppdragsgjevar la tilbudsgjevarane gje eit revidert tilbod.⁵⁷

Det er gode grunnar for at oppdragsgjevar skal peike på vesentlege forhold ved tilbudsgjevar sitt tilbod. Eit slikt krav vil ta i vare føremålet bak regelverket om effektive anskaffingar sidan det fører til ein meir aktiv forhandlingssituasjon.

Under forhandlingane må oppdragsgjevar difor peike på både svakheiter og styrker i tilbodet, og kravet til forhandlingar vil vere tilfredsstilt der tilbodet vert endra etter kommunikasjon mellom oppdragsgjevar og tilbudsgjevar. Det synast likevel ikkje å bli stilt krav om at tilbodet faktisk må endrast under forhandlingane eller i tilbudsgjevar sitt reviderte tilbod. Det avgjerande er at tilbudsgjevarane har fått mogelegheit til å endre tilbodet sitt ved å gje eit revidert tilbod. Ei slik forståing er i samsvar med forhandlingsforbodet i foa. §§ 12-1 første ledd og 21-1 første ledd.

3. FORHANDLINGSPLIKT FOR OPPDRAGSGJEVAR

Problemstillinga er om oppdragsgjevar har forhandlingsplikt når det nyttast konkurranse med forhandling.

Konkurranse med forhandling inneberer at oppdragsgjevar har "adgang" til å forhandle med ein eller fleire tilbudsgjevarar, jf. foa. § 4-2 bokstav d. Ei ordlydsfortolking av legaldefinisjonen tyder på at oppdragsgjevar ikkje har plikt til å forhandle.

I foa. §§ 11-8 første ledd og 20-11 første og andre ledd er det regulert i kva grad oppdragsgjevar kan redusere talet på deltakarar som oppdragsgjevar forhandlar med. I foa. § 20-11 tredje ledd er det regulert kven oppdragsgjevar skal forhandle med dersom det ikkje går fram av konkurransegrunnlaget at talet på deltakarar skal reduserast. Uavhengig av kva framgangsmåte som vert nytta, synast føresegnene å føresetje at oppdragsgjevar skal forhandle med eit tal tilbudsgjevarar, og opnar difor ikkje for ei valfridom slik legaldefinisjonen tyder på.

⁵⁶ KOFA 2011/1 avsnitt 33 som viser til 2010/219.

⁵⁷ KOFA 2003/171.

Ei avgjersle frå lagmannsretten slår fast at konkurranse med forhandling inneberer ei forhandlingsplikt for oppdragsgjevar. Lagmannsretten uttalte at:

"[e]n sentral forskjell på de to konkurranseformer er således at det ved åpen anbudskonkurranse ikke er tillatt å endre tilbudene eller å prøve å endre tilbudene ved forhandling, mens det ved konkurranse med forhandling *skal* skje forhandling" (mi kursivering).⁵⁸

I fleire avgjersler frå klagenemnda er det lagt til grunn at det vil føreligge brot på kravet til føreseielegheit dersom oppdragsgjevar ikkje gjennomfører reelle forhandlingar.⁵⁹ Dette tyder på at oppdragsgjevar har ei forhandlingsplikt sidan den motsette løysinga inneberer eit brot på føreseielegheita.

I juridisk teori er det lagt til grunn ulike synspunkt for om oppdragsgjevar har ei forhandlingsplikt. Dragsten uttalar at sidan det skal gjennomførast reelle forhandlingar, kan det ikkje gå fram av konkurransegrunnlaget at oppdragsgjevar berre vil gjennomføre forhandlingar dersom det er behov.⁶⁰ Ho synast difor å leggje til grunn at oppdragsgjevar har ei forhandlingsplikt.

Det motsette synspunktet er lagt til grunn av Amdal, som uttalar at oppdragsgjevar ikkje har plikt til å forhandle med tilbudsgjevarar som har gitt gyldige tilbod.⁶¹ Amdal grunnjev synspunktet sitt i fleire forhold. Desse forholda er i hovudsak at det fører til at tilbudsgjevar sitt første tilbod ikkje er bindande for oppdragsgjevar, at tilbudsgjevar ikkje har kontroll over kva det skal forhandlast om og at ei slik løysing er best i samsvar med likebehandlingsprinsippet og legaldefinisjonen.⁶²

Arrowsmith er òg av den oppfatning at oppdragsgjevar ikkje har ei forhandlingsplikt dersom det ikkje er naudsynt å forhandle, og at ei slik løysing er best i samsvar med

⁵⁸ LB-2008-74693.

⁵⁹ KOFA 2009/164 i avsnitt 74 (forsyningsforskriften), KOFA 2004/191 avsnitt 16, KOFA 2010/116 avsnitt 28.

⁶⁰ Dragsten (2013) s. 280.

⁶¹ Gro Amdal, Gjennomføringen av konkurranse med forhandling ved offentlige anskaffelser, *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 4 av 2004, s 430-451 (s. 449) (heretter Amdal 2004).

⁶² Sjå Amdal (2004) s. 449-450 for ei nærmare utgreiing av Amdal sine synspunkt.

gjennomsiktighetsprinsippet.⁶³ Ho uttalar likevel at Det nye direktivet kan påverke tolkinga av føreseigna slik at oppdragsgjevar har ei forhandlingsplikt med mindre noko anna går fram av konkurransegrunnlaget.⁶⁴

At oppdragsgjevar ikkje har ei forhandlingsplikt er best i samsvar med omsynet til gjennomsiktighet. I tillegg vil dette føre til at oppdragsgjevar ikkje nyttar transaksjonskostnadar på å forhandle dersom det ikkje er naudsynt. Å stille opp ei forhandlingsplikt er likevel best i samsvar med omsynet til føreseielegheit og korrupsjon.⁶⁵ Ei forhandlingsplikt hindrar at oppdragsgjevar unnlèt å forhandle dersom det beste tilbodet kjem frå ein tilbodsgjevar som oppdragsgjevar ynskjer å inngå kontrakt med. Til sist vil det kunne føre til meir effektive anskaffingar å stille opp ei forhandlingsplikt sidan tilbodsgjevarane truleg vil ha "litt å gå på" når dei er av den oppfatning at det skal forhandlast.

Ei samanfatning av kjeldene slår fast at oppdragsgjevar har ei forhandlingsplikt når han nyttar konkurranse med forhandling.

4. KVEN SKAL FÅ DELTA I FORHANDLINGANE?

4.1. Innleiing

I det følgjande vil det bli drøfta kven oppdragsgjevar har plikt til å forhandle med ved gjennomføring av konkurranse med forhandling for at oppdragsgjevar si forhandlingsplikt i punkt 3 skal vere oppfylt.

I punkt 4.2 vil det bli drøfta kven oppdragsgjevar har plikt til å forhandle med etter foa. § 20-11, og i punkt 4.3 vil det drøftast kven oppdragsgjevar har forhandlingsplikt overfor etter foa. § 11-8.

⁶³ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Volume 1, Third Edition, 2014 s. 1008-1009 (heretter Arrowsmith 2014). Gjennomsiktighetsprinsippet inneberer blant anna at tilbodsgjevarne og andre skal kunne vite om regelverket er fulgt gjennom heile konkurransen, sjå Goller mfl. (2014) s. 52.

⁶⁴ Arrowsmith (2014) s. 1008-1009.

⁶⁵ Korrupsjon er straffbart etter Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10 § 276 a.

4.2. Kven har oppdragsgjevar plikt til å forhandle med etter foa. § 20-11?

Oppdragsgjevar kan avgrense kven det skal forhandlast med og nytte faseforhandlingar etter foa. § 20-11 første ledd, dersom det går fram av konkurransegrunnlaget at denne framgangsmåten skal nyttast, jf. foa. § 20-11 andre ledd. I slike tilfelle kan oppdragsgjevar redusere talet på tilbodsgjevarar basert på tildelingskriteriar, jf. foa. § 20-11 første ledd.

Dersom oppdragsgjevar ikkje har opplyst om at det skal nytte faseforhandlingar, må oppdragsgjevar forhandle med alle tilbodsgjevarane som har gitt eit "gyldig tilbud", jf. foa. § 20-11 tredje ledd. Spørsmålet er difor kva som meinast med "gyldig tilbud".

Ordlyden opnar for to moglege tolkingsalternativ. Ordlyden kan tyde på at føresegna gjeld tilbod som er i samsvar med formelle krav. Oppdragsgjevar vil i slike tilfelle ha forhandlingsplikt med tilbod som blant anna er i samsvar med foa. § 20-2. At oppdragsgjevar ikkje har forhandlingsplikt med tilbod som inneheld formelle feil er likevel heilt klårt, og er unødvendig å lovregulere. Dette tyder på at "gyldige tilbud" er meint å ha eit anna meiningsinnhald enn at det er tale om tilbod som er i samsvar med formelle krav. Ordlyden kan difor tolkast slik at gyldige tilbod er tilbod som oppdragsgjevar ikkje skal eller vel å ikkje avvise.

Det føreligg ingen avgjersler som kan belyse kva som ligg i "gyldig tilbud" etter foa. § 20-11 tredje ledd.

I juridisk teori er det uttalt at gyldige tilbod er tilbod som ikkje skal eller kan avvisast. Dette blir lagt til grunn av Thue mfl. som uttalar at gyldige tilbod er:

"tilbud som lovlig kan antas av oppdragsgiver, dvs. at det ikke inneholder forbehold eller avvik som må føre til avvisning".⁶⁶

Synspunktet vert grunngeve med at foa. § 20-13 andre ledd bokstav b ikkje vil ha noko praktisk betyding dersom oppdragsgjevar er forplikta til å forhandle med tilbod han kan avvise etter denne føresegna.⁶⁷

⁶⁶ Anders Thue, Anne Buan, Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, Oslo 2013 s. 645-646 (heretter Thue mfl. 2013).

⁶⁷ Thue mfl (2013) s. 645.

Amdal er av same oppfatning som Thue mfl.⁶⁸ Ho uttalar likevel at det bør stillast opp ei forhandlingsplikt for tilbod som ikkje er i samsvar med konkurransegrunnlaget og tilbod som kan avvisast.⁶⁹ Ho synast difor å leggje til grunn at tilbodsgjevarar har rett til å delta i konkurransen når tilbodet er gyldig, men at oppdragsgjevar må forhandle med tilbodsgjevarar som ikkje har gyldige tilbod for at tilboda skal bli gyldige.

Det vil medføre transaksjonskostnadar dersom oppdragsgjevar har forhandlingsplikt overfor alle tilbod som er i samsvar med formelle krav. Oppdragsgjevar kan likevel unngå dette ved å skrive i konkurransegrunnlaget at det skal nyttast faseforhandlingar. Regelverket sitt føremål om effektive anskaffingar vil bli best teke i vare dersom oppdragsgjevar har plikt til å forhandle med alle tilbod som er i samsvar med formelle krav. Dette fordi oppdragsgjevar får fleire tilbod å forhandle om, og det fører til meir konkurranse. Ei samanfating av kjeldene tilseier likevel at oppdragsgjevar har forhandlingsplikt med tilbod som oppdragsgjevar lovleg kan antakast. Denne tolkinga vil føre til at foa. § 20-13 andre ledd bokstav b får praktisk betydning, slik Thue mfl. peikar på. Som oppgåva vil kome tilbake til i punkt 5.2.2 kan oppdragsgjevar ikkje forhandle med tilbod som inneheld avvik og atterhald når avviket og atterhaldet er vesentleg fordi tilbodet inneheld avvik eller atterhald frå grunnleggjande føresetnadar. Slike tilbod skal avvisast, og oppdragsgjevar har difor ikkje plikt til å forhandle med slike tilbod, sjølv om det etter dagens regelverk ikkje går fram av regelverket at oppdragsgjevar må avvise desse tilbod.

Dette inneberer at oppdragsgjevar har forhandlingsplikt med tilbod som oppdragsgjevar ikkje skal og kan avvise.

4.3. Kven har oppdragsgjevar plikt til å forhandle med etter foa. § 11-8?

I foa § 11-8 første ledd heiter det at "[k]onkurranse med forhandling kan forløpe i flere faser for å redusere det antall tilbud som det skal forhandles om". I den siste fasen må det likevel vere att nok tilbodsgjevarar til å sikre reell konkurranse, jf. foa. § 11-8 første ledd. Oppdragsgjevar kan difor nytte konkurranse med forhandling dersom dette går fram av konkurransegrunnlaget. Ei særlig problemstilling er om oppdragsgjevar kan nytte

⁶⁸ Amdal (2004) s. 442.

⁶⁹ Amdal (2004) s. 450.

faseforhandlingar dersom det ikkje går fram av konkurransegrunnlaget at faseforhandlingar skal nyttast.

Ei ordlydsfortolking av foa. § 11-8 første ledd er at oppdragsgjevar kan gjennomføre faseforhandlingar i alle tilfelle, jf. ordet "kan". Ordlyden tyder på at oppdragsgjevar ikkje har forhandlingsplikt med alle tilbudsgjevarane som har levert eit gyldig tilbod som etter foa. § 20-11 tredje ledd, jf. punkt 4.2.

I fleire avgjersler frå klagenemnda er det lagt til grunn at oppdragsgjevar kan nytte faseforhandlingar sjølv om det ikkje går fram av konkurransegrunnlaget at denne framgangsmåten skal nyttast.⁷⁰ Etter klagenemnda sitt synspunkt vil ikkje dette stride mot kravet til føreseielegheit sidan tilbudsgjevarane er klår over at oppdragsgjevar kan nytte ein slik framgangsmåte.⁷¹

Det same synspunktet er lagt til grunn i Veilederen der det vert uttalt at oppdragsgjevar kan nytte faseforhandlingar sjølv om det ikkje går fram av konkurransegrunnlaget at oppdragsgjevar skal gjere bruk av faseforhandlingar.⁷² Dette har gode grunnar for seg sidan ordlyden i foa. § 11-8 første ledd og 20-11 tredje ledd er ulik.

Eit motsett synspunkt er uttalt av Dragsten, som uttalar at kravet til føreseielegheit tilseier at alle leverandørar skal få moglegheit til å gje eit nytt tilbod dersom det ikkje går fram av konkurransegrunnlaget at oppdragsgjevar skal nytte faseforhandlingar.⁷³ Dragsten sitt synspunkt synast ikkje å leggje vekt på at det går uttrykkeleg fram av foa. § 11-8 første ledd at oppdragsgjevar kan nytte faseforhandling, og at ordlyden i foa. § 11-8 første ledd er ulik foa. § 20-11 første til tredje ledd. I foa. § 11-8 første ledd vert det heller ikkje stilt krav om at oppdragsgjevar må opplyse om at det skal gjennomførast faseforhandlingar i konkurransegrunnlaget for å nytte denne framgangsmåten. Tilbodsgjevar har difor ikkje noko forventning om at alle tilbudsgjevarar som har levert eit gyldig tilbod skal få gje eit revidert tilbod, og det vil difor ikkje stride mot kravet til føreseielegheit at oppdragsgjevar nyttar faseforhandlingar.

⁷⁰ KOFA 2009/125 avsnitt 45, KOFA 2009/167 avsnitt 38-41 og 2010/62 avsnitt 31-34.

⁷¹ KOFA 2010/62 avsnitt 32.

⁷² Veilederen (2013) s. 212.

⁷³ Dragsten (2013) s. 547.

Ei samla vurdering av rettskjeldene tilseier at det ikkje kan stillast opp ein tilsvarende regel som i foa. § 20-11 tredje ledd for anskaffingar som er omfatta av foa. § 11-8. Oppdragsgjevar kan difor nytte faseforhandlingar for anskaffingar under EØS-terskelverdiane sjølv om dette ikkje går fram av konkurransegrunnlaget. Dette inneberer at det er ei lempeligare løysing for anskaffingar under EØS-terskelverdiane. I forarbeida er det foreslått ei endå meir fleksibel løysing for slike anskaffingar.⁷⁴ Dette vil bli teke opp i oppgåva sitt punkt 7.

Oppdragsgjevar har forhandlingsplikt med eit tilstrekkeleg tal deltakarar som sikrar reell konkurranse.

5. KVA SKAL DET FORHANDLAST OM?

5.1. Innleiing

I dette kapittelet vil det bli drøfta kva partane kan forhandle om under forhandlingane. Punkt 5.2 vil handsame kva partane kan forhandle om i tilbodet, medan det i punkt 5.3 vil drøftast om partane kan forhandle om konkurransegrunnlaget.

5.2. Forhandlingar om tilbodet

5.2.1. Kva kan partane forhandle om i tilbodet?

Utgangspunktet er at partane kan forhandle om "alle sider ved tilbudene", jf. foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd. Dette kan vere "forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjonar".⁷⁵ At partane kan forhandle om alle sider av tilbodet er i samsvar med artikkel 30 nr. 2 der det heiter at partane skal forhandle om "de tilbud, de har afgivet".

I ei avgjersle frå lagmannsretten er det uttalt at partane kan forhandle om alle sider av tilbodet.⁷⁶ Saka gjaldt krav om erstatning etter loa. § 10. Eit av spørsmåla lagmannsretten tok stilling til var om det var feil av kommunen å nytte anbodskonkurranse som anskaffingsprosedyre, og ikkje konkurranse med forhandling. I den forbindelse uttalte lagmannsretten at:

⁷⁴ NOU 2014: 4 s. 151.

⁷⁵ Foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd.

⁷⁶ LB-2008-74693.

"[e]n sentral forskjell på de to konkurranseformer er således at det ved åpen anbudskonkurranse ikke er tillatt å endre tilbudene eller å prøve å endre tilbudene ved forhandling, mens det ved konkurranse med forhandling skal skje forhandling med adgang til å forhandle om alle sider ved tilbudene".

At partane kan forhandle om alle sider av tilbodet er òg lagt til grunn i klagenemnda si praksis.⁷⁷

Dette inneberer at foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd ikkje legg avgrensingar for kva partane kan forhandle om. Partane kan difor forhandle om dei same forholda som profesjonelle partar i næringslivet.

Partane må forhandle for å få tilbodet i samsvar med konkurransegrunnlaget, jf. artikkel 30 nr. 2.⁷⁸ Dette er òg lagt til grunn i klagenemnda si praksis, og ei avgjersle frå klagenemnda illustrerer dette.⁷⁹ I denne saka blei det uttalt at:

"[h]vis forhandlinger gjennomføres uten bindinger i konkurransegrunnlaget eller på en måte som innebærer at konkurransegrunnlaget i realiteten omformes under de senere forhandlinger, kommer dette i konflikt med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet etter lovens § 5".⁸⁰

Det same synspunktet er slått fast i Veilederen.⁸¹ Her heiter det at:

"[f]orhandlingene skal relatere seg til konkurransegrunnlaget og tilbudet. Formålet med forhandlingene er å tilpasse tilbudene til de kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget, og da særlig tildelingskriteriene".⁸²

Dragsten uttalar at det går ei grense for forhandlingsretten, sidan partane blant anna ikkje kan forhandle utan bindingar i konkurransegrunnlaget.⁸³

⁷⁷ KOFA 2005/68 avsnitt 32.

⁷⁸ Om oppdragsgjevar kan forhandle med andre føremål vert handsama i punkt 5.3.1.

⁷⁹ KOFA 2004/256.

⁸⁰ KOFA 2004/256 avsnitt 34.

⁸¹ Veilederen (2013) s. 210.

⁸² Ibid.

⁸³ Dragsten (2013) s. 579.

I utgangspunktet er det lite hensiktsmessig å stille ei avgrensing for kva partane kan forhandle om sidan forhandlingar opnar for at partane har rett til å diskutere korleis eit oppdrag skal bli utført. Tilbodsgjevarane sine tilbod kan innehalde betre løysingar, og det kan difor vere behov for å forhandle om desse, og såleis endre konkurransegrunnlaget. Som nemnd ovanfor kan dette vere i strid med omsynet til etterprøvbarheit og føreseielegheit. I kva grad oppdragsgjevar kan forhandle om endringar i konkurransegrunnlaget vil bli drøfta i punkt 5.3.1.

Oppdragsgjevar kan forhandle om alle sider av tilbodet for å få tilbodet i samsvar med konkurransegrunnlaget.

5.2.2. Kan partane forhandle om vesentlege avvik eller atterhald i tilbodet?

Som nemnd i punkt 1.2 er det diskutert om Nordecon-saka endrar rettstilstanden i Noreg slik at partane ikkje kan forhandle om vesentlege avvik eller atterhald. Ei særleg problemstilling er difor kor vidt partane kan forhandle om vesentlege avvik eller atterhald, eller om tilbod med slike avvik må avvisast. For å vurdere om Nordecon-saka endrar rettstilstanden, vil det først drøftast korleis rettstilstanden var før Nordecon-saka, og deretter vil det drøftast kva betyding avgjersla har for rettstilstanden i dag.

Regelverket inneheld inga definisjon av omgrepa vesentlege avvik eller atterhald. Med avvik meinast det at oppdragsgjevar ikkje kan "kreve utførelse i tråd med kravsspesifikasjonen".⁸⁴ Det avgjerande for om det føreligg eit atterhald byggjer på om oppdragsgjevar "kan kreve utførelse i samsvar med det opprinnelige kontraktsforslaget eller ikke".⁸⁵ Det byggjer på ei heilskapsvurdering om avvika er vesentlege.⁸⁶ I utgangspunktet vil det føreliggje eit vesentleg avvik dersom tilbodet inneheld avvik frå minstekrava.⁸⁷ Goller uttalar at det same utgangspunktet ikkje gjeld for vesentlege atterhald dersom det føreligg atterhald frå grunnleggjande føresetnadar i kontraktsgrunnlaget.⁸⁸ Han uttalar likevel at dersom det går fram at elementet i kontraktsgrunnlaget er ein absolutt føresetnad for kontraktsforholdet, må

⁸⁴ Morten Goller, "Vesentlige avvik og forbehold", *Tidsskrift for forretningsjus*, 2011 s. 97-129 (s. 99) (Heretter Goller 2011).

⁸⁵ Goller (2011) s. 99. Lagmannsretten sluttar seg til denne forståinga i LA-2011-100800, og i LF-2013-14272 blir det vist til avgjersla frå 2011.

⁸⁶ Goller (2011) s. 98.

⁸⁷ Sjå blant anna KOFA 2010/337 avsnitt 22.

⁸⁸ Goller (2011) s. 122.

atterhald frå dette forholdet truleg som utgangspunkt vere vesentleg. Det blir difor lagt til grunn at det føreligg eit vesentleg avvik eller atterhald dersom det er tale om avvik frå minstekrav eller atterhald frå ein absolutt føresetnad i kontraktsforslaget.

I punkt 5.2.1 er det slått fast at partane kan forhandle om alle sider av tilbodet, jf. foa. §§ 11-8 andre og 20-11 fjerde ledd. Ei ordlydsfortolking av føresegnene er difor at partane kan forhandle om vesentlege avvik eller atterhald i tilbodet.

I ei avgjersle frå lagmannsretten var eit av spørsmåla om tilbodsgjevaren sitt tilbod skulle ha blitt avvist sidan tilbodet innehaldt avvik frå krav stilt i konkurransegrunnlaget.⁸⁹ For å ta stilling til spørsmålet, måtte lagmannsretten klårleggje kva tidspunkt oppdragsgjevar måtte avvise tilbod som har vesentlege avvik og atterhald. Lagmannsretten viste til ei avgjersle frå klagenemnda der det vart uttalt at:

"[k]lager har for det første hevdet at avvisningsplikten måtte vurderes slik tilbudet forelå ved første tilbudsfrist. I en konkurranse med forhandling kan det forhandles om «endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene», jf. forskriften § 11-8 (2). Det inntreer derfor ingen avvisningsplikt på grunn av forhold ved tilbudet ved første tilbudsinnngivelse. Vurderingen av om innklagede hadde plikt til å avvise må derfor knytte seg til valgte leverandørs endelig tilbud".⁹⁰

Lagmannsretten slutta seg til denne uttalen, men tok ikkje direkte stilling til om partane kunne forhandle om vesentlege avvik eller atterhald. Uttalen kan likevel takast til inntekt for at det kan forhandlast om slike forhold, sidan det er utan betyding for avvisingsspørsmålet om det første tilbodet inneheld vesentlege avvik eller atterhald.

Ei avgjersle frå klagenemnda legg til grunn at partane kan forhandle om vesentlege avvik.⁹¹ Her vart det uttalt at:

"[e]ttersom forskriften § 11-11 (1) bokstav e medfører plikt til å avvise tilbud som etter gjennomføringen av forhandlinger inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, er

⁸⁹ LG-2013-92972.

⁹⁰ KOFA 2011/131 avsnitt 83.

⁹¹ KOFA 2012/47 avsnitt 46.

det etter klagenemndas mening naturlig at oppdragsgiver ved gjennomføringen av forhandlingene har plikt til å påpeke slike avvik, da dette vil ha avgjørende betydning for leverandøren".⁹²

Thue mfl. har uttalt at partane kan forhandle om vesentlege atterhald.⁹³

Ei samanfatning av dei norske rettskjeldene inneberer at partane kan forhandle om vesentlige avvik eller atterhald.

I Nordecon-saka var spørsmålet om artikkel 30 nr. 2 innebar at oppdragsgjevar kunne forhandle med ein tilbodsgjevar dersom tilbodet ikkje var i samsvar med minstekrava stilt i konkurransegrunnlaget. EU-domstolen slo fast at tilbod som inneheld avvik frå minstekrav, skal ikkje kome til forhandlingsfasen.⁹⁴ Avgjersla inneberer at partane ikkje kan forhandle om avvik frå minstekrava. Standpunktet til EU-domstolen blei blant anna grunngeve i at ei slik løysing tek best i vare likebehandlingsprinsippet og prinsippet om gjennomsiktighet.⁹⁵

Nordecon-saka si betydning for spørsmålet om partane kan forhandle om vesentlege avvik kom opp i ei avgjersle frå klagenemnda.⁹⁶ Det vart ikkje teke stilling til spørsmålet då det ikkje hadde betydning for saka.

I det følgjande vil det bli drøfta om synspunktet i Nordecon-saka inneberer at partane ikkje kan forhandle om avvik eller atterhald som etter ei tolking enten enkeltvis eller på grunn av fleire forhold visar seg å vere vesentlege.

Som nemnd slår Nordecon-saka fast at tilbod som inneheld avvik frå minstekrav ikkje skal kome til forhandlingsfasen og må bli avvist, og dette inneberer at partane ikkje kan forhandle om avvik frå minstekrava.⁹⁷ Sidan avvik frå minstekrav som utgangspunkt inneberer eit

⁹² KOFA 2012/47 avsnitt 46. Klagenemnda sin praksis skiljer ikkje mellom om avviket er vesentleg på grunn av at det inneheld avvik frå minstekravet eller andre forhold. I KOFA 2010/259 2010/261 innehaldt tilbodet avvik frå minstekrava. I avsnitt 57 uttalte klagenemnda at det var uten betydning om det opprinnelege tilbodet innehaldt avvik frå minstekrava. Denne avgjersla gjaldt forhandling utan forutgåande kunngjering, men det same gjeld for anskaffingar etter forutgåande kunngjering.

⁹³ Thue mfl. (2013) s. 341.

⁹⁴ Nordecon-saka avsnitt 39.

⁹⁵ Nordecon-saka avsnitt 35-37.

⁹⁶ KOFA 2013/11 avsnitt 46.

⁹⁷ Nordecon-saka avsnitt 39.

vesentleg avvik, fører avgjersla til at det i slike tilfelle ikkje kan forhandlast om slike vesentlege avvik.

I Nordecon-saka vart det uttalt av EU-domstolen at:

"[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".⁹⁸

Synspunktet i avgjersla synast å gjelde alle bindande føresetnadar, og vil difor gjelde avvik frå minstekrav og atterhald frå absolutte føresetnadar. Uttalen kan difor takast til inntekt for at partane heller ikkje kan forhandle om atterhald som er vesentlege fordi det er teke atterhald frå absolutte føresetnadar.⁹⁹

I C-243/89 (Storebælt)¹⁰⁰ slo EU-domstolen fast at det streid mot likebehandlingsprinsippet at oppdragsgjevar tok i betraktning eit tilbod som inneholdt atterhald frå grunnleggjande føresetnadar i anbudsgrunnlaget. I denne saka hadde tilbudsgjevaren teke atterhald om å ikkje ta på seg risikoen for prosjekteringa og for mengdeomfanget ved utføringa. Avgjersla har blitt krondømet på kva som utgjer eit vesentleg atterhald, og terskelen for om det føreligg eit vesentleg atterhald gjeld uavhengig av kva anskaffingsprosedyre oppdragsgjevar nyttar. I Nordecon-saka vart synspunktet grunngeve i at det vil stride mot likebehandlingsprinsippet dersom tilbudsgjevar sitt tilbod skulle kome til forhandlingsfasen når tilbodet ikkje var i samsvar med minstekrava. Storebælt-saka kan etter dette takast til inntekt for at det vil stride mot likebehandlingsprinsippet å forhandle om atterhald i tilbodet som er vesentlege fordi det inneheld atterhald frå grunnleggjande føresetnadar.

I juridisk teori leggjast det til grunn ulike synspunkt for om Nordecon-saka inneberer at partane kan forhandle om vesentlege avvik eller atterhald. Ramse uttalar at avgjersla

⁹⁸ Nordecon-saka avsnitt 38.

⁹⁹ Som nemnd ovanfor i punkt 5.2.2 legg Goller (2011) til grunn at dersom det går fram at elementet i kontraktsgrunnlaget er ein absolutt føresetnad for kontraktsforholdet, så må atterhald frå dette forholdet truleg som utgangspunkt vere vesentleg.

¹⁰⁰ C-243/89, *Kommissionen mot Danmark* (Storebælt), Sml. 1993 s. I-03353 avsnitt 42-43.

inneberer at det ikkje lenger kan forhandlast om vesentlege avvik eller atterhald.¹⁰¹ Røstum argumenterer for det motsette synspunktet. Han uttalar:

"[a]t det ikkje er adgang til å forhandle om tilbod som strider mot det som etter en tolking må forstås som absolutte krav i konkurransegrunnlaget har også vært den rådende oppfatning i norsk rett".¹⁰²

Vidare uttalar han at:

"[...] det ikkje er rettslig grunnlag for å likestille situasjonen med tilbod som inneholder vesentlige avvik frå kravene i konkurransegrunnlaget med situasjonen hvor tilbudet strider mot krav til tilbudet som etter en tolkning må forstås som absolutte [...]"¹⁰³

Røstum synast ikkje å trekkje eit skilje mellom å forhandle om vesentlege avvik eller atterhald i tilbudet, og at oppdragsgjevar endrar minstekrav i konkurransegrunnlaget.¹⁰⁴ Som vist ovanfor kan partane forhandle om tilbod med vesentlege avvik eller atterhald, og det har vore utan betyding om avviket var vesentleg fordi det inneholdt avvik frå minstekrava i konkurransegrunnlaget. I tillegg er det rettslig grunnlag for å like stille vesentlege avvik med avvik frå minstekrava, sidan avvik frå minstekrav som utgangspunkt vil vere vesentlege. Det er derimot ikkje rettslig grunnlag for å likestille vesentlege avvik med avvik frå minstekrava i dei tilfella avviket er vesentleg på grunn av andre forhold, som der det er vesentleg på grunn av avviket si størrelse eller på grunn av viktigheita av forholdet som det vert gjort avvik frå.¹⁰⁵

At partane ikkje kan forhandle om avvik eller atterhald som er vesentlege fordi det inneheld avvik frå grunnleggjande føresetnadar kan føre til mindre effektive anskaffingar sidan det vert færre tilbod å forhandle om, og difor mindre konkurranse. Det vil likevel vere best i samsvar med likebehandlings- og gjennomsiktigheitsprinsippet at oppdragsgjevar ikkje kan forhandle med eit tilbod som inneheld slike forhold. Tilbodsgjevarar som leverer eit tilbod med slike avvik eller atterhald kan få ein konkurransefordel under forhandlingane ved at oppdragsgjevar firar på andre krav for at tilbodsgjevarane skal fjerne det vesentlege avviket eller

¹⁰¹ Jostein Ramse, *Offentlige anskaffelser: EU-domstolen korrigerer norsk rettstilstand*, artikkel i Juristkontakt nr. 2 frå 2014 s. 45.

¹⁰² Helge Røstum, *Kommentar til artikkel om offentlige anskaffelser*, artikkel i Juristkontakt nr. 3 frå 2014 s. 47.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Oppdragsgjevar kan ikkje endre minstekrava i konkurransegrunnlaget, sjå punkt 5.3.1.

¹⁰⁵ KOFA 2009/33 avsnitt 32.

atterhaldet.¹⁰⁶ Dette er i strid med likebehandlingsprinsippet, og det kan difor ikkje få avgjerande betyding at oppdragsgjevar får færre tilbod å forhandle om. Når tilbodsgjevarane er klår over at slike tilbod ikkje vert teke i betraktning, er det grunn til å tru at færre tilbodsgjevarar vil gje eit tilbod med vesentlege avvik eller atterhald.

Dei synspunkt som er lagt til grunn i Nordecon-saka vil dermed sannsynlegvis leggjast til grunn i ei sak som gjeld avvik eller atterhald dersom avviket eller atterhaldet er vesentleg på grunn av at det inneheld avvik frå minstekrav eller atterhald frå absolutte føresetnadar. Partane kan framleis forhandle om andre vesentlege avvik eller atterhald. Desse synspunkta må dessutan gjelde for anskaffingar under EØS-terskelverdiane, sidan det er grunngeve i likebehandlingsprinsippet og prinsippet om gjennomsiktighet. Dette inneberer at foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd må tolkast slik at partane kan forhandle om alle sider av tilbodet med mindre tilbodet skal avvisast.

At det ikkje er adgang til å forhandle om vesentlege avvik og atterhald synast dessutan å vere i samsvar med Det nye direktivet. I artikkel 29 nr. 3 andre ledd går det fram at "[m]inimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling". Ordlyden gir inga rettleiing for kva som meinast med minstekrav. I Det nye direktivet sin fortale heiter det at:

"[f]orhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejders, varers og tjeneste-ydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør minimumskrav. Det bør præciseres, at de minimumskrav, der skal fast-sættes af den ordregivende myndighed, er de betingelser og karakteristika (især fysiske, *funktionelle* og *juridiske*), som alle tilbud skal opfylde eller have, for at den ordregi-vende myndighed kan tildele kontrakten i overensstem-melse med det valgte tildelingskriterium" (mi kursivering).¹⁰⁷

Dersom ein ser ordlyden i samsvar med fortalen til Det nye direktivet, synast minstekrav å vere absolutte føresetnadar i kravsspesikasjonen og kontraktsforslaget.

¹⁰⁶ Eit slikt synspunkt er uttalt av mindretalet i NOU 2014: 4 s. 158.

¹⁰⁷ Dir. 2014/24 fortalen punkt 45.

Det motsette synspunktet er uttalt i juridisk teori. Arrowsmith uttalar at artikkel 29. nr. 3 andre ledd ikkje påverkar dei generelle reglane om at tilbodsgjevarane kan endre tilbodet slik at tilbodet vert i samsvar med minstekrava i konkurransegrunnlaget.¹⁰⁸ Ho uttalar likevel at det gjenstår å sjå korleis føresegna vert tolka. Arrowsmith sitt synspunkt er kome før Nordecon-saka, og denne avgjersla kunne ha påverka hennar tolking av artikkel 29 nr. 3. Ei endeleg avklåring vil likevel ikkje kome for EU-domstolen har handsama kva direktivteksten inneberer.

5.3. Forhandlingar om konkurransegrunnlaget

5.3.1. Kan oppdragsgjevar endre konkurransegrunnlaget under forhandlingane, og eventuelt i kva grad?

Om oppdragsgjevar kan endre konkurransegrunnlaget etter tilbodsfristen er slutta er ikkje regulert i foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd då føresegnene gjeld forhandlingar om tilbodet.

Det heiter i foa. §§ 8-2 første ledd og 17-2 første ledd at "[i]nnen tilbudsfristens utløp", kan oppdragsgjevar gjere endringar i konkurransegrunnlaget som ikkje er vesentleg. Ei ordlydsfortolking av føresegnene er at oppdragsgjevar ikkje kan endre konkurransegrunnlaget etter at tilbodsfristen er slutta.

I praksis frå klagenemnda er det likevel lagt til grunn at partane kan forhandle om delar av konkurransegrunnlaget.¹⁰⁹ Oppdragsgjevar kan likevel ikkje endre konkurransegrunnlaget vesentleg.¹¹⁰ Denne avgrensinga er grunngjeve i omsynet til potensielle tilbodsgjevarar, føreseielegheit og gjennomsiktighetsprinsippet.¹¹¹

Det same synspunktet er uttalt av Dragsten.¹¹²

¹⁰⁸ Arrowsmith (2014) s. 1031-1032.

¹⁰⁹ KOFA 2011/120.

¹¹⁰ KOFA 2011/120 avsnitt 29 og 30. Dette har blitt uttalt i andre avgjersler, blant anna KOFA 2005/68 avsnitt 32.

¹¹¹ KOFA 2005/68 avsnitt 32.

¹¹² Dragsten (2013) s. 578. Det same synspunktet synast å bli lagt til grunn av Michael Steinicke og Lisa Groesmeier, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, Danmark 2008 (Heretter Steinicke og Groesmeier 2008) s. 830-831.

Oppdragsgjevar kan ha behov for å endre konkurransegrunnlaget under forhandlingane etter at det er drøfta ulike løysingar og undersøkt kva samfunnet kan tilby. Det har difor gode grunnar for seg at oppdragsgjevar kan endre konkurransegrunnlaget. Om oppdragsgjevar ikkje kunne ha gjort ei slik endring, ville det ført til at konkurransen måtte avlysast, og dette ville vore ei svært lite hensiktsmessig løysing. At det stillast opp ei avgrensing om at oppdragsgjevar ikkje kan endre konkurransegrunnlaget vesentleg, stillar ikkje opp ei unødig avgrensing for oppdragsgjevar. Dessutan tek denne løysing i vare omsynet til føreseielegheit og gjennomsiktighet.

Under forhandlingane kan oppdragsgjevar endre konkurransegrunnlaget dersom endringa ikkje er vesentleg.

Det byggjer på ei heilskapsvurdering om ei endring av konkurransegrunnlaget er vesentleg.¹¹³ Utgangspunktet er at det vil føreliggje ei vesentleg endring dersom endringa påverkar tilbudsgjevarsamansetninga.¹¹⁴ Dette tilseier at oppdragsgjevar ikkje kan endre minstekrava i konkurransegrunnlaget slik at tilbudsgjevar sitt tilbud ikkje lenger inneheld eit vesentlege avvik. Dette er slått fast i T-40/01 (Scan Office).¹¹⁵ Det same synspunktet er lagt til grunn i klagenemnda sin praksis og juridisk teori.¹¹⁶ Oppdragsgjevar kan difor ikkje akseptere eit tilbud som inneheld eit vesentleg avvik og såleis endre minstekrava i konkurransegrunnlaget. Omsyna i Nordecon-saka gjer seg like gjeldande her.

6. KORLEIS SKAL FORHANDLINGANE GJENNOMFØRAST?

6.1. Innleiing

I dette kapittelet vert det handsama kva krav som vert stilte til gjennomføring av forhandlingane.

Føresegnene i foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd stillar ikkje spesifikke krav til gjennomføring av forhandlingar, og det inneberer at det er dei grunnleggjande krava i loa. § 5 og foa. § 3-1 som er styrande. Det kan likevel utleiast enkelte krav frå praksis frå

¹¹³ KOFA 2011/272 avsnitt 23.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ T-40/01, *Scan Office Design SA mod Kommissionen*, Sml. 2002 s. II-05042 avsnitt 76.

¹¹⁶ KOFA 2009/280 avsnitt 51 og KOFA 2005/243 avsnitt 27, Dragsten (2013) s. 578 og Stenicke og Groesmeyer (2008) s. 831. For ei nærare utgreiing av kva som meinast med vesentleg endring av konkurransegrunnlaget, sjå Dragsten (2013) s. 578.

lagmannsretten og klagenemnda, og desse vil ha betyding for kva krav som stillast til korleis forhandlingane skal bli gjennomført.

Det er verdt å merke seg at oppdragsgjevar i kunngjeringa og i konkurransegrunnlaget kan stille opp ein særskilt framgangsmåte for gjennomføring av forhandlingane. Dette er ein naturleg konsekvens av at det i stor grad er opp til partane korleis forhandlingane skal gjennomførast. I slike tilfelle er oppdragsgjevar forplikta til å gjennomføre forhandlingane etter den gitte framgangsmåten. Eit slikt synspunkt finn ein støtte for i ei avgjersle frå klagenemnda, der det blir uttalt at:

"[a]v kravet til forutberegnelighet følger da at innklagede må gjennomføre anskaffelsen slik den er skissert i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget [...]".¹¹⁷

Klagenemnda si uttale er i tråd med Høgsterett si påpeiking i Rt-1997-574 (Firesafe) om at tilbudsgjevarane må kunne stole på at oppdragsgjevar legg til grunn det som er opplyst i konkurransegrunnlaget om sakshandsaminga.¹¹⁸

Sidan det er dei grunnleggjande krava i loa. 5 og foa. § 3-1 som er styrande for framgangsmåten, kan oppdragsgjevar likevel ikkje forplikte seg og tilbudsgjevarane til å gjennomføre forhandlingar på ein måte som strider mot desse krava. Dette blei uttalt i ei avgjersle frå klagenemnda kvar det går fram at:

"[o]ppdragsgiver kan ikkje avtale seg til en sterkere forhandlingsposisjon under konkurranse med forhandling enn det som følger av lovens § 5".¹¹⁹

Klagenemnda la til grunn at det ville stride mot god forretningsskikk.

I det følgjande vil det først bli gjort greie for kva formelle krav som vert stilte til forhandlingane. Dette blir gjort i punkt 6.2. til 6.4. Deretter vil det i punkt 6.5 gjerast greie for kva krav som vert stilt til informasjonen oppdragsgjevar gjev til tilbudsgjevarane under forhandlingane. Til sist vil det i punkt 6.6 bli drøfta kva som ligg i kravet til reelle

¹¹⁷ KOFA 2009/230 avsnitt 73. Eit slikt synspunkt er dessutan slått fast i Veilederen 2013 s. 210 og av Dragsten (2013) s. 548.

¹¹⁸ Rt-1997-574 (Firesafe) s. 577.

¹¹⁹ KOFA 2007/95 (forsyningsforskriften) avsnitt 26.

forhandlingar. Det leggjast i det følgjande til grunn ein føresetnad om at oppdragsgjevar ikkje har lagt føringar for forhandlingane i konkurransegrunnlaget og i kunngjeringa.

6.2. Krav om forhandlingsform til forhandlingane

Det første spørsmålet er om det vert stilt opp eit krav om forhandlingsform til forhandlingar.

Foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd stiller ikkje opp krav til korleis oppdragsgjevar skal halde forhandlingane. At føresegnene ikkje stiller opp særskilte formkrav, tyder på at oppdragsgjevar kan gjennomføre forhandlingane på den måten han ynskjer. Dette vil i så fall vere i tråd med oppdragsgjevar sitt behov for fleksibilitet under forhandlingane, og inneberer at oppdragsgjevar kan velje om tilbodsgjevarane skal forhandle skriftleg eller munnleg. At det ikkje gjeld særlege formkrav følgjer òg av avgjersler frå lagmannsretten og klagenemnda.¹²⁰

Under forhandlingane må oppdragsgjevar overhalde likebehandlingsprinsippet, jf. foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd.¹²¹ Likebehandlingsprinsippet kan tilseie at oppdragsgjevar må sørge for at tilbodsgjevarane forhandlar på same måte. Eit slikt krav er likevel ikkje lagt til grunn i klagenemnda si praksis.¹²² I denne avgjersla blei det uttalt at det avgjerande for at det ikkje føreligg brot på likebehandlingsprinsippet, er at tilbodsgjevarane har fått like mogelegheiter til å velje forhandlingsform. Dette inneberer at tilbodsgjevarar i den same konkurransen kan forhandle på ulik måte dersom dei har fått same valmogelegheiter før forhandlingane starta.¹²³

Det vil vere best i samsvar med likebehandlingsprinsippet at oppdragsgjevar vel korleis tilbodsgjevarane skal forhandle, og sørgjer for at tilbodsgjevarane forhandlar på same måte. At oppdragsgjevar vel forhandlingsform kan likevel føre til at tilbodsgjevarar let vere å delta i konkurransen. Eit døme på dette er dersom oppdragsgjevar vel å forhandle skriftleg medan nokre tilbodsgjevarar av ressursomsyn ynskjer å forhandle munnleg sidan det kan ta lenger tid med skriftlege forhandlingar. Det vil føre til mindre konkurranse dersom det er få tilbodsgjevarar som deltek, og dette kan føre til mindre effektive anskaffingar. Det har difor

¹²⁰ LG-2013-92972. KOFA 2005/215 avsnitt 48 og KOFA 2003/267 avsnitt 33. Dette er òg uttalt i Veilederen 2013 s. 210.

¹²¹ Likebehandlingsprinsippet inneberer at tilbodsgjevarane skal bli behandla likt med mindre noko anna er sakleg grunngeve, sjå NOU 1997: 21 under "Til § 5 grunnleggende prinsipper".

¹²² KOFA 2005/215 avsnitt 50.

¹²³ Eit slikt synspunkt er uttalt av Dragsten (2013) s. 549-550.

gode grunnar for seg at likebehandlingsprinsippet inneberer at tilbodsgjevarane får like mogelegheiter til å velje forhandlingsform. Ei slik løysing vil ta best i vare føremålet om effektive anskaffingar.

Det stillast ikkje opp formkrav til forhandlingane, men det stillast krav om at tilbodsgjevarane får like mogelegheiter til å velje forhandlingsform.

6.3. Krav til førebuingstid før forhandlingane vert halde

Spørsmålet er kor vidt det føreligg særlege krav til tilbodsgjevar si førebuingstid før forhandlingane vert halde.

Foa. §§ 11-8 og 20-11 stiller ikkje krav til tilbodsgjevarane si førebuingstid. I foa. kapittel 10 og 19 vert det stilt opp krav til fristar. Ingen av fristane i føresegnene her gjeld fristar frå det første tilbodet er levert av tilbodsgjevarane, og til det vert halde forhandlingar.

At regelverket ikkje stiller opp krav til fristar, tyder på at oppdragsgjevar kan setje dei fristane han ynskjer. Ei slik tolking er i samsvar med oppdragsgjevar sitt behov for fleksibilitet under forhandlingane.

Oppdragsgjevar må gje tilbodsgjevarane like lang førebuingstid, jf. likebehandlingsprinsippet i foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd. Av praktiske årsakar vil det likevel ikkje vere mogeleg å gje tilbodsgjevarane akkurat like lang tid til å førebu seg på frå tilbodet er levert og til forhandlingane vert halde. Det kan difor ikkje vere brot på likebehandlingsprinsippet at tilbodsgjevarane får ulik førebuingstid. Likebehandlingsprinsippet tilseier likevel at tilbodsgjevarane må få så lik førebuingstid som mogeleg.

At tilbodsgjevarane kan ha ulike førebuingstid i nokre tilfelle utan at oppdragsgjevar bryt likebehandlingsprinsippet, er lagt til grunn av klagenemnda.¹²⁴ I denne saka uttalte klagenemnda at:

"[i] omfattende konkurranser [...] må [det] [...] aksepteres at det foreligger et visst tidsspenn mellom forhandlingene med de ulike tilbyderne".¹²⁵

¹²⁴ KOFA 2010/299.

I denne saka hadde tilbodsgjevarane fått over tre månadar å førebu seg på. At den eine tilbodsgjevaren fekk lengre tid enn tre månader, førte ikkje til at det var gjort brot på likebehandlingsprinsippet. Klagenemnda uttalte at det kan vere ein fordel å få lenger tid å førebu seg på, men at i denne saka var det ikkje ført omfattande forhandlingar og tilbodsgjevarane hadde heller ikkje fått særskilte oppgåver dei skulle førebu til forhandlingsmøtet. Det blei dessutan lagt vekt på at det berre var tilbodsgjevarane sitt tilbod som blei gjennomgått under forhandlingane.

Klagenemnda si avgjersle tyder på at det i omfattande konkurransar kan akseptast at tilbodsgjevarane får ulik førebuingstid så lenge alle tilbodsgjevarane får tilstrekkeleg tid å førebu seg på. Det vil ikkje gje ein tilbodsgjevar eit konkurransefortrinn dersom tilbodsgjevarane har fått lang nok førebuingstid. Lengda på førebuingstida som tilbodsgjevarane må få, vil avhenge av kva konkurranse det er tale om.

Dette synspunktet bør dessutan gjelde i mindre konkurransar. Så lenge tilbodsgjevarane har fått førebudd seg slik at det ikkje vil ha betydning at nokon får førebu seg ytterligare, bør det ikkje føreligge brot på likebehandlingsprinsippet. Ei slik tolking vil gje oppdragsgjevarane ytterligare fleksibilitet i konkurransen og har difor gode grunnar for seg.

Tilbodsgjevarane må få lik førebuingstid i konkurransen, med mindre dei har fått så lang tid å førebu seg på, at det ikkje vil vere ein konkurransefordel at tilbodsgjevarane får ulik førebuingstid.

6.4. Krav til møtereferat frå forhandlingane

Problemstillinga er om det vert stilt krav om møtereferat frå forhandlingane, og eventuelt kva krav som vert stilt til møtereferatet og det sitt innhald.

Oppdragsgjevar må "fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig", jf. foa. § 3-1 sjuande ledd. Forhandlingar har betydning for konkurransen og gjennomføring av denne. Av ordlyden kan ein difor utleie at oppdragsgjevar må føre eit møtereferat frå forhandlingane.

¹²⁵ KOFA 2010/299 avsnitt 86.

Det er slått fast i fleire avgjersler frå klagenemnda og lagt til grunn i juridisk teori at oppdragsgjevar må føre møtereferat frå forhandlingane.¹²⁶ Klagenemnda uttalte at kravet til møtereferat følgjer av kravet til gjennomsiktigheit og etterprøvbarheit.¹²⁷ Å føre møtereferat vil dessutan ha betyding for klagenemnda si mogelegheit til å avgjere om forhandlingane er ført i samsvar med regelverket, sidan klagenemnda som nemnd i punkt 1.5 har skriftleg sakshandsaming.

Det ligg i møtereferatet sin natur at referatet er skriftleg. Det same følgjer av foa. § 3-7 sjuande ledd, der det er oppstilt eit generelt krav om at dokumentasjonen skal vere skriftleg. Ordlyden stiller inga ytterligare krav til møtereferatet si form, og dette tyder på at det er utan betyding korleis møtereferatet blir ført. Eit døme som illustrerer dette er ei avgjersle frå klagenemnda der det blei akseptert at møtereferatet var ein intern e-post.¹²⁸ Avgjersla tyder på at det er utan betyding kva form dokumentet har dersom møtereferatet er eit skriftleg dokument som sikrar notoritet om kva som vart drøfta og avtalt.

Vidare stillar foa. § 3-1 sjuande ledd opp eit krav om at dokumentasjonen må bli ført "fortløpende", og det tyder på at møtereferatet må bli ført forløpende. Ei naturleg språkleg forståing av ordlyden er at oppdragsgjevar må føre referat kontinuerlig under forhandlingane. Ei slik forståing tek i vare omsynet til etterprøvbarheit sidan det sikrar at oppdragsgjevar får med alt av betyding i møtereferatet. I ei avgjersle frå klagenemnda slo klagenemnda fast at ein protokoll som var ført meir enn to veker etter at det var valt tilbodsgjevar, ikkje var tilfredsstillande dokumentasjon.¹²⁹ Protokollen var eit tillegg til den grunngevinga som allereie var gitt. Det må difor leggjast til grunn at å føre møtereferat to veker etter at møtet er halde ikkje er "fortløpende". Dragsten uttaler at det ikkje er tilstrekkeleg å føre møtereferat i ettertid.¹³⁰ Det kan difor leggjast til grunn at møtereferatet må bli ført kontinuerlig.

Oppdragsgjevar sin dokumentasjon må innehalde "de vurderinger og den dokumentasjonen som har betyding for gjennomføringen av konkurransen", jf. foa. § 3-1 sjuande ledd. Dette tyder på at møtereferatet difor innehalde vurderingane og dokumentasjonen som har betyding

¹²⁶ KOFA 2010/41 avsnitt 39 og KOFA 2007/134 avsnitt 40, Dragsten (2013) s. 550.

¹²⁷ KOFA 2010/41 avsnitt 39.

¹²⁸ KOFA 2010/96 avsnitt 91-93.

¹²⁹ KOFA 2004/124 avsnitt 37-40.

¹³⁰ Dragsten (2013) s. 550.

for konkurranse med forhandling. Dette er dessutan slått fast i to avgjersler frå klagenemnda.¹³¹ Dragsten uttalar at møtereferata må vere så utfyllande at klagenemnda kan ta stilling til faktisk usemje mellom partane.¹³²

I foa. §§ 11-8 andre ledd siste setning og 20-11 fjerde ledd siste setning vert det stilt opp eit ytterligere krav til dokumentasjonen frå forhandlingane. Her heiter det at "[d]ersom forhandlinger fører til endring av en leverandørs tilbud, skal endringene dokumenteres skriftlig". I ei avgjersle frå klagenemnda gjekk det ikkje fram av møtereferatet at tilbodsgjevar hadde revidert tilbodssummane, men dette var teke inn i anskaffingsprotokollen.¹³³ Avgjersla kan takast til inntekt for at det ikkje stillast opp eit krav om at møtereferatet må innehalde endringar som forhandlingane fører til, og at det er tilstrekkeleg at det går fram av anskaffingsprotokollen. Det er likevel ikkje til hinder for at oppdragsgjevar fører slike endringar i møtereferatet. Dragsten argumenterer for at kravet i foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd er oppfylt dersom det blir levert eit revidert tilbod.¹³⁴ Det leggjast difor til grunn at det ikkje vert stilt krav om at møtereferatet må innehalde endringar av tilbodsgjevarane sitt tilbod. Det er tilstrekkeleg at slike endringar går fram av anskaffingsprotokollen eller det reviderte tilbodet.

Det blir ikkje stilt krav om at oppdragsgjevar sender over møtereferatet til tilbodsgjevarane slik at dei får godkjenne at det som går fram av referatet er riktig. Dette blei slått fast i ei avgjersle frå klagenemnda og i juridisk teori.¹³⁵

Etter dette kan det leggjast til grunn at det vert stilt krav om møtereferat frå forhandlingane. Dette referatet skal førast fortløpande, og må ha eit slikt innhald at klagenemnda kan ta stilling til usemje mellom partane.

6.5. Krav til informasjon under forhandlingane

6.5.1. Innleiing

¹³¹ KOFA 2004/124 avsnitt 36 og KOFA 2007/134 avsnitt 40.

¹³² Dragsten (2013) s. 550.

¹³³ KOFA 2007/126 avsnitt 60.

¹³⁴ Dragsten (2013) s. 556.

¹³⁵ KOFA 2007/134 avsnitt 40 og Dragsten (2013) s. 550.

Foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd stiller ikkje opp ei informasjonsplikt for oppdragsgjevar. Det er likevel på det reine at oppdragsgjevar kan gje tilbudsgjevarane informasjon under forhandlingane. Oppdragsgjevar sin rett til å gje tilbudsgjevarane informasjon vert avgrensa av kravet til teieplikta i foa. § 3-6 og eit ytterligare krav om hemmelegald i foa. §§ 11-8 tredje ledd siste setning. og 20-11 femte ledd siste setning.

I det følgjande vil det drøftast kva krav som vert stilt til informasjonen oppdragsgjevar gir tilbudsgjevarane under forhandlingane. Punkt 6.5.2 vil handsame kva krav som blir stilt til informasjonen oppdragsgjevar gjev tilbudsgjevarane. I punkt 6.5.3 vil det drøftast kva krav som stillast til oppdragsgjevar si teieplikt, før det i punkt 6.5.4 vil drøftast kva krav som vert stilt til hemmelegald om tilbudsgjevar sine tilbod.

6.5.2. Krav til informasjonen oppdragsgjevar gjev til tilbudsgjevarane

Problemstillinga i det følgjande er kva krav som vert stilt til informasjonen oppdragsgjevar gir til tilbudsgjevarane under forhandlingane. Det vert lagt til grunn ein føresetnad om at informasjonen verken er omfatta av teieplikta eller kravet om hemmelegald.

Som nemnd ovanfor i punkt 6.1 er likebehandlingsprinsippet styrande for forhandlingane, jf. foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd. Eit direkte utslag av likebehandlingsprinsippet er foa. §§ 11-8 tredje ledd siste setning og 20-11 femte ledd siste setning der det heiter at oppdragsgjevar ikkje skal gje "opplysninger [...] som kan stille noen leverandører betre enn andre". Ordlyden tyder på at oppdragsgjevar ikkje kan gje den eine tilbudsgjevaren informasjon dersom informasjonen gir tilbudsgjevaren ein konkurransefordel.

I praksis frå lagmannsretten og klagenemnda er det lagt til grunn same forståing.¹³⁶
Lagmannsretten uttalte at:

"[b]rudd på kravet til likebehandling ved konkurranse med forhandling kan foreligge der tilbyderne får ulik tilgang på informasjon på en måte som inneberer at tilbyderne ikke har likverdig konkurransemuligheter".¹³⁷

¹³⁶ LG-2013-92972 og KOFA 2006/54 avsnitt 12-13.

¹³⁷ LG-2013-92972.

I ei avgjersle frå klagenemnda stod det i konkurransegrunnlaget at prisen skulle bli oppgitt som proSENTSATS av forvalta volum.¹³⁸ Den eine tilbodsgjevaren blei informert om at fastpris vart godteke, men det var den andre tilbodsgjevaren uvitande om. Det var konkurransevidande at tilbodsgjevarane hadde fått ulik informasjon, og det førelåg difor brot på likebehandlingsprinsippet. Dette inneberer at det blir stilt krav om at oppdragsgjevar gir tilbodsgjevarane lik informasjon, dersom det vil vere konkurransevidande å unnlate å gje den andre tilbodsgjevaren slik informasjon.

Det er viktig at tilbodsgjevarane får lik informasjon slik at likebehandlingsprinsippet ikkje vert brote. Treumer uttalar at dersom ein tilbodsgjevar har eit informasjonsoverskot som følge av at han har vore i ein dialog med oppdragsgjevar, må informasjonsoverskotet bli utlikna slik at det ikkje føreligg brot på likebehandlingsprinsippet.¹³⁹ Treumer legg difor til grunn same synspunkt som avgjerslene ovanfor.

Det er gode grunnar for det stillast krav om lik informasjon. Dette vil sikre at det offentlege oppnår effektive anskaffingar sidan alle tilbodsgjevarane står på lik linje i konkurransen. Eit slikt krav vil dessutan forhindre korrupsjon sidan oppdragsgjevar ikkje kan gje informasjon til den tilbodsgjevaren han ynskjer å inngå kontrakt med. I mange tilfelle er ikkje oppdragsgjevar klår over at tilbodsgjevarane har nytte av informasjonen. Oppdragsgjevar bør i slike tilfelle likevel gje informasjonen for å sikre at likebehandlingsprinsippet blir teke i vare. Det er opp til tilbodsgjevarane å bruke informasjonen slik dei ynskjer, og på den måten dei vil.

Prinsippet om god forretningsskikk vil dessutan vere styrande for kravet til informasjon, jf. foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd. Av dette prinsippet kan ein utleie eit krav om at oppdragsgjevar må gje tilbodsgjevarane sannferdig informasjon under forhandlingane. Dette blei lagt til grunn i ei avgjersle frå klagenemnda, der det blei uttalt at:

"[d]et vil være i strid med god forretningsskikk, jf forskriftens § 3-1 (2), å gi villedende informasjon til en leverandør i et forhandlingsmøte. Dette innebærer blant annet at innklagede, dersom en leverandør stiller konkrete spørsmål om leverandøren på spesifikke punkter kan forbedre seg, plikter å ta stilling til om det er adgang til å besvare spørsmålet, og deretter enten besvare spørsmålet, eller gi uttrykk for at det ikke kan besvares. Dersom

¹³⁸ KOFA 2006/54 avsnitt 12-13.

¹³⁹ Treumer, Steen, *Ligebehandlingsprinsippet i EU's udbudsregler*, København 2000 s. 125-126.

leverandøren besvarer spørsmålet, må svaret gi korrekt uttrykk for innklagedes foreløpige evaluering".¹⁴⁰

Denne avgjersla inneberer difor at dersom oppdragsgjevar svarar på tilbodsgjevarane sine spørsmål, skal svara vere riktige.

At oppdragsgjevar ikkje skal gje villeiande informasjon er godt i samsvar med føremåla bak regelverket. Dette fordi oppdragsgjevar ikkje kan gje andre tilbodsgjevarar eit konkurransefortrinn ved å gje villeiande informasjon til andre tilbodsgjevarar, og det vil føre til effektive anskaffingar og forhindre korrupsjon.

Det vert stilt krav om at oppdragsgjevar gir tilbodsgjevarane lik informasjon under forhandlingane slik at ein tilbodsgjevar ikkje får konkurransefordel framfor andre. I tillegg stillast det krav om at oppdragsgjevar ikkje gir tilbodsgjevarane villeiande informasjon.

6.5.3. Krav om teieplikt

Oppdragsgjevar si informasjonsplikt må vegast mot kravet om teieplikt i foa. § 3-6 som viser til forvaltningsloven¹⁴¹ § 13. Etter denne føresegna skal det hindrast at tilbodsgjevarane får "adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde". Ordlyden stiller krav om at tilbodsgjevarane ikkje må få kunnskap om forretningshemmelegheiter, og informasjonen oppdragsgjevar gir til tilbodsgjevarane må ikkje vere omfatta av teieplikta.

Det er lagt til grunn i rettspraksis og klagenemnda si praksis at blant anna einingsprisar er omfatta av føresegna.¹⁴² Oppdragsgjevar kan difor ikkje gje informasjon om tilbodsgjevarane sine einingsprisar dersom det er av konkurransemessig betydning å hemmeleghalde desse.

Etter ordlyden er det utan betydning korleis tilbodsgjevarane får teiepliktig informasjon, jf. "adgang eller kjennskap til". Dette er ein naturleg regel, sidan det elles ville vore enkelt å omgå føresegna.

¹⁴⁰ KOFA 2004/295 avsnitt 68.

¹⁴¹ Lov om behandlingssmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 nr. (forvaltningsloven).

¹⁴² Sjå blant anna LF-2008-82111 og KOFA 2012/103 avsnitt 16.

Ei avgjersle frå lagmannsretten visar at det er utan betydning korleis tilbodsgjevarane får informasjon som omfattast av teieplikta.¹⁴³ I denne saka vart det slått fast at det var i strid med § 3-6 å nytte element frå eit alternativt tilbod og endre konkurransegrunnlaget i samsvar med det alternative tilbodet.¹⁴⁴

Synspunktet som er lagt til grunn i avgjersla inneberer at oppdragsgjevar ikkje kan endre konkurransegrunnlaget til løysingar som er best i samsvar med oppdragsgjevar sine behov, og dette kan forhindre effektive anskaffingar. På den andre sida fører det til at oppdragsgjevar ikkje kan endre konkurransegrunnlaget slik at den tilbodsgjevaren oppdragsgjevar vil inngå kontrakt med får det beste tilbodet. Ei slik løysing kan difor forhindre korrupsjon. I tillegg fører det til at fleire vil delta i konkurransen sidan deira forretningshemmelegheiter ikkje vil bli offentleggjort. Dette vil i større grad ta i vare omsynet til effektive anskaffingar enn ei motsett løysing. Det har difor gode grunnar for seg at det stillast opp krav om teieplikt.

Det stillast krav om at informasjonen oppdragsgjevar gir ikkje er omfatta av teieplikta, og oppdragsgjevar kan ikkje nytte slik informasjon til å endre konkurransegrunnlaget i samsvar med tilbodet.

6.5.4. Krav om hemmelegald om tilbodet sitt innhald

Som nemnd i punkt 6.5.1 stiller foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd opp eit krav om hemmelegald som utelukkande rekk lenger enn teieplikta i § 3-6.¹⁴⁵ Kravet til hemmelegald er absolutt i den forstand at oppdragsgjevar ikkje kan avtale seg vekk frå denne. Dette blei uttalt i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁴⁶ I det følgjande vil det bli drøfta kva krav som vert stilt til hemmelegald om tilbodet sitt innhald.

Oppdragsgjevar skal sørgje for at det ikkje vert gitt "opplysningar om innholdet i øvrige deltageres tilbud", jf. foa. §§ 11-8 tredje ledd siste setning og 20-11 femte ledd siste setning. Ei ordlydsfortolking av "opplysningar om innholdet" tilseier at det stillast krav om

¹⁴³ LG-2008-160518.

¹⁴⁴ Slik også Dragsten (2013) s. 551-552.

¹⁴⁵ Dragsten (2013) s. 551.

¹⁴⁶ KOFA 2007/95 avsnitt 26 (forsyningsforskriften).

hemmeleghald for alle opplysningar som er gitt i tilbodet, og at det føreligg eit absolutt forbod om å gje tilbodsgjevarar informasjon om andre tilbodsgjevarar sine tilbod.

I forarbeida heiter det at:

"[i]nformasjon om innholdet i et tilbud kan følgelig ikke benyttes direkte til å presse prisen ned på et annet tilbud".¹⁴⁷

Uttalen kan takast til inntekt for at det avgjerande for om oppdragsgjevar kan gje informasjonen, er korleis informasjonen vert nytta under forhandlingane. Den mest objektive forståinga er likevel at forarbeida talar om følgjene av kravet til hemmeleghald, og gir difor inga rettleiing på om det føreligg eit absolutt forbod mot å gje tilbodsgjevarane informasjon om andre tilbodsgjevarar sitt tilbod.

I klagenemnda si praksis synast det å ha skjedd ei utvikling i oppdragsgjevar sin rett til gje informasjon om tilbodsgjevarane sine tilbod. Utviklinga har gått frå å vere eit absolutt forbod til at det i større grad er akseptert at oppdragsgjevar gir informasjon om tilbodsgjevarane sine tilbod.¹⁴⁸

I ei avgjersle frå klagenemnda vart det uttalt at:

"[b]estemmelsen kan ikke anses å ramme bare tilfeller hvor det komplette innhold gjøres kjent. Den må etter sitt formål *i hvert fall* ramme tilfeller hvor deler av innholdet som etter tildelingskriteriene vil være *vesentlig* for utfallet av konkurransen gjøres kjent for konkurrentene mens konkurransen pågår" (mi kursivering).¹⁴⁹

Uttalen tyder på at det vert stilt krav om hemmeleghald for informasjon som er vesentleg i konkurransen, men at det er uklårt om det vert stilt krav om hemmeleghald for anna informasjon.

¹⁴⁷ NOU 1997:21 punkt "Til § 20-17 Forhandlinger".

¹⁴⁸ Sjå KOFA 2004/240 avsnitt 24 kvar det blei slått fast at oppdragsgjevar ikkje kunne opplyse om tilbodsgjevar sine prisar og KOFA 2005/243 avsnitt 20-25 kvar oppdragsgjevar ikkje kunne opplyse om den prosentmessige skilnaden. I KOFA 2007/95 (forsyningsforskriften) avsnitt 26 blei det uttalt at regelen om hemmeleghald òg var lagt til grunn før forskriftsendringa. Praksis frå klagenemnda før 2006 må difor få betydning for tolkinga av føresegna.

¹⁴⁹ KOFA 2007/154 avsnitt 46.

I ei anna sak frå klagenemnda var det ikkje brot på regelverket å gje tilbodsgjevarane "vage antydningar" om tilbodsgjevaren sitt prisnivå.¹⁵⁰

I ei tredje avgjersle frå klagenemnda, var det heller ikkje i strid med kravet til god forretningsskikk at oppdragsgjevar hadde opplyst tilbodsgjevarane om kva dei hadde i prosent frå dei andre tilboda. Klagenemnda uttalte at:

"[d]et er imidlertid også et grunnleggende poeng at oppdragsgivere ved gjennomføringen av konkurranser skal søke å oppnå de beste betingelsene markedet kan tilby. [Oppdragsgivers] fremgangsmåte i foreliggende sak kan ikke anses å utgjøre et utilbørlig prispress".¹⁵¹

Uttalen tyder på at klagenemnda la vekt på korleis informasjonen blei nytta, og ikkje kva det vart informert om.

Ei samanfating av klagenemnda si praksis tyder difor på at oppdragsgjevar kan opplyse om opplysningar i tilbodet som ikkje er vesentlege, og at det blir lagt vekt på korleis opplysningane vert nytta i konkurransen.

Dragsten synast å leggje til grunn same forståing som avgjerslene frå klagenemnda.¹⁵² Ho uttalar at kravet til hemmelegghald gjeld både der det vert opplyst om tilbodet sitt komplette innhald og når det vert opplyst om delar av innhaldet som har vesentleg betydning for konkurransen.

Ei samanfating av kjeldene tyder på at det er uklårt i kva grad oppdragsgjevar kan gje opplysningar om tilbodsgjevarane sitt innhald. Praksis frå klagenemnda er ikkje i samsvar med føresegnene sin ordlyd då ordlyden synast å slå fast at det ikkje skal bli gitt nokon opplysningar om tilbodet sitt innhald. Ordlyden opnar heller ikkje for at det er av betydning korleis forhandlingane vert nytta. Det kan argumenterast for at eit absolutt hemmelegghald stiller opp ei avgrensing i den offentlege sektor sin moglegheit til å oppnå effektive

¹⁵⁰ KOFA 2008/38 avsnitt 23-25.

¹⁵¹ KOFA 2011/359 avsnitt 64.

¹⁵² Dragsten (2013) s. 551.

anskaffingar. Det har likevel gode grunnar for seg at det stillast opp eit slikt krav, og særleg hemmelegald om tilbodsgjevarane sin pris. Dette fører til at forhandlingane ikkje endar opp med å fokusere eine og åleine på pris. Dersom oppdragsgjevarane får opplyse om prisen til andre tilbodsgjevarar, kan dette føre til at tilbodsgjevarane gir eit så rimeleg tilbod at tilbodsgjevarane ikkje kan oppfylle kontrakten i samsvar med avtalen. Sjølv om dette er noko tilbodsgjevarane i utgangspunktet må bere risikoen for, vil dette kunne få samfunnsmessige konsekvensar og innebere at det er det offentlege som må bere kostnadane til slutt. Ei slik løysing vil ikkje føre til effektive anskaffingar, og det har difor gode grunnar for å stille opp eit krav om absolutt hemmelegald.

Etter dette leggjast det til grunn at det vert stilt krav om at oppdragsgjevar ikkje gir nokon form for opplysningar om innhaldet i tilbodet til andre tilbodsgjevarar i konkurransen.

Det kan likevel synast som om klagenemnda si praksis vil vere i samsvar med Det nye direktivet. Her heiter det i artikkel 29 nr. 5 femte ledd at:

"[i] henhold til artikel 21 må de ordregivende myndigheder ikke over for de andre deltagere afsløre fortrolige oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden dennes samtykke. En sådan aftale må ikke tage form af et generelt afkald på rettigheder, men skal gives med henvisning til den påtænkte meddelelse af specifikke oplysninger".

Føresegna slår fast at partane kan avtale at opplysningar kan bli offentleggjort når det står i avtalen kva opplysningar det gjeld. Føresegna inneberer difor at kravet om hemmelegald og teieplikt i Det nye direktivet ikkje er like strengt som gjeldande Direktiv og føresegnene i Noreg.

6.6. Krav om reelle forhandlingar

6.6.1. Innleiing

Som nemnd i oppgåva sitt punkt 2, er det stilt opp eit krav i praksis om at forhandlingane må vere reelle. Dette kravet er oppstilt av klagenemnda og er utleia frå krava til god

forretningsskikk og likebehandling.¹⁵³ Kravet til reelle forhandlingar er peikt på i ei rekkje saker, og er klagenemnda si norm for om forhandlingane er gjennomført i samsvar med regelverket. Oppdragsgjevar må føre reelle forhandlingar med tilbudsgjevarane for at forhandlingsplikta nemnd i punkt 3, skal bli oppfylt. Det vil dessutan føreligge brot på kravet til føreseielegheit dersom oppdragsgjevar ikkje held reelle forhandlingar med tilbudsgjevarane.¹⁵⁴ Vidare vil det føreligge brot på likebehandlingsprinsippet dersom oppdragsgjevar ikkje fører reelle forhandlingar med alle tilbudsgjevarane han er forplikta til å forhandle med.¹⁵⁵

Kravet til reelle forhandlingar stiller opp ulike krav til oppdragsgjevar, og i det følgjande vil det bli drøfta kva som ligg i desse krava. I punkt 6.6.2 vert det drøfta kva krav som vert stilte til oppdragsgjevar si rettleiingsplikt og i punkt 6.6.3 drøftast det kva som ligg i oppdragsgjevar si plikt om å la tilbudsgjevarane gje eit revidert tilbod. I forlenginga av dette, vil det i punkt 6.6.4 bli drøfta kva krav som vert stilt til fristen frå forhandlingane er avslutta og til det reviderte tilbodet skal leverast. Om det vert stilt formkrav til det reviderte tilbodet vil bli drøfta i punkt 6.6.5. Til sist vil det i punkt 6.6.6 bli føreteke ei vurdering av om det bør stillast opp ytterligare krav til reelle forhandlingar.

6.6.2. Krav til rettleiing under forhandlingane

Tilbudsgjevarane har risikoen for korleis det leverte tilbodet er utforma.¹⁵⁶ Ei naturleg følgje av utgangspunktet, er at oppdragsgjevar ikkje pliktar å gje tilbudsgjevarane rettleiing under forhandlingane. Kravet til reelle forhandlingar inneberer likevel eit krav om at oppdragsgjevar skal rettleie tilbudsgjevarane under forhandlingane, og er stilt for å sikre at forhandlingane vert reelle.¹⁵⁷ Ei sentral problemstilling er difor kva krav som vert stilte for at oppdragsgjevar skal oppfylle si rettleiingsplikt.

¹⁵³ Sjø KOFA 2010/219 avsnitt 91 der det går fram at kravet er utleia frå kravet til likebehandling og god forretningsskikk. KOFA 2003/171 er den første saka kvar klagenemnda uttalte at oppdragsgjevar må føre reelle forhandlingar. Kravet til reelle forhandlingar blei anført i KOFA 2003/105 og klagenemnda uttalar at oppdragsgjevar ikkje har plikt til å peike på alle sider av tilbodet tilbudsgjevar kan forbetre. Klagenemnda uttalte ikkje at oppdragsgjevar har plikt til å føre reelle forhandlingar. I KOFA 2010/219 avsnitt 92 vert det vist til KOFA 2003/105 når det vert sagt at kravet til reelle forhandlingar kan utleiast frå klagenemnda si praksis.

¹⁵⁴ KOFA 2009/164 avsnitt 74 (forsyningsforskriften), KOFA 2004/191 avsnitt 16, KOFA 2010/116 avsnitt 28.

¹⁵⁵ KOFA 2005/185 avsnitt 56. Sjø punkt 4 om kven oppdragsgjevar må forhandle med.

¹⁵⁶ KOFA 2014/39 avsnitt 41.

¹⁵⁷ KOFA 2004/295 avsnitt 66.

Oppdragsgjevar må gje rettleiing under forhandlingane til alle tilbodsgjevarane i konkurransen, jf. likebehandlingsprinsippet.¹⁵⁸ Det følgjer av likebehandlingsprinsippet at oppdragsgjevar må gje tilbodsgjevarane ei konkret tilbakemelding på tilbodet.¹⁵⁹ Dette kan innebære at tilbodsgjevarane får ulik rettleiing. Eit spørsmål som då reisar seg, er om ulik rettleiing er i strid med likebehandlingsprinsippet. I ei sak for lagmannsretten slo retten fast at det ikkje var i strid med likebehandlingsprinsippet å gje tilbodsgjevarane ulik rettleiing.¹⁶⁰ Dette synspunktet blei grunngeve med at tilboda var ulike og at oppdragsgjevar si rettleiing var tilpassa tilboda. I forlenginga av dette, har klagenemnda lagt til grunn at det ikkje er i strid med likebehandlingsprinsippet dersom den eine tilbodsgjevaren får beskjed om å forbetre fleire punkt enn andre tilbodsgjevarar.¹⁶¹ Dette er fordi ulikheit ved tilboda kan tilseie at tilbodsgjevarane har ulike punkt å forbetre.

Som følge av utgangspunktet om at tilbodsgjevarane har risikoen for korleis tilbodet er utforma, vert det ikkje stilt krav om at oppdragsgjevar peiker på alle sider i tilbodet som tilbodsgjevar kan forbetre.¹⁶² Eit slikt krav fører til store transaksjonskostnadar for oppdragsgjevar. Oppdragsgjevar kan likevel oppnå eit betre tilbod dersom han peiker på alle sider i tilbodet, og det kan difor argumenterast for at det ikkje fører til uhøvelege kostnadar og bruk av ressursar. Ei så omfattande rettleiingsplikt vil likevel stride mot utgangspunktet om at tilbodsgjevar har risikoen for korleis tilbodet er utforma, og det er difor gode grunnar for at oppdragsgjevar ikkje har plikt til å peike på alle sider i tilbodet.

Rettleiingsplikta stiller opp eit krav om at oppdragsgjevar må peike på forhold av vesentleg eller avgjerande betydning i tilbodet. Dette er lagt til grunn i klagenemnda si praksis, og i ei avgjersle frå klagenemnda, vart det uttalt at:

"[o]ppdragsgiver [skal påpeke] forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen".¹⁶³

¹⁵⁸ KOFA 2005/215 avsnitt 60.

¹⁵⁹ KOFA 2011/1 avsnitt 33.

¹⁶⁰ LB-2010-68992.

¹⁶¹ KOFA 2010/96 avsnitt 83.

¹⁶² KOFA 2003/105. Dette er òg uttalt i fleire avgjersler som blant anna KOFA 2008/123 premiss 46 og KOFA 2008/136 i avsnitt 94 og KOFA 2014/39 i avsnitt 41. Dette er òg uttalt i Veilederen (2013) s. 210.

¹⁶³ KOFA 2005/218 avsnitt 33. Dette er òg uttalt i KOFA 2008/123 avsnitt 46 og KOFA 2008/136 avsnitt 94.

Uttalen tyder på at det beror på ei konkret vurdering av forholdet, om oppdragsgjevar har ei rettleiingsplikt, og at det er ein høg terskel for at oppdragsgjevar skal peike på sider ved tilbodet. Oppdragsgjevar må dessutan informere om:

"[...] forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering [er] av betydning i disfavør av klager, spesielt når de to aktuelle tilbyderne ellers [ligger] svært likt og forholdet dermed [kan bli] utslagsgivende".¹⁶⁴

Klagenemnda sin uttale er ein naturleg konsekvens av at oppdragsgjevar skal peike på vesentlege og avgjerande forhold. Dersom forholdet er utslagsgjevande, vil det naturleg nok vere av vesentleg eller avgjerande betydning.

Praksis frå klagenemnda uttalar at oppdragsgjevar må informere tilbodsgjevaren om at tilbodet inneheld eit vesentleg avvik frå konkurransegrunnlaget, fordi det er eit forhold som er av vesentleg betydning.¹⁶⁵ Som drøfta ovanfor i punkt 5.2.2 må oppdragsgjevar avvise tilbod som inneheld avvik som er vesentleg fordi det gjeld avvik frå minstekrav stilt i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgjevar kan difor ikkje peike på slike forhold. Tilbodet kan likevel innehalde vesentlege avvik i andre tilfelle, og oppdragsgjevar må gjere tilbodsgjevar merksam på desse.¹⁶⁶ Eit anna forhold som stort sett alltid vil vere av vesentleg betydning er pris.¹⁶⁷ Det føreligg difor ei plikt for oppdragsgjevar til å informere om dette forholdet.

Oppdragsgjevar må ikkje peike på forhold han er uvitande om, sjølv om forholdet er av vesentleg eller avgjerande betydning. Dette blei lagt til grunn i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁶⁸ Tilbodsgjevar leverte eit revidert tilbod utan motivasjonskurs. Klagenemnda uttalte at sidan oppdragsgjevar ikkje var klår over at motivasjonskurset var teke ut frå tilbodet, hadde oppdragsgjevar inga moglegheit til å ta det opp under forhandlingane.

At oppdragsgjevar har plikt til å peike på forhold av vesentleg betydning, bidreg til at tilbodsgjevar veit kva sider av tilbodet som bør endrast og kva sider av tilbodet som er gode nok. Dette fører til at tilbodsgjevar ikkje nyttar ressursar på å endre heile tilbodet der det ikkje

¹⁶⁴ KOFA 2008/123 avsnitt 47 og KOFA 2008/136 avsnitt 94.

¹⁶⁵ KOFA 2012/47 avsnitt 46.

¹⁶⁶ Sjå punkt 5.2.2 for kva tilfelle dette er.

¹⁶⁷ Dragsten (2013) s. 551.

¹⁶⁸ KOFA 2014/39 avsnitt 42.

er naudsynt. I tillegg fører kravet til at oppdragsgjevar har betre kontroll over prosessen, sidan tilbodsgjevar truleg ikkje vil endre forhold som oppdragsgjevar er nøgd med. Dette bidreg til at oppdragsgjevar ikkje får eit revidert tilbod med eit heilt anna innhald. Kravet om at oppdragsgjevar må peike på forhold av vesentleg eller avgjerande betydning fører difor til at oppdragsgjevar oppnår meir effektive anskaffingar enn kva som ville vore tilfellet utan eit slikt krav.

Rettleiingsplikta inneberer vidare at oppdragsgjevar må rettleie tilbodsgjevarane slik at tilbodsgjevarane sine tilbod vert samanliknbare. Eit døme på dette er ei avgjersle frå klagenemnda som la til grunn at det ikkje var ført reelle forhandlingar sidan oppdragsgjevar ikkje hadde nytta forhandlingane til å gjere tilboda samanliknbare.¹⁶⁹ Dette inneberer at oppdragsgjevar må peike på uklåre sider i tilbodet, slik at tilbodsgjevar kan ende tilbodet og gjere det samanliknbart.¹⁷⁰ Ei slik tolking er dessutan i samsvar med det som er sagt ovanfor i punkt 5.2.1, om at det skal forhandlast for å få tilbodet i samsvar med konkurransegrunnlaget. Oppdragsgjevar si avklåringsplikt rekk likevel ikkje så langt at han må kontrollere eit tilbod for interne motsetningar. Dette blei uttalt i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁷¹

Dragsten uttalar at oppdragsgjevar må gje tilbodsgjevarane rettleiing slik at dei kan levere eit tilbod som er samanliknbart.¹⁷² Ho uttalar at dette særleg gjeld dersom det er forhold på oppdragsgjevar si side som gjer at det føreligg ei uklarheit. Det har gode grunnar for seg at oppdragsgjevar må påpeike forholdet uavhengig av om uklarhetene skuldast forhold på oppdragsgjevar eller tilbodsgjevar si side. Dette er fordi forhandlingane nettopp skal nyttast til å få eit tilbod som er i samsvar med konkurransegrunnlaget. Det vert difor oppstilt eit krav om at oppdragsgjevar må nytte forhandlingane til å gjere tilboda samanliknbare.

Rettleiingsplikta strekkjer seg ikkje så langt at den stiller opp eit krav om at oppdragsgjevar skal gje tilbodsgjevarane informasjon om *korleis* dei kan forbetre forhold av vesentleg eller avgjerande betydning. Dette er lagt til grunn i fleire avgjersler frå klagenemnda. Eit døme på dette er ei avgjersle der klagenemnda tok stilling til om oppdragsgjevar hadde ført reelle

¹⁶⁹ KOFA 2003/171. Dette synspunktet er dessutan uttalt i KOFA 2004/302 avsnitt 20.

¹⁷⁰ Oppdragsgjevar kan avklåre ulike sider av forholdet etter at forhandlingane er slutta og det reviderte tilbodet er gitt. Dette blei slått fast i LG-2013-92972.

¹⁷¹ KOFA 2008/123 avsnitt 47.

¹⁷² Dragsten (2013) s. 554.

forhandlingar med tilbodsgjevar.¹⁷³ Tilbodsgjevaren hevda at oppdragsgjevar hadde plikt til å informere om at tilbodet sitt omfang kunne bli redusert. Klagenemnda slo fast at det ikkje førelåg brot på reelle forhandlingar. Oppdragsgjevar hadde informert tilbodsgjevaren om at prisane måtte forbeholdast. Klagenemnda uttalte at:

"[d]et er leverandørens ansvar å foreta vurderingar av hvilken balanse mellom pris og kvalitet man skal tilby".¹⁷⁴

Uttalen kan takast til inntekt for at det er opp til tilbodsgjevaren korleis han skal forbetre forhold av vesentleg eller avgjerande betyding som oppdragsgjevar peikar på. Det same synspunktet blei lagt til grunn i ei anna avgjersle frå klagenemnda, som uttalte at:

"[h]va klager ville gjøre for å redusere prisen måtte være opp til klager".¹⁷⁵

Det er gode grunnar for at oppdragsgjevar ikkje skal gje tilbodsgjevarane informasjon om korleis dei skal forbetre tilbodet sitt. Å stille opp eit slikt krav vil stride mot utgangspunktet om at tilbodsgjevarane som har risikoen for korleis tilbodet er utforma, og i omfattande konkurransar vil det vere vanskeleg for oppdragsgjevar å gje beskjed om korleis tilbodet skal endrast.

Etter dette leggjast det til grunn at rettleiingsplikta stiller opp krav om at oppdragsgjevar må peike på forhold som er av vesentleg eller avgjerande betyding for oppdragsgjevar. I tillegg må han peike på forhold som er utslagsgjevande, dersom tilbodsgjevarane ligg svært likt. Til sist må oppdragsgjevar nytte forhandlingane til å gjere tilboda samanliknbare.

6.6.3. Krav om å la tilbodsgjevarane gje eit revidert tilbod

Eit sentralt forhold i kravet til reelle forhandlingar er at tilbodsgjevarane skal få gje eit revidert tilbod til oppdragsgjevar.¹⁷⁶ Det neste spørsmålet er difor kva som ligg i kravet om at

¹⁷³ KOFA 2011/131.

¹⁷⁴ KOFA 2011/131 avsnitt 97.

¹⁷⁵ KOFA 2012/82 avsnitt 33. Konkurransen vart regulert av lova § 5. Klagenemnda viste til at avkrava til god forretningsskikk og likebehandling blei det stilt krav om at oppdragsgjevar måtte føre reelle forhandlingar med klagar. Avgjersla har difor betyding for anskaffingar etter del II og del III.

¹⁷⁶ Sjå KOFA 2003/171 og KOFA 2007/110 avsnitt 27. Det er i tillegg slått fast i Veilederen (2013) s. 210.

oppdragsgjevar skal la tilbudsgjevarane få gje eit revidert tilbod. Klagenemnda har grunngeve retten til å gje eit revidert tilbod med at:

"[det] er en naturlig følge av prosedyren konkurranse med forhandling, da formålet med å forhandle faller bort om man ikke skulle få revidert sine tilbud i etterkant".¹⁷⁷

Det følger dessutan direkte av foa. § 20-11 tredje ledd at tilbudsgjevarane skal få anledning til å gje eit revidert tilbod når det ikkje er varsla i konkurransegrunnlaget at det skal faseforhandlast. Oppdragsgjevar hadde difor hatt plikt til å la tilbudsgjevarane gje eit revidert tilbod utan at klagenemnda hadde stilt opp eit slikt krav.

Det er gode grunnar for å stille opp eit krav om at tilbudsgjevar skal få mogelegheit til å gje eit revidert tilbod. Som klagenemnda uttalar, vil det ikkje vere av betydning å forhandle dersom tilbudsgjevarane ikkje får gje eit revidert tilbod. Kravet til å gje eit revidert tilbod medfører difor at forhandlingsplikta nemnd i punkt 3, ikkje vert illusorisk.

Oppdragsgjevar må gje alle tilbudsgjevarane like mogelegheiter til å gje eit revidert tilbod, elles vil det føreliggje brot på likebehandlingsprinsippet. Dette vart uttalt i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁷⁸ Dette inneberer at alle tilbudsgjevarane i konkurransen må få gje eit revidert tilbod dersom dei ynskjer det. Ein tilbudsgjevar kan heller ikkje få fleire mogelegheiter til å levere eit revidert tilbod enn andre tilbudsgjevarar. Dette er ein naturleg følge av likebehandlingsprinsippet, og er lagt til grunn i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁷⁹ Dersom ein tilbudsgjevar får fleire mogelegheiter enn andre tilbudsgjevarar til å gje eit revidert tilbod, kan det opne for at tilbudsgjevarane får ulik posisjon i forhandlingane, samt ei auka risiko for korrupsjon. Det er difor viktig at tilbudsgjevarane får like mange mogelegheiter til å gje eit revidert tilbod.

Som vist ovanfor i punkt 6.6.2 er det likevel ikkje tilstrekkeleg at tilbudsgjevarane får mogelegheit til å gje eit revidert tilbod for at kravet til reelle forhandlingar skal vere oppfylt. Dersom oppdragsgjevar ikkje fører forhandlingar med tilbudsgjevar, og peiker på forhold av

¹⁷⁷ KOFA 2009/164 (forsyningsforskriften) avsnitt 78.

¹⁷⁸ KOFA 2003/171.

¹⁷⁹ KOFA 2011/275 avsnitt 39

vesentleg eller avgjerande betyding, vil det ikkje vere i tråd med krava til forhandlingar at tilbodsgjevar teknisk sett har mogelegheit til å gje eit revidert tilbod.

Oppdragsgjevar må la tilbodsgjevarane få gje eit revidert tilbod, og tilbodsgjevarane skal ha like mogelegheiter til å gjere dette.

6.6.4. Frist for tilbodsgjevar til å gje sitt reviderte tilbod

I det følgjande vil det bli drøfta om oppdragsgjevar kan stille opp ein frist for kva tidspunkt tilbodsgjevar skal gje det reviderte tilbodet, og kva krav som vert stilt til ein slik frist.

Foa. §§ 11-8 og 20-11 gir inga rettleiing for om oppdragsgjevar kan stille opp ein frist for tilbodsgjevar til å gje eit revidert tilbod. Som følgje av at oppdragsgjevar kan avtale seg til korleis forhandlingane skal bli gjennomført, tyder det likevel på at oppdragsgjevar kan gjere dette.¹⁸⁰ Å stille opp ein frist til å gje eit revidert tilbod vil ikkje stride mot krava i loa. § 5 eller foa. § 3-1 sidan oppdragsgjevar må få mogelegheit til å inngå kontrakt innan eit bestemt tidspunkt.

At oppdragsgjevar kan bestemme tidspunktet for når det reviderte tilbodet skal bli levert, er lagt til grunn i praksis frå klagenemnda.¹⁸¹ Standpunktet er grunngjeve med at konkurransen kan ta uhøveleg lang tid om oppdragsgjevar ikkje kan setje ein slik frist.¹⁸²

Sidan oppdragsgjevar må gjennomføre forhandlingane i samsvar med likebehandlingsprinsippet jf, foa. §§ 11-8 og 20-11, tilseier dette at tilbodsgjevarane må få like lang frist for å gje eit revidert tilbod. Dersom tilbodsgjevarane får ulik frist, vil den tilbodsgjevaren som får lengst førebuingstid kunne få ein konkurransefordel, sidan tilbodet hans kan bli betydeleg forbetra enn andre tilbod. Å gje oppdragsgjevarar anledning til å stille opp ulike fristar kan difor føre til korrupsjon, sidan oppdragsgjevar kan leggje til rette for at det beste tilbodet kjem frå den tilbodsgjevaren han ynskjer å inngå kontrakt med.

¹⁸⁰ Sjå punkt 6.1.

¹⁸¹ KOFA 2010/299 avsnitt 81 med henvisningar til 2006/118, 2006/31 og 2008/135.

¹⁸² KOFA 2006/31 avsnitt 31.

I ei avgjersle frå klagenemnda vart det lagt til grunn at det ikkje førelåg brot på likebehandlingsprinsippet sjølv om tilbodsgjevarane hadde fått ulik frist for å eit revidert tilbod.¹⁸³ Klagenemnda uttalte at:

"[k]lagenemnda oppfatter det slik at fristene for utdypninger og presiseringer inngikk i de løpende forhandlinger - og med klagers tilslutning. At man av praktiske grunner i et slikt tilfelle har noe forskjellige opplegg for hver av partene, er ikke nødvendigvis i strid med likhetsprinsippet".¹⁸⁴

Denne uttalen tyder på at dersom det er praktiske årsaker for at tilbodsgjevarane får ulike fristar, vil det ikkje vere i strid med likebehandlingsprinsippet dersom tilbodsgjevarane samtykkjer til ei slik ordning. For at den eine tilbodsgjevaren ikkje skal få ein altfor stor konkurransefordel, kan det likevel ikkje vere slik at den eine tilbodsgjevaren får betydeleg lenger frist enn dei andre tilbodsgjevarane.

Dragsten har uttalt at det må føreligge sterke saklege grunnar for at tilbodsgjevarane skal få ulik tid på å gje eit revidert tilbod.¹⁸⁵ Det blir ikkje utdjupa kva som meinast med sterke saklege grunnar. Det er likevel i samsvar med likebehandlingsprinsippet at det er ein høg terskel for at tilbodsgjevarane skal få ulike tidsfristar til å gje eit revidert tilbod.

Det går heller ikkje fram av foa. §§ 11-8 og 20-11 kva lengda på fristen til å gje eit revidert tilbod skal vere. Føresegnene slår likevel fast at oppdragsgjevar må gjennomføre forhandlingane i samsvar med kravet til god forretningsskikk. Om oppdragsgjevar stillar så korte fristar at tilbodsgjevarane ikkje får forbetra tilbodet sitt, vil det ikkje vere noko realitet i kravet til reelle forhandlingar. I ei avgjersle frå klagenemnda er det uttalt at kravet til reelle forhandlingar tilseier at tilbodsgjevar må få "en viss tid" til å revurdere tilboda.¹⁸⁶ Å stille opp så korte fristar at tilbodsgjevar ikkje får mogelegheit til å forbetre tilbodet sitt, vil dessutan innebære at forhandlingsplikta nemnd i punkt 3 blir illusorisk og at det ikkje blir noko realitet i å forhandle. Ei slik forståing er lagt til grunn i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁸⁷

I denne saka blei det uttalt at:

¹⁸³ KOFA 2004/256.

¹⁸⁴ KOFA 2004/256 avsnitt 35.

¹⁸⁵ Dragsten (2013) s. 555.

¹⁸⁶ KOFA 2008/135 avsnitt 39.

¹⁸⁷ KOFA 2004/142

"[i]nnklagde er ansvarlig for at forhandlingene kan gjennomføres på en måte som sikrer leverandørene reelle muligheter til å forbedre tilbudene sine".¹⁸⁸

Denne uttalen tyder på at fristen må være av ei slik lengde at tilbudsgjevarane får faktisk mogelegheit til å forbetre tilbodet sitt. Det er uttalt i ei avgjersle frå klagenemnda at det byggjer på ei konkret heilskapsvurdering kva som er ein tilstrekkeleg lang frist, og at det må tolkast på bakgrunn av foa. § 10-1.¹⁸⁹ Fristen må difor vere av ei slik lengde at tilbudsgjevar kan innhente naudsynt dokumentasjon, og gjere naudsynte undersøkingar og berekningar, jf. foa. § 10-1. Dette er dessutan uttalt i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁹⁰

I ei anna avgjersle frå klagenemnda vart det uttalt at:

"[h]ensyntatt både anskaffelsens og spørsmålenes art, burde oppdragsgiver være forberedt på at leverandørene kunne ha behov for mer enn én dag for å ha mulighet til å besvare de samlede spørsmålene på en tilfredsstillende måte".¹⁹¹

Uttalen kan takast til inntekt for at konkurransen og arten av spørsmåla er av betydning for kor lang fristen må vere. Ei slik tolking er i samsvar med foa. § 10-1, sidan dette vil vere forhold som fører til at oppdragsgjevar kan måtte gjennomføre meir omfattande undersøkingar og berekningar for å få ein reell mogelegheit til å forbetre tilbodet sitt. At informasjonen sin art er av betydning for kor lang fristen må vere er dessutan uttalt av Dragsten.¹⁹² Ho uttalar vidare at det vil vere av betydning kor lang tid tilbudsgjevarane treng for å revidere tilboda, og kor lang tid tilbudsgjevarane treng for å skaffe ny informasjon.¹⁹³ Dragsten er difor av same oppfatning som klagenemnda sine avgjersler.

Det vil vidare vere av betydning om tilbudsgjevar ber om lenger frist, eller om den fristen som er sett blir akseptert. Det er fleire avgjersler frå klagenemnda som viser at dette momentet har betydning for om fristen er tilstrekkeleg lang.¹⁹⁴

¹⁸⁸ KOFA 2004/142 avsnitt 20.

¹⁸⁹ KOFA 2010/299 avsnitt 81.

¹⁹⁰ KOFA 2010/299 avsnitt 81, KOFA 2006/118 avsnitt 52.

¹⁹¹ KOFA 2004/142 avsnitt 19.

¹⁹² Dragsten (2013) s. 555.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ KOFA 2008/135 avsnitt 40, KOFA 2010/299 avsnitt 83.

Dette inneberer at oppdragsgjevar kan stille opp ein frist for kva tidspunkt det reviderte tilbodet skal bli levert, men at fristen må ha ei slik lengde at retten til å gje eit revidert tilbod ikkje vert illusorisk. Denne fristen byggjer likevel på ei konkret vurdering.

6.6.5. Formkrav til tilbodsgjevar sitt reviderte tilbod

Problemstillinga i det følgjande er om det vert stilt formkrav til tilbodsgjevar sitt reviderte tilbod.

Foa. §§ 11-2 og 20-2 stiller krav til utforminga av tilbodet. Ei ordlydsfortolking av "tilbudet" tilseier at det gjeld både det første tilbodet og det reviderte tilbodet.

I ei avgjersle frå lagmannsretten går det fram at det ikkje gjelder særlege formkrav til korleis det reviderte tilbodet blir gitt.¹⁹⁵ Det må derfor som utgangspunkt leggjast til grunn at det ikkje vert stilt formkrav til tilbodsgjevar sitt reviderte tilbod, og at foa. §§ 11-2 og 20-2 difor gjeld for det første tilbodet. At foa. §§ 11-2 og 20-2 berre gjeld for det første tilbodet er dessutan slått fast i ei avgjersle frå klagenemnda.¹⁹⁶

Dragsten uttalar at så lenge dei grunnleggjande krava i loa. § 5 blir overhaldt, så kan oppdragsgjevar sjølv bestemme korleis det reviderte tilbodet skal bli gitt.¹⁹⁷

Omsynet til etterprøvbarheit og gjennomsiktigheit tilseier at det må bli stilt opp eit krav om at tilbodsgjevar sitt reviderte tilbod må vere skriftleg. Desse omsyna tilseier likevel ikkje at det vert stilt ytterligare formkrav til det reviderte tilbodet. I foa. §§ 11-8 andre ledd og 20-11 fjerde ledd heiter det at "[d]ersom forhandlinger fører til endring av en leverandørs tilbud, skal endringene dokumenteres skriftlig". Det kan argumenterast for at dette kravet i tilstrekkeleg grad tek i vare omsynet til etterprøvbarheit og gjennomsiktigheit. Det er likevel nærliggande å tru at tilbodsgjevar sitt reviderte tilbod kan endrast betydeleg frå forhandlingsmøtet og det reviderte tilbodet som blir gitt. Dette tilseier at det ikkje er i samsvar med omsynet til etterprøvbarheit og gjennomsiktigheit at det ikkje vert stilt opp formkrav til det reviderte tilbodet.

¹⁹⁵ LG-2013-92972.

¹⁹⁶ KOFA 2005/17 avsnitt 48.

¹⁹⁷ Dragsten (2013) s. 557.

Tilbodsgjevar sitt reviderte tilbod må difor vere skriftleg, med mindre oppdragsgjevar har dokumentert endringane frå forhandlingane.

6.6.6. Vurdering av kravet til reelle forhandlingar

Som det følgjer av drøftinga ovanfor i punkt 6.6.1 til 6.6.5, er det oppstilt ei rekkje krav for at oppdragsgjevar si forhandlingsplikt skal bli oppfylt. I utgreinga frå juni 2014 er det føreslått ei lempeligare løysing for kravet til forhandlingar, noko som vil bli drøfta i punkt 7. Her kan det likevel problematiserast om det bør stillast ytterligere krav til reelle forhandlingar slik at det offentlege oppnår meir effektive anskaffingar, eller om kravet til reelle forhandlingar bør oppretthaldast slik det er i dag.

Å stille opp ytterligere krav til reelle forhandlingar vil kunne skape større grad av forhandlingar rundt tilbodsgjevar sitt tilbod, og det kan difor føre til at det offentlege oppnår meir effektive anskaffingar. Dette gjeld særleg dersom det vert stilt opp eit krav om at oppdragsgjevar skal informere tilbodsgjevar om korleis tilbodet ligg i konkurransen, og peiker på alle sider i tilbodet. Slike krav kan føre til ein meir aktiv forhandlingssituasjon, som igjen fører til at det offentlege oppnår gode anskaffingar som dekkjer deira behov og tilbodsgjevarane kan bli inspirert til å gje det beste tilbodet. Det vil likevel føre til større transaksjonskostnadar og vere prosessdrivande dersom kravet til reelle forhandlingar skal bestå av ytterligere krav. Vidare vil det kunne vere problematisk å stille opp slike krav på grunn av teieplikta i foa. § 3-6 og kravet til hemmelegald i foa. §§ 11-8 tredje ledd og 20-11 femte ledd. Det er difor gode grunnar for å oppretthalde kravet til reelle forhandlingar slik det er i dag sidan dette kravet gir oppdragsgjevar haldepunkt for kva som skal til for at forhandlingane er ført i samsvar med regelverket. Det er nærliggjande å tru at oppdragsgjevar ikkje ville ført like omfattande forhandlingar dersom det ikkje var oppstilt krav om reelle forhandlingar. Kravet til reelle forhandlingar bidreg dessutan til at domstolane lettare kan avgjere om forhandlingane er i samsvar med regelverket. Utan kravet til reelle forhandlingar ville det bygd på ei konkret vurdering om kravet til forhandlingar var oppfylt. Det ville difor vore meir omfattande for domstolane å avgjere om kravet til forhandlingar var oppfylt.

Det bør difor ikkje stillast opp ytterligere krav til reelle forhandlingar, og kravet til reelle forhandlingar bør oppretthaldast slik det er i dag.

7. FORSLAG OM ENDRINGAR TIL GJENNOMFØRING AV FORHANDLINGANE

7.1. Innleiing

Problemstillingane som er drøfta ovanfor vil kunne bli endra for anskaffingar under EØS-terskelverdiane som følgje av den offentlege utgreiinga frå juni 2014. I forslaget vert det blant anna føreslått å endre alle dei gjeldande prosedyreformane til open og avgrensa tilbodskonkurranse, som inneberer at oppdragsgjevar kan forhandle i alle tilfelle.¹⁹⁸ Fleirtalet føreslår å fjerne oppdragsgjevar si forhandlingsplikt.¹⁹⁹ I tillegg vert det føreslått at det skal vere opp til oppdragsgjevar i kva omfang det skal forhandlast.²⁰⁰ Til sist vert det føreslått at partane kan forhandle om vesentlege avvik.²⁰¹ Per desember 2014 er det ikkje klart korleis regelverket blir.

I det følgjande vil hensiktsmessigheita av desse tre elementa bli drøfta. I punkt 7.2 vil det drøftast om det er hensiktsmessig å fjerne oppdragsgjevar si forhandlingsplikt. I punkt 7.3 vil det bli drøfta om det er hensiktsmessig at oppdragsgjevar står fritt til å bestemme i kva omfang det skal forhandlast, medan det i punkt 7.4 vil drøftast om det er hensiktsmessig at partane kan forhandle om vesentlege avvik.

7.2. Forslag om å fjerne oppdragsgjevar si forhandlingsplikt

Problemstillinga i det følgjande er om det er hensiktsmessig å fjerne oppdragsgjevar si forhandlingsplikt.

Fleirtalet føreslår at oppdragsgjevar ikkje må ta stilling til om det skal forhandlast før tilboda er gitt, men kan avgjere dette etter at tilbodsfristen er gått ut og alle tilboda er kome inn.²⁰²

Mindretalet er i mot dette forslaget. Dei ynskjer å behalde gjeldande prosedyre reformar, men føreslår at oppdragsgjevar kan ta atterhald i konkurransegrunnlaget om å ikkje forhandle.²⁰³

Denne løysinga er i samsvar med Det nye direktivet sin artikkel 29 nr. 4.

¹⁹⁸ NOU 2014: 4 s. 151.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ NOU 2014: 4 s. 154.

²⁰¹ NOU 2014: 4 s. 155.

²⁰² NOU 2014: 4 s. 151.

²⁰³ NOU 2014: 4 s. 157.

Fleirtalet grunngjev forslaget i oppdragsgjevar sin fleksibilitet og omsynet til effektiv ressursbruk, og uttalar at desse omsyna bør vege tyngre enn tilbodsgjevarane si føreseielegheit.²⁰⁴ Eg synast at forslaget vil svekkje tilbodsgjevarane si føreseielegheit i altfor stor grad sidan tilbodsgjevarane får kunnskap om kor vidt det skal forhandlast først etter at tilbodet er levert. Fleirtalet sitt forslag gjer det vanskeleg for tilbodsgjevarar å planleggje prosessen.²⁰⁵ Etter mitt synspunkt vil oppdragsgjevar sin fleksibilitet og omsynet til effektiv ressursbruk bli tilstrekkeleg teke i vare dersom oppdragsgjevar kan ta atterhald i konkurransegrunnlaget om å ikkje forhandle. Oppdragsgjevar vil i slike tilfelle unngå å nytte ressursar på å forhandle dersom det ikkje er naudsynt.

Det kan nok diskuterast om det er nokon praktisk skilnad mellom fleirtalet og mindretalet sitt forslag, sidan det er nærliggjande at mindretalet sitt forslag opnar for at oppdragsgjevar alltid tek atterhald om å ikkje forhandle. Utan forhandlingsplikt kan oppdragsgjevar ta det beste tilbodet, dersom tilbodet kjem frå ein tilbodsgjevar som oppdragsgjevar ynskjer å tildele kontrakten til, og kan velje å forhandle dersom tilbodet frå ynskja tilbodsgjevar ikkje er det beste. Ei slik løysing kan opne for korrupsjon, og dette tilseier at oppdragsgjevar ikkje bør kunne ta atterhald mot å forhandle. Det vil likevel ta best i vare gjennomsiktighetsprinsippet dersom oppdragsgjevar kan unnlate å forhandle der det ikkje er naudsynt, og det er difor gode grunnar for at oppdragsgjevar skal kunne ta atterhald om å ikkje gjennomføre forhandlingar. Ei slik løysing vil dessutan føre til rettslikskap mellom anskaffingar over og under EØS-terskelverdiane, slik òg framheva av mindretalet.²⁰⁶ Proporsjonalitetsomsynet tilseier at reglane under EØS-terskelverdiane i alle fall ikkje skal vere strengare enn reglane over EØS-terskelverdiane.

Det vil difor ikkje vere ei hensiktsmessig løysing å fjerne forhandlingsplikta, slik fleirtalet føreslår. Oppdragsgjevar bør likevel kunne ta atterhald mot å forhandle i konkurransegrunnlaget, slik føreslått av mindretalet.

7.3. Forslag om at det skal vere opp til oppdragsgjevar i kva omfang det skal forhandlast

²⁰⁴ NOU 2014: 4 s. 152.

²⁰⁵ Fleirtalet er einig i at dette er eit motomsyn, sjå NOU 2014: 4 s. 152.

²⁰⁶ NOU 2014: 4 s. 157.

Det neste spørsmålet er om det er hensiktsmessig at det skal vere opp til oppdragsgjevar i *kva omfang* det skal forhandlast.

Fleirtalet føreslår at oppdragsgjevar skal ha fritt speleroom for kor omfattande forhandlingane skal vere, og det inneberer at det ikkje vil føreliggje ein nedre terskel for at kravet til forhandlingar vert oppfylt.²⁰⁷ Forslaget inneberer at kravet til reelle forhandlingar nemnd i oppgåva sitt punkt 6.6, vert fjerna.²⁰⁸

Mindretalet ynskjer ikkje å endre forhandlingsomgrepet, og viser til at det blant anna vil vere brot på gjeldande rett og regelverket om anskaffingar over EØS-terskelverdiane.²⁰⁹ Vidare visar dei til at ei endring av forhandlingsomgrepet fører til at tilbudsgjevarane ikkje får kunnskap om i kva grad det vert forhandla, sjølv om oppdragsgjevar uttalar at det skal bli gjennomført forhandlingar.²¹⁰ Mindretalet frykter dessutan at det kan føre til mindre effektive konkurransar og at det offentlege vil gjere dårligare innkjøp.²¹¹ Simonsen er òg i mot at oppdragsgjevarane skal få fritt speleroom under forhandlingane.²¹² Han er av den oppfatning at det nye forslaget vil opne for korrupsjon, nepotisme, makelegheitsomsyn og få andre uheldige innverknadar.²¹³ Til sist uttalar han at forslaget inneberer at konkurransepotensialet blir mindre.²¹⁴

Forslaget til fleirtalet vert grunngjeve i at det fører til at oppdragsgjevar kan tilpasse forhandlingane til anskaffinga sin art.²¹⁵ I utgangspunktet har fleirtalet sitt forslag gode grunnar for seg. Oppdragsgjevar treng ikkje nytte tid og pengar på omfattande forhandlingar dersom tilbodet er "godt nok". Oppdragsgjevar treng heller ikkje å nytte meir tid eller pengar på forhandlingane enn kva som er nødvendig. I visse tilfelle kan kostnadane ved å føre forhandlingar medføre at oppdragsgjevar ikkje tener på å få eit lågare tilbod. Dette fordi tilbudsgjevar sin justering av pris vil vere tilsvarande kostnadane ved å forhandle. Fleirtalet sitt forslag forhindrar dette. Transaksjonskostnadar vil likevel bli unngått dersom oppdragsgjevar kan ta atterhald mot å forhandle i konkurransegrunnlaget.

²⁰⁷ NOU 2014: 4 s. 154.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ NOU 2014: 4 s. 159.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid.

²¹² http://kommunal-rapport.no/artikkel/apner_for_korrupsjon (sist sett: 7.11.2014).

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ NOU 2014: 4 s. 154.

Eg meiner likevel at fleirtalet sitt forslag ikkje fører til så effektive anskaffingar som mogeleg, slik mindretalet og Simonsen framhevar. Som vist ovanfor i punkt 6.6.6 er det gode grunnar for å oppretthalde kravet til reelle forhandlingar. Oppdragsgjevar har truleg heller inga kunnskap om kor betydeleg eit tilbod kan forberast, og forhandlingar kan føre til at tilbodsgjevarane sine tilbod vert betre i samsvar med oppdragsgjevar sine behov. Det er dessutan mogeleg at tilbodsgjevarar ikkje har forstått kva som er av vesentleg betyding for oppdragsgjevar, og kan endre desse forholda dersom dei blir peika på av oppdragsgjevar. Som uttalt av Simonsen, kan det dessutan føre til korrupsjon dersom det ikkje vert stilt minstekrav til forhandlingane. Omsynet til rettslikskap over og under terskelverdiane trekk dessutan i retning av at det bør vere eit likt forhandlingsomgrep. Tilbodsgjevarane treng difor ikkje å følge ulike forhandlingsomgrep over og under EØS-terskelverdiane. At forhandlingane kan bli tilpassa anskaffinga sin art, kan difor ikkje få avgjerande betyding.

Det er difor ikkje hensiktsmessig at det er opp til oppdragsgjevar i kva omfang det skal forhandlast.

7.4. Forslag om at partane kan forhandle om vesentlege avvik i tilbodet

Det siste spørsmålet er difor om det er hensiktsmessig at partane kan forhandle om vesentlege avvik.

Som nemnd ovanfor i punkt 7.1 foreslår fleirtalet at partane kan forhandle om vesentlege avvik. Mindretalet er ueinig og grunnjev dette blant anna med omsynet til like reglar over og under EØS-terskelverdiane.²¹⁶ I tillegg uttalar mindretalet at forslaget vil stride mot likebehandlingsprinsippet, omsynet til føreseielegheit og etterprøvbarheit og kan opne for at tilbodsgjevarar som gir eit tilbod med vesentlege avvik kan få ein konkurransefordel.²¹⁷ Som nemnd i oppgåva sitt punkt 5.2.2, vil det vere i strid med dagens rettstilstand å forhandle om vesentlege avvik dersom avviket er vesentleg på grunn av at det inneheld avvik frå minstekrav. I punkt 5.2.2, er det uttalt at det har gode grunnar for seg at oppdragsgjevar ikkje skal forhandle om slike forhold sidan det vil stride mot likebehandlingsprinsippet og gjennomsiktigheitsprinsippet. Som nemnd av mindretalet, kan ei slik løysing gje

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

tilbodsgjevarar som gjev eit tilbod med vesentlege avvik ein konkurransefordel, noko som ikkje vil vere i samsvar med likebehandlingsprinsippet.

På ei anna side kan det argumenterast for at det vil føre til meir effektive anskaffingar dersom partane kan forhandle om vesentlege avvik. Dette sidan oppdragsgjevar då får fleire tilbod å forhandle med. I tillegg kan partane forhandle vekk vesentlege avvik under forhandlingane, og avviser tilboda dersom det ikkje blir gjort. Som Simonsen framhevar er ikkje dei offentlege innkjøparane alltid anskaffingsrasjonelle.²¹⁸ Det er difor ikkje sikkert at tilbodet vert avvist, sjølv om det vesentlege avviket ikkje vert forhandla vekk.²¹⁹ Det er difor best i samsvar med gjennomsiktigheitsprinsippet dersom oppdragsgjevar, før forhandlingane startar, avviser tilbod med avvik som er vesentlege på grunn av avvik frå minstekrav. Dette vil i tillegg ta i vare likebehandlingsprinsippet i størst grad. Partane bør likevel kunne forhandle om avvik som er vesentleg utan å innehalde avvik frå minstekrava. Ei slik løysing vil føre til like reglar over og under EØS-terskelverdiane. Det er ingen grunn til å ha strengare reglar for anskaffingar under EØS-terskelverdiane enn over EØS-terskelverdiane.

Det er ikkje hensiktsmessig at partane kan forhandle om avvik dersom avviket er vesentleg fordi det inneheld avvik frå minstekrav.

7.5. Oppsummering

Etter mitt synspunkt er ikkje fleirtalet sitt forslaget hensiktsmessig. Dei krav som vert stilte til gjennomføring av forhandlingar bør vidareførast sidan dette vil føre til meir effektive anskaffingar og vil ta i vare dei grunnleggjande krav til anskaffingane. Det er likevel gode grunnar for at oppdragsgjevar skal kunne ta atterhald mot å forhandle i konkurransegrunnlaget.

²¹⁸ http://kommunal-rapport.no/artikkel/apner_for_korrupsjon (sist sett: 7.11.2014).

²¹⁹ http://kommunal-rapport.no/artikkel/apner_for_korrupsjon (sist sett: 7.11.2014).

8. KJELDELISTE

Lover:

Anskaffelsesloven av 1999

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

EØS-loven av 1992

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).

Forvaltningsloven av 1967

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Straffeloven av 1902

Lov 22.mai 1992 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov.

Direktiv:

Det nye direktivet

Europa-parlamentets og rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Direktivet

Europa-parlamentets og rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Forskrifter:

Anskaffelsesforskriften av 2004

Forskrift 7. april 2004 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

Forsyningsforskriften av 2004

Forskrift 7. april 2004 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

Forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Forarbeid:

NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser

NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser

EU-domstolen sin praksis:

Nordecon-saka

C-561/12, Nordecon AS, Ramboll Easti AS mot Rahandusministerium (endå ikkje i Sml.).

Storebælt-saka

C-243/89, Kommissionen mot Danmark (Storebælt), Sml. 1993 s. I-03353.

Scan Office

T-40/01, Scan Office Design SA mod Kommissionen, Sml. 2002 s. II-05042.

Høgsterettpraksis:

Rt. 2000-1811 (Finanger)

Rt. 2000-996

Rt. 1997-574 (Firesafe)

Lagmannsrettspraksis:

LG-2013-92972 (Gulating)
LF-2013-14272 (Frostating)
LA-2011-100800 (Agder)
LB-2010-68992 (Borgarting)
LH-2009-45911 (Hålogaland)
LB-2008-74693 (Borgarting)
LG-2008-160518 (Gulating)
LF-2008-82111 (Frostating)

Klagenemnda si praksis (henta frå www.kofa.no):

KOFA 2014/39
KOFA 2013/11
KOFA 2012/103
KOFA 2012/82
KOFA 2012/47
KOFA 2011/359
KOFA 2011/357
KOFA 2011/328
KOFA 2011/275
KOFA 2011/272
KOFA 2011/120
KOFA 2011/131
KOFA 2011/1
KOFA 2010/337
KOFA 2010/299
KOFA 2010/259 2010/261
KOFA 2010/219
KOFA 2010/116
KOFA 2010/96
KOFA 2010/62
KOFA 2010/41
KOFA 2009/280

KOFA 2009/230
KOFA 2009/167
KOFA 2009/164 (forsyningsforskriften).
KOFA 2009/125
KOFA 2009/106
KOFA 2009/33
KOFA 2008/162
KOFA 2008/136
KOFA 2008/135
KOFA 2008/123
KOFA 2008/38
KOFA 2007/154
KOFA 2007/134
KOFA 2007/126
KOFA 2007/110
KOFA 2007/95 (forsyningsforskriften).
KOFA 2007/40
KOFA 2006/118
KOFA 2006/54
KOFA 2006/31
KOFA 2005/243
KOFA 2005/218
KOFA 2005/215
KOFA 2005/185
KOFA 2005/129
KOFA 2005/68
KOFA 2005/17
KOFA 2004/302
KOFA 2004/295
KOFA 2004/256
KOFA 2004/240
KOFA 2004/191
KOFA 2004/142
KOFA 2003/267

KOFA 2003/171

KOFA 2003/105

Veilederen:

Veilederen (2013)

Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, oppdatert versjon desember 2013.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/veiledninger_brosjyrer/2013/veileder-offentlige-anskaffelser.html?id=437022

Litteratur:

Arrowsmith (2014)

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Volum 1, Third Edition, (2014).

Dragsten (2013)

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, (Oslo 2013).

Eckhoff (2001)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan. E Helgesen, 5. utgave, 3. opplag (Oslo 2001).

Goller mfl. (2014)

Goller, Morten mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 1. utgave, 1. opplag, (Oslo 2014).

Sejersted mfl. (2011)

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, (Oslo 2011).

Simonsen (1997)

Simonsen, Lasse, *Prekontraktuelt ansvar, Det alminnelige prekontraktuelle ansvar, Ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*, (Oslo 1997).

Steinicke og Groesmeyer (2008) Steinicke, Michael, Lise Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. udgave, 1. oplag, (København 2008).

Thue mfl. (2013) Thue, Anders, Anne Buan, Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 1. udgave, 1. oplag, (Oslo 2013).

Treumer (2000) Treumer, Steen, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, 1. udgave, 1. oplag, (København 2000).

Tidsskrift:

Amdal Amdal, Gro, Gjennomføringen av konkurranse med forhandling ved offentlige anskaffelser, *Tidsskrift for forretningsjus*, 2004 s. 430-451.

Goller Goller, Morten, Vesentlige avvik og forbehold, *Tidsskrift for forretningsjus*, 2011 s. 97-129.

Andre artiklar:

Ramse *Offentlige anskaffelser: EU-domstolen korrigerer norsk rettstilstand*, Juristkontakt nr. 2, 2014 s. 45.

Røstum *Kommentar til artikkel om offentlige anskaffelser*, Juristkontakt nr. 3, 2014 s. 46 og 47.

Nettsider:

<http://europolov.no/rettsakt/innkjopsdirektivet-revisjon/id-5217> (sist sett: 7.11.2014).

<http://www.kofa.no/no/om/> (sist sett: 24.11 2014).

http://kommunal-rapport.no/artikkel/apner_for_korrupsjon (sist sett: 7.11.2014).

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser.html?id=592102> (sist sett: 28.11.2014).

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/terskelverdier.html?id=414970> (sist sett: 1.12.2014).