



Avklaringsadgangen etter de nye anskaffelsesreglene

Advokat Morten Goller

Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett, 20. april 2017, kl 1700

Wiersholm

Problemstilling

Uklarheter, selvmotsigelser, mangler mv i tilbud:

En oppfatning hos lovgiver av at uklarheter i tilbud leder til unødige avvisninger ("mister" aktuelle tilbud)

En opplevd risiko hos oppdragsgivere for erstatningsansvar om det ikke avvises, eller avvises når det ikke var grunnlag for det

→ De nye anskaffelsesreglene søker å eliminere problemet på flere måter

Hovedvirkemidler

- 1 Den nye tilbudsproseduren i FOA del II
- 2 Større rom for forhandlinger i FOA del III
- 3 Større rom for avklaringer ved anbud

1

Den nye tilbudsprosedyren



Wiersholm

Den nye tilbudsprosedyren

Keiserens nye klær?

NOU 2014:4 "Utvalgets flertall tar til orde for å gå bort fra tradisjonell anbudsrett. Flertallet foreslår å fjerne forhandlingsforbudet og gjøre forhandlinger til en mulig og valgfri del av alle konkurranser"

- I dagens forskrift del II kan oppdragsgivere velge mellom konkurranse med forhandling eller anbudskonkurranse

- I den nye forskriften skal oppdragsgiver bruke "tilbudskonkurranse" (§ 8-3)
 - Kan forhandle
 - Må ikke forhandle (og skal bare opplyse hva oppdragsgiver "planlegger")

Den nye tilbudsprosedyren

Nærmere om prosedyren

› Forskjellen fra konkurranse med forhandling er:

1) At tilbyderne ikke vet om det blir forhandlinger/avklaringer før tilbudene er inngitt

FOA § 9-2 (2): "*Oppdragsgiveren skal etter tilbudsfristens utløp beslutte om han skal ha dialog med leverandørene*"

2) Ikke noe krav om "reelle forhandlinger", kan begrenses til f eks å avklare

› Likebehandlingsprinsippet må ivaretas

› Oppdragsgivere må kunne fraskriver seg retten til dialog (→ anbud)

2 Konkurransen med forhandlinger



Konkurransen med forhandling

Utvidet adgang over terskelverdiene

FOA § 13-2

Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog dersom

- a) Oppdragsgiverens behov ikke kan oppfylles uten at det foretas tilpasninger i allerede tilgjengelige løsninger,*
- b) Anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger*
- c) Anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle*

Konkurransen med forhandling

Alltid?

› Høringsnotat 2 s 11:

– *"Departementet antar at vilkårene vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiveren vil ha et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger, dvs. der hvor forhandlinger er nødvendig for å sikre at oppdragsgivers behov blir oppfylt".*

› Neppe ved (enkle?) utførelsesentrepriser

Konkurransen med forhandling

Rammene for forhandlinger

› Utvidet i forhold til tidligere?

› FOA § 23-7:

– (2) *Oppdragsgiveren skal forhandle med alle leverandørene, med mindre han reduserer antallet tilbud som det forhandles om, jf. § 23-11. Forhandlingene kan gjelde alle sider ved tilbudet. Det er ikke tillatt å forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav.*

– (3) *Eventuelle endringer i konkurransegrunnlaget som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiveren gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.*

Konkurransen med forhandling

Sammenhengen til avvisningsreglene

> FOA § 24-8:

- (1) Oppdragsgiveren skal avvise et tilbud som
 - b) inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene

> FOA § 24-10:

- (2) I en konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiveren utsette avgjørelsen om avvisning etter § 24-8 første ledd bokstav a og c eller annet ledd til han har avsluttet forhandlingene eller dialogen.
- Skyldes sak C-562/12, men hva menes? Avklares først, eller avvise uansett?

Konkurransen med forhandling

Også her mulighet for "kvasianbud"

> FOA § 23-7

– (5) Ved konkurranse med forhandling etter en forutgående kunngjøring kan oppdragsgiveren tildele kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger dersom han har forbeholdt seg denne retten i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse.

3 Utvidet avklaringsadgang



Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Ny forskriftsregulering:

- **§ 23-5. Ettersending og avklaring av opplysninger og dokumentasjon**
- (1) Oppdragsgiveren kan skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler.
- (2) En ettersending, supplering, avklaring eller utfylling etter første ledd skal ikke medføre at tilbudet forbedres.

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Uttalt formål:

- En utvidet ettersendings- og avklaringsadgang kan bidra til bedre og mer effektive anskaffelser ved at færre leverandører må avvises på grunn av mangelfull dokumentasjon, feil, uklarheter eller lignende.

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Forholdet til tidligere regelverk

- Etter det tidligere regelverket hadde oppdragsgiver kun anledning til å be tilbyderne om å supplere og utdype dokumentasjon knyttet til oppfyllelse av kvalifikasjonskravene
- I tillegg var det uttrykkelig presisert at uklarheter mv som "er slike at tilbudene skal avvises" på grunn av vesentlige avvik/forbehold eller relativ bedømmelsestvil ikke kan avklares

→ i utgangspunktet en betydelig oppmyking

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaringen – generelt

› Høringsnotat 2 s 23-24:

- *"...betraktelig utvider oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes"*
- *"Bestemmelsen gir imidlertid ikke mulighet for leverandørene til å endre tilbudet"*
- *"Departementet mener at avklaringsadgangen bør utvides slik at oppdragsgiver kan ha dialog med leverandørene om uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet, uten å stå i fare for å bryte forhandlingsforbudet".*

› Klar utvidelse at adgangen som nå ikke bare gjelder dokumentasjon relatert til kvalifikasjonskravene, men også selve tilbudsdokumentasjonen.

- Vær varsom, tilbudene kan ikke endres ved dette

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaringsadgangen – kvalifikasjonskrav (i)

- › Departementet legger til grunn at oppdragsgiver (som tidligere) kan be om ettersending og avklaring av opplysninger knyttet til kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier eller avvisningsgrunner.
 - Også to siste kategorier uten videre?
- › Presiseres i Veilederen at oppdragsgivers avklaringsadgang i kvalifikasjonsfasen er vid, fordi avklaring i kvalifikasjonsfasen knytter seg til spørsmålet om tilbyderne er kvalifisert for oppdraget eller ikke.
 - Ettersendelse av dokumentasjon påvirker derfor ikke konkurranseforholdet mellom leverandørene (når det gjelder hvem som har levert det beste tilbudet).

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaringsadgangen – kvalifikasjonskrav (ii)

› Eksempler på lovlige avklaringer:

- Ettersendelse av regnskap, eller annen økonomisk dokumentasjon
- Utdypende opplysninger knyttet til referanseoppdrag (verdi, tidspunkt for utførelse mv)
- Ettersendelse av CVer mv.

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaring – tilbudet som sådan (i)

Tilbudet kan ikke forbedres:

Det er ikke tillatt å forbedre pris, kvalitet,
leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet.

Men – når blir et tilbud forbedret?

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaring – tilbudet som sådan (iii)

Departementet har lagt til grunn at det ikke vil være en forbedring av tilbudet dersom tilbudet inneholder objektive holdepunkter for at de opplysningene som ettersendes, forelå og ble tilbudt på tidspunktet for tilbudsinnlevering.

→ Samsvarer med tidligere praksis fra Borgarting (for motstridstilfellene); hvis en forståelse er (klart?) mest nærliggende, må oppdragsgiver kunne få denne bekreftet

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaring – tilbudet som sådan (iv)

› Eksempel, LB-2014-156469, som også redegjør for tidligere praksis:

– «I LB-2008-610 ble det lagt til grunn at man ikke sto overfor en form for uklarhet som kunne utløse plikt til avvisning, og at oppdragsgiver måtte ha kunnet fremlegge et spørsmål til avklaring på en slik måte at det ikke ville påvirke forholdet til konkurrentene i anbudet. Dommen gjaldt for øvrig erstatningskrav mot oppdragsgiver og ikke midlertidig forføyning. Dommen er kommentert i Dragsten side 566–67, hvor det utledes at lagmannsretten synes å legge til grunn at dersom det er mest sannsynlig at det ikke foreligger et vesentlig avvik, vil oppdragsgiver kunne avklare med leverandøren hvorvidt det foreligger et avvik.»

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaring – tilbudet som sådan (v)

«Dersom oppdragsgiver derimot etterspør opplysninger som ikke fremkom av tilbudet, eller som det ikke er objektive holdepunkter for å innfortolke i dette, vil det være fremsettelse av et nytt og forbedret tilbud dersom leverandørene gis muligheter til å komme med slike opplysninger.»

- Lettest å avklare ved motstrid, og viss former for mangler (navn er oppgitt, men CV er ikke vedlagt)
- Ikke der tilbudet på annen måte forbedres (glemt å navngi nøkkelpersoner)
- Glemt å si noe om leveringstid?

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaring – tilbudet som sådan (vi)

Eksempler på lovlige avklaringer:

- Omfatter prisen alle arbeider (der tilbudsbrevet kan misforstås til å gjelde bare deler)?
- Utdypet redegjørelse for tilbudte løsninger
- Glemte å vedlegge CV for (tydelig angitt) nøkkelpersonell
- Vedlagt svært tynne CVer for nøkkelpersonell

→ Betydningen av hvordan det spørres, og svares...

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaringen – forholdet til avvisningsreglene

- Etter FOA § 24-10 (2) har oppdragsgiver mulighet til å utsette avgjørelsen om avvisning til *"han har foretatt eventuelle avklaringer etter § 23-5"*.
- Oppdragsgiver kan derfor (nå) be om ettersendelse og avklaring av dokumentasjon knyttet til tilbud som inneholder vesentlige avvik for å avklare om det foreligger et vesentlig avvik.
- Dersom det etter avklaringen viser seg at avviket er vesentlig må oppdragsgiver avvise tilbudet.

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaringen – konkurransegrunnlagets betydning

- › Avklaringsadgangen kan avskjæres/begrenses av formuleringer i konkurransegrunnlaget
- › Oppdragsgiver kan ikke anmode om å motta manglende dokumentasjon dersom han i konkurransedokumentene har angitt at det vil lede til avvisning om opplysninger/dokumentasjon ikke innleveres før tilbudsfristens utløp

– Sak C-41/13, *CEM Ambient SpA*

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rammene for avklaringen – likebehandlingsprinsippet

- Må avklare hos alle tilbydere
- Må avklare alle forhold som er uklare, om man først avklarar
 - Sak C-599/10, *SAG ELV Slovensko*
 - (43) ...that request must be sent in an equivalent manner to all undertakings which are in the same situation, unless there is an objectively verifiable ground capable of justifying different treatment of the tenderers in that regard, in particular where the tender must, in any event, in the light of other factors, be rejected
 - (44) In addition, that request must relate to all sections of the tender which are imprecise or which do not meet the technical requirements of the tender specifications, without the contracting authority being entitled to reject a tender because of the lack of clarity of a part thereof which was not covered in that request

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Rett eller plikt til å avklare?

> Er formulert som en rett ("kan")

–Og det er leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet, jf FOA § 23-3.

> Vil utvilsomt bli innfortolket en plikt...

– KOFA sak 2009/9

– LB-2014-156469

– T-553/11, *European Dynamics*, premiss (299-300):

- Where the wording of an application and the circumstances of the case of which the contracting authority has knowledge *indicate that the ambiguity can in all likelihood be explained simply and easily removed*, it is, in principle, *contrary to the principle of sound administration for an evaluation committee to reject an application without exercising its power to ask for clarification*

Utvidet avklaringsadgang ved anbud

Oppsummering

- Klar oppmykning i at avklaringen kan gjelde forhold ved selve tilbudet, og forhold som kan gi avvisningsplikt
- Avklaringen må likevel ikke lede til at tilbudet *forbedres*
 - En hver avklaring som gjør at tilbudet ikke må avvises, eller får bedre uttelling ved tildelingen har isolert sett ledet til forbedring...?
 - Avgjørende er om tilbudet reelt sett må anses å være uforandret og at oppdragsgiver nå bare får et bedre grunnlag for å vurdere det, eventuelt at ren motstrid avklares i tråd med den sannsynlige tolkning.

Siste ord er neppe sagt...

Wiersholm

mgo@wiersholm.no / 95 85 64 28