

Til: Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI)

Fra: Kluge advokatfirma v/Arne Torsten Andersen, Torstein Arendt og Jon Ramstad

Ansvarlig advokat: Torstein Arendt

Vår ref.: 310016-058/2010619/v1/jora

Dato: Oslo, 31.mai 2018

SAKEN GJELDER: Rettslige problemstillinger knyttet til Best Value Procurement (BVP)

1 INNLEDNING

1.1 Oppdraget

Temaet for denne utredningen er en *prosjektmetode* som har vært utviklet med sikte på å øke offentlige oppdragsgiveres utsikter til å gjøre gode innkjøp. Prosjektmetoden *Best Value Procurement* (BVP) definerer en strategisk fremgangsmåte for hvordan offentlige oppdragsgivere bør gå frem ved komplekse innkjøp. Metoden ble utviklet ved Universitetet i Arizona, og har vært anvendt ved en rekke anskaffelser – særlig i USA og Nederland. Selv om det faller utenfor vårt mandat å vurdere fordeler og ulemper ved BVP-metoden, nevner vi at det foreligger et omfattende erfaringsgrunnlag som tyder på at metoden fungerer etter hensikten. Ved komplekse anskaffelser ser det ut til at oppdragsgivere gjør bedre innkjøp når de følger BVP-metoden enn ved tradisjonelle innkjøpsstrategier.

Vi vil i dette notatet drøfte om og i hvilken utstrekning innkjøp gjennomført etter BVP-metoden er forenlige med anskaffelsesreglene. DIFI har i så måte reist en rekke konkrete spørsmål i oppdragsbeskrivelsen til Kluge av 30. april 2018, som vi vil behandle nærmere i punkt 4 nedenfor. Før vi går inn på disse konkrete vurderingene, har vi sett det hensiktsmessig å gi en kort presentasjon av henholdsvis BVP-metoden og anskaffelsesreglene i punkt 3 og 4 nedenfor.

1.2 Overordnet om regelverkets betydning

Offentlige oppdragsgivere forvalter midler som i stor grad er finansiert over skatteseddelen, og har i så måte et viktig ansvar for å skaffe til veie best mulig tjenester til lavest mulig pris.

Konkurranse er et virkemiddel som benyttes for å sikre at det offentlige oppnår den best mulige kombinasjonen av pris og kvalitet ved innkjøp av bygg, varer og tjenester. Anskaffelsesreglene fastsetter i så måte nærmere prosedyreregler som offentlige oppdragsgiver må følge.

Offentlige oppdragsgivere står i en annen stilling enn private innkjøpere. En helt grunnleggende forskjell er at offentlige oppdragsgiveres virksomhet ofte er bredt sammensatt. En kommune vil for eksempel være virksom innenfor en rekke samfunnsområder, og regelmessig gjøre store innkjøp på så vidt forskjellige områder som bygg- og anlegg, IKT og ulike tjenesteområder. Bredden i offentlige oppdragsgiveres virksomhetsportefølje medfører at offentlige oppdragsgivere ofte ikke har spesialkunnskap om hvilke løsninger som egner seg for å løse deres behov, og hva markedet kan levere.

Regelverket om offentlige anskaffelser definerer altså rettslige krav som det offentlige må overholde for å gjøre lovlige innkjøp. Regelverket utgjør imidlertid ikke en oppskrift på hvordan en kan gjøre gode innkjøp. Det offentlige har derfor et betydelig handlingsrom for å gjøre innkjøp som formelt sett er lovlige, men hvor skattemidlene ikke blir forvaltet på en god måte.

1.3 Forutsetninger for drøftelsene i notatet

I tråd med oppdragsbekreftelsen legger vi følgende forutsetninger til grunn for notatet:

1. Vi forutsetter at oppdragsgiver utarbeider en grundig og klar kravspesifikasjon, slik at hensynet til forutberegnelighet ivaretas. Vi forutsetter også konkurransedokumentene for øvrig er godt gjennomarbeidet.
2. Vi forutsetter at oppdragsgiver tildeler kontrakt innenfor rammene av tilbud og intervjuer. Tildeling skjer altså *før* konkretiseringsfasen. Gitt at oppdragsgiver klart har spesifisert rammene for anskaffelsen gjennom konkurransegrunnlaget som leverandøren skal svare opp og intervjurundene ikke avdekker at leverandøren ikke evner å levere i henhold til tilbudet som er avgitt, mener vi at det kan tildeles kontrakt på bakgrunn av tilbudet og intervjuene.
3. Intervjuet skal kun benyttes til å evaluere tilbudte nøkkelpersoner og deres kompetanse.
4. Konkretiseringen av leverandørens tilbud finner sted innenfor rammene lagt i det tilbudet som er evaluert. De elementene som har hatt betydning for utfallet av evalueringen, som eksempelvis tilbudt resultat på oppdragsgivers målsettinger med prosjektet, nøkkelpersoners kompetanse, og pris, kan ikke endres i konkretiseringsfasen.
5. Kontrakt signeres når konkretiseringsfasen er gjennomført. Dette forutsetter at det ikke avdekkes forhold ved den konkretiserte løsningen som viser at den ikke er i samsvar med konkurransegrunnlagets krav og/eller leverandørens tilbud.

1.4 Mottatt informasjon

Vi har mottatt følgende informasjon som grunnlag for vår vurdering:

Vi viser for det første til e-post fra DIFI v/Cecilie Blytt av 2. mai 2018, hvor vi fikk oversendt DIFIs presentasjon fra oppstartmøtet samme dag, samt en oppdragsbeskrivelse datert 30. april 2018 med vedlegg.

I forlengelsen av oppstartmøtet har det blitt avholdt et møte med en Nye Veier som har benyttet BVP-metoden, samt et telefonmøte med innkjøpsfaglig og juridisk ekspertise fra Nederland.¹ I det sistnevnte møtet ble det redegjort for erfaringer som har blitt gjort i Nederland, samt for rettspraksis knyttet til BVP-metoden. Oppfatningene i Nederland knyttet til hvordan anskaffelser etter BVP-metoden kan gjennomføres på lovlig måte, ble videre diskutert.

I etterkant av det sistnevnte møtet, fikk vi oversendt et eksempel på et skriftlig tilbud i en norsk konkurranse som forutsetningsvis skulle gjennomføres etter BVP-metoden. Vi fikk også oversendt lenker til konkurransegrunnlaget. Vi har derimot ikke sett den ferdige kontrakten som ble inngått etter utløpet av konkretiseringsfasen i noen konkurranse.

Avslutningsvis nevner vi at vi har hatt tilgang til informasjonen som ligger tilgjengelig på DIFIs hjemmesider om anskaffelser etter BVP-metoden.

¹ Bestvalue-group Nederland ved Jeroen Van Rijt. Chris Jansen, jusprofessor ved Vrije Universitet i Amsterdam med spesialfelt innen kontraktsrett og offentlige anskaffelser. Nye Veier ved Bjørn Børseth.

2 BVP-METODEN

2.1 Overordnet beskrivelse

BVP-metoden er som nevnt ovenfor en metode for prosjektstyring og innkjøp. Metoden ble opprinnelig utviklet av professor Dean T. Kashiwagi ved Universitetet i Arizona, og har siden blitt anvendt i en rekke innkjøp knyttet til komplekse prosjekter. Det finnes omfattende litteratur om emnet, og vi finner det i utgangspunktet tilstrekkelig å henvise til den omfattende dokumentasjonen som DIFI har lenket til på sine hjemmesider.

Denne utredningen er av juridisk art, og det faller som nevnt ovenfor utenfor vårt oppdrag å vurdere om og eventuelt hvor godt BVP-metoden virker. Det er likevel grunn til å understreke at foreliggende dokumentasjon, som etter hvert baserer seg på omfattende erfaringer, indikerer at metoden virker godt sammenlignet med tradisjonelle innkjøpsmodeller. BVP-metoden fører, etter det vi er kjent med, til lavere transaksjonskostnader, et bedre forhold mellom pris og kvalitet, og færre tvister. Fra et innkjøpsfaglig standpunkt fremstår bruk av BVP-metoden derfor som godt begrunnet. Å legge til rette for bruk av metoden vil dermed også være i tråd med det offentliges forpliktelse til å sørge for at skattemidler anvendes på en forsvarlig måte.

BVP-metoden har særlig blitt utviklet og anvendt med tanke på bygge- og anleggsanskaffelser, men kan i prinsippet anvendes ved innkjøp av alle varer og tjenester. Det har imidlertid liten hensikt å anvende metoden ved enkeltstående innkjøp av hyllevarer, eller ved anskaffelser hvor oppdragsgiver selv kan definere leveransens nærmere innhold på en god måte. BVP-metoden egner seg slik vi ser det best for komplekse prosjekter som går over noe tid, og hvor en kan tenke seg ulike tilnærminger for å løse oppdragsgivers behov.

I BVP-metoden ligger at oppdragsgiver «stoler» på leverandøren, og lar denne legge føringer for hvordan oppdraget best kan løses. Dette betyr imidlertid ikke at oppdragsgiver kan «slurve» med kravspesifikasjon. Det er fortsatt nødvendig med en inngående beskrivelse av hvilke behov oppdragsgiver ønsker dekket. Oppdragsgiver vil imidlertid benytte seg av funksjonskrav, og i stor grad overlate til leverandør å bestemme hvordan det ønskede resultatet skal frembringes. Når det gjelder bygg- og anleggsprosjekter, vil det i så måte være naturlig å gjennomføre anskaffelser med BVP-metoden etter en totalentreprisemodell.

Anskaffelser etter BVP-metoden kan grovt sett deles inn i *fem faser*. Den første fasen er *forberedelsesfasen*. I denne fasen utarbeider oppdragsgiver funksjonskrav og overordnede mål. Det publiseres deretter et konkurransegrunnlag, som det gjøres en prekvalifisering i henhold til.

I den senere *tilbudsfasen*, arbeider de utvalgte leverandørene med tilbudet. Det avholdes i denne forbindelse eventuelle informasjons- og avklaringsmøter. Leverandørene inngir deretter sine tilbud.

I *vurderingsfasen*, evaluerer oppdragsgiver de innkomne tilbudene. Det gjennomføres i denne forbindelse intervju med representanter for leverandørene. Oppdragsgiver evaluerer deretter tilbudene og antar ett av dem.

I *konkretiseringsfasen*, konkretiserer den valgte leverandøren hvordan den tilbudte ytelsen skal leveres. Det signeres på bakgrunn av denne konkretiseringen en endelig avtale, hvor den konkretiserte leveransebeskrivelsen inngår.

Den siste fasen er *utførelsesfasen*. Utførelsesfasen faller imidlertid utenfor rammen av problemstillingene som drøftes i dette notatet, og vi vil ikke omtale denne fasen i vår drøftelse nedenfor.

De ulike fasene i en BVP-anskaffelse kan skjematisk fremstilles slik:



2.2 Særlig kjennetegn ved BVP metoden som må drøftes

Det er enkelte særlige forhold ved BVP-metoden som kan være utfordrende å plassere anskaffelsesrettslig, og som vil stå sentralt i den videre drøftelsen.

En første overordnet problemstilling knytter seg til bruken av *intervju* i evalueringsfasen. Slike intervjuer må avholdes og benyttes innenfor visse rammer for å være i tråd med anskaffelsesregelverket.

En annen overordnet problemstilling er de rettslige rammene for gjennomføringen av konkretiseringsfasen, som altså forutsetter at leverandøren klargjør sitt tilbud etter utløpet av tilbudsfristen. Det må i denne forbindelse skilles mellom en fremgangsmåte hvor kontrakt signeres etter gjennomføringen av konkretiseringsfasen, og en fremgangsmåte hvor kontrakten signeres forut for konkretiseringsfasen. Vårt oppdrag omfatter spørsmål som DIFI har stilt i denne forbindelse.

3 REGLENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Reglene om offentlige anskaffelser utgjør prosedyreregler som offentlige oppdragsgivere må holde seg innenfor når de inngår gjensidige bebyrdende kontrakter. Siden BVP-metoden er utviklet med tanke på større komplekse kontrakter, og da særlig bygge- og anleggskontrakter, vil anskaffelser etter BVP-metoden i stor utstrekning måtte gjennomføres etter reglene som gjelder for kontrakter over de såkalte EØS-terskelverdiene. Disse reglene har sitt utspring i Direktiv 2014/24 EU, og finnes i anskaffelsesforskriften del III. Siden anskaffelsesforskriften del III altså er ment å gjennomføre Norges direktivforpliktelser, har EØS-rettslige/EU-rettslige kilder stor betydning ved tolkingen av de norske reglene.

Anskaffelsesforskriften del III inneholder nærmere regler om hvilke prosedyrer offentlige oppdragsgivere kan benytte som grunnlag for å velge leverandør ved anskaffelser som omfattes av denne delen av forskriften. Det fremgår av overskriften til forskriften § 13-1, «tillatte anskaffelsesprosedyrer», at offentlige oppdragsgivere ikke kan benytte andre prosedyrer enn dem som er tillatt i henhold til bestemmelsen.

§ 13-1. Tillatte anskaffelsesprosedyrer

- (1) Oppdragsgiveren kan alltid bruke åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse.*
- (2) Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog bare når vilkårene i § 13-2 er oppfylt.*
- (3) Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.*
- (4) Oppdragsgiveren kan bare bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når vilkårene i § 13-3 er oppfylt.*
- (5) Oppdragsgiveren kan bare gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse når vilkårene i § 13-4 er oppfylt.*

Et absolutt vilkår for at innkjøp etter BVP-modellen skal være forenlig med anskaffelsesreglene, er altså at metodologien lar seg forene med en av de tillatte anskaffelsesprosedyrerne i § 13-1. På bakgrunn av oppdragsbeskrivelsen vil vi i dette notatet forutsette at det er prosedyren for åpen eller begrenset anbudskonkurranse som benyttes. Vi vil dermed ikke drøfte mulighetene for å gjennomføre anskaffelser etter en BVP-metode som er tilpasset andre prosedyreformer.

4 VURDERING

4.1 Nærmere om problemstillingene og den videre fremstillingen

Som nevnt har DIFI reist en rekke konkrete problemstillinger som vi er bedt om å vurdere i dette notatet. Vi gjengir i denne forbindelse følgende utdrag fra oppdragsbeskrivelsen av 30. april 2018:

Problemstilling 1: Er konkretiseringsfasen forenelig med anskaffelsesregelverket? Følgende momenter ønskes utredet:

1a. Vil konkretiseringsfasen kunne komme i strid med forskriftens § 23-1 hvor det stilles krav til at oppdragsgiver skal kontrollere om det foreligger avvisningsgrunner før han tildeler kontrakt?

Ad 1a. Vil det være av betydning for spørsmålet over om oppdragsgiver stiller som krav at leverandørene skal oppgi i sine tilbud eksplisitt at deres løsning tilfredsstillende alle oppdragsgivers minimumskrav?

1b. Er konkretiseringsfasen forenelig med bruk av anbudskonkurranse, jfr forhandlingsforbudet i § 23-6(3)?

1c. Vil konkretiseringsfasen være i overensstemmelse med forskriftens § 23-5 om ettersending og avklaring av opplysninger og dokumentasjon?

1d. Kontraktsigneringstidspunktet; kan kontrakt signeres etter at konkretiseringsfasen er fullført, eller må kontrakt være signert før konkretiseringsfasen starter?

1e. Vil bruk av prosedyren «konkurranse med forhandling» hvor oppdragsgiver forbeholder seg retten til å ikke forhandle, jfr. forskriftens § 23-7(5) gi oppdragsgiver større handlingsrom i konkretiseringsfasen? Forutsetningen for spørsmålet er at oppdragsgiver så langt i prosessen ikke har forhandlet med noen av leverandørene.

1f. For å oppfylle regelverkets krav til etterprøvnbarhet, må øvrige leverandører informeres om hva som har skjedd i konkretiseringsfasen og gis anledning til å imøtegå beslutning om å signere kontrakt? Forutsetningen for spørsmålet er at oppdragsgiver har tildelt kontrakt, gitt alle tilbydere meddelelse med begrunnelse for sitt valg, gjennomført en karensperiode og deretter gjennomført konkretiseringsfase med leverandør rangert som nr. 1. Spørsmålet som ønskes utredet er altså om oppdragsgiver må gi en ny begrunnelse etter konkretiseringsfasen eller på annen måte informere de andre leverandørene om hva som har skjedd i konkretiseringsfasen før kontrakt kan signeres.

Problemstilling 2: Bruk av intervju for å evaluere nøkkelpersoners kompetanse

2a. Er bruk av intervju forenlig med anskaffelsesregelverket?

1. Det bes om en vurdering av om det er forenlig med anskaffelsesregelverket å legge ved intervjuet til kontrakten.

2. Det bes videre om en vurdering av om intervjuet kan benyttes til å vurdere i hvilken grad leverandøren sannsynliggjør at han er i stand til å levere det han forplikter seg til i tilbudet.

2b. Vil bruk av intervjuer for å evaluere «kompetanse» være forenlig med prosedyren anbudskonkurranse?

2c. Vil det være av betydning om man i stedet for anbudskonkurranse benytter konkurranse med forhandling med forbehold om at kontraktstildeling kan skje uten at det forhandles? jfr. Forskriftens §23-7(5)? (Alle tilbydere vil uansett prosedyre bli invitert til disse intervjuene).

Den videre problemstillingen er strukturert i tråd med spørsmålsstillingen fra DIFI, men slik at vi vurderer problemstilling nr. 2 om bruken av intervju først. Årsaken til dette er at gjennomføringen av intervju kronologisk skjer før konkretiseringsfasen under anskaffelser som følger BVP-metoden. Vi har også gjort enkelte andre justeringer i rekkefølgen som underproblemstillingene behandles i. Justeringene identifiseres og forklares nærmere nedenfor.

Det er allerede innledningsvis grunn til å understreke at enkelte av problemstillingene som DIFI har stilt er betydelig vanskeligere, og av mer prinsipiell karakter, enn andre problemstillinger. Dette er reflektert i den videre fremstillingen, herunder slik at vi foretar relativt inngående redegjørelser for relevante rettskilder der vi mener at dette er nødvendig og naturlig.

4.2 Problemstilling 1 (2 i DIFIs spørsmålsstilling): Bruk av intervju for å evaluere nøkkelpersoners kompetanse

4.2.1 Det videre opplegget

DIFI har bedt om en vurdering av om det er forenlig med anskaffelsesregelverket å legge ved utskrift av intervjuet til kontrakten (Spørsmål 2a nr. 1). I forlengelsen av dette har DIFI også bedt om en vurdering av om intervjuet kan benyttes til å vurdere i hvilken grad leverandøren sannsynliggjør at leverandøren er i stand til å levere det han forplikter seg til i tilbudet (Spørsmål 2a nr. 2).

DIFI har videre reist spørsmål om bruk av intervju for å evaluere kompetanse vil være forenlig med prosedyren anbudskonkurranse (spørsmål 2b), og om det vil ha betydning for den rettslige vurderingen om man i stedet benytter prosedyren konkurranse med forhandling – med forbehold om at kontraktstildeling kan skje uten at det forhandles.

Vi har vurdert det som mest hensiktsmessig å behandle spørsmålene i en noe annen rekkefølge enn den som fremkommer av oppdragsbeskrivelsen. Vi vil behandle spørsmålene som gjelder evalueringsfasen først, for deretter å gå over til å adressere spørsmålet om intervjuet kan innarbeides i kontrakten.

Vi har videre vurdert som hensiktsmessig å innta et generelt punkt om relevant praksis som danner grunnlag for de konkrete vurderingene. Årsaken til dette er at det blir lettere å få oversikt over praksis når denne presenteres i ett punkt. Lesere som først og fremst er interessert i konklusjonene, vil videre enkelt kunne hoppe over denne delen av utredningen.

4.2.2 Gjennomgang av relevant praksis ved bruk av intervju

4.2.2.1 KOFA-2016-124

En sentral avgjørelse som gjelder adgangen til å fastsette tildelingskriterier som forutsetter bruk av intervju, er KOFAs relativt nye avgjørelse i denne saken. Den aktuelle anskaffelsen gjaldt en rammeavtale for konsulenttenester, og konkurransen fulgte prosedyren åpen anbudskonkurranse.

KOFA fant det på bakgrunn av tidligere avgjørelser lite tvilsomt at det var adgang til å benytte intervjuer på den måten som var gjort. Følgende relevante uttalelser, som viser at det må gjøres en konkret vurdering på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriteriene, fremkommer i denne forbindelse (våre understrekinger):

«(57) Klager anfører videre at underpunktet «Totalinntrykk av konsulentens oppdragsforståelse under samtale» er ulovlig. Grunnen er at det etter klagers syn er uklart og uforutberegnelig.

Klagenemnda vil påpeke at det ikke er i strid med regelverket å bruke intervju som et ledd i evalueringen, jf. klagenemndas avgjørelser i sak 2013/103 (KOFA-2013-103) premiss (35), hvor kriteriet var «Beskrivelse ytelsen/helhetsinntrykk på møte», og sak 2011/55 (KOFA-2011-55) premiss (56), hvor kriteriet «Samspillkompetanse», skulle vurderes ut fra blant annet «Intervju med gruppens medlemmer». I vår sak gjelder kriteriet konsulentens oppdragsforståelse. Når anskaffelsen gjelder konsulenttjenester, herunder kursing, rådgivning og samarbeid med ulike aktører, fremstår intervju med forutgående agenda for samtalen, slik konkurransegrunnlaget legger opp til, som hensiktsmessig ved vurderingen av tilbudene. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at underpunktet ikke oppfyller de krav til tildelingskriterier som fremgår av praksis».

4.2.2.2 KOFA-2013-103

Denne saken gjaldt også en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for konsulenttjenester. Avgjørelsen er del av en fast linje fra KOFA hvor det tas utgangspunkt i at det ikke i seg selv er ulovlig å trekke inn informasjon som har blitt kommunisert muntlig i evalueringen (våre understrekinger):

«(35) Klagenemnda har tidligere funnet at regelverket ikke stenger for å bruke intervju i evalueringen, jf. sak 2011/55 premiss (56). Det ble vektlagt at regelverket prinsipielt ikke er til hinder for å trekke inn annen informasjon i evalueringen enn den som fremkommer skriftlig i de innkomne tilbud, og at det tidligere er akseptert bruk av referanseuttalelser og befaringer av tekniske innretninger. Klagenemnda deler flertallets syn i sak 2011/55, og finner at regelverket ikke prinsipielt er til hinder for å benytte møter eller intervju ved anskaffelsen saken gjelder.»

KOFA tok på denne bakgrunn utgangspunkt i at det avgjørende for lovligheten av de aktuelle intervjuene måtte være hva intervjuene hadde blitt anvendt til, og hvordan de hadde blitt gjennomført. KOFA tok ved denne vurderingen utgangspunkt i tildelingskriteriene. KOFA ga videre eksempler på tiltak som kan bidra til å sikre at kravene til etterprøvnbarhet er ivaretatt:

«(36) Slik tildelingskriteriet er utformet, er det for øvrig ingenting som tilsier at møtet med tilbyderne faktisk ville bli benyttet til å forhandle om tilbudets innhold. Det fulgte tvert imot uttrykkelig av konkurransegrunnlaget at betingelser i tilbudet ikke ville bli diskutert. Kriteriet kan etter dette ikke sies å bryte med forhandlingsforbudet. Kriteriet er likevel nokså skjønnsmessig, og sammenholdt med bruken av muntlige møter, åpnes det i større grad for at evalueringen kan gjennomføres i uoverensstemmelse med regelverket. For å minske denne risikoen, kan oppdragsgiver gjøre en rekke tiltak, som ikke å åpne pristilbudet før etter evalueringen av konsulentene, eller innhente en uavhengig person eller jury til å delta under møtet mv. I alle tilfeller fordrer gjennomføringsmåten at det etterprøvnbarheten er ivaretatt på en god måte, jf. også forskriften § 3-1 (4).»

KOFAs tilnærming til bruken av intervju i denne saken, må sies å være relativt liberal. Under forutsetningen av at de alminnelige kravene til utformingen av tildelingskriterier er overholdt, og at gjennomføringen av intervjuene er lagt opp under iakttagelse av regelverkets grunnleggende prinsipper, er KOFA ikke avviseende til at tildelingskriterier kan evalueres på bakgrunn av intervjuet alene:

«(39) Kriteriet gir innklagede et relativt vidt skjønn med hensyn til hvilke egenskaper som kunne vektlegges ved innklagedes "totalinntrykk" av konsulentene. Det er likevel flere begrensninger i dette skjønn. For det første er oppdragsgiver bundet av at evalueringen må være saklig og forsvarlig, og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5. Skjønn ved innklagedes "totalinntrykk" var følgelig begrenset av at evalueringen ikke kan bygge på utenforliggende forhold ved konsulentene som ikke har betydning for tjenestens kvalitet. Videre skulle konsulentenes relevante utdanning og erfaring, dokumentert ved CV, evalueres under tildelingskriteriet "Kompetanse og erfaring". I lys av dette er det en naturlig tolkning at "totalinntrykk" av konsulentene kun skulle evalueres på bakgrunn av den kompetansen de viste på møtet, og dette i hovedsak ut fra konsulentens fremstilling av hvordan oppdraget var tenkt utført.»

Anførselen om at tildelingskriteriet gir innklagede ubetinget fritt skjønn fører ikke frem. På samme grunnlag finner klagenemnda ikke holdepunkter for at tildelingskriteriet åpnet for å vurdere forhold som ikke var relevante for oppdragsutførelsen, og kriteriet har dermed tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand.»

Avgjørelsen inneholder videre interessante uttalelser om hvordan oppdragsgiver kan sikre at de grunnleggende kravene overholdes når konkurransen forutsetter muntlig kommunikasjon mellom tilbydere og oppdragsgiver som ledd i evalueringsfasen. Som det vil fremgå like nedenfor, bygger disse uttalelsene på KOFA's avgjørelse i sak 2011/55:

«(52) Som nevnt ovenfor i premiss (37), er vanskeligere å etterprøve at prosessen er gjennomført i overensstemmelse med regelverket når evalueringen bygger på muntlige møter og ikke skriftlig dokumentasjon. Den økte diskresjonen innebærer også en høyere risiko for at evalueringen er vilkårlig, uforsvarlig, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Som nevnt kan det gjøres tiltak som kompenserer for denne risikoen, og som i større grad rettferdiggjør fravik av skriftlighet. I en slik situasjon må det i alle tilfeller, i medhold av kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet, kreves at oppdragsgiver dokumenterer forhold som kan gjøre det mulig å etterprøve om regelverket er overholdt, som for eksempel hvilke emner som faktisk ble diskutert under hvert enkelt møte, tidsbruk, og hvem som var tilstede til enhver tid. Dette tilsier også forskriften § 3-1 (7), som sier at «oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig», jf. også klagenemndas avgjørelse 2011/55 (KOFA-2011-55) premiss (58). Innklagede har kun nedfelt enkelte stikkord om hvordan konsulentene ble oppfattet under møtet, og ikke mer om innholdet av det enkelte møte. Klagenemnda er på bakgrunn av dette kommet til at innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet i loven § 5.»

4.2.2.3 KOFA-2011-55

Denne saken gjaldt gjennomføringen av en begrenset anbudskonkurranse om en entreprisekontrakt etter den såkalte samspillmodellen. Denne modellen forutsetter at det skjer et «samspill» mellom oppdragsgiver og valgte leverandør etter kontraktsignering, hvor prosjektet konkretiseres. Tilbyderens evne til å «samspille» vil derfor være relevant for ytelsen som oppdragsgiver kan forvente å få. Et viktig spørsmål i saken var på denne bakgrunn om det er adgang til å benytte tildelingskriteriet «samspillkompetanse», og om kriteriet kan evalueres på bakgrunn av gjennomførte intervjuer. KOFA kom i denne forbindelse med følgende særlig relevante uttalelser (våre understrekinger):

«(55) Tildelingskriteriet «Samspillkompetanse» skulle i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 2.4.3 vurderes ut fra «A Dokumentert samspillkompetanse hos nøkkelpersoner», og «B Intervju med gruppens medlemmer». Slik tildelingskriteriet konkret var utformet fremstod disse elementene som selvstendige underkriterier til tildelingskriteriet «Samspillkompetanse», og det var også uttrykkelig opplyst at intervjuet skulle telle 50 % av det aktuelle tildelingskriteriet.

(56) Etter flertallets mening har intervjuet som ble gjennomført karakter av en kartlegging av forventet kvalitet på den tjenesten som ble tilbudt. Selv om det er betenkeligheter ved anvendelse av tildelingskriterier som ikke utelukkende evalueres basert på skriftlig informasjon i de innkomne tilbud, er regelverket ikke prinsipielt til hinder for dette. Det kan i denne forbindelse vises til praksis vedrørende innhenting av referanseuttalelser, jf. eksempelvis sak 2004/243 (KOFA-2004-243) hvor det fremgår følgende om dette:

«Når det gjelder referanser/brukererfaringer fra tidligere oppdrag, har klagenemnda tidligere godtatt at dette brukes som tildelingskriterium ved tjenesteanskaffelser basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2003/109 (KOFA-2003-109). Ved kjøp av kopimaskiner med tilhørende serviceytelse fra leverandøren vil det også være en naturlig del av kvalitetsvurderingen å se hen til hvilket servicenivå som konkret kan forventes ut fra de erfaringer

som er gjort ved tidligere maskinleveranser til samme eller annen oppdragsgiver. Men når slike erfaringer skal vektlegges som tildelingskriterium, må det stilles krav til dokumentasjon som sikrer objektivitet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf lovens § 5.»

(57) KOFA har også godtatt at befaringer av tekniske innretninger under iakttakelse av likhetsprinsippet i loven § 5, kan gjennomføres der dette sikrer evalueringen.

(58) På samme måte som ved innhenting av referanseuttalelser og befaringer stiller bruken av tildelingskriteriet «Samspillkompetanse» hvor gruppen skal testes gjennom intervju visse krav til oppdragsgiver. En intervjurunde som dette er undergitt vanlige krav til dokumentasjon, særlig ved at referater protokolleres etter forskriften § 3-2. Dette må gjøres så utførlig at etterprøvnbarhet etter forskriften § 3-1 (4) ivaretas, og at det derfor kan dokumenteres at intervjuene f eks ikke er benyttet til forhandlinger om tilbudet. Det er på det rene at innklagede har protokollert referater av de intervjuene som ble holdt tilbyderne, jf. kravet i forskriften § 3-1 (7). Fremlagte referat fra intervjuene som ble gjennomført med klager og valgte leverandør viser hvordan gruppen er evaluert, og gir ikke inntrykk av at det har funnet sted forhandlinger om tilbudet som sådan. Klager har utover å anføre at evalueringen er uriktig, jf. nedenfor, ikke fremsatt andre innsigelser mot innklagedes dokumentasjon av intervjuene. Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

[...]

(60) Klagenemnda deler ikke klagers syn om at intervjuene utelukkende kunne vært benyttet for å etterprøve riktigheten av en opprinnelig evaluering, som skulle har vært basert på tilbudet. Hensikten med intervjuet var å «avklare balansen i gruppen mht samspillforståelse». Det er ikke gitt at skriftlig dokumentasjon ville være relevant for å kartlegge dette, og regelverket pålegger intet krav om en slik toleddet prosess mht evalueringen som klager med dette krever.

(61) Klagenemndas flertall, nemndsmedlemmene Wahl og Teigum finner etter dette ikke grunnlag for å konstatere brudd på anskaffelsesregelverket i tilknytning til bruk av tildelingskriteriet «Samspillkompetanse» og bruken av intervjuer for å dokumentere og evaluere dette kriteriet.»

4.2.3 2 b. Vil bruk av intervjuer for å evaluere «kompetanse» være forenlig med prosedyren anbudskonkurranse?

Gjennomgangen av relevant praksis ovenfor viser at KOFA i stor grad har akseptert intervju som ledd i evalueringen av kvalitative kriterier. Vi forutsetter her at oppdragsgiver implementerer nødvendige forutsetninger for å ivareta hensynet til etterprøvnbarhet, og at det ikke forhandles om tilbudet i intervjuet. Vi viser i til de siterte utdragene fra KOFAs praksis om dette ovenfor.

KOFAs praksis viser etter vår vurdering at det er et rettslig handlingsrom for å benytte intervju til å evaluere kompetanse under en anbudskonkurranse. Dette avhenger imidlertid av at oppdragsgiver forholder seg til de nærmere begrensningene for fastsettelsen av tildelingskriterier, herunder særlig at det er tilstrekkelig forutberegnelig og etterprøvnbart hvordan oppdragsgiver vil foreta evalueringen. Oppdragsgiver kan ikke forbeholde seg et ubegrenset skjønn ved evalueringen av tildelingskriteriene. Oppdragsgiver kan dermed heller ikke forbeholde seg et ubegrenset skjønn ved evalueringen av tildelingskriteriet kompetanse. Et illustrerende uttrykk for dette er Oslo Byfogdembetes kjennelse i sak TOBYF-2014-81776, hvor følgende uttales:

«Rettens konklusjon er etter dette at tildelingskriteriet «nøkkelpersonells kompetanse og personlig egnethet», uten at dette er nærmere presisert og uten at det er oppstilt underkriterier, er for uklart og for lite forutberegnelig, slik at det utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket. Det må riktignok antas at EH med enkle grep kunne avklart disse uklarhetene på forhånd, men det kan

ikke bli avgjørende. Kommunen er ansvarlig for å oppstille kriterier som er i samsvar med gjeldende regelverk.»

Hvis intervjuet skal benyttes under evalueringen av de tilbudte ressursenes kompetanse, bør det derfor fremgå av konkurransegrunnlaget hva intervjuene skal benyttes til å belyse. I KOFAs avgjørelse i sak 2013-103 vurderte KOFA eksempelvis at intervjuet kunne vurderes som et eget element under kriteriet «totalinntrykk». I KOFAs avgjørelse i sak 2011-55 ble intervjuet i stedet benyttet ved evalueringen av underkriteriet «samspillkompetanse». Vi vurderer det slik at det i konkurranser etter BVP-metoden sannsynligvis er gode grunner til å hente inspirasjon fra gjennomføringen av konkurranser om samspillskontrakter. På tilsvarende måte som «samspillskompetanse» utgjør en relevant parameter for evnen til å levere godt under en samspillsentreprise, vil det sannsynligvis være lovlig å anvende intervjuet som dokumentasjonen for evalueringen av kompetanseegenskaper som anses relevante ved gjennomføringen av et BVP-prosjekt. Det bør imidlertid altså fremgå klart av konkurransegrunnlaget hvilke egenskaper intervjuet er ment å belyse, og hvilke kvaliteter som oppdragsgiver har til hensikt å evaluere på bakgrunn av intervjuet.

4.2.4 2a nr.2. Kan intervjuet benyttes til å vurdere i hvilken grad leverandøren sannsynliggjør at han er i stand til å levere det han forplikter seg til i tilbudet?

Vurderingen av dette spørsmålet avhenger slik vi ser det av hvordan konkurransegrunnlaget utformes. Det vil neppe være adgang for oppdragsgiver til å forbeholde seg en bred rett til å vurdere hvorvidt tilbyderer virkelig kan levere det han har tilbudt på bakgrunn av intervjuet. En slik fremgangsmåte vil gi oppdragsgiver en for vidtgående diskresjonær adgang til at den kan sies å være forutberegnelig og etterprøvbare.

På bakgrunn av gjennomgangen av relevant praksis ovenfor, vurderer vi det imidlertid slik at det bør være mulig å utforme konkurransegrunnlaget slik at intervjuet kan benyttes som ledd i evalueringen av et tildelingskriterium som omfatter gjennomføringsevne. Under en konkurranse om en samspillsentreprise kunne entreprenørens «samspillskompetanse» like gjerne ha vært formulert som «leverandørens evne til samspill». På tilsvarende måte bør det i en konkurranse etter BVP-metoden være rettslig adgang til å vektlegge intervjuet under et underkriterium knyttet til tildelingskriteriet «gjennomføringsevne». Dette fordrer imidlertid at oppdragsgiver klarer å knytte intervjuet til et underkriterium som er relevant for å belyse gjennomføringsevnen.

4.2.5 2a nr. 1. Er det forenlig med anskaffelsesregelverket å legge ved intervjuet til kontrakten?

En grunnleggende forutsetning for at det skal være adgang til å gjennomføre intervjuer etter tilbudsfrist, er naturligvis at disse ikke brukes til å endre tilbudene. Det må nærmere bestemt kunne dokumenteres at det ikke er gjennomført forhandlinger, jf. i denne forbindelse KOFA sak 2011-55 avsnitt 58. Vi viser også til den nærmere gjennomgangen av praksis knyttet til forhandlingsforbudet i den delen av utredningen som omfatter lovligheten av konkretiseringsfasen nedenfor.

Forhandlingsforbudet innebærer i korthet et forbud mot at tilbudet endres etter utløpet av tilbudsfristen. En grunnleggende forutsetning for å benytte intervju er dermed at det er personer som er tilbudt i tilbudet som stiller i intervjuet, og at intervjuet for øvrig ikke forløper på en måte som medfører at tilbudet forbedres.

Under forutsetning av at forhandlingsforbudet overholdes, og det for øvrig er tilstrekkelig forutberegnelig hvordan intervjuet vil vektlegges under evalueringen, kan vi ikke se at det er rettslig problematisk at intervjuet gjennomføres som beskrevet ovenfor og tas inn i kontrakten.

4.2.6 2c. Vil det være av betydning om man i stedet for anbudskonkurranse benytter konkurranse med forhandling med forbehold om at kontraktstildeling kan skje uten at det forhandles? jfr. Forskriftens § 23-7(5)?

Anskaffelsesforskriften § 23-7 (5) bestemmer at en oppdragsgiver som kunngjør en konkurranse med forhandling, på visse vilkår, har adgang til å forbeholde seg retten til å gjennomføre konkurransen uten å invitere til forhandlinger. Oppdragsgiver kan med andre ord velge å avslutte konkurransen ved å anta ett av tilbudene som er mottatt ved den første tilbudsfristen.

Vi kan ikke se at denne adgangen har noen rettslig relevans for spørsmålene som er drøftet ovenfor. Hvis oppdragsgiver benytter seg av denne retten, skal oppdragsgiver nettopp ikke gjennomføre forhandlinger. Forhandlingsforbudet vil dermed komme til anvendelse på samme måte som i en alminnelig anbudskonkurranse. De grunnleggende kravene til utformingen av tildelingskriterier er videre de samme når en står ovenfor en konkurranse med forhandling som når en står overfor en åpen anbudskonkurranse.

4.3 Problemstilling 2 (1. i DIFIs spørsmålsstilling): Er konkretiseringsfasen forenlig med anskaffelsesregelverket?

4.3.1 1a. Vil konkretiseringsfasen kunne komme i strid med forskriftens § 23-1 hvor det stilles krav til at oppdragsgiver skal kontrollere om det foreligger avvisningsgrunner før han tildeler kontrakt?

Anskaffelsesforskriften § 23-1 (1) stiller krav til at oppdragsgiver skal kontrollere om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene (bokstav a), og om det foreligger eventuelle andre avvisningsgrunner (bokstav b), før det tildeles kontrakt.

Denne bestemmelsen har i utgangspunktet preg av en formalbestemmelse som skal minne oppdragsgiver på at han må sjekke om leverandøren og leverandørens tilbud er antagelige, før han tildeler kontrakt. Bestemmelsen har sammenheng med systemet knyttet til det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD), og kravet til at oppdragsgiver skal fastsette nærmere dokumentasjonskrav for vurdering opp mot kvalifikasjonskravene. Oppdragsgiver kan eventuelt også fastsette ytterligere dokumentasjonskrav knyttet til de øvrige avvisningsgrunnene.

Det fremstår etter vår vurdering som usikkert om bestemmelsen har noen direkte rettslige implikasjoner ut over å fungere som et slikt formalkrav. Det må for eksempel være uomtvistet at oppdragsgiver både har rett og plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen, og tildele kontrakten til tilbyderen som er innstilt som nr. 2, hvis han etter kontraktstildeling blir klar over at det knytter seg obligatoriske avvisningsgrunner til tilbudet fra tilbyder nr. 1. Dette tilsier samtidig at det vanskelig kan knyttes andre rettsvirkninger, herunder et eventuelt krav til avlysning, til at oppdragsgiver eventuelt ikke identifiserer avvisningsgrunnene forut for tildeling. Vi forstår det i denne forbindelse slik at BVP-metoden forutsetter at tildelingen skal skje på bakgrunn av et reelt tilbud, og at oppdragsgiver på vanlig måte innhenter dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og eventuell annen dokumentasjon som han har etterspurt knyttet til de obligatoriske avvisningsgrunnene.

4.3.2 Ad 1a. Vil det være av betydning om oppdragsgiver stiller som krav at leverandørene skal oppgi i sine tilbud eksplisitt at deres løsning tilfredsstiller alle oppdragsgivers minimumskrav?

Vår vurdering er som nevnt ovenfor at det er usikkert i hvilken grad brudd på bestemmelsen i forskriften § 23-1 (1) bokstav a og b medfører rettsvirkninger. Forutsetningen for dette er naturligvis at den nødvendige dokumentasjonen innhentes før kontraktssignering.

Selv om en forutsetter at oppdragsgiver på vanlig måte innhenter dokumentasjon på oppfyllelse av dokumentasjonskrav, og eventuell underliggende dokumentasjon på fravær av avvisningsgrunner, er det samtidig på det rene at BVP-metoden er spesiell. Metoden medfører at det inngis svært korte tilbud,

hvilket medfører at det vil være vanskeligere å avdekke forhold ved tilbudet som medfører avvisningsplikt. Det mest praktiske eksempelet er her at det foreligger vesentlige avvik.

Det kan på denne bakgrunn fremstå som en fordel hvis oppdragsgiver stiller eksplisitt krav til leverandørene om å bekrefte i tilbudene at alle krav overholdes, herunder også minimumskrav. Dette vil gjøre det vanskeligere å hevde at oppdragsgiver ikke har vurdert om det foreligger vesentlige avvik før tildeling av kontrakt. Vi nevner i forlengelsen av dette at BVP-metoden reiser vanskelige spørsmål om hvordan vesentlige avvik som avdekkes i konkretiseringsfasen skal håndteres i en slik situasjon. En kan spørre seg om det vil foreligge en videre adgang til å gi leverandører rett i at det som kan fremstå som et vesentlig avvik beror på en uheldig, ikke-tilsiktet formulering, hvis leverandøren allerede har fått antatt et tilbud hvor det fremgår at løsningen vil tilfredsstillende alle obligatoriske krav. Disse vanskelige spørsmålene faller imidlertid utenfor rammen av vår utredning.

4.3.3 1b. Er konkretiseringsfasen forenelig med bruk av anbudskonkurranse, jfr forhandlingsforbudet i § 23-6(3)?

4.3.3.1 Overordnet om forhandlingsforbudet

Anskaffelsesforskriften § 23-6 tredje ledd fastsetter et absolutt forhandlingsforbud:

(3) Det er ikke tillatt å gjennomføre forhandlinger.

Bestemmelsen rammer etter sin ordlyd «forhandlinger». Spørsmålet er hva som omfattes av det anskaffelsesrettslige begrepet «forhandlinger».

I departementets veileder til anskaffelsesreglene, understrekes det at den sentrale begrensningen etter forhandlingsforbudet er at tilbudet ikke skal *forbedres*. Følgende generelle uttalelser fremkommer i så måte (våre understrekinger):

«Forhandlingsforbudet fastsetter at det ved åpne og begrensede anbudskonkurranser er forbudt å forbedre tilbudet gjennom forhandlinger. Forhandlingsforbudet gjelder fra tilbudsfristens utløp og helt frem til kontrakt er inngått.

Kravet om at tilbudet ikke må forbedres innebærer ikke at enhver endring av tilbudet vil være forbudt. Det er først når endringen fører til en forbedring av tilbudet at den ikke vil være lovlig. En forbedring vil kunne medføre en konkurransefordel for den leverandøren som gis adgang til å foreta forbedringen.

Forhandlingsforbudet innebærer ikke et forbud mot kontakt mellom partene. I tråd med adgangen til å anmode om ettersending og avklaring av opplysninger som knytter seg til tilbudet, gjelder forbudet kun når en slik anmodning fører til at tilbudet forbedres.»²

Veilederen går deretter over til å presisere terskelen for når et tilbud må anses som forbedret. Det heter følgende om dette:

«Det er ikke tillatt å forbedre pris, kvalitet, leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet uavhengig av om det har betydning for konkurranseforholdet. Det vil være en konkret vurdering hvorvidt ettersending av ny dokumentasjon eller nye opplysninger innebærer at leverandøren har fremsatt et forbedret tilbud.

Det vil ikke være en forbedring av tilbudet dersom det i tilbudet finnes objektive holdepunkter for at de opplysningene som ettersendes eller avklares forelå og ble tilbudt

² Veilederen pkt. 35.4.1.

allerede på det tidspunktet hvor leverandøren leverte tilbudet. Det er ikke et krav om at selve dokumentet som ettersendes forelå ved tilbudsfristens utløp, men det må være holdepunkter for at selve innholdet i dokumentet faktisk lå i tilbudet allerede da. Oppdragsgiveren vil i disse tilfeller for eksempel kunne spørre leverandørene om det han har forstått som tilbudt, faktisk er tilbudt eller få ettersendt utfyllende opplysninger om det som er tilbudt. Dersom oppdragsgiveren 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.»³

Som det fremgår av det siterte, er det en direkte grenseflate mellom forhandlingsforbudet og adgangen til å foreta lovlig ettersending, avklaringer eller utfyllinger av dokumentasjon i medhold av forskriften § 23-5. Det vil ikke kunne foretas ettersendinger, avklaringer eller utfyllinger i strid med forhandlingsforbudet. Motsatt vil ettersendinger, avklaringer eller utfyllinger som er lovlige, heller ikke stride mot forhandlingsforbudet.

Dette innebærer at det i den inneværende delen av notatet er behov for å foreta en relativt omfattende fastleggelse av forhandlingsforbudets grenser. Denne drøftelsen vil samtidig være førende for vurderingen av spørsmålet som DIFI har reist knyttet til rekkevidden av avklaringsadgangen, som vil drøftes nærmere i pkt. 4.3.4 nedenfor.

4.3.3.2 Anskaffelsesdirektivet

Direktiv 2014/24 EU, det såkalte «anskaffelsesdirektivet», etablerer altså EØS-rettslige forpliktelser som i Norge er gjennomført gjennom anskaffelsesforskriften. Direktivet regulerer med andre ord ikke norske oppdragsgiveres plikter og rettigheter direkte, men er en viktig tolkingsfaktor ved tolkingen av det norske regelverket. Årsaken til dette er at direktivet trekker opp de ytre rammene for hva norske myndigheter kan tillate i de nasjonale anskaffelsesreglene uten å komme på «kant» med de EØS-rettslige forpliktelsene.

Forhandlingsforbudet er nettopp en ytre ramme som det norske regelverket må overholde. Systematikken etter direktivet slik at det skilles mellom prosedyrer hvor forhandlinger, på nærmere vilkår er tillatt, og prosedyrer hvor forhandlinger er utelukket.

Dette grunnleggende skillet kommer klart til uttrykk i direktivets fortale, hvor det blant annet heter at (vår understreking):

«Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger. En større anvendelse af disse procedurer vil formentlig også øge den grænseoverskridende handel, eftersom evalueringen har vist, at kontrakter indgået ved udbud med forhandling med forudgående offentliggørelse er særligt succesfulde i forbindelse med grænseoverskridende tilbud. Medlemsstaterne bør kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat. [...].»⁴

Det går i tråd med dette et grunnleggende skille mellom prosedyren åpen anbudskonkurranse (offentlige udbud), som er regulert i artikkel 26, og prosedyren konkurranse med forhandling (udbud med forhandling), som er nærmere regulert i artikkel 29. Direktivbestemmelsene inneholder imidlertid ikke noen nærmere konkretisering av hva som konkret vil utgjøre forhandlinger i strid med forutsetningene i artikkel 26.

³ Veilederen pkt. 35.4.2.

⁴ Avsnitt 42.

Spørsmålet må i stedet løses gjennom en tolking av praksis og direktivets artikkel 56 nr. 3 som definerer når avklaringer vil være lovlige. Den sistnevnte bestemmelsen lyder som følger:

«Når de opplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler spesifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.»

4.3.3.3 Forarbeider og juridisk teori

I hvilken grad det bør åpnes for å forhandle under gjennomføringen av offentlige anskaffelser, var et sentralt tema i det såkalte Forenklingsutvalgets rapport – NOU 2014: 4. Utvalget foretar inngående drøftelser av vilkårene for å anvende prosedyrer som innbefatter forhandlinger. De nærmere grensene for forhandlingsforbudet under det nye regelverket, drøftes imidlertid i mindre grad.⁵

Fraværet av en slik drøftelse underbygger at praksis knyttet til tidligere regelverk fortsatt er relevant, og at en eventuell presisering av forhandlingsforbudets virkeområde har skjedd gjennom reglene om avklaringer/supplerende opplysninger, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 3 og anskaffelsesforskriften § 23-5.

Grensene for forhandlingsforbudet etter de nye reglene, er heller ikke nærmere drøftet i *Høringsnotat 2*, som ble utarbeidet av Nærings- og fiskeridepartementet i forbindelse med høringen av forslag til ny anskaffelsesforskrift.

Når det gjelder avklaringsadgangen, som altså er med på å trekke opp grensene for forhandlingsforbudet, legger Forenklingsutvalget i pkt. 20.4.2 til grunn at denne har blitt betydelig utvidet gjennom det någjeldende anskaffelsesdirektivet. Rekkevidden av forhandlingsforbudet har altså ikke blitt videre enn under tidligere regelverk.

Marianne Dragsten har en lengre redegjørelse for forhandlingsforbudets innhold i sin bok fra 2014. Fremstillingen er fortsatt interessant, selv om den knytter seg til tidligere regelverk og den praksis som til da forelå. Dragsten understreker i sin fremstilling at det ikke er tillatt å forhandle med en leverandør som har fått tildelt kontrakt. Forhandlingsforbudet gjelder helt frem til kontraktsignering.⁶

4.3.3.4 Forholdet til de grunnleggende prinsippene

Hvilke former for interaksjon som omfattes av forbudet mot forhandlinger, er altså verken direkte definert i anskaffelsesdirektivet eller i anskaffelsesforskriften. Som det har fremgått ovenfor, er rammene for lovlige avklaringer relevant for forståelsen av forbudet. Det er imidlertid også viktig å være oppmerksom på at forhandlingsforbudet er et utslag av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og transparens. Disse prinsippene tolkes strengt i EU- og EØS-retten. Som vi skal se nedenfor, viser EU-domstolen ofte til likebehandlingsprinsippet som skranke for å fremlegge ny dokumentasjon som ikke var del av det opprinnelige tilbudet.

Det kan på et teoretisk nivå reises spørsmål ved den nærmere grensedragningen mellom forhandlingsforbudet og likebehandlingsprinsippet. Et sentralt spørsmål vil i denne forbindelse være om det kan tenkes tilfeller hvor fremleggelse av supplerende opplysninger etter tilbudsfrist men før kontraktsignering, utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet men ikke på forhandlingsforbudet. I dette notatet har vi imidlertid ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på dette teoretiske spørsmålet. Som det

⁵ Se den nærmere drøftelsen i pkt. 16.1.2 flg.

⁶ Dragsten (2014) i kapittel 74.2.

vil fremgå av den nærmere gjennomgangen nedenfor, er forhandlingsforbudet i Norge forstått som en sentral skranke mot forbedring av tilbudet etter utløpet av tilbudsfristen, men forut for kontraktsigneringen. Vi vil på denne bakgrunn trekke inn praksisen som primært er begrunnet i de grunnleggende prinsippene om likebehandling og transparens, i redegjørelsen for forhandlingsforbudet. Dette henger godt sammen med at forhandlingsforbudets begrunnelse nettopp er hensynet til likebehandling og transparens.

4.3.3.5 Praksis fra EU

Sak C-131/16

Denne avgjørelsen gjaldt en anskaffelse innen forsyningssektoren hvor det skulle legges frem en vareprøve. Hvis vareprøven ikke var tilfredsstillende, ville tilbudet avvises.

Forholdet i den aktuelle saken var at tilbyder hadde vedlagt feil vareprøve, og ønsket å bytte ut denne ute med en annen. Spørsmålet var om oppdragsgiver, innenfor rammen av avklaringsadgangen, kunne akseptere fremleggelse av den nye vareprøven. EU-domstolen ga følgende veiledning til den nasjonale domstolen som tvisten sto for (våre understrekinger):

«In accordance with the case-law referred to in paragraph 29 above, a request sent by the contracting authority to a tenderer to supply the declarations and documents required cannot, in principle, have any other aim than the clarification of the tender or the correction of an obvious error vitiating the tender. It cannot, therefore, permit a tenderer generally to supply declarations and documents which were required to be sent in accordance with the tender specification and which were not sent within the time limit for tenders to be submitted. Nor can it, in accordance with the case-law referred to in paragraph 31 above, result in the presentation by a tenderer of documents containing corrections where in reality they constitute a new tender.»⁷

Sak C-336/12

Denne saken gjaldt en begrenset anbudskonkurranse hvor interessenter skulle vedlegge siste års regnskap som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Enkelte interessenter hadde uteglemt dette. Spørsmålet var om oppdragsgiver da kunne be om ettersending av den uteglemt dokumentasjonen.

EU-domstolens uttalelser indikerer at det kunne være adgang til å ettersende slik dokumentasjon, men da under forutsetning av at det kunne kontrolleres objektivt at opplysningene forelå forut for tilbudsfristen. Dommen inneholder for øvrig en presis angivelse av grensene for adgangen til å etterspørre supplerende dokumentasjon, og dermed også når ettersending vil medføre et brudd på forhandlingsforbudet (våre understrekinger):

«33 Domstolen har i den dom opstillet visse krav, som er forbundet med denne mulighet for skriftlig at anmode tilbudsgiverne om at præcisere deres tilbud.

34 For det første skal en anmodning om supplerende tilbudsoplysninger, som først kan fremsættes efter, at den ordregivende myndighed har fået kendskab til alle buddene, i princippet rettes mod alle virksomheder i samme situation (jf. i denne retning dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 42 og 43).

35 Anmodningen skal for det andet omfatte alle de punkter i budet, der skal suppleres (jf. i denne retning dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 44).

36 Anmodningen må desuden ikke føre til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud (jf. i denne retning dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 40).

⁷ Avsnitt 36. Tilsvarende følger av C-523/16 og C-536/16

37 *Endelig påhviler det generelt den ordregivende myndighed under udøvelsen af dens skøn for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres tilbud at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning (jf. dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 41).*

38 *Denne konklusion vedrørende tilbud indgivet af tilbudsgivere kan overføres til ansøgers anmodninger om at deltage i en udbudsforretning under prækvalifikationsfasen i et begrænset udbud.*

39 *Den ordregivende myndighed kan således anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelttilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.*

40 *Det skal imidlertid præciseres, at dette ikke ville være tilfældet, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 115).*

41 *I det foreliggende tilfælde synes betingelserne nævnt i denne doms præmis 39 og 40 at være opfyldt. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage de nødvendige vurderinger i denne henseende.»*

Sak C-599/10

EU-domstolens avgjørelse i sak C-599/10 er et illustrerende udtryk for den nære sammenheng mellom likebehandlingsprinsippet og forhandlingsforbudet. Saken gjaldt en begrenset anbudsprosedyre hvor flere tilbydere hadde inngitt tilbud som blant annet fremsto som upresise. Det oppsto som følge av dette uklarhet om tilbudenes innhold og spørsmålet om obligatoriske tekniske krav var overholdt.

EU-domstolen ga i sin rådgivende uttalelse følgende klare retningslinjer om skrankene som følger av forhandlingsforbudet og likebehandlingsprinsippet (våre understrekinger):

«36 *Den begrænsede udbudsprocedure indebærer efter sin art, at når først udvælgelsen af ansøgere har fundet sted, og når først ansøgerne har afgivet deres tilbud, kan sidstnævnte i princippet ikke længere ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller ansøgerens initiativ. Princippet om ligebehandling af ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er således i forbindelse med denne procedure til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og den ene eller den anden ansøger.*

37 *At give den ordregivende myndighed mulighed for at anmode en ansøger, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger på dette punkt, risikerer således at få denne ordregivende myndighed, hvis ansøgerens bud ender med at blive antaget, til at fremstå, som om den har forhandlet budet fortroligt – til skade for de andre ansøgere og i strid med ligebehandlingsprincippet.*

38 *I øvrigt fremgår det hverken af artikel 2, nogen anden bestemmelse i direktiv 2004/18, ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsforpligtelsen, at den ordregivende myndighed i en sådan situation er forpligtet til at tage kontakt til de berørte ansøgere. Disse ansøgere kan i øvrigt ikke klage over, at der i den forbindelse ikke påhviler den ordregivende myndighed nogen*

forpligtelse, eftersom uklarheten med hensyn til budet kun følger af en tilsidesættelse af ansøgernes pligt til at udvise omhu i affattelsen af budet, som de i lighed med de øvrige ansøgere er underlagt.

39 Artikel 2 i direktiv 2004/18 er derfor ikke til hinder for en national lovgivning, hvor der ikke findes nogen bestemmelse, som forpligter den ordregivende myndighed til i en begrænset udbudsprocedure at anmode ansøgerne om supplerende tilbudsoplysninger i forhold til de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, inden myndigheden afviser buddene på grund af deres upræcise karakter eller den manglende overensstemmelse med disse specifikationer.

40 Denne bestemmelse er imidlertid navnlig ikke til hinder for, at oplysningerne vedrørende budet undtagelsesvis i enkelt tilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør, forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud. Denne artikel er derfor heller ikke til hinder for, at den nationale lovgivning indeholder en bestemmelse såsom artikel 42, stk. 2, i lov nr. 25/2006, hvorefter den ordregivende myndighed i det væsentlige skriftligt kan anmode ansøgerne om supplerende tilbudsoplysninger – uden dog at kræve eller acceptere nogen ændringer i budet.

41 *Under udøvelsen af det skøn, som således tilkommer den ordregivende myndighed, påhviler det sidstnævnte at behandle de forskellige ansøgere ens og rimeligt, således at anmodningen om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning.»*

Avgjørelsen viser at den sentrale begrunnelsen for forhandlingsforbudet etter EU-retten, er kravene til likebehandling og transparens. Synspunktet er at det ikke vil foreligge likebehandling hvis tilbud kan endres etter utløpet av tilbudsfristen. Anskaffelsesprosessen vil likeledes ikke være transparent hvis det gjøres endringer etter at tilbudsfristen har utløpt, men før kontraktsinngåelse.

Det er videre grunn til å merke seg kvalifikasjonen om at opplysninger i tilbudet bare «unntaksvis» kan suppleres, og da under forutsetning av at de åpenbart bare krever en supplerings (avsnitt 40). Domstolen anvender suppleringsadgangen i tråd med det som er den naturlige språklige forståelsen av begrepet «supplering», nemlig at det er tale om en utfylling eller komplettering av opplysninger som allerede er fremlagt. Dette forstås normalt slik at opplysningene som det utfylles eller kompletteres med, både i innhold og omfang er mindre omfattende enn opplysningene som allerede er fremlagt.

Sak C-87/94

Denne saken gjaldt en anskaffelse gjennomført etter et eldre forsyningsdirektiv, Direktiv 90/531/EEC. Det mest interessante ved avgjørelsen er, for denne utredningens formål, generaladvokat Lenz utledninger knyttet til rekkevidden av forhandlingsforbudet, og distinksjonen mellom endringer av tilbudet på den ene siden, og reelle suppleringer eller avklaringer, på den andre. Rettskildevekten av generaladvokatens uttalelser er begrensede, men resonnementene gir et klart uttrykk for forhandlingsforbudets forankring i likebehandlingsprinsippet. Uttalelsene tydeliggjør videre at det under enhver omstendighet ikke vil være tillatt å gi opplysninger som erstatter opplysninger som tidligere har vært gitt. Dette synspunktet er konsistent med senere praksis (våre understrekinger):

«29. First of all, tenders may not be amended after the final date for receiving or opening them. That is a fundamental principle of the procedure for awarding public contracts. It follows from the principle of equal treatment, which basically applies to all procedures for the award of public contracts, and is, moreover, expressly laid down in Directive 90/531. [...]

37. The dispute centres, both terminologically and factually, on the question whether the statements clarify or amend the tender. In my opinion, having regard to its lexical meaning, the

concept of 'clarifying' used in the joint statement by the Council and the Commission must be understood as the communication of details which describe the object in question more clearly or more precisely. I understand 'supplementing', the second of the concepts used in the joint statement, to mean the addition of details previously not available. Common to both concepts is the fact that they are not intended to replace information previously given, but to render it more concrete in some way or other.

38. I believe that the view that neither 'clarifying' nor 'supplementing' involve the replacement of previous indications by new facts is confirmed by the factual consideration that the possibility of substituting data potentially puts other tenderers at a disadvantage.»

4.3.3.6 Rettspraksis

HR-2002-940-A - Rt-2003-1531

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2003 side 1531 inneholder klare uttalelser om rekkevidden av forhandlingsforbudet. Avgjørelsen er knyttet opp mot ordlyden i den aktuelle NS-kontrakten, men slik at det løpende er vist til reglene om offentlige anskaffelser. Høyesterett uttaler seg slik at forhandlingsforbudet under enhver omstendighet stenger mot reelle endringer, og at den offentlige oppdragsgiveren er underlagt «meget sterke begrensninger i de utspill han kan foreta seg før bindende avtale inngås»:

«(33) Etter anbudsfristens utløp er det som hovedregel ikke tillatt å gjøre endringer i et innlevert anbud, jf. NS-3400 pkt. 13.2 første punktum. Regelen er ikke helt unntaksfri. Anbudsinbyderen skal - etter bestemmelsen i annet punktum - rette åpenbare feil som han blir oppmerksom på. Han kan også innhente nærmere opplysninger hos en anbyder for å avklare tvil i anbudet, såfremt uklarhetene ikke er så vesentlige at det skal avvises, jf. pkt. 13.3 annet punktum. En slik avklaring kan imidlertid ikke føre til en reell endring i anbudet. I så fall må anbudet avvises etter pkt. 12.4. Som fremhevet i dommen i Rt-1994-1222 er byggherren, dersom han vil anta et anbud, undergitt meget sterke begrensninger i de utspill han kan foreta seg før bindende avtale inngås. Det er hensynet til at konkurransen mellom anbyderne skal være på like vilkår, som tilsier at disse unntaksbestemmelsene må ha meget snever rekkevidde. Men også hensynet til byggherren, som - avhengig av hvilket standpunkt han inntar - vil kunne risikere krav enten fra vedkommende anbyder som har foretatt feilprisingen, eller fra en annen anbyder, trekker i samme retning.»

Rt-1994-1222

Høyesterett avsa i 1994 i en avgjørelse som fortsatt har interesse. KOFA trakk frem denne avgjørelsen ved tolkingen av forhandlingsforbudet i sak 2015/134. Høyesterett uttalte blant annet følgende i den aktuelle avgjørelsen.

«Bortsett fra en adgang til å få avklart tvil i anbudet - med andre ord en oppklaring av eventuelle uklare punkter - gir disse reglene totalforbud mot endringer i anbudene inntil anbud er antatt. Formålet er - som det fremgår av siste punktum i 13.3 - at forhold av betydning for konkurranseforholdet mellom anbyderne ikke skal kunne påvirkes. Det er først i det øyeblikk byggherren har bundet seg til en bestemt anbyder, at han kan gå inn i forhandlinger med vedkommende» (side 1233).»

Som vi skal se nedenfor, var spørsmålet i KOFAs sak 2015/134 nettopp skjæringspunktet for når oppdragsgiver kan gå i forhandlinger.

LE-2014-188806

Eidsivating lagmannsretts kjennelse i sak LE-2014-188806 omhandler grensene for forhandlingsforbudet. Saken reiste særlig spørsmål om hvilke endringer som kan gjøres i forprosjektfasen ved bruk av

samspillskontrakter. Lagmannsretten kom med følgende klare uttalelser om rekkevidden til forhandlingsforbudet (våre understrekinger):

«Partene er enige om at det er adgang til å benytte samspillskontrakter ved offentlige anskaffelser, men er uenige om hvilke endringer av det opprinnelige tilbudet som kan foretas i denne fasen.

Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger rettspraksis som direkte behandler dette spørsmålet.

Ved vurderingen tar lagmannsretten utgangspunkt i anbudsgrunnlaget og de generelle krav som gjelder ved anbudsprosser, jf. ovenfor. Anbudsgrunnlaget beskriver samspillsfasen, og prosessen rundt dette. I motsetning til tingretten finner lagmannsretten det klart at forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften § 21-1 ikke kommer direkte til anvendelse i samspillsfasen. Bestemmelsen gjelder under konkurransen, og ikke etter at kontrakt er inngått. Kontrakten i dette tilfellet omfatter retten til å delta i forprosjektfasen, og eventuelt i den senere utbyggingsfase. Det følger som nevnt av konkurransegrunnlaget at det skal kunne foretas tilpasninger av prosjektet. Det er da ikke tale om forhandlinger av tilbudet som rammes av forbudet i anskaffelsesforskriften § 21-1. Hvilke endringer som kan foretas i samspillsfasen må derfor vurderes med utgangspunkt i konkurransegrunnlaget og forbudet mot vesentlige endringer. Etter lagmannsrettens syn medfører bruk av samspillskontrakter på denne bakgrunn særlige utfordringer med hensyn til utformingen av anbudsgrunnlaget og tildelingskriteriene, og beskrivelsen av samspillsfasen. Dette er nødvendig for å sikre likebehandling og forutberegnelighet ved tildelingen.»

LB-2008-610

Borgarting lagmannsretts dom med saksnummer LB-2008-610 inneholder interessante uttalelser om adgangen til å avklare om det foreligger avvisningsgrunner. På samme måte som i nyere praksis, tar lagmannsretten utgangspunkt i at det ikke vil utgjøre noen ulovlig forbedring å få bekreftet det tolkingsalternativ som fremstår som det mest nærliggende. Det vil da ikke foreligge noen ulovlig endring av tilbudet, i strid med forhandlingsforbudet:

«Det forhold at de beste grunner taler for forståelsen at FFs anbud tilfredstilte kravspesifikasjonen, får betydning for bedømmelsen av om staten kunne og burde ha søkt spørsmålet oppklart etter konkurransereglens punkt 2.14.(2).

Lagmannsretten ser det slik at det ville ha vært hjemmel både i punkt 2.14.(2) a) og b) for en oppklaring. Underpunkt a) gjelder oppklaring av uklarheter så langt uklarhetene ikke gir avvisningsplikt etter punkt 2.12. Lagmannsretten kan ikke se at en her sto overfor en form for uklarhet som kunne utløse plikt til avvisning etter noen av bestemmelsene i punkt 2.12. Henvendelsen til FF skulle ha til hensikt å få bekreftet, eller eventuelt avkreftet, en antakelse om at kravspesifikasjonen var blitt fulgt. Etter omstendighetene måtte staten ha kunnet fremlegge et slikt spørsmål til avklaring på en måte som ikke påvirket forholdet til konkurrentene i anbudet, jf. punkt 2.12.1.(1) c). Det dreier seg som nevnt ikke som en situasjon der FFs anbud inneholdt et avvik fra kravene, punkt 2.12.1.(1) d).

I alle fall kunne og burde staten etter lagmannsrettens vurdering fulgt oppklaringsregelen i punkt 2.14.(2) b), som gjelder løsninger m.v. som anbyderen foreslår og der det er behov for klargjøring «...om hvordan konkurransegrunnlaget blir ivaretatt.»

TNERO-2014-36771 - TNERO-2014-36898

Denne kjennelsen gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning for Nedre Romerike tingrett. Kjennelsen inneholder interessante uttalelser om vurderingen av tilbud i konkurranser om totalentrepriser. Slike konkurranser forutsetter en omfattende grad av spesifisering etter kontraktstildelingstidspunktet (våre understrekinger):

«Det er ikke uenighet om at prosjektene er totalentrepriser som tar opp i seg både det som gjerne skiller ut som en egen plan- og designkonkurranse, i tillegg til konkurranse om prosjektering og utførelse av nybygget. Det er heller ikke uenighet mellom partene om at de tilbud som det i konkurransegrunnlagene bes om, skal være et utgangspunkt for videreprosjektering og detaljering. Retten kan imidlertid ikke se at dette kan medføre at konkurransegrunnlaget må forstås som kun et utgangspunkt, som i alminnelighet åpner for inngivelse av tilbud med avvik fra klare og konkrete bestemmelser i grunnlaget. Dette vil være i klar strid med hensynene bak regelverket for offentlige anskaffelser, jfr. anskaffelseslovens § 1 og § 5. For å sikre effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling, er det essensielt at tilbyderne konkurrerer på forutberegnelige og like vilkår.

Utgangspunktet må være at tilbud skal være i overensstemmelse med kravspesifikasjonen, med unntak for de avvik og forbehold som tillates i medhold av anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter.

Dersom det i konkurransegrunnlaget er lagt opp til videreutvikling av prosjektet, må dette i det lovlig inngitte tilbudet forutsettes utført innenfor rammene av tilbudet selv. Dette følger også forutsetningsvis av det forhold at vesentlige endringer i inngått kontrakt anses som en ny kontrakt, som må inngås i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser, jfr. eksempelvis EU-domstolens sak C-454/06 (presstext) premiss 34.

Det følger av anskaffelsesforskriften § 20-13 e) og f) at tilbud som har vesentlige avvik eller forbehold fra kravspesifikasjonen, eller avvik eller forbehold som kan medføre at tilbudet ikke lar seg sammenligne med øvrige inngitte tilbud, skal avvises.

Vurderingen av hvorvidt det foreligger slike avvik eller forbehold vil bero på en tolkning av kontraktsgrunnlaget og tilbudene.»

4.3.3.7 Praksis fra KOFA

Vi vil i det følgende gi en kort presentasjon av enkelte sentrale saker fra KOFA. Gjennomgangen vil fokusere på saker etter gjeldende regelverk, men vil også trekke opp enkelte tidligere saker som vi anser som særlig relevant eller illustrerende for de vurderinger som må gjøres.

KOFA 2017-139

Denne saken gjaldt et innkjøp av varmdrikkeautomater, hvor drikkebegre skulle være inkludert i den tilbudte ytelsen. Oppdragsgiver hadde stilt et minimumskrav til at tilbudte drikkebegre skulle være kompostberbare. Oppdragsgiver sendte, etter utløpet av tilbudsfristen, en likelydende henvendelse til alle tilbyderne hvor disse ble bedt om å bekrefte at de tilbudte begrene tilfredsstilte dette kravet, samt om å dokumentere dette. Selskapet som klaget inn saken til KOFA innleverte som forespurte en bekreftelse, samt underliggende dokumentasjon på at en begertype var komposterbar. Klager ble deretter tildelt kontrakten.

Forut for kontraktsignering ble imidlertid en av de konkurrerende tilbyderne oppmerksom på at klager hadde inngitt dokumentasjon på et annet beger enn det som opprinnelig var tilbudt. Den innleverte dokumentasjonen tydet altså på at klager opprinnelig hadde tilbudt en begertype som ikke oppfylte minimumskrav, men endret dette som følge av oppdragsgivers henvendelse. Oppdragsgiver avviste klagers tilbud under henvisning til at tilbudet inneholdt et vesentlig avvik. Spørsmålet for KOFA var om innklagete hadde rett i at det forelå avvisningsplikt.

KOFA besvarte dette spørsmålet bekreftende, og kom i denne forbindelse med interessante uttalelser om forholdet mellom avklaringsadgangen etter § 23-5 og forhandlingsforbudet. I likhet med i flere saker som vil behandles nærmere nedenfor, tok KOFA utgangspunkt i de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet heller enn i bestemmelsens ordlyd. KOFA slo klart fast at en endring av den tilbudte

ytelsen ligger utenfor hva som kan hjemles i avklaringsadgangen. En aksept av et endret tilbud vil derfor strid mot forhandlingsforbudet. Følgende uttalelser er særlig interessante i denne forbindelse (våre understrekinger):

«(27) Det avgjørende er etter dette om de endringer som skjer i avklaringsrunden, medfører så vesentlige justeringer av det opprinnelige tilbudet at det i realiteten dreier seg om et nytt tilbud. I så fall vil dette blant annet stride mot det grunnleggende likebehandlingsprinsippet. Forskriften § 23-5 (2) uttrykker dette slik at endringene ikke må medføre at tilbudet «forbedres». Dette er ingen treffende formulering. Ved en naturlig lesning kan det bære bud om en strengere regel enn den EU-domstolen har utviklet. Det kan således anføres at en ettersending, supplering eller avklaring av tilbudet, jf. samme bestemmelse første ledd, ofte vil innebære en forbedring av tilbudet. Men det kan ikke være meningen at dette skal rammes av forskriftens annet ledd. Bestemmelsen må tolkes i samsvar med EU-retten slik at det avgjørende blir om endringene «reelt udgør et nytt tilbud.»

(28) Det følger således av sak C-131/16 Archus at kun dersom klager egentlig mente å tilby ett komposterbart beger, men ved en feil oppgav pappbeget Caterline, og denne feilen var åpenbar, at avklaringsreglene gav adgang til å rette denne. Ut over klagers opplysning om at pappbeget Caterline og det tilhørende artikkelnummeret ble ført inn i prisskjemaet ved en feil, er det imidlertid ikke holdepunkter for at dette rent faktisk var tilfellet. At den oppgitte prisen gjaldt det komposterbare beget «BioWare», kan ikke ha fremstått som åpenbart for innklagede. Den helt generelle bekreftelsen i klagers tilbud hvor klager hevdet «å ha lest og akseptert Kundens vilkår og tilbudsforespørsel» underbygger ikke i seg selv at klager mente å tilby noe annet enn de pappbegrene som ble oppgitt i prisskjemaet. Verken innklagede eller klagenemnda kan på denne bakgrunn legge til grunn at pappbeget Caterline ble oppgitt som følge av en feil fra klagers side.

(29) Endringen av tilbudt beger var derfor, slik nemnda ser det, i realiteten et nytt tilbud etter at tilbudsfristen var utløpt. Innklagede hadde ikke anledning til å akseptere dette, og var følgelig forpliktet til å avvise klagers tilbud.»

KOFA 2017-135

Bakgrunnen for denne saken var at valgte leverandør hadde fylt ut prisskjemaet på en annen måte enn oppdragsgiver forventet. Det ble, på bakgrunn av en klage på tildelingsbeslutningen, bragt på det rene at den tilbudte prisen ikke omfattet det antall opp- og nedrigginger av stilas som oppdragsgiver forventet. Oppdragsgiver ba på denne bakgrunn den aktuelle leverandøren om å inngi en korrigeret pris, basert på korrekt antall opp- og nedrigginger. Oppdragsgiver fattet deretter en ny tildelingsbeslutning basert på det korrigerete tilbudet, hvor den opprinnelige valgte leverandøren ble tildelt kontrakten på nytt. Denne siste tildelingen, og innhenting av de korrigerete prisene som lå til grunn for den, var gjenstand for saken for KOFA.

KOFA foretok en konkret vurdering opp mot anskaffelsesforskriften § 23-5. Drøftelsen er interessant fordi KOFA i liten grad knytter drøftelsen opp mot bestemmelsens ordlyd. KOFA trekker i stedet veksler på de grunnleggende prinsippene om etterprøvnbarhet og likebehandling:

«(33) Ifølge forskriften § 23-5 (1) kan oppdragsgiver "skriftlig be leverandørene [...] avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter [...]". Det følger av andre ledd at en avklaring ikke skal medføre at tilbudet "forbedres". Dette innebærer at avklaringen må skje innenfor de rammer kravene til likebehandling og gjennomsiktighet setter, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/95 med videre henvisninger. I premiss 28 i nevnte avgjørelse presiseres det at forskriftsbestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 2014/24 artikkel 56 tredje ledd, og at den utvider adgangen til supplering og ettersending av kvalifikasjonsdokumentasjon sammenlignet med tidligere. Tilsvarende gjelder adgangen til avklaring av forhold vedrørende tilbudet, i hvert fall sammenlignet med reglene som var inntatt i 2006-forskriften.

(34) Så snart innklagede ble oppmerksom på at valgte leverandørs tilbud var vesentlig lavere enn de øvrige tilbudene på dette punktet, tok innklagede kontakt med valgte leverandør. Innklagede har i denne forbindelse uttalt at man antok at valgte leverandør kun hadde inkludert én opp- og nedrigging, og ba leverandøren avklare dette. Det nevnes i denne forbindelse at heller ikke her har innklagede vært helt presis. Slik nemnda forstår prisskjemaet var tilbyderne spurt om å oppgi en døgnpris, inkludert opp- og nedrigging. Det var altså ikke egentlig slik at prisen skulle inkludere 20 opp og nedrigginger, poenget var at det skulle føres inn summen av 20 dagers døgnleie, hvor døgnprisen skulle inkludere opp og nedrigging. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at en eventuell misforståelse på dette punkt kan ha hatt betydning i foreliggende sak.

(35) Valgte leverandør svarte at det bare var inkludert én opp- og nedrigging i prisskjemaet. Innklagede antok på denne bakgrunn at prisen for stillasleie i tilbudet ved en feil ikke var multiplisert med 20.

(36) Som nevnt var verken konkurransegrunnlaget eller innklagedes svar på hvordan skjemaet skulle fylles ut helt klart. Det er rimelig å gå ut ifra at dette er årsaken til at valgte leverandør oppgav en så lav pris. Feilen det er tale om, er en feil og en uklarhet som "probably has a simple explanation and is capable of being easily resolved". I slike tilfeller har Underretten funnet at det ikke bare er adgang, men også plikt til å rette, også etter det tidligere gjeldende direktivet, jf. T-195/08 og T-63/06.

(37) Avklaringen tydeliggjorde at tilbudt sum for posten som gjaldt leie av stillas, måtte multipliseres med 20 for at tilbudet skulle være i samsvar med prisskjemaet. Avklaringen innebærer ikke brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og klagers anførsel fører derfor ikke frem.»

Selv om dette ikke kommer direkte til uttrykk i avgjørelsen, er det grunn til å understreke at den avklaringen som ble foretatt ikke medførte en forbedring av tilbudet. Avklaringen medførte tvert i mot at tilbudet ble dyrere.

KOFA 2017-68

Denne avgjørelsen gjaldt en konkurranse med forhandling under forsyningsforskriften, som inneholder en likelydende bestemmelse om lovlige avklaringer som anskaffelsesforskriften § 23-5. Bakgrunnen for saken var at valgte leverandør hadde glemt å fylle inn visse deler av prisskjemaet i sitt reviderte tilbud. Oppdragsgiver ba om å få innsendt disse prisene etter utløpet av den endelige tilbudsfristen, hvilket ble anført å stride mot forhandlingsforbudet.

KOFA kom etter en konkret vurdering til at det ikke var foretatt ulovlige forhandlinger. Årsaken var at de aktuelle prisene ikke skulle være gjenstand for evaluering, slik at innhenting av de nye opplysningene ikke medførte noen forbedring av tilbudet. KOFA tok igjen utgangspunkt i de grunnleggende kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet i sin drøftelse:

«(45) [...] Forklaringen fra innklagede viser, og prisskjemaet gir objektive holdepunkter for å fastslå, at tilbyderne ikke skulle konkurrere på pris for pakkmaskin. Tilbydernes priser på pakkmaskin, hadde således ingen innvirkning på innklagedes valg av leverandør. Innklagedes anmodning til valgte leverandør om å ettersende et nytt prisskjema, inkludert pris på pakkmaskin, kan under disse omstendighetene ikke anses som en forbedring av tilbudet i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.»

KOFA-2016-116

Samspillskontraktene som benyttes ved anskaffelser av entreprenearbeider, er en modell som har visse likhetstrekk med BVP-metoden. Samspillskontrakter er, i likhet med BVP-metoden, ikke en anskaffelsesrettslig prosedyreform, men en metode for å frembringe leveransen som oppdragsgiver

ønsker. I likhet med BVP-metoden, vil oppdragsgiver i større grad lene seg på leverandørens kompetanse til å løse oppdraget. Samspillskontraktmodellen legger opp til at det signeres en kontrakt før leverandørens leveranse er klarlagt. Gjennom senere interaksjon mellom oppdragsgiver og leverandør, vil denne overordnede kontrakten konkretiseres i en totalentreprisekontrakt.

I KOFAs avgjørelse i sak 2016-116, ble det foretatt en inngående drøftelse som belyser lovligheten av en slik tilnærming. Den aktuelle kontrakten hadde blitt tildelt på bakgrunn av en begrenset anbudskonkurranse, og klager anførte at samspillsfasen – som altså finner sted etter kontraktsignering – hadde blitt gjennomført i strid med forhandlingsforbudet. KOFA slo, på samme måte som Eidsivating lagmannsrett i sak LE-2014-188806, fast at forhandlingsforbudet gjelder frem til kontraktsignering. For endringer som foretas etter dette tidspunktet, vil det i stedet være forbudet mot vesentlige endringer som er det relevante utgangspunktet for drøftelsen (våre understrekinger):

«(41) Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser gjelder frem til konkurransen avsluttes ved inngåelse av kontrakt med valgte leverandør. Konkurransen ble avsluttet ved at valgte leverandør og innklagede signerte en bindende kontrakt 6. april 2016. Frem til kontraktsinngåelsen ble konkurransen etter det opplyste gjennomført uten forhandlinger mellom innklagede og leverandørene.

(42) Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser er etter nemndas vurdering ikke til hinder for at det avtales endringer i en kontrakt etter kontraktsinngåelse. I juridisk teori er det riktignok åpnet for at en avtalt endring like etter kontraktsinngåelse kan måtte anses som en omgåelse av forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser. Se i denne forbindelse Steinicke og Groesmeyer, EUs Udbudsdirektiver, s.392 flg., hvor det blant annet uttales: «Hvis byggherren foretager større ændringer i opgaven umiddelbart efter tildelingen af kontrakten, og aftalen er indgået, vil dette formentlig være i strid med forhandlingsforbuddet. Forhandlingsbuddet strækker sig formelt udelukkende til det tidspunkt, hvor konkurrencen afgøres, dvs. til tildelingen. Der er formentlig ikke tvivl om, at det i det omfang der foretages dispositioner umiddelbart efter tildelingen, der kunne have haft afgørende virkning på konkurrencen, kan disse også rammes af forhandlingsforbuddet. Hvis dette ikke var tilfældet, ville ordregiver (byggherre) frit kunne ændre kontraktens indhold umiddelbart efter tildelingen, og udbuddet ville således ikke længere være det reelle grundlag for konkurrencen. Konkurrencen ville i større eller mindre omfang blive illusorisk.» Etter nemndas vurdering vil imidlertid slike omgørelser av forhandlingsforbudet fanges opp av forbudet mot vesentlige endringer.

(43) Hvis en kontrakt endres vesentlig i kontraktsperioden, innebærer det at det i realiteten inngås en ny avtale. Forbudet mot vesentlige endringer er slått fast i rettspraksis, se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (Pressetext). I den nevnte avgjørelsen uttalte Domstolen i avsnitt 34 flg. at det foreligger en vesentlig endring når de nye kontraktsbestemmelsene er «avgjørende forskjellige fra bestemmelsene i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer». Deretter uttalte Domstolen i avsnitt 35 flg. at en endring skal anses vesentlig dersom den: « indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget. 36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale. 37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for

tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.»

(44) I denne konkurransen er det nedfelt en forutsetning i konkurransegrunnlaget om at det allerede fra starten av avtalen skal skje en «videreutvikling av innlevert prosjektforslag frem til komplett forprosjekt med revidert pristilbud [...]». Konkurransegrunnlaget med vedlegg inneholder ikke klare føringer om hvilke endringer som kan avtales i samspillsfasen. Det ligger i samspillskontraktens natur at dette nettopp ikke skal fastsettes av oppdragsgiver alene, og derfor ikke kan fastsettes i konkurransegrunnlaget. Samtidig oppstilte konkurransegrunnlaget et krav om at leverandøren i sitt tilbud i konkurransen ga et «bindende pristilbud [...] for hele prosjektet», dvs. en fast pris både for den innledende samspillfasen, og for den eventuelt påfølgende totalentreprisekontrakten. Dette setter klare rammer for hva som kan være lovlige endringer i kontraktsfasen.

(45) Hvis endringen gjelder forhold som var relevant under bedømmelsen av tildelingskriteriene, skal det også lite til for at en endring skal anses vesentlig, siden endringen da kan ha påvirket utfallet av konkurransen. I dette tilfellet var et av tildelingskriteriene «gruppens prosjektforslag», og dette var vektet 40 % ved evalueringen. Dersom de avtalte endringene innebar endringer i tilbudt prosjektforslag, vil dette kunne ha medført et annet utfall av konkurransen, dersom endringene hadde vært en del av tilbudet som ble levert og evaluert i anbudskonkurransen. Slik saken er opplyst, har nemnda ikke grunnlag for å ta endelig stilling til om det er foretatt slike endringer.

(46) Klager har videre anført at den endelige prisen på prosjektet etter samspillsfasen, ble kroner 131 millioner, og at dette må ha vært en konsekvens av en vesentlig endring av valgte leverandørs tilbud. Innklagede har innvendt at dette er uriktig, og at totalprisen rent faktisk har gått ned i etterkant av samspillsfasen. Revidert totalpris er oppgitt å være kroner 90 234 615 eks mva. Det vil si at det er avtalt en netto reduksjon på kroner 765.385 eks mva. Av dette er kroner 2.665.389 eks mva. en reduksjon som følge av avtalte materielle endringer i ytelsen, noe som utgjør i underkant av 3% av opprinnelig tilbudssum for totalentreprisen. Nemnda kan ikke se at dette kan anses vesentlig. Det resterende er imidlertid et avtalt tillegg på kroner 2.900.000 for lønns- og prisstigning. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det skal gis et bindende pristilbud for hele prosjektet, og at prisen ikke skal prisreguleres. Endringen innebærer følgelig en endring av kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren, og må derfor anses som en ulovlig vesentlig endring, jf. EU- domstolens uttalelse i sak C-454/06 premiss 37, gjengitt ovenfor.

(47) For øvrig vil nemnda bemerke at det også er opplyst at ytterligere endringer er «diskutert», men ikke avklart, men at disse «forventes å komme til utførelse». Slik saken er opplyst, har ikke nemnda grunnlag for å vurdere om disse endringene er avtalt i strid med anskaffelsesregelverket.»

KOFA-2015-134

Denne saken gjaldt et interessant tilfelle hvor valgte leverandør hadde inngitt tilbud med et tilsynelatende avvik. Oppdragsgiver prissatte dette avviket selv, men avtalte senere – og før kontrakt ble undertegnet – tilsynelatende hva priskonsekvensen skulle være. Dette var i følge KOFA en gal fremgangsmåte som stred mot forhandlingsforbudet. Oppdragsgiver måtte eventuelt først ha signert kontrakt, for deretter å gå inn i forhandlinger om endringer av denne. Forhandlingsforbudet gjelder, som det fremgår av andre saker, frem til tidspunktet hvor kontrakt inngås.

KOFA-2010-109

Denne saken er et godt eksempel på at det vil utgjøre et brudd på forhandlingsforbudet å anta tilbud som ikke overholder minstekrav, for deretter å forlange at minstekravet overholdes. En slik fremgangsmåte vil medføre en endring av tilbudet etter tilbudsfrist, og dermed stride mot forhandlingsforbudet.

«(54) Slik klagenemnda ser det, er det et absolutt krav at tilbudt tak ikke skal være flatt. Spørsmålet blir imidlertid hvorvidt dette minstekravet skal tolkes som et krav om at tilbudt tak også må ha en nærmere bestemt grad av helling for at det ikke skal være flatt. Ettersom innklagede ikke har gitt klart uttrykk for i konkurransegrunnlaget hvilken helling det skal være på tilbudt tak for at det ikke skal være flatt, finner klagenemnda å legge avgjørende vekt på definisjonen av «flate tak» i Byggforsk 525.002 punkt 21 som dermed må anses å gjelde i foreliggende konkurranse. Når definisjonen der legges til grunn, vil valgte leverandørs tilbudte tak være flatt dersom det har fall på mindre enn 6°. Etter klagenemndas utrekning tilsvarer valgte leverandørs tilbudte tak med fall 1:50 en helling på ca 1,15°, og taket er således flatt. Valgte leverandørs tak innebærer dermed et avvik fra minstekravet i kravspesifikasjonen. Det vises i den forbindelse til vurderingsgruppens innstilling, hvor det fremkommer at valgte leverandørs tak har et «fall på 1:50», og at fallet måtte økes noe for å «etterkomme Ski kommunes kravspesifikasjon».

(55) Ettersom valgte leverandørs tilbud innebærer et avvik fra et minstekrav i kravspesifikasjonen anses det for å være et vesentlig avvik, og tilbudet skulle dermed ha vært avvist fra konkurransen, jf. § 20-13 (1) bokstav e. Klagers anførsel har ført frem.»

KOFA-2009-245

Denne saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse om oppføring av ungdomsboliger. Det ble anført at innklagede hadde brutt forhandlingsforbudet gjennom å be om oppklarende opplysninger fra valgte leverandør etter tildeling. Innklagede hadde også opplyst at det ble innledet kontraktsforhandlinger med valgte leverandør.

KOFA kom etter en konkret vurdering til at det ikke var gjennomført forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet. KOFA kom i denne forbindelse med interessante uttalelser om forhandlingsforbudets rekkevidde (våre understrekinger):

«(68) Innklagedes har hatt kontakt med valgte leverandør og har omtalt dette som «forhandlinger». Dette er uheldig i lys av forhandlingsforbudet, men det er i praksis ikke uvanlig at ordet «forhandlinger» brukes om den nødvendige kommunikasjon som innleder det samarbeid prosjektet leder opp til etter at man reelt har truffet beslutningen om tildeling. Det kan gjelde praktiske spørsmål om oppstart og annet som ikke utgjør noen del av kontrakten mellom partene.

(69) Slik nemnda tolker det, har innklagede ikke bedt om endring av tilbudet fra valgte leverandør som kan antas å være i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1). Det synes etter nemndas oppfatning ikke å ha blitt foretatt en endring av verken pris, leveringstid eller andre forutsetninger av betydning for konkurranseforholdet i angjeldende konkurranse. Nemnda viser til at forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 skal sikre likebehandling av leverandørene og forutberegnelighet, men skal også hindre muligheter for å spekulere i uklarheter ved tilbudet, jf. om det prinsipielle i Høyesteretts dom i «Veidekke»-saken Rt-2003-1531 ved premissene (43) og (44) og klagenemndas avgjørelse i sak 2008/202 (KOFA-2008-202). Nemnda finner det avgjørende i angjeldende sak at evalueringen av tilbudene var ferdig fra innklagedes side, og at de avklarende opplysningene skulle skje innenfor rammen av valgte leverandør sitt tilbud. Slik nemnda ser det, foreligger det dermed ikke grunnlag for å anse at innklagede har gjennomført forhandlinger med valgte leverandør. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.»

KOFA-2006-27

Denne saken gjaldt et tilfelle hvor oppdragsgiver hadde valgt å avlyse en konkurranse, for deretter å utlyse en ny konkurranse. Det ble anført at det var begått brudd på forhandlingsforbudet. KOFA kom med følgende prinsipielle uttalelse i denne forbindelse:

«(141) Det er tilbudet - slik det foreligger ved utløpet av tilbudsfristen - sammen med konkurransegrunnlaget som skal utgjøre kontraktsforholdet mellom partene.

Forhandlingsforbudet i forskriften § 16-1 tar sikte på å hindre at en tilbyder får anledning til å endre tilbudet mellom tilbudsåpning og tildeling.»

KOFA-2003-201

Bakgrunnen for denne saken var en konkurranse som la opp til at et skolebygg skulle bli oppført etter et samspill mellom oppdragsgiver og valgte leverandør. Denne typen samspillsentrepriser har, som det har blitt påpekt ovenfor, visse likhetstrekk med BVP-metoden.

Klager anførte særlig at modellen som var valgt stred mot kravene til objektivitet, gjennomsiktighet og etterprøvbart. Når ytelsen ikke var spesifisert på tilbudstidspunktet, og tildelingen i stor grad var knyttet opp mot skjønnsmessige vurderinger av kvalitet og evne til samspill, var valget av tilbud etter klagers syn ikke tilstrekkelig objektivt, gjennomsiktig og etterprøvbart.

Det er videre interessant at KOFA godtok at planlagte, og relativt inngående avklaringsmøter, ikke utgjorde forhandlinger. Det var opplyst i konkurransegrunnlaget at det ville gjennomføres slike avklaringsmøter før kontraktsinngåelse. KOFA konkluderte videre etter en helhetsvurdering med at kravene til objektivitet, gjennomsiktighet og etterprøvbart var ivaretatt:

«Gjennom de opplysninger som ble gitt om prosjektet og totalsummene i konkurransegrunnlaget, må kravet til forutberegnelighet anses å ha blitt ivaretatt. En felles mal for avklaringsmøtene ble også utlevert på forhånd. Leverandørene må videre antas å ha hatt tilstrekkelig innsyn i prosessen mens den pågikk. Hensynet til gjennomsiktighet anses tilstrekkelig ivaretatt. Når det gjelder kravet til etterprøvbart, viser klagenemnda til at evalueringen har vært basert på den innsendte skriftlige dokumentasjonen fra leverandørene, i tillegg til avklaringsmøter med den enkelte leverandør. Hvert av medlemmene i evalueringsgruppen ga poeng uavhengig av de øvrige, og evalueringene ble sammenstilt av en ekstern konsulent. Evalueringsskjema ble sendt til alle tilbyderne ved valg av leverandør, og det ble avholdt tilbakemeldingsmøter med hver enkelt. Dette har sikret at hensynet til etterprøvbart er blitt ivaretatt.»

4.3.3.8 Vurdering

Innledning

Konkretiseringsfasen gjennomføres altså etter at tilbudene har blitt evaluert og kontrakt har blitt tildelt. Konkretiseringsfasen skal som nevnt ikke omhandle forhold som er av betydning for valg av leverandør. Dette innebærer at oppdragsgiver verken skal diskutere hvilke resultater som skal oppnås eller pris. Det skal heller ikke forekomme diskusjoner om risikoplassering mellom partene. Risikoplassering må være avklart i tilbudet. Formålet med konkretiseringsfasen er å synliggjøre det nærmere innholdet av tilbudet som er avgitt og gjøre oppdragsgiver trygg på at leverandøren evner å levere det de har tilbudt.

Erfaringer fra Nederland

Vi har som nevnt fått presentert innkjøps- og rettspraksis fra Nederland fra ledende nederlandske autoriteter på henholdsvis i) gjennomføring av anskaffelser etter BVP-metoden, og ii) anskaffelsesrett.

Nederlandske oppdragsgivere har gjennomført en rekke anskaffelser etter BVP-metoden i løpet av de siste ti årene. BVP-metoden har, etter det vi er opplyst, aldri som sådan vært klaget inn for det nederlandske organet som tilsvarer KOFA, eller vært bragt inn for domstolene. Dette tyder på at det hersker en gjensidig oppfatning blant nederlandske innkjøpere og leverandører om at det er mulig å gjennomføre anskaffelser etter metoden i tråd med regelverket, og i tråd med forutsetningene som ligger til grunn for dette notatet. En av grunnene til at BVP ikke har blitt utfordret i Nederland kan være at det, etter det vi er opplyst, ikke er praksis i Nederland å gi innsyn i tilbudet etter konkretiseringsfasen.

Det foreligger en del praksis i saker hvor den aktuelle anskaffelsen har blitt gjennomført etter BVP-metoden. Sakene gjelder «vanlige» anskaffelsesrettslige problemstillinger som ikke er særpreget for BVP-metoden. En BVP-relevant avgjørelse som imidlertid trekkes frem ofte, er en sak knyttet til en midlertidig

forføyning fra selskapet Honeywell. Spørsmålet i denne saken var om oppdragsgiver hadde rett i at det gjennom konkretiseringsfasen var avdekket forhold ved tilbyders løsning som lå til grunn for tilbudet som ga rett til å avvise dette, og omgjøre tildelingsbeslutningen. Domstolen vurderte det slik at det var avdekket at det var grunnlag for avvisning og omgjøring. Det forekommer ingen uttalelser i dommen som tilsier at domstolen var tvilende til bruken av BVP-metoden som sådan.⁸ Tilsvarende kommer til uttrykk i en sak knyttet til en begjæring om midlertidig forføyning fra selskapet Heijmans, som ble behandlet for tingretten i Noord-Holland.⁹

Departementets veileder

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, fremhever departementet i sin veileder at den sentrale grensen for forhandlingsforbudet går ut på at det ikke må skje en forbedring av tilbudet. Departementet sikter med dette til at det ikke er tillatt å forbedre pris, kvalitet, leveringstid eller andre egenskaper. Det må gjøres en konkret vurdering av om det foreligger en forbedring.

En viktig forutsetning for en korrekt anvendelse av BVP-metoden er at detaljeringen som skjer i konkretiseringsfasen må skje innenfor rammene av det opprinnelige tilbudet. Det skal altså forutsetningsvis verken skje en forbedring av pris, kvalitet, leveringstid eller andre egenskaper.

Drøftelse opp mot rettspraksis

Basert på den generelle redegjørelsen ovenfor kan det innledningsvis slås fast at konkretiseringsfasen, under forutsetning av at kontrakt først signeres etter denne fasen, må gjennomføres uten at forhandlingsforbudet brytes. Forhandlingsforbudet gjelder inntil kontrakt er signert, jf. f.eks. KOFAs avgjørelse i sak 2016/116 i avsnitt 41.

Når det gjelder forhandlingsforbudets innhold, viser praksis for det første at det er sentralt at det ikke aksepteres et nytt tilbud etter utløpet av tilbudsfristen. Vi viser særlig til EU-domstolens avgjørelse i sak 336/112 (avsnitt 44) og KOFAs avgjørelse i sak 2017/139 (avsnitt 27). DIFI har korrekt lagt til grunn at en absolutt forutsetning for at en anskaffelse etter BVP-metoden skal kunne gjennomføres etter prosedyren *anbudskonkurranse*, er at konkretiseringen skjer *innenfor rammen* av det fremsatte tilbudet.

Praksis viser for det andre at det er en nær sammenheng mellom likebehandlingsprinsippet og forhandlingsforbudet. Høyesterett understreket dette i dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1531, hvor det heter at forhandlingsforbudets rekkevidde er en følge av «*hensynet til at konkurransen mellom anbyderne skal være på like vilkår*» (premiss 33). Det har i tråd med dette blitt fremhevet av KOFA at det ikke i seg selv medfører noe brudd på likebehandlingsprinsippet eller forhandlingsforbudet hvis avtalerettslig bindende priser som ikke er gjenstand for evaluering korrigeres etter utløpet av tilbudsfristen, jf. KOFAs avgjørelse i sak 2017/68 avsnitt 45.

Forutsetningene som er lagt til grunn for dette notatet, innebærer altså at det er utarbeidet en fullstendig kravspesifikasjon, og at konkurransedokumentene for øvrig er grundige og godt forberedt. Evalueringen av tilbudene og tildelingen av kontrakten, samt den senere gjennomføringen av konkretiseringsfasen, skal da forutsetningsvis være forutberegnelig. Dermed vil det heller ikke foreligge et brudd på likebehandlingsprinsippet, hvilket også tilsier at det ikke foreligger et brudd på forhandlingsforbudet. Oppdragsgiver vil i stedet gjennomføre den konkretiseringsfasen som det er uttrykkelig fastsatt i konkurransedokumentene at skal gjennomføres.

Praksis understreker for det tredje at det vil utgjøre et brudd på forhandlingsforbudet å akseptere endringer i tilbudet av betydning for konkurranseforholdet. Vi viser i denne forbindelse særlig til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1994 side 1222, og KOFAs avgjørelse i sak 2009/245. I den sistnevnte avgjørelsen ble det fremhevet at det ikke ville skje endringer av betydning for konkurranseforholdet når evalueringen av tilbudene var ferdig fra oppdragsgivers side, og de avklarende opplysningene skulle

⁸ Avgjørelsen har referanse: ECLI:NL:RBDHA:2016:11289.

⁹ Avgjørelsen har referanse: ECLI:NL:RBNHO:2014:2536.

fremlegges innenfor rammen av det fremsatte tilbudet (avsnitt 69). I den tidligere nevnte avgjørelsen i sak 2017/68 ble det altså også lagt vekt på at korrigeringsene ikke hadde betydning for konkurranseforholdet ettersom de ikke vedrørte egenskaper som var gjenstand for evaluering (avsnitt 45).

En korrekt gjennomført konkretiseringsfase skal, etter forutsetningene DIFI har lagt til grunn, altså ikke medføre noen endring av egenskapene som tilbyderne har blitt evaluert på. Dermed skal konkretiseringsfasen forutsetningsvis heller ikke støte an mot denne skranken i rettspraksis.

Eksempler på forhandlingsforbudets grenser

Oversiktstabell

	<i>Forhandlinger</i>	<i>Ikke forhandlinger</i>
<i>Forbedring av tilbudet</i> Eksempler: lavere pris, tilleggstyelser, nytt og bedre nøkkelpersonell, tidligere ferdigstilling.	X	
<i>Fremsettelse av et nytt tilbud</i> Den konkretiserte ytelsen ligger ikke innenfor rammen av tilbudet	X	
<i>Endring med betydning for konkurranseforholdet</i> Det gjøres endringer av egenskaper som var gjenstand for evaluering. Det kan for eksempel være tale om en økning av prisene eller en reduksjon av tilbudte ytelser.	X	
<i>Oppdragsgiver ber om endringer i løsningen leverandøren detaljerer</i>	X	
<i>Partene diskuterer og blir enige om fordeling av risiko</i>	X	
<i>Leverandørens detaljering innenfor rammen av tilbudet</i>		X
<i>Oppdragsgiver stiller spørsmål til leverandør i lys av opplysninger i detaljeringen</i>		X

Eksempler fra praksis på grensen mellom forhandlinger og ikke-forhandlinger

I punkt 4.3.3 ovenfor presenterte vi prinsipiell praksis som er egnet til å belyse forhandlingsforbudets grenser. I denne delen av notatet er fokus et annet. Vi vil kort identifisere forhold som har blitt vurdert som henholdsvis forhandlinger og ikke-forhandlinger i praksis. I tillegg til et utvalg illustrerende saker som allerede er gjennomgått vil vi komme inn på enkelte ytterligere saker:

- Tilbud av et nytt produkt etter utløpet av tilbudsfristen:
 - I KOFAs avgjørelse i sak 2017-139 gjorde tilbyder en endring etter utløpet av tilbudsfristen, slik at tilbudet nå omfattet et annet produkt enn det som opprinnelig var tilbudt. Det ville stride mot forhandlingsforbudet å akseptere dette tilbudet.
 - KOFAs avgjørelse i sak 2004-177 gjaldt et tilfelle hvor en tilbyder ble gitt anledning til å erstatte tilbudte varebiler med andre varebiler etter utløpet av tilbudsfristen. Dette utgjorde en forhandling.
 - I sak 2004/180 vurderte KOFA et tilfelle hvor oppdragsgiver ba en leverandør om å tilby produkter som ikke var omfattet av tilbudet. Oppdragsgivers forespørsel utgjorde et selvstendig brudd på forhandlingsforbudet.
 - KOFAs avgjørelse i sak 2004/141 omfattet et tilfelle hvor det kunne fremstå som uklart om alle etterspurte produkter var inkludert i tilbudet. Oppdragsgiver tok initiativ til avklaringer av dette, og det ble avdekket at leverandørens ytelse ikke omfattet en type hjul. Hjulene kunne imidlertid leveres mot et pristillegg. Det ville medføre en ulovlig avklaring å akseptere et endret tilbud hvor hjulene var inkludert.

- Endring av risikofordeling:
 - KOFA vurderte, i sak 2003/75, et tilfelle hvor leverandørene ble gitt anledning til å endre tilbudene sine på en måte som flyttet risiko for kostnader over fra oppdragsgiver til leverandør. Oppdragsgiver premierte leverandørene som var villige til å tilby ulike garantier for produktens funksjonalitet ved evalueringen. KOFA kom til at det var begått brudd på forhandlingsforbudet.
- Avtale om konsekvenser av avvik:
 - Saksforholdet som lå til grunn for KOFAs avgjørelse i sak 2015-134, var at valgte leverandør hadde inngitt et tilbud som så ut til å avvike fra konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver avtalte hva priskonsekvensen skulle være før kontrakt ble signert. Dette ble vurdert til å utgjøre et brudd på forhandlingsforbudet.
- Klargjøring av hva som omfattes av tilbudet:
 - I sak 2017-135 vurderte KOFA et tilfelle hvor det kunne fremstå som uklart hvor mange opp- og nedrigginger tilbudet omfattet. Dette hadde sammenheng med at konkurransegrunnlaget ikke var utvetydig. KOFA vurderte det slik at det ikke utgjorde et brudd på forhandlingsforbudet å avklare hva som var omfattet, og skalere opp prisen basert på det antall oppdragsgiver mente skulle ha vært lagt til grunn. En slik justering medførte ikke noen forbedring av tilbudet.
 - KOFAs avgjørelse i sak 2009-245 gjaldt en åpen anbudskonkurranse om en totalentreprise. Klager anførte at det var begått brudd på forhandlingsforbudet ved avklaringer gjort i forbindelse med utarbeidelse med fullstendig kontrakt. KOFA kom til motsatt konklusjon. Bakgrunnen var at avklaringene skulle skje innenfor rammen av det inngitte tilbudet, og at avklaringene for øvrig ikke ville ha noen innvirkning på konkurranseforholdet.
- Klargjøring av vilkår som ikke påvirker konkurranseforholdet mellom leverandørene:
 - Sak 2017-68 gjaldt et tilfelle hvor valgte leverandør hadde glemt å fylle inn deler av pris skjemaet. Det ble ikke ansett å utgjøre ulovlige forhandlinger å be om en ettersending av disse prisene. Bakgrunnen for dette var at prisene ikke inngikk i prisene som skulle evalueres, slik at det kunne utelukkes at konkurranseforholdet ble påvirket.

Forhold oppdragsgivere bør være oppmerksomme på

Vår vurdering er altså at det, basert på de forutsetningene som er lagt til grunn ovenfor, finnes støtte i praksis for at konkretiseringsfasen ikke vil stride mot forhandlingsforbudet. Nederlandsk praksis viser videre at nederlandske oppdragsgivere er av samme oppfatning, og at det i over ett tiår har blitt gjennomført anskaffelser etter BVP-metoden uten at det har blitt konstatert at dette som sådan er i strid med anskaffelsesreglene. Under de forutsetningene som er lagt til grunn for en korrekt gjennomføring av en BVP anskaffelse, fremstår det som forsvarlig å gi norske oppdragsgivere veiledning i og informasjon om BVP-metoden. DIFIs veileder er i så måte et godt utgangspunkt.

Vi mener imidlertid at det er grunn til å gjøre oppdragsgiver oppmerksomme på enkelte risikomomenter, slik at de kan gjøre et informert valg.

Det er etter vår vurdering gode grunner til å synliggjøre at oppdragsgivere som velger å benytte BVP-metoden beveger seg inn i et rettslig landskap hvor det per i dag ikke finnes praksis som omtaler BVP-metoden som sådan. Vi mener videre at DIFI bør vurdere å understreke de klare forutsetningene for gjennomføringen av BVP-metoden som DIFI har bedt oss om å legge til grunn i dette notatet, enda tydeligere i veilederen. Forutsetningene fremgår per i dag, men det bør etter vårt syn løftes frem enda tydeligere at i) forutsetningene er helt avgjørende for lovligheten til konkurransen, og ii) at oppdragsgivere må være oppmerksomme og gjøre løpende vurderinger for å unngå å bryte forutsetningene i praksis. Vi sikter i denne forbindelse også til de alminnelige kjøperreglene for

gjennomføringen av anbudskonkurranser, nemlig i) at det utarbeides en fyllestgjørende kravspesifikasjon, og ii) at konkurransedokumentene for øvrig er godt forberedt. Det er viktig å være klar over at BVP-metoden er ikke en anskaffelsesrettslig prosedyre. Oppdragsgivere som ikke er tilstrekkelig oppmerksomme på forhandlingsforbudets grenser kan videre lett komme til å bryte forhandlingsforbudet i konkretiseringsfasen.

4.3.4 1c. Vil konkretiseringsfasen være i overensstemmelse med forskriftens § 23-5 om ettersending og avklaring av opplysninger og dokumentasjon?

Som det har fremgått av den nærmere gjennomgangen av relevante rettskilder ovenfor, er det en nær sammenheng mellom forhandlingsforbudet og avklaringsadgangen. Det vil ikke være adgang til å gjennomføre avklaringer i større utstrekning enn hva som vil være forenlig med forhandlingsforbudet.

Reguleringen av avklaringsadgangen finnes i forskriften § 23-5. Bestemmelsen klargjør at det, på visse vilkår, foreligger en avklaringsadgang når i) dokumenter synes å inneholde feil eller uklarheter, ii) eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler, jf. bestemmelsens første ledd.

Forskriften § 23-5 er inntatt i forskriften kapittel 23 om «tilbudet». Forskriftens system legger dermed opp til at eventuelle avklaringer foretas før det vurderes om det foreligger avvisningsplikt (kapittel 24), og før konkurransen avsluttes gjennom meddelelsen om valg av leverandør (kapittel 25). Systematikken er dermed at det forutsetningsvis skal foreligge et endelig tilbud før avvisningsspørsmålet vurderes, og før kontrakt tildeles.

En tilnærming hvor konkretiseringsfasen vurderes som en avklaring av tilbudet med grunnlag i forskriften § 23-5, stemmer altså dårlig med forskriftens systematikk. Konkretiseringsfasen skal forutsetningsvis finne sted etter at kontrakten har blitt tildelt. Behovet for konkretisering er videre ikke et resultat av at tilbyder har uteglemt opplysninger i sitt tilbud, men av at oppdragsgiver har lagt opp konkurransen slik at det er behov for en slik fase. Det er da lite treffende å betegne fremgangsmåten som en avklaring eller ettersending i § 23-5s forstand. Vår vurdering er på denne bakgrunn at forskriften § 23-5 ikke er egnet som hjemmel for den utfylling av tilbudet som forutsetningsvis skal finne sted i konkretiseringsfasen. Vi vil for ordens skyld presisere at vi, med de forutsetningene som ligger til grunn for notatet, mener at bestemmelsen ikke kan anses å være til hinder for å gjennomføre konkretiseringsfasen.

Praksis knyttet til § 23-5 er imidlertid, som det har fremgått av drøftelsen ovenfor, relevant i forhold til å avgrense forhandlingsforbudets rekkevidde.

4.3.5 1d. Kontraktsigneringstidspunktet; kan kontrakt signeres etter at konkretiseringsfasen er fullført, eller må kontrakt være signert før konkretiseringsfasen starter?

Hvis konkretiseringsfasen gjennomføres som forutsatt i dette notatet, slik at det ikke skjer forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet, vil kontraktsignering kunne skje etter utløpet av konkretiseringsfasen. Kontrakt må altså ikke være signert før konkretiseringsfasen starter.

Alternativet til å signere kontrakt etter konkretiseringsfasen, er å signere kontrakt før denne fasen har blitt gjennomført. Gjennomgangen av praksis knyttet til samspillsentrepriser ovenfor, viser at det – under forutsetning av at konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon er utformet i tråd med de grunnleggende prinsippene – vil være *lovlig* å benytte en slik fremgangsmåte. Oppdragsgivere vil imidlertid måtte forholde seg til forbudet mot vesentlige endringer i anskaffelsesforskriften § 28-2 etter kontraktsignering. Det er i denne forbindelse viktig å understreke at terskelen for ulovlige forhandlinger, og terskelen for vesentlige endringer, ikke uten videre er sammenfallende. Endringer av tilbudet før kontraktsignering vil prinsipielt alltid utgjøre forhandlinger. Det er imidlertid ingen automatikk i at endringer av leveransens innhold etter kontraktsinngåelse, vil utgjøre ulovlige vesentlige endringer. Det vil altså være adgang til å gjøre ikke-vesentlige endringer i konkretiseringsfasen hvis kontrakten er signert forut for gjennomføringen av denne. Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering. Forskriften § 28-2 gir eksempler på endringer som vil være vesentlige.

Vi bemerker for øvrig at det etter en fremgangsmåte hvor kontrakt signeres før konkretiseringsfasen, naturligvis er behov for å etablere praktikable exit-klausuler.

4.3.6 1e. Vil bruk av prosedyren «konkurrans med forhandling» hvor oppdragsgiver forbeholder seg retten til å ikke forhandle, jfr. forskriftens § 23-7(5) gi oppdragsgiver større handlingsrom i konkretiseringsfasen?

Vi viser til drøftelsen i pkt. 4.2.6 ovenfor. Vår konklusjon er at den forhandlede prosedyren bare vil medføre økt handlingsrom hvis konkretiseringsfasen gjennomføres som et ledd i forhandlinger med flere tilbydere, og oppdragsgiver fastsetter en felles frist for mottak av endelige/konkretiserte tilbud fra hver av leverandørene etter utløpet av denne fasen. Det vil derimot ikke kunne forhandles etter fristen for å inngi endelige tilbud, ettersom forhandlingsforbudet da kommer til anvendelse. Det faller imidlertid utenfor vårt mandat å drøfte denne problemstillingen nærmere.

4.3.7 1f. Må øvrige leverandører informeres om hva som har skjedd i konkretiseringsfasen og gis anledning til å imøtegå beslutning om å signere kontrakt?

Denne problemstillingen er stilt med henvisning til regelverkets krav til etterprøvnbarhet, og prinsippet om at forbigåtte leverandører skal få mulighet til å kontrollere at anskaffelsen er gjennomført på forskriftsmessig måte.

Forutsetningen for spørsmålet er at oppdragsgiver har tildelt kontrakt, gitt alle tilbydere meddelelse med begrunnelse for sitt valg, ventet til utløpet av en fastsatt karenperiode, og deretter gjennomført konkretiseringsfase med leverandøren som er rangert som nr. 1. Spørsmålet som ønskes utredet er altså om oppdragsgiver må gi en ny begrunnelse etter konkretiseringsfasen, eller på annen måte informere de andre leverandørene om hva som har skjedd i konkretiseringsfasen før kontrakt kan signeres. Det oppstår i denne forbindelse også spørsmål om oppdragsgiver må fastsette en karenperiode nr. 2, slik at forbigåtte leverandører får mulighet til å angripe kontraktstildelingen for domstolene også ved utløpet av konkretiseringsfasen.

Det vil etter vår vurdering stå i dårlig sammenheng med reglene i anskaffelsesforskriften § 25-1 å operere med to karenperioder. Bestemmelsens annet ledd bestemmer blant annet at meddelelsen for valg av leverandør, som skal angi karenperioden, også skal inneholde en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Det står ikke i god sammenheng med denne bestemmelsen å fastsette en ny karenperiode etter at meddelelsen om valg av leverandør er sendt ut, og sende ut en ny formell begrunnelse for tildeling i denne forbindelse.

Vi mener på denne bakgrunn at det ikke er i samsvar med forskriftens system å operere med to formelle meddelelser om tildeling, og to karenperioder. Hensynet til etterprøvnbarhet tilsier imidlertid at det gis innsyn etter offentliglova i endelig kontrakt så langt den ikke inneholder forretningshemmeligheter. Selv om det ikke finnes praksis om dette, vurderer vi det slik at det er gode grunner til å sende leverandører som ikke ble tildelt kontrakt en henvendelse etter gjennomføring av konkretiseringsfasen hvor det opplyses om at konkretiseringsfasen nå er gjennomført som forutsatt, og at oppdragsgiver vil inngå kontrakt med valgte leverandør på en gitt dato. En slik fremgangsmåte brukes i Nederland, og understøtter regelverkets krav om etterprøvnbarhet. Forbigåtte leverandører vil uansett kunne begjære midlertidig forføyning helt frem til tidspunktet hvor kontrakt faktisk er signert.

5 KONKLUSJON

I dette notatet har vi vurdert anskaffelsesrettslige problemstillinger som DIFI har reist i tilknytning til BVP-metoden. BVP-metoden utgjør ikke en anskaffelsesrettslig prosedyreform, men en metode for prosjektstyring og innkjøp. Dette innebærer at BVP-metoden må gjennomføres innenfor skrankene av en av de tillatte anskaffelsesrettslige prosedyrene for å være lovlig. I notatet er dette begrenset til anbudsprosedyren. Tilbudet gis i form av en seks siders besvarelse og det foretas deretter intervju av nøkkelpersoner.

Det kan reises spørsmål om en seks siders besvarelse og intervju av nøkkelpersoner kan danne grunnlag for evaluering og tildelingsbeslutning. Gitt at oppdragsgiver klart har spesifisert rammene for anskaffelsen gjennom konkurransegrunnlaget som leverandøren skal svare opp, har utarbeidet en grundig kravspesifikasjon og intervjurundene ikke avdekker at leverandøren ikke evner å levere i henhold til tilbudet som er avgitt, mener vi at det kan tildeles kontrakt på bakgrunn av tilbudet og intervjuene.

Den andre overordnede problemstillingen vi har vurdert, er lovligheten av *intervju* forut for evalueringsfasen. Vår konklusjon er at bruken av intervju, basert på forutsetningene som er lagt til grunn i dette notatet, er forenlig med anskaffelsesregelverket. Denne konklusjonen omfatter også praksisen med å transkribere intervjuet, og vedlegge dette til kontrakten.

Den tredje overordnede problemstillingen vi har vurdert, er om konkretiseringsfasen, som følger etter tildelingsbeslutningen, er forenlig med anskaffelsesregelverket. Vår konklusjon er at det, basert på forutsetningene som er lagt til grunn i dette notatet, lovlig kan gjennomføres en konkretiseringsfase etter tildeling i en anbudskonkurranse.
