

AVVIKENDE OG UKLARE TILBUD I KONKURRANSER OM OFFENTLIGE KONTRAKTER

Linda Midtun



Innhold

DEL I

INNLEDNING	13
-------------------------	----

Kapittel 1

Innledning	15
1.1 Problemstilling.....	15
1.2 Metode og relevante rettskilder.....	18
1.2.1 Fremstillingen er rettsdogmatisk	18
1.2.2 EØS-metode - forholdet til EU-retten.....	19
1.2.3 Rettskilder	23
1.2.3.1 Regelverk.....	23
1.2.3.2 Forarbeid og fortaler	24
1.2.3.3 Praksis.....	26
1.2.3.4 Veiledere og litteratur.....	29
1.3 Videre fremstilling - tema og avgrensninger	30

Kapittel 2

Formål og grunnleggende prinsipper	39
2.1 Innledning.....	39
2.2 Formålet med regelverket for offentlige anskaffelser	40
2.2.1 Formålet fra et nasjonalt perspektiv.....	40
2.2.2 Formålet med EUs regelverk for offentlige anskaffelser.....	46
2.3 De grunnleggende prinsippene	52
2.3.1 Prinsippet om likebehandling	52
2.3.2 Gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvbarehet.....	55
2.3.3 Prinsippet om proporsjonalitet/forholdsmessighet.....	61
2.3.4 Prinsippet om konkurranse	64

DEL II

AVVIK OG UKLARHETER 71

Kapittel 3

Hva menes med avvik og uklarheter? 73

3.1 Innledning..... 73
 3.2 Avvik - tilbudet samsvarer ikke med konkurransegrunnlaget..... 74
 3.3 Uklarheter - alle tilfeller der det er tvil om innholdet i tilbudet 78

Kapittel 4

Tolkning av tilbud og konkurransegrunnlag 82

4.1 Innledning..... 82
 4.2 Objektiv tolkning..... 83
 4.2.1 Utgangspunkt - objektiv tolkning basert på dokumenter utvekslet i konkurransen..... 83
 4.2.2 Ordlyden tolkes i kontekst, i lys av formål og andre reelle hensyn..... 88
 4.3 Uklarhetsregelen..... 92
 4.3.1 Innledning..... 92
 4.3.2 Uklarhetsregelen fulgte tidligere av rettspraxis 92
 4.3.3 Uklarhetsregelen er et utslag av klarhetskravet og utgangspunktet om objektiv tolkning 94
 4.3.4 Oppdragsgiverens risiko for feil og uklarheter i konkurransegrunnlaget og problemstillingen om uklare og avvikende tilbud 95
 4.3.4.1 Problemet..... 95
 4.3.4.2 Kan problemet løses ved å se bort fra den uklare informasjonen i konkurransegrunnlaget? 96
 4.3.4.3 Plikt til å avklare uklarheten i tilbudet? 100
 4.3.4.4 Plikt til å avlyse konkurransen? 104
 4.3.5 Begrenses oppdragsgiverens ansvar for uklarheter i konkurransegrunnlaget av en aktivitetsplikt for tilbyderne? 108
 4.3.6 Kan en oppdragsgiver inngå kontrakt på basis av tilbud med feil? 114
 4.3.6.1 Utgangspunkt - tilbyderen er bundet av tilbudet..... 114
 4.3.6.2 Oppdragsgiver er i ond tro..... 115
 4.3.6.3 Avklaringsplikt ved mistanke om feil?..... 117
 4.4 Den nedre grensen for uklarhetsregelen - presumsjonsprinsippet..... 120
 4.4.1 Problemstilling..... 120

4.4.2	Presumsjonsprinsippet i rettskildene.....	121
4.4.3	Presumsjonsprinsippet's rekkevidde.....	122
4.5	Oppsummering.....	128

DEL III

AVVISNING	131
------------------	-------	-----

Kapittel 5

Tillater EU-retten at oppdragsgivere aksepterer tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene?	133
5.1	Problemstilling.....	133
5.2	Utgangspunkt - C-243/89 Storebælt.....	135
5.3	Generelle uttalelser om avvisningsplikt etter Storebælt.....	138
5.4	Underrettens tilnærming til spørsmål om avvisning av tilbud.....	142
5.4.1	Utgangspunkt - avvisningsplikt ved avvik fra absolutte krav.....	142
5.4.2	Senere uttalelser om avvisningsplikten i Underretten.....	144
5.4.3	Underrettens vurderinger i sakene - hvilken effekt har avviket på konkurransen?.....	145
5.4.4	Tolkningen er i tråd med annen EU-praksis om likebehandlingsprinsippet.....	149
5.5	En nedre grense for oppdragsgiveres rett til å avvise avvikende tilbud også i EU-retten?.....	150
5.6	Oppsummering.....	151

Kapittel 6

Forholdet mellom anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b og andre bestemmelser om endring av anskaffelsen	153
6.1	Innledning.....	153
6.2	Hvorfor reguleres endringer i konkurransegrunnlag og kontrakt?.....	154
6.3	Reglene om endring av konkurransegrunnlag og kontrakt - et generelt forbud mot vesentlige endringer?.....	158
6.4	Analogisk bruk av regler om endring av anskaffelsen.....	165
6.5	De samme momentene er trukket frem ved vesentlighetsvurderingen.....	168
6.6	Oppsummering.....	171

Kapittel 7

Når er et avvik vesentlig?	173
7.1	Innledning.....	173
7.2	Forholdet til begrepet grunnleggende elementer og lignende i EU-retten ..	175

7.3	Påvirker avviket konkurransen?.....	177
7.3.1	Påvirkning av konkurransen er kjernen i vesentlighetsvurderingen	177
7.3.2	Påvirkning av deltakelsen i konkurransen.....	179
7.3.3	Gir avviket en konkurransefordel?	180
7.4	Overfører avviket risiko til oppdragsgiveren?	182
7.4.1	Risikoforskyvning er vektlagt i både EU-rettslige og norske kilder.....	182
7.4.2	Risikoforskyvning kan medføre konkurransefordeler	184
7.4.3	Et tungtveiende argument for at avvik er vesentlige.....	186
7.5	Hvor stort er avviket?.....	187
7.5.1	Store avvik ligger lenger fra utgangspunktet om at tilbud skal gis på like forutsetninger	187
7.5.2	Hva menes med avvikets størrelse?.....	188
7.6	Medfører avviket tvil om hvordan tilbudet skal rangeres ved tildelingsevalueringen?	191
7.6.1	Forholdet til anskaffelsesforskriften 2006 § 20-13 (1) bokstav f..	191
7.6.2	Når foreligger det tvil om rangeringen?	193
7.6.3	Har oppdragsgiveren avvisningsplikt dersom det foreligger rangeringstvil?	196
7.7	Kan avviket prises?	197
7.7.1	Prising kan eliminere konkurransefordeler og forhindre rangeringstvil	197
7.7.2	Prising av avvik er oppdragsgiverens oppgave.....	199
7.7.3	Har oppdragsgiveren plikt til å forsøke å prise avvik for å unngå avvisning?.....	201
7.7.4	Hvordan skal et avvik prises?	204
7.7.5	Vektlegge avvik ved evalueringen av andre tildelingskriterier? ...	213
7.8	Kan avviket håndteres gjennom endringsarbeider?.....	214
7.9	Hvor viktig er kravet som fravikes?	218
7.10	Gjelder avviket et absolutt krav?	220
7.10.1	Innledning.....	220
7.10.2	Når er et krav absolutt?	222
7.10.2.1	Objektiv tolkning - presumsjon for at krav ikke er absolutte hvis det ikke er eksplisitt angitt?	222
7.10.2.2	Formuleringer som viser at et krav er absolutt	226
7.10.2.3	Andre uttalelser i konkurransegrunlaget kan vise at et krav likevel ikke er absolutt	228
7.10.2.4	Oppsummering.....	230

7.10.3	Innebærer avvik fra absolutte krav alltid avvisningsplikt?	230
7.10.3.1	Problemstilling	230
7.10.3.2	Motstående hensyn	231
7.10.3.3	Praksis etter tidligere regelverk – en konkret vurdering	232
7.10.3.4	Forarbeidenes forslag om endring av praksis – er forslaget fulgt opp?	234
7.10.3.5	Mer bastante formuleringer i EU-retten enn i norsk rett?	237
7.10.3.6	Konklusjon	239
7.10.4	Konkurransen med forhandling – kun avvik fra absolutte krav som er vesentlige?	240
7.10.4.1	Problemstillingen	240
7.10.4.2	En enkel regel som gir stor frihet til oppdragsgivere.....	240
7.10.4.3	En antitese vil bryte med tidligere praksis i norsk rett...	242
7.10.4.4	EU-retten – et ønske om endring?	243
7.10.4.5	Tolkningen ved implementeringen i nasjonal rett	246
7.10.4.6	Konklusjon	247
7.11	Oppsummering	248

DEL IV

RETNING OG AVKLARING	253
-----------------------------------	-----

Kapittel 8

Forhandlingsforbudet og avklaringsadgangen i anbudskonkurranser	255
8.1 Innledning	255
8.2 Utgangspunkt – forhandlingsforbud	257
8.2.1 Et alminnelig anbudsrettslig prinsipp som også gjelder etter EUs regelverk for offentlige anskaffelser	257
8.2.2 Hva menes med vilkåret for handlinger i anskaffelsesforskriften § 23-6 (3)?	259
8.2.2.1 Forhandlingsforbudet forbyr endringer i leverte tilbud ...	259
8.2.2.2 Hva er en endring som omfattes av forhandlingsforbudet?	261
8.2.3 Forhandlingsforbudet gjelder frem til inngåelse av kontrakt	266
8.3 Forhandlingsforbudet avgrenses av avklaringsreglene	266
8.3.1 Forhandlingsforbudet – et enkelt system som gir fordeler til oppdragsgivere og tilbydere	266
8.3.2 Problemene forhandlingsforbudet gir ved mottak av avvikende og uklare tilbud	268

8.3.3	Forhandlingsforbudet avgrenses av reglene om ettersending og avklaring.....	268
8.4	Avklaringsadgangen etter forskriften § 23-5.....	270
8.4.1	Ordlyden er svært vid – det sentrale vilkåret er om ettersending og avklaring medfører en forbedring av tilbudet.....	270
8.4.2	Forskriften § 23-5 er ment å utvide ettersendings- og avklaringsadgangen sammenlignet med tidligere regelverk	272
8.4.3	Anskaffelsesforskriften § 23-5 implementerer anskaffelsesdirektivet artikkel 56 (3).....	273
8.4.4	Tolkningen av anskaffelsesdirektivet artikkel 56 (3) – forholdet til praksis fra EU-domstolen om forhandlingsforbudet og avklaringsadgangen etter tidligere regelverk.....	276
8.4.4.1	Problemstilling	276
8.4.4.2	EU-domstolens uttalelser om ettersendings- og avklaringsadgangen	277
8.4.4.3	Tolkningen av EU-domstolens uttalelser	279
8.4.4.4	Må EU-domstolens uttalelser legges til grunn ved tolkningen av anskaffelsesdirektivet artikkel 56 (3)?	284
8.5	Hvilke kriterier er anvendt ved vurderingen av om en uklarhet kan avklares?.....	286
8.5.1	Innledning.....	286
8.5.2	Foreligger det avvisningsplikt?	287
8.5.2.1	Det foreligger avvik fra anskaffelsesdokumentene	287
8.5.2.2	Uklare tilbud	288
8.5.3	Er én tolkning av tilbudet mer nærliggende enn andre?	292
8.5.4	Foreligger det en åpenbar feil?	295
8.5.4.1	Muligheten til å rette åpenbare feil er fremhevet både i norsk rett og EU-retten.....	295
8.5.4.2	Hva er en åpenbar feil?	296
8.5.4.3	Må det være synlig hvordan feilen skal rettes?	297
8.5.5	Finnes dokumentet eller opplysningene før tilbudsfristen?.....	300
8.5.6	Gjelder avklaringen utdypende opplysninger om den tilbudte ytelsen?.....	302
8.5.7	Har oppdragsgiveren i anskaffelsesdokumentene utelukket ettersending og avklaring?	305
8.6	Oppsummering	307

Kapittel 9

Konkurransen med forhandling – kan tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene rettes?

9.1	Innledning.....	311
9.2	Utgangspunkt – det kan forhandles om alle sider av tilbudene	312
9.2.1	Reglene er de samme som i tidligere regelverk.....	312
9.2.2	Tradisjonell tolkning – oppdragsgivere kan forhandle om tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene.....	313
9.2.3	Reelle forhandlinger og veiledningsplikt.....	315
9.3	Forskriftens regler om fremgangsmåten ved avvisning.....	317
9.3.1	Utgangspunkt – avvisning skal skje så snart som mulig.....	317
9.3.2	Vurderinger som kan utsettes til etter avklaringer og forhandlinger	318
9.4	Tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene	320
9.4.1	Ordlyden og de ulike tolkningsalternativene	320
9.4.2	Større avklaringsadgang i anbudskonkurranser?	322
9.4.3	Endring av rettstilstanden	323
9.4.4	Uklart hvilke krav EU-retten stiller til norsk rett.....	324
9.4.5	Åpner forskriften for retting før forhandlinger?	325
9.5	Åpner EU-retten for at oppdragsgivere kan forhandle bort vesentlige avvik?	329
9.5.1	Anskaffelsesdirektivets regler om gjennomføring av forhandlinger	329
9.5.2	C-561/12 Nordecon.....	331
9.5.2.1	Hva uttalte EU-domstolen?	331
9.5.2.2	Innebærer dommen et forbud mot å benytte forhandlingene til å rette tilbud som avviker vesentlig fra anskaffelsesdokumentene?	333
9.5.3	Bør man tolke prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet slik at vesentlige avvik ikke kan forhandles bort?	336
9.6	Oppsummering	340

DEL V	
OVERPRØVING	343
Kapittel 10	
Rettslig overprøving av om vilkårene for avvisning og avklaring er oppfylt ...	345
10.1 Problemstillingen	345
10.2 Utgangspunkt for vurderingen – en høy terskel for innkjøpsfaglig skjønn?	347
10.3 Tolkningen av vilkårene i anskaffelsesforskriften §§ 23-5 og 24-8 (1) bokstav b og (2) bokstav a	350
10.3.1 Vilrårene er som utgangspunkt ikke mer skjønnsmessige eller faglige enn andre vilkår domstolene prøver fullt ut	350
10.3.2 Overprøving av vilrårene i praksis	351
10.3.3 Vurderingen av om det foreligger avvik kan være underlagt oppdragsgiverens innkjøpsfaglige skjønn.....	353
10.4 Oppsummering	356
DEL VI	
AVSLUTNING	359
Kapittel 11	
Avslutning	361
Kilderegister	365
Forkortelser	365
Lover, forskrifter, traktater og direktiver m.m.	365
Lovforarbeider, offentlige utredninger og rapporter.....	368
Rettspraksis, forvaltningspraksis m.m.	370
Litteratur.....	378
Stikkordregister	387