

Har departementet laget kluss i forhandlingene? (del II)

Ved offentlige anskaffelser kommer det til å bli krevende å forhandle med tilbydere som har vesentlige forbehold i første tilbud. Dette kommer domstolene til å måtte avklare.

Vi stilte på denne plass i mai ifjor spørsmål om Nærings- og fiskeridepartementet har laget kluss i forhandlingene ved innføringen av nytt regelverk om offentlige anskaffelser. Departementet har i ettertid gitt ut veiledningstekst til regelverket, som bekrefter at det nå kan bli krevende å forhandle med tilbydere som har vesentlige forbehold i første tilbud.

Som vi påpekte i vår kronikk er det i teknologianskaffelser relativt vanlig at leverandører av it-løsninger i sitt første tilbud legger inn formuleringer som må bedømmes som vesentlige avvik opp mot konkurransegrunnlaget. Frem til nytt regelverk var imidlertid den rådende oppfatning -og praktisering- at avvisningsplikten først oppstod dersom det ved endelig tilbud forelå vesentlige avvik.

■ ■ EU-domstolen uttrykte imidlertid i Nordecon-saken at oppdragsgiver ikke kan forhandle med tilbydere som har tatt vesentlig forbehold til minstekrav i konkurransegrunnlaget. Avgjørelsen har vært omdiskutert, og rekkevidden av uttalelsen har vært uklar. Dette skyldes hovedsakelig at saken i realiteten omhandlet en situasjon der oppdragsgiver endret et minstekrav i konkurransegrunnlaget i tråd med ett av tilbudene. Dette er en ganske annen situasjon enn der hvor det kun er snakk om å forhandle bort et avvik i et tilbud uten å endre kravet i konkurransegrunnlaget.

Anskaffelsesforskriften gir ikke et klart svar på denne problemstillingen, men det fremkommer at man i alle fall ikke kan vente til «forhandlingene er avsluttet» med å avvise et tilbud med vesentlige avvik. Ordlyden åpner imidlertid, etter vår mening, for at det ikke nødvendigvis er en plikt til å avvise allerede ved mot-



TIL DOMS: Det er uklarheter i det nye reglementet for offentlige anskaffelser. Artikkelforfatterne håper at det snart kommer en sak for domstolene som setter saken på spissen for en avklaring. (Foto: Istockphoto)

takelsen av første tilbud. Man kunne tenke seg at man først fikk anledning til å avklare om tilbyder var villig til å fjerne avviket før man gikk videre i forhandlinger om øvrige elementer. Dette ville etter vår oppfatning vært mest hensiktsmessig

■ ■ Det er etter vår mening uheldig at oppdragsgiver tvinges til å foreta vanskelige avvisningsbeslutninger før forhandlingene starter.

med tanke på formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser og prinsippet om konkurranse.

Departementet har imidlertid i sin veileder til anskaffelsesregelverket gitt klart uttrykk for at det ikke er anledning til å forhandle bort vesentlige avvik i leverandørenes tilbud. I følge departementet innebærer dette i praksis at oppdragsgiveren må avvise tilbud med vesentlige avvik før forhandlingene starter. Muligheten til dialog med leverandøren er etter departementets syn begrenset til den svært snevre ettersendings- og avklaringsadgangen.

■ ■ Argumentasjonen for hvorfor

det nødvendigvis må være slik fremkommer ikke av veilederen. Det er imidlertid nærliggende å anta at departementet tolker ovennevnte avgjørelse fra EU-domstolen slik at det (overhodet) ikke er anledning til å forhandle med tilbydere som har inntatt vesentlige avvik.

I den sammenheng er det interessant å se hvordan enkelte EU-land har tolket domstolens avgjørelse. I Danmark har Konkurrence- og forbrugerstyrelsen uttrykt følgende i sin veileder:

«Ordregiver må gerne indlede forhandlinger med en tilbudsgiver, der har afgivet tilbud med forbehold over for mindstekrav [...]. Forhandlingerne må dog ikke føre til ændringer i mindstekrav, men skal føre til, at tilbudsgiveren i det endelige tilbud har frafaldet ethvert forbehold over for mindstekrav.»

Vi mener danskenes innfallsvinkel til problematikken må være riktig, og rettslig holdbar opp mot EU-retten.

Det er etter vår mening uheldig at oppdragsgiver tvinges til å foreta vanskelige avvisningsbeslutninger før forhandlingene starter. Det kan åpne for unødvendige klageprosesser fra forbigåtte leverandører. Disse vil nå kunne be om innsyn i første tilbud fra vinneren og lete etter avvik for å kreve avvisning av vinner – selv om det endelige tilbudet er uten avvik og utvilsomt best i konkurransen. Det er vanskelig å se noen gode grunner for at rettstilstanden skal være slik. Det ser ut til at domstolene er de som eventuelt må korrigere dette, og vi håper at det ganske snart kommer en sak som setter dette på spissen slik at vi får en avklaring.



Kommentar

■ Torstein Arendt (tv.) og Stian Oddbjørnsen, Kluge Advokatfirma

Arendt og Oddbjørnsen er del av Kluge Advokatfirmas tech-team, som arbeider med blant annet teknologianskaffelser, ikt-rett, IP og personvern.

Anskaffelser: