



KLUGE

Konfliktskapende anskaffelsesregler?

Advokat Gro Amdal

Entreprisedagen i Vest, 12. april 2018



- Trådte i kraft 1. januar 2017
- Implementering av nye EU - direktiver om offentlige anskaffelser
 - Forsyningssektorene (dir. 2014/25), Klassisk sektor (dir. 2014/24), Tjenestekonsesjoner (dir. 2014/23)
- Revisjon av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket
 - Rent «nasjonale» bestemmelser, dvs. som ikke stammer fra EU-direktivene
 - NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser
- Praksis relatert til tidligere gjeldende regelverk fortsatt relevant for en rekke av bestemmelsene

Endringene fra 1. januar 2017

- Forenklingstiltak reduserer tvistepotensialet – relativt sett
 - Enklere og mer fleksibelt regelverk
 - Rettstilstanden klargjort på en rekke punkter
- Eksempler:
 - Ikke lenger krav om lukket og merket tilbud
 - Enklere prosedyrer for visse tjenesteskaffelser
 - Ordningen med egenerklæring ad oppfyllelse av kvalifikasjonskrav
 - Utvidet adgang til å forhandle
 - Utvidet adgang til ettersending av dokumentasjon

Er anskaffelsesregelverket konfliktskapende?

- Anskaffelsesregelverket i seg selv konfliktskapende?

- Oppdragsgivers valg ved anvendelsen av regelverket – konfliktskapende?
 - Anvendelsen av bestemmelsene som gir oppdragsgiver valgfrihet
 - Utformingen av konkurransegrunlaget (tildelingskriterier, kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjonen...)
 - Evalueringen av tilbudene (anvendelsen av muligheten til å avvise.....)

- Leverandørens valg ved utformingen av sitt tilbud – konfliktskapende?
 - Avvik, uklarheter, ufullstendigheter, taktisk prising.....

Regelverkets bestemmelser om avvik –
konfliktskapende?

viser vei

A photograph of a person walking in a hallway. The person is wearing a black outfit and is walking away from the camera. The hallway has a wooden wall on the left side. On the wall, there is a sign that says "viser vei" (shows the way). The background is blurred, showing other parts of the hallway and some lights.

Avvisningsplikten ved vesentlige avvik

- Vesentlige versus ikke–vesentlige avvik
 - Bare avvisningsplikt dersom avviket et vesentlig
 - Ofte vanskelige vurderinger
 - Potensielt konfliktskapende
- Avvik fra minstekrav alltid vesentlig?
 - Ikke avklart - og dermed potensielt konfliktskapende

- Under EØS/nasjonal del:
 - Kan alltid forsøke å forhandle bort vesentlige avvik i tilbud
 - Kun dersom avviket fastholdes, må tilbudet avvises

- Over EØS: Skal alltid avvise tilbud med vesentlige avvik
 - Gjelder dette også for de opprinnelige tilbudene i en konkurranse med forhandling?
 - Uavklart spørsmål – svært uheldig; uholdbar rettstilstand
 - Konfliktskapende?
 - Ja - dersom oppdragsgiver velger å forsøke å forhandle bort det vesentlige avviket

Regelverkets bestemmelser om tildelingskriterier –
konfliktskapende?

viser vei

A photograph of a person walking in a hallway. The person is wearing a black outfit and is walking from right to left. The hallway has a wooden wall on the left side. On the wall, there is a sign that says "viser vei" (shows the way). The background is blurred, showing other people and lights in the distance.

- Det klassiske hjertesukket – pris eneste tildelingskriterium
- Kombinert med taktisk prising
- Medfører ofte tvister om endringer i kontraktperioden
- Men skyldes dette anskaffelsesregelverket som sådan?
 - Alternativer:
 - Kun pris
 - Lavest kostnad, eks. ved beregning av livssyklusomkostninger
 - Beste forhold mellom pris/kostnad og kvalitet
 - Flere kriterier som er knyttet til kontraktens gjenstand
 - Oppdragsgiver fastsetter innbyrdes vekt

**Forbudet mot vesentlige endringer –
konfliktskapende?**

viser vei



Vesentlig endring i kontrakter er ikke tillatt

- En vesentlig endring utgjør en ulovlig direkteanskaffelse
- En endring er ikke vesentlig dersom den er i tråd med en endringsklausul i konkurransegrunnlaget som klart angir hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår
 - **Hva betyr dette for bruken av de norske standardkontraktene?**
- Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse
 - **Men tilfredsstiller NS-enes endringsklausuler klarhetskravet nevnt ovenfor?**
- Dette er potensielt konfliktskapende
- Går under radaren.....?

Vesentlig endring i kontrakter er ikke tillatt

- Forbudet mot vesentlige endringer gjelder også ved utenomrettslige løsninger ved oppståtte tvister
- EU-domstolens sak C-549/14, september 2016
 - Saken gjaldt et tilfelle der det var oppstått en tvist om ansvaret for en oppstått forsinkelse. Partene forhandlet frem en avtale der bl.a. avtalens omfang ble betydelig endret og modifisert.
 - Domstolen slo fast at anskaffelsesregelverket er til hinder for en slik forliksløsning
 - Det hadde ingen betydning at partene ikke hadde omgåelseshensikt, og at formålet utelukkende var å komme frem til en utenrettslig løsning for å unngå tap, og å «bringe en tvist til ophør, hvis utfald er uvist, og som skyldes, at denne kontrakt er blevet nødlidende».
- Må altså tviste i stedet for å forlike.....
- En i forretningspraksis lite velkommen avgjørelse

Erstatningsvilkårene ved brudd på
anskaffelsesregelverket - quo vadis?



- Lov om offentlige anskaffelser § 10: Krav på erstatning ved brudd på regelverket

- De nærmere vilkår fastsatt i rettspraksis
 - Erstatning for fortjenestetapet (positiv kontraktsinteresse)
 - Erstatning for deltakerkostnadene (negativ kontraktsinteresse)

- En oppblomstring av erstatningssaker i Norge de senere år
 - Av samtlige erstatningssaker registrert i Lovdata er ca. 30 % fra de 2-3 siste år

- Stadig utvikling i erstatningsvilkårene

Lavere terskel for ansvar for fortjenestetapet?

- Rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen høsten 2017
- «Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar [...]»
- Norges Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at det må foreligge en vesentlig feil
- Mars 2018: Frostating lagmannsrett konstaterer at EFTA-domstolens avgjørelse «ikke fremstår som klart riktig», og at Høyesteretts lovforståelse derfor fortsatt er riktig
- Ankefristen går ut 16. april 2018

- Norske domstoler har de siste årene tilkjent svært høye erstatningsbeløp (positiv kontraktsinteresse)
- Det høye nivået på erstatningen i seg selv konfliktskapende?
- I fremtiden større fokus på å få feil rettet før kontraktsinngåelse?
- Den alminnelige tapsbegrensningsplikten
 - Plikt til å treffe rimelige tiltak for å avverge tapet eller begrense størrelsen på tapet
 - Grunnlag for å redusere en eventuell erstatning dersom en tilbyder ikke i forkant av kontraktstildelingen har begjært midlertidig forføyning for å få stanset en ulovlig tildeling?
 - Etter norsk rett et åpent spørsmål
 - Kan anføres gode grunner for et slikt prinsipp: Anskaffelsesregelverket er særlig tilrettelagt for at leverandørene skal ha anledning til å få stanset ulovlig kontraktstildeling. Ikke urimelig å forvente at leverandøren gjør bruk av disse



Takk for oppmerksomheten!

Advokat Gro Amdal



KLUGE