

KONKURRANSE MED FORHANDLING

-

TEMA



- Hva er konkurranse med forhandling?
- Ulike former for konkurranse med forhandling
- Rettslige utgangspunkter – foa §§ 11-8 og 20-11
- Når kan man benytte konkurranse med forhandling?
- Hvem skal inviteres til forhandling?
- Praktisk gjennomføring av forhandlingsmøtene
- Hva kan og skal det forhandles om?
- Oppdragsgivers plikter
- Skriftlighetskravet
- Avslutning av konkurranse med forhandling
- Særlig om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring
- Nye regler på vei

HVA ER KONKURRANSE MED FORHANDLING?

Foa kap 4 Definisjoner

§ 4-2 litra d)

I denne forskrift menes med:



konkurranse med forhandling:

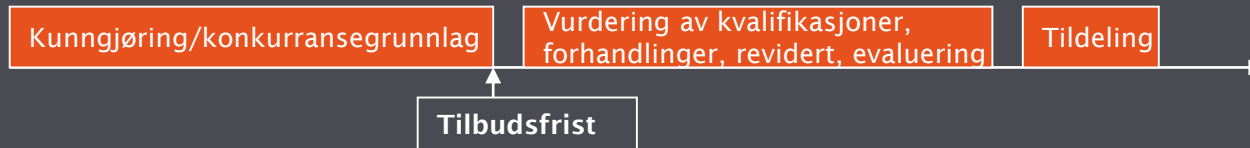
anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver har adgang til å forhandle med en eller flere leverandører

ULIKE FORMER

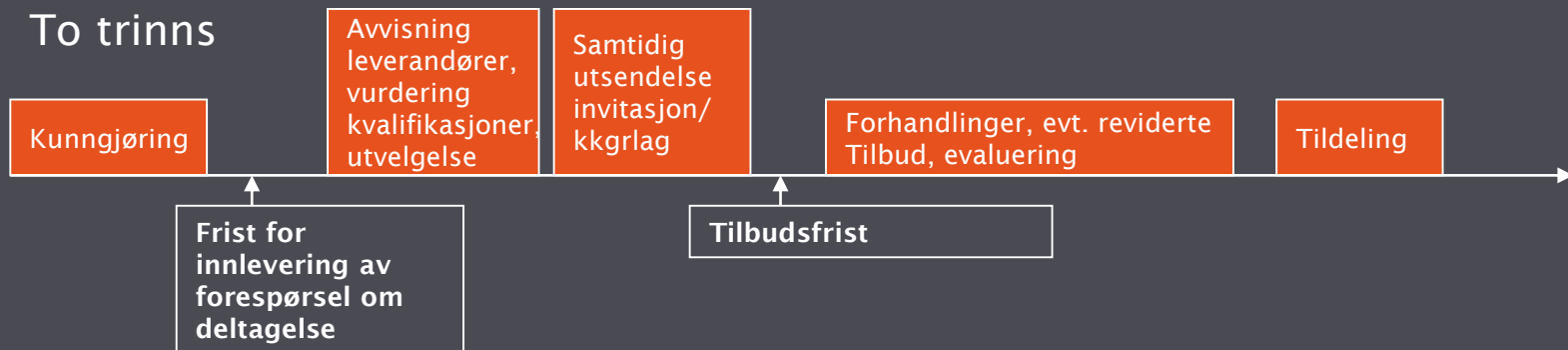
Under EØS-terskelverdi: Enten ett-trinn eller to trinn

Over EØS terskelverdi: Alltid to-trinns med forhandling

Ett trinns



To trinns



RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

FOA DEL II

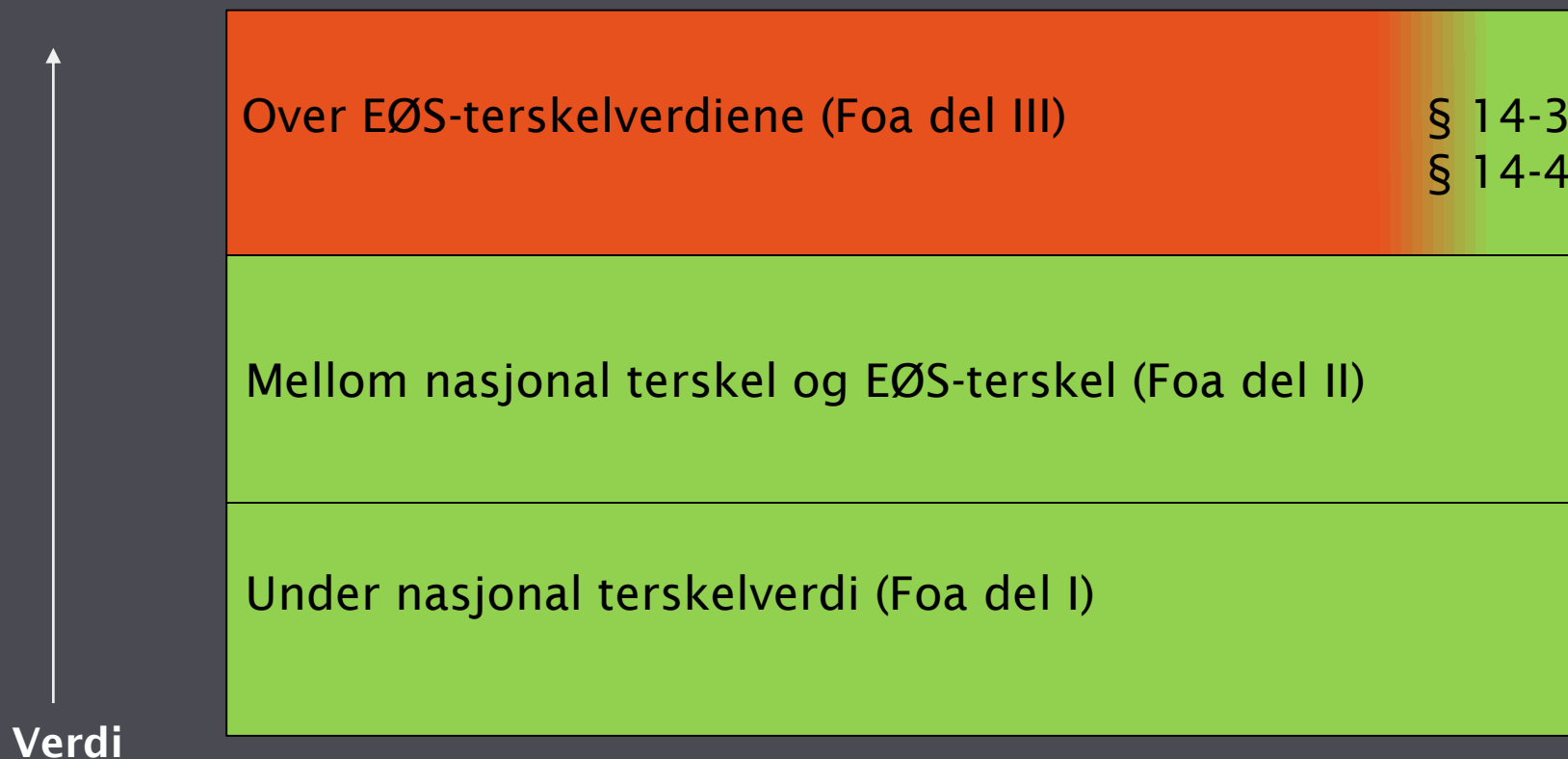
- § 11-8. *Gjennomføring av konkurranse med forhandling*
- (1) Konkurranse med forhandling kan forløpe i flere faser for å redusere det antall tilbud som det skal forhandles om. En eventuell reduksjon skal skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriterier. En første reduksjon kan skje i forkant av forhandlingene. I den avsluttende fase skal det likevel være igjen et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse.
- (2) Det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. Dersom forhandlinger fører til endring av en leverandørs tilbud, skal endringene dokumenteres skriftlig.
- (3) Forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling og god forretningsskikk, samt reglene om taushetsplikt i § 3-6. Oppdragsgiver skal særlig sørge for at det ikke gis opplysninger om innholdet i øvrige deltagers tilbud eller som kan stille noen leverandører bedre enn andre.

RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

FOA DEL III

- § 20-11. *Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring*
- (1) Oppdragsgiver kan bestemme at forhandlingene skal forløpe i flere faser og redusere det antall tilbud som det skal forhandles om. En slik reduksjon skal skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriterier. En første reduksjonen på bakgrunn av tildelingskriteriene kan skje i forkant av forhandlingene. I den avsluttende fase skal det likevel være igjen et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse.
- (2) Dersom oppdragsgiver vil benytte seg av fremgangsmåten etter første ledd for å redusere antall tilbud, skal det opplyses om dette i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (3) Hvis oppdragsgiver ikke har opplyst om fremgangsmåten for reduksjon av antall tilbydere i henhold til første og annet ledd, skal alle leverandører som har gitt gyldig tilbud, gis adgang til å gi et forbedret tilbud før beslutning om tildeling av kontrakt.
- (4) Det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. Dersom forhandlinger fører til endring av en leverandørs tilbud skal endringene dokumenteres skriftlig.
- (5) Forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling og god forretningsskikk, samt reglene om taushetsplikt i § 3-6. Oppdragsgiver skal særlig sørge for at det ikke gis opplysninger om innholdet i øvrige deltageres tilbud eller som kan stille noen leverandører bedre enn andre.

NÅR KAN MAN BENYTTTE? (DAGENS REGLER)



NÅR KAN MAN BENYTTE? (DAGENS REGLER)

Foa § 14-3 (1) litra b-d

- b. i særlige tilfeller hvor vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd,
- c. ved tjenstekontrakter hvor tjenestene som skal leveres er av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner, at valg av det beste tilbudet kan skje etter reglene for åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Dette gjelder særlig tjenesteytelser i vedlegg 5 (prioriterte tjenester) kategori 6 (finansielle tjenester) og intellektuelle tjenesteytelser, som for eksempel tjenesteytelser vedrørende prosjektering av arbeid, eller
- d. ved bygge- og anleggskontrakter hvor arbeidene skal utføres utelukkende til forsknings-, forsøks- eller utviklingsformål, og ikke for å sikre lønnsomhet eller inntjening av forsknings- eller utviklingskostnader.

NÅR KAN MAN BENYTTTE? (DAGENS REGLER)

NB: Generelt skal unntakene tolkes snevert !

KOFA 2008/136 Oslo kommune – Bentzen Transport

- (69) Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2003/184.
- (70) Spørsmålet er om innklagede har sannsynliggjort at avfallsinnsamling er en tjeneste av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner at valg av det beste tilbudet kan skje etter en åpen eller begrenset anbudskonkurranse.
- (71) Av klagenemndas sak 2003/184 følger det at utgangspunktet for vurderingen er hva en normalt dyktig innkjøper, uten spesialkunnskap på området, vil kunne prestere.

HVEM SKAL INVITERES?

- Alle kvalifiserte som har inngitt tilbud eller utvelgelse
- Hvis utvelgelse → hvordan velge?
- Adgang til å "skalle av" i flere faser !
- Krav til antall?
- Meddelelse – begrunnelse – klagefrist?

PRAKTISK GJENNOMFØRING

- Invitasjon og agenda
- Møteform og varighet
- Viktig å ha en individuell plan og klare mål for hvert forhandlingsmøte !

- Eksempel på agenda:
 - Innledning og redegjørelse for hvordan forhandlingen vil bli gjennomført
 - Oppdragsgivers merknader til tilbudet
 - Forhandling
 - Redegjørelse for når og hvordan reviderte tilbud skal inngis i konkurransen
 - Eventuelle andre forhold

HVA SKAL DET FORHANDLES OM?

- Utgangspunktet – ”alle sider av tilbudet”
- Begrensninger
 - Kvalifikasjonskrav
 - Vesentlig endringer – NB ny praksis fra EU-domstolen!

Problemstilling:

Hva har dette å si for utforming av konkurransegrunnlaget?

OPPDRAKSGIVERS PLIKTER

- Reelle forhandlinger
 - Likebehandling
 - Gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet
 - Taushetsplikt
-
- Jfr. § 11-8 (3)

KRAVET OM REELLE FORHANDLINGER

- KOFA 2007/140

- (25) Det følger av kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling må gjennomføre reelle forhandlinger med aktuelle leverandører ...I sak 2005/218 uttalte klagenemnda i premiss (33) at:

”Av forskriften fremgår det at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler, herunder kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk, jf § 16-3 (5) jf § 3-1 (2). I dette ligger det blant annet at tilbyderne som er invitert til forhandling har rett til reelle forhandlinger, hvilket igjen må innebære at oppdragsgiver påpeker forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen. Dette selv om klagenemnda i sak 2003/105 uttalte at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres.”

(26) Det er på det rene, jf møtereferatet av 25. september 2007, at klager fikk mulighet til å presentere tilbudet, samt at innklagede ba om nærmere tilbakemeldinger om den tilbudte ytelsen. Ut over dette har innklagede ikke dokumentert at klager har fått tilbakemeldinger om forhold ved tilbudet som kunne forbedres, og at klager ble gitt en mulighet til å forbedre disse forholdene...

(27) Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved ikke å rettlede klager om de forhold ved tilbudet som kunne forbedres.

SKRIFTLIGHETSKRAVET

Forskriftens krav:

- § 11-8 (2) ”Dersom forhandlinger fører til endring av en leverandørs tilbud, skal endringene dokumenteres skriftlig”
- § 3-1 (7) ”Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet.”

=

- Referat
- Reviderte tilbud

AVSLUTNING AV KONKURRANSEN

- Opprinnelig tilbud uten relevans ved evaluering
- Endelige tilbud legges til grunn
- Alle deltagere skal ha meddelelse om tildeling
- Etter meddelelse – innsynsrett i alle tilbud (også opprinnelige)

SÆRLIG OM KONKURRANSE MED FORHANDLING UTEN FORUTGÅENDE KUNNGJØRING

§ 14-4

Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i følgende tilfeller:

- a) Ukorrekt
- b) Ikke egnet
- c) Bare en
- d) Umulig å overholde frister
- e) FoU
- f) Tilleggsleveranser/Utvidelse hvis uforenelig/uforholdsmessig
- g) Varebørs
- h) Særdeles fordelaktig
- i) Plan og designkonkurranser

RISIKO VED UNNLATT KUNNGJØRING

- Følger ved å gå til konkurranse med forhandling uten kunngjøring etter § 14-4 uten at vilkårene er oppfylt.
- Kan man redusere risiko?

NYE REGLER PÅ VEI I

NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser

Fjerning av forhandlingsforbudet i FOA § 12-1 (1)

- Begrunnelse – ikke stort behov for dette for å unngå at oppdragsgivere kan forskjellsbehandle – kan være stort behov for å forhandle når tilbudene foreligger - Svarene er annerledes enn man forventet
- Flertallet ønsker her en ordning med stor frihet for oppdragsgiver etter at tilbud har kommet inn – mindretallet vil opprettholde adgangen til tradisjonelle anbudskonkurranser

NYE REGLER PÅ VEI II

Nye anskaffelsesdirektiver vedtatt

Utvidet adgang til forhandling også over EØS-terskel

EVALUERING AV TILBUD OG AVSLUTNING

TEMA:



1. EVALUERING AV TILBUD

- Grunnleggende om hva som kan vektlegges
- Vekting
- Poengmodeller

2. NOEN SÆRLIGE PROBLEMSTILLINGER

- Dokumentasjonskrav knyttet til tildelingskriterier
- Oppdragsgivers rett og plikt til å kontrollere opplysninger i tilbudene
- Adgangen til å legge vekt på utprøving og intervjuer ved evalueringen

3. TILDELINGSFASEN

- Meddelelse
- Begrunnelse
- Protokollplikt
- Karenstid
- Annullering
- Vedståelsesfrist
- Innsynsrett og protokollplikt

GRUNNLEGGENDE

- Hva skal vurderes?
- Hva skal legges til grunn
- Vekting
- Vekting i ramme
- Evalueringsmodeller

DOKUMENTASJONSKRAV ?

- FOA?
 - Forsvarlighet
 - Forutberegnelighet
 - Likebehandling
-
- Grunnlag for evalueringen kan sikres på ulike måter
 - Forholdet til presumsjonsprinsippet
 - Beskrivelse i tilbud eller tradisjonelle dokumentasjonskrav.
 - Spesifiserte krav eller åpne?

KONTROLLPLIKT?

Utgangspunkt:

KOFA 2009/270:

- *"Det følger av tidligere klagenemndspraksis, blant annet sak 2006/119 premiss 62 og sak 2008/15 premiss 65, at oppdragsgiver ved tilbudsevaluering og kvalifikasjonsevaluering må kunne legge til grunn de opplysninger som følger av leverandørens tilbud. Det foreligger ikke noen plikt for oppdragsgiver å kontrollere disse opplysningene med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning for kontroll. Dersom leverandøren i ettertid likevel ikke kan oppfylle i samsvar med opplysningene i tilbudet, vil oppdragsgiver være beskyttet av reglene om kontraktsbrudd."*

KONTROLLPLIKT?

Klage kan gi spesiell foranledning

KOFA 2012/62 (112):

«Etter klagenemndas syn fremstod Hepros tilbud klart på tilbudstidspunktet, da det i tilbudet er angitt konkrete mål i centimeter for alle de tre relevante kolonner for setehøyde. Innklagede hadde dermed ingen foranledning til å etterprøve opplysningene i tilbudsskjemaet på tilbudstidspunktet. Spørsmålet blir imidlertid om innklagede hadde foranledning til å undersøke de aktuelle stolars setehøyde, etter at klager for første gang påpekte dette i klage av 28. februar 2012. Innklagede inngikk kontrakt med Hepro 12. mars 2012. Leverandørens mulighet til å påklage en anskaffelse i karensperioden, gir innklagede anledning til å rette opp i feil som lar seg reparere i denne fasen. Feil i tildelingsevalueringen er typisk slike feil. Etter klagenemndas syn burde innklagede i foreliggende anskaffelse undersøkt setehøydene til Hepros stoler ytterligere etter klagers påpekning. Dette spesielt når evalueringen bare baserte seg på mål oppgitt i Hepros tilbud, og det antas å være en enkel øvelse å kontrollsjekke disse opp mot eventuelle brukerveiledninger på stolene, servicemanualer eller lignende. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt loven § 5, ved å ikke etterprøve de aktuelle opplysningene etter brevet fra klager av 28. februar 2012.»

ANTISIPERT MISLIGHOLD?

Teori:

«Foreligger det antesipert mislighold tilsier reelle hensyn at oppdragsgiver i alle fall skal ha rett til å avvise leverandøren dersom oppdragsgiver i henhold til den kontraktsrettslige læren om antesipert mislighold hadde hatt rett til å heve kontrakten». En avtale kan ikke heves på grunn av antesipert mislighold med mindre det er «klart» at avtalen vil bli misligholdt jf. For så vidt formuleringen i kjøpsloven §62. Misligholdet må videre være vesentlig. Dersom disse vilkårene er oppfylt, er det rimelig at oppdragsgiver allerede før kontraktsinngåelse kan avvise tilbudet. En slik avvisningsrett må kunne forankres i kravet til likebehandling i anskaffelseslovens § 5.»

FORPLIKTELSESERKLÆRING?

Problemstillingen – må tilbyder dokumentere rådighet?

KOFA 2012/248 (49)

«(49)Regelverket inneholder ikke noe eksplisitt krav om at det er nødvendig med forpliktelseserklæring for å dokumentere det som er tilbudt, herunder arbeid som skal utføres av andre enn tilbyder selv. EU-domstolen har også i sak C-95/10 (Strong Seguranca) avvist at artikkel 47 (2), som forskriften § 17-9 (2) gjennomfører, kan anvendes analogisk på uprioriterte tjenester. Dette viser at det må utvises forsiktighet med å anvende regelverkets bestemmelser analogisk.

(50) Dette, sett i sammenheng med klagenemndas sikre praksis når det gjelder tilbudsevaluering og lagmannsrettens uttalelse i ovennevnte avgjørelse innebærer at det ikke er grunn til å anvende forskriften § 17-9 (2) analogisk, slik klager hevder. Når så er tilfellet, stod innklagede i tildelingsevalueringen fritt til å legge vekt på de opplysninger valgte leverandør hadde gitt om de underleverandører denne ville benytte ved utførelsen av kontrakten for innklagede. Klager har ikke anført at valgte leverandør sitt tilbud avvek kravspesifikasjonen på andre grunnlag. Klagers anførsel fører ikke frem.»

GRUNNLAG FOR EVALUERING?

- Dokumentasjon
- Egenerklæringer
- Vareprøver
- Utprøving
- Intervju?

GRUNNLAG FOR EVALUERING?

KOFA 2013/103

* Konsulentteneste

- Tildelingskriterium: *Beskrivelse av ytelsen/helhetsinntrykk på møtet*"
- (30) Ut fra konkurransegrunnlaget, skulle evalueringen av tildelingskriteriet "*Beskrivelse av ytelsen/helhetsinntrykk på møtet*" være basert på møte med de tilbudte konsulentene. Det utledes av kriteriet at konsulentene under møtet skulle utdype beskrivelsen i tilbudet av hvordan oppdraget var tenkt utført. Presentasjonen av hvordan oppdraget var tenkt utført skulle evalueres, i tillegg innklagedes "*totalinntrykk*" av konsulentene. For sistnevnte ville evne til fremstilling og kommunikasjon bli vektlagt. Ordlyden stengte ikke for å ta i betraktning andre moment ved totalinntrykket, som for eksempel faglig kompetanse.

GRUNNLAG FOR EVALUERING?

Konklusjon i saken:

«Stortingets Administrasjon har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5, ved ikke å dokumentere innholdet av møter med leverandørene i tilstrekkelig grad»

GRUNNLAG FOR EVALUERING?

Oppsummering ved bruk av intervju:

- Kan ikke forhandles ved anbudskonkurranse
- Intervju kan imidlertid utgjøre grunnlag for evalueringen av tilbudet
- Gjennomføringen må være i tråd med grunnleggende krav