

NOTAT

OSLO, 1. OKTOBER 2009

ANSVARLIG ADVOKAT:
DRAGSTEN MARIANNE H.TIL:
AON GRIEG AS

FOR:

FRA:
MARIANNE H. DRAGSTENVÅR REF.:
1291896/1**VURDERING AV AVVISNINGSSPØRSMÅL**

Undertegnede er bedt om å komme med kommentarer til brev fra KLP datert 28. september 2009. I brevet fremsettes krav om at eventuelle innleverte tilbud som ikke oppfyller kravene i Hovedtariffavtalen og TPO-vedtektenes krav til forsikringsmessig dekning av pensjonsrettighetene, skal avvises før det gis anledning til å endre tilbudene gjennom forhandlinger.

Jeg mener det ikke er rettslig grunnlag for å statuere avvisningsplikt i disse tilfellene og muligens heller ingen avvisningsrett..

Konkurransen om tjenstepensjon gjennomføres som en konkurranse med forhandling. I disse tilfellene foreligger det ikke avvisningsplikt i forhold til tilbud som ikke oppfyller alle konkurransegrunnlagets krav etter første innlevering og i forhandlingsfasen. Avvisningsplikten inntreffer først når endelig tilbud er levert og tilbudet eventuelt da ikke er i samsvar med kravene satt i konkurransegrunnlaget på en slik måte at avvisningsplikt foreligger.

KLP viser til at anskaffelsesforskriften § 20-15(1) innebærer at oppdragsgiver snarest mulig må ta stilling til avvisningsspørsmålet. Denne bestemmelsen regulerer situasjonen når tilbudet er slik at det ikke lenger kan endres eller at oppdragsgiver er i en situasjon hvor han kan foreta en avvisning og vurderer å gjøre det. Bestemmelsen får ikke anvendelse på tilbud som innleveres i en forhandlingsfase hvor leverandørene har mulighet til å endre innholdet av tilbudene i henhold til regelverket.

Når Aon Grieg AS (Aon) har varslet tilbyderne om at Aon ikke vil anbefale at tilbud som inneholder et større fradrag enn 0,75 G aksepteres og at kun tilbud med veiet snitt i forhold til særtillegget vil bli akseptert, fremstår dette som en veiledning til tilbyderne i forhandlingsfasen og ikke uttrykk for at det er gjort en vurdering eller en beslutning om avvisning av de allerede innkommende tilbudene. Bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 20-15(1) får dermed ikke anvendelse på situasjonen.

I forhold til EU-direktivene er både teori og praksis samstemt med hensyn til at plikten til å avvise et tilbud, først inntreer når endelig tilbud i en konkurranse med forhandling er inngitt. Det vises til at professor Sue Arrowsmith i sin bok *The Law of public and utilities procurement* angir:

“The possibility for permitting amendments to bring tenders into compliance
It also seems that in a negotiated procedure a procuring entity could allow a provider who submits a substantially non-compliant bid to adjust that bid to bring it into compliance. [...] However, even if an entity cannot permit such amendments in open or restricted procedures, this is possibly permitted in a negotiated procedure, because of the general definition of a negotiated procedure as one involving negotiations.” (s. 599)

Arrowsmith mener altså at det er adgang til å la tilbyderne gjennom forhandlingene endre tilbudene slik at de kommer i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget.

Videre vises det til EF-domstolens første instans sak T-40/01 (Scan) hvor det ble påstått at en tilbyder skulle ha vært avvist etter at den første gjennomgangen av tilbudene viste at tilbudet ikke oppfylte konkurransegrunnlagets krav. Retten uttaler i premiss 36 – 38 (dansk oversettelse):

”Retten bemærker hertil, at det er korrekt, at i henhold til de tekniske bedømmelsesformularer fra tre af de fem bedømmere, nemlig Ackermans, Reynen og Gasparini, overholdt alene de kontorer, som var udstillet af Frezza og sagsøgeren, udbudsbetingelserne, eftersom de øvrige bydendes kontorer blev tildelt karakteren 0 med angivelse af, at de ”ikke opfyldte udbudsbetingelserne”.

Det bemærkes imidlertid, at klagepunktet, hvorefter Kommissionen allerede ved den første gennemgang af de udstillede kontorer burde have udelukket visse af de 16 udstillede kontorer, er irrelevant. Resultaterne af en indledende gennemgang er efter deres karakter foreløbige og kan ændres under procedurens senere faser.

Det må efterprøves, om udbudsproceduren i dens helhed er blevet korrekt gennemført, og især, om det efter dens afslutning har været muligt at udelukke bud, der ikke opfyldte kravene, og antage et bud, der i givet fald opfyldte udbudsbetingelserne. Den omstændighed, at intet bud ved en indledende gennemgang - med rette eller urette - er blevet udelukket, fordi det ikke opfyldte udbudsbetingelserne, er derfor uden betydning i denne sag, selv om visse bedømmere senere fastslog, at intet bud, bortset fra Frezzas og sagsøgerens, opfyldte udbudsbetingelserne.” (vår understrekning)

Retten viser altså her til at det er irrelevant at tilbudene ikke oppfylte kravene i første omgang, men at det avgjørende var at de endelige tilbudene oppfylte kravene.

Det norske regelverket er en innføring av EU-direktivene i norsk rett. Det foreligger ingen holdepunkter for at reglene på dette området skal forstås strengere enn etter EU-retten. Saken fra EF-domstolen er klart overførbar til konkurransen om tjenstepensjon og viser tydelig at det ikke er krav om å avvise leverandører som i første omgang ikke oppfyller alle kravene satt i konkurransegrunnlaget, så lenge disse er oppfylt når endelig tilbud er inngitt. Det er derfor ikke holdepunkter for KLPs anførsel om at det vil være et brudd på kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 5 om det skulle være tilbydere som ikke har oppfylt kravene i konkurransegrunnlaget i første omgang, som får anledning til å endre tilbudene slik at de blir i samsvar med regelverket.

For ordens skyld bemerkes også at anskaffelsesforskriften § 20-11(3) ikke er hjemmel for avvisning på et tidlig stadium i en konkurranse med forhandling i vårt tilfelle. Denne bestemmelsen gir anvisning på at det kun skal forhandles med "gyldige tilbud". "Ikke gyldige tilbud" er typisk tilbud som er levert for sent, eller som ikke er levert i samsvar med kravene til tilbudets utforming, dvs. feil som ikke kan rettes på gjennom forhandlingene.

Det kan også stilles spørsmål ved om det i det hele tatt foreligger en rett til å avvise. Dette er en sammensatt vurdering, men særlig det forhold at samtlige leverandører har deltatt i forhandlingsfasen uten at avvisningsspørsmålet er reist fra oppdragsgivers side, medfører sannsynligvis at det er for sent å påberope seg en eventuell avvisningsrett. Hvorvidt det i det hele tatt har foreligget en avvisningsrett, er heller ikke nødvendigvis opplagt, men dette har jeg ikke forutsetninger for å vurdere med den kjennskap jeg har til saken i dag.


Marianne H. Dragsten
advokat