



BERGEN KOMMUNE

OFFENTLIGE ANSKAFFELSER:

«HVA KAN MAN FORHANDLE OM?»

INNLEGG PÅ RAMMEVILKÅRSKONFERANSEN DIHVA IKS/DISFVA 16.03.2018

Uwe Matthäus, Innkjøp konsern

KOMPETENT | ÅPEN | PÅLITELIG | SAMFUNNSENKASJERT

Hva er spesielt med forhandlinger i forsyningssektoren?

Anskaffelsesforskriften (FOA), del III (over EØS-terskelverdi)

§ 13-1. Tillatte anskaffelsesprosedyrer

- (1) Oppdragsgiveren kan alltid bruke åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse.
- (2) Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog bare når vilkårene i § 13-2 er oppfylt.

Forsyningsforskriften (FF), del II (over EØS-terskelverdi)

§ 9-1. Tillatte anskaffelsesprosedyrer

- (1) Oppdragsgiveren kan alltid bruke åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller konkurransepreget dialog.

FOA § 13-2. Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog

Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog dersom

- a) oppdragsgiverens behov ikke kan oppfylles uten at det foretas tilpasninger i allerede tilgjengelige løsninger;
- b) anskaffelsen inkluderer design eller innovative løsninger;
- c) anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig å forhandle;
- d) oppdragsgiveren ikke kan utforme kravspesifikasjonene tilstrekkelig presist ved henvisning til en standard, europeisk teknisk bedømmelse, felles teknisk spesifikasjon eller teknisk referanse;
- e) oppdragsgiveren i en forutgående åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud. Et uakseptabelt tilbud er et tilbud som oppdragsgiveren ikke kan akseptere fordi det inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige, ikke er levert innen tilbudsfristen, er levert av en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, er unormalt lavt, ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5, overstiger oppdragsgiverens budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen, det foreligger bevis for ulovlig tilbudssamarbeid eller korrupsjon, eller det foreligger lignende forhold.

Konkret vurdering om vilkår er oppfylt!

Forenklingsutvalget:
«...slike prosedyrer vil kunne anvendes ved langt de fleste anskaffelser som ikke gjelder ordinære hyllevarer».



Les mer i [Veileder til reglene om offentlige anskaffelser!](#)

Kan jeg forhandle under EØS-terskelverdi?

Anskaffelsesforskriften (FOA), del I og II (under 1,75 / 44 mill)

- Ingen spesiell prosedyre. Grunnleggende prinsipper og bestemmelser i FOA kap. 7 må følges.
 - Dokumentasjon
 - Skatteattest
 - Offentlighet, taushetsplikt, habilitet
 - Fristberegning; Språkkrav
- Del II: Åpen eller begrenset tilbudskonkurranse, FOA § 8-3



Forsyningsforskriften (FF), del I (under 3,5 / 44 mill)

- Ingen spesiell prosedyre. Grunnleggende prinsipper og bestemmelser i FOA kap. 7 må følges.
 - Dokumentasjon
 - Skatteattest
 - Offentlighet, taushetsplikt, habilitet
 - Fristberegning; Språkkrav



Hva vil jeg oppnå med forhandlinger?

- Skarpere konkurranse på ...
 - Pris (lavere)
 - Kvalitet (høyere)
 - Leveringstid (kortere)
 - Miljøvennlighet (bedre)
 - Andre tildelingskriterier
- Styre unna forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser
 - Sikre at tilbud ikke må avvises, men i en viss grad kan «korrigeres» under forhandlinger
- Sikre at tilbyder forstår oppdragsgivers krav, utfordringer, problemer
- Få et umiddelbart inntrykk av tilbyder og tilbud enn det som fremgår av dokumenter (kan ikke brukes i evalueringen!)



Rettesnor for forhandlinger: Grunnleggende anskaffelsesprinsipper, LOA § 4

- Likebehandling
 - Forutberegnelighet
 - Etterprøvbarhet
 - Forholdsmessighet
-
- I tillegg: Etikk; god forretningsskikk



Konkurranse med forhandling over EØS-terskelverdi er en to-trinns-prosess

- FF § 19-7 (1)/FOA § 23-7 (1): *«I en konkurranse med forhandling etter en forutgående kunngjøring kan alle interesserte leverandører levere forespørsel om å delta i konkurransen. Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiveren, kan gi tilbud.»*



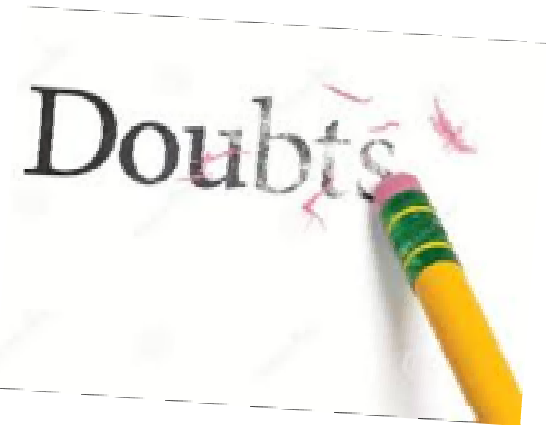
Forberedelse til forhandlinger

- Innhente informasjon om selskapet og personer som møter til forhandlinger
- Utpeke forhandlingsleder og sekretær
- Være godt kjent med konkurransegrunnlag, og spesielt med absolutte krav og tildelingskriteriene
- Være godt kjent med tilbudene
- Ha foretatt en grundig foreløpig evaluering av tilbudene på grunnlag av tildelingskriteriene (bruk evalueringsmatrise!)
- Velge forhandlingsmåte for hver forhandlingsrunde:
 - Forhandlingsmøte
 - Skype
 - Telefon
 - E-post (OBS: Ikke ukryptert – bruk konkurransegjennomføringsverktøy)
- Praktiske gjøremål: Reservere rom, ordne med mat, ...



Avklaringer versus forhandler

- Rekkefølge: Først avklaringer, så forhandlinger!
 - Rydde bort tvil og uklarheter
 - Formål: Sørge for sammenliknbare tilbud
 - Det kan være behov for avklaringer også i reviderte tilbud
- Identifisere uklarheter i tilbudet
 - Forhold som gjør at tilbudet ikke er sammenliknbart med andre tilbud
 - Uklare beskrivelser og besvarelser
 - Beskrivelser som gjør det usikkert om oppdragsgivers krav blir innfridd
 - Manglende eller utdatert dokumentasjon
 - Feil i tilbudet
 - OBS: Avklaring skal ikke medføre at tilbudet forbedres! - FF § 19-5 (2); FOA § 23-5 (2)
- Innhente manglende dokumentasjon og opplysninger
 - Regjeringens veileder til FOA § 23-5 konkretiserer hva som kan innhentes og avklares
 - (Se også KOFA 2017-139 premiss 21 - 29 som kritiserer forskriftenes formulering om forbedring av tilbud)



Vesentlige forbehold kan ikke avklares

- KOFA 2013/8, premiss 37 (i en sak om forbehold knyttet til betalingsbetingelser):

- «Ved vurderingen av om et forbehold er vesentlig vil det blant annet måtte legges vekt på

- karakteren av kontraktsvilkåret det tas forbehold mot,
- betydningen for oppdragsgiver,
- betydningen i relasjon til konkurrenter, herunder risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, og
- i hvilken grad forbeholdet kan prissettes,

jf. blant annet sak 2011/193 premiss (32) med videre henvisninger. Avgjørelsen av om et forbehold er vesentlig eller ikke, er rettsanvendelsesskjønn som beror på en objektiv norm, og som kan prøves fullt ut, jf. Agder lagmannsretts dom inntatt i LA-2011-100800.»



Plikt til å avklare?

- Generelt har oppdragsgiver ikke plikt til å avklare
 - Tilbyder har risikoen for uklarheter i tilbudet, jfr FF § 19-3 (2)
 - Men det kan være i oppdragsgivers interesse å avklare
- Plikt til å avklare når konkurransedokumentene inneholder uklarheter eller er mangelfulle (jfr KOFA 2009/9) >> oppdragsgivers feil!
- Plikt til å avklare tilsvarende uklarhet hos flere tilbydere (likebehandlingsprinsipp)
- Avklaringer må dokumenteres skriftlig



Kom til poenget! Hva kan man forhandle om?

Dette kan man **ikke** forhandle om:

- Absolutte minstekrav som fremgår av konkurransedokumentene
 - Eks: Risiko for grunnforhold i entrepriseanskaffelser
- Kvalifikasjonskrav og deres oppfyllelse
- «Bør-krav»
- Tildelingskriterier og vekting av disse
- Tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjon eller kontraktsvilkår (jfr. EU-domstolens sak C 561/12 [Nordecon])
 - Eks: Forbehold mot kontraktsvilkår som forskyver risikoen
 - Eks: Senere start-/leveringsdato

Dette kan man forhandle om:

- «Alle sider ved tilbudet», jf FOA §§ 9-3 (1) og 23-7 (2) og FF 19-7 (2)

Vesentlige endringer i kontrakten – FF § 24-2

En endring er ikke tillatt etter § 24-1 første ledd bokstav f dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. En endring er alltid vesentlig dersom den

a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,

b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,

c) utvider kontraktens omfang betydelig eller

d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 24-1 første ledd bokstav e.

Typiske forhandlingstema

- Hvor kan tilbudene forbedres?
- Hvilke forbedringer er viktigst for deg som oppdragsgiver
- *Tips: Hold deg til tildelingskriteriene!*

- ✓ *Pris*
- ✓ *Leveringstid*
- ✓ *Kvalitet*
- ✓ *Miljøvennlighet*
- ✓ *...*

«Reelle forhandlinger» og veiledningsplikt

- Veiledningsplikt: Oppdragsgiveren skal gjøre tilbyderne kjent med forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen (bl.a. KOFA 2010/219).
 - Konkret tilbakemelding: Sterke og svake sider ved tilbudet
 - Ikke alle sider ved tilbudet som kan forbedres må tas opp, men vesentlige
- Veiledningsplikten kan rekke lenger når det er jevn konkurranse og lite som skiller tilbyderne.
- Veiledningsplikten skjerpes ikke etter hvert som forhandlingene skrider frem.



Veiledningsplikt – eksempel

- Tildelingskriterier:
 - Pris (vektet 30%)
 - Kvalitet (vektet 40%)
 - Funksjonalitet (ikke vektet)
 - Driftsstabilitet (ikke vektet)
 - Design (ikke vektet)
 - Miljøvennlighet (vektet 30%)
- Under forhandlingene ser du behov for å legge særlig vekt på driftsstabilitet. Dette må opplyses under forhandlingene.
- Pass imidlertid på at en slik endring i vektleggingen av underkriteriene
 - ikke innebærer en endring av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget
 - ikke inneholder informasjon som ville kunne påvirket utformingen av tilbudene dersom de var kjent ved tilbudsinnleveringen
 - ikke innebærer en vektlegging av forhold som kan virke diskriminerende overfor en leverandør

Eksempelet er hentet fra Difis «Gjennomføring av forhandlinger – praktisk veileder»

Hva med ESPD og kvalifikasjonsdokumentasjon?

- Forsyningsforskriften krever ikke at man stiller kvalifikasjonskrav – FF § 12-1 (2) – «kan»-bestemmelse
 - FF § 12-1 (1): «Oppdragsgiver kan fastsette objektive regler og kriterier for kvalifisering av leverandørene. Reglene og kriteriene skal gjøres tilgjengelige for alle interesserte leverandører.»
- Hvis man stiller kvalifikasjonskrav gjelder FOA §§ 16-2 – 16-6 og 17-1. Sistnevnte inneholder bestemmelsene om ESPD.
 - ESPD-skjema skal benyttes.
- Utfylt ESPD-skjemaet inneholder foreløpig dokumentasjon (egenerklæring) om
 - ... det foreligger avvisningsgrunner
 - oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- Endelig dokumentasjon skal innhentes før tildeling av kontrakt.
- I to-trinns-prosesser må endelig dokumentasjon innhentes før forhandlingene kan starte.
- I praksis: Man krever både ESPD-skjema og endelig dokumentasjon samtidig.



Forhandlinger er tid-, ressurs- og kompetansekreven

- Sette sammen forhandlingsteam
- Lage forhandlingsstrategi
- Lage forhandlingstaktikk og plan for forhandlingene
- Praktiske gjøremål: Reservere rom, ordne med mat, ...
- Dokumentere forhandlingsforløp og -resultat
- Evt. foreta en avklaringsrunde før man forhandler om innholdet i tilbudene
 - Tvil ved tilbudene? Uklarheter? Uoverenstemmelser? Mangler? Feil?
 - Gjøre tilbudene innbyrdes sammenliknbare
 - Gjøre oppmerksom på mulige konsekvenser av eventuelle forbehold
- Lese og evaluere første tilbud
- Velge forhandlingsmåte for hver forhandlingsrunde:
 - Forhandlingsmøte
 - Skype
 - Telefon
 - E-post (OBS: Ikke ukryptert – bruk konkurransegjennomføringsverktøy)
- Gi gode tilbakemeldinger på tilbudene
 - Gjøre tilbyderne kjent med forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i tildelingsevalueringen
 - Foreløpig evalueringresultat uttrykt i generelle termer; sterke og svake sider
 - De vesentligste forhold må tas opp
 - Påpeke hva som kan forbedres, og hvilke forbedringer som er viktigst (veiledningsplikt)
 - Ivareta taushetsplikt
- Evt. reduksjon av tilbud under forhandlingene
- Sette nye tilbudsfrister
- Lese og evaluere reviderte/endelige tilbud; sluttevaluering
- Evaluering av forhandlingsprosessen etter dens slutt; notér læringspunkt



BERGEN
KOMMUNE



Flere former for dialog med leverandører

- Forut for konkurransen:
 - Markedsundersøkelser – FF § 8-1 (1)
 - Mulighet til å motta råd fra leverandører og andre markedsaktører – FF § 8-1 (2)
- Andre former for dialog:
 - aktivt gå ut å søke råd i markedet hos leverandører, bransjer, rådgivere, andre virksomheter, uavhengige eksperter, forskningsmiljøer eller andre markedsaktører
 - motta råd uoppfordret fra leverandører, bransjer, rådgivere
 - delta på messer og andre steder fagmiljøer møtes
 - bruke innleide konsulenter i planleggingsfasen av en anskaffelse
 - informere om kommende anskaffelser og behov
 - invitere til møter og konferanser
 - be om å få tilsendt skriftlig informasjon fra leverandørene
 - legge hele eller deler av konkurransegrunnlaget, kravspesifikasjonen og kontraktsvilkår ut på «høring» til leverandørene
- Vær oppmerksom på reglene om urimelig konkurransefordel – FF § 8-2
 - Egnete tiltak for å avhjelpe konkurransefordeler:
 - Foreta selvstendige vurderinger av råd som man har mottatt
 - Gi opplysningene som representerer konkurransefordelen (likebehandling)
 - Gi tilstrekkelig tid
 - Bruk åpne spesifikasjoner
 - Ikke bruk «oppgaveforståelse» eller tilsvarende som tildelingskriterium



Fellesregler for forhandlinger og dialog – FF § 19-11

- Likebehandling; ikke-diskriminering
 - Ikke gi leverandører en fordel fremfor andre
- Taushetsplikt: Verne om fortrolige opplysninger en leverandør har gitt
 - Unntak: Samtykke
- På forespørsel: Skriftlig meddelelse om gjennomføringen av forhandlingene/dialogen



Nyttige kilder:

- Difis veileder [«Gjennomføring av forhandlinger»](#)
- Regjeringens [«Veileder til reglene om offentlige anskaffelser»](#)
- www.anskaffelser.no



Takk for oppmerksomheten!



Bergen kommune | Innkjøp konsern

Uwe Matthäus, spesialrådgiver

uwe.matthaus@bergen.kommune.no

Tlf.: 55 56 63 88

