

Hvilken undersøkelsesplikt har oppdragsgiver i anbudskonkurranser?

Grensen mellom å kunne stole på tilbudene og måtte foreta egne undersøkelser

Kandidatnummer: 61

Antall ord: 14153



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Innleveringsfrist: 10.05.2023

Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 3 |
| 1.1 | Tema og problemstilling | 3 |
| 1.2 | Aktualitet..... | 4 |
| 1.3 | Avgrensninger..... | 5 |
| 1.4 | Metode og rettskildebildet | 6 |
| 1.5 | Betydningen av de grunnleggende prinsippene for undersøkelsesplikten | 8 |
| 1.6 | Oppgavens utforming..... | 9 |
| 2 | HVA UTGJØR DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR UNDERSØKELSESPLIKTE I NORSK RETT? | 9 |
| 2.1 | EU- og EØS-retten som utgangspunkt for det norske anskaffelsesregelverket | 9 |
| 2.2 | Regulering av undersøkelsesplikten i EU-retten..... | 10 |
| 2.3 | Regulering av undersøkelsesplikten tilknyttet tildelingskriteriene i norsk rett..... | 11 |
| 2.3.1 | Alternative rettslige grunnlag for oppdragsgivers plikter..... | 11 |
| 2.3.2 | Er undersøkelsesplikten regulert i anskaffelsesforskriften? | 11 |
| 2.3.3 | Kan undersøkelsesplikten utledes av de grunnleggende prinsippene?..... | 14 |
| 2.4 | Manglende regulering av undersøkelsesplikt ved kvalifikasjonskrav?..... | 15 |
| 3 | NØDVENDIGHETEN AV EN UNDERSØKELSESPLIKT | 18 |
| 3.1 | Introduksjon | 18 |
| 3.2 | Anskaffelsesrettens overordnede formål som utgangspunkt | 18 |
| 3.3 | Målet om å identifisere det beste tilbudet | 19 |
| 3.4 | Sammenhengen til reglene om dokumentasjonskravenes utforming..... | 20 |
| 3.5 | Forholdet til oppdragsgivers regulering av misligholdsanksjoner | 21 |
| 4 | NÅR INNTREER OPPDRAGSGIVERS UNDERSØKELSESPLIKT I NORSK RETT? | 22 |
| 4.1 | Det rettslige utgangspunktet..... | 22 |
| 4.2 | Hvor stor grad av tvil må foreligge? | 23 |
| 4.3 | Hvilke forhold kan aktualisere undersøkelsesplikten tilknyttet evalueringen av tildelingskriteriene i norsk rett? | 25 |
| 4.3.1 | Behovet for retningslinjer | 25 |
| 4.3.2 | Betydningen av konkurransegrunnlagets utforming og øvrige krav | 25 |
| 4.3.3 | Betydningen av innholdet i andre innkomne tilbud..... | 27 |
| 4.3.4 | Etterfølgende klage eller innvending fra annen tilbyder | 28 |
| 4.3.5 | Forhold ved oppdragsgiver | 29 |
| 4.3.6 | Samlede betraktninger om når undersøkelsesplikten inntreer..... | 30 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4.4 | Er det noen forskjeller ved vurderingen av kvalifikasjonskrav?..... | 31 |
| 4.5 | Må undersøkelsesadgangen fremgå av konkurransegrunnlaget?..... | 32 |
| 5 | HVORDAN GJENNOMFØRE EN UNDERSØKELSE ETTER NORSK RETT? | 33 |
| 5.1 | Introduksjon | 33 |
| 5.2 | Hvilke begrensninger setter de grunnleggende prinsippene for gjennomføring av undersøkelsen? | 34 |
| 5.2.1 | Etterprøvbarhetsprinsippet..... | 34 |
| 5.2.2 | Forholdsmessighetsprinsippet | 35 |
| 5.2.3 | Likebehandlingsprinsippet og forhandlingsforbudet..... | 36 |
| 5.3 | Nærmere om undersøkelsen ved evaluering av tildelingskriteriene | 38 |
| 5.4 | Gjennomføringen ved vurderingen av kvalifikasjonskravene | 39 |
| 5.4.1 | Der det kun er bedt om foreløpig dokumentasjonskrav ved ESPD | 39 |
| 5.4.2 | Der oppdragsgiver har stilt øvrige dokumentasjonskrav | 40 |
| 5.5 | Betydningen av oppdragsgivers sanksjonsmuligheter | 42 |
| 6 | BURDE REGLENE OM UNDERSØKELSESPLIKT TYDELIGGJØRES? | 43 |
| 7 | LITTERATURLISTE | 46 |
| 7.1 | Norsk lov og forskrift..... | 46 |
| 7.2 | Direktiv og andre internasjonale rettskilder..... | 46 |
| 7.3 | Forarbeider | 46 |
| 7.4 | Rettspraksis | 46 |
| 7.4.1 | EU-domstolen | 46 |
| 7.4.2 | EFTA-domstolen | 47 |
| 7.4.3 | Avgjørelser fra norske domstoler | 47 |
| 7.5 | Klagenemndpraksis | 47 |
| 7.5.1 | Praksis fra Klagenemnda for Offentlig Anskaffelser (KOFA)..... | 47 |
| 7.5.2 | Praksis fra Klagenævnet for Udbud, Danmark..... | 48 |
| 7.6 | Litteratur..... | 48 |
| 7.7 | Andre kilder | 49 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne oppgaven handler om hvilken undersøkelsesplikt en oppdragsgiver¹ har i anbudskonkurranser². Det har i praksis blitt lagt til grunn at oppdragsgiver må undersøke³ opplysningene som fremgår av tilbudene⁴ dersom det foreligger «spesiell foranledning for kontroll».⁵ Dette legger opp til en skjønnsmessig vurdering som muliggjør store variasjoner i etterlevelsen, noe som kan medføre at leverandører⁶ blir ulikt behandlet. Formålet med oppgaven er å analysere innholdet og omfanget av oppdragsgivers undersøkelsesplikt i norsk rett.

Tilbud inngitt gjennom en anskaffelsesprosess har tilsvarende løftevirkning som i andre avtaler, og oppdragsgiver kan derfor i utgangspunktet stole på opplysningene som fremgår av tilbudene.⁷ Et tilbud som tilsynelatende samsvarer med kravene i konkurransegrunnlaget⁸ skal oppdragsgiver kunne gå ut ifra at er riktig⁹. Dersom leverandøren ikke innfrir, kan oppdragsgiver i tråd med alminnelig kontraktsrett påberope reglene om misligholdsanksjoner.¹⁰

Prosesen rundt kontrakter inngått gjennom anbudskonkurranser skiller seg imidlertid fra alminnelige kontrakter blant annet fordi konkurransesituasjonen involverer flere tilbydere. Videre er det mindre korrespondanse mellom partene frem til kontraktinngåelse, som kan gjøre det vanskeligere for oppdragsgiver å fange opp eventuelle uriktigheter på et tidlig stadium. Oppdragsgiver skal identifisere og velge det beste tilbudet basert på leverandørens tilbud. Uriktige opplysninger kan dermed få betydning for evalueringen.

¹ Hvilke aktører som omfattes er definert i Lov om offentlige anskaffelser («anskaffelsesloven») § 2 (2) og Forskrift om offentlige anskaffelser («anskaffelsesforskriften») § 1-2 (1).

² «Anbudskonkurranse» er den alminnelige prosedyren, jf. anskaffelsesforskriften § 13-1. Se kapittel 1.3 om oppgavens avgrensning for valg av prosedyre.

³ Synonymt med «undersøkelser» vil begrepene «verifisere» og «kontrollere» brukes om oppdragsgivers handling.

⁴ Både «tilbud» og «anbud» kan brukes som betegnelse på leverandørens besvarelser i anbudskonkurranser. I denne oppgaven vil kun begrepet «tilbud» bli benyttet.

⁵ Eksempelvis LB-2016-65693. Merk at lignende formuleringer som «klar foranledning» eller «særlig foranledning» også brukes uten at det synes å ha et annet meningsinnhold.

⁶ «Leverandør» er en person eller bedrift som inngir tilbud. Synonymt med «leverandør» benyttes «tilbyder».

⁷ Trygstad (2020) s. 151.

⁸ «Konkurransegrunnlag» er definert i anskaffelsesforskriften § 4-2 bokstav a.

⁹ Med «riktig» menes det at tilbudets opplysninger samsvarer med de faktiske forhold og konkurransegrunnlagets krav. Synonymt med «riktig» vil «korrekt» brukes.

¹⁰ Trygstad (2020) s. 151.

1.2 Aktualitet

Regelverket for offentlige anskaffelser skal ivareta bruk av offentlige midler i tillegg til å sikre et effektivt og innovativt næringsliv.¹¹ Det offentlige bruker rundt 600 milliarder kroner av fellesskapets midler hvert år på innkjøp.¹² I motsetning til private aktører vil ikke alle offentlige oppdragsgivere nødvendigvis ha det samme incentivet til å drifte egen virksomhet med økonomisk overskudd siden de bruker samfunnets ressurser. Regelverket legger likevel til rette for best mulig utnyttelse av midlene.¹³

For å sikre effektiv ressursbruk, anvendes konkurranse som gjennomføringsverktøy.¹⁴ Konkurransen er imidlertid kun effektiv dersom oppdragsgiver kan forsikre seg om at de innkomne tilbudene inneholder korrekte opplysninger og kan innfris. Det er bare i et slikt tilfelle at oppdragsgiver i realiteten sikrer likebehandling av leverandørene i tråd med likebehandlingsprinsippet¹⁵.

Som denne oppgaven vil belyse er ikke spørsmålet om oppdragsgivers undersøkelsesplikt avklart i norsk rett. En uavklart regel om undersøkelsespliktens innhold og omfang kan medføre variasjon i oppdragsgivers kontroll, som skaper risiko for forskjellsbehandling. Dette gjelder særlig i sammenheng med den løpende samfunnsutviklingen som etablerer behov for stadig mer innovative og spesifikke anskaffelser, for eksempel kompliserte IT-systemer eller store entrepriser. Her vil leverandørene ofte ha mer kunnskap om anskaffelsesgjstanden¹⁶ enn oppdragsgiver. Dette kan utnyttes ved å inngi tilbud som tilsynelatende er i tråd med konkurransegrunnlaget, men basert på uriktige opplysninger. Kompleksiteten medfører at det er vanskelig for oppdragsgiver å oppdage at opplysningene ikke stemmer uten å foreta undersøkelser. Leverandøren vinner da urettmessig en kontrakt, og oppdragsgiver risikerer å anskaffe noe som i liten eller ingen grad ivaretar eget behov. Dette viser hvorfor undersøkelsesplikten stadig blir mer aktuell.

¹¹ Anskaffelsesloven § 1.

¹² Nærings- og fiskeridepartementet (u.å.).

¹³ NOU 2014:4 s. 65.

¹⁴ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 11. Se også Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesloven § 4.

¹⁵ Anskaffelsesloven § 4.

¹⁶ Med «anskaffelsesgjstand» menes den vare eller tjeneste som skal anskaffes.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven vil fokusere på undersøkelsesplikten for åpne- og begrensede anbudskonkurranser¹⁷ over EØS-terskelverdi¹⁸. Reglene om anbudskonkurranser over EØS-terskelverdi er regulert i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del III, i tillegg til at anskaffelsesdirektivet¹⁹ og uttalelser fra EU-domstolen gir relevante tolkningsbidrag. På grunn av forhandlingsforbudet²⁰ er det hovedsakelig for disse anskaffelsene oppdragsgivers innhenting av ytterligere opplysninger kan være problematisk. Forhandlingsforbudet begrenser leverandørens mulighet for å forbedre tilbudene etter tilbudsfristen.²¹ Ved konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog, har oppdragsgiver større adgang til å kommunisere med tilbyderne i løpet av prosessen, og undersøkelsesplikten er dermed mindre relevant. Disse konkurranseprosedyrene vil derfor ikke bli berørt.

Forholdet til det europeiske anskaffelsesregelverket, forhandlingsforbudet og hensyn til oppgavens omfang gjør at oppgaven kun vil omhandle undersøkelsesplikten for åpne- og begrensede anbudskonkurranser over EØS-terskelverdi.²² Oppgaven avgrenses imidlertid mot å vie oppmerksomhet til betydningen av skillet mellom disse prosedyrene, siden undersøkelsesplikten vil kunne få tilsvarende anvendelse for både åpne- og begrensede anbudskonkurranser.

Oppgaven vil ikke gå inn på situasjonen der tilbudet inneholder feil, mangler eller uklarheter, og oppdragsgiver kan ha avklaringsrett etter anskaffelsesforskriften § 23-5. Avklaringsreglene skal gi oppdragsgiver mulighet til å få oversikt over all dokumentasjon fra tilbyder der tilbudet fremstår mangelfullt eller feilaktig, mens undersøkelsesplikten skal sikre troverdigheten av opplysningene som er inngitt i et tilsynelatende korrekt utformet tilbud. Selv om begge deler regulerer justering av tilbud etter tilbudsåpning, har avklaringsreglene dermed et annet formål enn undersøkelsesplikten.

¹⁷ Anskaffelsesforskriften § 23-6 (1) og (2).

¹⁸ Anskaffelsesforskriften § 5-3 jf. § 5-1 (3).

¹⁹ Directive 2014/24/EU («anskaffelsesdirektivet»).

²⁰ Anskaffelsesforskriften § 23-6 (3). Gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 69.

²¹ Nærings- og Fiskeridepartementet (2018) s. 270. Se også Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 23-6 og Thue m.fl. (2018) s. 852.

²² Deler av oppgavens funn kan være relevant for anskaffelser under EØS-terskelverdi fordi de grunnleggende prinsippene også gjelder disse anskaffelsene. Av hensyn til oppgavens omfang vil dette ikke redegjøres nærmere for.

Videre vil oppgaven heller ikke ta for seg «unormalt lave tilbud», regulert i anskaffelsesforskriften § 24-9. Bestemmelsen gir en plikt til å innhente informasjon om tilbud som fremstår spesielt lavt priset. Målet er å undersøke om leverandøren skal avvises gjennom spørsmålet om prisen svekker troverdigheten av leverandørens gjennomføringsevne.²³ Bestemmelsen utgjør en sikkerhetsventil for oppdragsgiver om at et tilbud er seriøst og skal sikre at leverandøren får redegjort for prisingen før en eventuell avvisning.²⁴ I motsetning til bestemmelsens mer begrensede rekkevidde omhandler denne oppgaven oppdragsgivers mer generelle undersøkelsesplikt.

Selv om spørsmålet om oppdragsgivers undersøkelsesplikt er relevant for alle type krav og kriterier som oppdragsgiver har stilt i konkurransegrunnlaget, vil oppgaven av hensyn til omfanget kun ta for seg kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Problemstillingen er særlig aktuell for tildelingskriteriene fordi det er oppfyllelse av disse som danner utgangspunkt for vurderingen av hvem som vinner konkurransen. Videre er også en analyse av kvalifikasjonskravene, som omhandler hvorvidt leverandøren er egnet til å innfri, særlig relevant. Dette skyldes at en leverandør må kunne innfri det tilbudte for at oppdragsgiver skal få nytte av anskaffelsen.

1.4 Metode og rettskildebildet

Oppgavens problemstilling vil analyseres gjennom fortolkning av relevante rettskildefaktorer for å fastlegge gjeldende rett, likevel slik at det i kapittel 6 knyttes noen bemerkninger til behovet for å justere reglene. Alle understrekninger i sitater er mine egne. De primære rettskildefaktorene er anskaffelsesloven og -forskriften, som er av stor relevans og vekt ved fastleggelsen av norsk anskaffelsesrett. Stedvis i oppgaven vises det til det tidligere anskaffelsesregelverket²⁵. Uttalelser fra domstolen eller andre kilder tilknyttet det tidligere regelverket vil være relevante tolkningsbidrag der reglene er videreført i dagens regelverk.

Selv om Norge ikke er medlem av EU er det norske anskaffelsesregelverket tilknyttet det europeiske anskaffelsesdirektivet gjennom EØS-avtalen.²⁶ EØS-samarbeidet medfører at rettsanvendere må tolke og anvende nasjonale regler i tråd med EU- og EØS-retten.²⁷ Regler som

²³ KOFA-2022/873 (21-22) med henvisning til Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 24-9.

²⁴ Ekre og Ute (2023) § 24-9 note 2.

²⁵ Lov om offentlige anskaffelser av 16.07.1999 nr. 69 og Forskrift om offentlige anskaffelser av 07.04.2006 nr. 402 (begge opphevet).

²⁶ EØS-avtalen art. 65 (1) jf. EØS-loven § 1.

²⁷ Arnesen og Stenvik (2015) s. 64.

fremgår av anskaffelsesdirektivet og praksis fra EU-domstolen er dermed relevante tolkningsfaktorer, til tross for at det ikke er direkte bindende for norsk rett.

Øvrige relevante nasjonale rettskildefaktorer er domstolpraksis og praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). I motsetning til domstolen er KOFA et rådgivende organ²⁸ som primært avsier veiledende uttalelser. Likevel avgjør KOFA mange saker, består av fagkyndige som har en god oversikt over regelverket og oppdragsgivere følger ofte avgjørelsene deres.²⁹ Disse forholdene øker relevansen av uttalelsene. På grunn av de mange sakene som blir avgjort, vil saker fra KOFA særlig brukes som eksempler i oppgaven.

Av andre norske kilder kan det påpekes at departementet har utarbeidet en veileder. Veilederen vektet som etterarbeider,³⁰ og gir uttrykk for departementets syn på hvordan regelverket skal forstås. Dermed kan det gi nyttig tolkningsbidrag selv om det har lav vekt.

I forlengelsen av at reglene er utledet fra anskaffelsesdirektivet, kan praksis og lovgivning fra andre land være relevante tolkningsfaktorer.³¹ Særlig vil regulering fra nordiske land være relevant på grunn av målsettingen om en ensartet juridisk regulering og et samlet kulturfelleskap.³² Siden anskaffelser over EØS-terskelverdi er tilknyttet europeisk regulering, vil andre lands gjennomføring og tolkning kunne tjene som eksempler på hvordan den europeiske reguleringen skal forstås, men av begrenset vekt.

Avslutningsvis er de anskaffelsesrettslige prinsippene³³ sentrale. Det norske regelverket bygger på de samme grunnleggende prinsippene som anskaffelsesdirektivet, og er utledet fra EU- og EØS rettens prinsipper om fri flyt av varer og tjenester.³⁴ Siden prinsippene kommer til uttrykk i det europeiske og norske anskaffelsesregelverket kan de tjene som kobling mellom regelverkene. I tillegg til å bidra som tolkningsprinsipp, kan prinsippene danne grunnlag for

²⁸ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

²⁹ Trygstad (2017) s. 30.

³⁰ Thue m.fl. (2018) s. 38.

³¹ Eksempelvis Rt. 2014 s. 585 (54) der Høyesterett viste til dansk og svensk rett som tolkningsmomenter.

³² Aarli og Mæhle (2018) s. 114-115.

³³ Anskaffelsesloven § 4 og anskaffelsesdirektivet artikkel 18 (1).

³⁴ Dragsten (2013) s. 185.

selvstendige rettigheter.³⁵ Oppdragsgivers brudd på de grunnleggende prinsippene utgjør like store brudd på regelverket som andre konkrete bestemmelser i anskaffelsesregelverket.³⁶ De grunnleggende prinsippene utfyller dermed de mer konkrete reglene som fremgår av anskaffelsesforskriften. Som et grunnlag for resten av analysen, skal betydningen av de mest sentrale prinsippene for undersøkelsesplikten kommenteres i kapittel 1.5.

1.5 Betydningen av de grunnleggende prinsippene for undersøkelsesplikten

Anskaffelsesregelverket er basert på grunnleggende prinsipper som oppdragsgiver må følge og ivareta gjennom konkurransegjennomføringen. Særlig relevant for spørsmålet om undersøkelsesplikten er prinsippene om likebehandling, etterprøvbarhet og forholdsmessighet. For det første er likebehandlingsprinsippet sentralt. Prinsippet skal sikre at oppdragsgiver legger til rette for at leverandørene i markedet får like muligheter til å vinne i konkurransen.³⁷ Det innebærer at leverandørene skal behandles likt under hele konkurransen.³⁸ Oppdragsgivers preferanser skal ikke være av betydning, noe som medfører at evalueringene må være objektive. Hvis det er grunn til å undersøke opplysningene, plikter oppdragsgiver å foreta tilstrekkelig kontroll av alle tilbudene det gjelder for å sikre evaluering på samme premisser.

Et annet relevant prinsipp er etterprøvbarhetsprinsippet. Det går ut på at deltakere skal ha mulighet til å ettergå oppdragsgivers gjennomføring og vurderinger. Sammen med forutberegnelighetsprinsippet gjennomfører etterprøvbarhetsprinsippet EU-rettens gjennomsiktighetsprinsipp, som stiller krav om at oppdragsgiver skal sikre åpenhet i konkurransen.³⁹ På bakgrunn av prinsippet må oppdragsgiver på en gjennomsiktig måte kontrollere opplysningene som fremgår av tilbudene. Leverandørene skal kunne forsikre seg om at anskaffelsesregelverket og konkurransens regler har blitt fulgt, herunder innfrielse av kravene oppdragsgiver har stilt.

Avslutningsvis innebærer forholdsmessighetsprinsippet at «[p]likter og rettigheter som utledes av andre prinsipper, må tilpasses den enkelte anskaffelsens art og omfang»⁴⁰. Omfanget av

³⁵ Prop. 51 L (2015-2016) s. 81. Tilsvarende Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesloven § 4 og Thue m.fl. (2018) s. 55.

³⁶ Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

³⁷ C-19/00 (34). Omtalt i Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesloven § 4.

³⁸ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

³⁹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

⁴⁰ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

oppdragsgivers plikter må altså samsvare med målet man vil oppnå. Hvorvidt undersøkelsesplikten inntreffer og omfanget av den må derfor tilpasses det enkelte behovet for kontroll.

1.6 Oppgavens utforming

I kapittel 2 vil oppgaven ta for seg hva som utgjør det rettslige grunnlaget for undersøkelsesplikten i norsk rett. Her vil også forholdet til EU- og EØS-retten klargjøres innenfor oppgavens tema. Videre i kapittel 3 vil nødvendigheten av en undersøkelsesplikt bli behandlet, med hovedvekt på formålet med anskaffelsesregelverket generelt og undersøkelsesplikten spesielt. I tillegg vil forholdet til øvrige virkemidler for å ivareta formålet kommenteres. Kapittelet skal tydeliggjøre relevansen av og behovet for undersøkelsesplikten i norsk anskaffelsesrett.

Kapittel 4 inneholder en analyse om reglene for hva som skal til for at undersøkelsesplikten inntreffer. Kapittelet vil ta for seg det rettslige utgangspunktet for vurderingen, etterfulgt av hvilke forhold som kan aktualisere plikten etter norsk rett. I kapittel 5 vil oppgaven fokusere på hva som utgjør en tilstrekkelig undersøkelse fra et rettslig perspektiv, der det skilles mellom evaluering av leverandørens egnethet, kvalifikasjonskrav, og tilbudenes materielle innhold, tildelingskriteriene. Formålet med kapittelet er å klargjøre rammene for oppdragsgivers handlingsrom ved gjennomføring av undersøkelsen, for å sikre enhetlig praktisering av plikten. Avslutningsvis vil behovet for tydeliggjøring av undersøkelsesplikten i norsk rett kommenteres i kapittel 6 på bakgrunn av lovutvalget som skal revidere regelverket.

2 Hva utgjør det rettslige grunnlaget for undersøkelsesplikten i norsk rett?

2.1 EU- og EØS-retten som utgangspunkt for det norske anskaffelsesregelverket

Som nevnt innledningsvis er reglene for anskaffelser over EØS terskelverdi tilknyttet EU- og EØS-rettens regler. Etter EØS-avtalen artikkel 7b er det opp til nasjonal rett hvordan direktivets regler gjennomføres.⁴¹ I norsk rett er anskaffelsesdirektivet gjennomført gjennom EØS-avtalen vedlegg XVI nummer 2 jf. artikkel 65. Aktører underlagt anskaffelsesregelverket er dermed forpliktet til å ivareta anskaffelsesdirektivets regler ved anskaffelser over EØS-terskelverdi. Dette gjør at anskaffelsesdirektivet og uttalelser fra EU-domstolen er relevante til tross for at

⁴¹ Tilsvarende for EU i TFEU art. 288 (3).

de ikke er direkte bindene i norsk rett. Hvordan oppdragsgivers undersøkelsesplikt er regulert i EU-retten er dermed sentralt for å fastsette innholdet av den norske regelen. På denne bakgrunn vil oppgaven i det følgende først ta for seg undersøkelsesplikten i EU-retten.

2.2 Regulering av undersøkelsesplikten i EU-retten

Det tradisjonelle synspunktet har vært at oppdragsgiver kan stole på opplysninger som fremstår riktige.⁴² Ved revidering av anskaffelsesdirektivet i 2014 ble det imidlertid i artikkel 67 (4) 3. punktum innført en plikt for oppdragsgiver til å undersøke tilbudenes opplysninger:

«In case of doubt, contracting authorities shall verify effectively the accuracy of the information and proof provided by the tenderers».

Regelen fremgår av samme bestemmelse som reglene om dokumentasjonskravenes utforming, og er plassert i kapittel 3.3 som omhandler «award of contracts». Plasseringen tilsier at plikten til å verifisere opplysningene kun inntreffer ved evaluering av tildelingskriteriene.

I litteraturen⁴³ er bestemmelsen ansett som kodifisering av EU-domstolens uttalelser i *Wienstrom*⁴⁴. I saken som gjaldt levering av strømforsyning, ble spørsmålet om opplysningenes riktighet aktualisert. Leverandørene var ikke pålagt å fremlegge bevis for hvilken grad de brukte fornybare kilder selv om tilbudene skulle evalueres etter dette, noe som medførte at oppdragsgiver ikke kunne kontrollere oppfyllelsen. EU-domstolen uttalte med henvisning til likebehandlingsprinsippet at oppdragsgiver må stille «requirements which permit the information provided by the tenderers to be effectively verified».⁴⁵

EU-domstolen stilte altså krav til dokumentasjonskravenes utforming ved at de må legge til rette for at det er mulig å overprøve leverandørens besvarelse. I forlengelsen av saken har Arrowsmith argumentert for at det vil være et like stort brudd på likebehandlingsprinsippet å ikke gjennomføre kontrollen, som å sette dokumentasjonskrav som ikke gjør det mulig å

⁴² Steinicke og Vesterdorf (2018) s. 603. Tilsvarende Arrowsmith (2014) s. 773.

⁴³ Steinicke og Vesterdorf (2018) s. 730.

⁴⁴ C-448/01.

⁴⁵ C-448/01 (49-52).

kontrollere opplysningene som fremgår av tilbudene.⁴⁶ Det trekkes dermed en parallell mellom utforming av kravene og gjennomføring av kontrollen. Argumentet synes rimelig. Problemet med kriterier som ikke lar seg etterprøve er at oppdragsgiver ikke kan fange opp tilbud som inneholder uriktige opplysninger. Det samme problemet kan også oppstå der oppdragsgiver ikke gjennomfører kontrollen. Hvis oppdragsgiver har satt krav som ikke etterprøves, risikerer man å evaluere leverandørens tilbud på uriktig grunnlag. Dette vil stride med likebehandlingsprinsippet fordi leverandørene da konkurrerer på ulike premisser.

I tråd med likebehandlingsprinsippet og på bakgrunn av anskaffelsesdirektivets bestemmelse er oppdragsgiver etter EU-retten underlagt en undersøkelsesplikt ved evaluering av tildelingskriteriene. Etter gjennomføringen av EØS-avtalen må nasjonal rett i tilstrekkelig grad regulere dette. Selv om nasjonalstatene har stor frihet i den konkrete gjennomføringen, er den ikke ubegrenset, og reglene må komme tilstrekkelig klart til uttrykk.⁴⁷ Spørsmålet i det følgende er derfor hvordan undersøkelsesplikten er regulert i norsk rett.

2.3 Regulering av undersøkelsesplikten tilknyttet tildelingskriteriene i norsk rett

2.3.1 Alternative rettslige grunnlag for oppdragsgivers plikter

Oppdragsgivers plikter i anskaffelsesprosessen fremgår av konkrete bestemmelser i anskaffelsesforskriften og gjennom regler utarbeidet i retts- og KOFA-praksis på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene. Brudd på en plikt som har grunnlag i et prinsipp er et like stort brudd på regelverket som en plikt utledet av en konkret bestemmelse.⁴⁸ Prinsippene brukes dermed for å utlede plikter som ikke følger uttrykkelig av forskriften.⁴⁹ Likevel kan det argumenteres for at en plikt utledet av en bestemmelse vil være mer tilgjengelig for oppdragsgivere, ved at den er uttrykkelig fremhevet i regelverket.

2.3.2 Er undersøkelsesplikten regulert i anskaffelsesforskriften?

Det tidligere norske anskaffelsesregelverket inneholdt ingen regel om leverandørens dokumentasjon på innfrielse av krav. I forbindelse med revisjonen av anskaffelsesregelverket i 2016

⁴⁶ Steinicke og Vesterdorf (2018) s. 603 og Arrowsmith (2014) s. 771. Samsvarer med Opinion of Advocate General Mischo i sak C-448/01 avsnitt 41.

⁴⁷ Fredriksen og Mathisen (2022) s. 400.

⁴⁸ Prop. 51 L (2015-2016) s. 81. Tilsvarende Thue m.fl. (2018) s. 55.

⁴⁹ Dragsten (2013) s. 175.

som følge av det nye anskaffelsesdirektivet, ble det foreslått innført regulering av dokumentasjonskrav for å sikre oppdragsgivers mulighet for kontroll, tilsvarende uttalelsen fra *Wienstrom*:

«Oppdragsgiveren skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium. Kravene til dokumentasjon skal sørge for at oppdragsgiver effektivt kan kontrollere hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene.»⁵⁰

Forslaget innebar en strengere tilnærming der det skulle stilles krav til utformingen av dokumentasjonskravene. Formålet med bestemmelsen var å sikre at oppdragsgiver før tildeling skulle ha mulighet til å etterprøve oppfyllelsen på en objektiv måte.⁵¹ Det ble imidlertid ikke fulgt opp. Anskaffelsesforskriften § 18-1 (9) gir etter ordlyden kun en plikt til å stille dokumentasjonskrav. Sett i sammenheng med EU-domstolens uttalelser i *Wienstrom* synes dette utilstrekkelig.

Dersom reglene fra anskaffelsesdirektivet ikke er tilstrekkelig gjennomført eller det foreligger tvil om tolkningen, tilsier prinsippet om EØS-konform fortolkning at man skal strekke seg «as far as possible» for å sikre samsvar med EØS-retten.⁵² I *Finanger I* la Høyesterett til grunn at det norske presumsjonsprinsippet tilsvarte det EØS-rettslige tolkningsprinsippet, men at det går en grense for hvor langt tolkningen kan trekkes.⁵³ Prinsippet påvirker dermed tolkningen av norske regler.

Det er på denne bakgrunn man må forstå Høyesterett sin tolkning i *Fosen-Linjen*.⁵⁴ Saken gjaldt spørsmål om erstatning i forbindelse med avlysning av konkurranse om fergetransport, der det blant annet ble sett på lovligheten av tildelingskriteriet miljø. Selv om det ikke fremgikk et uttrykkelig dokumentasjonskrav i den tidligere forskriften⁵⁵ ble kriteriet som oppdragsgiver hadde satt ansett ulovlig, begrunnet i utilstrekkelig dokumentasjonskrav med henvisning til EU-

⁵⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 67.

⁵¹ HR-2019-1801-A (90).

⁵² E-14/20 (75). Se også Fredriksen og Mathisen (2022) s. 418 og Arnesen og Stenvik (2015) s. 64, der det i førstnevnte vises til E-01/07.

⁵³ Rt. 2000 s. 1811 (1830-1831). Se imidlertid Franklin (2012) s. 308 og 314. Han argumenterer for at prinsippet om konform fortolkning strekker seg lengre enn presumsjonsprinsippet, fordi presumsjonsprinsippet ikke kan bortfortolke enhver motstrid. Av hensyn til oppgavens omfang legges det til grunn at man i norsk rett skal søke å bortfortolke eventuelle motstrider, men at det går en grense for hvor langt det kan gjøres.

⁵⁴ HR-2019-1801-A.

⁵⁵ Forskrift om offentlige anskaffelser av 07.04.2006 nr. 402 (oppevet).

domstolens uttalelser i *Wienstrom*.⁵⁶ Selv om saken ble avsagt etter den tidligere forskriften, er den relevant for hvordan reglene om effektiv kontroll av tilbudene skal forstås. Høyesterett uttalte:

«Ethvert tildelingskriterium må imidlertid være mulig å etterprøve på en objektiv måte. Dette følger blant annet av EU-domstolens avgjørelse i C-448/01 *Wienstrom* (...). Et tildelingskriterium som ikke inneholder et dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av tilbudene, er i strid med EØS-retten, se avsnitt 52.»⁵⁷

Tildelingskriteriene oppdragsgiver angir må være etterfulgt av dokumentasjonskrav som er egnet til å foreta en effektiv kontroll. Uttalelsen til Høyesterett er fulgt opp i tingrettens avgjørelse *Lyreco*, som gjaldt riktigheten av dokumentasjonskrav tilknyttet tildelingskriteriet miljøtransport.⁵⁸ Oppdragsgiver hadde stilt dokumentasjonskrav om at leverandørene skulle gi opplysninger om hva slags miljøvennlig transport som ble tilbudt gjennom prosentandel. Tingretten konkluderte med at dokumentasjonskravet ikke ga tilstrekkelig grunnlag for kontroll. Selv om det var stilt dokumentasjonskrav, forelå det brudd på anskaffelsesforskriften § 18-1 (9).

Sakene over viser at regelen i § 18-1 (9) om dokumentasjonskrav også regulerer krav til utformingen av disse kravene. Det er imidlertid ingen avklaringer tilknyttet når kontrollen må utføres. Isolert sett tilsier dette at det ikke kan innfortolkes en plikt til å undersøke opplysningene som fremgår av tilbudet. Tilsvarende synes også gjennom at KOFA har videreført den tidligere praktiseringen om at oppdragsgiver har stor skjønnsfrihet i å stole på opplysningene i tilbudet.⁵⁹ Selv om KOFA sine uttalelser har liten vekt, tilsier den samstemte formuleringen at det gir uttrykk for gjeldende rett.

I litteraturen har Dragsten lagt til grunn at anskaffelsesforskriften § 18-1 (9) har parallell til direktivets bestemmelse i artikkel 67 (4), men presisert at «det avgjørende er altså at det skal etterspørres dokumentasjon som gjør oppdragsgiveren i stand til å foreta en «effektiv kontroll»»

⁵⁶ HR-2019-1801-A (89). Den konkrete vurderingen ble utført i LF-2015-187242.

⁵⁷ HR-2019-1801-A (90).

⁵⁸ TOSL-2021-100376.

⁵⁹ Eksempelvis KOFA-2022/652 (37) og KOFA-2020/91 (51). Fra før *Fosen-Linjen* se KOFA-2016/160 (21), KOFA 2015/53 (57) og KOFA-2012/62 (111).

(...)).⁶⁰ Presiseringen underbygger at det kun er kravene til utformingen av dokumentasjonskravene som kan innfortolkes i forskriftsbestemmelsen, ikke et krav om gjennomføring av undersøkelsen. Begrensingen i overføringen synes i tråd med praksisen i norsk rett. I den sammenheng kan det også vektlegges at direktivbestemmelsen uttrykkelig skiller mellom utforming av kravene og plikten til å gjennomføre kontroll.⁶¹

Til tross for at norsk rett skal tolkes i samsvar med EU-retten og anskaffelsesdirektivet oppstiller en uttrykkelig undersøkelsesplikt, kan det kun innfortolkes et krav til dokumentasjonskravenes utforming. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig rettslig grunnlag for å innfortolke en plikt for oppdragsgiver til å gjennomføre undersøkelsen etter anskaffelsesforskriften § 18-1 (9).

2.3.3 Kan undersøkelsesplikten utledes av de grunnleggende prinsippene?

I tingrettsavgjørelsen *Lyreco* presiserte domstolen:

«Tildelingskriterier må følges av krav som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll for å tilfredsstillende grunnleggende prinsipper for offentlige anskaffelser».⁶²

Uttalelsen er et eksempel på at oppdragsgiver også er underlagt plikter gjennom de grunnleggende prinsippene, og indikerer at det er en sammenheng mellom gjennomføring av kontrollen og disse. Allerede i EU-domstolens avgjørelse *Wienstrom* ble likebehandlingsprinsippet tilknyttet oppdragsgivers kontrollbehov.⁶³ Det tas derfor utgangspunkt i dette prinsippet ved vurderingen av om de grunnleggende prinsippene kan utgjøre rettslige grunnlaget for oppdragsgivers undersøkelsesplikt i norsk rett.

Undersøkelsesplikten kan bidra til å sikre at oppdragsgiver behandler leverandørene likt i evalueringen fordi man kan kontrollere at tilbudene inneholder riktige opplysninger. Dette er avgjørende for å sikre effektiv konkurranse der det beste tilbudet vinner, og tilsier at undersøkelsesplikten kan utledes av likebehandlingsprinsippet.

⁶⁰ Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 18-1 (9).

⁶¹ Anskaffelsesdirektivet § 67 (4) 2. og 3. punktum.

⁶² TOSL-2021-100376.

⁶³ C-448/01 (49).

Likebehandlingsprinsippets betydning kom på spissen i en sak for KOFA.⁶⁴ I en anbudskonkurranse om oppføring av en høyspentkabel hadde oppdragsgiver gitt lavere uttelling på tildelingskriteriet «ferdigstillelse» på grunn av tvil om opplysningenes riktighet. Oppdragsgiver hadde imidlertid ikke kontrollert opplysningene før man ga lavere poeng, og KOFA konkluderte med at det forelå brudd på likebehandlingsprinsippet. Konklusjonen synes rimelig. Dermed som det ikke stilles et slikt krav, vil oppdragsgiver ha mulighet til å forskjellsbehandle leverandørene ut ifra personlige preferanser.

På bakgrunn av likebehandlingsprinsippet må oppdragsgiver sikre at alle leverandører har like muligheter til å vinne frem i konkurransen. Sett i sammenheng med at oppdragsgiver i like stor grad må overholde plikter som følger av de grunnleggende prinsippene som forhold regulert i anskaffelsesforskriften, utgjør likebehandlingsprinsippet rettsgrunnlaget for undersøkelsesplikten tilknyttet tildelingskriteriene i norsk rett.

Spørsmålet om hvorvidt undersøkelsesplikten inntreer og med hvilket omfang krever en vurdering av om det var egnet og nødvendig, i tillegg til en avveining av motstående hensyn i tråd med forholdsmessighetsprinsippet.⁶⁵ Plikten kan dermed ikke gjelde ubegrenset. En nærmere analyse av når undersøkelsesplikten inntreer og omfanget av denne fremgår av kapittel 4 og 5.

2.4 Manglende regulering av undersøkelsesplikt ved kvalifikasjonskrav?

I likhet med vurderingen av tildelingskriteriene finnes det ingen konkret bestemmelse i anskaffelsesforskriften som ilegger oppdragsgiver en undersøkelsesplikt for kvalifikasjonskravene. Anskaffelsesdirektivet stiller kun krav om at kvalifikasjonskrav må innfris jf. artikkel 56 (1). Det fremgår ingen uttrykkelig regel om undersøkelsesplikt for kvalifikasjonskrav tilsvarende som for tildelingskriteriene i direktivet heller.⁶⁶ I det følgende skal det først vurderes om undersøkelsesplikten også gjelder i vurderingen av kvalifikasjonskrav, og hvis så om likebehandlingsprinsippet utgjør det rettslige grunnlaget for kontrollen etter norsk rett. Siden kvalifikasjonskrav utgjør minstekrav som må være innfridd, kan det argumenteres for at kontroll av kvalifikasjonskrav er minst like viktig som ved vurderingen av tildelingskriteriene.⁶⁷

⁶⁴ KOFA-2020/91.

⁶⁵ NOU 2014:4 s. 74. Tilsvarende i E-16/16 (122).

⁶⁶ Arrowsmith (2014) s. 1310.

⁶⁷ Thue m.fl. (2018) s. 904.

Tidligere KOFA-praksis indikerer at det praktiseres en regel om at oppdragsgiver må kontrollere opplysninger tilknyttet kvalifikasjonskrav i visse tilfeller. Også i disse sakene har det vært avgjørende om det foreligger «forhold som gir særlig foranledning til kontroll»⁶⁸, tilsvarende vurderingen som foretas i tilknytting til tildelingskriteriene. Det sammenfallende vurderingstemaet og den gjennomgående praksisen indikerer at oppdragsgiver har en undersøkelsesplikt også ved vurderingen av kvalifikasjonskravene.

Det at undersøkelsesplikten realiseres ved vurderingen av kvalifikasjonskravene fremgår uttrykkelig av den danske loven § 164 nummer 2. Selv om dette ikke er avgjørende for norsk rett, kan det være et tolkningsmoment som følge av målsetningen om et nordisk, juridisk fellesskap.⁶⁹ Det fremgår av bemerkningene i forbindelse med lovforslaget at undersøkelsesplikten aktualiseres hvis det er tvil om opplysninger tilknyttet «egnetedsvurdering».⁷⁰ Dette viser hvordan det etter dansk rett er ansett å være et like stort behov for at oppdragsgiver kan undersøke opplysningene tilknyttet kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier.

Selv om det ikke foreligger en uttrykkelig undersøkelsesplikt tilknyttet kvalifikasjonskrav i direktivet eller norsk rett, synes det å være et likt behov for å sikre at opplysningene er riktige. Spørsmålet er derfor om de grunnleggende prinsippene, herunder likebehandlingsprinsippet, kan utgjøre rettslig grunnlag for undersøkelsesplikten for kvalifikasjonskravene i norsk rett.

I *Fosen I*⁷¹ utpenslet EFTA-domstolen kravet til effektiv kontroll:

« As regards the contracting authority's assessment of the tenders, the principle of equal treatment entails that the award criteria must be applied objectively and uniformly to all tenderers. This principle further implies an obligation of transparency. An objective and transparent evaluation of the various tenders is conditional on the contracting authority being able to verify effectively the accuracy of the information provided by the tenderers in their bids, and whether these bids meet the award criteria.»⁷²

⁶⁸ KOFA-2022/616. Tilsvarende Dragsten (2013) s. 507.

⁶⁹ Aarli og Mæhle (2018) s. 114-115. Tidligere omtalt i kapittel 1.4.

⁷⁰ Erhvervs- og Vækstministeriet (2015) s. 269.

⁷¹ E-16/16.

⁷² E-16/16 (120).

Uttalelsen indikerer at oppdragsgiver må kunne undersøke om tilbudene samsvarer med kravene som er stilt for å sikre en objektiv sammenligning, i tråd med de grunnleggende prinsippene. En objektiv sammenligning er viktig for at oppdragsgivers egne preferanser ikke får betydning for evalueringen, da det kan medføre forskjellsbehandling. Selv om kvalifikasjonskrav er rettet mot leverandørens egnethet og ikke tilbudets materielle innhold, er oppdragsgiver avhengig av at leverandøren kan innfri i tråd med opplysningene som fremgår. Dette tilsier at prinsippene også kan tjene som rettslig grunnlag ved kvalifikasjonskrav.

Forholdet mellom evalueringen av kvalifikasjonskrav og de grunnleggende prinsippene kom på spissen i en sak for lagmannsretten. Etter en anbudskonkurranse om utomhusarbeider fikk oppdragsgiver inn en klage om at valgte leverandør ikke innfridde et kvalifikasjonskrav om tilstrekkelig kompetanse, dokumentert gjennom relevante sammenlignbare prosjekter. Klagen gikk ut på at leverandøren verken kunne ha utført eller hatt rollen som beskrevet i tilbudet, og at oppdragsgiver derfor skulle ha foretatt undersøkelser. Lagmannsretten uttalte:

«Anskaffelsesforskriften inneholder ingen regler om hvilke krav som må stilles til oppdragsgivers evaluering av kvalifikasjonene til leverandørene. De grunnleggende krav i anskaffelsesloven § 5 setter dermed rammene for gjennomføringen av evalueringen. (...) Vurderingen av om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene beror på en konkret vurdering av innlevert dokumentasjon opp mot kvalifikasjonskravene satt i konkurransen.»⁷³

Prinsippene som fremgikk av den tidligere loven § 5,⁷⁴ er videreført i dagens anskaffelseslov § 4.⁷⁵ Lagmannsretten la til grunn at de grunnleggende prinsippene, herunder likebehandlingsprinsippet, er relevant for oppdragsgivers evaluering. Dette synes rimelig siden det også for kvalifikasjonskrav kan stilles dokumentasjonskrav.⁷⁶ Det at oppdragsgiver har tilsvarende mulighet til å stille krav underbygger at man har samme plikt til å sikre at evalueringen gjøres på riktig grunnlag. I motsatt tilfelle kan leverandører som egentlig ikke innfrir kravene likevel få delta, og oppdragsgiver vil kunne forskjellsbehandle leverandørene.

⁷³ LH-2016-48643.

⁷⁴ Lov om offentlige anskaffelser av 16.07.1999 nr. 69 (opphøvet).

⁷⁵ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

⁷⁶ Anskaffelsesforskriften §§ 16-4 og 16-6.

Likebehandlingsprinsippet gjør seg dermed gjeldende i like stor grad for kvalifikasjonskravene, og setter på samme måte ramme for oppdragsgivers vurderinger. Dette ser man særlig i EFTA-domstolens uttalelse. På denne bakgrunn gir likebehandlingsprinsippet rettslig grunnlag for å ilegge oppdragsgiver en undersøkelsesplikt tilknyttet vurderingen av kvalifikasjonskravene.

3 Nødvendigheten av en undersøkelsesplikt

3.1 Introduksjon

I utgangspunktet kan det at likebehandlingsprinsippet utgjør rettslig grunnlag for å ilegge oppdragsgiver en undersøkelsesplikt i seg selv begrunne hvorfor undersøkelsesplikten er nødvendig. Likebehandlingsprinsippet skal sikre at leverandørene konkurrerer på like premisser. Videre bidrar undersøkelsesplikten til at oppdragsgiver kan oppdage tilbud som ikke vil innfris i tråd med oppdragsgivers behov, og reduserer risikoen for at leverandørene oppgir uriktige opplysninger fordi leverandørene vet at det vil kunne fanges opp. Likevel kan det være ressurskrevende for oppdragsgiver å gjennomføre eventuelle undersøkelser. På denne bakgrunn skal oppgaven i kapittel 3 klargjøre nødvendigheten av undersøkelsesplikten gjennom anskaffelsesregelverkets formål, målet med anskaffelsesprosessen og øvrige virkemidler for å oppnå disse.

3.2 Anskaffelsesrettens overordnede formål som utgangspunkt

Betydningen av anskaffelsesregelverket kommer til uttrykk gjennom formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1. Selv om formålsbestemmelsen ikke gir grunnlag for rettigheter og plikter, danner det rammeverket for tolkning av reglene.⁷⁷ Formålet er i norsk rett definert i første punktum som å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser». Reglene skal sikre at offentlige oppdragsgivere anskaffer varer og tjenester på en mest mulig hensiktsmessig måte.⁷⁸ Dette innebærer at oppdragsgivers behov skal ivaretas uten at det går på bekostning av leverandørene i markedet eller er svært ressurskrevende.

Formålet med det norske regelverket må sees på bakgrunn av formålet med det europeiske anskaffelsesregelverket, særlig for anskaffelser over EØS-terskelverdi.⁷⁹ Også i anskaffelsesdirektivet er det lagt til grunn at regelverket skal sikre effektiv utnyttelse av ressursene.⁸⁰ Hva

⁷⁷ Dragsten (2013) s. 53.

⁷⁸ Buan og Thue (2021) note 2 til anskaffelsesloven.

⁷⁹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 38.

⁸⁰ Anskaffelsesdirektivets fortale premiss to. Også lagt til grunn i generaladvokatens uttalelser i Opinion of Advocate General Jacobs i sak C-19/00 avsnitt 33.

som utgjør det konkrete formålet med det europeiske anskaffelsesregelverket har vært diskutert i litteraturen.⁸¹ Både behovet for å skape reell konkurranse og sikre et indre marked er fremhevet som sentrale mekanismer.⁸² Uenigheten i litteraturen om hva som utgjør det endelige formålet med regelverket synes begrunnet i et skille mellom formål og virkemiddel. Det som utgjør virkemiddel for noe, vil kunne ha funksjon som formål for et underordnet virkemiddel. Enkelte forfattere argumenterer for at formålet med anskaffelsesregelverket er konkurranse, mens andre legger til grunn at formålet er å skape et indre marked, der konkurranse er et virkemiddel for å oppnå formålet.⁸³

For denne oppgaven er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på diskusjonen om hva som utgjør formålet med anskaffelsesregelverket. Det fremgår uttrykkelig av anskaffelsesdirektivet artikkel 67 (4) at evalueringsprosessen skal sikre konkurranse. Av hensyn til oppgavens omfang legges det til grunn at det relevante formålet er å sikre reell konkurranse, med forbehold om at det igjen kan tjene som virkemiddel for å sikre et indre marked i tråd med EU-rettens overordnede formål.⁸⁴ Likebehandlingsprinsippet er ansett som det viktigste prinsippet for å sikre en velfungerende konkurranse.⁸⁵ Undersøkelsesplikten skal være et virkemiddel for å legge til rette for effektive anskaffelser der man sikrer reell konkurranse.

3.3 Målet om å identifisere det beste tilbudet

For å sikre reell konkurranse må oppdragsgiver gjennom anskaffelsesprosessen identifisere det beste tilbudet.⁸⁶ Dette innebærer at oppdragsgiver må likebehandle leverandørene gjennom å foreta en objektiv sammenligning av tilbudene. For å effektivt kunne sammenligne tilbudene må oppdragsgiver kunne vurdere riktigheten av de opplysninger som foreligger.⁸⁷ I motsatt fall risikerer oppdragsgiver å evaluere tilbud med uriktige opplysninger, noe som kan medføre at

⁸¹ Strømsnes (2021) kapittel 2.3.1.

⁸² Anskaffelsesdirektivets fortale premiss en.

⁸³ Se nærmere om skillet mellom formål og virkemidler i Strømsnes (2021) kapittel 2.3.1 fotnote 72, som redegjør for ulike teoretikers synspunkt. Strømsnes argumenterer for at det er formålet om et indre marked som har best rettskildemessig støtte. De teoretiske diskusjonene viser at det ikke bare er uenigheter om hva som er anskaffelsesrettens formål, men også skillet mellom formål og virkemidler. Det som i noen tilfeller anses som virkemiddel, igjen kan tjene som formål for andre underliggende momenter. Hva som anses som formålet vil dermed avhenge av hvilket «nivå» man foretar vurderingen på.

⁸⁴ TFEU artikkel 26 (2).

⁸⁵ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

⁸⁶ HR-2019-1801-A (97).

⁸⁷ E-16/16 (122).

det valgte tilbudet ikke er det beste. Undersøkelsesplikten skal på den måten legge til rette for at oppdragsgiver identifiserer det beste tilbudet.

Betydningen av undersøkelsesplikten for å identifisere det beste tilbudet kan vises gjennom et eksempel. I en av anbudskonkurransen om vintervedlikehold, kom oppdragsgiver etter opprinnelig tildeling til at opprinnelig valgte leverandør ikke innfridde kvalifikasjonskrav om gjennomføringsevne når sjåføren var uføretrygdet, og omgjorde av den grunn egen tildeling.⁸⁸ Oppdragsgiveren hadde imidlertid ikke kontrollert om det reelt sett svekket gjennomføringsevnen, og KOFA konkluderte med at omgjøringen var i strid med regelverket. Videre ble det påpekt at en undersøkelse ville bekrefte at tilbudet innfridde kvalifikasjonskravene. Saken viser hvordan undersøkelsesplikten kan bidra til å oppnå målsetningen om å identifisere det beste tilbudet gjennom verifisering av opplysningenes riktighet.

3.4 Sammenhengen til reglene om dokumentasjonskravenes utforming

Som kapittel 2.3.2 viser, inneholder anskaffelsesforskriften uttrykkelige regler som pålegger oppdragsgiver å stille dokumentasjonskrav. Uttalelser fra *Fosen-Linjen* og *Lyreco* viser at dokumentasjonskravene må utformes på en måte som legger til rette for å kontrollere at tilbudene samsvarer med konkurransegrunnlaget. Ved å kreve at dokumentasjonskravene må være egnet til å foreta kontroll, får oppdragsgiver muligheten til å sikre at opplysningene er riktige.

Dersom oppdragsgiver ikke har en plikt til å gjennomføre undersøkelsen, risikerer man at oppdragsgiver kan se bort ifra eventuelle uriktigheter uten konsekvenser. I så fall vil reglene om dokumentasjonskravenes utforming kunne miste sin funksjon. Dette ser man blant annet i argumentasjonen til Arrowsmith når hun legger til grunn at det vil være like store brudd på likebehandlingsprinsippene å ikke gjennomføre kontrollen, som å ikke ha mulighet til å kontrollere opplysningene.⁸⁹ Selv om krav til dokumentasjonskravenes utforming er en nødvendig betingelse, er det verken tilstrekkelig for å identifisere det beste tilbudet eller for å sikre reell konkurranse. En ytterligere konkretisering følger av anskaffelsesdirektivets bestemmelse om undersøkelsesplikten. Reglene om dokumentasjonskrav har ikke en reell betydning med mindre man kan ilegge oppdragsgiver en plikt til å gjennomføre undersøkelsen. For å realisere effekten av kravene og oppnå formålet, er det behov for å ilegge oppdragsgiver en undersøkelsesplikt.

⁸⁸ KOFA-2013/119.

⁸⁹ Arrowsmith (2014) s. 772. Tidligere omtalt i kapittel 2.2.

3.5 Forholdet til oppdragsgivers regulering av misligholdsanksjoner

Undersøkelsesplikten er imidlertid ikke den eneste effektiviseringsmekanismen oppdragsgiver har. Som nevnt innledningsvis kan oppdragsgiver påberope seg misligholdsanksjoner dersom en leverandør ikke leverer i tråd med det opprinnelige avtalte. Bruk av misligholdsanksjoner skal sikre at partenes interesser i tråd med avtalen ivaretas til tross for avvikende innfrielse, og dermed minimere et potensielt tap. I tillegg har det en preventiv funksjon ved at partene ønsker å innfri i tråd med det avtalte. Regulering og bruk av misligholdsanksjoner dreier seg dermed hovedsakelig om å gjenopprette og forhindre avvik i partenes ytelser.

På en side kan misligholdsanksjoner ivareta oppdragsgivers interesser, ved at man sikres rettigheter ovenfor leverandøren som ikke innfrir i tråd med det avtalte. Strenge misligholdsanksjoner kan også oppmuntre en leverandør til å inngi riktige opplysninger. En konsekvens av at oppdragsgiver stiller strenge krav er dermed at oppdragsgiver legger til rette for at leverandøren oppgir riktig informasjon og tilbudenes troverdighet øker.

På den andre siden har Høyesterett uttalt at misligholdsanksjoner vil «ha indirekte – og usikre – effekter på tilbudet».⁹⁰ At misligholdsanksjoner i seg selv ikke er tilstrekkelig effektiviseringsmekanisme for å identifisere det beste tilbudet er lagt til grunn i *Lyreco*, uten at tingretten gikk nærmere inn på den konkrete vurderingen.⁹¹ Selv om misligholdsanksjoner kan oppmuntre leverandører til å inngi riktig tilbud, utgjør det altså en begrenset kontrollmekanisme ved evalueringen. Videre er det ved anbudskonkurranser oppdragsgiver som legger føringene for hva som skal anskaffes. Av den grunn har oppdragsgiver behov for en ytterligere kontrollmekanisme for at det faktisk kan innfris.

Den begrensede effekten av misligholdsanksjoner ble påpekt i en avgjørelse fra KOFA etter en konkurranse om inngåelse av rammeavtale om leie av anleggsmaskiner, utstyr og mannskap. Der uttalte klagenemnda at selv om oppdragsgiver er beskyttet av regler tilknyttet misligholdsbeføyelser, vil oppdragsgiver «likevel ha plikt til å kontrollere opplysningene i leverandørens tilbud dersom det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning til dette».⁹²

⁹⁰ HR-2019-1801-A (97-98) med henvisning til E-16/16.

⁹¹ TOSL-2021-100376.

⁹² KOFA-2022/1795 (21-22).

Den konkrete vurderingen kom ikke på spissen, men uttalelsen viser nødvendigheten av undersøkelsesplikten.

Selv om det finnes virkemidler utover undersøkelsesplikten som skal bidra med å sikre reell konkurranse, gir ikke disse tilstrekkelig sikkerhet for at oppdragsgiver identifiserer det beste tilbudet. Dette fremhever nødvendigheten av å pålegge oppdragsgiver en undersøkelsesplikt for å sikre at evalueringene gjøres på riktig grunnlag og oppnå formålet om reell konkurranse.

4 Når inntre oppdragsgivers undersøkelsesplikt i norsk rett?

4.1 Det rettslige utgangspunktet

For at undersøkelsesplikten skal ha en reell effekt krever det ensartet praktisering uavhengig av hvem oppdragsgiver er, hva som skal anskaffes og hvilke leverandører som inngir tilbud. Det må derfor klargjøres hva som skal til for at plikten inntre. Gjennom spørsmålet om det foreligger «spesiell foranledning for kontroll»⁹³ legges det i norsk praksis opp til at det må være en ekstraordinær situasjon, likevel så det er en skjønnsmessig vurdering. Som vist i kapittel 2 er det likebehandlingsprinsippet som utgjør det rettslige grunnlaget for undersøkelsesplikten i norsk rett. Det innebærer at plikten kan inntre dersom det er en risiko for at leverandørene vil konkurrere på ulike premisser.

Selv om likebehandlingsprinsippet og vurderingstemaet fra praksis gir visse indikasjoner på når plikten inntre, gir de ikke klare holdepunkter som oppdragsgiver kan innrette seg etter for hvor mye som skal til. I forlengelsen av at regelen har sitt utspring fra anskaffelsesdirektivet kan dette tjene som tolkningsbidrag. Det fremgår av bestemmelsen at oppdragsgiver kun skal foreta kontroll «in case of doubt».⁹⁴ Kravet om tvil setter en minimumsterskel som avgrenser oppdragsgiver fra å måtte foreta undersøkelser i enhver konkurranse.⁹⁵ Utover det gir ikke direktivet nærmere tolkningsbidrag for hva som utgjør en tilstrekkelig tvil. For å sikre sammenheng i regelverket kan det imidlertid ikke omfatte tvil som oppstår på grunn av feil eller uklarheter i tilbudet, som er regulert gjennom avklaringsreglene.⁹⁶

⁹³ LB-2016-65693.

⁹⁴ Anskaffelsesdirektivet artikkel 67 (4) 3. punktum.

⁹⁵ Semple (2021) s. 718. Tilsvarende Arrowsmith (2014) s. 773.

⁹⁶ Anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 3. Fremgår av anskaffelsesforskriften § 23-5. Omtalt i kapittel 1.3.

Utover at det må foreligge en form for tvil, gir ikke anskaffelsesdirektivet veiledning om hva som skal til for at undersøkelsesplikten realiseres. I forlengelsen av at det må foreligge tvil oppstår spørsmålet om hvor stor grad av tvil som kreves. For å sikre enhetlig praktisering av plikten, må oppdragsgivere forholde seg til samme utgangspunkt. I det følgende skal derfor terskelen for når plikten inntre analyseres.

4.2 Hvor stor grad av tvil må foreligge?

Hvor stor grad av tvil som må foreligge kan gi en indikasjon på når plikten inntre. I forlengelsen av likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 og målet om å identifisere det beste tilbudet, kan det argumenteres for at plikten inntre ved enhver form for tvil. Dette skyldes at oppdragsgiver risikerer å behandle leverandørene ulikt også der det kun foreligger en liten grad av tvil. EFTA-domstolen har i *Fosen I* imidlertid lagt til grunn at det vil være i strid med forholdsmessighetsprinsippet å kreve undersøkelse av enhver tvil.⁹⁷ At det må kreves et visst minimum av tvil før plikten inntre, synes også å være i tråd med at oppdragsgiver skal utnytte samfunnets ressurser effektivt.⁹⁸ Oppdragsgiver vil ved kontroll av opplysninger måtte bruke tid- og ressurser på forhold som det egentlig er tilbyder som har ansvar for.

På den andre siden kan en undersøkelse motvirke avvisning eller bruk av misligholdsbeføyelser, samt sikre at anskaffelsen optimaliseres i tråd med oppdragsgivers behov. Videre sikrer det at oppdragsgiver praktiserer reglene ensartet ovenfor alle leverandørene som inngir tilbud. Dette tilsier at det kan være i oppdragsgivers interesser å foreta undersøkelser tidlig, og underbygger argumentet om at plikten skal inntre også ved en liten grad av tvil.

Arrowsmith legger til grunn at det i hovedsak er opp til oppdragsgiver å bestemme om man vil gjennomføre verifisering,⁹⁹ noe som innebærer at det kan variere hvor stor grad av tvil som er nødvendig for at plikten inntre. Fordelen med at oppdragsgiver har et vidt skjønn er at det åpner for en konkret vurdering av om en kontroll faktisk er nødvendig. Ulempen er at det gir mulighet for å unngå å undersøke et tilfelle som burde vært kontrollert. I forlengelsen av oppdragsgivers skjønn legger hun imidlertid til at oppdragsgiver, ved å stille krav som kan kontrolleres, i større grad blir oppmerksom på behovet for kontroll.¹⁰⁰ Det kan argumenteres for at når

⁹⁷ E-16/16 (122). Se også Arrowsmith (2014) s. 772.

⁹⁸ Anskaffelsesdirektivets fortale nummer 2. Fremgår av anskaffelsesloven § 1.

⁹⁹ Arrowsmith (2014) s. 773.

¹⁰⁰ Arrowsmith (2014) s. 773.

en oppdragsgiver blir mer oppmerksom på dette, vil terskelen for at plikten inntre bli lavere. Konkretisering av plikten i direktivet kan ha bidratt til å senke terskelen for hvor stor grad av tvil som kreves.

Som nevnt kan andre lands praksis der direktivet tolkes gi tolkningsbidrag.¹⁰¹ Etter den danske anskaffelsesloven inntre oppdragsgivers undersøkelsesplikt ved «tvivlstilfælde».¹⁰² I dansk litteratur fremgår det at det er uten betydning om tvilen er begrunnet eller åpenbar.¹⁰³ Synspunktet indikerer at enhver tvil vil kunne åpne for en undersøkelsesplikt. En så lav terskel synes imidlertid være i strid med de nevnte uttalelser fra EFTA-domstolen i *Fosen I*.

Uttalelsene fra dansk litteratur legger tilsynelatende til grunn en lavere terskel enn den tidligere praktiseringen til den danske klagenemnda. Der har det vært uttalt at oppdragsgiver kun må kontrollere der «tilbuddet åbenlyst [er] fejlbehæftet (...)».¹⁰⁴ Ordet «åbenlyst» indikerer at det må foreligge stor grad av tvil før undersøkelsesplikten inntre og minner om vurderingen KOFA har oppstilt om at det kreves et særlig forhold.¹⁰⁵ Uttalelsen fra den danske klagenemnda viser hvordan det tidligere har vært praktisert en høy terskel i dansk rett.

En konsekvens av å kreve en høy grad av tvil gjennom åpenbare feil er likevel at man risikerer at oppdragsgivere får en svært vid skjønnsmargin for når undersøkelsesplikten inntre, noe som kan skape risiko for reell forskjellsbehandling av tilbyderne.¹⁰⁶ Forskjellsbehandlingen kan skje ubevisst, men det kan også medføre at oppdragsgivere bevisst holder seg uvitende om leverandørenes uriktige opplysninger.¹⁰⁷ Dette underbygger behovet for at plikten inntre ved en lavere grad av tvil.

Også den svenske lovgivningsmyndigheten har inntatt kravet til effektiv kontroll i sitt anskaffelseslovverk, der plikten inntre dersom det «finns anledning».¹⁰⁸ Isolert tilsier ordlyden at det er relativt lite som skal til for at plikten til å kontrollere opplysninger inntre. Det samme

¹⁰¹ Se kapittel 1.4.

¹⁰² Udbudsloven § 164 nummer 2.

¹⁰³ Andersen og Jespersen (2016) s. 336.

¹⁰⁴ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 17/00712, 2017 s. 16-17. Se tilsvarende formuleringer i J.nr.:17/00374, 2017.

¹⁰⁵ Vurderingstemaet fra KOFA-praksis er omtalt i kapittel 4.1.

¹⁰⁶ Fabricius (2017) s. 649.

¹⁰⁷ Fabricius (2017) s. 650.

¹⁰⁸ Lag om offentlig upphandling kapittel 16 § 2 (3).

fremgår av den svenske lovkommentaren, der det er lagt til grunn at bestemmelsen i den svenske loven gjennomfører direktivet, og gir uttrykk for likebehandlingsprinsippet.¹⁰⁹

Til tross for at det i norsk praksis synes å ha vært praktisert en relativt høy terskel, tilsier de grunnleggende prinsippene sammen med tolkning av direktivets regulering at undersøkelsesplikten inntreer ved en relativt lav grad av tvil. Selv om terskelen setter en viss retningslinje for oppdragsgivers praktisering, skaper det fortsatt mulighet for variasjoner. På denne bakgrunn skal det i det følgende sees nærmere på hvilke forhold som kan aktualisere undersøkelsesplikten etter norsk rett. Oppgaven vil fokusere på tildelingskriteriene i kapittel 4.3 og kvalifikasjonskravene i kapittel 4.4. Avgrensingen gjøres fordi tildelingskriteriene er avgjørende i oppdragsgivers evaluering av hva som utgjør det beste tilbudet og kvalifikasjonskravene stilles for å sikre oppdragsgiver at leverandørene kan innfri det tilbudte. Selv om de to ulike kravene rettes mot ulike forhold, er begge vurderingene relevant for å identifisere det beste tilbudet.¹¹⁰

4.3 Hvilke forhold kan aktualisere undersøkelsesplikten tilknyttet evalueringen av tildelingskriteriene i norsk rett?

4.3.1 Behovet for retningslinjer

Selv om gjennomgangen ovenfor viser at rettskildene samlet sett indikerer at det er tilstrekkelig med en relativt liten grad av tvil, er det ikke tilstrekkelig klart til å sikre en ensartet praktisering for når plikten inntreer. For å sikre likebehandling av leverandørene der oppdragsgiver ikke skjønnsmessig avgjør om man vil foreta en undersøkelse, er det behov for nærmere retningslinjer. I det følgende skal derfor hva som konkret aktualiserer undersøkelsesplikten i norsk rett analyseres, basert på omstendigheter tilknyttet den konkrete evalueringen.

4.3.2 Betydningen av konkurransegrunnlagets utforming og øvrige krav

Oppdragsgiver kan sikre reell konkurranse og minimere risikoen for å foreta skjønnsmessige vurderinger gjennom å utforme konkurransegrunnlaget på en måte som gjør at leverandører oppfatter det likt. Dersom leverandørene oppfatter kriteriene likt, vil det kunne bidra til mindre variasjoner i leverandørenes besvarelser. Hvordan konkurransegrunnlaget som helhet er utformet kan dermed være av betydning for når undersøkelsesplikten inntreer.

¹⁰⁹ Ulfsdotter (2020) Kommentar til LOU 16 kap. 2 §.

¹¹⁰ Avgrensingen er nærmere redegjort for i kapittel 1.3.

På denne bakgrunn kan det argumenteres for at manglende regulering av misligholdsanksjoner i kontrakten medfører at undersøkelsesplikten lettere inntreer fordi oppdragsgiver får et økt kontrollbehov.¹¹¹ Dersom det ikke foreligger strenge misligholdsanksjoner er det ikke sikkert leverandøren har det samme incentivet til å oppgi korrekte opplysninger, og oppdragsgiver er dermed ikke beskyttet mot en ufullstendig levering fra leverandøren. Manglende regulering av misligholdsanksjoner kan påvirke leverandørens utforming av tilbud, noe som styrker behovet for en undersøkelse. Motsatt kan en grundig regulering av misligholdsanksjoner tilsi at undersøkelsesplikten ikke inntreer. Det må likevel innvendes at hvorvidt det er regulert misligholdsanksjoner kun gir en etterfølgende sikkerhet for oppdragsgiver. Det er dermed av liten betydning for identifisering av det beste tilbudet.¹¹²

Et annet forhold som aktualiseres i sammenheng med konkurransegrunnlaget er utformingen av dokumentasjonskravene. Der oppdragsgiver har stilt konkrete dokumentasjonskrav vil det være lettere for leverandørene å gi tilbud som ikke er egnet til å skape tvil. Annerledes kan det være der oppdragsgiver stiller dokumentasjonskrav som er vanskelig å besvare. Dette kan illustreres gjennom *Fosen-Linjen*, der innfrielsen av tildelingskriteriet miljø i begrenset grad kunne overprøves.¹¹³ Domstolen gikk ikke nærmere inn på den konkrete vurderingen fordi det ikke var satt på spissen når saken gikk for Høyesterett. Likevel er det et eksempel på at det i enkelte anskaffelser brukes tildelingskriterier som ikke fullstendig kan overprøves gjennom dokumentasjonskravene som er stilt. Oppdragsgiver trenger da ytterligere informasjon for å kunne evaluere tilbudene tilstrekkelig. I slike tilfeller vil oppdragsgivers undersøkelsesplikt lettere aktualiseres fordi leverandørene har mer valgfrihet i beskrivelsen. Siden oppdragsgiver har ansvar for utforming av kravene, vil det være rimelig å ilegge oppdragsgiver en undersøkelsesplikt.

Situasjonen nevnt ovenfor må imidlertid adskilles fra der oppdragsgiver har stilt kriterier som ikke kan overprøves i det hele tatt, fordi det er i strid med anskaffelsesretten.¹¹⁴ I så fall er det kriteriene som er i strid med anskaffelsesregelverket, og spørsmålet om undersøkelsesplikten aktualiseres ikke.

¹¹¹ Trygstad (2020) s. 161 med henvisning til HR-2019-1801-A. Merk imidlertid at Høyesterett modifierer sitt eget utgangspunkt, og påpeker at det å bare regulere gjennom misligholdsanksjoner ikke vil være tilfredsstillende, avsnitt 98. Videre går ikke Høyesterett nærmere inn på problemstillingen.

¹¹² HR-2019-1801-A (97), nærmere omtalt i kapittel 3.5.

¹¹³ HR-2019-1801-A (99). Omtalt i Trygstad (2020) s. 162.

¹¹⁴ HR-2019-1801-A (90) med henvisning til E-16/16.

For å sikre effektive anskaffelser er det imidlertid viktig for oppdragsgiver å kunne stille relevante tildelingskriterier. I den forbindelse kan det påpekes at EU-domstolen har ansett det tilstrekkelig at kriteriene sannsynligvis er riktige,¹¹⁵ noe som muliggjør bruk av tildelingskriterier som evalueres etter en fremtidig, estimert utvikling. Det ovennevnte innebærer at man må skille mellom kriterier som ikke kan overprøves i det hele tatt og kriterier som ikke *fullstendig* kan overprøves. For sistnevnte tilsier hensynet til effektive anskaffelser at kriteriene kan aksepteres under forutsetning om at oppdragsgiver må undersøke riktigheten av opplysningene.¹¹⁶ Dette viser også hvorfor det ikke er tilstrekkelig å ha dokumentasjonskrav som muliggjør kontroll uten å pålegge oppdragsgiver en kontrollplikt.¹¹⁷

4.3.3 Betydningen av innholdet i andre innkomne tilbud

Videre vil oppdragsgiver som regel motta tilbud fra flere leverandører ved en anbudskonkurranse. Oppdragsgiver kan derfor bli påvirket av forskjeller mellom tilbudene. I lagmannsrettens kjennelse om midlertidig forføyning i tilknytning til *Fosen-Linjen* hadde oppdragsgiver unnlatt å etterprøve tildelingskriteriet om drivoljeforbruk hos vinnende tilbyder.¹¹⁸ Retten påpekte at når ulike tilbud hadde oppgitt forskjell i drivoljeforbruk på tjue prosent, skulle oppdragsgiver undersøkt tilbudenes innhold grundigere. Isolert tilsier uttalelsen at man kan fastsette en konkret terskel i avvik der undersøkelsesplikten alltid vil inntre.

Et annet eksempel på forholdet til innholdet av øvrige tilbud fremgår av en KOFA-sak.¹¹⁹ I en åpen anbudskonkurranse om levering av VA- og VVS-produkter, fikk oppdragsgiver en klage om at to av kjøretøyene som valgte leverandør hadde oppgitt var avregistrert og skulle gitt poengtrekk. Klagenemnda la til grunn at valgte leverandør ikke hadde oppnådd en fordel ved å oppgi de aktuelle kjøretøyene, og påpekte at til tross for at det var avvik mellom tilbudene, ga ikke dette i seg selv grunnlag for å ilegge oppdragsgiver en undersøkelsesplikt.¹²⁰ Saken

¹¹⁵ C-19/00. Lagt til grunn i Trygstad (2017) s. 233.

¹¹⁶ Se likevel Arrowsmith (2014) s. 773 som stiller spørsmål ved om bestemmelsen i direktivet i det hele tatt åpner for at oppdragsgiver kan anvende kriterier som ikke kan overprøves fullstendig. Dersom dette synspunktet legges til grunn, vil bruken av kriteriene som også kun delvis kan verifiseres være i strid med regelverket, og undersøkelsesplikt aktualiseres ikke.

¹¹⁷ Nærmere argumentert for i kapittel 3.4.

¹¹⁸ LF-2014-32160.

¹¹⁹ KOFA-2022/652.

¹²⁰ KOFA-2022/652 (40-42). Se tilsvarende i KOFA-2020/802.

nyanserer uttalelsene fra lagmannsretten ved at avvik mellom de inngitte tilbudene ikke alltid aktualiserer undersøkelsesplikten.¹²¹ En sammenligning av lagmannsrettens avgjørelse og den nevnte KOFA-saken viser en forskjell ved at avviket i KOFA-saken omfattet en del av tilbudet som ikke ga uttelling i evalueringen. Formålet med undersøkelsesplikten er å underbygge opplysningens troverdighet og dermed identifisere det beste tilbudet. Dette vil ikke bli satt på spissen dersom avviket skyldes en del som ikke blir evaluert, og tilsier at undersøkelsesplikten ikke burde realiseres. Forskjellen i konklusjonen av de to sakene synes dermed rimelig.

De ovennevnte sakene viser at store avvik mellom de innkomne tilbud, kan gi oppdragsgiver undersøkelsesplikt. Dette vil likevel kun aktualiseres der avviket er tilknyttet forhold av betydning for poengangivelsen, noe som indikerer at det ikke er avviket i seg selv som er avgjørende.

4.3.4 Etterfølgende klage eller innvending fra annen tilbyder

Uavhengig av hvordan konkurransegrunnlag og øvrige tilbud er utformet kan andre be om innsyn i tilbudene etter reglene i offentleglova.¹²² For eksempel kan en tilbyder be om innsyn etter tildeling og klage på oppdragsgivers beslutning. En slik klage kan etablere tvil om opplysningens riktighet og kan iverksette undersøkelsesplikten.

Betydningen av etterfølgende klager har kommet på spissen i flere saker. I en konkurranse om utbygging av veiparsell hadde oppdragsgiver fått inn klage på tildelingen, begrunnet med at valgte leverandørs fremdriftsplan var urealistisk.¹²³ Lagmannsretten la til grunn at selv om klagen kunne gi oppfordring til å undersøke opplysningene, var den ikke tilstrekkelig konkret til å utløse undersøkelsesplikten. Det samme ble lagt til grunn i en avgjørelse fra KOFA der klagenemnda la til grunn at en klage begrunnet i urealistiske opplysninger, ikke var tilstrekkelig til å aktualisere undersøkelsesplikten.¹²⁴ Uttalelsene indikerer et krav om at klagene må inneholde en viss begrunnelse for at undersøkelsesplikten vil realiseres.

I en annen anbudskonkurranse der det skulle anskaffes rammeavtale på ulike bord og stoler, påklagde en leverandør oppdragsgivers beslutning med henvisning til opplysninger som

¹²¹ Merk likevel at uttalelser fra KOFA er av mindre rettkildevekt enn lagmannsretten.

¹²² Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd av 19.05.2006 nr. 16 jf. anskaffelsesforskriften § 7-3.

¹²³ LB-2016-65693.

¹²⁴ KOFA-2021/21 (49).

fremgikk av leverandørens servicemaler.¹²⁵ Klagenemnda la til grunn at selv om tilbudet i utgangspunktet fremsto som utfylt i tråd med konkurransegrunnlaget, burde oppdragsgiver i etterkant av klagen foretatt nærmere undersøkelser av opplysningene. Blant annet ble det lagt vekt på at klagen var konkret utformet.

Det samme er også lagt til grunn i en anbudskonkurranse om juridiske tjenester, der KOFA påpekte at det ikke var før oppdragsgiver mottok klagen at man fikk en «klar foranledning til å undersøke om opplysningene i tilbudet til [valgte leverandør] er feilaktige.»¹²⁶ Uttalelsen viser hvordan oppdragsgiver i utgangspunktet kan ha handlet rettmessig, men at etterfølgende forhold kan realisere undersøkelsesplikten. Dersom oppdragsgiver ikke følger opp dette, vil det foreligge brudd på regelverket.

En sammenligning av sakene viser at klagen må være tilstrekkelig konkret for å realisere undersøkelsesplikten. At klagen må være begrunnet for å aktualisere undersøkelsesplikten har også vært lagt til grunn i flere saker fra den danske klagenemnda.¹²⁷ Den samstemte praktiseringen underbygger relevansen av argumentet om at ikke enhver klage kan realisere undersøkelsesplikten. En begrunnet innvending fra en annen tilbyder vil imidlertid kunne gjøre oppdragsgiver oppmerksom på informasjon som man ikke hadde kjennskap til før klagen kom. Leverandører har ofte bedre kunnskap om kontraktsgjenstanden, og begrunnelsen kan gi en reell oppfordring om å undersøke forholdet. Kravet må sees i sammenheng med forholdsmessighetsprinsippet. Dersom enhver innvending skulle iverksatt undersøkelsesplikten, ville det medført en betydelig belastning for oppdragsgiver. En slik praktisering vil være i strid med formålet om effektiv ressursutnyttelse.

4.3.5 Forhold ved oppdragsgiver

Hva med situasjonen der oppdragsgiver er kjent med konkrete forhold som gir grunn til å betvile riktigheten av opplysningene i tilbudet, eller vet at produktet som tilbys kun selges av en leverandør med enerett?¹²⁸ Situasjonene minner om der oppdragsgiver får inn en klage av en annen leverandør, likevel så det er oppdragsgiver selv som har kunnskap som skaper tvil om

¹²⁵ KOFA-2012/62. Innvendingen gjaldt oppgitt setehøyde på stol, se særlig (56).

¹²⁶ KOFA-2015/53 (57).

¹²⁷ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 18/04069, 2019 s. 21 og J.nr.: J.17/01319, 2017 s. 21-22. Se kapittel 1.4 for nærmere redegjørelse om relevansen av annen nasjonal rett.

¹²⁸ Eksemplene er hentet fra Trygstad (2017) s. 157, som argumenterer for at tilfellene kan aktualisere plikten.

opplysningenes riktighet. Så lenge oppdragsgivers egne kunnskap er konkret nok, burde en slik tvil realisere undersøkelsesplikten i lik grad som der en annen tilbyder klager.

I forlengelsen av dette har noen forfattere tatt til orde for at terskelen er lavere dersom oppdragsgiver er fagkyndig på det aktuelle området.¹²⁹ Argumentet synes å være basert på at en fagkyndig oppdragsgiver oftere har kunnskap til konkrete forhold som kan iverksette plikten.

Synspunktet kan likevel kritiseres. Dersom man legger opp til at forhold ved oppdragsgiver skal ha betydning, vil tilbudets innhold risikere å bli sekundært opp mot hvem oppdragsgiver er. I tillegg ville det etablert en praksis der det lønner seg for oppdragsgivere å ha innkjøpere som er mindre kvalifiserte fordi det da skal mer til før plikten inntre. Dette ville medført mindre effektive anskaffelser fordi kvaliteten på anskaffelsen risikerer å bli lavere. Hvorvidt oppdragsgiver har mye kunnskap om et område, er i realiteten ikke avgjørende for om opplysningene er egnet til å skape tvil. Dette tilsier at det ikke er avgjørende *hvem* oppdragsgiver er, men om vedkommende besitter *kunnskap som skaper en tilstrekkelig tvil* om riktigheten av det tilbudte.

Et lignende tilfelle er der anskaffelsesgjenstanden eller forhold tilknyttet en leverandør er generelt omtalt i media, slik at oppdragsgiver potensielt kan kjenne til opplysningene. Generell medieomtale er i litteraturen ansett som for vagt til å realisere undersøkelsesplikten.¹³⁰ Argumentet synes rimelig. Dersom en generell medieomtale er tilstrekkelig vil oppdragsgiver aktivt måtte søke informasjon om anskaffelsesgjenstanden for å ikke risikere å bryte med undersøkelsesplikten, noe som ville vært svært ressurskrevende. Situasjonen kan sammenlignes med der oppdragsgiver får generelle innvendinger mot valgte leverandørs tilbud. I tråd med forholdsmessighetsprinsippet vil generell medieomtale ikke aktualisere undersøkelsesplikten.

4.3.6 Samlede betraktninger om når undersøkelsesplikten inntre

Til tross for at oppdragsgiver kan utøve et stort skjønn i vurderingen av om undersøkelsesplikten inntre, kan det fastsettes noen retningslinjer som sikrer mest mulig ensartete vurderinger. Utgangspunktet er at der det er begrunnet tvil om påliteligheten av tilbudets opplysninger vil oppdragsgivers undersøkelsesplikt inntre. Det er forhold ved de konkrete tilbudene som aktualiserer plikten, ikke oppdragsgiver. For at oppdragsgiver skal ha en undersøkelsesplikt må det

¹²⁹ Andersen og Jespersen (2016) s. 338.

¹³⁰ Andersen og Jespersen (2016) s. 338.

altså være konkrete forhold som påvirker troverdigheten av de innsendte opplysningene. Dette ser man for eksempel ved at avvik mellom tilbud i seg selv ikke er nok til å realisere plikten.

4.4 Er det noen forskjeller ved vurderingen av kvalifikasjonskrav?

Vurderingene som fremgår av kapittel 4.3 viser at hvorvidt undersøkelsesplikten inntreffer, avhenger av opplysningene som fremgår av tilbudene og eventuelle bemerkninger til disse. Kvalifikasjonskravene retter seg mot tilbydernes egenskaper og er minimumskrav som må innfris. Som vist i kapittel 2.4 er det imidlertid ikke et mindre behov for å sikre opplysningenes troverdighet i forbindelse med kvalifikasjonskravene. I forbindelse med vurderingen er det avgjørende for oppdragsgiver at tilbyder har evne og ressurser til å innfri. Hva som utgjør det beste tilbudet avhenger dermed ikke bare av oppfyllelsen av tildelingskriteriene, men også at leverandøren er egnet. For å vurdere dette må leverandørene vurderes på samme, objektive grunnlag. Dette tilsier at det er de samme forholdene som kan realisere undersøkelsesplikten.

Kvalifikasjonskrav må som hovedregel være innfridd ved tilbudsåpning,¹³¹ likevel så oppdragsgiver kan utsette oppfyllingstidspunktet for å sikre reell konkurranse.¹³² Dette kom på spissen i en sak for KOFA.¹³³ I en anbudskonkurranse om leie av sjøfartøy, ble det stilt dokumentasjonskrav om gyldig fartssertifikat for oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskravet trengte ikke være innfridd før ved kontraktsoppstart og KOFA la til grunn at når innlevert dokumentasjon viste at kravet ikke var oppfylt ved tildeling, skulle oppdragsgiver undersøkt at kravet ville bli innfridd innen fristen.¹³⁴

Det samme spørsmålet ble vurdert i en annen sak, men som fikk et annet utfall. I den tidligere omtalte anbudskonkurransen om leie av anleggsmaskiner, mannskap og utsyr krevdes ikke at leverandørene disponerte utstyret på tildelingstidspunktet.¹³⁵ Oppdragsgiver fikk etter tildeling inn en klage på valgte leverandørs tilbud ikke innfridde kravene i konkurransegrunnlaget. KOFA konkluderte med at det ikke var forhold i beskrivelsen fra valgte leverandør som tilsa at

¹³¹ Dragsten (2013) s. 519.

¹³² Eksempelvis KOFA-2022/616 og KOFA-2017/120 (31).

¹³³ KOFA-2022/616.

¹³⁴ KOFA-2022/616 (37).

¹³⁵ KOFA-2022/1795. Saken gjaldt kontraktskrav som ikke skulle være innfridd på tilbudstidspunktet, og har derfor overføring til situasjonen der kvalifikasjonskrav ikke skal være innfridd før på et senere tidspunkt.

leverandøren ikke ville innfri på det aktuelle tidspunktet. Oppdragsgiver hadde dermed ikke hatt plikt til å undersøke opplysningene.¹³⁶

En sammenligning av de to sakene viser at dersom det er stilt krav som ikke må være innfridd på tildelingstidspunktet, er det avgjørende for om undersøkelsesplikten inntreer hvor godt leverandøren har begrunnet at man vil innfri på det senere tidspunkt.

Ut ifra det ovennevnte kan det legges til grunn at det hovedsakelig er de samme forholdene som aktualiserer undersøkelsesplikten i tilknytning til vurderingen av kvalifikasjonskravene som for tildelingskriteriene. Dersom oppdragsgiver ikke krever oppfyllelse før etter tildeling, og leverandøren på tilbudstidspunkt ikke har innfridd kravet, må tilbyder i tilbudet bevise at kravet vil overholdes innen den aktuelle fristen for at undersøkelsesplikten ikke skal inntre. En ubegrunnet antydning om at kravet vil være innfridd i fremtiden vil derimot kunne realisere undersøkelsesplikten. Sistnevnte kan anses som en utvidelse av forhold som aktualiserer plikten sammenlignet med ved vurderingen av tildelingskriteriene.

4.5 Må undersøkelsesadgangen fremgå av konkurransegrunnlaget?

Dersom det foreligger et forhold som aktualiserer undersøkelsesplikten, skal oppdragsgiver ha mulighet til å undersøke riktigheten av opplysningene i tilbudene. Dette vil bidra til å sikre effektive anskaffelser og at leverandørene har lik mulighet til å vinne frem i anbudskonkurranser. For at denne plikten skal bli realisert og håndhevet, kan det argumenteres for at undersøkelsesplikten foreligger uavhengig av om det fremgår av konkurransegrunnlaget eller ikke.

På den andre siden påpekte EU-domstolen i *Max Havelaar*¹³⁷:

«The principle of transparency implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the notice or contract documents so that, first, all reasonably informed tenderers exercising ordinary care can understand their exact significance and interpret them in the same way

¹³⁶ KOFA-2022/1795 (24).

¹³⁷ C-368/10. Saken gjaldt konkurranse om blant annet levering av kaffe og te, der et spørsmål for domstolene var om oppdragsgivers krav i konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig klart utformet. Sitatet til domstolen har fått stor betydning for hvordan klarhetskravet skal forstås i anskaffelsesretten, også utenfor den konkrete sakens rekkevidde. Uttalelsen anses dermed styrende for hvordan klarhetskravet generelt skal forstås.

and, secondly, the contracting authority is able to ascertain whether the tenders submitted satisfy the criteria applying to the relevant contract (...). »¹³⁸

Klarhetskravet innebærer at alle krav til evalueringen skal komme frem i konkurransegrunnlaget på en tilstrekkelig tydelig måte, for å sikre etterprøvbarhet og likebehandling. Dette tilsier at oppdragsgivers adgang til å foreta kontroll og undersøkelser må fremgå uttrykkelig av konkurransegrunnlaget.

Likevel skal undersøkelsesplikten bidra til å sikre at alle tilbud tilfredsstillter konkurransegrunnlagets krav og at oppdragsgiver finner det beste tilbudet. Dette vil vanskelig kunne oppnås dersom oppdragsgiver er avskåret fra å verifisere opplysninger der adgangen ikke fremgår av konkurransedokumentene. Videre er det problematisk om oppdragsgiver kan unndra seg plikten ved å ikke nevne det i konkurransegrunnlaget. Da vil oppdragsgiver bevisst kunne fravike likebehandlingsprinsippet. Sistnevnte må på bakgrunn av likebehandlingsprinsippet og målet om å identifisere det beste tilbudet synes avgjørende. På denne bakgrunn kan det derfor ikke kreves at undersøkelsesadgangen må fremgå uttrykkelig for å aktualiseres.

5 Hvordan gjennomføre en undersøkelse etter norsk rett?

5.1 Introduksjon

Kapittel 2 har vist at undersøkelsesplikten i norsk rett utledes fra likebehandlingsprinsippet, og kapittel 4 inneholder en vurdering av hva som skal til for at undersøkelsesplikten inntreffer. I det følgende skal hvordan oppdragsgiver kan gjennomføre en tilstrekkelig undersøkelse etter norsk rett analyseres. Av hensyn til effektiv gjennomføring av anskaffelser må oppdragsgiver ha et betydelig skjønn i vurderingen.¹³⁹ Den nærmeste veiledningen for gjennomføringen av undersøkelsen finner man likevel i ordlyden av anskaffelsesdirektivets bestemmelse, som legger til grunn at oppdragsgiver skal

«verify effectively the accuracy of the information and proof provided»¹⁴⁰.

¹³⁸ C-368/10 (109). Klarhetskravet blir av domstolen også begrunnet i prinsippet om gjennomsiktighet. Prinsippet er ikke inntatt i anskaffelsesloven § 4, men anses kumulert av forutberegnelighets- og etterprøvbarhetsprinsippet, jf. Nærings- og Fiskeridepartementet (2018) s. 61.

¹³⁹ Andersen og Jespersen (2016) s. 34. Tilsvarende i Arrowsmith (2014) s. 773.

¹⁴⁰ Anskaffelsesdirektivet art. 67 (4) 3. punktum.

I “verify” ligger det at oppdragsgiver skal forsikre seg om at opplysningene stemmer. Det kan innebære å innhente ytterligere informasjon, men det kan også være tilstrekkelig å se det fullstendige tilbudet i sammenheng. Dersom tilbudet sett i sammenheng oppklarer den potensielle tvilen, vil det nødvendigvis ikke kreves ytterligere handlinger.¹⁴¹ Forholdet skal undersøkes «effectively». Kravet om effektivitet kan vise til mengde ressurser som brukes, men også at man skal søke mest hensiktsmessig form for undersøkelse.

5.2 Hvilke begrensninger setter de grunnleggende prinsippene for gjennomføring av undersøkelsen?

5.2.1 Etterprøvbarehetsprinsippet

Selv om undersøkelsen skal være effektiv må oppdragsgiver ivareta de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene gjennom hele konkurransen, herunder ved gjennomføring av kontrollen. Dette innebærer at prinsippene kan utgjøre både minimumskrav til gjennomføringen og sette en øvre grense for hvor omfattende undersøkelser oppdragsgiver kan utføre. Etterprøvbarehetsprinsippet innebærer imidlertid at oppdragsgivers handlinger skal være mulig å ettergå, uavhengig av hvor omfattende handlinger som gjøres. Det er også uttrykkelig lagt til grunn av KOFA at oppdragsgiver «[må] vise at det er forsvarlig og saklig å legge så [de eksisterende opplysningene] til grunn».¹⁴²

Betydningen av etterprøvbarehetsprinsippet kan vises med et nyere eksempel fra KOFA.¹⁴³ I anbudskonkurransen om oppføring av en høyspentkabel mottok oppdragsgiver klage fra en leverandør etter tildeling om at vedkommende ikke hadde fått uttelling for tildelingskriteriet leveringstid. Leverandøren hadde tilbudt vesentlig raskere gjennomføring enn valgte leverandør, noe som skulle bedømmes under tildelingskriteriet «kvalitet». Oppdragsgiver innvendte at det ikke hadde vært forsvarlig å legge til grunn opplysningene som fremgikk av tilbudet, men hadde ikke kontrollert forholdet. Klagenemnda la til grunn at det å ikke gi uttelling for kriteriet uten nærmere undersøkelser var i strid med regelverket.¹⁴⁴ Oppdragsgiver skulle altså ha utført undersøkelser eventuelt begrunnet hvorfor leverandøren ikke fikk uttelling.

¹⁴¹ E-16/16 (123). Også lagt til grunn i Trygstad (2020) s. 162. Høyesterett har imidlertid med henvisning til forutberegnelighetsprinsippet lagt til grunn at det skal vises tilbakeholdenhet med å vurdere tilbudet som helhet, se HR-2019-1801-A (93).

¹⁴² KOFA-2015/53 (57).

¹⁴³ KOFA-2020/91.

¹⁴⁴ KOFA-2020/91 (52-53).

Etterprøvnbarhetsprinsippet skal sikre at man i ettertid kan sjekke at konkurransereglene har vært fulgt. At oppdragsgiver selv kan velge å ikke stole på opplysninger og avvise leverandørens tilbud uten nærmere undersøkelser eller begrunnelser, fremstår vilkårlig og i strid med etterprøvnbarhetsprinsippet. Konklusjonen til KOFA synes av den grunn rimelig. Hvor omfattende en undersøkelse må være avhenger av hva som vil synes tilstrekkelig ved gjennomgang i etterkant. På den måten setter prinsippet en minimumsgrense for oppdragsgivers undersøkelse.

5.2.2 Forholdsmessighetsprinsippet

Det avgjørende er om opplysningene som fremgår av leverandørens dokumentasjon er troverdige, ikke fullstendig nøyaktige.¹⁴⁵ Hvor nøyaktig opplysningene må være avhenger av den konkrete tvilen som foreligger. Dette viser hvorfor man i noen tilfeller vil kreve en verifisering fra en tredjepart, mens det i andre er tilstrekkelig å innhente en etterfølgende bekreftelse fra leverandøren.¹⁴⁶ Argumentet er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og ivaretar effektivitetskravet som fremgår av direktivbestemmelsen. EFTA-domstolen gikk imidlertid ikke nærmere inn på hva som vil være tilstrekkelig verifisering, slik at saken gir ikke en avklaring for hvor grundig en undersøkelse må være.

Siden den konkrete vurderingen av hva som utgjør en tilstrekkelig undersøkelse ikke kom på spissen for EFTA-domstolen, kan forholdet belyses med et eksempel fra KOFA. Selv om avgjørelsen ikke i seg selv har stor vekt fordi uttalelsen til nemnda er veiledende, utgjør det et eksempel på hvordan forholdsmessighetsprinsippet kan gi utslag i gjennomføringen av undersøkelsen. I konkurransegrunlaget der det skulle anskaffes blant annet medisinsk utstyr og forbruksmateriell, hadde oppdragsgiver satt som krav at produktene man leverte skulle være godkjent av norske helsemyndigheter.¹⁴⁷ Etter tildeling påpekte en av de øvrige tilbyderne at produktene til valgte leverandør ble levert fra Sverige, og dermed ikke kunne ha vært godkjent av norske helsemyndigheter. Oppdragsgiver tok kontakt med valgte leverandør og Mattilsynet og fikk beskjed om at selv om produkter var produsert i et annet land, kunne de likevel være godkjent for bruk i Norge. Når saken kom opp for KOFA ble oppdragsgivers kontroll ansett som

¹⁴⁵ E-16/16 (122). Omtalt i Trygstad (2020) s. 163.

¹⁴⁶ Trygstad (2020) s. 160. Tilsvarende Arrowsmith (2014) s. 773.

¹⁴⁷ KOFA-2016/160. Saken gjaldt verifisering av krav som fremgikk av kravspesifikasjonen, men prinsippet om forholdsmessighet gjelder tilsvarende. Synspunktet har derfor overføring til andre deler av tilbudet.

tilstrekkelig.¹⁴⁸ Saken viser at det er tilstrekkelig at de faktiske omstendigheter fremstår troverdige, uten å være fullstendig sikre.

Et ytterligere eksempel ser man fra den danske klagenemnda.¹⁴⁹ Oppdragsgiver hadde i forbindelse med en konkurranse fått inn en klage om at tilbudet ikke oppfylte kravet om maksimal tålegrense på mobile operasjonsenger som skulle anskaffes, med henvisning til en brukermanual.¹⁵⁰ Den aktuelle manualen inneholdt imidlertid ikke opplysninger som skapte tilstrekkelig tvil om opplysningenes riktighet, og nemnda anså det som tilstrekkelig at opplysningene sannsynligvis stemte. Ut ifra klagenemndas argumenter kan det tenkes at dersom manualen i større grad etablerte en tvil om opplysningenes riktighet, ville oppdragsgiver måtte foretatt grundigere undersøkelser. Saken er et eksempel på hvordan forholdsmessighetsprinsippet begrenset omfanget av oppdragsgivers undersøkelser ved at det avgjørende for omfanget av undersøkelsen avhenger av den konkrete tvilen.

En annen faktor kan også være hvor nærme de ulike leverandørenes tilbud står hverandre ved evalueringen. Dersom det er lite som skiller de ulike leverandørene fra hverandre, vil det være særlig viktig at alle opplysninger er korrekte for å sikre at oppdragsgiver identifiserer det beste tilbudet.¹⁵¹ I et slikt tilfelle vil en uriktig opplysning i større grad kunne være avgjørende for valg av tilbud. På bakgrunn av forholdsmessighetsprinsippet vil man dermed kunne akseptere mer omfattende undersøkelser som kontakt med eksterne tredjepersoner enn der den aktuelle opplysningen er av mindre betydning for valg av tilbud.

De ovennevnte eksemplene viser hvordan forholdsmessighetsprinsippet særlig setter en øvre grense for hvor omfattende undersøkelser som vil kreves. Dette vil redusere mengden ressurser oppdragsgiver må legge ned i undersøkelsene, noe som sikrer en effektiv gjennomføring.

5.2.3 Likebehandlingsprinsippet og forhandlingsforbudet

Selv om forholdsmessighetsprinsippet kan begrense hvor sikker oppdragsgiver må være, kan det argumenteres for at manglende sikkerhet i opplysningene strider med likebehandlingsprinsippet fordi det blir en reell risiko for at oppdragsgiver behandler leverandørene ulikt. Dette er

¹⁴⁸ KOFA-2016/160 (22-23).

¹⁴⁹ Vekten og relevansen av argumentene fra annen nasjonal rett fremgår av kapittel 1.4.

¹⁵⁰ Klagenævnet for Udbud J.nr.17/01319, 2017 s. 21-22.

¹⁵¹ KOFA-2020/91 (52) med henvisning til KOFA-2018/246.

imidlertid avslått av EU-domstolen i *SIAC* og *Wienstrom*. I begge sakene ble det lagt til grunn at kravet til likebehandling ikke stiller krav om fullstendig sikkerhet.¹⁵²

Likevel vil en etterfølgende kontroll kunne skape muligheter for at enkelte leverandører får mulighet til å justere sitt tilbud, mens andre ikke får denne muligheten. Dermed risikeres det at oppdragsgiver ser bort ifra opplysningene i noen tilbud uten nærmere undersøkelser. Dersom oppdragsgiver eksempelvis stiller krav om at leverandørene må dokumentere hvordan utslipp vil være gjennom fremtidige beregninger, vil dette danne utgangspunktet for leverandørens utforming av tilbud. Hvis oppdragsgiver i etterkant av tilbudsåpning ber om ytterligere dokumentasjon for å verifisere beregningene fra en leverandør, vil vedkommende få mulighet til å inngi mer informasjon enn andre leverandører. Dersom ikke alle leverandørene får tilsvarende muligheter vil undersøkelsen kunne stride med likebehandlingsprinsippet, fordi det vil gi den aktuelle tilbyder en ytterligere mulighet til å tilpasse tilbudet etter oppdragsgivers behov.

I den tidligere omtalte anbudskonkurransen om juridiske tjenester fikk oppdragsgiver en klage om at tildelte leverandør ikke hadde oppgitt riktige opplysninger for innfrielse av et tildelingskriterium.¹⁵³ KOFA la til grunn at hvis oppdragsgiver får inn en klage som danner grunnlag for undersøkelse, og oppdragsgiver ikke kontrollerer opplysningene, vil oppdragsgiver ha brutt regelverket uavhengig av hva undersøkelsen medfører.¹⁵⁴

Selv om en uttalelse fra KOFA er av begrenset vekt synes argumentet rimelig. Dersom funnene fra en undersøkelse er avgjørende for hvorvidt oppdragsgiver har brutt regelverket, vil det skape fare for forskjellsbehandling. Forutsatt at undersøkelsesplikten har inntruffet er det en reell risiko for at leverandørene kan bli behandlet og evaluert ulikt. For å sikre sammenheng i regelverket må oppdragsgiver undersøke opplysningene, og enten følge opp eller avfeie tvilen. Dette er også i tråd med etterprøvnbarhetsprinsippet krav til en gjennomiktig prosess.

Dersom det er en reell risiko for ulik behandling, må oppdragsgiver altså foreta undersøkelser, uavhengig av om det ville ført frem i det enkelte tilfelle. På den måten setter likebehandlingsprinsippet også en nedre grense for minimumskrav til gjennomføring av undersøkelsen.

¹⁵² C-19/00 (44) og C-448/01 (47-48).

¹⁵³ KOFA-2015/53.

¹⁵⁴ KOFA-2015/53 (57).

Avslutningsvis kan betydningen av forhandlingsforbudet for gjennomføringen av undersøkelsen nevnes. Forhandlingsforbudet setter grenser mot at tilbud i en anbudskonkurranse kan endres til det bedre etter tilbudsfristen.¹⁵⁵ Siden en undersøkelse kun bekrefter, eventuelt avkrefter, at allerede eksisterende opplysninger stemmer, vil det kunne argumenteres for at tilbudet ikke forbedres gjennom undersøkelsene.¹⁵⁶ Dermed vil forbudet tilsynelatende ikke begrense oppdragsgivers handlingsmuligheter ved gjennomføring av en undersøkelse.

5.3 Nærmere om undersøkelsen ved evaluering av tildelingskriteriene

Sett i sammenheng med forholdsmessighetsprinsippet og formålet om effektiv konkurransegjennomføring, kan det argumenteres for at verifisering av opplysningene må være minst mulig omfattende. Etterprøving av opplysninger relatert til tildelingskriteriene kan skje på flere måter, herunder innhenting av sakkyndige uttalelser om riktigheten i det angitte, verifisering fra leverandøren selv, gjennomgang av ytre opplysninger eller andre former for å sannsynliggjøre det innsendte.¹⁵⁷ Oppdragsgiver må bruke undersøkelsesmetoder som i minst mulig grad griper inn i anskaffelsesprosessen, likevel så det i tilstrekkelig grad ivaretar formålet og sikrer opplysningenes troverdighet. Før iverksettelse av undersøkelsen kan det være hensiktsmessig å kartlegge hva det er som skal verifiseres, hvordan det kan gjøres og hvilke midler man har til rådighet. På den måten vil man sikre at formålet ivaretas uten at det svekker effektiviteten.

I tillegg kan oppdragsgiver begrense omfanget av undersøkelsen ved å ha satt klare dokumentasjonskrav. Hvilke dokumentasjonskrav oppdragsgiver stiller er avgjørende for opplysningene leverandørene inngir og påvirker derfor innholdet av eventuelle undersøkelser. Dokumentasjonskravene er tilknyttet hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver har stilt, som igjen henger sammen med hvilket grunnlag oppdragsgiver skal velge tilbud på. Anskaffelsesforskriften § 18-1 (1) angir en uttømmende opplisting av hvilke grunnlag oppdragsgiver skal velge tilbud etter, herunder «lavest pris», «lavest kostnad» eller «beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet». Ved bruk av pris eller kostnad, vil disse utgjøre eneste relevante tildelingskriterium. Derimot dersom oppdragsgiver skal evaluere etter forholdet mellom pris og kostnad, angir tredje ledd en ikke-uttømmende opplisting av relevante kriterier som kan stilles.

¹⁵⁵ Nærmere omtalt i kapittel 1.3.

¹⁵⁶ Trygstad (2020) s. 163.

¹⁵⁷ LF-2014-32160.

Konkrete kriterier som pris eller kostnad er ofte konstaterbare, noe som gjør at det er mindre variasjoner i hvordan leverandørene forstår kravene. Det vil derfor ofte være enklere å verifisere slike opplysninger for oppdragsgiver, noe som medfører mindre omfattende undersøkelser. Dette tilsier at det skal mindre til for at undersøkelsene oppdragsgiver gjennomfører utgjør tilstrekkelig verifisering enn ved kvalitative kriterier.

Hva som utgjør tilstrekkelig undersøkelse for ulike kvalitative kriterier, vil kunne variere med hvor mye som skal til før kravet innfris. Ved mer objektivt konstaterbare forhold vil det i likhet med «pris» eller «kostnad» skulle mindre til for å verifisere opplysningene. To saker fra KOFA er illustrerende, der det i begge sakene var snakk om tildelingskriterier av typen «kvalitet». I den ene saken ble det lagt til grunn at det ville vært tilstrekkelig for oppdragsgiver å se til en brukerveiledning for å se om opplysningene stemte,¹⁵⁸ mens det i den andre ble satt krav til å få tredjeparts fagkyndige til å vurdere forholdet.¹⁵⁹ Sakene viser at hvor grundige undersøkelser som kreves avhenger av hvilke opplysninger som skal verifiseres. Eksempelvis vil det være av betydning om kriteriene er objektivt målbare som leveringstid, mengde, eller størrelse, eller om det kreves opplysninger som er relatert til mindre konstaterbare forhold som fremtidig forventet utslipp. Ved mindre konstaterbare forhold kan det kreves grundigere undersøkelser for å fastsette riktigheten av opplysningene.

Undersøkelsen av tildelingskriteriene avhenger av hva oppdragsgiver skal basere vurderingen på og hvilke dokumentasjonskrav som er stilt. Ved mer skjønsmessige og mindre konstaterbare krav, vil det kreve grundigere undersøkelser for å verifisere opplysningene. I slike tilfeller kan det argumenteres for at oppdragsgiver har en mer inngående undersøkelsesplikt.

5.4 Gjennomføringen ved vurderingen av kvalifikasjonskravene

5.4.1 Der det kun er bedt om foreløpig dokumentasjonskrav ved ESPD

I utgangspunktet er det tilstrekkelig å etterspørre og innhente utfylt Europeisk egenerklærings-skjema (ESPD) som foreløpig dokumentasjonskrav for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.¹⁶⁰ At oppdragsgiver i utgangspunktet kan stole på egenerklæringene til leverandørene ser man eksempel på i en sak fra KOFA. I anbudskonkurransen om innkjøp av medisinsk

¹⁵⁸ KOFA-2012/62 (112). Det problematiske var riktigheten av oppgitt høyde på stoler som ble tilbudt.

¹⁵⁹ KOFA-2021/21 (51). Det problematiske var riktigheten av beregnet energieffektivitet til hurtigbåt.

¹⁶⁰ Nærings- og Fiskeridepartementet (2018) s. 275. Se Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 17-1.

forbruksmateriell og utstyr var det kun stilt krav om leverandørens egenerklæring.¹⁶¹ På grunn av klage fra en leverandør innhentet oppdragsgiver ytterligere dokumentasjon. KOFA la til grunn at det var tilstrekkelig av oppdragsgiver å foreta utvidet kontroll i etterkant av klagen. Uttalelsen viser at dersom det ikke hadde kommet inn en klage som skapte tvil om opplysningene hadde ikke oppdragsgiver trengt å foreta en kontroll utover innhenting av ESPD.

Dette kan begrunnes i effektivitetsbetraktninger. Oppdragsgiver er forpliktet til å etterspørre fullstendig dokumentasjon fra valgte tilbydere, og må kontrollere innholdet før kontrakten signeres.¹⁶² For de øvrige leverandørene er det tilstrekkelig bevis på at de var innfridd at de har levert inn egenerklæringen.¹⁶³ Leverandørens avkryssing i skjemaet utgjør dermed tilstrekkelig verifisering på at kravene var innfridd på tilbudstidspunktet. Dersom man gir oppdragsgiver en ytterligere kontrollplikt, vil det medføre merarbeid som kan svekke effektiviteten ved prosessen, uten at det gir økt bidrag til å oppnå formålet.

Det kan innvendes at å stole på opplysninger fra ESPD kan bryte med likebehandlingsprinsippet fordi det gir leverandørene mulighet til å oppgi uriktige opplysninger uten at de nødvendigvis oppdages. Oppdragsgiver kan imidlertid på ethvert tidspunkt av konkurransen kan be om innsending av ytterligere dokumentasjon.¹⁶⁴ Dermed foreligger det en sikkerhetsventil mot at tilbydere opplyser om forhold som likevel ikke stemmer. Der oppdragsgiver kun har bedt om foreløpig dokumentasjon gjennom leverandørens ESPD er hovedregelen følgelig at oppdragsgiver ikke har en ytterligere undersøkelsesplikt, forutsatt at skjemaet er levert og korrekt utfyllt.

5.4.2 Der oppdragsgiver har stilt øvrige dokumentasjonskrav

Til tross for at det kan være tilstrekkelig å stille krav om utfyllt ESPD, har oppdragsgiver mulighet til å stille ytterligere dokumentasjonskrav.¹⁶⁵ Likebehandlingsprinsippet medfører at oppdragsgiver må sikre at kravene som stilles til leverandørens egnethet må innfris for at tilbydere deltar på like premisser. Dette minner om situasjonen ved evaluering av tildelingskriteriene, og hensyn til sammenheng i reglene tilsier at retningslinjene for gjennomføring av

¹⁶¹ KOFA-2016/160. Til tross for at saken gjaldt kravspesifikasjonen var det snakk om minimumskrav som måtte være innfridd for å unngå avvisning og skulle bekreftes gjennom egenerklæring. Eksempelet er derfor relevant.

¹⁶² Anskaffelsesforskriften § 17-1 (5).

¹⁶³ Dragsten (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 17-1.

¹⁶⁴ Anskaffelsesforskriften § 17-1 (3).

¹⁶⁵ KOFA-2022/616 (10) der blant annet kopi av gyldig fartssertifikat skulle vedlegges i tillegg til ESPD.

undersøkelser tilknyttet tildelingskriteriene også gjelder ved kvalifikasjonskravene.¹⁶⁶ Det finnes imidlertid flere innvendinger mot at gjennomføringen av undersøkelsen er sammenfallende.

For det første er det forskriftsfestet og uttømmende regulert hvilken dokumentasjon som kan innhentes dersom oppdragsgiver stiller krav om tekniske eller faglige kvalifikasjoner.¹⁶⁷ For at dette skal ha reell effekt, må reguleringen begrense oppdragsgivers gjennomføring av undersøkelsen. Motsetningsvis vil man risikere at oppdragsgiver innhenter opplysninger i strid med forskriften. Dette ville medført omgåelse av regelverket fordi oppdragsgiver i et slikt tilfelle får inn dokumentasjon som man ikke kan be om.

For det andre kan erfaring fra tidligere oppdrag også være satt som tildelingskriterium, slik at dokumentasjonskravet om referanseprosjekt gjelder kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Ved anskaffelser over EØS-terskelverdi forutsetter dette imidlertid at oppdragsgiver foretar ulike vurderinger i de to kravene, jf. anskaffelsesforskriften § 16-6 (5). For eksempel kan erfaringer fra tidligere generelt utgjøre et kvalifikasjonskrav, mens kvaliteten av den enkelte medarbeiderens CV brukes ved evaluering av tildelingskriteriet.¹⁶⁸ Dermed må de to vurderingene skilles fra hverandre. Kravet til ulike vurderinger begrenser hvilke opplysninger som kan vektlegges ved evalueringen.

For det tredje skal ikke oppdragsgiver foreta en gradsvurdering av innfrielse av kvalifikasjonskravene, sammenlignet med tildelingskriteriene. Selv om oppdragsgiver i begge tilfellene skal verifisere at opplysninger fra leverandørene er korrekt, kan opplysninger tilknyttet kvalifikasjonskrav være enklere å verifisere fordi de er mer statiske og lettere dokumenterbare. Eksempelvis vil en leverandørs tidligere økonomi kan heller ikke endres eller tilpasses en type anskaffelse. Dette skiller seg fra situasjonen ved kvalitative tildelingskriterier der oppdragsgiver kan risikere å kun ha leverandørens subjektive beskrivelse.¹⁶⁹ Siden det kan være enklere å dokumentere underbygger ivaretagelse av forholdsmessighetsprinsippet at undersøkelsen også må gjøres mindre omfattende.

¹⁶⁶ Steinicke og Vesterdorf (2018) s. 603. Tilsvarende Arrowsmith (2014) s. 772.

¹⁶⁷ Anskaffelsesforskriften § 16-6.

¹⁶⁸ Eksempelet er hentet fra Nærings- og Fiskeridepartementet (2018) s. 204.

¹⁶⁹ Semple (2021) s. 718.

Selv om innholdet av en undersøkelse tilknyttet kvalifikasjonskrav på flere måter ligner på tildelingskriteriene og flere av de samme forholdene aktualiserer plikten, vil omfanget av undersøkelsen være mer begrenset. Oppdragsgiver har dermed et mindre handlingsrom ved gjennomføring av undersøkelser tilknyttet kvalifikasjonskravene.

5.5 Betydningen av oppdragsgivers sanksjonsmuligheter

Oppdragsgivers undersøkelsesplikt vil ikke kunne ha reell effekt med mindre oppdragsgiver sanksjoner eventuelle uriktigheter. I en sak for den danske klagenemnda hadde oppdragsgiver iverksatt undersøkelser som viste at leverandøren hadde oppgitt uriktige opplysninger, uten å endre den tidligere avsatte tildelingsbeslutningen.¹⁷⁰ Med henvisning til likebehandlingsprinsippet konkluderte nemnda med at det forelå brudd på regelverket. Klagenemnda presiserte at det ikke var av betydning at man senere innfridde kravet, så lenge det fremgikk av konkurransegrunnlaget at kravet skulle vært innfridd tidligere. Dette viser sammenhengen mellom oppdragsgivers undersøkelsesplikt og sanksjonsmuligheter. Selv om uttalelsen ble avsagt i Danmark er den relevant for fastleggelsen av norsk rett gjennom henvisningen til likebehandlingsprinsippet som gjelder tilsvarende.

Dersom oppdragsgiver finner opplysninger som ikke er riktige uten å følge det opp, risikerer man at leverandørene konkurrerer på ulikt grunnlag. Manglende sanksjoner vil forhindre at oppdragsgiver identifiserer det beste tilbudet. Dette viser hvorfor det er nødvendig med tilstrekkelige sanksjoner. En mulig konsekvens dersom oppdragsgiver finner opplysninger som ikke er riktige ved verifisering av opplysningene er å avvise leverandøren.¹⁷¹ Sanksjonen er særlig aktuell for kvalifikasjonskrav, da manglende oppfyllelse av disse gir avvisningsplikt jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a. Derimot må avvik fra tildelingskriterier utgjøre «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene» jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) b for å medføre avvisningsplikt. Dette kan anses uforholdsmessig byrdefullt for leverandøren sammenlignet med å få lavere eller ingen uttelling på det aktuelle kriteriet. Avvisning vil fjerne leverandøren fra konkurransen, mens lavere uttelling på kriteriet kun påvirker den aktuelle opplysningen. Sistnevnte sikrer likebehandling uten å påvirke den øvrige gjennomføringen av konkurransen. På den måten vil også forholdsmessighetsprinsippet ivaretas.

¹⁷⁰ Klagenævnet for Udbud J.nr.: 18/04069, 2019.

¹⁷¹ Trygstad (2017) s. 157.

Skillet mellom sanksjoner for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier kan begrunnes i kravenes funksjon. Manglende innfrielse av tildelingskriterier omhandler rangeringen av ulike deler av tilbudet, mens kvalifikasjonskrav skal sikre at leverandøren er egnet til å levere det som skal anskaffes. Sanksjonen oppdragsgiver iverksetter må dermed stå i sammenheng med de aktuelle opplysningene som er verifisert, noe som også følger av forholdsmessighetsprinsippet. En konsekvens av likebehandlingsprinsippet i forlengelsen av undersøkelsesplikten er altså at oppdragsgiver må følge opp eventuelle funn. Det er kun dersom oppdragsgiver sanksjonerer leverandører som har oppgitt uriktige opplysninger at en reell konkurranse sikres.

6 Burde reglene om undersøkelsesplikt tydeliggjøres?

Oppgavens hovedproblemstilling har vært hvilken undersøkelsesplikt oppdragsgiver har i anbudskonkurranser. Verken pliktens innhold eller omfang kommer eksplisitt til uttrykk i norsk rett, men reglene bygger på grunnleggende prinsipper og fremgår av praksis. Sett i sammenheng med at plikter utledet fra de grunnleggende prinsippene er like forpliktende som mer konkrete plikter i anskaffelsesforskriften,¹⁷² er det i utgangspunktet uten betydning at undersøkelsesplikten ikke kommer til uttrykk i en konkret bestemmelse. Det kan imidlertid argumenteres for at det er behov for å tydeliggjøre reglene dersom det bidrar til å sikre og effektivisere undersøkelsespliktens formål. I forbindelse med at det skal nedsettes et utvalg med mandat til å forenkle og tydeliggjøre regelverket, er to av utvalgets oppgaver å utarbeide forslag til forarbeider som kan være veiledende og klargjøre regelverket som følge av utviklingen i rettspraksis.¹⁷³

Undersøkelsesplikten er et virkemiddel som skal legge til rette for å identifisere det beste tilbudet og dermed sikre reell konkurranse.¹⁷⁴ Når det gjelder innholdet av en undersøkelsesplikt i norsk rett, fremgår det av ulik praksis at oppdragsgiver i utgangspunktet skal kunne stole på tilbudene. Reglene om undersøkelsesplikt utgjør dermed et unntak forankret i likebehandlingsprinsippet. I kjølvannet av *Fosen-Linjen* kan det argumenteres for at det i norsk rett er behov for å tydeliggjøre kravet til effektiv kontroll. Høyesteretts uttalelser tilsier at den tidligere norske forståelsen av *Wienstrom* har gitt oppdragsgiver et større handlingsrom til å stole på tilbudene enn det som var tiltenkt. Det samme synes gjennom formuleringen i

¹⁷² Prop. 51 L (2015-2016) s. 81. Nærmere omtalt i kapittel 2.3.1.

¹⁷³ Kgl.res. 4.11.2022.

¹⁷⁴ Se kapittel 3.

direktivbestemmelsen, der det uttrykkelig skilles mellom krav til utforming av dokumentasjonskravet og plikt til å kontrollere innholdet i henholdsvis andre og tredje punktum.

Hva som vil være en tilstrekkelig klargjøring av plikten kan være vanskelig å definere. Dette skyldes særlig at hvorvidt undersøkelsesplikten inntreffer avhenger av en rekke variabler tilknyttet det konkrete tilfellet. Ser man til formuleringen av direktivbestemmelsen og andre nasjonale gjennomføringer, som dansk og svensk regulering, er det inntatt en generell lovtekst som i seg selv ikke gir mye veiledning. Til tross for manglende konkretisering vil en eksplisitt regel tydeliggjøre at oppdragsgiver må ta stilling til om undersøkelsesplikten realiseres i det enkelte tilfellet, noe som effektiviserer eventuelle konsekvenser.¹⁷⁵

Som eksempel fra den danske og svenske reguleringen har vist, medfører ikke en lovfesting av kontrollkravet en klargjøring av grensene for undersøkelsespliktens omfang. Innholdet utledes fra generelle prinsipper og praksis som kan være uoversiktlig for en oppdragsgiver. I tråd med utvalgets mandat kan generelle retningslinjer eller en ikke-uttømmende opplisting av rammer for undersøkelsespliktens innhold hindre at oppdragsgiver får mulighet til, bevisst eller ubevisst, å variere intensiteten av sine undersøkelser på like tilfeller. Eksempel på denne type regulering finnes i anskaffelsesforskriftens regler om hvilke dokumentasjonskrav oppdragsgiver kan stille tilknyttet kvalifikasjonskrav om leverandørens økonomiske kapasitet.¹⁷⁶ En ikke-uttømmende opplisting kan tydeliggjøre innholdet av undersøkelsesplikten, og danne en ramme for oppdragsgivers vurdering av om undersøkelsesplikten inntreffer. Det vil kunne sikre en mer ensartet praktisering i tråd med likebehandlings- og etterprøvbarehetsprinsippet.

En grundigere og tydeligere regulering vil kunne øke bevisstheten hos oppdragsgivere om undersøkelsespliktens innhold og omfang. Det vil bidra til å justere utgangspunktet for når undersøkelsesplikten inntreffer i tråd med det som synes å følge av den europeiske reguleringen. Oppgaven har vist at reglene om oppdragsgivers kontroll ikke har blitt tydeliggjort i norsk rett, verken etter direktivbestemmelsen eller Høyesterett sine uttalelser i *Fosen-Linjen*, som begge har gitt grunnlag for å justere tidligere praktisering. En tydeligere regulering vil realisere betydningen av å kreve dokumentasjonskrav som legger til rette for kontroll av tilbudenes

¹⁷⁵ Se lignende argumentasjon i Arrowsmith (2014) s. 773, der hun presiserer at en konkret bestemmelse gir oppdragsgiver en oppmerksomhetsplikt.

¹⁷⁶ Anskaffelsesforskriften § 16-4.

pålitelighet. Videre vil retningslinjer om grensene for hva som utgjør en tilstrekkelig kontroll sikre at oppdragsgiver når målet om å identifisere det beste tilbudet, og gjennom likebehandling av leverandørene ivaretar formålet om reell konkurranse.

7 Litteraturliste

7.1 Norsk lov og forskrift

Lov om offentlig anskaffelser 17.06.2016 nr. 73 [Anskaffelsesloven].

Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd 19.05.2006 [Offentleglova].

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. 27.11.1992 nr. 109 [EØS-loven].

Lov om offentlige anskaffelser av 16.07.1999 nr. 69 (opphevet).

Forskrift om offentlig anskaffelser 12.08.2016 nr. 974 [Anskaffelsesforskriften].

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15.11.2002 nr. 1288.

Forskrift om offentlig anskaffelser 7.04.2006 nr. 402 (opphevet).

7.2 Direktiv og andre internasjonale rettskilder

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet [EØS-avtalen].

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC [Anskaffelsesdirektivet].

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling [Den svenske anskaffelsesloven].

Lov nr. 1564 af 15/12/2015 Udbudsloven. [Den danske anskaffelsesloven].

Treaty on the Functioning of the European Union. Consolidated version 2012, 26.10.2012 [TFEU].

7.3 Forarbeider

NOU 2014:4 *Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.*

Prop. 51 L (2015-2016) *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).*

7.4 Rettspraksis

7.4.1 EU-domstolen

C-368/10 European Commission v Kingdom of the Netherlands. ECLI:EU:C:2012:284 [Max Havelar].

C-448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic of Austria. ECLI:EU:C:2003:651 [Wienstrom].

C-19/00 SIAC Construction Ltd v. County Council of the County of Mayo.

ECLI:EU:C:2001:553 [*SIAC*].

7.4.2 EFTA-domstolen

E-14/20 Liti-Link AG v LGT Bank AG.

E-16/16 Fosen Linjen AS v AtB AS [*Fosen I*].

E-01/07 Fürstliches Landgericht v A.

7.4.3 Avgjørelser fra norske domstoler

Norges Høyesterett – Dom - HR-2019-1801-A [*Fosen-Linjen*].

Norges Høyesterett – Dom – Rt. 2014 s. 585.

Norges Høyesterett – Dom – Rt. 2000 s. 1811 [*Finanger I*].

Borgarting lagmannsrett – Dom - LB-2016-65693.

Hålogaland lagmannsrett – Dom – LH-2016-48643.

Frostating lagmannsrett – Dom – LF-2015-187242.

Frostating lagmannsrett – Kjennelse - LF-2014-32160.

Oslo tingrett – Kjennelse – TOSL-2021-100376 [*Lyreco*].

7.5 Klagenemndpraksis

7.5.1 Praksis fra Klagenemnda for Offentlig Anskaffelser (KOFA)

KOFA-2022/1795.

KOFA-2022/873.

KOFA-2022/652.

KOFA-2022/616.

KOFA-2021/21.

KOFA-2020/802.

KOFA-2020/91.

KOFA-2017/120.

KOFA-2016/160.

KOFA-2016/131.

KOFA-2015/53.

KOFA-2013/119.

KOFA-2012/62.

7.5.2 Praksis fra Klagenævnet for Udbud, Danmark

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 18/04069, 22.01.2019.

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 17/01319, 7.12.2017.

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 17/00374, 26.10.2017.

Klagenævnet for Udbud J.nr.: 17/00712, 27.04.2017.

7.6 Litteratur

Aarli, Ragna og Mæhle, Synne S. *Juridisk metode i et nøtteskall*. 1. utgave, Oslo: Gyldendal, 2018.

Andersen, Kristine M. og Jespersen Mads P. B. «Ordegivers undersøgelsespligt.» I *Aktuel Udbudsret II*. Hagel-Sørensen (red.). 1. utgave, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 319-348.

Arnesen, Finn og Stenvik, Are. *Internasjonalisering og juridisk metode, Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

Arrowsmith, Sue. *The law of public and utilities procurement Volume 1 – Regulation in the EU and UK*. 3. utgave, London: Sweet & Maxwell, 2014.

Buan, Anne og Thue, Anders. «Kommentar til Lov om offentlig anskaffelser.» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata*, 2021. Hentet 21.04.2023.

Dragsten, Marianne. «Anskaffelsesforskriften, kommentarutgave.» I *Juridika.no*, 2020. Hentet 23.02.2023

Dragsten, Marianne. «Anskaffelsesloven, kommentarutgave.» I *Juridika.no*, 2020. Hentet 04.04.2023.

Dragsten, Marianne. *Offentlige anskaffelser, Regelverk, praksis og løsninger*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.

Ekre, Oda H. og Ute, Haroun E. «Karnov lovkommentar til anskaffelsesforskriften.» I *Lovdata Pro*, 2023. Hentet 23.02.2023.

Fabricius, Jesper. *Offentlige innkjøp i praksis*. 4. utgave, København: Karnov Group, 2017.

Franklin, Christian. «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning.» *Jussens venner* vol. 47, utg. 5 (2012) s. 269–317. [Lest i Idunn.no].

Fredriksen, Halvard H. og Mathisen, Gjermund. *EØS-rett*. 4. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2022.

- Semple, Abby. «Article 67 CONTRACT AWARD CRITERIA» i *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*. Caranta og Sanchez-Graells (red.). Cheltenham, UK: Elgar Commentaries, 2021.
- Steinicke, Michael, og Vesterdorf, Peter L. *EU Public Procurement Law – Brussels Commentary*. 1.utgave, Baden-Baden: Nomos/Hart, 2018.
- Strømsnes, Kristian. *Anskaffelsesrettslig «uten virkning»; Vilkår for og virkninger av at en kontrakt etter en offentlig anskaffelse kjennes «uten virkning»*. Oslo: Cappelen Damm, 2021. [Lest i Gyldendal Rettsdata].
- Thue, Anders, m.fl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*. 2.utgave, Oslo: Gyldendal, 2018.
- Trygstad, Kristian Jåtog. «Kan oppdragsgiver stole på tilbudene?» I *Offentlige kontrakter – Aktuelle Tema*. Trygstad og Bakken (red.). 1.utgave, Oslo: Gyldendal, 2020, s. 150-168.
- Trygstad, Kristian Jåtog. *Tildeling av offentlige kontrakter*. 2.utgave, Oslo: Gyldendal, 2017.
- Ulfsdotter, Anna. «Offentlig upphandling (2016:1145) 16 kap. 2 §» I *Lexino 2020-15-12 (JUNO)*. Hentet 14.03.2023.

7.7 Andre kilder

- Erhvervs- og Vækstministeriet, *Forslag til Udubsloven*. Oktober 2015. Hentet fra <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/201512L00019>.
- Kongelig resolusjon av 04.11.2022 om *Utvalg som skal gjennomgå regelverket for offentlige anskaffelser og komme med forslag til endringer*. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/e63b175036014d2eb8d4aca391426da4/lovutvalg-for-revisjon-av-anskaffelsesregelverket-utvalgets-mandat.pdf>.
- Nærings- og fiskeridepartementet. «Offentlige anskaffelser». (u.å.) <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/> Hentet 07.03.2023.
- Nærings- og Fiskeridepartementet. *Melding til Stortinget. Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser*. 10.04.2019. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-22-20182019/id2641507/>.
- Nærings- og Fiskeridepartementet. *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)*, 2018. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>.

Nærings- og Fiskeridepartementet. *Ny forskrift om offentlige anskaffelser*. [Høringsnotat], 2015. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf>.

Opinion of Advocate General Mischo i C-448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic of Austria. ECLI:EU:C:2003:121.

Opinion of Advocate General Jacobs i C-19/00 SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo. ECLI:EU:C:2001:266.