

# Det innkjøpsfaglige skjønn

*Er det innkjøpsfaglige skjønn noe annet enn det alminnelige forvaltningsrettslige skjønn?*

Kandidatnummer: 29

Antall ord: 14926



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	3
1 Innledning .....	5
1.1 Innledende om rettsområdet .....	5
1.2 Problemstilling .....	6
1.3 Avgrensning .....	7
1.4 Rettskildebilde og metodiske utfordringer .....	7
1.5 Definisjoner .....	9
1.5.1 Det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet .....	9
1.5.2 Det innkjøpsfaglige skjønnet .....	11
1.6 Kort om forholdet mellom forvaltningsrett og anskaffelsesrett .....	11
1.7 Fremstillingen videre .....	13
2 Det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet .....	14
2.1 Overordnet om det forvaltningsrettslige skjønnet .....	14
2.2 Utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger et alminnelig forvaltningsskjønn .....	15
2.3 Domstolens kompetanse til å prøve forvaltningsskjønnet .....	17
3 Det innkjøpsfaglige skjønnet .....	21
3.1 Overordnet om det innkjøpsfaglige skjønnet .....	21
3.2 EU-domstolens praksis om innkjøpsfaglig skjønn .....	24
3.3 Høyesterettspraksis om innkjøpsfaglig skjønn .....	25
3.4 Analyse av hensyn .....	28
4 Utvalgte vurderinger hvor det innkjøpsfaglige skjønnet gjør seg gjeldende .....	32
4.1 Valg av kvalifikasjonskrav .....	32
4.2 Tilbudsevaluering .....	35
4.3 Saklig grunn til å avlyse konkurransen .....	39
5 Sammenligning .....	43
5.1 Hvor langt går domstolen i overprøvingen? .....	43
5.2 Sammenligning av legislative hensyn .....	45
6 Avslutning .....	48
6.1 Konklusjon .....	48
6.2 Anskaffelsesrettens overordnede formål .....	49
Litteraturliste .....	51



# 1 Innledning

## 1.1 Innledende om rettsområdet

Når det offentlige skal foreta en anskaffelse er de underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter er et resultat av videreføring av nasjonal rett og implementeringen av direktiv 2014/24/EU, direktiv 2014/25/EU og direktiv 2014/23/EU. Forskriftene er omfattende og regulerer området for offentlige anskaffelser detaljert.<sup>1</sup>

Anskaffelsesprosessen foregår i korte trekk ved at en oppdragsgiver avklarer sitt behov og gjennomfører en anbudsprosess som starter med kunngjøring og avsluttes med valg av tilbud og inngåelse av kontrakt. Tema for avhandlingen er det innkjøpsfaglige skjønnnet i denne prosessen. Det innkjøpsfaglige skjønnnet en oppdragsgiver har aktualiserer seg igjennom hele anskaffelsesprosessen. Blant annet fra valget av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier til vurderingen av om en konkurranse skal avlyses og deretter foreta en ny grunnet manglende konkurranse i den første. Det innkjøpsfaglige skjønnnet gjør seg gjeldene i en rekke «kan»-vurderinger, der oppdragsgiver eksempelvis har rett men ingen plikt til å avvise tilbud eller tilbydere. Det innkjøpsfaglige skjønnnet gjør seg videre særlig gjeldende ved vurdering av tilbud etter tildelingskriterier

Offentlige innkjøp utgjorde i 2015 over 15 prosent av bruttonasjonalprodukt i Norge. Årlig anskaffer det offentlige sektor i Norge for mer enn 400 milliarder kroner.<sup>2</sup> For tilbydere kan det dreie seg om tildeling av kontrakter av svært stor betydning. Marginene for å vinne konkurransen kan være små. Ved evaluering og valg av tilbud er det offentlige gitt et innkjøpsfaglig skjønn. For å endre resultatet av en konkurranse, vil misfornøyde tilbydere ofte ønske å bringe de innkjøpsfaglige vurderingene inn for klagenemda for offentlige anskaffelser

---

<sup>1</sup> Se eksempelvis forskrift 12. august nr. 974 om offentlige anskaffelser, forskrift 12. august nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene, forskrift 12. august nr. 976 om konsesjonskontrakter, forskrift 25. oktober nr. 1411 om anskaffelsesregelverk i forsvarssektoren og forskrift 15. november nr. 1288 om klagenemda for offentlige anskaffelser.

<sup>2</sup> Se Statistisk sentralbyrå sine internettsider: <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj> (november 2017).

eller domstolen. I likhet med det forvaltningsrettslige skjønnet er det en begrenset adgang for domstolen til å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet.

## 1.2 Problemstilling

Problemstillingen for masteroppgaven er hvorvidt det innkjøpsfaglige skjønnet en oppdragsgiver har i anskaffelsesprosessen skiller seg fra det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet.

Om det innkjøpsfaglige skjønnet er helt sammenfallende med det forvaltningsrettslige er i rettspraksis uavklart. Den manglende rettslige avklaringen er i seg selv et moment som gjør problemstillingen aktuell. Problemstillingen er heller ikke grundig behandlet i juridisk litteratur.

I tillegg til at problemstillingen er en interessant teoretisk problemstilling som mangler rettslig avklaring, er den også av høy praktisk betydning. Å kunne angripe det innkjøpsfaglige skjønnet er ofte ønsket av leverandører som mener det foreligger feil i anskaffelsesprosessen, eksempelvis ved vurderingen av tilbud eller tildeling av kontrakt. Hvordan grensene for det innkjøpsfaglige skjønnet trekkes er avgjørende for om leverandører kan bringe inn en sak for rettslig overprøving av domstolene. Å analysere og sammenligne det innkjøpsfaglige skjønnet med det forvaltningsrettslige skjønnet kan bidra til avklaring av hvilke muligheter en leverandør som ønsker å angripe skjønnet har.

For å belyse problemstillingen må en rekke underproblemstillinger redegjøres for. For det første må det innkjøpsfaglige skjønnet og det forvaltningsrettslige skjønnet defineres. Videre må det ses nærmere på hvordan det innkjøpsfaglige skjønnet og det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet kommer til uttrykk i rettspraksis. Spørsmål som hvor langt domstolen går i prøving av skjønnet og hvilke hensyn som det legges vekt på i rettspraksis, skal søkes å besvares. I sammenligningen er det særlig to underproblemstillinger som skal gjøres rede for. Først skal det gjøres rede for om domstolenes prøvelse av skjønnet er av samme intensitet. Deretter skal det vurderes om de legislative hensynene som begrunner prøving eller avståelse fra overprøving er de samme.

## 1.3 Avgrensning

Avhandlingens ordgrense og en hensiktsmessig behandling av problemstillingen nødvendiggjør en nærmere avgrensning. Da de fleste anskaffelser skjer etter anskaffelsesforskriften er det for det første naturlig å avgrense mot forsyningssektoren, som har en særskilt forskriftsregulering.<sup>3</sup> Rettspraksis knyttet til forsyningsforskriften vil heller ikke behandles i det videre.

Det er det innkjøpsfaglige skjønnet som er det overordnede temaet for oppgaven. Dermed er det naturlig at den mest utførlige behandlingen vil være av det innkjøpsfaglige skjønnet og ikke det alminnelige forvaltningsrettslige. Det forvaltningsrettslige skjønnet er behandlet i en rekke rettsavgjørelser, og for avhandlingen vil analysen basere seg på et utvalg av dommer.

Det vil heller ikke gis tid til en utførlig analyse av EU-rettens behandling av det innkjøpsfaglige skjønn. Norge har oppfylt sine folkerettslige forpliktelser igjennom EØS-avtalen ved at EU-reguleringene er gjort til norsk rett igjennom forskriftene. Av den grunn vil avhandlingen fokusere på hvordan skjønnet fremstår i norsk rett. Imidlertid vil både EUs regelverk og EU-domstolens praksis være viktige tolkningsbidrag ved tolkning av anskaffelsesretten. Det vil bli brukt et par avgjørelser fra EU-domstolen som eksempler på hvordan direktivet skal forstås og praktiseres.

## 1.4 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Rettskildebildet ved avhandlingen er noe delt. Læren om det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet er utviklet igjennom en rekke høyesterettsdommer<sup>4</sup>. Det er i tillegg skrevet mye om det forvaltningsrettslige skjønnet i den juridiske litteraturen. En analyse av det alminnelige

---

<sup>3</sup> Forskrift 12. august nr. 974 om offentlige anskaffelser og forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektoren.

<sup>4</sup> Eksempelvis Rt. 1982 s. 1729 og Rt. 2005 s. 117.

forvaltningsrettslige skjønnet vil langt på vei være en analyse av høyesterettspraksis. De metodiske utfordringene ved rettskildebildet knytter seg i første rekke til det innkjøpsfaglige skjønnet. I dette underkapittelet skal noen av utfordringene ved rettskildebildet belyses nærmere.

Anskaffelsesregelverket er i stor grad en gjennomføring av Norges forpliktelser igjennom EØS-avtalen. I EØS-retten gjelder et lojalitetsprinsipp. Lojalitetsprinsippet kommer til uttrykk i EØS-avtalens artikkel 3. I Finangerdommen legger Høyesterett til grunn at det i norsk rett gjelder et presumsjonsprinsipp.<sup>5</sup> Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett så vidt mulig, innenfor den rammen den juridiske metode setter, skal gis et innhold som samsvarer med innholdet i Norges folkerettslige forpliktelser. Det uttales i dommen at presumsjonsprinsippet sin gjennomslagskraft vil variere etter «karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til».<sup>6</sup>

EUs regelverk om offentlige anskaffelser og EU-domstolens avgjørelser vil inngå i rettskildebildet som skal analyseres i avhandlingen. Etter EØS-avtalen artikkel 6 skal norske domstoler tolke bestemmelser som gjennomfører EØS-rett i samsvar med praksis fra EU-domstolen. Det er rettspraksis før tegning av EØS-avtalen domstolene er forpliktet til å følge etter EØS-avtalens artikkel 6. Senere avgjørelser vil også være sentrale rettskilder da Høyesterett har lagt til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for homogenitetsprinsippet.<sup>78</sup> Grunnet begrensninger nevnt i underkapittelet om avgrensning vil det ikke bli viet mye tid til det innkjøpsfaglige skjønnet i EU-retten. Et par av EU-domstolens avgjørelser vil bli brukt som eksempler på hvordan skjønnet er behandlet i EU-retten.

Norsk rettspraksis vil også være en relevant rettskilde. Det er mange avgjørelser som behandler det forvaltningsrettslige skjønnet, men det er få avgjørelser fra Høyesterett som behandler det innkjøpsfaglige skjønnet. Derimot foreligger det en rekke avgjørelser fra lagmannsretten som behandler det innkjøpsfaglige skjønnet. Den rettskildemessige verdien av avgjørelsene fra lagmannsretten er imidlertid begrenset jf. den ulovfestede læren om prejudikater.<sup>9</sup> En særlig utfordring i avhandlingen er å behandle avgjørelsene fra

---

<sup>5</sup> Rt. 2000 s. 1811.

<sup>6</sup> Rt. 2000 s. 1811 (side 1829).

<sup>7</sup> Rt. 1997 s. 1954, Rt. 2002 s. 391 og Rt. 2008 s. 1268.

<sup>8</sup> Kristian Dahle Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*, Oslo 2006 s. 27.

<sup>9</sup> Mads Henry Andenæs *Rettskildelære*, Oslo 1997 s. 39-40.



underinstansene på en slik måte at de ikke presenteres som gjeldende rett, men eksempler på hvordan domstolen forholder seg til det innkjøpsfaglige skjønnet.

Klagenemda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemda) behandler saker om brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Høyesterett har selv vist til uttalelser fra forvaltningsrettslige klageinstanser i sin egen rettsanvendelse.<sup>10</sup> Argumentene klagenemda utleder fra de forskjellige rettskildedefaktorene vil i seg selv kunne ha argumentasjonsverdi i den grad de utgjør god rettskildebruk og forstandige argument. Uttalelsene fra klagenemda vil videre i avhandlingen benyttes som eksempler fra praksis for å belyse rettsregler som fremgår av andre rettskildedefaktorer.

Fagspesifikke reelle hensyn vil også være relevant for analysen av om det innkjøpsfaglige skjønnet er sammenfallende med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet. De reelle hensynene får sin rettskildemessige tyngde ved at de kommer til uttrykk i autoritative rettskilder som lovt tekst og rettspraksis. Anskaffelsesloven har en egen formålsbestemmelse og hvordan denne formålsbestemmelsen forholder seg til det innkjøpsfaglige skjønnet vil være gjenstand for videre drøftelse. Ved en analyse av de reelle hensynene skal det vurderes om eventuelle ulikheter i hensyn som gjør seg gjeldene kan begrunne en eventuell ulikhet i domstolsprøvelsen.

## 1.5 Definisjoner

### 1.5.1 Det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet

I juridisk litteratur er forvaltningsskjønnet definert som den handlefrihet forvaltningen har ved sine avgjørelser innenfor de rammene rettsreglene setter.<sup>11</sup> I tilknytning til denne definisjonen fremheves det at grensen for det frie skjønn og grensen for domstolskontrollen ikke nødvendigvis er den samme. Motpolen til forvaltningsskjønnet blir omtalt som rettsanvendelsesskjønn. Et rettsanvendelsesskjønn foreligger når et forhold fullt ut er rettslig regulert og dermed tildeles ikke forvaltningen et handlingsrom etter lovens ordlyd.

---

<sup>10</sup> Se Rt. 2000 s. 1056 og Kristian Dahle Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*, Oslo 2006 s. 29.

<sup>11</sup> Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 49.

En slik definisjon av det alminnelige forvaltningsskjønnet vil også omfatte det innkjøpsfaglige skjønnet. Innkjøpsfaglig skjønn er jo nettopp den handlefrihet forvaltningen har når den foretar en anskaffelse. Det innkjøpsfaglige skjønnet vil etter en slik definisjon bare være en spesialvariant av det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet. Videre i avhandlingen vil det ikke være hensiktsmessig å bruke begrepet forvaltningsskjønn så vidt at det også omfatter det innkjøpsfaglige skjønnet. Oppgavens problemstilling nødvendiggjør en nærmere avgrensning av begrepet alminnelig forvaltningsskjønn da det blir meningsløst å vurdere om skjønnene er sammenfallende hvis det innkjøpsfaglige skjønnet omfattes av definisjonen til det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet. Når det i avhandlingen vises til det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet menes det den handlefrihet et forvaltningsorgan har, innenfor de rammene rettsreglene setter, når det treffes et vedtak eller enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Definisjonen av alminnelig forvaltningsskjønn avgrenser mot det handlingsrom forvaltningen gjør nytte av i tilfeller der det treffes en avgjørelse som ikke er et enkeltvedtak eller vedtak.

For definisjon av vedtak vises det til lov 2. oktober 1967 om behandlingsmåter i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 2 bokstav a. I forvaltningsloven § 2 bokstav a defineres et vedtak som en «avgjørelse» som treffes under «utøving av offentlig myndighet» og som gjelder «rettigheter eller plikter til private personer». En naturlig språklig forståelse av ordlyden «utøving av offentlig myndighet» er avgjørelser som er særpreget for det offentlige.<sup>12</sup> En avgjørelse i anskaffelsesprosessen er ikke et vedtak da ordlyden «utøving av offentlig myndighet» avgrenser mot når forvaltningen gjør bruk av sin private autonomi.

Begrepsavklaringen gjør det naturlig kort å kommentere skillet mellom kompetansen et forvaltningsorgan bruker når det treffes et vedtak og den kompetansen som brukes når det foretas en anskaffelse. Når et forvaltningsorgan treffer et vedtak gjør den bruk av sin heteronome kompetanse.<sup>13</sup> Den heteronome kompetansen er evnen til å binde eller forplikte andre.<sup>14</sup> Når et forvaltningsorgan foretar en anskaffelse gjør den bruk av sin autonome kompetanse. Autonom kompetanse defineres som evnen til å binde seg selv og råde med

---

<sup>12</sup> Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 169.

<sup>13</sup> Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 25.

<sup>14</sup> Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 80.

bindende virkning over egne eiendeler.<sup>15</sup> Et forvaltningsorgans autonome kompetanse er en variant av den kompetanse som tilkommer private personer, evnen til selvbestemmelse.

## 1.5.2 Det innkjøpsfaglige skjønnet

Det innkjøpsfaglige skjønnet er i juridisk litteratur blitt omtalt som skjønnsmessige vurderinger oppdragsgiver foretar. En mer presis definisjon kan oppnås ved å definere det innkjøpsfaglige skjønnet på en tilsvarende måte som det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet. Det innkjøpsfaglige skjønnet kan da defineres som det handlingsrom som tilkommer oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen innenfor de rettslige rammene regelverket om offentlige anskaffelser setter.

Et spørsmål er om grensen for det innkjøpsfaglige skjønnet og domstolens prøvelsesadgang er den samme. En slik forståelse bygger på en tanke om at domstolen ikke nødvendigvis står tilbake for overprøving selv om en vurdering tilkommer oppdragsgiver. Videre i oppgaven vil begrepet det innkjøpsfaglige skjønn bli brukt om det skjønn som etter regelverket tilkommer oppdragsgiver. Det anskaffelsesfaglige skjønnet er et annet begrep som blir brukt om det innkjøpsfaglige skjønnet. I den videre analysen vil begrepet «innkjøpsfaglig skjønn» bli brukt ettersom det er den formulering som er mest utstrakt brukt.

## 1.6 Kort om forholdet mellom forvaltningsrett og anskaffelsesrett

Hvorvidt anskaffelsesretten er en del forvaltningsretten eller et særskilt rettsområde kommer an på hvordan man definerer forvaltningsretten. Særlig interessant for oppgaven er hvordan en skal løse problemstillinger som både er regulert i den alminnelige forvaltningsretten og i anskaffelsesretten.

---

<sup>15</sup> Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 80.

Forvaltningsloven<sup>16</sup> § 1 regulerer virkeområdet for loven. Etter § 1 får loven anvendelse for «virksomhet som drives av forvaltningsorganer når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov». Vilkåret «forvaltningsorgan» er definert i andre punktum som «et hvert organ for stat eller kommune». Anskaffelsesloven § 2 regulerer virkeområdet for anskaffelsesloven. Etter § 2 andre ledd får loven anvendelse når oppdragsgiver er «statlige myndigheter», «fylkeskommunale og kommunale myndigheter», «offentligrettslige organer», «sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i bokstav a til c» og «andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet ...». I de fleste tilfeller vil oppdragsgivere etter anskaffelsesloven § 2 være et forvaltningsorgan etter forvaltningsloven § 1.<sup>17</sup> At et organ reguleres av både av forvaltningsloven og anskaffelsesloven trenger ikke å føre til problemer. Ved motstrid mellom forvaltningsrettslige regler og anskaffelsesrettslige regler følger det av *lex specialis*-prinsippet at den spesielle anskaffelsesloven går foran den mer generelle forvaltningsloven.

I Klubbdommen behandler Høyesterett en anførsel om erstatning for forbigått anbyder på forvaltningsrettslig grunnlag.<sup>18</sup> Høyesterett viser til at kommunens avgjørelse om tildeling av kontrakt for snøbrøyting «innebærer utøvelse av forvaltningsmyndighet selv om det ikke treffes noe enkeltvedtak» etter forvaltningsloven.<sup>19</sup> Når det gjelder forholdet mellom forvaltningsrettslige og anbudsrettslige prinsipper viser Høyesterett til at forvaltningsrettslige prinsipper ikke uten videre kan gis forrang overfor sentrale anbudsrettslige prinsipper. Høyesterett eksemplifiserer med de forvaltningsrettslige prinsippene om informasjon og kontradiksjon. Prinsippene om informasjon og kontradiksjon vil kunne stride mot det grunnleggende anbudsrettslige prinsippet om konkurranse. Veiledningsplikten i forvaltningsretten må avgrenses mot «forbudet mot å gi opplysninger som kan føre til konkurransevridning».<sup>20</sup>

Høyesterett begrunnet ikke nærmere i Klubbdommen hvorfor kommunens tildeling av kontrakt for snøbrøyting er utøvelse av forvaltningsmyndighet. Private kan her på samme måte som forvaltningen inngå kontrakt om snøbrøyting. Om Høyesteretts uttalelse kan forstås slik at de virkelig har tatt stilling til lovens ordlyd, «utøving av offentlig myndighet», er noe

---

<sup>16</sup> Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967.

<sup>17</sup> Marianne Dragsten og Esther Lindalen, *Offentlige anskaffelser kommentarutgave bind I*, Oslo 2005 s. 62.

<sup>18</sup> Rt. 1998 s. 1951.

<sup>19</sup> Rt. 1998 s. 1951 (s. 1958).

<sup>20</sup> Rt. 1998 s. 1951 (s. 1958).

uklart. Det kan være omstendigheter ved kontrakten som skulle inngås som gjør at det ikke er en kontrakt som inngås i lys av privatautonomien, men mer heteronom kompetanseutøvelse. Eksempelvis kan tjenestekonsesjonskontrakter være utøving av offentlig myndighet. Interessant for avhandlingen er likevel at anskaffelsesområdet anses som et særskilt rettsområde hvor det ikke kan tas for gitt at forvaltningsrettslige prinsipper får full anvendelse. I en ny avgjørelse fra EFTA-domstolen er det slått fast at offentlige innkjøp ikke er utøving av offentlig myndighet, men inngåelse av en kontrakt som får virkning inter partes.<sup>21</sup>

## 1.7 Fremstillingen videre

For å belyse problemstillingen vil det brukes en komparativ metode der det innkjøpsfaglige skjønnnet sammenlignes med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnnet. Det skal gis særlig oppmerksomhet til hvordan prøvingen av skjønnnet er gjort i praksis. Videre skal det vurderes om det eventuelt er en forskjell i de legislative hensynene bak reglene. Oppgaven skal struktureres slik at det først foretas en redegjørelse av det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnnet. Deretter skal det foretas en analyse av det innkjøpsfaglige skjønnnet, hvor det skal foretas en fortløpende sammenligning med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnnet.

---

<sup>21</sup> Sak E-16/16 premiss 64

## 2 Det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet

### 2.1 Overordnet om det forvaltningsrettslige skjønnet

Et forvaltningsskjønn foreligger når en avgjørelses innhold ikke er fullstendig rettslig normert og deler av beslutningen er overlatt til forvaltningens egne vurderinger. Forvaltningsskjønnet innebærer at forvaltningen utøver et fornuftighets- og hensiktsmessighetsskjønn. I tillegg til å ta stilling til hva som følger av loven, på det konkrete området, skal det ofte tas stilling til hva som er hensiktsmessig eller fornuftig i den konkrete saken.<sup>22</sup>

Læren om det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet er ikke regulert i lov, men følger av sikker ulovfestet rett. Forvaltningsskjønnet kommer til uttrykk i loven blant annet gjennom kan-vurderinger hvor forvaltningen har rett, men ingen plikt til å treffe et vedtak.

Forvaltningsskjønnet kan også komme til uttrykk gjennom lov ved at loven unnlater å sette bestemte betingelser for et vedtak.<sup>23</sup> I tillegg kan forvaltningsloven og andre spesiallover gi anvisning på at en vurdering tilkommer et forvaltningsorgan.

Et norsk lovgiverideal er å avstå fra å gi detaljerte regler for hva som skal gjelde i konkrete saker. Denne lovgivningsteknikken fører til at det gis et stort spillerom for forvaltningen. En slik delegering og overføring av makt kan være problematisk ut i fra hensynet til materiell rettssikkerhet og forutberegnelighet. Forutberegneligheten kan svekkes hvis avgjørelsen fra forvaltningen varierer fra én sak til en annen. Prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, i form av krav til forsvarlig saksbehandlingen i forvaltningen, kan bøte på problemene med et vidt rom for forvaltningsskjønn.<sup>24</sup> I tillegg kan rettssikkerheten styrkes ved en utstrakt domstolskontroll der forvaltningsskjønnet overprøves.

---

<sup>22</sup> Se juridisk litteratur som Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 49, Tor-Inge Harbo, ”Domstolsmakt – rettslig overprøving av det annskaffelsesfaglige skjønnet” Lov og rett, 2014 s. 165 og Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave 2010 s. 382.

<sup>23</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave 2010 s. 397.

<sup>24</sup> Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9 utgave 2010 s. 61-62 og Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 49.

Forvaltningsskjønnet er normalt ikke gjenstand for full overprøving fra domstolene. Begrensningen i domstolsprøvingen begrunnes blant annet i at domstolen ikke innehar samme fagspesifikke kompetanse som forvaltningen og at domstolen ikke er underlagt noen form for demokratisk kontroll.<sup>25</sup> Hovedregelen etter den domstolskapede læren om domstolenes prøvingsrett av forvaltningsvedtak er at de ikke kan overprøve forvaltningsskjønnet.<sup>26</sup> Det følger av rettspraksis at selv om det etter loven foreligger et forvaltningsskjønn kan domstolen alltid prøve om avgjørelsen er bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, om det er foreligger vilkårlighet eller om avgjørelsen er åpenbart urimelig.<sup>27</sup>

## **2.2 Utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger et alminnelig forvaltningsskjønn**

I dette underkapittelet skal det gjøres rede for hvordan det avgjøres om det foreligger et forvaltningsskjønn eller ikke. Redegjørelsen er nødvendig for å kunne foreta en senere sammenligning av hvordan det innkjøpsfaglige skjønnet og det forvaltningsrettslige skjønnet fastsettes.

Når det skal vurderes om det foreligger et forvaltningsskjønn eller ikke, er utgangspunktet for vurderingen ordlyden i det aktuelle hjemmelsgrunnlaget. I Elvebåtdommen vurderer Høyesterett om hjemmelsgrunnlagets ordlyd gir anvisning på et forvaltningsskjønn eller ikke.<sup>28</sup> Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om beregning av merverdi- og båtmotoravgift truffet av Toll og avgiftsdirektoratet. Spørsmålet i saken var hvem som heftet for avgiftene for tre skip innført fra Sverige til Norge med midlertidig avgiftsfritak.

Høyesterett vurderte om ordlyden «noe å legge ... til last» var underlagt tollvesenets frie skjønn slik at prøvingsretten var begrenset. Høyesterett la til grunn at både den skjønsmessige ordlyd og forarbeider taler for at ordlyden er underlagt et alminnelig forvaltningsskjønn. Videre mente Høyesterett at ordlyden er egnet for overprøving da

---

<sup>25</sup> Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 49.

<sup>26</sup> Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 353.

<sup>27</sup> Se blant annet Rt. 2007 s. 257 avsnitt 36.

<sup>28</sup> Rt. 2005 s. 117.

aktsomhetsvurderinger er noe domstolen foretar på en rekke områder. Høyesterett legger i denne sammenheng vekt på at skjønnet ikke krever noen «tollfaglig kompetanse».<sup>29</sup>

Høyesterett påpeker videre at en slik regel reiser særlige rettssikkerhetsspørsmål. Et forvaltningsskjønn her vil innebære at tollvesenet både er den som tar den endelige vurderingen av om kompetansenormen er brutt og kreditor for kravet. Da slike rettssikkerhetsspørsmål ikke er drøftet av lovgiver trekker Høyesterett den slutning at det er tvilsomt om det var «lovgivers overveide standpunkt at bestemmelsen skulle ha det innholdet som lovens ordlyd og forarbeidene umiddelbart kunne tyde på».<sup>30</sup>

Rettsikkerhetsproblematikken synes avgjørende for Høyesterett når det konkluderes med at ordlyden ikke gir anvisning på et forvaltningsskjønn og det ikke var uaktsomt av erverver ikke å ha henvendt seg til tollvesenet. Elvebåtdommen er et eksempel på at selv om ordlyd og forarbeider isolert sett tilsier at det foreligger et forvaltningsskjønn kan domstolen komme til at ordlyden gir uttrykk for et rettsanvendelsesskjønn som er gjenstand for full overprøving.

Et annet eksempel fra rettspraksis hvor Høyesterett har vurdert om et vilkår i hjemmelsgrunnlaget ga anvisning på et forvaltningsskjønn eller ikke, er Rt. 2008 s. 681. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av et vedtak om tidsbegrenset oppholdstillatelse fattet av Utlendingsnemnda. En etiopisk asylsøker hadde under opphold på asylmottak pådratt seg alvorlige hodeskader som medførte at han fikk epilepsi. Rettslig grunnlag for vedtaket er utlendingsloven § 8 andre ledd.

Høyesterett starter også i denne dommen med å vise til at utgangspunktet for domstolenes prøvingsrett er tolking av det rettslige grunnlaget for vedtaket. Retten vurderer at ordlyden isolert sett ikke gir noe særlig veiledning. Retten viser videre til at for de tilfeller der vedtak gjelder «anvendelse av lover som hjemler inngrep i etablerte rettsforhold, medfører hensynet til rettssikkerheten at domstolen normalt prøver alle lovbestemte vilkår, herunder den konkrete anvendelse av disse». Fra dette utgangspunktet er det gjort unntak når de lovbestemte vilkårene innebærer tydelige skjønsmessige vurderinger eller utpregede faglige vurderinger som domstolen ikke kan ventes å ha innsikt i.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Rt. 2005 s. 117 (avsnitt 50).

<sup>30</sup> Rt. 2005 s. 117 (avsnitt 48).

<sup>31</sup> Rt. 2008 s. 681 (avsnitt 34).



For ytterligere tolkningsbidrag går Høyesterett til lovens forarbeider hvor det blant annet står at terskelen for opphold på humanitært grunnlag innebærer vurderinger med klare politiske avveininger. Etter en gjennomgang av praksis og forarbeider konkluderer Høyesterett med at vilkåret «sterke menneskelige hensyn» ikke er gjenstand for overprøving, men innenfor forvaltningens frie skjønn. Ordlyden «sterke menneskelige hensyn» kunne bare prøves etter de alminnelige reglene om domstolskontroll av forvaltningens frie skjønn. Den endelige konklusjonen ble dermed at vedtak om tidsbegrenset oppholdstillatelse var gyldig. Det er forarbeidene og tidligere praksis sin konstatering av de politiske avveiningene vilkåret innebærer som synes å være avgjørende for konklusjonen til Høyesterett.

Gjennomgangen av de to avgjørelsene viser at det klare utgangspunkt for vurderingen av om det foreligger et alminnelig forvaltningsskjønn er hjemmelsgrunnlagets ordlyd. Av andre tolkningsbidrag fremheves særlig forarbeidene og reelle hensyn. De reelle hensynene er her spesielt interessante da de kan tillegges betydelig vekt i vurderingen av om det foreligger et skjønn. I den senere analysen vil det være spesielt interessant å vurdere om hensynene til egnethet, politikk, grad av inngripen og rettsikkerhet gjør seg gjeldene på samme måte for det innkjøpsfaglige skjønnet og hvilken betydning eventuelle forskjeller vil ha i vurderingen av om det innkjøpsfaglige skjønnet er sammenfallende med det alminnelige forvaltningsrettslige.

## **2.3 Domstolens kompetanse til å prøve forvaltningsskjønnet**

Har domstolen eller klageorgan kommet til at hjemmelsgrunnlaget gir anvisning på et en vurdering er underlagt et forvaltningsskjønn, er kompetansen til å overprøve denne vurderingen begrenset. I Rt. 2012 s. 1025 uttalte Høyesterett at domstolen ikke kan overprøve forvaltningsskjønnet i større grad enn det som følger av alminnelige regler om fritt skjønn.

«Dette innebærer at domstolene kan prøve om det er hjemmel for skjønnslingning, om saksbehandlingen og det faktiske grunnlaget for skjønnet er korrekt, om rettslige normer for hvordan skjønnet skal

gjennomføres er fulgt, om det skjønnnet som er utøvd er tilstrekkelig bredt og saklig, og at skjønnresultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig.»<sup>32</sup>

I dette underkapittelet skal de forskjellige mulighetene domstolen har for å føre kontroll med det alminnelige forvaltningsskjønnet gjøres rede for ved bruk av eksempler fra rettspraksis. Redegjørelsen skal danne grunnlag for sammenligning senere i avhandlingen.

Utgangspunktet for vurderingen av om det er tatt utenforliggende hensyn er en tolkning av hjemmelsgrunnlaget. Andre rettskilder som forarbeider og rettspraksis kan bidra til avklaringen av hvilke hensyn som er saklige.<sup>33</sup> Det er på det rene at å klargjøre grensene for hvilke hensyn som kan tas i betraktning i utgangspunktet er en rettslig oppgave.<sup>34</sup> I Rt. 1903 s. 340 vurderte Høyesterett om det ved vurderingen av å heve skjenkeavgift kunne legges vekt på skjenkebevillingshavers økonomi. Avgiften kunne etter lov heves hvis det forelå «særlige grunner». Etter en gjennomgang av forarbeidene kom Høyesterett til at formålet med bestemmelsen var at kommunen skulle få dekket utgifter til politioppsyn og sosialhjelp. Høyesterett kom derfor til at hensynet til skjenkebevillingshavernes gode økonomi var et utenforliggende hensyn i vurderingen av om skjenkeavgiften kunne heves.

Det følger av sikker ulovfestet rett at rene vilkårlighetsavgjørelser bare kan godtas hvis det følger av lov. En vilkårlig avgjørelse foreligger for det første når forvaltningen ikke har anvendt en rettsregel eller utøvd skjønn, men avgjørelsens resultat beror på rene tilfeldigheter.<sup>35</sup> En avgjørelse kan også være vilkårlig dersom det skjønn som er utøvd er så mangelfullt at det fremstår vilkårlig. Eksempelvis kan viktige hensyn være oversett eller tillagt klart overdreven vekt. Det er ikke et krav for vilkårlighet at resultatet i seg selv er urimelig.

Domstolene har også kompetanse til å prøve om skjønnnet som er utøvd innebærer en usaklig forskjellsbehandling, jf. blant annet Rt. 1956 s. 29. Usaklig forskjellsbehandling foreligger når det gjøres forskjell i forvaltningens avgjørelser uten at denne forskjellene kan begrunnes saklig og tilstrekkelig. En avgjørelse kan være lovlig hvis den betraktes isolert, men sett i lys

---

<sup>32</sup> Rt. 2012 s. 1025 (avsnitt 68).

<sup>33</sup> Kristian Jåtog Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2. utgave, Oslo 2017 s. 184.

<sup>34</sup> Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave 2010 s. 408 og videre henvisninger til rettspraksis.

<sup>35</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, 2010 s. 419.

av forvaltningens praksis i tilsvarende saker kan den være ulovlig. En særlig utfordring kan være å identifisere sammenlignbare avgjørelser.

Domstolene har i flere saker sett seg kompetente til å vurdere om en avgjørelse er åpenbart urimelig. Det ligger i vilkåret «åpenbart urimelig» en høy terskel og i flere saker hvor urimelighet er anført fører ikke kravet frem jf. Rt. 1991 s. 973, Rt. 1995 s. 738 og Rt. 1997 s. 1784.<sup>36</sup> Den høye terskelen henger blant annet sammen med at når loven har gitt forvaltningen et hensiktsmessighetskjønn ligger det nettopp til forvaltningen å vurdere vedtakets rimelighet.

I Rt. 2009 s. 1374 vurderte Høyesterett om et vedtak om avslag på søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag truffet av Utlendingsnemnda var gyldig. For Høyesterett ble det anført at vedtaket var ugyldig da det innebar usaklig forskjellsbehandling og at det var åpenbart urimelig. Når Høyesterett behandler anførselen om usaklig forskjellsbehandling starter de med å vise til vurderingen forutsetter sammenlignbare saker. Variasjon i behandling av asylsøknader kan skyldes endringer i innvandringspolitikken. Sammenlignbare saker er derfor bare saker fra samme periode. I saken kunne det ikke konkluderes med brudd på grunn av usaklig forskjellsbehandling da sakene fremlagt for Høyesterett ikke var tilstrekkelig sammenlignbare. Ved behandlingen av anførselen om at vedtaket var åpenbart urimelig viser Høyesterett sakens faktum og slutter at Utlendingsnemndas avgjørelse har god margin fra saker som faller inn under unntaksregelen om åpenbar urimelighet. Et avslag på søknad om oppholdstillatelse er svært inngripende og derfor taler hensynet til rettssikkerhet for inngående domstolskontroll. Som ved vurderingen av om det foreligger forvaltningsskjønn får hensynet til politikk og domstolens manglende egnethet til å overprøve politiske vurderingen stor betydning.

Fusadommen er et eksempel på at Høyesterett overprøver forvaltningens vedtak og konkluderer med ugyldig.<sup>37</sup> Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om hjemmehjelp og kontantstønad til en person med funksjonsnedsettelse. Det ble blant annet anført at vedtaket om hjemmehjelp var ugyldig da det hadde et lovstridig innhold jf. lov 5. juni 1964 nr. 2 om sosialhelsetjenester § 3.

---

<sup>36</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, 2010 s. 421.

<sup>37</sup> Rt. 1990 s. 874.

Etter en behandling av lovens forarbeider og etterarbeider slår Høyesterett fast at hvilke typer ytelser som skal gis etter sosialhelsetjenesteloven § 3, beror på et forvaltningskjønn. Videre legger Høyesterett til grunn at domstolen kan prøve om det aktuelle forvaltningsvedtaket tilfredsstillende visse minstekrav som må forutsettes å gjelde for alle slike ytelser. Domstolen viser til at en slik prøving vil være en prøving lignende domstolens adgang til å overprøve om vedtaket er åpenbart urimelig. Høyesterett konkluderer med at vedtaket er ugyldig da det ikke tilfredsstillende minstekravene. For denne konklusjonen legges det vekt på at vedtaket innebar en vesentlig reduksjon, og «det var åpenbart at det ikke tilfredsstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie».<sup>38</sup> Når det gjelder hvilke typer tiltak som må gis overlater retten dette til forvaltningen. Uten en minstestandard for slike rettigheter er det en fare for at bestemmelsen om rettigheten blir tilnærmet innholdsløs.<sup>39</sup>

Et spørsmål er om vurderingen av om vedtaket tilfredsstillende visse minstekrav går lengre enn en vurdering av om vedtaket er åpenbart urimelig. Det faktum at Høyesterett selv her velger en annen formulering kan tyde på at vurderingen ikke er sammenfallende. Vurderingstemaet blir noe annet, og den inngående prøvingen kan tilsi at terskelen for at noe er åpenbart urimelig er høyere enn for minstekrav. Ved vurderingen av om vedtaket tilfredsstilte pleietrengende sitt behov formulerer Høyesterett seg som at det var åpenbart at vedtaket ikke tilfredsstilte behovet. I juridisk litteratur er det blitt uttalt at minstekravstanderen ikke gjelder generelt uavhengig av rettsområdet, men at det er et prinsipp for sosialtjenester.<sup>40</sup> Fusadommen er derfor et eksempel på at det innenfor læren forvaltningskjønnet finnes spesialskjønn knyttet til det konkrete rettsområdet.

Gjennomgangen av rettspraksis her viser at selv om utgangspunktet for overprøvelse av forvaltningskjønnet er klart nok, kan det forekomme variasjoner i prøvingsintensiteten ut fra hvilket område en befinner seg på. Fusadommens resultat kan trolig begrunnes med at vedtaket var svært inngripende. Rettssikkerhetshensyn gjør seg derfor gjeldene med tyngde. At det er en variasjon i prøvingsintensiteten for det alminnelige forvaltningskjønnet er et interessant utgangspunkt for analysene av om skjønnene er sammenfallende.

---

<sup>38</sup> Rt. 1990 s. 874 (s. 889).

<sup>39</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, 2010 s. 474.

<sup>40</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, 2010 s. 474.

## 3 Det innkjøpsfaglige skjønnet

### 3.1 Overordnet om det innkjøpsfaglige skjønnet

Det innkjøpsfaglige skjønnet er ikke direkte regulert i lov eller forskrift. At det eksisterer et innkjøpsfaglig skjønn er forutsatt og uttrykt i rettspraksis.<sup>41</sup> Utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger et innkjøpsfaglig skjønn er ikke tydelig formulert i høyesterettspraksis. Det kunne tenkes et utgangspunkt der oppdragsgiver har et skjønn så lenge ikke annet følger av lov. Et argument som støtter dette utgangspunktet er hensynet til den private autonomien. Ettersom oppdragsgiver gjør bruk av en autonom kompetanse ved anskaffelser kunne utgangspunktet vært at den har handlefrihet så lenge ikke annet følger av lov.

Anskaffelsesretten er omfattende regulert i lov og forskrift. Den omfattende reguleringen fører til at utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger et innkjøpsfaglig skjønn må være bestemmelsens ordlyd. Et slikt utgangspunkt er sammenfallende med det forvaltningsrettslige skjønnet. Begrunnelsen for hvorfor det må tas utgangspunkt i bestemmelsen ordlyd er imidlertid ulik. Bruk av heteronom kompetanse krever hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet, mens bruk av autonom kompetanse begrenses av lov. Denne forskjellen kan også få betydning for skjønnets grenser dersom det ikke finnes lovregulering.

I likhet med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet er det begrensninger i domstolens overprøving av det innkjøpsfaglige skjønnet.<sup>42</sup> Begrensningene i overprøvingen av det innkjøpsfaglige skjønnet begrunnes ikke nødvendigvis på samme måte som for det forvaltningsrettslige skjønnet. De hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmål om domstolens overprøvelse av innkjøpsfaglig skjønn vil drøftes i kapittel 3.5.

Spesielt for anskaffelsesloven er at den inneholder en overordnet formålsparagraf i § 1 og grunnleggende prinsipper for anskaffelsesretten i § 4 som angir formål og prinsipper for anskaffelsesretten. For analysen av det innkjøpsfaglige skjønnet vil både formålsparagrafen og de grunnleggende prinsippene være relevante.

---

<sup>41</sup>Se blant annet Rt. 2007 s. 1783.

<sup>42</sup>Jf. Rt. 2007 s. 1783.

Det følger av § 1 at anskaffelsesloven skal sikre «effektiv bruk av samfunnets ressurser» og bidra til at det offentlige «opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte». Formålsparagrafen fremhever at ettersom offentlige forvalter samfunnets ressurser, må anskaffelsene skje både effektivt og på en måte som skaper tillit. Allmennhetens tillit til det offentlige er et grunnleggende hensyn i den alminnelige forvaltningsretten og helt avgjørende for et effektivt forvaltningsapparat.

Etter forarbeidene til § 1 har ikke lovgiver ment å gjøre endringer i formålsbestemmelsen.<sup>43</sup> Det fremgår av forarbeidene til den tidligere formålsparagrafen at formålsbestemmelsen er ment å angi de overordnede prinsippene som ligger bak regelverket og «er derfor ikke isolert sett egnet til å utlede plikter og rettigheter».<sup>44</sup> Forarbeidene forstås slik at det ikke kan utledes konkrete rettigheter og plikter fra formålene som er nevnt, men de kan brukes som tolkningsbidrag når den enkelte rettsregel skal klarlegges. I relasjon til det innkjøpsfaglige skjønnet kan ikke § 1 brukes for å angripe dette skjønnet ved å anføre at en vurdering innenfor skjønnet strider mot formålet til effektivitet eller tillit. For analysen av grensene til det innkjøpsfaglige skjønnet vil nok formålene i § 1 kunne brukes, og de sentrale formålene vil bli brukt i vurderingen av om det innkjøpsfaglige skjønnet er sammenfallende med det alminnelige forvaltningsrettslige.

Det følger av anskaffelsesloven § 4 at «oppdragsgiver» skal opptre i samsvar med «grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet». Det følger av forarbeidene at dette er prinsipper som gjelder etter «EØS-avtalens alminnelige regler, forvaltningsrettens prinsipper om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper».<sup>45</sup> Videre følger det av forarbeidene at prinsippene både fungerer som selvstendige grunnlag for plikter og rettigheter og som tolkningsbidrag ved tolkningen av rettsreglene. Hvordan de grunnleggende prinsippene brukes i relasjon til det innkjøpsfaglige skjønnet vil være gjenstand for den videre analysen av rettspraksis. En særlig interessant problemstilling er om og eventuelt hvordan de grunnleggende prinsippene nedfelt i § 4 kan brukes som prinsipp for overprøving av det innkjøpsfaglige skjønnet. Forarbeidene behandler ikke spørsmålet direkte, men uttrykker mer generelt at det kan utledes rettigheter og plikter av § 4 på selvstendig grunnlag.

---

<sup>43</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 80.

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 65.

<sup>45</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

Forarbeidenes behandling av det innkjøpsfaglige skjønnet er ikke omfattende. Det konstateres en rekke ganger at det foreligger et skjønn uten en videre behandling. Anskaffelsesloven § 8 regulerer søksmålsadgangen og gir tilbydere og andre med rettslig interesse mulighet til å reise sak om brudd på anskaffelsesregelverket. Forarbeidene til § 8 slår fast at § 8 er en videreføring av tidligere § 8 i lov 16. juni 1999 nr. 69 (heretter 1999-loven).<sup>46</sup> I relasjon til søksmålsadgangen har lovgiver i forarbeidene reist spørsmål om hva domstolene faktisk kan prøve dersom det foreligger søksmålsadgang. Spørsmål om rekkevidden av domstolenes kompetanse til å overprøve et innkjøpsfaglig skjønn er noe annet enn spørsmål om søksmålsadgang.

Forarbeidene til 1999-loven er Ot.prp. nr. 71 (1997-1998). Her vises det til en uttalelse fra Regjeringsadvokaten der det påpekes at oppdragsgiver av og til foretar vurderinger som er sammensatte og vil derfor ikke alltid være egnet for overprøving ved domstolene.<sup>47</sup> I Regjeringsadvokaten sin uttalelse vises det videre til at domstolens kompetanse her må være begrenset på samme måte som ved overprøvelsen av skjønnsmessige forvaltningsvedtak. Departementet bemerker at de på disse punktene er enige med Regjeringsadvokaten.

Det følger videre av Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 67 at domstolene i prinsippet kan overprøve om alle prosedyrereglene er fulgt i anskaffelsesprosessen. En begrensning i overprøvelsesadgangen vil følge av «det frie skjønn». Henvisningen i forarbeidene til det frie skjønn kan være et argument for at det innkjøpsfaglige skjønnet en oppdragsgiver har i anskaffelsesprosessen er sammenfallende med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet. Det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet refereres ofte til som et fritt skjønn. Uttalelsen i forarbeidene er gitt uten nærmere redegjørelse og det er derfor vanskelig å trekke den slutning at lovgiver har tatt det standpunkt at det innkjøpsfaglige skjønnet er helt sammenfallende med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet.

Norsk lov og forarbeider gir noen utgangspunkt for domstolenes adgang til å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet. De noe knappe uttalelsene i forarbeidene gir ikke nok til å slutte at det innkjøpsfaglige skjønnet er helt sammenfallende med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet.

---

<sup>46</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 85.

<sup>47</sup> Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 67.

## 3.2 EU-domstolens praksis om innkjøpsfaglig skjønn

I dette underkapittelet skal det gis noen eksempler på hvordan EU-domstolen forholder seg til det innkjøpsfaglige skjønnet. Eventuelle begrensninger eller utvidelser i den nasjonale domstolens kompetanse til å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet vil kunne få betydning når det senere skal vurderes om domstolens intensitet i prøving av skjønnene er den samme.

I EU-domstolens sak C-92/00 (HI) fremhever EU-domstolen at de nasjonale domstolene kan prøve om oppdragsgivers beslutning er forenelig med EØS-retten. Saken gjaldt tilbakekallelse av anbud og reiste prejudisielle spørsmål vedrørende tolkning av direktivbestemmelser. I premiss 31 reises spørsmål om en avgjørelse om å tilbakekalle et anbud kan annulleres med den begrunnelse at avgjørelsen tilsidesetter EU-retten. I premiss 36 slutter EU-domstolen at myndighetene må åpne for å behandle klager hvor det anføres brudd på EU-retten. Videre i dommen klargjør domstolen hva som følger av traktat, direktiv og tidligere praksis. Fra dommen kan det trekkes den slutning at domstolen kan prøve om alle vurderinger i anskaffelsesprosessen er i samsvar med EU-retten. Dommen har betydning for prøvingsintensiteten av det innkjøpsfaglige skjønnet da den nasjonale domstolen kan prøve om skjønnet er i samsvar med EU-retten.

Domstolens begrensning i overprøvelse av det innkjøpsfaglige skjønnet gjør at jo mer skjønnsmessige vurderinger oppdragsgiver foretar i anskaffelsesprosessen, jo snevrere blir domstolens adgang til overprøvelse.<sup>48</sup> For at domstolens adgang til å overprøve oppdragsgivers vurderinger ikke skal være illusorisk, settes det grenser for hvor skjønnsmessige kriterier oppdragsgiver kan sette for tildelingen, jf. Concordia Bus-saken.

EU-domstolens sak C-513/99 (Concordia Bus) omhandler blant annet hvor skjønnsmessige kriterier en tildeling kan bygge på. Saken gjaldt en anbudskonkurranse om busstransport. I saken ble det blant annet reist spørsmål om beskyttelse av miljøet var et lovlig kriterium ved fastleggelsen av det økonomisk mest fordelaktige bud. Det følger av premiss 61 at

«it ... appears from the case-law that an award criterion having the effect of conferring on the contracting authority an unrestricted freedom of choice as regards the award of the contract to a tenderer would be incompatible with Article 36(1)(a)».

---

<sup>48</sup> Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 851.



Det finnes altså at en grense for hvor skjønnsmessige kriteriene kan være før de er i strid med EU- eller EØS-retten. At det er en grense for hvor skjønnsmessige kriterier en oppdragsgiver kan bruke, begrenser det innkjøpsfaglige skjønn.

Flere saker som omhandler det innkjøpsfaglige skjønn for EU-domstolen løses konkret uten at det gis mer overordnede retningslinjer for hvordan domstolen skal avgjøre om det foreligger et skjønn eller hvordan domstolen skal forholde seg til skjønn i overprøvelsen.

Et eksempel på at EU-domstolen løser saken konkret uten å gi overordnede retningslinjer er sak C-117/13 (Connexion taxi). Det overordnede spørsmålet i saken var lovligheten av Ministeriets avgjørelse om å tildele Connexion Taxi Services BV en offentlig kontrakt. Et av de mest sentrale spørsmålene i saken var om det lå til oppdragsgiver å vurdere om et tilbud skulle avvises dersom det forelå en alvorlig feil ved tilbudet etter direktivets artikkel 45. I generaladvokatens forslag til avgjørelsen ble det blant annet uttalt at dersom oppdragsgiver finner at en tilbyder har begått en alvorlig feil plikter oppdragsgiver å vurdere om det er proporsjonalt at tilbudet skal avvises. Ettersom oppdragsgivers plikt utelukket et innkjøpsfaglig skjønn tok ikke generaladvokaten stilling til den nasjonale domstolens spørsmål om i hvilken grad de kunne overprøve en avvisning av et tilbud der det var begått alvorlige feil. Hvorvidt en avgjørelse om avvisning er proporsjonal eller ikke har den nasjonale domstolen kompetanse til å overprøve, jf. proporsjonalitetsprinsippet i EU-retten.

Selv om EU-domstolen er tilbakeholden med å gi overordnede og generelle retningslinjer utgjør prinsippene i de to første dommene begrensninger. De begrensninger som EU-domstolen viser til for det innkjøpsfaglige skjønn, er neppe unike. Det kan tenkes lignende begrensninger på forvaltningsrettslige områder som også er regulert i EØS-retten eller EMK-retten.

### **3.3 Høyesterettspraksis om innkjøpsfaglig skjønn**

I dette underkapittelet skal to dommer fra Høyesterett analyseres for å belyse hvordan domstolen går frem i vurderingen av om det foreligger et skjønn og hvordan domstolen kan overprøve skjønn.

I Rt. 2000 s. 1076, Jørpelanddommen, behandlet Høyesterett krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen<sup>49</sup> fra en anbyder som anførte å være forbigått i en anbudskonkurranse for bygging av en barneskole på Jørpeland. Konkurransen ble gjennomført etter dagjeldende Norsk Standard 3400 Regler for anbudskonkurranser for bygg og anlegg.

Høyesterett kom til at bestemmelser i NS 3400 tilsa «et vidt skjønnsmessig spillerom for kommunen når det gjelder hvilket anbud som skal velges». Kommunen ville etter NS 3400 punkt 13.1 ha kompetanse til å forkaste samtlige anbud. Den vide muligheten etter NS 3400 til å forkaste alle tilbudene kan brukes som et argument for at skjønnet ved valg av anbud er særlig vidt. Her foretar Høyesterett en kontekstuell analyse av bestemmelsen som støtte for at det foreligger et skjønn og at dette skjønnet er særlig vidt. Den konkrete saken fulgte ikke regelverket for offentlige anskaffelser. De vide skjønnsmessige rammene Høyesterett beskrev i dommen ved tildeling av kontrakt har derfor ikke nødvendigvis overføringsverdi til det innkjøpsfaglige skjønnet oppdragsgiver har etter anskaffelsesregelverket.

Rt. 2007 s. 1783 gjaldt et erstatningskrav fra en anbyder som ikke fikk Hammerfest kommunes oppdrag om å anlegge en gang- og sykkelvei. Den ankende part NIDA fikk 0,3 poeng mindre enn tilbyder som vant konkurransen. Rettslig grunnlag for avgjørelsen var 1999-loven<sup>50</sup> § 5 og forskrift<sup>51</sup>.

Høyesterett starter med å vise at saken reiser to hovedspørsmål. For det første om «leveringssikkerhet» kunne benyttes som tildelingskriterium. Dersom leveringssikkerhet var et lovlig kriterium reises det et spørsmål om vurderingen var lovlig.<sup>52</sup> For spørsmålet om «leveringssikkerhet» er et lovlig vilkår viser Høyesterett til 2006-forskriftens § 13-2 og konkluderer med at kriteriet leveringssikkerhet er knyttet til kontraktens gjenstand. Det vises til to avgjørelser fra klagenemda hvor lignende tildelingskriterier er ansett som lovlige. Høyesterett bruker klagenemda sine avgjørelser som en kilde til argument som skal støtte opp under deres forståelse, avgjørelsen brukes ikke som kilde for å utlede gjeldende rett. Tildelingskriteriet «leveringssikkerhet» er egnet til å utpeke det mest fordelaktige tilbudet. Domstolen finner også støtte for en slik fortolkning i EU-retten.

---

<sup>49</sup> Se E-16/16 en ny avgjørelse fra EFTA-domstolen om erstatning for positiv kontraktsinteresse.

<sup>50</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

<sup>51</sup> Forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlig anskaffelser § 13-2.

<sup>52</sup> Rt. 2007 s. 1783 (avsnitt 25).

Avslutningsvis viser Høyesterett til at den konkrete utmålingen av poeng for kriteriene ligger til kommunens skjønn. Det uttales videre at skjønnet verken er vilkårlig, sterkt urimelig eller strider mot de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 om etterprøvbarehet, forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Høyesterett sin behandling av kommunens innkjøpsfaglige skjønn er utgangspunktet for domstolenes overprøvelsesrett. Høyesterett forklarer ikke hvorfor overprøvingen er begrenset og foretar ingen nærmere vurdering av en eventuell begrunnelse. For klarlegging av grensene til det innkjøpsfaglige skjønnet hadde det vært verdifull om Høyesterett hadde avklart hvordan vurderingen av om det foreligger et skjønn skal foretas og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende.

Et særlig spørsmål som kan reises etter Høyesteretts behandling av § 5 s. 178 er om domstolen har samme kompetanse til å prøve om det innkjøpsfaglige skjønnet strider mot grunnprinsippene i § 4 som domstolen hadde etter § 5.

Den nye anskaffelsesloven § 4 tilsier at «oppdragsgiver» skal handle i samsvar med «grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet». Prinsippene om «forutberegnelighet» og «etterprøvbarehet» inngikk i de kravene som kunne prøves etter § 5. Det anses derfor klart at domstolen vil ha kompetanse til å prøve om skjønnet strider mot forutberegnelighet eller etterprøvbarehet. De andre prinsippene har ikke vært oppe til Høyesterett som et selvstendig grunnlag for å prøve det innkjøpsfaglige skjønnet.

I forarbeidene til § 4 er det blant annet uttalt at § 4 er en videreføring av den nå opphevede § 5, men at den er «betydelig forenklet og forkortet».<sup>53</sup> Forarbeidenes omtalelse av § 4 her taler for at domstolens prøvelsesrett etter § 4 er tilsvarende det den var etter § 5. Det uttales videre i forarbeidene at prinsippene på selvstendig grunnlag danner utgangspunkt for rettigheter og plikter som kan prøves for domstolen.

I Rt. 2007 s. 1783 uttaler Høyesterett at de kan prøve om skjønnet fremstår som «vilkaurlig eller sterkt urimelig» eller støter «mot kravene i anskaffelsesloven § 5 om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet». Denne uttalelsen sier ikke noe om de andre kravene

---

<sup>53</sup>Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

som følger av § 5, men kan neppe forstås slik at domstolen ikke er kompetent til å prøve de andre kravene.

På bakgrunn av forarbeidene og Rt. 2007 s. 1783 er det mest naturlig å slutte at domstolen har samme kompetanse til å prøve om det innkjøpsfaglige skjønn strider mot grunnprinsippene i § 4 som domstolen hadde etter § 5. Hvorvidt en prøvelse etter § 4 går lenger enn prøving etter myndighetsmisbrukslæren i forvaltningsretten vil være gjenstand for drøftelser i underkapittelet 5.1.

Høyesterett foretar ingen synlig vurdering av hvor skjønnsmessig ordlyden er og hvilke hensyn som eventuelt begrunner et skjønn. Muligens er det så klart at den konkrete utmålingen av poeng er underlagt et innkjøpsfaglig skjønn at Høyesterett ikke finner det nødvendig å foreta en slik vurdering.<sup>54</sup> En analyse av hvilke hensyn som kunne inngått i en slik vurdering vil belyses i neste underkapittelet.

### **3.4 Analyse av hensyn**

I dette underkapittelet er det særlig to spørsmål som skal belyses. Det første spørsmålet er hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av om det foreligger et skjønn. Det andre spørsmålet er hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av hvilken kompetanse domstolen har til å overprøve vurderinger som er underlagt det innkjøpsfaglige skjønn. De to spørsmålene henger tett sammen, og de skal ikke søkes å besvares igjennom to adskilte analyser. Analysen av hensynene er nødvendig for senere å kunne sammenligne om det er de samme hensynene som gjør seg gjeldende for det alminnelige forvaltningsrettslige skjønn.

Et sentralt hensyn i anskaffelsesretten er allmennhetens tillit til det offentlige. Tillitshensynet kommer til uttrykk i anskaffelsesloven § 1. Når et forvaltningsorgan foretar en anskaffelse gjør det bruk av sin autonome kompetanse og binder først og fremst organet selv. Til forskjell fra andre private som også binder seg selv ved en anskaffelse gjør et offentlig organ bruk av felleskapets midler. Forvaltningen av felleskapets midler bærer med seg et særlig ansvar for at anskaffelsesprosessen er tillitsvekkende. En domstolskontroll med offentlige anskaffelser kan øke denne tilliten da misfornøyde tilbydere får mulighet til å få prøvd alle sider av

---

<sup>54</sup> Rt. 2007 s. 1783.

anskaffelsen. I tillegg kan domstolen konstatere brudd slik at eventuelle ulovlige anskaffelser ikke blir gjennomført. For at domstolen i størst grad skal kunne føre kontroll må det innkjøpsfaglige skjønnet være minst mulig. På denne måten tilsier hensynet til tillit en vid overprøvelsesadgang også av det innkjøpsfaglige skjønnet. Et lite skjønn i anskaffelsesprosessen vil også kunne gjøre prosessen mer forutberegnelig og dermed øke tilliten til anskaffelsesprosessen.

Hensynet til tillit taler ikke ensidig i retning av et lite skjønn med vid overprøvelsesadgang for domstolen. Hvis oppdragsgiver tildeles et lite skjønn kan det svekke muligheten til å treffe hensiktsmessige avgjørelser. I den ytterste konsekvens kan dette føre til at oppdragsgiver ender opp med å anskaffe varer og tjenester oppdragsgiver egentlig ikke trenger eller noe han trenger til en langt høyere pris. Uheldige anskaffelser er ikke tillitsvekkende og taler mot at skjønnet begrenses. Å begrense oppdragsgivers mulighet til å treffe hensiktsmessige avgjørelser kan i tillegg være uheldig i den grad tilbydere er misfornøyde med avgjørelsen. Det er ikke sikkert at en påfølgende prosess i domstolene vil øke tilliten til offentlige oppdragsgivere dersom avgjørelsen i utgangspunktet var lite hensiktsmessig. Et begrenset innkjøpsfaglig skjønn og derfor et mindre hensiktsmessighetsskjønn kan både svekke og øke tilliten til offentlige anskaffelser.

Hensynet til effektivitet er sentralt i anskaffelsesretten og er lovfestet som formål i anskaffelsesloven § 1. Domstolen har ikke på generelt grunnlag prøvd om det innkjøpsfaglige skjønnet er i samsvar med formålet om effektivitet. I tråd med forarbeidsuttalelsene nevnt under punkt 3.1 kan formålet om effektivitet trolig brukes for å klarlegge grensen for det innkjøpsfaglige skjønnet i den konkrete saken. Hensynet til effektivitet forholder seg til læren om det innkjøpsfaglige skjønnet på flere måter. Det kan argumenteres for at et stort rom for skjønn er effektiv bruk av samfunnets ressurser, da oppdragsgiver er best egnet til å vurdere hvordan behovet best mulig kan dekkes igjennom prosessen. Det er ikke effektivt om oppdragsgiver grunnet et lite rom for skjønn kjøper noe han ikke trenger eller til en for høy pris.

Domstolsprøving er i tillegg i seg selv ikke effektiv bruk av samfunnets ressurser da en overprøving av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn er både tidskrevende og kostbart. På den andre siden kan en vid adgang for domstolene til å prøve det innkjøpsfaglige skjønnet fungere som en ekstra sikkerhet for at anskaffelser skjer på en måte som samsvarer med

formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Domstolen kan eksempelvis avdekke korrupsjon som gjerne hemmer at samfunnets ressurser utnyttes effektivt.

Et tredje hensyn er hensynet til domstolens egnethet til å overprøve innkjøpsfaglige vurderinger. I Ot.prp. nr. 71 (1997/98) s. 67 slutter lovgiver seg til Regjeringsadvokatens uttalelse hvor han blant annet uttaler at det ikke er «domstolens oppgave å sette seg i anskafferens sted og spørre hva domstolene ville valgt om den selv var anskaffer». Det kommer ikke klart frem av uttalelsen, men at det ikke er domstolens oppgave kan gjerne begrunnes med at domstolen ikke har den samme spesialkompetansen til å overprøve de innkjøpsfaglige vurderingene. Domstolens faglige kompetanse er først og fremst rettsreglene og rettssystemet. En oppdragsgiver som utlyser en anbudskonkurranse har som motivasjon å dekke et behov. Oppdragsgiveren definerer behovet selv og har videre inngående kjennskap til hvilken funksjon anskaffelsen skal fylle.<sup>55</sup> Selv om det innkjøpsfaglige skjønnet innebærer vurderinger som krever en viss spesialkompetanse kan det diskuteres om domstolen ikke kan foreta tilsvarende forsvarlige vurderinger. Domstolen kan benytte seg av fagkyndige og foretar økonomiske og fagspesifikke vurderinger på en rekke andre rettsområder. I juridisk litteratur har Tor Inge Harbo gått langt i å hevde at det ikke foreligger noe som tilsier at dommerne ikke har kompetanse til å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet.<sup>56</sup>

Ved anskaffelser gjør det offentlige som tidligere nevnt bruk av den autonome kompetanse. De går inn i et kontraktsrettslig forhold med en annen part. Domstolene er tilbakeholdne med å sensurere privates handlinger som ligger innenfor rettsreglene nettopp ut av hensynet til den private autonomien. En del anskaffelser er komplekse og det kan argumenteres for at det er rimelig at oppdragsgiver selv skal kunne bestemme hvordan ulike kvaliteter og forhold ved en anskaffelse skal vektas. Eksempelvis bør det være opp til oppdragsgiver å vurdere om en eiendom er mer egnet enn en annen til å drive asylmottak fordi den ligger lenger unna en støyende flyplass, eller om en sprøytetype er mer egnet enn en annen fordi den påfører pasientene mindre smerte. Hensynet til innkjøpernes selvbestemmelsesrett taler for et vidt innkjøpsfaglig skjønn og en snever overprøvelsesadgang.

Igjennom analysene er det særlig hensynene tillitt, effektivitet, autonomi, forutberegnelighet som gjør seg gjeldende i vurderingen av om det foreligger et innkjøpsfaglig skjønn. Når det

---

<sup>55</sup> Trygstad: Tildeling av offentlige kontrakter. s.166.

<sup>56</sup> Harbo, Tor Inge: Domstolsmakt – rettslig overprøving av det anskaffelsesfaglige skjønnet”.

gjelder domstolens kompetanse til å overprøve de innkjøpsfaglige vurderingene gjør særlig hensynene til domstolens egnethet, autonomi, effektivitet og tillitt seg gjeldende. Det er ikke mulig å si noe mer generelt om hvordan vektingen av disse hensynene skal foretas bortsett fra at det i forarbeidene er uttalt at hensynet til effektivitet generelt er det mest sentrale hensynet i anskaffelsesretten.

# 4 Utvalgte vurderinger hvor det innkjøpsfaglige skjønn gjør seg gjeldende

## 4.1 Valg av kvalifikasjonskrav

I de følgende underkapitlene er det valgt ut områder av anskaffelsesprosessen som er egnet til å eksemplifisere det innkjøpsfaglige skjønn. Både ved valg av kvalifikasjonskrav og evaluering av tilbud følger det av rettskildene at oppdragsgiver er tildelt et skjønn. En rekke avgjørelser vil her bli presentert for å eksemplifisere og lettere sammenligne det innkjøpsfaglige skjønn og det forvaltningsrettslige skjønn. Under punkt 4.3 vil det diskuteres om saklig grunn til avlysning innebærer vurderinger som er underlagt det innkjøpsfaglige skjønn.

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som stilles til leverandøren for å sikre at «leverandøren har evne til å levere i henhold til kontrakten».<sup>57</sup> Etter forskriftenes §§ 8-7 og 16-1 kan oppdragsgiver stille krav i leverandørens kvalifikasjoner. I dette underkapittelet vil jeg analysere og drøfte hvordan det innkjøpsfaglige skjønn gjør seg gjeldene når oppdragsgiver velger kvalifikasjonskrav.

Om det skal oppstilles kvalifikasjonskrav er i utgangspunktet omfattet oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, jf. ordlyden «kan» i forskriftens § 8-7 og 16-1. At oppdragsgiver her tildeles et skjønn er helt i tråd med hensynet til effektivitet og autonomi. Det innkjøpsfaglige skjønn oppdragsgiver har etter § 8-7, jf. «kan», er et eksempel på skønnsutøvelse der oppdragsgiver har rett, men ikke plikt til å foreta noe. På samme måte kommer det alminnelige forvaltningsskjønn til uttrykk som et «kan»-skjønn flere steder i lovgivning. Som i Rt. 1982 s. 1729 hvor Høyesterett vurderte om avskjedigelsen av en lektor ved Stokmarknes videregående skole var gyldig. Lektoren hadde i undervisning og i offentlighet ytret fremmedfiendtlige holdninger.

---

<sup>57</sup> Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 323.



Høyesterett uttaler tidlig i dommen at domstolens prøvelsesadgang er begrenset til om «avskjedvedtaket er truffet på riktig faktisk grunnlag og om lovens regler er riktig forstått».<sup>58</sup> Domstolen presiserer videre at den ikke kan avgjøre om lektoren bør avskjediges, men vurdere om vilkårene for avskjedigelse er oppfylt. Forvaltningsskjønnet her er et eksempel på et «kan»-skjønn der forvaltningen kan gjøre bruk av adgangen til å avskjedige lektoren dersom vilkårene er til stede. Den nå opphevede arbeidsmiljøloven<sup>59</sup>, § 66 gir retten likevel kompetanse til å bestemme avskjedigelse dersom den etter en avveining av partenes interesser finner det «åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter». Arbeidsmiljøloven § 66 fjerde ledd var på den måten en kodifisering av domstolens rett til å prøve om skjønnet er åpenbart urimelig.

Det er nok ikke så praktisk at domstolen prøver om det er åpenbart urimelig at oppdragsgiver valgte eller ikke valgte å sette et kvalifikasjonskrav, mer praktisk vil være å angripe innholdet i kvalifikasjonskravene.

Oppdragsgiver har også ved utformingen av kvalifikasjonskrav et innkjøpsfaglig skjønn. I juridisk litteratur er det uttalt at anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften setter rammen for skjønnet oppdragsgiver skal utøve, men innenfor denne rammen har oppdragsgiver et betydelig skjønn.<sup>60</sup> Det følger av § 8-7 at kravene må ha «tilknytning til og stå i forhold til leveransen» og «være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre kontrakten». Disse lovbestemte kravene kan domstolen prøve fullt ut. Oppdragsgiver må ved utformingen av kvalifikasjonskravene oppfylle bestemmelsens vilkår, men vil utover det ha et innkjøpsfaglig skjønn.

Grunnprinsippene nedfelt i § 4 setter en grense for hvor skjønnsmessige kvalifikasjonskravene kan være.<sup>61</sup> Tanken er at jo mer skjønnsmessige krav avgjørelsen bygger på jo mindre er domstolens adgang til overprøving. Særlig grunnprinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet setter grenser for skjønnsmessige kriterier. Bygger avgjørelsen om tildeling av anbud hovedsakelig på skjønn er det både vanskelig å forutsi sin rettsstilling og avgjørelsen er lite etterprøvbar. Også EU-retten setter grenser for hvor

---

<sup>58</sup> Rt. 1982 s.1729 (s. 1735).

<sup>59</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø.

<sup>60</sup> Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 323.

<sup>61</sup> Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 851.

skjønsmessige kriterier en oppdragsgiver kan sette, jf. den tidligere nevnte Concordia Bus-saken under punkt 3.2.

I KOFA-2017-84 behandlet nemda spørsmål om et kvalifikasjonskrav i en anbudskonkurranse med forhandling var ulovlig. Innklagede, Sandefjord kommune, kunngjorde 31. mars 2017 en konkurranse for anskaffelse av en IT-plattform og diverse teknisk utstyr for institusjoner, omsorgsboliger og hjemmetjenester. Klager, Atea AS, hadde ikke deltatt i konkurransen som følge av at de ikke kunne oppfylle kvalifikasjonskrav 2 i konkurransegrunnlaget.

Kvalifikasjonskrav 2 gikk ut på at tilbyder måtte kunne «dokumentere at det på tilbudstidspunktet foreligger en integrasjonsløsning mot kommunens elektroniske pasientjournalssystem (EPJ) som er utprøvd i markedet».

Klager anførte for det første at kvalifikasjonskravet og måten konkurransen var lagt opp strider mot formålet om effektivitet i § 1. Klagenemda kommer til at klager ikke kan høres med anførselen da det ikke er rettslig grunnlag for en vurdering om konkurransen samlet sett er i strid med § 1. Til støtte for en slik forståelse vises det til forarbeidene til den tidligere loven, Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 66. Forståelsen av § 1 på dette punkt samsvarer godt med den tidligere analysen av forarbeidene under kapittel 3.1.

Videre prøver klagenemda anførselen om at kvalifikasjonskravet strider mot grunnprinsippene nedfelt i § 4. I uttalelsen kommer det frem at for spørsmål som er nærmere regulert i loven er § 4 først og fremst tolkningsbidrag for tolkningen av den aktuelle bestemmelsen. Klagenemda viser til § 16-1 og følgende som regulerer de krav oppdragsgiver kan stille til leverandøren. I den videre vurderingen slår klagenemda fast at oppdragsgiver råder over et betydelig innkjøpsfaglig skjønn når det gjelder forholdsmessigheten til kvalifikasjonskrav som stilles. Konklusjonen var at klagenemden ikke ville overprøve oppdragsgivers vurderinger på dette punkt. Den endelige konklusjonen var at Sandefjord kommune ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Hvorvidt behandlingen av § 4 medfører riktighet er noe usikkert. Det er slått fast i forarbeidene at det på selvstendig grunnlag kan utledes rettigheter og plikter fra anskaffelsesloven § 4.<sup>62</sup> I Rt. 2007 s. 1783 konkluderer Høyesterett med et tildelingskriterium

---

<sup>62</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

ikke strider mot de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet som var nedfelt i § 5. Regler for tildelingskriterier var gitt i forskriftens § 16-1 og følgende. Argumentasjonen til klagenemda gikk ut på at grunnprinsippene i § 4 ikke kunne brukes for å overprøve skjønnet når regler om kvalifikasjonskrav var gitt i forskrift. Det er vanskelig å se at saken for klagenemda skiller seg på en slik måte at det ikke var grunnlag for å prøve om kvalifikasjonskravet strider mot grunnprinsippene i § 4. På den andre siden er det jo nettopp gitt regler i forskriften om kvalifikasjonskravets innhold, og skjønnet begrenser seg til det handlingsrommet som foreligger dersom vilkårene er oppfylt. Hvor stort dette handlingsrommet er vil nok variere noe fra sak til sak og vil sikkert ofte være begrenset og i stor grad gjelde den konkrete utformingen av kravet.

Ved valg av kvalifikasjonskrav gjør det innkjøpsfaglige skjønnet seg for det første gjeldende i vurderingen av om det skal stilles kvalifikasjonskrav, jf. «kan» i anskaffelsesforskriften §§ 8-7 og 16-1. Videre er fastsettelsen av innholdet i kvalifikasjonskravet underlagt et innkjøpsfaglig skjønn. Om domstolen prøver skjønnet utover å vurdere om vilkårene i §§ 8-7 eller 16-1 er oppfylt er noe tvilsomt. Dersom kvalifikasjonskravet har en saklig tilknytning til og står i forhold til leveransen er det vanskelig å tenke at kvalifikasjonskravet er vilkårlig, usaklig, åpenbart urimelig. Kvalifikasjonskravet kan nok stride mot prinsippene nedfelt i § 4. Eksempelvis kan det være at et kvalifikasjonskrav oppfylder kravene i § 16-1, men strider mot prinsippet om konkurranse. Hvor praktisk en slik overprøving er kan det stilles spørsmål ved, men er ikke gjenstand for videre drøftelse.

## 4.2 Tilbudsevaluering

Utgangspunktet er at oppdragsgiver utøver et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved tilbudsevalueringen.<sup>63</sup> I EU-domstolen sak C-274/83 viser domstolen til at oppdragsgivers vurdering av tilbud er skjønnsmessig. Saken gjaldt spørsmål om lovligheten av oppdragsgivers beslutning om å velge tilbud med pris nærmest gjennomsnittsprisen. Det følger av EU-domstolens praksis at oppdragsgiver har et innkjøpsfaglig skjønn ved evalueringen av tilbud. I Rt. 2007 s. 1783 kommer det klart frem at enkelte sider ved oppdragsgivers evaluering prøves i begrenset grad. Høyesterett viser til at oppdragsgiver har et innkjøpsfaglig skjønn ved den konkrete utmålingen av poeng. Videre er utgangspunktet om

---

<sup>63</sup> Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 589.

at oppdragsgiver utøver et vidt skjønn kommet til uttrykk i en rekke saker for lagmannsretten og klagenemda.<sup>64</sup> I dette underkapittelet skal spørsmålet om hvordan det innkjøpsfaglige skjønnen gjør seg gjeldende i tilbudsevalueringen belyses nærmere. Det skal særlig fokuseres på hvordan domstolen forholder seg til det innkjøpsfaglige skjønnen i tilbudsevalueringen sammenlignet med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnen.

Torghattendommen<sup>65</sup> gjaldt spørsmål om gyldigheten av et vedtak om tildeling av konsesjon til en hurtigbåt etter en anbudskonkurranse. I forlengelsen av spørsmålet i gyldighet ble det reist spørsmål om en forbigått anbyder skulle tilkjennes erstatning. Rettslig grunnlag for tildeling av tjenestekonsesjonskontrakten var den tidligere forskrift om anbud i lokal rutetransport § 20-1.<sup>66</sup>

Høyesterett starter med å vise at avgjørelsen om tildeling av konsesjon er myndighetsutøvelse og et enkeltvedtak. Videre viser Høyesterett til at når oppdragsgiver har valgt anbudsformen begrenser anbudsformen hvilke hensyn som kan legges vekt på ved avgjørelsen.

Begrensningen i hvilke hensyn som kan legges vekt på «fører til at domstolen i større grad kan prøve vedtaket».<sup>67</sup> En slik rettsliggjøring av skjønnen kan sammenlignes med hvordan det forvaltningsrettslige skjønnen varierer fra et forvaltningsområde til et annet. Hensyn som er saklige og relevante i skjønnsmessige saker etter sosialtjenesteloven vil nødvendigvis ikke være relevante etter skatteloven.

Det følger videre av forskrift om anbud i lokal rutetransport § 20-2 at alle «kriterier som vil bli lagt til grunn for tildeling» skal «oppgis i anbudsgrunnlaget eller kontraktskunngjøringen». Høyesterett reiser så spørsmålet om det er lagt vekt på hensyn som det ikke er adgang til å vektlegge eller om enkelte hensyn er tillagt for stor vekt. I vurderingen av spørsmålet går Høyesterett særlig langt i å vurdere om enkelte hensyn er tillagt for stor vekt i tilbudsevalueringen.

Både for forvaltningsskjønnen og det innkjøpsfaglige skjønnen er det adgang til å prøve om det er tatt utenforliggende hensyn. Et spørsmål i relasjon til utenforliggende hensyn er om vekting av relevante hensyn omfattes av skjønnen eller ikke. For forvaltningsskjønnen fremgår det av

---

<sup>64</sup> Se KOFA-2004-295 premiss 70, LB-2014-111360 og LB-2010-176631.

<sup>65</sup> Rt. 1998 s. 1389.

<sup>66</sup> Forskrift 11. mars 1994 nr. 206.

<sup>67</sup> Rt. 1998 s. 1389 (s. 1406).

rettspraksis at dersom det aktuelle rettsgrunnlaget gir anvisning på hvilken vekt hensynene skal ha er vektingen ikke omfattet av det forvaltningsrettslige skjønnet, men gjenstand for overprøving.<sup>68 69</sup> For det innkjøpsfaglige skjønnet er det uttalt i NIDA-dommen at den konkrete utmålingen av poeng er omfattet av det innkjøpsfaglige skjønnet og ikke gjenstand for overprøving. Det kan tenkes at saken kunne stilt seg annerledes dersom vektingen av tildelingskriteriene og metoden for evalueringen klart hadde fremgått av konkurransegrunnlaget. Utgangspunktet for både det alminnelige forvaltningsskjønnet og det innkjøpsfaglige skjønnet er en tolkning av det rettslige grunnlaget.

Anbudskonkurransen i Torghattendommen ble ikke gjennomført etter anskaffelsesforskriften og det er derfor ikke gitt at vurderingen ville ha stor overføringsverdi til prøving av tilbudsevalueringer ved anbud gjennomført etter anskaffelsesforskriften.

I LB-2010-176631 ble det reist spørsmål om det skulle tilkjennes erstatning etter at tilbyder, Isachsen Entreprenør AS, ikke ble tildelt to kontrakter. Drammen kommune utlyste en anbudskonkurranse om funksjonskontrakter for drift og vedlikehold av veinettet i Drammen. Rettslig grunnlag for avgjørelsen var dagjeldende lov om offentlige anskaffelser § 5 og § 10.

Et vilkår for erstatning etter anskaffelsesloven § 10 er at det foreligger brudd på regelverket. Isachsen Entreprenør AS anførte at kommunens evaluering av kvalitetskriteriet ikke var i samsvar med anskaffelsesloven § 5 jf. forskriftens § 3-1. Drammen kommune anfører på sin side at de må tilkjennes et innkjøpsfaglig skjønn som ikke kan overprøves og at kravene i § 5 er overholdt. Lagmannsretten går grundig inn i hvordan evalueringsgruppen hadde gått frem da de vurderte kriteriet kvalitet. Det forelå ikke noe feil ved måten evalueringen ble gjennomført på, men lagmannsretten uttrykte at det var ønskelig at det på forhånd var en klarere plan for hvordan poenggivingen skulle skje. Konkurransegrunnlaget setter rammer for den evalueringen. Er konkurransegrunnlaget utfyllende og presist vil det kunne bidra til at evalueringen blir mer forutberegnelig og etterprøvable. Oppdragsgiver utøver et skjønn ved utformingen av konkurransegrunnlaget og senere et skjønn ved evalueringen og vil derfor utøve skjønn i flere ledd.

---

<sup>68</sup> Rt. 1998 s.1398.

<sup>69</sup> Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, 2010 s. 409 med videre henvisninger til rettspraksis.

Evalueringen gjort av evalueringsgruppen er nedfelt i sammenfatningsnotater.

Lagmannsretten viser til at skriftligheten er nødvendig for at kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet er oppfylt. Videre fant lagmannsretten at evalueringsgruppen feilaktig hadde vurdert Isachsen Entreprenør AS sin reservekapasitet. Evalueringsgruppen argumenterte med at reservekapasiteten ikke kunne være så stor som angitt da den ikke ville kunne være lønnsom. I tillegg hadde evalueringsgruppen feilaktig trukket for at tilbudet ikke «angir om oppgaver skjer ved innleie eller i egenregi». En tvil om hva forkortelsen «IE» stod for skulle vært avklart etter forskriftens § 12-1 annet ledd bokstav a.

Særlig i vurderingen av evalueringen av valgte tilbyder går lagmannsretten langt.

Lagmannsretten vurderer om antall og type maskiner beskrevet i tilbudet faktisk er tilstrekkelig. Retten finner det unødvendig å beregne hvilken poengsum som ville vært riktig for de to tilbyderne. Under oppsummering av evalueringen konkluderer lagmannsretten med at det er så store feil ved evalueringen at å tilby valgte leverandør kontrakten er «uriktig og uforsvarlig». Her bemerkes det særlig at det synes som at lagmannsretten ser seg kompetent til å foreta en konkret utmåling av poeng, men at de velger ikke å gjøre det da det foreligger et så stort avvik. At domstolen har en slik kompetanse lar seg vanskelig forene med Høyesteretts behandling av spørsmålet om domstolen har kompetanse til å overprøve den konkrete utmålingen av poeng, jf. Rt. 2007 s. 1783. Uttalelsen er uansett i seg selv ikke nok til å endre rettstilstanden da det er et obiter dictum fra lagmannsretten. Konklusjonen for lagmannsretten var at Drammen kommune skulle betale en erstatning til Isachsen Entreprenør på åtte millioner kr.

Tolkningen og fastleggelsen av tildelingskriterienes innhold er gjenstand for overprøving ved Høyesterett, jf. Rt. 2007 s. 1783, hvor Høyesterett vurderer hva som ligger i vilkåret leveringssikkerhet. Tildelingskriteriene kan sammenlignes med hjemmelsgrunnlaget i den alminnelige forvaltningsretten.<sup>70</sup> Tolkning og fastlegging av hjemmelsgrunnlaget er gjenstand for overprøving ved domstolene.<sup>71</sup> Når det gjelder den konkrete anvendelsen av kriteriene prøver ikke Høyesterett vurderingen i større grad enn det som følger av den alminnelige læren om forvaltningsskjønnet.<sup>72</sup> Dersom domstolen foretar en konkret utmåling av poeng og

---

<sup>70</sup> Kristian Jåtog Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2. utgave, Oslo 2017 s.183.

<sup>71</sup> Se blant annet Rt. 2008 s. 681.

<sup>72</sup> Se eksempelvis Rt. 2008 s. 681.

modellene for poenggivningen åpner for skjønn, vil domstolen gå utover den kompetanse som følger av utgangspunktet gitt i rettspraksis.

De nevnte avgjørelsene viser blant annet hvor sentral forskjellen mellom tolkning og klarlegging av vilkår er contra den konkrete subsumsjonen. Det er ved den konkrete subsumsjonen domstolens kompetanse er begrenset. Det er derfor avgjørende om en vurdering anses å være tolkning eller subsumsjon da Høyesterett prøver tolkningen fullt ut. Videre illustrerer tilbudsevalueringen at oppdragsgiver utøver skjønn i flere ledd. Ved å utforme skjønnsmessige tildelingskriterier blir skjønnet i tilbudsevalueringen også større. Det kan argumenteres for at det vide skjønnet er nødvendig av hensyn til effektivitet og autonomi. At lagmannsretten i LB-2010-176631 går langt i overprøvingen av skjønnet kan kanskje forklares ut i fra at det vide skjønnet i tilbudsevaluering kan utfordre forutberegneligheten og rettssikkerheten til tilbydere.

### **4.3 Saklig grunn til å avlyse konkurransen**

Det følger av anskaffelsesforskriften § 10-4 og § 25-4 at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger «saklig grunn». Om ordlyden «saklig grunn» er underlagt et innkjøpsfaglig skjønn eller ikke har enda ikke fått avklaring i høyesterettspraksis. I dette underkapittelet skal det drøftes om ordlyden «saklig grunn» gir anvisning på en vurdering som er underlagt det innkjøpsfaglige skjønnet.

Som drøftet tidligere må det når det skal vurderes om et vilkår er underlagt et innkjøpsfaglig skjønn eller et rettsanvendelsesskjønn tas det utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Ordlyden «saklig grunn» er noe skjønnsmessig da hva som er saklig ikke kan angis, men vil variere fra sak til sak. Det kan vanskelig tenkes at vurderingen krever særlig fagspesifikk kunnskap.

Det følger av forarbeidene til 1999-loven at vilkåret «saklig grunn» stiller krav til at avlysningsgrunnen i seg selv må være saklig og at oppdragsgiver ikke kunne forutse avlysningsgrunnen. Om det foreligger «saklig grunn» til avlysning må avgjøres etter en helhetsvurdering hvor oppdragsgivers interesse i å avlyse veies opp mot leverandørens interesse i fullført konkurranse.<sup>73</sup> Oppdragsgiver har ingen kontraheringsplikt, men avlysning

---

<sup>73</sup> Marianne Dragsten og Esther Lindalen, Offentlige anskaffelser kommentarutgave bind II, Oslo 2005 s. 1221.

uten saklig grunn kan medføre erstatningsansvar for oppdragsgiver. Av hensyn som vektlegges i retning av at konkurransen ikke kan avlyses er at leverandørene har investert ressurser i å delta i konkurransen og noen ganger er det investert betydelige ressurser. Forarbeidene viser til en helthetsvurdering av ulike interesser. På den ene siden kan det argumenteres for at denne vurderingen er skjønnsmessig der de ulike interessene må veies mot hverandre og at ordlyden derfor gir anvisning på et innkjøpsfaglig skjønn. På den andre siden er interessevurderingen knyttet til den konkrete saken og innebærer ikke særlige fagspesifikke vurderinger.

Vilkåret for «saklig grunn» ved totalforkastelse er i rettspraksis antatt å ha det samme innholdet som vilkåret «saklig grunn» ved avlysning.<sup>74</sup> I Rt. 2007 s. 983 behandler Høyesterett blant annet spørsmål om totalforkastelse av resterende tilbud. Saken gjaldt krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen etter en anbudskonkurranse om innsamling og håndtering av avfall. Oppdragsgiver anførte blant annet at de kunne avlyse konkurransen da det ble mye billigere å utføre kontrakten i egenregi. Flertallet kom til at det ikke var saklig grunn til avlysning. Flertallets begrunnelse var en rolleblanding førte til at tilbudet ikke var gitt på likt grunnlag som de resterende tilbudene. Tilbudet kunne derfor ikke være utgangspunktet for vurderingen av egenregi. Høyesterett tok ikke direkte stilling til om vilkåret «saklig grunn» innebærer et skjønn. Flertallets argumentasjon minner om en argumentasjon ut fra de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse. Det er likevel lite i dommen som tilsier at Høyesterett mener at vilkåret om «saklig grunn» innebærer et innkjøpsfaglig skjønn.

I Rt. 2001 s. 473 kommer kjæremålsutvalget til at det forelå saklig grunn til forkastelse av resterende tilbud. Kjæremålsutvalget uttalte at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige. Totalforkastelse er noe annet enn avlysning, men vilkåret om saklig grunn er antatt å ha samme innhold. Underrettspraksis og klagenemda utleder fra Rt. 2001 s. 473 at vilkåret «saklig grunn» innebærer en lav terskel.<sup>75</sup> Den lave terskelen er kanskje noe av grunnen til at klagenemda og domstolens prøving av «saklig grunn» noen ganger fremstår som beskjeden.

---

<sup>74</sup> Rt. 2007 s. 983 (avsnitt 93).

<sup>75</sup> Se LG-2016-133934 og KOFA 2014/94.



Ved gjennomgangen av rettspraksis synes ikke retten å gi oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn i vurderingen av om en gitt begrunnelse er saklig. Et eget spørsmål er om oppdragsgiver gis et skjønn i vurderingen av hvor mye som skal til for at det foreligger «saklig grunn» til avlysning. Hvis det for eksempel foreligger forretningsmessige eller økonomiske grunner kan det reises spørsmål om det er opp til oppdragsgiver å vurdere hvor stor forretningsmessig eller økonomisk ulempe som skal til før det foreligger «saklig grunn».

I LB-2010-176631 behandler lagmannsretten en anførsel om avlysning av konkurranse dersom en forbigått leverandør hadde vunnet konkurransen. Saken gjaldt en offentlig anbudskonkurranse for veivedlikehold i Drammen kommune. Kommunen anførte at dersom Isachsen Entreprenør AS hadde vunnet konkurransen ville den avlyses etter reglene om saklig grunn. Den anførte grunnen var at Isachsen Entreprenør AS sin pris lå 25 % over det som var budsjettert med i kommunens budsjett. Lagmannsretten konkluderer med at det ikke forelå saklig grunn da brudd på budsjettet ikke medførte en «økonomisk umulighet» og det generelle forbeholdet i konkurransegrunnlaget ikke ga mulige tilbydere mulighet til å kunne forutse avvisningen. At entreprenørens tilbud er høyere enn budsjettet er en grunn som i seg selv kan være saklig. Lagmannsretten vurderte saken slik at det ikke lå til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvor stor oversittelse som eventuelt kunne ført til «saklig grunn» til avlysning.

Vurderingen av om det foreligger «saklig grunn» eller ikke kan minne om den alminnelige myndighetsmisbrukslæren. En vurdering av saklig grunn vil fort innebære en vurdering av om det er tatt utenforliggende hensyn, usaklig forskjellsbehandling eller om noe er åpenbart urimelig. Det vil ikke foreligge saklig grunn dersom avveiningen er åpenbart urimelig eller det er tatt utenforliggende hensyn. At domstolen er kompetent til å prøve om det foreligger myndighetsmisbruk er et argument for at domstolen fullt ut er egnet til å prøve om det foreligger saklig grunn. Likevel kan det ikke trekkes likhetstegn mellom vurderingen av saklig grunn og myndighetsmisbruk. Det kan tenkes at det i avveiningen er lagt for stor vekt på oppdragsgivers eventuelle ulempe ved å fortsette konkurransen uten at man kan si at avveiningen er åpenbart urimelig eller at det er tatt utenforliggende hensyn. Hvilken vekt oppdragsgivers ulempe skal tillegges i vurderingen kommer ikke klart frem av anskaffelsesforskriften.

I tillegg kan det reises spørsmål ved om det er betenkelig at oppdragsgiver skal ha det siste ordet i en interesseavveining der deres egne interesser inngår. Et lignende hensyn ble lagt vekt på i den tidligere nevnte elvebåtdommen hvor det ble påpekt at det utgjorde et rettssikkerhetsproblem dersom tollvesenet både skulle være kreditor og den som vurderte debtors skyld. En slik vinkling av hensynet til rettssikkerhet taler mot at ordlyden gir anvisning på et innkjøpsfaglig skjønn.

I saker hvor det vurderes om det foreligger saklig grunn til avlysning står oppdragsgivers begrunnelse helt sentralt. Høyesterett tar utgangspunkt i begrunnelsen og vurderer om de grunner som er oppgitt er saklige. I den alminnelige forvaltningsretten er det et prinsipp om at inngripende vedtak må begrunnes. Prinsippet er utledet av Isenedommen hvor Høyesterett uttalte at jo mer inngripende et vedtak er jo strengere krav stilles det til begrunnelsen. Avgjørelser i anskaffelsesretten er sjeldent det en vil kalle for inngripende fordi det gjelder tildeling av kontrakter og griper ikke inn i borgernes rettssfære ved å pålegge eller frata rettigheter eller plikter. Oppdragsgiver har ingen plikt til å inngå kontrakt etter avsluttet konkurranse, men en avlysning vil ofte få økonomiske konsekvenser for leverandørene. En avgjørelse om å avlyse en konkurranse er ikke en inngripende avgjørelse i forvaltningsrettslig stand, men de økonomiske konsekvensene kan oppleves som inngripende for leverandørene.

Etter en gjennomgang av rettspraksis er det mest naturlig å konkludere med at ordlyden «saklig grunn» ikke gir anvisning på vurderinger som er underlagt det innkjøpsfaglige skjønnet. Den lave terskelen som er lagt til grunn i rettspraksis gjør at overprøvingen av oppdragsgivers vurderinger er noe tilbakeholden da det ikke skal mye til før ordlyden «saklig grunn» er oppfylt.

## 5 Sammenligning

### 5.1 Hvor langt går domstolen i overprøvingen?

I dette underkapittelet skal domstolenes prøving av det innkjøpsfaglige skjønnet og det alminnelig forvaltningsrettslige skjønnet sammenlignes. Felles for det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet og det innkjøpsfaglige skjønnet er at domstolen som utgangspunkt ikke overprøver forvaltningens skjønnsutøvelse, jf. ulovfestet rett. Den ulovfestede domstolskapte læren tilsier at det alltid kan prøves om avgjørelsen er bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger vilkårlighet eller om avgjørelsen er åpenbart urimelig, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1783.

I analysen av rettspraksis viser det seg at domstolen også prøver om det innkjøpsfaglige skjønnet bryter de grunnprinsipper som følger av anskaffelsesloven § 4. En tilsvarende generell prøving av det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet finnes ikke. Derimot prøvde retten i Fusadommen om vedtaket, som bygget på et forvaltningsskjønn, holdt en minstestandard. En prøving av om vedtaket holdt en minstestandard er en mulig utvidelse av domstolens kompetanse som kan sammenlignes med den kompetansen domstolen har til å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet etter § 4. Denne utvidelsen av kompetanse kan forklares med at domstolens kompetanse kan variere fra de spesielle forvaltningsrettslige områdene.

Videre kan det stilles spørsmål om prøving av om det innkjøpsfaglige skjønnet bryter grunnprinsippene i § 4 faktisk er noe annet enn det som ellers følger av den ulovfestede læren. Grunnprinsippene nedfelt i § 4 er konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet. Prinsippenes nærmere innhold er ikke angitt i loven, men prinsippene er omtalt i forarbeidene.<sup>76</sup>

Det fremgår av forarbeidene at konkurranseprinsippet får størst betydning der det ikke følger en plikt til kunngjøring av konkurranse i Doffin eller TED. Oppdragsgiver har her en plikt til «å sikre konkurranse om oppdraget». Konkurranseprinsippet har ingen parallell i

---

<sup>76</sup> Prop.51 L (2015-2016) s. 83 og følgende.

myndighetsmisbrukslæren, men hensynet til konkurranse vil klart nok kunne inngå i vurderinger av om skjønnets utøvelse er vilkårlig eller åpenbart urimelig. Prøving av om det innkjøpsfaglige skjønnets strider mot konkurranseprinsippet innebærer en noe utvidet prøvingsrett i forhold til prøving etter myndighetsmisbrukslæren.

Likebehandlingsprinsippet omtales som det viktigste av alle prinsippene. Utgangspunktet for en godt fungerende konkurranse er at mulige leverandører gis lik mulighet til å delta. En prøving av om det innkjøpsfaglige skjønnets samsvarer med likebehandlingsprinsippet vil i stor grad samsvare med en vurdering av om det er tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling. En prøving etter likebehandlingsprinsippet vil trolig ikke gå lenger enn det som ellers følger av den ulovfestede læren og tilsier at muligheten for prøving etter § 4 innebærer en mer intens prøving.

Om forutberegnelighet og etterprøvningsbarhet uttales det i forarbeidene at innholdet i prinsippene fastlegges i samsvar med prinsippet om gjennomsiktighet i EØS-retten. Kort sagt innebærer gjennomsiktighetsprinsippet at det er oppdragsgivers oppgave å sikre at hele anskaffelsesprosessen er tilstrekkelig åpen. Gjennomsiktighetsprinsippet er en grunnleggende forutsetning for at tilbydere kan kontrollere at det i prosessen brytes med andre prinsipper. I tillegg kan gjennomsiktighetsprinsippet bidra til tillit til offentlige anskaffelser som er et av de overordnede målene med regelverket. Om en avgjørelse ikke er gjennomsiktig eller forutberegnelig er det mulig at den også er vilkårlig eller åpenbart urimelig etter myndighetsmisbrukslæren. Likevel er det naturlig å tenke at myndighetsmisbrukslæren innebærer en høyere terskel og er noe annet enn en vurdering om avgjørelsene er forutberegnelig eller gjennomsiktig. Det at prøving av om en avgjørelse er forutberegnelig eller gjennomsiktig kan innebære en mer intens prøving tilsier at muligheten for prøving etter § 4 innebærer en mer intens prøving.

Forholdsmessighetsprinsippets eksplisitte forankring i loven er ny. Prinsippet har også fått en mer sentral plass i de nye anskaffelsesdirektivene som anskaffelsesloven bygger på. Innholdet i forholdsmessighetsprinsippet er at de krav som stilles til anskaffelsesprosedyren og mulige tilbydere må stå i forhold til det som skal anskaffes. På den måten regulerer forholdsmessighetsprinsippet også gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene nedfelt i

§ 4.<sup>77</sup> Hvorvidt en forholdsmessighetskontroll vil gå lenger enn prøving etter den ulovfestede læren er vanskelig å si noe generelt om. En forholdsmessighetsvurdering vil klart inngå i en vurdering av om en avgjørelse er åpenbart urimelig. Videre er forholdsmessighetsprinsippet et sentralt EU-rettslig og EMK-rettslig prinsipp. På rettsområder hvor EU-retten og EMK-retten står sentralt vil domstolen også kunne prøve vedtakets forholdsmessighet jf. blant annet Rt. 1996 s. 568.

Grunnprinsippene kan være nedfelt eller komme til uttrykk i spesiallovene på det enkelte forvaltningsrettslige område. På den måten kan domstolsprøving skje ved at det vurderes om vedtak er lovlige. På det overordnede plan ser det ut til at prøving etter § 4 gjør at domstolen kan prøve det innkjøpsfaglige skjønnet mer intensivt. Hvorvidt dette faktisk er tilfellet vil trolig variere fra hvilket forvaltningsrettslig område en befinner seg på og hvilken problemstilling som reises i den konkrete sak. Konklusjonen på underproblemstillingen blir derfor at domstolsprøvingen ved det innkjøpsfaglige skjønnet går noe lenger enn utgangspunktet for det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet, men at det vil variere etter hvilket forvaltningsrettslig område det sammenlignes med.

## **5.2 Sammenligning av legislative hensyn**

I dette underkapittelet skal de legislative hensynene som begrunner prøving eller tilbakeholdenhet med prøving av det innkjøpsfaglige og det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet sammenlignes. I tillegg skal hensyn som begrunner rommet for skjønn sammenlignes. Felles er at forvaltningen er avhengig av tillit enten den foretar en anskaffelse eller treffer et vedtak. Som påpekt i underkapittelet 3.5 kan et lite rom for skjønn øke forutberegnelighet og dermed øke tilliten. På den andre siden vil et for lite rom for skjønn kunne begrense forvaltningens mulighet til å treffe hensiktsmessige avgjørelse. Denne betraktningen gjør seg gjeldende både for det innkjøpsfaglige skjønnet og det alminnelige forvaltningsrettslige. Tilliten til forvaltningen sammen med hensynet til rettssikkerhet tilsier i utgangspunktet en vid kompetanse for domstolen til overprøving av det innkjøpsfaglige skjønnet og det alminnelige forvaltningsrettslige.

---

<sup>77</sup> Prop.51 L (2015-2016) s. 83.

Ulikt er imidlertid tyngden til rettssikkerhetshensynet. Hvor forvaltningen gjør bruk av sin heteronome kompetanse vil et vedtak alltid fremstå som mer eller mindre inngripende. Når det offentlige foretar anskaffelser kan store økonomiske verdier stå på spill, men en anskaffelse er i utgangspunktet ikke inngripende i den forstand som vedtak griper inn i borgernes rettssfære. Rettssikkerhetsproblematikken får derfor helt klart størst betydning når forvaltningen treffer vedtak, men vil variere fra det ene rettsområde til det andre. En nyansering av dette utgangspunktet er når oppdragsgiver treffer den beslutning at et tilbud skal avvises etter anskaffelsesforskriften §§ 9-5 andre ledd eller 24-2 andre ledd fordi leverandøren har begått kriminell handling som korrupsjon, deltagelse i en kriminell organisasjon, bedrageri eller hvitvasking av penger. Å få en slik avvisning kan for noen leverandører være svært inngripende. Eksempelvis vil en leverandør av helsetjenester neppe klare seg som virksomhet dersom han avvises etter anskaffelsesforskriften §§ 9-5 andre ledd eller 24-2 andre ledd. Leverandører av helsetjenester har gjerne det offentlige som hovedkunde eller eneste kunde. Det innkjøpsfaglige skjønn vil komme inn i vurderingen av hvor lang tid etter begått kriminell handling det foreligger en avvisningsplikt.<sup>78</sup>

Domstolens egnethet er også et hensyn som vektlegges ved både det forvaltningsrettslige og det innkjøpsfaglige skjønn. Hensynet til domstolens egnethet får imidlertid litt forskjellig betydning. Innkjøpsfaglige vurderinger inneholder ofte vurderinger av hvordan et behov mest hensiktsmessig kan dekkes. Det er oppdragsgiver selv som har definert behovet og står mye nærmere enn domstolen til å ta vurderingen av hvordan dette behovet mest hensiktsmessig skal dekkes. På samme måte står forvaltningen nærmest til å foreta hensiktsmessighetsvurderinger når vedtak treffes. På en del forvaltningsrettslige områder er det gitt politiske retningslinjer for hvordan skjønn skal utøves. De politiske vurderingene har domstolen ikke myndighet til å overprøve. Ved offentlige anskaffelser utøves ikke politikk på samme måte. Domstolens uegnethet til å foreta politiske vurderinger får derfor bare særlig betydning når vedtak treffes. Som nevnt tidligere kan det også diskuteres om domstolen virkelig ikke er egnet til å foreta hensiktsmessighetsvurderinger. Hensiktsmessighetsvurderinger skiller seg ikke nødvendigvis fra andre juridiske vurderinger domstolen foretar. Dersom denne innvendingen mot domstolens kompetanse tas til følge må argumentet om domstolens uegnethet få tilsvarende mindre vekt når domstolens kompetanse til overprøving vurderes.

---

<sup>78</sup> Se Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013 s. 528-529 med videre henvisninger til EU-praksis og KOFA-praksis.

Ved vurdering av forvaltningsskjønnet tilsier hensynet til likhet normalt at domstolen er tilbakeholden med overprøving. Det er svært få saker som ender hos domstolen og domstolen kan ha liten kunnskap om gjeldende praksis på det konkrete forvaltningsområdet. Denne vinklingen av hensynet til likhet gjør seg ikke i samme grad gjeldende for det innkjøpsfaglige skjønnet da det ikke er en målsetning. En annen side av hensynet til likhet og likebehandling er at domstolsprøving av skjønnet nettopp kan bidra til å avdekke om det er foretatt usaklig forskjellsbehandling. Hvis usaklig forskjellsbehandling ikke avdekkes kan det påvirke tilliten til det offentlige negativt.

En av de største forskjellene når det gjelder alminnelig forvaltningsskjønn og innkjøpsfaglig skjønn er den type kompetanse som brukes ved avgjørelsen. Innledningsvis ble det gjort rede for forskjellene i den autonome og heteronome kompetansebruken. Forvaltningen nyttiggjør seg av en heteronomkompetanse når det treffes vedtak, mens oppdragsgiver nyttiggjør den seg av en autonom kompetanse når den foretar en anskaffelse. En viktig forskjell er derfor hensynet til selvbestemmelsesretten. Domstolen sensurer normalt ikke skjønn som brukes i forbindelse med selvbestemmelsesretten så hvorfor skal de da sensurere det innkjøpsfaglige skjønnet. Selv om oppdragsgiver binder seg selv når det foretas en anskaffelse brukes fellesskapets midler for å gjennomføre anskaffelsen. Indirekte binder det oppdragsgivers fellesskapet ved offentlige anskaffelser. Denne indirekte bindingen henger sammen med hensynet til tillit ettersom tillit er særs viktig da det er fellesskapets midler som brukes.

Det er påpekt en del forskjeller i de legislative hensynene som begrunner det innkjøpsfaglige og det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet. De største forskjellene er tyngden av rettsikkerhetssyn, hensynet til autonomi og domstolens egnethet til å foreta politiske vurderinger. Når det foretas en sammenligning tilsier hensynet til rettsikkerhetssyn og autonomi en mer begrenset overprøving for det innkjøpsfaglige skjønnet enn det forvaltningsrettslige, mens domstolens egnethet til å foreta politiske vurderinger tilsier en videre overprøving av det innkjøpsfaglige skjønnet. Det er vanskelig å si noe generelt om hvordan forskjellene får betydning og om forskjellene tilsier at skjønnene ikke er sammenfallende. Hvorvidt forskjellene burde få betydning skal søkes å belyses i underkapittelet 6.2. Konklusjonen på underproblemstillingen er at det er forskjeller i de legislative hensynene som begrunner prøving av skjønnene.

# 6 Avslutning

## 6.1 Konklusjon

Igjennom avhandlingen kommer det frem at overprøving av forvaltningskjønn og innkjøpsfaglig skjønn har samme utgangspunkt. Foreligger det først et skjønn er domstolen tilbakeholden med overprøving, men domstolen kan prøve om skjønnet bygger på riktig faktum, er åpenbart urimelig, innebærer usaklig forskjellsbehandling, om det er tatt utenforliggende hensyn eller om det er utøvd vilkårlig.

Det er flere av hensynene, som tillit, forutberegnelighet og egnethet, som er felles for det innkjøpsfaglige skjønnet og det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet i vurderingen av om det foreligger et skjønn og hvor langt domstolen skal gå i overprøving. Igjennom analysene har jeg påpekt at prøving av om det innkjøpsfaglige skjønnet er i samsvar med § 4 innebærer en noe utvidet prøving. Det er også påpekt at det er noe ulikhet i hvilke hensyn som gjør seg gjeldene. En av de største forskjellene er bruk av heteronom mot autonom kompetanse. Denne forskjellen kunne tilsi at man utfører en mindre intensiv prøving av det innkjøpsfaglige skjønnet. På den andre siden vil hensynet til politikk og demokratisk legitimitet gjerne trekke betydelig i motsatt retning. I den grad det gjelder juss og ikke politikk er det et sterkt argument for at domstolen i større grad bør overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet.

De forskjellene som er påpekt igjennom avhandlingen er likevel ikke så store at det er grunn til å konkludere med at det innkjøpsfaglige skjønnet er noe annet enn det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet. Det er også forskjeller i behandlingen av forvaltningskjønnet etter hvilket forvaltningsrettslig område en befinner seg på. Tatt i betraktning de forskjeller i skjønnene som er kommet frem igjennom analysen er konklusjonen for avhandlingen at det innkjøpsfaglige skjønnet ikke er totalt sammenfallende med det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet, men kan defineres som en variant av det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet.



## 6.2 Anskaffelsesrettens overordnede formål

I dette avsluttende underkapittelet skal noen spørsmål og funn som er kommet frem igjennom avhandlingen belyses og vurderes i lys av anskaffelsesrettens overordnede formål. Det skal diskuteres hva som er en hensiktsmessig overprøving av det innkjøpsfaglige skjønnnet og hvordan det er hensiktsmessig å trekke grensen for det innkjøpsfaglige skjønnnet.

En særlig utfordring ved analysen av det innkjøpsfaglige skjønnnet er at det mangler prinsipielle uttalelser i rettspraksis der det vurderes om det foreligger et innkjøpsfaglig skjønn og hvor slutningen eventuelt begrunnes med hensyn. Slike avklaringer finnes det flere av for det forvaltningsrettslige skjønnnet. Det har derfor vært hensiktsmessig med en sammenligning slik at det kan vurderes om hensynet bak læren om skjønnene er likt og om grensene derfor bør trekkes på samme måte. Det er både konkludert med en ulikhet i domstolens kompetanse til overprøving og i den legislative begrunnelsen. Etter en slik konklusjon er det naturlig å reise spørsmål om forskjellene bør føre til en forskjell i grensedragningen og eventuelt i overprøvingen.

Verken hensynet til tillit eller effektivitet taler entydig for at oppdragsgivers bør gis et mindre rom for skjønn. Tvert imot er det mye som taler for at samfunnet er tjent med at oppdragsgiver kan foreta hensiktsmessighetsvurderinger. Det er lite effektivt å ta sikte på en rettslig regulering som fullt ut regulerer anskaffelsesprosessen og et behov for skjønn er mer eller mindre selvsagt.

Når det gjelder domstolens kompetanse til å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnnet er det konkludert med at en prøvelse etter anskaffelsesloven § 4 innebærer en noe utvidet prøving enn det som fremgår etter læren om domstolsprøving av det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnnet. Det kan reises spørsmål om hvor mye som er igjen av skjønnnet som ikke kan overprøves. Spørsmålet kan nok ikke besvares generelt og svaret vil nok variere fra en konkret sak til en annen. Videre kan det reises spørsmål om det i det hele tatt er hensiktsmessig å operere med en begrensning i overprøving av skjønnnet.

Tor Inge Harbo har i en artikkel uttrykt en stor skepsis til domstolens begrensning i å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet.<sup>79</sup> Han begrunner kritikken med at det i anskaffelsesretten ikke nødvendigvis oppstår mer kompliserte spørsmål enn mange av de andre tekniske og økonomiske spørsmålene domstolen tar stilling til hver dag.<sup>80</sup> Videre argumenterer Harbo for at domstolen i flere saker er nødt til å ta stilling til det innkjøpsfaglige skjønnet. Ved tildeling av den positive kontraktsinteressen må domstolen ta stilling til om den forbigåtte leverandøren ville blitt tildelt kontrakt dersom ikke feilen ble begått. Til slutt argumenterer Harbo for at anskaffelsesrett ikke er vanlig forvaltningsrett og det skal vises forsiktighet med å legge til grunn at forvaltningsrettslige prinsipper om fritt skjønn gjelder for anskaffelsesretten. Som kommentar til Harbos standpunkt kan det nevnes at selv om ikke alle forvaltningsprinsipper gjelder for anskaffelser tilsier en analyse av de rettskildene som foreligger at læren om forvaltningsskjønnet gjelder tilsvarende for det innkjøpsfaglige skjønnet. Det er forskjeller og i noen tilfeller vil domstolen ha kompetanse til å prøve det innkjøpsfaglige skjønnet mer intenst.

Kristian Trygstad har i sin nyeste utgave av boken *tildeling av offentlige kontrakter* uttalt at inngåelse av offentlige kontrakter ikke er offentlig myndighetsøvelse og heller ikke faller innenfor legalitetsprinsippet område. Så lenge man er dette utgangspunktet bevisst er det etter Trygstad sitt syn ikke noe i veien for at man prøver skjønnet ved tildeling av kontrakt på samme måte som ved forvaltningsvedtak.<sup>81</sup> Fordelen ved en prøving lik det alminnelige forvaltningsrettslige skjønnet mener Trygstad er at prøvingen gir domstolen en stor fleksibilitet i prøvingsintensiteten.<sup>82</sup> Det Trygstad her påpeker er helt i tråd med funn i avhandlingen. I tillegg synes det å samsvare med både hensynet til effektivitet og tillit.

---

<sup>79</sup> Harbo, Tor-Inge, ”Domstolsmakt – rettslig overprøving av det anskaffelsesfaglige skjønnet” Lov og rett, 2014 s. 77-88.

<sup>80</sup> Harbo, Tor-Inge, ”Domstolsmakt – rettslig overprøving av det anskaffelsesfaglige skjønnet” Lov og rett, 2014 s. 88.

<sup>81</sup> Kristian Jåtog Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2. utgave, Oslo 2017 s. 181.

<sup>82</sup> Kristian Jåtog Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2. utgave, Oslo 2017 s.181-182.

# Litteraturliste

## EU-direktiver

- 2014 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF (2014/24/EU)
- 2014 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF (2014/25/EU)
- 2014 Eurparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter (2014/25/EU)

## Lover og forskrifter

- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.)
- 1999 Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (1999-loven)
- 2006 Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (2006-forskriften)
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- 2016 Forskrift 12. august nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)

## Forarbeider

- Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser
- Ot.prp. nr. 3 (2000-2001) Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
- NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser  
Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

## **Juridisk teori**

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger* (Oslo 2013).

Dragsten, Marianne og Lindalen, Esther, *Offentlige anskaffelser kommentarutgave bind I* (Oslo 2005).

Dragsten, Marianne og Lindalen Esther, *Offentlige anskaffelser kommentarutgave bind II* (Oslo 2005).

Trygstad, Kristian Dahle, *Tildeling av offentlige kontrakter* (Oslo 2006).

Trygstad, Kristian Jåtog, *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2 utgave (Oslo 2017)

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave (Bergen 2010).

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 9. utgave (Oslo 2010)

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære* (Oslo 1997).

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Regulation in the EU and UK, vol 1 (London 2014)

Harbo, Tor-Inge, «Domstolsmakt – rettslig overprøving av det anskaffelsesfaglige skjønnet» *Lov og rett*, 2014 s. 77-88.

Innjord, Frode, «Hva er «vakkert» – domstolskontroll med forvaltningsvedtak nå forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord», *Jussens Venner* 1996 s. 161-194

Boe, Erik, Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?, *Jussens Venner* 1987 s. 37-57.