

Dokumentasjonskrav i anskaffelsesretten

*Oppdragsgivers plikt til å sikre
evalueringsgrunnlaget for tildelingskriterier*

Kandidatnummer: 138

Antall ord: 14 916



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07. juni 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning	3
1.1 Tema og aktualitet.....	3
1.2 Avgrensninger.....	4
1.3 Relevante rettskilder og juridisk metode	5
1.4 Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper	8
1.5 Veien videre	9
2 Pliktens rettslige forankring og bakgrunn.....	10
2.1 Direktiv 2014/24/EU.....	10
2.2 Wienstrom-avgjørelsen	12
3 Krav til utforming av konkurransegrunnlaget.....	14
3.1 Innledning	14
3.2 Hva kan utgjøre «krav til dokumentasjon»	14
3.3 Hva er tilstrekkelig «krav til dokumentasjon».....	17
3.3.1 Muligheten for objektiv sammenligning av tilbudene	17
3.3.2 Muligheten for effektiv kontroll av tilbudene.....	19
3.4 Dokumentasjonskravets betydning for formålstjenlige anskaffelser	25
3.5 Konsekvenser av manglende dokumentasjonskrav	29
3.6 Sammendrag	30
4 Krav til etterfølgende kontroll	31
4.1 Innledning	31
4.2 Når foreligger en plikt til etterfølgende kontroll.....	32
4.3 Typetilfeller som kan skape tvil.....	34
4.3.1 Differanser i tilbudene	34
4.3.2 Varslinger fra konkurrerende tilbydere	36
4.3.3 Unormalt lave tilbud	37
4.4 Hva er tilstrekkelig etterfølgende kontroll.....	39
4.5 Mulige fremgangsmåter for effektiv kontroll	42
4.5.1 Bruk av andre opplysninger i tilbudet.....	42
4.5.2 Bekreftelser fra tilbyder	44
4.5.3 Bruk av sakkyndige.....	45

4.6	Konsekvenser av etterfølgende kontroll	46
4.7	Sammendrag	47
5	Forholdet til kontraktsrettslige sanksjoner	49
6	Avsluttende bemerkninger	53
	Kilderegister.....	54

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Denne masteroppgaven skal redegjøre for hvilken plikt offentlige oppdragsgivere har til å sikre vurderingsgrunnlaget for tildelingskriterier, etter regelverket for offentlige anskaffelser. Vurderingsgrunnlaget består av den informasjonen i mottatte tilbud som beskriver tilbudt ytelse. I anskaffelsesretten, som i alminnelig avtalerett, er disse tilbudene juridisk bindende for avsender.¹ Dette innebærer at oppdragsgivere som utgangspunkt skal kunne legge til grunn innsendt informasjon når tilbudene evalueres og rangeres mot hverandre.² Gjennom praksis og ny lovgivning er dette utgangspunktet nyansert ved å pålegge oppdragsgiver konkrete plikter som skal bidra til å sikre at oppdragsgiver vil motta en ytelse i henhold til tilbudet. Målet for denne masteroppgaven er å gi en samlet fremstilling av de plikter som foreligger frem til kontrakt med tilbyder er inngått.

Dersom oppdragsgiver etter kontraktinngåelse mottar en ytelse som ikke er i henhold til tilbudet, kan et mislighold møtes med kontraktsrettslige sanksjoner som for eksempel krav om omlevering eller prisavslag. Dette vil ikke nødvendigvis veie opp for alle ulemper og merarbeidet misligholdet medfører. For å kunne oppnå lovens formål om «effektiv bruk av samfunnets ressurser», er det derfor avgjørende at oppdragsgiver kan være trygg på at valgte tilbyder vil levere en ytelse som avtalt.³ Om oppdragsgivere ikke oppfyller sin plikt til å sikre vurderingsgrunnlaget kan det medføre at oppdragsgiver må avlyse konkurransen.⁴ En avlysning som følge av brudd på disse reglene kan videre medføre et erstatningskrav fra berørte tilbydere.⁵ Et brudd på disse pliktene vil følgelig kunne få store konsekvenser for konkurransen, og potensielt være av stor økonomisk betydning for oppdragsgiver.

¹ Trygstad (2020) s. 151

² Se LF-2014-32160 og LB-2016-65693

³ Se lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven – LOA.) § 1

⁴ Trygstad (2020) s. 166

⁵ Se LOA. § 10

Oppgaven tar utgangspunkt i anskaffelsesforskriftens § 18-1 (9) som oppstiller en plikt til å «angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium».⁶ Bestemmelsen utgjør en del av kravene for hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver lovlig kan anvende for å differensiere ulike tilbud. Bestemmelsen aktualiserer særlig to problemstillinger som oppgaven vil struktureres etter. Bestemmelsen reiser for det første spørsmål om hvilke plikter som følger av kravet til å angi dokumentasjonskrav i konkurransegrunnlaget. For det andre reiser bestemmelsen et spørsmål om når oppdragsgiver er forpliktet til å kontrollere at opplysninger i tilbudet stemmer.⁷

FOA. § 18-1 (9) ble til gjennom siste lov- og forskriftsrevisjon som trådte i kraft i 2017. Flere av tolkningsspørsmålene bestemmelsen reiser er enda ikke behandlet av norske domstoler og omfanget av oppdragsgivers plikter tilknyttet bestemmelsen fremstår fortsatt som uavklart. Temaets aktualitet forsterkes av at Høyesterett i HR-2019-1801-A, heretter omtalt som Fosenlinjen-dommen, behandlet et spørsmål om oppdragsgivers plikt til å stille dokumentasjonskrav etter det tidligere regelverket. Det fremstår derfor særlig aktuelt å se nærmere på hvordan avgjørelsen kan bidra til forståelsen av gjeldende rett etter den nye forskriftsbestemmelsen.

1.2 Avgrensninger

Når offentlige oppdragsgivere skal gå til innkjøp av varer eller tjenester oppstiller regelverket flere alternative konkurranseformer. Oppgaven skal redegjøre for regelverket knyttet til åpne anbudskonkurranser etter anskaffelsesforskriften del III, som regulerer anskaffelser over de fastsatte EØS-terskelverdiene.⁸ Oppgaven vil derfor avgrenses mot tilbudskonkurranser under terskelverdiene som reguleres av del II, samt de særskilte konkurranseformene etter forskriftens del IV-V. Oppgaven vil også avgrenses mot andre tillatte anskaffelsesprosedyrer for anskaffelser over fastsatte terskelverdier etter anskaffelsesforskriften kapittel 13.

⁶ Forskrift 12. august 2016 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften - FOA.)

⁷ Thue mfl. (2018) s. 776

⁸ Se anskaffelsesforskriften § 5-3 som fastsetter terskelverdiene.

Videre skal oppgaven kun redegjøre for plikten til å sikre evalueringsgrunnlaget for tildelingskriterier, som er de parametere oppdragsgiver skal evaluere tilbudene opp mot.⁹ Tildelingskriteriene skal være egnet til å evaluere hvor godt tilbudet oppfyller kriteriene og kan følgelig ikke utformes som minstekrav.¹⁰ Dette innebærer at oppgaven avgrenses mot oppdragsgivers plikt til å sikre innsendt informasjon tilknyttet kvalifikasjonskrav og kravspesifikasjoner. Kvalifikasjonskrav reguleres etter anskaffelsesforskriften kapittel 16 og er minimumskrav som leverandører må oppfylle for å delta i konkurransen. Kvalifikasjonskravene retter seg mot tilbyders egenskaper og skal sikre at tilbydere har kapasitet til å levere i henhold til kontrakt.¹¹ Kravspesifikasjoner reguleres etter anskaffelsesforskriften kapittel 15 som også er minimumskrav som må oppfylles. Til forskjell fra kvalifikasjonskrav retter de seg mot egenskaper ved ytelsen og bidrar til å sikre at ytelsen dekker oppdragsgivers behov.¹²

Både for kvalifikasjonskrav og kravspesifikasjoner finnes det rettspraksis som behandler oppdragsgivers plikt til å sikre at disse kravene er oppfylt. Disse reglene bygger på tilsvarende hensyn som pliktene tilknyttet tildelingskriterier, og rettspraksis knyttet til disse spørsmålene har derfor overføringsverdi til oppgavens problemstillinger.¹³ Relevansen for disse avgjørelsene synliggjøres ytterligere gjennom FOA. § 16-6 (5) som slår fast at dokumentasjonen som brukes i evalueringen av kvalifikasjonskravene, også kan brukes i «evalueringen av tildelingskriteriene dersom vurderingstemaet er et annet».

1.3 Relevante rettskilder og juridisk metode

Masteroppgaven er en rettsdogmatisk fremstilling av oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringsgrunnlaget for tildelingskriterier. Dette innebærer at oppgavens problemstillinger

⁹ Goller mfl. (2017) s. 159

¹⁰ Trygstad (2017) s. 37

¹¹ Goller mfl. (2017) s. 130

¹² Goller mfl. (2017) s. 147

¹³ Arrowsmith (2014) s. 772

skal besvares gjennom en systematisk analyse av relevante rettskilder, med mål om å komme frem til hva som er gjeldende rett i Norge.¹⁴ Den tradisjonelle rettskildelæren danner de ytre rammene for den metodiske fremgangsmåten, men for både anskaffelsesretten og oppgavens tema gjør det seg gjeldende metodiske særtrekk. I det følgende skal hovedpunktene for disse særtrekkene presenteres.

Det mest fremtredende særtrekket er betydningen av EUs regulering av anskaffelsesretten. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjennomføre EUs rettsakter som blir inntatt som en del av EØS-avtalen.¹⁵ EU-direktiver som er inntatt i EØS-avtalen får etter dette ikke direkte virkning i norsk rett, men vil ha betydning for tolkningen av norsk rett. Dette følger av det norske presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning, som innebærer at norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁶ Sentralt for denne masteroppgaven står Norges forpliktelser etter anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU som regulerer innkjøp over de fastsatte terskelverdiene.¹⁷ Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom anskaffelsesforskriften del III.¹⁸ FOA. § 18-1 (9) har sin parallellbestemmelse i direktivets artikkel 67 nr. 4, hvilket innebærer at slutninger utledet fra direktivbestemmelsen kan bidra til å kartlegge hvilke plikter oppdragsgiver har til å sikre vurderingsgrunnlaget for tildelingskriterier.

Videre skal regler som bidrar til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen fortolkes etter den EØS-rettslige rettskildelæren.¹⁹ Dette innebærer blant annet at aktuelle bestemmelser skal tolkes i samsvar med relevante avgjørelser fra EU-domstolen.²⁰ Ved tolkning av EU-direktiver og EU-domstolens avgjørelser må EU-domstolens egen tolkningslære anvendes. Denne tolkningslæren er i større grad en kontekstuell og formålsrettet tolkningslære enn tradisjonell norsk rettskildelære.²¹ For oppgaven innebærer det at ved anvendelsen av

¹⁴ Mæhle (2004) s. 329

¹⁵ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) artikkel 7

¹⁶ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) s. 1826

¹⁷ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlig innkjøp (anskaffelsesdirektivet) artikkel 1 (1)

¹⁸ Prop. 51 L (2015–2016) kap. 2.2.2 s. 8

¹⁹ Thue mfl. (2018) s. 34

²⁰ Se EØS-avtalen artikkel 6

²¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 298

anskaffelsesdirektivet vil det være større rom for å legge vekt på hvilke slutninger som har støtte i formålsbetraktninger og reglenes rettslige kontekst, samt mindre rom for å legge avgjørende vekt på bestemmelsens ordlyd.

I forlengelsen av EU-rettens betydning for den metodiske fremgangsmåten, står også EFTA-domstolen sin rådgivende uttalelse i tilknytning til Fosen-linjen-saken sentralt for oppgavens problemstillinger.²² EFTA-domstolen har sin forankring gjennom EØS-avtalen hvor det ble bestemt opprettet et uavhengig overvåkningsorgan og domstol.²³ På anmodning fra EFTA-statene er EFTA-domstolen gitt kompetanse til å kunne komme med rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen.²⁴ Disse rådgivende uttalelsene er ikke bindende for norske domstoler, men det er i norsk rett lagt til grunn at uttalelsene skal tillegges vesentlig vekt.²⁵

For anskaffelsesforskriftens bestemmelser som gjennomfører det materielle innholdet i EU-direktiv 2014/24/EU, vil slutninger fra norske forarbeider ha begrenset rettskildemessig vekt for tolkningen av bestemmelsene.²⁶ Dette innebærer at norske forarbeider vil gi begrenset med bidrag til tolkningen av FOA. § 18-1 (9). På grunn av den nylige lov- og forskriftsrevisjonen foreligger det heller ikke rettspraksis som anvender FOA. § 18-1 (9). Høyesteretts avgjørelse i Fosen-linjen-saken behandler tilsvarende tema, men ble behandlet etter det tidligere regelverket som begrenser dens prejudikatverdi for hvordan FOA. § 18-1 (9) skal forstås.

Til sist er det i medhold av LOA. § 11 opprettet et eget tvisteløsningsorgan som skal avklare konkrete tvister som gjelder brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Høyesterett har ved flere anledninger vist til uttalelser fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og det må derfor kunne legges til grunn at avgjørelsene vil kunne utgjøre en relevant rettskilde.²⁷

²² Se sak E-16/16 (Fosen-linjen)

²³ EØS-avtalen artikkel 108 (2)

²⁴ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA.), artikkel 32

²⁵ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) s. 1820 og HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 77

²⁶ Thue mfl. (2018) s. 36

²⁷ Se Rt. 2007 s. 983 avsnitt 103, Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 34 og Rt. 2008 s.1705 avsnitt 35

Hvilken tyngde slutninger fra disse avgjørelsene skal ha er det vanskelig å fastslå på generelt grunnlag.²⁸ For noen av oppgavens problemstillinger vil KOFA utgjøre eneste kilde som omtaler det konkrete spørsmålet spesifikt, og i slike tilfeller vil avgjørelsene kunne få større betydning. Videre kan en på generelt grunnlag si at der praksis fra klagenemnda viser at samme tema er behandlet på lik måte over tid, vil det være grunnlag for å tilegne avgjørelsene større vekt.²⁹

1.4 Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper

Ved anvendelsen av regelverket for offentlige anskaffelser står betydningen av regelverkets lovfestede prinsipper sentralt. Etter LOA. § 4 skal oppdragsgiveren opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om «konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet». Disse prinsippene utgjør kjernen i anskaffelsesretten og står også svært sentralt for tolkningen av de EØS-relevante bestemmelsene.³⁰ Prinsippene vil også kunne danne selvstendig grunnlag for å pålegge oppdragsgiver konkrete plikter dersom spørsmålet ikke er regulert i regelverket.³¹ For spørsmålet om oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringsgrunnlaget er det særlig prinsippene om «likebehandling» og «etterprøvnbarhet» som er relevante. Som et utgangspunkt for videre drøftelse av prinsippenes betydning for oppdragsgivers plikter, skal det gis en kort presentasjon av kjernen i disse prinsippene.

Prinsippet om likebehandling skal sikre at alle tilbydere gis like muligheter til å delta i konkurransen og blir behandlet likt under konkurransen.³² EU-domstolen har slått fast at prinsippet innebærer at like situasjoner må behandles likt og ulike situasjoner skal behandles ulikt.³³ Prinsippet utelukker derfor ikke forskjellsbehandling, så lenge den er saklig og objektivt begrunnet.³⁴ I relasjon til oppgavens tema vil fraværet av en plikt til å sikre

²⁸ Se Thue mfl. (2018) s. 34–36 for nærmere drøftelse av KOFA-avgjørelsers rettskildemessige vekt.

²⁹ Thue mfl. (2018) s. 35

³⁰ Prop. 51 L (2015-2016) kap. 7.4.1 s. 41

³¹ Prop. 51 L (2015-2016) kap. 10 s. 81

³² Prop. 51 L (2015-2016) kap. 7.4.1 s. 41

³³ Sak C-279/93 (Schumacker) avsnitt 30.

³⁴ Prop. 51 L (2015-2016) kap. 7.4.1 s. 41

evalueringsgrunnlaget medføre risiko for at tilbydere som i utgangspunktet ikke oppfyller tildelingskriteriene blir premiært på lik linje med de som faktisk oppfyller dem. Dette vil potensielt kunne utgjøre et brudd med kravet til likebehandling av tilbyderne.

Prinsippet om etterprøvbarhet har som formål å sikre tilbydernes rettssikkerhet. Prinsippet innebærer at det skal være åpenhet rundt anskaffelsesprosessen, samt sikre at viktige beslutninger rundt anskaffelsesprosessen dokumenteres slik at de kan etterprøves av tilbyderne eller andre aktører.³⁵ Prinsippet om etterprøvbarhet er sammen med prinsippet om forutberegnelighet ment å dekke det EØS-rettslige prinsippet om gjennomsiktighet.³⁶ Kravet til forutberegnelighet innebærer at tilbydere skal kunne innrette seg etter at prosessen blir gjennomført i tråd med regelverket og de føringer oppdragsgiver har satt for konkurransen.³⁷ Ved senere henvisning til kilder som viser til prinsippet om gjennomsiktighet vil innholdet i dette samsvare med innholdet i kravene til etterprøvbarhet og forutberegnelighet.

1.5 Veien videre

Den norske anskaffelsesforskriften inneholder ikke en uttømmende regulering av oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringsgrunnlaget for tildelingskriterier. Dette innebærer at både anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper vil stå sentralt for redegjørelsen av gjeldende rett. I kapittel 2 skal det derfor redegjøres for anskaffelsesdirektivets regulering av oppgavens tema, samt direktivbestemmelsens rettslige bakgrunn. Videre vil oppgaven i kapittel 3 behandle hvilke plikter oppdragsgiver har ved utformingen av konkurransegrunnlaget, før det i kapittel 4 ses nærmere på oppdragsgivers plikter ved evalueringen av mottatte tilbud etter tilbudsfristens utløp. I kapittel 5 skal det redegjøres for kontraktsrettslige sanksjoners betydning for plikten til å sikre evalueringsgrunnlaget.

³⁵ Dragsten (2013) s. 181

³⁶ Prop. 51 L (2015-2016) kap. 7.4.5 s. 45

³⁷ Thue mfl. (2018) s. 67-68

2 Pliktens rettslige forankring og bakgrunn

2.1 Direktiv 2014/24/EU

Utgangspunktet for oppgaven er FOA. § 18-1 (9) som oppstiller en plikt til å «angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium». Bestemmelsen er ett av flere vilkår for hva som kan utgjøre lovlige tildelingskriterier etter FOA. § 18-1. I anskaffelsesdirektivet reguleres bruken av tildelingskriterier i art. 67, hvor det i punkt nr. 4 slås fast at tildelingskriterier:

[...] shall be accompanied by specifications that allow the information provided by the tenderers to be effectively verified in order to assess how well the tenders meet the award criteria. In case of doubt, contracting authorities shall verify effectively the accuracy of the information and proof provided by the tenderers.

Første setning i utdraget oppstiller på samme måte som FOA. § 18-1 (9) et krav om at tildelingskriterier skal følges av krav til dokumentasjon. Til forskjell fra forskriftsbestemmelsen legger direktivet til at dokumentasjonskravene skal sikre at informasjonen fra tilbyderne kan bli «effectively verified», for at oppdragsgivere kan se hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. Videre oppstiller direktivbestemmelsen en ytterligere plikt gjennom et pålegg om å verifisere opplysningene ved tvil. Direktivet legger med andre ord føringer for hvordan oppdragsgiver skal legge til rette for kontroll av opplysningene, samt når og hvordan kontrollen skal gjennomføres. Direktivbestemmelsen går derfor betydelig lengre enn anskaffelsesforskriften i å tillegge oppdragsgiver plikter tilknyttet sikring av evalueringsgrunnlaget. Av dette følger det et spørsmål om norsk rett skal tolkes i samsvar med de pliktene som følger av anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4.

Utgangspunktet for EU-direktiver er at Norge er forpliktet til å gjøre direktivets regler til nasjonal rett, men at norske myndigheter vil kunne bestemme formen og midlene for

gjennomføringen.³⁸ Dette innebærer at så lenge kravene som følger av art. 67 nr. 4 blir ivare tatt er ikke Norge forpliktet til å benytte nøyaktig samme utforming og vilkår. I enkelte tilfeller kan EU tilkjenne nasjonale myndigheter et visst handlingsrom i hvor strenge kravene skal være. Et eksempel finnes i anskaffelsesdirektivet art. 56 nr. 3 om oppdragsgivers avklaringsadgang som oppstiller en rett til å foreta avklaringer på gitte vilkår, med mindre «otherwise provided by the national law implementing this Directive». Direktivets art. 67 nr. 4 inneholder ingen slike presiseringer, hvilket tilsier at det som utgangspunkt ikke er åpning for verken strengere eller mildere regulering av dokumentasjon- og verifiseringsplikten. I dette tilfellet vil presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning skape en presumsjon for at norsk rett og FOA. § 18-1 (9) skal samsvare med direktivbestemmelsen.

I forarbeidene til lov- og forskriftsrevisjonen ble det skissert et utkast på bestemmelsen som lå nærmere direktivets ordlyd. Høringsnotatet inneholdt et utkast hvor dokumentasjonskravene var forankret i paragraf 18-1 (8) som presiserte at «Kravene til dokumentasjon skal sørge for at oppdragsgiver effektivt kan kontrollere hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene».³⁹ Dette ble derimot fjernet før vedtakelse, uten at det ble uttalt noe om grunnen for dette i forarbeidene. Det ble heller ikke inntatt en bestemmelse i forskriften som gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 tredje punktum som slår fast en kontrollplikt ved tvil. Selv om det tilsynelatende har vært et bevisst valg fra lovgiver å holde disse utenfor forskriften, er det vanskelig å finne holdepunkter for at disse kravene ikke skal gjelde i norsk rett. I juridisk teori legges det til grunn at både det presiserte kravet til dokumentasjon, og plikten til etterfølgende kontroll også gjelder i norsk rett.⁴⁰ Det samme er gjort ved flere anledninger for klagenemda.⁴¹

For den videre drøftelsen legges det følgelig til grunn at anskaffelsesdirektivets art. 67 nr. 4 i sin helhet vil være relevant for spørsmålet om oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringgrunnlaget for tildelingskriterier. Dette innebærer at det etter norsk rett vil være et

³⁸ EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b

³⁹ Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat 2 (2015) s. 67

⁴⁰ Se Trygstad (2017) s. 63-64, Thue mfl. (2018) s. 777-778, Trygstad (2020) s. 156

⁴¹ Se KOFA sak 2019/243 avsnitt 21 og 26, sak 2020/91 avsnitt 51 og sak 2020/802 avsnitt 20 og 37

spørsmål om dokumentasjonskravene kan muliggjøre effektiv kontroll, og at oppdragsgiver ved tvil er forpliktet til å gjennomføre en effektiv kontroll.

2.2 Wienstrom-avgjørelsen

Det er antatt at anskaffelsesdirektivets art. 67 nr. 4 er en kodifisering av tidligere praksis fra EU-domstolen, herunder sak C-448/01, videre omtalt som Wienstrom-avgjørelsen.⁴² Saken gjaldt en anbudskonkurranse om levering av strømforsyning. I konkurransegrunnlaget ble det opplyst om at vinneren ville være den som har det økonomisk beste tilbudet, vurdert etter tildelingskriteriene pris og miljø. Det var presisert at tildelingskriteriet miljø ville bli vurdert ut fra hvilken tilbyder som kunne levere mest strøm fra fornybare energikilder. Et av tvistepunktene i saken var lovligheten av miljøkriteriet, da oppdragsgiver ikke hadde oppstilt noe krav til hvordan tilbyderne skulle dokumentere at den leverte strømmen faktisk kom fra fornybare energikilder. EU-domstolen uttaler i Wienstrom-avgjørelsen at:

[...] an award criterion which is not accompanied by requirements which permit the information provided by the tenderers to be effectively verified is contrary to the principles of Community law in the field of public procurement.⁴³

Uttalelsen forstås slik at et tildelingskriteriums lovlighet forutsetter at det medfølger spesifikasjoner som gjør innsendt informasjon mulig å verifisere, og viser med andre ord til samme rettsregel som kan utledes av anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4. Videre viser avgjørelsen hvordan EU-domstolen forankrer oppdragsgivers plikt til å sikre evaluering grunnlag for tildelingskriterier i prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.⁴⁴ Ifølge EU-domstolen innebærer kravet til likebehandling at tilbydere:

⁴² Thue mfl. (2018) s. 777

⁴³ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 52

⁴⁴ Fredriksen (2020) s. 329

[...] must be in a position of equality both when they formulate their tenders and when those tenders are being assessed by the contracting authority. [...] More specifically, that means that when tenders are being assessed, the award criteria must be applied objectively and uniformly to all tenderers.⁴⁵

Uttalelsen viser at kravet til likebehandling i anskaffelsesprosessen forutsetter et krav om at tildelingskriteriene skal evalueres på en objektiv og ensartet måte. Kravet om objektive kriterier er slått fast av EU-domstolen ved flere anledninger, og innebærer at oppdragsgiver ikke skal ha en «ubegrenset valgfrihet» til å vurdere hvordan tildelingskriteriene oppfylles.⁴⁶ I Wienstrom-avgjørelsen presiserer EU-domstolen kravet til objektivitet ytterligere. En objektiv anvendelse av kriteriene avhenger av at oppdragsgiver, basert på informasjonen som fremgår i tilbudet, kan verifisere at tilbudet oppfyller kriteriet.⁴⁷ På denne måten reduseres muligheten for at oppdragsgiver kan legge til grunn sin egen subjektive forståelse av hvor godt tilbudet oppfyller kriteriene, samtidig som det gjør det mulig å etterprøve at kravet til objektivitet og likebehandling er ivaretatt.⁴⁸

Sammenfattet medfører Wienstrom-avgjørelsen at tildelingskriteriets lovlighet forutsetter at evalueringen av tildelingskriteriene er etterprøvbar, og at denne etterprøvbarheten skal sikres gjennom oppstilte dokumentasjonskrav i konkurransegrunnlaget. EU-domstolen oppsummerer selv disse kravene ved å slå fast at oppdragsgivere som oppstiller et tildelingskriterium uten intensjon eller uten mulighet til å verifisere tilbudene, vil bryte med anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper om likebehandling og etterprøvbarhet.⁴⁹ Ved tolkningen av både direktiv- og forskriftsbestemmelser vil det følgelig stå sentralt hvilken løsning disse prinsippene taler for.

⁴⁵ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 47-48

⁴⁶ Se C-31/87 (Beentjes) avsnitt 26, C-19/00 (SIAC) avsnitt 47, C-368/10 (Max Havelaar) avsnitt 87. Kravet følger også av FOA. § 18-1 (5).

⁴⁷ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 50

⁴⁸ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 49

⁴⁹ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 51

3 Krav til utforming av konkurransegrunnlaget

3.1 Innledning

I dette kapittelet skal det ses nærmere på hvordan oppdragsgiver skal sikre evalueringgrunnlaget for tildelingskriteriet gjennom utformingen av konkurransegrunnlaget. Vurderingstemaet aktualiseres i anskaffelsesprosessens første fase, hvor oppdragsgiver basert på sine behov skal utforme et konkurransegrunnlag med fastsatte tildelingskriterier. For hvert tildelingskriterium skal det etter FOA. § 18-1 (9) følge et «krav til dokumentasjon». Sammenholdt med FOA. § 14-1 som slår fast at tildelingskriteriene skal inntas i konkurransegrunnlaget, vil det utgjøre en plikt for oppdragsgiver å innta dokumentasjonskravene i konkurransegrunnlaget før konkurransen kunngjøres.⁵⁰ Spørsmålet for oppdragsgiver vil i denne fasen være hvordan dokumentasjonskravene må utformes og hva de må etterspørre for å oppfylle plikten etter FOA. § 18-1 (9).

3.2 Hva kan utgjøre «krav til dokumentasjon»

Basert på en naturlig språklig forståelse, kan ordlyden «krav til dokumentasjon» tolkes til å være krav om konkrete opplysninger som beskriver, begrunner eller bekrefter et bestemt forhold. Ut fra dette vil et krav til dokumentasjon for tildelingskriterier være et krav om informasjon som er egnet til å beskrive, begrunne eller bekrefte hvordan tildelingskriteriet er oppfylt. FOA. § 18-1 (9) kan derfor forstås som en plikt til å angi hvilke opplysninger tilbudet må inneholde for å kunne evalueres opp mot det aktuelle tildelingskriteriet.⁵¹ En slik forståelse samsvarer med anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 andre punktum, som slår fast at tildelingskriteriet skal følges av «specifications» for å kunne vurdere «how well the tenders meet the award criteria». Dette innebærer i første omgang at «krav til dokumentasjon» må

⁵⁰ Se FOA. § 14-1 (3) bokstav d nr. 4

⁵¹ Dragsten (2020) s. 668

utgjøre krav om konkrete opplysninger ved ytelsen som er relevant for hvordan tilbudet oppfyller tildelingskriteriet.

Hva som kan utgjøre dokumentasjonskrav må også vurderes ut fra anskaffelsesdirektivets krav om å muliggjøre at informasjonen blir «effectively verified».⁵² En effektiv verifisering av opplysningene tilsier at det gjennom dokumentasjonskravene skal være mulig å kontrollere at opplysningene er korrekte.⁵³ Direktivbestemmelsen tilsier at dette er en forutsetning for å kunne vurdere hvor godt tildelingskriteriet er oppfylt. For at oppdragsgiver skal oppfylle sin plikt etter FOA. § 18-1 (9) er det derfor avgjørende at det stilles dokumentasjonskrav som er egnet til å vise at opplysningene om de aktuelle forholdene stemmer. Utover dette stiller verken forskriften eller direktivet nærmere krav til hvilken dokumentasjon som skal kreves. Dette åpner for atplikten til å oppstille «krav til dokumentasjon» kan oppfylles på flere måter.

Dokumentasjonskravene kan for det første utgjøre ulike former for bevis eller uavhengige bekreftelser på at et bestemt forhold er korrekt. Typisk vil slik dokumentasjon kunne komme fra uavhengige tredjeparter som bekrefter at informasjonen stemmer. Dette kan for eksempel være offisiell dokumentasjon som bekrefter drivstofftype for et tilbudt kjøretøy.⁵⁴

Dokumentasjonskravet kan også omfatte et krav om tilbyders egne erklæringer på hvordan ytelsen oppfyller kriteriet. Dette kan komme i form av tilbyders egne beskrivelser eller bekreftelser av bestemte forhold, som for eksempel et krav om å redegjøre for tilbudt personells relevante kompetanse.⁵⁵ Etter FOA. § 15-3 (1) kan dokumentasjonskravene også utgjøre krav om en «bestemt merkeordning» for at ytelsen har egenskaper som angitt i tildelingskriteriene, forutsatt at de vilkår som følger av FOA. § 15-3 er oppfylt. Et slikt dokumentasjonskrav innebærer at oppdragsgiver må akseptere andre merkeordninger med «tilsvarende merkekrav» og «annen dokumentasjon» dersom tilbyder ikke har mulighet til å delta i merkeordningen, jf. FOA. § 15-3 (2) bokstav a og b.

⁵² Anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 andre punktum

⁵³ Norsk versjon av anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 bruker begrepet «kontroll» om begrepet «verified».

⁵⁴ Se KOFA sak 2020/802 avsnitt 22

⁵⁵ Se KOFA sak 2017/163 avsnitt 65

En kan videre stille spørsmål om det kan oppstilles bestemte formkrav til hva som kan kreves av dokumentasjon. Det er naturlig å anta at dokumentasjon i de fleste tilfeller vil kreves i form av skriftlig dokumentasjon. Samtidig omfatter ordlyden «dokumentasjon» flere former for informasjon enn skriftlige dokumenter. Både vareprøver, befaringer, intervju eller andre former for ikke-skriftlige kilder vil som utgangspunkt omfattes av ordlyden. Om oppdragsgiver oppstiller et tildelingskriterium om «brukervennlighet» for en konkret vare, kan dokumentasjonskravet utgjøre en vareprøve som gjør det mulig for oppdragsgiver å bekrefte varens brukervennlighet og hvor godt den oppfyller kriteriet. En tilsvarende dokumentasjonsform ble anvendt i LH-2012-12587 (OneMed) som gjaldt anskaffelse av perifere venekanyler. Oppdragsgiver hadde oppstilt en kravspesifikasjon om at kanylen ikke skulle påføre pasienten «unødvendig smerte», og som dokumentasjon på oppfyllelse skulle det under evalueringen gjennomgås en utprøving av kanylene. Lagmannsretten slår fast at kravet om utprøving var egnet til å sikre en etterprøvbar evaluering som ivaretar kravene til både likebehandling og gjennomsiktighet.

OneMed-dommen viser hvordan det avgjørende vil være at dokumentasjonskravet på tilstrekkelig måte ivaretar de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. Hensynet til etterprøvbarehet kan for eksempel tilsi at bestemmelsen må tolkes innskrenkende for tilfeller hvor den angitte dokumentasjonsformen ikke kan etterprøves av andre. Samtidig fastsetter FOA. § 7-1 (1–3) at alle vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes og oppbevares, og evalueringen av ikke-skriftlig dokumentasjon vil på denne måten fortsatt kunne etterprøves. Utgangspunktet er følgelig at det ikke kan stilles generelle formkrav til dokumentasjonen som kreves etter FOA. § 18-1 (9), så lenge kravet ivaretar anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper.

Etter dette kan en som et utgangspunkt slå fast at FOA. § 18-1 (9) gir oppdragsgiver frihet til å selv avgjøre hvordan tilbydere skal vise at de oppfyller det aktuelle forholdet. Plikten til å stille «krav til dokumentasjon» kan omfatte krav om informasjon, som i ulik grad og på ulik måte vil synliggjøre, bekrefte eller begrunne et bestemt forhold. Det avgjørende vil være om dokumentasjonskravet gjør det mulig å vurdere hvor godt tilbudet oppfyller kriteriet, og om det muliggjør en effektiv kontroll av opplysningenes riktighet.

3.3 Hva er tilstrekkelig «krav til dokumentasjon»

3.3.1 Muligheten for objektiv sammenligning av tilbudene

I vurderingen av hva som vil utgjøre tilstrekkelig dokumentasjonskrav for å oppfylle plikten etter FOA. § 18-1 (9), viser Wienstrom-avgjørelsen at prinsippene om likebehandling og etterprøvnbarhet vil være førende for hvilke krav som kan stilles til oppdragsgiver.⁵⁶ Ut fra disse prinsippene utledet EU-domstolen for det første en plikt til en objektiv evaluering av tildelingskriteriene, som forutsetter at dokumentasjonskravene muliggjør verifisering av hvordan tilbudene oppfyller kriteriet.⁵⁷ Dette kravet er forstått slik at vurderingene må bygge på konstaterbare faktiske omstendigheter.⁵⁸ Ved å bygge på konstaterbare omstendigheter sikres en objektiv evaluering, samtidig som det gjør det mulig å kunne verifisere opplysningene. Tilsvarende krav synes å ligge til grunn i C-19/00 (SIAC), hvor spørsmålet for EU-domstolen var om oppdragsgiver kunne oppstille et tildelingskriterium om forventet totalkostnad basert på en sakkyndigs vurdering av tilbudene. EU-domstolen slår fast at dette ikke bryter med kravet til objektivitet så lenge sannsynlighetsvurderingen bygger på «objective factors».⁵⁹ Følgelig kan en fra EU-domstolens praksis utlede et krav om at dokumentasjonskravene må etterspørre informasjon som er forankret i konstaterbare omstendigheter for å sikre en objektiv evaluering av kriteriene.

Videre ble det i Wienstrom-avgjørelsen reist spørsmål om tildelingskriteriet la til rette for sammenlignbare tilbud.⁶⁰ Problemet var at oppdragsgiver ikke hadde gitt informasjon om hvilken tidsperiode som skulle legges til grunn for beregningen av levert strøm fra fornybare kilder. Risikoen for at tilbydere la ulike perioder til grunn for tilbudene, kunne etter EU-domstolens syn medføre en risiko for at tilbydere tolket kriteriet ulikt og ga tilbud på ulike grunnlag.⁶¹ I slike tilfeller vil det ikke være objektivt sammenlignbart hvordan de ulike

⁵⁶ Se redegjørelse kapittel 2.2

⁵⁷ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 47-52

⁵⁸ Se Trygstad (2020) s. 154 og Trygstad (2017) s. 64

⁵⁹ C-19/00 (SIAC) avsnitt 45

⁶⁰ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 54

⁶¹ C-448/01 (Wienstrom) avsnitt 58

tilbudene oppfyller kriterier, hvilket vil bryte med kravet til likebehandling og etterprøvnbarhet. I vurderingen av hvilke dokumentasjonskrav oppdragsgiver må stille, må det følgelig tas i betraktning at dokumentasjonskravene skal gi et forsvarlig grunnlag for å sammenligne hvordan tilbudene oppfyller tildelingskriteriet.⁶² Det skal derfor ses nærmere på hvordan dokumentasjonskravene kan legge til rette for en objektiv sammenligning av tilbudene.

En forutsetning for sammenlignbare tilbud er at det er gitt tilstrekkelig og tydelig informasjon som gjør det mulig for tilbydere å inngi etterspurt dokumentasjon.⁶³ For spørsmålet om sammenlignbare tilbud tar EU-domstolen i Wienstrom-avgjørelsen utgangspunkt i det ulovfestede klarhetskravet.⁶⁴ Klarhetskravet er slått fast flere ganger av EU-domstolen, og innebærer at kriteriet må være så presist og tydelig formulert at normalt påpasselige og rimelig opplyste tilbydere kan tolke kriteriene på samme måte.⁶⁵ I C-496/99 (Succhi di Frutta) påpeker EU-domstolen at dokumentene må utformes klart og utvetydig for å kunne tolke tildelingskriteriene på samme måte, men også for at oppdragsgiver skal kunne fastslå hvordan tilbudene oppfyller kriteriene.⁶⁶ For å kunne vurdere hvordan dokumentasjonskravene skal sikre sammenlignbare tilbud er det derfor av betydning hvilke føringer klarhetskravet setter for utformingen av dokumentasjonskravene etter FOA. § 18-1 (9).

Klarhetskravet tilsier at dokumentasjonskravene må utformes så tydelig og presist at det er mulig for tilbyder å forutse hvilke forhold som skal dokumenteres, og hvordan dette skal gjøres. Dette tilsier at dokumentasjonskrav som er utformet på en uklar, ufullstendig eller tvetydig måte ikke vil være tilstrekkelig. Eksempelvis vil et dokumentasjonskrav som kun har stilt krav om «egnet dokumentasjon», uten å spesifisere nærmere hva som kreves, åpne for å tolke kravet på ulike måter og derav være i strid med klarhetskravet. Samtidig fremgår det av rettspraksis at klarhetskravet kan være oppfylt hvis det er mulig å fastlegge tildelingskriteriets innhold ut fra «konkurransesgrunnet vurdert under ett».⁶⁷ Dette tilsier at en viss uklarhet i

⁶² Trygstad (2020) s. 154

⁶³ Trygstad (2017) s. 58-59

⁶⁴ C-488/01 (Wienstrom) avsnitt 57

⁶⁵ C-368/10 (Max Havelaar) avsnitt 88 og C-19/00 (SIAC) avsnitt 41

⁶⁶ C-496/99 (Succhi di Frutta) avsnitt 111

⁶⁷ Se LB-2016-39404

dokumentasjonskravet kan aksepteres, såfremt det er mulig å tolke hvilken dokumentasjon som må fremlegges ut fra konkurransegrunnlaget i sin helhet.

Hensynet til likebehandling og forutberegnelighet for tilbydere vil tale for at det ikke skal store uklarheter til før kravet er brutt. At det ligger underforstått hvilken informasjon som kreves er ikke nødvendigvis tilstrekkelig. Dette kan illustreres gjennom KOFA sak 2019/743 som gjaldt anskaffelse av kolonialvarer, hvor varene skulle bli vurdert opp mot kriteriet kvalitet. Dokumentasjonskravet var «oppdragsgivers kvalitetsvurdering av produktene» sammen med tilbyders beskrivelse av «Hvor stolt vil jeg være av maten jeg produserer med denne råvaren». Spørsmålet for klagenemnda var om det fremgikk tilstrekkelig klart at kvalitetsvurderingen ville bli basert på vareprøver. Oppdragsgiver anførte at det i mangel av andre spesifikke dokumentasjonskrav måtte fremstå klart at det skulle leveres vareprøver, men klagenemnda var ikke enig i dette.⁶⁸ Avgjørelsen illustrerer i så måte hvordan det må gå tydelig frem av dokumentasjonskravet hva tilbydere skal gi av informasjon og hvordan oppdragsgiver skal kontrollere oppfyllelse av kriteriet.

Sammenfattet kan en ut fra EU-domstolens praksis se at kravet til objektive kriterier og sammenlignbare tilbud, vil sette konkrete krav for hvilke dokumentasjonskrav som må bli stilt og hvordan de er utformet. Dokumentasjonskravene må etterspørre informasjon om konstaterbare faktiske forhold, som gjør tildelingskriteriet etterprøvbart og derav muliggjør effektiv kontroll. Videre må dokumentasjonskravene være utformet på en tilstrekkelig presis og klar måte, som gjør det mulig å sammenligne hvordan tilbudene oppfyller tildelingskriteriene på et objektivt grunnlag.

3.3.2 Muligheten for effektiv kontroll av tilbudene

FOA. § 18-1 (9) tolket i lys av anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 andre punktum viser hvordan det avgjørende for spørsmålet om tilstrekkelige dokumentasjonskrav, vil være om

⁶⁸ KOFA sak 2019/743 avsnitt 21

dokumentasjonskravene legger til rette for at opplysningene kan bli «effectively verified». Bestemmelsen tilsier at dokumentasjonskravene skal gjøre det mulig å verifisere hvor godt tilbudet oppfyller tildelingskriteriene. Spørsmål i denne sammenheng er hvilken grad av sikkerhet dokumentasjonskravene skal skape for å kunne oppfylle kravet om effektiv verifisering.

Plikten til å oppstille dokumentasjonskrav er i norsk rett behandlet i Fosen-linjen-dommen. Saken gjaldt spørsmål om oppdragsgiver var erstatningsansvarlig overfor tilbyder Fosen-linjen AS, som følge av avlyst konkurranse om anskaffelse av fergetjenester. Konkurransen ble gjennomført med forhandling hvor tildelingskriteriene var pris, kvalitet og miljø. For tildelingskriteriet miljø var det spesifisert at evalueringen omfattet drivoljeforbruk per år, uten at det var oppstilt dokumentasjonskrav til kriteriet. Fosen-linjen begjærte midlertidig forføyning, hvor en av anførselene var at tildelingskriteriet «miljø» var ulovlig pga. manglende dokumentasjonskrav. Etter at Fosen-linjen fikk medhold i kravet om midlertidig forføyning, valgte oppdragsgiver å avlyse konkurransen. Spørsmålene for Høyesterett var om det forelå en saklig grunn for å avlyse konkurransen, og om Fosen-linjen hadde krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. For både Høyesterett og underinstansene ble det drøftet om manglende dokumentasjonskrav tilknyttet miljøkriteriet ga saklig grunn til avlysning. Med henvisning til Wienstrom-avgjørelsen uttaler Høyesterett at:

Et tildelingskriterium som ikke inneholder et dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av tilbudene, er i strid med EØS-retten.⁶⁹

Førstevoterende påpeker videre at denne rettsoppfatningen ikke kom til syne i forskrifts- eller direktivtekstene. Som kjent er dette kravet nå inntatt i henholdsvis FOA. 18-1 (9) og anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4. Høyesterett slår fast at det forelå saklig grunn til avlysning da oppdragsgiver hadde brutt kravene som fulgte av Wienstrom-avgjørelsen ved å ikke stille krav om dokumentasjon for drivoljeforbruket.⁷⁰ Dommen viser hvordan Høyesterett har tatt

⁶⁹ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 90

⁷⁰ Se HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 89 og 92

utgangspunkt i EU-domstolens krav om effektiv kontroll fra Wienstrom-avgjørelsen, som også er opphavet til anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4. Dette viser hvordan Fosen-linjen-dommen er relevant for hvordan kravet til effektiv kontroll skal forstås etter gjeldende rett.

I redegjørelsen for hvilke krav som stilles til oppdragsgivers dokumentasjonskrav, viser Høyesterett til departementets tidligere veileder for regelverket. I veilederen hadde departementet, fra Wienstrom-avgjørelsen, utledet et krav om at tildelingskriteriene måtte gjøre det mulig å vurdere tilbudet på en «nøyaktig og etterrettelig måte». Veilederen viser også til forholdsmessighetsprinsippet som har betydning for «mengden dokumentasjon» oppdragsgiver skal kreve.⁷¹ Høyesterett presiserer ikke nærmere hva de legger i kravet om å gjennomføre en «nøyaktig og etterrettelig» vurdering, men ordlyden indikerer at oppdragsgiver ikke uten videre kan legge tilbyders opplysninger til grunn, samt at tilbudene må vurderes på en måte som gjør oppdragsgiver trygg på at opplysningene stemmer.

Videre påpeker Høyesterett at det var mangelen på et «forsvarlig grunnlag for evalueringen – en objektiv og etterrettelig etterprøving» som ga saklig grunn til avlysning.⁷² Uttalelsen tilsier at oppdragsgiver gjennom dokumentasjonskravene må sikre et «forsvarlig grunnlag» for å kunne effektivt kontrollere hvordan tilbudet oppfyller tildelingskriteriene. Hva som ligger i et «forsvarlig grunnlag» blir heller ikke utdypet nærmere, men ordlyden gir uttrykk for en standard hvor det avgjørende vil være om dokumentasjonen gir et betryggende grunnlag vurdert opp mot anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper. Dette tilsier også at oppdragsgiver må kreve informasjon av en viss mengde og på et visst detaljnivå for å kunne kontrollere nøyaktig hvor godt tilbudet oppfyller kriteriet. Samtidig åpner det opp for at det innenfor forsvarlighetens grenser kan foreligge en viss usikkerhet rundt nøyaktigheten av opplysningene.

I lagmannsrettens behandling av Fosen-linjen-saken ble det hentet inn en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, som er med på å belyse vurderingstemaet ytterligere. I relasjon til hvor

⁷¹ Se P-2006-033 (P-933), Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, punkt 15.1

⁷² HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 102

strengt dokumentasjonskravet skal tolkes uttaler domstolen at «Den anmodende domstol må også ta hensyn til forholdsmessighetsprinsippet», hvorpå det presiseres at:

Behovet for et dokumentasjonskrav må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet om å kontrollere om opplysningene fremlagt av tilbyder, er troverdige og oppfyller oppdragsgivers krav. Følgelig kan kontrollkravet ikke strekke seg så langt som til å kreve at oppdragsgiver fastslår med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at alle opplysninger fremlagt i hvert enkelt tilbud er entydige.⁷³

Uttalelsen viser for det første at hensynet til forholdsmessighet vil være styrende for hva som er tilstrekkelig dokumentasjonskrav. Kravet til forholdsmessighet i anskaffelsesprosessen er lovfestet i LOA. § 4 og vil etter forarbeidene påvirke gjennomslagskraften til de andre prinsippene.⁷⁴ Forarbeidene påpeker også at kravene som stilles til både oppdragsgiver og tilbydere må stå i forhold til anskaffelsen.⁷⁵ I denne sammenheng innebærer det at hva som er tilstrekkelige dokumentasjonskrav må vurderes konkret opp mot tilbudets økonomiske størrelse og betydning for oppdragsgiver. Det kan også innebære at vekten av de ulike kriteriene har betydning for hvilken grad av verifisering som kreves. Dette synes for øvrig å være et poeng i lagmannsrettens behandling, hvor det blir lagt vekt på at «drivoljeforbruket – som utgjør 25 % ved evalueringen – blir gjenstand for en reell etterprøving under anbudsprosessen».⁷⁶

For det andre viser uttalelsen at vurderingen av hva som er tilstrekkelig dokumentasjonskrav ikke kan fastsettes ut fra et mål om å oppnå fullstendig sikkerhet for at tilbyder kan levere i henhold til tilbudet. Kravet må nyanseres ut fra et mål om å skulle kunne kontrollere troverdigheten til opplysningene. Spørsmålet om troverdighet vil for det første være avhengig av hvilken usikkerhet som er knyttet til forholdet som skal dokumenteres. Dette tilsier at det ikke er nødvendig å stille strenge dokumentasjonskrav for en egenskap ved ytelsen det kan

⁷³ Sak E-16/16 (Fosen-linjen) avsnitt 122

⁷⁴ Prop. 51 L (2015-2016) kap. 10, s. 82

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Se LF-2014-32160

forventes at aktuelle tilbydere enkelt vil kunne levere. Videre vil troverdigheten av en opplysning kunne være avhengig av den som gir opplysningen. Om oppdragsgiver har satt strenge kvalifikasjonskrav eller kravspesifikasjoner kan dette potensielt bidra til et mindre behov for strenge dokumentasjonskrav for tildelingskriteriene.⁷⁷

Samlet kan en fra EFTA-domstolens uttalelser utlede at Wienstrom-avgjørelsens krav om å muliggjøre effektiv kontroll, skal tolkes til et krav om å sikre et dokumentasjonsgrunnlag som gjør det mulig å konstatere at opplysningene er troverdige. Dette innebærer at hva som er tilstrekkelig krav til dokumentasjon etter FOA. § 18-1 (9), må avgjøres etter en konkret vurdering hvor hensynet til forholdsmessighet veies opp mot risikoen for brudd på kravet til likebehandling og etterprøvbarehet. I juridisk teori er tatt til orde for at denne vurderingen må gjøres ut fra en rimelig standard hvor oppdragsgiver må be om en rimelig grad av dokumentasjon i tilbudet.⁷⁸ Dette ble også anført av den norske stat for EFTA-domstolen, hvor det blir uttalt at det må være tilstrekkelig at dokumentasjonen kan skape en «rimelig grad av sikkerhet» for at opplysningene er korrekte.⁷⁹ En rimelig standard vil i denne sammenheng tale for at hensynet til forholdsmessighet skal stå sterkt. Det tilsier også at det sjelden vil være grunnlag for å stille strenge krav til sikkerheten oppdragsgiver skal søke å oppnå gjennom dokumentasjonskravene. Dette synspunktet kan også finne støtte i kravet til å sikre konkurranse i anskaffelsesprosessen.⁸⁰ For omfattende dokumentasjonskrav vil kunne øke terskelen for å levere inn tilbud og potensielt hindre mindre tilbydere fra å delta i konkurransen.⁸¹

Videre er oppdragsgivers plikt til å kontrollere innsendte opplysninger behandlet av EU-domstolen i C-14/17 (Iveco). Saken gjaldt anskaffelse av reservedeler for busser, hvor det var inntatt en kravspesifikasjon om at tilbudte reservedeler måtte være originale deler eller tilsvarende. Problemet var at oppdragsgiver hadde åpnet for at dokumentasjon av tilsvarende kvalitet kunne sendes inn løpende etter tilbudsfristen. EU-domstolen slår fast at dette vil

⁷⁷ Trygstad (2017) s. 156, fotnote 302

⁷⁸ Thue mfl. (2018) s. 778-779

⁷⁹ Sak E-16/16 (Fosen-linjen) avsnitt 114

⁸⁰ Se LOA. § 4

⁸¹ Thue mfl. (2018) s. 778

medføre risiko for at tilbyderne får ulike utgangspunkt for innlevering av tilbud og derav bryte med kravet til likebehandling.⁸² Ettersom de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende for tildelingskriterier, er det nærliggende at samme krav også gjelder for dokumentasjonskrav tilknyttet tildelingskriterier. Det er videre av relevans hvordan EU-domstolen slår fast at oppdragsgiver som utgangspunkt må ha et skjønn i vurderingen av hvilke dokumentasjonskrav som stilles, så lenge dette skjønnet brukes til å sikre en «meaningful assessment of the tenders submitted».⁸³ Dette indikerer at så lenge dokumentasjonen faktisk gjør det mulig å vurdere om kravene er oppfylt, legges det ikke begrensninger for hvordan dokumentasjonskravene utformes. EU-domstolen bekrefter også at hensynet til konkurranse vil være av betydning for hvilke krav som kan stilles.⁸⁴

Når det kommer til spørsmålet om effektiv kontroll tar verken Høyesterett, EU- eller EFTA-domstolen uttrykkelig stilling til hva som ligger i kravet om at kontrollen skal være «effektiv». Ordlyden tilsier for det første at verifiseringsprosessen skal være virkningsfull, men gir også føringer for hvordan forholdet mellom mål og middel må være. Om dokumentasjonen verifiserer opplysningene har kontrollen hatt effekt, men hvis det brukes mer ressurser enn nødvendig vil det ikke være naturlig å omtale prosessen som effektiv. Det er derfor nærliggende å tolke kravet til at det finnes grenser for oppdragsgivers rett til å stille dokumentasjonskrav.⁸⁵ Oppdragsgiver må derfor legge til rette for en kontroll som ikke pålegger oppdragsgiver og tilbydere å bruke mer ressurser enn nødvendig. Dette kan også utledes av hensynet til forholdsmessighet, som legger føringer for hvilke krav oppdragsgiver kan stille til tilbyder.

Hvor denne øvre grensen for oppdragsgivers rett til å stille dokumentasjonskrav går må vurderes konkret. I denne vurderingen må oppdragsgivers behov for å kunne slå fast hvor godt ytelsen oppfyller kriteriet, samt hensynet til likebehandling, veies opp mot hensynet til forholdsmessighet og hensynet til å sikre konkurranse. Høyesteretts avgjørelse i Fosen-linjen-saken gir uttrykk for hvor den øvre grensen skal settes. Oppdragsgiver anførte at for å kunne

⁸² C-14/17 (Iveco) avsnitt 30–32

⁸³ C-14/17 (Iveco) avsnitt 34

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Thue mfl. (2018) s. 779

slå fast hvilket drivljetforbruk hvert enkelt skip ville hatt, måtte skipene bli ferdig prosjektert inn i tilbudene før de ble sendt inn. Kun på denne måten ville det være mulig å gjøre nøyaktige beregninger på skipenes forventede drivljetforbruk. Dette ville ifølge høyesterett være et «omfattende arbeid og være i strid med forholdsmessighetsprinsippet».⁸⁶ En fullstendig prosjektering av kontraktsgjenstandens egenskaper med påfølgende beregninger om drivljetforbruk, ville derfor ikke være i tråd med kravet om å legge til rette for effektiv kontroll av opplysningene.

3.4 Dokumentasjonskravets betydning for formålstjenlige anskaffelser

Ved utforming av tildelingskriterier og tilhørende dokumentasjonskrav er utgangspunktet i norsk rett at oppdragsgiver har et betydelig skjønn til å bestemme hvilke tildelingskriterier som skal benyttes, og derav hvilke forhold ved ytelsen som skal vektlegges.⁸⁷ Det fremkommer også av anskaffelsesdirektivets fortale at oppdragsgiver bør kunne velge kriterier som gjør det mulig å oppnå en ytelse som er optimal for deres behov, hvilket viser at denne valgfriheten også står sentralt etter EU-direktivet.⁸⁸ Utgangspunktet er også at oppdragsgiver skal kunne vektlegge forhold som går på ytelsens estetikk, innovative egenskaper eller miljøpåvirkning.⁸⁹ Dette vil typisk være skjønnsmessige kriterier hvor det kan være utfordrende å forankre evalueringen i konstaterbare omstendigheter. Dette medfører også at det vil oppstå tilfeller hvor det er vanskelig å oppstille dokumentasjonskrav som muliggjør verifisering av hvor godt tilbudet oppfyller tildelingskriteriene. Det skal derfor ses nærmere på hvordan plikten til å oppstille dokumentasjonskrav som muliggjør en effektiv kontroll, begrenser oppdragsgivers valgfrihet til å vektlegge denne typen kriterier.

For tilfeller hvor det ikke er praktisk mulig å oppstille tilstrekkelig dokumentasjonskrav, mener Arrowsmith at det fremstår uklart om anskaffelsesdirektivets art. 67 nr. 4 begrenser

⁸⁶ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 99

⁸⁷ Dragsten (2020) s. 639

⁸⁸ Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 92

⁸⁹ Se anskaffelsesforskriftens eksempler i FOA. § 18-1 (3) bokstav a

oppdragsgivers mulighet til å vektlegge forhold hvor verifisering ikke er «reasonably possible in practice».⁹⁰ Arrowsmith viser til Wienstrøm-avgjørelsen hvor EUs generaladvokat uttaler at selv om det ikke var mulig å etterprøve hvor mye strøm fra fornybare kilder som faktisk ble levert, fantes det metoder for å dokumentere hvordan strømmen var produsert.⁹¹

Generaladvokaten uttaler også at oppdragsgiver kunne kreve dokumentasjon på hvor mye strøm fra fornybare kilder tilbyder forventet å levere, basert på sammenlignbare avtaler med andre kunder.⁹² Uttalelsene antyder at det fantes metoder for å vektlegge samme forhold, og samtidig ivareta hensynet til likebehandling og etterprøvbarehet. Det fremgår ikke av avgjørelsen om EU-domstolen har tatt generaladvokatens uttalelser i betraktning på dette punkt, og det kan derfor ikke legges til grunn at uttalelsene skal være av betydning for hvordan kravet om effektiv kontroll skal forstås. Uttalelsene viser derimot at det kan stilles spørsmål om hvordan kravet skal tolkes i tilfeller hvor det ikke er praktisk mulig å oppstille dokumentasjonskrav som muliggjør en effektiv kontroll.

I norsk rett er Fosen-linjen-saken et eksempel på at tildelingskriteriet miljø ble kjent ugyldig på bakgrunn av manglende mulighet for effektiv kontroll. I forbindelse med oppdragsgivers mulighet til å vektlegge fergenes drivstoffforbruk uttaler Høyesterett at:

Det er mulig at tildelingskriteriet «miljø» i denne konkurransen burde vært knyttet til andre parametere enn drivstoffforbruk. Denne innsigelsen bidrar imidlertid ikke til at det aktuelle kriteriet blir lovlig.⁹³

Høyesteretts uttalelse tilsier at selv om det var mulig å vektlegge andre forhold under miljøkriteriet, hadde oppdragsgiver i dette tilfellet ikke anledning til å vektlegge fergenes drivstoffforbruk i konkurransen. Dommen viser følgelig hvordan kravet om å muliggjøre effektiv kontroll vil kunne sette begrensninger for oppdragsgivers frihet til å bestemme hvilke

⁹⁰ Arrowsmith (2014) s. 773

⁹¹ Arrowsmith (2014) s. 772 fotnote 642

⁹² Opinion of Mr Mischo – Case C-488/01, avsnitt 48

⁹³ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 99

forhold som kan vektlegges. Det er derimot flere hensyn som taler for at det kravet til dokumentasjon ikke bør tolkes strengt i slike tilfeller.

For det første vil det være problematisk i lys av regelverkets formål om å fremme «effektiv bruk» av samfunnets ressurser etter LOA. § 1. For at en anskaffelse skal fremme lovens formål er det ikke bare et spørsmål om kostnader, men også et spørsmål om ytelsen dekker oppdragsgivers behov og innehar ønsket kvalitet.⁹⁴ En begrensning i oppdragsgivers mulighet til å bestemme hvilke forhold som skal vektlegges, vil følgelig kunne begrense muligheten for å oppnå en formålstjenlig anskaffelse. For miljøkriterier kan det også anses å være særlig problematisk da det begrenser oppdragsgivers mulighet til å etterleve LOA § 5, som slår fast at oppdragsgiver skal «innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant». I anskaffelsesdirektivets fortale blir det også påpekt hvordan offentlige anskaffelser skal fremme innovasjon og utvikling.⁹⁵ Disse hensynene tilsier at kravet om dokumentasjonskrav som muliggjør effektiv kontroll ikke skal tolkes så strengt at det begrenser muligheten til å vektlegge slike forhold.

Samtidig må dette vurderes opp mot risikoen for at tildelingen vil bryte med kravet til likebehandling. I Fosen-linjen-dommen var det ikke stilt dokumentasjonskrav og risikoen for brudd på kravet til likebehandling var derfor åpenbar. Tildelingskriterienes vekt medførte også at det ville få avgjørende betydning for utfallet i konkurransene. Dommen er i så måte et eksempel på at hensynet til objektive kriterier og likebehandling må veie tyngre enn målet om effektive anskaffelser og hensynet til forholdsmessighet, i tilfeller hvor risikoen for brudd på kravet til likebehandling er stor. Som generaladvokatens uttalelser i Wienstrom-avgjørelsen impliserer, kan det også være av betydning for hvilke krav som kan stilles om det foreligger måter å utforme dokumentasjonskravene på som bedre sikrer kravet til likebehandling og etterprøvbarehet.

⁹⁴ Dragsten (2020) s. 8

⁹⁵ Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 95

I juridisk teori tar Arrowsmith til orde for en tolkning av kravet som i liten grad vil begrense hvilke forhold oppdragsgiver kan vektlegge. Arrowsmith påpeker at det ikke vil være forholdsmessig om en liten risiko for brudd på kravet til likebehandling, skal veie tyngre enn muligheten til å få en ytelse som dekker oppdragsgivers behov.⁹⁶ Det er mulig å forstå Arrowsmith slik at selv om vanskeligheter med å verifisere opplysningene ikke skal være styrende for hvilke forhold som skal vektlegges, vil det måtte vurderes konkret hvor stor risikoen faktisk er for at kravet til likebehandling ikke blir ivaretatt. Trygstad synes også å ha tilsvarende oppfatning. I relasjon til hvilke tildelingskriterier som kan brukes, argumenterer Trygstad for at det bør være mulig å bruke kriterier som ikke kan besvares mer konkret enn ved en «begrunnet egenerklæring».⁹⁷ Det avgjørende vil ifølge Trygstad være at det legges til rette for sammenlignbare tilbud, at det inntas sanksjoner og at oppfyllelse kan verifiseres i kontraktsperioden.⁹⁸ Som Trygstad viser er det ikke bare strenge dokumentasjonskrav som kan bidra til å sikre kravet til likebehandling. Om det er skissert i konkurransegrunnlaget hvordan ytelsen vil følges opp og hvordan avvik skal sanksjoneres, fremstår det lite forholdsmessig om forholdet ikke kan vektlegges på grunn av vanskeligheter med å dokumentere oppfyllelse i tilstrekkelig grad.

Sammenfattet kan en se at det foreligger flere rettskildemessige holdepunkter for at kravet til verifisering ikke skal tolkes strengt i tilfeller hvor effektiv kontroll av hvor godt tilbudet oppfyller kriteriene av praktiske grunner er vanskelig. Samtidig tilsier Høyesteretts dom i Fosen-linjen-saken at kravet til likebehandling og etterprøvbarehet setter visse grenser for hva som kan aksepteres. Kravet til dokumentasjon kan derfor hindre oppdragsgiver i å vektlegge forhold som miljø, ytelsens estetikk, innovative egenskaper, eller andre forhold hvor det ikke er praktisk mulig å gi nøyaktig og verifiserbar informasjon på hvor godt ytelsen oppfyller kriteriet.

⁹⁶ Arrowsmith (2014) s. 773

⁹⁷ Trygstad (2020) s. 167

⁹⁸ Trygstad (2020) s. 167-168

3.5 Konsekvenser av manglende dokumentasjonskrav

Om oppdragsgiver ikke har oppfylt de kravene som følger av FOA. § 18-1 (9) og blir kjent med dette før kontraktsinngåelse, vil oppdragsgiver kunne ha en rett til å avlyse konkurransen etter FOA. § 25-4 (1). Kravet etter bestemmelsen er at det foreligger «saklig grunn» for avlysningen. Fosen-linjen-dommen viser at vurderingstemaet er om avlysningen etter en «totalvurdering» fremstår saklig begrunnet.⁹⁹ Manglende dokumentasjonskrav vil kunne medføre et brudd på kravet til likebehandling og etterprøvbarhet, som igjen vil kunne føre til at tildelingskriteriet er ulovlig. Etter Fosen-linjen-dommen vil dette kunne medføre at manglende dokumentasjonskrav alene utgjør en saklig grunn for avlysning av konkurransen.¹⁰⁰

Selv om FOA. § 25-4 ikke oppstiller en plikt til å avlyse, må oppdragsgiver forsøke å rette feilen for å ikke bryte med regelverket. Før tilbudsfristens utløp oppstiller FOA. § 14-2 en rett til å foreta rettelser som «ikke er vesentlige». Om FOA. § 14-2 ikke kan anvendes, og oppdragsgiver ikke kan rette feilen på andre måter, er det bekreftet i Wienstrom-avgjørelsen at det foreligger en plikt til å avlyse konkurransen.¹⁰¹ Dette blir også antydnet i Fosen-linjen-dommen hvor Høyesterett uttaler at det ville være vanskelig for oppdragsgiver å rette feilen på annen måte.¹⁰² For at det skal foreligge en avlysningsplikt har EU-domstolen også oppstilt krav om innvirkning, i form av at det må påvises at feilen kan virket inn på deltakelsen av konkurransen eller at konkurransen kunne fått et annet utfall.¹⁰³ Om det foreligger en avlysningsplikt må følgelig bero på om manglende dokumentasjonskrav har virket inn på deltakelsen eller virket inn på hvem som ble tildelt kontrakten.

⁹⁹ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 86

¹⁰⁰ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 89

¹⁰¹ C-488/01 (Wienstrom) avsnitt 95

¹⁰² HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 100

¹⁰³ Se T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) avsnitt 147 og T-589/08 (Evropaiki Dynamiki II) avsnitt 61 flg.

3.6 Sammendrag

De foregående kapitler viser at plikten til å stille dokumentasjonskrav etter FOA. § 18-1 (9) tjener flere formål. Overordnet er formålet å sikre at opplysningene i tilbudet kan verifiseres slik at oppdragsgiver skal vite hvor godt tilbudene oppfyller kriteriet. For å kunne gjøre dette må det bes om dokumentasjon som skaper et forsvarlig grunnlag for å evaluere hvordan kriteriet oppfylles. Bestemmelsen legger ikke i seg selv føringer på hvordan dokumentasjonskravene skal utformes, men en forutsetning vil være at det kreves opplysninger som kan forankres i konstaterbare faktiske forhold. Det vil også være sentralt at dokumentasjonskravet bidrar til tilstrekkelig klarhet om hvilke forhold som skal vektlegges i konkurransen, og på denne måten sikrer sammenlignbare tilbud. I hvilken grad dokumentasjonen skal bidra til å verifisere opplysningene må avgjøres etter konkret vurdering hvor det balanseres mellom risikoen for at kravet til likebehandling og etterprøvbarehet blir brutt, opp mot hensynet til forholdsmessighet og lovens formål om effektive anskaffelser. Det avgjørende vil være, som EFTA-domstolens uttalelser viser, om dokumentasjonskravet gjør det mulig å konstatere at opplysningene er troverdige.

4 Krav til etterfølgende kontroll

4.1 Innledning

Temaet for dette kapittelet er hvilken plikt oppdragsgiver har til å sikre evalueringsgrunnlaget for tildelingskriterier etter tilbudsfristens utløp. I en situasjon der oppdragsgiver har mottatt tilbudene og skal evaluere hvordan de oppfyller tildelingskriteriene, er utgangspunktet at oppdragsgiver kan stole på tilbudene og legge de innsendte opplysningene til grunn for evalueringen. Gjennom praksis er det oppstilt et unntak fra dette utgangspunktet i tilfeller hvor det foreligger forhold eller opplysninger som gir en «spesiell foranledning» for kontroll.¹⁰⁴ Det tradisjonelle utgangspunktet har ansett potensielle avvik som et kontraktsrettslig spørsmål, slik at oppdragsgiver som hovedregel kan vente til kontraktsperioden med å kontrollere nøyaktigheten av opplysningene i valgte tilbyders tilbud.¹⁰⁵ Konkurrerende tilbyders interesser er ansett å være ivaretatt gjennom forbudet mot vesentlige endringer, som også vil kunne omfatte unnlatt oppfølging av kontrakten etter kontraktinngåelse.¹⁰⁶

Det tradisjonelle utgangspunktet i norsk rett er nå nyansert gjennom plikten til å stille dokumentasjonskrav som muliggjør kontroll av opplysningenes troverdighet før kontraktsinngåelse. Dette innebærer at oppdragsgiver allerede ved utformingen av konkurransegrunnlaget må ta hensyn til at opplysningene skal kunne kontrolleres. Videre må plikten til etterfølgende kontroll ved spesielle foranledninger nå tolkes i samsvar med anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 som oppstiller en plikt til å «In case of doubt (...) verify effectively the accuracy of the information and proof provided by the tenderers».¹⁰⁷ I det videre skal det ses nærmere på hva som etter gjeldende rett vil kunne utløse en kontrollplikt og hvilke krav som stilles til oppdragsgiver i gjennomføring av denne kontrollen.

¹⁰⁴ Se LF-2014-32160 og LB-2016-65693, samt KOFA sak 2009/270 avsnitt 37, sak 2011/318 avsnitt 45, sak 2012/246 avsnitt 43 og sak 2014/47 avsnitt 85.

¹⁰⁵ Trygstad (2020) s. 154–155

¹⁰⁶ Se KOFA sak 2012/62 avsnitt 111, sak 2017/168 avsnitt 41 og sak 2019/147 avsnitt 47

¹⁰⁷ Se redegjørelse kapittel 2.1

4.2 Når foreligger en plikt til etterfølgende kontroll

Det første spørsmålet som reises er hva som kan utgjøre en «spesiell foranledning». At en foranledning må være spesiell viser at ikke enhver foranledning vil medføre kontrollplikt. En spesiell foranledning er i praksis fra klagenemnda omtalt som en situasjon der «faste holdepunkter utenfor tilbudet reiser begrunnet tvil om leverandøren kan levere i henhold til tilbudet».¹⁰⁸ Dette tilsier at det ikke vil være tilstrekkelig med løse antagelser eller ubegrunnede mistanker for at kontrollplikten inntreffer. På generelt grunnlag uttalte lagmannsretten i Fosen-linjen-saken at hva som utgjør en spesiell foranledning vil måtte «bygge på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, der opplysningens art og betydning for evalueringen må tillegges vekt».¹⁰⁹ Dette innebærer at sentrale momenter i vurderingen vil være hvor stor usikkerhet som er knyttet til opplysningen i seg selv, og hvilken betydning opplysningen har for oppfylleelsesgraden av det aktuelle kriteriet.

Hva som kan utgjøre en spesiell foranledning må også tolkes i samsvar med hva som kan utgjøre et tvilstilfelle etter anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 tredje punktum. Spørsmålet er om direktivbestemmelsen innebærer en endring i hva som kan utløse kontrollplikten for oppdragsgiver. En språklig forståelse av ordlyden «In case of doubt» tilsier at det må foreligge en usikkerhet om opplysningene stemmer opp mot faktiske omstendigheter. At bestemmelsen kun oppstiller et vilkår om tvil kan ut fra en språklig forståelse tilsi at det ikke nødvendigvis må være en begrunnet tvil. Dette kan indikere at det skal mindre til for å utløse kontrollplikten etter direktivbestemmelsen, sammenlignet med den norske reguleringen. At det ved siste anskaffelsesdirektiv er inntatt et krav om dokumentasjon som muliggjør effektiv kontroll, tilsier også at det på generelt grunnlag stilles skjerpede krav til oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringsgrunnlaget. Dette kan også gi grunn for å sette terskelen lavere for hva som utgjør en spesiell foranledning, sammenlignet med tidligere praksis.

På en annen side vil hensynet til forholdsmessighet tilsi at direktivbestemmelsens vilkår om tvil ikke skal tolkes til å omfatte enhver tvil. En slik tolkning kan medføre en ressursbruk som

¹⁰⁸ KOFA sak 2011/356 avsnitt 28

¹⁰⁹ Se LF-2014-32160

ikke står i forhold til betydningen av usikkerheten som foreligger. For å unngå dette kan ikke bestemmelsen tolkes til å omfatte bagatelmessige forhold og generell usikkerhet. Det er derfor nærliggende å slå fast at direktivbestemmelsen ikke skal tolkes til å omfatte betydelig flere tilfeller enn det som allerede omfattes av kravet til spesiell foranledning. Spørsmålet vil kunne komme på spissen i tilfeller hvor eldre praksis etter tidligere regelverk, blir brukt som sammenligningsgrunnlag for å konstatere at et identisk forhold ikke utgjør en spesiell foranledning etter gjeldende rett. Utover disse tilfellene er det grunn til å anta at de fleste tilfeller som utgjorde en spesiell foranledning etter tidligere regelverk, også vil utgjøre et tvilstilfelle etter direktivbestemmelsen. Dette innebærer blant annet at momenter fra Fosen-linjen-saken vil kunne bidra til å belyse når det foreligger en kontrollplikt, selv om avgjørelsen bygger på det tidligere regelverket.

For å vurdere om det foreligger en plikt til etterfølgende kontroll må det også skilles mellom tvil knyttet til troverdigheten av opplysningene og tvil knyttet til uklare tilbud. Forskjellen på disse kan illustreres ved følgende eksempel: Oppdragsgiver skal gå til anskaffelse av kjøretøy og har oppstilt tildelingskriteriet «miljø», som skal evalueres gjennom totale utslipp av CO₂. Tilbyder har sendt dokumentasjon som viser klimagassutslipp på 1000 kg CO₂, hvorpå det i evalueringen fremkommer forhold som skaper tvil om et miljøutslipp på 1000 kg CO₂ er reelt for de tilbudte bilene. Et slikt tilfelle kan kategoriseres som tvil knyttet til informasjonens troverdighet. Tvil som er skapt av uklare tilbud vil være om tilbyder sender dokumentasjon med en annen måleenhet for klimagassutslipp, eller at tilbyder har opplyst om klimagassutslipp som er «under 1000 kg CO₂». Tvilen knytter seg da til hvordan tilbudet skal tolkes. Dette må avklares gjennom en tolkning av tilbudet i tråd med alminnelige regler for avtaletolkning, med de modifiseringer som følger av særtrekk i anskaffelsesretten.¹¹⁰

For tilfeller av uklare tilbud er utgangspunktet etter FOA. § 23-3 (2) at tilbyder har risikoen for «uklarheter i tilbudet». Dette innebærer at om meningsinnholdet ikke kan avklares etter tolkning, kan oppdragsgiver ha en rett og plikt til å avvise tilbudet etter FOA. § 24-8. Alternativt må oppdragsgiver ta høyde for usikkerheten i evalueringen av hvor godt tilbudet

¹¹⁰ Trygstad (2017) s. 151

oppfyller kriteriet.¹¹¹ Oppdragsgiver kan også etter FOA. § 23-5 (1) ha mulighet til å be tilbyder avklare dokumentasjon som mangler, er uklar eller inneholder feil.¹¹² Oppdragsgiver har som utgangspunkt ikke en plikt til å avklare uklare tilbud, men i situasjoner hvor det vil bryte med anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper å ikke undersøke nærmere kan det også her oppstå en undersøkelsesplikt.¹¹³ Oppgaven begrenses mot en videre redegjørelse for oppdragsgivers adgang og plikt til å foreta avklaringer etter FOA. § 23-5 (1). Det sentrale er at sammenhengen i regelverket tilsier at anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 tredje punktum retter seg mot de tilfeller hvor tvilen knytter seg til troverdigheten av opplysningene, og ikke tvil knyttet til tolkningen av tilbudet.

Etter dette er det klart at oppdragsgiver har en kontrollplikt i tilfeller hvor det etter en konkret vurdering foreligger en spesiell foranledning som skaper tvil om opplysningenes nøyaktighet. For å redegjøre nærmere for hva som er egnet til å skape tilstrekkelig tvil skal det ses nærmere på hvilke omstendigheter som typisk kan utgjøre en spesiell foranledning basert på tidligere praksis.

4.3 Typetilfeller som kan skape tvil

4.3.1 Differanser i tilbudene

I prosessen med å evaluere hvor godt mottatte tilbud oppfyller tildelingskriteriene vil det kunne fremkomme opplysninger av tilbudet som er egnet til å skape tvil. Et slik tilfelle kan være om oppdragsgiver mottar et tilbud som skiller seg betydelig fra de andre tilbudene. Utgangspunktet må være at oppdragsgiver kan stole på opplysningene og legge til grunn differansene som en konkurransefordel, men Fosen-linjen-dommen er et eksempel på at differansene i seg selv kan medføre en kontrollplikt. I domsgrunnene fremkommer det at lagmannsretten anser det:

¹¹¹ Trygstad (2017) s. 155

¹¹² Se også anskaffelsesdirektivet art. 56 nr.3

¹¹³ Se LB-2018-147988

[...] tilstrekkelig å konstatere at Norled i tilbudet oppga et drivljetforbruk som atskilte seg betydelig fra Fosen-Linjens oppgave basert på to nye dieselelektriske ferger. Avstanden mellom de opprinnelige tilbudene er ca 20 % og burde i seg selv være en særlig foranledning til å utøve kontroll.¹¹⁴

Uttalelsen viser følgelig hvordan forskjeller i tilbydernes estimater vil kunne være tilstrekkelig til at det kreves etterfølgende kontroll. I dette tilfellet var en differanse på 20 prosent tilstrekkelig til å danne grunnlag for tvil. Det ble videre slått fast at en av tilbyderne hadde redusert sitt forbruk med 10 prosent etter at det opprinnelige tilbudet var sendt inn, hvilket i seg selv ville utløse en plikt til etterfølgende kontroll ifølge lagmannsretten.

Praksis fra klagenemnda viser derimot at store differanser i tilbudene ikke uten videre danner grunnlag for en kontrollplikt. I KOFA sak 2019/147 som gjaldt innkjøp av bedriftshelsetjenester skulle tilbydere under tildelingskriteriet kvalitet dokumentere deres responstid ved hastesaker. Klager anførte at valgte tilbyders opplysninger skulle blitt kontrollert på bakgrunn av urealistisk antatt tidsforbruk og pris per undersøkelse. Klagenemnda slår her fast at selv om valgte tilbyders tilbud totalt sett var nesten dobbelt så lavt som klagers tilbud var ikke dette tilstrekkelig til å gi en spesiell foranledning for kontroll.¹¹⁵ Det avgjørende var at oppdragsgiver hadde erfaring med valgte tilbyder som tilsa at oppgitt tidsbruk var realistisk. I vurderingen av om differansene er egnet til å skape tvil vil det følgelig være et moment hvordan opplysningene fremstår for oppdragsgiver, sammenlignet med erfaringer fra tilsvarende prosjekter.

¹¹⁴ Se LF-2014-32160

¹¹⁵ KOFA sak 2019/147 avsnitt 48-49

4.3.2 Varslinger fra konkurrerende tilbydere

Praksis fra klagenemnda viser at en «spesiell foranledning» ofte har opphav i et varsel fra konkurrerende tilbyder om at valgte tilbyder ikke vil kunne levere i henhold til tilbudet.¹¹⁶ Det skal derfor ses nærmere på når slike varslinger kan medføre en plikt til etterfølgende kontroll.

Det første spørsmålet er om et varsel i seg selv kan utløse en kontrollplikt. Om oppdragsgiver mottar et varsel om at valgte tilbyder ikke kan levere i henhold til tilbudet, uten at det er begrunnet nærmere hvorfor, må det i så fall kunne konstateres at varselet i seg selv var egnet til å skape tvil. Både hensynet til effektiv bruk av ressurser og forholdsmessighet tilsier at regelen ikke skal tolkes så streng at ubegrunnede varsler kan danne tilstrekkelig tvil. En slik forståelse av vilkåret vil også enkelt kunne misbrukes av konkurrerende tilbydere for å trenere anskaffelsesprosessen. Varselet må derfor som et minimum være egnet til å si noe om hvorfor tilbyder ikke vil kunne levere i henhold til tilbudet.

Selv om varselet inneholder begrunnede opplysninger om hvorfor et tilbud inneholder uriktige opplysninger, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig. I LB-2016-65693, som gjaldt en anbudskonkurranse om utbedring av veistrekning, hadde klager varslet om at valgte leverandørs fremdriftsplan var helt urealistisk å gjennomføre fordi den la til grunn for få stengninger av veien. Lagmannsretten mente varselet ikke utgjorde en spesiell foranledning til kontroll, og begrunnet dette med at flere av tilbyderne hadde lagt til grunn tilsvarende antall stengninger i tilbudene.¹¹⁷ Saken viser i så måte hvordan det må vurderes konkret hvilken tvil varselet er egnet til å skape.

Lagmannsrettens uttalelser i Fosen-linjen-saken tilsier også at varselet må angå opplysninger som er av betydning for evalueringen. I KOFA sak 2015/53 la derimot klagenemnda til grunn at et varsel utgjorde en spesiell foranledning, til tross for at det var usikkert hvilken betydning opplysningene i varselet ville ha for evalueringen.¹¹⁸ Dette kan tilsa at varselet ikke

¹¹⁶ Trygstad (2020) s. 161

¹¹⁷ LB-2016-65693 kap. 2.1 om «påstått feil i evalueringen av tildelingskriteriet gjennomføringsevne».

¹¹⁸ KOFA Sak 2015/53 avsnitt 79

nødvendigvis må angå opplysninger som ville endret utfallet på konkurransen. Samtidig kan en se av klagen at den inneholdt konkrete påstander om at tilbudt personell var i permisjon og uten riktig kompetanse. Dette tilsier at opplysningene var av en slik art at det ville stride med kravet til likebehandling å legge opplysningene til grunn uten å kontrollere de nærmere.

Praksis fra klagenemda viser også at det kan være av betydning når i prosessen varselet kommer og hvor store ressurser som må brukes på å kontrollere de aktuelle opplysningene. I KOFA sak 2012/62 slår klagenemda fast at et varsel fra konkurrerende tilbyder ga en spesiell foranledning til kontroll, og begrunner dette med at oppdragsgiver på varslingstidspunktet fortsatt hadde mulighet til å rette eventuelle feil, og at det ville være en enkel jobb å kontrollere om varselet stemte.¹¹⁹ Det kan derimot stilles spørsmål ved hvor stor vekt disse momentene vil ha i tilfeller hvor risikoen for brudd på kravet til likebehandling og etterprøvnbarhet er stort. Foreligger det klare holdepunkter for tvil om opplysningenes troverdighet, tilsier hensynet til likebehandling at oppdragsgiver må kontrollere dette nærmere selv om opplysningene fremkommer sent og det vil være ressurskrevende.

4.3.3 Unormalt lave tilbud

Om det oppstår tvil knyttet til tilbyders angitte pris regulerer anskaffelsesforskriften slike tilfeller særskilt i FOA. § 24-9 (1), hvor det fremkommer at oppdragsgiver skal kreve en skriftlig redegjørelse fra leverandører hvis tilbudet virker «unormalt lavt i forhold til ytelsen». Etter FOA. § 24-8 (2) bokstav b har oppdragsgiver en rett til å avvise tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, og en plikt etter FOA. § 24-8 (1) bokstav c. Forutsetningen for denne avvisningsretten vil da være at prosessen som FOA. § 24-9 legger opp til er fulgt.¹²⁰ Av forarbeidene fremkommer det at formålet med bestemmelsen er at oppdragsgiver «skal ha mulighet til å avvise tilbud som medfører en risiko for at kontrakten ikke kan gjennomføres».¹²¹

¹¹⁹ KOFA sak 2012/62 avsnitt 112

¹²⁰ Dragsten (2020) s. 838

¹²¹ NOU 2014: 4, kap. 25.4.8.3, s. 236

Bestemmelsen skiller seg fra kontrollplikten etter anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 ved at den først og fremst skal beskytte oppdragsgiver.¹²² Samtidig pålegger FOA. § 24-8 (2) oppdragsgiver en plikt til å kreve skriftlig redegjørelse for tilbudets sammensetning, og oppstiller dermed en generell undersøkelsesplikt ved unormalt lave tilbud.¹²³ Bestemmelsen vil følgelig ivareta kravet til likebehandling ved å sikre at tilbydere som tilbyr priser de ikke kan stå inne for, blir kontrollert og eventuelt avvist. Det skal derfor ses nærmere på hva som vil kunne utgjøre «unormalt» lave tilbud og utløse en plikt til å kontrollere prisen etter FOA. § 24-9 (1).

Ordlyden «unormalt lavt i forhold til ytelsen» tilsier at prisen må vurderes opp mot hva som er normalt for den aktuelle ytelsen. At bestemmelsen oppstiller et krav om at tilbudet «virker» unormalt lavt tilsier at det ikke må konstateres at tilbudet er unormalt lavt før en undersøkelsesplikt inntreffer. Utgangspunktet for vurderingen er at pris er et konkurransefortrinn, og ikke i seg selv tilstrekkelig avvisningsgrunn.¹²⁴ Etter forarbeidene vil mulige momenter i vurderingen om en pris fremstår unormalt lav være hvordan prisen fremstår sammenlignet med de øvrige tilbudene, den kvalitet eller oppgaveløsning som foreslås eller hva som er vanlig praksis i den aktuelle bransjen.¹²⁵

Om oppdragsgiver sammenligner prisen med de øvrige tilbudene, tilsier praksis at det skal mye til før prisen er unormalt lav. I KOFA sak 2018/150 som gjaldt anskaffelse av trykkeritjenester, ble det anført at oppdragsgiver brøt regelverket ved å ikke kontrollere en unormalt lav pris fra valgte tilbyder. Klagenemnda slo her fast at selv om valgte tilbyder var 21 prosent billigere enn nest billigste tilbud, var ikke en slik differanse i seg selv unormal.¹²⁶ Videre ble det anført at prisen var unormalt lav i forhold til vanlige priser i bransjen, som preges av like konkurransevilkår og likt kostnadsnivå. Heller ikke dette ble ansett tilstrekkelig

¹²² NOU 2014: 4, kap. 25.4.8.1, s. 234

¹²³ NOU 2014: 4, kap. 25.4.8.2, s. 235

¹²⁴ Dragsten (2020) s. 838

¹²⁵ NOU 2014: 4, kap. 25.4.8.1, s. 234

¹²⁶ KOFA sak 2018/150 avsnitt 22

for klagenemda.¹²⁷ Avgjørelsen må forstås slik at disse momentene alene ikke er tilstrekkelig til å utløse en kontrollplikt, så lenge det ikke foreligger fare for at tilbyder ikke kan gjennomføre kontrakten. Som dokumentasjon på at tilbyder kunne levere var det vist til en referanseliste som vitnet om sikker drift. Følgelig var det heller ikke grunnlag for å tro at tilbyder ikke kunne levere til avtalt pris. Et tilsvarende eksempel finnes i KOFA sak 2008/21, som gjaldt anskaffelse av et bompengeanlegg. Her ble det ikke konstatert en plikt til å undersøke prisene nærmere selv om valgte tilbyder var 16,4 millioner kroner lavere enn nest billigste.¹²⁸

Praksis fra klagenemda viser hvordan lav pris i seg selv ikke vil være avgjørende for om undersøkelsesplikten etter FOA. § 24-9 (1) utløses. Det avgjørende vil være hvilken løsning bestemmelsens formål taler for. Om det ikke foreligger holdepunkter for at tilbyder ikke kan levere ytelsen til oppgitt pris, vil det heller ikke være grunnlag for å konstatere at prisen er «unormalt lav i forhold til ytelsen». Oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringsgrunnlaget ved unormalt lave priser vil derfor hovedsakelig gjelde tilfeller hvor det er holdepunkter for å reise tvil om kontrakten kan gjennomføres.

4.4 Hva er tilstrekkelig etterfølgende kontroll

Det er til nå redegjort for hvilke situasjoner det kan inntre en plikt for oppdragsgiver til å kontrollere opplysningene. Spørsmålet videre er hvilke krav som stilles til gjennomføringen av denne kontrollen. I Fosen-linjen-saken uttaler lagmannsretten at den etterfølgende kontrollen skal være «en forsvarlig etterprøving av nivået og ikke en detaljkontroll», hvorpå det presiseres at det gjelder et krav om en «reell etterprøving».¹²⁹ At det har blitt stilt krav om en reell og forsvarlig kontroll tilsier at oppdragsgiver må iverksette konkrete tiltak som er egnet til å avklare tvilen. At det ikke ble stilt krav til en detaljkontroll viser også at det er begrenset hvor strenge krav som kan stilles. Lagmannsrettens dom er derimot avsagt etter det

¹²⁷ KOFA sak 2018/150 avsnitt 23

¹²⁸ KOFA sak 2008/21 avsnitt 42

¹²⁹ Se LF-2014-32160

tidligere regelverket, og hva som er tilstrekkelig kontroll etter gjeldende rett må følgelig tolkes i lys av anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 tredje punktum.

Direktivbestemmelsen oppstiller et krav om å «verify effectively the accuracy of the information and proof». I relasjon til hva som kreves av verifisering viser EFTA-domstolens uttalelser i Fosen-linjen-saken at målet med oppdragsgivers kontrollplikt er å sikre at opplysningene fremstår troverdige.¹³⁰ Selv om spørsmålene for EFTA-domstolen knyttet seg til dokumentasjonskrav, foreligger det ikke rettslige holdepunkter som tilsier at kravene til kontrollen etter anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 tredje punktum skal settes strengere enn dette. En kontroll av troverdigheten vil heller ikke kreve en detaljkontroll av opplysningene. Følgelig kan en se at lagmannsrettens uttalelse samsvarer godt med utgangspunktet EFTA-domstolen oppstiller. Dette tilsier at også tidligere norsk praksis vil kunne være egnet til å belyse hva som vil være tilstrekkelig kontroll etter gjeldende rett.

Uttalelsene tilknyttet Fosen-linjen-dommen om en «forsvarlig etterprøving» peker i retning av at det ikke skal settes strenge krav til den etterfølgende kontrollen. I juridisk teori er det også tatt til orde for at det bare skal kreves «rimelige anstrengelser til å verifisere opplysningene».¹³¹ Dette tilsier at kravene som stilles må avpasses ut fra hva som er hensiktsmessig bruk av ressursene. I lys av hensynet til forholdsmessighet er det også rimelig å anta at oppdragsgiver har et betydelig skjønn til å vurdere hvor store ressurser som skal brukes for å oppnå tilstrekkelig grad av sikkerhet.¹³²

Utgangspunktet for hvordan kontrollen skal gjennomføres vil være å bruke innsendt dokumentasjon til å fjerne den usikkerheten som har oppstått. Dokumentasjonskravene skal legge til rette for en effektiv kontroll, og oppdragsgiver vil gjennom dokumentasjonskravene presumtvt ha nok informasjon til å foreta en effektiv verifisering av tilbudene.¹³³ Derimot kan det ved evalueringen av tilbudene fremkomme opplysninger som dokumentasjonskravene

¹³⁰ Sak E-16/16 (Fosen-linjen) avsnitt 121-122

¹³¹ Thue mfl. (2018) s. 779

¹³² Arrowsmith (2014) s. 771

¹³³ Thue mfl. (2018) s. 778

ikke tar høyde for, og som gjør at tilbudets opplysninger ikke kan verifiseres kun basert på dokumentasjonen. I slike tilfeller vil det oppstå et behov for å innhente ny informasjon for å kunne verifisere opplysningene. Ved å konstatere en plikt til å kontrollere tilbyders dokumentasjon legger anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 opp til at det skal kunne innhentes ytterligere informasjon.¹³⁴ Spørsmålet er om det er grunnlag for å legge bestemte begrensninger for denne kontrollen.

For det første vil kravet til effektiv kontroll kunne sette grenser for hvor omfattende kontrollen kan være. Som det ble redegjort for i kapittel 3.3.2 tilsier effektiv kontroll at det vil finnes en øvre grense for hva som kan kreves av dokumentasjon i konkurransegrunnlaget, hvilket også må gjelde for den etterfølgende kontrollen. Et krav om ytterligere dokumentasjon vil også gripe inn i tilbyders berettigede forventning om at konkurransegrunnlaget angir hvilken dokumentasjon som kreves.¹³⁵ Det kan derfor tenkes at hensynet til forutberegnelighet vil kunne sette grenser for hva som kan kreves. I TOBYF-2019-85454 (Fjord1) er tingretten inne på de problematiske sidene ved å skulle kreve ytterligere dokumentasjon for oppfyllelse av kravspesifikasjon. I avgjørelsen uttaler tingretten at oppdragsgiver ikke kunne være forpliktet til å foreta undersøkelser som i «realiteten innebærer en utvidet dokumentasjonsplikt for tilbyder». Å kreve ytterligere dokumentasjon ville videre «ha karakter av å pålegge tilbyder ytterligere dokumentasjonskrav i strid med opplegget i konkurransen».¹³⁶ Selv om saken gjaldt oppfyllelse av kravspesifikasjon og ikke kontrollplikt etter art. 67 nr. 4, illustrerer saken hvordan hensynet til forutberegnelighet vil kunne sette grenser for oppdragsgivers adgang til å kreve ytterligere dokumentasjon etter tilbudsfristens utløp.

Til tross for at det kan finnes grenser for hva oppdragsgiver kan kreve av ytterligere dokumentasjon, vil plikten til å ivareta hensynet til likebehandling tilsi at oppdragsgiver har et visst handlingsrom for å kreve ytterligere dokumentasjon som gjør opplysningene troverdige.

¹³⁴ Trygstad (2020) s. 162

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Se TOBYF-2019-85454 avsnitt «Spørsmålet om eventuell undersøkelsesplikt:»

I det videre skal det gjennom tidligere praksis ses nærmere på hvilke metoder som typisk vil kunne være tilstrekkelig fremgangsmåte for å gjennomføre en effektiv kontroll.

4.5 Mulige fremgangsmåter for effektiv kontroll

4.5.1 Bruk av andre opplysninger i tilbudet

Oppdragsgivers kontroll vil starte i de opplysninger som fremkommer av dokumentasjonen i tilbudet. Om dokumentasjonen ikke bidrar til å avklare tvilen kan det stilles spørsmål om oppdragsgiver har anledning til å benytte tilbudet i sin helhet for å verifisere opplysningene. Spørsmålet ble aktualisert i Fosen-linjen-saken, hvor det ble anført at selv om det ikke var knyttet tilstrekkelige dokumentasjonskrav til tildelingskriteriet, ville det ved bruk av sakkyndige og innsendte opplysninger om fergene være mulig å beregne hva drivstoffforbruket ville bli.¹³⁷ Spørsmålet ble også rettet til EFTA-domstolen som uttalte at:

Et tilbud skal betraktes som et hele som ikke består av separate, uavhengige deler.

Oppdragsgiver kan derfor ta alle opplysninger i et tilbud i betraktning så lenge den har krevd samme dokumentasjon fra alle tilbydere og behandler alle tilbydere likt.¹³⁸

Det fremstår etter denne uttalelsen som klart at oppdragsgiver ved kontroll av opplysninger, kan betrakte tilbudet som et hele og anvende enhver opplysning i tilbudet som er egnet til å verifisere forholdet. Høyesterett legger også dette til grunn, men uttaler samtidig at:

[...] hensynet til å unngå misforståelser og å ivareta forutberegnelighet for tilbyderne, kan tilsi tilbakeholdenhet med å benytte opplysninger som er gitt med ett formål, ved evalueringen av et annet punkt i tilbudet.¹³⁹

¹³⁷ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 37

¹³⁸ Sak E-16/16 (Fosen-linjen) avsnitt 123

¹³⁹ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 93

Selv om også Høyesterett faller ned på at hele tilbudet vil kunne anvendes ved verifisering av opplysningene, kan en tolke uttalelsen slik at det vil kunne finnes situasjoner hvor en slik fremgangsmåte vil bryte med kravet til forutberegnelighet og derav ikke være mulig. Hensynet til forutberegnelighet vil særlig komme på spissen om tilbudet i sin helhet blir brukt på en måte som gir tilbyder dårligere uttelling på det aktuelle tildelingskriteriet. Dette kan eksempelvis være et tilfelle hvor kriteriet er leveringstid med dokumentasjonskrav om å angi en bestemt leveringstid. Om oppdragsgiver benytter informasjon fra andre steder i tilbudet til å fastslå at leveringstiden ikke er troverdig, vil dette fremstå lite forutberegnelig for tilbyder. Spørsmålet er om oppdragsgiver i slike situasjoner, som et minimum, er forpliktet til å kontakte aktuell tilbyder for å innhente ytterligere informasjon som kan avklare tvilen.

I KOFA sak 2020/91 som gjaldt anbudskonkurranse for oppføring av høyspentkabel, hadde oppdragsgiver gitt tilbyder dårligere uttelling på bakgrunn av at de anså det urealistisk at tilbyder ville klare å ferdigstille prosjektet tidligere enn valgte tilbyder.¹⁴⁰ Oppdragsgiver hadde ikke kontaktet tilbyder som fikk dårligere uttelling og klagenemnda mente dette medførte et brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling.¹⁴¹ Tilsvarende standpunkt kan en finne i KOFA sak 2018/246. Det avgjørende synes i begge saker å være at «tilbyderne ellers ligger svært nært hverandre i evalueringen».¹⁴²

I KOFA sak 2016/136 ble det også gitt dårligere uttelling basert på urealistisk estimat av livssyklus kostnader, uten at tilbyder ble kontaktet først. Til forskjell fra de nyere avgjørelsene problematiserer ikke klagenemnda om oppdragsgiver burde kontaktet tilbyder før det ble gitt poengtrekk i evalueringen. Dette kan være en indikasjon på en viss utvikling på området, som går i retning av at oppdragsgiver har en plikt til å innhente tilbyders forklaring før opplysningene blir lagt til grunn som urealistiske. På en annen side utgjøre ikke avgjørelsene grunnlag for å trekke bastante slutninger om spørsmålet. Det mest nærliggende vil være å

¹⁴⁰ KOFA sak 2020/91 avsnitt 50

¹⁴¹ KOFA sak 2020/91 avsnitt 52-53

¹⁴² KOFA sak 2018/246 avsnitt 56 og sak 2020/91 avsnitt 52

måtte foreta en konkret vurdering av hvor sterkt hensynet til forutberegnelighet gjør seg gjeldende, og om tilbudene ellers ligger svært nære hverandre i evalueringen.

4.5.2 Bekreftelser fra tilbyder

Ved oppstått tvil om opplysningenes troverdighet vil det ofte være naturlig å henvende seg til aktuelle tilbyder og be om en nærmere forklaring som sannsynliggjør at opplysningene stemmer. På denne måten vil oppdragsgiver på en lite ressurskrevende måte kunne få avklart tvilen som foreligger. Ved en slik henvendelse vil tilbyder få en oppfordring til å gjennomgå sin informasjon og belyse opplysningen på en måte som øker troverdigheten. Samtidig er det ikke gitt at en slik forklaring bidrar til å sikre at hensynet til likebehandling og etterprøvarhet blir ivaretatt. Som eksempel vil ikke en ytterligere bekreftelse avdekke tilfeller hvor tilbyder ikke er enig i grunnlaget for tvilen, eller bevisst har gitt urealistiske opplysninger om ytelsen. Spørsmålet er derfor i hvilken grad regelverket åpner for en slik fremgangsmåte for å verifisere opplysningene.

Det finnes både rettspraksis og avgjørelser fra klagenemda hvor det å få en enkel bekreftelse på at innsendt informasjon er korrekt, har blitt ansett som tilstrekkelig. I Fjord1-saken som gjaldt innkjøp av fergetjenester, var det stilt bestemte kravspesifikasjoner til fergene som det ble anført at valgte tilbyder ikke kunne oppfylle. I tingretten ble det reist spørsmål om oppdragsgiver etter varsel var forpliktet til å kontrollere dette. I denne forbindelse blir det uttalt at oppdragsgiver ikke var forpliktet til dette da oppdragsgiver allerede hadde foretatt «undersøkelser ved å spørre Boreal om de ville levere iht. kontrakten, noe Boreal forsikret».¹⁴³ Uttalelsen tilsier at det å få en bekreftelse uten nærmere forklaring var tilstrekkelig verifisering i dette tilfellet.

I Fjord1-saken støttet tingretten sitt synspunkt på praksis fra klagenemda, hvor det i en avgjørelse var uttalt at det var «nok å innhente bekreftelse på at en ville levere iht.

¹⁴³ Se TOBYF-2019-85454 avsnitt «spørsmål om eventuell undersøkelsesplikt»

kravspesifikasjonen». ¹⁴⁴ Den aktuelle avgjørelsen var også en konkurranse om drift av fergesamband, hvor det var stilt spørsmål ved om valgte tilbyder kunne oppfylle kravene til universell utforming. På bakgrunn av klagen hadde valgte tilbyder forsikret om at alle kravene til universell utforming ville bli oppfylt. Etter klagenemdas syn hadde ikke oppdragsgiver plikt til å gjøre ytterligere undersøkelser. I verken tingrettsdommen eller saken fra klagenemda blir dette synspunktet begrunnet ytterligere, men avgjørelsene kan sies å være i tråd med lagmannsrettens standpunkt i Fosen-linjen-saken hvor det ikke stilles krav om detaljkontroll ved etterprøving av opplysningene. Det kan videre vises til KOFA sak 2013/85 hvor det ble ansett tilstrekkelig at oppdragsgiver fikk «uttrykkelig bekreftet» at arbeid- og hviletidsbestemmelser ville bli overholdt. ¹⁴⁵

Basert på praksis fra norske domstoler og klagenemdas avgjørelser er det derfor grunn til å tro at kravet til effektiv kontroll, ikke skal praktiseres strengere enn at det ofte vil være tilstrekkelig å be om særskilte bekreftelser fra tilbyder på at informasjonen er riktig og realistisk. I juridisk teori argumenterer også flere forfattere for at dette ofte vil være en tilstrekkelig fremgangsmåte. ¹⁴⁶ Dette må dog vurderes konkret opp mot hvor stor usikkerhet som foreligger og om bekreftelsen eller forklaringen er egnet til å fjerne tvilen som foreligger.

4.5.3 Bruk av sakkyndige

Dersom det er stor tvil om tilbyder kan levere i henhold til tilbudet, vil det kunne være nødvendig med bruk av sakkyndige eller andre uavhengige tredjeparter som kan bekrefte innsendte opplysninger. På generelt grunnlag vil dette ofte være en ressurskrevende verifiseringsmetode, både tidsmessig og økonomisk. Hensynet til forholdsmessighet og effektiv bruk av ressurser tilsier at bruk av sakkyndige må kunne forsvares opp mot hva som er nødvendig for å gjøre opplysningene troverdige, samt kontraktens verdi og betydningen opplysningene har for evalueringen. I Fosen-linjen-saken uttales det følgende om hvilke kontrollmetoder som anses hensiktsmessig for å verifisere innsendt informasjon:

¹⁴⁴ KOFA sak 2017/168 avsnitt 43-45

¹⁴⁵ KOFA sak 2013/85 avsnitt 26

¹⁴⁶ Se Trygstad (2020) s. 165, Poulsen (2012) s. 324, Andersen og Jespersen (2016) s. 343,

Dette kan gjennomføres ved at det stilles krav om dokumentasjon eller annen form for sannsynliggjøring av oppgitt forbruk. Alternativt kan løsningen være å innhente uavhengig sakkyndig uttalelse for å få vurdert realismen i de oppgitte estimat.¹⁴⁷

Uttalelsen bekrefter i så måte at bruk av sakkyndige kan anses nødvendig for å oppnå tilstrekkelig kontroll. I Fosen-linjen-saken var det innhentet hele seks ulike rapporter fra sakkyndige som skulle dokumentere hva realistisk drivløyforbruk ville være.¹⁴⁸ Domstolene tar ikke stilling til kontrollmetoden i seg selv, men vurderer at resultatene av kontrollen ikke var tilstrekkelig til å ha et forsvarlig evalueringsgrunnlag. Utover Fosen-linjen-dommen er det for øvrig ikke funnet annen praksis som belyser når slike tiltak må gjennomføres, hvilket kan tyde på at det sjelden anses nødvendig.

4.6 Konsekvenser av etterfølgende kontroll

Om oppdragsgiver har gjennomført en etterfølgende kontroll som følge av tvil om opplysningenes troverdighet, må oppdragsgiver ta stilling til hvordan opplysningene fremstår etter kontrollen. Om opplysningene ikke fremstår troverdige har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn til å gi tilbyder dårligere uttelling på det aktuelle tildelingskriteriet.¹⁴⁹ I KOFA sak 2016/138 mente oppdragsgiver at klagers tilbud ga urealistiske estimat på vedlikeholdskostnader og energiforbruk for byggingen av et omsorgssenter. Klagenemda slår fast at oppdragsgiver har adgang til å underkjenne opplysninger som urealistiske.¹⁵⁰ Klagenemda viser også hvordan retten til å underkjenne urealistiske opplysninger er slått fast av underretten i sak T-589/08.¹⁵¹ Om oppdragsgiver ikke har oppfylt sin plikt til å kontrollere opplysninger der det foreligger tvil, vil dette kunne medføre et brudd på regelverket som gir

¹⁴⁷ Se LF-2014-32160

¹⁴⁸ Se LF-2015-187242 avsnitt «Var miljø et ulovlig kriterium?».

¹⁴⁹ Se Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 44

¹⁵⁰ KOFA sak 2016/138 avsnitt 43

¹⁵¹ T-589/08 (Evropaiki Dynamiki III) avsnitt 47

en rett til avlysning etter FOA. § 25-4 eller omgjøring av tildelingsbeslutningen etter FOA. § 25-1 (4).

Om oppdragsgiver mener opplysningene ikke kan legges til grunn vil det også kunne oppstå en avvisningsrett. Det er allerede vist hvordan unormalt lave tilbud kan medføre en avvisningsrett etter FOA. § 24-8 (2) bokstav b. For kriterier rettet mot tilbudets kvalitet kan det også tenkes at opplysningene gir oppdragsgiver en rett til å avvise tilbudet etter FOA. § 24-8 (2) bokstav a. Vilåret vil da være at tilbudet, etter å ha foretatt en kontroll av troverdigheten, kan tolkes til å inneholde «avvik fra anskaffelsesdokumentene» eller «uklarheter som ikke må anses ubetydelige». Det kan også foreligge en avvisningsplikt etter FOA. § 24-8 (1) hvis avvikene kan anses som «vesentlige». Etter læren om antesipert mislighold av kontrakt kan oppdragsgiver også ha en avvisningsrett og plikt, hvis det fremstår tilstrekkelig klart at det vil forekomme et vesentlig mislighold av kontrakten.¹⁵²

4.7 Sammendrag

Disse redegjørelsene viser at oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringsgrunnlaget gjennom etterfølgende kontroll består av en plikt til å effektivt kontrollere opplysningene ved oppstått tvil om opplysningenes troverdighet. I vurderingen av når denne kontrollplikten oppstår vil det være avgjørende om det foreligger risiko for at kravet til likebehandling ikke blir tilstrekkelig ivaretatt. På den andre siden vil hensynet til effektive anskaffelser og forholdsmessighet tilsi at ikke enhver tvil vil utløse denne plikten. Momenter for når det har oppstått tilstrekkelig tvil vil være hvor stor usikkerhet som er knyttet til opplysningene, og hvilken betydning disse opplysningene har for utfallet av konkurransen. Utover særreguleringen for unormalt lave priser, viser praksis at typiske foranledninger for kontrollplikten kan konstateres fra tilbudet i seg selv og varslinger fra konkurrerende tilbydere.

¹⁵² Se Trygstad (2017) s. 116-118

Ved oppstått tvil skal usikkerheten avklares gjennom en effektiv kontroll. Utgangspunktet vil være at innsendt dokumentasjon skal kunne brukes til å rydde bort eventuell tvil, men oppdragsgiver vil også kunne ha behov for å innhente ytterligere informasjon. Praxis viser at det ofte vil være tilstrekkelig å be om en bekreftelse eller nærmere forklaring fra tilbyder på at opplysningene stemmer. Kravet til likebehandling vil her kunne tilsa at det må kreves en forklaring utover de opplysninger som allerede er sendt inn.

5 Forholdet til kontraktsrettslige sanksjoner

Utgangspunktet fra tidligere norsk praksis har vært at oppdragsgiver kan legge til grunn de opplysninger som følger av leverandørens tilbud, og at kontraktsrettslige sanksjoner vil beskytte oppdragsgiver hvis tilbyder likevel ikke kan levere tilbudt ytelse.¹⁵³ Spørsmålet videre er hvilken relevans kontraktsrettslige sanksjoner har for oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringgrunlaget for tildelingskriterier.

Anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 oppstiller en plikt til å innta dokumentasjonskrav og gjennomføre etterfølgende kontroll uavhengig av sanksjoner. Direktivets ordlyd tilsier derfor at pliktene gjelder uavhengig av om det er inntatt kontraktsrettslige sanksjoner. I Fosen-linjen-saken kommer vurderingstemaet på spissen. Da oppdragsgiver ble gjort oppmerksom på manglende dokumentasjonskrav, innførte oppdragsgiver en særskilt kontraktsrettslig sanksjon knyttet til manglende etterlevelse av oppgitt drivstofforbruk. Høyesterett uttaler i denne sammenheng at:

En kraftfull sanksjon ville gitt tilbyderne en særlig oppfordring til å regne riktig, ettersom de ville bli eksponert for misligholdssanksjonen hvis de vant kontrakten. Sanksjoner kan dermed gi bedre grunnlag for å stole på tilbudenes opplysninger.¹⁵⁴

Uttalelsen viser at kontraktsrettslige sanksjoner blir ansett som et mulig virkemiddel for å oppnå målet om en evaluering av oppfylleelsesgrad, baserte på korrekt informasjon som er realistisk at tilbyder kan levere. Førstevoterende er samtidig raskt ute med å nyansere denne uttalelsen når det i samme avsnitt stadfestes at:

¹⁵³ Se redegjørelse kapittel 4.1

¹⁵⁴ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 97

Men anskaffelsesprosessens mål er å identifisere det beste tilbudet. Misligholdssanksjoner har derimot til formål å verne mot konsekvensene av mislighold, og vil bare ha indirekte – og usikre – effekter på tilbudet.

Førstevoterende viser her til at kravet til å kunne etterprøve tildelingskriteriene og misligholdssanksjoner som utgangspunkt verner om ulike formål. Der kravene etter anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 skal verne tilbyderne gjennom å sikre at kravene til likebehandling og etterprøvbarehet i evalueringen blir ivaretatt, skal misligholdssanksjoner verne om oppdragsgiver. Høyesteretts uttalelse i Fosen-linjen-saken kan forstås slik at disse grunnleggende forskjellene tilsier at kontraktsrettslige sanksjoner ikke kan erstatte plikten til å oppstille tilstrekkelig dokumentasjonskrav som muliggjør en effektiv kontroll.

Førstevoterende viser videre til uttalelser fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse som etter Høyesteretts syn tyder på at kontraktsrettslige sanksjoner ikke kan erstatte kravet om effektiv kontroll.¹⁵⁵ Det fremstår derimot uklart hvordan Høyesterett finner støtte for sitt standpunkt i den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen. Selv om lagmannsretten spurte eksplisitt om «en sanksjon til en viss grad kan tre i stedet for effektiv kontroll», uttaler ikke EFTA-domstolen seg om spørsmålet.¹⁵⁶ Uttalelsen må derfor tolkes slik at Høyesterett mener kravet fra EFTA-domstolen om muligheten for en objektiv sammenligning av tilbudene, underforstått innebærer at kontraktsrettslige sanksjoner ikke kan erstatte plikten til å kontrollere opplysningene.

Basert på at anskaffelsesdirektivet oppstiller en ubetinget plikt til å innta dokumentasjonskrav og etterfølgende kontroll ved tvil, samt at misligholdssanksjoner ikke nødvendigvis vil sikre kravet til likebehandling, fremstår det klart at misligholdssanksjoner ikke kan erstatte plikten til å effektivt kontrollere hvordan tilbudene oppfyller tildelingskriteriet fullstendig. Dette

¹⁵⁵ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 98

¹⁵⁶ Sak E-16/16 (Fosen-linjen) avsnitt 111

standpunktet er også lagt til grunn i praksis fra klagenemda hvor det er uttalt at sanksjonsmuligheter ikke gir grunnlag for å unnlate å følge opp en klar og konkret henvendelse om potensielt avvik.¹⁵⁷ Samtidig avstår Høyesterett i Fosen-linjen-saken fra å trekke en endelig konklusjon på spørsmålet om sanksjoner kan tre i stedet for effektiv kontroll.¹⁵⁸ Det er heller ikke åpenbart at EFTA-domstolens krav skal forstås slik at kontraktsrettslige sanksjoner ikke er relevant for vurderingen.¹⁵⁹ Det fremstår derfor som uavklart om kontraktsrettslige sanksjoner kan påvirke hvilken grad av sikkerhet som kreves, i form av å redusere behovet for strenge dokumentasjonskrav.

Det er de kontraktsrettslige sanksjonenes preventive effekt som tilsier at det er et relevant hensyn i vurderingen av når kontrollplikten inntreffer. Indirekte vil dette kunne sikre at hensynet til likebehandling blir ivaretatt gjennom å øke sannsynligheten for korrekte og realistiske tilbud. Strenge sanksjoner vil derfor kunne skape en presumsjon for at tilbydere ønsker å levere tilbud de kan stå inne for, og unngå risikoen for å bli sanksjonert i etterkant. At sanksjoner til en viss grad kan sikre hensynet til likebehandling tilsier derfor at det bør kunne påvirke hvilken grad av verifisering som skal oppnås gjennom dokumentasjonskravene. Mindre behov for dokumentasjon vil også medføre mindre bruk av ressurser i anskaffelsesprosessen, og sanksjoner vil i så måte fremme lovens formål om effektiv bruk av offentlige ressurser.

Kontraktsrettslige sanksjoner kan også bidra til sikre hensynet til likebehandling for de tilfeller som omtalt i kapittel 3.4, hvor det ikke er praktisk mulig å oppstille dokumentasjonskrav som objektivt verifiserer hvor godt tilbudene oppfyller kriteriet. Om kontraktsrettslige sanksjoner kan sørge for at slike kriterier også kan anvendes uten at det går på bekostning av kravet til likebehandling, vil dette bidra til at oppdragsgivere kan oppnå en ytelse som på best mulig måte møter deres behov.

¹⁵⁷ KOFA sak 2016/194 avsnitt 31 og sak 2017/168 avsnitt 42

¹⁵⁸ HR-2019-1801-A (Fosen-linjen) avsnitt 98

¹⁵⁹ Se også Fredriksen (2020) s. 329–330

Innenfor de rammer som følger av kravet til likebehandling og etterprøvnbarhet, taler følgelig flere hensyn for at kontraktsrettslige sanksjoner kan være relevant for hvilken grad av kontroll som skal kreves. Dette forutsetter samtidig at det er stilt dokumentasjonskrav som på best mulig måte legger til rette for objektivt sammenlignbare tilbud og baserer seg på konstaterbare faktiske omstendigheter. Som Fosen-linjen-saken illustrerer må det også forutsettes at sanksjonen er av en viss størrelse og betydning, slik at sanksjonen ikke blir ubetydelig målt opp mot gevinsten av å vinne kontrakten.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Se LF-2014-32160

6 Avsluttende bemerkninger

Denne masteroppgaven viser hvordan oppdragsgiver har en plikt til å oppstille dokumentasjonskrav som sikrer en objektiv evaluering og muliggjør effektiv kontroll av innsendte tilbud, samt kontrollere tilbudene nærmere ved tvil om tilbudenes troverdighet. Samtidig viser oppgaven at den nærmere fastleggelsen av pliktene i stor grad er styrt av hvilke krav en kan utlede fra hensynet til likebehandling, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. Hvordan disse pliktene skal løses vil kunne variere ut fra hva som skal anskaffes og hvilke forhold ved ytelsen oppdragsgiver ønsker å vektlegge. Regelverket legger også opp til en fleksibilitet i hvordan reglene praktiseres, gjennom få detaljerte regler i forskrift- og direktivbestemmelsene. Særlig EFTA-domstolens henvisning til prinsippet om forholdsmessighet viser at det vil måtte vurderes konkret hvor strenge krav som skal stilles til oppdragsgiver.

Regelverkets regulering av oppdragsgivers plikt til å sikre evalueringsgrunnlaget reiser også flere problemstillinger som fremstår uavklarte. Særlig gjelder dette hvordan kontraktsrettslige sanksjoner kan påvirke hvor strenge krav som kan stilles, og hvordan plikten til å oppstille dokumentasjonskrav kan påvirke hvilke forhold ved ytelsen som kan vektlegges. Den nye reguleringen i anskaffelsesdirektivet art. 67 nr. 4 tilsier også at EU-lovgiver har sett behovet for å rette fokus på hvordan oppdragsgiver skal sikre kravet til likebehandling og etterprøvnbarhet gjennom å sikre evalueringsgrunnlaget for tildelingskriterier. Dette viser også EFTA-domstolens uttalelser i tilknytning til Fosen-linjen-saken, samt EU-domstolens behandling av dokumentasjonskravet i den relativt ferske Iveco-dommen hvor EU-domstolen bekrefter viktigheten av å oppstille dokumentasjonskrav som muliggjør verifisering av opplysningene i tilbudet.¹⁶¹ Disse omstendighetene peker i retning av et økt fokus på temaet og en skjerping av kravene som stilles til oppdragsgiver.¹⁶² Det gjenstår å se om domstolene vil fortsette trenden med å stille strengere krav til hvordan oppdragsgiver skal sikre evalueringsgrunnlaget for tildelingskriterier.

¹⁶¹ Neslein og Gulsvik (2018)

¹⁶² Trygstad (2020) s. 155

Kilderegister

Norske rettskilder

Lov og forskrift

EØS-loven	Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven)
Anskaffelsesloven - LOA	Lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser
Anskaffelsesforskriften – FOA.	Forskrift 12. august 2016 om offentlige anskaffelser

Forarbeider, høringsnotat og etterarbeider

P-2006-933 (P-933)	Veileder fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 30. november 2006
NOU 2014: 4	NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser, Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket
Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat 2. (2015)	Nærings- og fiskeridepartementet, Høringsnotat 2, Ny forskrift om offentlige anskaffelser, 17. mars 2015
Prop. 51 L (2015–2016)	Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser

Rettspraksis

Høyesterett

«Finanger»	Rt. 2000 s. 1811
	Rt. 2007 s. 983
	Rt. 2007 s. 1783
	Rt. 2008 s. 1705
«Holship»	HR-2016-2554-P
«Fosen-linjen»	HR-2019-1801-A

Lagmannsretten

«OneMed»	LH-2012-12587
«Fosen-linjen»	LF-2014-32160
«Fosen-linjen»	LF-2015-187242
	LB-2016-39404
«Rolstad»	LB-2016-65693
	LB-2018-147988

Tingretten

«Fjord1»	TOBYF-2019-85454
----------	------------------

Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Sak 2008/21

Sak 2009/270

Sak 2011/318

Sak 2011/356

Sak 2012/62

Sak 2012/246

Sak 2013/85

Sak 2014/47

Sak 2015/53

Sak 2016/138

Sak 2016/194

Sak 2017/163

Sak 2017/168

Sak 2018/150

Sak 2018/246

Sak 2019/147

Sak 2019/243

Sak 2019/743

Sak 2020/91

Sak 2020/802

EU-rettslige rettskilder

Avtaler og direktiver

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde inntatt i EØS-loven
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol
Direktiv 2014/24/EU - Anskaffelsesdirektivet	Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF (Innkjøpsdirektivet 2014)

Rettspraksis

EU-domstolen

«Beentjes»	Dom av 20. September 1988, “Beentjes”, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422
«Schumaker»	Dom av 14. februar 1995, «Schumaker», C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31
«SIAC»	Dom av 18. oktober 2001, «SIAC», C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553
«Wienstrom»	Dom av 04. desember 2003, «Wienstrom», C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 Opinion of Mr Mischo av 27. februar 2003, ”Wienstrom”, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:121

«Succhi di Frutta»	Dom av 29. april 2004, «Succhi di Frutta», C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236
«Evropaïki Dynamiki»	Dom av 12. mars 2008, «Evropaïki Dynamiki», T-345/03, ECLI:EU:T:2008:67
«Evropaïki Dynamik II»	Dom av 19. mars 2010, «Evropaïki Dynamiki», T-50/05, ECLI:EU:T:2010:101
«Evropaïki Dynamik III»	Dom av 03. mars 2011, «Evropaïki Dynamiki», T-589/08, ECLI:EU:T:2011:73
«Max Havelaar»	Dom av 10. Mai 2012, «Max Havelaar», C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284
«Iveco»	Dom av 12. juli 2018, «Iveco», C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568

EFTA-domstolen

«Fosen-linjen»	Sak E-16/16, Rådgivende uttalelse, Fosen-Linjen AS mot AtB AS
----------------	--

Litteraturliste

Faglitteratur

Andersen og Jespersen (2016)	Andersen, Kristine Marie, Mads Brøchner Jespersen, Aktuel udbudsret II, Karsten Hagel-Sørensen (red.), 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016
------------------------------	--

- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1, Sweet & Maxwell, 2014
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne, Offentlige anskaffelser, Regelverk, praksis og løsninger, Universitetsforlaget, 2013
- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne, Anskaffelsesloven, Med forskrift, Kommentartutgave, Universitetsforlaget, 2020
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, EØS-rett, 3. utg., Fagbokforlaget 2018.
- Goller m.fl. (2017) Goller, Morten mfl., Anskaffelsesrett i et nøtteskall, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2017
- Poulsen (2012) Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen, Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, EU Public Procurement Law, 2. edition, DJØF Publishing, 2012
- Thue m.fl. (2018) Thue, Anders, Anne Buan, Sofia Lazaridis og Kristine Røed Brun, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, 2. utgave, Gyldendal Norsk forlag AS 2018.
- Trygstad (2017) Trygstad, Kristian Jåtog, Tildeling av offentlige kontrakter, Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2. utgave, 2017
- Trygstad (2020) Trygstad, Kristian Jåtog, Espen bakken (Red), Offentlige kontrakter, Aktuelle tema, Gyldendal Norsk Forlag AS, 1. utgave, 2020

Artikler og tidsskrift

- Fredriksen (2020) Fredriksen, Halvard Haukeland, Høyesteretts dom i Fosenlinjen: Stor ståhei om status quo?, Tidsskrift for Rettsvitenskap, val. 133, 2-3/2020 s. 306-336
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» Jussens Venner 2004, s. 329–342.
- Neslein og Gulsvik (2018) Neslein, Kine Østby, Alf Amund Gulsvik, «Tilbudte egenskaper må dokumenteres i tilbudet», www.anbud365.no, 9. august 2018, <https://www.anbud365.no/regelverk/tilbudte-egenskaper-ma-dokumenteres-i-tilbudet/> (Sist lest: 01. juni 2021)