

# Offentlige oppdragsgiveres adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandør

*Vilkår for vektlegging av tidligere erfaringer i  
tildelingsevalueringen*

Kandidatnummer: 169

Antall ord: 12 424



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema .....	3
1.2 Problemstilling .....	4
1.3 Rettskildebildet.....	5
1.4 Avgrensninger .....	9
1.5 Den videre fremstillingen.....	10
2 Hovedtrekk i anskaffelsesregelverket .....	11
2.1 Vektlegging av erfaringer i anskaffelsesprosessen .....	11
2.2 De grunnleggende prinsippene .....	11
2.2.1 Prinsippenes forankring.....	11
2.2.2 Likebehandling .....	13
2.2.3 Forutberegnelighet og etterprøvbarehet .....	14
2.2.4 Forholdsmessighet.....	15
2.3 Egne erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen? .....	15
2.4 Egne erfaringer i tildelingsevalueringen? .....	17
3 Vilkår for vektlegging av egne erfaringer .....	20
3.1 Forutberegnelighet .....	20
3.1.1 Må vektleggingen fremgå av konkurransegrunnlaget? .....	20
3.1.2 Påregnelighet og utenforliggende hensyn .....	22
3.2 Krav om etterprøvbarehet .....	25
3.2.1 Innledende om dokumentasjonskravet .....	25
3.2.2 Dokumentasjon av egne erfaringer – et krav om skriftlighet? .....	26
3.2.3 Tidspunkt for skriftlighet .....	28
3.2.4 Oppdragsgivers dokumentasjon av evalueringsprosessen .....	28
3.2.5 Rett til kontradiksjon ved vektlegging av negative erfaringer? .....	31
3.3 Krav om likebehandling .....	34
3.3.1 Generelt om kravet til likebehandling .....	34
3.3.2 Krav om å utjevne fordeler og ulemper .....	35
3.4 Særlig om positive erfaringer .....	38
4 Avsluttende bemerkninger .....	41

Litteraturliste ..... 44

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Temaet for denne oppgaven er i hvilken grad anskaffelsesregelverket åpner for at offentlige oppdragsgivere kan vektlegge egne erfaringer med leverandører når det beste tilbudet skal identifiseres. Temaet kan belyses med følgende eksempel:

En kommune har behov for renholdstjenester og legger derfor ut en anbudskonkurranse på den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige innkjøp (DOFFIN). Det viser seg at kommunen tidligere har kjøpt tjenester fra to av de tre leverandørene som har inngitt tilbud. Leverandør A leverte i henhold til sine kontraktsforpliktelser, og deres kontaktperson var alltid hyggelig og løsningsorientert ved uforutsette hendelser. Leverandør B oppfylte også sine kontraktsforpliktelser, men deres kontaktperson var vanskelig å kommunisere med. Det oppstod i tillegg en tvist i tilknytning til garantiordningen. Leverandør C hadde ikke kommunen erfaring med. Kommunen ønsker derfor å inngå avtale med leverandør A, og samtidig unngå avtaleinngåelse med leverandør B. Spørsmålet blir da om kommunen kan vektlegge sine positive og negative erfaringer med leverandør A og B i evalueringen av tilbudene.

Dersom kommunen i eksempelet ovenfor byttes ut med en privat aktør, er svaret ja.<sup>1</sup> Private aktører kan velge leverandører, utelukkende på bakgrunn av positive eller negative erfaringer. Dette er uproblematisk ettersom private aktører selv bærer konsekvensene av avtaleinngåelsen, samtidig som de normalt opptrer bedriftsøkonomisk rasjonelt.<sup>2</sup> En av fordelene med en slik løsning, er at leverandørene blir oppfordret til å strekke seg så langt som mulig for å tilfredsstille oppdragsgiverens forventninger. I tillegg oppfordres leverandørene til å være innovative, ettersom det vil bidra til å øke sannsynligheten for å vinne konkurranser. Utviklingen av nye og kostnadseffektive løsninger vil også være til fordel for oppdragsgiver og samfunnet for øvrig.

For offentlige oppdragsgivere kan en tilsvarende løsning være problematisk. I motsetning til private aktører, skal de offentlige organene forvalte fellesskapets midler «med integritet».<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> NOU 2014: 4 s. 65.

<sup>2</sup> NOU 2014: 4 s. 65.

<sup>3</sup> Anskaffelsesloven § 1.

Personer som inngår avtaler på vegne av organet, blir ikke direkte berørt av avtalene de inngår. Det kan derfor være fristende å inngå avtaler som er fordelaktige for seg selv eller andre nærstående, til tross for at det er til ulempe for det offentlige organet.

For å motvirke risikoen for maktmisbruk, har lovgiver innført et regelverk for offentlige anskaffelser. Dette regelverket er utformet med sikte på å forvalte fellesskapets midler på en effektiv og konkurransefremmende måte.<sup>4</sup> Regelverket skal også bidra til å motvirke korrupsjon og forskjellsbehandling av leverandører. Ettersom offentlig sektor kjøper varer og tjenester for omtrent 520 milliarder hvert år, er det viktig å ha et slikt regelverk som reduserer risikoen for maktmisbruk.<sup>5</sup>

Overført til oppgavens tema, kan det tenkes situasjoner der oppdragsgiver ønsker å vektlegge egne erfaringer for å tilgodese en av leverandørene. I slike tilfeller er det nødvendig at anskaffelsesregelverket sikrer likebehandling, uavhengig av om oppdragsgiver har handlet med leverandøren på et tidligere tidspunkt. Regelverket bør også stenge for å velge leverandør utelukkende på bakgrunn av tidligere erfaringer. En slik begrensning vil blant annet bidra til å motvirke risikoen for maktmisbruk og korrupsjon.

## **1.2 Problemstilling**

Oppgavens hovedproblemstilling er i hvilken grad anskaffelsesregelverket åpner for at offentlige oppdragsgivere kan vektlegge egne positive eller negative erfaringer med leverandører i tilbudsevalueringen i en ny anskaffelsesprosess.

Oppgaven søker først å finne svar på om en oppdragsgiver kan vektlegge positive eller negative erfaringer i kvalifikasjonsfasen (punkt 2.3) og/eller tildelingsevalueringen (punkt 2.4). Deretter blir spørsmålet om en slik adgang forutsetter innfrielse av en eller flere betingelser eller vilkår.

Videre i oppgaven vil den offentlige aktøren omtales som oppdragsgiver. Med egne erfaringer menes oppdragsgiverens oppfatning om leverandøren og dens ytelse fra en tidligere anskaffelse.

---

<sup>4</sup> Anskaffelsesdirektivet punkt 1 og 2, Anskaffelsesloven § 1 og NOU 2014: 4 s. 15-16.

<sup>5</sup> Tall hentet fra regjeringens offisielle nettside (dato ikke oppgitt).

## 1.3 Rettskildebildet

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å implementere anskaffelsesdirektivet i norsk rett.<sup>6</sup> Forpliktelsen er gjennomført ved lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).<sup>7</sup> Anskaffelsesloven er hovedsakelig en fullmaktslov, men inneholder noen overordnede materielle regler.<sup>8</sup> Det er anskaffelsesforskriften som inneholder de mer detaljerte reglene om anskaffelsesprosessen.<sup>9</sup>

Anskaffelsesforskriftens del III er utformet med tanke på å gjennomføre anskaffelsesdirektivet. Direktivet har derfor stor rettskildemessig tyngde ved tolkning av bestemmelsene i del III. Dette følger også av presumsjonsprinsippet, som innebærer at norske lovbestemmelser skal tolkes på den måten som samsvarer best med Norges folkerettslige forpliktelser.<sup>10</sup> Lojalitetsprinsippet vil også være styrende for tolkningen av anskaffelsesforskriften. Prinsippet pålegger medlemsstatene en generell plikt til å etterleve EU/EØS-rettens regelverk.<sup>11</sup> Ut fra lojalitetsprinsippet, har EU-domstolen utledet et prinsipp om EU-rettskonform tolkning.<sup>12</sup> I Finanger 1 la Høyesterett til grunn at prinsippet om EU-rettskonform tolkning ikke vil rekke lenger enn det norske presumsjonsprinsippet.<sup>13</sup>

Del II regulerer anskaffelser over nasjonal terskelverdi, og inneholder de norske rettsreglene. Bestemmelsene i del II går lenger enn det Norge er forpliktet til etter EØS-avtalen. EU/EØS-retten vil likevel være en rettskilde med stor tyngde ettersom del II og del III er likelydende på mange punkter.

Verken anskaffelsesdirektivet, -loven eller -forskriften regulerer oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer i en ny anskaffelse. Problemstillingen må derfor løses på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene anskaffelsesretten bygger på. Prinsippene kommer direkte til uttrykk i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 og anskaffelsesloven § 4. Disse bestemmelsene er derfor sentrale i den videre fremstillingen.

---

<sup>6</sup> Direktiv 2014/24/EU.

<sup>7</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift 8. desember 2016 nr. 974.

<sup>8</sup> Dragsten (2013) s. 50.

<sup>9</sup> Forskriftens del I gjelder for anskaffelser over kr 100 000, del II for anskaffelser over nasjonal terskelverdi og del III for anskaffelser over EØS-terskelverdi, se anskaffelsesforskriften § 1-1. Terskelverdiene fastsettes av Nærings- og fiskeridepartementet, se Regjeringens offisielle nettside (2020).

<sup>10</sup> Dragsten (2013) s. 55.

<sup>11</sup> TEU artikkel 4 nr. 3, Sejersted m.fl. (2011) s. 76.

<sup>12</sup> Dragsten (2013) s. 55 med videre henvisning til E-1/07 (A).

<sup>13</sup> Rt. 2000 s. 1811.

Oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer er heller ikke direkte omtalt i anskaffelseslovens forarbeider. De gir likevel retningslinjer for hvordan de generelle prinsippene bak anskaffelsesreglene skal tolkes og anvendes. Denne fremstillingen tar utgangspunkt i NOU 2014: 4, men forarbeidene tilknyttet § 5 i anskaffelsesloven av 1999 vil også være relevante. Dette fordi endringen i tilsvarende bestemmelse i 2016-loven ikke var ment som en realitetsendring.<sup>14</sup>

Nærings- og fiskeridepartementet har etter vedtakelsen av anskaffelsesloven og -forskriften utarbeidet en veileder for å forklare hvordan regelverket skal forstås.<sup>15</sup> Veilederen omtaler hovedsakelig reglene i anskaffelsesforskriften og de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Utgangspunktet er at etterarbeider til forskriften har «begrenset rettskildeverdi».<sup>16</sup> Veilederens rettskildeverdi vil derfor bero på argumentasjonens kvalitet, og om denne er i tråd med ordlyden i anskaffelsesloven og -forskriften. Videre i oppgaven benyttes veilederens tolkningsmomenter som støttemomenter i argumentasjonen.

Adgangen til å vektlegge egne erfaringer i en ny anskaffelse er ikke direkte omtalt i avgjørelser fra verken EU-domstolen, Høyesterett eller underrettene. Mangelen på domstolspraksis kan skyldes at leverandøren ikke nødvendigvis blir tildelt erstatning dersom en oppdragsgiver handler i strid med anskaffelsesregelverket. For å få tildelt erstatning for den positive kontraktsinteresse, må leverandøren ha lidt et «tap» som følge av brudd på anskaffelsesloven eller -forskriften.<sup>17</sup> Det innebærer at leverandøren må bevise at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at den ville vunnet konkurransen dersom regelverket ble fulgt.<sup>18</sup> Det kan imidlertid være vanskelig, ettersom oppdragsgiveren har stor skjønnsfrihet i evalueringen. Mange leverandører vil derfor vegre seg fra å bruke ressurser på en økonomisk krevende domstolsbehandling. I tillegg risikerer leverandøren å skape motvilje fra oppdragsgiver, som kan være en potensiell kunde i fremtiden.

Enkelte dommer avgjør likevel spørsmål som grenser opp mot problemstillingen. I oppgaven vil disse avgjørelsene omtales for å utlede og forankre anvendelsen og vektingen av de grunnleggende prinsippene.

---

<sup>14</sup> NOU 2014: 4 s. 73.

<sup>15</sup> P-2017-933 s. 18-19.

<sup>16</sup> LH-2009-45911.

<sup>17</sup> Anskaffelsesloven § 10.

<sup>18</sup> Dragsten (2013) s. 834.

Avgjørelser fra EU-domstolen som tolker anskaffelsesdirektivet har høy rettskildemessig vekt. Det er fordi de nasjonale domstolene plikter å legge til grunn disse tolkningene.<sup>19</sup> Innen offentlige anskaffelser, behandler EU-domstolen hovedsakelig traktatbruddsaker og skriver prejudisielle avgjørelser. Det er de nasjonale domstolene som har adgang til å anmode om prejudisielle avgjørelser, og disse avgjørelsene er bindende. Prejudisielle avgjørelser er derfor et viktig virkemiddel for å sikre en ensartet rettsutvikling for alle medlemslandene.

Høyesteretts er Norges siste rettsinstans, og avgjørelser fra denne domstolen har derfor høy rettskildemessig vekt.<sup>20</sup> Praksis fra lagmanns- og tingrettene har mer begrenset rettskildeverdi. Underrettspraksis kan likevel tillegges en viss tyngde dersom den over tid danner et fast mønster.<sup>21</sup>

I mangel på andre rettskilder, er det praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som er mest fremtredende i analysen. KOFA er et uavhengig organ som ble etablert i 2003.<sup>22</sup> Formålet med klagenemnda var å gjøre det raskt og rimelig for leverandører å få avgjort tvister med offentlige oppdragsgivere.<sup>23</sup> Sakene som avgjøres i KOFA er rådgivende.<sup>24</sup> Det innebærer at avgjørelsene ikke er rettslig bindende ovenfor partene. Unntaket er der oppdragsgivere har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. I slike saker har KOFA myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr.<sup>25</sup>

KOFA-praksis har i utgangspunktet lav rettskildemessig vekt ettersom avgjørelsene ikke er rettslig bindende.<sup>26</sup> Det høye antallet saker som avgjøres i KOFA har imidlertid ført til at klagenemnda har fått en sentral rolle i rettsutviklingen på området.<sup>27</sup> Dette bekreftes blant annet av Høyesterett, som har anvendt KOFA-avgjørelser som tolkningsbidrag.<sup>28</sup> I likhet med forvaltningspraksis, er det først og fremst langvarig og konsekvent praksis fra KOFA som kan tillegges selvstendig vekt.<sup>29</sup> Et mål med analysen har derfor vært å kartlegge om klagenemndas praksis er samstemt over en lengre tidsperiode.

---

<sup>19</sup> Dragsten (2013) s. 57.

<sup>20</sup> Høgberg og Sunde (2019) s. 89-91.

<sup>21</sup> Nygaard (2004) s. 2010 og Monsen (2012) s. 169.

<sup>22</sup> KOFAs offisielle nettside (dato ikke oppgitt), lest 21.05.21.

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 3 (2000-2001) s. 15.

<sup>24</sup> Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

<sup>25</sup> Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1, med videre henvisning til anskaffelsesloven § 12.

<sup>26</sup> 2021/1000 premiss 33.

<sup>27</sup> Dragsten (2013) s. 54 og P-2017-933 s. 350.

<sup>28</sup> Rt. 2007 s. 983 premiss 103.

<sup>29</sup> Se Rt. 2000 s. 220 s. 226 og Rt. 2005 s. 1757 premiss 45 for vektlegging av trygderettspraksis.



En utfordring med en dyptgående analyse av KOFA-praksis, er det store antallet avgjørelser som behandler adgangen til å vektlegge egne erfaringer. De nyeste avgjørelsene siterer som regel en eller flere tidligere avgjørelser som omtaler problemstillingen. Jeg har derfor valgt å ta utgangspunkt i de nyeste avgjørelsene, for så å finne frem til andre relevante avgjørelser ved hjelp av henvisningene til tidligere saker. På den måten identifiseres de avgjørelsene KOFA fremhever som sentrale og representative. Det store kildeomfanget sannsynliggjør at det er relevante avgjørelser som ikke nevnes i oppgaven. Min oppfatning er likevel at de utvalgte avgjørelsene fra 2003 til 2021 er egnet til å illustrere en langvarig og konsekvent praksis.

I oppgaven analyseres KOFA-avgjørelser som er løst på bakgrunn av del II og del III i anskaffelsesforskriften. KOFA synes å legge til grunn at de samme reglene gjelder for både del II og del III, ettersom klagenemnda viser til tidligere avgjørelser uten å sondre mellom de ulike delene i forskriften. Videre i oppgaven vil derfor KOFA-praksis fra del II og del III omtales uten at det blir kommentert løpende i teksten.

De eldste sakene er avgjort på bakgrunn av anskaffelsesloven av 1999.<sup>30</sup> Dagens § 4 i anskaffelsesloven innebærer en forenkling og forkorting av ordlyden, men var ikke ment å innebære en realitetsendring.<sup>31</sup> Eldre praksis vil derfor fortsatt være relevant. Nyere avgjørelser vil likevel ha betydelig høyere rettskildeværdi enn eldre praksis. Dette fordi samfunnet og lovgivers verdivurderinger kan endre seg over tid, og at yngre avgjørelser som regel speiler dagens samfunn i større grad.<sup>32</sup>

I juridisk litteratur finnes det ingen fullstendige fremstillinger av adgangen til å vektlegge egne erfaringer. De få fagbøkene som kommenterer problemstillingen, gir kun en kort innføring i problematikken. Flertallet av disse bøkene ble skrevet før anskaffelsesloven av 2016 ble vedtatt. Som nevnt, innebar ikke lovendringen en realitetsendring. Litteratur som ble skrevet før 2016 vil derfor være relevant for oppgaven. Rettskildevekten vil likevel være liten ettersom juridisk litteratur generelt bare kan tillegges begrenset vekt.

Marianne H. Dragsten gir den mest inngående drøftelsen av oppgavens problemstilling i sin bok «*Offentlige anskaffelser regelverk, praksis og løsninger*» fra 2013. Hennes faglitteratur tar utgangspunkt i anskaffelsesloven av 1999.<sup>33</sup> Som nevnt ovenfor, vil fremstillingen likevel

---

<sup>30</sup> Noen av de eldre avgjørelsene er ikke tilgjengelige på KOFAs hjemmeside, men ble tilsendt etter forespørsel.

<sup>31</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 81 og NOU 2014:4 s. 73.

<sup>32</sup> Høgberg og Sunde (2019) s. 93-94.

<sup>33</sup> Dragsten (2013).

være relevant ettersom lovendringen i 2016 ikke innebar en realitetsendring. Dragsten er anerkjent på feltet i Norge, og boken hennes er blant annet sitert i lagmannsretten og forarbeidene til anskaffelsesloven av 2016.<sup>34</sup> Argumentasjonen i boken vil derfor ha større rettskildeverdi enn juridisk litteratur generelt, særlig dersom den samsvarer med KOFA-praksis.

## 1.4 Avgrensninger

Av hensyn til oppgavens omfang er det nødvendig med avgrensninger. Oppgaven vil derfor kun ta for seg anskaffelser som reguleres av anskaffelsesforskriften del III. Det innebærer en avgrensning mot blant annet forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften.

Anskaffelsesforskriften del III regulerer anskaffelser av «vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter eller gjennomfør[ing av] plan- og designkonkurranser» til en verdi av 1,3 millioner kroner eller mer.<sup>35</sup> Som nevnt, er del III i forskriften en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet.<sup>36</sup> Det innebærer at EØS-retten i utgangspunktet har stor rettskildeverdi for tolkningen av problemstillingen. Direktivet oppstiller imidlertid kun et minstekrav til anskaffelsesprosessen, og medlemslandene står fritt til å vedta strengere lovbestemmelser. Ettersom problemstillingen ikke kommenteres særskilt i verken direktivet eller EU-domstolen, vil oppgaven i hovedsak analysere i hvilken grad norske rettsregler åpner for at oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer.

Hovedfokuset i oppgaven er å klarlegge adgangen til og vilkår for å kunne vektlegge oppdragsgivers egne erfaringer med en leverandør. Hvordan egne erfaringer eventuelt skal vektes opp mot andre momenter i vurderingen, er en egen problemstilling som det avgrenses mot av hensyn til oppgavens omfang.

Oppgaven vil kun analysere oppdragsgivers adgang til å vektlegg egne erfaringer med hovedleverandøren. Det avgrenses mot oppdragsgivers erfaring med underleverandører. Dette fordi hovedleverandøren som regel er ansvarlig for underleverandørens ytelse.

---

<sup>34</sup> LG-2014-156495 og NOU 2014: 4 s. 80, 111, 151 og 193.

<sup>35</sup> Anskaffelsesforskriften § 1-1. Terskelverdi hentet fra regjeringens offisielle nettside (2020), lest 21.05.21.

<sup>36</sup> Se punkt 1.3.

## **1.5 Den videre fremstillingen**

I den videre fremstillingen redegjøres det først for hovedtrekkene i det anskaffelsesrettslige regelverket (punkt 2). Fokuset vil være på hvordan de grunnleggende prinsippene påvirker adgangen til å vektlegge egne erfaringer. Deretter drøftes spørsmålene om egne erfaringer kan vektlegges i kvalifikasjonsvurderingen eller tildelingsevalueringen. I punkt 3 analyseres rettskildebildet med sikte på å klarlegge hvilke krav de grunnleggende prinsippene stiller ved vektlegging av egne erfaringer i tildelingsevalueringen. Til slutt oppsummeres funnene i punkt 4.

## **2 Hovedtrekk i anskaffelsesregelverket**

### **2.1 Vektlegging av erfaringer i anskaffelsesprosessen**

En offentlig anskaffelsesprosess starter med at oppdragsgiver utarbeider et konkurransegrunnlag som inneholder en beskrivelse av varen eller ytelsen oppdragsgiveren har behov for. Deretter blir konkurransegrunnlaget kunngjort på DOFFIN, slik at potensielle leverandører kan utforme tilbud i tråd med konkurransegrunnlaget. Når leverandørene har inngitt tilbud, gjenstår det for oppdragsgiveren å tildele oppdraget til leverandøren med det mest fordelaktige tilbudet. Vurderingen av hvilket tilbud som er mest fordelaktig er todelt. Først må oppdragsgiveren vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget.<sup>37</sup> Leverandørene som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene blir diskvalifisert fra konkurransen. Deretter blir tilbudene fra de kvalifiserte leverandørene vurdert opp mot hverandre for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>38</sup> Denne vurderingen omtales som tildelingsevalueringen.

Oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandør i kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen er ikke direkte regulert i anskaffelsesdirektivet, -loven eller -forskriften. Praksis fra nasjonale domstoler og KOFA løser derfor problemstillingen med utgangspunkt i anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper.<sup>39</sup>

Videre i punkt 2.2 presenteres de grunnleggende prinsippene bak anskaffelsesregelverket. Deretter drøftes spørsmålet om oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen og/eller tildelingsevalueringen (punkt 2.3 og 2.4).

### **2.2 De grunnleggende prinsippene**

#### **2.2.1 Prinsippenes forankring**

Anskaffelsesregelverket bygger som nevnt på EØS-avtalen og anskaffelsesdirektivet. I samsvar med prinsippet om direktivkonform tolkning, er det derfor naturlig å tolke innholdet

---

<sup>37</sup> Anskaffelsesforskriften del II § 8-7 og del III § 16-1.

<sup>38</sup> Anskaffelsesforskriften del II § 8-11 og del III § 18-1.

<sup>39</sup> Se eksempelvis Rt. 2001 s. 1062 og 2019/363.

og rekkevidden av prinsippene i lys av anskaffelsesdirektivet og EØS-retten for øvrig. Dette fremheves også i forarbeidene til anskaffelsesloven av 1999 og 2016. Der fremgår det at innholdet i anskaffelsesloven 1999 § 5 og anskaffelsesloven 2016 § 4 bygger på EØS-avtalens alminnelige regler, forvaltningsrettens prinsipper om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper.<sup>40</sup>

Det er artikkel 18 i anskaffelsesdirektivet som gir uttrykk for de grunnleggende prinsippene. I punkt 1 står det at:

*«De ordregivende myndigheter behandler økonomiske aktører ens og uten forskjelsbehandling og handler på en gennemsiktig og forholdsmessig måte.*

*Udbuddet udformes ikke med det formål at utelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt innskrenke konkurransen. Konkurrencen betraktes som kunstigt innskrenket, hvis udbuddet er udformet med den hensikt uretmessigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt».*

I anskaffelsesloven kommer prinsippene direkte til uttrykk i § 4. Det følger av bestemmelsen at «[o]ppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet». De grunnleggende prinsippene gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av hva som anskaffes og anskaffelsens verdi.<sup>41</sup>

De grunnleggende prinsippene har hovedsakelig to funksjoner.<sup>42</sup> For det første fungerer de som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket. For det andre oppstiller de rettigheter og plikter for både oppdragsgivere og leverandører på selvstendig grunnlag.<sup>43</sup> En leverandør kan derfor klage eller gå til søksmål for brudd på prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Det innebærer at oppdragsgiver må vektlegge egne erfaringer på en måte som ikke strider mot de grunnleggende prinsippene.

Formålet med å nedfelle prinsippene i en egen bestemmelse er å sikre at alle leverandørene på markedet har lik mulighet til å oppnå kontrakter med offentlige oppdragsgivere.<sup>44</sup> Videre er

---

<sup>40</sup> NOU 2014:4 s. 73 flg., Prop. 51 L (2015-2016) s. 81, Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) s. 66 og NOU 1997:21 s. 115.

<sup>41</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

<sup>42</sup> NOU 2014:4 s. 73.

<sup>43</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 81 og NOU 2014:4 s. 61 og 73.

<sup>44</sup> NOU 1997:21 s. 115.

prinsippene ment å ivareta rettsikkerheten for alle aktørene gjennom hele anskaffelsesprosessen. De skal også bidra til effektivisering av anskaffelsesprosessen, slik at det offentlige forvalter sine midler på en økonomisk fornuftig måte.<sup>45</sup>

Det er klare likheter mellom direktivets artikkel 18 og anskaffelsesloven § 4. Begge bestemmelsene viser til prinsipper om likebehandling, forholdsmessighet, konkurranse og gjennomsiktighet i saksbehandlingen gjennom forutberegnelighet og etterprøvbarhet. De relevante prinsippene omtales nærmere i punkt 2.2.2 til 2.2.4.

### **2.2.2 Likebehandling**

Likebehandlingsprinsippet er i forarbeidene klassifisert som «det viktigste av alle prinsippene», og innebærer at alle leverandørene skal behandles likt og ha lik mulighet til å vinne oppdraget.<sup>46</sup> Det EØS-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet faller inn under dette likebehandlingsprinsippet. Det er likevel lovlig å forskjellsbehandle leverandørene dersom det er «saklig og objektivt begrunnet».<sup>47</sup> Kravet om likebehandling er med andre ord et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Spørsmålet er hvordan likebehandlingsprinsippet spiller inn i vurderingen av om oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer med tidligere leverandør.

I eksempelet som ble presentert innledningsvis, hadde kommunen positiv erfaring med leverandør A, negativ erfaring med B og ingen erfaring med C. Dersom kommunen vektlegger erfaringene i tildelingsevalueringen, vil A ha en fordel samtidig som B og C har en ulempe i konkurransen. Dette kan være problematisk i forhold til likebehandlingsprinsippet ettersom det sannsynligvis vil være forskjell i leverandørenes oppfyllelse av tidligere kontrakter.

Dersom kommunen vektlegger de positive erfaringene med A, vil denne leverandøren få et konkurransefortrinn. Leverandør C har ikke hatt mulighet til å levere en ytelse til oppdragsgiveren på et tidligere tidspunkt, og stiller derfor svakere enn A. Vektlegging av kommunens erfaring med A innebærer dermed en forskjellsbehandling av leverandørene. I

---

<sup>45</sup> NOU 1997:21 s. 115.

<sup>46</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

<sup>47</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

slike tilfeller må forskjellsbehandlingen avhjelpes for å være i tråd med likebehandlingsprinsippet. Denne problemstilling drøftes nærmere i punkt 3.3.

Dersom kommunen vektlegger de negative erfaringene med B, kan denne ene erfaringen hindre leverandøren fra å vinne anbudskonkurranser i lang tid fremover. En slik løsning kan ha urimelige ringvirkninger, for eksempel dersom leverandøren kan dokumentere at forbedringer er iverksatt. Dette kan innebære en usaklig forskjellsbehandling av leverandøren. Se punkt 3.3 for videre drøfting av problemstillingen.

### **2.2.3 Forutberegnelighet og etterprøvnbarhet**

I dette punktet er spørsmålet hvilke krav som stilles til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet når oppdragiver skal vektlegge egne erfaringer med en tidligere leverandør. Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er en presisering av det EØS-rettslige gjennomsiktighetsprinsippet.<sup>48</sup> Det nærmere innholdet og rekkevidden av disse prinsippene, må derfor klarlegges i lys av EU- og EFTA-domstolen.<sup>49</sup>

Gjennomsiktighetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver skal gjennomføre konkurranser på en forutsigbar måte, slik at prosessen skaper forutberegnelighet for potensielle leverandører.<sup>50</sup> Det innebærer at oppdragsgivers vurdering av egne erfaringer må gjøres på en måte som er forutsigbar for leverandørene. Kravet til forutberegnelighet diskuteres nærmere i punkt 3.1.

Videre skal gjennomsiktighetsprinsippet bidra til at konkurransen kan etterprøves og kontrolleres av leverandørene. For at leverandørene skal ha muligheten til å kontrollere oppdragsgiverens beslutninger og vurderinger, må disse være dokumentert.<sup>51</sup> Det innebærer at oppdragsgivers egne erfaringer må dokumentes ved eksempelvis møtereferater eller protokoller for at de skal kunne vektlegges i kvalifikasjons- eller tildelingsevalueringen. Prinsippet om etterprøvnbarhet oppstiller dermed et dokumentasjonskrav som behandles i punkt 3.2.

Formålet med prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er å sikre leverandørenes rettssikkerhet gjennom åpenhet i alle stadiene i anskaffelsesprosessen. Åpenhet kan også bidra

---

<sup>48</sup> Anskaffelsesdirektivet artikkel 18 og Prop. 51 L (2015-2016) s. 45.

<sup>49</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

<sup>50</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

<sup>51</sup> Amdal og Roll Mattiesen s. 36.

til å skape tillit til det offentlige. Tillit til det offentlige, sammenholdt med en mulighet til å kontrollere at konkurransen samsvarer med loven, kan også bidra til å forhindre tvister.

#### **2.2.4 Forholdsmessighet**

Prinsippet om forholdsmessighet innebærer at kravene oppdragsgiver stiller til leverandør skal stå i forhold til anskaffelsens størrelse.<sup>52</sup> Det innebærer at jo større og mer kompleks en anskaffelse er, desto strengere krav stilles til gjennomføringen av anskaffelsen.

Oppdragsgiveren skal imidlertid ikke stille strengere krav til gjennomføringen enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen.<sup>53</sup> Dette presiseres i flybuss-dommen, der Lagmannsretten legger til grunn at kjernen i forholdsmessighetsprinsippet er at «det må være en passende balanse mellom mål og virkemiddel».<sup>54</sup>

Forholdsmessighetsprinsippet har en side til de øvrige prinsippene. Det kan stilles strengere krav til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet desto større og mer kompleks anskaffelsen er. Det innebærer at det kan stilles strengere krav ved vektlegging av egne erfaringer for store og komplekse anskaffelser.

### **2.3 Egne erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen?**

I dette punktet drøftes problemstillingen om oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen. Utgangspunktet er at «[o]ppdragsgiveren kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner».<sup>55</sup> Kvalifikasjonskrav er i realiteten et minstekrav som leverandøren må oppfylle for å kunne konkurrere om å ha det beste tilbudet. Formålet med å stille kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren er egnet til å oppfylle kontraktsgjenstanden dersom den får tildelt oppdraget.<sup>56</sup>

Kvalifikasjonskrav knytter seg til egenskaper ved leverandøren, typisk økonomisk kapasitet og faglige kvalifikasjoner. Krav om å fremlegge attester eller referanser blir som regel

---

<sup>52</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

<sup>53</sup> Prop. 52 L (2015-2016) s. 82.

<sup>54</sup> LB-2018-39460 under «Kvalifikasjonskravet om økonomisk gjennomføringsevne».

<sup>55</sup> Anskaffelsesforskriften § 16-1 (1).

<sup>56</sup> Dragsten (2013) s. 376.



benyttet til å dokumentere leverandørens «erfaring, effektivitet, pålitelighet og kompetanse».<sup>57</sup>

Anskaffelsesdirektivet er taust om adgangen til å vektlegg egne erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen. Det innebærer at det er opp til medlemslandene å regulere en slik adgang. Forutsetningen er at reguleringen ikke strider mot direktivets øvrige bestemmelser eller de grunnleggende prinsippene.

Oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer er heller ikke eksplisitt nevnt i anskaffelsesloven eller -forskriften. Anskaffelsesforskriften kapittel 16 legger imidlertid opp til at attester og referanser kan benyttes som dokumentasjonskrav for å sikre at leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene.<sup>58</sup>

Som utgangspunkt er det naturlig å vektlegge oppdragsgivers egne erfaringer med leverandør i kvalifikasjonsvurderingen. Særlig i tilknytning til kvalifikasjonskrav som relaterer seg til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner vil oppdragsgivers erfaring være relevant. Dette fordi oppdragsgivers erfaring med leverandør vil gi en indikasjon på hvor sannsynlig det er at leverandøren er i stand til å levere i tråd med kontraktsgjenstanden.

I en kjennelse for Lagmannsretten i 2004, ble en leverandør vurdert som ikke kvalifisert.<sup>59</sup> Oppdragiver hadde i kvalifiseringsvurderingen vektlagt egne reklamasjoner på leverandørens tidligere utførte arbeid. Retten viste til at vektlegging av egne erfaringer kan være problematisk i forhold til likebehandlingsprinsippet, men «antar likevel at det kan være anledning til å vektlegge egenerfaringer». Fra denne uttalelsen kan det utledes at anskaffelsesregelverket åpner for å vektlegge egne erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen. I denne saken forelå det imidlertid mangler ved kvalifikasjonsvurderingen og saksbehandlingen.

I juridisk teori legges det til grunn at oppdragsgiver kan vektlegge egne positive og negative erfaringer på lik linje med eksterne referanser, forutsatt at dette gjøres i tråd med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4.<sup>60</sup> I tillegg forutsettes det at oppdragsgivers erfaring med leverandør er relevant i vurderingen av om leverandøren er egnet til å oppfylle

---

<sup>57</sup> Dragsten (2020) s. 606, Dragsten (2013) s. 239-243.

<sup>58</sup> Se eksempelvis §§ 16-1 (2) og 16-6 (1) og (2).

<sup>59</sup> LB-2004-40374.

<sup>60</sup> Dragsten (2020) s. 606, Dragsten (2013) s. 239-243 og Thue m.fl. (2018) s. 729-730.

kontraktsgjensstanden. Det kan for eksempel være ved vurderingen av leverandørens erfaring eller kompetanse.<sup>61</sup>

KOFA-praksis legger også til grunn at det er adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren. I sak 2004/126, aksepterte KOFA at oppdragsgiveren vektla egne negative erfaringer med leverandørens rapporteringssystem. Oppdragsgiveren hadde imidlertid ikke erfaring med samtlige av leverandørens system, og det ble derfor konstatert brudd på likebehandlingskravet. Saken er relativt gammel, slik at den vil ha liten rettskildevekt. Det er imidlertid ingen grunn til å tro at rettstilstanden har endret seg på dette punkt, ettersom innholdet i de grunnleggende prinsippene i § 4 er det samme som på avgjørelsestidspunktet.

Anskaffelsesregelverket åpner for å vektlegge egne positive og negative erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen, forutsatt at bestemte vilkår er innfridd. Av hensyn til oppgavens omfang, avgrenses det mot å drøfte hvilke vilkår som må oppfylles for å vektlegge egne erfaringer i kvalifikasjonsvurderingen.

## **2.4 Egne erfaringer i tildelingsevalueringen?**

Dersom flere leverandører oppfyller kvalifikasjonskravene, blir det neste steget å vurdere tilbudene opp mot hverandre. Vurderingen skjer ut fra tildelingskriteriene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Formålet med tildelingsevalueringen er å identifisere det tilbudet som oppfyller tildelingskriteriene i størst grad. I motsetning til kvalifikasjonskravene som knytter seg til egenskaper ved leverandøren, knytter tildelingskriteriene seg til egenskaper ved leveransen eller ytelsen. Problemstillingen som drøftes videre i dette punktet, er om egne erfaringer med leverandør kan vektlegges i tildelingsevalueringen.

For at et tildelingskriterium skal være i tråd med regelverket, må visse krav være oppfylt.<sup>62</sup> Tildelingskriteriet må være relevant for tilbudets verdi, det må være tilknyttet kontraktsgjensstanden, det må ikke utformes så vagt at det i realiteten gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn, og det må ikke stride mot de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4.<sup>63</sup> Disse begrensningene bidrar til å forhindre korrupsjon, blant annet

---

<sup>61</sup> Dragsten (2013) s. 239.

<sup>62</sup> C-513/99.

<sup>63</sup> Anskaffelsesforskriften § 18-1 (5) og 2003/3 premiss 5.

ved å stenge for at oppdragsgiver kan velge en leverandør utelukkende basert på egne erfaringer.

Tildelingskriteriene skal også sikre at oppdragsgiver velger det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>64</sup> Det fremgår av anskaffelsesforskriften § 18-1 (1) at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal identifiseres på grunnlag av a) den laveste prisen, b) den laveste kostnaden eller c) det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.<sup>65</sup> Spørsmålet blir dermed om egne erfaringer med leverandør kan bidra til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Anskaffelsesdirektivet, -loven og -forskriften omtaler ikke adgangen til å vektlegge egne erfaringer i tildelingsevalueringen. Et utgangspunkt er at tildelingskriteriene må åpne for å vektlegge egne erfaringer. De fleste kriteriene i anskaffelsesforskriften § 18-1 åpner for å vektlegge tidligere erfaringer med leverandør. Slik erfaring kan for eksempel gi et innblikk i ytelsens kvalitet eller kundeservice i forbindelse med en leveranse.<sup>66</sup> Vektlegging av egne erfaringer ved vurderingen av slike tildelingskriterier vil kunne bidra til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Unntaket er anskaffelser med rene pris- eller kostnadskriterier. Erfaring med leverandøren vil ikke være relevant dersom leverandørene kun konkurrerer om lavest pris og/eller kostnad.

I litteraturen og konsekvent KOFA-praksis legges det til grunn at oppdragsgivers og andres positive og negative erfaringer kan inngå som et ledd i vurderingen av den forventede kvaliteten på ytelsen til en leverandør.<sup>67</sup> Det forutsettes at «erfaringene benyttes til å belyse forhold som er relevante for den konkrete kontraktsoppfyllelse».<sup>68</sup> Dersom erfaringene knytter seg til leverandøren, bør de vurderes i tilknytning til et kvalifikasjonskrav.<sup>69</sup> Unntaket fra dette er der kriteriene representerer en økonomisk verdi for oppdragsgiver og i tillegg er knyttet til kontraktsgjenstanden.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Anskaffelsesdirektivet premiss 89 i fortalet, C-19/00 premiss 35 flg. og 2004/124 premiss 43.

<sup>65</sup> Gjelder for del III i anskaffelsesregelverket.

<sup>66</sup> Anskaffelsesforskriften § 18-1 (3).

<sup>67</sup> Dragsten (2013) s. 239, Trygstad (2006) s. 79-80, 2004/243 premiss 31, 2014/54 premiss 35 og 2016 premiss 33.

<sup>68</sup> 2005/219 premiss 43.

<sup>69</sup> 2003/3 premiss 5.

<sup>70</sup> C-513/99, 2003/3 premiss 5 og Amdal og Roll-Matthiesen (2004) s. 634.

For at egne erfaringer skal kunne vektlegges i tildelingsevalueringen, må de ovennevnte kravene være oppfylt. I litteraturen og KOFA-praksis oppstilles derfor bestemte vilkår for å kunne vektlegge egne erfaringer i tildelingsevalueringen. Disse vilkårene blir drøftet nærmere i punkt 3.

Fordelen med å vektlegge egne erfaringer i tilbudsevalueringen, er at oppdragsgiver har større skjønnsfrihet.<sup>71</sup> Dersom leverandøren innfrir kvalifikasjonskravene, er oppdragsgiver forpliktet til å vurdere tilbudet på lik linje med andre tilbud. I tilbudsevalueringen derimot, har oppdragsgiveren mulighet til å veie erfaringer med ulike leverandører opp mot hverandre, og opp mot andres erfaringer. På den annen side er det viktig at skjønnsfriheten ikke blir for stor, ettersom det kan stride mot forutberegnelighetskravet.

Oppdragsgiverens skjønnsvurdering i tildelingsevalueringen kan ikke overprøves av KOFA. Klagenemnda kan kun overprøve om valg av tilbud og leverandør er «truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling, riktig faktum, og om avgjørelsen fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig».<sup>72</sup> Dersom leverandørene ikke klarer å forutse oppdragsgivers vurderinger, kan beslutningene fremstå som vilkårlige. Det vil innebære brudd på kravet om forsvarlig saksbehandling.

Det er særlig fordelaktig å vektlegge egne erfaringer i tildelingsevalueringen der tilbudets verdi påvirkes av leverandørens erfaring og kompetanse utover et minstekrav. Dette gjelder typisk anskaffelser av kontrakter som inneholder et innsatselement.

En mulig forklaring er at det kan virke konkurransedempende dersom oppdragsgiver vektlegger egne erfaringer ved anskaffelse av en ren resultatforpliktelse. Så lenge leverandøren oppfyller minimumskravene til kvalitet og erfaring, er det sannsynliggjort at de vil klare å levere resultatet som er definert i tilbudet. Annerledes blir det ved innsatsforpliktelse, der oppdragsgivers erfaring med leverandør vil gi en indikasjon på hva oppdragsgiver kan forvente av en ytelse eller leveranse.

---

<sup>71</sup> 2005/153 premiss 29.

<sup>72</sup> 2003/66 under «klagenemndas vurdering».

# 3 Vilkår for vektlegging av egne erfaringer

## 3.1 Forutberegnelighet

### 3.1.1 Må vektleggingen fremgå av konkurransegrunnlaget?

Som nevnt i punkt 2.2.1, oppstiller anskaffelsesloven § 4 rettigheter og plikter for oppdragsgiver på selvstendig grunnlag. Forutberegnelighetsprinsippet innebærer følgelig et krav om at anskaffelsesprosessen skal gjennomføres på en måte som er forutsigbar for leverandørene. Denne delen av oppgaven drøfter hvilke krav som stilles til forutberegnelighet ved vektlegging av oppdragsgivers egne erfaringer i tildelingsevalueringen. Positive og negative erfaringer vil behandles samlet ettersom kravet til forutberegnelighet vil være det samme uavhengig av erfaringstype.

Verken anskaffelsesdirektivet eller -loven gir konkrete føringer på hva som ligger i kravet om forutberegnelighet. Et generelt utgangspunkt er at forutberegnelighetskravet skal sikre at leverandørene kan stole på den informasjonen de får av oppdragsgiver.<sup>73</sup> I tillegg skal anskaffelsesprosessen gjennomføres på en forutsigbar måte. Det innebærer at leverandørene skal få utlevert informasjon om de forhold oppdragsgiver vil vektlegge, før de fremlegger tilbud. Dette er en forutsetning for å sikre reell konkurranse, og bidrar til å ivareta leverandørenes rettssikkerhet.

Et utgangspunkt er derfor at oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer i den grad det er forutberegnelig for leverandøren.<sup>74</sup> Spørsmålet er om forutberegnelighetskravet innebærer et krav om at det eksplisitt må fremgå av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver vil vektlegge egne erfaringer i tildelingsevalueringen.

I SIAC Construction behandlet EU-domstolen prinsippet om gjennomsiktighet, som omfatter det norske forutberegnelighetskravet. Av dommen fremgår det at tildelingskriteriene skal formuleres slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører

---

<sup>73</sup> Dragsten (2020) s. 21-22.

<sup>74</sup> Se eksempelvis 2009/107, 2012/43 og 2016/124.

å tolke dem på samme måte.<sup>75</sup> Avgjørelsen oppstiller ikke et krav om at alle momenter oppdragsgiver vektlegger i tildelingsevalueringen eksplisitt skal fremgå av konkurransegrunnlaget. En alminnelig oppegående leverandør, skal likevel kunne forstå hvilke momenter oppdragsgiver kommer til å vektlegge ved å lese konkurransegrunnlaget.

Denne tolkningen av forutberegnelighetskravet er konsekvent fulgt opp i praksis fra KOFA.<sup>76</sup> I sak 2009/98 var et av spørsmålene om det var forutberegnelig for leverandørene at oppdragsgiver la vekt på egne erfaringer fra kursvirksomhet ved evalueringen av tildelingskriteriet «kompetanse». KOFA presiserte forutberegnelighetskravet, og la til grunn at «oppdragsgiver må evaluere tilbudene i samsvar med det som må anses påregnelig ut fra de opplysninger som er gitt om dette for eksempel i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget».<sup>77</sup> Deretter tok KOFA stilling til om det var påregnelig for leverandøren at oppdragsgiver la vekt på egne erfaringer fra kursvirksomhet i kompetansevurderingen.

Som utgangspunkt for vurderingen av saksbehandlerens «kompetanse» ble det i konkurransegrunnlaget vist til en liste med oppgaver det kunne bli aktuelt å utføre under rammeavtalen. Disse oppgavene relaterte seg i hovedsak til tilstandsvurderinger av bygg, gjennomgang av branntekniske rapporter og kontroll av rapporter og bygg. KOFA viser til at dette ikke var en uttømmende liste, men kun eksempler på arbeidsoppgaver. Erfaring fra kursvirksomhet hadde likevel så liten sammenheng med de opplistede oppgavene at det ikke var forutberegnelig for leverandøren at oppdragsgiver la vekt på egne erfaringer med kursvirksomhet.

Det kan utledes av avgjørelsen at forutberegnelighetskravet ikke innebærer et krav om at det eksplisitt fremgår av konkurransegrunnlaget at egne erfaringer vil bli vektlagt. Kravet til forutberegnelighet er ivaretatt så lenge det er påregnelig at egne erfaringer vektlegges i tildelingsvurderingen. Denne oppfatningen følges opp i senere KOFA-praksis der vurderingstemaet ofte er formulert slik:

---

<sup>75</sup> C-19/00 avsnitt 42, se også C-331/04 avsnitt 24.

<sup>76</sup> 2003/119 under «Evaluering av tilbudene – Tildelingskriterier», 2008/119 premiss 28, 2012/43 premiss 22, 2014/54 premiss 36 og 2019/363 premiss 34.

<sup>77</sup> 2009/98 premiss 28.

*«(...) tildelingskriteriet må være utformet slik at en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder kan utlede av tildelingskriteriet at slik erfaring vil kunne bli hensyntatt».*<sup>78</sup>

### **3.1.2 Påregnelighet og utenforliggende hensyn**

Problemstillingen som drøftes videre i dette punktet er i hvilke tilfeller det anses påregnelig for leverandør at oppdragsgiver vektlegger egne erfaringer.

Utformingen av konkurransegrunnlaget kan stenge for muligheten til å vektlegge egne erfaringer i tildelingsvurderingen. I sak 2012/43 hadde oppdragsgiver presisert i konkurransegrunnlaget at det kun var skriftlig innlevert materiale fra leverandørene som ville bli vektlagt.<sup>79</sup> Spørsmålet ble om det var forutberegnelig for leverandørene at oppdragsgiver vektla egne erfaringer i tildelingsvurderingen.<sup>80</sup> KOFA viste til at det ikke kom frem av de enkelte tildelingskriteriene at oppdragsgivers erfaringer ville vektlegges. Det var derfor ikke påregnelig for leverandørene at erfaringene ble vektlagt, og det forelå brudd på forutberegnelighetsprinsippet.

Det vil normalt være forutberegnelig for leverandør at oppdragsgiver vektlegger egne erfaringer i tilknytning til tildelingskriterier som «kvalitet», «teknisk kapasitet» eller «tilbudt kompetanse og referanseprosjekter».<sup>81</sup> Dette fordi positive og negative erfaringer kan gi en indikasjon på hvilken kvalitet, tekniske kapasitet og kompetanse oppdragsgiver kan forvente av leverandøren og den tilbudte ytelsen.<sup>82</sup> Motsetningsvis vil det ikke være forutberegnelig for leverandør at egne erfaringer blir vektlagt i tilknytning til pris- eller kostnadskriterier. I slike tilfeller konkurrerer leverandørene om å tilby den laveste prisen eller kostnaden, og det vil derfor ikke være rom for å trekke inn erfaringer.

For at vektlegging av egne erfaringer skal kunne anses påregnelig, har KOFA lagt til grunn at erfaringene må ha tilknytning til tildelingskriteriene som vurderes.<sup>83</sup> Kravet om påregnelighet stenger dermed for at oppdragsgiver vektlegger utenforliggende hensyn. Hva som defineres som utenforliggende hensyn må vurderes konkret ut fra hvordan tildelingskriteriene er

---

<sup>78</sup> 2012/43 premiss 22, 2014/54 premiss 36 og 2019/363 premiss 34.

<sup>79</sup> 2012/43 premiss 4.

<sup>80</sup> 2012/43 premiss 22.

<sup>81</sup> 2003/66, 2005/219 og 2009/154.

<sup>82</sup> Dragsten (2013) s. 239 med videre henvisning til 2003/66.

<sup>83</sup> 2008/98 premiss 29.

utformet. En fellesnevner er at erfaringen må være relevant og ha en viss sammenheng med de konkrete tildelingskriteriene som er opplistet i konkurransegrunnlaget.

KOFA har konkludert med at det vil stride mot forutberegnelighetskravet å vektlegge negative erfaringer med leverandør fra en pågående tvist eller rettssak.<sup>84</sup> I 2009/107 hadde oppdragsgiver mistet tillit til leverandør på bakgrunn av leverandørens anførsler i forbindelse med en rettssak. KOFA påpekte at leverandøren benyttet et lovlig rettsmiddel for å forfølge kravet sitt. Adgang til å vektlegge erfaringer tilknyttet tvister vil trolig medføre at leverandører vegrer seg fra å forfølge sine krav, i frykt for at det skal hindre dem i å få tildelt kontrakt i ettertid. Erfaringene tilknyttet rettssaken ble derfor ansett som utenforliggende hensyn. Saken gjaldt en del I og II anskaffelse, men den vil overføringsverdi til del III anskaffelser ettersom regelverket i hovedsak er det samme.

Avgjørelsen kan tas til inntekt for at oppdragsgiver ikke kan vektlegge erfaringer i forbindelse med en tidligere tvist, ettersom det vil anses som utenforliggende hensyn. KOFA presiserer imidlertid at konflikten verken har hatt innvirkning på kvaliteten av arbeidet leverandøren utførte, eller påvirket fremdriften av prosjektet.<sup>85</sup> Det kan tyde på at KOFA begrenser virkningen til kun å gjelde erfaring med tvisten eller rettssaken i seg selv. Oppdragsgiver kan da vektlegge egne erfaringer som knytter seg til leverandørens evne eller vilje til å yte i tråd med kontraktsforpliktelsene under konfliktperioden. Oppdragsgiver kan også vektlegge de forholdene som er grunnlaget for tvisten, så lenge denne ikke er avgjort. Dersom tvisten avgjøres til fordel for leverandøren, vil ikke disse forholdene kunne vektlegges.

Oppdragsgivers erfaringer skal bidra til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>86</sup> Det er derfor et naturlig utgangspunkt at erfaringene må knytte seg til leverandøren eller ytelsen, slik disse fremstår på evalueringstidspunktet.<sup>87</sup> Dragsten legger også til grunn et slikt standpunktet. Hun skriver at «[o]ppdragsgiver kan ikke legge vekt på eldre referanser som ikke gir uttrykk for dagens situasjon hos leverandøren. Dette gjelder spesielt hvor det er etablert et nytt selskap med ny eier og ny ledelse».<sup>88</sup> Dersom leverandør har gått konkurs og det etableres et nytt selskap, vil både leverandøren og ytelsene sannsynligvis endre sin karakter. Det samme vil gjelde dersom selskapet får ny eier eller ny ledelse. Erfaringer fra

---

<sup>84</sup> 2007/106 premiss 44 og 2009/107 premiss 22.

<sup>85</sup> 2009/107 premiss 22.

<sup>86</sup> Se punkt 2.4.

<sup>87</sup> DFØ (2020), lest 25.10.21 og LB-2004-40374.

<sup>88</sup> Dragsten (2013) s. 240 med videre henvisning til 2006/109 premiss 17.



tiden før nyetablering eller eierskifte vil ikke lenger være representative for selskapets leveringsevne. Slike erfaringer vil derfor ikke være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og vil derfor anses som utenforliggende hensyn. Et annet poeng er at regelen gir leverandørene et insentiv til å forbedre sin ytelsesevne, noe som vil ha en positiv samfunnsøkonomisk konsekvens.

I sak 2006/109 legger KOFA til grunn at det i noen unntakstilfeller kan være adgang til å vektlegge tidligere forhold. Saken gjaldt en anbudskonkurranse for levering, sveising og legging av en utslippsledning. Leverandøren hadde gått konkurs før konkurransen, og oppdragsgiver hadde vektlagt egne negative erfaringer fra tiden før konkursen. KOFA legger til grunn at det ikke i seg selv er avgjørende at oppdragsgivers erfaringer knytter seg til arbeid som var utført før konkursen.<sup>89</sup> Dette gjaldt særlig når de tidligere erfaringene var basert på at selskapet ikke overholdt et løfte om utbedring, slik at tilliten var brutt. Avgjørende for vurderingen var at leverandøren selv hadde vedlagt en referanseliste som inneholdt arbeid fra før og etter konkursen. Oppdragsgiver måtte da kunne vektlegge arbeidet før konkursen, og dette åpnet for å vektlegge egne erfaringer fra samme tidsperiode.

Det kan utledes fra avgjørelsen at oppdragsgiver kan vektlegge erfaringer fra tiden før en konkurs dersom leverandøren oppgir referanser fra denne perioden. Dette vil ikke være problematisk ettersom leverandøren ved å oppgi eldre referanser, bekrefter at oppdrag før konkursen er representative for bedriftens ytelsesevne.

Avgjørelsen kan også tolkes i retning av at oppdragsgiver kan vektlegge erfaringer fra tiden før konkursen dersom tilliten til leverandøren er brutt. Spørsmålet blir da hva som skal til for at tilliten til leverandøren anses brutt. I denne saken ble det ansett som et tillitsbrudd at selskapet ikke hadde overholdt sitt løfte om utbedring.<sup>90</sup> Løfter skaper en forventning om at løftegiveren handler i samsvar med løftets innhold. Dersom løftet brytes, kan oppdragsgiver miste troen på at løftegiveren vil overholde sine forpliktelser i fremtiden. Det kan også oppleves som et svik. Det antas derfor at handlinger eller løfter som bidrar til å skape mistro til leverandøren og som kan oppleves som svikaktig, vil innebære et tillitsbrudd.

---

<sup>89</sup> 2006/109 premiss 18.

<sup>90</sup> 2006/109 premiss 18.

Avtalebrudd vil også innebære et tillitsbrudd, ettersom avtalebrudd kan ha like stor eller større virkning enn løftebrudd. Dette kan for eksempel være at ytelsen er forsinket ved flere anledninger eller at ytelsen ikke er som forventet.

I lys av drøftelsen ovenfor, forutsetter forutberegnelighetskravet at det er påregnelig for en normalt påpasselig leverandør at oppdragsgiver vektlegger egne erfaringer i tildelingsvurderingen. Det er en fordel dersom det fremgår eksplisitt av konkurransegrunnlaget at egne vurderinger vektlegges, men det er ikke et krav. Videre legges det til grunn at oppdragsgivers erfaringer må være representative for leverandørens ytelsesevne. I tillegg må erfaringene ha en viss tilknytning til et eller flere av tildelingskriteriene for at det skal kunne anses som påregnelig å vektlegge dem i tildelingsvurderingen.

## **3.2 Krav om etterprøvbarehet**

### **3.2.1 Innledende om dokumentasjonskravet**

Hensynet til etterprøvbarehet skal som nevnt sikre rettssikkerhet gjennom åpenhet i alle stadiene i anskaffelsesprosessen.<sup>91</sup> Åpenhet gjør det mulig for leverandørene å kontrollere at oppdragsgivers vurderinger er i tråd med konkurransereglene.<sup>92</sup> For å sikre en slik kontrollmulighet, må oppdragsgiveren dokumentere hvilke vurderinger og beslutninger som er foretatt i anskaffelsesprosessen.<sup>93</sup> Utgangspunktet er at dokumentasjonen må være «skriftlig, klar og utfyllende nok til at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgiverens vurderinger».<sup>94</sup>

Denne delen av oppgaven analyserer de kravene som stilles til dokumentasjon i forbindelse med vektlegging av egne erfaringer. I punkt 3.2.2 omtales kravet til dokumentasjon av de erfaringene oppdragsgiver vektlegger i tildelingsevalueringen. Punkt 3.2.3 tar for seg på hvilket tidspunkt i anskaffelsesprosessen egne erfaringer må nedfelles skriftlig. Deretter behandles kravet til dokumentasjonens innhold i punkt 3.2.4. Til slutt drøftes

---

<sup>91</sup> Se punkt 2.2.3.

<sup>92</sup> P-2017-933 punkt 7.5.2.

<sup>93</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 25-1 og 7-1.

<sup>94</sup> P-2017-933 punkt 7.5.2.

problemstillingen om leverandør har kontradiksjonsrett når oppdragsgiver vektlegger egne erfaringer i punkt 3.2.5.

### **3.2.2 Dokumentasjon av egne erfaringer – et krav om skriftlighet?**

Problemstillingen som drøftes i dette punktet er hvilke krav som stilles til dokumentasjon av oppdragsgivers egne erfaringer med leverandør. Verken anskaffelsesdirektivet, -loven eller -forskriften sier uttrykkelig noe om hvordan oppdragsgivers erfaringer skal dokumenteres. Kravet om etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 5 oppstiller likevel visse krav.

En forutsetning for at oppdragsgiver skal kunne vektlegge egne erfaringer i tråd med etterprøvbarehetskravet, er at disse er objektivt konstaterbare.<sup>95</sup> Objektive vurderingsmomenter kan for eksempel være om leveransene er levert til riktig tid eller til riktig pris. Erfaringene skal ikke være oppdragsgivers subjektive vurderinger. Det innebærer at oppdragsgiver ikke skal legge stor vekt på vurderinger som «bra» eller «tilfredsstillende».

Hovedregelen er at kun skriftlige erfaringer kan vektlegges.<sup>96</sup> Dette er vanligvis erfaringer som er nedfelt i møtereferater, logger eller protokoller.<sup>97</sup> Annen dokumentasjon kan også vektlegges dersom denne er nedfelt skriftlig, som for eksempel skriftlige klager på utførelsen eller annen korrespondanse under anskaffelsens gjennomføring.

Skriftlighet som hovedregel har blitt nyansert i etterfølgende praksis fra KOFA. I sak 2006/14 var et av spørsmålene om muntlige referanser kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. KOFA konkluderte med at det var i tråd med etterprøvbarehetskravet å vektlegge muntlige referanser gitt over telefon dersom oppdragsgiver førte nøyaktige referater fra samtalen.<sup>98</sup>

Samme år ble dette synspunktet utvidet til å gjelde for oppdragsgivers egne erfaringer. I sak 2006/92 hadde oppdragsgiver gjennomført en åpen anbudskonkurranse for utførelse av bygningsmessige- og byggetekniske arbeid. Oppdragsgiver hadde i denne forbindelse hatt muntlig kontakt med en intern prosjektleder for et tidligere byggeprosjekt utført av leverandøren. Opplysningene ble skrevet ned i et evalueringsskjema dagen før vinneren ble

---

<sup>95</sup> Se eksempelvis 2006/20 premiss 47, 2009/154 premiss 46, 2016/195 premiss 34 og 2019/363 premiss 36.

<sup>96</sup> Se eksempelvis 2003/11 og 2006/20 premiss 48.

<sup>97</sup> Dragsten (2013) s. 241.

<sup>98</sup> 2006/14 premiss 35.

annonsert. I dette skjemaet stod det blant annet at de negative erfaringene kunne dokumenteres gjennom korrespondanse i byggetiden. Dokumentasjonen bestod av byggeplassmeldinger, byggemåter og fremdriftsmøter.

KOFA konkluderte med at dette var i tråd med etterprøvbarkravet «når innklagede samtidig kan vise til tilgjengelig intern dokumentasjon som er utarbeidet uavhengig av den aktuelle anskaffelsesprosessen og denne bekrefter det som har blitt rapportert muntlig i forbindelse med anskaffelsen».<sup>99</sup> Synspunktet er senere fulgt opp i etterfølgende praksis.<sup>100</sup> Begge de ovennevnte avgjørelsene gjelder del I og II anskaffelser. Avgjørelsene vil likevel ha stor overføringsverdi til del II anskaffelsene ettersom de bygger på avgjørelsen 2006/14, som gjelder en del III anskaffelse.

Praksisen ovenfor illustrerer at det er adgang til å vektlegge muntlige uttalelser, men kun dersom det tas nøyaktige notater av samtalen. I tillegg oppstilles et krav om intern dokumentasjon som bekrefter de muntlige uttalelsene, og som er utarbeidet uavhengig av anskaffelsesprosessen. Kravet beskrives nærmere i 2007/106, der KOFA legger til grunn at negative erfaringer i en «pågående anskaffelse bør loggføres og protokolleres sammen med objektivt konstaterbare fakta for å kunne medtas i evalueringen av vedkommende leverandør ved senere konkurranser».<sup>101</sup>

Kravet om skriftlig nedfelling og uavhengig dokumentasjon, vil bidra til å forhindre vilkårlig vektlegging av egne erfaringer i tildelingsvurderingen. Det vil også sikre leverandørenes mulighet til å imøtegå oppdragsgiveres vurderinger i ettertid. Baksiden med et slikt krav, er at det kan være vanskelig for oppdragsgivere å oppfylle i praksis. Per dags dato er det ikke utviklet et generelt lagringssystem for informasjon tilknyttet erfaringer med leverandører. Det innebærer at oppdragsgivere sjeldent kan vise til uavhengig dokumentasjon. Dette vil særlig gjelde for mindre eller kortsiktige anskaffelser, der det ikke gjennomføres evalueringer i gjennomføringsperioden.

---

<sup>99</sup> 2006/92 premiss 19.

<sup>100</sup> 2007/106 premiss 43 flg.

<sup>101</sup> 2007/106 premiss 44.

### **3.2.3 Tidspunkt for skriftlighet**

Det neste spørsmålet er på hvilket tidspunkt i anskaffelsesprosessen erfaringene skal være nedfelt skriftlig. Utgangspunktet er at erfaringene skal være nedfelt skriftlig på evalueringstidspunktet.<sup>102</sup> På den måten vil oppdragsgiveren ha klart for seg hvilke erfaringer som skal vurderes opp mot hverandre under tildelingsvurderingen. Det bidrar til å sikre forsvarlige avgjørelser og forhindre vilkårlighet.

Det finnes unntak fra dette utgangspunktet. Se for eksempel 2006/20, der oppdragsgiver la vekt på muntlige uttalelser i tildelingsevalueringen. Erfaringene ble først nedfelt skriftlig etter at evalueringen var foretatt. KOFA konkluderte med at dette ikke kunne anses som en saksbehandlingsfeil så lenge den skriftlige bekreftelsen stemte overens med det oppdragsgiveren la til grunn i evalueringen.<sup>103</sup>

KOFA legger til grunn at oppdragsgiver kan foreta tildelingsvurderingen basert på muntlige uttalelser. Det stilles imidlertid et krav om at erfaringene som vektlegges nedfelles skriftlig innen rimelig tid. Regelen sikrer at leverandør kan overprøve om oppdragsgivers vurderinger er i tråd med anskaffelsesregelverket. I tillegg får leverandør mulighet til å etterprøve om erfaringene som ble vektlagt i tildelingsevalueringen stemmer overens med de erfaringene som nedfelles skriftlig i ettertid. Formålet om forsvarlig og uvilkårlig saksbehandling blir dermed ivaretatt.

### **3.2.4 Oppdragsgivers dokumentasjon av evalueringsprosessen**

Dette punktet drøfter hvilke krav som stilles til dokumentasjon av oppdragsgivers vurderinger i tildelingsevalueringen.

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 84 nr. 2 at det for anskaffelser over EØS-terskelverdi skal utformes en skriftlig rapport. Denne rapporten skal inneholde tilstrekkelig dokumentasjon til å rettferdiggjøre beslutninger tatt i alle stadier av anskaffelsesprosedyren. Rapporten må inneholde «interne overvejelser» og «udvælgelse» for å tilfredsstille dokumentasjonskravet.

---

<sup>102</sup> Dragsten (2013) s. 241.

<sup>103</sup> 2006/20 premiss 48.

Anskaffelsesforskriften § 7-1 oppstiller det generelle dokumentasjonskravet for alle norske anskaffelser. Bestemmelsen suppleres av § 25-5, som stiller mer detaljerte krav til protokollføring. Formålet med bestemmelsene er å sikre at leverandører eller klageorganer kan kontrollere og overprøve at oppdragsgiveren har opptrådt i tråd med konkurransereglene, samt bidra til å forhindre kameraderi og korrupsjon.<sup>104</sup> I tillegg kan gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen bidra til å skape tillit til oppdragsgiverens beslutninger. Tillit til beslutningsprosessen kan forebygge konflikter og tvister.<sup>105</sup>

Av § 7-1 første ledd fremgår det at dokumentasjonen skal være «tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen». Videre fremgår det av tredje ledd at «vesentlige forhold» for gjennomføringen av anskaffelsen skal protokollføres.

Ordlyden «vesentlige forhold» tilsier forhold som er avgjørende eller av stor betydning for tildelingen av kontrakt. I punkt 8.2.3 i veilederen fra Nærings- og fiskeridepartementet, følger det at oppdragsgiver skal protokollføre «viktige beslutninger og vurderinger» blant annet i tilknytning til «utvelgelse av leverandør». Det innebærer at vurderingen av egne positive eller negative erfaringer skal protokollføres dersom disse er sentrale eller avgjørende momenter i tildelingsevalueringen. Oppdragsgiver må da dokumentere hvilke konkrete erfaringer som har blitt vektlagt, hvilken vekt erfaringene har blitt tillagt og hvordan erfaringene er blitt vektlagt opp mot egne og andre oppdragsgiveres erfaringer med andre leverandører. Dersom egne erfaringer er vurdert opp mot eksterne referanser, bør dette også fremgå av protokollen.

Ved vurderingen av hva som er «vesentlige forhold» har innklagede et innkjøpsfaglig skjønn som KOFA bare i begrenset grad kan overprøve.<sup>106</sup> Oppdragsgiver står derfor relativt fritt til å vurdere om erfaringene har vært sentrale ved tildelingsevalueringen, og følgelig om det stilles krav til protokollføring. Domstolene og KOFA har likevel adgang til å prøve om saksbehandlingen har vært forsvarlig.<sup>107</sup>

I 2016/195 legger KOFA til grunn at det må fremgå av evalueringsdokumentene «hvilke konkrete forhold som kan ha innvirkning på kvaliteten av det som anskaffes, og som har medført at klager i dette tilfellet [ikke fikk full uttelling]». <sup>108</sup> Uttalelsen knytter seg til

---

<sup>104</sup> P-2017-933 punkt 8.2.1.

<sup>105</sup> Se punkt 2.3.3.

<sup>106</sup> 2014/34 premiss 67.

<sup>107</sup> Se eksempelvis LB-2004-40374 og 2014/34 premiss 67 flg.

<sup>108</sup> 2016/195 premiss 39.

eksterne referanser, men det samme antas å gjelde for egne erfaringer ettersom de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende.

Det kan utledes fra avgjørelsen at oppdragsgiver må dokumentere konkrete hendelser for å kunne vektlegge egne erfaringer. Protokollføringen må i tillegg dokumenteres på en slik måte at det er mulig å overprøve hvilke konkrete hendelser som vektlegges, og hvordan disse hendelsene er vektlagt. Denne regelen sikrer at leverandør enkelt kan etterprøve oppdragsgivers vurderinger.

I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 31. august 2004, la retten til grunn at det forelå brudd på kravet om objektivitet og etterprøvbarehet. Oppdragsgiver hadde i tildelingsevalueringen lagt vekt på antall egenreklamasjoner fra et tidligere utført oppdrag. Retten mente dette ikke ga en dekkende oversikt over leverandørens faktiske kvalifikasjoner og uttalte at: «[s]elv om det legges til grunn at reklamasjonene representerer reelle feil og mangler (...) må alvorlighetsgraden og mengden feil i forhold til den totale oppdragsmengden vurderes».<sup>109</sup> Det var altså ikke tilstrekkelig å vektlegge et visst antall reklamasjoner mot en leverandør. Videre uttalte retten at leverandøren må vurderes i lys av den totale oppdragsmengden bedriften har hatt, og opp mot de andre leverandørene.

I drøftelsen ovenfor legges det til grunn at det må dokumenteres hvilke konkrete hendelser som vektlegges og hvordan disse hendelsene er vektlagt. Alvorlighetsgraden av feilene må videre vurderes opp mot den totale arbeidsmengden. I tillegg må leverandøren vurderes i lys av den totale oppdragsmengden bedriften har hatt. Dette innebærer omfattende vurderinger og protokollføring, noe som vil være tidkrevende for oppdragsgiveren. Behovet for etterprøvbarehet må derfor veies opp mot formålet om å sikre «effektiv bruk av samfunnets ressurser».<sup>110</sup> Forholdsmessighetsprinsippet vil spille inn i denne vurderingen. Jo større og mer kompleks anskaffelsen er, desto større er behovet for etterprøvbarehet.

For positive erfaringer gjelder det ifølge KOFA et skjerpet krav til oppdragsgivers saksbehandling og begrunnelse.<sup>111</sup> KOFA går imidlertid ikke inn på hva det skjerpede kravet til begrunnelse faktisk innebærer. Denne problemstillingen behandles nærmere i punkt 3.4 om positive erfaringer.

---

<sup>109</sup> LB-2004-40374.

<sup>110</sup> Anskaffelsesloven § 1.

<sup>111</sup> 2004/243 premiss 35.

### 3.2.5 Rett til kontradiksjon ved vektlegging av negative erfaringer?

Dette punktet drøfter problemstillingen om leverandørene har rett til å imøtegå oppdragsgivers egne erfaringer med dem. Problemstillingen kan også formuleres som et spørsmål om oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer dersom disse er bestridt av leverandør.

Her kan det trekkes linjer til forvaltningsretten der kontradiksjonsprinsippet står sentralt. I forvaltningsretten er kontradiksjonsprinsippet viktig for å ivareta enkeltpersoners rettssikkerhet i møte med staten. Forvaltningsvedtak kan være særlig inngripende overfor en enkeltperson, og det er derfor viktig at saken er så godt opplyst som mulig.<sup>112</sup> I en anskaffelse er den svake parten en bedrift. Det verst tenkelige utfallet av en saksbehandlingsfeil er at leverandøren ikke vinner konkurransen. Selv om utfallet av en konkurranse kan ha store konsekvenser for bedriften, er det langt fra så inngripende som utfallet av enkelte forvaltningsvedtak. Hensynene bak kontradiksjonsprinsippet vil derfor ikke være like sterke i anskaffelsesretten.

Hovedregelen er at leverandøren ikke har rett til kontradiksjon i anskaffelsesprosessen.<sup>113</sup> KOFA har likevel lang tradisjon for å vektlegge at leverandør ikke har fått muligheten til å imøtegå oppdragsgivers synspunkter.

I sak 2003/66 påpeker KOFA at oppdragsgivers evaluering ikke var bestridt av leverandøren, og konkluderer med at det derfor var saklig og forsvarlig å vektlegge denne informasjonen. Uttalelsen kan trekke i retning av at det verken er saklig eller forsvarlig å vektlegge egne erfaringer dersom disse er bestridt av leverandøren.

To saker fra 2005 gir også uttrykk for en rett til kontradiksjon. KOFA fastslår i 2005/50 at oppdragsgiver må «sørge for at tilbyderne får anledning til å uttale seg om de opplysninger som oppdragsgiver legger til grunn og som ikke er hentet ut fra tilbudet».<sup>114</sup> I 2005/206 la KOFA til grunn at det var i strid med regelverket å vektlegge muntlig informasjon fra en referanseperson uten at leverandøren fikk mulighet til å imøtegå det som ble sagt.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Forvaltningsloven § 17 (1).

<sup>113</sup> 2016/195 premiss 34, 2019/363 premiss 42 og DFØ (2020), lest 25.10.21.

<sup>114</sup> 2005/50 premiss 33.

<sup>115</sup> 2005/206 premiss 29.



Sakene skiller seg ut ved at oppdragsgiverne vektla informasjon som ikke fremgikk av leverandørens tilbud. I førstnevnte sak hentet oppdragsgiver opplysninger fra «internett og andre «nøytrale» kilder til informasjon».<sup>116</sup> I den andre saken tok oppdragsgiver muntlig kontakt med andre referansepersoner enn de som var oppgitt i tilbudet. Leverandørene i disse sakene hadde ingen mulighet til å forutse at leverandørene ville vektlegge disse forholdene, og strider følgelig med forutberegnelighetskravet.

Det kan ikke utledes et generelt krav om kontradiksjon fra disse avgjørelsene.<sup>117</sup> Det kan likevel utledes en rett til kontradiksjon i de tilfellene oppdragsgiver vektlegger informasjon som ikke fremgår av tilbudet. En slik regel vil sikre kravet om forutberegnelighet.

I sak 2016/124 ble oppdragsgiverens tidligere erfaring med leverandøren et av temaene under samtale om leverandørens oppdragsforståelse. Leverandøren ble ikke gjort oppmerksom på at disse forholdene ville bli et samtaleemne. KOFA påpeker i premiss 56 at:

«Ettersom de tidligere erfaringene med klager verken er konkretisert, eller ble presentert ovenfor klager på en slik måte at han hadde mulighet til å kommentere dem, kan ikke klager trekkes ved evalueringen på grunn av den usikkerhet om hans oppdragsforståelse som disse forholdene etter innklagedes syn representerer. At dette er gjort representerer et brudd på forskriften § 22-2».

Her viser KOFA til at manglende kontradiksjon innebærer et brudd på forskriften. At leverandør ikke fikk muligheten til å imøtegå opplysningene var altså ikke et regelbrudd i seg selv. I lys av de to ovennevnte sakene kan det argumenteres for at det kan utledes en rett til kontradiksjon i de tilfellene dette er nødvendig for å sikre at anskaffelsen gjennomføres i tråd med anskaffelsesregelverket. Spesielt dersom retten til kontradiksjon vil sikre ivaretagelsen av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 vil dette være gjeldende.

En slik tolkning legges også til grunn i senere avgjørelser. I 2016/195 var et av spørsmålene om leverandør hadde rett til å imøtegå de negative erfaringene oppdragsgiver hadde vektlagt i tildelingsevalueringen. KOFA påpekte at det ikke gjelder et generelt krav om kontradiksjon, og at det heller ikke kan utledes et krav om kontradiksjon fra sakene 2003/66 eller 2016/124.<sup>118</sup> I stedet viser KOFA til kravene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. I

---

<sup>116</sup> 2005/50 premiss 34.

<sup>117</sup> 2016/195 premiss 34.

<sup>118</sup> 2016/195 premiss 34.

konkurransesgrunnlaget var det tydelig angitt at interne referanser ville vektlegges, og de interne referansene var konkretisert i evalueringsdokumentene. Av dokumentene fremgikk det hvem som hadde vurdert leverandøren og hvilke prosjekter erfaringene knyttet seg til. Dette mente KOFA var i tråd med kravene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.

I 2019/363 gjentar KOFA hovedregelen om at det «ikke gjelder et generelt krav til kontradiksjon».<sup>119</sup> Det presiseres imidlertid at kontradiksjon kan være en måte å ivareta kravet om etterprøvnbarhet og dokumentasjon. KOFA konkluderte med at det forelå brudd på kravet om etterprøvnbarhet ettersom det ikke var mulig å ta stilling til hvilke hendelser, og i hvilken grad de hendelsene oppdragsgiveren viser til, er leverandørens ansvar.

I lys av drøftelsen ovenfor, foreligger det ikke en generell rett for leverandøren til å imøtegå oppdragsgivers negative erfaringer. Hovedregelen er derfor at oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer, selv om disse er bestridt av leverandør. Unntaket fra dette utgangspunktet er dersom kontradiksjon er nødvendig for å sikre kravet til forutberegnelighet eller etterprøvnbarhet i anskaffelsesloven § 4.

En slik løsning vil være i tråd med anskaffelseslovens formål om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>120</sup> En generell rett for leverandør til å imøtegå oppdragsgivers negative erfaringer vil kreve merarbeid og være kostbart for samfunnet. På den annen side kan en kontradiksjonsrett bidra til å styrke tilliten til oppdragsgiver og anskaffelsesprosessen, og forebygge potensielle tvister. En mellomløsning der leverandør har kontradiksjonsrett for å sikre at anskaffelsen samsvarer med de grunnleggende prinsippene, vil derfor være en god løsning. En slik løsning bidrar til å sikre en forsvarlig saksbehandling, uten å stenge for oppdragsgivers mulighet til å vektlegge negative erfaringer.

Videre blir problemstillingen hva en slik løsning innebærer for leverandøren. I de ovennevnte avgjørelsene har ikke KOFA tatt stilling til kontradiksjonsrettens utstrekning. Det er enten fordi oppdragsgiver har oppfylt etterprøvnbarhetskravet, eller fordi leverandør ikke fikk mulighet til å imøtegå oppdragsgiver negative erfaringer.

En rett til kontradiksjon er ikke en vetorett for leverandør. Det ville resultert i at oppdragsgiver aldri kunne vektlagt egne negative erfaringer. Kontradiksjonsretten innebærer

---

<sup>119</sup> 2019/363 premiss 42.

<sup>120</sup> Anskaffelsesloven § 1.

derfor kun en forpliktelse for oppdragsgiver til å foreta en forsvarlig vurdering av leverandørens innsigelser. Dette vil være en skjønnsmessig vurdering, slik at KOFA bare kan overprøve at saksbehandlingen har vært objektiv, forsvarlig og fattet på riktig faktagrunnlag.

### **3.3 Krav om likebehandling**

#### **3.3.1 Generelt om kravet til likebehandling**

Kravet om likebehandling gjennomsyrrer hele anskaffelsesretten, og innebærer at alle leverandører skal ha lik mulighet til å vinne en anskaffelseskonkurranse.<sup>121</sup> Bakgrunnen for likebehandlingskravet er å sikre størst mulig grad av konkurranse mellom leverandørene.<sup>122</sup> Fri konkurranse bidrar til at flere leverandører leverer tilbud. Dette er en fordel for oppdragsgiver, ettersom det oppfordrer leverandørene til å redusere pris og utvikle innovative løsninger.

I SIAC Construction presiserer EU-domstolen at likebehandling skal praktiseres både ved leverandørens utforming av tilbud, og ved oppdragsgivers evaluering av tilbudene.<sup>123</sup> Domstolen viser også til at tildelingskriteriene skal anvendes på en objektiv og ensartet måte overfor alle leverandører.

At leverandørene skal ha lik mulighet til å vinne konkurranser, tilsier ikke nødvendigvis at de skal behandles helt likt. Dersom leverandørene stiller med fordeler eller ulemper, skal disse avhjelpes ved saklig forskjellsbehandling. KOFA har uttalt at «oppdragsgiver har en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler [en leverandør har], slik at alle leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen».<sup>124</sup> Likebehandlingskravet pålegger dermed oppdragsgiver så langt som mulig å utjevne forskjeller blant leverandørene.<sup>125</sup> Dette kan for eksempel gjøres ved en grundigere utredning av enkelte leverandører, eller ved å oppgi mer omfattende informasjon i konkurransegrunnlaget.

På denne måten sikrer likebehandlingskravet en reell konkurranse. At konkurransen er rettferdig og at alle leverandører har like muligheter, bidrar til å motvirke kameraderi og

---

<sup>121</sup> C-243/89 premiss 33 flg.

<sup>122</sup> Trygstad (2006) s. 82.

<sup>123</sup> Se også C-87/84 premiss 54.

<sup>124</sup> 2003/230 premiss 46.

<sup>125</sup> Trygstad (2006) s. 83-84.

korupsjon. I tillegg kan det bidra til å motvirke at enkelte leverandører avstår fra å levere tilbud fordi de antar at de ikke vil vinne konkurransen likevel.

Kravet til likebehandling utelukker ikke enhver form for konkurransefortrinn. KOFA har for eksempel lagt til grunn at leverandører kan bruke sine forhåndskunnskaper ved utforming av tilbud.<sup>126</sup> Det vil som regel innebære en konkurransefordel, og det forutsettes derfor at oppdragsgiver utjevner fordelene ved å oppgi informasjon i konkurransegrunnlaget.

En annen side av likebehandlingsprinsippet er at det stilles krav til at leverandøren skal kunne overprøve og kontrollere at likebehandling er praktisert gjennom hele anskaffelsesprosedyren.<sup>127</sup> Prinsippet inneholder derfor også et krav om etterprøvbarehet.

Et eksempel er kravet om at oppdragsgiver må føre nøyaktige notater fra telefonsamtaler med referansepersoner, se punkt 3.2.2. Som nevnt, sikrer dette leverandørens mulighet til å etterprøve oppdragsgivers vurderinger. Et annet poeng er at muntlige referanser gitt over telefon, ikke nødvendigvis vil ha samme kvalitet som skriftlige referater fra kontraktsoppfølgingsmøter. Når det stilles krav til at oppdragsgiver fører notater, vil det tydeliggjøre kvalitetsforskjellen. For å sikre likebehandling i slike tilfeller, bør oppdragsgiver ta hensyn til kvaliteten på referansene når disse sammenliknes og vurderes opp mot hverandre. Kravet om etterprøvbarehet og likebehandling glir dermed over i hverandre.

### **3.3.2 Krav om å utjevne fordeler og ulemper**

I eksempelet som ble presentert innledningsvis, hadde kommunen positive erfaringer med leverandør A, negative erfaringer med leverandør B og ingen erfaring med leverandør C. Dersom oppdragsgiver hadde oppstilt «erfaring med leverandør» som et av tildelingskriteriene, ville det medført at A fikk en konkurransefordel og C ikke fikk uttelling. Den manglende uttellingen ville ikke nødvendigvis hatt noen sammenheng med kvaliteten på den tilbudte ytelsen.<sup>128</sup> En slik løsning vil derfor innebære en forskjellsbehandling som verken kan forsvares ut fra likebehandlings- eller konkurransehensynet. Av den grunn, har KOFA slått fast at vektlegging av egne erfaringer kan gi noen leverandører et uberettiget

---

<sup>126</sup> 2003/230 premiss 45.

<sup>127</sup> C-470/99 premiss 91-92, med videre henvisninger til C-324/98 premiss 61 og C-92/00 premiss 45, 2004/124 premiss 43 og 2005/17 premiss 57-58.

<sup>128</sup> Trygstad (2006) s. 79-80.

konkurransefortrinn i strid med kravet til likebehandling.<sup>129</sup> Problemstillingen i dette punktet er på hvilken måte oppdragsgiver kan vektlegge erfaringer med utvalgte leverandører, uten at det strider mot likebehandlingskravet.

Det er lagt til grunn i KOFA-praksis og i litteraturen at oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer med leverandør.<sup>130</sup> Som nevnt i punktet over, er det en forutsetning at oppdragsgiver utjevner potensielle fordeler og ulemper. Likebehandlingskravet innebærer dermed et krav om at samtlige leverandører får muligheten til å dokumentere erfaringer fra andre oppdragsgivere.<sup>131</sup> Dokumentasjonen består som regel av attester eller referanser. Leverandørenes rett til å fremlegge slik dokumentasjon, gjelder uavhengig av om oppdragsgiveren har erfaring med leverandøren eller ikke.

Likebehandlingskravet innebærer også et krav om at egne og andre oppdragsgivers erfaringer blir evaluert på lik linje og etter de samme kriteriene.<sup>132</sup> Oppdragsgiver må derfor søke å gjøre sine egne erfaringer sammenliknbare med andres erfaringer med leverandøren.

I praksis er det normalt å be leverandørene fremlegge tre eller flere attester som beskriver kontraktsgjenstandens kvalitet. Problemet med en slik løsning er at leverandøren da vil fremlegge attester som stiller den i et godt lys. Dersom oppdragsgiveren selv har negative erfaringer med leverandøren, må disse vektlegges på lik linje med attestene. Det vil da være vanskelig å forsvare at leverandøren fikk lav uttelling i evalueringen.

Fordelen med en slik løsning, er at leverandørene ikke vil bli straffet eller utestengt fra etterfølgende kontrakter på grunn av én uheldig hendelse. Det kan i tillegg bidra til å forhindre kameraderi og korrupsjon, ved at egne positive erfaringer ikke kan vektlegges uten at disse bekreftes av eksterne referanser.

På den andre siden kan det bli uforholdsmessig vanskelig å vektlegge egne negative erfaringer. Dersom leverandøren har det beste tilbudet og samtidig kan vise til positive erfaringer fra andre oppdragsgivere, vil det være tilnærmet umulig å gi oppdragsgivers egne erfaringer utslagsgivende vekt i evalueringen. Dette kan være hemmende for oppdragsgiver,

---

<sup>129</sup> Se eksempelvis 2003/136, 2003/225, 2004/67 premiss 31, 2004/189 premiss 26 og 2004/124 premiss 42.

<sup>130</sup> Se eksempelvis 2006/121, P-2017-933 punkt 7.4.2 og Dragsten (2013) s. 239 flg.

<sup>131</sup> P-2017-933 punkt 7.4.2, med videre henvisning til 2006/121 premiss 41.

<sup>132</sup> Se eksempelvis 2006/109 premiss 20, 2006/121 premiss 41, 2009/143 premiss 29.

for eksempel dersom oppdragsgiver har negativ erfaring med leverandøren som fremlegger det beste tilbudet.

Når de fremlagte attestene eller referansene skal sammenliknes med egne erfaringer, må oppdragsgiver ta hensyn til at ulike personer har forskjellige uttryksmåter.<sup>133</sup> Som nevnt i punkt 3.2.2, skal erfaringene dokumenteres på en objektiv måte.<sup>134</sup> Dersom attestene eller referansene beskriver leveransen som eksempelvis «bra» eller «dårlig», vil det bli utfordrende å sammenlikne. Motsetningsvis vil det forenkle sammenlikningsprosessen dersom attestene for eksempel beskriver om leverandør har levert til riktig tid og pris. For å tilfredsstille likebehandlingskravet, må oppdragsgiver derfor se bort fra referansenes subjektive vurderinger, og ta hensyn til forskjellige uttryksmåter.

Nucleus-dommen illustrerer hvordan likebehandlingskravet legger føringer på hvilke forhold som kan vurderes i tildelingsevalueringen.<sup>135</sup> I saken kom Høyesterett til at oppdragsgiveren hadde brutt kravet til likebehandling ved å vektlegge leverandørens erfaring fra forprosjektet. Saken ble avgjort etter anskaffelsesloven fra 1992, men vil fortsatt være relevant for det gjeldende anskaffelsesregelverket.

KOFA tolker dommen slik at oppdragsgiver ikke kan vektlegge erfaringer en leverandør har tilegnet seg i tidligere kontraktsforhold.<sup>136</sup> Det kan heller ikke vektlegges at leverandøren har dokumentert kompetanse overfor oppdragsgiver i et forprosjekt. Leverandørens kompetanse må fremgå av tilbudet.

Standpunktet i Nucleus-dommen har blitt fulgt opp i ettertid. I en sak for Borgarting Lagmannsrett i 2002 hadde en av leverandørene deltatt i forprosjektet.<sup>137</sup> Lagmannsretten la til grunn at leverandørens deltakelse i forprosjektet måtte gjøres med «forsiktighet og at andre aktuelle anbud ble grundig utredet, opplyst og vurdert». Fra dette kan det utledes at dersom leverandøren har bedre kjennskap til anskaffelsen enn de øvrige leverandørene, så skjerpes kravene til forsvarlig saksbehandling.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> Dragsten (2013) s. 242.

<sup>134</sup> Se også 2005/50 premiss 38.

<sup>135</sup> Rt. 2001 s. 1062 og Trygstad (2006) s. 78.

<sup>136</sup> 2004/243 premiss 33 og 34, se også 2003/60.

<sup>137</sup> LB-2001-249.

<sup>138</sup> Dragsten og Lindalen (2005) s. 1777.

### 3.4 Særlig om positive erfaringer

Vektlegging av positive erfaringer bidrar til å øke risikoen for at oppdragsgiver manipulerer evalueringen for å tilgodese den eksisterende leverandør.<sup>139</sup> I dette punktet er spørsmålet om det stilles strengere krav til likebehandling og etterprøvnbarhet dersom oppdragsgiver ønsker å vektlegge erfaringer som er positive, enn kravet er ved vektlegging av negative erfaringer.

KOFA la til grunn i 2004/67 at «[v]ektlegging av gode erfaringer med den enkelte leverandør innebærer en usaklig forskjellsbehandling i forhold til leverandører som ikke allerede har utført oppdrag for oppdragsgiveren».<sup>140</sup> I ettertid behandlet KOFA en sak der oppdragsgiver hadde erfaring med produktene til alle leverandørene.<sup>141</sup> Det var da i tråd med likebehandlingskravet å vektlegge disse erfaringene.<sup>142</sup>

Det kan argumenteres for at disse avgjørelsene stenger for å vektlegge positive erfaringer dersom oppdragsgiver ikke har erfaring med samtlige leverandører. Det vil være å trekke avgjørelsene for langt. Å vektlegge positive erfaringer med utvalgte leverandører, vil medføre en ulempe for de øvrige leverandørene som strider mot likebehandlingskravet. I etterkommende praksis, utjevnes denne ulempen ved at leverandørene kan legge frem attester eller referanser.

KOFA argumenterte slik i blant annet 2004/124 og 2004/243. I sistnevnte sak hadde oppdragsgiver vektlagt positive erfaringer med leverandør ved anskaffelsen av kopimaskiner. KOFA så først til Nucleus-dommen, og mente denne ikke ga noen veiledning til spørsmålet om egne erfaringer kan vektlegges i evalueringen.<sup>143</sup> Videre la KOFA til grunn at det ved vektlegging av positive erfaringer er «naturlig å skjerpe kravene til oppdragsgivers saksbehandling og begrunnelse».<sup>144</sup> Dette begrunnes med at det er særlig problematisk å vektlegge positive erfaringer opp mot andre oppdragsgivers referanser. Hvorfor dette er problematisk i forhold til de grunnleggende prinsippene, og hva de skjerpede kravene faktisk innebærer, går ikke KOFA nærmere inn på. Som nevnt over, kreves det skriftlige referanser for å sikre et godt sammenlikningsgrunnlag.<sup>145</sup> I denne saken hadde oppdragsgiver vektlagt

---

<sup>139</sup> Trygstad (2006) s. 80.

<sup>140</sup> 2004/67 premiss 31.

<sup>141</sup> 2004/108.

<sup>142</sup> 2004/180 premiss 50 flg.

<sup>143</sup> 2004/243 premiss 34.

<sup>144</sup> 2004/243 premiss 35.

<sup>145</sup> Se punkt 3.3.1.

egne positive erfaringer opp mot muntlige referanser. Det forelå derfor et åpenbart brudd på kravene om likebehandling og etterprøvnbarhet.

Det er kritikkverdig at KOFA ikke begrunner sitt standpunkt nærmere. En mulig begrunnelse på hvorfor det stilles skjerpede krav for vektlegging av positive erfaringer, er at oppdragsgiver kan favorisere ønsket leverandør. Det nærmere innholdet i det skjerpede kravet er vanskelig å utlede fra avgjørelsen. Utgangspunktet er at «uttalelse fra referanser skjer skriftlig og slik at oppdragsgiverens egen evaluering dokumenteres på samme måte og på lik linje både med tidligere oppdragsgiveres evaluering av konkurrerende leverandørers referanser».<sup>146</sup>

Med henvisning til 2004/243, legges det også til grunn i litteraturen et skjerpet krav til saksbehandling og begrunnelse ved vektlegging av positive erfaringer.<sup>147</sup> Trygstad begrunner det skjerpede kravet med en økt risiko for at oppdragsgiver manipulerer tilbudsevalueringen for å tilgodese leverandøren.<sup>148</sup> For å forhindre favorisering eller mistanke om favorisering, vil det derfor være hensiktsmessig at oppdragsgiver eksplisitt viser hvilke forhold som ligger til grunn for vurderingene av leverandørene. På den måten objektiveres vurderingen, og risikoen for manipulasjon reduseres. Innholdet i det skjerpede kravet er ikke omtalt av verken Dragsten eller Trygstad.

Standpunktet i 2006/121 var at «positiv erfaring med en tilbyder kan vektlegges i den grad erfaringen er etterprøvnbar, og de andre leverandørene har fått anledning til å fremlegge dokumentasjon eller referanser på oppdrag som de har utført for andre oppdragsgivere, og denne dokumentasjonen blir evaluert etter de samme kriterier som for oppdragsgivers egne erfaringer».<sup>149</sup> I saken hadde oppdragsgiver uttalt at «de vet hva valgte leverandør står for basert på tidligere erfaringer».<sup>150</sup> Denne uttalelsen var så generell at det ikke var mulig å kontrollere at de andre leverandørene ble vurdert etter de samme kriteriene som valgte leverandør i forhold til tidligere utførte oppdrag. Det ble derfor konstatert brudd på kravet om etterprøvnbarhet og likebehandling.

Saken gjaldt positive erfaringer. I juridisk litteratur har det derfor vært antatt at kravet om konkrete opplysninger om erfaringenes innhold kun var ment å gjelde for positive

---

<sup>146</sup> 2004/243 premiss 36.

<sup>147</sup> Dragsten og Lindalen (2005) s. 1780, Trygstad (2006) s. 80 flg. og Dragsten (2013) s. 242-243.

<sup>148</sup> Trygstad (2006) s. 80.

<sup>149</sup> 2006/121 premiss 41.

<sup>150</sup> 2006/121 premiss 41.



erfaringer.<sup>151</sup> KOFA har imidlertid fulgt opp denne praksisen for negative erfaringer. I sakene 2016/124 og 2016/195 fastslår KOFA at oppdragsgivers dokumentasjon av tildelingsvurderingen må inneholde opplysninger fra konkrete hendelser som har innvirkning på kvaliteten av det som skal anskaffes.<sup>152</sup> Karakteristikker kan lett gli over i subjektive vurderinger som er i strid med kravet om etterprøvbarehet. Det er derfor viktig at oppdragsgiveren er objektiv og konkret i vurderingen av sin tidligere erfaring med leverandør. Dette gjelder imidlertid både for positive og negative erfaringer.

Avgjørelsene som er nevnt i dette punktet viser til et skjerpet saksbehandlingskrav dersom positive erfaringer vektlegges opp mot attester eller referanser. Det stilles krav om at egne og andres erfaringer er nedfelt skriftlig, og at disse er utformet på en måte som gjør dem egnet for sammenlikning. I tillegg skal oppdragsgivers vurderinger av egne og andres erfaringer dokumenteres på samme måte. Disse kravene stilles imidlertid også til vektlegging av negative erfaringer. Spørsmålet blir derfor om det for positive erfaringer er grunnlag for å oppstille en høyere terskel for at disse kravene er oppfylt.

Begrunnelsen for å stille disse kravene til vektlegging av positive erfaringer, er som nevnt å forhindre favorisering og manipulering av tildelingsevalueringen. For negative erfaringer, begrunnes disse kravene med at leverandøren ikke skal bli utestengt fra fremtidige konkurranser kun på bakgrunn av én konkret hendelse. Fremgangsmåten for å utjevne fordelene eller ulempene dette medfører, vil være den samme. Det gjøres som nevnt ved å stille krav til likebehandling og etterprøvbarehet. Disse kravene må også sees i lys av formålet med anskaffelsesregelverket, som er effektiv forvaltning. Det bør derfor ikke stilles strengere krav enn det som er nødvendig for å sikre at de grunnleggende kravene er ivaretatt.

Ut ifra drøftelsen ovenfor, hensynene og formålet om effektiv forvaltning, kan det argumenteres for at kravene til likebehandling og etterprøvbarehet bør være de samme for positive og negative erfaringer. Det er heller ingen åpenbar grunn til at det skal oppstilles en høyere terskel for at kravene er oppfylt for positive erfaringer.

---

<sup>151</sup> Dragsten (2013) s. 242.

<sup>152</sup> 2016/124 premiss 53 og 2016/195 premiss 38.

## 4 Avsluttende bemerkninger

Dersom kommunen i eksempelet innledningsvis skal kunne vektlegge sine egne positive og negative erfaringer med leverandør A og B, kreves det en omfattende saksbehandling.

Forutberegnelighetskravet vil enkelt kunne tilfredsstilles ved å oppgi i konkurransegrunnlaget at egne erfaringer vil vektlegges i tildelingsevalueringen. Det er kravene om etterprøvbarehet og likebehandling som pålegger kommunen en omstendelig og tidkrevende prosess. I lys av drøftelsene ovenfor, stilles følgende krav til etterprøvbarehet og likebehandling:

- Egne erfaringer må være nedfelt skriftlig på evalueringstidspunktet
- Erfaringene må være objektivt konstaterbare, ikke subjektive vurderinger. I dette kravet ligger det at oppdragsgiver må dokumentere hvilke konkrete hendelser som vektlegges og hvordan disse hendelsene er vektlagt.
- Erfaringene må være utarbeidet uavhengig av den nye anskaffelsen.
- For negative erfaringer må alvorlighetsgraden av de konkrete hendelsene vurderes opp mot den totale arbeidsmengden i oppdraget.
- Leverandøren skal vurderes i lys av den totale oppdragsmengden.
- Ved innsigelser på negative erfaringer, må oppdragsgiver foreta en forsvarlig vurdering av innsigelsene.
- Leverandørens fordeler og ulemper i anskaffelsen skal utjevnes. Dette gjøres hovedsakelig ved at leverandørene fremlegger attester eller referanser. Attestene og referansene skal vektlegges på lik linje med og etter de samme kriteriene som egne erfaringer.

For å oppfylle disse kravene, kreves det en del av oppdragsgiver. For store prosjekter vil det ikke være problematisk å dokumentere konkrete hendelser med leverandøren på en objektiv måte. Det avholdes gjerne progresjonsmøter underveis eller et slutføringsmøte for å gjennomgå eventuelle svakheter ved ytelsen. Det er da viktig at oppdragsgiver har et system for å journalføre referater fra slike møter. Problemet oppstår i de tilfellene erfaringene ikke er dokumentert, eller kun er dokumentert gjennom e-postkorrespondanse. Det vil særlig være

problematisk der leverandør bestrider negative erfaringer i korrespondansen. I disse tilfellene vil det være krevende for oppdragsgiver å oppfylle etterprøvbarkravet.

På den annen side, vil kravene bidra til å sikre leverandørens rettssikkerhet. Som nevnt innledningsvis, er det sterke hensyn som ligger bak likebehandlings- og etterprøvbarkravene. Avveiningen av hva som er praktisk gjennomførbart, formålet om en effektiv forvaltning og rettssikkerhetshensyn er derfor utfordrende. Dagens rettstilstand er hovedsakelig utviklet gjennom KOFA-praksis, som i utgangspunktet ikke har som samfunnsoppdrag å utvikle generelle rettsregler. Det kunne derfor vært hensiktsmessig at departementet foretok en grundig avveining av disse hensynene og bidro til å klarlegge rettstilstanden.

Det er også et problem at dagens rettstilstand ikke er lett tilgjengelig for brukerne. Kravene for å vektlegge egne erfaringer må utpensles gjennom de grunnleggende prinsippene, formålet om effektiv forvaltning, KOFA-praksis og juridisk litteratur. Det kan medføre at oppdragsgiver velger å ikke vektlegge egne erfaringer, i frykt for å gjøre feil eller å bli klaget inn for KOFA. Enda mer problematisk er det dersom oppdragsgiver vektlegger egne erfaringer under tildelingsevalueringen, men ikke viser til dette i begrunnelsen.

Problemstillingen kunne vært unngått dersom kravene for å vektlegge egne erfaringer var nedfelt i anskaffelsesforskriften eller i veilederen til reglene om offentlige anskaffelser. Fordelen med å konkretisere reglene, er at disse blir mer oversiktlige, noe som medfører at det blir lettere for brukerne å forholde seg til. Dette er særlig viktig ettersom anskaffelsesregelverket ofte anvendes av personer uten juridisk bakgrunn. Å nedfelle adgangen til å vektlegge egne erfaringer i forskriften eller veilederen, vil gjøre det enklere å sikre at de grunnleggende prinsippene blir ivaretatt. For leverandørene blir det enklere å kontrollere at oppdragsgiver vektlegger egne erfaringer i tråd med regelverket. En klargjøring av rettstilstanden vil dermed ivareta leverandørens rettssikkerhet og fremme en effektiv forvaltning.

Dersom adgangen til å vektlegge egne erfaringer nedfelles i forskrift, vil det være hensiktsmessig å forenkle reglene. Formålet med anskaffelsesregelverket er at samfunnets

ressurser skal forvaltes på en effektiv måte.<sup>153</sup> Det bør derfor ikke kreve for mye av oppdragsgiverens ressurser å vektlegge egne erfaringer.

En ulempe med å nedfelle konkrete krav i forskriften, er at det begrenser rettsanvenderens skjønn. Hvor terskelen ligger for at kravene skal anses oppfylt, kan variere i tråd med hvor store og komplekse anskaffelsene er. Ved utformingen av en eventuell forskriftsbestemmelse, bør det derfor legges opp til en mulighet for skjønn.

---

<sup>153</sup> Anskaffelsesloven § 1.

# Litteraturliste

## **Lover og forskrifter**

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser (opphevet).

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (opphevet).

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (opphevet).

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften).

Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter (konsesjonsforskriften).

## **Internasjonale avtaler og forordninger**

Direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesdirektivet).

Treaty on the European Union, Maastricht, 7. februar 1992 (Traktaten om Den Europeiske Union – TEU).

## **Forarbeider og etterarbeider**

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.

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

Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser.

Ot.prp. nr. 3 (2000-2001) Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

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

Innst. 358 L (2015-2016) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

P-2017-933 – Veileder fra Nærings- og fiskeridepartementet til reglene om offentlige anskaffelser, først publisert i november 2017, sist endret den 24.04.2018.

## **Rettsavgjørelser**

### *Høyesterett*

Rt. 2000 s.1076

Rt. 2000 s. 220

Rt. 2001 s. 1062

Rt. 2005 s. 1757

Rt. 2007 s. 983

### *Lagmannsrettene*

LB-2001-249

LB-2004-40374

LB-2018-39460

LH-2009-45911

### **EU-domstolen**

C-19/00 (SIAC Construction)

C-92/00

C-243/89

C-324/98

C-331/04

C-470/99

C-513/99

### **Avgjørelser fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
2003/3	2004/67	2005/50	2006/14	2007/106	2008/98
2003/11	2004/124	2005/206	2006/20		2008/119
2003/60	2004/180	2005/153	2006/92		
2003/66	2004/289	2005/219	2006/109		
2003/119	2004/243		2006/121		
2003/136					
2003/225					

<b>2009</b>	<b>2012</b>	<b>2014</b>	<b>2016</b>	<b>2019</b>	<b>2021</b>
2009/98	2012/43	2014/34	2016/124	2019/363	2021/1000
2009/107		2014/54	2016/195		
2009/143					
2009/154					

## **Litteratur**

Amdal, Gro og Roll-Mattiesen, Inger, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser kommentarutgave*, 2. utgave, Kommuneforlaget AS 2004.

Dragsten, Marianne, *Anskaffelsesloven med forskrift kommentarutgave*, 1. utgave, Universitetsforlaget AS 2020.

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser regelverk, praksis og løsninger*, 1. utgave, Universitetsforlaget AS 2013.

Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (Red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2019.

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utgave, Cappelen Damm AS 2012.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.

Sejersted, Fredrik m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget AS 2011.

Thue, Anders og Buan, Anne m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2018.

Trygstad, Kristian Dahle, *Tildeling av offentlige kontrakter Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2006.



## Nettsteder

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ), «Bruk av egne erfaringer ved en ny anskaffelse» publisert på [www.anskaffelser.no](http://www.anskaffelser.no), publisert 18.08.20, lest 25.10.21 på <https://anskaffelser.no/nb/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/kontraktoppfolging/forvalte-avtalen/sluttevaluering/bruk-av-egne-erfaringer-ved-en-ny-anskaffelse>

Klagenemndsekretariatet, «Kva er Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)?» publisert på KOFAs offisielle nettside [www.klagenemndsekretariatet.no](http://www.klagenemndsekretariatet.no), dato ikke oppgitt, lest 21.05.21 på <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa>

Nærings- og fiskeridepartementet, «Offentlige anskaffelser» publisert på regjeringens offisielle nettside [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no), dato ikke oppgitt, lest 19.04.21 på: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/id2511781/>

Nærings- og fiskeridepartementet, «Terskelverdier» publisert på regjeringens offisielle nettside [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no), publisert 25.02.20, lest 21.05.21 på: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/fjerde-kolonne/eos-terskelverdier/id2474496/?expand=factbox2691543>