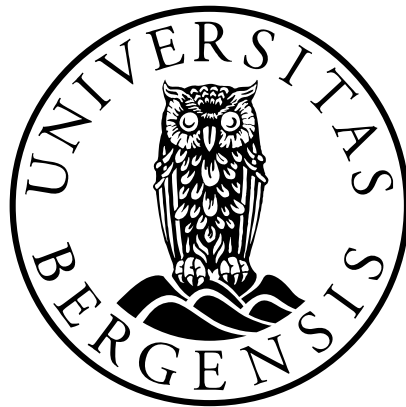


Avlysning av konkurranse innen offentlige anskaffelser.

*De grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper og
det objektive vilkår for saklig avlysning.*

Kandidatnummer: 69

Antall ord: 14844



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2017

Innholdsfortegnelse

Avlysning av konkurranse innen offentlige anskaffelser.....	1
<i>De grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper og det objektive vilkår for saklig avlysning</i>	1
Innholdsfortegnelse.....	2
1. Innledning	5
1.1. Oppgavens tema	5
1.2. Fremstillingen videre.....	5
1.3. Regelverket.....	6
1.3.1. Regelverkets formål	6
1.4. Generelt om rettskilder innen offentlige anskaffelser	7
1.5. Generelt om Klagenemnda for offentlige anskaffelser.....	9
1.5.1. Hjemmel.....	9
1.5.2. Den rettskildemessige verdien til Klagenemndas uttalelser	9
1.6. Avgrensninger	10
1.7. Begrepsavklaringer.....	11
1.7.1. Avlysning.....	11
1.7.2. Erstatning	11
1.7.3. Totalforkastelse.....	13
1.8. Grunnleggende prinsipper	14
1.8.1. Innledning	14
1.8.2. Kravet til konkurranse.....	15
1.8.3. Kravet til likebehandling.....	16
1.8.4. Kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarehet	16
1.8.5. Kravet til forholdsmessighet og god forretningsskikk.....	17
2. Saklig grunn-vilkåret	19
2.1. Innledning.....	19
2.2. Saklighetskriteriet.....	20
2.3. Concord-kjennelsen	21
2.3.1. Gjennomgang.....	21
2.3.2. Avsluttende om Concord-kjennelsen.....	24
2.4. Det selvstendige objektive vilkår for saklig avlysning.....	24

2.5. Gjeldende rett for saklig avlysning.....	26
2.6. Spørsmålet videre	27
3. Saklighetskriteriet i typiske avlysningstilfeller.....	27
3.1. Avlysning av konkurranse på grunnlag av manglende økonomisk budsjettdekning	27
3.1.1 Innledning	27
3.1.2. KOFA-sak 2008/60.....	28
3.1.3. KOFA sak 2006/115	29
3.1.4. Manglende økonomisk budsjettdekning som saklig eller usaklig avlysningsgrunn	31
3.1.5. Oppsummert om saklighet på grunnlag av overskredet budsjett	32
3.2. Avlysning av konkurransen på grunnlag av manglende konkurranse	33
3.2.1. Innledning	33
3.2.2. KOFA sak 2003/75	33
3.2.3. KOFA sak 2008/14	34
3.2.4. KOFA sak 2008/216	35
3.2.5. Oppsummert om saklighet på grunnlag av manglende konkurranse	36
3.3. Avlysning av konkurransen på grunnlag av endrede behov	37
3.3.1. Innledning	37
3.3.2. Agder lagmannsrett 2006.06.27	37
3.3.3. KOFA sak 2012/183	38
3.3.4. KOFA sak 2007/71	39
3.3.5. Hålogaland lagmannsrett 2007.06.27.....	39
3.3.6. Oppsummert om saklighet på grunnlag av endrede behov	41
3.4. Avlysning av konkurransen på grunnlag av forfeilet konkurranse.....	43
3.4.1. Innledning	43
3.4.2. KOFA sak 2016/166	43
3.4.3. KOFA sak 2009/250	44
3.4.4. EFTA-domstolen E-16/16.....	45
3.4.5. KOFA sak 2006/149	46
3.4.6. Oppsummert om avlysning på grunnlag av forfeilet konkurranse.....	47
3.4.7. Avlysningsplikt	48
4. Oppsummering.....	51
4.1. Innledning	51
4.2. Testing av markedet.....	52

4.3. Utenforliggende kontraktsforhold	53
4.4. Favorisering av leverandører	54
4.5. Oppdragsgivers manglende forberedelse.....	54
4.6. Avsluttende	55
Kildeliste.....	55

1. Innledning

1.1. Oppgavens tema

Utlysningen av en anbudskonkurranse vil ikke alltid føre til kontraktsinngåelse. Av ulike grunner vil oppdragsgiver kunne finne det nødvendig å avlyse konkurransen. Dette kan være problematisk i forhold til den tid og ressurser tilbyderne har viet konkurransen, og det er dermed nødvendig at slik avlysning skjer i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Etter regelverket må en slik avlysning kun skje når det foreligger saklig grunn til å avlyse.

Avlysningsvilkåret «saklig grunn» forekommer i forskrift om offentlige anskaffelser¹ §§ 10-4 (1) og 25-4 (1). Vilkåret «saklig grunn» vil være temaet for oppgavens videre fremstilling, og det vil forsøkes å redegjøre for vilkårets innhold, anvendelse og betydning for anskaffelsesregelverket.

Det vil konkret redegjøres for det objektive vilkår bak avlysningsregelen, altså hva som gjør en avlysning saklig. Problemstillingen for oppgaven er dermed å avdekke når en avlysning vil være saklig, og hvordan sakligheten knyttes opp mot de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper.

1.2. Fremstillingen videre

Innledningsvis vil det redegjøres for anskaffelsesregelverket og dets formål, herunder de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper som preger tolkning og anvendelse av regelverket. Avlysningsreglene er en snever del av anskaffelsesregelverket, men springer ut fra de formål og prinsipper regelverket skal sikre.

Innledningsvis vil også rettskilder og begreper på området for offentlige anskaffelser avklares.

Oppgavens hovedtema, vilkåret «saklig grunn» og hva som er objektivt saklig avlysningsgrunn, vil gjøres rede for gjennom en nyansert analyse av de sentrale rettskilder og prinsipper innen offentlige anskaffelser. Herunder hvilke vilkår som må oppfylles for at det skal foreligge «saklig grunn», og hvordan disse anvendes i praksis. Grunnet den lave graden

¹ FOR-2016-08-12-974 Forskrift om offentlige anskaffelser.

av veiledning i vilkårets ordlyd vil det vies mye tid til praksis, som over tid har fastsatt hvordan bestemmelsen skal forstås. Oppgaven vil avsluttes med en oppsummering av de funn som er blitt gjort i redegjørelsen, med forsk på å definere gjeldende rett på dette området.

1.3. Regelverket

Regelverket om offentlige anskaffelser fremgår av anskaffelsesloven² og dens forskrifter, og disse er en implementering av EU-direktivene³ Norge plikter å følge etter EØS-avtalen.

Lov om offentlige anskaffelser sikter mot å imøtekomme kravene oppsatt etter de gjeldende EU-direktiver på området for offentlige anskaffelser. Mens anskaffelsesloven er knapp, gis det etter § 16 fullmakt til utfylling og gjennomføring av loven gjennom forskrifter.

De utfyllende regler om offentlige anskaffelser fremgår av forskrifter. Den nye anskaffelsesforskriften trådte i kraft 1. januar 2017, og er i hovedsak en videreføring av tidligere forskrifter når det kommer til avlysningsreglene uten videre realitetsendringer.⁴

1.3.1. Regelverkets formål

Anskaffelseslovens § 1 fastslår at «Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

At reglernes formål er et relevant lovtolkningsmoment følger av EU-domstolens praksis.⁵

Videre skal oppdragsgiveren «opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet», jf. § 4 om grunnleggende prinsipper. Disse prinsippene er utledet av det overordnede EU-regelverket⁶, og vil gjøres rede for i punkt 1.8.

² LOV-2016-06-17-73 Lov om offentlige anskaffelser.

³ Direktiv 2014/24/EU: Public Sector Directive, 2014/25/EU: Utilities Directive, 2014/23/EU: Concessions, 2009/81/EC (Forsvarsdirektivet).

⁴ NOU 2014:4 punkt 26.2.2.

⁵ C-480/10 – Kommissjonen v. Sverige premiss (33), C-73/07 – Satakunnan Markkinapörssi premiss (51).

⁶ Direktiv 2014/24/EU fortale 1 og artikkel 18.

Prinsippene for offentlig anskaffelse står sentralt for formålet bak reglene. At det offentlige skal opptre med «integritet» jf. § 1 beror på at de grunnleggende prinsipper blir overholdt.

Dragsten beskriver paragrafen om de grunnleggende prinsipper som «en av de viktigste bestemmelsene i regelverket om offentlige anskaffelser»⁷, ettersom disse utgjør en vesentlig tolkningsfaktor for det svært vide og omfattende anskaffelsesregelverket.

Når det kommer til avlysningsreglene i forskriftens §§ 10-4 (1) og 25-4 (1) må disse i likhet med de øvrige anskaffelsesregler tolkes i tråd med lovens formål og de bakenforliggende prinsipper.

Ved en konkurranseutlysning vil potensielle leverandører kunne vie tid og ressurser til å forsøke å møte de oppsatte krav, og å ha ubegrenset adgang til å avlyse enhver konkurranse ville være urimelig ovenfor tilbydere. Formålet bak avlysningsreglene om «saklig grunn» er å avgrense oppdragsgivers adgang til avlysning.

1.4. Generelt om rettskilder innen offentlige anskaffelser

Mens det norske anskaffelsesregelverket baserer seg på lov og forskrifter, bygger disse igjen på bakenforliggende EU-direktiver⁸ som styrer anskaffelsesprosessen og følgelig har stor rettskildemessig vekt. Det er nødvendig å ta stilling til EU-direktiver og EU-domstolens uttalelser i harmoni med det norske lovverket og norsk praksis.

Det norske lovverket ble endret i 2016, men ordlyden av avlysningsregelen er ikke endret fra anskaffelsesforskriften av 2006⁹. Avlysningsregelen har beholdt sin ordlyd siden den første anskaffelsesforskriften fra 2001¹⁰, og har ikke opplevd realitetsendringer. Ettersom vi opererer med et nytt regelverk som først trådte i kraft i 2017 vil det generelt vises til nå utgåtte regelverk i gjennomgangen av praksis.

⁷ Dragsten 2013 side 175.

⁸ Direktiv 2014/24/EU.

⁹ FOR-2006-04-07-402 Forskrift om offentlige anskaffelser.

¹⁰ FOR-2001-06-15-616 Forskrift om offentlige anskaffelser.

De anskaffelsesrettslige forskrifter er hjemlet i anskaffelseslovens § 16, herunder blant annet anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften som regulerer ulike anskaffelsesområder.¹¹

Avlysningsreglene innen offentlige anskaffelser fremgår av anskaffelsesforskriftens §§ 10-4 (1) og 25-4 (1), og følgelig vil forskriften og dens forarbeider være sentrale i den videre fremstilling. Disse reglene regulerer anskaffelser både over og under EØS-terskelverdiene, og er slik generelt gjeldende for rettsområdet.

Ordlyden er lik i begge paragrafer:

«(1) Oppdragsgiveren kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger saklig grunn.

(2) Oppdragsgiveren skal snarest mulig gi leverandøren en skriftlig meddelelse om avlysningen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse og eventuelle opplysninger om at han vil gjennomføre en ny konkurranse om den samme anskaffelsen.»

Videre i oppgaven vil det ikke skilles mellom §§ 10-4 (1) og 25-4 (1), men samlet vises til deres felles innhold.

Forarbeidene til både dagens og tidligere anskaffelseslov og -forskrift er omfattende, og kan gi veiledning i tolkningsspørsmål. Det vil støttes på disse i den videre fremstillingen.

Det blir også utviklet veiledere i forbindelse med anskaffelsesregelverket. Veileder til reglene om offentlige anskaffelser ble i Hålogaland lagmannsrett omtalt som «etterarbeider til forskriften med begrenset rettskildeværdi»¹², og har følgelig svært liten tyngde. Veiledere vil fremdeles kunne gi nettopp veiledning og oppklaring når rettskildebildet ellers er noe magert.

Når det kommer til juridisk litteratur, eller rettsoppfatninger, har disse lavere rettskildemessig verdi¹³, men på området for offentlige anskaffelser blir det ofte vist til praksis som lovkommentarer fra Dragsten/Lindalen 2005 og Amdal/Roll-Mathiesen 2004. Det vil vies noe tid til disse lovkommentarene i punkt 2.4. flg. og hvordan de stiller seg til gjeldende rett.

¹¹ FOR-2016-08-12-975 Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene og FOR-2016-08-12-976 Forskrift om konsesjonskontrakter.

¹² LH.2009.45911.

¹³ Nygaard 2004 side 105.

Norsk domstolspraksis er av særlig betydning for tolkningen av anskaffelsesregelverket. Det vil videre i oppgaven bli viet mye oppmerksomhet mot aktuelle Høyesteretts-, lagmannsretts- og KOFA-avgjørelser.

1.5. Generelt om Klagenemnda for offentlige anskaffelser

1.5.1. Hjemmel

Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA, ble opprettet i 2003 med det formål å effektivt avgjøre tvister mellom leverandører og offentlige arbeidsgivere om brudd på anskaffelsesregelverket. Tvisteløsning på et lavere nivå enn de ordinære domstoler var nødvendig for å sikre rask og effektiv behandling der det ble påklagd brudd på anskaffelsesreglene.¹⁴

Etter klagenemndforskriften¹⁵ § 1 er KOFA et «rådgivende organ», hvis uttalelser kun retter seg mot hvorvidt det er begått brudd på anskaffelsesreglene fra oppdragsgivers side eller ikke, og skal ikke behandle eventuelle konsekvenser, jf. § 12 (2). Som et tvisteløsende organ er KOFA et viktig stykke av anskaffelsesmaskineriet, og til tross for at deres uttalelser kun er «rådgivende» er de vesentlige i å avgjøre mindre klagesaker.

1.5.2. Den rettskildemessige verdien til Klagenemndas uttalelser

Når det kommer til rettskildeværdien av KOFA sine uttalelser er disse i en spesiell situasjon. Mens KOFA behandler et svært stort antall saker og utgjør størsteparten av praksisen på området, kan ikke uttalelsene umiddelbart anses som å ha stor rettskildemessig verdi på bakgrunn av enkelte momenter.

For det første er ikke KOFA en domstol, men er kun et rådgivende organ. Dersom deres avgjørelser ikke godtas vil tvisten kunne bringes til de ordinære domstoler.

For det andre vil det store antallet saker KOFA behandler medføre lavere tillit til hver enkelt avgjørelse, noe som svekker deres rettskildemessige verdi. Mens KOFA sine uttalelser over tid vil tegne et klart bilde på gjeldende rett, vil det være et visst monn for feiltakelser i hver konkrete sak grunnet det høye antallet saker som blir behandlet.

¹⁴ Ot.prp. nr.3 (2000-2001) side 15.

¹⁵ FOR-2002-11-15-1288 Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Disse momentene tatt i betraktning, må det like fullt poengteres at KOFA sine behandlinger er særlig kompetente, og at det er snakk om et ekspertorgan. Mens det må uttrykkes at rettskildeverdien til deres uttalelser ikke er høy, er det like fullt ekspertuttalelser som gis i hver sak og som gjennom lang praksis vil danne et tydelig bilde på gjeldende rett innen offentlige anskaffelser. Det blir konsekvent vist til KOFA-avgjørelser i forarbeider¹⁶ og annen praksis¹⁷, noe som taler for at det er generell tillit til deres ekspertuttalelser.

KOFA sine uttalelser må dermed anses som en særlig viktig kilde på området for offentlige anskaffelser, uavhengig av deres rettskildemessige verdi, da de har en sentral rolle som klageorgan i anskaffelsessystemet.

1.6. Avgrensninger

Som tema er avlysning av konkurranse innen offentlige anskaffelser veldig vidt, og det er nødvendig å tydeliggjøre hvilke avgrensninger som vil bli gjort i denne oppgaven.

Oppgaven vil kun ta for seg anskaffelsesforskriften. Det avgrenses mot forsyningsforskriften, konsesjonsforskriften og andre særregler, til tross for at det også her vil være uttrykk for avlysningsregler tilsvarende anskaffelsesforskriften. Denne avgrensningen blir gjort av praktiske hensyn om å begrense oppgavens omfang, så vel som at det er ordensmessig å forholde seg til kun ett regelverk. I tillegg er det antageligvis et langt større omfang av anskaffelser gjort etter anskaffelsesforskriften enn de øvrige forskrifter, og det synes hensiktsmessig å forholde seg til den sentrale, «klassiske» forskriften.

Oppgaven vil også fokusere på ulike typetilfeller for avlysningsgrunner i punkt 3., som på ingen måte er en uttømmende liste, og kun er utvalgte eksempler som vil illustrere det objektive saklighetskravet bak avlysning.

¹⁶ NOU 2014:4 punkt 26.2.1.

¹⁷ Eksempelvis RG.2007.1390 – Rødne & Sønner.

1.7. Begrepsavklaringer

1.7.1. Avlysning

Avlysning av en utlyst konkurranse vil si at den avsluttes uten kontraktsinngåelse mellom oppdragsgiver og en tilbyder, jf. §§ 10-4 (1) og 25-4 (1). Dette kan være grunnet forhold som gjør at oppdragsgiveren ikke lenger ønsker å inngå kontrakt. Eksempelvis kan det ha oppstått forhold som gjør at den valgte prosessen ikke lenger vil føre til ønsket eller mulig resultat, som at behovene bak utlysningen har endret seg. I enkelte tilfeller vil oppdragsgiver også være pliktig til å avlyse konkurransen, noe det vil komme tilbake til i punkt 3.4.7.

1.7.2. Erstatning

1.7.2.1. Hjemmel

Anskaffelseslovens § 10 om erstatning fastslår at:

«Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.»

Det blir her oppstilt tre vilkår for erstatning.

Først må det foreligge «brudd på loven» fra oppdragsgiver sin side.

Videre må det foreligge «tap» for leverandøren.

Sist må det foreligge årsakssammenheng mellom oppdragsgivers «brudd på loven» og leverandørens «tap». Etter forarbeidene skal ikke «ethvert brudd på anbudsreglene» utløse erstatningsansvar, men at det må «[stilles] krav om årsakssammenheng mellom feilen og deltakelsen i konkurransen»¹⁸.

1.7.2.2. Positiv og negativ kontraktsinteresse

Det er to typetilfeller av erstatning når det kommer til brudd på anskaffelsesreglene: Ved negativ og ved positiv kontraktsinteresse. Mens denne terminologien i dag ikke anvendes særlig i praksis¹⁹, er det en presis og hensiktsmessig inndeling for oppgavens tema.

¹⁸ NOU 1997:21 side 116 punkt 11.4.3 (5).

¹⁹ Gøller mfl. 2014 side 229.

Ved negativ kontraktsinteresse vil en erstatningsberettiget leverandør ha krav på erstatning for de kostnader han har lidd som følge av sin deltakelse i anbudskonkurransen.

Erstatningsvilkårene ved negativ kontraktsinteresse er videre definert i Firesafe-dommen²⁰, der det blir poengtert at leverandørene i saken ikke ville blitt med i konkurransen dersom de hadde kunnskap om at oppdragsgiver ikke hadde til hensikt å gjennomføre prosessen. Det legges her til grunn at det ikke må stilles for strenge krav til årsakssammenheng ved klare feil.

Generelle erstatningsrettslige prinsipper vil gjøre seg gjeldende ved erstatning for negativ kontraktsinteresse, i den forstand at det er en hensikt at den erstatningsberettigede skal ende opp i en økonomisk situasjon lik den han var i før konkurransen.

Ved positiv kontraktsinteresse vil en erstatningsberettiget leverandør, i motsetning til ved negativ kontraktsinteresse, stilles i en posisjon som fort er mer gunstig enn den han var i før konkurransen; nemlig som at han er blitt tilkjent kontrakten.²¹ Det klassiske eksempelet på dette i praksis er Nucelus-dommen²², der det ble uttalt at det ved vesentlige feil og klar årsakssammenheng kan bli tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse. Generelt for disse vilkårene er at de oppsettes som strengere enn ved negativ kontraktsinteresse; særlig hvordan det er et skjerpet krav om årsakssammenheng.

Senere praksis har stilt seg annerledes til erstatningsspørsmålet enn det som er blitt utledet av Nucleus-dommen, som til nå har vært førende for gjeldende rett. EU- og EFTA-domstolen har gitt uttrykk for at det skal oppstilles mildere krav til erstatning enn hva Nucleus gir uttrykk for.²³

Mens det i Strabag-saken blir uttalt at skyld, altså at oppdragsgiver har opptrådt culpøst, ikke kan bli oppstilt som vilkår for erstatning, kan dette sies å bli tilsidesatt i den senere Spijker-saken som fastholder at medlemsstater kan fastsette kriterier for erstatning der EU-direktivene ikke gir føringer.

Vilkårene oppstilt i Nucleus-dommen om vesentlig feil og årsakssammenheng kan slik i utgangspunktet sies å være i tråd med begge dommer, ettersom vilkåret ikke eksplisitt krever skyld, men at det er begått en feil av tilstrekkelig tyngde.²⁴

²⁰ Rt.1997.574.

²¹ Dragsten 2013 side 833.

²² Rt.2001.1062.

²³ Eksempelvis C-134/09 – Strabarg, C-568/08 – Spijker, E-16/16 – Fosen-Linjen og AtB AS.

²⁴ Goller mfl. 2013 side 231.

Et slikt vesentlighetsvilkår kan like vel synes å bli tilsidesatt i den nyere, rådgivende E-16/16. Her fastslår EFTA-domstolen i premiss (80) at det «ikke [er] avgjørende for å tilkjenne erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c om det ved bruddet på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, om det foreligger en vesentlig feil, eller om det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil.»

I premiss (81) blir det fastholdt at et krav om tilstrekkelig årsakssammenheng må foreligge, men i premiss (82) blir det altså fastsatt at «et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar», og at det ikke kan oppstilles et krav om at feilen må være vesentlig.

Etter disse uttalelsene er det usikkert om Nucleus-dommen i dag gir uttrykk for gjeldende rett, da det generelt etter E-16/16 oppstilles langt mildere vilkår for erstatning.

EFTA-domstolen tar ikke stilling til erstatningsspørsmålet i forhold til negativ eller positiv kontraktsinteresse, og det kan her reises spørsmål rundt hvordan deres rådgivende uttalelser kan påvirke terskelen for erstatning for den positive kontraktsinteressen. Dersom vesentlighetskravet ikke lenger gjelder, er det rom for at det objektive saklighetskravet bak «saklig grunn»-vilkåret langt lettere vil kunne overtredes.²⁵

1.7.3. Totalforkastelse

Totalforkastelse innebærer at samtlige tilbud til en utlyst konkurranse blir avvist av oppdragsgiver, noe som slik er ensbetydende med avlysning. Slik totalforkastelse betinger at det er forhold ved tilbudene som gjør at oppdragsgiver finner kontraktsinngåelse lite hensiktsmessig, som at tilbudene overskrider det oppsatte budsjettet for anskaffelsen. Slik budsjettoverskridelse vil det kommes tilbake til i punkt 3.1.

Det nye regelverket viderefører ikke totalforkastelsesbegrepet, ettersom fellesbetegnelsen «avlysning» omfatter dette.²⁶

²⁵ Se punkt 2.5. om gjeldende rett.

²⁶ NOU 2014:4 punkt 26.2.2.

1.8. Grunnleggende prinsipper

1.8.1. Innledning

Anskaffelseslovens § 4 fastsetter følgende: «Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet».

Disse prinsippene er krav til alle anskaffelser som er omfattet av regelverket. Når en skal vurdere hvorvidt det foreligger «saklig grunn», der flere forhold vil kunne påvirke vurderingen, vil disse grunnleggende prinsippene gi veiledning i prosessen. Det kan også finnes at oppdragsgiver har handlet i strid med de grunnleggende prinsippene.²⁷

I EU-direktivet²⁸ kommer disse prinsippene til uttrykk i artikkel 18 som at tilbydere skal behandles «equally and without discrimination» og «in a transparent and proportionate manner». I fortalen premiss (1) blir grunnleggende prinsipper som «equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency» fastsatt som retningsgivende for anskaffelsesprosessen.

Mens det i EU-direktivene ikke blir oppstilt ytterligere krav om å følge disse grunnleggende prinsippene, følger det av praksis fra EU-domstolen at prinsippene skal legges til grunn.²⁹

De grunnleggende prinsippene for offentlige anskaffelser følger altså av at norsk rett er bundet av krav oppstilt i EØS-retten, og er også preget av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Prinsippene «gjelder i henhold til EØS-avtalens alminnelige regler, forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper», og som det ble funnet som «hensiktsmessig å samle i en felles bestemmelse i loven».³⁰

De grunnleggende prinsippene må sees i sammenheng med formålsbestemmelsen i anskaffelseslovens § 1, om effektiv bruk av samfunnets ressurser på «en samfunnstjenlig måte» og at det offentlige skal «opptre med integritet». Prinsippene utfyller vilkåret om «integritet» i formålsbestemmelsen.

²⁷ Eksempelvis KOFA sak 2008/216 om forretningsskikk, KOFA sak 2010/171 om forutberegnelighet.

²⁸ Direktiv 2014/24/EU.

²⁹ C-244/02 – Kauppatalo Hansel, avsnitt 32, C-92/00 – Hospital Ingenieure avsnitt 41-43.

³⁰ Prop.51 L (2015-2016) merknad til § 4.

Når det videre i oppgaven skal tas stilling til «saklig grunn»-vilkåret oppstilt etter anskaffelsesforskriftens §§ 10-4 og 25-4 og hvordan dette behandles i praksis, vil det ofte trekkes tråder til de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper i deres vurderinger, så vel som hvorvidt det er blitt begått brudd på disse i de saker der dette problematiseres.³¹

Når det i utgangspunktet er lav grad av veiledning til tolkning av regelens ordlyd, kan det rimelig oppstilles en forventning om at de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper har vært retningsgivende i å stadfeste gjeldende rett på området.

De grunnleggende prinsippene er svært relevante i forhold til avlysningsreglene. Som det vil drøftes videre i oppgaven grunner oppdragsgivers adgang, plikt eller avgrensning mot erstatningsfri avlysning i stor grad på de grunnleggende prinsipper. Det er derfor hensiktsmessig å innledningsvis redegjøre for prinsippene.

1.8.2. Kravet til konkurranse

Det første prinsippet i § 4 er at anskaffelser skal skje på grunnlag av «konkurranse». Prinsippet bygger på «samfunnsøkonomiske- og forretningsmessige hensyn, samt forvaltningsrettslige likhetsbetraktninger».³²

Hensikten med «konkurranse» som et grunnleggende prinsipp er at det skal bidra til å sikre effektiv ressursbruk, i tråd med lovens formål, jf. § 1. Gjennom konkurranse kan den offentlige oppdragsgiver finne de mest økonomisk fordelaktige tilbyderne, og konkurranse vil for øvrig stimulere markedet.

En markert endring i den nye anskaffelsesloven er at kravet om «konkurranse» tidligere ble oppstilt med et formildende «så langt det er mulig»-vilkår.³³ Dette blir i forarbeidene presisert som å ikke være noen realitetsendring i lovens innhold, da tilfeller der konkurranse ikke er oppnåelig klart fremdeles vil være en begrensning på konkurranseprinsippet. Prinsippet om «konkurranse» kan således anses som det minst begrensende av de grunnleggende prinsipper for offentlige anskaffelser, da det i enkelte tilfeller ikke vil være aktuelt.

³¹ Eksempelvis KOFA sak 2016/197 der det blir anført forskjellsbehandling.

³² NOU 1997:21 kapittel 21 side 116.

³³ LOV-1999-07-16-69 Lov om offentlige anskaffelser § 5 (2).

Til tross for at kravet til konkurranse i sjeldne tilfeller kan bortfalle, vil det vises i punkt 3.2. at dette grunnleggende prinsippet i stor grad gjør seg gjeldende når det kommer til anvendelsen av avlysningsreglene.

1.8.3. Kravet til likebehandling

Likebehandlingsprinsippet er det «viktigste» anskaffelsesprinsippet.³⁴ Forarbeidene poengterer at likebehandlingsprinsippet skal «sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter. Prinsippet er grunnleggende for å oppnå konkurranse og effektiv ressursbruk. Like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet.»³⁵ Gjennom likebehandling sikres en rettferdig behandling for alle tilbydere og det åpner for at fri konkurranse kan oppstå.

I tidligere versjoner av anskaffelsesloven ble «ikke-diskriminering» også inkludert som et anskaffelsesprinsipp. Dette er nå omfattet av likebehandlingsprinsippet, som i sin ordlyd dekker også dette. I første rekke vil dette rette seg mot tilbydere av annen nasjonalitet, og hvordan disse skal stilles på likt grunnlag med norske tilbydere.

Kravet til likebehandling innebærer at leverandører får samme muligheter og behandles likt av oppdragsgiver, både faktisk og formelt. Dette er eksempelvis at alle leverandører blir gitt den samme informasjonen om prosessen til samme tid, eller at deres tilbud blir evaluert på de samme oppstilte krav. Et eksempel trukket opp mot avlysning er at tilbyderne skal få samme informasjon om avlysningsgrunn til omtrent samme tid, for slik å kunne frigjøre og disponere sine ressurser uten hensyn til å være bundet av en eventuell kontrakt dersom de vinner anbudet. Likebehandlingsprinsippet gjelder slik gjennom hele anskaffelsesprosessen for å sikre likebehandling der dette lar seg gjøre.

1.8.4. Kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarehet

Forutberegnelighet er etter forarbeidene «ment å dekke» det EU-rettslige prinsippet om «transparency».³⁶ Det heter videre i forarbeidene at kjernen i forutberegnelighetsprinsippet er at «oppdragsgiver skal sikre tilstrekkelig åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen».

³⁴ Prop.51 L (2015-2016) merknad til § 4.

³⁵ NOU 2014:4 punkt 10.4.2.

³⁶ Prop.51 L (2015-2016) merknad til § 4.

Det er tydelig at forutberegnelighetsprinsippet mer presist kan kalles prinsippet om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet basert på dets innhold. Det er vesentlig at leverandører under anskaffelsesprosessen har tilstrekkelig innsyn i behandlingen og konkurransen, allerede fra utlysningen og til konkurransens avslutning. Leverandører trenger all relevant informasjon for å ta avgjørelser relatert til deres tilbud. Oppdragsgiver har følgelig en informasjonsplikt.

Et vesentlig unntak relevant for denne oppgaven er at oppdragsgiver som utgangspunkt ikke plikter å informere om budsjettoppsettingen for utlyste kontrakter, til tross for at dette er informasjon som må anses som relevant informasjon for potensielle leverandører. Følgelig kan leverandører gi tilbud som overskrider oppdragsgivers budsjett, og som det vil vises i punkt 3.1. kan det ha betydning for eventuelle konkurranseavlysninger.

Kravet om forutberegnelighet er også et ledd i å sikre tillit til oppdragsgiver. Ved gjennomsiktighet i prosessen får leverandører innsyn i prosessen og oppdragsgivers vurderinger, og kan slik ha tillit til at anskaffelsesreglene følges, og derav at de øvrige kravene til konkurranse og likestilling blir overholdt.

Gjennomsiktighet bidrar ytterligere til en grad av kontroll over oppdragsgiver, i form av etterprøvnbarhet. Når oppdragsgivers beslutninger er synbare gjennom dokumentasjon er de etterprøvbare, og dette bidrar til sikkerhet for leverandørene mot at anskaffelsesreglene blir brutt. Prinsippet kan beskrives som en «grunnleggende rettssikkerhetsgaranti for leverandørene».³⁷

1.8.5. Kravet til forholdsmessighet og god forretningsskikk

Henvisningen til forholdsmessighetsprinsippet i det nye anskaffelsesregelverket fantes ikke i det tidligere lovverk, og skal regulere gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene.³⁸ Plikter og rettigheter som utledes av andre prinsipper, «må tilpasses den enkelte anskaffelsens art og omfang.»

Dette prinsippet peker på en viss fleksibilitet bak de øvrige grunnleggende prinsippene, der anskaffelsens art og omfang vil tale for hvor strengt kravene skal overholdes. Jo mindre en

³⁷ NOU 2014:4 punkt 10.4.4.

³⁸ Prop.51 L (2015-2016) merknad til § 4.

anskaffelse er, jo mindre vidtrekkende prosedyrekrav kan utledes av de øvrige prinsippene, som forarbeidene formulerer.

Her er det igjen hensiktsmessig å se til formålsbestemmelsen i anskaffelseslovens § 1 om effektiv ressursbruk. Oppdragsgiver skal ikke stille strengere krav enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen, og det blir understreket at «dette er meget sentralt for å realisere lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, særlig ved de mindre anskaffelsene».

Proporsjonalitetsprinsippet er også direkte utledet fra EU-direktivene som oppstiller at anskaffelsesprosessen skal være preget av «proportionality».³⁹

En endring fra det tidligere lovverk er at det i det nye anskaffelsesregelverket ikke er vist til et krav om god forretningsskikk. I formålsparagrafen til den forrige anskaffelsesloven ble det fastsatt at anskaffelser skulle være preget av «forretningmessighet»⁴⁰, og i § 5 om de grunnleggende krav ble det sagt at oppdragsgiver skulle «opptre i samsvar med god forretningsskikk».

Mens disse begrepene ikke lenger er å finne i dagens anskaffelsesregler, blir det i forarbeidene fastsatt at disse er omfattet av de øvrige grunnleggende prinsipper, og at ekskluderingen fra reglens ordlyd ikke innebærer noen rettsendring.⁴¹

I juridisk litteratur er det lagt til grunn at prinsippet om god forretningsskikk omfatter krav til aktsomhet, så vel som at oppdragsgivers saksbehandling skal være saklig og forsvarlig.⁴²

Dragsten beskriver kravet som at en skal opptre i samsvar med hvordan en aktsom profesjonell anskaffer ville opptrådt. At en anskaffelse er forretningmessig god vil generelt innebære at den er gjennomført i samsvar med de øvrige grunnleggende prinsipper bak anskaffelsesprosessen. Prinsippet om god forretningsskikk blir i forarbeidene ansett som å ikke ha noen selvstendig anskaffelsesrettslig betydning utover de øvrige prinsipper⁴³.

Tilfeller vil oppstå der det blir funnet at oppdragsgiver har opptrådt i strid med «god forretningsskikk». I dette ligger dermed at øvrige anskaffelsesprinsipper er blitt brutt. Det vil i

³⁹ Direktiv 2014/24/EU fortale premiss (1).

⁴⁰ LOV-1999-07-16-69 Lov om offentlige anskaffelser §1.

⁴¹ NOU 2014:4 punkt 10.4.9 og 10.4.10.

⁴² Amdal/Roll-Matthiesen 2004 side 32 og Dragsten 2013 side 175.

⁴³ NOU 2014:4 punkt 10.4.10.

punkt 3.2.4. vises til et sakseksempel der forretningsskikken til oppdragsgiver blir kritisert, og får utslag for deres adgang til erstatningsfri avlysning.

2. Saklig grunn-vilkåret

2.1. Innledning

Reglene om «saklig grunn» etter anskaffelsesforskriftens §§ 10-4 (1) og 25-4 (1) bygger i hovedsak på intern norsk rett, fremfor å være utledet av de bakenforliggende EU-direktiver.⁴⁴

Arrowsmith skriver at oppdragsgivere etter EU-direktivene har en vid adgang til å avlyse konkurranser.⁴⁵ Det kan eksempelvis vises til Metalmeccanica Fracasso-saken der det blir påpekt at det ikke kreves «exceptional cases» eller «serious grounds» for at oppdragsgiver skal kunne avlyse konkurransen.⁴⁶

Like fullt blir det i norsk rett oppstilt strengere avlysningsvilkår om at det må foreligge «saklig grunn».

Tilsvarende avlysningsregler fremgår ikke av direktivene, men dette gir ingen begrensinger mot at norsk internrett kan sette strengere krav til anskaffelsesprosessen.⁴⁷ Etter EØS-avtalen er det opp til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen for direktiver, og det er således adgang for Norge å oppstille strengere regler enn minimumskravene etter EU-direktivene.⁴⁸

Det er i dag sikker rett at det ikke foreligger noen kontraheringsplikt hos oppdragsgiver. Dette blir klargjort av EU-domstolen⁴⁹, og blir også lagt til grunn av KOFA i deres uttalelser⁵⁰.

Utløst konkurranse medfører altså ingen kontraheringsplikt for oppdragsgiver, noe som åpner for avlysning dersom det foreligger «saklig grunn». Dette blir også lagt til grunn i EFTA-

⁴⁴ NOU 2014:4 punkt 26.1.

⁴⁵ Arrowsmith mfl. 2010 side 213.

⁴⁶ C-27/98 – Metalmeccanica Fracasso premiss (23) og (25).

⁴⁷ Direktiv 2007/66/EF fortalen premiss (20).

⁴⁸ LOV-1992-11-27-109 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, artikkel 7 bokstav b.

⁴⁹ C-92/00 - Hospital Ingenieure premiss (41).

⁵⁰ Eksempelvis KOFA sak 2011/137 premiss (37).

domstolens avgjørelse E-16/16 premiss (105), der adgangen til å ikke tildele en kontrakt forankres i EU-direktivene.⁵¹

Adgangen til avlysning av konkurransen ville være problematisk dersom det forelå kontraheringsplikt hos oppdragsgiver, der det i så fall ville kunne bli utløst erstatningsadgang ved enhver avlyst konkurranse.

2.2. Saklighetskriteriet

Etter anskaffelsesforskriftens §§ 10-4 (1) og 25-4 (1) skal oppdragsgiver ha adgang til å avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger «saklig grunn».

Mens ordlyden ikke gir konkret veiledning for hvordan regelen skal tolkes, kan dette i utgangspunktet utledes av anskaffelseslovens formål og grunnleggende prinsipper, jf. §§ 1 og 4. En grunn er saklig dersom formål og prinsipper bak regelverket er ivaretatt. Dette er like fullt en svært generell tilnærming, og det vil være nødvendig å søke videre veiledning i forarbeider og praksis.

Hva som utgjør «saklig grunn» beror etter forarbeidene på en «konkret helhetsvurdering».⁵² Det blir her krevd to vilkår for at «saklig grunn» skal foreligge, men at sakligheten kun bygger på en objektiv vurdering. I forarbeidene til den første anskaffelsesforskriften blir det derimot uttalt at «saklighetskriteriet er todelt». Det het her at for det første må selve årsaken til avlysningen være saklig, og for det andre må oppdragsgiver ikke kunne bebreides for å ikke ha forutsett årsaken til avlysningen.⁵³ Gjeldende rett er at saklighetsvurderingen er kun objektiv, men det vil gjøres rede for disse motstående tolkingsstandpunktene videre i oppgaven.

At avlysningen er saklig og at oppdragsgiver ikke har opptrådt bebreidelsesverdig vil videre omtales som det objektive og subjektive vilkår. Det objektive vilkåret er at avlysningen er saklig, og det subjektive vilkår er at oppdragsgiver ikke kunne forutsi avlysningen.⁵⁴ Som en vil se av eksempler fra praksis nedenfor, kan saklighetsvilkåret antas å være oppfylt dersom

⁵¹ Direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nr. 1.

⁵² NOU 2014:4 punkt 26.2.1.

⁵³ NOU 1997:21 side 139.

⁵⁴ Dragsten/Lindalen 2005 side 1691, Goller mfl. 2014 side 182.

for eksempel økonomiske hensyn taler for det, mens det subjektive vilkåret like vel kan være brutt fordi oppdragsgiver oppstilte et urealistisk lavt budsjett.⁵⁵

Det vil videre sees på hvordan dette objektive saklighetskravet er blitt behandlet av domstoler og Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Først vil Concord-kjennelsen gjøres rede for, en sak som gjeldende rett i dag i stor grad bygger på.

2.3. Concord-kjennelsen

2.3.1. Gjennomgang av saken

I et rettsbilde magert på høyesterettspraksis, er Concord-kjennelsen⁵⁶ en rettskilde med stor tyngde på området for «saklig grunn», og den har vært førende for dagens gjeldende rett. Det vesentlige ved kjennelsen er at den ble avsagt før anskaffelsesloven og dens tilhørende forskrifter trådte i kraft. Kjennelsen ble likevel avsagt med tanke på det kommende regelverket, og det blir gitt flere veiledende uttalelser angående tolknings spørsmål rundt regelverket, herunder «saklig grunn»-vilkåret.

Saken gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning i forbindelse med en anbudskonkurranse, og sakens parter var Concord AS og Staten v/Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet. Det ble i 1999 utlyst anbudskonkurranse for oppføring og leie av bygg til Høgskolen i Sogn og Fjordane.

Tilbudene ble forkastet fordi det ble funnet en bedre løsning for byggene, og konkurransen avlyst med gjenåpning som hensikt.

Concord ønsket konkurransen gjenopptatt og begjærte midlertidig forføyning ved Oslo namsrett. Concord fikk ikke medhold, hvorpå det ble anket til Borgarting lagmannsrett. Lagmannsretten legger til grunn at Concord ønsket å bli satt i den posisjon som selskapet ville vært i dersom konkurransen ikke hadde blitt avlyst, som ved erstatning etter positiv kontraktsinteresse.

Etter at de ikke fikk medhold anket Concord saken til Høyesteretts kjæremålsutvalg, og i det følgende vil det vises at kjæremålet støtter seg til lagmannsrettens vurderinger.

⁵⁵ Eksempelvis KOFA sak 2008/60, se punkt 3.1.2.

⁵⁶ Rt.2001.473 – Concord.

Lagmannsretten uttalte at hvorvidt en avlysning er saklig må «avgjøres ut fra en helhetsvurdering, der det tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva byggherren ønsket å oppnå med den.» Dette peker på at det skal foretas en objektiv helhetsvurdering av hvorvidt avlysningsgrunnen er saklig, et moment som er blitt lagt til grunn i senere praksis og som har sementert den gjeldende rett.⁵⁷

Her poengterte lagmannsretten også at det i vurderingen av hva oppdragsgiver ønsker med avlysningen, må tas hensyn til om de oppgitte forholdene er reelle. Det må være snakk om reelle forhold, da avlysning på bakgrunn av uriktig oppgitte forhold kan misbrukes fra oppdragsgivers side, eksempelvis for å dekke over saksbehandlingsfeil eller brudd på anskaffelsesreglene.

Videre ble det uttalt at «Lagmannsretten finner at det ikke i seg selv kan anses som en usaklig grunn for avlysningen at en annen løsning enn det som er beskrevet i innbydelsen, oppfattes å være økonomisk gunstigere. Økonomiske og andre forretningsmessige hensyn må generelt anses som legitime».

Her oppstilles det at økonomiske hensyn generelt må anses som legitime når det kommer til hvilke forhold som kan godtas som avlysningsgrunner. Dersom et budsjett er overskredet, vil dette være en avlysningsgrunn. Når en sammenligner dette med forarbeidene til dagens anskaffelsesregelverk, er det tydelig at det her blir lagt en objektiv vurdering til grunn. Økonomiske hensyn vil objektivt sett utgjøre en saklig grunn for avlysning, altså at det er saklig å avlyse en konkurranse dersom dette er økonomisk forsvarlig fremfor å binde seg til et tilbud.

Det fremgår også av kjennelsen at det ikke kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men at det er tilstrekkelig at vurderingen hviler på en fullt ut forsvarlig helhetsvurdering fra oppdragsgiver sin side.⁵⁸ Det er med andre ord kun et spørsmål om de økonomiske hensyn er blitt forsvarlig vurdert, og ikke om det er forsvarlig å avlyse på bakgrunn av disse økonomiske hensynene. En slik vurdering ville ha utartet seg som en forholdsmessighetsvurdering der en ser på for eksempel i hvor stor grad det oppsatte budsjett er overskredet, og hvorvidt dette taler for avlysning. Mens forholdsmessighet er et grunnleggende prinsipp bak offentlige anskaffelser, fremgår det klart av Concord-kjennelsen

⁵⁷ Se punkt 2.5.

⁵⁸ Dragsten 2013 side 706.

så vel som senere KOFA-praksis⁵⁹, at økonomiske hensyn generelt vil være saklige avlysningsgrunner.

Spørsmålet om hvorvidt forholdsmessighetsprinsippet er brutt blir satt på spissen der det dreier seg om avlysning på bakgrunn av minimal økonomisk overskridelse. Selv om økonomiske hensyn etter gjeldende rett generelt vil være saklig avlysningsgrunn, harmoniserer ikke dette med forholdsmessighetsprinsippet i slike tilfeller. Ved små overskridelser må forholdsmessighetsprinsippet dermed antas å komme særlig i spill.

Lagmannsretten påpekte så at «spørsmålet om anbyderne har krav på erstatning kunne stille seg annerledes, for eksempel hvis avlysningsgrunnen kunne forutses». Her kommer det subjektive vilkåret bak «saklig grunn» til uttrykk, men det blir ikke videre vurdert. Høyesteretts kjæremål slutter seg til lagmannsrettens uttalelser angående hvorvidt oppdragsgiver kan bebreides, og må veies tungt i forhold til spørsmålet om erstatning for negativ kontraktsinteresse, da det fastsettes at det ved oppdragsgivers tidligere kunnskap om den fremtidige avlysningsgrunn vil åpnes for erstatningsplikt.

Ved å støtte seg til lagmannsrettens vurderinger rundt et rent objektive vilkår for saklig avlysning, ga kjæremålsutvalget tungtveiende uttrykk for at avlysningsreglene skal tolkes slik.

Videre ble det anført av Concord at det må innfortolkes et krav om forutberegnelighet i datidens anskaffelseslov § 4 annet ledd.⁶⁰ Denne innfortolkningen blir anført som å innebære at HSF ikke kunne avlyse, og at lagmannsretten har tolket loven feil eller eventuelt ikke drøftet forutberegnelighetskravet tilstrekkelig.

Kjæremålsutvalget uttrykte at kravet om forutberegnelighet må anses som å være del av saklighetskravet i dagjeldende anskaffelseslov § 4. Dette vil ramme konkurranser som ikke er fullt ut reelle, men som eksempelvis bare har til hensikt å «teste markedet». I slike tilfeller kan en avlysningsgrunn finnes usaklig dersom en helhetsvurdering tilsier dette. Dette gir uttrykk for et viktig unntak for hva som kan anses saklig avlysningsgrunn, og usaklige avlysningsgrunner vil kommes tilbake til i punkt 4.

⁵⁹ Se punkt 3.1. om avlysning på grunnlag av manglende økonomisk budsjettdekning.

⁶⁰ LOV-1992-11-27-116 Lov om offentlige anskaffelser § 4.

Det vesentlige blir at det må foretas en «totalvurdering» av hvorvidt en avlysning er saklig begrunnet. Kjæremålsutvalget fant ikke at lagmannsretten hadde foretatt noen lovtolkningsfeil i forhold til forutberegnelighetsprinsippet.

Om klagers anførsel om at oppdragsgiver har brutt saklighetskravet på bakgrunn av at de avlyste konkurransen for å utføre arbeidet selv, eller å «teste markedet», som etter forarbeidene⁶¹ ikke vil utgjøre saklig avlysningsgrunn, fant kjæremålsutvalget at det ikke fantes holdepunkter for dette. De støtter seg like fullt på at avlysning på grunnlag av slik testing av markedet generelt vil være usaklig.

Når det kommer til spørsmålet om lagmannsretten har drøftet kravet om forutberegnelighet tilstrekkelig, vedgår kjæremålsutvalget at lagmannsretten behandlet dette i knapphet. Det blir likevel funnet at lagmannsretten har vært «klar over kravet og har tatt dette med i den totalvurderingen som er foretatt».

2.3.2. Avsluttende om Concord-kjennelsen

Som en av få høyesterettsavgjørelser om «saklig grunn», så vel som å være tidlig ute i forhold til dagens anskaffelsesregelverk, står Concord-kjennelsen i noe av en særstilling. Saken blir konsekvent lagt til grunn som en begrunnelse for at saklighetskravet i hovedsak er et objektivt krav⁶², mens det subjektive kravet retter seg mot eventuelle erstatningsreaksjoner ved brudd.

Saken setter også en lav terskel for saklig grunn når det kommer til økonomiske og forretningsmessige forhold oppdragsgiver ønsker å prioritere. KOFA⁶³ viser til Concord-kjennelsen som begrunnelse for at slike økonomiske forhold generelt kan karakteriseres som saklige grunner, og deretter tilfredsstillende det objektive vilkåret bak avlysning.⁶⁴

2.4. Det selvstendige objektive vilkår for saklig avlysning

Concord-kjennelsen oppstiller et selvstendig objektivt vilkår for hvorvidt en avlysning er saklig. Det subjektive vilkår drøftes kun i spørsmål om erstatning.⁶⁵

⁶¹ NOU 1997:21 side 139.

⁶² Eksempelvis KOFA 2008/60.

⁶³ Eksempelvis KOFA 2004/1.

⁶⁴ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser 2007 punkt 15.2, hentet fra regjeringen.no.

⁶⁵ Det må her understrekes at forutberegnelighet blir uttalt som å være del av saklighetskriteriet. Dette retter seg mot testing av markedet og ikke-reelle konkurranser, og hvordan disse ikke vil være lovlige, se punkt 4.2.

Som en vil se av senere eksempler er det gjeldende rett at det er denne rene objektive vurderingen, som legges til grunn for hvorvidt en avlysning er saklig. Dette kan sies å være i strid med NOU 1997:21, som på side 139 klart uttrykker at «saklighetskriteriet er todelt», og at det kreves saklighet og et innfortolket vilkår om at avlysningsgrunnen ikke kunne forutses for at «saklig grunn»-vilkåret skal være oppfylt.

I utgangspunktet kan det sies at det å behandle saklighetskravet som rent objektivt, og så ta for seg de subjektive krav først ved eventuelle erstatningsspørsmål, kun er en hensiktsmessig inndeling for en ordentlig vurdering.

Denne separasjonen av det objektive og subjektive vilkår blir mer problematisk dersom en i saklighetsvurderingen også skal vurdere hvorvidt oppdragsgiver har oppfylt sin plikt til å sikre grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper som forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Dette ble lagt til grunn i lovkommentaren til Amdal og Roll-Mathiesen⁶⁶, og ettersom dette er subjektive vilkår der oppdragsgiver kan ha handlet culpøst ved å ikke tilstrekkelig sikre disse hensynene, vil ikke en saklighetsvurdering som kun tar for seg den objektive avlysningsgrunn ta høyde for dette.

Eksempelvis kan oppdragsgiver ha utlyst konkurranse med et budsjett som baserer seg på usikker finansiering som kan helt eller delvis falle bort. Dersom oppdragsgiver ikke synliggjør dette overfor tilbyderne, altså sikrer forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, hvorpå finansieringen faller gjennom og konkurransen avlyses, vil vurderingen av hvorvidt dette er en saklig avlysningsgrunn være uriktig dersom en følger tolkningsmønsteret som oppsatt i Concord-kjennelsen. Ved kun å oppstille objektive krav til avlysningsgrunnen, vil det ikke tas høyde for at oppdragsgiver handlet klanderverdig ved å vite om de mulig bristende forutsetningene for konkurransen. Etter dette er det uheldig kun å ta for seg det objektive vilkår bak saklighetskravet.

Et moment som taler mot at det er nødvendig med både objektive og subjektive vilkår bak saklighetskravet er at det subjektive vilkåret uansett vurderes i erstatningsspørsmålet, og at oppdragsgiver motiveres til å avstå culpøs opptreden gjennom potensielt erstatningsansvar.

Etterlevelse av forskriftsregelen bør like vel ikke i for stor grad avhenge av mulig erstatningsansvar. Hensikten med utlyst konkurranse skal være inngåelse av kontrakt, og

⁶⁶ Amdal/Roll-Matthiesen 2004 side 623-627.

leverandører vil i første rekke ønske kontrakt fremfor erstatning. Lojalitet til forskriftsgiver taler slik igjen for at saklighetskravet bør bero på både objektive og subjektive vilkår.

Når utgangspunktet er at det ikke foreligger noen kontraheringsplikt mellom oppdragsgiver og tilbyder, vil spørsmålet ved avlysning være hvorvidt den utløser erstatningsplikt. Dersom hensikten bak regelen om saklig avlysning er at den skal åpne for erstatningsfri avlysning, er det mot denne hensikten å alltid ha adgang for erstatning til tross for at det blir funnet at avlysningen er saklig. Det blir poengtert også av Dragsten og Lindalen at de grunnleggende krav for offentlige anskaffelser bør tas med i vurderingen av om det foreligger saklig grunn, som igjen taler mot at dette skal være en kun objektiv vurdering.⁶⁷

Dagens gjeldende rett på området for saklig avlysning kan slik sies å være i strid med regelens originale hensikt, som oppsatt etter lovverkets forarbeider. Concord-kjennelsen og dens rettskildemessige tyngde kan sies å ha overlappet denne hensikten.

2.5. Gjeldende rett for saklig avlysning

Concord-kjennelsen oppstilte utgangspunktet om at hvorvidt en avlysning er saklig skal bygge på en objektiv helhetsvurdering, og dette er blitt lagt til grunn i senere praksis.

Det ble gitt en utfyllende redegjørelse for vilkårene for saklig avlysning i KOFA sak 2010/280. Det ble her poengtert at det til tross for utgangspunktet om todelingen av «saklig grunn»-vilkåret oppsatt i NOU 1997:21, med støtte fra uttalelser i lovkommentarutgaver⁶⁸, så er det «den korrekte tilnæringsmåte» å legge en ren objektiv vurdering til grunn.

Denne tilnærmingen blir i stor grad forankret i Concord-kjennelsen. KOFA viste til nøkkelavgjørelsen sak 2008/60, som ettertrykkelig gjengir prinsippet om at saklig avlysning kun beror på en objektiv vurdering.⁶⁹ Som en vil se av praksiseksempler nedenfor, blir det som hovedregel lagt til grunn at saklighetsvurderingen er en objektiv helhetsvurdering.

Også senere forarbeider gir uttrykk for at den gjeldende rett skiller seg fra hva som er oppstilt i NOU 1997:21. Etter forarbeidene⁷⁰ er det tilstrekkelig at det objektive vilkår er oppfylt for at

⁶⁷ Dragsten/Lindalen 2005 side 1689-1699.

⁶⁸ Amdal/Roll-Matthiesen 2004 og Dragsten/Lindalen 2005.

⁶⁹ Se punkt 3.1.2.

⁷⁰ NOU 2014:4 punkt 26.2.1.

det skal foreligge avlysningsadgang for oppdragsgiver, mens eventuelle brudd på det subjektive vilkår blir omtalt som et ansvarsvilkår i forhold til erstatningsspørsmål.

2.6. Spørsmålet videre

Spørsmålet videre er hvordan det objektive saklighetskravet er blitt behandlet i praksis.

Ettersom utgangspunktet er at det ikke foreligger kontraheringsplikt mellom oppdragsgiver og tilbydere⁷¹, kan det oppstilles en antagelse om at det som hovedregel vil foreligge saklig avlysningsgrunn der oppdragsgiver har grunnlag å avlyse konkurransen, mens eventuelle brudd på anskaffelsesregelverket kun vil få betydning i erstatningsspørsmål.

Det vil videre sees på lagmannsrettsdommer og uttalelser fra KOFA i forhold til ulike typetilfeller for avlysningsgrunnlag, der det vil undersøkes hvilke omstendigheter som anses som objektivt saklige avlysningsgrunner.

3. Saklighetskriteriet i typiske avlysningstilfeller

3.1. Avlysning av konkurranse på grunnlag av manglende økonomisk budsjettdekning

3.1.1 Innledning

En sentral avlysningsgrunn innen offentlige anskaffelser er der de innkomne tilbudspriser overskrider oppdragsgivers budsjett for oppdraget.

Ettersom økonomiske hensyn etter etablert praksis generelt vil godtas som saklige, er dette et uproblematisk område når det kommer til å fastsette hva som skal til for å utgjøre saklig avlysningsgrunn

⁷¹ C-92/00 - Hospital Ingenieure premiss (41) og KOFA 2011/137 premiss (37).

Det vil følgelig ikke vies mye oppmerksomhet til eksempler på dette i praksis, men heller påpekes et unntakstilfelle i sak 2006/115, holdt opp mot nøkkellavgjørelsen i KOFA-sak 2008/60. Dette vil demonstrere den omtalte spenningen mellom den nå godt etablerte retten på området for saklig avlysningsgrunn og den tidlige kritikken mot den gjeldende todelingen av saklighetsvilkåret⁷², med støtte i regelverkets opprinnelige forarbeider.⁷³ Det vil først gjøres en gjennomgang av sakene, deretter en sammenligning og analyse.

3.1.2. KOFA-sak 2008/60

Oppdragsgiver var Namsos kommune, og klager var Credo Eiendom AS.

Saken gjaldt en konkurranse for leie med kjøpsrett for lokaler til brann- og redningsvesenet i Namsos kommune. Budsjett var 30 millioner kroner. Etter forhandling med klagende tilbyder ble det endelige reviderte pristilbudet på 45 millioner kroner. Til tross for at budsjettet under forhandlingene ble økt til 33 millioner, ble konkurransen avlyst på grunn av manglende finansiering. Det var kommunens «totale økonomi» og et ønske om samlokalisering som ble lagt til grunn som den avgjørende begrunnelsen for avlysningen.

Avlysningen ble påklaget som usaklig.

Klagenemndas vurderinger fastsatte innledningsvis at hvorvidt det foreligger saklig grunn må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. I premiss (29) påpekes det at det må tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen, hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, og om avlysningen foretas i god tid før fristens utløp.

Det ble i premiss (32) vist til Reno-Vest-dommen⁷⁴ der saklighetskravet ble presisert til et spørsmål om avgjørelsen om totalforkastelse, eller avlysning, «ville ha hvilt på en fullt ut forsvarlig økonomisk vurdering».

I premiss (33) ble spørsmålet om erstatning tatt opp, og det ble påpekt at det subjektive vilkåret bak «saklig grunn» kan utløse erstatning til tross for at det objektive vilkåret er oppfylt, dersom «forholdet kunne vært avverget eller forutsatt».

⁷² Amdal/Roll-Matthiesen 2004 og Dragsten/Lindalen 2005.

⁷³ NOU 1997:21 side 139.

⁷⁴ Rt.2007.983 – Reno-Vest premiss (93).

Videre i premiss (34) ga nemnda generelle uttalelser om adgangen til erstatning for negativ kontraktsinteresse der saklig grunn foreligger. Nemnda oppstilte, i tråd med Concord-kjennelsen, at «dersom det på avgjørelsestidspunktet objektivt sett foreligger en saklig grunn kan konkurransen avlyses, men etter omstendighetene kan det likevel kunne foreligge grunnlag for negativ kontraktsinteresse.»

Nemnda ga videre ingen synlig vurdering av den aktuelle budsjettoverskridelsen. Det ble påpekt at det rimeligste tilbudet på 45,2 millioner kroner overskred det fastsatte budsjettet på 30 millioner kroner, og at kommunen ønsket å utrede mulighetene for samlokalisering videre.

Disse forholdene ble i premiss (35) funnet som å objektivt sett utgjøre saklig grunn for avlysningen.

I vurderingen av erstatning for den negative kontraktsinteresse i premiss (36) påpeker nemnda at det her er en sammenheng mellom avlysning og ansvar. Det vises til blant annet sak 2006/115, som vil behandles nedenfor, og det uttales at budsjetttrammen må være basert på et realistisk kostnadsestimat, og ikke på «overoptimistiske kalkyler».

Vurderingen av om budsjetttrammen var forsvarlig, og dermed ansvarsfri, blir i denne saken gjort i forbindelse med erstatningsspørsmålet. Hvorvidt budsjetttrammen var fastsatt på et «forsvarlig grunnlag» blir ikke vurdert av nemnda, men det blir funnet at forholdene rundt samlokalisering kunne vært vurdert forut for konkurransen. Dette blir funnet som tilstrekkelig for at det er adgang for erstatning for den negative kontraktsinteresse, da dette er et brudd på det subjektive vilkåret for saklig avlysning.

Sak 2008/60 fremstår som en nøkkelvurdering det blir vist til i senere praksis⁷⁵, og som gjentar utgangspunktet oppsatt etter Concord-kjennelsen. Økonomiske hensyn skal generelt anses som saklige avlysningsgrunner, uten at subjektive vilkår skal innfortolkes.

3.1.3. KOFA sak 2006/115

Oppdragsgiver var Statens vegvesen Region nord, og klager var Veidekke Entreprenør AS.

⁷⁵ Eksempelvis KOFA sak 2010/280.

Saken dreiet seg om en anbudskonkurranse for utbygging av veiparsell. Etter at tre tilbud ble mottatt mellom 33 og 38 millioner kroner, ble konkurransen avlyst av oppdragsgiver fordi tilbudsprisene overskred den fastsatte budsjettrammen på 21-22 millioner kroner.

Ny konkurranse ble iverksatt, og det ble inngått kontrakt ved tilbudspris på 12 millioner. I denne nye konkurransen var arbeidets omfang betydelig redusert, fra 5960 til 3276 meter.

Veidekke Entreprenør påklagde den opprinnelige avlysningen og ba om innsyn i budsjettet og budsjettrammene for konkurransen, noe de ikke fikk tilbakemelding på. De påklagde deretter avlysningen på grunnlag av at avlysningen var usaklig, da budsjettrammen var urealistisk lav.

Klagenemnda vurderte hvorvidt oppdragsgiver hadde saklig grunn for avlysningen av konkurransen.

I premiss (14) ble det fastslått at manglende budsjettdekning allerede er etablert som mulig saklig grunn for avlysning, og viser til sak 2004/1. Økonomiske betraktninger er generelt godtatt som saklige avlysningsgrunner, som fremgår av blant annet Concord-kjennelsen.

Etter nemndas uttalelser beror dette likevel på hvorvidt den oppsatte budsjettrammen er basert på et realistisk kostnadsestimat, og ikke på «overoptimistiske kalkyler». Nemnda utfører slike vurderinger ved å sammenligne kostnadene på tidligere sammenlignbare prosjekter.

Nemnda gjennomførte i premiss (15) sammenligninger med tidligere prosjekter. Mens oppdragsgiver i premiss (10) hevder at det er flere forhold enn kun meterlengde på parseloppdragene som påvirker budsjettrammen, anser nemnda meterlengden som det avgjørende momentet for hvilket omfang prosjektet skal ha.

Ved å se på gjennomsnittlig meterpris ved tidligere tilfeller kom nemnda frem til at meterprisen er på kr 6255. Den originale konkurransens budsjettramme på 21-22 millioner i konjunksjon med veistrekningen på 5960 meter tilsier at oppdragsgivers forespeilet en meterpris på kr 3691, om lag kun 60 % av hva sammenlignbare prosjekter ville kostet.

Basert på dette kom nemnda frem til at budsjettrammen var urealistisk lav.

Etter dette forelå det ikke saklig grunn for avlysningen, til tross for utgangspunktet om at overskredet budsjett kan utgjøre saklig avlysningsgrunn. Nemnda uttaler i premiss (17) at det antas at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse er oppfylt, noe det kunne vært grunnlag for ettersom avlysningen ikke var saklig.

3.1.4. Manglende økonomisk budsjettdekning som saklig eller usaklig avlysningsgrunn

Som en ser blir forsvarlighetsvurderingen i sak 2008/60 behandlet under erstatningsspørsmålet, altså det subjektive vilkåret bak saklig avlysning, mens det i sak 2006/115 blir behandlet som et brudd på det objektive vilkåret på bakgrunn av at budsjetttrammen var overoptimistisk.

Umiddelbart synes nemndas behandling av saklighetsspørsmålet i sak 2006/115 å være i strid med den gjeldende rett på området. Mens økonomiske hensyn som overskredne budsjett normalt vil anses som saklig avlysningsgrunn, jf. Concord-kjennelsen, var avlysningen i sak 2006/115 usaklig til tross for at det dreiet seg om nettopp budsjettoverskridelse.

Den synlige vurderingen KOFA foretar fremstår som noe mangelfull i forhold til resultatet, da det gis lite innsikt i hvordan det kommes frem til at avlysningen er usaklig, til tross for at slike økonomiske hensyn er generelt aksepterte som saklige avlysningsgrunnlag. Det kan antas at den oppsatte budsjetttrammen i saken var såpass overoptimistisk at nemnda anså den som å utgjøre en så vesentlig feiltakelse at det burde oppstilles større reaksjoner mot oppdragsgiveren, noe det i utgangspunktet er adgang for ved usaklig avlysning og erstatning for den positive kontraktsinteresse. I ethvert tilfelle synes nemndas vurderinger i denne konkrete saken å stride med gjeldende rett, uavhengig av om dette var motivert eller et arbeidsuhell.

Rent konkret innfortolker nemnda i sak 2006/115 et forsvarlighetsvilkår i saklighetsvurderingen. Et slikt forsvarlighetskrav til beregning av anskaffelsens anslåtte verdi er oppstilt i anskaffelsesforskriftens § 5-4 (2). En slik sammenfallelse av det subjektive og objektive vilkår bak «saklig grunn»-vilkåret er mer i tråd med det som fremgår etter NOU 1997:21 og lovkommentarene til Amdal/Roll-Matthiesen og Dragsten/Lindalen. Ettersom sak 2006/115 ble behandlet kort tid etter disse lovkommentarene ble utgitt, er det mulig at nemndas saklighetsvurdering var preget av nettopp kritikken mot todelingen av saklighetskravet i et objektive og et subjektive vilkår.

I forhold til de føringer som er blitt gitt i praksis og ellers uttalelser fra KOFA må like fullt nemndas behandling av det objektive vilkåret bak saklig avlysning i sak 2006/115 anses som et feiltrinn. Dette må sees i lys av gjeldende rett i dag, og hvordan rettstilstanden kunne stilt

seg annerledes dersom det ble avsagt flere reaksjonære uttalelser eller dommer etter lovkommentarenes kritikk mot saklighetskravets todeling, hvorpå gjeldende rett ville utviklet seg annerledes.

Innfortolkning av forsvarlighetsvilkåret når det kommer til saklig avlysning grunnet manglende budsjett er senere blitt anerkjent ved enkelte uttalelser⁷⁶, noe som poengterer en viss usikkerhet rundt tolkningsmetoden på dette tidspunktet.

I etterkant er det blitt gitt klare førende uttalelser gjennom forarbeider⁷⁷ og praksis⁷⁸ som fastslår den gjeldende rett som at saklig avlysningsgrunn er en objektiv vurdering, mens subjektive momenter, herunder forsvarlighetskrav, først skal vurderes ved erstatningsspørsmål, og det finnes ingen holdepunkter i dag for en tolkning som den nemnda utfører i sak 2006/115.

3.1.5. Oppsummert om saklighet på grunnlag av overskredet budsjett

Som nevnt innledningsvis i punkt 3.1.1. er området for saklig avlysning på grunnlag av manglende budsjett relativt uproblematisk.

Økonomiske hensyn er dypt forankret som saklige avlysningsgrunner innen offentlige anskaffelser jf. Concord-kjennelsen og uttalelser fra KOFA som bekrefter denne gjeldende rett. I mangfoldige saker⁷⁹ uttaler nemnda at økonomiske hensyn generelt må anses som saklig grunn for saklig avlysning, og blant annet i sak 2015/39 premiss (39) blir «budsjettoverskridelse» konkret fremhevet som å «normalt må anses som en saklig avlysningsgrunn».

Som nevnt i punkt 2.3. om Concord-kjennelsen, som er førende for videre praksis på området for avlysning, kreves det ikke en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men at det er tilstrekkelig at vurderingen hviler på en forsvarlig vurdering fra oppdragsgiver sin side.⁸⁰ Økonomiske hensyn som budsjettoverskridelse

⁷⁶ KOFA 2008/24 premiss (120).

⁷⁷ NOU 2014:4 punkt 26.2.1.

⁷⁸ KOFA 2010/280.

⁷⁹ Eksempelvis KOFA 2008/78 premiss (60), KOFA 2010/221 premiss (32), KOFA 2015/39 premiss (39) og KOFA 2015/110 premiss (13).

⁸⁰ Dragsten 2013 side. 706.

At økonomiske hensyn er en generell saklig avlysningsgrunn er en forlengelse av prinsippet om effektiv offentlig ressursbruk, som utledet av kravet om konkurranse etter anskaffelsesloven § 4⁸¹ og lovens formålsparagraf § 1.

En så lav terskel for saklig avlysning på grunnlag av budsjettoverskridelse kan i utgangspunktet sies å være i strid med det grunnleggende kravet om forutberegnelighet, jf. anskaffelseslovens § 4, særlig ved små marginer for overskridelse. Etter Borgarting lagmannsretts kjennelse av 14. februar 2005 blir oppdragsgivers forsvarlige helhetsvurdering av avlysningen, som angitt av Concord-kjennelsen, presisert til å måtte «bero på en totalvurdering av alle parters interesser i lys av de alminnelige prinsipper for offentlige anskaffelser som ligger til grunn for anskaffelsesloven, herunder hensynet til forutberegnelighet.»⁸² Hvorvidt krav til forutberegnelighet er brutt retter seg like fullt ikke mot hvorvidt avlysningen var saklig, men heller mot erstatningsspørsmålet.⁸³

3.2. Avlysning av konkurransen på grunnlag av manglende konkurranse

3.2.1. Innledning

Det er i Metalmeccanica Fracasso-saken gitt konkrete og tungtveiende føringer på hvorvidt oppdragsgiver må godta en leverandør dersom denne er den eneste aktuelle tilbyder.⁸⁴ I premiss (18) til (34) vurderer EU-domstolen at de grunnleggende kravene til konkurranse ikke blir ivaretatt i et slikt tilfelle, da oppdragsgiver ikke har mulighet til å sammenligne priser og andre karakteristikker for å oppnå et best mulig resultat.

Videre vil det undersøkes hvordan lignende saker er blitt behandlet av KOFA, og hvordan disse overholder føringene gitt av EU-domstolen.

3.2.2. KOFA sak 2003/75

En tidlig og kortfattet uttalelse fra KOFA på dette området fremgår av denne saken fra 2003. Selv om saken er noe gammel, illustrerer den utgangspunktet for nemndas vurderinger når det

⁸¹ Se punkt 1.8.2.

⁸² LB.2005.1515.

⁸³ Dragsten 2013 side 708.

⁸⁴ C-27/98 – Metalmeccanica Fracasso.

gjelder avlysning på grunnlag av manglende konkurranse, og er en nøkkellavslutning det blir vist til i senere praksis.⁸⁵

Oppdragsgiver var Hemsedal kommune, og klager var Hemsedal Maskinlag AS.

Saken gjaldt avlysning av en anbudskonkurranse for snørydding av kommunale veier i Hemsedal. Avlysningen ble begrunnet med at deltakelsen var for lav, og at klager var den eneste kvalifiserte leverandøren.

Nemndas vurdering er kortfattet, og viste til Metalmeccanica Fracasso-saken og hvordan «mangelfull deltakelse kan være saklig grunn». Dette blir grunnet i at hensynet til «effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg.» Her knyttes adgangen til saklig avlysning opp mot bakenforliggende effektivitets- og konkurransehensyn.

På bakgrunn av dette blir det funnet at avlysningen fremstår som saklig begrunnet.

3.2.3. KOFA sak 2008/14

Oppdragsgiver var Rogaland Fylkeskommune, og klager var Teknisk Bureau AS.

Saken gjaldt avlysning av en konkurranse for diverse entreprisarbeider, der det innkam kun ett kvalifisert tilbud. Konkurransen ble avlyst på grunnlag av både manglende konkurranse og overskridelse av budsjett. Kun momentet rundt manglende konkurranse vil bli vurdert her.

Klager anførte at adgangen til avlysning på bakgrunn av manglende konkurranse måtte være forspilt ettersom det ble innkalt til forhandling.

Nemnda uttalte i premiss (20) at hvorvidt det er innkalt til forhandlinger ikke er relevant for oppdragsgivers avlysningsadgang, og at retten til å avlyse «foreligger frem til kontrakt er inngått». Dette er i tråd med etablert rett om at det ikke foreligger kontraheringsplikt.

Mens avlysningen videre ble vurdert som saklig på grunnlag av økonomiske hensyn, ble manglende konkurranse uten videre vurderinger ansett som et sidemoment som taler for saklig avlysning, jf. premiss (23).

⁸⁵ Eksempelvis KOFA 2008/24 premiss (118) og KOFA 2010/171 premiss (32).

Det som konkret kan utledes fra nemndas vurderinger i denne saken er at innkallelse til forhandlinger ikke er ensbetydende med kontraheringsplikt, da oppdragsgiver etter sikker rett har adgang til å avlyse konkurransen helt frem til kontraktsinngåelse. Forhandlinger avgrenser ikke denne adgangen. Dette kommer på spissen når det dreier seg om kun én tilbyder, der innkallelse til forhandlinger kunne synes å peke mot at tilbyderen blir akseptert til tross for manglende konkurranse, noe som ikke er tilfellet.

I tilfeller ved manglende konkurranse er ikke innkallelse til forhandlinger til hinder for at dette skal anses som saklig avlysningsgrunn.

3.2.4. KOFA sak 2008/216

Med utgangspunktet i sak 2008/14 om at forhandlinger i tilfeller med manglende konkurranse ikke avgrenser mot at en avlysning kan være saklig, vil vi se i sak 2008/216 at slik forhandling kan finnes å være unødvendig når resultatet er avlysning, og slik kan være et brudd på øvrige anskaffelsesregler og dermed utløse erstatningsansvar.

Oppdragsgiver var Kollektivtransportproduksjon AS, og klager var Kaasbøl AS.

Saken gjaldt en konkurranse med forhandling for forsyningsanskaffelse av et sporvekselvarmesystem. Kun ett tilbud ble levert innen fristen, og som først etter langvarig forhandling ble funnet å oppfylle kravspesifikasjonen. Konkurransen ble etter premiss (11) likevel avlyst fordi klager var eneste tilbyder. Avlysningen ble påklaget, delvis på grunnlag av at avlysningen ble kunngjort for sent.

I premiss (33) fastslår nemnda at selv om anskaffelsen reguleres av forsyningsforskriften, er avlysningsvilkåret i utgangspunktet det samme som for konkurranser gjennomført etter anskaffelsesforskriften.

I premiss (34) trekkes de klassiske betingelsene for objektivt sett saklig avlysningsgrunn frem, jf. sak 2008/60, og at dette må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering, jf. Concord-kjennelsen. Ettersom oppdragsgiver la til grunn manglende konkurranse som årsaken til avlysningen, blir avlysningen funnet saklig, jf. Metalmeccanica Fracasso og KOFA saker 2003/75 og 2008/24.

I premiss (37) fant nemnda likevel at oppdragsgiver «burde avlyst konkurransen på et tidligere tidspunkt». Dette fordi forhandlingene mellom oppdragsgiver og klager varte cirka

fire måneder, og at tilbudet i utgangspunktet ikke ble funnet å tilfredsstillende kravspesifikasjonen. I løpet av denne perioden ble klager heller ikke informert om at de var den eneste tilbyder. Nemnda la dette til grunn for at avlysningen var i strid med kravet til god forretningsskikk, det grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippet som i dagens regelverk er omfattet av forholdsmessighetsprinsippet i anskaffelseslovens § 4.

Oppdragsgiver ble funnet å ha opptrådt klanderverdig ved ikke å ha utvist god forretningsskikk, da oppdragsgiver burde avlyst konkurransen langt tidligere og at oppdragsgiver har brukt unødvendige ressurser på forhandlinger, jf. premiss (40). Her ser vi uttrykk for at hensynet til effektiv ressursbruk skal ivaretas.

Selv om avlysningsgrunnen isolert sett er saklig, blir det på bakgrunn av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper funnet at det må være adgang til erstatning for klager for den negative kontraktsinteresse.

3.2.5. Oppsummert om saklighet på grunnlag av manglende konkurranse

Saklighet på grunnlag av manglende konkurranse fremstår som uproblematisk etter de klare føringene i EU-domstolens uttalelser i *Metalmeccanica Fracasso*.

KOFA gir klart uttrykk for utgangspunktet i *Metalmeccanica*-saken og hvordan dette blir overholdt i sak 2003/75, og legger disse til grunn i senere vurderinger.⁸⁶

Ettersom konkurransen kan avlyses i tilfeller med kun én tilbyder der de øvrige er blitt avvist, kan dette problematiseres i tilfeller der de øvrige tilbud er avvist på bakgrunn av formalfeil som ikke har betydning for verken pris eller innhold i tilbudet. I disse tilfellene vil det i realiteten være grunnlag for å sammenligne tilbud for å finne den mest fordelaktige løsningen for oppdragsgiver, og slik ivareta effektivitets- og konkurransehensynene som ligger til grunn for at nettopp manglende konkurranse skal kunne være saklig avlysningsgrunn.

Den lave terskelen for saklig avlysning på grunnlag av manglende konkurranse kan, satt på spissen i slike tilfeller der øvrige tilbud er avvist grunnet formalfeil, finnes å være i strid med grunnleggende effektivitetshensyn, ettersom konkurranseprinsippet som oppstilt etter anskaffelseslovens § 4 er ivare tatt gjennom oppdragsgivers adgang til å sammenligne disse tilbudene. Disse avviste tilbudene blir av Goller mfl. påpekt som å være et trygt

⁸⁶ Eksempelvis KOFA 2008/24 premiss (118) og KOFA 2010/171 premiss (32).

sammenligningsgrunnlag i slike tilfeller, og å da avlyse konkurransen på grunnlag av manglende konkurranse vil stride mot hensynet til effektiv ressursbruk.⁸⁷

3.3. Avlysning av konkurransen på grunnlag av endrede behov

3.3.1. Innledning

Oppdragsgiver kan oppdage at deres behov som utløste anskaffelsesprosessen, endrer seg etter at konkurransen er utlyst. Eksempelvis kan en annen byggeløsning for skolebygg enn den oppgitt i kontrakten bli funnet mer ønsket, eller at dataløsninger i etterkant har vesentlige bedre funksjoner som den utlyste kravspesifikasjonen ikke innebar.

I slike tilfeller vil det ikke være rimelig eller effektiv bruk av ressurser at oppdragsgiver skal være låst til en kontrakt som ikke best mulig møter deres behov. Følgelig vil endrede behov kunne utgjøre saklig avlysningsgrunn, mens eventuelle erstatningsspørsmål for den negative kontraktsinteresse springer ut fra om oppdragsgiver kunne forutsett disse endrede behovene.

I det følgende vil det sees på lagmannsrettsdommer og saker fra KOFA for å undersøke i hvilken grad endrede behov godtas som saklig avlysningsgrunn.

3.3.2. Agder lagmannsrett 2006.06.27⁸⁸

Oppdragsgiver var Sykehuset i Vestfold HF, og klager var Parkeringselskapet AS.

Saken dreiet seg om et erstatningskrav etter avlyst konkurranse. Parkeringselskapet vant og skulle bli tildelt kontrakten, men Sykehuset avlyste konkurransen på grunnlag av at forutsetningene var endret idet «ledelsen ved SiV ønsket en vurdering av innføring av betalingsavgift for ansette, i tillegg til det utlyste omfanget».

Parkeringselskapet krevde erstatning for den positive kontraktsinteresse, på bakgrunn av at avlysningen var usaklig.

⁸⁷ Goller mfl. 2014 side 184.

⁸⁸ LA.2006.5237.

Mens avlysningsgrunnen ble noe omstridt, ble det av lagmannsretten lagt til grunn at det var ønsket om innføring av betalingsavgift som er avlysningsgrunnen. Det er altså snakk om oppdragsgiver sine endrede behov i forhold til den utlyste konkurransen.

De endrede behovene blir i knapphet vurdert av lagmannsretten. Det uttales at «avgiftsgrunnlaget vart med [ønsket om innføring av betalingsavgift] vesentlig utvida, det same gjaldt kravet til utstyr og administrasjon, og lagmannsretten kan ikkje sjå det annleis enn at dette i seg sjælv måtte innebera sakleg grunn til avlysning.»

Mens vurderingen er knapp, blir det poengtert at endringen i behovet medførte «vesentlig» utvidelse av kontrakten, og at dette var saklig avlysningsgrunn.

3.3.3. KOFA sak 2012/183

Oppdragsgiver var Veterinærinstituttet, og klager var Bio-Rad Laboratories AB.

Saken dreiet seg rundt en anskaffelseskonkurranse av PCR-maskiner til laboratoriebruk i Trondheim og Oslo. Konkurransen ble avlyst da oppdragsgiver oppdaget et behov for å harmonisere kravspesifikasjonene til hvert av laboratoriene ved mer moderne instrumenter, noe den utlyste konkurransen ikke tok høyde for.

Klager hevder at denne avlysningen var usaklig.

Nemnda gjorde i premiss (19) en konkret vurdering av hvordan de nye behovene til Veterinærinstituttet skiller seg fra kravspesifikasjonene til PCR-maskinene i konkurranseutlysningen. At laboratoriene i Oslo og Trondheim ikke hadde det samme utstyret skapte «problemer ved overføring av metoder», og kravspesifikasjonene til maskinen tiltenkt Oslo-laboratoriet sammenfalt ikke med spesifikasjonen til maskinen i Trondheim.

I premiss (20) fant nemnda at dette endrede behovet må utgjøre saklig avlysningsgrunn. Dette ble grunnlagt som at oppdragsgiver «etter tilbudsfristen oppdaget fordeler, blant annet ved den daglige driften, ved å samkjøre» laboratoriene. Det synes her som at det er tilstrekkelig med en påviselig fordel for oppdragsgiver for at en behovsendring skal utgjøre en saklig avlysningsgrunn.

3.3.4. KOFA sak 2007/71

Oppdragsgiver var Hordaland fylkeskommune, og klager var Bergen-Nordhordaland Rutelag AS.

Saken gjaldt en anbudskonkurranse for drift av en hurtigbåtrute som ble avlyst på grunnlag av endrede forutsetninger. Oppdragsgiver avlyste konkurransen fordi det ble funnet nødvendig å vurdere direktebuss på den aktuelle ruten, og at dette kunne få betydning for passasjertrafikken til hurtigruten. Klager anførte at dette forholdet burde vært forutsigbart, og påklager avlysningen som usaklig.

Nemnda poengterte i premiss (32) at spørsmålet om direktebuss innkom først etter at konkurransen var kunngjort, og dermed at det ikke var forutsigbart.

I premiss (33) vurderte nemnda at på «avlysningstidspunktet fremstod det som usikkert for innklagede om forutsetningene for konkurransen ville endres i forhold til hvordan de forelå på utlysningstidspunktet». I avlysningsmeddelelsen ble det opplyst at saken «truleg» ville få konsekvenser for passasjergrunnlaget, og at det «sannsynlegvis» ville føre til at hurtigbåtdriften kunne utføres med en vesentlig lavere kapasitet enn kravspesifikasjonen ga uttrykk for, noe som «kan innebære» en ikke uvesentlig innsparing for oppdragsgiver.

Nemnda fant disse momentene som tilstrekkelige for at avlysningen var saklig. Når det fantes usikkerhet rundt hurtigrutebehovet og faktiske muligheter for at dette ville endre seg på bakgrunn av direktebussvurderingene, fant nemnda at oppdragsgiver ikke var forpliktet til en langvarig avtale.

3.3.5. Hålogaland lagmannsrett 2007.06.27⁸⁹

Sakens parter var L. Rødne & Sønner og Troms fylkeskommune.

Saken gjaldt krav om erstatning etter avlyst anbudskonkurranse om levering og drift av ulike båtruter. Avlysningen av konkurransen ble anført som usaklig.

⁸⁹ RG.2007.1390.

Lagmannsretten kom til at avlysningen var usaklig på tre punkter: Den var begrunnet i utenforliggende hensyn, saksbehandlingen fremsto som uforsvarlig og situasjonen var selvforskyldt.

Avlysningen ble funnet usaklig først og fremst på grunnlag av at utenforliggende hensyn ble vektlagt. Oppdragsgiver oppga som årsak til avlysningen at det fantes bekymring for at noe av det aktuelle tilbudsmaterialet var bundet opp i en annen kontrakt. Dette ble av lagmannsretten funnet som å være utenforliggende, og kunne ikke utgjøre saklig avlysningsgrunn. Det avgrenses slik generelt mot vektlegging av utenforliggende kontraktsforhold.⁹⁰

Videre vil lagmannsrettens vurderinger rundt oppdragsgivers endrede behov drøftes.

Fylkeskommunen hevdet at det fantes politiske forutsetninger for at det krevdes en endring i konkurransegrunnlaget. Lagmannsretten fant derimot at dette ønsket om endringer ikke var forårsaket av omstendigheter i etterkant av utlysningen, men av en tolkning av politiske vedtak som forelå før anbudsinnbydelsen. Lagmannsretten uttaler at det «var innenfor fylkeskommunens kontroll og myndighet å avklare hvilken løsning man ønsket før anbudskonkurranse ble utlyst».

Mens det fremgår av regelverkets forarbeider⁹¹ at det må oppstilles et krav om at avlysningsgrunnen ikke kunne forutses, retter dette seg etter gjeldende rett mot det subjektive vilkår, og ikke mot spørsmålet rundt hvorvidt avlysningsgrunnen var objektivt saklig.⁹² Hvorvidt avlysningsgrunnen var forutsigelig for oppdragsgiver er i utgangspunktet en vurdering av om denne har opptrådt culpøst.

I denne saken ser en at oppdragsgiver hadde adgang og myndighet til å avklare behovsendringen før utlysningen av konkurransen. Lagmannsrettens vektning av forholdene som tilsier at avlysningen var usaklig fremgår ikke klart av deres uttalelser, men vektleggingen av de utenforliggende hensyn må anses utslagsgivende. Lagmannsrettens inkludering av behovsendringens forutsigbarhet i saklighetsvurderingen kan være påvirket av den omtalte usikkerheten rundt saklighetsvilkårets todeling⁹³, men det er tydelig at denne vurderingen blir behandlet under det objektive saklighetsvilkåret.

⁹⁰ Se punkt 4.3.

⁹¹ NOU 1997:21 side 139.

⁹² Rt.2001.473 – Concord.

⁹³ Som etter kritikk i lovkommentarer fra Amdal/Roll-Matthiesen 2004 og Dragsten/Lindalen 2005.

Lagmannsretten ga likevel uttrykk for at de har «merket seg at KOFA i enkelte avgjørelser har kommet til at det var saklig grunn til avlysning, selv om oppdragsgiver kunne bebreides for at avlysning ble nødvendig», og at det «ikke er nødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på om avlysningen i dette tilfellet var saklig selv om oppdragsgiver kan bebreides».

Vektingen av at Troms fylkeskommune kunne bebreides avlysningen gis dermed ingen større individuell betydning av lagmannsretten, men inngår kun i deres helhetsvurdering som også omfatter øvrige forhold som tilsier usaklighet.

At oppdragsgiver kunne bebreides avlysningen ble dermed, i tråd med Concord-kjennelsen, ikke vurdert under det objektive vilkår bak avlysningsreglene. Like fullt blir det inkludert av lagmannsretten som et vektingsmoment i helhetsvurderingen av om avlysningen var saklig.

3.3.6. Oppsummert om saklighet på grunnlag av endrede behov

I de ovennevnte eksemplene oppstilles det en lav terskel for hvorvidt en avlysning er saklig på grunnlag av endrede behov.

Gjennomgangen av de tre første eksemplene ovenfor ble gjort i nedstigende rekkefølge i forhold til i hvilken grad behovene ble ansett som å måtte endres, mens saken fra Hålogaland lagmannsrett kan sies å være et eksempel på at forutsigeligheten bak behovsendringen blir innlemmet i helhetsvurderingen av om avlysningsgrunnen var saklig, ettersom dette skal bero på en helhetsvurdering, jf. Concord-kjennelsen.

I dommen fra Agder lagmannsrett blir de endrede behovene for oppdragsgiver ansett som vesentlige, noe som synes å indikere at det kreves et visst omfang av endringens karakter for at denne skal utgjøre saklig avlysningsgrunn. Dette blir like fullt ikke oppstilt som et minimumskrav, men er kun en karakterisering av behovsendringenes følger i den konkrete saken.

At en kontrakt er vesentlig endret må sees i sammenheng med forbudet mot ulovlig direkte anskaffelser, noe som strider mot grunnleggende prinsipper som likebehandling og vil kunne begrense konkurransedeltakelsen.⁹⁴ Ved vesentlig endring vil det være snakk om en annen

⁹⁴ Eksempelvis KOFA saker 2011/251 premiss (41) og 2009/135 premiss (16).

kontrakt, som følgelig må kunngjøres i tråd med regelverket. Avlysning av den opprinnelige kontrakten er dermed nødvendig.⁹⁵

I KOFA-sak 2012/183 var det tilstrekkelig at oppdragsgiver oppdaget «fordeler» ved en annen fremgangsmåte enn det som fremgikk av utlysningen, dette tilfredstilte kravene til endrede behov som saklig avlysningsgrunn. Det er dermed ikke oppstilt noe krav om at det endrede behovet må medføre noen vesentlig endring av kontrakten, men kun at den medfører endring i seg selv.

Sist ser en i KOFA-sak 2007/71 at det ikke er nødvendig med en påviselig endring av oppdragsgivers behov, men kun at selve muligheten for endrede behov eksisterer. Det må her poengteres at det kan synes å oppstilles et krav om sannsynlighetsovervekt for at behovene vil endre seg, ettersom det finnes at Hordaland fylkeskommune sine undersøkelser rundt direktebuss «sannsynlegvis» vil føre til en behovsendring. Like fullt markerer dette en lav terskel for at endrede behov skal kunne utgjøre saklig avlysningsgrunn.

Det nærmeste en kommer usaklig avlysning på grunnlag av endrede behov ser en i dommen fra Hålogaland lagmannsrett, der dette ble oppstilt som et vektet moment i en helhetsvurdering som tilsa at avlysningen var usaklig. Det blir like fullt her påpekt at det generelt ikke kan anses usaklig at oppdragsgiver kan bebreides avlysningen, noe som retter seg etter gjeldende rett.

Det må også poengteres at det i Concord-kjennelsen også var oppstilt endrede behov som avlysningsgrunn, og at dette ble sammenfalt med økonomiske hensyn. Endrede behov vil ofte betinge seg på at andre mer kosteffektive løsninger blir funnet i etterkant av konkurranseutløsningen, og etter gjeldende rett vil økonomiske hensyn generelt utgjøre saklige avlysningsgrunner.⁹⁶

⁹⁵ C-448/01 – Wienstrom premiss (95).

⁹⁶ Se punkt 3.1.

3.4. Avlysning av konkurransen på grunnlag av forfeilet konkurranse

3.4.1. Innledning

Et vesentlig grunnlag for avlysning av konkurranser er at konkurransen anses forfeilet. I dette ligger at anskaffelsesregelverket er brutt, noe som kan skje på ulike måter i anskaffelsesprosessen.

Dersom det foreligger en feil under konkurransen, er utgangspunktet at disse så langt det er mulig skal rettes opp uten avlysning.⁹⁷

Hvis feilen mot formodning ikke kan rettes på annet vis enn ved avlysning, har EU-domstolen gitt føringer om at dette utgjør en saklig avlysningsgrunn.⁹⁸ I Kauppatalo Hansel-saken uttalte EU-domstolen i premiss (36) at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse grunnet selvforskyldte feil så lenge øvrige grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper er overholdt.

Det finnes også en sondring mellom når oppdragsgiver har adgang til saklig avlysning på grunnlag av forfeilet konkurranse, og når oppdragsgiver har avlysningsplikt.⁹⁹

I det følgende vil det vises til eksempler på hvordan KOFA behandler forfeilet konkurranse som grunnlag for saklig avlysning, samt til E-16/16 og hvilke føringer som her gis på området for saklig avlysning.

Deretter vil det sees på avlysningsplikt, for å drøfte hvor denne står i forhold til avlysningsadgangen, og hvordan disse to konseptene viser at vidt forskjellige anskaffelsesrettslige prinsipper kan komme til uttrykk ved avlysningen av en konkurranse etter hvilke interesser som skal ivaretas. Det er hensiktsmessig å inkorporere redegjørelsen for avlysningsplikten her, ettersom denne også springer ut av feil fra oppdragsgiver sin side.

3.4.2. KOFA sak 2016/166

Oppdragsgiver var Eidsberg kommune, og klager var Konica Minolta.

⁹⁷ Dragsten 2013 side 711.

⁹⁸ C-244/02 – Kauppatalo Hansel.

⁹⁹ C-448/01 – Wienstrom.

Saken gjaldt en anbudskonkurranse for anskaffelse av kopi- og multifunksjonsmaskiner. Oppdragsgiver hadde behov for at maskinene skulle ha en bestemt oppstartstid, men hevdet at dette ikke ble tilstrekkelig klargjort i konkurransegrunnlaget. Konkurransen ble dermed avlyst på grunnlag av uklarheter i konkurransegrunnlaget.

Avlysningen ble påklaget som usaklig, på grunnlag av at de aktuelle spesifikasjonene var tilstrekkelig opplyst.

Nemnda vurderte i premiss (17) hvorvidt kravspesifikasjonen om oppvåkningstid var tilstrekkelig klar. Spørsmålet var hvorvidt det dreiet seg om oppvåkningstid med kun fargefunksjoner, eller om oppstart med sort/hvitt-funksjoner også skulle oppgis.

Mens kravene angående sort/hvitt var gitt uttrykk for i konkurransegrunnlaget, fant nemnda at de ikke var inkludert under overskriften «oppvåkningstid» i tilbudsskjemaet. Mens klager hevder at dette var «utvilsomt» klart, finner nemnda i premiss (20) at det at oppstartstiden ikke var inntatt under den aktuelle overskriften «representerer derfor en uklarhet».

Ettersom det var lave marginer mellom poeng til klager og øvrige tilbyderes tilbud, blir det funnet at «klarheten [er] av en karakter som kunne påvirke resultatet av konkurransen.»

At nemnda her kan synes å oppstille krav om at feilen kunne påvirke resultatet av konkurransen ser en parallell til i læren om avlysningsplikt, som det vil gjøres rede for i punkt 3.4.7.

På bakgrunn av denne uklarheten i konkurransegrunnlaget fant nemnda at avlysningsgrunnen var saklig.

Nemnda oppstiller en svært lav terskel for hvilke feil som vil utgjøre saklig avlysningsgrunn, da det kan argumenteres for at uklarheten i denne saken hadde relativt lav betydning. I premiss (16) viste nemnda til at KOFA gjennom sin praksis har lagt til grunn en «lav terskel for hva som kan være saklig grunn til å avlyse en konkurranse.» Dette er en illustrerende uttalelse sammenfalt med praksiseksempelene gjengitt i denne oppgaven, da terskelen generelt blir satt svært lav.

3.4.3. KOFA sak 2009/250

Oppdragsgiver var Tynset kommune, og klager var Kruger Kaldnes AS.

I denne saken ble en avlysning påklaget som usaklig fordi oppdragsgiver ikke synliggjorde feilen som lå bak avlysningen. Etter premiss (25) oppga ikke arbeidsgiver at det var foregått en faktisk feil i avlysningsbegrunnelsen.

Nemnda fremla i premiss (26) at det ikke er tilstrekkelig for saklig avlysningsgrunn at det kun foreligger en feil, da muligheten for feil «alltid vil være tilfellet». Det poengteres at feil generelt vil kunne utgjøre saklig grunn til avlysning, men nemnda oppstiller også at dette «krever imidlertid at oppdragsgiver erkjenner eller sannsynliggjør at en slik feil er begått».

Her ser vi at de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet¹⁰⁰ veies tungt. Ved ikke å opplyse om den aktuelle feilen gis ikke leverandørene anledning til å vurdere om feilen kan utgjøre grunnlag for erstatningskrav mot oppdragsgiver.

Nemnda fant med dette i premiss (28) at det ikke forelå saklig grunn for avlysning, ettersom oppdragsgiver ikke opplyste om hvilke feil som skulle være brutt i avlysningsgrunnlaget. Dette er i utgangspunktet en vesentlig begrensning i oppdragsgivers adgang til saklig avlysning som bygger på grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper.

3.4.4. EFTA-domstolen E-16/16

Sakens parter var AtB (Administrasjonsselskap for kollektivtrafikk i Sør-Trøndelag) og Fosen-Linjen AS.

Mens rettsvirkningen av denne dommen enda er uviss, og heller ikke vil bli grundig behandlet i denne oppgaven, inneholder den flere uttalelser rundt saklig avlysning som er relevante for oppgavetemaet.

Først og fremst ble terskelen for erstatningsansvar oppstilt som langt lavere enn hva som har vært gjeldende rett til nå.¹⁰¹ Dette kan medføre en også lavere terskel for erstatning for den positive kontraktsinteresse,

¹⁰⁰ Se punkt 1.8.4.

¹⁰¹ Se punkt 1.7.2.2.

Videre ble det også gitt føringer for hvorvidt det foreligger saklig avlysningsgrunn når oppdragsgiver avlyste på uriktig grunnlag, noe som kan trekkes opp mot KOFAs sak 2009/250.

I premiss (110) ble det uttalt at oppdragsgiver «kan gå fri fra ansvar for positiv kontraktsinteresse» i tilfeller der «feilen ikke ble påberopt under konkurransens gang og er en annen feil enn den saksøker har påberopt seg» dersom konkurransen ble avlyst i samsvar med øvrige anskaffelsesrettslige regler.

KOFAs vurderinger i sak 2009/250 kan dermed sies å være i strid med E-16/16, som har tyngre rettskildemessig vekt. Nemnda oppstilte krav om at feilen bak avlysningen må synliggjøres for at saklighetsvilkåret skal være oppfylt, da anskaffelsesrettslige prinsipper ellers ikke vil være overholdt.

Ettersom de grunnleggende anskaffelsesrettslige kravene fremgår av direktiv 2014/24/EU artikkel 18 og fortalen premiss (1), herunder «transparency», vil likevel E-16/16 og sak 2009/250 gi uttrykk for samme rett på dette punktet, da det i sak 2009/250 ble funnet at den manglende synliggjøringen av feilen var i strid med de grunnleggende prinsipper.

Det blir like fullt oppstilt i E-16/16 at manglende synliggjort feil ikke uten videre vil medføre at en avlysning er usaklig dersom det øvrige regelverk er overholdt.

3.4.5. KOFA sak 2006/149

Oppdragsgiver var Stavanger Universitetssjukehus, og klager var AKTIV Eiendomsmegling.

Saken gjaldt en konkurranse om eiendomsmeglertjenester som ble avlyst på bakgrunn av at de aktuelle eiendommene ikke var klare for salg, da det krevdes juridiske avklaringer i forhold til eiendommen.

Klagenemndas vurderinger i premiss (16) dreiet seg rundt det faktum at oppdragsgiver var klar over at avklaringer rundt eiendommene trengtes lang tid før konkurransekunngjøringen. Etter nemndas syn «skulle innklagede sørget for å få forholdene avklart og brakt i orden før konkurransen [...] ble kunngjort.» Konkurransen ville ikke behøvd avlysningen dersom dette hadde vært gjort før kunngjøringen.

Det oppstilles så at det på bakgrunn av oppdragsgivers «egen dårlige planlegging» ikke kan finnes at avlysningsgrunnen var saklig.

Her ser vi en avgrensning mot saklig avlysningsgrunn, nemlig at oppdragsgiver ikke har foretatt de nødvendige forberedelser forut for kunngjøringen.¹⁰²

Videre i premiss (17) og (18) vurderes det også hvorvidt oppdragsgiver har begått en ulovlig direkte anskaffelse ved å direkte gi avklaringsarbeidet til Simonsen Advokatfirma DA. Mens unntaksbestemmelsene etter daværende anskaffelsesforskrift § 11-2 (1) tillater direkte anskaffelser for verdier under 500.000, oppga oppdragsgiver kun at anskaffelsens verdi var «meget usikker».

Nemnda viste til at unntaksbestemmelsene må tolkes snevert, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden.¹⁰³ Oppdragsgiver ble funnet som å ikke oppfylle disse kravene, og at den direkte anskaffelsen således var i strid med regelverket.

Ved slike ulovlige direkte anskaffelser vil det foreligge avlysningsplikt.¹⁰⁴

3.4.6. Oppsummert om avlysning på grunnlag av forfeilet konkurranse

Når det kommer til saklig avlysning på bakgrunn av forfeilet konkurranse, oppstiller KOFA-sak 2016/166 en svært lav saklighetsterskel, i likhet med saklig avlysning generelt.

Det blir like fullt oppstilt et krav om at denne feilen synliggjøres for tilbyderne i sak 2009/250, slik at de kan ta stilling til hvorvidt feilen kan utgjøre grunnlag for erstatning. Mens det i E-16/16 oppstilles at manglende synliggjort feil ikke uten videre medfører usaklighet, er dette avhengig av at øvrige regler og prinsipper er overholdt. Dersom oppdragsgiver ikke var pålagt å synliggjøre de feil som utgjør avlysningsgrunnlaget, ville dette være til stor ulempe for tilbyderne, da de aldri ville kunne søke erstatning der det subjektive kravet bak «saklig grunn»-vilkåret er overtrådt. De grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper eksisterer ikke kun for å ivareta det offentlige sine interesser i anskaffelsesprosessen, men også tilbyderne.¹⁰⁵

¹⁰² Se punkt 4.5.

¹⁰³ KOFA sak 2006/105 premiss (37).

¹⁰⁴ Se punkt 3.4.7.

¹⁰⁵ Se punkt 3.4.7.5.

En vesentlig begrensning i adgangen til saklig avlysning ser en i at oppdragsgiver må ha gjort de nødvendige forberedelser forut for konkurransekunngjøringen, som følger av KOFA sak 2006/149.

Dersom feilen ikke kan rettes opp på annet vis enn ny konkurranseutlysning, vil det også kunne foreligge plikt til avlysning.¹⁰⁶

3.4.7. Avlysningsplikt

3.4.7.1. Innledning

Etter EU-domstolen i Wienstrom-saken er utgangspunktet for avlysningsplikt at det må foreligge en feil ved anskaffelsen som ikke kan rettes på en annen måte enn avlysning.¹⁰⁷

Grunnleggende anskaffelsesrettslige krav til forutberegnelighet og likebehandling tilsier at det ved slike feil kreves avlysning. Feil fra oppdragsgivers side som fører til avlysningsplikt kan oppstå på en rekke ulike grunnlag. Ulovlig direkte anskaffelser, feil konkurranseform, feil ved kravspesifikasjonen, feil i konkurransegrunnlaget, feil i informasjonsgivning, motstrid og vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget er alle eksempler på forhold som kan lede til avlysningsplikt.¹⁰⁸

Det ble i sak T-345/03 premiss (149) videre krevet at feilen må ha hatt en innvirkning på konkurransen. Dette ble definert som at konkurransen måtte ha fått et annet utfall for klager dersom feilen ikke oppstod, eller at feilen virket inn på deltakelsen i konkurransen.

At det oppstilles ytterlige krav enn at det foreligger en feil som ikke kan rettes uten avlysning, som etter Wienstrom-saken, har støtte i effektivitetshensyn og det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet. Ved mindre betydningsfulle feil vil det være et sløseri av det offentlige ressurser at oppdragsgiver skal plikte å avlyse i disse tilfellene.

Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 27. mai 2011¹⁰⁹ gjengir momentet om effektivitetshensyn, og kaller det «ressursødende» å la en feil som ikke har hatt betydning for

¹⁰⁶ Eksempelvis KOFA sak 2008/44 premiss (28) og sak 2009/50 premiss (74).

¹⁰⁷ C-448/01 – Wienstrom premiss (95).

¹⁰⁸ Dragsten 2013 side 717-719.

¹⁰⁹ LE.2011.40623.

leverandøren føre til avlysning. På den andre er det en svært lav terskel for at en betydningsfull feil skal medføre avlysningsplikt.

I det følgende vil to nyere eksempler fra KOFAs praksis illustrere disse momentene.

3.4.7.2. KOFA sak 2014/66

Oppdragsgiver var Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet (GKI), og klager var Sharp Business Systems Norge AS.

I denne saken kom KOFA til at det forelå plikt til å avlyse konkurransen fordi kunngjøringen av konkurransen ikke samsvarte med konkurransegrunnlaget.

Saken dreiet seg om et interkommunalt samarbeid om anskaffelse av maskineri til ulike kommuner. I kunngjøringen ble det feilaktig uttrykket at kontrakten ikke ville bestå av delkontrakter, mens det av konkurransegrunnlaget fremgikk at det dreiet seg om rammeavtaler per kommune. Dette forholdet ble påklaget og det ble anført at konkurransen måtte avlyses og kunngjøres på nytt. Spørsmålet var altså om det forelå avlysningsplikt.

Nemnda fant at det forelå avlysningsplikt, da feilen i kunngjøringen kunne innvirke på mulige leverandører sin oppfordring til å ta stilling til deltagelse i konkurransen. I premiss (56) uttaler nemnda at det derfor må legges til grunn at «feilen kan ha virket inn på deltakelsen.»

I dette tilfellet må terskelen for avlysningsplikt anses som å være lavt oppstilt, i tråd med føringene gitt i Eidsivating-dommen. Tilfeller der feil har fått potensielle tilbydere til å avstå deltagelse vil klart ha en høy grad av innvirkning på resultatet av konkurransen, da deltakerbildet kunne vært drastisk annerledes dersom kunngjøring stemte overens med konkurransegrunnlaget.

Effektivitetshensyn taler i utgangspunktet mot avlysningsplikt, da dette innebærer tap av utførte behandlinger og potensiell gjenåpning av konkurransen. På den andre siden kan effektivitetshensyn tilsi at avlysning på bakgrunn av at en ny utlyst konkurranse med et mer presist konkurransegrunnlag vil kunne tiltrekke flere tilbydere og bedre tilbud.

Proporsjonalitetsprinsippet bak offentlige anskaffelser dikterer at tyngden av effektivitetshensynet må sees opp mot verdien av den aktuelle anskaffelsesprosessen. Den gjeldende anskaffelsen gjaldt etter premiss (2) verdier på kun 5-8 millioner over fire år, og det er således snakk om en kontrakt av relativt lav verdi. Dette taler for at effektivitetshensyn

kanskje bør trekke mindre i retning av avlysning i denne konkrete saken, da avtalens størrelse kan tilsi at avlysning er uproporsjonalt belastende.

Til tross for at grunnleggende prinsipper kan sies å tale mot avlysningsplikt i dette tilfellet, er det tydelig at terskelen for avlysningsplikt her blir satt lav av KOFA.

3.4.7.3. KOFA sak 2013/101

Oppdragsgiver var Forsvarsdepartementet, og klager var Nord Norsk Bemanning AS.

I denne saken fant KOFA at det ikke forelå avlysningsplikt i nok et tilfelle der oppdragsgivers angivelser i kunngjøringen ikke stemte overens med konkurransegrunnlaget.

I kunngjøringen ble det oppgitt at kontrakten ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, mens det i konkurransegrunnlaget ble angitt at kontrakten tildeles kun laveste pris. Slike motstridende opplysninger svekker leverandørenes mulighet til å innrette seg de faktiske konkurranseforholdene, og er i utgangspunktet et brudd på det anskaffelsesrettslige kravet om forutberegnelighet, jf. anskaffelseslovens § 4.¹¹⁰

Nemnda la like fullt til grunn i premiss (87) at tilbyderne ikke hadde noen «berettigede forventninger om hva som ville vektlegges i tildelingsevalueringen», og at sammenfalt med konkurransegrunnlaget var kunngjøringen tilstrekkelig klar i hva som ville utgjøre tildelingskriteriet, nemlig laveste pris. Etter dette ble det uttalt at det er «vanskelig å se at motstriden kan ha medført at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom konkurransedokumentene ikke inneholdt motstridende opplysninger, eller at feilen kan ha avholdt leverandører fra å delta».

Her oppstilte nemnda kravet om at feilen må ha innvirket på konkurransen, som ved at den fikk leverandører til å avstå deltakelse, og fant at dette ikke er tilfellet. Følgelig ble det funnet at det ikke forelå avlysningsplikt som følge av denne motstriden.

3.4.7.5. Oppsummert om avlysningsplikt

Generelt kan det etter eksemplene sies at nemnda utfører helhetsvurderinger i tråd med kravene om at feilen må ha hatt innvirkning på konkurransen, som oppstilt etter Wienstrom-saken og T-345/03. Det sees på de reelle forholdene, og i sak 2013/101 blir det funnet at det ikke er holdepunkter for at feilen har hatt tilstrekkelig innvirkning. Som et motstykke til dette

¹¹⁰ Eksempelvis KOFA sak 2010/157 premiss (41).

ser en at det uten videre blir funnet at det foreligger avlysningsplikt i sak 2014/66, da nemnda fant holdepunkter for at feilen innvirket på konkurransedeltakelsen.

KOFA sine vurderinger her er slik illustrerende for gjeldende rett på dette området.

Plikt til avlysning er et interessant konsept i forhold til oppgavetemaet rundt saklig avlysningsgrunn, ettersom de kan sies å være «to sider av samme mynt».

Sammenlagt gir avlysningsadgang og avlysningsplikt uttrykk for at de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper sikter mot å ivareta interesser på begge sider av anskaffelsesprosessen.

Oppdragsgivers adgang til avlysning grunner etter anskaffelseslovens formål, jf. § 1, først og fremst i hensyn om effektiv ressursbruk, og som en ser i punkt 3.1. om budsjettavlysning legges kravet til konkurranse til grunn, jf. § 4. Dette verner om det offentlige interesser i anskaffelsesprosesser som ender opp med avlysning.

På den andre siden ser en at det ved avlysningsplikt ivaretas hensyn til prinsippene forutberegnelighet og likebehandling for leverandørene. Som oppstilt i Wienstrom-saken, T-345/03 og eksemplene fra nemnda ovenfor vil avlysningsplikten trå i kraft dersom disse prinsippene blir krenket i forhold til tilbydere.

4. Oppsummering

4.1. Innledning

Som det blir illustrerende uttrykket i KOFAs sak 2016/166 premiss (16), er det i praksis lagt til grunn en generelt lav terskel for hva som kan være saklig grunn til å avlyse en konkurranse.

Dette kan sammenholdes med at det ikke foreligger noen kontraheringsplikt mellom oppdragsgiver og tilbyder.¹¹¹ Når det inntil kontraktinngåelse ikke foreligger kontraheringsplikt, vil oppdragsgiver i utgangspunktet alltid ha adgang til å avlyse konkurransen.

¹¹¹ Direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nr. 1, C-92/00 Hospital Ingenieure premiss (41), KOFA sak 2011/137 premiss (37).

Saklighetskravet for avlysning etter anskaffelsesforskriftens §§ 10-4 og 25-4 kan slik hevdes å være overflødig, og at det aktuelle spørsmålet alltid kun vil være hvorvidt oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig. Tolkningen av «saklig grunn»-vilkåret som blir lagt til grunn i gjeldende rett, jf. Concord-kjennelsen, innebærer at oppdragsgiver nærmest alltid kan være erstatningsansvarlig, til tross for at det foreligger saklig avlysningsgrunn. Kritikken mot behandlingen av saklighetskravet som et rent objektive vilkår i lovkommentarene¹¹² kan slik synes å ha hatt gode grunner for seg. Formålet bak avlysningsregelen er på den ene siden å sikre avlysningsadgang for oppdragsgiver, og på den andre siden at dette skal kunne gjøres erstatningsfritt dersom det subjektive vilkår er overholdt. Dersom nesten enhver avlysning er saklig, som en rent objektive vurdering ofte tillater, vil regelens innhold kunne fremstå som tom.

Den lave terskelen for saklighet kan like fullt være i endring. Ethvert rettsbilde er dynamisk, og som en ser av den nyere E-16/16 kan det potensielt forekomme endringer i hvordan det objektive saklighetsvilkåret behandles i forhold til erstatningsspørsmål.

På grunnlag av at det etter dagens gjeldende rett like fullt kan reises en antakelse om at enhver avlysning er utgangspunktlig saklig, er det mest hensiktsmessig å peke på de få unntakstilfellene for å illustrere hvor langt dette objektive vilkåret strekker seg.

4.2. Testing av markedet

Etter NOU 1997:21 side 139 oppstilles det at «testing av markedet» gjennom kunngjorte og formelle anskaffelsesprosedyrer, uten påfølgende kontrahering vil neppe være saklig grunn. Oppdragsgivers vurdering av om en anskaffelse skal gjennomføres i egen regi eller gjennom kontrahering skal gjøres før en eventuell anskaffelsesprosedyre.

At en anskaffelsesprosedyre har vist at oppdragsgiver trolig kunne utført oppdraget på en bedre og billigere måte, vil ikke være saklig grunn til å avlyse konkurransen. Dette blir også lagt til grunn i Concord-kjennelsen.

Når det kommer til usaklig avlysning som følge av testing av markedet for så å utføre arbeidet i egenregi, ser en at det er hensynet til forutberegnelighet som tilsier usaklighet. Det blir i NOUens merknad til § 5 fremhevet at forutberegnelighetsprinsippet er vesentlig for at

¹¹² Amdal/Roll-Matthiesen 2004 og Dragsten/Lindalen 2005.

leverandører skal kunne stole på at anskaffelsesreglene blir fulgt,¹¹³ noe som gjør seg særlig gjeldende ved testing av markedet.

I markedstestingstilfeller vil ikke konkurransen være reell, og dersom tilbyderne hadde vært klare over dette ville de ikke deltatt i konkurransen. Dersom det ikke er oppdragsgivers hensikt å avslutte konkurransen med kontraktsinngåelse, vil dette være et særlig brudd på forutberegnelighetsprinsippet. Dersom gjennomføring av oppdraget i egenregi er et mulig resultat av konkurransen, måtte dette i så fall bli tilstrekkelig opplyst om for å sikre kravet til forutberegnelighet.¹¹⁴

4.3. Utenforliggende kontraktsforhold

I punkt 3.3.5. ble Hålogaland lagmannsretts sak om Rødne & Sønner¹¹⁵ trukket frem, der utenforliggende kontraktsforhold ble grunnlagt av oppdragsgiver som avlysningsgrunn.

Her ble avlysningen funnet som usaklig på bakgrunn av en helhetsvurdering rundt flere momenter, men i første rekke fordi utenforliggende kontrakthensyn ble vektlagt av oppdragsgiver. Dette ble funnet som utenforliggende av lagmannsretten, og følgelig ikke kunne utgjøre saklig avlysningsgrunn.

Tildeling av kontrakt skal skje ut fra konkurransegrunnlaget, og å vektlegge leverandørs andre kontraktsforhold er etter lagmannsrettsdommen usaklig.

At det avgrenses mot utenforliggende kontraktsforhold som saklig avlysningsgrunn finner en også begrunnelse for i de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper.

Forutberegnelighetsprinsippet er oppstilt som sikkerhet for tilbyderne, og skal medvirke til at en har tillitt til at oppdragsgiver opptrer i tråd med anskaffelsesregelverket. Ved å vektlegge utenforliggende momenter fra det som fremgår av kunngjøring og konkurransegrunnlag, ivaretas ikke hensyn til tilbyders forutberegnelighet.

¹¹³ NOU 1997:21 side 116.

¹¹⁴ Dragsten 2013 side 714.

¹¹⁵ RG.2007.1390 – Rødne & Sønner, se punkt 3.3.4.

4.4. Favorisering av leverandører

Mens dette ikke er blitt gjort gjeldende i oppgavens utvalgte praksis fra typetilfeller for avlysning, er favorisering av bestemte leverandører i kontraktutdelingen ikke akseptert som saklig avlysningsgrunn. Det følgende eksempel fra klagenemnda vil illustrere dette.

I KOFAAs sak 2005/279 ble Sirdal kommunes avlysning av en anskaffelseskonkurranse om reiselivstjenester påklaget av Kreativt Næringscenter AS som ulovlig.

Sirdal kommune valgte en annen modell for å løse anskaffelsen, og følgelig avlyste. Etter nemndas vurderinger i premiss (24) ble det ikke gjort rede for hvilke endringer denne nye modellen innebar sammenlignet med kontrakten beskrevet i konkurransegrunnlaget.

På bakgrunn av dette fant nemnda at avlysningen fremsto som motivert av «et ønske om å favorisere Sirdalsferie, hvor kommunen hadde eierinteresser», og at det ikke fantes holdepunkter for at det var lagt til grunn saklig avlysningsgrunn.

Dette er et tydelig eksempel på at likebehandlingsprinsippet gjøres gjeldende til fordel for tilbyder. Som henvist til i punkt 1.8.3. er likebehandlingsprinsippet et sentralt krav bak anskaffelsesregelverket,¹¹⁶ og følgelig avgrenses det mot oppdragsgivers adgang til saklig avlysning når prinsippet blir brutt.

4.5. Oppdragsgivers manglende forberedelse

Som eksempel gjort i KOFAAs sak 2006/149 stilles det krav til relevante forberedelser oppdragsgiver må utføre før konkurransekunngjøringen. Dersom manglende forberedelser fører til avlysning, vil ikke kravet til saklighet være oppfylt.

Hensynet til forutberegnelighet synes her klart, ettersom tilbyderne har en berettiget forventning om at konkurransen skal kunne ende i kontraktinngåelse. At oppdragsgiver ikke har gjort de nødvendige forberedelser før kunngjøringen kan slik ikke anses saklig.

¹¹⁶ Prop.51 L (2015-2016) merknad til § 4.

4.6. Avsluttende

I tilfeller der avlysningsgrunnen blir funnet som usaklig, ser en uttrykk for at grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper i særlig grad er brutt.

Det objektive saklighetsvilkår strekker seg svært langt, i den grad at det kan hevdes at en avlysning er utgangspunktlig saklig med mindre svært tungtveiende momenter taler mot det. Slike tungtveiende momenter ser en uttrykk for der de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper er brutt.

I tilfellene der avlysningsgrunnen blir funnet som usaklig ser en likhetstrekk med reglene om avlysningsplikt, da det i begge tilfeller er forutberegnelighet og likebehandling, prinsipper som skal verne om tilbyderne, som får utslag.

Til tross for utgangspunktet om at saklighetsvurderingen skal være en rent objektiv vurdering, ser en at det like fullt blir gjort uttrykk for at de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper skal innfortolkes når det kommer til å beskytte tilbydernes interesser.

Kildeliste

Litteraturliste

- Amdal, Gro og Roll-Matthiesen, Inger: Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave, 2. utgave. Oslo: Kommuneforlaget 2004.
- Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen: Offentlige anskaffelser. Kommentartutgave. Bind 2. Oslo: Universitetsforlaget 2005.
- Dragsten, Marianne H.: Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger. Oslo: Universitetsforlaget 2013.
- Goller, Morten mfl.: Anskaffelsesrett i et nøtteskall. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag 2014.
- Nygaard, Nils: Rettsgrunnlag og standpunkt 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget 2004.

Annet

- Arrowsmith, Sue mfl. (2010). EU Public Procurement Law: An Introduction. Hentet fra Nottingham.ac.uk, <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, 10. desember 2017, samt utlevert som lærestoff i forbindelse med JUS285-2-A EU and EEA Public Procurement Law, høstmesteret 2016.
- Christophersen, Kine B., Gulsvik, Alf A., Werner, Line C. (2015): KOFA om når det foreligger plikt til avlysning av konkurransen. Hentet fra wr.no, <https://www.wr.no/aktuelt/nyhetsbrev/2015/nyheter-innen-offentlige-anskaffelser/>, 10. desember 2017.
- Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2013): Veileder til reglene om offentlige anskaffelser. Hentet fra Regjeringen.no, https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilderer_2013.pdf, 10. desember 2017.

Direktiver

- Direktiv av 31. mars 2004 – 2004/18/EF.
- Direktiv av 11. desember 2007 – 2007/66/EF.

- Direktiv av 13. juli 2009 – 2009/81/EC.

- Direktiv av 26. februar 2014 – 2014/23/EU.
- Direktiv av 26. februar 2014 – 2014/24/EU.
- Direktiv av 26. februar 2014 – 2014/25/EU.

Lover

- Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
- Lov av 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser.
- Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
- Lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

Forskrifter

- Forskrift av 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser.
- Forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.
- Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.
- Forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.
- Forskrift av 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene.
- Forskrift av 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter.

Forarbeider

- NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.
- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser.
- Ot.prp. nr. 3 (2000-2001) Lov om endringer i lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
- Prop.51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser.

EU- og EFTA-domstolen

- C-27/98 – Metalmeccanica Fracasso.
- C-92/00 – Hospital Ingenieure.
- C-448/01 – Wienstrom.
- C-244/02 – Kauppatalo Hansel.
- C-73/07 – Satakunnan Markkinapörssi.
- C-568/08 – Spijker.
- C-134/09 – Strabarg.
- C-368/10 – Max Havelaar.
- C-480/10 – Kommisjonen v. Sverige.
- E-16/16 – Fosen-Linjen v. AtB AS.
- T-345/03 – Kommisjonen v. Evropaïki Dynamiki.

Høyesterett

- Rt.1997.574 – Firesafe.
- Rt.2001.473 – Concord.
- Rt.2001.1062 – Nucleus.
- Rt.2007.983 – Reno-Vest.

Lagmannsrettene

LB.2005.1515.

LA.2006.5237.

RG.2007.1390.

LH.2009.45911.

LE.2011.40623.

Klagenemnd for offentlige anskaffelser

KOFA sak 2003/75.

KOFA sak 2004/1.

KOFA sak 2005/279.

KOFA sak 2006/105.

KOFA sak 2006/115.

KOFA sak 2006/149.

KOFA sak 2007/71.

KOFA sak 2008/14.

KOFA sak 2008/24.

KOFA sak 2008/44.

KOFA sak 2008/60.

KOFA sak 2008/78.

KOFA sak 2008/216.

KOFA sak 2009/50.

KOFA sak 2009/135.

KOFA sak 2009/250.

KOFA sak 2010/157.

KOFA sak 2010/171.

KOFA sak 2010/221.

KOFA sak 2010/280.

KOFA sak 2011/137.

KOFA sak 2011/251.

KOFA sak 2012/183.

KOFA sak 2013/101.

KOFA sak 2013/135.

KOFA sak 2014/66.

KOFA sak 2015/39.

KOFA sak 2015/110.

KOFA sak 2016/166.

KOFA sak 2016/197.