

Oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren ved offentlige anskaffelser

Kandidatnummer: 621

Veileder: Professor dr. juris Erling Hjelmeng

Leveringsfrist: 25. november 2007

Til sammen 16.878 ord

23.11.2007

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Om temaet	1
1.2	Materiale	2
2	<u>INTRODUKSJON TIL DE RELEVANTE DELER AV ANSKAFFELSESRETTE</u>	4
2.1	Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet	4
2.2	Prinsippene om forutberegnlighet og etterprøvbarehet	6
2.3	Kvalifikasjonskrav	7
2.3.1	Generelt	7
2.3.2	Tekniske kvalifikasjoner	11
2.4	Tildelingskriterier	14
2.4.1	Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet	14
2.4.2	Kan man vurdere samme forhold både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium?	16
3	<u>OPPDRAKSGIVERS TIDLIGERE ERFARING MED LEVERANDØREN</u>	20
3.1	Relevansen av egne erfaringer	20
3.1.1	Generelle skranker	20
3.1.2	Egne erfaringer som tildelingskriterium	25
3.1.3	Særlig om enkelte kontraktstyper	28
3.2	Nærmere om vekten av egne erfaringer	33
3.2.1	Generelt	33
3.2.2	Oppdragsgivers positive erfaringer opp mot andres erfaringer	35
3.2.3	Oppdragsgivers negative erfaringer opp mot andres erfaringer	39
3.2.4	Oppdragsgiveren har erfaring med alle leverandørene	40

3.3	Særlig om negative erfaringer	42
3.3.1	Generelt	42
3.3.2	Kontradiksjon ved negative erfaringer	43
3.3.3	Betydningen av erfaringens alder	47
4	<u>LEVERANDØRENS TIDLIGERE ERFARING FRA OPPDRAGSGIVER</u>	50
4.1	Generelt	50
4.2	Forprosjekt	50
4.3	Forprosjekt vs tidligere kontraktsforhold	55
5	<u>AVSLUTNING</u>	61
6	<u>DOMSREGISTER</u>	64
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	67

1 Innledning

1.1 Om temaet

Anskaffelsesdirektivet¹ er en del av EUs mål om å skape et indre marked med fri flyt av varer og tjenester, samt effektiv konkurranse. Det indre marked er basert på et forbud mot å forskjellsbehandle virksomheter på grunnlag av deres nasjonalitet.² Et mål med direktivet er således å sikre likebehandling av leverandører, samt gjennomsiktighet ved tildelingen av offentlige kontrakter.³ I sin tur vil dette bidra til å motvirke forskjellsbehandling.

For å skape et indre marked for offentlige kontrakter, samt å sikre likebehandling og gjennomsiktighet ved tildelingen, er det oppstilt en plikt i anskaffelsesdirektivet og i norsk lovgivning til å anvende fastsatte prosedyrer ved inngåelse av offentlige kontrakter. Hensikten er at dette skal minimere risikoen for at offentlige oppdragsgivere forskjellsbehandler leverandørene.

Problemstillingen i det følgende vil være om oppdragsgiver har adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren ved offentlige anskaffelser. Dette vil bli drøftet med utgangspunkt i de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket, herunder likebehandlingsprinsippet.

Oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren danner således rammen for oppgaven. Punkt 4 omhandler tilfeller der leverandøren har erfaring fra oppdragsgiver. Dette er relevant fordi denne erfaringen står i en spesiell stilling i forhold til likebehandlingsprinsippet. Dessuten er situasjonen der leverandøren har erfaring fra

¹ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004.

² EF-traktatens artikkel 12.

³ Direktivet premiss 2.

oppdragsgiver, og der oppdragsgiver har tidligere erfaring med leverandøren, ofte to sider av samme sak.

Av hensyn til oppgavens omfang, avgrensers jeg imot behandlingen av oppdragsgivers tidligere erfaringer med eventuelle underleverandører.

1.2 Materiale

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å innføre et regelverk i tråd med EUs direktiver om offentlige anskaffelser. Anskaffelsesdirektivet er gjennomført i norsk rett ved lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.⁴ Det norske regelverket bygger i stor grad på EU-direktivene selv om det etter hvert også inneholder en rekke nasjonale bestemmelser.

Loven og forskriften står sentralt i den videre fremstillingen. Noen av de andre benyttede rettskildene krever imidlertid særlig omtale, og jeg vil derfor i det følgende gå litt nærmere inn på praksis fra EF-domstolen, samt fra Klageorganet for offentlige anskaffelser (KOFA).

Siden regelverket for offentlige anskaffelser er basert på et EU-direktiv, er EU/EØS-rettskilder relevante ved tolkningen av bestemmelsene. Gjennom avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA), er EFTA-domstolen gitt en særlig kompetanse til å av gjøre tvister angående forståelsen av de EØS-rettslige reglene.⁵ Det er ikke gjort bruk av praksis fra EFTA-domstolen i den videre fremstillingen av den grunn at den ikke har avgjort noen saker av betydning for dette emnet.

Praksis fra EF-domstolen er imidlertid benyttet i fremstillingen. Gjennom homogenitetsmålsetningen i EØS- avtalen, EØS art. 6 og ODA art. 3 er argumenter

⁴ Lov av 16. juli 1999 nr. 69, og forskrift av 7. april 2006 nr. 402.

⁵ Jfr. ODA art. 32 og 33.

forankret i EF-domstolens praksis uttrykkelig gjort til relevante og tungtveiende argumenter også ved løsningen av de tolkningsspørsmål EØS-avtalen gir grunnlag for.⁶

KOFA ble opprettet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 7a. Det følger av denne bestemmelsen at nemndas saklige kompetanse er begrenset til å avgjøre tvister om rettigheter og plikter etter LOA med forskrifter. Nærmere retningslinjer for klagenemnda er gitt i forskrift.⁷ Det følger av § 1 i denne forskriften at KOFA skal være et ”rådgivende organ”, og da følgelig ikke ha noen form for formell domsmyndighet.

Videre følger det av forskriftens § 5 at KOFA er et uavhengig organ. Nemndas medlemmer er jurister som har særlig fagkunnskap på dette området. Klageorganet er mye benyttet slik at det etter hvert har skaffet seg en betydelig erfaring, og en bred oversikt over regelverket. Etter hvert som nemndas praksis begynner å bli betydelig, er det også grunn til å anta at den blir betraktet som festnet praksis. Disse faktorene tilsier at nemndas avgjørelser tillegges en viss vekt. Vekten av KOFAs avgjørelser kan imidlertid ikke fastlegges på generelt grunnlag, men må ses i forhold til det totale rettskildebildet.

Avgjørelser fra den svenske og den danske klagenemnda for offentlige anskaffelser er også benyttet i oppgaven. Disse blir brukt som støtteargumenter og som illustrasjon.

⁶ Sejersted m. fl. 2004, s. 216.

⁷ Jfr. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002.

2 Introduksjon til de relevante deler av anskaffelsesretten

2.1 Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet

De grunnleggende prinsippene som skal ivareta anskaffelsesprosessen er i nedfelt i LOA § 5. Det er prinsippene om likebehandling av leverandører, konkurranse, god forretningsskikk, gjennomsiktighet, etterprøvbarehet, forutberegnlighet og forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet.

Formålet med prinsippene er å ivareta rettsikkerheten til aktørene i anskaffelsesprosessen, samt å sikre at alle potensielle leverandører har de samme mulighetene til å oppnå kontrakter med det offentlige.⁸ Videre skal prinsippene sikre en effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser.⁹

I det følgende behandles kort noen av de viktigste prinsippene på bakgrunn av at de danner grunnlaget for anskaffelsesdirektivet i sin helhet. De ivaretar hensynet til leverandørens rettssikkerhet, og det er viktig at de overholdes for å oppfylle regelverkets formål om en mest mulig effektiv ressursbruk. Det er videre disse prinsippene som danner rammene oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren.¹⁰

Kravet til likebehandling er kanskje det mest sentrale av alle de grunnleggende prinsippene. Kjernen i prinsippet er "(...)at ensartede forhold ikke må behandles forskjellig, og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet med mindre en sådan forskjellig behandling

⁸ Dragsten/Lindalen 2005, s. 149.

⁹ Jfr. LOA § 1.

¹⁰ Jfr. punkt 3.1 og 3.2.

er objektivt begrunnet”.¹¹ Likebehandling betyr således at en av deltakerne i konkurransen for eksempel ikke skal ha et fortrinn på grunn av sin nasjonalitet, familieforhold, oppdragsgivers tidligere kjennskap til leverandøren, særlig kunnskap om den aktuelle kontrakten med mer.

Likebehandlingsprinsippet står også sentralt i den norske gjennomføringen av regelverket. For det første følger det av LOA § 5 at: ”Oppdragsgiver skal sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandørene”. Videre er prinsippet gjentatt i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) del I.¹² Det er i § 3-1 (4) slått fast at: ”Konkurranser skal gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører”. Viktigheten av prinsippet understrekes således av at det er nevnt både i loven og i forskriften.

Prinsippet er også lagt til grunn i en lang rekke avgjørelser fra KOFA.¹³

Kravet til likebehandling går lenger enn kravet til ikke-diskriminering. Det omfatter ikke bare et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet. Det gjelder uavhengig av nasjonalitet, og krever at alle leverandørene får de samme mulighetene gjennom hele anskaffelsesprosessen.¹⁴ For det første, betyr det at leverandørene skal behandles likt både når de utarbeider sitt tilbud, og når oppdragsgiver vurderer tilbudene.¹⁵ Det vil si at kriteriene for tildeling i forbindelse med vurderingen av tilbudene skal anvendes på en objektiv og ensartet måte overfor alle leverandørene.¹⁶ Likebehandlingsprinsippet har således også en side til kravet om objektivitet.

For det andre inneholder likebehandlingsprinsippet et krav om gjennomsiktighet¹⁷ på en slik måte at det er mulig å fastslå om prinsippet er overholdt.¹⁸ Kravet til gjennomsiktighet

¹¹ Jfr. sak C-434/02 (Arnold André) premiss 68.

¹² Jfr. FOA § 3-1 (4).

¹³ Jfr. punkt 3.2.

¹⁴ Jfr. sak C-243/89 (Storebælt).

¹⁵ Jfr. sak C-19/00 (SIAC construction) premiss 34.

¹⁶ Jfr. sak C-19/00 (SIAC construction) premiss 44.

¹⁷ Jfr. LOA § 5, 3 ledd.

¹⁸ Jfr. i denne retning blant annet sak C-470/99 (Universale-Bau) premiss 91 og 92.

består i å sikre en passende grad av offentlighet til fordel for enhver tilbudsgiver, og på den måten åpne markedet for konkurranse og kontrollere at anskaffelsesprosedyrene er upartiske.¹⁹ Likebehandlingsprinsippet sikrer således både at leverandører behandles likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, og på bakgrunn av prinsippet om gjennomsiktighet, at prosessen er basert på reell likebehandling.

Ved å kreve gjennomsiktighet, åpner likebehandlingsprinsippet markedet for konkurranse. For leverandørene vil det kun være realitet i mulighetene til å oppnå en offentlig kontrakt dersom de konkurrerer på like vilkår. Føler de at likebehandlingsprinsippet ikke vil bli ivaretatt, kan det være at de avstår fra å delta i konkurransen. Prinsippet om likebehandling har således også en side til konkurranseprinsippet.²⁰

2.2 Prinsippene om forutberegnlighet og etterprøvbarehet

Prinsippene om forutberegnlighet og etterprøvbarehet er nedfelt i LOA § 5 tredje ledd. Det følger av denne bestemmelsen at også disse prinsippene må ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen.

Kravet til forutberegnlighet innebærer at leverandørene skal ha tilstrekkelig informasjon om konkurransen og gjennomføringen av den til at de kan foreta forsvarlige vurderinger og valg med hensyn til tilbudets innhold.²¹ Det betyr at leverandørene til enhver tid skal vite hvilke krav som stilles, og hvilke kriterier de blir vurdert etter. Bakgrunnen for det er at leverandørene skal ha mulighet til å kontrollere at regelverket blir fulgt. Prinsippet om forutberegnlighet er på denne måten med på å bygge opp tilliten til regelverket.

¹⁹ Jfr. sak C-324/98 (Telaustria) premiss 62.

²⁰ Jfr. LOA § 5 annet ledd.

²¹ Dragsten/Lindalen 2005, s. 158.

Forutberegnlighetsprinsippet har nær sammenheng med prinsippet om etterprøvbarehet. Etterprøvbarehetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver skal sikre at det som foretas i anskaffelsesprosessen kan dokumenteres. Et utslag av dette prinsippet er skriftlighetskravet. Dette kravet blir nærmere behandlet under punkt 3.1.

2.3 Kvalifikasjonskrav

2.3.1 Generelt

Kvalifikasjonskrav er krav som knytter seg til leverandørens generelle egnethet til å levere den etterspurte ytelsen. Dette følger av FOA § 8-4 (2), samt § 17-4 (2) som sier at: ”Kravene skal sikre at leverandøren er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene”. Kvalifikasjonsfasen er således en vurdering av leverandøren. Dette i motsetning til tildelingsfasen som er en vurdering av selve tilbudet.²²

Utgangspunktet er at oppdragsgiver har en stor skjønnsfrihet i forhold til hvilke kvalifikasjonskrav han ønsker å benytte, og hvor streng han ønsker å være.²³ Likevel må han holde seg innenfor visse skranker for at kvalifikasjonskravene skal være lovlige.

For at det i det hele tatt skal være snakk om et kvalifikasjonskrav, må kravet altså være egnet til å vurdere om leverandøren er i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Kvalifikasjonskravene må være relevante for leverandørens evne til å gjennomføre den aktuelle konkurransen. Man kan således ikke stille generelle krav. Dette følger av prinsippet om konkurranse, da slike krav ville ha begrenset konkurransen unødvendig. Hvilke krav som er nødvendige å stille i det enkelte tilfellet, reguleres av anskaffelsens art og omfang.

²² Jfr. punkt 2.4.

²³ Dragsten, 2006 s. 148.

De kvalifikasjonskravene som stilles, må stå i forhold til den ytelse som skal leveres.²⁴ Det betyr at kravene må være proporsjonale i den forstand at man ikke unødvendig begrenser konkurransen.²⁵ Skal man for eksempel anskaffe enkle varer som kontorrekvisita, er det lite hensiktsmessig å kreve 10 års erfaring med levering av den slags. Det vil si at jo mer komplisert ytelsen er, desto flere og strengere kvalifikasjonskrav er det anledning til å stille.

Kvalifikasjonskravene er minimumskrav til leverandørene, herunder til deres tekniske kvalitet, samt finansielle og økonomiske stilling.²⁶ Formålet med å stille minimumskrav, er å sikre at leverandøren har tilstrekkelig grunnlag for å gjennomføre kontrakten. Man kan således alltid være bedre kvalifisert enn kravene tilsier, men ikke dårligere. Bakgrunnen for at kvalifikasjonskravene er minimumskrav, er at man ikke skal begrense konkurransen unødvendig. De kvalifikasjonskravene man stiller, er avgjørende for hvem som får være med videre i konkurransen. Man kan således si at kvalifikasjonsprosessen er en ”enten/eller-prosess”. Det er konkurransemessig interessant å få flest mulig kvalifiserte tilbydere, da det igjen vil resultere i rimeligere anskaffelser. Det at kvalifikasjonskravene er minimumskrav, skiller dem fra tildelingskriteriene som er konkurranseelementer der man konkurrerer om best mulig uttelling innenfor hvert kriterium.²⁷

Videre må kvalifikasjonskravene være basert på objektive kriterier,²⁸ og ikke stride mot de grunnleggende kravene i LOA § 5. Kravet til objektivitet skal sikre at alle har samme muligheter i konkurransen, og er således et utslag av prinsippet om likebehandling. For å oppfylle objektivitetskravet, må kriteriene man benytter være etterprøvbare, relevante og ha betydning for formålet med anskaffelsen.²⁹

²⁴ Jfr. FOA § 8-4 (2) og § 17-4 (2).

²⁵ Jfr. LOA § 5.

²⁶ Jfr. FOA § 8-4 (1) og § 17-4 (1).

²⁷ Jfr. punkt 2.4.

²⁸ Jfr. blant annet KOFA-sak 2005/261 premiss 41.

²⁹ Dragsten/Lindalen 2005, s. 161.

Kvalifikasjonskravene skal ikke diskriminere leverandører på grunn av nasjonal eller lokal tilhørighet.³⁰ Dette er et utslag av likebehandlingsprinsippet, som sikrer lik rett til konkurranse. Diskrimineringsforbudet er imidlertid ikke til hinder for forskjellsbehandling som kan begrunnes saklig og objektivt.³¹ Det er for eksempel tillatt at oppdragsgiver utformer tilbud med tilhørende dokumentasjon på norsk.³² Dette er i utgangspunktet en diskriminering overfor utenlandske tilbydere, men er godtatt av praktiske hensyn. I denne sammenheng har således effektivitetshensynet gått foran diskrimineringsforbudet.

Det kan videre utledes et klarhetskrav av kravene til forutberegnlighet, likebehandling, og gjennomsiktighet i LOA § 5. Et slikt krav innebærer at kvalifikasjonskravene må være klart utformet slik at alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå kriteriene på samme måte.³³ Det er viktig at leverandørene vet hvilke krav som stilles for å delta i konkurransen. Upresise formuleringer kan i realiteten gi oppdragsgiver et fritt skjønn ved kvalifiseringen. Det er derfor viktig at kvalifikasjonskravene er formulert så presist at de lar seg etterprøve. Ved at kravene lar seg etterprøve, kan leverandørene kontrollere hvorvidt regelverket blir fulgt, noe som er viktig for deres rettssikkerhet.

I teorien er det hevdet at kvalifikasjonskravene ikke kan være absolutte.³⁴ Det siktes da til at man for eksempel ikke kan kreve at en leverandør skal ha nøyaktig fem års erfaring. I stedet må man formulere kravet som et krav om ”tilstrekkelig erfaring”.

Prinsippet om forutberegnlighet taler for at man benytter absolutte krav. Stiller man eksempelvis et krav om fem års erfaring, er hensynet til forutberegnlighet ivaretatt i den forstand at leverandøren vet nøyaktig hvor mange års erfaring man må ha for å være kvalifisert for konkurransen. Formulerer man kravet slik at leverandøren trenger ”tilstrekkelig erfaring”, er det vanskeligere for leverandøren å vite hvor oppdragsgiver

³⁰ Jfr. FOA § 8-4 (3) og § 17-4 (3).

³¹ Dragsten 2006, s. 57.

³² Jfr. FOA § 3-9.

³³ Jfr. sak C-19/00 (SIAC construction) premiss 45, samt KOFA-sakene 2003/74, 2003/273 premiss 15, 2007/39 premiss 30 og 2007/86 premiss 25.

³⁴ Dragsten 2006, s. 147.

trekker grensen. Samtidig vil man ved å formulere kravet på denne måten, unngå å begrense konkurransen på forhånd ved at man gir leverandørene en mulighet til å presentere seg før man vurderer hva som er ”tilstrekkelig erfaring”.

Det kan virke som om KOFA åpner for at kravene kan gjøres absolutte. I sak 2003/7 uttales det: ”Når oppdragsgiver ikke angir kvalifikasjonskravene gjennom absolutte krav, vil det være rom for et visst skjønn i vurderingen av om den enkelte leverandør er kvalifisert til å påta seg de aktuelle kontraktsforpliktelsene.”

Denne avgjørelsen kan forstås slik at systemet tillater absolutte kvalifikasjonskrav. Dette forutsetter selvsagt at de grunnleggende kravene i regelverket er tilfredsstilt. Det er først og fremst kravet til proporsjonalitet og til at man ikke skal begrense konkurransen unødvendig, som vil kunne begrense bruken av absolutte kvalifikasjonskrav.

Problemet med absolutte krav er at man setter en definitiv grense og dermed utelukker leverandører som ligger tett opp til denne grensen. Stiller for eksempel oppdragsgiver krav om erfaring, kan det være helt ubetydelige erfaringsforskjeller som i en slik situasjon avgjør om man oppfyller kvalifikasjonskravene eller ikke. Sett i forhold til målet om mest mulig konkurranse, er det ikke interessant å utelukke leverandører på denne måten. Det er da bedre at kravet formuleres som ”tilstrekkelig erfaring” slik at man unngår et kunstig skille mellom leverandørene.

Det kan også være problematisk å formulere kvalifikasjonskrav som krav om ”tilstrekkelig erfaring”. Man kan for eksempel risikere at man ikke får noen leverandører som har lang nok erfaring. I et slikt tilfelle vil det ikke være forsvarlig å gjennomføre konkurransen med leverandøren som har lengst erfaring. Det kan imidlertid tenkes at konkurransen kan avlyses på det grunnlag at man ikke har leverandører som kan gjennomføre anskaffelsen på en forsvarlig måte, jfr. FOA § 13-1 og § 22-1.³⁵

³⁵ En videre drøftelse av vilkårene for å avlyse konkurransen faller utenfor denne oppgaven. Jeg nøyer meg med å påpeke at det kreves ”saklig grunn”.

Et annet problem ved formuleringen ”tilstrekkelig erfaring” er forholdet til etterprøvbarehetsprinsippet. Som nevnt ovenfor, er upresise formuleringer vanskelig å etterprøve. En slik etterprøvelse er viktig for leverandørens rettssikkerhet da den skal hindre at oppdragsgiveren får et ubetinget fritt valg.

Når man ser kravet ”tilstrekkelig erfaring” i sammenheng med hva som skal anskaffes, er ikke kravet så vagt som det først kan se ut til. Skal man for eksempel bygge en atomreaktor for forskningsformål, er det rimelig opplagt at med de konsekvensene som feil her kan medføre, betyr ikke ”tilstrekkelig erfaring” noen få år. Tar man derimot eksempelet om kontorrekvisita ovenfor, er situasjonen motsatt. Dette er en enkel leveranse, der ”tilstrekkelig erfaring” neppe kan forstås som mange år.

Man ser således at etterprøvbarehetsprinsippet, og herunder leverandørens rettssikkerhet, burde være tilstrekkelig ivaretatt ved at man ser kravet i forhold til hva som skal anskaffes.

2.3.2 Tekniske kvalifikasjoner

Oppdragsgiver kan benytte ulike typer kvalifikasjonskrav, herunder krav til leverandørens tekniske kvalifikasjoner, økonomiske og finansielle stilling, samt krav til leverandørens organisering. De to siste nevnte kategoriene faller utenfor denne oppgaven og vil ikke bli behandlet. I det følgende blir det redegjort for hvilke tekniske kvalifikasjoner som en oppdragsgiver kan benytte.

Hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles under tekniske kvalifikasjoner følger for forskriftens del III av § 17-4 (1) annet punktum. Bestemmelsen sier at en vurdering av leverandørens tekniske kvalifikasjoner særlig skal baseres på kriterier som faglig kompetanse, effektivitet, erfaring og pålitelighet. Man har ingen tilsvarende bestemmelse i forskriftens del II, men det er også en god retningslinje for anskaffelser som følger disse

reglene.³⁶ Utover disse generelle føringene gir ikke forskriften noen nærmere anvisning på hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles.

Det er imidlertid alminnelig antatt at rammene for hvilke krav som kan anvendes, utledes av kravene til dokumentasjon i FOA § 17-8 flg.³⁷ Begrunnelsen for dette, er at det er lite hensiktsmessig å stille krav til kvalifikasjoner det ikke kan føres bevis for. Man vil da få en situasjon der oppnåelsen av kravene ikke kan måles, og kravene vil da være uten verdi.

Når det gjelder tekniske kvalifikasjoner, er det i motsetning til økonomiske og finansielle kvalifikasjoner i § 17-8, lagt til grunn av EF-domstolen at direktivlisten over dokumentasjon er uttømmende.³⁸ Kvalifikasjonskrav som ikke naturlig følger av listen over dokumentasjon i FOA § 17-9, kan således ikke benyttes.

FOA § 17-9 (1) c slår fast at som bevis på leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner, kan det i samsvar med arten, mengden og anvendelsen av ytelsene for vare- og tjenestekontrakter, fremlegges en liste over de viktigste leveranser eller tjenester de siste tre årene, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på den private mottaker. Det bør her nevnes at det er lagt til grunn av EF-domstolen at: ”En simpel referenceliste (...) som alene inneholder opplysning om identiteten og antallet af de bydendes hidtidige kunder, men ingen andre opplysninger vedrørende de leveranser, som er gjennomført til disse kunder, ikke inneholder nogen angivelse, som gør det mulig at identifisere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, i intet tilfelle kan udgøre et tildelingskriterium”³⁹

En slik liste synes heller ikke å være særlig eget til å vurdere om leverandøren er kvalifisert til å utføre oppdraget. Bakgrunnen for det er at den kun sier noe om hvilke prosjekter leverandøren har utført, og ikke i hvilken grad oppdragsgiveren var fornøyd med det arbeidet leverandøren utførte.

³⁶ Dragsten 2006, s. 149.

³⁷ Dragsten/Lindalen 2005, s. 813, Dragsten 2006, s. 148 og Trygstad 2006, s. 123.

³⁸ Jfr. sak C-71/92 (Kommissjonen mot Spania) premiss 22 jfr. premiss 10.

³⁹ Jfr. sak C 315/01 (GAT) premiss 66.

Spørsmålet om oppdragsgiver har anledning til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren, subsumeres under tekniske kvalifikasjoner. Det er et vilkår for at oppdragsgiver skal kunne vektlegge egne erfaringer med leverandøren at han baserer seg på referanser for de leverandørene han selv ikke har noen erfaring med.⁴⁰ Skal andres erfaringer gjennom referanselister legges til grunn på lik linje med egne erfaringer, må referanselistene for vare- og tjenesteanskaffelser si noe om vedkommende arbeidsgiver var tilfreds med leverandøren.

Av FOA § 17-9 (1) f nr. 2 følger det imidlertid at man for bygge- og anleggskontrakter kan fremlegge en oversikt over arbeider som er utført i løpet av de siste fem år, sammen med attester over tilfredsstillende utførelse av de viktigste arbeidene.

Etter ordlyden i FOA § 17-9 (1) c og f nr. 2 kan det virke som om man bare kan legge vekt på egne erfaringer med leverandøren som kvalifikasjonskrav ved bygge- og anleggskontrakter på bakgrunn av at listen over dokumentasjon er uttømmende. Det synes ikke å være i samsvar med praksis fra KOFA. Den oppstiller ikke noe skille mellom ulike typer anskaffelser i forhold til om oppdragsgiver kan vektlegge egne erfaringer som kvalifikasjonskrav.

Spørsmålet blir derfor om § 17-9 (1) c kan tolkes utvidende, slik at referanselisten også kan inneholde informasjon om leveransen eller tjenesten var tilfredsstillende utført.

Det at bestemmelsen er positiv rettslig, taler imot en utvidende fortolkning. Hensynet til en lojal gjennomføring av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen tilsier videre at man i utgangspunktet skal være forsiktig med å tolke regelverket utvidende.

På den annen side kan man på generelt grunnlag ikke si at det er større behov for å kvalitetssikre leverandøren ved bygg- og anleggsanskaffelser, enn ved anskaffelser av varer

⁴⁰ Jfr. punkt 3.2.

og tjenester. Skal man eksempelvis bygge en undervannstunnel, er det selvsagt viktig å kvalitetssikre leverandøren, men det vil også være viktig ved for eksempel anskaffelse av kirurger, som er en tjenesteanskaffelse.

Sett under ett, bør man kanskje kunne innfortolke en mulighet for at referanselisten også ved vare- og tjenesteanskaffelser kan inneholde informasjon om hvorvidt leveransen eller tjenesten var tilfredsstillende utført.

2.4 Tildelingskriterier

2.4.1 Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

Reglene om tildelingskriterier følger av FOA del II § 13-2 og del III § 22-2. Disse bestemmelsene sier at tildelingen enten skal foretas på bakgrunn av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har lavest pris. I utgangspunktet kan oppdragsgiveren velge fritt mellom disse to hovedtildelingskriteriene, men han må velge ett av dem.

I det følgende, behandles hovedkriteriet ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet”. Velger oppdragsgiver å tildele kontrakten etter dette hovedkriteriet, skjer tildelingen av kontrakten på bakgrunn av en bredere vurdering der målet i korte trekk er å finne det tilbudet som gir det beste forholdet mellom pris og kvalitet.⁴¹ Tilbudet med lavest pris kan da ikke blir valgt fordi andre tilbud for eksempel representerer bedre kvalitet.

FOA §§ 13-2 (2) og 22-2 (2) forutsetter at vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, skal skje på bakgrunn av tildelingskriterier.

⁴¹ Trygstad 2006, s. 28.

Den største forskjellen mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav er at tildelingskriteriene knytter seg til den ytelsen som skal prestes, mens kvalifikasjonskravene knytter seg til hvem som skal prestere ytelsen.

Tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere egenskaper ved den etterspurte ytelsen, og stå i naturlig sammenheng med det behov anskaffelsen skal dekke. Forskriften peker på at kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden, ”for eksempel kan være” kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice, teknisk bistand, og tid for levering eller ferdigstillelse som eksempler på tildelingskriterier.⁴² Det følger av ordlyden at denne listen ikke er uttømmende, og oppdragsgiveren derfor kan velge å bruke andre tildelingskriterier.⁴³

Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver har et visst skjønn med hensyn til hvilke kriterier som skal legges til grunn for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. For at et kriterium lovlig skal kunne benyttes ved valg av tilbud, må det oppfylle visse krav.⁴⁴

Tildelingskriteriene må ha økonomisk betydning for oppdragsgiveren. Det betyr at de kriterier som fastsettes må være relevante for kontraktens verdi. Dette følger allerede av navnet ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet”. Ordet ”økonomisk” i denne sammenheng forstås vidt. Det er ikke et krav at tildelingskriteriene skal være av rent økonomisk karakter. Leverandørens erfaring og tekniske evner kan også ha betydning for kontraktens verdi. Det samme kan oppdragsgivers egne erfaringer med leverandøren⁴⁵ og estetiske egenskaper.

⁴² FOA § 13-2 (2) og § 22-2 (2).

⁴³ Jfr. sak C-315/01 (GAT) premiss 63.

⁴⁴ Jfr. sak C-513/99 (Concordia Bus) premiss 81-82.

⁴⁵ Jfr. punkt 3.

Tildelingskriteriene må således ha tilknytning til kontraktens gjenstand, samt økonomisk betydning for oppdragsgiveren. Et eksempel på et tildelingskriterium som har blitt vurdert for generelt, er: ”Firmaets renommé/dyktighet”. KOFA konkluderte med at et slikt tildelingskriterium ikke hadde noen økonomisk verdi for innklagede og ikke hadde tilknytning til kontraktens gjenstand.”⁴⁶ Et slikt kriterium vil nok også stride mot det klarhetskravet som er oppstilt i praksis,⁴⁷ da det er så vagt at det nærmest gir oppdragsgiver fritt skjønn ved evalueringen.

Slik regelverket er utformet, er tildelingskriteriene relative. Det vil si at dårlig uttelling på ett kriterium, kan kompenseres av god uttelling på andre kriterier. Dette viser seg også gjennom kravet til vektning av tildelingskriteriene. Tildelingskriteriene kan således ikke utformes som minstekrav, men er konkurranseelementer, der oppdragsgiver skal foreta en rangering av tilbudene ut i fra i hvilken grad det enkelte tilbud oppfyller tildelingskriteriene.⁴⁸ Vurderingene som foretas i tildelingsfasen er således av en annen karakter enn vurderingene i kvalifikasjonsfasen. I kvalifikasjonsfasen kan oppdragsgiver utelukke leverandører som ikke oppfyller ett eller flere fastsatte minstekrav.⁴⁹

2.4.2 Kan man vurdere samme forhold både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium?

I det følgende vil spørsmålet om det samme forholdet kan vurderes både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium, behandles.⁵⁰

⁴⁶ Jfr. KOFA-sak 2003/165 premiss 26. Se også KOFA-sak 2004/151 premiss 29.

⁴⁷ Jfr. punkt 2.3.1.

⁴⁸ Jfr. blant annet KOFA-sakene 2004/77 premiss 28 og 2006/121 premiss 36.

⁴⁹ Jfr. FOA § 8-4 og § 17-4.

⁵⁰ Spørsmålet her er om det samme forholdet kan tas i betraktning to ganger. Under punkt 3.1.2 drøfter jeg om forhold ved leverandøren overhodet kan vurderes i tildelingsfasen.

Det kan synes som om praksis legger til grunn at dette ikke er tillatt. Bakgrunnen for det er trolig hensynet til forutberegnlighet.

KOFA⁵¹ har lagt til grunn at samme forhold ikke kan vurderes både ved kvalifiseringen og tildelingen, under henvisning til en dom av Hålogaland lagmannsrett.⁵² Retten kom i denne dommen til at når innklagede ikke hadde lagt negativ vekt på leverandørens kapasitet i kvalifikasjonsvurderingen, kunne ikke samme forhold vektlegges negativt i tildelingsevalueringen etter at leverandøren var ansett kvalifisert. Dette gjaldt da særlig når det i konkurransegrunnlaget stod at det bare var generell kapasitet som skulle vektlegges.

Den generelle rekkevidden av avgjørelsen fra Hålogaland lagmannsrett er noe usikker. Juridisk litteratur uttaler, under henvisning til denne dommen, at forholdet kunne vært et annet dersom den generelle kapasiteten ble vurdert i kvalifikasjonsomgangen, mens det i tildelingsomgangen ble vurdert hvilke ressurser som ville bli satt inn for å gjennomføre det aktuelle oppdraget.⁵³ Det kan forstås slik at i den grad samme forhold kan vurderes to ganger, må formålet med bruken av det være forskjellig.

Dette synspunktet støttes også av praksis fra den danske klagenemnda.⁵⁴

Nemnda kom til at kvalifikasjonskravet: ”Liste over de væsentligste leveringer, der er foretaget i de sidste 3 år, deres beløb og tidspunkter samt de offentlige eller private aftagere” var tilsiktet å sikre at de virksomheter som fikk levere inn tilbud, generelt hadde tilstrekkelige erfaringer vedrørende den aktuelle tjenesteytelsen.

Kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, som hovedkriterium, med ”Referencer fra lignende kørsel, herunder overholdelse af leverings- og afhentningstider” som underkriterium. Nemnda kom her til at formålet med dette kriteriet var at det ved valget av leverandør skulle tas hensyn til opplysninger om forløpet til tilbudsgiverens tidlige virksomhet innen lignende arbeid.

⁵¹ Jfr. KOFA-sak 2005/292 premiss 30.

⁵² LH 18.12.1998 (FAK).

⁵³ Dragsten/Lindalen 2005, s. 1754.

⁵⁴ Klagenævnet for Udbud, 23.februar 2001, Kæmpes Taxi og Nordfyns Busser mod Sønder sø Kommune.

Nemnda konkluderte med at kvalifikasjonskravet og underkriteriet som tildelingskriterium ikke var innholdsmessig sammenfallende, samt at underkriteriet var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Underkriteriet var således forenlig med anskaffelsesreglene.

I forhold til oppdragsgivers egne erfaringer med leverandøren, vil det kunne være behov for å vurdere samme forhold to ganger. I kvalifikasjonsfasen er det, som nevnt, leverandørens generelle egnethet som skal vurderes. Det kan tenkes, til tross for at flere oppdragsgivere har dårlig erfaring med leverandøren, at det vil være å gå for langt å si at leverandøren ikke er egnet til å utføre oppdraget. Dette avhenger selvsagt av oppdragets art og hva de dårlige erfaringene konkret består i. Man kan for eksempel tenke seg et oppdrag som objektivt sett er relativt enkelt, og at de dårlige erfaringene er mindre alvorlige, typisk at leverandøren har påbegynt arbeidet fem minutter for sent hver dag. På denne bakgrunnen vil det begrense konkurransen unødvendig hvis man konkluderer med at leverandøren ikke er kvalifisert til å utføre arbeidet.

I tildelingsomgangen derimot, vil oppdragsgivers egne erfaringer med leverandøren kunne være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet⁵⁵ på tross av at leverandøren ble ”klarert” i kvalifikasjonsomgangen. En stadig forsinkelse på fem minutter vil kunne bli dyr for oppdragsgiver på sikt slik at denne leverandørens tilbud, på dette punktet, kanskje ikke vil være det økonomisk mest fordelaktige.

Oppdragsgiverens behov for å kunne vektlegge samme forhold to ganger bør imidlertid være ivaretatt ved at samme forhold kan vektlegges to ganger der formålet med bruken av kriteriet er forskjellig. Det er imidlertid slik forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier er. Man foretar den generelle vurderingen av leverandøren i kvalifikasjonsfasen, og deretter en spesiell vurdering⁵⁶ av tilbudet i tildelingsfasen. Således kan man si at det faktum at samme forhold kan vektlegges to ganger der formålet med bruken er forskjellig, ikke medfører noe annet enn det som allerede følger av regelverkets oppbygging.

⁵⁵ Jfr. punkt 3.1.2 og 3.1.3.

⁵⁶ Dette følger av kravet om at tildelingskriteriet må være knyttet til ”kontraktens gjenstand”.

Konklusjonen er således er at samme forhold kan vektleggs to ganger der formålet med bruken av kriteriet er forskjellig.

3 Oppdragsgivers tidligere erfaring med leverandøren

3.1 Relevansen av egne erfaringer

3.1.1 Generelle skranker

I det følgende vil det bli drøftet hvorvidt oppdragsgiver kan legge vekt på tidligere erfaringer han har med leverandøren.⁵⁷

Utgangspunktet er at oppdragsgiveren har stor frihet i forhold til hvilke kriterier han ønsker å legge til grunn for konkurransen.⁵⁸ Om oppdragsgiveren kan vektlegge egne erfaringer med leverandøren, avhenger av om det er forenlig med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket, samt de øvrige kravene til kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier oppstilt under punkt 2.3 og 2.4. Til sammen utgjør dette rammene for hvilke kriterier som kan oppstilles for oppdragsgivers to hovedbeslutninger og de to hovedfasene i en anskaffelsesprosess.

I denne drøftelsen er det særlig to grunnprinsipper som vil bli behandlet; prinsippet om etterprøvbarehet, og kravet til at oppdragsgiver opptrer i samsvar med god forretningsskikk.⁵⁹

⁵⁷ Drøftelsen i det følgende gjelder både for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

⁵⁸ Jfr. punkt 2.3.1.

⁵⁹ Prinsippet om likebehandling behandles under punkt 3.2.

Prinsippet om god forretningsskikk inneholder blant annet et krav om saklig og forsvarlig saksbehandling. For at oppdragsgiver skal kunne vektlegge sine egne erfaringer med leverandøren, må det således være saklig og forsvarlig av han å vektlegge dem.⁶⁰

Det å vektlegge egne erfaringer i seg selv, er saklig og strider ikke mot de grunnleggende prinsippene. For at det eventuelt skal kunne karakteriseres som usaklig, må for eksempel oppdragsgiver ha problemer med å sannsynliggjøre begrunnelsens riktighet.⁶¹

Dette følger også av praksis fra den danske klagenemnda:

Viborg Amt hadde invitert til en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av tolkebistand i forbindelse med behandling av pasienter av utenlandsk opprinnelse. Klageren ble ikke prekvalifisert, fordi Amtet hadde dårlige erfaringer med han.

Klagenemnda uttalte: ”Utbudsdirektiverne inneholder ikke regler om, hvad ordregiverne skal eller kan lægge vægt på ved beslutninger om, hvilke ansøgere, der udvælges til prækvalifikation. Det må derfor antages, at ordregiverne er frit stillede med hensyn til, hvad de vil lægge vægt på ved en sådan beslutning, under forudsætning af, at beslutningen er saglig og ikke strider mod EU-rettens grundlæggende principper.

En beslutning om ikke at prækvalificere en ansøger med den begrundelse, at man har dårlige erfaringer med den pågældende ansøger, strider ikke i sig selv mod EU-rettens grundlæggende principper. Endvidere er en sådan beslutning saglig efter sit indhold og kan kun karakteriseres som usaglig, hvis ordregiveren ikke kan sandsynliggjøre begrundelsens rigtighed.”

Tilsvarende synspunkt er også lagt til grunn av den svenske klagenemnda. Den uttaler at: ”Såvitt NOU [Nämnden för offentlig upphandling] förstår föreligger inget principiellt hinder mot att använda erfarenhet eller kännedom om anbudsgivare, men det personliga omdömet måste bygga på saklig grund och innehålla substantiell kritik gällande resultatet av tidigare genomfört uppdrag eller anställning.”⁶²

⁶⁰ Jfr. KOFA-sak 2003/66.

⁶¹ Jfr. punkt 3.3.2 om kontradiksjon.

⁶² NOU-info mars '98 s. 15 ff.

Det følger av LOA § 5 at oppdragsgiveren er pålagt å sikre at prinsippet om etterprøvbarehet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen.⁶³ Leverandørene kan på den måten kontrollere at anskaffelsesprosessen gjennomføres i samsvar med reglene. Prinsippet om etterprøvbarehet medfører derfor et krav om at utvelgelse av kvalifiserte tilbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.⁶⁴ Utgangspunktet er således at egne erfaringer kan vektlegges dersom de er objektivt konstaterbare, og ikke bare representerer subjektive vurderinger fra oppdragsgivers side.⁶⁵

Dette støttes også av den svenske klagenemnda, som uttaler at: ”Det finns ingen generell rätt att förkasta anbud enbart p.g.a det förhållandet att de tjänstemän som sköter upphandlingen inte kommer överens med anbudsgivaren på ett personlig plan eller ligger i tvist med denne”.⁶⁶

I realiteten er kravet til etterprøvbarehet et dokumentasjonskrav knyttet til alle oppdragsgivers vurderinger, beslutninger og handlinger i tilknytning til anskaffelsesprosedyrene.⁶⁷ Etterprøvbarehetsprinsippet inneholder et krav om skriftlig dokumentasjon, samt et krav om at den skriftlige dokumentasjonen må ha en klar og entydig form.⁶⁸

Kravet til skriftlig dokumentasjon gjelder både egne erfaringer man ønsker å legge til grunn, samt andres erfaringer, som innhentes i form av referanser. Det følger av LOA § 5 tredje ledd, som sier at: ”Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen”. For referansenes del følger det også direkte av FOA § 17-9 (1) bokstav c nr. 1 at de skal være skriftlige. Ordlyden i bestemmelsen og prinsippene om etterprøvbarehet og gjennomsiktighet taler for at oppdragsgiver ikke kan ta kontakt med referansene muntlig.

⁶³ Jfr. punkt 2.2.

⁶⁴ LOA § 5 fjerde ledd.

⁶⁵ Jfr. blant annet KOFA-sakene 2003/66 og 2005/50 premiss 38 og 2006/92 premiss 18.

⁶⁶ NOU-info mars '98 s. 15 ff.

⁶⁷ Amdal og Roll-Matthiesen 2004, s. 36.

⁶⁸ Jfr. KOFA-sak 2003/54.

Denne bestemmelsen gjelder forskriftens del III, men tilsvarende må gjelde for forskriftens del II.⁶⁹

Bakgrunnen for skriftlighetskravet er at tvetydig og inkonsekvent dokumentasjon i seg selv vil kunne være en indikasjon på at oppdragsgiver ikke har foretatt en forsvarlig saksbehandling.⁷⁰ I KOFA-sak 2004/67 uttalte innklagede at: ”De visste hva valgte leverandør stod for basert på tidligere erfaringer”. Nemnda pekte på at en slik uttalelse er så generell at den ikke er mulig å etterprøve.⁷¹

Grunnen til at oppdragsgiverens tidligere erfaringer med leverandøren må være etterprøvbare for å kunne legges til grunn, er hensynet til en forsvarlig saksbehandling. Er for eksempel ”kvalitet” oppstilt som et kriterium, og oppdragsgiver velger en leverandør han ”vet hva står for”, har man ingen garanti for at han i det hele tatt har vurdert de andre tilbudenes kvalitet. Det vil selvsagt være i strid med regelverket, og på sikt svekke konkurransen. Ved å tillate slike generelle begrunnelser, gir man oppdragsgiveren et tilnærmet fritt skjønn, og det blir da vanskelig å kontrollere om regelverket er fulgt. En konsekvens av dette, kan være at færre etterlever reglene. For eksempel kan det oppstå en situasjon der tilbydere som har best kontakter, får tildelt kontrakten på tross av at de ikke nødvendigvis representerer det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Vet man at man kan få kontrakten på bakgrunn av sin kjennskap til oppdragsgiveren, kan man tillate seg å justere opp prisen litt. En slik ordning er ikke samfunnsmessig interessant, da anskaffelsene vil bli dyrere og konkurransen mindre.

Hvis man derimot har et system som ivaretar regelverket, og påser at det blir fulgt, vil den leverandøren som representerer det beste tilbudet få kontrakten. Ved å kreve klar dokumentasjon fra oppdragsgiver, oppnår man nettopp dette. Det betyr at oppdragsgiver må dokumentere skriftlig at han har hatt for eksempel positive erfaringer den aktuelle leverandøren fra tidligere prosjekter.

⁶⁹ Jfr. LOA § 5 tredje ledd.

⁷⁰ Jfr. KOFA-sak 2003/60.

⁷¹ Jfr. min drøftelse av klarhetskravet under punkt 2.3.

Spørsmålet videre er hvor strengt skriftlighetskravet skal tolkes. Tidligere KOFA-praksis la til grunn et strengt skriftlighetskrav. Oppdragsgiver skulle ta skriftlig, ikke muntlig, kontakt med referanser for å innhente vurderinger av kvalitet på tidligere utført arbeid.⁷²

Senere KOFA-praksis moderer utgangspunktet noe. Man legger der til grunn at dersom oppdragsgiver tar nøyaktig notater fra telefonsamtalene med referansene, tilfredsstiller dette kravene til forutberegnetlighet, likebehandling og etterprøvnbarhet.⁷³ Klagenemnda kommer i sak 2006/14 til at referanser kan innhentes per telefon, så lenge det er ført nøyaktige notater fra telefonsamtalene. Klagenemnda legger til grunn at tilsvarende må gjelde ved egne erfaringer, når innklagede samtidig kan vise til tilgjengelig intern dokumentasjon som er utarbeidet uavhengig av den aktuelle anskaffelsesprosessen, og denne bekrefter det som har blitt rapportert muntlig i forbindelse med anskaffelsen.⁷⁴

Nøyaktige notater fra muntlige samtaler med eksterne referanser oppfyller således regelverkets krav til gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og likebehandling. Notatene må imidlertid være nøyaktige. I KOFA-sak 2007/16 hadde innklagede tatt kontakt med referansene per telefon, men bare tatt notater fra samtalene i stikkordsform. Notatene som var fremlagt viste til korte skjønnspregede karakteristikker, som kunne reflektere subjektive fortolkninger, og det var også fremlagt dokumentasjon for at en av referansepersonene ikke kjente seg så godt igjen i alt som fremgikk av innklagedes notater.

Klagenemnda uttalte at de vanskelig kunne se at innklagede hadde tatt tilstrekkelig nøyaktig notater fra telefonsamtalene. Således var kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i LOA § 5 brutt.⁷⁵

⁷² Jfr. KOFA-sak 2003/11 og KOFA-sak 2004/243 premiss 37.

⁷³ Jfr. f.eks KOFA-sak 2006/14 premiss 35.

⁷⁴ KOFA-sak 2006/92 premiss 19.

⁷⁵ KOFA-sak 2007/16 premiss 52.

I utgangspunktet må den skriftlige dokumentasjonen foreligge på tidspunktet for evalueringen. Det følger av hensynene til etterprøvbarhet, objektivitet, samt en saklig og forsvarlig saksbehandling. Klagenemnda har imidlertid godtatt at egne negative erfaringer ble vektlagt selv om uttalelsen ikke forelå skriftlig bekreftet da evalueringen ble ført i pennen, under henvisning til at: ”den skriftlige uttalelsen forelagt klagenemnda stemmer [...] overens med det som ble lagt til grunn ved evalueringen”.⁷⁶

Dette kan forstås slik at den skriftlige dokumentasjonen kan foreligge etter evalueringen, så sant den bekrefter det som er lagt til grunn under evalueringen. Da er de grunnleggende hensynene ivaretatt.

Oppdragsgivers egne erfaringer med leverandøren er således relevant som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium så lenge de ikke strider mot de grunnleggende prinsippene, herunder spesielt prinsippene om etterprøvbarhet og god forretningsskikk.

3.1.2 **Egne erfaringer som tildelingskriterium**

Når oppdragsgiver ønsker å vektlegge egne erfaringer med leverandøren, er det i utgangspunktet naturlig å gjøre det som et kvalifikasjonskrav, altså som en vurdering av leverandøren. For at oppdragsgiveren skal kunne vektlegge egne erfaringer med leverandøren som kvalifikasjonskrav, må de ikke stride mot de grunnleggende prinsippene i regelverket, samt være i samsvar med reglene for kvalifikasjonskrav.⁷⁷

Spørsmålet er således i hvilken grad forhold ved leverandøren, herunder oppdragsgivers egne erfaringer, kan tas i betraktning som tildelingskriterium.

⁷⁶ KOFA-sak 2006/20 premiss 48.

⁷⁷ Jfr. punkt 2.3

Det tradisjonelle utgangspunktet har vært at vurderingen av om leverandøren er egnet skal foretas i kvalifikasjonsfasen, og at oppdragsgiver da ikke kan foreta denne vurderingen igjen i tildelingsfasen.

Bakgrunnen for dette er blant annet den såkalte ”Beentjes-dommen”.⁷⁸ Domstolen pekte her på at selv om vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner og tildelingen av kontrakt kan finne sted samtidig, reguleres de to prosessene av forskjellige regler.⁷⁹

Avgjørelsen er i teorien tolket slik at oppdragsgiveren, som hovedregel, ikke kan legge vekt på kvalifikasjonskriterier ved tildelingen, men dette fremgår ikke eksplisitt av avgjørelsen.⁸⁰ Denne avgjørelsen er senere tolket av Kommisjonen i forslag til revidert EF-veiledning, og dommen forstås der slik at den oppstiller et absolutt skille mellom kvalifikasjons- og tildelingsfasen. Kommisjonens syn innebærer at oppdragsgiver ikke kan legge vekt på forhold ved leverandøren i tildelingsfasen.⁸¹ Dette synet er videreført i den norske forskriften der det heter at: ”etter at kvalifikasjonskravene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert [...], skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 22-2”.⁸²

Ordlyden trekker her i retningen av at man skal gjøre seg ferdig med vurderingen av leverandøren på kvalifikasjonsstadiet, men den utelukker ikke fullstendig at denne vurderingen også kan være av betydning i tildelingsfasen.

Etter Beentjes-saken er dette spørsmålet behandlet i flere saker fra EF-domstolen. Det kan nå se ut som at utgangspunktet, om at forhold ved leverandøren er forbeholdt kvalifikasjonsfasen, er modifisert.

⁷⁸ Sak C-31/87 (Beentjes).

⁷⁹ Sak C-31/87 (Beentjes) premiss 16.

⁸⁰ Dragsten/Lindalen 2005, s. 1282.

⁸¹ Jfr. CCO/94/41 s. 174.

⁸² Jfr. FOA § 20-1 samt § § 11-1.

I Evans/Macfarlan-saken⁸³ tok ikke domstolen utgangspunkt i skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier slik som man gjorde i Beentjes. Domstolen drøftet i stedet spørsmålet om tildelingskriteriet kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.⁸⁴ Den samme fremgangsmåten ble benyttet av domstolen i førsteinstans i Renco-saken og av EF-domstolen i GAT-saken.⁸⁵

Praksis synes således å ha utviklet seg fra å se på forhold ved leverandøren som et kriterium forbeholdt kvalifikasjonsfasen, til å spørre seg om dette kriteriet faktisk er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kommer man så til at kriteriet er egnet, skulle det da kunne legges til grunn, selv om det etter det tradisjonelle synet hører hjemme under vurderingen av leverandøren.

I norsk rett har ikke Høyesterett tatt stilling til dette spørsmålet. Borgarting lagmannsrett⁸⁶ har imidlertid uttalt seg om det i forbindelse med tildeling av en tjenestekontrakt. Retten uttalte at ordlyden i § 39 i tjenesteforskriften⁸⁷ ikke stenger for å benytte kvalifikasjonskrav i tildelingsomgangen. Den viste til at bestemmelsen ikke inneholder en uttømmende regulering av hvilke tildelingskriterier som kan benyttes. Retten uttalte videre under henvisning til Beentjes-saken, at den ikke kan forstås slik at den stenger for bruk av tildelingskriterier i kvalifikasjonsomgangen.⁸⁸

Med forbehold om at spørsmålet ikke er behandlet av Høyesterett, ser det således ut til at praksis i utgangspunktet har godtatt at forhold ved leverandørens også kan vektlegges i tildelingsfasen.⁸⁹

⁸³ Sak C-324/93 (Evans/Macfarlan).

⁸⁴ Jfr. sak C-324/93 (Evans/Macfarlan) premiss 42-49.

⁸⁵ Jfr. sak T-4/01 (Renco) premiss 66 og sak C-315/01 (GAT) premiss 64.

⁸⁶ Jfr. Borgarting lagmannsrett, sak av 14.mai 2002.

⁸⁷ Tilsvarer nåværende FOA § 13-2 (2) og § 22-2 (2).

⁸⁸ En nærmere drøftelse av dette følger under punkt 3.1.3.

⁸⁹ Dette synspunktet støttes også av Hålogaland lagmannsrett, sak LH-2004-7353, som kom til at oppdragsgiver kunne legge vekt på leverandørens ferdigheter i tildelingsfasen. Videre uttaler KOFA i sak 2003/109 at: "Klagenemnda kan ikke se at regelverket er til hinder for at referanser benyttes både til å vurdere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene og til å vurdere tilbudets økonomiske verdi (kvalitet)." Dette synet er også videreført blant annet i KOFA-sakene 2004/16 premiss 125 og 2005/126 premiss 33.

Dette synspunktet støttes også av den danske klagenemnda.⁹⁰

I/S Reno Syd inviterte til en begrenset anbudskonkurranse angående dagrenovasjon. Dårlige erfaringer med tilbydere fra tidligere kontraktsforhold ble vektlagt i tildelingsfasen. Klagenemnda la til grunn at oppdragsgiver var berettiget til å ta hensyn til klager på utilfredsstillende arbeid.

Klager hevdet at vurdering av klager på firmaet skulle skje i forbindelse med prekvalifikasjonen, og når innklagede på tross av klagenes beslutning å prekvalifisere I/S Iver Pedersen, var de avskåret fra å ta hensyn til disse klagenes i tildelingsomgangen.

Etter innholdet av de fastsatte prekvalifikasjons- og tildelingskriteriene, og klagenes beskaffenhet, kom nemnda til at man kunne ta i klagenes i betraktningen både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium.

Bakgrunnen for at man tillater at forhold ved leverandøren kan vektlegges i tildelingsomgangen der de er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, er nok at det ikke alltid tilfredsstillende oppdragsgivers behov å kun legge vekt på dem i kvalifikasjonsfasen. Det drøftes nærmere under punkt 3.1.3.

Man ser således at der forhold ved leverandøren er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, kan man legge vekt på dem som et tildelingskriterium.

3.1.3 Særlig om enkelte kontraktstyper

Det vil i det følgende bli drøftet hvorvidt oppdragsgiver kan legge vekt på egne erfaringer med leverandøren som tildelingskriterium ved alle typer anskaffelser. Først behandles bygge- og anleggskontrakter, samt tjenestekontrakter. Deretter, behandles vareanskaffelser.

⁹⁰ Klagenævnet for Udbud, 30. mai 1996, A/S Iver Pedersen mod I/S Reno Syd.

Selv om utgangspunktet er at kvalifikasjonsprosessen og tildelingsomgangen er to ulike prosesser, der man vurderer henholdsvis leverandøren og tilbudet, kan det tenkes anskaffelser der vurderingene vanskelig kan foretas atskilt. Med andre ord, ser det ut til at for eksempel oppdragsgivers egne erfaringer med leverandøren, er mer egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ved noen typer anskaffelser enn ved andre. Leverandørens egenskaper har i disse tilfellene direkte betydning for tilbudets verdi for oppdragsgiver. Hvis oppdragsgiver er avskåret fra å vektlegge leverandørens egenskaper ved slike kontrakter, vil bedømmelsen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige bli foretatt uten at viktige aspekter ved tilbudet inngår i bedømmelsesgrunnlaget.⁹¹

Det er særlig ved anskaffelser av tjenester at typiske kvalifikasjonskrav er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I Borgarting lagmannsretts dom av 14. mai 2002 var spørsmålet om kvalifikasjonskrav kan brukes som tildelingskriterier opppe. Det ble da lagt vekt på at Beentjes-saken, som svarte benektende på dette spørsmålet, gjaldt en bygge- og anleggskontrakt. Videre, at EF-domstolen i Beentjes-saken uttalte at oppdragsgiver kan benytte ”diverse kriterier, som varierer etter kontrakten”.⁹² Lagmannsretten pekte på at det gjør seg andre sterke hensyn gjeldende ved tjenestekontrakter som konsulentbistand som er knyttet til leverandørens person.

Består oppdraget i stor grad av innsatsforpliktelser,⁹³ vil det således være særlig aktuelt å bruke det som normalt må antas å være kvalifikasjonskrav som tildelingskriterier. I motsatt tilfelle der oppdraget er detaljert beskrevet, vil utførelsen ikke være så avhengig av hvem som utfører oppdraget. Det vil da ofte være tilstrekkelig at leverandøren har den generelle kompetansen som kreves for å gjennomføre oppdraget.

⁹¹ Trygstad 2006, s. 128.

⁹² Borgarting lagmannsrett, sak av 14.mai 2002, premiss 18.

⁹³ En innsatsforpliktelse er et oppdrag der de personlige egenskapene til leverandøren har stor betydning for gjennomføringen av oppdraget.

Først behandles situasjonen der oppdraget er så detaljert beskrevet at utførelsen ikke er så avhengig av hvem som utfører oppdraget.

I KOFA-sak 2003/3 utlyste Forsvarsbygg en konkurranse for bygging av familieboliger på Setermoen. Ett av tildelingskriteriene var: ”Oppdragsgivers erfaring med tilbyder”.

Klagenemnda uttaler at ”oppdragsgivers erfaring med tilbyder” i utgangspunktet refererer seg til egenskaper ved leverandøren, og spørsmålet er derfor om kriteriet kan representere en økonomisk verdi for oppdragsgiver og være knyttet til kontraktens gjenstand.

Nemnda legger til grunn at det i den aktuelle saken er tale om en forpliktelse for leverandøren til å levere et nærmere avtalt resultat til en avtalt totalpris (fastpriskontrakt), samtidig som kontrakten synes å ha begrenset kompleksitet. På grunnlag av de fremlagte opplysninger, mener KOFA det er vanskelig å se at det er elementer i vurderingen av disse kriterier som innklagede ikke kunne ha ivaretatt ved vurderingen av tilbyderens kvalifikasjoner. Klagenemnda kom på denne bakgrunn til at kriteriet enten ikke burde ha vært definert som et tildelingskriterium, eller at man burde ha indikert at kriteriene som utgangspunkt ville ha liten vekt.

Er det tilstrekkelig å stille minimumskrav til kompetanse og erfaring skal altså dette ivaretas gjennom kvalifikasjonskravene. Er ytelsen av en slik art at tilbudets verdi påvirkes av hvor mye erfaring og kompetanse en leverandør har utover minstekrav, kan dette derimot benyttes som tildelingskriterier.⁹⁴ I motsatt fall, ville det kunne begrense konkurransen unødvendig, om man la stor vekt på egne erfaringer. Klagenemnda kommer imidlertid til at man også i slike situasjoner kan bruke tildelingskriteriet, men at det da bør tillegges liten vekt.

Det virker her som om KOFA velger en ”mellomløsning”. Der de kunne ha slått fast at det ikke er adgang til å benytte denne typen tildelingskriterier ved resultatforpliktelser, velger

⁹⁴ Dragsten/Lindalen 2005, s. 1753.

de å holde muligheten åpen. Bakgrunnen for dette kan være at KOFA er et organ uten domsmyndighet, og ikke et rettsskapende organ. Det kan også være at Forsvarsbygg ville tapt saken uavhengig av dette enkeltspørsmålet, slik at det ikke var noen grunn for nemnda til å drøfte det ytterligere.

I KOFA-sak 2004/124 ser man eksempel på et oppdrag som i høyeste grad består av innsatsforpliktelser, og der resultatet kan avhenge av hvem som utfører oppdraget. Faktum var at Helse Sør gjennomførte en konkurranse med forhandling om kjøp av sykehus tjenester innenfor dagkirurgi og operative inngrep.

KOFA uttalte at det forutsettes at et slikt tildelingskriterium er egnet til å inngå i en vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Forutsetningen må være at slike erfaringer sier noe om hvilken tjenestekvalitet som faktisk tilbys i det konkrete tilfelle.

Slike kontrakter skiller seg fra fastpriskontrakten ovenfor. Kirurgi er en typisk innsatsforpliktelse der det er vanskelig å skille vurderingen av leverandøren fra vurderingen av selve tilbudet. Når det gjelder slike tjenester er det særlig viktig hvem som gjennomfører oppdraget. Det er ikke bare den generelle kompetansen til leverandøren som spiller inn. Det at man har positive eller negative erfaringer med en kirurg fra tidligere kontraktsforhold, må antas å være en indikasjon på hvilken kvalitet man kan forvente seg på ytelsen. Ved slike forpliktelser synes særlig ”egne erfaringer med leverandøren” å påvirke verdien av kontrakten.

Ved vurderingen av om ”egne erfaringer” er egnet som tildelingskriterium, må man således se hen til oppdragets kompleksitet, og om det er en resultatforpliktelse⁹⁵ eller en innsatsforpliktelse. Hvor store elementer av personlig innsats anskaffelsen krever, er også et viktig element i denne sammenheng.

⁹⁵ Forpliktelse der man må frembringe et resultat for å ha krav på vederlag.

Når det gjelder vareanskaffelser, kan disse variere fra kjøp av enkle varer til leveranser av kompliserte tekniske løsninger. Hvis man tar som eksempel en leveranse av kontorrekvisita, kan man argumentere for at det ville være lite hensiktsmessig å bruke oppdragsgivers egne erfaringer med leverandøren som tildelingskriterium. For det første er dette en lite komplisert resultatforpliktelse så kriteriet har ikke like mye å si for kontraktens økonomiske verdi som for eksempel ved kompliserte tjenesteanskaffelser. Dessuten må man ta i betraktning at en vurdering av egne og andres erfaringer er tidkrevende, og der det har lite å si for tilbudets verdi, kan det stride mot formålet om effektive anskaffelser. I slike situasjoner kan kanskje oppdragsgivers behov ivaretas tilstrekkelig gjennom kvalifikasjonskrav.

Ved mer kompliserte vareanskaffelser vil man ofte ha et tilvirkningselement. Man står således overfor kontrakter som dels er en resultatsforpliktelse og dels en innsatsforpliktelse. Det kan for eksempel være tilfelle ved kjøp av kompliserte, tekniske løsninger hvor man inkluderer en vedlikeholdsavtale. I slike tilfeller vil det være riktig å se hen til hvilken del av anskaffelsen som er størst. Denne metoden er også brukt ellers i regelverket, for eksempel for å avgjøre hvilken terskelverdi som kommer til anvendelse.⁹⁶

Det er videre lagt til grunn av KOFA at man må se hen til om innsatselementet ligger i forkant eller etterkant av anskaffelsen. I KOFA-sak 2005/111 avholdt Sykehuset i Vestfold en anbudskonkurranse vedrørende levering av pasientterminaler ved sykehuset.

Klagenemnda uttalte at pasientterminaler av denne art, etter det opplyste, i liten grad er benyttet ved norske sykehus. Leveransen forutsetter antakelig utvikling av nye produkter og spesialtilpasning til sykehusbruk. Nemnda fant likevel at det er tale om en vareanskaffelse hvor tilvirknings-/innsatselementet lå i forkant. Leverandørens erfaringer/referanser var da ikke knyttet til den konkrete leveransen og kunne ikke oppstilles som tildelingskriterium.

⁹⁶ Jfr. FOA § 2-4.

Det er i teorien pekt på at denne avgjørelsen synes noe streng. Selv om innsatselementet lå i forkant av leveransen eksisterte ikke det tilbudte produktet på konkurransetidspunktet. Store deler av innsatselementet bestod derfor i å optimalisere tilpasningen til oppdragsgivers behov, og på denne bakgrunn hevdes det at leverandørens ferdigheter kunne hatt en viss relevans i tilbudsevalueringen.⁹⁷

Det viktigste i denne sammenheng må uansett være hvorvidt leverandørens egenskaper er avgjørende for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Man må da se hen til hvor viktig hans kvalifikasjoner er for den ytelsen som skal presteres.

Oppdragsgivers egne erfaringer med leverandøren er således mest egnet som tildelingskriterium der kontrakten inneholder et innsatselement.

3.2 Nærmere om vekten av egne erfaringer

3.2.1 Generelt

Problemstillingen i det følgende er hvordan man skal vurdere egne erfaringer opp mot andres erfaringer. Det redegjøres først for hvordan oppdragsgiver må formulere seg når han vil vektlegge egne erfaringer for at det skal være forenelig med likebehandlingsprinsippet. Drøftelsen gjelder uavhengig av om man ønsker å vektlegge egne erfaringer som kvalifikasjonskrav eller som tildelingskriterium.

Det er i praksis oppstilt som et vilkår for at oppdragsgiveren skal kunne vektlegge egne erfaringer med leverandøren, at andre leverandører har fått anledning til å fremlegge dokumentasjon eller referanser på oppdrag som de har utført for andre oppdragsgivere, og

⁹⁷ Trygstad, 2006, s. 144.

at denne dokumentasjonen blir evaluert etter de samme kriterier som for oppdragsgivers egne erfaringer.⁹⁸ Dette vilkåret har sin bakgrunn i likebehandlingsprinsippet, og gjelder da uavhengig av om det er positive eller negative erfaringer med leverandøren oppdragsgiveren ønsker å legge til grunn.

I KOFA-sak 2004/126 var egne erfaringer med den enkelte leverandørs rapporteringssystem vektlagt uten at dette syntes å være vurdert konkret i relasjon til alle leverandører. Nemnda la til grunn at dette var usaklig forskjellsbehandling.⁹⁹

Egne erfaringer må således dokumenteres på en måte som gjør det mulig å foreta objektive sammenligninger med tilbyderne som oppdragsgiveren ikke har erfaringer med. Det betyr normalt betyr dokumentasjon i form av referanser fra tidligere oppdragsgivere, der oppdragsgiver selv ikke har erfaring med leverandøren.

Når det gjelder utformingen av egne erfaringer som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium, må den ses i sammenheng med anskaffelsesdirektivets overordnede mål om likebehandling og konkurranse om offentlige kontrakter. Det betyr at prinsippene i LOA § 5 må overholdes og ellers også de øvrige kriteriene for at kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier skal være lovlige.¹⁰⁰

Det kan være i strid med kravet til likebehandling å legge vekt på egne erfaringer med en leverandør. KOFA har lagt til grunn at tildelingskriteriet: ”Oppdragsgivers erfaring med rådgiver” måtte antas å være i strid dette kravet. Klager ble således gitt medhold i at en preferanse for leverandører oppdragsgivere kjenner fra før, var i strid med likebehandlingsprinsippet.¹⁰¹

⁹⁸ Jfr. KOFA-sakene 2004/67 premiss 31 og 2004/124 premiss 43.

⁹⁹ Jfr. KOFA-sak 2004/126 premiss 22.

¹⁰⁰ Jfr. punkt 2.

¹⁰¹ KOFA sak 2004/189 premiss 26. Se også Borgarting lagmannsretts kjennelse av 31.08.2004.

Dette kan forstås slik at oppdragsgiver kan legge vekt på egne erfaringer med leverandøren, men ikke oppstille de, i seg selv, som et eget kriterium. Skal man legge vekt på slike erfaringer, må de således inngå som et som en del av et nøytralt kriterium som ”referanser”. På den måten forskjellsbehandler man ikke leverandører oppdragsgiver har erfaring med fra tidligere. Det må imidlertid presiseres at egne erfaringer vil bli vektlagt. Det er ikke tilstrekkelig å kun nevne ”referanser”. Grunnen til dette er hensynet til forutberegnlighet, men det følger også av klarhetskravet.

Det at oppdragsgiver må vektlegge egne erfaringer under nøytrale kriterier, som ”referanser”, betyr at man i utgangspunktet ikke alene kan vektlegge egne erfaringer med en leverandør. Egne erfaringer skal vektlegges på lik linje som andres erfaringer med leverandøren.¹⁰² Det kan tenkes et unntak fra dette utgangspunktet. Dette drøftes under punkt 3.2.4.

Oppdragsgiver kan således vektlegge egne erfaringer med leverandøren på nærmere bestemte vilkår, forutsatt at han gjør det under et nøytralt kriterium, og presiserer at egne erfaringer vil bli vektlagt.

3.2.2 Oppdragsgivers positive erfaringer opp mot andres erfaringer

Problemstillingen er her hvordan man vurderer oppdragsgivers positive erfaringer med leverandøren opp mot andres erfaringer.

Har oppdragsgiveren positive erfaringer med en leverandør og ønsker å legge dem til grunn, må de andre leverandørene få vise til prosjekter de har utført for andre leverandører. De ulike erfaringene må evalueres etter de samme kriteriene, slik at det i utgangspunktet ikke spiller noen rolle hvilken oppdragsgiver erfaringene stammer fra. Det skal således ikke

¹⁰² Jfr. blant annet KOFA-sak 2004/243 premiss 36.

være noen fordel at erfaringene relaterer seg til den oppdragsgiveren som har den aktuelle kontrakten ute på anbud.

Et særlig spørsmål i forhold til kravet om likebehandling er hvordan man forholder seg til det faktum at ulike oppdragsgivere har forskjellige uttrykksmåter.

Denne problemstillingen ble behandlet i Klagenemndas sak 2004/243. Nemnda uttaler at: ”Vurderingen av egne erfaringer med en leverandør holdt opp mot andres erfaringer med en leverandør kan være problematisk i forhold til grunnkravene om likebehandling. Dersom leverandørene har forskjellige referanser, må det tas høyde for at kontaktpersonene kan ha forskjellig uttrykksmåte. Særlig problematisk er egne positive erfaringer mål opp mot andre oppdragsgiveres erfaringer nedfelt i dokumenterte referanser. På denne bakgrunn er det naturlig å skjerpe kravene til oppdragsgiveres saksbehandling og begrunnelse i slike tilfeller”.¹⁰³

Forskjellige uttrykksmåter er således problematisk i forhold til bruk av referanser enten det gjelder positive eller negative erfaringer. Enkelte har, generelt sett, for vane å bruke ”større ord” enn andre. Det én oppdragsgiver karakteriserer som ”flott”, kan en annen karakterisere som ”bra”, men den språklige forskjellen betyr ikke nødvendigvis at leverandørene har prestert forskjellig.

KOFA legger imidlertid til grunn at ulike uttrykksmåter er spesielt problematisk ved positive erfaringer, og kravene til oppdragsgivers saksbehandling og begrunnelse skjerpes således i disse tilfellene. Man kan da spørre seg hvorfor ulike uttrykksmåter er mer problematisk ved positive enn ved negative erfaringer?

Noe av bakgrunnen for dette kan være faren for at oppdragsgiveren er så tilfreds med den leverandøren han allerede har slik at dette kan bli konkurransebegrensende. Det følger av kravet til objektivitet at oppdragsgiverens egne erfaringer skal dokumenteres på lik linje

¹⁰³ Jfr. KOFA-sak 2004/243 premiss 35.

med andre oppdragsgiveres erfaringer. Med andre ord, alle erfaringer skal dokumenteres skriftlig. Det kan da være at den tilfredse oppdragsgiver karakteriserer leverandørens tidligere arbeid som ”utmerket”, mens de andre leverandørens referanser karakteriserer arbeidet som ”bra”. Man ser således at den leverandøren oppdragsgiver har tidligere erfaring med kommer best ut i forhold til dette kriteriet. På den måten øker sjansen for at denne leverandøren får kontrakten. Det kan i slike tilfeller ha vært en baktanke med å karakterisere leverandøren som ”utmerket”. Normalt må man regne med at de andre oppdragsgiverne gir referanser i tråd med virkeligheten da de ikke har noe forhold til den kontrakten det konkurreres om. Det er da naturlig å bruke ord som ”bra”, ”godt utført” og så videre da det er sjelden at prosjekter er helt perfekt utført. Dette gir oppdragsgiveren som har kontrakten ute på anbud, og som ønsker å forlenge med sin leverandør, en mulighet til å bruke større ord i sin dokumentasjon.

Ved å kreve at saksbehandlingen og begrunnelsen skjerpes i slike tilfeller, kan man unngå en slik form for kreativitet i forhold til regelverket. Det at det stilles skjerpede krav til oppdragsgiverens begrunnelse, gjør at det blir vanskeligere å bruke ord det de facto ikke er grunnlag for. Det er ikke bare kravet til dokumentasjon som skjerpes, men kravene til saksbehandlingen som sådan. Man må således særlig påse at saksbehandlingen er saklig og forsvarlig. Det medfører også et skjerpet krav til likebehandling, da usaklig forskjellsbehandling er i strid med dette prinsippet.

Det er også en ytterligere begrensning i adgangen til å vektlegge positive erfaringer som følge av kravet om at egne og andres erfaringer skal vurderes opp mot hverandre.

Under punkt 4.2 blir det drøftet, hvorvidt oppdragiver kan legge vekt på at leverandøren har utført forprosjektet til den aktuelle anskaffelsen. Leverandøren har ved å utføre et slikt prosjekt to fordeler. For det første skaffer han seg erfaring i form av kunnskap om det aktuelle prosjektet som de andre leverandørene ikke har. For det andre får han muligheten til å gjøre et godt inntrykk på oppdragsgiveren.

Det som er aktuelt for denne drøftelsen, er muligheten til å gjøre et godt inntrykk på oppdragsgiver. Av hensyn til at forprosjektet er nært knyttet til hovedprosjektet, og bare en av leverandørene har fått muligheten til å delta, kan det argumenteres for at oppdragsgiveren ikke kan vektlegge den gode erfaringen han har med leverandøren fra dette prosjektet.

Hva angår tidligere kontraktsforhold, og mer spesifikt leverandørens erfaring med oppdragsgiver der det samme arbeidet videreføres i den nye kontrakten, likestilles disse med forprosjekt.¹⁰⁴ Det samme må gjelde det gode inntrykket leverandøren har fått anledning til å gi oppdragsgiver, da dette kontraktsforholdet som ved forprosjekt, står i nær sammenheng med kontrakten det konkurreres om.

Begrunnelsen er i begge tilfeller at når man har gjort et godt inntrykk på oppdragsgiver i et prosjekt som er så nært knyttet til det prosjektet det konkurreres om, kan det være brudd på likebehandlingsprinsippet, at de andre leverandørene bare får levere generelle referanselister. Har imidlertid oppdragsgiver tidligere positive erfaringer med leverandøren fra et tidligere frittstående prosjekt, kan disse legges til grunn på likt linje med andre oppdragsgiveres erfaringer med de andre leverandørene

Oppdragsgivers egne positive erfaringer med leverandøren kan således vektlegges, men med de begrensningene som følger av det skjerpede kravet til oppdragsgivers saksbehandling og begrunnelse, samt tilfeller der oppdragsgiverens erfaring med leverandøren stammer fra et forprosjekt eller tidligere kontraktsforhold der arbeidet videreføres i den nye kontrakten.

¹⁰⁴ Jfr. punkt 4.3.

3.2.3 Oppdragsgivers negative erfaringer opp mot andres erfaringer

I det følgende behandles hvordan man vurderer oppdragsgivers negative erfaringer med leverandøren opp mot andres erfaringer.

Når det gjelder negative erfaringer, er det ikke tilstrekkelig å telle opp antall reklamasjoner og deretter betegne dette som en negativ erfaring. Dette følger av Borgarting lagmannsretts kjennelse av 31.08.2004. Et firma hadde ved prekvalifiseringen ikke foretatt referansekontroll hos noen av søkerne, men bare sjekket sine egne erfaringer med tilbyderne. Man hadde søkt i foretakets elektroniske arkiv og fått frem inngående og utgående brev som gjaldt reklamasjon på tidligere oppdrag.

Lagmannsretten mente at det heftet betydelige svakheter ved en slik fremgangsmåte dersom den ikke ble supplert med tiltak for å kvalitetssikre resultatet. De uttalte at en ren gjennomgang av egenreklamasjoner på tidligere utførte oppdrag kunne gi et inntrykk som ikke var dekkende for leverandørens faktiske kvalifikasjoner. Det kunne ikke være nok å konstatere at man hadde et visst antall reklamasjoner på firmaet.

Retten kom derfor til at man måtte vurdere hvor alvorlige manglene var, og hvor mange feil det var gjort i forhold til den totale oppdragsmengden. I tillegg måtte man vurdere andre leverandørers mangler og feil, og det måtte sannsynliggjøres at den aktuelle leverandøren hadde en større feilandel på sine arbeider enn andre leverandører.

Man kan således neppe legge vekt på bagateller, men hva som er bagateller i det enkelte tilfelle vil variere. Hvor alvorlig feilen må være for at den skal kunne legges til grunn, vil nok avhenge av oppdragets art og må da vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Det er nok også slik at mange småfeil, som alene ikke kan vektlegges, til sammen er nok til at man kan kalle det en negativ erfaring. Som kjennelsen peker på, må også mengden feil vurderes opp mot den totale oppdragsmengden. Det er således relativt hvor mange og hvor store feil en leverandør kan gjøre.

Retten uttalte videre at den dårlige erfaringen ikke bare skal vurderes opp mot den totale oppdragsmengden selskapet har hatt, men også opp mot de andre leverandørene. Dette kan tolkes slik at dersom en leverandør har hatt få oppdrag, kan han i utgangspunktet gjøre færre feil, og omvendt. Hva som er mye og lite feil i en slik sammenheng må vurderes med de andre leverandørene som målestokk. Ut i fra dette, må oppdragsgiveren da sannsynliggjøre at det aktuelle firmaet har større feilandel enn andre leverandører.

Det synes således å være en videre adgang til å vektlegge negative erfaringer enn positive. Oppdragsgivers negative erfaringer med leverandøren kan vektlegges hvis de overnevnte vilkårene er oppfylt. Positive erfaringer, derimot, må vektlegges med de begrensningene som følger av det skjerpede kravet til oppdragsgivers saksbehandling og begrunnelse, samt tilfeller der oppdragsgiverens erfaring med leverandøren stammer fra et forprosjekt eller tidligere kontraktsforhold der arbeidet videreføres i den nye kontrakten.

For å kunne vektlegge egne negative erfaringer med leverandøren, må oppdragsgiveren således vurdere egne negative erfaringer opp mot andres referanser på bakgrunn av alvorlighetsgraden og mengden feil i forhold til leverandørens totale oppdragsmengde. Videre må leverandørene vurderes opp mot hverandre.

3.2.4 Oppdragsgiveren har erfaring med alle leverandørene

Problemstillingen i det følgende er om oppdragsgiveren må vurdere egne erfaringer opp mot andres erfaringer med leverandøren, der han selv har erfaring med alle leverandørene.

Enkelte ganger kan oppdragsgivere ha egne erfaringer med samtlige tilbydere. Denne situasjonen kan typisk oppstå i markeder hvor en har få, men store leverandører. Et eksempel kan være byggenæringen hvor store prosjekter domineres av noen få store firmaer.

I KOFA-sak 2004/180 hadde oppdragsgiveren erfaring med samtlige leverandører. Nemnda uttalte at: ”En vektlegging av egne erfaringer ved vurderingen av varekvalitet kan bryte med likebehandlingskravet dersom oppdragsgiver vektlegger positiv erfaring med ett produkt, uten å ha eller skaffe seg tilsvarende kunnskap om den andre leverandørens produkt. Når innklagedes brukergruppe satt med erfaringer om produktkvalitet fra alle de tilbudte produktene, bryter det ikke med likebehandlingsprinsippet å trekke erfaringene inn i evalueringen”.

Dersom oppdragsgiver har oppstilt ”produktkvalitet” som tildelingskriterium, og han har erfaring med alle de tilbudte produktene, kan han således trekke inn den erfaringen. Det betyr at oppdragsgiveren i utgangspunktet slipper å kreve referanser fra andre oppdragsgivere.

Likebehandlingsprinsippet synes ikke å være til hinder for at tilsvarende gjelder dersom oppdragsgiveren har erfaring med alle leverandørene av tjenester, eller bygg- og anlegg, så lenge erfaringene er dokumenterbare og etterprøvbare.

Det kan tenkes å stride mot kravet til objektivitet at oppdragsgiver kun kan legge vekt på egne erfaringer der han har erfaringer med alle leverandørene. Et aspekt er at oppdragsgivers erfaring som sådan er dokumenterbar og etterprøvbar, men dette forhindrer ikke det problematiske i at man hele veien baserer seg på én oppdragsgivers synspunkt. Oppdragsgiver kan da for eksempel lett ”glemme” de dårlige erfaringene han har med en leverandør, og heller fokusere på de positive, og omvendt. På den måten får man ikke en reell likebehandling av leverandørene.

Videre kan det være problematisk at oppdragsgivers erfaring med de ulike leverandørene neppe skriver seg fra samme tidspunkt. Det er kvalifikasjonene på anbudstidspunktet som er utgangspunktet for vurderingen. Der oppdragsgiveren har negative erfaringer med

leverandøren, må han ta hensyn til tiltak leverandøren har foretatt for å forbedre seg.¹⁰⁵ Tillater man at oppdragsgiver kun kan legge vekt på egne erfaringer, vil det være vanskelig å ta hensyn til eventuelle forbedringer hos de leverandørene det er lenge siden oppdragsgiver hadde erfaring med.

Konklusjonen blir således at det kan være problematisk at oppdragsgiver kun legger vekt på egne erfaringer selv om han har erfaring med samtlige tilbydere.

3.3 Særlig om negative erfaringer

3.3.1 Generelt

På bakgrunn av KOFA-praksis kan det virke som om oppdragsgiveren, der han ønsker å vektlegge egne negative erfaringer, må ta ytterligere to hensyn i betraktning.

For at oppdragsgiver skal kunne vektlegge egne erfaringer med leverandøren må det, som nevnt, være saklig og forsvarlig å vektlegge denne informasjonen. I KOFA-sak 2003/66 peker nemnda på at: ”Evalueringen av det tidligere arbeidet ikke var bestridt av klager, at det var nedfelt skriftlig, og av nyere dato. Det var således saklig og forsvarlig av innklagede å legge vekt på denne informasjonen”

Det kan synes som om KOFA mener at der oppdragsgiver ønsker å vektlegge negative erfaringer innebærer en saklig og forsvarlig saksbehandling, i tillegg til kravet om skriftlighet, at erfaringene må være av nyere dato, og ikke være bestridt av leverandøren.

I det følgende blir det gått litt nærmere inn på kontradiksjon og erfaringens alder.

¹⁰⁵ Jfr. punkt 3.3.3.

3.3.2 Kontradiksjon ved negative erfaringer

Problemstillingen under denne overskriften er om det er et vilkår for å vektlegge egne negative erfaringer, at de ikke er bestridt av leverandøren. Man kan formulere dette som et spørsmål om leverandøren har rett til kontradiksjon.

Kontradiksjonsprinsippet innebærer at alle parter i en vedtaksprosess skal ha rett til å bli hørt før en avgjørelse treffes. Det står sentralt både i prosessretten og i forvaltningsrettens saksbehandlingsregler.¹⁰⁶ Engelske jurister brakte dette uttrykket med seg inn i EU-retten, hvor det i dag står sterkt.¹⁰⁷

Spørsmålet som vil bli drøftet i det følgende er om leverandøren har en rett til kontradiksjon i en prekontraktuell fase av offentlige anskaffelser. Det vil si at en leverandør eventuelt skal ha rett til å imøtegå opplysninger som blir brukt mot han før han har blitt tildelt noen kontrakt. I utgangspunktet er en slik situasjonen mindre inngripende enn den man vanligvis står overfor i prosess- og forvaltningsretten. Likevel, er det åpenbart at for den enkelte leverandør kan en kontraktstildeling være av stor betydning, og da vil det være essensielt at avgjørelsen fattes på riktig faktisk grunnlag. Når KOFA, i sak 2003/66, peker på at de negative erfaringene ikke var bestridt av klager, kan det tolkes dithen at leverandøren gis en rett til kontradiksjon også i en prekontraktuell fase.

Man kan kanskje si at kravet til kontradiksjon følger av det grunnleggende prinsippet om god forretningsskikk.¹⁰⁸ Dette prinsippet krever at saksbehandlingen skal være saklig, forsvarlig og ikke vilkårlig.¹⁰⁹ Det er grunn til å tro at en forsvarlig saksbehandler ønsker å forsikre seg om at opplysningene han legger til grunn er korrekte, da det er i alles interesse

¹⁰⁶ Sejersted, 1993 s. 92.

¹⁰⁷ Sejersted 1993 s. 93-94.

¹⁰⁸ LOA § 5.

¹⁰⁹ Dragsten/Lindalen 2005, s. 152.

at man får en mest mulig rettferdig konkurranse. Av hensyn til regelverkets legitimitet, er det viktig at leverandørene opplever prosessen som rettferdig.

Det følger også av prinsippet om god forretningskikk at anskaffelsen skal være ressurseffektiv og foretas på den mest økonomiske måten for oppdragsgiver.¹¹⁰ Hvis alle leverandørene som deltar i anbudskonkurransen skal ha rett til kontradiksjon før de i det hele tatt har fått noen kontrakt, kan anbudsprosessen bli en dyr og tidkrevende prosess.

Man har her to motstridende hensyn. Dersom forsvarlighetskravet herunder kontradiksjon, vektlegges i for stor grad, undergraves prinsippet om effektive anskaffelser.

Prinsippet om kontradiksjon synes også lagt til grunn av KOFA i sakene 2005/50 og 2005/206. Klagenemnda uttaler i den første saken at: ”Oppdragsgiveren har begrenset adgang til å gå utenfor det faktum som fremkommer av tilbudene, og *må uansett sørge for at tilbyderne får anledning til å uttale seg om de opplysninger som oppdragsgiver legger til grunn, og som ikke er hentet ut fra tilbudet.*”¹¹¹ [min kursivering] Videre uttaler KOFA i sak 2005/206 at: ”Det er i strid med regelverket når innklagede tar muntlig kontakt med referansepersonene og baserer evalueringen på denne informasjonen, *uten at klager i etterkant kan imøtegå det som fremkommer.*”¹¹² [min kursivering]

Situasjonen i disse sakene skiller seg imidlertid noe fra sakene ovenfor. I den første saken hadde oppdragsgiver lagt vekt på opplysninger som ikke fremkom av tilbudene, blant annet opplysninger som var hentet fra Internett samt egne erfaringer. I den andre saken, var det eksplisitt bedt om referanser i konkurransegrunnlaget, men oppdragsgiver kontaktet allikevel andre som hadde erfaringer med klager, og ikke de oppgitte referansene. I begge tilfeller var det således gått utenfor det som fulgte av tilbudene, og det grunnleggende kravet til forutberegnlighet var da brutt.

¹¹⁰ Dragsten/Lindalen 2005, s. 152. Se også LOA § 1.

¹¹¹ KOFA-sak 2005/50 premiss 33.

¹¹² KOFA-sak 2005/206 premiss 28.

Leverandøren blir også gitt en rett til kontradiksjon i KOFA-sak 2006/153. Der hadde Forsvarets logistikkorganisasjon gjennomført en begrenset anbudskonkurranse for innkjøp av konsulenttjenester. Etter kontraktstildeling, men før kontraktsinngåelse, avviste de valgte leverandør etter FOA 2001 § 8-12 (2) d [nåværende § 20-12 (2) d]. Denne bestemmelsen sier at oppdragsgiver skal avvise leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.

Klagenemnda uttaler at avvisning etter denne bestemmelsen er en alvorlig sak for den det gjelder og må derfor skje under iakttagelse av god forvaltningsskikk. I dette ligger at klager etter en konkret vurdering av omstendighetene normalt må få rimelig anledning til å imøtegå beskyldninger om bransjeetiske forsømmelser.¹¹³

Faktum i denne saken er ganske spesielt, og beskyldningene er alvorlige. Videre er leverandøren så nær en kontakt man kan komme. I de fleste situasjoner der oppdragsgiveren ønsker å vektlegge negative erfaringer, er beskyldningene verken så grove og leverandøren er ikke så nær en kontrakt som i dette tilfellet. Uansett, viser denne dommen at det kan være rom for kontradiksjon før kontrakt er inngått.

Det kan således virke som om leverandøren har rett til kontradiksjon i en prekontraktuell fase i en anskaffelsesprosess. Denne retten ser ut til å være generell, men den gjelder kanskje særlig i tilfeller der oppdragsgiver har gått utenfor tilbudet.

Hvis man legger til grunn at leverandøren har en rett til kontradiksjon, kan man neppe i denne sammenheng legge mer i den enn at oppdragsgiver plikter å foreta en forsvarlig vurdering av innsigelsene. Retten til kontradiksjon er utledet av kravet til en saklig og forsvarlig saksbehandling.¹¹⁴ Ved at oppdragsgiver foretar en saklig vurdering av innsigelsene burde dette kravet være oppfylt.

Leverandøren kan således ikke ha noen vetorett i den forstand at erfaringene ikke kan legges til grunn. En slik rett ville nærmest gjort det umulig for oppdragsgiver å vektlegge egne negative erfaringer med leverandøren. Dette kunne igjen gått ut over kvaliteten på anskaffelsen. Det er oppdragsgiveren som har risikoen for at en domstol vil komme til at det er leverandøren som har rett. Således er det også i oppdragsgiverens interesse at

¹¹³ KOFA-sak 2006/153 premiss 115.

¹¹⁴ KOFA-sak 2003/66.

avgjørelsene fattes på riktig faktisk grunnlag. Videre kan det tenkes at innsigelsene fra leverandøren i forkant får betydning for erstatningsspørsmålet ved en eventuell rettssak.

Et problem ved aksept av kontradiksjon, er forholdet til forhandlingsforbudet i åpne og begrensede anbudskonkurranser. Forhandlingsforbudet innebærer at det ikke er adgang til å endre tilbudene etter tilbudsfristens utløp.¹¹⁵ Dette forbudet gjelder frem til kontrakt er inngått.¹¹⁶ Bakgrunnen for forhandlingsforbudet er å sikre likebehandling av leverandørene, samt reell konkurranse og gjennomsiktighet.¹¹⁷ Unntakene fra forbudet er en adgang til avklaringer, samt til retting av åpenbare feil.¹¹⁸ Ingen av disse unntakene kan komme til anvendelse i dette tilfellet.

KOFA uttaler imidlertid at: ”Nemnda vil bemerke at det lett vil anses som uheldig dersom det legges opp til en utstrakt bruk av møter mellom tilbydere og oppdragsgiver i åpne anbudskonkurranser i tidsperioden forut for valg av tilbud, selv om dette ikke direkte er i strid med forhandlingsforbudet, så lenge tilbudene ikke endres”.¹¹⁹

Dette kan forstås slik at møtene mellom leverandør og oppdragsgiver må resultere i en konkret endring av tilbudet for å stride mot forhandlingsforbudet. Det betyr allikevel ikke at slike møter ikke er i strid med likebehandlingsprinsippet. Hvis ikke alle leverandørene gis rett til slike møter, vil det være brudd på prinsippet.

Unntakene fra forhandlingsforbudet og sistnevnte KOFA-avgjørelse viser imidlertid at forhandlingsforbudet ikke innebærer noe absolutt forbud mot kontakt mellom partene. Grensen mellom tillatte avklaringer og forbudte forhandlinger er imidlertid ikke skarp.¹²⁰

¹¹⁵ Jfr. FOA § 12-1 (1) og § 21-1 (1).

¹¹⁶ Jfr. Dragsten 2006, s. 211.

¹¹⁷ Jfr. sak C-87/94 (Kommissjonen mot Belgia) premiss 54.

¹¹⁸ Jfr. FOA § 12-1 (2) og (3) samt § 21-1 (2) og (3).

¹¹⁹ Jfr. KOFA-sak 2006/161 premiss 46.

¹²⁰ Dragsten/Lindalen 2005, s. 1157.

Ved å akseptere kontradiksjon, risikerer man at tilbudene kan bli endret etter innsendelsen. KOFA har likevel i flere avgjørelser lagt til grunn at leverandøren har en viss adgang til å uttale seg, uten at de har behandlet forholdet til forhandlingsforbudet.

Forhandlingsforbudet reiser helt klart problemer knyttet til kontradiksjon. Det kan allikevel virke som det i anbudskonkurranser må aksepteres en generell rett til kontradiksjon, til tross for at det representerer en fare for at tilbudene endres etter innsendelsen.

På bakgrunn av hensynet til en saklig og forsvarlig saksbehandling ser det således ut til at leverandøren innrømmes en rett til kontradiksjon i forhold til negative erfaringer oppdragsgiveren ønsker å legge til grunn. Dette må gjelde selv om det representerer en potensiell fare for at tilbudet blir endret etter innsendelsen.

3.3.3 Betydningen av erfaringens alder

Problemstillingen under dette punktet er om erfaringens alder har noen betydning i forhold til om oppdragsgiver kan vektlegge erfaringen eller ikke.

Det følger av LOA § 5 annet ledd at en anskaffelse så langt det er mulig skal baseres på konkurranse. Kan oppdragsgiveren legge vekt på negative erfaringer med leverandøren fra mange år tilbake, og leverandørene i mellomtiden har forbedret seg, vil det svekke konkurransen unødvendig.

I utgangspunktet må det være leverandørens kvalifikasjoner i dag som må legges til grunn for utvelgelsen. Unnlattelse av å ta i betraktning en forbedring må derfor sees som en vesentlig svakhet ved saksbehandlingen.¹²¹

¹²¹ Borgarting lagmannsrett, kjennelse av 31.08.04.

Bakgrunnen for denne uttalelsen fra Borgarting lagmannsrett, var at et selskap påberopte seg at de negative erfaringene oppdragsgiver hadde med selskapet ikke var representative for det selskapet stod for i dag. De pekte på at det hadde blitt foretatt en innskjerping i selskapets internkontroll, og de hadde ikke hatt noen reklamasjoner det siste året.

Man står således overfor en situasjon der et firma som man tidligere har hatt dårlige erfaringer med nå har forbedret seg. Utelukkes dette selskapet på grunnlag av tidligere negative erfaringer, er det ikke er rom for forbedringer. En slik løsning er urimelig og lite interessant i forhold til at man ønsker konkurranse. Spesielt når det gjelder anskaffelser der antall leverandører er begrenset, vil en slik løsning kunne resultere i at en leverandør nærmest får monopol på leveransene, eller at man ikke får noen leverandører i det hele tatt. Hensikten med å vektlegge negative erfaringer er å sikre en god ytelse, ikke å utelukke alle leverandører som tidligere har begått en feil.

Et særlig spørsmål er hva man gjør der selskapet som oppdragsgiveren hadde dårlig erfaring med går konkurs og etablerer seg på nytt under samme navn og med de samme ansatte, men med ny ledelse. Kan man i en slik situasjon legge vekt på de negative erfaringene man har med det gamle selskapet?

Dette spørsmålet har KOFA behandlet i sak 2006/109. Firmaet hadde i dette tilfellet vedlagt tilbudet en referanseliste som gikk 30 år tilbake i tid, blant annet fordi flere av de ansatte hadde relevant erfaring fra før nyetableringen. Spørsmålet var om man kunne vektlegge den negative erfaringen med firmaet fra før konkursen.

Klagenemnda uttalte at det alene at arbeidet var utført før konkursen, ikke kunne være avgjørende for innklagedes adgang til å se hen til egne negative erfaringer med tilbyder. Den mente at dette særlig måtte gjelde når tidligere erfaringer var basert på at et selskap ikke hadde overholdt et løfte om utbedring, slik at tilliten var brutt. Videre mente nemnda, at når leverandøren vedla en referanseliste som omfattet arbeid både før og etter konkursen, måtte oppdragsgiver kunne legge denne til grunn ved evalueringen.

Utgangspunktet er således at de referansene man vedlegger blir vektlagt. Dette følger av prinsippet om forutberegnlighet. Om referansene er fra tiden før eller etter konkursen endrer ikke dette, så lenge disse fortsatt er relevante. Når de negative erfaringene er alvorlige, som ved tillitsbrudd, gjelder dette særlig.

I denne saken stod man overfor en litt spesiell situasjon da selskapet var etablert på nytt med ny eier og ny ledelse siden man gjorde seg de negative erfaringene med firmaet. Nemnda pekte på at det i en slik situasjon var naturlig å særlig se hen til referanser fra den senere tid.

Det er således slik at alle referanser som følger av listen i utgangspunktet blir ansett som relevante, men referanser fra den senere tid vil ha størst vekt, og da særlig i tilfeller som ved en nyetablering.

Det er videre leverandørens kvalifikasjoner per i dag som skal legges til grunn for vurderingen. Har oppdragsgiveren tidligere negative erfaringer med leverandøren, må han sørge for å ta i betraktning forbedringer der det er aktuelt.

4 Leverandørens tidligere erfaring fra oppdragsgiver

4.1 Generelt

Problemstillingen i denne drøftelsen er i hvilken grad en oppdragsgiver kan legge vekt på den erfaringen en leverandør har fra tidligere arbeid for oppdragsgiver. Det dreier seg således ikke om leverandørens generelle erfaring, men den spesielle erfaringen han har fått i arbeidet for oppdragsgiver.

Utgangspunktet er at erfaring leverandøren har fra oppdragsgiver er like relevant som annen erfaring, men oppdragsgiver kan ikke legge ekstra vekt på at leverandøren har erfaring fra oppdragsgiver. En slik vektlegging ville ha vært i strid med likebehandlingsprinsippet.

Den videre drøftelsen er todelt. Først drøftes oppdragsgivers rett til å vektlegge erfaringer leverandøren har gjort seg i et forprosjekt. Dernext, drøftes det hvorvidt et forprosjekt stiller seg vesentlig annerledes enn et tidligere kontraktsforhold som står i direkte tilknytning til kontrakten det konkurreres om.

4.2 Forprosjekt

Problemstillingen under dette punktet er om oppdragsgiver kan legge vekt på erfaring leverandøren har skaffet seg gjennom et forprosjekt.

Et forprosjekt er et prosjekt som er knyttet til hovedanskaffelsen, men som ligger forut for denne i tid. I KOFA-sak 2007/83 hadde tilbydereren vært inne i saken en gang tidligere. Han hadde da laget et teknisk notat. Dette ga, i følge KOFA, ikke tilbydereren noen spesielle fordeler.¹²² Denne avgjørelsen illustrerer således forprosjektets nedre grense.

En tidlig rettsavgjørelse på dette området er en dom av Eidsivating lagmannsrett fra 1998.¹²³

Dommen ble avsagt på bakgrunn av at en kommune inviterte til anbudskonkurranse om renovasjonstjenester. Deler av oppdraget ble tildelt kommunens renovatør gjennom 20 år. Kommunen begrunnet valget med at selskapet, som kommunens renovatør gjennom så lang tid, hadde best kjennskap til geografien og menneskene, og derfor kunne avlaste kommunen og spare den for utgifter. Retten uttalte at: ”Det er neppe lovstridig å legge vekt på et slikt hensyn der det foreligger prislikhet eller tilnærmet prislikhet”.

Dette synes neppe å være gjeldende rett i dag. Som nevnt i drøftelsen av tildelingskriterier, er disse kriteriene relative. Dårlig uttelling på ett kriterium, skal således kunne kompenseres av god uttelling på andre kriterier. Det betyr at tildelingskriteriene ikke kan utformes som minstekrav. De er konkurranseelementer, der oppdragsgiver skal foreta en rangering av tilbudene ut fra i hvilken grad det enkelte tilbud oppfyller tildelingskriteriene.¹²⁴

Man må således ta stilling til hvilken leverandør som oppnår best score innenfor samtlige kriterier. Herunder må man vurdere egne erfaringer med leverandøren opp mot andres erfaringer. På denne måten ivaretas likebehandlingsprinsippet.

¹²² Jfr. KOFA-sak 2007/83 premiss 41.

¹²³ RG, 1998 s. 178.

¹²⁴ Jfr. blant annet KOFA- sak 2006/121 premiss 36 og punkt 2.4.

I dette tilfellet ser man et eksempel på at leverandøren har en erfaring fra oppdragsgiveren, som ikke så lett lar seg utjevne ved at de andre leverandørene leverer referanselister. I dommen fra Eidsivating lagmannsrett var fordelen til leverandøren at han hadde en kjennskap til geografien og menneskene i kommunen. Denne fordelen hadde han opparbeidet seg ved å ha hatt en renovasjonskontrakt med kommunen i 20 år. Et slikt fortrinn kan ikke kompenseres ved at andre leverandører kan dokumentere den samme kunnskapen i andre kommuner. Erfaringen i dette tilfellet er ikke av generell verdi, men spesiell, fordi den relaterer seg til det konkrete stedet og den konkrete kontrakten. Dette skaper en vanskelig situasjon i forhold til prinsippet om likebehandling.

På dette området har det således vært en utvikling i praksis. Gjeldende rett i dag følger først og fremst av Høyesteretts dom i Nucleus-saken¹²⁵ og hvordan den har blitt tolket av KOFA. I det følgende vil det bli gått nærmere inn på disse avgjørelsene.

Problemstillingen er således om oppdragsgiver kan legge vekt på erfaring leverandøren har fra et forprosjekt.

Dette spørsmålet ble behandlet av Høyesterett i ”Nucleus-dommen”.¹²⁶ Saken gjaldt etablering av et psykiatrisk senter ved Sentralsykehuset i Møre og Romsdal. Fylkeskommunen inviterte først til en konkurranse om idéskisse til hoveddisposisjonsplan for anlegget, et utkast som senere ble lagt til grunn for den videre planleggingen av senteret. Deretter kunngjorde fylkeskommunen en begrenset anbudskonkurranse om kjøp av tjenester til prosjektering av psykiatrisk sykehus. Samme firma vant begge konkurransene.

Ved tildeling av kontrakt la oppdragsgiver vekt på ”den kompetansen [vedkommende] har dokumentert gjennom vinnar-utkastet i idékonkurransen, og føremunene med at denne erfaringa kan trekkjast med vidare i prosjektarbeidet”.

¹²⁵ Rt 2001, s. 1062.

¹²⁶ Rt. 2001 s. 1062.

Høyesterett uttaler at: ”Etter mitt syn måtte byggherren ved tildeling av oppdrag likevel sjå bort frå deltakinga i idékonkurransen, i det deltakarane der ikkje i noko tilfelle kunne stillast betre enn dei andre anbydarane. Kravet om likebehandling [...] vart såleis her ikkje oppfylt.”¹²⁷

Nucleus-dommen omtales også i Klagenemndas sak 2004/243, og forstås da slik at oppdragsgiver på grunn av kravet til likebehandling ikke kan legge vekt på at tilbyder har dokumentert kompetanse overfor oppdragsgiver i et forprosjekt, og oppdragsgiver heller ikke kan legge vekt på at erfaringene fra idékonkurransen trekkes med videre.¹²⁸

Det er dermed to forhold oppdragsgiver ikke har mulighet til å vektlegge fra forprosjektet. For det første, kan han ikke legge vekt på at tilbyder ”har dokumentert kompetanse overfor oppdragsgiver”. Spørsmålet blir da hva man skal legge i ”dokumentert kompetanse”. Etter en naturlig språklig forståelse, kan dette forstås slik at oppdragsgiver ikke kan legge vekt på at leverandøren har vist seg som en dyktig leverandør på grunnlag av sin kompetanse. ”Dokumentert kunnskap” knytter seg etter en slik forståelse til fagkunnskap. For det andre, kan oppdragsgiver altså ikke legge vekt på at leverandøren etter å ha deltatt i forprosjektet har skaffet seg en kunnskap om, og erfaring fra, prosjektet som vil gi han et fortrinn i forhold til de andre leverandørene.

Høyesteretts avgjørelse i Nucleus-saken samt KOFA-praksis legger således til grunn at erfaringer fra forprosjekt ikke kan tillegges vekt i en senere anbudskonkurranse.

I en dom av Borgarting lagmannsrett fra 2002¹²⁹ ser man imidlertid et mindre restriktivt syn på dette spørsmålet. Dommen ble avsagt på bakgrunn av en anbudskonkurranse i forbindelse med nybygg, ombygging og påbygging av Stavanger kretsfengsel. Den

¹²⁷ I denne saken ble det tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det samme er nå også lagt til grunn av HR i Rt. 2007 s. 983. LOA § 10 sier at man har krav på erstatning ved brudd på loven og forskriftene, men den sier ikke noe om utmålingen.

¹²⁸ KOFA-sak 2004/243, premiss 34.

¹²⁹ RG. 2002 s. 1132.

tilbyderen som fikk tildelt kontrakten, hadde også deltatt i forprosjektet eller programutarbeidelsen.

Retten uttalte at: ”Det faktum at leverandøren hadde deltatt i forprosjektet eller i programutvelgelsen tilsa enn mer forsiktighet og at andre aktuelle tilbud ble grundig utredet, opplyst og vurdert”.

Dommen slår fast et skjerpet likebehandlingsprinsipp der en leverandør har vært tilknyttet prosjektet på et tidligere stadium. Det innebærer at andre aktuelle tilbud skal bli ekstra grundig utredet, opplyst og vurdert. Vi ser imidlertid at dommen ikke krever at man ved tildelingen av kontakten skal se bort fra de erfaringene man har skaffet seg fra forprosjektet. Et skjerpet krav til likebehandling er nok.

For at vektlegging av egne erfaringer med leverandøren ikke skal være i strid med likebehandlingsprinsippet, må andre leverandører ha fått anledning til å fremlegge dokumentasjon og referanser på de oppdrag de har utført for andre oppdragsgivere.¹³⁰

Deltakelse i et forprosjekt står en i en litt spesiell stilling i den forstand at bare én leverandør har fått muligheten til å delta. Deltakelsen gir således leverandøren en mulighet til å skaffe seg verdifull kunnskap om prosjektet, samt mulighet til å gjøre et godt inntrykk på oppdragsgiver foran hovedprosjektet. En slik fordel kan ikke utlignes ved for eksempel at de andre deltakerne vedlegger referanseprosjekter, fordi fordelene er knyttet til dette konkrete prosjektet.

På grunn av likebehandlingsprinsippet bør man derfor kanskje se bort fra denne typen erfaring i konkurransen om hovedprosjektet. Alternativt kunne man ha oppstilt en regel om at deltakere i forprosjektet ikke fikk delta i et senere hovedprosjekt. Dette ville imidlertid medføre at det ble svært lite attraktivt å delta i forprosjekter, da disse er mindre enn selve hovedanskaffelsen. Følgelig risikerer man da en situasjon der det er vanskelig å få

¹³⁰ Jfr punkt 3.2.

leverandører til forprosjektene, noe som skaper mindre konkurranse. Dette kan både resultere i dyrere anskaffelser, og at kvaliteten på det som leveres blir lavere.

Problemet med å legge til grunn et skjerpet likebehandlingsprinsipp i denne sammenheng er at det ikke synes å endre den faktiske situasjonen. At en leverandør i utgangspunktet har skaffet seg en unik erfaring, gir han et fortrinn i konkurransen. Selv om de andre leverandørenes tilbud utredes særlig grundig, endrer det ikke det faktum at en leverandør har et fortrinn fremfor de andre på ett punkt. Selvsagt, kan andre kriterier veie opp for de øvrige leverandørene totalt sett, men leverandørene har fortsatt ikke blitt likebehandlet fullt ut.

Høyesterett og lagmannsretten har, som nevnt, litt divergerende syn på adgangen til å vektlegge erfaringer leverandøren har fra forprosjekt. Nucleus-dommen vil, i kraft av å være en Høyesterettsdom, generelt ha mer vekt enn en lagmannsrettsdom. Rettskildebildet for øvrig, herunder KOFA-avgjørelser og reelle hensyn, støtter også Høyesteretts syn i denne saken.

Oppdragsgiver kan således ikke legge vekt på erfaringer leverandøren har fra oppdragsgiver i forbindelse med et forprosjekt. Han kan heller ikke legge vekt på egne positive erfaringer med leverandøren som relaterer seg til forprosjektet.

4.3 Forprosjekt vs tidligere kontraktsforhold

Problemstillingen er videre om tidligere kontraktsforhold stiller seg annerledes enn forprosjekt i denne sammenheng. I denne drøftelsen inkluderes ikke tidligere kontraktsforhold generelt. Fokus vil være på de tilfellene hvor leverandøren besitter erfaring fra det tidligere kontraktsforholdet som ikke kan utjevnes ved at de andre leverandørene leverer referanselister. Det vil typisk være tilfelle i situasjoner der

leverandøren der har kunnskap på bakgrunn av at han hadde kontrakten i den forhenværende perioden, og dette arbeidet videreføres.

Et eksempel på en slik situasjon har man i dommen fra Eidsivating lagmannsrett, som ble drøftet under punkt 4.2. Leverandøren, som kommunens renovatør gjennom mange år, hadde blant annet god kjennskap til geografien i kommunen. Denne kjennskapen vil være en fordel med tanke på hvor effektivt arbeidet kan gjøres. Det er innlysende at dersom man kjenner kjøreruten og vet hvor renovasjonspostene står, har man en fordel i utgangspunktet. Det hjelper da lite at de andre leverandørene kan dokumentere samme kunnskap om andre kommuner, da det er denne konkrete kommunen anskaffelsen gjelder.

For at man skal stå overfor en slik situasjon, må det være slik at det samme arbeidet skal videreføres under den nye kontrakten. Dette er tilfelle for blant annet anskaffelse av renovasjonstjenester. Har en leverandør for eksempel bygd en skole for kommunen tidligere, og kommunen utlyser konkurranse for bygging av en annen skolen, er situasjonen en annen. Det første prosjektet er avsluttet, og det er et helt nytt prosjekt som er ute på anbud. Den erfaringen leverandøren har fått med bygging av skoler for oppdragsgiver vil normalt ikke være mer verdifull enn den erfaringen andre leverandører har fått ved å bygge skoler i andre kommuner.

Problemet knyttet til tidligere kontrakter der arbeidet videreføres, er at leverandøren vil ha en fordel i form av at han vil kunne komme med et bedre tilbud på den fremtidige kontrakten med samme oppdragsgiver. For oppdragsgiveren vil det da være fordelaktig å velge den aktuelle leverandøren. Hvis man godtar dette, vil andre leverandører, i slike situasjoner, unnlate å komme med tilbud fordi sjansen for å vinne frem er liten. Det skaper mindre konkurranse og således også dyrere kontrakter.

Spørsmålet er derfor om oppdragsgiver kan vektlegge denne unike kunnskapen om kontrakten som leverandøren besitter, samt det positive inntrykket leverandøren har gjort på oppdragsgiver.

I utgangspunktet vil det være et spørsmål om denne erfaringen er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.¹³¹

Når det gjelder tilbudenes kvalitet fremgår det av rettspraksis at den skal bedømmes på grunnlag av selve tilbudene, og ikke med utgangspunkt i den erfaring leverandørene har oppnådd med oppdragsgiver i forbindelse med tidligere kontrakter eller på grunnlag av prekvalifikasjonskriteriene.¹³² Leverandørens tidligere erfaringer er derfor ikke til hinder for et tilbud fra en annen leverandør vinner frem, så sant han kan tilby ytelser av bedre kvalitet, og på passende måte oppfyller kriteriene for den forventede kvalitet.¹³³ Det er således kvaliteten på det aktuelle tilbudet som teller, og ikke oppdragsgivers tidligere erfaringer med leverandøren.

Denne problemstillingen var også oppe for domstolen i første instans i saken ”Strabag”¹³⁴.

Saken var her at Strabag hevdet at Rådet hadde tilsidesatt anskaffelsesreglene ved å konkludere med at Strabag ikke representerte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for arbeid på Rådets bygninger i Brussel. Strabag begrunnet blant annet dette med at firmaet allerede var til stede i Rådets bygninger, og således hadde en ”teknisk know-how” vedrørende disse, noe som ville være en stor fordel.¹³⁵ Rådet på sin side anførte at en slik betraktning ikke kunne legges til grunn, siden hensikten med anbud var å unngå monopolsituasjoner.¹³⁶

¹³¹ Jfr. drøftelsen under punkt 2.4.

¹³² Jfr. CFI sak T-169/00 (Esedra) premiss 158 og T-148/04 (Travel solutions) premiss 86.

¹³³ Jfr. sak T-148/04 (Travel solutions) premiss 88.

¹³⁴ Sak T-183/00 (Strabag).

¹³⁵ Sak T-183/00 (Strabag) premiss 62.

¹³⁶ Sak T-183/00 (Strabag) premiss 71.

Retten besvarte dette noe tvetydig. Den gav Rådet medhold i at den omstendighet at firmaet allerede var tilstede i Rådets bygninger ikke kunne være avgjørende. Begrunnelsen for dette var at det ellers ikke ville være formålstjenlig å sette kontrakter ut på anbud.¹³⁷

Dette kan forstås slik at hvis man godtar at slike erfaringer kan vektlegges, vil andre leverandører i disse situasjonene la være å komme med tilbud fordi sjansen for å vinne frem er liten. Dette vil være i strid med formålet om konkurranse.

I engelsk juridisk litteratur er det under henvisning til den overnevnte dommen påpekt at: ”It [CFI] stated that this cannot be a ’preponderant’ factor if the effectiveness of the tendering procedure is not to be negated;¹³⁸ but it did not state that it cannot be relevant.”¹³⁹

Til tross for at disse erfaringene ikke kunne være avgjørende, sa ikke retten at de ikke kunne være relevante. Det kan således være relevant å ta dem i betraktning, men i følge den overnevnte avgjørelsen bør de tillegges liten vekt.

Videre er det hevdet at: ”Such factors can be taken into account if relevant to identifying the most advantageous tender”.¹⁴⁰ Man kan altså, i følge litteraturen, legge vekt på slike erfaringer der de er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Spørsmålet blir da hvordan dette stiller seg i forhold til likebehandlingsprinsippet. Det at man i det hele tatt anser disse erfaringene for å være relevante kan være brudd på dette grunnleggende kravet.

Når det gjelder prinsippet om likebehandling, peker litteraturen på at: ”It is arguable that the equal treatment principle requires entities to take positive steps to provide information known to the incumbent provider to other participants, and even to require existing

¹³⁷ Sak T-183/00 (Strabag) premiss 79.

¹³⁸ Sak T-183/00 (Strabag) premiss 79.

¹³⁹ Arrowsmith 2005, punkt 7.107.

¹⁴⁰ Arrowsmith 2005, punkt 7.107.

providers to disclose certain non-confidential information for the benefit of competitors in future contracts”.¹⁴¹

Det hevdes altså at likebehandlingsprinsippet i slike situasjoner krever at oppdragsgiveren virkelig iverksetter tiltak for å sørge for at den kunnskapen nåværende kontraktør besitter, blir kjent for de andre tilbyderne. Prinsippet krever til og med at nåværende leverandører avslører visse ikke-konfidensielle opplysninger til fordel for de leverandørene de konkurrerer med om fremtidige kontrakter.

Et slikt syn forutsetter at den kunnskapen leverandøren har ervervet lar seg meddele til de andre leverandørene. Det kan, ut fra praksis, se ut som at det er praktisk, og ikke teoretisk, kunnskap som utgjør den verdifulle erfaringen. Ved en anskaffelse av renovasjonstjenester er det ikke det faktum at tidligere leverandør har kart over kjøreruten som utgjør forskjellen mellom han og de andre leverandørene. Et slikt kart kan enkelt distribueres. Det er det at den tidligere leverandøren ikke trenger kart som representerer den unike erfaringen. Der de andre leverandørene må bruke tid på å bli kjent med kjøreruten og hvor avfallspostene er plassert, besitter den tidligere leverandøren denne kunnskapen allerede. Det gjør at denne leverandøren kan arbeide effektivt fra kontraktens første dag, mens de andre leverandørene må gjennom en opplæringsperiode. En slik erfaring lar seg ikke meddele fullt ut, men må læres ved faktisk utførelse av arbeidet.

Denne problemstillingen var oppe i KOFA- sak, 2003/60. Bakgrunnen for denne saken var at Fredrikstad kommune hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av slamtømmingstjenester. I kommunens innstilling heter det under tildelingskriteriet ”kvalitet” at: ”Det vurderes at service og kvalitet vil være høy hos Pettersen og Pinderød [firmaet kommunen hadde innstilt]. Begrunnelsen er at disse har drevet registreringsarbeid i den perioden de har vært leverandør. Dette sikrer kommunen lite timeforbruk og sikkerhet for at tømmeponkter er registrert.”

¹⁴¹ Arrowsmith 2005, punkt 7.107.

KOFA viser til Nucleus-dommen, og uttaler at: ”Kravet til likebehandling medfører imidlertid at innklagede plikter å se bort fra de erfaringer én av deltakerne i konkurransen har gjort seg i et tidligere kontraktsforhold.” Nemnda kom således til at det var brudd på likebehandlingsprinsippet å vektlegge at én leverandør hadde god kjennskap til aktuelle tømmingssteder.

Man kan her forstå KOFA slik at det også kan være i strid med likebehandlingsprinsippet å vektlegge erfaringer som leverandøren har gjort seg i tidligere kontraktsforhold. Det må da være i tilfeller hvor det vil innebære at en deltaker, som følge av det tidligere kontraktsforholdet vil bli bedre stilt enn de andre, jfr, uttalelsen i Nucleus-dommen: ”ikkje i noko tilfelle stillast betre enn dei andre anbydarane”.

En annen fordel leverandøren har ved å ha innehatt en kontrakt der arbeidet videreføres i den nye kontrakten, er at oppdragsgiver kan ha fått et godt inntrykk av han gjennom det tidligere prosjektet. Når det gjelder eksempelet om bygging av skoler ovenfor, skiller ikke disse positive erfaringene seg fra positive erfaringer generelt. De kan således utjevnes ved at de andre leverandørene leverer referanselister. De positive erfaringene oppdragsgiver har gjort seg med leverandøren i tilknytning til et arbeid som skal videreføres derimot, kan ikke like lett utjevnes ved at de andre leverandørene får levere slike lister. Som for forprosjekt er disse erfaringene så knyttet til det arbeidet som skal videreføres, at man på bakgrunn av likebehandlingsprinsippet bør se bort fra dem.

Oppdragsgiver kan således ikke vektlegge erfaringer leverandøren har fra tidligere kontraktsforhold med oppdragsgiver der det innebærer at noen leverandører stilles bedre enn andre. Oppdragsgiver kan heller ikke legge vekt på positive erfaringer han har med leverandøren fra et tidligere kontraktsforhold der arbeidet videreføres i den nye kontrakten.

5 Avslutning

Det kom i 2006 en ny forskrift for offentlige anskaffelser. Før arbeidet med revideringen av regelverket om offentlige anskaffelser startet, kom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) med et innspill til det daværende Moderniseringsdepartementet. I innspillet ble det foreslått at forskriften burde kodifisere praksis som er fastlåst i KOFA angående egne og andres erfaringer. Dette har, som kjent, ikke blitt gjort.

Problemstillingen i det følgende er hvorfor dette ikke ble gjort, eventuelt hva man kunne ha oppnådd med en kodifisering, samt forholdet til direktivet.

Generelt vil departementet være forsiktige med å kodifisere rettsregler basert på praksis hvor det er usikkert om praksis har festnet seg. Det kan i slike situasjoner være hensiktsmessig at praksis gjennom konkrete anskaffelser kommer til løsninger som passer i den enkelte situasjon.

Rettskildemessig har en forskrift høyere egenvekt enn KOFA-praksis, slik at en kodifisering ville medført en større gjennomslagskraft overfor andre rettskilder. På en side, ville en kodifisering bidratt til å synliggjøre rettstilstanden, samt gjøre den lettere tilgjengelig. På den annen side, ville den bundet rettstilstanden på en helt annen måte enn det som er tilfellet i dag. Om det er hensiktsmessig å kodifisere eller ikke blir således et spørsmål om hvor dynamisk man ønsker at rettstilstanden på dette området skal være.

Verken EF-domstolen eller Høyesterett¹⁴² har tatt fullstendig stilling til praksisen rundt oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren. Det foreligger noe underrettspraksis, men den er ikke omfattende. På bakgrunn av de dommene som foreligger på området, er det således forståelig at man avventer en kodifisering.

KOFA ble opprettet i 2003, og er således et relativt nytt organ. Man har imidlertid etter hvert en betydelig og ensartet praksis fra klageorganet angående oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren. En slik betydelig og ensartet praksis forelå allerede før forskriften om offentlige anskaffelser ble revidert. Det kunne således allerede da tyde på at man var i ferd med å få en etablert rettstilstand på området og at man ikke hadde løpt noen stor risiko ved å kodifisere og dermed binde rettstilstanden til en viss grad.

Bakgrunnen for at NHO ønsket en kodifisering var at de ønsket en økt synliggjøring. Forutberegnlighetshensynet taler for en slik løsning. Ved å få rettstilstanden nedskrevet og publisert i en forskrift gjør man den lettere tilgjengelig, samtidig som det vil være litt lettere for rettsanvenderne finne å finne frem til gjeldende rett. Dersom formålet er å skape god tilgjengelighet til den etablerte praksis, kan det også være en mulighet å omtale temaet i veilederen til reglene om offentlige anskaffelser. Problemstillingen i forhold til oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren, er ikke omtalt i veilederen. Temaet er imidlertid omtalt relativt kort i kommentarutgaven.¹⁴³ Den ble utgitt i 2005, og baserer seg således på forskriften fra 2001, og ikke den gjeldende 2006-forskriften. Rettstilstanden er imidlertid ikke endret på dette punktet, slik at man kan fortsatt basere seg på det som står i kommentarutgaven.

Avgjørelser fra KOFA illustrerer at det i praksis begås mange feil i forhold til oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren. Det er mulig at en kodifisering kunne bidratt til å redusere dette antallet noe.

¹⁴² Høyesterett var riktignok inne på en del av spørsmålet i forhold til vektlegging av forprosjekt i senere konkurranser, men har ikke tatt stilling til det i sin helhet.

¹⁴³ Jfr. Dragsten/Lindalen 2005, særlig side 1311-1312 og 1779-1780.

Generelt er det ikke noe problem å kodifisere praksis så lenge den ikke er i strid med direktivet. Som man ser av den norske forskriften, har Norge en rekke utfyllende regler som EU ikke har.

Siden man ennå ikke har noen dom fra EF-domstolen angående dette spørsmålet, kan man aldri være helt sikker på at KOFAs praksis er forenlig med direktivet. Det er mulig at en kodifisering kan være problematisk i forhold til kravet om likebehandling. Jeg tenker da spesielt på at kravet om objektiv dokumentasjon og evne til å vurdere referanser for andres erfaringer, vil kunne medføre spesielle utfordringer ved tilbud fra utenlandske leverandører.

Der oppdragsgiveren og leverandøren kommer fra forskjellige land, kan det kanskje i visse tilfeller by på problemer å dokumentere erfaring med leverandøren på et språk som alle eventuelle senere oppdragsgivere forstår. Videre, kan det språkmessig sett tenkes å bli et problem i de tilfellene hvor referansene ikke er skriftlige, at man må innhente disse pr telefon og ta nøyaktige notater. Vurderingene blir da kanskje lettere noe svart/hvitt, gjerne uttrykt i form av enkeltord, da man må uttrykke seg på et språk man ikke kjenner. Som nevnt under punkt 3.2.2 må man ta høyde for ulike uttrykksmåter fra oppdragsgiver til oppdragsgiver. Dette må da særlig gjelde der oppdragsgiverne har forskjellig nasjonalitet.

En kodifisering av reglene om oppdragsgivers adgang til å vektlegge egne erfaringer med leverandøren ville ha medført en økt synliggjøring, men da spørsmålet verken har vært oppe for EF-domstolen eller Høyesterett kan man aldri være helt sikker på at rettstilstanden har festnet seg. Når det gjelder forholdet til direktivet, har man ingen grunn til å tro at gjeldende rett er i strid med dette, men som denne drøftelsen viser kan en kodifisering by på visse utfordringer.

Konklusjonen blir derfor at det kan være hensiktsmessig å avvente en kodifisering til denne problemstillingen har blitt behandlet fullt ut i høyere rettsinstanser.

6 Domsregister

Følgende saker er benyttet i oppgaven:

EF-domstolen

C-31/87 (Beentjes)

C-243/89 (Storebælt)

C-71/92 (K. mot Spania)

C324/93 (Evans/ Macfarlan)

C-87/94 (K. mot Belgia)

C-324/98 (Telaustria)

C-470/99 (Universale-Bau)

C-513/99 (Concordia Bus)

C-19/00 (SIAC)

C-315/01 (GAT)

C-434/02 (Arnold André)

Førsteinstansdomstolen (CFI)

T-169/00 (Esedra)

T-183/00 (Strabag)

T-4/01 (Renco)

T- 148/04 (Travel solutions)

Høyesterett

Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus)

Lagmannsrettene

Borgarting lagmannsrett:

LB- 2001-249 (RG 2002 s. 1132)

LB-2004-40374

Eidsivating lagmannsrett

LE- 1997-43 A (RG-1998-178)

Hålogaland lagmannsrett

18.12.98

LH-2004-07353 (RG 2005 s. 469)

Klageorganet for offentlige anskaffelser (KOFA)

2003	2004	2005	2006	2007
2003/3	2004/16	2005/50	2006/14	2007/16
2003/7	2004/67	2005/111	2006/20	2007/39
2003/11	2004/79	2005/126	2006/92	2007/83
2003/54	2004/124	2005/206	2006/109	2007/86
2003/60	2004/126	2005/261	2006/121	
2003/66	2004/151	2005/292	2006/153	
2003/74	2004/180		2006/161	
2003/109	2004/189			
2003/165	2004/243			
2003/273				

Den danske klagenemnda for offentlige anskaffelser ("Klagenævnet for Udbud")

30. mai 1996 - "A/S Iver Pedersen mod I/S Reno Syd"

23. februar 2001 – "Kæmpes Taxi og Nordfyns Busser mod Sønder sø Kommune"

23.mars 2004 – "Tolkeservice mod Viborg Amt"

Den svenske klagenemnda for offentlige anskaffelser ("Nämnden för offentlig upphandling - NOU")

Nyhetsbrevet NOU-info, mars 1998

7 Litteraturliste

Amdal, Gro og Roll-Matthiesen, Inger: "Lov og forskrift om offentlige anskaffelser-kommentarutgave", 2. utgave, Kommuneforlaget AS 2004

Arrowsmith, Sue: "The Law of Public and Utilities Procurement", 2. utgave, Sweet & Maxwell Limited 2005

Dragsten, Marianne H. og Lindalen, Esther: "Offentlige anskaffelser – kommentarutgave, bind I og II", Universitetsforlaget 2005

Dragsten, Marianne H.: "Håndbok i offentlige anskaffelser", Universitetsforlaget 2006

Sejersted, Fredrik: "Vedtaksprosessen i EFs konkurranserett - med særlig vekt på partenes innsynsrett", Universitetsforlaget AS 1993

Sejersted Fredrik, Arnesen Finn, Rognstad Ole-Andreas, Foyn Sten og Kolstad Olav: "EØS-rett", 2. utgave, Universitetsforlaget 2004

Trygstad, Kristian Dahle: "Tildeling av offentlige kontrakter", Gyldendal Norsk Forlag AS 2006