

Det juridiske fakultet

Kan oppdragsgiver vektlegge personalets kompetanse og erfaring i tildelingsfasen?

Torbjørn Sandbu

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2015

1 Innholdsfortegnelse

2	Innledning	5
2.1	Om offentlig anskaffelse.....	5
2.2	Problemstilling	5
2.2.1	Oppgavens tema	6
2.2.2	Bakgrunnen for problemstillingen	6
2.3	Begrepsbruk	8
2.3.1	Særlig om hovedkriterier, tildelingskriterier og underkriterier.....	8
3	Avgrensning.....	9
4	Rettskildesituasjonen	10
4.1	EØS-avtalen	10
4.2	EUs direktiver	10
4.3	Norsk Lov og Forskrift.....	11
4.4	Rettspraksis	13
4.5	Teori.....	13
5	Personellets kompetanse og erfaring som tildelingskriterium.....	14
5.1.1	Nærmere om personalet	15
5.1.2	Nærmere om kompetanse.....	15
5.1.3	Nærmere om erfaring.....	16
5.1.4	Generelt om kompetanse og erfaring	16
5.1.5	Utfordringer ved personalets kompetanse og erfaring.....	17
6	Gjennomgang av norsk lov, EU-retten og praksis fra KOFA	19
6.1	Norsk lov	20
6.2	Norsk forskrift.....	20
6.3	Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning av offentlige anskaffelser av 31. mars 2004.....	23

6.4	Praksis fra EU-retten før anskaffelsesdirektivet av 2014.....	25
6.4.1	Beentjes-dommen.....	25
6.4.2	Evans Medical.....	27
6.4.3	SIAC-dommen.....	30
6.4.4	Concordia Bus-dommen.....	32
6.4.5	Wienstrom-dommen	35
6.4.6	Lianakis-dommen	36
6.4.7	Oppsummering	37
	Praksis fra KOFA.....	38
6.4.8	Brødrene Vatndal & Co 2008/120.....	38
6.4.9	Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80.....	43
6.4.10	B. & Ø. Tveter 2009/285.....	46
7	Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige anskaffelser av 26. februar 2014....	47

2 Innledning

Oppgaven omhandler offentlig anskaffelse. Det gis ikke undervisning i faget i Tromsø, men har bred utbredelse i praktiske liv.

2.1 Om offentlig anskaffelse

Offentlig anskaffelse har som formål å sikre forsvarlig og effektiv bruk av de offentlige midler. Samtidig skal regelverket åpne for at næringslivet får muligheten til å konkurrere om verdifulle kontrakter.

Regelverket om offentlig anskaffelse krever at det offentlige følger en gitt prosedyre for å kjøpe inn varer og tjenester.

2.2 Problemstilling

«Kan oppdragsgiver vurdere personalets kompetanse og erfaring i tildelingsfasen?»

Oppdragsgiver vil ofte tildele kontrakten til den tilbyderen som har det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Dette begrepet hentes direkte ut av FOA del III § 22-2(1):

«Tildelingen skal skje (...) på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.» Bestemmelsen legger opp til at oppdragsgiver må veie tilbudene opp mot hverandre. I denne prosessen kan ikke oppdragsgiver velge ut det beste tilbudet på måfå. Det følger av annet ledd som sier: «Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden.»¹ Oppdragsgiver skal altså vekte tilbudene opp imot hverandre ved hjelp av visse kriterier. Ordlyden krever at kriteriene er egnet til å

¹ Forskrift om offentlig anskaffelse del III § 22-2(2) første punktum

vurdere om tilbudet er økonomisk fordelaktig. Videre krever bestemmelsen at kriteriene har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Andre bestemmelser og rettspraksis stiller ytterligere krav til kriteriene.

Oppgaven vil fokusere på spørsmålet om personalets kompetanse og erfaring har tilknytning til kontraktsgjenstanden, og herunder er egnet til å vurdere tilbudets økonomiske verdi. Øvrige vilkår vil ikke bli vektlagt i oppgaven.

2.2.1 Oppgavens tema

Mange oppdragsgivere ønsker å bruke personalets kompetanse og erfaring som kriterium for å velge ut det beste tilbudet. I praksis har dette vært problematisk, mye fordi det fremstår mest naturlig at kompetanse og erfaring sier si noe om selve leverandøren, i motsetning til tilbudet. Akkurat dette forhold ble vurdert EU-domstolen i Lianakis-dommen.² Dommen synes å fastslå at personalets kompetanse og erfaring ikke er egnet til å vurdere tilbudets økonomiske verdi. Likevel har dommen vært noe kontroversiell. Dette var dels fordi uttalelsen om erfaring og kompetanse var et obiter dictum. Videre gjengir ikke dommen Generaladvokatens uttalelse om forholdet, noe som kan ha betydning i EU-domstolen.

Oppgaven skal forsøke å finne holdepunkter i regelverk og rettspraksis for å besvare problemstillingen.

2.2.2 Bakgrunnen for problemstillingen

Problemstillingen er inspirert av en gjennomgang av avgjørelser i KOFA. Den er altså ikke hentet fra en konkret avgjørelse, men tilsvarer en trend jeg mener finnes i norsk anskaffelsesrett. Jeg har inntrykk mange oppdragsgivere ikke har full kontroll på regelverket når det kommer til å velge egne tildelingskriterier. Dette gjelder særlig når oppdragsgiver ønsker å vurdere leverandørens og de ansattes erfaring og kompetanse.

² Lianakis - Sak C-532/06

Problemstillingen er formulert for å fange opp typetilfellet av konflikter som oppstår ved tildelingskriterier.

Jeg vil ikke forsøkte å gi et direkte svar på hvorfor dette området av anskaffelsesretten ofte er gjenstand for konflikt. Dette blir spekulasjoner som etter min mening går ut over en ren juridisk gjennomgang av regelverket. Likevel vil jeg si litt om mitt inntrykk av situasjonen.

Det er en kjensgjerning at regelverket er komplisert og til tider uoversiktlig. Dette kan ha en sammenheng med at rettsutviklingen skjer både i norsk rett og i EU. Videre må en lang rekke aktører forholde seg til regelverket. Både offentlige institusjoner og private leverandører må følge strenge prosessuelle regler. I tillegg er det meget store verdier på bordet. For mange entreprenørselskap kan tildeling av en offentlig kontrakt bety suksessfull drift eller konkurs. Dermed er veien kort fra ulik tolkning av regelverket til rettslig konflikt. Når man da har adgang til å få saken avgjort i en nemnd i stedet for domstol blir terskelen desto lavere. Videre er det mitt personlige inntrykk at mange mindre offentlige institusjoner har varierende juridisk kompetanse til å gjennomføre kompliserte innkjøp. Dette kan ha sammenheng med at innkjøp ofte administreres av en innkjøpsavdeling som har sin faglige kompetanse på det økonomiske.

Jeg ble også foreslått tilsvarende lik problemstilling av en advokat i et av landets ledende firma på området. Det var hans inntrykk at mange oppdragsgivere ville vektlegge personellens kompetanse i tildelingsfasen, men at rettspraksis hadde gjort regelverket noe utfordrerne å navigere. Dette gjaldt særlig i etterkant av Lianakisdommen som jeg går nærmere inn på nedenfor. I tillegg til en gjennomgang av regelverket vil jeg også se hen til det nye anskaffelsesdirektivet av 2014. Dette er enda ikke implementert i norsk rett, men er gjeldende rett i EU. Det vil også få betydning for den nye norske anskaffelsesforskriften som er under utredning.³

³ NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser — Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

2.3 Begrepsbruk

Når det gjelder dommer og lovtekster fra EU-retten vil jeg forholde meg til den Danske versjonen av disse. Dette fordi ordenes betydning er lettere overførbart til norsk, selv om samtlige offisielle EU-språk har likeverdig betydning ved fortolkningen.

Oppdragsgiver

Leverandør

Tilbyder

2.3.1 Særlig om hovedkriterier, tildelingskriterier og underkriterier

Det norske lovverket bygger på EUs direktiver. Derfor vil hoveddelen av oppgaven ta utgangspunkt i de såkalte anskaffelsesdirektivene.⁴ Disse har en begrepsbruk som er videreført i det norske regelverket, og som jeg vil gå nærmere inn på her.

Grunnlaget for det norske regelverket er Artikel 53⁵, hvor første ledd viser til at oppdragsgiver kan velge mellom to alternative kriterier for å vurdere tilbud:⁶ «følgende kriterier [kan legges] til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:» (min understreking).⁷ Deretter følger to alternativer i henholdsvis bokstav a) det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og bokstav b) utelukkende vurdering av pris. Under bokstav a) kan oppdragsgiver velge ulike vurderingsmomenter for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Disse momentene betegnes som «forskellige kriterier, dervarierer

⁴ Anskaffelsesdirektivet av 92 eller 04

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004

⁶ Se punkt 4.1

⁷ Anskaffelsesdirektivet 2004/18/EF Artikel 53

etter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk verdi, æstetisk og funksjonsmessig verdi» (min understreking). Betegnelsen «kriterier» benyttes altså om to systematisk forskjellige rettsregler. Begrepsbruken er likelydende i den norske anskaffelsesforskriften § 22-2.

Mitt syn er at denne dobbelbruken skaper forvirring når bestemmelsen skal anvendes. For meg fremstår regelen hierarkisk oppbygd med ulike faser i rettsanvendelsen. Det ville vært mer naturlig å betegne alternativene i bokstav a) og b) som «hovedkriterier», mens momentene som brukes under bokstav a) betegnes som «tildelingskriterier».

Begrepsbruken går som nevnt igjen i norsk rett. KOFA synes heller ikke å problematisere dette når nemda anvender det norske regelverket. Her benyttes begrepet «tildelingskriterium» om kompetanse og erfaring som momenter for å vurdere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Videre brukes «underkriterier» om momenter som faller inn under begrepene kompetanse og erfaring. Dragsten nevner ikke problemet eksplisitt, men synes å benytte seg av begrepet «hovedkriterium» når det gjelder alternativene bokstav a) «økonomisk mest fordelaktig» og bokstav b) «utelukkende lavest pris» i anskaffelsesforskriften § 22-2(1).⁸

Begrepsbruken synes ikke entydig. Jeg velger å forholde meg til anvendelsen av regelverket er inndelt i faser, og synes begrepsbruken burde gjenspeile dette. I det følgende vil jeg derfor bruke begrepene hovedkriterier, tildelingskriterier og underkriterier når jeg anvender reglene i anskaffelsesdirektivene og anskaffelsesforskriften § 22-2.

3 Avgrensning

Oppgaven er primært avgrenset mot forskriften del II. Dette fordi EUs regelverk i prinsippet bare får betydning for Del III da disse terskelverdiene som svarer med EUs

⁸ Dragsten side 364 flg.

terskelverdier. I praksis får dette likevel liten betydning da de særnorske på samme måte som bestemmelsene i del III.

4 Rettskildesituasjonen

Rettskildesituasjonen i Norge oppleves nok for mange uoversiktlig. For det første er vårt regelverk tett knyttet til rettsutviklingen i EU. Nye direktiver og avgjørelser i EU-domstolen er viktige rettskilder for å finne gjeldende rett i Norge. I tillegg er den norske rettsutviklingen preget av Klagenemda for offentlige anskaffelser. Nemda har en sterk posisjon fordi den foretar mange vurderinger

4.1 EØS-avtalen

EØS-avtalen ble undertegnet i mai 1992. Formålet var at Norge skulle få ta del i EUs indre marked. Til gjengjeld måtte Norge forplikte seg til å følge deler av EUs regelverk.

EØS-avtalen artikkel 6 «Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og Traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap og med rettsakter som er vedtatt i henhold til de to traktatene, fortolkes i samsvar med de relevante rettsakter som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale.»

Følgelig er relevante rettskilder fra EU avgjørende for hvordan vi skal tolke det norske regelverket.

4.2 EUs direktiver

Direktivene kommer etter traktatene i rang, og kalles sekundærlovgivningen etter TEUF art. 288. «For at udøve Unionens beføyelser vedtager institutionerne forordninger, direktiver, avgjørelser, henstillinger og udtalelser.» Og videre i bestemmelsens tredje ledd: «Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheter at bestemme form og midler for gjennomføringen.» Som utgangspunkt er det altså opp til medlemstatene selv å

avgjøre hvordan reglene skal gjennomføres. På anskaffelsesrettens område derimot er oppstilt mange prosessuelle krav i tillegg til de materielle bestemmelser som skal gjennomføres.

På anskaffelsesrettens område er Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige anskaffelser av 26. februar 2014 det viktigste. Dette avløste det gamle direktivet Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning av offentlige anskaffelser av 31. mars 2004, som før det avløste anskaffelsesdirektivet av 18. juni 1992. Behovet for et nytt direktiv begrunnes i fortalen med at EUs rettspraksis har utviklet anskaffelsesretten, spesielt når det gjelder bruken av tildelingskriterier, se punkt 5.1.

Norsk lovgivning må være i samsvar med Europa-parlamentets og Rådets direktiv nr 2004/18/EF da dette er det siste som er implementert i norsk rett.

Innføringen av anskaffelsesdirektivet i norsk rett skjedde ved Lov om offentlige anskaffelser nr. 116 m.v av 27. november 1992. Denne er i dag avløst av Lov om offentlige anskaffelser nr. 69 av 16. juni 1999. Loven er relativt kort og gir ikke mange konkrete bestemmelser for utøvelsen av regelverket. De viktigste bestemmelsene er innføringen av anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper.

4.3 Norsk Lov og Forskrift

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nummer 69 er den fremste norske rettskilden for offentlig anskaffelse. Loven er utslag av Norges forpliktelse til å følge utviklingen i EU. Loven i seg selv er ikke mye brukt i praksis fordi de fleste materielle bestemmelser følger av forskriften. Loven angir likevel viktige prosessuelle og prinsipielle bestemmelser. Den danner også hjemmelen for forskriften i § 16.

Den fremste forskriften er Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402, som trådte i kraft 1. januar 2007. Regelverket skiller seg ut ifra typisk norsk lovgivning fordi de mest sentrale bestemmelsene finnes bare i forskriften. Derfor skjer den praktiske anvendelsen av lovområdet

Anskaffelsesforskriften har 3 deler. Del I gjelder samtlige anskaffelser, mens Del II og Del III gjøres gjeldende etter terskelverdiene. Anskaffelse av kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene finnes i Del II, mens kontrakter over terskelverdiene finnes i Del III. Terskelverdiene stammer fra anskaffelsesdirektivets artikkel 7 som slår fast at direktivet gjelder for offentlige vare- og tjenestekontrakter over 162 000 euro, eller over 249 000 euro i enkelte tilfeller. For offentlige bygge- og anleggsarbeider gjelder regelverket for kontrakter for mer enn 6 242 000 euro.⁹

Anskaffelsesforskriften Del III gjelder for «kontrakter der den anslåtte verdi overstiger 1,55 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter og 39 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter».¹⁰ Denne tilsvarer altså EUs anskaffelsesdirektiv og representerer gjennomføringen av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. I forhold til oppgavens tema er forholdet «Artikkel 67 Kriterier for tildeling af kontrakter», med tilhørende rettspraksis, viktig for hvordan anskaffelsesforskriften § 22-2 «Kriterier for valg av tilbud» skal tolkes.

Anskaffelsesforskriften Del II gjelder på sin side offentlige kontrakter som har en anslått verdi under EUs terskelverdi. «For kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger 500.000 kroner ekskl. mva. men ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2 (terskelverdier)».¹¹ Hvilket betyr at Norges regelverk går utover bestemmelsene vi er forpliktet til å følge. Dette reiser spørsmålet om praksis fra EU-retten har prejudikatsverdi for anskaffelsesforskriften Del II.

⁹ Europaparlamentet og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF artikkel 7 bokstavene a b og c

¹⁰ Forskrift om offentlig anskaffelse § 2-2(1)

¹¹ Forskrift om offentlig anskaffelse § 2-1(2)

til offentlige anskaffelser i norsk rett omhandler i stor grad hvordan vi skal gjennomføre våre EØS-rettslige forpliktelser. Slik informasjon har liten rettskildemessig vekt.¹² I sammenheng med dette

4.4 Rettspraksis

EU-retten har tradisjon for å opptre mer rettskapende enn vi er vant til i Norge. Dette kommer for eksempel frem i Lianakis-dommen der retten på eget initiativ tar opp problemet om tildelingskriter. Det spekuleres av KOFA i klagenemndas sak «Brødrene Vatndal & Co 2008/120» avsnitt 52 at domstolen hadde behov for innskjerpe en uklarhet som den lokale domstol ikke hadde plukket opp.¹³ Det er vanskelig å se for at en norsk sivilrettslig domstol ville tatt en prejudisiell avgjørelse av et relevant spørsmål, uten at dette var fremmet av partene.

Når det gjelder norsk rettspraksis vil denne bli brukt i liten grad. Dette er fordi jeg mener oppgavens tema er best behandlet i EU-retten og i KOFA.

4.5 Teori

Rettsutviklingen i Norge skjer i stor grad i KOFA. Nemnda bygger i tråd med EØS-avtalen ofte sin tolkning på rettssituasjonen i EU. På grunn av nemndas status holdes mye av konfliktene utenfor norske domstolen. Av disse grunner blir det særlig viktig at teorien evner å samle trådene og systematisere utviklingen. Når faget i tillegg har stor betydning for offentlig forvaltning er det ekstra viktig at teorien klarer å formidle rettstilstanden på en god måte.

Det fremst teoretiske innslaget synes å være Marianne H. Dragsten bok «Offentlige Anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger». Første og foreløpig eneste utgave er av 2013. Med den nye norske anskaffelsesforskriften som skal innføres i løpet av 2016 kan

¹² Dragsten side 54

¹³ Brødrene Vatndal & Co 2008/120» avsnitt 52

det bli behov for en nyere utgave. Forfatteren er spesialisert på anskaffelsesrett og driver advokatfirmaet «Anskaffelsesexperten».

Ellers har Morten Goller, medlem av KOFA og partner i advokatfirmaet Wiersholm skrevet boken «Anskaffelsesrett i et nøtteskall». Boken fungerer som en innføring innføringsrett.

5 Personellets kompetanse og erfaring som tildelingskriterium

Regelverket bygger på at oppdragsgiver skal velge det beste tilbudet ved innkjøp av varer eller tjenester. Hva som er det beste tilbudet kommer an på hva oppdragsgiver trenger. Oppdragsgiver må på forhånd ha gjort en grundig utredning av sine behov og dannet et klart bilde av hva som må kjøpes inn. Av denne grunn åpner regelverket for at oppdragsgiver kan leie inn ellers potensielle tilbydere som rådgivere.¹⁴ Når behovet er klarlagt, må oppdragsgiver etterspørre en ytelse som skal dekke behovet. Ytelsen skal grundig beskrives i konkurransegrunnlaget.¹⁵ Ytelsen kan være alt fra vareleveranser til advokattjenester.

Når ytelsen er utlyst i konkurransegrunnlaget vil oppdragsgiver motta tilbud fra potensielle leverandører. For å finne det beste tilbudet må oppdragsgiver gjøre en grundig vurdering. Regelverket skal sørge for at prosessen er forutberegnelig, gjennomsiktig og etterprøvbart og stiller strenge krav til protokollføring.¹⁶

Selv om regelverket her har strenge prosessuelle regler, bygger det likevel på den forutsetning at oppdragsgiver selv best egnet til å avgjøre anbudskonkurransen. Av

¹⁴ Dette gjelder så lenge rådgiver ikke får en konkurransefordel jf. FOA § 3-8.

¹⁵ FOA Del II § 8-1 og FOA Del III § 17-1

¹⁶ Lov om offentlig anskaffelse § 5 og forskrift om offentlig anskaffelse § 3-2(2)

denne grunn har oppdragsgiver fått vid adgang til å velge kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som skal sjalte ut det beste tilbudet.

Mange oppdragsgivere ønsker å vektlegge tilbyders kompetanse og erfaring. Det er selvfølgelig naturlig da det naturlig sammenheng med ytelsen som leveres.

Videre vil jeg gå nærmere inn på begrepene i problemstillingen: «Kan oppdragsgiver vurdere personalets kompetanse og erfaring i tildelingsfasen». Med gjennomgangen ønsker jeg å belyse utfordringene som jeg mener problemstillingen setter på spissen.

5.1.1 Nærmere om personalet

Uttrykket personalet sikter her til personer som er tilknyttet tilbudet, og deres kompetanse og erfaring. Det kan være leverandøren som sådan, altså eieren eller ledelsen dersom leverandøren er et selskap. På den andre side kan det være tale om ansatte. Det vanligste forståelsen av uttrykket er etter min mening profesjonelle personer tilknyttet et arbeid. Som eksempel kan nevnes personalet på et fly eller i en butikk. Det er likevel ikke sagt at begrepet henviser til ansatte eller underordnede. Det kan også tenkes at tilbyder er enkeltpersonforetak. Da vil det ikke være noe skille mellom eier og ansatt av foretaket. Det er altså ikke uten videre klart hvem uttrykket beskriver i denne sammenheng.

5.1.2 Nærmere om kompetanse

I denne sammenheng er begrepets betydning det å inneha de faktiske evner til å gjennomføre en oppgave. Dette er den vanlige tolkningen av begrepet og må ikke blandes med den juridiske betydningen. Den juridiske betydningen kan illustreres i forvaltningsretten der kompetanse betyr formell tillatelse til å utføre en handling. I den vanlige språklige forståelsen betyr begrepet å inneha faglige kunnskaper og faktisk mulighet til å utføre en jobb.

Kompetanse blir i anskaffelsesrettslig praksis omtalt som formell kompetanse og reell kompetanse.¹⁷ I praksis betyr det utdanning og erfaring.

Formell kompetanse betyr at oppdragsgiver etterspør tittel, grad, bevis eller lignende som følger med gjennomført opplæring. I praksis betyr det at tilbyder må legge ved tilstrekkelig dokumentasjon ved tilbudet. I denne sammenheng er det viktig at oppdragsgiver redegjør for hvilken kompetanse som vil bli vektlagt, og hvilken dokumentasjon som er tilstrekkelig. Flere anbudsprosesser har endt opp hos KOFA fordi oppdragsgiver ikke er tydelig nok på hva som ligger i kravet til formell kompetanse.

Når det gjelder reell kompetanse kan det være tale om evne.

5.1.3 Nærmere om erfaring

Erfaring i denne sammenheng viser til ordets alminnelig betydning. Det vil derfor ofte overlappe krav til reell kompetanse. Samtidig betyr ikke erfaring nødvendigvis at man har kompetanse. Ordets bokstavelige betydning betyr heller at bare har gjort noe tidligere. Likevel forutsetter begrepet ofte at erfaring har gitt kompetanse. Når oppdragsgiver etterspør erfaring menes det som oftest erfaring fra lignende eller tilsvarende oppdrag.

5.1.4 Generelt om kompetanse og erfaring

I praksis fra KOFA ser man at begrepene ofte brukes om hverandre. Dette kan dels forklares med at betydningen er tilsvarende den samme. Dels kan det være at oppdragsgiver selv ikke er bevisst på sin forståelse av begrepet. Likevel skyldes sammenblandingen hovedsakelig at oppdragsgiver har stor skjønnsmessig frihet når det kommer til hva som skal vektlegges.

¹⁷ Finn eksempler fra praksis

5.1.5 Utfordringer ved personalets kompetanse og erfaring

Som gjennomgangen ovenfor viser, sier «personalets kompetanse og erfaring» noe leverandørens kvalifikasjoner. Dette gjelder enten det er snakk om leverandør som sådan eller hans eller hennes ansatte. Ved å etterspørre personalets kompetanse og erfaring får vi altså ikke direkte kunnskap om varen eller tjenesten som leveres. På den annen side kan slike forhold ha indirekte betydning for kvaliteten på ytelsen, selv om det ikke nødvendigvis må være slik. I alle tilfeller mangler vi et essensielt grunnlag for å vurdere tilbudene opp imot hverandre, dersom vi ikke vet noe om kvaliteten på varen eller tjenesten. Dette forhold blir vektlagt i Lianakis-dommen, og har fått stor betydning for utviklingen av gjeldende rett.

5.1.5.1 Tilknytning til kontraktsgjenstanden og identifisering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud

Som jeg nevnte i innledningen må alle tildelingskriterier ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. Det betyr videre at de må være i stand til å identifisere tilbudets økonomiske fordeler. Dette følger direkte av ordlyden i anskaffelsesforskriften § 22-2, og også av de ulike utgavene av EUs anskaffelsesdirektiv.

Problemstillingen kan illustreres med en eldre dom fra norsk rettspraksis, nemlig Hålogaland lagmannsretts dom av 18. desember 1998. Lagmannsretten henviste til daværende gjeldende regelverk og Beentjes-dommen og uttalte at: «Lagmannsretten legger til grunn at utvelgelsen således skal foregå i to trinn; først en egnethetsvurdering og så en tildeling, og at det ved tildelingen ikke vil være anledning til å legge vekt på kriterier som hører hjemme i egnethetsvurderingen. At det skal forholdes slik følger av selve ordlyden i § 26, hvor det heter at "etter at" egnetheten er vurdert "skal" tildelingen skje.» (Min understreking).¹⁸ Her hadde oppdragsgiver vurdert tilbudene blant annet ut i fra tildelingskriteriet «"generell kompetanse og kapasitet"». Dette mente

¹⁸ LH-1998-358

lagmannsretten hadde naturlig tilhørighet i vurderingen av oppdragsgivers egnethet, og følgelig ikke var egnet til å vurdere tilbudets verdi.

Videre i oppgaven vil jeg om personalets kompetanse og erfaring kan oppfylle disse vilkårene.

5.1.5.2 Samme forhold i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen

En annen hindring for personalets kompetanse og erfaring, er at anskaffelsesregelverket har bestemmelser om kvalifikasjonskrav. Dette åpner for at oppdragsgiver kan stille krav som leverandør må oppfylle for å være med i konkurransen. Kravene skal sikre at leverandørene som er med i anbudskonkurransen har de kvalitative forutsetninger for å gjennomføre kontrakten hvis de vinner. Det kan argumenteres for at «personalets kompetanse og erfaring» bare sier noe om leverandørens evne til å levere.

Den samme dommen fra Hålogaland lagmannsrett kan også illustrere dette. Her uttales det at: «Lagmannsretten legger til grunn at utvelgelsen således skal foregå i to trinn; først en egnethetsvurdering og så en tildeling».¹⁹ Det retten mener, er at utvelgelsen skal foregå i to trinn. Det kan i denne sammenheng virke som at lagmannsretten mener at de samme momenter ikke kan vurderes i begge trinn. Altså at generell kompetanse og kapasitet ikke kan brukes som både kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium.

Dommen fra Hålogaland Lagmannsrett har blitt brukt for å tolke inn en forutsetning om et prosessuelt skille finnes i anskaffelsesforskriften § 11-1 om fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter:

«Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 8-4 (kvalifikasjonskrav) til § 8-7 (Skatteattest), skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 13-2 (kriterier for valg av tilbud).»

¹⁹ LH-1998-358

Bestemmelsen angir fremgangsmåten i anbudskonkurransen. Ordlyden første delsetning tolkes slik at det foreligger et skille i tid, eller prosess mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Dette har blitt tolket tid hen at lovgiver har ment at prosessene ikke skal gli over i hverandre. I denne sammenheng skal derfor ikke de samme forhold vurderes i begge fasene.

I denne sammenheng kan det stilles spørsmål om et typisk kvalifikasjonskrav kan benyttes som tildelingskriterium, dersom det ikke finnes et likelydende krav i kvalifikasjonsfasen?

Det er altså flere utfordringer som ligger i oppgavens problemstilling. Videre skal jeg derfor gjennomgå de gjeldende rettskilder for å avgjøre om, og eventuelt i hvilken grad oppdragsgiver kan bruke personellens kompetanse og erfaring som tildelingskriterium.

6 Gjennomgang av norsk lov, EU-retten og praksis fra KOFA

Siden oppgaven tar sikte å besvare spørsmålet etter norsk rett, vil jeg starte med å tolke det norske regelverket. Oppgaven vil legge særlig vekt på hvordan det norske regelverket skal tolkes i lys av anskaffelsesdirektivet av 2004 og tilhørende rettspraksis. Jeg vil også se hvordan praksis i KOFA har fulgt utviklingen i EU.

Anskaffelsesdirektivet av 2004 som er ikke lenger er gyldig i EU etter det ble erstattet av det nye anskaffelsesdirektivet av 2014. Jeg vil også gjennomgå dommene *Beentjes*, *Evans Medical*, *SIAC* og *Concordia Bus*.²⁰ Det gamle anskaffelsesdirektivet bygger på disse dommene, og skal tolkes i lys dem. Grunnen til at disse rettskildene er med i oppgaven er fordi de danner grunnlaget som den norske anskaffelsesforskriften ble bygget på i 2006, og er gjeldende rett i Norge. Mye av det som er sagt i disse rettskildene er gyldige i dag, men det har skjedd vesentlige endringer når det kommer til

²⁰ Se punkt: 7.4

tildelingskriterier. Selv om EØS-avtalen og presumsjonsprinsippet gjør gjeldende EU-rett også gjeldende i Norge, vil jeg bruke disse rettskildene for å illustrere rettsutviklingen.

6.1 Norsk lov

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juni 1999 er hjemmelen for anskaffelsesretten i Norge. Loven er relativt kort og inneholder få bestemmelser. De viktigste er formålsbestemmelsen i § 1 og kodifiseringen av områdets grunnleggende krav i § 5. Når tildelingskriterium har blitt vurdert i rettspraksis er det ofte hensynet til de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet som har vært avgjørende.

For oppgavens vedkommende kan § 6 om plikten til å vektlegge «livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen» være av en viss interesse. Bestemmelsen kan sies å legge grunnlaget for at pris ikke er det eneste kriteriet ved anskaffelse. Spørsmålet har nok aldri vært problematisert, men bestemmelsen kan forhindre at hensynet til «mest mulig effektiv ressursbruk» i formålsbestemmelsen tillegges for mye vekt.²¹ Dette er likevel ikke et relevant problemstilling i dagens regelverk.

6.2 Norsk forskrift

Forskrift om offentlig anskaffelse av 7. april 2006 har langt mer praktisk betydning i norsk rett.

«§ 22-2. Kriterier for valg av tilbud

(1) Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.

²¹ Lov om offentlig anskaffelse § 1

(2) Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette kan for eksempel være kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, og tid for levering eller ferdigstillelse. Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver skal angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene. Vektingen kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag.»

Bestemmelsen står under kapittel 2 «Avslutning av konkurransen».

Altså har oppdragsgiver valgt ut de leverandørene som er kvalifisert til å oppfylle den utlyste kontrakten. Hensikten er at oppdragsgiver skal ha flere konkrete tilbud på bordet og skal nå tildele kontrakten til leverandøren med det beste tilbudet. På grunn av de grunnleggende prinsippene om likebehandling, konkurranse og effektiv bruk av det offentliges ressurser, kan ikke oppdragsgiver velge tilbud på måfå. Bestemmelsen angir derfor to hovedkriterier som oppdragsgiver må benytte seg av. Som utgangspunkt står oppdragsgiver fritt til å velge mellom disse to.

Det enkleste er velge ut i fra hvilket tilbud som har lavest pris, altså det andre alternativet i første ledd. Det eneste momentet som da skal vurderes er størrelsen på vederlaget leverandøren skal ha for tilbudet. Dette kriteriet er enkelt og krever minimal vurdering fra oppdragsgivers side. Samtidig gir det et unyansert bilde av tilbudene, og oppdragsgiver kan ikke vektlegge andre momenter av økonomisk betydning. Dette kriteriet egner seg nok best til generiske vareleveranser eller lignende der kjøpskostnaden er det eneste som skiller tilbudene.

Det andre kriteriet, og det som er relevant for oppgaven, er det «økonomisk mest fordelaktige tilbud». Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan vektlegge forskjellige kriterier i den hensikt å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Ordlyden og posisjonen som alternativ til «pris» taler for at oppdragsgiver kan vurdere langt flere forhold ved å velge dette kriteriet. I tillegg nevner bestemmelsen flere

kriterier som kan benyttes ved vurderingen, som for eksempel «kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper». Dette gir inntrykk av at oppdragsgiver han foreta en helhetlig vurdering av tilbudene.

I forhold til oppgavens tema må begrepet det «økonomisk mest fordelaktige tilbud» vurderes nærmere.

Et tilbud i denne sammenheng er et tilbud om å inngå en kontrakt med oppdragsgiver. Hva leverandøren forplikter seg til å levere kan være hva enn oppdragsgiver ser nødt til å kjøpe inn. Tilbudene kan være alt fra forpliktelse til å levere varer og tjenester, til inngåelse av en stor bygg- og anleggsentreprise. Det konkrete tilbudet er avhengig av behovet oppdragsgiver har gjort rede for i konkurransegrunnlaget. Alle tilbudene som foreligger i tildelingsfasen er i stand til å dekke oppdragsgivers behov, altså i henhold til kontrakten leverandørene kjemper om å vinne. Likevel er ikke tilbudene like. Selv om de er i henhold til kontrakt vil det være forskjeller som utgjør fordeler og ulemper for oppdragsgiver.²² Ved å velge første hovedkriterium, det økonomisk mest fordelaktige, kan oppdragsgiver velge det tilbudet som har flest fordeler etter en samlet vurdering.

En slik samlet vurdering kan likevel ikke ta i betraktning all verdens fordeler og ulemper. Dette følger av at bestemmelsen sier at fordelene og ulempene må falle innenfor det som kan betegnes som «økonomiske fordeler».

Den umiddelbare tanken som kommer med uttrykket «økonomisk» er at tilbudene skal vurderes ut ifra monetære standarder. Samtidig vet vi at det ikke er tale om en sammenligning av tilbud utelukkende basert på pris. Altså må begrepet «økonomi» ha en videre betydning enn tilbudets innkjøpspris. Det åpner for at andre forhold som har betydning for oppdragsgiver økonomi må kunne legges til grunn.

²² I noen tilfeller, som ved levering av enkle varer, vil tilbudene ofte være identisk med unntak av pris. I slike tilfeller er det mest hensiktsmessig å velge hovedkriterium b).

Bestemmelsen kommer videre med flere alternativer som kan benyttes som tildelingskriterier. Listen er imidlertid ikke uttømmende, så en kan legge til grunn at oppdragsgiver ikke er begrenset til å velge blant disse vilkårene.

Bestemmelsen i seg selv gir likevel ikke er klart svar på om personalets erfaring og kompetanse er egnet til å vurdere tilbudets økonomiske fordelaktighet. Dette synes å bero på hva som ligger i begrepet «økonomiske».

6.3 Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning av offentlige anskaffelser av 31. mars 2004

EUs direktiver danner grunnlaget for det norske anskaffelsesregelverket. Forskrift om offentlig anskaffelse bygger på Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning av offentlige anskaffelser av 31. mars 2004

Gjeldende rett finnes dag i Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anbudskonkurranser. Dette er det siste regelsettet i en rekke direktiver siden 70-tallet. Direktivet av 2014 kodifiserer rettsutviklingen som har funnet sted siden 2004. Dette regelverket er vil ikke være gjeldende rett i Norge før rundt april 2016. Jeg vil likevel tolke dette nærmere i punkt 6.

Det avløste anskaffelsesdirektivet av 1. januar 2004 med tilhørende rettspraksis er fortsatt de fremste rettskilder for å forstå det norske regelverket.

Artikel 53 - Kriterier for tildeling af kontrakter

«1. Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser lægger de ordregivende myndigheder følgende kriterier til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:

a) enten, når tildelingen sker på grundlag af det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid

b) eller udelukkende den laveste pris.»

Direktivet viderefører oppdragsgivers mulighet til å velge mellom to ulike hovedkriterier. Det er tydelig at det «økonomisk mest fordelagtige tilbud» er gitt mest oppmerksomhet. Lovgiver angir også her en liste med mulige kriterier, uten å nevne personalets erfaring og kompetanse. Listen dog ikke uttømmende.

Bakgrunnen for direktivet kan skimtes i fortalen. Hva som mentes med det «økonomisk mest fordelagtige tilbud» hadde utviklet seg siden det forrige direktiv av 1992.

Utviklingen kom med flere avgjørende dommer i EU-domstolen. Særlig innenfor oppgavens tema skjedde det stor utvikling i denne perioden. Noe interessant er det å se at deler av utviklingen knytter seg til den voksne oppmerksomhet rundt miljø på nittitallet.

Det heter i fortalen at «Det foreliggende direktiv er baseret på Domstolens retspraksis, navnlig retspraksis vedrørende tildelingskriterier, som klarlægger de ordregivende myndigheters muligheter for at opfylde den relevante offentligheds behov, herunder på det miljømæssige og sociale område, forudsat at sådanne kriterier er knyttet til kontraktens genstand, ikke giver den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, udtrykkeligt er omtalt og opfylder de grundlæggende principper i betragtning»

I det følgende vil det derfor ta for meg de viktigste dommene som anskaffelsesdirektivet av 2004 bygger på. Jeg vil se om det finnes holdepunkter for å kunne anse personalets kompetanse og erfaring som egnet for å vurdere tilbudets økonomiske fordelaktighet. Som nevnt ovenfor utvikler EU-domstolen gjeldende rett i langt større utstrekning enn vi er vant til. Mye av synspunktene som ble utviklet i det følgende dommene gjelder fortsatt dagens anskaffelsesdirektiv.

6.4 Praksis fra EU-retten før anskaffelsesdirektivet av 2014

6.4.1 Beentjes-dommen

I Beentjes-dommen, sag 31/87 av 20. november 1988, ble EU-domstolen bedt om å ta stilling til flere prejudisielle spørsmål. Hjemmelen var Rådets direktiv 71/305/EØF av 26. juli 1971 «om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter»

Domstolen måtte blant annet ta stilling til om tilbyder kan» udelukkes på grund af betragtninger vedrørende kvalitative udvælgelseskriterier, hvis der i udbudsbekendtgørelsen ikke er fastsat kvalitative kriterier herom (men man har begrænset sig til en henvisning til almindelige betingelser, der indeholder et generelt forbehold som det, staten har påberåbt sig i denne sag) ?». ²³

Spørsmålet synes å stamme fra en sammenblanding av kvalifikasjonskrav og tildelingskrav, og reiser spørsmål om prinsippene om gjennomsiktighet og forutberegnelighet er ivaretatt. Retten fremhever at regelverket legger opp til to adskilte prosesser, selv om oppdragsgiver i praksis kan utføre disse samtidig. ²⁴ Retten sier at dens oppgave er å få klarhet i hvilke kriterier som har blitt redegjort for i konkurransegrunnlaget. ²⁵

Først må retten likevel gjøre en konkret vurdering av om «manglende særlig erfaring i det arbeide, der skal udføres», «bud, som ikke forekommer den ordregivende myndighed at være det mest acceptable» eller «entreprenørens manglende evne til at

²³ Sag 31/87 avsnitt 4

²⁴ Sag 31/87 avsnitt 15 og 16

²⁵ Sag 31/87 avsnitt 14

beskæftige langtidsledige» kan utelukke en tilbyder fra konkurransen.²⁶ Altså om disse forholdene kan anses som lovlige tildelingskriterier.

For disse spørsmålene er hjemmelen direktivets artikkel 29:

«Kriterier for tildeling af kontrakten

1 . De kriterier, som de ordregivende myndigheder skal benytte ved tildeling af kontrakterne er enten

- udelukkende den laveste pris;

- eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, diverse kriterier, som varierer alt efter kontrakten, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.»

Når det gjelder valg av tildelingskriterier uttaler retten at: «Selv om det andet alternativ overlader de ordregivende myndigheder valget af de kriterier for tildeling af kontrakten, som de agter at lægge til grund, kan dette valg kun vedrøre kriterier, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.»²⁷ (Min understreking).

Retten tar utgangspunkt i at oppdragsgiver har mulighet til å selv velge hvilke tildelingskriterium som skal benyttes. Grunnen til denne friheten er at kriteriene skal tilpasses den enkeltes oppdragsgivers behov. Videre tolker retten bestemmelsen slik at valgmuligheten er innskrenket til kriterier som har til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Også dette må være tilknyttet oppdragsgivers situasjon. Et kriterium som kunne ha vært egnet til å identifisere det mest økonomisk fordelaktige tilbudet i en anbudsprosess, vil ikke nødvendigvis være det i en annen.

²⁶ Sag 31/87 avsnitt 14

²⁷ Beentjes - Sag 31/87 avsnitt 19

Når det gjelder kriteriene i denne saken, utaler retten at «Selv om de kriterier, som er omtalt ovenfor, ikke i sig selv er uforenelige med direktivet, skal de anvendes under overholdelse af alle direktivets procedureregler». ²⁸ Her finner retten flere forhold som ikke er i overensstemmelse med prinsippene om gjennomsiktighet og forutberegnelighet.

Det man satt igjen med etter Beentjes-dommen, er at oppdragsgiver selv velges tildelingskriterium. Men kriteriene som velges må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Altså har ikke oppdragsgiver et ubetinget fritt valg. Det som videre er interessant i forhold til oppgaven, er at forhold som tidligere erfaring med tilsvarende arbeid og evnen til å sysselsette langtidsledige ble ansatt å ha betydning for oppdragsgivers økonomi.

Et annet viktig punkt i dommen er at retten henviser til at regelverket legger opp til to adskilte prosesser vedrørende kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Retten legger til grunn at tildeling skjer etter at oppdragsgiver har etterprøvd tilbydernes kvalifikasjoner.²⁹ I denne saken hadde dette likevel bare betydning for om oppdragsgiver hadde angitt kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget.

6.4.2 Evans Medical

I Evans Medical, Sak C-324/93, måtte EU-domstolen ta stiling til flere prejudisielle spørsmål etter anmodning fra regjeringen i England. Et av spørsmålene var lovligheten av et tildelingskriterium. «Med dette spørsmål ønsker den nationale ret opplyst, om de organer, som er omhandlet i fællesskabsreglerne om offentlige innkjøb, herunder særlig direktiv 77/62, når de ønsker at innkjøpe diacetylmorfin, kan tildele ordren under

²⁸ Beentjes Sag 31/87 avsnitt 31

²⁹ Beentjes Sag 31/87 avsnitt 16

hensyntagen til de bydende virksomheders mulighed for på betryggende måde at sikre de løbende forsyninger til landet.»³⁰

Hjemmelen i denne dommen er Rådets direktiv af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb:

«Kriterier for tildeling af ordre

Artikel 25

1 . De kriterier, som den ordregivende myndighed skal lægge til grund ved tildeling af ordrer, er:

a)(...)

b) eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer alt efter det pågældende indkøb ; f.eks. pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig karakter, teknisk værdi, service og teknisk bistand.»

Retten viser til Beentjes-dommen og slår fast at dommen har prejudikatsvirkning i denne saken. Dette begrunnes med at det i utgangspunktet ikke er forskjell på bygg- og anleggskontrakter og innkjøpskontrakter.³¹ Følgelig skal oppdragsgiver også i denne saken kun velge tildelingskriterier som er egnet til finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

I dette tilfellet skulle England inngå kontrakt om leveranse av smertestillende narkotiske midler. Oppdragsgiver ville vektlegge de forhold at leveransen var løpende og at leverandøren kunne garantere at medisinen ble levert. De smertestillende

³⁰ Evans Medical - Sag C-324/93 avsnitt 18

³¹ «Evans Medical» Sag C-324/93 avsnitt 43

medisinene var avgjørende for at operasjoner og medisinske inngrep kunne gjennomføres. Det forutsettes at England ved The Queen mente det var i regjeringens økonomiske interesse at landets sykehus kunne gjennomføre medisinske inngrep.

Retten finner at leveringssikkerhet kan inngå i de tildelingskriterier som skal legges til grunn for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud «Heraf følger, at ved indkøb til de berørte myndigheder af et produkt som det i hovedsagen omhandlede kan forsyningssikkerheden indgaa i de kriterier, der i henhold til direktivets artikel 25 skal lægges til grund ved afgørelsen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige bud»³² Altså har det et moment som eller anses som et kvalifikasjonskrav blitt godtatt som tildelingskriterium.

Dommen åpner for en vid fortolkning av hva som avgjør om et tilbud er økonomisk fordelaktig. Følgelig blir kretsen av kriterier som er egnet til å vurdere tilbudets økonomiske fordelaktighet utvidet. I dette tilfellet ble uavbrutt leveranse av legemidler for å kunne utføre medisinsk behandling ansett å ha økonomisk betydning. I slike tilfeller føres tanken gjerne mot medisinsk behandling som en tjeneste som oppdragsgiver skal tjene penger på. For å kunne sikre jevn inntjening er oppdragsgiver avhengig av jevn tilførsel av medisin. Når oppdragsgiver er Storbritannia, med sitt offentlige helsetilbud, må det økonomiske spekteret være videre. Det må kunne legges til grunn at det er samfunnsmessig nyttig at staten unngår lange operasjonskøer og pasienter som ikke kommer seg tilbake i arbeid. I lys av dette kan det sies at dommen åpner for en vid forståelse av hva som anses økonomisk fordelaktig. Likevel må det kunne kreves en nødvendig sammenheng mellom oppdragsgivers økonomi og faktorer som kan påvirker oppdragsgiver økonomi.

Når det gjelder bruken av tildelingskriteriet i Evans Medical-dommen finner retten likevel at de prosessuelle forutsetninger ikke ble oppfylt under anbudsprosessen.

³² «Evans Medical» Sag C-324/93 avsnitt 44

I dommen tolker altså retten forsyningsikkerhet som et kriterium som kan vurdere tilbudets økonomiske fordelaktighet. Her ser vi at et forhold som i utgangspunktet sier noe om oppdragsgivers organisering og økonomiske styrke, altså egnethet, også kan ha betydning for selve tilbudet.

6.4.3 SIAC-dommen

Ved en offentlig bygg- og anleggskontrakt hadde SIAC fremsatt tilbudet med klart lavest pris. Likevel ble oppdraget tildelt en annen leverandør. Tilbudene ble ikke vurdert etter utelukkende lavest pris. Striden gjaldt derfor forståelsen av begrepene «pris» og «omkostninger» som tildelingskriterier for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Oppdragsgiver mente at begrepene måtte bety de totale utgifter som kom ved tildeling av kontrakten, mens saksøker anførte at begrepene kun omfattet tilbudet som sådan. Følgelig var spørsmålet om oppdragsgiver hadde tilsidesatt prinsippene gjennomsiktighet og forutberegnelighet ved å velge et tilbud som ikke inneholdt den laveste prisen.

Domstolen måtte først foreta en prejudisiell avgjørelse om oppdragsgiver kunne velge det tilbudet som samlet sett gav lavest utgifter for oppdragsgiver, selv om tilbudet ikke inneholdt den laveste prisen.

Stridens opphav er en anbudsutlysning av Irske Conty Council av 20. februar 1992, og reguleres følgelig av Rådets direktiv 71/305/EØF av 26. juli 1971 «om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter»

«Kriterier for tildeling af kontrakten Artikel 29

1 . De kriterier, som de ordregivende myndigheder skal benytte ved tildeling af kontrakterne er enten

- udelukkende den laveste pris;

- eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, diverse kriterier, som varierer alt efter kontrakten, f.eks. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi.»

Retten begynner med å legge til grunn at formålet med offentlige kontrakter er å fjerne hindringer for fri flyt og varetjenester i EU.³³ I denne sammenheng er de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og forutberegnelighet avgjørende for at et kriterium skal være lovlig.³⁴

Retten kommer frem til at regelverket skal fortolkes slik at det «tillader, at en ordregivende myndighet, der har valgt at tildele en kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, tildeler kontrakten til den bydende, der har afgivet det bud, hvor de endelige omkostninger ifølge en sagkyndig rapport udarbejdet af en ekspert sandsynligvis vil blive de laveste».³⁵

Også her legger retten seg på en liberal tolkning av hva som menes med det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Hva som menes med «endelige omkostninger» må sees i lys av omstendighetene i saken. Oppdragsgivers rådgiver mente at SIAC begrunnet sitt lave tilbud i en regnemetode som ikke gav nok slingringsmonn for utgiftsposter som var kjent for kunne endres.³⁶ Altså var tilbudet vel optimistisk i forhold til hva oppdragsgiver mente den reelle sluttregningen ville bli. I lys av dette fremstår dommens avgjørelse om å vektlegge samtlige forhold for å avgjøre totalkostnaden fornuftig.

Ut i fra denne dommen kan man altså ikke slå fast at alle tenkelige økonomiske omkostninger som følger med kontrakten kan brukes som kriterier for å vurdere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det man må bemerke seg her er rettens forbehold om at «endelige omkostninger» må være begrunnet i en sakkyndig rapport var

³³ SIAC C-19/00 avsnitt 32

³⁴ SIAC C-19/00 avsnitt 33 og 34

³⁵ SIAC C-19/00 avsnitt 45

³⁶ SIAC C-19/00 avsnitt 12

utarbeidet av en ingeniør som gjennomgikk de tekniske og økonomiske detaljer i tilbudet.

6.4.4 Concordia Bus-dommen

Jeg vil så se nærmere på hvorfor EU-retten i Concordia Bus-dommen av 17. september 2002 valgte å godkjenne miljøegenskaper som et tildelingskriterium. Dommen medfører en utvidende tolkning av begrepet «økonomisk mest fordelaktige», og jeg vil se om begrunnelsen er overførbart til andre potensielle kriterier.

Avgjørelsen bygger på «Rådets direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåte ved inngåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler». Også dette direktivet hadde en egen bestemmelse for valg av tildelingskriterier:

Kriterier for tildeling af orden

Artikel 36

«1. Med forbehold af de nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser, kan de ordregivende myndigheder lægge følgende kriterier til grund ved tildelingen af ordren:

- a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris
- b) eller udelukkende den laveste pris.»

Dommen omhandler selskapet Concordia Bus som skal levere busstjenester til Helsinki By. Spørsmål nummer to i dommen er hvorvidt oppdragsgiver kan benytte krav til tilbudets miljøegenskaper som et tildelingskriterium. Det rettslige utgangspunkt er

artikkel 36(1) a i direktiv 92/50.³⁷ Ifølge bestemmelsen kan følgende kriterier legges til grunn når kontrakter skal tildeles: «når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris». ³⁸

Klager i saken, Concordia Bus, anfører at ordlyden i bestemmelsen tilsier at kriteriet alltid må være av økonomisk karakter, altså at miljøhensyn faller utenfor. Som en følge av dette burde oppdragsgiver benyttet seg av en annen fremgangsmåte enn utlysning av en offentlig kontrakt dersom formålet er å fremme miljøhensyn. ³⁹ Motpartene, som er flere medlemsstater, fremhever på sin side at listen i artikkel 36(1) a er eksempler, og dermed ikke en uttømmende liste.⁴⁰ Videre påpekes det at oppdragsgiver, som i dette tilfellet er Helsinki by, har ansvar for å sikre beboernes alminnelige helsetilstand. I et samfunnsøkonomisk perspektiv, har byen stor økonomisk interesse i å redusere forurensningen i byen.⁴¹

Domstolen legger først til grunn at listen i artikkel 36(1) a) ikke er uttømmende.⁴²

Domstolen tolker så bestemmelsens ordlyd dit hen at ikke alle kriterier nødvendigvis må være av «rent økonomisk karakter». Det syne som at retten mener at økonomi kan tolkes relativt vidt da kriteriet ikke trenger å være av utelukkende monetær art. Jeg

³⁷ Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler Artikel 36

³⁸ Artikel 36(1) a i direktiv 92/50

³⁹ C-513/99 premiss 44

⁴⁰ C-513/99 premiss 45

⁴¹ C-513/99 premiss 46

⁴² C-513/99 premiss 54

tolker dette som at bruken av begrepet «økonomi» brukes utover det som følger av dagligtale.

Som en følge av dette, mener domstolen at «Det kan således ikke udelukkes, at forhold, der ikke er rent økonomiske, kan have indflydelse på værdien af et bud set ud fra den nævnte ordregivende myndigheds side.»⁴³ Domstolen begrunner sitt syn med at bestemmelsen nevner «æstetisk verdi» som et lovlig kriterium.⁴⁴ Det vises også til EF-traktatens formål om å integrere miljøhensyn i felleskapets politikk.⁴⁵ Utover dette må kriteriet oppfylle de øvrige vilkår for tildelingskriterium.⁴⁶

Det mest interessante ut i forhold til denne oppgaven, er at domstolens synes å mene at tilbudets økonomiske verdi kan variere ut i fra oppdragsgiver ståsted. Domstolen anerkjenner at et tilbuds verdi kan varere etter forholdene sett «set ud fra den nævnte ordregivende myndigheds side». I denne saken gjeldt det som nevnt det samfunnsmessige ansvaret Helsinki by har for sine borgere. Ut i fra dette kan det vurderes om tolkningen av begrepet økonomi, og følgelig relevante tildelingskriterium, vil variere med oppdragsgivers generelle samfunnsansvar? Med andre ord, jo flere faktorer som kan påvirke oppdragsgiver helhetlige økonomi, jo videre blir adgangen til å velge kriterier for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det vil i så fall kunne bety at en større offentlig aktør, med mer samfunnsøkonomisk ansvar, har større mulighet til å velge tildelingskriterium enn en mindre aktør.

⁴³ C-513/99 premiss 55

⁴⁴ C-513/99 premiss 55

⁴⁵ C-513/99 premiss 57

⁴⁶ Se punkt 5.1 følgende.

Det er i alle tilfeller mulig å benytte seg av kriterier som ikke er rent økonomiske. Det er dette er likevel ikke det samme som å si at oppdragsgiver kan benytte kriterier som tar hensyn til et helhetlig økonomisk bilde.

6.4.5 Wienstrom-dommen

I EU-domstolen dom av 4 desember 2003, Wienstrom-dommen, behandles spørsmålet om krav om at elektrisitet stammer fra fornybare kilder kan brukes som tildelingskriterium.⁴⁷

Saken står mellom energiselskapet Wienstrom og Staten Østerrike. Innsigelsen fra klager er at miljømessige fordeler ikke umiddelbart kan måles i økonomisk objektiv målestokk.⁴⁸ Følgelig oppfyller de ikke kravet om å kunne vurdere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Retten viser til tidligere rettspraksis og sier at oppdragsgiver kan «tage hensyn til miljøkriterier, for så vidt som disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkelig nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten».⁴⁹

Domstolen slår så fast at selv om miljøgevinsten ved å kjøpe strøm som kommer fra fornybare energier ikke er direkte målbar i tall, er ikke dette til hinder for at slike hensyn kan brukes som tildelingskriterium for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud.⁵⁰

⁴⁷ C-448/01 Wienstrom

⁴⁸ C-448/01 premiss 30

⁴⁹ C-448/01 avsnitt 31

⁵⁰ C-448/01 avsnitt 34

Klager anfører videre oppdragsgiver har tillagt dette tildelingskriteriet 45% av tilbudets totale vekt. Det vil at miljøhensyn har stor betydning for tilbudets totale poengscore i konkurransen. Klager hevder at selv om miljøhensyn i utgangspunktet er lovlig tildelingskriterium, er det i denne saken til hinder for at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet velges.⁵¹

Heller ikke her er domstolen enig, og legger til grunn at miljøkrav ikke er til hinder for at en samlet vurdering av tilbudene er i stand til å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.⁵² Retten bemerker at selv om miljøhensyn ikke nødvendigvis lar seg måle, er kriteriet i tråd med regelen om at kriteriet ikke skal åpne for at oppdragsgiver får et ubetinget fritt valg. Dette må forsås slik at miljøhensyn har et klart formål, som her er å forminske forurensing. Således må oppdragsgiver vektlegge det tilbud som forurenser minst. I så måte står ikke oppdragsgiver fritt til å selv mene hva som gir best uttelling på miljøhensyn.⁵³ Det er også verdt å merke seg at domstolen også denne gangen synes å vektlegge at miljøhensyn er fremtredende i EUs samarbeidstrakter.⁵⁴

Det Wienstrom-dommen illustrerer, er at EU-domstolen opp til 2003 synes å være veldig liberal i å tillate momenter som kan identifisere økonomisk verdi. Retten legger til grunn at

6.4.6 Lianakis-dommen

Før denne dommen synes det at rettspraksis åpnet for at forhold som i utgangspunktet ikke synes å ha sammenheng med oppdragsgivers økonomi kunne brukes som tildelingskriterium.

⁵¹ C-448/01 premiss 36

⁵² C-448/01 premiss 42 og 43

⁵³ C-448/01 premiss 37 og 40

⁵⁴ C-448/01 premiss 41

Dommen gjengis vesentlige punkter gjengis under punkt 6.8.4. Det er derfor ikke hensiktsmessig å ta en fullstendig gjennomgang under her. Dommen har stor betydning for å dra den dro opp et skille mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Videre la den la den til grunn et utgangspunkt om at erfaring og kompetanse ikke kan benyttes som tildelingskriterier.

6.4.7 Oppsummering

Det er tydelig at regelverket rundt tildeling av kontrakter utviklet seg mye frem til 2004. Evans Medical-dommen kan illustrere starten av utviklingen. Domstolen vurderte tildelingskriterier med hjemmel i regelverket fra 1976, se punkt 5.1.3. Dennes artikkel 25 gir som eksempel på mulige tildelingskriterier «pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funksjonsmessig karakter, teknisk verdi, service og teknisk bistand»⁵⁵ Regelverket forutsetter at det økonomisk mest tilbud kan finnes ved å vurdere forhold som knytter seg til ytelsens kvalitet og monetære kostnader. Til sammenligning er slike momenter langt unna miljøhensyn.

For oppgavens vedkommende er det interessant å dra sammenligningen til momenter som ikke kan måles i monetære verdier. Man kan ikke uten videre fastsette verdien av en persons kompetanse og erfaring i monetære verdier. Særlig ikke når en slik vurdering må inneholde objektive mål, slik at oppdragsgiver ikke fritt kan vektlegge hva han eller hun selv mener er verdifull kompetanse og erfaring.⁵⁶

I Concordia Bus og Wienstrom ser vi at ikke-monetære forhold kan brukes for å vurdere tilbudets økonomiske fordelaktighet. Dette må anses som et viktig skritt på veien til å

⁵⁵ Rådets direktiv af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb artikel 25

⁵⁶ Etter forbudet om å gi oppdragsgiver et ubetinget fritt valg, se for eksempel Concordia Bus premiss 61

kunne drøfte hvorvidt personalets kompetanse og erfaring kan si noe om kvaliteten på selve tilbudet.

Det avgjørende for oppgavens tema kommer likevel i Lianakis. Her legges det nærmest kategorisk til grunn at kompetanse og erfaring ikke oppfyller vilkåret om å identifisere tilbudets økonomiske fordelaktighet. Samtidig knesettes det prosessuelle skillet mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Dommen var som sagt noe omstridt på grunn av akkurat dette. Men, som vi skal se i KOFA's sak 2008/120, Brødrene Vatndal, lå det mer i denne avgjørelsen enn det som kommer frem i klartekst.

Praksis fra KOFA

Jeg vil herunder gjennomgå praksis fra KOFA som omhandler krav til personalets kompetanse og erfaring i ulike former. Avgjørelsene skal illustrere hvordan begge utfordringene i punkt 5.1.5 må forseres av oppdragsgiver.

6.4.8 Brødrene Vatndal & Co 2008/120

Saken sto i KOFA mellom Oslo Kommune ved Omsorgsbygg og Brødrene Vatndal. Avgjørelsen bygger på FOA § 13-2. Regelen er likelydende som § 22-2 og tolkes tilsvarende i nemndspraksis.

Saken bygger på en anbudskonkurranse om en generalentreprise vedrørende rehabilitering av et eldre bolighus til barnehage. Kontrakten skulle tildeles tilbyderens med det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Blant kvalitetskravene stilte oppdragsgiver krav til at leverandøren hadde et «velfungerende kvalitetssikringssystem», og at har «egnet bemanning tilgjengelig for oppdraget». I tildelingsfasen var kriteriet kompetanse vektlagt 25% av den totale vektningen. Kompetanse skulle dokumenteres med «Spesifikasjon av utdanning, erfaring og samarbeidsevner. Samarbeidsevner dokumenteres med relevante referanseprosjekter. Det skal henvises til referansepersoner som vil kunne gi en skriftlig tilbakemelding til Omsorgsbygg.» Brødrene Vatndal ble rangert som nummer 5 og vant ikke kontrakten. Etter en klage fra Brødrene Vatndal evaluerte Omsorgsbygg tildelingskriteriet kompetanse på nytt. Oppdragsgiver vurderte denne gangen

kompetanse som «tilbudt ledende personells kompetanse vurdert ut fra 5 ulike kriterier; utdanning, praksisår, erfaring fra skoler/barnehager og antikvarisk rehabilitering og samarbeidserfaring som leder for hoved- eller generalentrepriser». Heller ikke denne gang ble Brødrene Vatndal rangert som mer enn nummer 5.

Entreprenør Brødrene Vatndal klagde inn Oslo kommune for bruken av kriteriet kompetanse ved tildeling av kontrakten. Klager anførte at kriteriet var ulovlig fordi det ikke hadde tilknytning til kontraktsgjenstanden og ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Videre var kompetanse et kvalifikasjonskrav mens regelverkets system forutsetter at kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier holdes adskilt.⁵⁷ Til støtte for sin syn viste klager til Hålogaland lagmannsretts dom av 18. desember 1998 og Lianakis.⁵⁸

Nemda legger til grunn at kvalifisering og tildeling skjer i to ulike prosesser og viser til FOA § 11-1. I dette ligger det at regelverket legger opp til at leverandørens evne til å oppfylle kontrakten allerede skal være avgjort før tildelingsfasen. «Leverandørens evne til å oppfylle kontrakten skal da være avgjort uten rangering dem imellom.»⁵⁹ Når det gjelder tildelingskriteriene er disse «begrenset til å rangere tilbudene – men ikke leverandørene».⁶⁰ Dette betyr at det samme forhold ikke kan vurderes i begge fasene. Nemda hjemler dette synet i Beentjes og Lianakis.

Nemda sier i denne sammenheng at den ikke kan se at skillet mellom kvalitetskravene «kvalitetssikring» og «egnet bemanning», og tildelingskriteriene «utdanning» og

⁵⁷ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 16 og 17

⁵⁸ Se punkt 5.1.5 og punkt 7.4.6

⁵⁹ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 38

⁶⁰ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 38

«samarbeidsevner» er tydeliggjort.⁶¹ Dette må forstås slik at nemda mener alle fire momentene faller under samlebetegnelsen «erfaring».

Innklagede på sin side anfører at «"erfaring" i første tilfelle angir leverandørens "generelle" erfaring mens "erfaring" brukt som tildelingskriterium i konkurransegrunnlagets pkt 6.2. var ment som et graderingskriterium "konkret" knyttet til tilbudets kvalitet ved henvisning til de personer som skulle stå for gjennomføring av prosjektet etter retningslinjer fra antikvarisk ekspertise.»⁶² Altså mener oppdragsgiver at det finnes et skille mellom leverandørens erfaring og personalets erfaring, og at dette i sin tur gjør erfaring til et lovlig tildelingskriterium.

Nemda viser til tidligere EU-rettspraksis og nemndspraksis som har sagt at samme forhold ikke kan vurderes både i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen.⁶³

Men nemda viser også til tidligere avgjørelser i klagenemnda der kompetanse «allikevel kan være et lovlig tildelingskriterium dersom det, foruten å kvalifisere til deltagelse i konkurransen, også er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud».⁶⁴ Nemda har altså åpnet for at kompetanse kan brukes om tildelingskriterium dersom det kan si noe om tilbudets økonomiske fordelaktighet. Til sammenligning viser nemnda til Evans Medical der leveringssikkerhet ble ansett som et lovlig tildelingskriterium. Til slutt viser nemnda til «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 2006». Her uttales det at forhold kan benyttes som kvalifikasjonskrav, mens andre forhold kan

⁶¹ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 41

⁶² Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 42

⁶³ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 43

⁶⁴ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 44

brukes som tildelingskriterier. «Det er imidlertid også forhold som kan trekkes inn i begge fasene.»⁶⁵

Nemnda synes etter dette å legge til grunn at typiske kvalifikasjonskrav kan brukes som tildelingskriterium så lenge de er egnet til vurdere tilbudets økonomiske fordelaktighet. Nemnda henviser til sin gjennomgang og sier at «Det kunne etter dette være grunnlag for å godta at et kompetansekriterium ble brukt både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium, nemlig der kriteriet foruten å avgrense kretsen av kvalifiserte leverandører i tillegg også var egnet til å si noe om tilbudets økonomiske fordelaktighet for oppdragsgiver».⁶⁶ Nemnda sier dette spørsmålet er relevant der «kvaliteten på tjenesten uunngåelig vil bero på tjenesteyterens og hans medarbeideres evne til å levere mer-kvalitet ut over kontraktens krav». Nemnda viser her til eksempler med konsulent- og advokattjenester.

Nemnda peker altså ut flere tilfeller i EUs rettspraksis og tidligere nemndspraksis som åpner for at kompetanse og erfaring kan være et lovlig tildelingskriterium så lenge det ikke blir en gjentakelse av et kvalifikasjonskrav. Det er tydelig at også nemnda selv mener at dette gir den beste løsningen.

Med denne bakgrunn foretar nemnda en gjennomgang av Lianakis-dommen. Det påpekes at spørsmålet om tildelingskriteriene ble drøftet ex officio og at dommen mangler uttalelsen fra Generaladvokaten.

Dommens premiss 25 til 32 gjengis i sin helhet. Dommen synes å knesette synspunktet om at kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er adskilt. På denne bakgrunn dannet retten en rettsregel som sa at momenter som ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ikke skal være lovlige tildelingskriterier. I Lianakis hadde

⁶⁵ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 45

⁶⁶ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 46

oppdragsgiver benyttet tildelingskriterier som, ifølge domstolen; «relate principally to the experience, qualifications and means of ensuring proper performance of the contract in question».^{67 68} Følgelig oppfylte ikke tildelingskriteriene rettsregelen.

Nemnda tar så for seg dommens premisser. Det påpekes at dommen la til grunn at oppdragsgiver hadde benyttet tildelingskriterium som i hovedsak var knyttet til «den erfaring, de kvalifikasjoner og midler, som kunne sikre en tilfredsstillende gjennomføring av kontrakten».⁶⁹ Nemnda påpeker altså at den konkrete betydning av tildelingskriteriene i sakens faktum gjaldt gjennomføringen av kontrakten. Det er da logisk, ifølge nemnda, at det skulle være mulig å stille tildelingskriterier som ikke knytter seg til gjennomføringen av kontrakten. Med dette mener nemnda at når det finnes minstekrav som skal sikre at leverandøren kan gjennomføre kontrakten, må det også gå an å stille krav til tilbudet utover disse minstekravene. Nemnda oppsummerer dette som at «I så fall stenger premisset ikke for at et etterspurt innsatskriterium også kan invitere markedet til å angi aktuell mer-kvalitet leverandøren(e) konkret er i stand til å tilby for tjenesten».

Nemnda trekker opp et skille mellom typiske kvalifikasjonskrav som sier noe om leverandørens mulighet til å oppfylle kontrakten, og kvalifikasjonskrav som sier noe om leverandørens evne til å tilby merverdi utover kontraktens minstekrav. Den siste typen kvalifikasjonskrav kan benyttes som tildelingskriterier. Hvor grensen går for hva som er kontraktens minstekrav vil følge kontraktens rammer. Nemnda beskriver kontraktens rammer som en «definert tjeneste»: «Nemnda mener at dommen må forstås slik at

⁶⁷ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 49

⁶⁸ Dansk versjon av Lianakis avsnitt 31: «I hovedsagen vedrører de kriterier, der er fastsat af den ordregivende myndighed som »kriterier for tildeling af ordren«, imidlertid principielt den erfaring, de kvalifikationer og de midler, der kan sikre en tilfredsstillende gennemførelse af den omhandlede kontrakt.» (SIC)

⁶⁹ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 51

oppfyllelsesevne i forhold til en definert tjeneste alltid må regnes som et kvalifikasjonskriterium som ikke kan videreføres eller gjentas som et tildelingskriterium. "Kompetanse" og "erfaring" kan allikevel etter omstendighetene inngå i en kvalitativ sammenligning mellom leverandørens tilbudte tjenestekvalitet der konkurransegrunnlaget ikke låser oppfyllelsen til kontraktsvilkår om tjenestens innhold eller leveringstid». ⁷⁰ Det betyr altså at der tildelingskriteriet egner seg til å si om leverandøren kan oppfylle et kontraktsvilkår, er det ikke lenger et gyldig tildelingskriterium.

Dragsten oppsummerer at det er større adgang til å benytte erfaring og kompetanse som tildelingskriterium når kontraktsgjenstanden innebærer innsatsforpliktelse. I motsetning til detaljregulert leveranse vil kvaliteten, og følgelig den økonomiske verdien på innsatsforpliktelsen variere med personellens kreativitet og innovasjon. ⁷¹

6.4.9 Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80

Saken gjaldt utarbeiding av reguleringsplan og parkerings- og skiltplan for Leknes kommune. Kommunen behøvde i denne sammenheng at arkitektfirma som kunne utarbeide reguleringsplanen. Arbeidet ble satt ut på anbudskonkurranse 6. januar 2009.

I konkurransegrunnlaget benyttet oppdragsgiver seg blant annet av tildelingskriteriet «Kompetanse og erfaring». Herunder krevde oppdragsgiver at «Tilbyder skal dokumentere kompetanse og erfaring fra relevante fag- og arbeidsområder. Beskrivelse av relevant formell kompetanse og erfaring (CV) på de/den som skal utføre sekretærbistanden skal vedlegges tilbudet.» ⁷²

⁷⁰ Brødrene Vatndal 2008/120 avsnitt 56

⁷¹ Dragsten side 378

⁷² Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80 avsnitt 5

Anbudet ble tildelt arkitekt Stein Hamre. Oppdragsgiver begrunnet dette med at denne tilbyderen hadde det tilbudet «som for kommunen er det totaløkonomisk mest fordelaktige».⁷³

Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter (heretter Narud) kom som nummer to i anbudskonkurransen. Narud klagde inn saken for KOFA med subsidiær anførsel om at erfaring og kompetanse ikke var et gyldig tildelingskriterium. Dette ble begrunnet med at oppdragsgiver hadde benyttet samme forholdet som kvalifikasjonskrav i kvalifikasjonsfasen.

Klagenemnda legger til grunn at et tildelingskriterium må være tilknyttet kontraktsgjenstanden og være egnet til å identifiser det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Videre legges det til grunn at Forskrift om offentlig anskaffelse § 11-1 hjemler at det samme forhold ikke kan vurderes i både kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen.⁷⁴ Det vises videre til Lianakis og rettsregelen om at «erfaring» i utgangspunktet ikke kan brukes som tildelingskriterier.

Nemnda viser så til tidligere nemndspraksis og sier at dommen likevel neppe stenger for at kompetanse og erfaring kan benyttes som tildelingskriterium, så lenge dette er selvstendig knyttet til tjenestens kvalitet.⁷⁵ Dette må forstås som en videreføring av Vatndal 2008/120 om at tildelingskriteriet må knytte seg til krav til tilbudet som går utover kontraktens minstekrav.

⁷³ Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80 avsnitt 8

⁷⁴ Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80 avsnitt 26

⁷⁵ Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80 avsnitt 28

Men, nemda trekker så frem at «vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. klagenemndas saker 2008/120». ⁷⁶ Nemda vurderer da ikke tildelingskriteriet i forhold til kontraktens rammer, men om tildelingskriterier er en gjentakelse av et kvalifikasjonskrav, se punkt 5.1.5.2.

Nemnda vurderer så kvalifikasjonskravene som oppdragsgiver har lagt til grunn i konkurransegrunnlaget. Etter en gjennomgang finner nemnda at «Kunngjøringens punkt 111.2) tilsier at det er kompetansen og erfaringen til leverandørens konkret tilbudte personell som er relevant, mens konkurransegrunnlaget punkt 5.5 tilsier at det er leverandørens kompetanse og erfaring som bedrift til å utføre det etterspurte oppdraget som er relevant». ⁷⁷ Nemda finner altså at kvalifikasjonskravene stiller krav til både leverandøren, og til leverandørens personell. Det siste kravet er da sammenfallende med tildelingskriteriet.

På denne bakgrunn anser nemnda tildelingskravet ulovlig jf. anskaffelsesforskriften § 11-1. I tråd med tidligere nemndspraksis uttaler nemnda likevel av den ikke kan «utelukke at kompetansen og erfaringen til det tilbudte personell kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet». ⁷⁸

På meg fremstår avgjørelsen riktig. Rettskildene er relativt klare på at det hva som kreves av tildelingskriterium. Særlig etter KOFA gjennomgang av Lianakis i Vatndal 2008/120 burde regelverket være klart. Samtidig illustrerer denne avgjørelsen hvordan krav til at tildelingskriteriet skal kunne identifisere det økonomisk mest fordelaktige

⁷⁶ Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80 avsnitt 28

⁷⁷ Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80 avsnitt 30

⁷⁸ Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80 avsnitt 31

tilbud, og krav om at samme forhold ikke kan vurderes i begge fasene, blir uoverkommelig for oppdragsgiver i dette tilfellet.

6.4.10 B. & Ø. Tveter 2009/285

Saken gjaldt anbudskonkurranse om en bygg- og anleggskontrakt utlyst av Larvik kommune. Klager i saken, B. & Ø. Tveter (heretter Tveter) gav det billigste budet, men ble ikke tildelt kontrakten.

Tilbudene ble vurdert etter hvilket tilbud som var økonomisk mest fordelaktig. Oppdragsgiver hadde blant annet benyttet kriteriet «Tidligere erfaringer med firma». Som underkriteirer het det at «Går både på den faglige utførelsen, samarbeidet og den kontraktsmessige oppfølgingen fra anbyderen.»⁷⁹

Tveter klagde saken inn for KOFA med begrunnelse at det var benyttet ulovlige tildelingskriterier. Nemnda behandlet utekullende kriteriet «Tidligere erfaringer med firma».

Nemnda hjemler sin drøfting i at tildelingskriteriet må være tilknyttet kontraktgjenstanden, og herunder være i stand til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. FOA § 13-2.⁸⁰ Som nevnt får tolkningen av denne bestemmelsen analogisk virkning for § 22-2.

Nemnda viser til uttalelsen i KOFAs avgjørelse 2009/80, som gjennomgått ovenfor i punkt 6.4.10. Nemnda slutter seg til uttalelsen om at den ikke kan «utelukke at kompetansen og erfaringen til det tilbudte personell kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet», se note 79.

⁷⁹ B. & Ø. Tveter 2009/285 avsnitt 3

⁸⁰ B. & Ø. Tveter 2009/285 avsnitt 24

I dette tilfellet vurderer nemda tildelingskriteriet dit hen at «tidligere erfaring med firma» omtaler firmaet som sådan, og ikke det personalets som skal utføre tjenesten. Følgelig er ikke kriteriet egnet til å si noe om hvordan kvaliteten på tjenesten blir, da det ikke er gitt at hele firmaet som sådan kan bidra til å øke tilbudet kvalitet. Med parallell til KOFAs tolkning av Lianakis i KOFAs sak 2008/120, se punkt 6.4.8, er ikke tildelingskriteriet i stand til å vurdere ytelsens kvalitet ut over kontraktens minstekrav.

7 Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige anskaffelser av 26. februar 2014

Den mest relevante bestemmelsen for tildelingskriterier er artikkel 67. Direktivet er den fremste rettskilden for å forstå gjeldende anskaffelsesrett i EU. Det interessante i forhold til norsk rett er å se hvordan gjeldende praksis har blitt implementert i regelverk, og hvordan det kan få betydning for et nytt norsk regelverk.

«Artikkel 67 Kriterier for tildeling af kontrakter

1. Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om prisen på visse varer eller vederlaget for visse tjenesteydelser lægger de ordregivende myndigheder det økonomisk mest fordelagtige tilbud til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:
2. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt udvælges på grundlag af pris eller omkostninger efter en tilgang baseret på omkostningseffektivitet, såsom en beregning af livscyklusomkostninger i overensstemmelse med artikel 68, og kan omfatte det bedste forhold mellem pris og kvalitet, som skal vurderes på grundlag af kriterier, herunder kvalitative, miljømæssige og/eller sociale aspekter i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt. Disse kriterier kan f.eks. omfatte:

- a) kvalitet, herunder teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika, tilgængelighed, udformning for alle brugere, sociale, miljømæssige og innovative karakteristika og handel og betingelserne herfor
- b) organiseringen af det personale, der skal udføre kontrakten, og dets kvalifikationer og erfaring, hvor kvaliteten af det personale, der skal udføre kontrakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt, eller
- c) kundeservice og teknisk bistand, leveringsbetingelser såsom leveringsdato, leveringsprocedure og leveringstid eller færdiggørelsestid»

Umiddelbart ser man at artikkelen er større enn sine forgjengere, og langt mer detaljert. Videre ser man at der det før var to hovedkriterier å velge mellom, synes det som at oppdragsgiver er nødt til å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Dette innebærer i så fall en innskrenkning av oppdragsgiver valgmuligheter. Tanken har tidligere vært at oppdragsgivers selv skal kunne velge hovedkriterier basert på sitt innkjøpsfaglige skjønn. I fortalen slår lovgiver fast det ikke er tale om utvide anvendelsen av anskaffelsesretten: «De mere og mere forskelligartede former for offentlige foranstaltninger har gjort det nødvendigt at præcisere definitionen af selve indkøbsbegrebet; denne præcisering bør dog ikke udvide anvendelsesområdet for dette direktiv sammenlignet med anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF. (Min understreking).»⁸¹ Det synes som at «præcisering» i dette tilfellet skal tolkes som innskrenkning.

⁸¹ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU fortale avsnitt 4

«Det økonomisk mest fordelagtige tilbud» synes derimot å ha fått større anvendelsesområde. Begrepet er så godt som likelydende med det tilsvarende begrepet i FOA § 22-2 og 13-2. Det forutsettes derfor at begrepets ordlyd tilsvarer det den norske bestemmelsen.

Det første tilfellet av presisering finner vi i det nye begrepet «set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt». Her har lovgiver kodifisert tolkningen som ble lagt til grunn i flere dommene som ble gjennomgått i punkt 5.1.3. Dette må anses som en vellykket endring, da det er naturlig at vurderingen skal forholde seg til oppdragsgivers omstendigheter. Å skulle finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud ut i fra en tredjeparts ståsted ville tvert imot fremstå vilkårlig.

For oppgavens tema kan dette ha betydning for om oppdragsgiver kan vektlegge personalets kompetanse og erfaring. Som nevnt kan det være vanskelig å forsvare at ordlyden tilsier at disse momentene får betydning for tilbudets økonomiske fordelaktighet. Men, dersom hva som er økonomisk fordelaktig får variere med oppdragsgivers størrelse, utvides kretsen av hva som får betydning for oppdragsgiver økonomi. Dette kom frem i Concordia Bus der oppdragsgiver var Helsinki By, og luftkvaliteten kunne ha påvirkning på byens totale økonomi.

Den mest fremtredende endringen ligger i presiseringen om at det økonomisk mest fordelaktige tilbud nå skal finnes etter sammenligning «af pris eller omkostninger efter en tilgang baseret på omkostningseffektivitet». Hva som menes med dette er ikke umiddelbart klart. Omkostningseffektivitet kan tyde på at det her er snakk om å vurdere en videre krets momenter en innkjøpspris, jf. resultatet i SIAC-dommen i punkt 5.1.4. Den engelske versjonen av bestemmelsen sier at det økonomiske mest fordelaktige tilbud kan finnes «on the basis of the price or cost, using a cost-effectiveness approach». Det er altså tale om vurdering av hva som er økonomisk mest fordelaktig skal vurderes i lys av hva som er cost-efficient, eller kostnadseffektivt. I dette tilfellet vil det si at oppdragsgiver skal nå sitt mål på billigst mulig måte. Det betyr at oppdragsgiver skal dekke sitt behov uten å bruke mer midler enn nødvendig. Dette er et hensyn som allerede er innebygd i anskaffelsesregelverket. I norsk rett følger det av

formålsbestemmelsen som sier at regelverket skal «sikre mest mulig effektiv ressursbruk».⁸² Likevel er endring et tegn på at lovgiver ønsker at kostnadseffektivitet skal få større betydning når tilbudene vurderes.

Begrepet kostnadseffektivitet forutsetter en kan oppnå samme resultat for mindre kostnader. For at dette skal være mulig, må én av to forhold foreligge: Enten er leverandør villig til å ta mindre betalt for samme tjeneste som sine konkurrenter, eller så kan leverandør levere en billig tjeneste med bedre kvalitet enn sine konkurrenter.

I denne sammenheng er det ikke utenkelig at personalets kompetanse og erfaring kan få betydning. Det kan tenkes at oppgaven kan utføres hurtigere og med bedre resultat jo bedre kvalifisert personalet er. Dette vil i så fall gi et kostnadseffektivt resultat.

Videre synes bestemmelsen å gi eksempler for hvordan kostnadseffektivitet skal oppnås. Oppdragsgiver skal ta i betraktning livssyklusomkostninger og forholdet mellom pris og kvalitet. Det synes som kvalitet kan vurderes etter «kvalitative, miljømæssige og/eller sociale aspekter i forbindelse med genstanden». Med «genstanden» må her forstås varen eller tjenesten leverandøren tilbyr. Det altså gjenstandens egenskaper som skal vurderes.

Også her kan det sies at bestemmelsen er mer presis enn sine forgjengere. Når det tidligere var tilbudet som helhet som skulle vurderes, er det nå selve varen eller tjenesten som inngår i tilbudet. Språklig sett er dette mer presist, og man har nå et skille mellom prisen oppdragiver forlanger, og selve varen eller tjenesten. Det betyr altså at regelverket legger opp til at gjenstanden ikke nødvendigvis er verdt prisen leverandøren forlanger. Oppdragsgiver har nå et intensiv til å vurdere den reelle verdien av varen eller tjenesten.

⁸² Lov om offentlig anskaffelse § 1

Bestemmelsen nevner blant annet «kvalitative (...) aspekter i forbindelse med genstanden» som skal vurderes for å avgjøre gjenstandens kvalitet. Med kvalitative aspekter må det her forsås elementer ved gjenstanden som kan variere i kvalitet etter hvilken leverandør som leverer tilbudet.

For å avgjøre kvaliteten kan oppdragsgiver vektlegge kriteriene som følger av bokstavene a) b) og c).

Bokstav b) angir følgende tildelingskriterium: «personale, der skal utføre kontrakten, og dets kvalifikasjoner og erfaring, hvor kvaliteten af det personale, der skal utføre kontrakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt».

Bestemmelsen åpner direkte for personalets «kvalifikasjoner og erfaring», kan benyttes som tildelingskriterium. Her må kvalifikasjoner kunne forstås som det samme som kompetanse.

For oppgaven er denne presiseringen avgjørende, da det nå finnes en klar hjemmel som oppdragsgiver kan forholde seg til. Hensikten med bestemmelsen er altså å la oppdragsgiver vektlegge personalets kvalifikasjoner der dette kan ha betydning for kontraktsgjenstandens kvalitet. Det er likevel tre vilkår som må være oppfylt.

Utførende personal

Det første er at det må være snakk om kompetanse og erfaring til personalet «der skal utføre kontrakten». Dette medfører en innsnevring av betydningen av begrepet personalet, se vurderingen i punkt 4.1.1. Hvor grensen går for hvem som anses å utføre kontrakten må likevel vurderes nærmere. Det kan tenkes tilfeller der mange personer innad hos leverandør er involvert i kontrakten. Gjelder begrepet bare de personer som arbeider fysisk med varen eller tjenesten, eller gjelder det også personer som er med i planleggingsfasen. Store totalentreprenører kan også ha administrativt ansatte som har tilknytning til arbeidet, men som ikke arbeider direkte med varen, men som kan sies å være en del av tjenesten. Det kan også problematiseres om leverandøren har knyttet til seg underleverandører som skal gjøre deler av arbeidet. Det er mulig at dette vilkåret må sees i sammenheng med vilkår nummer to:

Det andre vilkåret er at personalets kompetanse og erfaring «kan påvirke niveauet af kontraktens oppfylldelse». I Det er da tale om en kontraktsgjenstand som kan ha varierende kvalitet, selv om kontrakten er oppfylt.

Her er det på sin plass med en viktig klargjøring. I tildelingsfasen foreligger det flere tilbud som alle er i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene som oppdragsgiver la til grunn i konkurransegrunnlaget. Leverandørene som oppdragsgiver ikke anså som gode nok kom ikke igjennom kvalifikasjonsfasen. Altså er det bare snakk om at oppdragsgiver skal finne den kontraktspart som presterer best utover kontraktens minstekrav (sett i forhold til pris).

Når det gjelder kontraktsgjenstandens kvalitet kan de fleste varer ha varierende kvalitet. Eksempelvis kan en kontrakt på leveranse av 100 stykk TV-skjermer være oppfylt dersom leverandøren leverer det rette antall til rett tid. Dersom en annen leverandør kan levere 100 stykk TV-skjermer med smart-TV-funksjon til samme pris, vil dette være en ytelse av høyere kvalitet. Leverandørens erfaring eller kompetanse vil derimot ikke ha betydning for TVenes kvalitet. Kvaliteten i dette tilfellet varierer bare med gjenstandens egne egenskaper.

Iboende potensiale for merverdi

I andre tilfeller derimot, kan personalets kompetanse og erfaring «have indflydelse på kvaliteten af kontraktens udførelse og følgelig på tilbuddets økonomiske værdi.»⁸³ Siden oppdragsgiver aldri kan være helt sikker på at leverandør tilfører en merverdi, er det tilstrekkelig at en merverdi «kan» forkomme. For å avgjøre om en slik merverdi kan forekomme, må kontraktsgjenstanden ha potensiale for merverdi. I Denne forbindelse uttaler anskaffelsesdirektivets fortale at «Dette kan for eksempel være tilfældet i forbindelse med kontrakter med henblik på intellektuelle tjenesteydelser såsom konsulent- eller arkitektvirksomhet».⁸⁴ Det er altså snakk om tilfeller der

⁸³ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU fortale avsnitt 94

⁸⁴ Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU fortale avsnitt 94

kontraktsgjenstanden har et iboende potensiale for merverdi som kan realiseres av personalets kvalitet. Det kan være tilfelle der et advokatfirma med særlig kunnskap om arbeidsrett kan gjennomføre særlig effektiv rådgivning i en arbeidstvistsak, og følgelig spare kunden for tid og advokatsalær. Et annet eksempel er en arkitekt som ved å ta i bruk sine kreative evner skaper et ekstraordinært bygg som får særlig betydning for eiendommens verdi.

Betydelig

Det siste vilkåret som må være oppfylt er at personalets erfaring og kompetanse «kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt». Her kommer det altså at krav om graden av merverdi. Hva som ligger i det danske begrepet «betydeligt» må kunne sidestilles med det norske begrepet «betydelig». Til sammenligning bruker den engelske versjonen av direktivet begrepet «significant impact».

8 Kildeliste

Kildeliste

Lover

- Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

Forskrift

- Forskrift av 20. april 2006 nr. 402 om offentlig anskaffelser

Direktiver

- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 Om offentlige anskaffelser

- Europa-Parlamentets og Rådets DIREKTIV NR. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 Om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler
- Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

Norske dommer

Hålogland Lagmannsretts dom LH-1998-358 av 18. desember 1998

Dommer fra EU-domstolen

- Beentjes, sak 31/87 av 20. november 1988, GEBROEDERS BEENTJES BV MOD DEN NEDERLANDSKE STAT
- Evans Medical Sak C-324/93, av 28. mars 1995, THE QUEEN MOD SECRETARY OF STATE FOR HOME DEPARTMENT, EX PARTE EVANS MEDICAL LTD OG MACFARLAN SMITH LTD
- SIAC, Sak C-19/00 av 18. oktober 2001, SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo
- Concordia Bus, Sak C-513/99 av 17. september 2001, Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne
- Wienstrom, C-448/01 av 4. desember 2003, Bundesvergabeamt v Wienstrom
- Lianakis, Sak C-532/06 av 24. januar 2008, Emm. G. Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl.

Avgjørelser fra KOFA

- Brødrene Vatndal & Co 2008/120
- Narud Stokke Wiig Sivilarkitekter 2009/80
- B. & Ø. Tveter 2009/285

Ord uten kildeliste: 12676